

Herausgeber: Prof. Dr. Martin Böse, Prof. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Gerhard Dannecker, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Beate Gsell, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Andreas Hoyer, RiBVerfG Prof. Dr. Johannes Masing, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, Prof. Dr. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hans Theile, Prof. Dr. Bettina Weißer

Geschäftsführende Herausgeber: Prof. Dr. Markus Artz, Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Wagner, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann

Schriftleitung: Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Wagner

Redaktion Zivilrecht: Prof. Dr. Markus Artz, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Beate Gsell

Redaktion Öffentliches Recht: Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Julian Krüper, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann

Redaktion Strafrecht: Prof. Dr. Martin Böse, Prof. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hans Theile, Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Wagner, Prof. Dr. Bettina Weißer

Webmaster: Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Wagner

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung: Frederike Emme

Internetauftritt: René Grellert

ISSN: 1865-6331

Inhalt

AUFSÄTZE

Öffentliches Recht

Von Bleistiftkäufen und Gebäudesanierungen – Eine Einführung in das Vergaberecht

Von Stud. iur. David Schütte, Münster

1

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Zivilrecht

Die Verwirkung des Lohnanspruchs

Von Wiss. Mitarbeiter Lukas Lettau, Essen, Wiss. Mitarbeiter Emil Lorenz, Bochum

12

Strafrecht

Grundfälle zur strafrechtlichen Gewinnabschöpfung

Von Prof. Dr. Katharina Beckemper, Leipzig

17

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Examensklausur: Pyrotechnik ist (k)ein Verbrechen?

Von Wiss. Mitarbeiter Christoph Hautkappe, LL.B., M.A., Wiesbaden

26

Examensklausur: Die „überevorsichtige“ Warnmeldung

Von Wiss. Mitarbeiter Jan-Philip Utech, Frankfurt am Main

35

Öffentliches Recht

Fortgeschrittenenhausarbeit: Unfrieden am Friedberger Weiher – Teil 2

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. Renate Penßel, Erlangen

44

ÜBUNGSFÄLLE**Öffentliches Recht****Schwerpunktbereichsklausur: Zwielfichtige Dienstreisen in Kolonien**

Von Wiss. Mitarbeiter Valentin Schatz, Hamburg, Ref. iur.
Yasmin Khuder, Wien 51

Strafrecht**Fortgeschrittenenhausarbeit: Über Umwege zum Ziel**

Von Wiss. Mitarbeiterin Kimberly Erlebach, Wiss. Mitarbeiterin
Carolin Hermann, M.mel., Wiss. Mitarbeiter Nikolas Kahl, Halle
(Saale) 59

Fortgeschrittenenklausur: Spendenbecher

Von Wiss. Mitarbeiter Dennis Klein, Gießen 70

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN**Strafrecht****OLG Stuttgart, Beschl. v. 25.4.2018 – 1 Ws 23/18**

**(Vollstreckung einer im Ausland verhängten Freiheits-
strafe und deutscher ordre public)**

(Prof. Dr. Martin Böse, Bonn) 80

**BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 132/18; BGH, Urt. v.
3.7.2019 – 5 StR 393/18**

**(Grenzen der Strafbarkeit bei ärztlich assistierter
Selbsttötung)**

(Prof. in Dr. Bettina Weißer, Köln) 85

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN**Zivilrecht****BGH, Urt. v. 9.10.2019 – VIII ZR 240/18**

**(Abgrenzung zwischen „neuen“ und „gebrauchten“
Pferden bei Tierauktionen)**

(Diplom-Jurist Jost Behrens, Hannover) 90

Von Bleistiftkäufen und Gebäudesanierungen – Eine Einführung in das Vergaberecht

Von Stud. iur. **David Schütte**, Münster*

I. Einleitung

Zur Erfüllung seiner Aufgaben tritt der moderne Staat regelmäßig als Nachfrager am Markt auf. Diese nachfragende Tätigkeit erschöpft sich nicht im sprichwörtlichen Bleistiftkauf der Verwaltung: Die Verwaltung beschafft jede denkbare Art von Gütern wie Fahrzeuge, Waffen, Computer, Software oder Lebensmittel für den Eigenbedarf. Außerdem fragt sie Dienstleistungen nach, z.B. im Straßen- und Gebäudebau oder der Abfall- und Abwasserbeseitigung. Staatliche Beschaffungstätigkeit ist also „so vielschichtig wie die Wirtschaft selbst.“¹ Rechtliche Vorgaben für diese Beschaffungstätigkeit trifft das Vergaberecht.² Es kanalisiert damit die staatliche Auftragsvergabe und verpflichtet insbesondere zur Durchführung von Vergabeverfahren. Diese steuern die Auswahl des Anbieters der nachgefragten Leistung und verteilen so die begrenzte staatliche Nachfrage.³

Gesamtwirtschaftlich ist diese Nachfrage äußerst wichtig. Zwar „existiert [bislang] keine belastbare Statistik zum öffentlichen Auftragswesen in Deutschland.“⁴ Jüngere Schätzungen beziffern das jährliche Nachfragevolumen der deutschen öffentlichen Hand aber auf 280 oder gar 461 Mrd. EUR.⁵ Allein in Nordrhein-Westfalen wurden 2017 Bauauf-

träge im Umfang von rund 1,9 Mrd. EUR vergeben.⁶ Angesichts dieser wirtschaftlichen Relevanz⁷ ist das Vergaberecht ein sehr praxisrelevantes Gebiet des Besonderen Verwaltungsrechts. Die nachfragende Beschaffungstätigkeit bildet einen wichtigen Ausschnitt des Verwaltungshandelns.

Dennoch gehört das Vergaberecht üblicherweise nicht zum Curriculum des deutschen Jura-Studiums. Dieser Beitrag möchte daher einen ersten Einstieg in das Rechtsgebiet ermöglichen und beleuchten, welche Handlungscharakteristika die nachfragende Verwaltungstätigkeit rechtlich zulässigerweise prägen. Dazu entfaltet der Beitrag zunächst die wesentlichen Rechtsquellen und Regelungsstrukturen des Vergaberechts (II.). Einzugehen ist vor allem auf die europäisch bedingte Zweiteilung des deutschen Vergaberechts in den Ober- und Unterschwellenbereich. Der folgende Abschnitt (III.) stellt den Ablauf eines Vergabeverfahrens am Beispiel des offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich dar. Als Referenzpunkt wird anschließend (IV.) die Beschaffungstätigkeit unterhalb der Schwellenwerte betrachtet, die sich zunehmend dem Oberschwellenbereich annähert. Ein Fazit (V.) charakterisiert die nachfragende Verwaltungstätigkeit abschließend.

II. Die Rechtsquellen des Vergaberechts: ein Mehrebenen-system

Die nachfragende Verwaltung ist mit normativen Anforderungen aus verschiedenen europäischen und nationalen Rechts-ebenen konfrontiert.⁸ Überblicksartig kann folgendes „Mehrebenen-system“⁹ skizziert werden:

1. Europäisches Primär- und Sekundärrecht

Aus dem europäischen Primärrecht entfaltet vor allem der AEUV Relevanz: Einerseits wirkt er kompetenzbegründend für die vergaberechtlichen Sekundärrechtsakte.¹⁰ Andererseits leitet der EuGH aus seinen Grundfreiheiten zwingende Grundsätze für das Vergabeverfahren ab, namentlich Nicht-diskriminierung, Gleichbehandlung, Transparenz und das Er-

* Der *Autor* ist Student an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und studentischer Mitarbeiter am Institut für Internationales Wirtschaftsrecht, Abt. IV (Prof. Dr. Petra Pohlmann).

¹ *Bultmann*, Beihilfenrecht und Vergaberecht, 2004, S. 59; in diese Richtung statt vieler auch *Marx*, in: Brinker u.a., Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag, 2006, S. 305 (306).

² Zum Beschaffungszweck als Grenze des Vergaberechts *Burgi*, NVwZ 2008, 929 (931 f.); *Dörr*, in: *Burgi/Dreher*, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, Einl., Rn. 2–4; *Ziekow*, in: *Prieß* u.a., Festschrift für Friedrich Marx, 2013, S. 885 (894 f.).

³ Klassifizierung des Vergabeverfahrens als Verteilungsverfahren daher bei *Malaviya*, Verteilungsentscheidung und Verteilungsverfahren, 2009, S. 127; *Röhl*, in: Hoffmann-Riem u.a., Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, § 30 Rn. 13; *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 197; *Vofskuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, S. 277 (293, 295 ff.).

⁴ So die Begründung zum Regierungsentwurf des VergR-ModG, BT-Drs. 18/6281, S. 56.

⁵ Monitoring-Bericht der Bundesregierung zur Anwendung des Vergaberechts 2017, April 2017, S. 9 (280 Mrd. EUR); Kommission, Public Procurement Indicators 2015, DG Grow G4 – Innovative and e-Procurement, Dezember 2016, S. 8 (461,7 Mrd. EUR in 2015); weitere statistische Angaben bei *Dreher*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Bd. 2: Vergaberecht (GWB/Teil 2), 5. Aufl. 2014, Vor §§ 97 ff. GWB Rn. 91–101.

⁶ BMWi, Jährliche statistische Gesamtaufstellung nach § 8 Abs. 1 VergStatVO, 2017, S. 6. Die genannte Zahl erfasst nur Aufträge oberhalb von 5.225 Mio. EUR.

⁷ Diese bejahen beispielsweise auch *Diederichsen/Renner*, in: *Schmidt/Wollenschläger*, Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2016, § 7 Rn. 4; *Dietlein/Fandrey*, in: *Byok/Jaeger*, Kommentar zum Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, Einl. Rn. 2; *Naumann*, Vergaberecht, 2019, S. 1; *Pache*, DV-Bl. 2001, 1781 (1782).

⁸ Die völkerrechtliche Ebene, primär bestehend aus dem Agreement on Government Procurement (GPA), findet im Folgenden keine Berücksichtigung.

⁹ Begriff auch bei *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, 2007, S. 67.

¹⁰ Vergaberichtlinie 2014/24/EU (VRL) verweist beispielsweise auf Art. 53 Abs. 1 und Art. 62, 114 AEUV.

fordernis einer Rechtsschutzmöglichkeit.¹¹ Wegen der unmittelbaren Wirkung des Unionsrechts und seines Anwendungsvorrangs¹², ist die deutsche Verwaltung an diese Grundsätze bei Vergaben mit „grenzüberschreitender Wirkung“¹³ gebunden. Die Grundsätze gelten insbesondere auch für Vergaben, die nicht in den Anwendungsbereich der vergaberechtlichen Sekundärakte fallen.¹⁴ Sind diese anwendbar, gehen sie den Grundfreiheiten als *leges speciales* vor.¹⁵ Das Sekundärrecht muss aber den inhaltlichen Anforderungen des höherrangigen AEUV entsprechen, der überdies zur unionsrechtskonformen Auslegung der Sekundärakte heranzuziehen ist.¹⁶

Das Vergabesekundärrecht besteht vor allem aus mehreren Richtlinien: Hervorzuheben ist die Vergaberichtlinie 2014/24/EU (VRL). Sie regelt als Hauptwerk die Vergabe „klassischer“ öffentlicher Aufträge, die ihrem Volumen nach bestimmte Schwellenwerte überschreiten, Art. 4 VRL. Beispielsweise unterfallen Bauaufträge ab einem Wert von knapp 5,2 Mio. EUR der Richtlinie, Art. 4 lit. a VRL. Aufgrund rechtzeitiger nationaler Umsetzung entfaltet die VRL keine unmittelbare Wirkung. Sie ist aber für die richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts bedeutsam.¹⁷

¹¹ EuGH, Urt. v. 7.12.2000 – C-324/98 = Slg. 2000, I-10745, Rn. 62 (Telaustria); EuGH, Urt. v. 21.7.2005 – C-231/03 = Slg. 2005, I-7287, Rn. 16–18 (Coname); EuGH, Urt. v. 13.11.2007 – C-507/03 = Slg. 2007, I-9777, Rn. 26, 30 (Kommission ./ Irland); EuGH, Urt. v. 23.12.2009 – C-376/08 = Slg. 2009, I-12169, Rn. 22 ff., 31 ff. (Serrantoni); EuGH, Urt. v. 13.4.2010 – C-91/08 = Slg. 2010, I-2815, Rn. 36 (Wall); EuGH, Urt. v. 16.4.2015 – C-278/14, ECLI:EU:C:2015:228, Rn. 16 (Enterprise Focused Solutions); *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 3 Rn. 25, § 7 Rn. 12; *Siegel*, EWS 2008, 66 (69 ff.); *Dörr* (Fn. 2), Einl. Rn. 185 m.w.N. in Rn. 186 ff.

¹² Zu diesen anerkannten Rechtsinstituten statt vieler *Ruffert*, in: Hoffmann-Riem u.a. (Fn. 3), § 17 Rn. 121–127.

¹³ Zu dieser Anwendungsvoraussetzung EuGH, Urt. v. 13.11.2007 – C-507/03 = Slg. 2007, I-9777, Rn. 32 ff. (Kommission ./ Irland); *Dörr* (Fn. 2), Einl. Rn. 173 f.

¹⁴ EuGH, Urt. v. 16.4.2015 – C-278/14, ECLI:EU:C:2015:228, Rn. 16 (Enterprise Focused Solutions); *Bungenberg* (Fn. 9), S. 122; *Dörr* (Fn. 2), Einl. Rn. 170; *Dreher* (Fn. 5), Vor §§ 97 ff. GWB Rn. 48, 50; siehe auch Kommissionsmitteilung (2006/C 179/02), ABl. 2006, C 179, S. 2–7 (insb. S. 3, unter Ziff. 1.2.); auf die beschränkte Bedeutung der Mitteilung weist aber *Siegel*, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 2. Aufl. 2018, 5. Teil, Rn. 12 hin.

¹⁵ Die Sekundärrechtsakte müssen dazu eine abschließende Regelung treffen; *Ehlers*, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 7 Rn. 8; *Karpenstein*, Praxis des EU-Rechts, 2. Aufl. 2013, Rn. 159; *Diehr*, VergabeR 2009, 719 (721 f.).

¹⁶ EuGH, Urt. v. 17.11.2015 – C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760, Rn. 67 f. (Regio Post); *Siegel*, EWS 2008, 66 (67); *Wollenschläger* (Fn. 3), S. 205.

¹⁷ So z.B. EuGH, Urt. v. 24.9.1998 – C-76/97 = Slg. 1998, I-5357, Rn. 25 (Tögel); EuGH, Urt. v. 24.9.1998 – C-111/97

2. Deutsches Vergaberecht

Zusätzlich zu diesen europarechtlichen Regelungen muss die nachfragende Verwaltung normative Vorgaben aus verschiedenen nationalen Rechtsebenen beachten.

a) Vorgaben der Grundrechte

Bei der Auftragsvergabe schließt die Verwaltung privatrechtliche Verträge, z.B. Kaufverträge über neue Dienstfahrzeuge. Trotz dieses Handelns in Privatrechtsform ist die Verwaltung an die Grundrechte gebunden.¹⁸ Insbesondere die umfassend formulierte Grundrechtsbindung in Art. 1 Abs. 3 GG legt diesen Schluss nahe. „[I]m Kern“¹⁹ kommt damit Art. 3 Abs. 1 GG zur Geltung, der materiell eine sachliche Vergabeentscheidung (Willkürverbot) und prozedural im Grundsatz eine öffentliche Bekanntmachung des geplanten Auftrags fordert.²⁰ In der Auftragsvergabe liegt regelmäßig kein Eingriff in die Berufsfreiheit der unterlegenen Bieter, da Art. 12 Abs. 1 GG zwar eine Teilnahme am Wettbewerb, jedoch keinen Anspruch des einzelnen Bieters auf Zuschlagserteilung zusichert.²¹

Vermeehrt nimmt die Verwaltung „bei Gelegenheit der Beschaffung“²² Aufgaben wie den Umweltschutz oder die Mittelstandsförderung wahr (z.B. indem sie die Einhaltung von Umweltschutzstandards als Bedingung für die Auftragsausführung vorgibt). Solche Aufgaben kann man als Sekundäraufgaben bezeichnen, da sie nicht unmittelbar in Zusammenhang mit dem eigentlichen Zweck der Auftragsvergabe stehen (z.B. Beschaffung neuer Dienstwagen). Wenn die Verwaltung ihre Beschaffungstätigkeit für solche Sekundäraufgaben instrumentalisiert, kann hierin ein Grundrechtseingriff liegen: Koppelt die Verwaltung die Auftragsvergabe

= Slg. 1998, I-5411, Rn. 18 (EvoBus); *Bungenberg* (Fn. 9), S. 119 ff. m.w.N.; *Dobmann*, Das neue Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, Rn. 26.

¹⁸ Die Grundrechtsbindung für Art. 12 Abs. 1 GG ausdrücklich offenlassend, aber für Art. 3 Abs. 1 GG bejahend BVerfGE 116, 135 (151, 153 f.); nun allg. für die Grundrechtsbindung staatl. Handelns in Privatrechtsform BVerfG (K) NJW 2016, 3153 (3154 f., Rn. 29 ff.); so auch die h.M. in der Lit., statt aller *Dreher* (Fn. 5), Vor §§ 97 ff. GWB Rn. 151 m.w.N.

¹⁹ BVerwGE 129, 9 (16).

²⁰ Zum Willkürverbot BVerfGE 116, 135 (153); zu materiellen und prozeduralen Vorgaben *Pünder*, VerwArch 95 (2004), 38 (42 ff., 49 ff.); *Wollenschläger* (Fn. 3), S. 203 f.; die grds. Vorgabe der öffentl. Bekanntmachung bejahen auch *Bungenberg* (Fn. 9), S. 222; *Puhl*, VVDStRL 60 (2001), 456 (479); *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, 1988, S. 321 f., a.A. *Pietzcker*, Die Zweiteilung des Vergaberechts, 2001, S. 41.

²¹ BVerfGE, 116, 135 (151 ff.); *Bultmann* (Fn. 1), S. 229, 232; *Dreher* (Fn. 5), § 97 GWB Rn. 176; *Ricken*, Beurteilungsspielräume und Ermessen im Vergaberecht, 2014, S. 307; *Wieland*, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 12 GG Rn. 70.

²² Wendung u.a. bei *Burgi* (Fn. 11), § 6 Rn. 12.

beispielsweise an die Verpflichtung zur Zahlung bestimmter Tariflöhne bei der Auftragsausführung, setzt sie einen monetären Anreiz, um die Bieter zur Zahlung dieser Löhne zu bewegen. In der Kopplung der Auftragsvergabe an die Tariflohnzahlung liegt daher ein (gerechtfertigter) Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte unternehmerische Vertragsfreiheit der Bieter.²³ Abstrakt formuliert: Je stärker die Verwaltung versucht, das Bieterverhalten durch monetäre Anreize zu beeinflussen, desto eher erschwert sie den Bietern ein grundrechtlich geschütztes Verhalten in wesentlichem Maße, sodass ein Eingriff nach modernem Verständnis zu bejahen ist.²⁴

Wegen der umfassenden einfachgesetzlichen Ausgestaltung des Vergabeverfahrens (dazu sogleich) und den strengen Anforderungen aus den primärrechtlichen Grundfreiheiten ist die praktische Relevanz der Grundrechte im Bereich der Auftragsvergabe allerdings beschränkt.²⁵

b) Vorgaben der einfach- und untergesetzlichen Ebene: Zweiteilung des Vergaberechts

Auf einfachgesetzlicher Ebene ist das Vergaberecht in Deutschland traditionell eine Materie des Haushaltsrechts.²⁶ Durch die Europäisierung des Vergaberechts sah sich der deutsche Gesetzgeber 1999 allerdings gezwungen, mit dem Vergaberechtsänderungsgesetz²⁷ das Vergaberecht außerrechtlich im GWB zu regeln. Damit ergab sich die bis heute fortgeltende Zweiteilung des deutschen Vergaberechts: Überschreitet ein Auftrag in seinem Wert die in Art. 4 VRL festgelegten Schwellenwerte, gelten gemäß § 106 GWB die §§ 97 ff. GWB. Auf die Einhaltung dieser Regelungen haben die Bewerber im Vergabeverfahren ein subjektives Recht, § 97 Abs. 6 GWB. Falls ein öffentlicher Auftrag die Schwellenwerte unterschreitet, unterliegt er nach wie vor dem Haushaltsrecht, konkret den Umsetzungen von § 30 HGrG im Haushaltsrecht des Bundes (§ 55 BHO) und der Länder (z.B. § 55 LHO NRW).²⁸ Auf die Einhaltung dieser rein innen-

rechtlichen Regelungen haben die Bewerber im Vergabeverfahren jedoch kein subjektives Recht.²⁹

Sowohl ober- als auch unterhalb der Schwellenwerte sind überdies untergesetzliche Normen zu beachten. Für den Oberschwellenbereich ergibt sich das Bild einer dreistufigen Regelungskaskade: Zusätzlich zur ersten Stufe des GWB gelten auf zweiter Stufe verschiedene auf § 113 GWB gestützte Verordnungen, insbesondere die Vergabeverordnung (VgV), die gemeinsam mit dem GWB die zentralen Regeln zum Vergabeverfahren enthält. Auf dritter Stufe sind qua Verweis Bestimmungen aus sog. Vergabe- und Vertragsordnungen anwendbar, die gemeinsam von Staat und Privaten erarbeitet werden. Dies betrifft seit der Novelle 2016 vor allem den Baubereich (Verweis auf die VOB/A-EU³⁰ in § 2 VgV).

Im Unterschwellenbereich verweisen die haushaltsrechtlichen Normen auf Verwaltungsvorschriften.³¹ Diese erklären ihrerseits Bestimmungen aus der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (allerdings andere als im Oberschwellenbereich³²) und die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)³³ für anwendbar. In diesen Regelwerken finden sich die wesentlichen Vorschriften zum Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte.

Als letzte Regelungsebene sei noch auf die Landesvergabegesetze verwiesen (z.B. das Tarifreue- und Vergabegesetz [TVgG] NRW). Diese binden die Landes- und Kommunalverwaltung, gelten ober- und unterhalb der Schwellenwerte und widmen sich inhaltlich vor allem der Verfolgung von Sekundärzwecken.³⁴

III. Das offene Verfahren als Beispiel für den Ablauf eines Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich

Um sich der nachfragenden Verwaltungstätigkeit nach diesem Rechtsquellenüberblick nun weiter zu nähern, skizziert der folgende Abschnitt den Ablauf eines Vergabeverfahrens. Diese Darstellung erfolgt am Beispiel des offenen Verfahrens. Oberhalb der Schwellenwerte stehen der Verwaltung – das GWB spricht allgemeiner vom öffentlichen Auftraggeber (§ 99 GWB) – fünf Verfahrensarten zur Verfügung, §§ 119 GWB, 14–19 VgV.³⁵ Diese Verfahrensarten differieren in ihrem Aufbau und ihren Anforderungen. Sie bringen die gegenläufigen Anforderungen von Transparenz, Wettbewerb

²³ BVerfGE 116, 202 (221 ff.); siehe dazu auch unter III. 1. c).

²⁴ In diese Richtung BVerfGE 116, 202 (222 f.); eingehend *Sacksofsky*, in: Hoffmann-Riem u.a. (Fn. 3), § 40 Rn. 79–81, die alle Anreize, auch solche im Vergaberecht (Rn. 17), als Eingriffe qualifiziert.

²⁵ So für den Oberschwellenbereich *Bultmann* (Fn. 1), S. 194; ähnlich *Huber*, JZ 2000, 877 (878, Fn. 17); für Ober- und Unterschwellenbereich *Burgi* (Fn. 11), § 4 Rn. 10 f.; *Dreher* (Fn. 5), Vor §§ 97 ff. GWB Rn. 156.

²⁶ Vertiefend zur Geschichte des Vergaberechts ab dem 16. Jhd. *Grau*, Historische Entwicklung und Perspektiven des Rechts der öffentlichen Aufträge, 2004, S. 39 ff., 335 ff.; *Wallerath*, DV 20 (1987), 137 (143 ff.); *Wessendorf*, Der Öffentliche Auftraggeber im Vergaberecht, 2018, S. 49 ff.

²⁷ BGBl. I 1998, S. 2512 ff.

²⁸ Ob dies auch gilt, wenn ein Ausnahmetatbestand wie § 107 GWB das GWB für unanwendbar erklärt, ist umstritten, siehe statt vieler *Siegel* (Fn. 14), 5. Teil, Rn. 36–37.

²⁹ BVerfGE 129, 9 (17 f. Rn. 11 f.); VGH Bad.-Württ. DÖV 1999, 79; *Dreher* (Fn. 5), Vor §§ 97 ff. GWB Rn. 175.

³⁰ Teil A, Abschnitt 2 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A-EU).

³¹ Beispielsweise verweist § 55 BHO in seinem Abs. 2 („einheitliche Richtlinien“) auf die VV-BHO; vertiefend zu dieser Verweisungstechnik *Wollenschläger* (Fn. 3), S. 207.

³² Konkret: Teil A, Abschnitt 1 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A), siehe VV-BHO zu § 55 BHO, Ziff. 2.

³³ Verweis auf die UVgO z.B. in VV-BHO zu § 55 BHO, Ziff. 2.

³⁴ *Burgi* (Fn. 11), § 4 Rn. 31; *Dobmann* (Fn. 17), Rn. 23.

³⁵ Die Normen der VOB/A-EU gleichen oft der VgV und bleiben im Folgenden unberücksichtigt.

und Gleichbehandlung einerseits (§ 97 Abs. 1, Abs. 2 GWB) und Verfahrensschnelligkeit und -effizienz andererseits auf unterschiedliche Weise zum Ausgleich.³⁶ Insgesamt weisen die Verfahrensarten einen beträchtlichen Grad an Formalisierung sowie umfangreiche Ausschreibungs- und Bekanntmachungspflichten auf. Das größte Maß an Flexibilität bietet das nur ausnahmsweise zulässige Verhandlungsverfahren (§ 119 Abs. 5 GWB). Es lässt ausweislich seines Namens Verhandlungen mit den Bietern zu und kann unter sehr strengen Voraussetzungen³⁷ sogar ohne Auftragsbekanntmachung erfolgen. Im Gegensatz dazu verwirklicht das formstrenge offene Verfahren die Zielsetzungen von Transparenz und Wettbewerb am weitgehendsten,³⁸ da es Verhandlungen oder eine Einschränkung des Bieterkreises nicht zulässt, § 15 Abs. 1, Abs. 5 VgV. Es eignet sich für die folgende Darstellung, da es im Oberschwellenbereich die praktisch am häufigsten gewählte Verfahrensart ist.³⁹

Das offene Verfahren gliedert sich in vier Phasen, namentlich die Konzept- (1.), Ausschreibungs- (2.), Bewerbungs- (3.), und Entscheidungsfindungsphase (4.), die mit der Vergabeentscheidung (5.) schließt.⁴⁰

1. Konzeptphase als Grundstein für das weitere Vergabeverfahren

In der Konzeptphase bestimmt der Auftraggeber den Auftragsgegenstand (a) und legt die Auswahlkriterien (b) sowie die Ausführungsbedingungen (c) fest. Aus Gründen von Gleichbehandlung, Transparenz und Wettbewerb (§ 97 Abs. 1, Abs. 2 GWB) ist das so entstehende Vergabekonzept im weiteren Verfahren verbindlich.⁴¹ Es bildet damit den Grundstein für das Vergabeverfahren.⁴²

a) Bestimmung des nachgefragten Gutes mittels Leistungsbeschreibung

Am Beginn des Vergabeverfahrens beschreibt der Auftraggeber den Gegenstand des Auftrags möglichst eindeutig und erschöpfend, § 121 Abs. 1 S. 1 GWB. Diese Leistungs-

beschreibung bildet die Grundlage für die Angebote der Bieter. Sie bewegt sich im Spannungsfeld zwischen Diskriminierungsfreiheit (§ 97 Abs. 2 GWB) und Beschaffungsautonomie des Auftraggebers: Zum einen darf die Verwaltung ihre Leistungsbeschreibung grundsätzlich nicht auf bestimmte Produkte verengen, § 31 Abs. 6 VgV. Dieser Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung vermeidet die Diskriminierung äquivalenter Produkte. Zum anderen kommt der Verwaltung eine gewisse Autonomie hinsichtlich der Bestimmung des Auftragsgegenstandes zu. Bei Vorliegen sachlicher Gründe ist damit ausnahmsweise keine produktneutrale Ausschreibung nötig.⁴³ So ist die Nachfrage von Steinway-Flügeln für eine Konzerthalle beispielsweise zulässig, weil die meisten Pianisten nur auf diesen Flügeln spielen.⁴⁴ § 31 Abs. 3 VgV erlaubt bei Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit die Einbeziehung von innovationsfördernden, sozialen und umweltbezogenen Aspekten in die Leistungsbeschreibung. Sie ist damit die erste Verfahrensstufe, auf der sich die Verwaltung der Wahrnehmung von Sekundäraufgaben widmen kann.⁴⁵

b) Festlegung der Auswahlkriterien

In der Konzeptphase sind auch die Eignungs- und Zuschlagskriterien festzulegen. Die Eignungskriterien (näher sogleich aa) beziehen sich auf die Person des Bieters. Mit ihrer Hilfe soll in der späteren Eignungsprüfung festgestellt werden, ob ein Bieter „nach seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung zur Ausführung des Auftrags in der Lage“⁴⁶ wäre. Bieter, die diese Eignung nicht besitzen, kommen für die Zuschlagserteilung nicht in Betracht. Die eigentliche Zuschlagsentscheidung orientiert sich dann an den Zuschlagskriterien (näher sogleich bb). Diese schaffen eine Grundlage, um die Angebote der Bieter zu bewerten und zu vergleichen, § 127 Abs. 1 S. 2 GWB. Sowohl Zuschlags- als auch Eignungskriterien strukturieren und begrenzen die spätere Eignungs- und Angebotsprüfung. Dort dürfen nämlich nur zuvor festgelegte Kriterien berücksichtigt werden.⁴⁷

aa) Die Eignungskriterien als Vorprogrammierung der Eignungsprüfung

Die Festlegung der Eignungskriterien ist in § 122 GWB, §§ 44–46 VgV geregelt. Sie müssen eine Verbindung zur

³⁶ Wollenschläger (Fn. 3), S. 208; Werner, in: Byok/Jaeger (Fn. 7), § 119 GWB Rn. 11.

³⁷ § 14 Abs. 3 Nr. 5 a.E., Abs. 4 VgV; Erw. 50 VRL fordert „sehr außergewöhnliche Umstände“.

³⁸ OLG Düsseldorf VergabeR 2005, 252 (253); Fett, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 2. Aufl. 2018, § 119 GWB Rn. 21; Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Handkommentar Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 119 GWB Rn. 26.

³⁹ Burgi (Fn. 11), § 13 Rn. 21; § 101 Abs. 7 S. 1 GWB a.F. statuierte noch den grundsätzlichen Vorrang des offenen Verfahrens.

⁴⁰ Aufteilung in diese Phasen auch bei Wollenschläger (Fn. 3), S. 208.

⁴¹ Wollenschläger (Fn. 3), S. 218; allg. so auch Röhl (Fn. 3), § 30 Rn. 18.

⁴² Begründung zum Regierungsentwurf des VergRModG, BT-Drs. 18/6281, S. 111 spricht vom „zentrale[n] Element der Planung und Durchführung eines jeden Vergabeverfahrens“.

⁴³ OLG Düsseldorf VergabeR 2013, 744 (747); NZBau 2017, 623 (625 f. Rn. 37 ff.); OLG Karlsruhe NZBau 2014, 378 (380 f.); Burgi (Fn. 11), § 12 Rn. 4 ff., 15 f.; Rechten/Portner, NZBau 2014, 276 (277 f.).

⁴⁴ So OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.9.2016 – 15 Verg 7/16, Rn. 28 ff. (juris).

⁴⁵ Burgi (Fn. 11), § 12 Rn. 25.

⁴⁶ BGH NZBau 2008, 505 (506, Rn. 12).

⁴⁷ EuGH, Urt. v. 18.10.2001 – C-19/00 = Slg. 2001, I-7725, Rn. 43 (SIAC Construction); EuGH, Urt. v. 24.11.2005 – C-331/04 = Slg. 2005, I-10109, Rn. 26 f. (ATI EAC u.a.); EuGH, Urt. v. 24.1.2008 – C-532/06 = Slg. 2008, I-251, Rn. 38 (Lianakis u.a.); BGH NJW 2000, 137 (139); NZBau 2004, 517 (518); Wollenschläger (Fn. 3), S. 218.

nachgefragten Leistung aufweisen und haben in einem angemessenen Verhältnis zu ihr zu stehen, § 122 Abs. 4 S. 1 GWB. Außerdem dürfen sie nach § 122 Abs. 2 S. 2 GWB ausschließlich die Befähigung und Erlaubnis des Bieters zur Berufsausübung sowie seine Leistungsfähigkeit in wirtschaftlicher, finanzieller, technischer und beruflicher Hinsicht betreffen. Innerhalb dieser Grenzen liegt die Festlegung der Eignungskriterien im Ermessen der Verwaltung.⁴⁸ Dies ergibt eine am Wortlaut orientierte Auslegung von § 122 Abs. 2 S. 2 („dürfen“) und Art. 58 Abs. 1 VRL („können“). Die genannten materiellen Anforderungen an die Kriterienaufstellung, besonders das angemessene Verhältnis nach § 122 Abs. 4 S. 1 GWB, können als Grenzen des Ermessens gerichtlich nachgeprüft werden.⁴⁹

Ein Beispiel für ein zulässiges Eignungskriterium ist die Durchführung von Umweltmanagementmaßnahmen während der Auftragsausführung, § 46 Abs. 3 Nr. 7 VgV. Damit kann die Verwaltung auch die Festlegung der Eignungskriterien zur Wahrnehmung der Aufgabe des Umweltschutzes (Sekundäraufgabe) nutzen.

bb) Die Zuschlagskriterien als Vorprogrammierung der Angebotswertung

Die Zuschlagskriterien können finanzielle, qualitative, umweltbezogene und soziale Aspekte betreffen, § 127 Abs. 1 S. 4 GWB. Auch durch ihre Aufstellung kann die Verwaltung also Sekundäraufgaben wahrnehmen. Ausweislich der Gesetzesbegründung kommt der Verwaltung bei der Festlegung der Zuschlagskriterien „ein weiter Ermessensspielraum zu.“⁵⁰

⁴⁸ OLG Düsseldorf BeckRS 2005, 14414, Rn. 12; OLG Karlsruhe BeckRS 2012, 210467, unter II. 2. a); *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 38), § 122 GWB Rn. 10; *Reichling/Scheumann*, GewArch 2016, 228 (231); *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht Kommentar, 3. Aufl. 2018, § 122 GWB Rn. 25; so wohl auch *Csaki*, in: *Byok/Jaeger* (Fn. 7), § 122 GWB Rn. 35–37, ohne Trennung von Ermessen und Beurteilungsspielraum.

⁴⁹ Vollständige gerichtliche Kontrolle bejahen wegen dieser (engen) Grenzen OLG Düsseldorf VergabeR 2015, 71 (72); *Burgi*, VergabeR 2007, 457 (465 f.); *ders.* (Fn. 11), § 18 Rn. 8; *Ricken* (Fn. 21), S. 308; beschränkte gerichtliche Kontrolle (freilich unter Berücksichtigung der Ermessensgrenzen) bejahen demgegenüber OLG Düsseldorf BeckRS 2005, 14414, Rn. 12; *Csaki* (Fn. 48), § 122 GWB Rn. 35–37; *Otting*, VergabeR 2016, 316 (317); *Reichling/Scheumann*, GewArch 2016, 228 (231); *Ziekow* (Fn. 48), § 122 GWB Rn. 21.

⁵⁰ Begründung zum Regierungsentwurf des VergRModG, BT-Drs. 18/6281, S. 112; ebenso OLG Düsseldorf VergabeR 2009, 619 (622); OLG Düsseldorf ZfBR 2017, 718 (719 Rn. 15); *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Handkommentar Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 97 GWB Rn. 184, 191 f.; *Gielen*, VergabeR 2017, 510; *Hölzl*, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 2. Aufl. 2018, § 127 GWB Rn. 52; *Reichling/Scheumann*, GewArch 2016, 332 (334); ähnlich, aber ohne klare Trennung von Beurteilungsspielraum und Ermessen *Dreher* (Fn. 5), § 97 GWB Rn. 326; *Renner*, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 38),

Dieses Auswahlermessen eröffnet der Wortlaut von § 127 Abs. 1 S. 4 GWB („können“) und Art. 67 Abs. 2 S. 2 VRL („kann“). Das Ermessen ist letztlich eine Folge der Beschaffungsautonomie der Verwaltung:⁵¹ Sie kann entscheiden, was sie nachfragt⁵² und damit korrespondierend auch festlegen, worauf es ihr bei der Zuschlagserteilung ankommt.⁵³ Begrenzt wird das Ermessen durch die materiellen Anforderungen, die § 127 Abs. 3, Abs. 4 GWB für die Kriterienaufstellung statuiert. Als Grenze des Ermessens ist damit insbesondere gerichtlich überprüfbar, ob die Zuschlagskriterien in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen, funktionierenden Wettbewerb gewährleisten, Willkürentscheidungen ausschließen und transparent formuliert sind.⁵⁴

Bestimmt der Auftraggeber mehrere Zuschlagskriterien, sind diese im Verhältnis zueinander zu gewichten, § 127 Abs. 5 GWB. Da für die Gewichtung der Zuschlagskriterien normative Anforderungen im Stile von § 127 Abs. 3, Abs. 4 GWB fehlen, ist das Ermessen der Verwaltung hier weiter und die gerichtliche Überprüfbarkeit enger.⁵⁵ Nach einer in der Rechtsprechung verbreiteten Formel ist der Auftraggeber bei der Gewichtung frei, soweit sie „eine Gesamtwürdigung der Kriterien ermöglicht, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dien[t].“⁵⁶ Dem Preis muss daher eine hinreichende Mindestgewichtung zukommen, die je nach Einzelfall variieren kann.⁵⁷

§ 127 GWB Rn. 19; *Wollenschläger* (Fn. 3), S. 211; von einem Beurteilungsspielraum sprechen *Opitz*, in: *Burgi/Dreher* (Fn. 2), § 127 GWB Rn. 31; *Herrmann*, VergabeR 2015, 296 (303).

⁵¹ Ähnlich *Dreher* (Fn. 5), § 97 GWB Rn. 326.

⁵² Siehe statt vieler die bildliche Wendung bei OLG Koblenz NZBau 2002, 699 (703 unter Ziff. 4).

⁵³ OLG Düsseldorf VergabeR 2017, 505 (506); OLG München VergabeR 2008, 574 (578).

⁵⁴ Dies betont auch *Burgi* (Fn. 11), § 18 Rn. 15; *ders.*, VergabeR 2007, 457 (473 f.); *Ricken* (Fn. 21), S. 313 geht von einer vollständigen gerichtlichen Überprüfbarkeit aus.

⁵⁵ Ein Ermessen bei der Gewichtung bejahen OLG München VergabeR 2008, 574 (578); VergabeR 2009, 675 (678); *Fehling* (Fn. 50), § 97 GWB Rn. 191, 193; *Hölzl* (Fn. 50), § 127 GWB Rn. 52; ähnlich, aber ohne klare Trennung von Beurteilungsspielraum und Ermessen *Csaki* (Fn. 48), § 127 GWB Rn. 23, 48 („Gestaltungsspielraum“); *Dreher* (Fn. 5), § 97 GWB Rn. 326 („Bewertungsfreiheit“); *Wollenschläger* (Fn. 3), S. 214 („Gestaltungsspielraum“); ohne dass sich daraus ein praktischer Unterschied ergäbe, sprechen von einem Beurteilungsspielraum BayObLG, Beschl. v. 10.9.2001 – Verg 14/ 01, Rn. 19 (juris); *Herrmann*, VergabeR 2015, 296 (303); *Opitz* (Fn. 50), § 127 GWB Rn. 31; *Ricken* (Fn. 21), S. 315.

⁵⁶ EuGH, Urt. v. 4.12.2003 – C-448/01 = Slg. 2003, I-14527, Rn. 39 (Wienstrom); *Steinberg*, NVwZ 2006, 1349 (1353) m.w.N.; *Ricken* (Fn. 21), S. 313; *Burgi*, VergabeR 2007, 457 (474).

⁵⁷ OLG Düsseldorf BeckRS 2012, 15472, unter II. 2. a); OLG Düsseldorf NZBau 2014, 121 (123 f.); *Csaki* (Fn. 48), § 127 GWB Rn. 49; *Kulartz/Scholz*, VergabeR 2014, 109 (111).

c) Festlegung von Ausführungsbedingungen als wichtiges Instrument zur Wahrnehmung von Sekundäraufgaben

In der Konzeptphase hat der Auftraggeber außerdem etwaige Ausführungsbedingungen festzulegen. Ausführungsbedingungen sind Verpflichtungen, die der Auftragnehmer bei der Auftragsausführung einzuhalten hat, § 128 Abs. 2 S. 1 GWB. Sie können gem. § 128 Abs. 2 S. 3 GWB insbesondere wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange betreffen. Der Auftraggeber kann damit beispielsweise vorschreiben, dass zur Herstellung der nachgefragten Waren keine giftigen Chemikalien verwendet werden dürfen, Erw. 97 VRL. Ausführungsbedingungen sind folglich ein wichtiges Instrument zur Wahrnehmung von Sekundäraufgaben.⁵⁸ Durch Vertragsstrafen und Sonderkündigungsrechte ist die Nichterfüllung der Bedingungen zu sanktionieren.⁵⁹ Ihre Festlegung liegt im Ermessen des Auftraggebers (siehe § 128 Abs. 2 S. 1 GWB), es sei denn, ihn trifft eine landesrechtliche Verpflichtung, § 129 GWB z.B. i.V.m. § 2 Abs. 1–4 TVgG NRW.

Die Bedingungen müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und dürfen nicht die allgemeine Unternehmenspolitik betreffen, § 128 Abs. 1 S. 2 GWB, Erw. 97 VRL. Grenzen findet die Festlegung von Ausführungsbedingungen außerdem im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, einfachgesetzlich normiert in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB. Die Grundfreiheiten des AEUV und die Grundrechte des Grundgesetzes wirken begrenzend. Dies lässt sich beispielhaft an sog. Tariftreueregelungen verdeutlichen.⁶⁰ Tariftreueregelungen sind gesetzliche Vorschriften, die die Einhaltung von Tariflöhnen zwingend als Ausführungsbedingung festschreiben. In ihnen liegt einerseits ein gerechtfertigter Eingriff in die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte unternehmerische Vertragsfreiheit der Auftragnehmer hinsichtlich der Arbeitsverträge mit ihren Arbeitnehmern.⁶¹ Andererseits beschränken Tariftreueregelungen die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV. Laut EuGH scheidet eine kohärente Rechtfertigung hier an der beschränkten Geltung der Tariftreueregelungen nur für öffentliche und nicht private Auftragsvergaben.⁶²

2. Ausschreibungsphase: Öffentliche Auftragsbekanntmachung

Das in der ersten Phase entstandene Vergabekonzept ist in der Ausschreibungsphase öffentlich bekanntzumachen, § 119

Abs. 3 GWB, § 15 Abs. 1 S. 1 VgV. Die Bekanntmachungspflicht konkretisiert das Transparenzgebot, das § 97 Abs. 1 S. 1 GWB einfachgesetzlich normiert, aber auch aus den Grundfreiheiten und Art. 3 Abs. 1 GG folgt.⁶³ Die Auftragsbekanntmachung erfolgt europaweit durch das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union, § 40 VgV. Sie enthält nach § 41 Abs. 1 VgV in der Regel einen elektronischen Link zu den Unterlagen, die für eine Teilnahme am Vergabeverfahren erforderlich sind (Vergabeunterlagen, § 29 VgV). Dies sind insbesondere die Leistungsbeschreibung, die Auswahlkriterien (samt Gewichtung) und die Ausführungsbedingungen.

3. Bewerbungsphase: Abgabe der Angebote durch die Bieter

Auf die Ausschreibungsphase folgt die Bewerbungsphase, in der die Bieter ihre Angebote abgeben können. Die Frist für den Eingang der Angebote beträgt mindestens 35 Tage, gerechnet ab dem Tag nach der Absendung der Auftragsbekanntmachung, § 15 Abs. 2 VgV. Fristverkürzungen, beispielsweise wegen Dringlichkeit oder elektronischer Kommunikation, sind nach Maßgabe von § 15 Abs. 3, Abs. 4 VgV und § 38 Abs. 3 VgV zu beurteilen. Prägend ist, dass der Auftraggeber nicht in Verhandlungen mit den Bietern treten darf, § 15 Abs. 5 S. 2 VgV.

4. Entscheidungsfindungsphase als Kern des Vergabeverfahrens

Unverzüglich nach Ablauf der Angebotsfrist öffnen mindestens zwei Vertreter des öffentlichen Auftraggebers die bis dahin verschlossenen Angebote, § 55 Abs. 2 VgV. Mit diesem Eröffnungstermin beginnt die Entscheidungsfindungsphase: Der Auftraggeber wertet die Angebote. Abschließend erteilt er dem wirtschaftlichsten Angebot den Zuschlag. Im Einzelnen gliedert sich die Phase der Entscheidungsfindung in folgende Schritte: formale Angebotsprüfung (a), Eignungs- und Ausschlussprüfung (b), (c), Richtigkeitsprüfung (d), und schließlich Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots (e).

a) Ausschluss formal fehlerhafter Angebote

In einem ersten Schritt findet eine formale Prüfung der Angebote statt. Der Auftraggeber prüft insbesondere, ob die Angebote vollständig (§ 56 Abs. 1 VgV) und fristgerecht eingegangen sind. Angebote, die diese Grundvoraussetzungen nicht erfüllen, sind nach § 57 Abs. 1 VgV auszuschließen.

b) Prüfung der Bieterreignung anhand der Eignungskriterien

Als zweiter Schritt folgt die Prüfung der Eignung der Bieter. Diese Eignungsprüfung filtert diejenigen Bieter vom weiteren Verfahren aus, die grundlegende Anforderungen für eine erfolgreiche Auftragsausführung nicht erfüllen. § 122 Abs. 1 GWB stellt fest, dass die Eignung eines Bieters von seiner Fachkunde und Leistungsfähigkeit abhängt. Anhand dieser unbestimmten Rechtsbegriffe hat die Verwaltung die Prognose-

⁵⁸ *Burgi* (Fn. 11), § 19 Rn. 11 spricht vom „wichtigste[n] Instrument“.

⁵⁹ So z.B. § 2 Abs. 6 Nr. 3 TVgG NRW.

⁶⁰ Siehe schon oben unter II. 2. a).

⁶¹ BVerfGE 116, 202 (221 ff., zur Rechtfertigung mit dem Ziel, Arbeitslosigkeit zu bekämpfen und der Förderung der finanziellen Stabilität des Systems der sozialen Sicherung auf S. 223 ff., 226 f.); einordnend *Pietzcker*, ZfBR 2007, 131 (136 f.); *Preis/Ulber*, NJW 2007, 465 (469 ff.); kritisch *Tietje*, NZBau 2007, 23 (26).

⁶² EuGH, Urt. v. 3.4.2008 – C-346/06 = Slg. 2008, I-01989, Rn. 17 ff., 36 f., 38 ff. (Rüffert), der das Nds. Landesvergabegesetz an Richtlinie 96/71/EG misst, die im Lichte von Art. 49 EGV (heute: Art. 56 AEUV) auszulegen ist; zum Ganzen *Opitz* (Fn. 50), § 129 GWB Rn. 19 m.w.N.

⁶³ *Burgi* (Fn. 11), § 13 Rn. 13; zu Art. 3 GG und den Grundfreiheiten oben unter II. 1. und II. 2. a).

entscheidung zu treffen⁶⁴, ob ein konkreter Bieter die erforderliche Eignung besitzt. Hierbei eröffnet ihr § 122 Abs. 1 GWB einen Beurteilungsspielraum mit nur beschränkter gerichtlicher Nachprüfbarkeit.⁶⁵ Zwar gibt es im Wirtschaftsverwaltungsrecht auch prognostische Zuverlässigkeitsprüfungen, die trotz Vorliegen unbestimmter Rechtsbegriffe vollständig gerichtlich überprüfbar sind; so z.B. die Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit nach § 35 Abs. 1 S. 1 GewO.⁶⁶ Anders als bei einer Gewerbeuntersagung handelt die beschaffende Verwaltung aber nicht im Modus der Eingriffsverwaltung.⁶⁷ Während die Gewerbeuntersagung einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG bedeutet⁶⁸, beeinträchtigt die Zuschlagserteilung im Vergaberecht die Berufsfreiheit der unterlegenen Bieter regelmäßig nicht.⁶⁹ Außerdem basiert § 122 GWB auf sekundärem Unionsrecht (Art. 58 VRL), dessen unbestimmte Rechtsbegriffe großzügigere Beurteilungsspielräume einräumen als sonst im deutschen Recht üblich.⁷⁰ Der damit anzuerkennende Beurteilungsspielraum wird allerdings dadurch verengt, dass sich die Verwaltung an den zuvor aufgestellten Eignungskriterien (und entsprechenden Nachweisen) zu orientieren hat, § 122 Abs. 2 S. 1 GWB.⁷¹ Verfehlt wäre es, von einem Ermessen der Verwaltung zu sprechen: Aufträge dürfen nämlich nicht an ungeeignete Unternehmen vergeben werden, § 122 Abs. 1 GWB. Ein „Spielraum auf Rechtsfolgenseite“⁷² besteht damit nicht.

⁶⁴ Bultmann (Fn. 1), S. 82; Ricken (Fn. 21), S. 306; Wirner, ZfBR 2003, 545 (546); Wollenschläger (Fn. 3), S. 221; Opitz (Fn. 50), § 122 GWB Rn. 17 m.w.N.

⁶⁵ BGH NZBau 2014, 185 (189, Rn. 40); Burgi (Fn. 11), § 18 Rn. 9; Dreher (Fn. 5), § 97 GWB Rn. 176–178; Fehling (Fn. 48), § 122 GWB Rn. 10; Opitz (Fn. 50), § 122 GWB Rn. 19; Ricken (Fn. 21), S. 308; Ziekow (Fn. 48), § 122 GWB Rn. 9; ebenso, aber ohne Trennung von Ermessen und Beurteilungsspielraum: Bultmann (Fn. 1), S. 82; Hölzl (Fn. 50), § 122 GWB Rn. 23 f.; Wagner, in: Heuvels/Höb/Kuß/Wagner, Vergaberecht. Gesamtkommentar zum Recht der öffentlichen Auftragsvergabe, 2013, § 97 GWB Rn. 77 ff.; Wirner, ZfBR 2003, 545 (546 f.); zur beschränkten gerichtlichen Prüfung OLG Düsseldorf NZBau 2005, 597 (599).

⁶⁶ BVerwGE 121, 257 (261 f.) auch zu § 29d LuftVG; OVG Lüneburg BeckRS 2000, 21664 unter B. 1.; Marcks, in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften. Kommentar, Bd. 1, 79. Lfg., Stand: Juni 2018, § 35 GewO Rn. 29b; Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2016, § 10 Rn. 45.

⁶⁷ Fehling (Fn. 48), § 122 GWB Rn. 10.

⁶⁸ Statt vieler Wieland (Fn. 21), Art. 12 GG Rn. 67.

⁶⁹ Siehe oben unter II. 2. a).

⁷⁰ Fehling (Fn. 48), § 122 GWB Rn. 10; Cremer, in: Callies/Ruffert, EUV, AEUV Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 107 AEUV Rn. 49.

⁷¹ So auch Wollenschläger (Fn. 3), S. 221 f., Opitz (Fn. 50), § 122 GWB Rn. 19.

⁷² Wollenschläger (Fn. 3), S. 564.

c) Prüfung, ob die Bieter Ausschlussgründe verwirklichen

Ein weiterer Schritt ist die Prüfung, ob Bieter wegen Ausschlussgründen nach §§ 123, 124 GWB vom weiteren Verfahren auszuschließen sind. Die Prüfung der Ausschlussgründe kann zu jedem Zeitpunkt im Vergabeverfahren stattfinden, §§ 123 Abs. 1, Abs. 4, 124 Abs. 1 GWB. Das GWB differenziert zwischen zwingenden (§ 123 GWB) und fakultativen Ausschlussgründen (§ 124 GWB). Bei Letzteren liegt der Ausschluss im Ermessen der Verwaltung. Da der Verstoß gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen einen fakultativen Ausschlussgrund darstellt (§ 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB), kann die Verwaltung auch bei der Ausschlussprüfung Sekundäraufgaben wie den Umweltschutz wahrnehmen.

Ergreift ein auszuschließender Bieter ausreichende sog. Selbstreinigungsmassnahmen, um erneutes Fehlverhalten in Zukunft zu verhindern, darf er nicht vom Verfahren ausgeschlossen werden, § 125 GWB. Die Verwaltung hat einen Spielraum bei der prognostischen Beurteilung, ob ergriffene Selbstreinigungsmassnahmen ausreichend sind.⁷³ Ihr kommt aber kein Ausschlussermessen zu.⁷⁴

d) Prüfung der Angebote auf rechnerische, technische und wirtschaftliche Richtigkeit

Im nächsten Schritt sind die Angebote auf rechnerische, technische und wirtschaftliche Richtigkeit zu prüfen, § 56 Abs. 1 VgV. Angebote, die fachlich bzw. technisch nicht zur Leistungsbeschreibung passen, sind als Änderung der Vergabeunterlagen nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV auszuschließen.⁷⁵ Dasselbe gilt für rechnerisch inkorrekte Angebote. Die wirtschaftliche Prüfung bezieht sich auf Angebote mit ungewöhnlich niedrigen Preisen oder Kosten. § 60 Abs. 1, Abs. 2 VgV verpflichtet die Verwaltung bei solchen Angeboten nachzuforschen, weshalb Preis bzw. Kosten so gering sind. Ist eine Aufklärung nicht möglich, liegt die Ablehnung des Angebots im Ermessen der Verwaltung, § 60 Abs. 3 S. 1 VgV. Ergibt die Nachforschung einen Verstoß des Bieters gegen rechtliche Verpflichtungen, beispielsweise aus dem Umwelt- oder Sozialrecht, ist die Verwaltung zur Angebotsablehnung verpflichtet, § 60 Abs. 3 S. 2 VgV.

e) Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots anhand der Zuschlagskriterien

Auf letzter Stufe folgt nun das Herzstück des Vergabeverfahrens:⁷⁶ Die Verwaltung bewertet die verbliebenen Angebote anhand der Zuschlagskriterien, § 127 Abs. 1 S. 2 GWB. So

⁷³ Statt aller Begründung zum Regierungsentwurf des VergabeRModG, BT-Drs. 18/6281, S. 107, 110.

⁷⁴ Begründung, ebda., S. 107; Jaeger, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 2. Aufl. 2018, § 125 GWB Rn. 10, 14.

⁷⁵ Beispielsfall bei OLG Brandenburg NZBau 2014, 525 (526).

⁷⁶ Ähnlich Opitz (Fn. 50), § 127 GWB Rn. 15; Otting, VergabeR 2016, 316. Die hier dargestellte Prüfungsfolge ist nicht zwingend: Im offenen Verfahren kann die Angebotswertung auch vor der Eignungsprüfung erfolgen, § 42 Abs. 3 VgV.

ermittelt sie das wirtschaftlichste Angebot, dem der Zuschlag zu erteilen ist, § 127 Abs. 1 S. 1 GWB. Regelmäßig ist die Angebotswertung ein sehr komplexer Prüfungsschritt, der den Vergleich und die Gesamtschau vieler einzelner Angebotsmerkmale erfordert.⁷⁷ Die unbestimmten Rechtsbegriffe in § 127 Abs. 1 S. 1, S. 3 GWB („wirtschaftlichstes Angebot“, „bestes Preis-Leistungsverhältnis“) eröffnen der Verwaltung daher einen Beurteilungsspielraum bei der Bewertung der einzelnen Angebote auf Basis der Zuschlagkriterien.⁷⁸ Dieser Beurteilungsspielraum ist nur beschränkt gerichtlich überprüfbar.⁷⁹ Wie bei der Eignungsprüfung muss sich die Verwaltung allerdings zwingend an den zuvor festgelegten Kriterien orientieren, § 127 Abs. 1 S. 2 GWB. Diese Zuschlagskriterien strukturieren und begrenzen damit die Ausübung des Beurteilungsspielraumes.⁸⁰ Ist beispielsweise der Preis das einzige Zuschlagskriterium, so reduziert sich der Beurteilungsspielraum auf null: Die Angebotswertung besteht dann in einem einfachen, vollständig nachprüfaren Preisvergleich.⁸¹ § 127 Abs. 1 S. 1 GWB schreibt zwingend vor, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen ist. Wie bei der Angebotsprüfung kommt der Verwaltung daher auch hier auf Rechtsfolgenseite kein Ermessen zu.⁸²

5. Vergabeentscheidung: Erteilung des Zuschlags

Die Phase der Angebotswertung mündet in die zivilrechtliche Annahme des wirtschaftlichsten Angebots durch den Zuschlag (§§ 145 ff. BGB). Der damit geschlossene Vertrag ist zivilrechtlicher Natur.⁸³ Der erteilte Zuschlag ist grundsätzlich irreversibel (§ 168 Abs. 2 S. 1 GWB), denn *pacta sunt servanda*. Um dennoch effektiven Primärrechtsschutz für unterlegene Bieter zu gewährleisten,⁸⁴ sind sie mindestens 15 Tage vor Vertragsschluss umfassend über die geplante Nichtberücksichtigung ihrer Angebote zu informieren, § 134 Abs. 1, Abs. 2 GWB. § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB sanktioniert den Verstoß gegen diese Mitteilungspflicht mit der *ex tunc*-Nichtigkeit des geschlossenen Vertrages.

Überwiegend anerkannt ist inzwischen, dass der Abschluss des Vergabeverfahrens in seinem Aufbau nicht der Zwei-

Stufen-Lehre folgt.⁸⁵ Nähme man dies an, wäre dem Vertragsschluss (zweite Stufe) ein Verwaltungsakt über die Auswahl des Vertragspartners (erste Stufe) vorgelagert. Zwar gibt es bereits vor dem Vertragsschluss eine Entscheidung über die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots.⁸⁶ Dies zeigt § 134 GWB, der die Mitteilung dieser Auswahlentscheidung fordert. Die Auswahlentscheidung müsste aber auf die Setzung einer Rechtsfolge gerichtet sein, um als Verwaltungsakt (§ 35 S. 1 VwVfG) einen tauglichen Anknüpfungspunkt für die erste Stufe der Zwei-Stufen-Lehre zu bilden. Da die Entscheidung nach § 134 GWB aber nur den unterlegenen Bietern mitgeteilt wird, ist keine Regelungsabsicht gegenüber dem erfolgreichen Bieter erkennbar.⁸⁷ Gegen den Regelungscharakter spricht außerdem die Betitelung der Mitteilungspflicht als bloße Informations- und Wartepflicht (§ 134 GWB).⁸⁸ Die vorab bekanntzumachende Auswahlentscheidung ist damit mangels Regelungscharakters kein Verwaltungsakt, sondern ein bloßes Verwaltungsinternum.⁸⁹ Folglich scheidet sie als Anknüpfungspunkt für die erste Stufe der Zwei-Stufen-Lehre aus. Diese ist damit im Vergaberecht abzulehnen.

Die dem Zuschlag folgende Vertragsausführung unterliegt vor allem dem Zivilrecht.⁹⁰ Das Vergaberecht trifft hier nur vereinzelt Regelungen, beispielsweise in § 133 GWB zur Kündigung. Im Baubereich verpflichtet § 8a Abs. 1 VOB/A-EU zur Anwendung der allgemeinen Vertragsbedingungen aus Teil B der VOB. Für die Vertragsabwicklung sind außerdem die oben angesprochenen Ausführungsbedingungen relevant.

Der Auftraggeber kann das Vergabeverfahren theoretisch auch ohne Zuschlag beenden, indem er es aufhebt. Ist eine solche Aufhebung nicht nach § 63 Abs. 1 VgV gerechtfertigt, können den Auftraggeber Schadensersatzansprüche der Bieter nach § 280 Abs. 1 i.V.m. §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1

⁷⁷ Dreher (Fn. 5), § 97 Rn. 327; Fehling (Fn. 50), § 97 GWB Rn. 194; Opitz (Fn. 50), § 127 GWB Rn. 88.

⁷⁸ Ganz h.M., siehe zum Beispiel BGH NZBau 2002, 107; NZBau 2002, 344 (345); Braun/Kappenmann, NZBau 2006, 544 (547); Burgi, NZBau 2007, 457 (474); Fehling (Fn. 50), § 97 GWB Rn. 191, 194; Herrmann, VergabeR 2015, 296 (303); Hölzl (Fn. 50), § 127 GWB Rn. 52; Ricken (Fn. 21), S. 315; Opitz (Fn. 50), § 127 GWB Rn. 88; Ziekow (Fn. 48), § 127 GWB Rn. 48.

⁷⁹ Dazu statt vieler Opitz (Fn. 50), § 127 GWB Rn. 88 m.w.N.

⁸⁰ So auch Opitz (Fn. 50), § 127 GWB Rn. 89; Wollenschläger (Fn. 3), S. 226 f., 570.

⁸¹ Opitz, ebda.; Wollenschläger (Fn. 3), S. 570.

⁸² Wollenschläger (Fn. 3), S. 564.

⁸³ Statt vieler BVerwGE 129, 9 (13); BGH, Urt. v. 8.4.1965 – III ZR 230/63, unter II. 2. (juris); Wollenschläger (Fn. 3), S. 228 f. m.w.N.

⁸⁴ Wollenschläger (Fn. 3), S. 227 f.; Ziekow (Fn. 48), § 134 GWB Rn. 4; allg. Röhl (Fn. 3), § 30 Rn. 20.

⁸⁵ BVerwGE 129, 9 (18 f., Rn. 15) für den Unterschwellenbereich; Burgi (Fn. 11), § 19 Rn. 1; Detterbeck, in: Gornig u.a., Festschrift für Werner Frotscher zum 70. Geburtstag, 2007, S. 399 (406, 409); Englisch, VerwArch 98 (2007), 410 (439, 441 f.); Kaelble, Vergabeentscheidung und Verfahrensgerechtigkeit, 2008, S. 211.

⁸⁶ EuGH, Urt. v. 28.10.1999 – C-81/91 = Slg. 1999, I-7671, Rn. 43 (Alcatel Austria); EuGH, Urt. v. 11.1.2005 – C-26/03 = Slg. 2005, I-1, Rn. 31 (Stadt Halle); Schliesky, in: Kluth u.a., Festschrift für Rolf Stober, 2008, S. 523 (528); Wollenschläger (Fn. 3), S. 233.

⁸⁷ Englisch, VerwArch 98 (2007), 410 (442); Kaelble, ZfBR 2003, 657 (658); Wollenschläger (Fn. 3), S. 237.

⁸⁸ Wollenschläger (Fn. 3), S. 236; ähnl. Englisch, VerwArch 98 (2007), 410 (441 f.).

⁸⁹ Ebenso Detterbeck (Fn. 85), S. 399 (409); Kaelble, ZfBR 2003, 357 (658); Kaelble (Fn. 85), S. 211; allg. Röhl, VerwArch 86 (1995), 531 (561); Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 35 VwVfG Rn. 161a, 163; Stelkens, Verwaltungsprivatrecht, 2005, S. 980.

⁹⁰ Anders beispielsweise in den USA, dort gibt es ein spezielles „Government Contracts Law“, Burgi (Fn. 11), § 2 Rn. 15.

BGB treffen (z.B. Ersatz der Kosten, die die Erstellung des Angebots verursacht hat).⁹¹ Fehlt jeglicher sachlicher Grund für die Aufhebung, ist sie unwirksam und das Vergabeverfahren ist fortzuführen.⁹²

IV. Als Referenzpunkt: Die Auftragsvergabe im Unterschwellenbereich

Dem dargestellten Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich wird nachfolgend ein Überblick zur Vergabe im Unterschwellenbereich⁹³ gegenübergestellt. Dieser Bereich ist von hoher praktischer Relevanz: Nach Schätzungen unterschreiten rund 90 % der Vergabeverfahren die Schwellenwerte.⁹⁴

Traditionell ist das Recht im Unterschwellenbereich auf den Haushalts- und nicht den Wettbewerbsschutz oder die Wahrnehmung von Sekundäraufgaben ausgerichtet. Die gesetzliche Regelungsdichte ist geringer und die Vergabeverfahren sind weniger stark formalisiert. Die Unterschiede zwischen Ober- und Unterschwellenbereich haben sich jedoch verkleinert: Der Unterschwellenbereich nähert sich dem Recht oberhalb der Schwellenwerte an.⁹⁵

Motor dieser Annäherung sind erstens die aus den europäischen Grundfreiheiten folgenden Grundsätze der Transparenz, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung.⁹⁶ In Konkretisierung dieser Grundsätze hat der EuGH beispielsweise festgestellt, dass auch im Unterschwellenbereich die nachträgliche Änderung von Zuschlagskriterien ausgeschlossen ist.⁹⁷ Ihre harmonisierende Wirkung entfalten die Grundfreiheiten freilich nur, wenn sie wegen eines grenzüberschreitenden Interesses der fraglichen Vergabe anwendbar sind.⁹⁸

Zweitens bewirkt die UVgO eine Angleichung des Unteran den Oberschwellenbereich.⁹⁹ Denn ausweislich ihrer amtlichen Bekanntmachung ähnelt sie dem GWB und der VgV an vielen Stellen.¹⁰⁰ Dies zeigt schon § 2 UVgO: Wie § 97 GWB betont er Wettbewerb, Transparenz und die Wahrnehmung von Sekundäraufgaben wie dem Umweltschutz als Grundsätze der Vergabe. Auch die Verfahrensarten im Unterschwellenbereich (§§ 8 ff. UVgO) gleichen im Grundsatz denen im Oberschwellenbereich.¹⁰¹ Die öffentliche Ausschreibung nach § 9 UVgO erinnert beispielsweise an das offene Verfahren nach § 119 Abs. 3 GWB. Die im Oberschwellenbereich nicht verfügbare Auftragsvergabe ohne Verfahren (freihändige Vergabe)¹⁰² ist außerdem auch unterhalb der Schwellenwerte nur in engen Grenzen möglich, §§ 14 UVgO, 3a Abs. 4 VOB/A.

Ein dritter Faktor für die Annäherung von Ober- und Unterschwellenbereich sind die Landesvergabeetze, die für beide Bereiche gelten. Sie betreffen primär die Wahrnehmung von Sekundäraufgaben. § 2 TVgG NRW schreibt für ihm unterfallende Aufträge zum Beispiel die Zahlung bestimmter Mindestentgelte vor.

Nach alledem kann auch das Beschaffungswesen unterhalb der Schwellenwerte nicht mehr als „Domäne der Exekutive“¹⁰³ gelten. Das Verwaltungshandeln ober- und unterhalb der Schwellenwerte unterscheidet sich nicht mehr grundlegend. Unterschiedlich bleiben vor allem die Rechtsschutzregime.¹⁰⁴

V. Fazit: Handlungscharakteristika der nachfragenden Verwaltungstätigkeit

Vor dem Hintergrund der obigen Darstellungen zur Auftragsvergabe im Ober- und Unterschwellenbereich soll nun abschließend beantwortet werden, durch welche Handlungscharakteristika sich die nachfragende Verwaltungstätigkeit auszeichnet. Folgende Charakteristika lassen sich formulieren:

1. Im Handlungsmodus der nachfragenden Verwaltungstätigkeit greift die Verwaltung nicht, wie im Modus der Hoheitsverwaltung, auf ihre übergeordnete Rechtsmacht zu-

⁹¹ *Burgi* (Fn. 11), § 13 Rn. 9 f.; *Dieck-Bogatzke*, *VergabeR* 2008, 392 (395); *Jürschik*, *VergabeR* 2013, 663 (664), je m.w.N.

⁹² *Burgi* (Fn. 11), § 13 Rn. 11; *Dieck-Bogatzke*, *VergabeR* 2008, 392 (395 ff.); *Jürschik*, *VergabeR* 2013, 663 (664 ff.); *Wollenschläger* (Fn. 3), S. 240, je m.w.N.

⁹³ Zu den im Unterschwellenbereich relevanten Rechtsquellen siehe oben II. 2. b).

⁹⁴ BMWi, Diskussionspapier Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte, 15.6.2010, S. 2; so statt vieler auch *Ruthig*, *NZBau* 2005, 497 (498).

⁹⁵ *Ortner*, *VergabeR* 2017, 560 (561); ähnlich, aber zurückhaltender *Siegel*, *VerwArch* 107 (2016), 1 (30).

⁹⁶ Siehe zu diesen Grundsätzen oben II. 1.

⁹⁷ EuGH, Urt. v. 16.4.2015 – C-278/14, ECLI:EU:C:2015:228, Rn. 27 ff. (*Enterprise Focused Solutions*).

⁹⁸ So im Unterschwellenbereich zum Beispiel bei der Beschaffung eines IT-Systems von einer international bekannten Marke, EuGH, Urt. v. 16.4.2015 – C-278/14, ECLI:EU:C:2015:228, Rn. 22 (*Enterprise Focused Solutions*); siehe auch die oben in Fn. 13, 14 Genannten; *Siegel*, *VerwArch* 107 (2016), 1 (6), meint einschränkend, ein grenzüberschreitendes Interesse sei im Unterschwellenbereich wegen des oft geringen Auftragsvolumens selten; vertiefend *Siegel*, *EWS* 2008, 66 (68 f.).

⁹⁹ *Lausen*, *NZBau* 2017, 3 (8); *Probst/Winters*, *VergabeR* 2017, 311 (322).

¹⁰⁰ Amtl. Bekanntm. d. UVgO v. 2.2.2017, BAnz AT, 7.2.2017 B1, S. 1, nur auf VgV verweisend.

¹⁰¹ *Siegel* (Fn. 14), 5. Teil, Rn. 53; *Ziekow* (Fn. 66), § 9 Rn. 71.

¹⁰² Den weitgehendsten Verzicht auf ein förmliches Vergabeverfahren erlaubt im Oberschwellenbereich das nur ganz selten zulässige Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb (siehe dazu oben unter III.), dem im Unterschwellenbereich die weniger streng reglementierte Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb (§ 8 Abs. 4 UVgO) entspricht.

¹⁰³ So *Pietzcker*, *Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns*, 1978, S. 237 über das deutsche (nicht zweiseitige) Vergaberecht in 1978.

¹⁰⁴ BVerfGE 116, 135 (135 f.) erklärt dies aber für verfassungsmäßig; siehe zum Rechtsschutz im Vergaberecht *Burgi* (Fn. 11), §§ 20–22.

rück¹⁰⁵ und tritt dem Bürger imperativ gegenüber: Sie nimmt als Nachfrager am Marktgeschehen teil und beeinflusst es nicht regulierend von außen.¹⁰⁶ Das zentrale Instrument der Auftragsvergabe ist mit dem privatrechtlichen Vertrag folglich eine konsensuale und keine einseitig-hoheitliche Handlungsform. Dennoch bleibt die nachfragende Verwaltungstätigkeit staatliches Handeln¹⁰⁷ und ist als solches an die Grundrechte gebunden. Der nachfragenden Verwaltung kommt damit keine Privatautonomie zu.¹⁰⁸

2. Die nachfragende Verwaltungstätigkeit zeichnet sich durch starke Verfahrensformalisierung aus.¹⁰⁹ Die Verwaltung hat öffentliche Aufträge im Rahmen eines mehrpoligen Auswahlverfahrens zu vergeben, an der neben ihr der erfolgreiche und die nicht erfolgreichen Bieter beteiligt sind.¹¹⁰ Der Verzicht auf ein solches Vergabeverfahren ist nur in ganz seltenen Ausnahmefällen zulässig.¹¹¹ Die Formalisierung des Verfahrens variiert je nach gewählter Verfahrensart und nimmt (mit Geltung der UVgO) auch im Unterschwellenbereich zu. Typische Instrumente, die die Logik des Marktprinzips ausmachen, stehen der Verwaltung wegen der Verfahrensformalisierung nur beschränkt zur Verfügung: Beispielsweise kann sie nur begrenzt auf die Verhandlung als typisches Instrument zur Preis- und Vertragsoptimierung zurückgreifen. Insgesamt macht die Formalisierung das Verwaltungshandeln also weniger flexibel und effizient¹¹², dient aber Transparenz, Gleichbehandlung, und Wettbewerb.

3. Die nachfragende Verwaltungstätigkeit ist überdies durch zahlreiche Entscheidungsspielräume der Verwaltung

geprägt.¹¹³ Die Wahrnehmung von Sekundäraufgaben steht oft in ihrem Ermessen und bei der Eignungsprüfung wie auch der Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots verfügt sie über Beurteilungsspielräume. Das formalisierte Vergabeverfahren kompensiert die mit den Beurteilungsspielräumen einhergehende Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle.¹¹⁴ Das Verfahren hat nicht nur eine „dienende Funktion“, sondern versucht eine gleichheitskonforme und transparente Vergabeentscheidung sicherzustellen.¹¹⁵ Man denke beispielhaft an die Konzeptphase, in der Zuschlags- und Eignungskriterien aufzustellen sind, die den Beurteilungsspielraum der Verwaltung in der Entscheidungsfindungsphase begrenzen.

4. Nach alledem unterscheidet sich die Verwaltung deutlich von privaten Marktteilnehmern.¹¹⁶ Diese sind insbesondere nicht an die Grundrechte gebunden, handeln privatautonom und haben keine aufwendigen Vergabeverfahren durchzuführen. Auch sind sie mit dem Risiko der Insolvenz einem faktischen Zwang zu wirtschaftlichem Handeln ausgesetzt. Der Verwaltung muss dieser Zwang wegen ihrer letztlich unbegrenzten Finanzmittel normativ auferlegt werden (vgl. § 97 Abs. 1 S. 2 GWB, § 6 Abs. 1 HGrG).¹¹⁷ Das Vergabeverfahren soll die Verwaltung zu wirtschaftlicher Beschaffung anhalten.¹¹⁸ Nicht übersehen werden dürfen aber die Transaktionskosten, die es selbst verursacht. Letztlich scheint es treffend, die Verwaltung als „atypischen Marktteilnehmer“¹¹⁹ zu charakterisieren.

Abschließend sei bemerkt, dass das Vergaberecht mit der nachfragenden Verwaltungstätigkeit einen (wirtschaftlich) wichtigen Ausschnitt staatlichen Handelns verrechtlicht hat. Dabei kann das Vergaberecht einerseits als Teil des Privatisierungsfolgenrechts aufgefasst werden.¹²⁰ Fragt der Staat beispielsweise Dienstleistungen im Bereich der Abfallentsorgung oder des Straßenbaus nach, nutzt er Private zur Erfüllung seiner Aufgaben (Verwaltungshilfe oder funktionale

¹⁰⁵ BVerfGE 116, 135 (150).

¹⁰⁶ BVerfGE 116, 135 (152). Dies meint das BVerfG, wenn es in E 116, 135 (150) schreibt, die nachfragende Verwaltung unterscheide „sich nicht grundlegend von anderen Marktteilnehmern.“ Angesichts der materiellen Grundrechtsbindung der privatrechtlich handelnden Verwaltung (Art. 1 Abs. 3 GG) ist es aber entgegen E 116, 135 (150) konsequent, die Auftragsvergabe als Akt öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG einzustufen; so schon BVerfG (K) NZBau 2004, 564 (565); ebenso *Burgi* (Fn. 11), § 4 Rn. 12; *Schoch*, in: Hoffmann-Riem u.a. (Fn. 3), § 50 Rn. 10.

¹⁰⁷ *Pietzcker*, ZHR 162 (1998), 427 (428).

¹⁰⁸ *Bungenberg* (Fn. 9), S. 133; *Marx* (Fn. 1), S. 305 (328); *Voßkuhle* (Fn. 3), S. 277 (295 f.); allg. *Ehlers*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 3 Rn. 90.

¹⁰⁹ *Fehling*, in: Hoffmann-Riem u.a. (Fn. 3), § 38 Rn. 86, 87: Vergaberecht als „Referenzgebiet für [...] Verfahrensformalisierung“; *Hoffmann-Riem*, ebda., § 33 Rn. 86.

¹¹⁰ *Bultmann* (Fn. 1), S. 60; *Fehling* (Fn. 48), § 97 GWB Rn. 42; *Wollenschläger* (Fn. 3), S. 247.

¹¹¹ Einen vollständigen Verzicht erlauben nur § 14 UVgO, § 3a Abs. 4 VOB/A im Unterschwellenbereich. Dem kommt das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb im Oberschwellenbereich am nächsten (§ 14 Abs. 3 Nr. 5 a.E., Abs. 4 VgV), das unterhalb der Schwellenwerte als Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb existiert (§ 8 Abs. 4 UVgO); siehe schon Fn. 102.

¹¹² *Pietzcker*, ZHR 162 (1998), 427 (432 f.).

¹¹³ So explizit auch *Klingner*, Die Vorabinformationspflicht des öffentlichen Auftraggebers, 2005, S. 52.

¹¹⁴ Allg. so auch *Schulze-Fielitz*, JZ 1993, 772 (776 f.).

¹¹⁵ *Burgi*, NZBau 2003, 16 (19); allg. so auch *Schmidt-Preuß*, NVwZ 2005, 489 (490); *Wollenschläger* (Fn. 3), S. 690 f.

¹¹⁶ *Bungenberg* (Fn. 9), S. 133; *Fuchs*, in: Kirchhof/Kortel/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, 2014, § 15 Rn. 13; *Klingner* (Fn. 113), S. 46 ff.; *Scherzberg*, in: Hoffmann-Riem u.a. (Fn. 3), § 49 Rn. 116; weitergehend wollen *Fehling* (Fn. 48), § 97 GWB Rn. 36 und *Voßkuhle* (Fn. 3), S. 277 (301) die Verwaltung wegen ihrer Nachfragestärke nicht als (normalen) Marktteilnehmer sehen.

¹¹⁷ So auch *Bungenberg* (Fn. 9), S. 135 f.; in diese Richtung auch *Frister*, VergabeR 2011, 295 (296); *Fuchs* (Fn. 116), § 15 Rn. 15; *Marx* (Fn. 1), S. 305 (317 f.); eingehend *Klingner* (Fn. 113), S. 47.

¹¹⁸ *Klingner* (Fn. 113), S. 50 f.; *Scherzberg* (Fn. 116), § 49 Rn. 123.

¹¹⁹ *Wallerath* (Fn. 20), S. 67, 314; *Walther*, Das öffentliche Auftragswesen, 1979, S. 63.

¹²⁰ *Burgi*, NVwZ 2001, 601 (604); *ders.* (Fn. 11), § 11 Rn. 25; *Fuchs* (Fn. 116), § 15 Rn. 6.

Privatisierung).¹²¹ Den Staat trifft hier die Verantwortung, die erfolgreiche Erfüllung der privatisierten Aufgabe zu gewährleisten (Gewährleistungsverantwortung¹²², siehe z.B. § 22 KrWG). Da das Vergaberecht der Auswahl eines fähigen Vertragspartners dient, ist es ein Instrument zur Wahrnehmung dieser Verantwortung.¹²³ Andererseits ist das Vergaberecht aber nicht auf diese Perspektive zu verengen. Es sollte als selbstständiges Rechtsgebiet betrachtet werden, da eine Vielzahl von Vergabeverfahren keine Privatisierungsvorgänge betreffen, sondern zur staatlichen Eigenbedarfsdeckung durchgeführt werden.

¹²¹ Zu diesen Begriffen statt vieler *Ehlers*, in: Ehlers/Pünder (Fn. 108), § 1 Rn. 23.

¹²² Zu diesem Begriff statt vieler *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem u.a. (Fn. 3), § 12 Rn. 158 ff.

¹²³ *Burgi*, *VergabeR* 2007, 457 (459): Vergaberecht als „Instrument staatlicher Gewährleistungsverantwortung“, ebenso *ders.*, *Privatisierung öffentlicher Aufgaben*, Gutachten D, in: *Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages*, Bd. 1, Teil D, 2008, S. D 101 f.; ähnlich *Franzius*, *Der Staat* 45 (2006), 547 (566 ff.).

Die Verwirkung des Lohnanspruchs

Von Wiss. Mitarbeiter **Lukas Lettau**, Essen, Wiss. Mitarbeiter **Emil Lorenz**, Bochum*

Der folgende Beitrag soll einen Überblick über den Umfang und die Reichweite des maßgeblich durch die Rechtsprechung geprägten § 654 BGB geben. Ohne insulares Detailwissen vermitteln zu wollen, soll ausgehend von der Dogmatik gezeigt werden, wie die Norm lediglich mittels methodischen Handwerkszeugs operationalisierbar gemacht werden kann, damit in Prüfungssituationen vertretbare Ergebnisse präsentiert werden können.

I. Einleitung

§ 654 BGB schließt den Anspruch auf Maklerlohn und den Ersatz von Aufwendungen aus, wenn der Makler dem Inhalt des Vertrages zuwider auch für den anderen Teil tätig gewesen ist (sog. Doppeltätigkeit). Durch ihn wird eine Strafnorm ins deutsche Privatrecht hineingetragen.¹ Dies mutet seltsam an, da es nicht Aufgabe des BGB ist, zu sanktionieren, sondern es zuvörderst die Rechtsbeziehungen zwischen gleichen und freien Bürgern regeln soll.² Anders als im angelsächsischen Recht, das mit dem „punitive damage“ auch pönalisierende Komponenten in das Zivilrecht verpflanzt,³ beschränkt sich das deutsche Zivilrecht auf den Anspruch, kollidierende Interessenlagen der Akteure zu erfassen und einer ausgewogenen Entscheidung zuzuführen.⁴ Ausgehend von diesem Befund möchte sich der Beitrag dem „normativen Exoten“ nähern und seine Stellung im BGB und seinen Anwendungsbereich analysieren sowie anschließend auf die fallrelevanten Anwendungsfälle eingehen, um schließlich eine methodische Handhabung darzulegen.

II. Darstellung und Analyse des Tatbestandes

1. Die Entwicklung hin zum Strafcharakter

Nähert man sich § 654 BGB historisch, so kann den Motiven zum BGB entnommen werden, dass dem Makler die vorgenannten Ansprüche deshalb zu versagen sind, weil er bei einer Doppeltätigkeit – trotz des zustande gekommenen Hauptvertrages – seine Verpflichtungen nicht erfüllt habe.⁵ Obgleich diese Annahme eher apodiktisch als begründet getroffen

wird,⁶ findet ein Rekurs auf den Sanktionsgedanken nicht statt. Vielmehr wird das Auflösen eines Interessenkonflikts in den Vordergrund gerückt: Der nichterfüllende Vertragspartner hat kein Forderungsrecht! Diese allein an Konfliktauflösung orientierte Rechtsauffassung wurde zwar noch vom RG getragen, aber schon auf außerhalb des § 654 BGB liegende Tatbestände erweitert.⁷ Der schon angesprochene Topos des Strafcharakters wurde dann letztendlich durch den BGH im Jahre 1962 aus der Taufe gehoben.⁸ Das Gericht attestierte § 654 BGB „offensichtlichen Strafcharakter“⁹ und stützte die Versagung des Lohnes darauf, dass der Makler, der „die Treuepflicht gegenüber seinem Auftraggeber [...] verletzt hat [...], den Maklerlohn nach allgemeinem Rechts- und Billigkeitsempfinden nicht verdient hat“¹⁰.

Trotz erheblichen Gegenwindes aus der Literatur kann der durch § 654 BGB verkörperte Strafcharakter mittlerweile als gefestigte Rechtsprechung angesehen werden¹¹ und wird darüber hinaus auf viele weitere sanktionswürdige Tatbestände angewendet.

2. § 654 BGB in seinem originären Anwendungsbereich

Der unmittelbare Anwendungsbereich ist ausweislich des Wortlauts eng begrenzt. Adressiert und sanktioniert wird ausschließlich der doppelt tätig werdende Makler. Das doppelte Tätigwerden ist dem Makler dabei nicht per se verboten, sondern läuft dem Vertrag nur dann im Sinne der Vorschrift zuwider, wenn es als solches unzulässig ist oder der Makler die damit verbundenen besonderen Pflichten, insbesondere zur Unparteilichkeit, verletzt.¹² Ob eine Doppeltätigkeit im Einzelfall zulässig ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, wobei etwa die Bestimmungen des Vertrages, die Kategorisierung als Vermittlungs- oder Nachweismakler sowie eine Offenlegung der Doppeltätigkeit von Relevanz sind.¹³

Aufgrund des Strafcharakters der Vorschrift erfordert die Verwirkung nicht das Entstehen eines Schadens auf Seiten des Auftraggebers, sodass in der Folge auch § 254 BGB keine Berücksichtigung findet.¹⁴ Der Makler haftet darüber

* Der Autor *Lukas Lettau* ist Wiss. Mitarbeiter in einer mittelständischen Wirtschaftskanzlei in Essen und Doktorand an der Ruhr-Universität Bochum. Der Autor *Emil Lorenz* ist Wiss. Mitarbeiter an der Ruhr-Universität Bochum.

¹ *Meier*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.10.2018, § 654 Rn. 1.

² *Meier* (Fn. 1), § 654 Rn. 34.

³ *Stempfle*, in: Höra (Hrsg.), Münchener Anwalts Handbuch für VersR, 4. Aufl. 2017, § 36 Rn. 92.

⁴ *Meier* (Fn. 1), § 654 Rn. 34.

⁵ *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, 1899, S. 938, online abrufbar unter

https://archive.thulb.uni-jena.de/collections/servlets/MCRFileNodeServlet/HisBest_derivate_00010709/Band%202.pdf (20.1.2020).

⁶ *Arnold*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2016, § 654 Rn. 1.

⁷ RGZ 113, 264 (269).

⁸ Vgl. BGHZ 36, 323 ff. = NJW 1962, 734 ff.; zur Rechtsprechungsentwicklung: *Arnold* (Fn. 6), § 654 Rn. 2.

⁹ BGHZ 36, 323 ff.

¹⁰ BGHZ 36, 323 (327).

¹¹ So zuletzt BGH NJW 2019, 935 ff., sowie zur Verwirkung wegen Falschinformationen OLG Koblenz, Beschl. v. 2.5.2019 – 2 U 1482/18.

¹² BGHZ 61, 17 (21) = BGH NJW 1973, 1458 (1459); *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 78. Aufl. 2019, § 654 Rn 4; *Fischer*, NZM 2001, 873 (880).

¹³ *Fischer*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2017, § 654 Rn. 2; *Meier* (Fn. 1), § 654 Rn. 9 ff.

¹⁴ BGHZ 36, 323 (326); *Budde*, MDR 1986, 896 ff.; *Fischer*, NZM 2001, 873 (875).

hinaus gem. § 278 BGB für Pflichtverletzungen seiner Erfüllungshilfen.¹⁵ § 654 BGB steht nicht zur Disposition der Parteien.¹⁶

Einzelheiten dieser Fallkonstellation sollten für eine mögliche Abfrage im Examen zu tiefgehend sein. Darüber hinaus führte die im Folgenden dargestellte, erhebliche Erweiterung der Vorschrift dazu, dass der ursprünglich anvisierte Fall, die Doppeltätigkeit, quantitativ gegenüber der Vielzahl alternativer Pflichtverletzungen spürbar zurückgetreten ist.¹⁷ Folglich wird die Anwendung der Vorschrift auf dem analogen Wege in den Fokus gerückt.

3. Analoge Anwendung des § 654 BGB

a) Innerhalb des Maklervertragsrechts

Bereits das RG traf – wenn auch ohne nähere Begründung – die Feststellung, dass § 654 BGB zwar nur einen einzelnen Fall regelt, aber einem von der Treu- und Sorgfaltspflicht ausgehenden allgemeinen Rechtsgedanken entspreche, sodass die Vorschrift auch anzuwenden sei, wenn „der M[a]kler unter vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung wesentlicher Vertragspflichten den Interessen seines Auftraggebers in wesentlicher Weise zuwiderhandelt.“¹⁸ Mittlerweile entnimmt die ständige Rechtsprechung der Norm einen über den reinen Wortlaut hinausgehenden, allgemeinen Rechtsgedanken mit dem Inhalt, dass eines Rechtsanspruchs verlustig gehen soll, wer sich wegen eines Treubruchs als unwürdig erwiesen hat.¹⁹ Diese Annahme führt in erster Konsequenz zu einer Erweiterung der sanktionsbedrohten Verhaltensweisen des Maklers.

Nunmehr ziehen sämtliche Verletzungen seiner Treuepflicht, die mit der Doppelmakerei gleichgesetzt werden können, in analoger Anwendung des § 654 BGB einen Verlust des Vergütungsanspruchs nach sich.²⁰ Im Zuge einer umfassenden Rechtsprechung hat sich ein strenger Pflichtenkanon des Maklers herauskristallisiert, der bei Missachtung eine Verwirkung des Vergütungsanspruchs bedingen kann.²¹ Die Kenntnis sämtlicher Einzelfälle ist für eine Fallbearbeitung im Rahmen des Examens nicht erforderlich, sodass an dieser Stelle lediglich der Versuch einer überblickartigen Darstellung erfolgen soll. Insoweit lässt sich sagen, dass der Makler seinen Provisionsanspruch in der Regel verwirkt, soweit er durch die bewusste Angabe unwahrer Tatsachen

oder das Unterlassen wahrer Informationen treuwidrig versucht, den Abschluss eines Hauptvertrages oder die Erhöhung seiner Provision zu erreichen.²² Die Verwirkung der Maklerprovision verlangt somit in objektiver Hinsicht einen schwerwiegenden Treuepflichtverstoß des Maklers vor, bei oder nach dem Abschluss des Maklervertrages.²³

Jedoch steht diese Erweiterung unter dem Vorbehalt zusätzlicher subjektiver Komponenten, die bei der reinen Doppeltätigkeit nicht erforderlich sind²⁴. Dem Makler muss ein schweres Verschulden, namentlich Vorsatz, wenn nicht gar Arglist, mindestens aber eine dem Vorsatz nahekommende grobe Leichtfertigkeit²⁵ vorzuwerfen sein.²⁶ Dieser subjektiven Vorwerfbarkeit kommt bei der Prüfung des § 654 BGB gar „entscheidendes Gewicht“ zu.²⁷ Sofern der Makler aufgrund dieser subjektiven Komponente seines Lohnes als unwürdig erscheint, ist die Verwirkung seines Lohnes gerechtfertigt.²⁸

b) Außerhalb des Maklervertragsrechts

Der im vorherigen Unterpunkt dargestellte allgemeine Rechtsgedanke führt in zweiter Konsequenz zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs in personeller Hinsicht.²⁹ Dies konstatierte schon das RG, indem es sich für die Übertragung des Rechtsgedankens auf andere Rechtsverhältnisse aussprach, denen „eine besondere Treuepflicht des Dienstverpflichteten innenwohnt“.³⁰ Die spätere Rechtsprechung hat diese Rechtsauffassung angenommen und wendet sie überwiegend auf andere rechts- und vermögensverwaltende Berufe an.³¹ Obgleich der BGH der personellen Erweiterung des § 654 BGB ausdrücklich enge Grenzen gesetzt hat³², ist in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung eine beachtliche Anzahl an mit dem Makler gleichzusetzenden Berufsgruppen zusammen gekommen. Erwägungsgrund für diese inzwischen gefestigte Praxis ist das fehlende Gewährleistungsrecht im Dienstvertragsrecht und die daraus resultierenden engen Grenzen für die Verwirkung eines Entgeltanspruchs.³³

¹⁵ BGH NJW 1986, 2573 (2574); *Sprau* (Fn. 12), § 654 Rn. 2; *Fischer* NZM 2001, 873 (879).

¹⁶ *Fischer* (Fn. 13), § 654 Rn. 2.

¹⁷ *Roth*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 654 Rn. 2; *Fischer*, NZM 2001, 873 ff.; jedoch zuletzt zur Verwirkung wegen Doppeltätigkeit LG München II, Urt. v. 16.5.2019 – 11 O 134/18 = BeckRS 2019, 9653.

¹⁸ RGZ 113, 264 (269); Vgl. *Hamm/Schwerdtner*, Maklerrecht, 7. Aufl. 2016, Rn. 739.

¹⁹ BGHZ 36, 323 (326); BGH NJW-RR 2005, 1423 (1424).

²⁰ BGH NJW-RR 2005, 1423 (1424); BGH NJW-RR 2009, 1710 ff.

²¹ LG München II BeckRS 2019, 9653 unter Verweis auf *Sprau* (Fn. 12), § 654 Rn. 4 m.w.N.

²² Vgl. *Hamm/Schwerdtner* (Fn. 18), Rn. 753 m.w.N.

²³ LG München II BeckRS 2019, 9653 unter Verweis auf *Sprau* (Fn. 12), § 654 Rn. 2 m.w.N.; ein Verstoß nach Vertragsschluss genügt nicht, vgl. BGHZ 92, 184 ff. = NJW 1985, 45 ff.

²⁴ BGHZ 48, 344 (350) = NJW 1968, 150 ff.

²⁵ Der groben Leichtfertigkeit wohnt ein stärkerer subjektiver Schuldvorwurf als der groben Fahrlässigkeit inne; vgl. BGH NJW 1981, 2297 ff.; *Fischer*, NZM 2001, 873 (875).

²⁶ BGHZ 36, 323 (327); *Mansel*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 654 Rn. 10.

²⁷ OLG Koblenz, Beschl. v. 2.5.2019 – 2 U 1482/18; vgl. BGH NJW 1981, 2297 ff.

²⁸ LG München II BeckRS 2019, 9653 unter Verweis auf *Sprau* (Fn. 12), § 654 Rn. 2 m.w.N.

²⁹ Vgl. *Meier* (Fn. 1), § 654 Rn. 31; ausgehend von RGZ 113, 264 ff.

³⁰ RGZ 113, 264 (269).

³¹ *Ahrens*, NJW 2019, 890 ff.

³² BGH NJW 2004, 2817 ff.; *Mansel* (Fn. 26), § 654 Rn. 1.

³³ BGH NJW-RR 2011, 1426 (1428).

4. Fallgruppen

So kann etwa der Rechtsanwalt in entsprechender Anwendung des § 654 BGB seinen Vergütungsanspruch verwirken, wenn er sich des vorsätzlichen Parteiverrats im Sinne von § 356 StGB schuldig macht.³⁴ Außerdem praxisrelevant ist die Verwirkung der Insolvenzverwalter-Vergütung sowie der Vergütung des Zwangsverwalters.³⁵ Beiden Gruppen lagen in der Regel ähnliche Verhaltensweisen der Betroffenen zugrunde, die darauf abzielten, eine nicht vorliegende Eignung vorzuspiegeln. So führten die Dienstleister unbefugt Doktor- oder Diplomtittel oder arbeiteten ohne erforderliche Genehmigung.³⁶ Ebenso kamen strafbare Handlungen zum Nachteil der zu verwaltenden Masse in Betracht.³⁷ Eine weitere Fallgruppe stellen Vermögensverwalter dar, bei denen die Treuepflichtverletzungen unter anderem in der Veruntreuung der eingezahlten Gelder oder der Verschleierung hoher Verluste zu sehen waren.³⁸ Schließlich wendet die Rechtsprechung die Vorschrift auch auf den Testamentsvollstrecker an³⁹, wobei in der Grundentscheidung⁴⁰ die Verwirkung nicht ausdrücklich auf § 654 BGB gestützt wurde, sondern lediglich die inhaltlichen Erwägungsgründe – schwerwiegende Verletzung der Amtspflicht – bemüht wurden. Gleiches gilt für die Bestellung gerichtlicher Sachverständiger.⁴¹

Abgelehnt hingegen wurde eine entsprechende Anwendung auf den Steuerberater. Im zugrundeliegenden Sachverhalt übernahm der Steuerberater die Aufgabe, ein insolventes Unternehmen zu sanieren und zu reorganisieren und verwendete in diesem Zusammenhang unerlaubt Mittel aus dem Vermögen des Unternehmens, um Geschäftsanteile von Dritten zu erwerben. Dieser Fall war nach Ansicht des *Senats* jedoch nicht mit den aufgezählten anerkannten Berufsfeldern gleichzusetzen.⁴²

5. Zwischenfazit

Wie sich zeigt, transformiert die Rechtsprechung den Anwendungsbereich des § 654 BGB im Ausgangspunkt auf Lebenssachverhalte, die von einer besonderen Vermögenssorgepflicht geprägt sind. Dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis muss „eine besondere Treuepflicht des Dienstverpflichteten“ innewohnen.⁴³

Dennoch kommen auch hierbei Differenzierungskriterien nach der Art des Berufes zum Tragen. Privat engagierte Rechtsträger – wie der Makler und der Rechtsanwalt – verlieren ihren Vergütungsanspruch vorrangig bei Pflichtverletzungen, die die persönliche Beziehung zu dem Klienten betreffen. Amtlich bestellten Berufsträgern – wie Insolvenz-, Zwangs- und Vermögensverwaltern – wurde hingegen ein allgemeiner Vermögensschutz übertragen. Verhaltensweisen, die eine Sanktion gem. § 654 BGB nach sich ziehen, sind hier eher solche zulasten der zu verwaltenden Vermögensmasse. Die Rechtsprechung bewertet die Pflichtverletzungen somit offenbar vor dem Hintergrund der konkreten Dienstleistung und den sich daraus ergebenden Pflichten. Dies führt im Ergebnis dazu, dass etwa der Insolvenzverwalter bei Straftaten zulasten der Masse seinen Vergütungsanspruch verwirkt, der Steuerberater bei der gleichen Pflichtverletzung jedoch keine Sanktionen fürchten muss.

Gleichzeitig wird durch die Kumulation von objektiven und subjektiven Momenten einer „Tatbestandsentgrenzung“ entgegengewirkt.

III. Bewertung

Die aufgezeigte Rechtsprechungslinie wird in weiten Teilen der Literatur – mit facettenreichen Begründungen – zu Recht kritisch bewertet.⁴⁴ Obschon die ersten Ansätze der extensiven Anwendung des § 654 BGB durch das Reichsgericht auf das Jahr 1926 zurückgehen und der BGH diese Praxis nun seit den 1960er Jahren aufrechterhält, sind die Gerichte eine tragfähige Begründung bis heute schuldig geblieben.⁴⁵ In seiner Grundsatzentscheidung⁴⁶ führt der BGH lediglich aus, dass § 654 BGB „offensichtlich“ Strafcharakter habe. Dies überrascht in zweifacher Hinsicht, da zum einen die Genetik eine solche Lesart nicht trägt⁴⁷ und zum anderen eine Norm mit Strafcharakter im Zivilrecht systemfremd ist.⁴⁸ Der eindeutige Wortlaut steht darüber hinaus bereits der ersten Analogie innerhalb des Maklervertragsrechts und erst recht der Ausweitung auf andere Berufe entgegen. Besonders schwer wiegt der Einwand, dass durch die Judikatur ein Systembruch zu §§ 280 und 249 BGB vollzogen wird und dass der Kunde gerade vor dem Hintergrund des § 280 BGB nicht schutzwürdig ist.⁴⁹ Dieser Kritik ist der BGH zwar entgegengetreten, die Argumentation, wonach insbesondere die Vorschriften §§ 971 Abs. 2, 1579 Nr. 3 und 5, 1611 Abs. 1 Alt. 2, 2339 und 2345 BGB erkennen lassen, dass ein Bedürfnis für eine

³⁴ BGH NJW 1981, 1211 (1212); BGH NJW-RR 2011, 1426 ff.; andere Fallgruppe RGZ 113, 264 ff. in dem ein Anwalt die Handakten seines Mandanten zurückbehielt.

³⁵ Insolvenzverwalter: BGHZ 159, 122 (131) = NJW 2004, 2521 (Ls.); BGH NZI 2016, 892 ff.; BGH NJW 2019, 935 ff.; Zwangsverwalter: BGH NJW-RR 2009, 1710 ff.; BGH NJW-RR 2010, 426 ff.

³⁶ Vgl. BGH NJW-RR 2004, 1422 ff.

³⁷ So zuletzt BGH NJW 2019, 935 ff.

³⁸ BGH NJW-RR 2012, 411 ff. = NJW 2011, 1732 ff.

³⁹ BGH NJW-RR 2009, 1710 ff.

⁴⁰ BGH NJW 1976, 1402 ff. (Ls.).

⁴¹ BGH NJW 1976, 1154 (1155); BGH, Beschl. v. 19.12.2018 – 3 StR 263/18 = BeckRS 2018, 37284.

⁴² Zum Ganzen: BGH NJW-RR 2011, 1426 ff.

⁴³ RGZ 113, 264 (269).

⁴⁴ Arnold (Fn. 6), § 654 Rn. 15; Meier (Fn. 1), § 654 Rn. 34 ff.; Roth (Fn. 17), § 654 Rn. 3.

⁴⁵ Vgl. Arnold (Fn. 6), § 654 Rn. 2.

⁴⁶ BGHZ 36, 323 (326).

⁴⁷ Mugdan (Fn. 5), S. 937 f.; Hamm/Schwerdtner (Fn. 18), Rn. 759.

⁴⁸ Budde, MDR 1986, 896 (897).

⁴⁹ Meier (Fn. 1), § 654 Rn. 39; Roth (Fn. 17), § 654 Rn. 3; kritisch vor dem Hintergrund der Nachweisbarkeit der Voraussetzungen des § 280 BGB, Hamm/Schwerdtner (Fn. 18), Rn. 763.

von dem Entstehen eines ersatzfähigen Schadens unabhängige Anspruchsverwirklichung bestehe,⁵⁰ bleibt jedoch nebulös.

Ein praktisches Problem zeitigt die Rechtsprechungspraxis im Hinblick auf die Bestimmtheit der Tatbestandsvoraussetzungen. Ausdrücklich sollen lediglich schwerwiegende Treuepflichtverletzungen zur Verwirkung führen.⁵¹ Die Abgrenzung zu leichten Pflichtverletzungen dürfte sich für den Rechtsanwender im Einzelfall schwierig gestalten.⁵² Auch die Handhabung durch die Gerichte erscheint vor diesem Hintergrund inkonsistent. Legt man die oben dargestellten, vermeintlich zutreffenden Differenzierungskriterien der Rechtsprechung zugrunde, erschließt sich etwa die Nichtanwendung des § 654 BGB auf den Steuerberater nicht. Weshalb bei einem „Beratungsvertrag Sanierung“, der die Verwaltung einer Masse in den Mittelpunkt stellt, eine strafbare Untreue zulasten eben dieser Masse keine Verwirkung der Vergütung nach sich ziehen soll, obgleich dies bei einem Insolvenzverwalter der Fall ist, mag sich nicht erschließen. So begnügt sich der *Senat* in seinen Begründungen auch mit der pauschalen Ausführung, die durch den Vertrag vermittelte Position sei „mit der besonderen Funktion und Stellung der anderen Amtsträger nicht gleichzusetzen“.⁵³ Greifbare Kriterien zur Handhabung der Vorschrift lassen diese Ausführungen vermissen.

IV. § 654 BGB in direkter und analoger Anwendung in der Fallbearbeitung

Stellt sich nun in der Fallbearbeitung die Frage der Verwirkung des Lohnanspruchs außerhalb des originären Anwendungsbereichs des § 654 BGB, stellt sich die Frage, wie die Dichte der Rechtsprechung operationalisierbar ist. Neben der methodischen Vorgehensweise ist zunächst die Verortung im Prüfungsaufbau festzulegen. Ungeachtet der konkreten dogmatischen Einordnung⁵⁴ hat die Prüfung innerhalb des tradierten dreistufigen Aufbaus von „Anspruch entstanden – nicht erloschen – durchsetzbar“ auf der so gesehenen zweiten Ebene zu erfolgen.

Nachdem der Prüfungsort eruiert ist, muss nun auch der richtige methodische Einstieg geschaffen werden. Hierbei ist frappierend, dass die Literatur hinsichtlich der Erweiterung des Tatbestandes von einer analogen Anwendung des § 654 BGB spricht,⁵⁵ die Rechtsprechung hingegen lediglich den durch § 654 BGB verkörperten, allgemeinen Rechtsgedanken entsprechend anwenden will.⁵⁶ Auch wenn sich die Recht-

sprechung nicht mit dieser methodischen Feinheit aufhält, empfiehlt es sich, die Voraussetzungen einer Analogie zu prüfen und nicht im „luftleeren Raum“ allein den durch § 654 BGB verkörperten Rechtsgedanken zu entleeren und anzuwenden.

Zentrale Aufgabe des Prüflings dürfte es sein, die Voraussetzungen einer Analogie – planwidrige Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage – darzulegen.

An dieser Stelle sollte zunächst erkannt werden, in welchem „Fahrwasser“ sich die Klausur abspielt: Geht es darum, ob ein anderer als in § 654 BGB genannter Pflichtverstoß zum Verlust des Lohnanspruchs des Maklers führt oder soll der Lohnanspruch eines anderen Berufsträgers dem Verdikt des § 654 BGB unterliegen? Diese Erkenntnis darf indes nicht dazu ermuntern, für methodisch fragwürdige Konstrukte – wie eine „doppelte Analogie“ – einzutreten, sondern soll nur Klarheit hinsichtlich der eigenen Argumentationslast schaffen.

1. Planwidrige Regelungslücke

Eine planwidrige Regelungslücke verlangt, dass das Gesetz für eine bestimmte Fallgestaltung keine Regel vorsieht, obwohl der Sachverhalt innerhalb des von ihm geregelten Falles liegt.⁵⁷

Da § 654 BGB einen „einzelnen Fall regelt“⁵⁸, erscheint die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke zunächst fernliegend. Dennoch verbietet sich eine Analogie nicht per se.⁵⁹ Es muss sich vielmehr vom Standpunkt des Gesetzes aus ergeben, dass der „Gesetzesplan“ bei historischer und teleologischer Betrachtung unvollständig ist.⁶⁰

a) Innerhalb des Maklerrechts

Fokussiert man sich zunächst auf das Maklerrecht, überzeugt es – gerade vor dem Hintergrund des Sinns und Zwecks der Norm und seines Strafcharakters (s.o.) – § 654 BGB auch auf andere sanktionswürdige Handlungen des Maklers auszudehnen. Die Systematik und das Leitbild des Schadensersatzes streiten freilich dagegen (s.o.).

b) Außerhalb des Maklerrechts

Auch außerhalb des Maklerrechts leuchtet dies ein, wenn man den Telos der Norm zur Richtschnur kürt und in § 654

geschlossen werden soll, handelt es sich richtigerweise um eine Analogie, vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. 1999, S. 202 ff.

⁵⁷ *Larenz/Canaris* (Fn. 55), S. 191.

⁵⁸ RGZ 113, 264 (269).

⁵⁹ So auch *Meier* (Fn. 1), § 654 Rn. 35.

⁶⁰ *Larenz/Canaris* (Fn. 55), S. 194; zur Unzulässigkeit einer zu starken Objektivierung, vgl. *Meier/Jocham*, JuS 2016, 392 (396) und BVerfG NJW 2011, 836 (838 Rn. 53): „Der Richter darf sich nicht dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck des Gesetzes entziehen. Er muss die gesetzgeberische Grundentscheidung respektieren und den Willen des Gesetzgebers unter gewandelten Bedingungen möglichst zuverlässig zur Geltung bringen.“

⁵⁰ So BGH NJW-RR 2009, 1710 (1710 Rn. 10).

⁵¹ LG München II BeckRS 2019, 9653.

⁵² *Hamm/Schwerdtner* (Fn. 18), Rn. 761.

⁵³ BGH NJW-RR 2011, 1426 (1428).

⁵⁴ *Fischer*, NZM 2001, 873 (874); *Mansel* (Fn. 26), § 654 Rn. 1; *Roth* (Fn. 17), § 654 Rn. 1.

⁵⁵ *Arnold* (Fn. 6), § 654 Rn. 10 ff.; *Meier* (Fn. 1), § 654 Rn. 24 ff.; *Roth* (Fn. 17), § 654 Rn. 2, 3.

⁵⁶ So zuletzt BGH NZI 2019, 139 (140 Rn. 16), Vorinstanz: LG Halle BeckRS 2018, 33150 Rn. 17. Die Vorgehensweise ist kritisch zu sehen. Dadurch, dass das Gesetz nicht selbst den Tatbestand erweitert (vgl. beispielsweise §§ 90a S. 3; 254 Abs. 2 S. 3 BGB), sondern der lückenhafte Gesetzestext ge-

BGB einen allgemeinen Rechtsgedanken erblickt, der auch auf andere Rechtsverhältnisse, die von besonderen Treuepflichten geprägt sind, übertragbar ist.⁶¹ Es kann somit selbst hinsichtlich anderer Berufsfelder eine planwidrige Regelungslücke angenommen werden, da in den Vorschriften für die anderen Berufsgruppen eine solche Sanktionsnorm fehlt. Mitunter wird in § 654 BGB deshalb gar ein diskriminierendes Sonderrecht zulasten von Maklern gesehen.⁶²

2. Vergleichbare Interessenlage

Die jeweilige planwidrige Regelungslücke müsste zudem bei einer vergleichbaren Interessenlage bestehen. Dafür müssen die Tatbestände „in den für die rechtliche Bewertung maßgebenden Hinsichten übereinstimmen“⁶³. Dies wiederum bemisst sich daran, ob die gesetzlich zum Ausdruck kommende Wertung bei normativem Denken dem jeweiligen Tatbestand ebenbürtig ist.⁶⁴ Auch hier muss maßgeblich auf die ratio legis und die Grundgedanken der Norm abgestellt werden.⁶⁵

a) Innerhalb des Maklerrechts

Innerhalb des Maklerrechts kann mit dem Verweis auf die wertungsmäßige Vergleichbarkeit von Doppeltätigkeit und anderen schweren Pflichtverletzungen relativ leicht die vergleichbare Interessenlage bejaht werden. Es sollte aber nicht jede schwere Pflichtverletzung ausreichen, um die vergleichbare Interessenlage zu bejahen, sondern immer der Bezug zu der besonderen Treuebindung des Maklers hergestellt werden.

b) Außerhalb des Maklerrechts

Auch außerhalb des § 654 BGB kommt der besonderen Treuebindung entscheidende Bedeutung zu. Dass andere Dienstverhältnisse, die ebenfalls von einer besonderen Treuepflicht geprägt sind, auch unter dem Regiment des Tatbestandes stehen können, erscheint plausibel, muss aber auch wertungsrechtlich indiziert sein. Denn nur dann besteht die erforderliche Gleichheit zwischen den Fällen. Um genau diese Klippe zu umschiffen, sind die Art des Pflichtverstoßes (objektives Kriterium) und der Grad des Verschuldens (subjektives Kriterium) in den Blick zu nehmen. Nur wenn eine besonders schwere Pflichtverletzung bei zumindest grob leichtfertigen Verhalten vorliegt, ist der Sachverhalt vergleichbar genug, um § 654 BGB heranzuziehen. Schwierigkeiten dürfte an dieser Stelle insbesondere die Fallgruppe des Steuerberaters bereiten, da die Rechtsprechung in dieser Hinsicht wenig kohärent ist und keine überzeugenden Argumente für ihren analogiefeindlichen Standpunkt liefert.

Unter Wertungsgesichtspunkten kann somit eine vergleichbare Interessenlage sowohl innerhalb als auch außerhalb des Maklerrechts angenommen werden. Sie kann aber ebenso mit

Verweis auf die Systemwidrigkeit und die Singularität des Tatbestandes abgelehnt werden.

V. Fazit

Im Ergebnis können Prüflinge über eine Konfrontation mit § 654 BGB „erfreut sein“. Ist er in direkter Anwendung zu prüfen, so muss lediglich das Gesetz gelesen und angewendet werden; handelt es sich hingegen um eine analoge Anwendung, so kann alles vertreten werden: Sowohl die Bejahung der Analogie im Einklang mit der Rechtsprechung, als auch dessen Verneinung, die wegen der gewichtigen systematischen und dogmatischen Argumenten vorzugswürdig ist. Das Ergebnis und die Kenntnis etwaiger Entscheidungen sind nicht von Belang. Entscheidend ist lediglich ein sauberer Aufbau, methodisches Vorgehen sowie eine stringente und in sich konsistente Lösung.

⁶¹ RGZ 113, 264 (269).

⁶² Arnold (Fn. 6), § 654 Rn. 2.

⁶³ Larenz/Canaris (Fn. 55), S. 202.

⁶⁴ Larenz/Canaris (Fn. 55), S. 202.

⁶⁵ Larenz/Canaris (Fn. 55), S. 203.

Grundfälle zur strafrechtlichen Gewinnabschöpfung

Von Prof. Dr. Katharina Beckemper, Leipzig*

Es ist ein unabweisbares Erfordernis, dass Straftäter den Erlös aus ihrer Tat nicht behalten dürfen. So käme etwa niemand auf die Idee, trotz Verurteilung und Nachweis der Herkunft der Vermögensgegenstände aus einer Straftat, diese bei der Diebin oder dem Betrüger zu belassen. Der Gewinn wird vielmehr abgeschöpft. Das mag fast als eine Selbstverständlichkeit daher kommen, aber die konkrete Ausgestaltung des Verfahrens bringt dennoch einige Tücken mit sich. Die Gewinnabschöpfung hat zwar in den letzten Jahren in der Praxis immer mehr an Bedeutung gewonnen. Um dem Instrumentarium aber noch mehr Durchschlagskraft zu verleihen, ist das ganze System durch das Gesetz zur strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13.4.2017¹ neu gestaltet worden. Der vorliegende Beitrag soll Studierenden und Referendaren einen Überblick über das neue Recht und dessen Anwendung geben.

I. Problemaufriss

1. Grundgedanke: Verbrechen soll sich nicht lohnen

Da Verbrechen sich nicht lohnen dürfen, kann der Erlös aus einer Straftat bzw. das durch sie Erlangte nicht beim Straftäter verbleiben. Das muss gelten, weil ansonsten Raum für eine abwegige Kosten-Nutzen-Rechnung geschaffen würde – „Inkaufnahme der Sanktion“ für „die Tatbeute“. In der einfachsten Fallgestaltung, die als Grundkonstellation der Gewinnabschöpfung gelten kann, wird die direkt aus der Straftat erbeutete Sache eingezogen.

Beispiel 1: B hat einen Überfall auf eine Bank begangen. Bei einer Durchsuchung findet die Polizei eine Sporttasche mit den erbeuteten 400.000 €. B darf die Geldscheine nicht behalten und sich gegebenenfalls nach seiner Verurteilung und Verbüßung der Strafe daran erfreuen, sondern sie werden eingezogen (§ 73 StGB).

Das Eigentum geht dabei auf den Staat nur unter den Voraussetzungen des § 75 Abs. 1 S. 1 StGB über (die Sache steht im Eigentum des Täters oder wurde ihm in Kenntnis über die Tat oder zu deren Zwecke gewährt). Handelt es sich wie im Beispiel um eine Sache, die im Eigentum des Opfers der Straftat steht, so muss dieses binnen sechs Monaten nach Rechtskraft seinen Anspruch anmelden (dazu unter VIII.) und die Sache wird ihm von der Staatsanwaltschaft zurückübertragen. Nur wenn kein Anspruch geltend gemacht wird, geht das Eigentum nach Ablauf dieser Frist auf den Staat über (§ 75 Abs. 1 S. 2 StGB).

Mit der Reform hat der Gesetzgeber die Begrifflichkeiten an den internationalen Sprachgebrauch² angepasst.³ Das Ge-

setz hat bis zur Neuregelung zwischen dem Verfall von dem aus der Tat Erlangten (§ 73 StGB a.F.) und der Einziehung von Tatmitteln (§ 74 StGB a.F.) unterschieden. Nunmehr ist beides einheitlich die Einziehung.

Es bleibt aber bei dem prägenden Gedanken, dass sich ein Verbrechen nicht lohnen darf und die Taterträge vom Staat einzuziehen sind.

Jenseits dieses Grundsatzes stellen sich eine Reihe von Fragen. Dies beginnt schon damit, was im Einzelfall von den Strafverfolgungsbehörden eingezogen werden darf und muss, weil es bei einer Vielzahl von Deliktstypen durchaus Interpretationsspielraum gibt, was für die Tat erlangt worden ist. Unser *Beispiel 1* zeigt aber auch, dass bestimmte Delikte konkrete Opfer schädigen und diese haben einen Anspruch auf die Rückgabe der Sache oder Schadensersatz. Das Recht der Gewinnabschöpfung muss deshalb ein System schaffen, die Opferansprüche zu berücksichtigen und diese zu befriedigen.

Es bedarf außerdem der Regelung eines Sicherungsverfahrens,⁴ weil der Taterlös im Regelfall bereits während der Ermittlungen aufgefunden wird und die Ermittlungspersonen diesen – zugunsten des Staates oder der Opfer – vorläufig sichern müssen.

Beispiel 1: Im *Fall 1* muss die Sporttasche mit den Geldscheinen bei der Durchsuchung durch die Polizeibeamten mitgenommen werden, weil die unabweisliche Gefahr besteht, dass sie im Zeitpunkt der Verurteilung nicht mehr auffindbar ist, wenn man sie bis dahin beim Täter belassen würde.

Des Weiteren muss der Gesetzgeber eine Entscheidung darüber treffen, ob auch die Einziehung von Gegenständen oder Vermögenswerten zulässig sein soll, die nicht direkt aus der Straftat stammen, wegen der ermittelt wird oder es zu einer Verurteilung gekommen ist.⁵

Beispiel 2: D wird auf frischer Tat beim Handel mit Betäubungsmitteln festgenommen. Bei sich trägt sie 10.000 €, die sie aus dem später angeklagten Verkauf der Betäubungsmittel erlangt hat. Bei einer Durchsuchung ihrer Wohnung werden weitere 40.000 € in bar im Gefrierfach gefunden. Da nur die 10.000 € aus der angeklagten Straftat, die weiteren Geldscheine aber aus (eventuellen oder erwiesenen Straftaten) erlangt sind, muss das Gesetz für solche Fallgestaltungen Regelungen darüber enthalten, ob und gegebenenfalls in welchen Fällen auch das Erlangte aus anderen Straftaten abgeschöpft werden kann.

Der Gesetzgeber hat mit dem neuen Gesetz für die kurz aufgerissenen Sachverhalte zum Teil stark von der bisherigen Rechtslage abweichende Regelungen geschaffen, mit dem

* Prof. Dr. Katharina Beckemper ist Inhaberin des Lehrstuhls Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Leipzig.

¹ BGBl. I 2017, S. 872.

² „confiscation“.

³ Heger, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 73 Rn. 1.

⁴ Bittmann, NZWiSt 2016, 131 (132).

⁵ Pelz, NZWiSt 2018, 251.

Ziel, die Gewinnabschöpfung insgesamt wirksamer und effektiver, aber auch strukturierter zu normieren. Besonderer Fokus wurde dabei auf die Neugestaltung der Bestimmung des Taterlöses (II.), der Abschöpfung beim Dritten (III.) der sog. erweiterten Einziehung (IV.), der selbständigen Einziehung (V), der vorläufigen Sicherung (VI.), den Verfahrensvorschriften (VII. und VIII.) und dort enthaltener Art der Opferentschädigung (VIII.) gelegt.⁶

II. Das erlangte Etwas: Was kann eingezogen werden?

1. Gegenstand aus der Straftat

Die Grundnorm der strafrechtlichen Gewinnabschöpfung enthält § 73 StGB, nach dem das Gericht die Einziehung dessen anordnet, was der Täter oder Teilnehmer durch oder für die Tat erlangt hat. In unproblematisch gelagerten Fällen muss der Täter folglich den erbeuteten Gegenstand herausgeben bzw. er wird beschlagnahmt.⁷

Beispiele 1, 2: Der Einziehung unterliegen im *Fall 1* die 400.000 €, die direkt aus dem Überfall auf die Bank stammen und im *Fall 2* die bei D aufgefundenen Geldscheine, die sie als Gegenleistung für die Betäubungsmittel bekommen hat.

Da in beiden Fällen die konkret aus der Straftat herrührenden Geldscheine aufgefunden worden sind, können die direkt aus der Straftat kommenden Gegenstände eingezogen werden.⁸ Einer wie auch immer gearteten Berechnung des Taterlöses bedarf es nicht. Insbesondere stellt sich nicht die Frage, ob eventuell Aufwendungen für die Begehung der Tat geltend gemacht werden können. Diese Frage kann sich nicht stellen, weil der direkt aus der Straftat resultierende Gegenstand selbst einzuziehen ist.⁹

Beispiele 1, 2: In *Fall 1* weist B darauf hin, dass er Aufwendungen hatte für den Erwerb der verwendeten Pistole und Maske. Mit diesem Einwand bleibt B schon deshalb ungehört, weil die unmittelbar aus der Tat resultierenden Gegenstände eingezogen werden und deshalb kein Raum für Berechnungen ist.

In *Fall 2* werden ebenfalls die gesamten eingenommenen 10.000 € eingezogen. D kann deshalb nicht den Einkaufspreis in Höhe von 5.000 € für die Betäubungsmittel in Abzug bringen, weil keine Berechnungen angestellt werden, wenn der direkt aus der Tat herrührende Gegenstand (hier Geldscheine) der Einziehung unterliegen.

Beispiel 3: K spiegelt dem Verkäufer eines Kunstwerks vor, es handele sich um eine Fälschung. Deshalb verkauft der Getäuschte das Bild mit einem Marktwert von 100.000 € für 5.000 € an K. Diese muss das Bild herausgeben, ohne dass sie den Aufwand in Höhe von 5.000 € abziehen könnte.

2. Einziehung des Wertersatzes

In einem Großteil der Fälle existiert bei den Tätern aber kein direkt aus der Straftat herrührender Gegenstand, sondern ein wie auch immer gearteter Vermögensvorteil. Wenn der ursprüngliche Tatbeitrag aufgrund seiner Beschaffenheit oder aus anderem Grunde nicht gegenständlich eingezogen werden kann, ordnet das Gericht nach § 73c StGB die Einziehung des Wertersatzes an.¹⁰ Dabei kann die Bestimmung dessen, was das erlangte Etwas ist, welchen Wert es hat und in welcher Höhe dieser beim Täter abgeschöpft werden darf, durchaus Probleme bereiten.

Das Gesetz sieht dafür einen Dreier-Schritt vor: (a) Bestimmung des erlangten Etwas, (b) Festlegung des Wertes und (c) Berechnung des tatsächlich im konkreten Fall einzuziehenden Wertersatzes unter Berücksichtigung von anzuerkennenden Aufwendungen.

a) Bestimmung des erlangten Etwas

Im Recht der Gewinnabschöpfung gilt das Bruttoprinzip,¹¹ das heißt, der Täter trägt grundsätzlich das Risiko, in die Straftat investiert zu haben. Aufwendungen, die für die Begehung der Straftat getätigt wurden, bleiben im ersten Schritt unberücksichtigt und können nur nach Maßgabe des § 73d StGB im dritten Schritt in Abzug gebracht werden.¹²

Bei der Einziehung des inkriminierten Gegenstandes nach § 73 Abs. 1 StGB wie in unseren *Fällen 1–3* ergibt sich das schon daraus, dass ein durch eine Straftat erlangter Gegenstand an das Opfer zurückgelangen muss. Der Täter soll aber auch in den Fällen der Einziehung des Wertersatzes grundsätzlich alles herausgeben, was er durch die Straftat erlangt hat. Das erlangte Etwas ist demnach alles, was dem Vermögen des Täters tatsächlich zugeflossen ist.¹³

Beispiel 4: Die Alleingesellschafterin G verkauft die G-GmbH unter Vorspiegelung zweier Großaufträge für 500.000 € an M. Ohne die nicht existenten Aufträge ist die GmbH nur 200.000 € wert. M überweist 500.000 € auf das Konto der G, diese lässt die GmbH auf M überschrei-

⁶ Korte, NZWiSt 2018, 231; Schilling/Corsten/Hübner, StraFo 2017, 305; Mückenberger/Hinz, BB 2018, 1435 (1436).

⁷ Köhler, NStZ 2017, 497 (498 f.).

⁸ Vgl. Köhler, NStZ 2017, 497 (499); Eser/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 73 Rn. 6f.

⁹ Heine, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2019, § 73 Rn. 48.

¹⁰ Heuchemer, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2018, § 73c Rn. 1; Köhler/Burkhard, NStZ 2017, 665.

¹¹ Meißner, confront 2017, 21 (26); Höft, HRRS 2018, 196 (199); Köhler, NStZ 2017, 497 (502); Heger (Fn. 3) § 73 Rn. 2 f.; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 73 Rn. 10 ff.

¹² Köhler, NStZ 2017, 497 (502); Heger (Fn. 3), § 73 Rn. 3.

¹³ Fischer (Fn. 11), § 73 Rn. 12; Meißner, KriPoZ 2017, 237 (238); vgl. Köhler, NStZ 2017, 497 (498 f., 502); BT-Drs. 18/9525, S. 61 f.

ben. Hier hat G nicht einen konkreten Gegenstand aus der Tat erlangt, sondern eine Forderung gegen ihre Bank in Höhe von 500.000 €. Dies ist das erlangte Etwas.

b) Ermittlung des Wertes

Der Täter muss den gesamten Wert des erlangten Etwas herausgeben.

Beispiel 4: Im Fall 4 ist der Wert des Erlangten 500.000 €.

In einigen Fällen muss schon an dieser Stelle eine Berechnung angestellt werden, nämlich wie hoch der Wert des Erlangten im Einzelfall ist. Ist etwa der Wert gestiegen, so ist dies bei der Ermittlung zu berücksichtigen;¹⁴ nicht hingegen ein eventueller Wertverlust. Dieses Risiko hat der Täter zu tragen (§ 73c S. 1 StGB). Zusätzlich sind Nutzungsvorteile zu ersetzen (§ 73c S. 1 StGB). Im Regelfall ist diese Berechnung entweder gar nicht vorzunehmen oder rechtlich wenig kompliziert, weil sie nur bei Wertschwankungen oder eben Nutzungen vorzunehmen ist. Der Gesetzgeber fordert hier lediglich eine tatsächliche Betrachtung.

c) Berechnung der Höhe des Wertersatzes im konkreten Fall

Die genannten ersten Schritte sind deshalb auch nur Vorfragen zur eigentlichen Bestimmung des Wertes, der im konkreten Fall eingezogen wird. Wie oben ausgeführt gilt das Bruttoprinzip, nach dem das erlangte Etwas aus der Tat vollständig, damit ohne Berücksichtigung von Aufwendungen der Kosten für die Tat eingezogen wird. Es gibt aber durchaus Ausgaben, die vom Wert abgezogen werden müssen.¹⁵

*Beispiel 5:*¹⁶ L ist Geschäftsführerin der L-GmbH und besticht erfolgreich die Leiterin des städtischen Hauptamts mit elf Millionen €, um für die L-GmbH den Auftrag für den Bau einer Müllverbrennungsanlage für 500 Millionen € zu erhalten. Erlangt sind damit Zahlungen im Wert dieser Höhe. Nach dem Bruttoprinzip sind folglich scheinbar 500 Millionen einzuziehen. Für den Bau hat die L-GmbH aber 420 Millionen € an Baukosten gehabt. Können diese Aufwendungen für den Bau der Anlage wertmindernd berücksichtigt werden?

Gesetzliche Vorgaben zur Berechnung des Wertersatzes enthält § 73d StGB, der für die Ermittlung des Werts einen Dreierschritt vorschreibt:

In Abs. 1 S. 1 postuliert die Vorschrift einen Grundsatz (aa), erklärt in Abs. 1 S. 2 davon eine Ausnahme und gelangt damit zu einem weitgehenden Abzugsverbot (bb), um dann in

Abs. 1 S. 2, 2. Hs. für eine geringe Anzahl von Fällen eine Rückausnahme zu postulieren (cc).¹⁷

(aa) Grundsatz der Abziehbarkeit, § 73d Abs. 1 S. 1 StGB

Nach der Grundregel in § 73d Abs. 1 S. 1 StGB sind Aufwendungen abzuziehen, die in einem zeitlichen und inneren Zusammenhang mit der Tat stehen.¹⁸

Aufwendungen, die diesen Zusammenhang nicht aufweisen, können dagegen schon auf dieser ersten Stufe der Berechnung nicht berücksichtigt werden.¹⁹ Deshalb sind z.B. Kosten, die auf der Flucht entstehen, schon aufgrund des zeitlichen Zusammenhangs nicht abzugsfähig und auch die Ausgaben für das Frühstück am Morgen des Tattags sind nicht abzugsfähig, weil sie in keinem inneren Zusammenhang mit der Tat stehen, sondern nur gelegentlich entstanden sind.²⁰ Andere Aufwendungen, die den notwendigen Zusammenhang mit der Tat aufweisen, dürfen dagegen – auf der ersten Stufe – abgezogen werden.²¹

Beispiele 4, 5: In unserem *Beispielfall 5* werden deshalb die Kosten für die Errichtung der Müllverbrennungsanlage berücksichtigt, weil sie im zeitlichen und inneren Zusammenhang mit der Tat entstanden sind.

Im Fall 4 hat G 500.000 € erlangt, abzuziehen sind aber auf dieser Stufe die 100.000 €, die das verkaufte Unternehmen wert war und G als Gegenleistung für den erhaltenen Kaufpreis übereignet hat.

Betont sei noch einmal, dass ein Abzug von Aufwendungen nur bei der Einziehung des Wertersatzes in Betracht kommt, nicht aber bei der Einziehung des erbeuteten Gegenstandes. In den *Fällen 1 und 3* stellt sich deshalb die Frage nach der Berücksichtigung der Kosten für die Tat gar nicht.

Beispiel: Es ändert sich deshalb nichts an dem Ergebnis, dass B die Sporttasche mit den 400.000 € herausgeben muss, ohne dass er etwas von der Beute für seine Aufwendungen behalten dürfte und bei K wird das Bild eingezogen, ohne dass sie den gezahlten Kaufpreis in Rechnung stellen könnte. Das liegt aber an der Natur der Einziehung,²² die hier den konkret aus der Tat erlangten Gegenstand betrifft und deshalb den Weg für den Abzug von Aufwendungen gar nicht erst eröffnet.

¹⁴ Köhler, NStZ 2017, 497 (505); Heine (Fn. 9), § 73 Rn. 48; siehe dazu Transparency International Deutschland e.V., Stellungnahme 102/2016, S. 2.

¹⁵ Bittmann, KriPoZ 2016, 120 (121).

¹⁶ Dieser Beispielfall lehnt an den sog. Kölner Müllskandal an. Er ist nicht ohne Grund angeführt, weil u.a. diese Fallgestaltungen unter Geltung der alten Regelung für Unsicherheit gesorgt haben; dazu: BGHSt 50, 299 = NStZ 2006, 210.

¹⁷ Heine (Fn. 9), § 73d Rn. 9; Köhler, NStZ 2017, 497 (505).

¹⁸ BT-Drs. 18/9525, S. 55; Meißner, confront 2017, 21 (27); kritisch bzgl. der Notwendigkeit des zeitlichen Zusammenhangs: Eser/Schuster (Fn. 8), § 73d Rn. 4.

¹⁹ Heine (Fn. 9) § 73d Rn. 7; Kritisch: Rübenthal, NZWiSt 2018, 255 (261).

²⁰ Köhler, NStZ 2017, 497 (505); a.A. Emmert, NZWiSt 2017, 449 (451).

²¹ Barreto da Rosa, NZWiSt 2018, 2015 (2018).

²² Vgl. BT-Drs. 18/9525, S. 55; Köhler, NStZ 2017, 497 (506).

Zur Verdeutlichung soll eine Abwandlung des Fall 3 dienen, bei der der Wertersatz eingezogen wird.

Beispiel 3a: K verkauft ein gefälschtes Gemälde, das 5.000 € wert ist unter Vorspiegelung seiner Echtheit an V für 100.000 €. V überweist diese Summe auf das Konto der K. Diese hat eine Forderung gegen ihre Bank im Wert von 100.000 € erlangt. Der Wertersatz einziehung unterliegen 100.000 €, davon abzuziehen sind aber 5.000 €, die dem Wert des übereigneten Bildes entsprechen, weil diese Aufwendungen im zeitlichen und inneren Zusammenhang mit der Tat entstanden sind.

(bb) Abzugsverbot, § 73d Abs. 1 S. 2 StGB

Auf den ersten Blick scheint es, als habe der Gesetzgeber das Bruttoprinzip aufgegeben, indem § 73d Abs. 1 S. 1 StGB den grundsätzlichen Abzug von Aufwendungen gestattet. Tatsächlich bleibt es aber auch bei der Neuregelung bei einem weitgehenden Abzugsverbot. Das ergibt sich aus § 73d Abs. 1 S. 2 StGB, der eine Ausnahme von S. 1 enthalten soll, aber in der Umsetzung im Regelfall zur Abschöpfung des Erlangten ohne die Berücksichtigung von Aufwendungen führt.

Aufwendungen sind danach trotz des inneren und zeitlichen Zusammenhangs abzuziehen, wenn sie für die Begehung der Tat oder ihrer Vorbereitung getätigt werden. Der Gesetzgeber hat dies mit dem Rechtsgedanken des § 817 BGB begründet:²³ *Wissentlich*²⁴ in Verbotenes Investiertes kann nicht zurückgefordert werden; daraus folge für die Abschöpfung, dass es auch nicht mindernd berücksichtigt werden könne.²⁵ Damit ist es dem Täter wie auch nach der alten Regelung verwehrt, Kosten für die Begehung der Tat gegenzurechnen.

Beispiel 2a, 5: Beispielfall 2 sei insofern abgewandelt, als D für den Verkauf von Drogen 10.000 € nicht in bar, sondern als Geldüberweisung erhalten hat. Sie hat also eine Forderung in dieser Höhe gegen ihre Bank aus der Straftat erlangt, so dass es zu einer Einziehung des Wertersatzes kommt. Damit wäre der Weg – anders als wenn die direkt aus der Straftat herrührenden Geldscheine eingezogen werden – für einen Abzug nach § 73d Abs. 1 S. 1 StGB eröffnet. Die Anschaffungskosten für die Betäubungsmittel in Höhe von 5.000 € sind nach der Ausnahme des S. 2 dennoch nicht abzuziehen, weil sie *wissentlich* für die Begehung der Tat eingesetzt worden sind.

Anders liegt es dagegen im *Fall 5*. Die Kosten für den Bau der Müllverbrennungsanlage unterliegen nicht dem Abzugsverbot, weil die aufgewendeten 420 Millionen nicht für die Begehung der Tat eingesetzt worden sind,

sondern für den Bau einer Müllverbrennungsanlage.²⁶ Die Tat (Bestechung im geschäftlichen Verkehr nach § 299 StGB) ist davon losgelöst und betrifft nicht unmittelbar die Errichtung des Bauwerks. Unmittelbar aus der Tat erlangt ist der Auftrag, nicht jedoch die Summe, die für die spätere Herstellung vereinbart und gezahlt wurde.²⁷

(cc) Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Verletzten, § 73d Abs. 1 S. 2, 2. Hs. StGB

§ 73d Abs. 1 S. 2, 2. Hs. StGB enthält darüber hinaus eine Rückausnahmegvorschrift, nach der Leistungen nicht dem Abzugsverbot unterliegen, soweit sie zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Verletzten erbracht wurden.²⁸ Der Anwendungsbereich dieser Rückausnahme ist stark beschränkt, weil von vornherein nur Taten in Betracht kommen, die ein Individualrechtsgut schützen und bei denen es zu einem synallagmatischen Austausch von Vermögenswerten kommt.²⁹ Es handelt sich im Wesentlichen um eine Konkretisierung der Bestimmung des Wertes in Betrugsfällen.³⁰

Beispiel 6: T verkauft einen Unfallwagen, ohne auf den Unfall hinzuweisen, für 10.000 €. Tatsächlich ist der Pkw wegen des Unfalls nur 8.000 € wert. Die Käuferin möchte diesen nach Aufdeckung der Tat dennoch behalten. T hat eine Kontogutschrift in Höhe von 10.000 € erhalten, die der Wertersatz einziehung unterliegt. Die Aufwendungen durch die Leistung des Pkw bleiben nach § 73 Abs. 1 S. 2 StGB eigentlich unbeachtet, weil sie für die Begehung der Tat eingesetzt wurden. Nach Maßgabe des § 73d Abs. 1 S. 2, 2. Hs. StGB werden sie aber berücksichtigt, weil T die Verbindlichkeit gegenüber dem Verletzten erfüllt hat.³¹ Es wird deshalb nur die Einziehung des Wertersatzes in Höhe von 2.000 € angeordnet.

Beispiel 6a: Zur Verdeutlichung der Unterschiede zwischen der Einziehung des aus der Tat erlangten Gegenstandes und der Wertersatz einziehung sei der *Fall 6* abgewandelt: T kauft nun einen Wagen, wobei er dem Verkäufer vorspiegelt, es müsse sich um einen Unfallwagen handeln, weil ein Spalt zwischen Motorhaube und Kotflügel vorhanden sei. V verkauft den Wagen mit einem Marktwert i.H.v. 10.000 € deshalb für 8.000 € an T. Nach Bekanntwerden der Tat wird bei T der Pkw eingezogen, ohne dass er die Aufwendungen geltend machen könnte.

In Betrugsfällen ergeben sich für die Täter also nicht unerhebliche Unterschiede daraus, ob er in Betrugsfällen einen

²³ BT-Drs. 18/9525, S.67; so bereits BGHSt 52, 227; Köhler, NStZ 2017, 497 (506 f.); Eser/Schuster (Fn. 8), § 73d Rn. 5.

²⁴ Vertiefend zur subjektiven Komponente: Köhler, NStZ 2017, 497 (507 ff.); dazu kritisch: Rübenthal, NZWiSt 2018, 255 (259 f.).

²⁵ Fischer (Fn. 11), § 73d Rn. 5; Meißner, confront 2017, 21 (26); Transparency international Deutschland e.V., Stellungnahme 102/2016, S. 2.

²⁶ Vgl. zu dieser Fallgestaltung Eser/Schuster (Fn. 8) § 73 Rn. 5.

²⁷ Vgl. BT-Drs. 18/9525, S. 68; BGH NJW 2006, 925 (929).

²⁸ Fischer (Fn. 11), § 73d Rn. 7; Korte, NZWiSt 2018, 231 (235).

²⁹ Köhler, NStZ 2017, 497 (509); Heine (Fn. 9), § 73d Rn. 9.

³⁰ Heine (Fn. 9), § 73d Rn. 10; kritisch bzgl. der Bestimmbarkeit: Rübenthal, NZWiSt 2018, 255 (257); zum Eingehungsbetrag: Köhler, NStZ 2017, 497 (509 f.).

³¹ Vgl. BGH NStZ 2011, 83 (86); BT-Drs. 18/9525, S. 68.

Gegenstand erwirbt oder einen solchen veräußert und die von ihm erhaltene Gegenleistung eine Geldzahlung ist.³²

III. Abschöpfung beim Dritten

Die Einziehung kann nicht nur gegen den Täter oder Teilnehmer angeordnet werden, sondern auch beim Drittbegünstigten.³³

1. Vertretungsfälle, § 73b Abs. 1 StGB

Handelt der Täter als Vertreter für eine dritte (natürliche oder juristische) Person, steht der Vermögensvorteil dieser zu; er kann deshalb auch bei ihr eingezogen werden.

Beispiel 5: Im Fall 5 hat nicht die Täterin L die 500 Millionen erlangt, sondern die L-GmbH. Die Einziehung richtet sich gegen die Gesellschaft, weil T als Geschäftsführerin vertretungsberechtigt für diese gehandelt hat.

2. Verschiebungsfälle, § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB

Überträgt der Täter das Erlangte unentgeltlich oder ohne rechtlichen Grund auf eine (natürliche oder juristische) Person, unterliegt es bei dieser der Einziehung. Gleiches gilt, wenn der Dritte das Erlangte zwar mit Rechtsgrund erhält, aber erkannt hat oder hätte erkennen müssen, dass der Gegenstand aus einer Straftat herrührt.

Hervorzuheben ist in beiden Fallgestaltungen aber, dass die Einziehung beim Dritten nichts daran ändert, dass der Täter aus seiner Straftat etwas erlangt hat und die Weitergabe an einen Dritten eine nicht zu berücksichtigende Entreichung ist.³⁴

Beispiel 3: Im Fall 3 verschenkt K das betrügerisch erlangte Bild an ihre Freundin F. Das Bild wird bei F eingezogen. Gegenüber K kann die Einziehung des Bildes nicht mehr angeordnet werden. Es kommt aber zu einer Anordnung der Einziehung des Wertersatzes. Daran ändert sich auch nichts dadurch, dass das Bild bei F eingezogen werden kann.

3. Erbenfälle, § 73b Abs. 1 Nr. 3 StGB

Die Einziehung ist auch beim Erben, Pflichtteilsberechtigten oder Vermächtnisnehmer möglich.³⁵

4. Gutgläubiger Erwerb durch einen anderen, § 73b Abs. 1 S. 2 StGB

Die beiden letztgenannten Varianten entfallen, wenn das Erlangte zwischendurch einem Dritten entgeltlich und mit rechtlichem Grund übertragen worden ist und der Dritte auch

nicht erkannt hat oder erkennen hätte müssen, dass der Vermögensgegenstand aus einer Straftat herrührt.

5. Wertersatzeinziehung beim Dritten, § 73b Abs. 2 StGB

Die Einziehung gegen den Dritten kann auch angeordnet werden, wenn der Dritte wissentlich oder erkennbar bzw. als Erbe einen Gegenstand erhält, der dem Wert des aus der Straftat Erlangten entspricht. Dabei ist der Begriff des Gegenstandes nicht mit dem der Sache deckungsgleich, sondern erfasst z.B. auch Forderungen oder ersparte Aufwendungen.³⁶

Beispiel 3: Im Fall 3 verkauft K das erschwindelte Bild für 75.000 € an die Kunstliebhaberin H, die diesen Betrag auf das Konto des K überweist. K setzt dieses Vermögen dafür ein, einen Pkw zu kaufen. Sie schenkt diesen Wagen ihren Vater. Der Pkw unterliegt der Einziehung beim Vater, weil dieser unentgeltlich einen Gegenstand erhalten hat, der dem Wert des aus der Straftat Erlangten entspricht.

Da das Gesetz nicht verlangt, dass der Gegenstand aus der Tat herrührt, sondern nur dessen Wert entsprechen muss, wird die Einziehung gegen den Dritten auch angeordnet, wenn dieser nach der Straftat einen bereits vorher sich in seinem Eigentum befindlichen Gegenstand – legal erworben – weiterreicht.

Beispiel 3b: Den Verkaufserlös des Bildes verspielt K an der Börse. Den Pkw für ihren Vater hat sie aus durch Kunsthandel legal erworbenen Mitteln bezahlt. Auch in diesem Fall unterliegt der Pkw der Einziehung.

Das Ergebnis scheint nur auf den ersten Blick nicht sachgemäß. Es entspricht aber dem Gedanken, der auch dem Anfechtungsgesetz zugrunde liegt.³⁷ Das zeigt auch der Vergleich mit einer nur geringfügig abgewandelten Fallgestaltung.

Beispiel 3a: K hat ihrem Vater das aus legalen Mitteln erworbene Auto schon vor der Straftat geschenkt. Eine Einziehung ist hier nicht möglich. Da der Staat aber eine Forderung gegen K hat, kann er die Schenkung des Pkw nach §§ 2, 4 AnfG anfechten.

6. Gesamtschuldnerschaft

Scheinbar führt die Einziehung beim Dritten zu einer wundersamen Vermehrung der einzuziehenden Vermögensgegenstände, weil nun sowohl beim Täter als auch beim Dritten die Einziehung angeordnet werden kann. Die Möglichkeit, das Erlangte auch beim Dritten abzuschöpfen, führt indes nicht zu einer Erhöhung des einzuziehenden Betrages durch den Staat. Die Dritten und die Täter/Teilnehmer haften vielmehr

³² Heger (Fn. 3), § 73 Rn. 6.

³³ Köhler/Burkhard, NStZ 2017, 665; Fischer (Fn. 11), § 73b Rn. 2 f.

³⁴ Vgl. BGHSt 45, 235 (246); Korte, NZWiSt 2018, 231 (233).

³⁵ BT-Drs. 18/9525, S. 56 f., 66 f.; OLG Stuttgart NJW 2000, 2598; dagegen: OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2006, 39 (40 f.); kritisch: Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 15/2016, S. 5; Korte, NZWiSt 2018, 231 (234).

³⁶ BT-Drs. 18/9525, S. 67; zum bisherigen Recht vgl. OLG Hamburg NStZ 2005, 584.

³⁷ Köhler/Burkhard, NStZ 2017, 665 (668).

als Gesamtschuldner.³⁸ Das gilt im Übrigen auch für mehrere Täter und/oder Teilnehmer untereinander.³⁹

IV. Erweiterte Einziehung, § 73a StGB

Das deutsche Gewinnabschöpfungsrecht erlaubt es, auch Gegenstände einzuziehen, die aus oder für eine andere rechtswidrige Tat erlangt worden sind (§ 73a StGB).

Voraussetzung ist, dass das Gericht nach erschöpfender Beweiserhebung und Würdigung der Beweise von der deliktischen Herkunft überzeugt ist.⁴⁰ Grundfall der erweiterten Einziehung ist eine Verurteilung oder eine an der Schuldunfähigkeit scheiternde Verurteilung wegen einer rechtswidrigen Tat und die damit einhergehende Einziehung von Vermögenswerten, die nach Überzeugung des Gerichts ebenfalls aus rechtswidrigen Taten herrühren.

Beispiel 2: Im Fall 2 wird D wegen Handels mit Betäubungsmitteln verurteilt und der aus der bewiesenen und abgeurteilten Tat stammende Verkaufserlös i.H.v. 10.000 €, die D bei ihrer Verhaftung bei sich trug, werden wie oben dargestellt ohne die Berücksichtigung von Aufwendungen eingezogen. Die bei der Wohnungsdurchsuchung während des Ermittlungsverfahrens im Gefrierfach gefundenen 40.000 € in bar kann das Gericht nach einer erschöpfenden Beweiserhebung über eine mögliche legale Herkunft des Geldes ebenfalls einziehen, wenn es überzeugt davon ist, dass auch diese aus dem Handel mit Betäubungsmitteln stammen.

Das Gericht muss die Vermögensgegenstände keinem konkreten Anklagevorwurf zuordnen,⁴¹ aber es muss Beweis darüber erheben, ob die Möglichkeit besteht, dass die aufgefundenen Vermögenswerte aus legalen Quellen kommen.⁴²

Beispiel 2: Deshalb reicht es für die Einziehung in Fall 2 nicht, dass D keiner erkennbaren Beschäftigung nachgeht. Es ist auch zu prüfen, ob es mögliche andere Quellen für das Vermögen gibt, etwa ein Darlehen oder eine Erbschaft.

Die Einziehung ist keine Neuerung der geltenden Regelung, sondern auch das alte Recht enthielt die Möglichkeit einer erweiterten Einziehung. Allerdings kam die erweiterte Einziehung nach § 73a StGB a.F. nur in Betracht, wenn die/der Betroffene wegen einer Katalogtat (mehrheitlich banden- oder gewerbsmäßig begangene Delikte) verurteilt worden ist. Diese Beschränkung hat die Neuregelung aufgehoben. Nun-

mehr ist jede Tat mögliche Anknüpfungstat für die erweiterte Einziehung.⁴³

V. Selbständige Einziehung, § 76a StGB

1. Einziehung bei unmöglicher Verurteilung, § 76a Abs. 1 StGB

In Fällen, in denen eine Verurteilung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich ist, erlaubt § 76a Abs. 1 StGB die selbständige Einziehung.⁴⁴

Beispiel 1: Gegen den Bankräuber B aus Fall 1 ist ein Strafverfahren aus tatsächlichen Gründen nicht möglich, weil er z.B. geflüchtet ist oder sich verborgen hält. Die gefundenen Geldscheine können selbständig eingezogen werden.

Beispiel 7: E verkauft auf einer Internetplattform insgesamt 40 gefälschte Visconti-Füller für 800 €/Stück. Die Käufer zahlen jeweils per Überweisung. Das Verfahren gegen E scheitert aber aus rechtlichen Gründen wegen dauernder Verhandlungsunfähigkeit, Strafklageverbrauch oder Verjährung. E hat eine Forderung in Höhe von 32.000 € gegen ihre Bank erlangt. Trotz der rechtlichen Hindernisse gegen eine Verurteilung kann die Einziehung des Wertersatzes in Höhe von 32.000 € angeordnet werden. Gleiches gilt auch in Fällen, in denen ein absolutes Antragsdelikt vorliegt, aber der Strafantrag fehlt.

2. Non-conviction-based confiscation, § 76a Abs. 4 StGB

§ 76a Abs. 4 StGB erlaubt es, Gegenstände selbständig einzuziehen, die während eines Ermittlungsverfahrens⁴⁵ wegen einer Katalogtat nach Abs. 4 S. 3 sichergestellt worden sind und nach Überzeugung des Gerichts aus anderen rechtswidrigen Taten stammen.⁴⁶ Nicht erforderlich ist dagegen – im Unterschied zu § 73a StGB – die Feststellung der rechtswidrigen Anlasstat.⁴⁷ Es handelt sich dabei um eine Möglichkeit der Einziehung, die international als non-conviction-based confiscation⁴⁸ bekannt ist.

Beispiel 2: In Fall 2 wird gegen D wegen Drogenhandels ermittelt, sie geht keiner legalen Arbeit nach, bei der

³⁸ Korte, NZWiSt 2018, 231 (234).

³⁹ Köhler, NStZ 2017, 497 (501 f.); Heger (Fn. 3), § 73 Rn. 8; Fischer (Fn. 11), § 73 Rn. 29.

⁴⁰ Vgl. BGH NJW 1995, 470; BVerfG NJW 2004, 2073; Meißner, confront 2017, 21 (22 f.); Heuchemer (Fn. 10), § 73a Rn. 8.

⁴¹ Meißner, confront 2017, 21 (22).

⁴² Fischer (Fn. 11), § 73a Rn. 10; Heine (Fn. 9) § 73a Rn. 7.

⁴³ BT-Drs. 18/9525, S. 62 ff.; Fischer (Fn. 11), § 73a Rn. 9a; dazu kritisch: Trüg, NJW 2017, 1913 (1915); Schilling/Corsten/Hübner, StraFo 2017, 305 (308).

⁴⁴ Heuchemer (Fn. 9) § 76a Rn. 1; Schilling/Corsten/Hübner, StraFo 2017, 305 (310).

⁴⁵ Zu Problemen bei „Zufallsfängen“: Meyer, StV 2017, 343 (344).

⁴⁶ BT-Drs. 18/9525, S. 73; Heine (Fn. 9), § 76a Rn. 15.

⁴⁷ Meißner, confront 2017, 21 (25); Höft, HRRS 2018, 196; Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 15/2016, S. 6 f.; dazu kritisch: Trüg, NJW 2017, 1913 (1916); Meyer, StV 2017, 343 (345) hält eine Katalogtat im Sinne des § 76a Abs. 4 S. 3 für erforderlich.

⁴⁸ Zum Begriff „non-conviction-based confiscation“ vgl. BT-Drs. 18/9525, S. 58; Höft, HRRS 2018, 196.

Wohnungsdurchsuchung werden Bargeld i.H.v. 40.000 € beschlagnahmt. Wie oben festgestellt, ist eine Einziehung auch der 40.000 € möglich, wenn das verurteilende Gericht davon überzeugt ist, dass auch dieses Vermögen aus rechtswidrigen Taten stammt.

Kommt es im Hauptverfahren aber zu einem Freispruch wegen der angeklagten Tat, etwa weil ein wichtiger Belastungszeuge nicht mehr auffindbar ist, kann das Bargeld nicht nach § 73a StGB eingezogen werden, weil dieser eine Verurteilung voraussetzt. Auch § 76a Abs. 1 StGB erlaubt die Einziehung nicht, weil die Verurteilung nicht aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen scheidet. Das gefundene Bargeld in Höhe von 40.000 €, das nicht aus der angeklagten Straftat stammt, darf unter der Voraussetzung, dass die Anlasstat eine Katalogtat – hier nach § 76a Abs. 4 S. 3 Nr. 6 StGB – ist, dennoch eingezogen werden, auch wenn die Anlasstat gerade unbewiesen bleibt und D wegen dieser freigesprochen worden ist.

Es erscheint nur auf den ersten Blick widersprüchlich, dass das Gericht auf der einen Seite zu einem Freispruch gelangt, auf der anderen Seite aber die Überzeugung hat, dass die zusätzlich aufgefundenen Vermögenswerte aus Straftaten stammen. Die Zweifel des Gerichts beziehen sich aber nur auf die Anlasstat, nicht hingegen auf die Begehung der weiteren Straftaten. Von der Herkunft aus Straftaten der aufgefundenen Vermögenswerte muss das Gericht hingegen nach Erschöpfung aller Beweise überzeugt sein.⁴⁹

Es werden aber auch verfassungsrechtliche Bedenken⁵⁰ geltend gemacht, insbesondere, dass diese Form der erweiternden, selbstständigen Einziehung gegen den Schuldgrundsatz verstoße. Der Gesetzgeber begegnet diesen Bedenken mit dem Hinweis auf die Natur dieser Form der Einziehung. Es handele sich gerade nicht um eine Strafe, sondern um eine kondiktionsähnliche Maßnahme mit präventiver Zielsetzung.⁵¹ Aus diesem Grunde sei der Schuldgrundsatz schon gar nicht berührt. Die selbstständige Einziehung nach § 76a Abs. 4 StGB weist aber noch ein weiteres Novum auf, indem sie durch eine strafprozessuale Beweisvorschrift flankiert wird. Dazu mehr unter VII. 2.

VI. Vorläufige Sicherung

Die der Einziehung unterliegenden Gegenstände müssen schon im Ermittlungsverfahren vorläufig gesichert werden, weil bis zur endgültigen Entscheidung über die Einziehung bisweilen viel Zeit vergehen kann.⁵²

⁴⁹ Fischer (Fn. 11), § 76a Rn. 9a; Bittmann, NZWiSt 2016, 131 (133); Transparency International Deutschland e.V., Stellungnahme 102/2016, S. 3.; Meißner, KriPoZ 2017, 237 (239).

⁵⁰ Höft, HRRS 2018, 196 (197 ff.); Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 15/2016, S. 6 f.; Meißner, KriPoZ 2017, 237 (243); Schilling/Corsten/Hübner, StraFo 2017, 305 (310); dagegen: Köhler, NStZ 2017, 497 (498).

⁵¹ Vgl. BVerfG NJW 2004, 2073 (2075); BT-Drs. 18/9525, S. 92.

⁵² Vgl. Köhler, NStZ 2017, 497 (501).

Ist der Tatertrag selbst noch vorhanden und deshalb nach § 73 StGB einzuziehen, richtet sich seine Beschlagnahme nach § 111b StPO. Die Vorschrift unterscheidet dabei zwischen der Möglichkeit einer späteren Einziehung (S. 1 – die Beschlagnahme *kann* erfolgen) und einer hohen Wahrscheinlichkeit der späteren Einziehung (S. 2 – die Beschlagnahme *soll* erfolgen).⁵³

Wie die Beschlagnahme vorzunehmen ist, regelt § 111c StPO. Bewegliche Sachen werden danach in Gewahrsam genommen, Vermögensrechte gepfändet und bei unbeweglichen Vermögen eine Eintragung in das Grundbuch bewirkt.

Wird nicht der Gegenstand selbst eingezogen, sondern der Wertersatz, kann bzw. soll der Vermögensarrest in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen des Betroffenen angeordnet werden (§ 111i Abs. 1 StPO).⁵⁴ Der Vermögensarrest in unbewegliches Vermögen wird durch Eintragung einer Sicherungshypothek bewirkt (§ 111f Abs. 2 StPO), in andere Vermögenswerte durch Pfändung (§ 111f Abs. 1 StPO).

Die Sicherungsmaßnahmen unterliegen dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; der Verweis auf den Arrestgrund in § 917 ZPO hat der Gesetzgeber ebenso gestrichen wie Angaben zur Dauer der Sicherungsmaßnahme.⁵⁵ Auch ohne diese speziellen Verweise muss die Maßnahme aber verhältnismäßig sein, weil dieser Grundsatz grundsätzlich im Strafverfahren gilt.

VII. Entscheidung über die Einziehung

1. Im Erkenntnisverfahren

Die endgültige Entscheidung über die Einziehung wird in der Hauptverhandlung vorgenommen. Die entsprechenden Regelungen finden sich im §§ 421–439 StPO, die hier nur kurz dargestellt werden.

Grundsätzlich soll in der Hauptverhandlung auch die mögliche Einziehung behandelt werden. Wenn dies die Entscheidung über die Schuldfrage und die zu verhängenden Rechtsfolgen unangemessen erschweren oder verzögern würde, kann das Gericht die Entscheidung über die Einziehung abtrennen.⁵⁶ In dem folgenden Nachverfahren ist das Gericht aber an die Entscheidung in der Hauptsache und auch an die tatsächlichen Feststellungen gebunden (§ 423 Abs. 1 StPO).⁵⁷

⁵³ BT-Drs. 18/9525, S. 49; Gercke, in: Gercke/Julius/Temming/Zöller (Hrsg.), Strafprozessordnung, Heidelberger Kommentar, 6. Aufl. 2019, § 111b Rn. 17; Meißner, KriPoZ 2017, 237 (238); dazu kritisch: Trüg, NJW 2017, 1913 (1917).

⁵⁴ Zum Spannungsverhältnis mit dem Insolvenzverfahren: Trüg, NJW 2017, 1913 (1917).

⁵⁵ Dazu kritisch: Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 15/2016, S. 9 f.; Meißner, KriPoZ 2017, 237 (242); Schilling/Corsten/Hübner, StraFo 2017, 305 (311 f.).

⁵⁶ Vgl. BT-Drs. 418/16, S. 2; Deutscher Richterbund, Stellungnahme Nr. 19/16, S. 5; kritisch: Meißner, KriPoZ 2017, 237 (242).

⁵⁷ Putzke/Scheinfeld, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 3/1, 2019, § 423 Rn. 6; zur Begründung: BT-Drs. 18/9525, S. 87.

Ist durch die Einziehung ein Dritter betroffen, wird dieser am Verfahren beteiligt (§ 424 StPO), es sei denn, der Dritte verzichtet darauf (§ 424 Abs. 2 S. 1). Einziehungsbeteiligte haben im Hauptverfahren die gleichen Rechte wie Angeklagte.

Beispiel 3: Der Vater von K aus Fall 3 kann sich einen Anwalt nehmen (§ 428 StPO) und Beweisanträge stellen, wenn die zu beweisende Tatsache die Einziehung des Pkw betrifft, also z.B. zur Unentgeltlichkeit der Übereignung.

Für Beweisanträge, welche die Schuld des Angeklagten betreffen, enthält § 430 Abs. 2 StPO eine Einschränkung, nach der deren Ablehnung nicht den strengen Regeln des § 244 StPO unterliegt. Die Entscheidung über die Einziehung ergeht im Urteil bzw. im Strafbefehl.

2. Selbstständiges Einziehungsverfahren

In den gesetzlich zugelassenen Fällen können Staatsanwaltschaft und Nebenkläger den Antrag stellen, die Einziehung selbständig anzuordnen (§ 435 StPO).⁵⁸ Zuständig für die Entscheidung ist das Gericht, das im Fall einer Strafverfolgung einer bestimmten Person zuständig wäre (§ 436 StPO).

Eine dem deutschen Strafverfahrensrecht neuartige Regelung enthält § 437 StPO für die selbstständige Einziehung nach § 76a Abs. 4 StGB. Das Gesetz benennt nämlich die Tatsachen, aufgrund derer das Gericht zu der Überzeugung kommen kann, dass die in einem Ermittlungsverfahren aufgefundenen Gegenstände aus einer rechtswidrigen Tat stammen. Das liegt natürlich in den Fällen nahe, in denen die rechtmäßigen Einkünfte und die aufgefundenen Vermögensgegenstände in einem auffälligen Missverhältnis zueinander stehen.⁵⁹ Genau diese Indizien benennt das Gesetz, ergänzt durch die Indizien was das Ermittlungsverfahren ergeben hat, unter welchen Umständen die Gegenstände aufgefunden wurden und in welchem Verhältnis der Betroffene lebt. Gegen diese Regelung ist mannigfaltige Kritik erhoben worden, zum Teil mit dem erheblichen Vorwurf, es handele sich um eine Beweislastumkehr.⁶⁰ Meines Erachtens ist die Regelung unbedenklich, weil sie nur die Indizien aufzählt, die das Gericht bei seiner Entscheidungsfindung eben zu Grunde legt. Insofern ist ihr allerdings der Vorwurf zu machen, überflüssig zu sein.

Beispiel 2: Da es dem Gericht nicht gelingt, bei Anstrengung aller Phantasie, eine legale Quelle für die im *Beispielfall 2* bei D gefundenen 40.000 € zu ersinnen, ist es überzeugt davon, dass die Vermögenswerte aus dem Han-

del mit Betäubungsmitteln stammen. Dabei hat es vor allem auf das Indiz der fehlenden erkennbaren legalen Einkunftsquellen abgestellt. Ob § 437 StPO dabei angewendet wird oder nicht, bleibt völlig unerheblich.

VIII. Vollstreckungsverfahren, §§ 459g ff. StPO

Die vom Staat sichergestellten und eingezogenen Gegenstände verbleiben nicht bei ihm, wenn es Verletztenansprüche gibt. Berücksichtigung finden diese aber erst spät, nämlich nach der Einziehungsentscheidung im strafrechtlichen Vollstreckungsverfahren. Erst dann werden die Verletzten entschädigt.⁶¹

Dabei wird entweder der eingezogene Gegenstand zurückübertragen (§ 459h Abs. 1 StPO) oder in den Fällen der Einziehung des Wertersatzes der Erlös ausgekehrt.⁶²

Im ersten Fall ist dem Verletzten nach der Einziehungsentscheidung deren Rechtskraft mitzuteilen (§ 459i Abs. 1 StPO). Meldet der Verletzte innerhalb von sechs Monaten seinen Anspruch an, wird in einfach gelagerten Fällen die Sache durch den Rechtspfleger herausgegeben (§ 459j Abs. 1, Abs. 2 StPO). In nicht eindeutigen Sachverhaltsgestaltungen muss das Gericht die Rückübereignung zulassen.

Erfolgt die Entschädigung des Opfers durch Auskehrung des Erlöses aus der Verwertung des eingezogenen Wertersatzes, entspricht das Verfahren weitgehend dem geschilderten.

Das kann aber nur gelten, wenn der Erlös zur Deckung aller angemeldeten Opferansprüche ausreicht. In so genannten Mangelfällen,⁶³ in denen der Erlös zur Deckung der Verletztenansprüche nicht ausreicht, findet die Entschädigung im Insolvenzverfahren statt (§ 111i StPO). Das Sicherungsrecht des Staates erlischt und die Staatsanwaltschaft stellt – gegebenenfalls schon im Ermittlungsverfahren – einen Insolvenzantrag über das Vermögen des Insolvenzschuldners (§ 111i Abs. 2).⁶⁴ Die Verletzten werden zu Insolvenzschuldnern und müssen ihre Ansprüche beim Insolvenzverwalter anmelden.

Beispiel 7: Im Fall 7 hat E 40 Käufer betrogen und geschädigt, wobei sich der Gesamtschaden auf 32.000 € beläuft. Wird bei E kein Vermögenswert in dieser Höhe sichergestellt, erlangen die Verletzten Befriedigung ihrer Ansprüche im Insolvenzverfahren.

⁶¹ Dazu kritisch: Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 15/2016, S. 13; *Bittmann*, NZWiSt 2016, 131 (135); dagegen: *Trüg*, NJW 2017, 1913 (1918); vertiefend: *Schilling/Corsten/Hübner*, StraFo 2017, 305 (313ff.).

⁶² *Hanft*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 3. Aufl. 2018, § 459h Rn. 2 f.; vgl. BR-Drs. 418/16, S. 2.

⁶³ *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt (Hrsg.), Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 62. Aufl. 2019, § 111i Rn. 11; vgl. BR-Drs. 418/16, S. 2; *Meißner*, confront 2017, 21 (30); dazu vertiefend: *Schilling/Corsten/Hübner*, StraFo 2017, 305 (314 f.).

⁶⁴ *Spillecke*, in: Hannich (Fn. 59), § 111i Rn. 12; dazu kritisch: Deutscher Richterbund, Stellungnahme Nr. 19/16, S. 5 f.; *Bittmann*, NZWiSt 2016, 131 (136).

⁵⁸ Vgl. *Köhler*, NStZ 2017, 497 (499 f.).

⁵⁹ *Schmidt*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 437 Rn. 3; kritisch zur Tragfähigkeit der Beweis konstruktion: *Meyer*, StV 2017, 343 (349); sprechen von einem Anscheinsbeweis: *Schilling/Corsten/Hübner*, StraFo 2017, 305 (313).

⁶⁰ *Höft*, HRRS 2018, 196 (202); *Meißner*, KriPoZ 2017, 237 (243); *Meyer*, StV 2017, 343 (346 f.).

IX. Fazit

Das Einziehungsrecht sollte effektiver, schneller und gerechter werden. Hier ist nicht der Platz dafür, dies abschließend zu bewerten. Effektiver ist es aber insofern geworden, dass es angewandt wird. Damit steigt die Relevanz der Kenntnis über die Grundzüge des Einziehungsrechts, weil es Referendaren wohl unterkommen wird und auch den Studierenden in der mündlichen Prüfung durchaus begegnen kann.

Auch wenn das neue Recht nach wie vor einige Schwierigkeiten zum Beispiel bei der Berechnung des Erlangten oder den Beweisanforderungen beim erweiterten (selbständigen) Verfall mit sich bringt, scheint die Anwendung der Gewinnabschöpfungsvorschriften in der Praxis zuzunehmen. Spätestens im Referendariat werden deshalb mehr Studierende als bisher Kontakt mit diesem Instrumentarium haben. Die vorliegenden Beispielfälle sollten eine Einführung in die Grundkonstellationen geben; eine weitere Ausgestaltung des neuen Instrumentariums ist aber zu erwarten und im Auge zu behalten.

Examensklausur: Pyrotechnik ist (k)ein Verbrechen?*

Von Wiss. Mitarbeiter **Christoph Hautkappe**, LL.B., M.A., Wiesbaden**

Der Sachverhalt zur ersten Fallfrage ist angelehnt an denjenigen, welcher einer Entscheidung des BGH¹ zugrunde lag. Die Aufgabe erfordert vor allem den Umgang mit dem Problem der Auswirkungen eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auf einen zweiten Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. In diesem Zusammenhang gilt es, die Gesamtschuldnerhaftung bei Inanspruchnahme aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu verorten. Die zweite Fallfrage ist ebenfalls Entscheidungen des BGH² nachgebildet und bietet Gelegenheit zur vertieften Wiederholung der Kenntnisse im Schadensrecht, insbesondere mit Blick auf die Einschränkungen der Schadenszurechnung. Ebenso wie der Rassismus³ überschattet das Abbrennen von Pyrotechnik nach wie vor regelmäßig das sportliche Geschehen. Konstellationen wie die hiesige eignen sich daher – bedauerlicherweise – besonders als Grundlage einer Examensklausur,⁴ zumal sie ebenfalls mit einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter verbunden werden können.

Sachverhalt

Die Faszination Pyrotechnik GmbH (P) ist seit Langem Mandantin des Rechtsanwalts und Steuerberaters R. Aus Angst vor Wettbewerbsnachteilen beabsichtigt der alleinige Gesellschafter-Geschäftsführer G, das hohe Eigenkapital der P möglichst steuerfrei zu reduzieren. Er beauftragt daher im Namen der P den R mit der Erstellung eines entsprechenden Konzeptes. Der geeignete Lösungsvorschlag des R sieht vor, dass zunächst eine neue GmbH (N) gegründet wird. Im Rahmen der nachfolgenden Eigenkapitalverschiebung kann so dann nur aufgrund der N mittels weiterer gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen eine minimale Steuerlast der N erzielt werden. Eine Steuerlast der P wird nicht begründet, sodass nach dem Konzept des R der von G gewünschte Erfolg eintreten kann.

Zur raschen Umsetzung des Konzeptes beauftragt der steuerrechtlich unerfahrene G im Namen der P die erfahrene Steuerberatungsgesellschaft Salonfähige Steuertrickz GmbH (S). S unterläuft im Folgenden jedoch schuldhaft ein Umsetzungsfehler. Das zuständige Finanzamt nimmt die N daraufhin mittels formell wie materiell rechtmäßigen Bescheids auf Zahlung zusätzlicher Gewerbesteuer i.H.v. 375.000 € in An-

spruch. Widerwillig begleicht N die ausstehende Steuerschuld. Einspruchs- sowie Klageverfahren gegen den Bescheid bleiben erfolglos.

R griff in den mangelbehafteten Umsetzungsprozess nicht ein, obwohl sich ihm nicht nur der Umsetzungsfehler sowie dessen Steuerschädlichkeit, sondern auch die Unerfahrenheit des G aufgrund seiner besonders hohen Expertise hätten aufdrängen, geradezu „ins Auge springen“ müssen. Als N durch G, der auch Gesellschafter-Geschäftsführer der N ist, hiervon Kenntnis erlangt, verlangt N von R Schadensersatz in Höhe der zusätzlichen Gewerbesteuerlast von 375.000 €. R wendet ein, er habe mit P und nicht mit N einen Vertrag abgeschlossen. N solle sich an S wenden, da diese den Umsetzungsfehler begangen habe. Er sei lediglich mit der Konzepterarbeitung beauftragt worden. Zumindest müsse berücksichtigt werden, dass ihm – was zutrifft – nur ein Verschulden i.H.v. 25 % anzulasten sei.

Als Ausgleich zu seiner fordernden Tätigkeit engagiert sich R leidenschaftlich in der Fanszene des Ajax Dauerstramm. Dessen professionelle Lizenzspielerabteilung ist in die 1. Fußball-Bundesliga aufgestiegen und wird von der Ajax GmbH (A) betrieben. Zur Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Spielbetriebs hat sich A als Vereinsmitglied notwendigerweise den Regeln des Deutschen Fußball-Bundes e.V. (DFB) unterworfen.

R besitzt eine Dauerkarte, welche er von A erworben hat. Am 25.11.2019 besucht er das heiß erwartete Derby gegen den Erzrivalen Dynamo Tresden. Bereits in der 25. Spielminute fällt das 4:0 für Ajax Dauerstramm. Die Südtribüne des Stadions steht Kopf. Überschwänglich vor Freude gelangt R zu dem Entschluss, nun sei ein günstiger Zeitpunkt gekommen, um den Fans der gegnerischen Mannschaft zu demonstrieren, wessen Verein unangefochtener Lokalmatador sei. Daher stimmt er die allseits beliebte Hymne „You never drink alone“ an. Um den Geltungsanspruch optisch zu unterstreichen, zündet R zugleich einen speziellen Feuerwerkskörper an, den er zuvor unbemerkt unter seiner Kutte in das Stadion geschmuggelt hatte. Die Pyrotechnik zeigt jedoch nicht den gewünschten Erfolg. Infolge der extremen Hitze wie Rauchentwicklung erleiden mehrere Zuschauer leichte Verletzungen. Rauchschwaden ziehen über den Rasen. Zu allem Überfluss gelingt Dynamo Tresden in der vierten Spielminute der Nachspielzeit der Ausgleich. Dieser Geschehensverlauf war von R keinesfalls beabsichtigt worden. Stattdessen wollte er lediglich „seine“ Mannschaft unterstützen.

Das Sportgericht des DFB befasst sich im Folgenden mit dem Einsatz der Pyrotechnik und verhängt auf Grundlage des § 9a Nr. 1, 2 Rechts- und Verfahrensordnung des DFB eine Verbandsstrafe i.H.v. von 60.000 € gegen A. Dabei handelt es sich um eine in entsprechender Anwendung des § 54 StGB gebildete Gesamtstrafe. Diese setzt sich aus einer Einzelgeldstrafe i.H.v. 40.000 € aufgrund des Vorfalls vom 25.11.2019 sowie diverser Einzelgeldstrafen i.H.v. 20.000 €, 20.000 € und 38.000 € wegen Ausschreitungen im Rahmen des letztjährigen Derbys zusammen.

* Die Klausur wurde im Spring Term 2019 im Rahmen des Examensklausurenkurses an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht Wiesbaden gestellt. Von 45 Bearbeitenden und Bearbeitern haben 11 % die Klausur nicht bestanden. Der Notendurchschnitt lag bei 6,74 Punkten.

** Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht und Rechtstheorie an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht Wiesbaden (Prof. Dr. Daniel Klocke, LL.M. oec.).

¹ BGH DStRE 2018, 1334 ff.

² BGH NJW 2016, 3725 ff. sowie BGH NJW 2018, 394 ff.

³ Vgl. dazu den Beitrag von Weller, NJW 2007, 960 ff.

⁴ Hierauf ebenfalls hinweisend Mäsch, JuS 2017, 261 (262).

Nach erfolgloser Ausschöpfung aller Rechtsbehelfe begleicht A die Verbandsstrafe umgehend und verlangt die Summe nunmehr von R vollständig, mindestens jedoch i.H.v. 40.000 € ersetzt. Ansonsten profitiere R letztlich vom Fehlverhalten anderer. Immerhin sei – was zutrifft – auf der Rückseite der Dauerkarte eindeutig vermerkt, dass die „Weitergabe“ einer seitens des Sportgerichts des DFB verhängten Verbandsstrafe in voller Höhe erfolgen kann.

R zeigt sich jedoch uneinsichtig, zumal mit der Verbandsstrafe nicht der einzelne Zuschauer, sondern vielmehr der Verein sanktioniert und diszipliniert werden sollte. Er habe schließlich keinen Einfluss auf die Verhängung der Verbandsstrafe gehabt. Ferner habe erst die bei Betreten des Stadions erfolgte, bloß oberflächliche Kontrolle es ihm ermöglicht, die Pyrotechnik einzusetzen. A solle sorgfältigere Ordner auswählen, anstatt durch den Rückgriff auf die eigenen Fans zu versuchen, den enttäuschenden Spielverlauf zu kaschieren. Darüber hinaus stelle ein Rückgriff angesichts seiner geringen finanziellen Leistungsfähigkeit im Vergleich zu einem Fußballverein eine nicht hinnehmbare folgeschwere Belastung dar. Allenfalls sei er bereit, einen Betrag von 20.340 € (40.000 € : 118.000 € x 60.000 €) zu bezahlen, denn die Verfehlungen anderer könnten ihm nicht zum Nachteil gereichen.

Fallfrage 1

Kann N Schadensersatz i.H.v. 375.000 € wegen der zusätzlichen Gewerbesteuerlast von R verlangen?

Fallfrage 2

Welche Ansprüche stehen A gegen R zu?

Bearbeitervermerk

Gehen Sie im Rahmen Ihrer Bearbeitung von der Wirksamkeit sowohl der Rechts- und Verfahrensordnung des DFB als auch der Verhängung einer Verbandsstrafe seitens des Sportgerichts des DFB aus.

Die Vorschriften des 13. Titels des achten Abschnitts des zweiten Buches des Bürgerlichen Gesetzbuches (Geschäftsführung ohne Auftrag) bleiben außer Betracht. Vorschriften des Strafgesetzbuches sowie des Sprengstoffgesetzes sind nicht zu prüfen.

Alle aufgeworfenen Rechtsfragen sind, gegebenenfalls in einem Hilfsgutachten, zu erörtern.

Lösungsvorschlag zu Fallfrage 1

I. Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB

N könnte ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der zusätzlichen Gewerbesteuerlast i.H.v. 375.000 € gegen R aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zustehen.

1. Schuldverhältnis

Zunächst müsste ein Schuldverhältnis zwischen N und R bestehen.

a) Vertrag zwischen N und R

R ist mit Blick auf die Erstellung des Steuergestaltungskonzeptes Partei eines Geschäftsbesorgungsvertrags nach §§ 631, 675 Abs. 1 BGB (Beratervertrag) geworden. Vertragspartner des R ist allerdings nicht N, sondern stattdessen P, die gemäß § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG durch das Handeln des Gesellschafter-Geschäftsführers G wirksam vertreten wurde.

b) Schuldverhältnis kraft Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Der Beratervertrag zwischen P und R könnte aber als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter N einbeziehen, sodass letztlich auch zwischen N und R ein Schuldverhältnis besteht.

Ob der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auf einer Analogie zu § 328 BGB, einer ergänzende Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB, einer richterliche Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses auf Grundlage von Treu und Glauben nach § 242 BGB, einer Ausprägung des § 311 Abs. 3 S. 1 BGB oder Gewohnheitsrecht beruht, kann dahinstehen, da unabhängig von der dogmatischen Begründung des Rechtsinstituts über dessen Voraussetzungen weitgehend Einigkeit besteht.⁵

Ein Schuldverhältnis, in das der Dritte einbezogen werden kann, ist mit dem wirksam abgeschlossenen Beratervertrag zwischen P und R gegeben.

Erforderlich ist des Weiteren, dass der Dritte bestimmungsgemäß mit der Leistung des Schuldners in Berührung kommt und deshalb den damit verbundenen Risiken in gleichem Maße wie der Gläubiger ausgesetzt ist. Mithin scheiden diejenigen Fälle, in denen der Dritte lediglich zufällig mit der Leistung des Schuldners konfrontiert wird, aus dem Anwendungsbereich des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter aus.⁶ Das von R vertraglich geschuldete Konzept zielte auf eine möglichst steuerfreie Reduzierung des Eigenkapitals der P ab. Integraler Bestandteil des entwickelten Modells mittels Eigenkapitalverschiebung war allerdings N. Erst durch ebendiese neu zu gründende Gesellschaft konnte der gewünschte Erfolg eintreten. N war somit selbst Gegenstand der Beratung und kam in genau der Art und Weise mit der Leistung des R in Berührung, wie es P und R vorgesehen hatten.

Hinweis: Die Tatsache, dass N im Zeitpunkt des Vertragschlusses noch gegründet werden musste, steht der Leistungsnähe nicht entgegen. Die Person des Dritten muss im Zeitpunkt des Vertragsschlusses lediglich bestimmbar sein.⁷

Außerdem muss der Gläubiger ein berechtigtes Interesse an der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Schuldverhältnisses aufweisen. Vormalig setzte dies nach der

⁵ Instruktiv *Klumpp*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2015, § 328 Rn. 96 ff.

⁶ *Looschelders*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2019, § 9 Rn. 9.

⁷ BGHZ 204, 54 (58) = NJW 2015, 1098 (1100) = JuS 2015, 462 ff. m. Anm. *Wellenhofer*.

Rechtsprechung des BGH voraus, dass dem Gläubiger gegenüber dem Dritten eine gesteigerte Fürsorgepflicht oblag. Dies sollte dann der Fall sein, wenn dem Gläubiger das „Wohl und Wehe“ des Dritten anvertraut war, die Schädigung des Dritten also auch ihn traf, weil er dem Dritten zu Schutz und Fürsorge verpflichtet war.⁸ Nunmehr genügt bereits jedes redliche Einbeziehungsinteresse des Gläubigers, soweit es ausdrücklich oder konkludent hervortritt.⁹ Zur Vermeidung von Wettbewerbsnachteilen sollten Teile des Eigenkapitals der P auf N übertragen werden. Dabei war maßgeblich, dass im Rahmen des gesamten Prozesses eine möglichst geringe Steuerlast begründet wird. Aufgrund der Tatsache, dass eine zu gründende Gesellschaft zur Erreichung ebendieses Zwecks notwendig war, bestand für P ein berechtigtes Interesse an der Einbeziehung der N.

Zwecks Kalkulierbarkeit des Haftungsrisikos müssen sodann sowohl die Leistungsnähe als auch das Gläubigerinteresse für den Schuldner erkennbar sein.¹⁰ P hat den Beratungsgegenstand sowie die dahinterstehenden Interessen von vornherein vollumfänglich offengelegt, damit R einen geeigneten Lösungsvorschlag erarbeiten konnte. Vor diesem Hintergrund war für R bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses hinreichend ersichtlich, dass auch die zur Verwirklichung des Vertragszwecks neu zu gründende Gesellschaft N bestimmungsgemäß mit der von ihm geschuldeten Beratungsleistung in Berührung kommen konnte und P in Anbetracht der gewünschten Minimierung der Gesamtsteuerlast zudem ein redliches Interesse an der Einbeziehung der N hatte.

Zweifelhaft erscheint allerdings, ob N auch schutzbedürftig ist. Dies ist dann nicht der Fall, wenn dem einzubeziehenden Dritten wegen des Sachverhalts, aus dem er seinen Anspruch herleitet, ein inhaltsgleicher vertraglicher Anspruch zusteht.¹¹

N könnte einen inhaltsgleichen vertraglichen Anspruch gegen S aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB haben. Ein solcher Anspruch setzt wiederum ein Schuldverhältnis voraus. Der in Betracht kommende Geschäftsbesorgungsvertrag nach §§ 631, 675 Abs. 1 BGB (Umsetzungsvertrag) wurde jedoch zwischen S und P geschlossen. Allerdings war N, wie bereits im Rahmen des zwischen P und R geschlossenen Beratervertrags, notwendiger Bestandteil des Umsetzungsprozesses. Somit kam N mit der von S geschuldeten Leistung bestimmungsgemäß in Berührung. Darüber hinaus besaß P ein entsprechendes Einbeziehungsinteresse, was für S zugleich hinreichend erkennbar war. Stellt man zunächst isoliert auf das Verhältnis zwischen N und S – unter Ausblendung des Verhältnisses zwischen N und R – ab, ist schließlich auch die Schutzbedürftigkeit der N zu bejahen, da ihr kein anderer inhaltsgleicher vertraglicher Anspruch zusteht. Unter dieser Einschränkung liegen die Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vor, sodass N in den Umsetzungsvertrag zwischen S und P einbezogen wurde. Inso-

fern besteht ein Schuldverhältnis zwischen N und S. Ausweislich des Sachverhalts unterließ S schuldhaft ein Umsetzungsfehler. Damit verletzte sie ihre gegenüber N bestehende Pflicht zur Rücksichtnahme auf deren Interessen und Rechtsgüter nach § 241 Abs. 2 BGB. Mithin steht N dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB auf Ersatz der zusätzlichen Gewerbesteuerlast gegen S zu.

Vor diesem Hintergrund stellt sich jedoch die Frage, wie es sich auswirkt, dass N als Dritte ebenfalls in den Schutzbereich des zwischen P und R abgeschlossenen Beratervertrags einbezogen ist. Wenn man ihre Schutzbedürftigkeit im Verhältnis zu R bejaht, müsste ihre Schutzbedürftigkeit im Verhältnis zu S konsequenterweise entfallen, da ihr dann ein inhaltsgleicher vertraglicher Anspruch gegen R zustünde. Demzufolge schließen sich die beiden in Rede stehenden Ansprüche der N gegen R und S vice versa aus. N könnte letztlich also überhaupt keinen Schadensersatzanspruch aus einem sie einbeziehenden Schuldverhältnis geltend machen.

Zwar ist, wenn der Dritte wegen des Sachverhalts, aus dem er seinen Anspruch herleitet, bereits über einen inhaltsgleichen vertraglichen Anspruch verfügt, dessen Schutzbedürftigkeit nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich zu verneinen.¹² Dies kann aber nicht gelten, wenn es sich bei dem inhaltsgleichen vertraglichen Schadensersatzanspruch um einen Anspruch aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter handelt. In diesem Sonderfall kommt lediglich eine gesamtschuldnerische Haftung der aus mehreren Verträgen mit Schutzwirkung zugunsten Dritter Verantwortlichen in Betracht.¹³ Allein aufgrund der Tatsache, dass der in den Schutzbereich einzubeziehende Dritte nicht einfach, sondern sogar doppelt geschädigt ist, könnten sich beide Schädiger – ungeachtet ihrer Verletzung drittschützender Pflichten – andernfalls ihrer vertraglichen Haftung entziehen, indem sie den Geschädigten auf den jeweils anderen verwiesen.¹⁴ Dem Geschädigten stünden mithin keine vertraglichen Ansprüche zu. Eine solche Sichtweise würde in einem eklatanten Widerspruch zu dem Zweck des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter stehen, bestehende Schutzlücken zu schließen.¹⁵ Demnach ist N im Hinblick auf die Einbeziehung in den zwischen R und P geschlossenen Beratervertrag ausnahmsweise schutzbedürftig. Die Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter sind erfüllt. Somit liegt zwischen N und R ein Schuldverhältnis vor.

⁸ BGHZ 51, 91 (96) = NJW 1969, 269 (272).

⁹ BGH NJW 2014, 2345 (2345); BGH NJW-RR 2017, 888 (889 f.).

¹⁰ Looschelders (Fn. 6), § 9 Rn. 13.

¹¹ Looschelders (Fn. 6), § 9 Rn. 14.

¹² BGHZ 70, 327 (330) = NJW 1978, 883 (883); BGHZ 133, 168 (173) = NJW 1996, 2927 (2929); BGH DSStRE 2012, 844 (845); BGH DSStRE 2013, 1081 (1084); BGH DSStRE 2016, 247 (250); BGH DSStRE 2018, 1334 (1338).

¹³ BGH DSStRE 2018, 1334 (1338 m.w.N.); ungeachtet dessen fehlt es an einem Schutzbedürfnis, wenn dem geschädigten Dritten wegen des Schadens ein – primärer – vertraglicher Anspruch zusteht, *Gräfe*, EWIR 2018, 335 (336).

¹⁴ BGH DSStRE 2018, 1334 (1338).

¹⁵ BGH DSStRE 2018, 1334 (1338); *Meixner/Schröder*, DSStR 2018, 982 (984).

2. Pflichtverletzung

Sodann müsste R eine ihm gegenüber N obliegende Pflicht verletzt haben. In Betracht kommt lediglich eine Verletzung der nach § 241 Abs. 2 BGB bestehenden (nach-)vertraglichen Nebenpflichten. Anknüpfen ließe sich allein an das unterbliebene Eingreifen im Rahmen des mangelhaften Umsetzungsprozesses. Liegt die Pflichtverletzung in einem Unterlassen, setzt dies wiederum das Bestehen einer Handlungspflicht in Form einer Aufklärungs-, Anzeige- oder Beratungspflicht voraus.¹⁶

Indem der zwischen P und R geschlossene Beratervertrag seinem Gegenstand nach auf die Entwicklung eines geeigneten Konzeptes beschränkt war, erscheint jedoch fraglich, ob zugleich eine Pflicht des R zur Überwachung der nachfolgenden Umsetzung bestand. Grundsätzlich ist der Steuerberater nur verpflichtet, sich mit den steuerrechtlichen Punkten zu befassen, die zur pflichtgemäßen Erledigung des ihm erteilten Mandats zu beachten sind.¹⁷ Zu den vertraglichen Nebenpflichten des Steuerberaters gehört es allerdings, den Mandanten vor Schäden zu bewahren und auf offenkundige Fehlentscheidungen hinzuweisen.¹⁸ Jedenfalls dann, wenn der Steuerberater außerhalb seines Mandats liegende steuerliche Fehlentscheidungen, z.B. aufgrund seiner besonderen Qualifikation, erkennt oder erkennen kann und ferner annehmen muss, dass der Mandant die Gefahr möglicherweise nicht bemerkt, trifft den Steuerberater gegenüber seinem Mandanten die uneingeschränkte Pflicht, einzugreifen.¹⁹

Die besonders hohe Expertise des R entwickelt sich insofern zum „haftungsrechtlichen Bumerang“²⁰. Indem der Umsetzungsfehler dem R aufgrund seiner Sachkunde geradezu „ins Auge“ hätte springen müssen, bestand Grund zur Annahme, dass S die N in die Gefahr brachte, die Steuerschädlichkeit ihres Handelns nicht zu bemerken. Die Konstellation, in der eine Hinweispflicht nur eingeschränkt besteht, weil der Mandant anderweitig beraten ist,²¹ liegt im Übrigen gerade nicht vor. Von einer zutreffenden fachkundigen Beratung der S konnte R wegen des für ihn – offensichtlichen – Umsetzungsfehlers nicht ausgehen. Darüber hinaus musste R annehmen, dass N die Gefahr angesichts der Unerfahrenheit des G möglicherweise nicht bemerkt. Demnach entlastet die Hinzuziehung der S zur Umsetzung des Konzeptes R nicht. Die Steuerschädlichkeit des Umsetzungsfehlers hat R durch seine Untätigkeit geradezu manifestiert. Er hat mithin seine aus § 241 Abs. 2 BGB folgende Pflicht verletzt, Schäden von der in den Beratervertrag einbezogenen N abzuwenden.

¹⁶ Instrukтив *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 280 Rn. 101 ff., 114 ff.

¹⁷ BGHZ 128, 358 (362) = NJW 1995, 958 (958); BGH DStRE 2013, 1081 (1082); DStRE 2018, 1334 (1336).

¹⁸ BGHZ 128, 358 (362) = NJW 1995, 958 (958); BGH NJW-RR 1991, 1125 (1126); DStRE 2018, 1334 (1336).

¹⁹ BGH DStRE 2018, 1334 (1336). Zu Hinweispflichten im beschränkten Mandat *Weitze-Scholl*, DStR 2018, 2720 ff.

²⁰ *Meixner/Schröder*, DStR 2018, 982 (984).

²¹ Hierzu BGH DStRE 2018, 1334 (1336, 1337 f.).

3. Vertretenmüssen

Das Vertretenmüssen wird nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte kann R die Vermutung auch nicht entkräften, hat die Pflichtverletzung also zu vertreten.

4. Ersatzfähiger Schaden

Der unterlassene Hinweis auf die Steuerschädlichkeit des Umsetzungsfehlers führte kausal zu einem nach § 251 Abs. 1 Alt. 1 BGB ersatzfähigen Schaden in Form der zusätzlichen Gewerbesteuerlast i.H.v. 375.000 €.

5. Mitverschulden

Ein eigenes nach § 254 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BGB anspruchsminderndes Mitverschulden der N ist nicht ersichtlich. Dies trifft ebenso auf ein entsprechend § 334 BGB oder gemäß §§ 254 Abs. 2 S. 2, 278 BGB anrechenbares Mitverschulden der P zu. Dass S ebenfalls eine Pflichtverletzung beging, muss sich N nicht nach §§ 254 Abs. 2 S. 2, 278 BGB zurechnen lassen, denn S ist weder ihr gesetzlicher Vertreter noch ihr Erfüllungsgehilfe.

6. Gesamtschuldnerschaft

Dennoch erscheint zweifelhaft, ob N den R in voller Höhe in Anspruch nehmen kann. Dem R ist lediglich ein Verschulden i.H.v. 25 %, der S aber ein Verschulden i.H.v. 75 % anzulasten. Eine Inanspruchnahme in voller Höhe ist möglich, wenn es sich bei R und S um Gesamtschuldner im Sinne des § 421 BGB handelt. Da sowohl R als auch S Zahlung von Schadensersatz i.H.v. 375.000 € schulden, beide Ansprüche dasselbe Leistungsinteresse betreffen, N nur einmal berechtigt ist, die vollständige Leistung zu fordern und die Haftung gleichrangig ist, haften sie als Gesamtschuldner im Sinne des § 421 BGB jeweils für die ganze Leistung. Ihre anteiligen Verschuldensbeiträge sind hingegen nicht im Außenverhältnis zu N, sondern allein im Innenverhältnis relevant.

7. Ergebnis

N hat somit einen Anspruch auf Schadensersatz gegen R aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB wegen der zusätzlichen Gewerbesteuerlast i.H.v. 375.000 €.

II. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch der N gegen R aus § 823 Abs. 1 BGB scheidet mangels Rechtsgutsverletzung. Das Vermögen als solches wird von der Norm nicht geschützt.²²

III. Anspruch aus § 826 BGB

Ein Anspruch der N gegen R aus § 826 BGB erscheint bereits in Ansehung der bloßen Fahrlässigkeit des R zweifelhaft. Jedenfalls fehlt es an der Sittenwidrigkeit der Schädigung.

²² *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 265.

Lösungsvorschlag zu Fallfrage 2

I. Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB

A könnte gegen R einen Anspruch auf Erstattung der seitens des Sportgerichts des DFB verhängten Verbandsstrafe i.H.v. 60.000 € aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zustehen.²³

1. Schuldverhältnis

Spätestens durch das Vorzeigen der Dauerkarte im Rahmen der Einlasskontrolle verbunden mit dem Begehren, das Spiel besuchen zu wollen, und dem darauffolgenden Einlass, ist ein typengemischter Zuschauervertrag zwischen A und R wirksam zustande gekommen.²⁴

2. Pflichtverletzung

Des Weiteren müsste R eine ihm gegenüber A obliegende Pflicht verletzt haben. Durch den Zuschauervertrag wird nach § 241 Abs. 2 BGB die beide Parteien betreffende Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Vertragspartners begründet. Art und Ausmaß der Rücksichtnahmepflicht hängt von dem jeweiligen Schuldverhältnis, der Verkehrssitte und den Anforderungen des redlichen Geschäftsverkehrs ab.²⁵ Dementsprechend wird auch das berechnete Interesse des Veranstalters, dass der Spielbetrieb, z.B. durch das Betreten des Rasens oder durch das Verwenden von Gegenständen, nicht gestört oder der Vertragszweck infolge eines Spielabbruchs gar verfehlt wird, umfasst. Zugleich sollen andere Zuschauer nicht geschädigt, gefährdet, behindert oder belästigt werden.²⁶

Durch das Abbrennen der Pyrotechnik, das zu Rauchschwaden und Verletzungen anderer Zuschauer führte, hat R somit pflichtwidrig das Interesse der A an einem ungestörten Spielablauf beeinträchtigt.

3. Vertretenmüssen

Das Verschulden wird bereits nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet. Zwar mögen die eingetretenen Folgen, insbesonde-

re in ihrem Ausmaß, nicht von R beabsichtigt worden sein, indes erfolgte das Abbrennen der Pyrotechnik als solches vorsätzlich. R hat die Pflichtverletzung zu vertreten.

4. Ersatzfähiger Schaden

Der im Rahmen der Differenzhypothese gebotene Vergleich der Vermögenslage der A mit und ohne dem Abbrennen der Pyrotechnik ergibt einen zu Lasten der aktuellen Vermögenslage bestehenden Saldo i.H. der verhängten Verbandsstrafe.

Die haftungsbegründende Kausalität ist zu bejahen. Fraglich erscheint allerdings, ob der in Rede stehende Schaden in einer den Anforderungen der haftungsausfüllenden Kausalität entsprechenden Art und Weise auf der Pflichtverletzung des R beruht.

a) Äquivalenz

Indem das Abbrennen der Pyrotechnik nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass die Verbandsstrafe entfielen, stellt die Pflichtverletzung eine *conditio sine qua non* dar.

b) Adäquanz

Um die uferlose Äquivalenztheorie einzuschränken, darf nach der Adäquanztheorie der Schadenseintritt nicht außerhalb jeglicher Wahrscheinlichkeit liegen.²⁷ Diesbezüglich ist der ex-ante-Standpunkt eines optimalen Beobachters aus der Perspektive des Schädigers maßgeblich.²⁸ Weder ist es völlig unwahrscheinlich noch ungewöhnlich, dass ein Fußballverein infolge von Störungen durch Zuschauer, vor allem mittels Pyrotechnik, mit einer Verbandsstrafe belegt wird. Im Gegenteil entspricht dies bereits seit Jahrzehnten der gängigen Praxis des Sportgerichts des DFB.²⁹ Aufgrund des ausdrücklichen Hinweises auf der Rückseite der Dauerkarte war für einen optimalen Beobachter die Möglichkeit der Verhängung einer Verbandsstrafe zudem hinreichend erkennbar.³⁰ Die Pflichtverletzung des R war somit auch adäquat kausal für den Schadenseintritt.

²³ Instruktiv zu den Haftungsregimen zwischen Verband und Verein sowie Verein und Zuschauer *Prütting/Kniepert*, ZfPW 2017, 458 ff. Instruktiv zu dem haftungsrechtlichen Problemkreis beim Abwälzen von Verbandsstrafen auf störende Stadionbesucher *Scheuch*, RW 2015, 439 ff.

²⁴ *Hein*, JA 2017, 582 (582 f.); *Martens*, NJW 2016, 3691 (3692). Instruktiv *Schulze*, Jura 2011, 481 ff. Zu einer Konstellation, in der die Spielstörung durch einen Anhänger der Gastmannschaft erfolgt und in der für vertragliche Ansprüche der Gastmannschaft auf das Institut des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zurückgegriffen werden muss LG Hannover BeckRS 2015, 14524; *Paal/Heidtke*, JuS 2019, 771 ff.; *Meier/Lenze*, MDR 2017, 6 ff.; *Bagger/Kober*, SpuRt 2015, 155 ff.

²⁵ *Bachmann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 241 Rn. 55.

²⁶ BGHZ 211, 375 (378) = NJW 2016, 3715 (3716); *Otting/Thelen*, Jura 2017, 380 (381); *Scheuch*, RW 2015, 439 (443). Kritisch *Mäsch*, JuS 2017, 261 (262). Zur strafrechtlichen Würdigung *Steinsiek*, SpuRt 2013, 11 ff.

²⁷ *Looschelders* (Fn. 6), § 45 Rn. 13.

²⁸ *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 249 Rn. 111 m.w.N.

²⁹ BGH NJW 2016, 3715 (3716); OLG Rostock NJW 2006, 1819 (1820); AG Brakel NJW-RR 1988, 1246 (1246); AG Berlin-Lichtenberg BeckRS 2016, 19492; *Martens*, NJW 2016, 3691 (3692); *Piel/Buhl*, KSzW 2013, 278 (284); *Riehm*, LMK Nr. 384429; *Pommerening*, SpuRt 2012, 187 (189). Zu weiteren Beispielen verhängter Verbandsstrafen *Walker*, NJW 2014, 119 (120).

³⁰ *Scheuch*, RW 2015, 439 (444 f.); *Otting/Thelen*, Jura 2017, 380 (382 f.), verlangen angesichts der Rechtsprechung des BGH zu vereinsrechtlichen Strafmaßnahmen gegenüber einem Vereinsmitglied, dass – a maiore ad minus – die „Weitergabe“ einer durch eine übergeordnete Instanz verhängten Verbandsstrafe an Zuschauer – ohne – Vereinsmitgliedschaft im Zuschauervertrag klar ersichtlich sein muss.

c) *Schutzzweck der Norm*

Letztlich ist allerdings fraglich, ob der erforderliche Schutzzweckzusammenhang zwischen der verletzten Rücksichtnahmepflicht und der auferlegten Verbandsstrafe besteht. Der Vertragspartner hat nämlich nur für diejenigen äquivalenten wie adäquaten Schadensfolgen einzustehen, die durch den Vertrag geschützte Interessen betreffen. Demnach muss der geltend gemachte Schaden in einem inneren Zusammenhang mit der durch die Pflichtverletzung geschaffenen Gefahrenlage stehen. Ein äußerlicher, gar zufälliger Zusammenhang genügt hingegen nicht. Insoweit ist eine wertende Betrachtung geboten.³¹ Vor diesem Hintergrund kann angezweifelt werden, ob sich der Schutzzweck der von R verletzten Nebenpflicht zur Rücksichtnahme auf das Interesse des A, einen ungestörten Spielablauf zu gewährleisten, darauf erstreckt, die Verhängung einer Verbandsstrafe zu verhindern.

Eine Ansicht in Rechtsprechung und Literatur lehnt dies ab. Sie wendet ein, dass die vertragliche Rücksichtnahmepflicht nicht dazu diene, den Verein vor etwaigen Verbandsstrafen zu bewahren. Stattdessen zielen sie allein darauf ab, andere Zuschauer vor den besonderen Gefahren der Pyrotechnik, vor allem hinsichtlich der körperlichen Integrität, zu schützen.³² Die Gefahr der Auferlegung von Verbandsstrafen habe der Verein durch die freiwillige Unterwerfung unter die Regularien des DFB schließlich selbst begründet. Es sei nicht ersichtlich, dass die Zuschauer diese Gefahr durch die Begründung einer vertraglichen Rücksichtnahmepflicht übernommen hätten, denn die komplexe Rechtslage nach der Satzung des DFB sowie der Rechts- und Verfahrensordnung des DFB dürfe sich dem durchschnittlichen Zuschauer kaum erschließen. Dies gelte ebenso für die etwaigen gravierenden finanziellen Folgen.³³ Ausweislich der Regularien des DFB bezwecke die Verbandsstrafe im Grundsatz die Gewährleistung angemessener Sicherheitsvorkehrungen durch den Verein. Ebendieser Zweck würde konterkariert, wenn sich der Verein seiner Verantwortung entziehen könnte, indem er die Verbandsstrafe an den störenden Zuschauer durchreicht.³⁴ Eine solche Regresshaftung des Zuschauers käme einem vereinsrechtlichen ultra-vires-Akt und damit einer privaten Strafverfolgung gleich. Dieses System stelle, auch mit Blick auf dessen verfahrensrechtliche Ausgestaltung, im Ergebnis eine unzulässige „Sportgerichtsbarkeit zu Lasten Dritter“³⁵ dar, die gegen elementare rechtsstaatliche Grundsätze verstoße.³⁶ Im Übrigen sei der Verein nicht schutzlos. Zum einen

komme die Verhängung eines Hausverbots in Betracht.³⁷ Zum anderen könne der Verein im Wege einer Allgemeinen Geschäftsbedingung eine Vertragsstrafe in den Zuschauervertrag integrieren, da § 309 Nr. 6 BGB nicht auf Nebenpflichtverletzung anzuwenden sei. Dies entspreche der Vorgehensweise mehrerer Vereine in der 1. Fußball-Bundesliga.³⁸

Für eine Bejahung des Schutzzweckzusammenhangs spricht hingegen, dass im Vergleich zu der Verhängung eines Hausverbots allein das „Damoklesschwert der Haftung“³⁹ ein adäquates Sanktionsinstrument zur effizienten Verhaltenssteuerung darstellt.⁴⁰ Die Durchführung eines Profifußballspiels im Rahmen eines Wettbewerbs wie der 1. Fußball-Bundesliga ist dem Veranstalter nur mit Hilfe einer übergeordneten Organisation wie dem DFB möglich. Das Argument, A habe sich freiwillig den Regeln des DFB unterworfen, überzeugt daher nicht,⁴¹ zumal andernfalls die Dispositionsfreiheit des Vereins nivelliert würde.⁴² Ebenso wie der Verband haben Veranstalter und Zuschauer zudem ein gleichgerichtetes Interesse an einem ungestörten Spielablauf. Deshalb bedient der Verband sich unter anderem des Mittels der Verbandsstrafe. Dieses ist geeignet, präventiv sowohl direkt auf die Vereine als Veranstalter als auch indirekt auf die Zuschauer als potenzielle Täter einzuwirken, damit es nicht zu Störungen des Spielablaufs kommt.⁴³ Dementsprechend bezweckt die Verbandsstrafe, zukünftiges Zuschauerfehlverhalten auszuschließen oder zumindest zu minimieren. Dieses Ziel wird gefördert, wenn potenzielle Täter damit rechnen müssen, in Regress genommen zu werden. Entgegen der erstgenannten Auffassung wird die angestrebte Präventionswirkung am besten erreicht, wenn die Verbandsstrafe möglichst vollständig an die Täter weitergereicht wird. Der DFB fordert die Vereine in einem Papier zur Verfolgung und

lich zur unzulässigen Transformation einer Verbandsstrafe in einen Schadensersatzanspruch *Prütting/Kniepert*, ZfPW 2017, 458 (464 ff.). Zum Vorliegen einer „verkappten Vertragsstrafe“ *Scheuch*, RW 2015, 439 (453 ff.).

³⁷ *Otting/Thelen*, Jura 2017, 380 (383).

³⁸ *Otting/Thelen*, Jura 2017, 380 (385 f., 389 f.); *Scheuch*, RW 2015, 439 (463 f.). Ähnlich *Grunewald*, NZG 2016, 1121 (1124). Kritisch *Martens*, NJW 2016, 3691 (3692); *Pfister*, SpuRt 2014, 10 (14).

³⁹ *Otting/Thelen*, Jura 2017, 380 (383).

⁴⁰ *Otting/Thelen*, Jura 2017, 380 (383).

⁴¹ NJW 2016, 3715 (3717); *Weller/Benz/Wolf*, JZ 2017, 237 (244); *Martens*, NJW 2016, 3691 (3692 f.); *Meier/Lenze*, GWR 2017, 11 ff.; *dies.*, MDR 2017, 6 (9); a.A. LG Hannover BeckRS 2015, 14524.

⁴² *Scheuch*, RW 2015, 439 (446).

⁴³ BGH NJW 2016, 3715 (3717); *Scheuch*, SpuRt 2016, 58 (60). Der Grundsatz, dass eine Schadensanfälligkeit des Geschädigten den Schädiger nicht entlastet, wird regelmäßig unter dem Gesichtspunkt der Vorstrafen des Vereins angesprochen. Es ließe sich jedoch erwägen, bereits die Verbandsmitgliedschaft als eine solche Schadensanfälligkeit zu betrachten, *Weller/Benz/Wolf*, JZ 2017, 237 (244). Ähnlich *Paal/Heidtke*, JuS 2019, 771 (775). Zur Anwendung der Herausforderungsformel *Meier/Lenze*, MDR 2017, 6 (9).

³¹ BGH NJW 2016, 3715 (3716 m.w.N.); *Looschelders* (Fn. 6), § 45 Rn. 18.

³² OLG Köln npoR 2016, 78 (79 f.).

³³ OLG Köln npoR 2016, 78 (80).

³⁴ OLG Köln npoR 2016, 78 (80); *Grunewald*, NZG 2016, 1121 (1124); *Otting/Thelen*, Jura 2017, 380 (383); *Pfister*, SpuRt 2014, 10 (11 f.).

³⁵ *Martens*, NJW 2016, 3691 (3694).

³⁶ LG Hannover BeckRS 2015, 14524; *Otting/Thelen*, Jura 2017, 380 (386 ff.); *Martens*, NJW 2016, 3691 (3693 f.), der in Hinblick auf die normative Ersatzfähigkeit der Verbandsstrafe von einer Missachtung des staatlichen Gewaltmonopols sowie einem Fall unzulässiger Selbstjustiz ausgeht. Ausführ-

Ahndung von Zuschauerfehlverhalten zwecks Präventionswirkung sogar explizit zur Ingressnahme auf.⁴⁴

Die auf Grundlage von § 9a Nrn. 1, 2 Rechts- und Verfahrensordnung des DFB verhängte Verbandsstrafe beruht außerdem direkt auf dem Abbrennen der Pyrotechnik. Sie ist nicht bloß zufällig aus Anlass, sondern gerade wegen der Störung des Spielverlaufs verhängt worden. Dass es im Einzelfall von der Entscheidung des Sportgerichts des DFB abhängt, ob und welche Strafe verhängt wird, ändert nichts daran, dass das Verhalten des störenden Zuschauers diesen Schaden verursacht hat. Im Schadensrecht hängt es ohnehin häufig vom Zufall ab, ob Pflichtverletzungen zu einem ersatzpflichtigen Vermögensschaden führen.⁴⁵ Darüber hinaus sind weder das pönale Element der Verbandsstrafe noch die Weitergabe von mit Verbandsstrafen vergleichbaren Vertragsstrafen dem Schadensrecht fremd.⁴⁶ Der Verein trägt im Übrigen das nicht unerhebliche Prozess- wie Insolvenzrisiko, die verhängte Verbandsstrafe von dem störenden Zuschauer zurückerstattet zu bekommen.⁴⁷

Die gegen die A verhängte Verbandsstrafe steht mithin in dem notwendigen inneren Zusammenhang mit der Störung des Spielablaufs. Die verletzte Verhaltenspflicht dient nämlich gerade nicht nur dem Schutz der anderen Zuschauer, sondern zumindest auch dem Schutz des Veranstalters.⁴⁸ Der Schutzzweckzusammenhang besteht.⁴⁹

Die haftungsausfüllende Kausalität ist zu bejahen.

Hinweis: Eine derart ausführliche Auseinandersetzung mit dem Meinungsstreit kann von den Bearbeiterinnen und Bearbeitern in einer Klausur nicht erwartet werden. Die hiesige Darstellung soll lediglich verschiedene Argumen-

tationsmöglichkeiten aufzeigen. Die Gegenansicht ist selbstverständlich vertretbar. In diesem Fall ist die Prüfung in einem Hilfsgutachten fortzusetzen.

d) Zwischenergebnis

Als unfreiwillige Vermögenseinbuße stellt die Verbandsstrafe einen nach § 251 Abs. 1 Alt. 1 BGB ersatzfähigen Schaden der A dar.

Der Anspruch könnte allerdings ausnahmsweise angesichts der mangelnden Leistungsfähigkeit des R ausgeschlossen sein. Zwar mag sich die Höhe der Verbandsstrafe an der Leistungsfähigkeit der dem DFB angehörenden Vereine mit professionellen Lizenzspielermannschaften orientieren. Dessen ungeachtet gilt aber der schadensrechtliche Grundsatz der Totalreparation.⁵⁰ Demnach erfolgt keine Begrenzung der Schadensersatzpflicht, auch wenn im Einzelfall die Gefahr einer finanziellen Überforderung des Schädigers besteht. Der Einwand des R verfängt daher nicht. Eine haftungsrechtliche Privilegierung bei vorsätzlichem Handeln wäre zudem systemwidrig.⁵¹ Sachgerechten Schutz bieten dem Schädiger stattdessen das Insolvenz- sowie das Zwangsvollstreckungsrecht.⁵² Ein Ausschluss ist daher abzulehnen.⁵³

5. Mitverschulden

Fraglich ist jedoch, ob der Anspruch der A gemäß § 254 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BGB aufgrund eines anspruchsmindernden Mitverschuldens zu kürzen ist.

Ein eigenes Mitverschulden nach § 254 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BGB der A ist nicht ersichtlich. Vor Inanspruchnahme des R hat A das Urteil des Sportgerichts nicht widerstandslos akzeptiert, sondern zuerst alle ihr zustehenden Rechtsmittel erfolglos ausgeschöpft.⁵⁴

Es könnte jedoch ein anspruchsminderndes Mitverschulden Dritter nach §§ 254 Abs. 2 S. 2, 278 BGB vorliegen. Systematisch betrifft der Verweis auf § 278 BGB lediglich die Obliegenheit zur Schadensabwendung und -minderung gemäß § 254 Abs. 2 S. 1 BGB. Es ist aber anerkannt, dass

⁴⁴ BGH NJW 2016, 3715 (3717); LG Karlsruhe BeckRS 2013, 205; Paal/Heidtke, JuS 2019, 771 (775); Maier/Lenze, MDR 2017, 6 (8 f.); Riehm, LMK Nr. 384429; Martens, NJW 2016, 3691 (3692); Scheuch, RW 2015, 439 (453); Phillip, ZJS 2015, 64 (68); Pommerening, SpuRt 2012, 187 (189); a.A. Grunewald, NZG 2016, 1121 (1124), die davon ausgeht, der Zweck der Verbandsstrafe gebiete allein die Belastung des Vereins.

⁴⁵ BGH NJW 2016, 3715 (3717); AG Brakel NJW-RR 1988, 1246 (1246); Paal/Heidtke, JuS 2019, 771 (775); Meier/Lenze, MDR 2017, 6 (9); Martens, NJW 2016, 3691 (3692).

⁴⁶ Weller/Benz/Wolf, JZ 2017, 237 (244); Martens, NJW 2016, 3691 (3692 f.).

⁴⁷ Weller/Benz/Wolf, JZ 2017, 237 (244); Riehm, LMK Nr. 384429; Phillip, ZJS 2015, 64 (68); Pommerening, SpuRt 2012, 187 (189).

⁴⁸ BGH NJW 2016, 3715 (3716); Mäsch, JuS 2017, 261 (263).

⁴⁹ So im Ergebnis auch die überwiegende Ansicht in der Rechtsprechung BGH NJW 2016, 3715 (3717); OLG Rostock NJW 2006, 1819 (1820 f.); LG Düsseldorf BeckRS 2012, 17286; LG Karlsruhe BeckRS 2013, 205; LG Köln npoR 2015, 203 (204 ff.); AG Brakel NJW-RR 1988, 1246 (1246); AG Berlin-Lichtenberg BeckRS 2016, 19492; AG Lingen NJW-RR 2010, 757 (758); a.A. OLG Köln npoR 2016, 78 (79 ff.); LG Hannover BeckRS 2015, 14524; zum österreichischen Recht LG Wien SpuRt 2012, 198 ff.

⁵⁰ Instruktiv Flume, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, 52. Ed., Stand: 1.11.2019, § 249 Rn. 43 ff.

⁵¹ Otting/Thelen, Jura 2017, 380 (382); Riehm, LMK Nr. 384429.

⁵² Weller/Benz/Wolf, JZ 2017, 237 (245); Riehm, LMK Nr. 384429; Scheuch, RW 2015, 439 (449).

⁵³ Zu dem etwaigen Eingreifen eines Haftungsausschlusses BGH NJW 2016, 3715 (3717); Paal/Heidtke, JuS 2019, 771 (775 f.).

⁵⁴ Zu einem etwaigen Mitverschulden hinsichtlich einer unterbliebenen Klage gegen die Rechts- und Verfahrensordnung des DFB Meier/Lenze, MDR 2017, 6 (9 f.). Zur Wirksamkeit des § 9a Rechts- und Verfahrensordnung des DFB mit Blick auf verschuldensunabhängige Geldstrafen Walker, NJW 2014, 119 (122 ff.); Weller/Benz/Wolf, JZ 2017, 237 (240 ff.). Aufgrund des Bearbeitervermerks war indes von deren Wirksamkeit auszugehen. Allgemein zu den Auswirkungen der vermeintlichen Rechtswidrigkeit des angewandten Verbandsrechts Scheuch, RW 2015, 439 (459 ff.).

§ 254 Abs. 2 S. 2 BGB wie ein eigenständiger Abs. 3 zu lesen ist, der die Schadensentstehung mitumfasst.⁵⁵ In Betracht kommt hier ein zurechenbares Mitverschulden der Ordner, die bloß eine oberflächliche Einlasskontrolle vorgenommen haben. Ebendiese Unachtsamkeit ermöglichte es dem R, die Pyrotechnik überhaupt unbemerkt in das Stadion zu schmuggeln und anschließend anzuzünden. Unabhängig davon, ob es sich bei dem Verweis in § 254 Abs. 2 S. 2 BGB auf § 278 BGB um einen Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweis handelt, liegt ein durch den Zuschauervertrag begründetes Schuldverhältnis zwischen A und R jedenfalls im Zeitpunkt der Einlasskontrolle vor.

Allerdings ist A nur dann ein Mitverschulden anzulasten, wenn die Ordner ein eigenes Interesse der A außer Acht gelassen haben. Indes besteht für A weder eine Verpflichtung noch eine Obliegenheit, Handlungen vorzunehmen, die R von Störungen des Spiels abhielten. Eine solche Beaufsichtigung oder Kontrolle darf ein redlicher Zuschauer nicht erwarten, denn er benötigt sie nicht, um Spielstörungen ohne Weiteres unterlassen zu können.⁵⁶ Er muss entsprechend seiner vertraglichen Verpflichtung aus § 241 Abs. 2 BGB diesbezüglich bloß „untätig bleiben“, d.h. schuldet das „Nicht-Abbrennen“ der Pyrotechnik. Derartige Handlungen unterlässt der verständige Zuschauer bereits aus dem eigenen Interesse an einem ungestörten Spielablauf. Eingesetzte Ordner sind deshalb keine Personen, derer sich A als Veranstalter zur Erfüllung einer eigenen Pflicht nach §§ 254 Abs. 2 S. 2, 278 BGB gegenüber R bedient. Insoweit handelt es sich um einen rechtsmissbräuchlichen Einwand des R.⁵⁷ Das vorsätzliche Verhalten des Zuschauers überwiegt im Übrigen gegenüber einer etwaigen Fahrlässigkeit des Veranstalters.⁵⁸ Somit liegt im Ergebnis kein anspruchsminderndes Mitverschulden vor.

6. Schadenshöhe

Zweifelhaft ist jedoch, ob A den R letztlich in voller Höhe in Anspruch nehmen kann. In diesem Zusammenhang muss der Bildung der Verbandsstrafe in entsprechender Anwendung des § 54 StGB Rechnung getragen werden.

Zu der konkreten verbandsgerichtlichen Verurteilung ist es auch wegen Ausschreitungen im Rahmen des letztjährigen Derbys gekommen. Vor diesem Hintergrund besteht kein Zurechnungszusammenhang zwischen dem Abbrennen der Pyrotechnik und der Verbandsstrafe in Gänze, weil diese nicht in voller Höhe in einem inneren Zusammenhang mit der von R geschaffenen Gefahrenlage steht. Vielmehr ist der

⁵⁵ Oetker (Fn. 28), § 254 Rn. 126 m.w.N.

⁵⁶ BGH NJW 2016, 3715 (3718).

⁵⁷ LG Köln npoR 2015, 203 (205); AG Brakel NJW-RR 1988, 1246 (1247); Hein, JA 2017, 582 (584); Scheuch, RW 2015, 439 (446 f. m.w.N.).

⁵⁸ LG Köln npoR 2015, 203 (206); Weller/Benz/Wolf, JZ 2017, 237 (244); Kurth/Seip, SpuRt 2017, 15 (18). Zweifelnd Piel/Buhl, KSzW 2013, 278 (284 ff.), die sich für die Berücksichtigungsfähigkeit der Besonderheiten einer Verbandsstrafe im Rahmen des Mitverschuldens aussprechen, da sich aus der Systematik der Rechts- und Verfahrensordnung des DFB die den Verein treffende Vermutung des Mitverschuldens ergebe.

Umstand, dass die Pflichtverletzung des R zusammen mit weiteren Vorfällen geahndet worden ist, lediglich ein äußerlicher, gleichsam zufälliger Zusammenhang. Ein solcher genügt nicht, um dem R die vollumfängliche Haftung für die Verbandsstrafe aufzulegen.⁵⁹ Entscheidend ist daher, in welchem Umfang die verhängte Gesamtstrafe darauf beruht, dass mit ihr zugleich weitere Vorfälle sanktioniert worden sind.

Es ist davon auszugehen, dass die Pflichtverletzung des R sich lediglich i.H. des Anteils auf den der A entstandenen Gesamtschaden ausgewirkt hat, der dem Anteil der für den R verursachten Vorfall angesetzten Einzelstrafe an der Summe aller abgeurteilten Einzelstrafen entspricht. Dass die verhängte Gesamtstrafe letztlich niedriger ausfällt als die Summe der Einzelstrafen folgt aus der entsprechenden Anwendung des § 54 Abs. 2 S. 1 StGB. Gemessen an diesem Maßstab überzeugt weder eine Inanspruchnahme des R i.H.v. 60.000 € noch i.H.v. 40.000 €. Die aufgrund des Abbrennens der Pyrotechnik am 25.11.2019 gebildete Einzelstrafe wurde mit der verhängten Verbandsstrafe gerade nicht unverändert an die A „durchgereicht“. Die für die in Rede stehende Pflichtverletzung ausgewiesene Einzelgeldstrafe i.H.v. 40.000 € ist daher in Verhältnis zu der Summe der insgesamt in die Bildung der Gesamtstrafe eingeflossenen vier Einzelstrafen zu setzen.⁶⁰ Dieses Verhältnis ist mit dem Schadensbetrag, d.h. der Gesamtstrafe i.H.v. 60.000 € zu multiplizieren (40.000 € : 118.000 € x 60.000 € ≈ 20.340 €). Allein in dieser Höhe hat sich die Pflichtverletzung des R nämlich in dem konkret durch das Sportgericht des DFB ausgesprochenen Urteil niedergeschlagen.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass bei dieser Betrachtung R nicht in unbilliger Weise von dem hinzutretenden Fehlverhalten Dritter profitiert. Die Überlegung, dass R in geringerem Umfang haften würde, als wenn die von ihm verursachte Einzelstrafe isoliert gegen die A verhängt worden wäre, verfängt nicht. Zu einem derartigen Schadensverlauf ist es gerade nicht gekommen. Dem Schadensrecht kommt eine Ausgleichs-, aber keine Straffunktion zu.⁶¹ Demzufolge stellt es keine ungerechtfertigte Begünstigung dar, wenn R lediglich einen Schaden i.H.v. ca. 20.340 € ersetzen muss.⁶²

Hinweis: Die Erörterung hätte bereits im Rahmen der Prüfung des ersatzfähigen Schadens im Sinne des §§ 249 ff. BGB mit Blick auf den notwendigen Zurechnungszusammenhang erfolgen können.

7. Ergebnis

Folglich steht A gegen R ein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. ca. 20.340 € wegen der ihr seitens des Sportgerichts des DFB auferlegten Verbandsstrafe gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zu.

⁵⁹ BGH NJW 2018, 394 (395).

⁶⁰ BGH NJW 2018, 394 (395); Meier, SpuRt 2018, 35 (37).

⁶¹ Instrukтив Oetker (Fn. 28), § 249 Rn. 8 m.w.N.

⁶² BGH NJW 2018, 394 (396); Heermann, NJW 2018, 394 (396). Kritisch Scheuch, SpuRt 2017, 137 (138 f.).

II. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

Des Weiteren könnte A gegen R einen Anspruch auf Schadensersatz in gleicher Höhe aus § 823 Abs. 1 BGB haben.

1. Rechtsgutsverletzung

Erforderlich ist im Rahmen des haftungsbegründenden Tatbestands zunächst das Vorliegen einer Rechtsgutsverletzung.

Zwar schmälert die durch das Sportgericht des DFB verhängte Verbandsstrafe das Vermögen der A. Das Vermögen als solches wird allerdings gerade nicht von der Norm als sonstiges Recht geschützt.

In Betracht kommt jedoch eine Verletzung des von der Rechtsprechung seit Langem als sonstiges Recht anerkannten Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.⁶³ Zweifelhaft ist jedoch, ob überhaupt ein Eingriff in den Schutzbereich des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vorliegt. Dazu müsste der Eingriff betriebsbezogen sein. Dies ist der Fall, wenn sich der Eingriff unmittelbar gegen den Betrieb als solchen richtet und nicht nur ohne weiteres ablösbare Rechte oder Rechtsgüter betrifft.⁶⁴ Der Eingriff muss sich demnach – gemessen an einem objektiven Maßstab – spezifisch gegen den betrieblichen Organismus oder die unternehmerische Entscheidungsfreiheit richten. In seinem Gewicht muss der Eingriff die Grundlagen des Betriebes bedrohen oder den Funktionszusammenhang der Betriebsmittel für einen nicht unerheblichen Zeitraum aufheben.⁶⁵ Das Abbrennen der Pyrotechnik richtete sich indes nicht gegen den Betrieb als solchen, sondern zielte – gemessen an einem objektiven Maßstab – lediglich darauf ab, Aufmerksamkeit zu erregen, indem zur Unterstützung des Ajax Dauerstramm eine optische Drohkulisse aufgebaut werden sollte. Der von A organisierte Spielbetrieb der Lizenzspielerabteilung des Ajax Dauerstramm wurde dadurch nicht in Frage gestellt.⁶⁶

2. Ergebnis

Mangels tatbestandlicher Rechtsgutsverletzung steht A gegen R kein Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB zu.

III. Anspruch aus § 826 BGB

Ein Anspruch der A gegen R aus § 826 BGB kommt nicht in Betracht, setzt ein solcher doch voraus, dass der Schädiger spätestens im Zeitpunkt seines Handelns Art und Richtung des Schadens sowie die Schadensfolgen voraussieht und zur Zielerreichung jedenfalls billigend in Kauf nimmt.⁶⁷ Es ist nicht ersichtlich, dass der R eine hinreichend konkrete Vorstellung von den schädigenden Folgen seines Handelns, d.h.

auf die konkrete Verhängung einer Verbandsstrafe durch das Sportgericht des DFB hatte, zumal er lediglich „seine“ Mannschaft unterstützen, keinesfalls aber schädigen wollte.⁶⁸ Eine nur grobe Vorstellung über eine etwaige Schädigung, wie sie wenn überhaupt überdurchschnittliche Zuschauer eines Bundesligaspiels besitzen, reicht hingegen nicht aus.⁶⁹ Diese begründet allenfalls eine allgemeine Vorstellung bezüglich etwaiger schädigender Folgen.⁷⁰ Auf die Sittenwidrigkeit des für den Schaden ursächlichen Verhaltens kommt es insofern nicht an.⁷¹

Hinweis: Vor dem Hintergrund, dass nach der Rechtsprechung das Bewusstsein genügt, eine Schädigung liege im Bereich des Möglichen,⁷² sowie angesichts des Engagements des R als begeisterter Fußballfan und der damit einhergehenden Kenntnis der Szene, ist eine andere Ansicht ebenso gut vertretbar.⁷³

⁶³ Kritisch *Wagner* (Fn. 22), § 823 Rn. 318 f. m.w.N.

⁶⁴ BGH NJW 1959, 479 (481).

⁶⁵ *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 78. Aufl. 2019, § 823 Rn. 135; *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 9. Aufl. 2019, § 16 Rn. 88.

⁶⁶ OLG Köln npoR 2016, 78 (81); *Hein*, JA 2017, 582 (584); *Mäsch*, JuS 2017, 261 (264).

⁶⁷ *Sprau* (Fn. 65), § 826 Rn. 11.

⁶⁸ Ähnlich LG Hannover BeckRS 2015, 14524. Kritisch *Hein*, JA 2017, 582 (585).

⁶⁹ *Sprau* (Fn. 65), § 826 Rn. 11.

⁷⁰ OLG Köln npoR 2016, 78 (82).

⁷¹ Differenzierend *Hein*, JA 2017, 582 (585). Zweifelnd *Pommerening*, SpuRt 2012, 187 (190).

⁷² BGH NJW 2016, 3715 (3718); *Mäsch*, JuS 2017, 261 (264).

⁷³ *Hein*, JA 2017, 582 (585).

Examensklausur: Die „übersichtliche“ Warnmeldung*

Von Wiss. Mitarbeiter **Jan-Philip Utech**, Frankfurt am Main**

Sachverhalt

Der Käufer (K) kaufte für seine Reisetätigkeit als freiberuflicher Journalist am 20.7.2012 für 38.000 € einen Neuwagen bei der Autohersteller-AG (A). Am 1.9.2012 wurde das Auto geliefert. Trotz normalen Fahrverhaltens erschien ab Dezember 2012 im Textdisplay des Autoradios mehrfach folgende Warnmeldung: „Kupplungstemperatur – Vorsichtig anhalten und Kupplung abkühlen lassen. Der Vorgang kann bis zu 45 Minuten dauern. Nach Erlöschen der Meldung ist die Weiterfahrt möglich. Die Kupplung ist nicht beschädigt.“ Daraufhin verlangte K von A Nachbesserung, was zu einigen erfolglosen Werkstattaufenthalten führte. Nach gründlicher Untersuchung des Pkw und Rücksprache mit der Entwicklungsabteilung fand A heraus, dass es sich um eine „übersichtliche“ Warnmeldung handelt und die Kupplung ebenfalls im Fahrbetrieb abkühlen kann und auch im Übrigen einwandfrei funktioniert. A begnügte sich daher damit, K schriftlich darauf hinzuweisen, dass der Warnhinweis nicht beachtet werden muss; die Kupplung auch im Fahrbetrieb abkühlen kann und es nicht nötig ist, das Fahrzeug anzuhalten, wenn die Warnmeldung erscheint. Da K dies nun wisse, könne die Sache wohl auf sich beruhen. Zudem könne er sich nicht beschweren, da die Software dem Standard entspricht und in der gesamten Serie vorkommt.

Im Rahmen interner Untersuchungen der A zur Aufklärung des Geschehens gelangten ungewollt Informationen an die Öffentlichkeit, die offenbarten, dass die leitenden Angestellten der Entwicklungsabteilung von der übersichtlichen Warnmeldung wussten, sich aber mit der „Lappalie“ aus Kostengründen abgefunden hatten. Ob Mitglieder des Vorstands Kenntnis hatten, blieb jedoch ungeklärt.

Nachdem die Warnmeldung Anfang Juli 2013 an zwei Tagen erneut auftrat, wollte sich K dies nicht länger bieten lassen und verlangte von A mit Anwaltsschreiben Lieferung eines mangelfreien Ersatzautos und Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten i.H.v. 1400 €. A weigerte sich.

Am 14.10.2014 gab K, unbeeindruckt von den nach wie vor anhaltenden, durchaus streitigen Verhandlungen, das Auto im Rahmen des Kundendienstes in die Werkstatt der A. A nutzte diese Gelegenheit und spielte ein hastig entwickeltes, schon seit Ende Juli 2013 zur Verfügung stehendes Software-Update ohne Zustimmung des K auf. Dieses stellte die Ansprechtemperatur der Warnmeldung soweit nach oben, dass ausgeschlossen war, dass sie erneut aufleuchtet. A ist der Ansicht eine Warnmeldung sei verzichtbar, weil es keinen Fall gegeben hat, bei dem die Kupplung tatsächlich Probleme bereitet hatte. Dass schon kurz nach dem Nachlieferungsverlangen ein Software-Update zur Verfügung stand, hatte A

dem K zwar mitgeteilt. K wollte aber von einer Nachbesserung nichts mehr wissen.

Mittlerweile beruft sich A darauf, dass sollte ein Mangel im Rechtssinne vorgelegen haben, dieser nun jedenfalls behoben sei und die Nacherfüllung daher, gleich in welcher Form, auf jeden Fall ausscheide. Eine Nachlieferung sei im Übrigen ohnehin nicht möglich, weil die Serie des gekauften Modells nicht mehr produziert werde und – was zutrifft – Fahrzeuge dieser Serie am Markt nicht mehr als Neuwagen erhältlich seien. Die Lieferung eines ab Januar 2015 produzierten Nachfolgemodells sei ebenfalls nicht geschuldet, jedenfalls aber nicht zumutbar. Zwar funktioniere die Software bei diesem Modell einwandfrei, es habe jedoch ein anderes Design erhalten und es sei mit höherer Motorleistung ausgestattet. Ein Neuwagen habe einen Marktwert von 42.000 €, auf der anderen Seite habe das Software-Update, inklusive anteiliger Kosten für die Entwicklung, nur 5.000 € gekostet. K will von all dem nichts wissen. Er ist der Meinung, dass A nicht ohne seine Erlaubnis ein Software-Update aufspielen könne, um so sein Nachlieferungsverlangen zu umgehen. Ohnehin habe das Update das Problem nur verschoben. Wenn nur noch Modelle der Nachfolgeserie zur Verfügung stünden, müsse A eben ein solches liefern.

Fallfrage 1

Kann K Lieferung eines Neuwagens verlangen?

Fallfrage 2

Kann K die vorgerichtlichen Anwaltskosten auch dann verlangen, wenn der A nachweislich kein Verschulden zur Last fällt?

Bearbeitervermerk

Es ist davon auszugehen, dass der Restwert des gebrauchten Pkw ohne Mangel 25.000 €, der Wert der gezogenen Nutzungen 12.000 € und der durch die fehlerhafte Warnmeldung bedingte Minderwert des Fahrzeugs der Vorgängerserie 4.000 € beträgt. Begutachtungszeitpunkt ist der 1.1.2016.

Es ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen – notfalls hilfsgutachterlich – einzugehen.

Lösungsvorschlag zu Fallfrage 1

I. §§ 439 Abs. 1 Alt. 2, 437 Nr. 1, 434, 433 BGB

K könnte gegen A einen Anspruch auf Nachlieferung nach §§ 439 Abs. 1 Alt. 2, 437 Nr. 1, 434, 433 BGB haben.

Dies setzt zunächst voraus, dass ein Kaufvertrag geschlossen wurde, die Kaufsache mangelhaft war und K Nachlieferung verlangen kann.

1. Kaufvertrag

K kaufte bei A am 20.7.2012 einen Neuwagen. Mithin wurde ein Kaufvertrag geschlossen, § 433 BGB.

* Dem Übungsfall liegt das Urteil des BGH vom 24.10.2018 – VIII ZR 66/17 zu Grunde (BGH NJW 2019, 292 ff.) und ist um Aspekte des Hinweisbeschlusses vom 8.1.2019 – VIII ZR 225/17 angereichert.

** Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter beim Universitätsrepetitorium der Goethe Universität in Frankfurt am Main.

2. Sachmangel

Der Neuwagen müsste nach § 434 BGB mangelhaft gewesen sein. Dies ist der Fall, wenn bei Gefahrenübergang die Ist-Beschaffenheit der Kaufsache von ihrer Soll-Beschaffenheit abweicht.

Es ist weder eine ausdrückliche noch eine konkludente Vereinbarung ersichtlich, sodass sowohl eine Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB als auch eine vertraglich vorausgesetzte Verwendung nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB für die Bestimmung der Soll-Beschaffenheit ausscheidet.

Hinweis 1: a.A. vertretbar: Ohne Weiteres lässt sich die Ansicht vertreten, dass eine konkludente Vereinbarung einer Verwendung nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB getroffen wurde, da sich diese in der Regel ohne besondere Erklärung aus dem allgemeinen Verwendungszweck der Sache ergibt.¹

Hinweis 2: Nach wie vor ist unklar, ob die „nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung“ vertraglich vereinbart sein muss oder, ob es genügt, dass sie Geschäftsgrundlage für den Vertrag wurde.²

Ein Abweichen von der Sollbeschaffenheit kann sich daher nur aus § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB ergeben. Hiernach ist die Kaufsache frei von Mängeln, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

a) Mangelhaftigkeit der Kupplung

Die Kupplung muss nicht im Stand, sondern kann ebenfalls im Fahrbetrieb abkühlen und funktioniert auch im Übrigen einwandfrei. Die Kupplung ist also mangelfrei.

b) Mangelhaftigkeit der Warmmeldung

Jedoch könnte die übervorsichtige Warmmeldung einen Mangel darstellen.

aa) Eignung für die gewöhnliche Verwendung

Es könnte schon an der Eignung für die gewöhnliche Verwendung fehlen. Gewöhnlich wird ein Pkw als Transport- und Fortbewegungsmittel verwendet. Zwar ist der Warnhinweis unzutreffend und es bestand keine Notwendigkeit den Pkw anzuhalten, weswegen sich insofern von einer objektiven Eignung für die gewöhnliche Verwendung sprechen ließe. Dieser Umstand war dem Käufer im maßgebenden

Zeitpunkt des Gefahrübergangs jedoch unbekannt. Um Schäden und die Gefahr eines Unfalls zu vermeiden, wird sich ein umsichtiger Fahrer gezwungen fühlen, das Fahrzeug umgehend zum Stehen zu bringen und abzuwarten bis die Warmmeldung erlischt. Eine irreführende, den Fahrer ohne objektiven Anlass zum Anhalten auffordernde Software beeinträchtigt die Gebrauchsfähigkeit des Fahrzeugs, so dass es sich jedenfalls nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet.

Hinweis: a.A. Vertretbar mit dem Argument, dass sich das Fahrzeug trotz Warmmeldung als Transport- und Fortbewegungsmittel eigne.

bb) Übliche Beschaffenheit

Ferner ergibt sich das Abweichen von der Soll-Beschaffenheit daraus, dass das Fahrzeug nicht die Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen gleicher Art üblich ist. Insofern könnte zwar fraglich sein, ob sich die übliche Beschaffenheit, wie von A angedeutet, aus einem werksinternen Vergleich mit Fahrzeugen der gleichen Serie ergeben kann. Allerdings kann sich der Verkäufer bzw. Hersteller nicht auf die Fehlerhaftigkeit der gesamten Serie berufen, da es sonst der Hersteller in der Hand hätte einen im Vergleich zum Marktstandard niedrigeren, dann nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB zu berücksichtigenden, Vergleichsmaßstab zu setzen. Vergleichsmaßstab kann nur ein herstellerübergreifender sein.³

Hinweis: Der werksinterne Vergleich ist jedenfalls nicht schon grundsätzlich auszuschließen, denn es ist denkbar, dass der Hersteller mit seiner Serie einen über der Qualität am Markt liegenden Vergleichsmaßstab gesetzt hat. An diesem müsste er sich dann auch festhalten lassen.⁴

cc) Objektive Erwartbarkeit

Im Übrigen entspricht ein Pkw mit einer Warmmeldung, die vor nicht existenten Gefahren warnt auch nicht der Beschaffenheit, die ein Durchschnittskäufer objektiv erwartet oder erwarten muss.

dd) Abweichende Beurteilung aufgrund Richtigstellung?

Es ist jedoch fraglich, ob sich etwas an der Beurteilung als Sachmangel ändert, weil A den K schriftlich darüber informierte, dass es nicht notwendig sei, die irreführende Warmmeldung zu beachten. Es wäre zu überlegen, ob die herstellereitige Richtigstellung der fehlerhaften Warmmeldung den Mangel beseitigt. Dafür spricht zunächst, dass es sich um eine verlässliche Aussage des Herstellers handelt und dass ein Fahrzeug mit der irreführenden Warmmeldung objektiv ebenso fahrbereit und -sicher ist wie ein vergleichbares Fahrzeug ohne Warmmeldung. Allerdings lässt diese Überlegung die Feststellungen unberührt, dass ein Fahrzeug mit einer irreführenden Warmmeldung nicht die übliche Beschaffenheit aufweist und auch nicht der berechtigten Käufererwartung

¹ Weidenkaff, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 78. Aufl. 2019, § 434 Rn. 21.

² Für das Erfordernis einer vertraglichen Vereinbarung Faust, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 49. Ed., Stand: 1.11.2018, § 434 Rn. 51; dagegen Weidenkaff (Fn. 1), § 434 Rn. 20 ff.; BGH NJW-RR 2012, 1078 (1078 Rn. 16); BGH NJW 2017, 2817 (2818 Rn. 16).

³ Weidenkaff (Fn. 1), § 434 Rn. 29, m.w.N. aus der Rechtsprechung; Arnold, JuS 2019, 487 f.

⁴ Dies ist die Ansicht des Autors.

entspricht.⁵ Insbesondere aber kommt es nach § 434 Abs. 1 BGB für die Beurteilung des Vorliegens eines Mangels auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs an.⁶ Eine nachträgliche Mitteilung des Verkäufers, dass die Warnmeldung nicht richtig sei und nicht beachtet werden müsse, ändert nichts daran, dass der Mangel im maßgebenden Zeitpunkt bestand.

ee) Abweichende Beurteilung aufgrund des Updates?

Gleiches gilt für das nachträglich aufgespielte Software-Update. Selbst wenn der Mangel durch das Aufspielen des Software-Updates beseitigt wurde, würde dies nichts daran ändern, dass das Fahrzeug im relevanten Zeitpunkt des Gefahrübergangs nicht der vertraglich geschuldeten Sollbeschaffenheit entsprach.

Hinweis: Ob das Software-Update den Mangel beseitigte, ist eine Frage der (Nach-)Erfüllung.

c) Zwischenergebnis

Mithin war das Fahrzeug mangelhaft.

3. Nachlieferungsverlangen, § 439 Abs. 1 BGB

Zwar verlangte K Anfang Juli 2013 Lieferung eines mangelfreien Ersatzautos. Problematisch ist aber, dass K bereits zuvor – Ende des Jahres 2012 – Nachbesserung verlangt hatte. Hierdurch hat K das nach § 439 Abs. 1 BGB gewährte Wahlrecht bereits ausgeübt. Fraglich ist daher, ob K gehindert war, von seinem Nachbesserungsverlangen Abstand zu nehmen und Ersatzlieferung zu verlangen.⁷

Ob K daran gehindert war, hängt insbesondere davon ab, ob man das Verhältnis von Nachbesserung und Nachlieferung als Wahlschuld im Sinne des §§ 262 ff. BGB oder als elektive Konkurrenz versteht. Würde man das Wahlrecht des § 439 Abs. 1 BGB als Wahlschuld verstehen, so träte nach § 263 Abs. 2 BGB eine unwiderrufliche Bindung an diese Wahl ein.⁸ Bei Annahme einer sog. elektiven Konkurrenz wird hingegen ganz überwiegend⁹ davon ausgegangen, dass eine Bindung des Käufers an seine Wahl nicht besteht.

Der dogmatische Hintergrund der beiden Ansätze besteht darin, dass bei der Wahlschuld nur eine Forderung, diese aber mit alternativem Inhalt besteht; bei der elektiven Konkurrenz dem Gläubiger hingegen wahlweise, zwei oder mehr, inhaltlich verschiedene Ansprüche zustehen.¹⁰ Der Inhalt des durch § 439 BGB gewährten Wahlrechts, ist durch Auslegung zu ermitteln.

Der Wortlaut von § 439 Abs. 1 BGB „als Nacherfüllung nach seiner Wahl [...] verlangen“ spricht dafür, dass nur ein (Nacherfüllungs-)Anspruch mit dem alternativen Leistungsinhalt der Nachbesserung oder der Nachlieferung besteht; also für eine Wahlschuld im Sinne des § 262 BGB.¹¹ Auch ergibt sich aus dem Gesetz kein ausdrücklicher Hinweis darauf, dass die Entscheidung für eine Variante der Nacherfüllung – anders als Rücktritt und Minderung – nicht als bindende Gestaltungsklärung ausgeformt sein soll.¹²

Andererseits passt die Annahme einer Wahlschuld nicht zu § 439 Abs. 4 BGB. Bei einer Wahlschuld nach §§ 262 ff. BGB konzentriert sich der Anspruch nach Ausübung der Wahl rückwirkend allein auf die gewählte Art. Der nicht gewählte Leistungsinhalt hat demnach, rechtlich gesehen, nie bestanden. § 439 Abs. 4 BGB setzt jedoch voraus, dass auch noch nach Ausübung des Wahlrechts ein Anspruch vorhanden ist, auf den verwiesen werden kann.¹³

Zudem erzeugt die Annahme einer Wahlschuld Ungereimtheiten mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift, welche auch in der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie besteht. Nach dieser ist nicht allein das Interesse eine mangelfreie Sache zu erhalten, sondern auch das Wahlrecht des Käufers zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung geschützt.¹⁴ Über § 264 Abs. 2 S. 2 BGB könnte dem mit der Wahl im Verzug befindlichen Käufer das ihm nach § 439 Abs. 1 BGB gewährte Wahlrecht verloren gehen. Zudem würde der Nacherfüllungsanspruch nach §§ 263 Abs. 2, 275 BGB insgesamt untergehen, sollte die gewählte Art der Nacherfüllung (nachträglich) unmöglich werden. Hierdurch würde der Käufer das Risiko tragen durch die frühzeitige Festlegung auf eine Art der Nacherfüllung nicht das zu erhalten, was seinem Interesse entspricht.¹⁵

All dies und die grundsätzliche Intention des Gesetzgebers, die Rechte des Käufers bei der Mängelgewährleistung zu erweitern, sprechen gegen die Wahlschuld und für die Annahme einer elektiven Konkurrenz mit der Möglichkeit eines *ius variandi*. Schließlich bleiben auch die schutzwürdigen

⁵ Möchte der Verkäufer die Gewährleistung hinsichtlich der Softwarefehler ausschließen, bietet es sich für ihn an, den Käufer bei Vertragsschluss über die Fehler zu informieren, § 442 Abs. 1 BGB.

⁶ *Oechsler*, NJW 2004, 1825 (1826); *Lorenz*, NJW 2003, 1417 (1418 f.).

⁷ Sog. *ius variandi*.

⁸ *Weidenkaff* (Fn. 1), § 263 Rn. 2.

⁹ Überraschenderweise geht *Weidenkaff* im Palandt einen Zwischenweg. Sie geht davon aus, dass die Varianten der Nacherfüllung im Verhältnis einer elektiven Konkurrenz stehen, der Käufer aber gleichwohl an seiner Entscheidung gebunden sei. Dem schließt sich das Instanzurteil des OLG Nürnberg DAR 2017, 706 (707) mit Verweis auf *Weidenkaff* (Fn. 1), § 262 Rn. 5 f., § 439 Rn. 5 an; siehe dagegen *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 439 Rn. 5.

¹⁰ *Weidenkaff* (Fn. 1), § 262 Rn. 5.

¹¹ BGH NJW 2019, 292 (295 Rn. 45 m.w.N.); *Berger*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 439 Rn. 17; *Schollmeyer/Utlu*, Jura 2009, 721 (726 f.); unzweifelhaft stünde dem Gläubiger die Wahl zu, § 262 BGB a.E.

¹² Anders BGH NJW 2019, 292 (295 Rn. 43), der aber eine Argumentation schuldig bleibt.

¹³ Diese Ungereimtheiten vermeidet nur, wer die Regeln der Wahlschuld modifiziert, *Schollmeyer/Utlu*, Jura 2009, 721 (727).

¹⁴ BGH NJW 2019, 292 (296 Rn. 53).

¹⁵ BGH NJW 2019, 292 (295 Rn. 46); *Faust* (Fn. 2), § 439 Rn. 17.

gen Interessen des Verkäufers nicht unberücksichtigt, da diese über den Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB aufgefangen werden können.¹⁶

Angesichts der fehlgeschlagenen Nachbesserungsversuche der A widerspricht der Wechsel von der Nachbesserung zur Nachlieferung nicht Treu und Glauben. Vielmehr ist es A, die in einen solchen Fall gegen Treu und Glauben verstößt, wenn sie K an der Nachbesserung festhalten will.

Mithin war K nicht an die erste Wahl gebunden und konnte auf den Nachlieferungsanspruch nach § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB übergehen.

Hinweis: Es erscheint vertretbar, von einer Unmöglichkeit der Nacherfüllung im Zeitpunkt des Nachlieferungsverlangens auszugehen. Nahe liegt aber eine lediglich vorübergehende Unmöglichkeit, die in diesem Fall einer dauernden nicht gleichsteht. Der Bearbeitervermerk hinsichtlich des Begutachtungszeitpunkts, sollte diese Problematik neutralisieren.

4. Zwischenergebnis

Mithin war ein Nachlieferungsanspruch entstanden und A zur Lieferung eines neuen mangelfreien Fahrzeugs verpflichtet. Der Anspruch dürfte aber nicht untergegangen und müsste durchsetzbar sein.

5. Keine Unmöglichkeit, § 275 Abs. 1 BGB

Möglicherweise ist die Nachlieferung aber unmöglich und der Nachlieferungsanspruch nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen. Nach § 275 Abs. 1 BGB ist der Anspruch auf Leistung ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.

Die Serie des gekauften Modells wird nicht mehr produziert und auch am Markt sind Fahrzeuge dieser Serie nicht mehr als Neuwagen erhältlich. Die Lieferung eines mangelfreien Neuwagens der Vorgängerserie ist also nicht mehr möglich, der Anspruch daher jedenfalls insoweit ausgeschlossen.

Möglich wäre A zwar die Lieferung eines Neuwagens der Nachfolgeserie. Fraglich ist jedoch, ob A im Rahmen des Nachlieferungsanspruchs auch Lieferung eines Neuwagens der Nachfolgeserie schuldet. Ausgangspunkt der Überlegung ist die Gesetzeslage. Zunächst ist daher zu beachten, dass die Pflicht zur Ersatzbeschaffung nach § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB eine mangelfreie, im Übrigen aber „nur“ gleichartige und gleichwertige Sache erfasst und gerade keine identische. Die Pflicht eine im Übrigen identische Sache zu liefern, würde den Nachlieferungsanspruch zu stark einschränken und stünde mit der sich aus den §§ 437 ff. BGB ergebenden Wertung nicht im Einklang, dass der Käufer einerseits das erhalten soll, was ihm vertraglich zu steht, und andererseits dem Verkäufer eine letzte Chance eingeräumt sein soll, den mit der Rückabwicklung des Vertrags verbundenen wirtschaftlichen

Nachteil abzuwenden.¹⁷ Hieraus folgt, dass Inhalt und Umfang des Nachlieferungsanspruchs nicht zu eng gezogen werden dürfen. Vielmehr kommt es darauf an, ob ein Neuwagen der Nachfolgeserie noch eine gleichartige und gleichwertige Sache darstellt.

a) Unterscheidung Stück- und Gattungskauf

Hierfür könnte auf die Unterscheidung zwischen Stück- oder Gattungskauf abzustellen sein. Bei einem Neuwagenkauf handelt es sich regelmäßig um eine Gattungsschuld im Sinne des § 243 Abs. 1 BGB.¹⁸ Eine gleichartige und gleichwertige Sache läge demnach vor, wenn die Modelle der Nachfolgeserie der Gattung des gekauften Fahrzeugs entsprechen. Es ist davon auszugehen, dass die von K und A bei Vertragsschluss festgelegten generellen Merkmale¹⁹ des Fahrzeugs eng an das dem K vorgeführte Fahrzeug der Vorgängerserie knüpfen. Diesen Gattungsmerkmalen entspricht ein Fahrzeug der Nachfolgeserie wegen des anderen Designs und der höheren Motorleistung nicht mehr.²⁰ Demnach läge keine gleichartige und gleichwertige Sache vor. Die Ersatzlieferung eines Neuwagens der Nachfolgeserie wäre demnach nicht geschuldet und der Nacherfüllungsanspruch daher nach § 275 Abs. 1 BGB insgesamt ausgeschlossen.

Hinweis: a.A. gut vertretbar.

Die optischen und technischen Veränderungen seien weder jede für sich noch in der Gesamtschau so erheblich, dass von einer neuen Gattung auszugehen sei.²¹

Da die Gattungsmerkmale von den Parteien bestimmt werden, ließe sich ein erweiterter Gattungsbegriff konstruieren. Die Parteibestimmung lässt Raum für eine ergänzende Auslegung. Zur Gattung würde demnach auch ein Modell der Nachfolgeserie gehören.²²

Diese eher formalistische Ansicht lässt jedoch die eigentliche, hinter der Gattungsbestimmung stehende Parteivereinbarung und die Interessenlage der Parteien bei Vertragsschluss unberücksichtigt. Sie ist daher als zu wenig auf die Umstände des Vertragsschlusses und den Zweck des § 439 BGB bedacht, abzulehnen. Auf die Unterscheidung von Stück- oder Gattungskauf kann es demnach nicht ankommen.²³

¹⁶ BGH NJW 2019, 292 (295 Rn. 47); *Westermann* (Fn. 9), § 439 Rn. 5.

¹⁷ BGH NJW 2019, 292 (295 Rn. 47); *Westermann* (Fn. 9), § 439 Rn. 5.

¹⁸ *Arnold*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2014, § 243 Rn. 4.

¹⁹ Zum Gattungsbegriff *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 78. Aufl. 2019, § 243 Rn. 1 f.

²⁰ So auch die weit überwiegende Anzahl der ergangenen gerichtlichen Entscheidungen, siehe *van Lüeck*, VuR 2019, 8 (10 m.w.N.).

²¹ *van Lüeck*, VuR 2019, 8 (9).

²² So LG Offenburg VuR 2017, 269 (271).

²³ Schon LG Ellwangen NJW 2003, 517 ff.

b) Vertragliche Beschaffungspflicht

Vielmehr ist unmittelbar auf die vom Verkäufer vertraglich übernommene Beschaffungspflicht des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB abzustellen. Die Lieferung des Nachfolgemodells wäre demnach von der Nachlieferungspflicht umfasst, wenn der Wille von K und A bei Vertragsschluss darauf gerichtet war, dass im Rahmen der Nacherfüllung ein etwaiges Nachfolgemodell das gekaufte Modell als gleichartige und gleichwertige Sache ersetzen kann.

Allerdings lässt sich angesichts der nur vagen Möglichkeit eines Gewährleistungsfalls ein solcher auf die Austauschbarkeit der Leistung gerichteter ausdrücklicher oder konkludenter Wille nicht ermitteln. Da aber auch kein gegen teiliger Wille erkennbar ist, besteht eine vertragliche Regelungslücke.

aa) Ergänzende Vertragsauslegung

Zur Lückenschließung ist auf eine ergänzende Vertragsauslegung zurück zu greifen, §§ 133, 157 BGB. Grundlage für die Ergänzung des Vertragsinhalts ist der hypothetische Parteiwille.²⁴ Es ist darauf abzustellen, was die Parteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragsparteien vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten.²⁵

Hierbei ist zu beachten, dass beim Kauf eines Neufahrzeugs mit einem Nachfolgemodell typischerweise zu rechnen ist. Üblicherweise sind die Nachfolgemodelle in mancher Hinsicht fortentwickelt, sei es durch die Änderungen der Motortechnik, durch Änderung bei Abmessungen, Gewicht, Kraftstoffverbrauch und/oder Formensprache etc. In dieser modifizierten Gestalt ersetzt das Nachfolgemodell das ursprüngliche Modell und tritt am Markt an dessen Stelle. Dieser Umstand ist dem Verkäufer bewusst. Ferner dürfte die Interessenlage des Verkäufers in dieser Situation nicht wesentlich anders zu beurteilen sein, als sei das zurzeit des Abschlusses des Kaufvertrags produzierte Modell noch lieferbar.²⁶ Für den Verkäufer stehen in beiden Fällen zunächst allein die Ersatzbeschaffungskosten im Mittelpunkt. Diese werden aber durch § 275 Abs. 2 BGB und insbesondere durch § 439 Abs. 4 BGB berücksichtigt und nicht durch § 275 Abs. 1 BGB. Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass der Käufer ein Interesse daran hat, im Gewährleistungsfall die ihm gesetzlich eingeräumte Wahl zwischen den Nacherfüllungsarten auch dann zu haben, wenn das gekaufte Modell von einem Nachfolgemodell am Markt ersetzt wurde. Aus Sicht des Käufers soll dem Verkäufer nicht die Möglichkeit gegeben sein, einen etwaigen Nachlieferungsanspruch durch einen einfachen, teilweise jährlich stattfindenden, Modellwechsel zu vereiteln. Bei angemessener Abwägung der Interessen nach Treu und Glauben hätten redliche Vertragsparteien daher vereinbart, dass das gekaufte Modell durch ein etwaiges Nachfolgemodell austauschbar sein soll.

²⁴ Weidenkaff (Fn. 1), § 157 Rn. 7.

²⁵ Weidenkaff (Fn. 1), § 157 Rn. 7.

²⁶ A.A. Gutzeit, JuS 2019, 649 (653 f.).

bb) Zwischenergebnis

Der hypothetische Parteiwille war mithin darauf gerichtet, die Lieferung eines Nachfolgemodells als gleichartige und gleichwertige Sache von der Beschaffungspflicht des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB umfasst anzusehen.

c) Zwischenergebnis

Mithin ist keine Unmöglichkeit der Nachlieferung eingetreten.

Hinweis: a.A. insbesondere im Fall eines Verbrauchsgüterkaufs mit folgender Begründung gut vertretbar: Der Verkäufer ist unter Umständen an einer Unmöglichkeit der Nachlieferung und der damit verbunden Rückabwicklung des Vertrages mehr interessiert als an einer Aufrechterhaltung der Vertragspflicht zur Nachlieferung. Im Fall des Verbrauchsgüterkaufs ist die Rückabwicklung für den Verkäufer vorteilhafter als die Nachlieferung, weil der Käufer nicht nur den Gebrauchtwagen zurückgeben, sondern nach § 346 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB auch Nutzungersatz zahlen muss. Schuldet der Verkäufer hingegen Nachlieferung, erhält er zwar ebenfalls das gebrauchte Fahrzeug zurück, § 439 Abs. 5 BGB, wegen § 475 Abs. 3 S. 1 BGB aber keinen Nutzungersatz.²⁷

6. Keine Erfüllung, §§ 362 Abs. 1, 242 BGB

Fraglich ist weiterhin, ob der Nachlieferungsanspruch durch Nachbesserung in Gestalt des Aufspiels des Software-Updates am 14.10.14 erloschen sein könnte.

Problematisch ist, dass A auf Grund der zulässigen Ausübung des *ius variandi* des K ausschließlich Nachlieferung schuldet und das Aufspielen der Software somit nicht die nach §§ 362 Abs. 1, 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB geschuldete Leistungshandlung der A darstellt. Eine Erfüllung ist daher nur unter zwei Voraussetzungen denkbar. Zum einen müsste ein Verkäufer berechtigt sein, die andere – nicht geschuldete – Art der Nacherfüllung mit Erfüllungswirkung vornehmen zu dürfen und zum anderen müsste der Mangel durch das Software-Update beseitigt worden sein.

a) Zulässigkeit der eigenmächtigen Mangelbeseitigung durch den Verkäufer

Einer Berechtigung des Verkäufers, die andere – nicht geschuldete – Art der Nacherfüllung mit Erfüllungswirkung vornehmen zu dürfen, steht jedoch Sinn und Zweck von § 439 Abs. 1 BGB entgegen. § 439 Abs. 1 BGB schützt, wie dargelegt, nicht allein das Interesse eine mangelfreie Sache zu erhalten. Er schützt darüber hinaus auch das Recht des Käufers zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung zu wählen.²⁸ Dieses Wahlrecht würde umgangen, wenn der Verkäufer den Mangel eigenmächtig beseitigen könnte, obwohl sich der Käufer zulässigerweise für die Lieferung einer mangelfreien Sache entschieden hat. Eine Ausnahme käme nur in Betracht, wenn es dem Käufer nach Treu und Glauben ver-

²⁷ Gutzeit, JuS 2019, 649 (653 f.).

²⁸ BGH NJW 2019, 292 (296 Rn. 54 f.).

wehrt wäre an der Wahl der Nachlieferung festzuhalten. Für ein Treu und Glauben Verstoß des K ist jedoch nichts ersichtlich. Vielmehr verstößt A gegen Treu und Glauben, wenn sie den Mangel eigenmächtig beseitigt. Mithin war A nicht berechtigt, ohne Einverständnis des K, die andere Art der Nacherfüllung vorzunehmen.²⁹

b) Zwischenergebnis

Selbst wenn die Nachbesserung erfüllungstauglich war, würde sie nicht zur Erfüllung und zum Erlöschen des Nacherfüllungsanspruchs führen.

7. Keine Unverhältnismäßigkeit, § 439 Abs. 4 BGB

Möglicherweise kann A die Nachlieferung gem. § 439 Abs. 4 S. 1 BGB verweigern.

Hinweis: Hätte ein Verbrauchsgüterkauf vorgelegen, hätte die Anwendbarkeit des § 439 Abs. 4 S. 1 BGB nach § 475 Abs. 4 S. 1 BGB vorausgesetzt, dass die andere Art der Nacherfüllung – hier: Nachbesserung – möglich ist.³⁰

Das Leistungsverweigerungsrecht des § 439 Abs. 4 S. 1 BGB setzt voraus, dass die Nachlieferung für den Verkäufer nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Dabei sind nach Satz 2 insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand³¹, die Bedeutung des Mangels³² und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für K zurückgegriffen werden könnte.

Es kommt auf die Umstände des Einzelfalls und eine umfassende Interessenabwägung an.³³ Wertgrenzen können dabei als Ausgangspunkt der Abwägung dienen.³⁴ Es würde die Grenzen des wirtschaftlich Vertretbaren überschreiten, wenn die Kosten der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands den Wert der Sache im mangelfreien Zustand um das 1,5-fache bzw. wenn die Kosten im Verhältnis zur Bedeutung des Mangels das 2-fache übersteigen. Im Verhältnis zur Variante 1

des Satz 2 ist daher eine 150 %³⁵ Grenze und im Verhältnis zur Variante 2 eine 200 %³⁶ anzusetzen.

a) Berechnung der Kosten der Nachlieferung

Zunächst sind die Kosten der Nachlieferung zu bestimmen. Die Kosten errechnen sich nach dem tatsächlich zu erbringenden Aufwand der A.

Als Nachlieferung müsste A ein mangelfreies Neufahrzeug der Nachfolgeserie mit höherer Motorleistung und neuem Design im Wert von 42.000 € liefern.

Im Gegenzug würde A ein seit etwa 2,5 Jahren genutztes Gebrauchtfahrzeug der Vorgängerserie mit einem Zeitwert im mangelfreien Zustand von 25.000 € erhalten, § 439 Abs. 5 BGB. Durch den Mangel ist das Fahrzeug in seinem Wert um weitere 4.000 € gemindert. A würde also ein Fahrzeug mit einem Wert von 21.000 € zurückerhalten.

Da es sich nicht um einen Verbrauchsgüterkauf handelt, müsste K nach §§ 439 Abs. 5, 346 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB auch den Wert der gezogenen Nutzungen i.H.v. 12.000 € herausgeben.

Mithin beliefen sich die Nachlieferungskosten auf (42.000 € – [25.000 € – 4.000 €] – 12.000 €) = 9.000 €.

Hinweis: Würde es sich um einen Verbrauchsgüterkauf im Sinne von § 474 ff BGB handeln, müsste K wegen § 475 Abs. 3 S. 1 BGB keinen Nutzungsersatz zahlen.³⁷

b) Absolute Unverhältnismäßigkeit³⁸

Eine absolute Unverhältnismäßigkeit liegt vor, wenn die Nachlieferungskosten entweder im Verhältnis zur Variante 1 oder im Verhältnis zur Variante 2 des § 439 Abs. 4 S. 2 BGB unverhältnismäßig sind.

aa) § 439 Abs. 4 S. 2 Variante 1 und 2 BGB

Das Verhältnis zur Variante 1, also zu dem Wert der Sache im mangelfreien Zustand (9.000 € zu 25.000 €) liegt deutlich unter 150 %.³⁹ Hingegen liegt das Verhältnis zur Variante 2,

²⁹ So auch schon das OLG Nürnberg DAR 2017, 706 (707).

³⁰ Sog. Totalverweigerungsverbot.

³¹ Dieses Kriterium kommt insbesondere bei geringwertigen Sachen zum Tragen, bei denen eine Nachbesserung oft mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden sein wird, so dass in der Regel nur eine Ersatzlieferung in Betracht kommt. (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 232), Beispiel: Schraube mit Gewindefehler.

³² Dieses Tatbestandsmerkmal umfasst nicht nur, aber insbesondere den mangelbedingten Minderwert, also die Differenz des Wertes der Sache ohne und mit Mangel.

³³ BGH NJW 2019, 292 (296 Rn. 59).

³⁴ BGH NJW 2015, 468 (473 Rn. 45); sehr lesenswert *Hamann/Iwanczik*, ZJS 2018, 412 (416), aber Vorsicht bei der Fallvariante 2. Hier wird übersehen, dass auch der Restwert der zurückzugebenden Sache den Nachlieferungsaufwand mindert.

³⁵ Der BGH nimmt an, dass (absolute) Unverhältnismäßigkeit bei nicht zu vertretenden Mängeln jedenfalls dann vorliege, wenn die Kosten der Nacherfüllung 150 % des Werts der Sache im mangelfreien Zustand (bei Grundstücken: 100 %) übersteigen, *Faust* (Fn. 2), § 439 Rn. 66.

³⁶ BGH NJW 2009 1660 (1661 Rn. 14 f.); BGH NJW 2015 468 (472 Rn. 41); *Faust* (Fn. 2), § 439 Rn. 66.

³⁷ Zur Berücksichtigungsfähigkeit des Wertes der zurückgenommenen Sache, *Faust* (Fn. 2), § 439 Rn. 56; *Westermann* (Fn. 9), § 439 Rn. 29; Abwegig daher *Hamann/Iwanczik*, ZJS 2018, 412 (419 Fallvariante 2).

³⁸ Absolute Unverhältnismäßigkeit meint hier die Unverhältnismäßigkeit im Verhältnis zur Variante 1 oder 2 des § 439 Abs. 4. Die Unverhältnismäßigkeit im Verhältnis zur Variante 3 ist die relative Unverhältnismäßigkeit.

³⁹ Der BGH nimmt in seiner dem Übungsfall zugrundeliegenden Entscheidung (BGH NJW 2019, 292 [297 Rn. 63]) folgendes an: „Dem Wert der Sache in mangelfreiem Zustand (§ 439 IV 2 Alt. 1 BGB) sei bei der gebotenen Interessenab-

also zum mangelbedingten Minderwert (9.000 € zu 4.000 €) über der Grenze von 200 %, nämlich bei 225 %. Gemessen an der Wertgrenze der Variante 2, würde eine absolute Unverhältnismäßigkeit der Kosten vorliegen. Allerdings dienen die Wertgrenzen nur als Ausgangspunkt.⁴⁰

bb) § 439 Abs. 4 S. 2 BGB „insbesondere“

Nach dem Wortlaut des § 439 Abs. 4 S. 2 BGB „insbesondere“ können weitere Kriterien bei der Abwägung Berücksichtigung finden. Zu diesen gehört insbesondere ein Verschulden des Verkäufers.⁴¹ Liegt ein solches vor, ist eine Erhöhung der Wertgrenzen von bis zu 30 %⁴² denkbar.⁴³ Der A könnte als Aktiengesellschaft ein Verschulden ihrer Organe bzw. der leitenden Angestellten analog § 31 BGB zuzurechnen sein. Ein Verschulden läge vor, wenn A in zurechenbarer Weise Kenntnis von der übersichtlichen Warnmeldung hatte.

Ob Mitglieder des Vorstands Kenntnis von der irreführenden Warnmeldung hatten, ist jedoch unklar.

Allerdings wussten die leitenden Angestellten der Entwicklungsabteilung von der übersichtlichen Warnmeldung und hatten sich mit dieser aus Kostengründen abgefunden. Die Repräsentantenhaftung des § 31 BGB erstreckt sich für die juristischen Personen über den Vorstand, die Vorstandsmitglieder und die verfassungsmäßig berufenen besonderen Vertreter hinaus auf alle sonstigen Personen, denen durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, so dass sie die juristische Person im Rechtsverkehr repräsentieren.⁴⁴ Hierzu gehören insbesondere Führungskräfte und

wägung im Streitfall kein Gewicht beizumessen ist. Denn dieser Gesichtspunkt kommt namentlich bei geringwertigen Sachen zum Tragen, bei denen eine Nachbesserung oft mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden sein wird, so dass in der Regel nur eine Ersatzlieferung in Betracht kommen wird (vgl. BT-Drs. 14/6040, 232).⁴⁵ Diese Formulierung ist nicht unproblematisch, da es durchaus vorkommt, dass die Nacherfüllungskosten auch den mangelfreien Wert einer hochwertigen Sache übersteigen, siehe BGHZ 200, 350 (352 Rn. 5). Die Aussage des BGH darf also nicht dahingehend verstanden werden, dass diesem Kriterium bei hochwertigen Sachen schon grundsätzlich kein Anwendungsbereich zukommt.

⁴⁰ BGH NJW 2015, 468 (472 Rn. 40).

⁴¹ BGH NJW 2019, 292 (300 Rn. 97); *Westermann* (Fn. 9), § 439 Rn. 30; § 439 Abs. 4 BGB ähnelt § 275 Abs. 2 BGB, siehe dort § 275 Abs. 2 S. 2 BGB.

⁴² Im Sinne von Prozentpunkten.

⁴³ Für bis zu 25 %, *Faust* (Fn. 2) § 439 Rn. 62; bis zu 30 % *Hamann/Iwanczik*, ZJS 2018, 412 (420), aber Vorsicht bei der Fallvariante 2. Hier wird übersehen, dass auch der Restwert der zurückzugebenden Sache den Nachlieferungsaufwand mindert.

⁴⁴ Zu den Voraussetzungen der Repräsentantenhaftung, *Leuschner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 31 Rn. 14, 15; *Mansel*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 31 Rn. 1–6.

leitende Angestellte. Mithin ist der A das vorsätzliche Verhalten der leitenden Angestellten zuzurechnen.

cc) Zwischenergebnis

Auf Grund des vorsätzlichen Verhaltens der leitenden Angestellten ist die Wertgrenzen auf 230 % erhöht, sodass auch im Verhältnis zum mangelbedingten Minderwert eine (absolute) Unverhältnismäßigkeit nicht gegeben war.

Hinweis: Es konnten weitere Sachverhaltshinweise punktebringend verwertet werden: Z.B., dass der Fehler einen sicherheitsrelevanten Bereich des Fahrzeugbetriebs betrifft oder dass die Nachbesserung zuvor mehrfach fehlgeschlagen war.

c) Relative Unverhältnismäßigkeit

Jedoch könnte sich aus dem Vergleich zur anderen Art der Nacherfüllung eine relative Unverhältnismäßigkeit ergeben. Das Verhältnis zur Nachbesserung (9.000 € zu 5.000 €) liegt jedenfalls über der anzulegenden Wertgrenze von 110 %⁴⁵ (180 %). Und selbst die Erhöhung der Wertgrenze um 30 %, wegen des Verschuldens der A, würde nicht zur Verhältnismäßigkeit führen. Allerdings fordert § 439 Abs. 4 S. 2 Var. 3 BGB, dass auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden kann. Der BGH konkretisiert dies dahingehend, dass der auf Ersatzlieferung in Anspruch genommene Verkäufer den Käufer nicht unter Ausübung der Einrede der Unverhältnismäßigkeit auf Nachbesserung verweisen darf, wenn der Verkäufer den Mangel nicht vollständig, nachhaltig und fachgerecht beseitigen kann.⁴⁶

Durch das Software-Update wurde die Ansprechtemperatur der Warnmeldung soweit erhöht, dass ein erneutes Aufblinken ausgeschlossen war. Dies steht einem vollständigen Abschalten der Warnmeldung gleich. Selbst wenn der Vortrag hinsichtlich der sicherheitstechnischen Verzichtbarkeit der Warnmeldung zuträfe, ändert dies nichts daran, dass im Verhältnis zu K eine funktionierende Warnmeldung zum geschuldeten Leistungsprogramm der A gehört.⁴⁷ Im Übrigen ist aber davon auszugehen, dass der Mangel nun sicherheitsrelevant war, da der Fahrer auch dann keine Warnhinweise erhalten würde, wenn er unsachgemäß fährt. Dies stellt keine vollständige und nachhaltige Mangelbeseitigung dar. Das Software-Update war nicht geeignet, den Mangel ohne erhebliche Nachteile für K zu beseitigen, § 439 Abs. 4 S. 2 Var. 3 BGB. Eine relative Unverhältnismäßigkeit scheidet daher ebenfalls aus.

Hinweis: a.A. vertretbar: Man konnte auf die Idee kommen, dass seit Anfang des Jahres 2014 ein Software-Update zur Verfügung gestanden haben müsse, welches den Fehler auch bei den Vorgängermodellen vollständig

⁴⁵ 110 %, 120 % oder 125 %, *Faust* (Fn. 2), § 439 Rn. 62 m.w.N.

⁴⁶ BGH NJW 2019, 292 ff.

⁴⁷ Siehe Prüfung § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB.

und nachhaltig beseitigen konnte. Ab diesem Zeitpunkt wäre es demnach möglich, ohne erhebliche Nachteile für K nachzubessern.

Allerdings wäre hierbei der Leitsatz⁴⁸ des BGH zu berücksichtigen: „Für die Beurteilung der relativen Unverhältnismäßigkeit der vom Käufer gewählten Art der Nacherfüllung im Vergleich zu der anderen Art ist grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Zugangs des Nacherfüllungsverlangens abzustellen.“⁴⁹

d) *Zwischenergebnis*

Mithin kann A die Nachlieferung nach § 439 Abs. 4 S. 1 BGB nicht verweigern.⁵⁰

8. *Keine Verjährung*

Fraglich ist schließlich, ob sich A nach § 214 Abs. 1 BGB auf die Einrede der Verjährung berufen kann. Der Nacherfüllungsanspruch verjährt gem. § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB abweichend von §§ 195, 199 BGB nach zwei Jahren, nach Abs. 2 beginnend mit der Ablieferung. Allerdings ist A die Kenntnis der leitenden Angestellten zuzurechnen, sodass von einem arglistigen Verschweigen des Mangels auszugehen ist. Nach § 438 Abs. 3 S. 1 BGB verjährt der Nachlieferungsanspruch daher in der regelmäßigen Verjährungsfrist der §§ 195, 199 BGB.

Beginn der dreijährigen Frist war gem. § 199 Abs. 1 BGB somit der Schluss des Jahres 2012, also der 31.12.12 um 24 Uhr.⁵¹ Nach 187 Abs. 1 BGB wird der 31.12.12 nicht mitgerechnet, so dass die Frist effektiv am 1.1.2013 00.00 Uhr zu laufen begann. Demnach endete die Frist gem. § 188 Abs. 2 BGB am 31.12.15 um 24 Uhr.

Der Nacherfüllungsanspruch wäre am 1.1.2016 verjährt. Allerdings ist zu beachten, dass es wegen der streitigen Verhandlungen zwischenzeitlich zu einer Hemmung der Verjährung nach §§ 203, 209 BGB gekommen war bzw. ist. Dieser Zeitraum wird bei der Verjährungsfrist nicht eingerechnet, sodass davon auszugehen ist, dass der Nachlieferungsanspruch am 1.1.2016 noch nicht verjährt war.

II. *Ergebnis zu Fallfrage 1*

K hat gegen A einen durchsetzbaren Anspruch auf Lieferung eines Neuwagens der Nachfolgeserie.

⁴⁸ BGH NJW 2019, 292 ff.

⁴⁹ Westermann (Fn. 9), § 439 Rn. 27 – Gefahrübergang; Bienenbender, in: Nomos Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2016, § 439 Rn. 42 – Beginn der Mängelbeseitigung.

⁵⁰ Das Berufungsgericht hatte zu § 439 Abs. 4 BGB keine ausreichenden Tatsachenfeststellungen getroffen. Daher hat der BGH die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Der Sachverhalt wurde insoweit ergänzt.

⁵¹ Der Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist bei arglistigem Verschweigen des Mangels richtet sich nach § 199 BGB. Maßgebend ist somit nicht die Ablieferung am 1.9.2012 (§ 438 Abs. 2 BGB), sondern der Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist, Weidenkaff (Fn. 1), § 438 Rn. 5.

Lösungsvorschlag zu Fallfrage 2

I. *Anspruch auf vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten*

Fraglich ist schließlich, ob K von A die vorgerichtlichen Anwaltskosten i.H.v. 1.400 € auch dann verlangen kann, wenn A nachweislich kein Verschulden zur Last fällt. Dies wäre möglich, wenn K eine Anspruchsgrundlage zur Seite steht, die kein Verschulden voraussetzt.

Hinweis: Ein Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB und § 280 Abs. 1, 2, § 286 BGB scheidet aus, weil ein Vertretenmüssen bzw. ein Verschulden Voraussetzung ist. § 91 Abs. 1, 2 S. 1 ZPO erfasst nur die „Kosten des Rechtsstreits“. Die für eine außergerichtliche Tätigkeit des Anwalts anfallende Geschäftsgebühr ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH nicht Gegenstand der prozessualen Kostenfestsetzung.⁵² Im Übrigen macht der Sachverhalt keine Angaben zu einem gerichtlichen Rechtsstreit.

I. *§ 439 Abs. 2 BGB*

§ 439 Abs. 2 BGB ist eine verschuldensunabhängige Anspruchsgrundlage.⁵³ Sie erfasst insbesondere Transport-⁵⁴, Wege-, Arbeits- und Materialkosten die zum Zwecke der Nacherfüllung entstehen. Neben diesen beispielhaft genannten Kosten der Mängelbeseitigung sind auch Aufwendungen für eine Mangelfeststellung erfasst, weil diese „zum Zwecke der Nacherfüllung“ aufgewandt werden.⁵⁵

a) *„zum Zwecke der Nacherfüllung“*

Fraglich ist nun, ob § 439 Abs. 2 BGB darüber hinaus auch einen Anspruch auf Ersatz der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten gewährt, wenn diese nicht im Zusammenhang mit Feststellung der Ursächlichkeit des Mangels stehen.

Dies ist durch Auslegung zu ermitteln. Wie gesehen lässt der Wortlaut „insbesondere“ Raum für weitere Kostenfälle. Voraussetzung ist aber, dass die Aufwendungen zum Zwecke der Nacherfüllung getätigt wurden. Dies kann in einem engen, aber auch in einem weiteren Sinn verstanden werden. Zum Zweck der Nacherfüllung muss nicht meinen, dass ausschließlich Aufwendungen erfasst sind, die in einem unmittelbaren Zusammenhang zur Mängelbeseitigung oder -feststellung stehen. Aus Sicht des Käufers werden Aufwendungen nämlich auch dann zum Zwecke der Nacherfüllung getätigt, wenn Sie der Durchsetzung des Nacherfüllungsanspruchs dienen.

⁵² Schulz, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl. 2016, § 91 Rn. 129.

⁵³ § 439 Abs. 2 BGB ist nach Auffassung des BGH eine eigenständige Anspruchsgrundlage, die dem Käufer einen Anspruch auf Kostenerstattung sowie auf einen angemessenen Kostenvorschuss gibt, BGH NJW 2019, 292 (299 Rn. 87 m.w.N.); BGH NJW 2011, 2278 ff. = JuS 2011, 748 ff.; a.A. Hellwege, AcP 206 (2006), 136 ff.

⁵⁴ Str., stets: BGHZ 189, 196 ff. = NJW 2011, 2278 ff., Faust (Fn. 2), § 439 Rn. 77; nicht stets: Berger (Fn. 11), § 439 Rn. 37

⁵⁵ BGH NJW 2014, 2351 (2352 Rn. 14–17), zu weitgehend meint Lorenz, NJW 2014, 2319 (2322).

Diese weite Lesart entspricht auch der Zielsetzung des § 439 Abs. 2 BGB, die in der Gewährleistung des von Art. 3 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie geforderten Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung besteht. Diese Zielsetzung hat zum Hintergrund, dass sich ein Käufer wegen einer drohenden finanziellen Belastung von der Anspruchsdurchsetzung abhalten lassen könnte.⁵⁶ Einer so bestimmten Zielsetzung entspricht es auch solche Kosten als ersatzfähig anzusehen, die allein der Durchsetzung des Nacherfüllungsanspruchs dienen. Auch durch diese Kosten könnte sich der Käufer von der Geltendmachung der Mängelrechte abhalten lassen.

Die europarechtskonforme Auslegung spricht zwar zunächst nur dafür Rechtsdurchsetzungskosten ausschließlich für die Fälle eines Verbrauchsgüterkaufs als ersatzfähig anzusehen. Es gibt jedoch keinen guten Grund einem Unternehmer-Käufer die Ersatzfähigkeit der Rechtsdurchsetzungskosten abzusprechen. Zum einen lassen sich diese Kostenfälle nach der weiten Auslegung zwanglos unter den Wortlaut subsumieren. Zum anderen wird hierdurch eine gespaltene Auslegung des § 439 II BGB vermieden, der im allgemeinen Kaufrecht steht und daher sowohl für b2c als auch b2b Kaufverträge gilt.

Der ebenfalls hinter § 439 BGB stehende Zweck eines angemessenen Interessenausgleichs zwischen Käufer und Verkäufer steht der weiten Auslegung nicht entgegen. Diesem Zweck kann durch das Tatbestandsmerkmal „erforderlich“ entsprochen werden, wodurch gewährleistet wird, dass der Verkäufer nicht unbillig belastet wird.

Mithin sind die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten zum Zwecke der Nacherfüllung getätigt worden.

b) Erforderlichkeit

Angesichts der mehrfach gescheiterten Nachbesserungsversuche und der verweigernden Haltung der A waren die Rechtsanwaltskosten objektiv notwendig und angemessen, mithin erforderlich.

II. Ergebnis zu Fallfrage 2

Mithin hat K gegen A einen Anspruch auf Erstattung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten i.H.v. 1.400 €.

⁵⁶ Lorenz, JuS 2014, 7 ff.

Fortgeschrittenenhausarbeit: Unfrieden am Friedberger Weiher – Teil 2*

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. Renate Penßel, Erlangen**

Lösungsvorschlag

Frage b): Erfolgsaussichten einer Klage des F gegen den Bescheid des LRA

A. Entscheidungskompetenz

Siehe Teil 1, A.: VG Regensburg.

B. Zulässigkeit

I. Statthafte Klageart

Da die Baugenehmigung einen Verwaltungsakt darstellt (siehe Teil 1 B. I.), ist zu ihrer Beseitigung die Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 S. 1. Alt. 1 VwGO statthaft.

Wenn man davon ausgeht, dass die Ersetzung des Einvernehmens einen Verwaltungsakt darstellt (näher siehe Teil 1 B. I.), dessen Anfechtung nicht durch § 44a S. 1 VwGO ausgeschlossen ist (näher siehe Teil 1 B. I.), muss geklärt werden, ob F neben der Baugenehmigung auch die Ersetzung des Einvernehmens anfechten muss bzw. anfechten kann. Dass die Ersetzung des Einvernehmens nur gegenüber der Gemeinde, aber nicht gegenüber dem Bauherrn oder Nachbarn unmittelbare Rechtswirkung hat, schließt die Statthaftheit einer Anfechtungsklage des F gegen sie nicht aus.¹

II. Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO

Gem. § 42 Abs. 2 VwGO ist die Anfechtungsklage nur zulässig, wenn der Kläger geltend machen kann, durch den Verwaltungsakt in eigenen Rechten verletzt zu sein. Dies ist hier nicht gem. Art. 66 Abs. 1 S. 2 BayBO durch „Zustimmung“ zum Bauantrag ausgeschlossen, weil F die Bauvorlagen nicht unterschrieben hat.

1. Gegen die Baugenehmigung

Auf eine Verletzung von § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB, Art. 67 BayBO kann F seine Klagebefugnis nicht stützen, weil diese Vorschriften die Gemeinde als Inhaberin der Planungshoheit, aber nicht Interessen bzw. Rechte von Nachbarn schützen.

Daher muss geklärt werden, ob der möglicherweise verletzte § 31 Abs. 2 BauGB F subjektive Rechte vermittelt:

Dabei ist eine gerade im Baurecht zentrale Unterscheidung zu berücksichtigen: Die Unterscheidung zwischen 1. Normen, die generell drittschützend sind, weil ihr Schutz-

zweck auf einen von der Allgemeinheit abgrenzbaren Personenkreis gerichtet ist, und 2. Normen, die generell Allgemeininteressen schützen, aber dennoch das Gebot der Rücksichtnahme (auf im Einzelfall besonders betroffene Rechtssubjekte) enthalten und damit „nach Maßgabe des Rücksichtnahmegebots“ drittschützend sind.² Ein Verstoß gegen eine generell drittschützende Norm verletzt alle von ihr geschützten Personen in eigenen Rechten, unabhängig davon, ob diese im konkreten Fall Nachteile erleiden oder nicht. Ein Verstoß gegen eine Norm, die nicht generell drittschützend ist, sondern nur das Rücksichtnahmegebot enthält, verletzt nur denjenigen in eigenen Rechten, der im konkreten Fall unter Missachtung dieses Gebots „rücksichtslos“ behandelt wird.³

Obwohl § 31 Abs. 2 BauGB der Genehmigungsbehörde aufgibt, nachbarliche Interessen zu würdigen, wird er von h.M. und Rspr. nicht als generell drittschützende Norm verstanden, sondern der drittschützende Charakter von § 31 Abs. 2 BauGB je nach Fallgestaltung unterschiedlich klassifiziert:⁴

Wird von generell nachbarschützenden Festsetzung eines Bebauungsplans befreit, erstreckt sich deren Schutzwirkung auch auf § 31 Abs. 2 BauGB mit der Konsequenz, dass jeder Verstoß gegen die Vorgaben des § 31 Abs. 2 BauGB die durch die jeweilige Festsetzung geschützten Nachbarn in eigenen Rechten verletzt (unabhängig davon, ob bzw. wie schwerwiegend das Vorhaben sie im Einzelfall beeinträchtigt).⁵ Wird dagegen von nicht-nachbarschützenden Vorschriften befreit, werden Rechte von Nachbarn nur verletzt, wenn im konkreten Fall nachbarliche Interessen nicht ordnungsgemäß gewürdigt wurden. Dies ist durch eine umfassende Abwägung der betroffenen Interessen festzustellen und (nach analoger Heranziehung des Rechtsgedankens aus § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO) nur der Fall, wenn das Vorhaben im Einzelfall das „Gebot der Rücksichtnahme“ verletzt.⁶ Bei einer Befreiung von nicht-nachbarschützenden Festsetzungen ist § 31 Abs. 2 BauGB somit nur nach Maßgabe des Rücksichtnahmegebots drittschützend.

² Zu diesen unterschiedlichen Ausprägungen des „Drittschutzes“ durch Normen des Baurechts BVerwG NVwZ 1987, 409; *Vofskuhle/Kaufhold*, JuS 2018, 764 (765).

³ Näher zum „Rücksichtnahmegebot“ im öffentlichen Baurecht (auch zur – fragwürdigen – Unterscheidung eines nur objektiv-rechtlich wirkenden von einem auch subjektiv-rechtlich flankierten Rücksichtnahmegebot) *Vofskuhle/Kaufhold*, JuS 2010, 497.

⁴ Siehe nur BVerwG NVwZ 1987, 409; *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 133. Lfg., Stand: Mai 2019, § 31 Rn. 69; *König*, Baurecht Bayern, 5. Aufl. 2015, Rn. 950; *Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. 2016, Vor. §§ 29–38 Rn. 63; *Rosin*, Öffentliches Baunachbarrecht, 2016, S. 139.

⁵ Vgl. nur BVerwG BauR 2013, 2011.

⁶ St. Rspr., vgl. nur BVerwG NVwZ 1987, 409; *Reidt* (Fn. 4), Vor. §§ 29–38 Rn. 63; *Vofskuhle/Kaufhold*, JuS 2018, 764 (766).

* Fortsetzung von ZJS 2019, 492.

** Die Autorin ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Kirchenrecht, Staats- und Verwaltungsrecht von Herrn Prof. Dr. Heinrich de Wall an der Universität Erlangen-Nürnberg.

¹ Die Einvernehmensersetzung ist kein „relativer“ Verwaltungsakt, der nur gegenüber der Gemeinde, aber nicht gegenüber Anderen diese Rechtsnatur hat (nach *Seidel/Reimer/Möstl*, Besonderes Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, S. 18 löst dies die h.M. i.E. anders). Eine Anfechtungsklage des Nachbarn gegen die Einvernehmensersetzung oder eine Verpflichtungsklage des Bauherrn auf Einvernehmensersetzung scheitern nicht am fehlenden Verwaltungsakts-Charakter derselben, sondern an der fehlenden Klagebefugnis.

Hier ist fraglich, ob von nachbarschützenden Vorschriften befreit wurde: Ob Festsetzungen über das Maß der baulichen Nutzung drittschützend sind, ist der Rspr. zufolge im Einzelfall durch Auslegung der konkreten Festsetzung nach dem Willen des Plangebers zu ermitteln.⁷

Doch auch wenn die Maßfestsetzungen vorliegend nicht drittschützend wären, ist eine nicht ordnungsgemäße Würdigung nachbarlicher Interessen in Gestalt einer Verletzung des Rücksichtnahmegebots nicht von vorneherein auszuschließen: F ist Eigentümer eines unmittelbar benachbarten Grundstücks mit Wohnnutzung, dessen Aussicht und Besonnung (also Faktoren, die für die Wohnqualität wichtig sind) durch das Vorhaben nachteilig betroffen sind. Eine Rücksichtslosigkeit zu seinen Lasten ist damit zumindest möglich, was für die Begründung der „Zulässigkeit“ der Klage ausreicht.

2. Gegen die Ersetzung des Einvernehmens

Die Vorgaben für die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens aus § 36 Abs. 2 BauGB und Art. 67 BayBO dienen dem Schutz der Gemeinde vor einer schrankenlosen Aushebelung ihrer Planungsentscheidungen. Den Interessen von Nachbarn dienen sie nicht (s. oben). Gegen die Ersetzung des Einvernehmens ist F daher nicht klagebefugt.⁸

III. Vorverfahren

Ein Vorverfahren ist gem. § 68 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. VwGO i.V.m. Art. 15 Abs. 2 AGVwGO nicht statthaft, und daher nicht Zulässigkeitsvoraussetzung.

IV. Klagefrist

Die Klagefrist aus § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO ist hier genauso wie in Teil 1 B. IV. zu berechnen, weil die Zweitausfertigung des Bescheids dem F zwar einen Tag später als der Gemeinde G, aber noch innerhalb des 3-Tages-Zeitraums gem. Art. 4 Abs. 2 S. 2 BayVwZVG zugegangen ist.

V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

F ist als natürliche Person gem. § 61 Nr. 1, 1. Alt. VwGO beteiligtenfähig und gem. § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig.

Zum Freistaat Bayern (als richtiger Beklagter gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO): siehe Teil 1 B. V.

VI. Zwischenergebnis

Die Klage des F ist zulässig.

C. Beiladung

E ist gem. § 65 Abs. 2 VwGO notwendig beizuladen.

D. Begründetheit

Die Klage des F ist begründet, wenn sie gegen den richtigen Beklagten gerichtet ist (§ 78 Abs. 1 VwGO), die Baugenehmigung rechtswidrig ist und den F in eigenen Rechten verletzt, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

I. Passivlegitimation, § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO

Siehe Teil 1 E. I.: Freistaat Bayern als richtiger Beklagter.

II. Rechtswidrigkeit der Baugenehmigung

Die Baugenehmigung ist formell und materiell rechtswidrig (siehe Teil 1 E. II.).

III. Verletzung des F in eigenen Rechten

1. *Durch Verstoß gegen Art. 67 Abs. 1, Abs. 4 BayBO, § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB*

Der Verstoß gegen Art. 67 Abs. 1, Abs. 4 BayBO, § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB verletzt F nicht in eigenen Rechten, weil diese Normen nicht seinem Schutz dienen (siehe oben B. II. 2.).

2. *Durch Verstoß gegen § 31 Abs. 2 BauGB*

Jedoch könnte der Verstoß gegen § 31 Abs. 2 BauGB F in eigenen Rechten verletzen.

Dabei muss berücksichtigt werden, dass § 31 Abs. 2 BauGB nach st. Rspr. und h.M. keine generell drittschützende Norm ist.⁹

Allerdings verletzt eine Befreiung den Nachbarn dann in eigenen Rechten, wenn sie rechtswidrig von einer *nachbarschützenden Festsetzung* des Bebauungsplans abweicht.¹⁰

Außerdem ist ein Abwehrrecht des Nachbarn verletzt, wenn sich durch entsprechende Anwendung des in § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO normierten „Rücksichtnahmegebots“ ergibt, dass bei der Befreiung nachbarliche Interessen nicht hinreichend gewürdigt wurden.¹¹

a) Nachbarschützender Charakter der Maßfestsetzungen

Demnach wäre F in seinen Rechten verletzt, wenn es sich bei den Festsetzungen über das Maß der baulichen Nutzung um nachbarschützende Vorschriften handeln würde.

Der Rspr. zufolge hängt es vom Willen der planenden Gemeinde ab, ob Maßfestsetzungen nachbarschützend sind oder maßgeblich Allgemeininteressen dienen.¹²

Dabei ging sie bisher von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis aus: Maßfestsetzungen seien im Regelfall nicht nachbarschützend, denn sie dienten typischerweise öffentlichen Zwecken wie z.B. der Harmonisierung der Bebauung, der Auflockerung der Bebauung zur Verbesserung des Stadtklimas usw. Im Einzelfall könne aber aufgrund einer erkenn-

⁷ St. Rspr., vgl. nur BVerwG NVwZ 2018, 1808; BVerwG NVwZ 1996, 888; König (Fn. 4), Rn. 946.

⁸ Außerdem fehlt einer Klage gegen die Einvernehmensersetzung das Rechtsschutzbedürfnis, da F sein Klageziel umfassend durch eine Klage gegen die Baugenehmigung erreichen kann.

⁹ Siehe oben B. II. 1., insbes. die Nachweise in Fn. 4.

¹⁰ St. Rspr., siehe nur BVerwG NVwZ 1987, 409; Söfker (Fn. 4), § 31 Rn. 69 m.w.N.

¹¹ St. Rspr., siehe nur BVerwG NVwZ 1987, 409; Söfker (Fn. 4), § 31 Rn. 69 m.w.N.

¹² St. Rspr., siehe nur BVerwG NVwZ 1996, 888; BVerwG NVwZ 2018, 1808.

bar nachbarlichen Interessen dienenden Planung anderes gelten.¹³

Im vorliegenden Fall ergäbe die Anwendung dieser Regel, dass die Maßfestsetzungen nicht drittschützend sind: Denn die Planbegründung rechtfertigt sie mit verschiedenen öffentlichen bzw. Allgemeininteressen wie dem Erhalt des Erholungswertes der Landschaft oder dem Schutz des ortsansässigen Tourismusgewerbes. Selbst wenn man in Letzterem einen von der Allgemeinheit unterscheidbaren, individualisierbaren Personenkreis sähe, würde F nicht zu diesem Personenkreis gehören. Dass die Maßfestsetzungen gerade dem Interesse angrenzender Grundstücksnachbarn dienen, geht aus der Planbegründung nicht hervor.

In seinem Urt. v. 9.8.2018¹⁴ hat das BVerwG nun allerdings angenommen, dass Maßfestsetzungen auch dann drittschützend sind, wenn der Plangeber die Planbetroffenen mit ihnen in ein wechselseitiges nachbarliches Austauschverhältnis einbinden wollte (LS 2). Dies soll auch gelten, wenn der Plangeber die nachbarschützende Wirkung im Zeitpunkt der Planaufstellung nicht in seinen Willen aufgenommen hatte: Stünden Festsetzungen „nach der Konzeption des Plangebers in einem wechselseitigen, die Planbetroffenen zu einer rechtlichen Schicksalsgemeinschaft verbindenden Austauschverhältnis“, komme ihnen „nach ihrem objektiven Gehalt Schutzfunktion zugunsten der an dem Austauschverhältnis beteiligten Grundstückseigentümer zu“.¹⁵ Nach dieser neuen Leitlinie könnten die Maßfestsetzungen auch hier drittschützend sein: Da sie (u.a.) für die Grundstücke von E und F in gleicher Weise gelten, könnten sie „in einem wechselseitigen Austauschverhältnis“ stehen und E, F und die weiteren Planunterworfenen insofern zu einer „rechtlichen Schicksalsgemeinschaft“ verbinden.

Allerdings wirft diese neuere Entscheidung Verständnis- und Auslegungsprobleme auf.¹⁶ Bei ihrer Diskussion wurde zu Recht gefragt, ob die beiden in dem Urteil festgehaltenen Grundsätze – nämlich (1.) dass Maßfestsetzungen nur im Einzelfall drittschützendes Charakter haben, und (2.) sie dann drittschützendes Charakter haben, wenn ein wechselseitiges Austauschverhältnis begründet wird, – gleichzeitig gelten können.¹⁷ Da Maßfestsetzungen immer insofern ein Austauschverhältnis unter den Planunterworfenen in ihrem Geltungsbereich begründen, als sie von allen Planunterworfenen zu befolgen sind, wären sie immer und nicht nur im Einzelfall drittschützend, wenn dies alleine genügen würde. Beide

Grundsätze können damit nur dann nebeneinander bestehen, wenn zu dieser objektiven Begründung eines „Austauschverhältnisses“ noch etwas Weiteres hinzutritt. Dem Urteil ist dazu nichts mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen: Zwar spricht es davon, dass die Maßfestsetzungen nicht nur überhaupt, sondern gerade nach der „Konzeption des Plangebers“ in einem „wechselseitigen, die Planbetroffenen zu einer rechtlichen Schicksalsgemeinschaft verbindenden Austauschverhältnis“ stehen müssen. Es bleibt aber unklar, was dafür über die wechselseitige Geltung der Festsetzungen hinaus erforderlich ist.¹⁸

Um die neue Rechtsprechung richtig zu handhaben, muss also etwas Hinzutretendes identifiziert werden. Ist dies nicht möglich, muss entweder (entgegen der bisherigen Rechtsprechung) davon ausgegangen werden, dass Maßfestsetzungen generell drittschützend sind oder (entsprechend der älteren Rechtsprechung) nur drittschützend sind, wenn sich dies im konkreten Fall aus dem Plan ergibt, da ohne etwas Hinzutretendes beide in dem Urteil festgehaltenen Grundsätze nicht gleichzeitig gelten können und eine Entscheidung für einen von beiden fallen muss.

Das Urteil des BVerwG vom 9.8.2018 überträgt auf Maßfestsetzungen die für Festsetzungen über die Art der baulichen Nutzung entwickelte Argumentation, dass sich eine individuelle, von der Allgemeinheit unterscheidbare Beeinträchtigung auch daraus ergeben kann, dass man selbst zur Einhaltung einer nur bestimmte Personen adressierenden Norm verpflichtet ist, deren Geltung sich ein anderer Normadressat rechtswidrig entzieht.¹⁹ Tatsächlich greift diese Argumentation im Geltungsbereich eines Bebauungsplans nicht nur für Festsetzungen über die Art der baulichen Nutzung, sondern auch für alle anderen Festsetzungen, die mehr als nur einen Adressaten betreffen. Stützte man sich jedoch ausschließlich auf diese Argumentation, zöge dies eine extreme Ausweitung des Kreises der „subjektiv Berechtigten“ nach sich, die die Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes herbeiführen können: Konsequenterweise folgt aus ihr, dass hinsichtlich aller Normen, die für einen von „der Allgemeinheit“ unterscheidbaren Personenkreis gelten, alle Normunterworfenen einen Normverstoß als Verletzung eigener Rechte geltend machen können. Das wiederum hätte zur Folge, dass Normen mit einem nur partiellen Anwendungs-

¹³ St. Rspr. und h.M., vgl. nur BVerwG NVwZ 1996, 170; *Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen*, Öffentliches Recht in Bayern, 7. Aufl. 2017, Teil 4: Öffentliches Baurecht, Rn. 586, 639; *König* (Fn. 4), Rn. 946; *Reidt* (Fn. 4), Vor. §§ 29–38 Rn. 42.

¹⁴ BVerwG NVwZ 2018, 1808.

¹⁵ BVerwG NVwZ 2018, 1808 (1810).

¹⁶ Zur durch das Urteil entstehenden Rechtsunsicherheit siehe nur *Hufen*, JuS 2019, 509 (510); *Schroer/Kümmel*, NVwZ 2018, 1775 (1777).

¹⁷ *Schroer/Kümmel*, NVwZ 2018, 1775 (1777); ähnlich auch *Heinemann*, NVwZ 2018, 1811, Anm. zu BVerwG, Urt. v. 9.8.2018 – 4 C 7/17.

¹⁸ Dazu, dass das Urteil den Abgrenzungsmaßstab nicht bestimmt genug formuliert siehe auch *Hufen*, JuS 2019, 509 (510). Eine denkbare Lösung ist, ein solches subjektiv-rechtlich verstärktes Austauschverhältnis nur bei Maßfestsetzungen zu bejahen, die im konkreten Fall zu den Grundzügen der Planung gehören. Allerdings lässt sich dem Wortlaut des Urteils diese Einschränkung nicht entnehmen. Und obwohl sich mit dieser Einschränkung u.U. eine sinnvolle Differenzierung erreichen ließe, stellt sich die Frage, ob und wie sie sich konsistent begründen lässt.

¹⁹ Zum generell (d.h. unabhängig vom konkreten Willen des Plangebers) drittschützendes Charakter von Festsetzungen über die Art der baulichen Nutzung gestützt auf das Argument der hier begründeten „rechtlichen Schicksalsgemeinschaft“ BVerwGE 94, 151–163.

bereich (z.B. Satzungen) wehrfähiger wären als allgemein geltende Normen, bei denen diese Argumentation nicht möglich ist, ohne die Differenzierung zwischen dem Schutz individueller Rechte und dem Schutz von Allgemeininteressen aufzugeben. Für eine solche abgestufte Wehrfähigkeit partiell und allgemein geltender Normen gibt es jedoch kein überzeugendes Argument. Folglich kann sich die Begründung einer Verletzung subjektiver Rechte nicht allein auf die beiderseitige Geltung der Norm stützen, sondern es bedarf einer Präzisierung, wann ein Normunterwerfener die Einhaltung der betreffenden Norm von einem anderen Normunterworfenen verlangen kann. Tatsächlich hat das BVerwG den drittschützenden Charakter von Festsetzungen der Art der baulichen Nutzung nicht isoliert damit begründet, dass auch die Nachbarn diesen Vorgaben unterworfen sind, sondern ergänzt, dass eine schleichende Veränderung der Nutzungsart das Potential hat, auch die Rechtslage der anderen Grundstücke im Plangebiet zu ändern (so dass auch insofern ein „Austauschverhältnis“ bzw. eine „rechtliche Schicksalsgemeinschaft“ besteht).²⁰ Gleichzeitig hat es betont, dass dies von Maßfestsetzungen generell nicht zu befürchten sei, denn diese hätten nur in der unmittelbaren Umgebung des Grundstücks nachteilige Wirkung, so dass das „Rücksichtnahmegebot“ als Konfliktbewältigungsinstrument ausreiche.²¹ Entsprechend klingt im Urteil des BVerwG vom 9.8.2018 an, dass die Maßfestsetzungen im vorliegenden Fall v.a. deshalb als drittschützend eingeordnet wurden, weil sie in engem Zusammenhang mit der Bestimmung des Gebietscharakters (im entschiedenen Fall: als Sondergebiet für den Wassersport) stünden und ihre Missachtung diesen Gebietscharakter zu verändern droht.²² Wendet man die Rspr. des BVerwG unter Beachtung dieser Einschränkung an, ist es hier überzeugender, den drittschützenden Charakter der Maßfestsetzungen zu vereinen, weil nicht ersichtlich ist, dass die Befreiung (und sei es bei wiederholter Gewährung) die Zulässigkeit des plankonformen Bauens auf den übrigen Grundstücken in Frage zu stellen geeignet ist. Die entscheidende Begründung für das Bestehen einer „rechtlichen Schicksalsgemeinschaft“ zwischen den Planunterworfenen hinsichtlich der zulässigen Art der baulichen Nutzung ist nicht übertragbar.

Hinweis: mit Blick auf BVerwG NVwZ 2018, 1808 ist gut vertretbar, die Maßfeststellungen als drittschützend anzusehen; es ist schwer absehbar, wie die Rspr. die in dieser Entscheidung formulierten, tendenziell widersprüchlichen Grundsätze in weiteren Fällen anwenden bzw. präzisieren wird.

b) Keine hinreichende Berücksichtigung der nachbarlichen Interessen des F

Allerdings kann ein Verstoß gegen § 31 Abs. 2 BauGB auch dann eine Verletzung nachbarlicher Rechte bedeuten, wenn von einer nicht-nachbarschützenden Festsetzung abgewichen wird.

²⁰ BVerwG NVwZ 1996, 170.

²¹ BVerwG NVwZ 1996, 170.

²² BVerwG NVwZ 2018, 1808 (1810).

Dies ergibt sich daraus, dass nach § 31 Abs. 2 BauGB bei jeder Befreiung, auch bei einer Befreiung von nicht-nachbarschützenden Vorschriften, nachbarliche Interessen zu würdigen sind. Der Rspr. zufolge verletzt eine Befreiung von nicht-nachbarschützenden Vorschriften dann subjektive Rechte des Nachbarn, wenn bei der Entscheidung die nachbarlichen Interessen nicht hinreichend gewürdigt wurden. Um zu klären, wann dies der Fall ist, zieht die Rspr. die Grundsätze des Rücksichtnahmegebots heran: danach werden Interessen eines Nachbarn dann nicht hinreichend gewürdigt, wenn er bei umfassender Abwägung aller relevanten Interessen durch die Befreiung „unzumutbar“ beeinträchtigt wird.²³ Dabei kann der Nachbar umso mehr an Rücksichtnahme verlangen, je empfindlicher seine Stellung durch eine an die Stelle der im Bebauungsplan festgesetzten Nutzung tretende andersartige Nutzung berührt werden kann. Umgekehrt braucht derjenige, der die Befreiung in Anspruch nehmen will, umso weniger Rücksicht zu nehmen, je verständlicher und unabweisbarer die von ihm verfolgten Interessen sind.²⁴

Nach diesen Abwägungsleitlinien liegt hier keine „unzumutbare Beeinträchtigung“ vor.²⁵ Angesichts des im Gebiet der Gemeinde und auch ihrer Umgebung herrschenden Wohnungsmangels sprechen verständliche, gewichtige Gründe für das Vorhaben des E. Demgegenüber wird das Grundstück des F zwar stärker beschattet als zuvor: allerdings betrifft dies nur Teile des Gartens, nicht das Wohnhaus selbst.²⁶ Einen Rechtsanspruch auf Erhalt einer bisherigen Aussicht gibt es nicht.²⁷ Mangels „unzumutbarer Beeinträchtigung“ kann sich F daher nicht auf eine Verletzung in eigenen Rechten berufen.

IV. Ergebnis Begründetheit

Die Klage ist unbegründet.

E. Gesamtergebnis

Die Klage des F ist zwar zulässig, aber unbegründet und hat deshalb keine Aussicht auf Erfolg (*A.A. vertretbar*).

²³ *Söfker* (Fn. 4), § 31 Rn. 69.

²⁴ St. Rspr., vgl. nur BVerwG NVwZ 1987, 409 (410).

²⁵ Zu der Frage, wann eine Verdichtung der Bebauung das Rücksichtnahmegebot gegenüber einem Nachbarn verletzt siehe z.B. OVG Bremen, Beschl. v. 3.7.2013 – 1 B 62/13: Grds. ist das nicht der Fall, wenn Abstandsflächenvorschriften eingehalten sind, es sei denn, es liegt im Einzelfall eine „erdrückende Wirkung“ vor.

²⁶ Überblick über die Rechtsprechung zur Unzumutbarkeit eines Vorhabens wegen „Verschattung“ des Nachbargrundstücks bei Rosin, *Öffentliches Baunachbarrecht*, 2016, S. 144 ff. Selbst bei einer „Verschattung“ des Wohnhauses selbst hängt es danach von den Umständen des Einzelfalles ab, ob die Schwelle der „Unzumutbarkeit“ überschritten wird.

²⁷ Siehe nur OVG für das Land Schleswig-Holstein, Urt. v. 30.9.1991 – 1 L 22/91 (juris). Überblick über die einschlägige Rechtsprechung bei Rosin, *Öffentliches Baunachbarrecht*, 2016, S. 143.

Frage c): Erfolgsaussichten einer Klage der Nachbargemeinde N

Die Klage der Gemeinde N hat Erfolg, wenn sie nach den vor dem zuständigen Gericht geltenden Regeln zulässig und begründet ist.

A. Entscheidungskompetenz

Siehe Teil 1 A.: VG Regensburg.

B. Zulässigkeit**I. Statthafte Klageart**

Der Bescheid des Landratsamtes enthält zwei Verwaltungsakte: Die Baugenehmigung für E und die Ersetzung des Einvernehmens der Gemeinde G (*zweites str., A.A. vertretbar; siehe Teil 1 B. I.*). Wird eine Klage gegen die Ersetzung des Einvernehmens nicht durch § 44a S. 1 VwGO ausgeschlossen (siehe dazu Teil 1 B. I.), ist grds. eine Anfechtungsklage gegen beide Verwaltungsakte statthaft.

II. Klagebefugnis

Um klagebefugt zu sein, müsste die Gemeinde N geltend machen können, durch (1.) die Genehmigung und (2.) durch die Ersetzung des Einvernehmens der G in eigenen Rechten verletzt zu sein, § 42 Abs. 2 VwGO.

1. Klagebefugnis gegen die Genehmigung:

Eine Klagebefugnis der Gemeinde N ist nur zu bejahen, wenn die Genehmigung zumindest möglicherweise gegen Normen verstößt, die gerade zugunsten der Nachbargemeinde N drittschützend sind (sog. „Schutznormtheorie“). Als solche kommt hier nur § 31 Abs. 2 BauGB in Betracht, denn der unzweifelhaft zugunsten von Nachbargemeinden drittschützende § 2 Abs. 2 BauGB ist nicht unmittelbar anwendbar, weil er nicht für die Erteilung von Einzelgenehmigungen, sondern für die Aufstellung von Bauleitplänen gilt (für die Erteilung von Einzelgenehmigungen spielt seine Wertung nur insoweit eine Rolle, als die im konkreten Fall anwendbaren Zulassungsnormen, z.B. § 34 oder § 35 BauGB, die Zulässigkeit des Vorhabens von einer Wahrung der Belange der Nachbargemeinde abhängig machen)²⁸.

Ein Verstoß gegen § 31 Abs. 2 BauGB würde die Nachbargemeinde dann in eigenen Rechten verletzen, wenn die Festsetzung, von der rechtswidrig befreit wurde, gerade zugunsten der Nachbargemeinde drittschützend ist.²⁹ Zu klären

²⁸ VGH Kassel NVwZ-RR 2010, 47 (48). Darüber hinausgehend geht z.B. der BayVGh davon aus, dass § 2 Abs. 2 BauGB auch dann einschlägig ist, wenn ein „Einzelvorhaben auf der Grundlage eines nicht abgestimmten Bauleitplans zugelassen wird oder wenn die Standortgemeinde dem Bauinteressenten [...] eine Zulassung unter Missachtung bzw. Umgehung des § 2 Abs. 2 BauGB verschafft hat“ (BayVGh, Beschl. v. 28.1.2019 – 15 ZB 17.1831 = BeckRS 1019, Rn. 21). Ob dem zu folgen ist, kann hier dahinstehen, da eindeutig keine dieser beiden Fallgestaltungen einschlägig ist.

²⁹ Hier greift die gleiche Argumentation bei der der Klage eines Nachbarn, der sich gegen die Befreiung von einer ihn

ist daher, ob dies hier für die Maßfestsetzungen gilt. Nach der (für die Feststellung des drittschützenden Charakters von Normen von der g.h.M. herangezogenen) „Schutznormtheorie“ ist eine Norm dann zugunsten bestimmter Personen drittschützend, wenn sie nicht nur dem öffentlichen Interesse bzw. Allgemeininteresse, sondern zumindest auch von Allgemeininteressen unterscheidbare (Individual-)Interessen derart zu schützen bestimmt ist, dass den Geschützten die Rechtsmacht vermittelt werden soll, die Einhaltung des Rechtssatzes zu verlangen.³⁰ Die Planungshoheit der Nachbargemeinde ist zwar kein dem „öffentlichen Interesse“ gegenüberübretendes Privatinteresse, sondern ebenfalls ein öffentlicher Belang. Allerdings ist die Planungshoheit von Gemeinden, auch die u.a. durch § 2 Abs. 2 BauGB geschützte Planungshoheit von Nachbargemeinden,³¹ als subjektives, d.h. wehrfähiges Recht ausgestaltet und insofern den Grundrechten vergleichbar.³² Die Planungshoheit der Nachbargemeinde muss daher als ein von den Interessen der Allgemeinheit unterscheidbares Individualinteresse anerkennungs-fähig sein. Außerdem kann man aus der Tatsache, dass die Planungshoheit Teil des – sogar verfassungsrechtlich verbürgten – Selbstverwaltungsrechtes der Gemeinde ist,³³ folgern, dass eine Norm, die gerade dem Schutz des Interesses an der Verwirklichung der kommunalen Planungshoheit dient, der Nachbargemeinde auch ein subjektives Recht, d.h. eine wehrfähige Rechtsstellung vermittelt.³⁴ Die Maßfestsetzungen wären deshalb dann zugunsten von N drittschützend, wenn sich durch Auslegung des konkreten Plans ergäbe, dass sie nach dem Willen des Plangebers zumindest auch der Planungshoheit der Nachbargemeinde zu dienen bestimmt sind.³⁵ Dafür ließe sich hier anführen, dass sie laut Sachverhalt aus einem Abstimmungsprozess mit der Nachbargemeinde hervorgegangen sind. Allerdings hat es die Rechtsprechung für

schützenden Festsetzung im Bebauungsplan zur Wehr setzt, siehe oben Frage b) B. II. 1.: Der Nachbarschutz aus der missachteten Bebauungsplanfestsetzung hat zur Folge, dass jede rechtswidrige Abweichung von ihr subjektive Rechte der Geschützten verletzt. Siehe auch *Hug*, *Gemeindenachbarklagen im öffentlichen Baurecht*, 2008, S. 562 Fn. 751.

³⁰ Vgl. nur BVerwGE 92, 313 (317); *Wolff/Decker*, *Studienkommentar VwGO/VwVfG*, 3. Aufl. 2012, § 42 VwGO Rn. 94; genauer dazu *Schenke*, *Verwaltungsprozessrecht*, 15. Aufl. 2017, Rn. 496.

³¹ Zu § 2 Abs. 2 BauGB als Ausgestaltung der Planungshoheit der Nachbargemeinde siehe nur *Uechtritz*, in: *Spannowsky/Uechtritz*, *Beck'scher Online Kommentar zum BauGB*, 45. Ed., Stand: 1.5.2019, § 2 Rn. 20 f.; *Uechtritz*, *NVwZ* 2003, 176 (177).

³² Siehe nur *Schenke* (Fn. 30), Rn. 498a.

³³ Vgl. nur BVerwGE 40, 323 (329).

³⁴ Dazu, dass der Schutz des Interesses von Rechtssubjekten des Privatrechts immer mit der Vermittlung subjektiver Rechte für diese einhergeht, weil nur dies ihrer Subjektstellung dem Staat gegenüber hinreichend Rechnung trägt, *Schenke* (Fn. 30), Rn. 496.

³⁵ BayVGh, Beschl. v. 28.1.2019 – 15 ZB 17.1831 = BeckRS 1019, Rn. 25.

die Bejahung von Drittschutz zugunsten einer Nachbargemeinde bisher nicht ausreichen lassen, dass eine Bebauungsplanfestsetzung durch den Abstimmungsprozess mit der Nachbargemeinde beeinflusst wurde.³⁶ Sie hat darüber hinaus verlangt, dass der Wille der planenden Gemeinde erkennbar wird, mit der aus dem Abstimmungsprozess hervorgegangenen Bestimmung gerade die Rechte der Nachbargemeinde als solcher, nämlich eben deren Planungshoheit, zu schützen.³⁷ Damit trägt die Rechtsprechung dem Umstand Rechnung, dass der Schutz der Nachbargemeinde durch einzelne Bebauungsplanfestsetzungen – jenseits der Schwelle eines Verstoßes gegen § 31 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 2 Abs. 2 BauGB, siehe dazu sogleich – zur Disposition der planenden Gemeinde steht, und eine solche Disposition nicht schon bei jeder Berücksichtigung von Anliegen vorliegt, die eine Nachbargemeinde in den Abstimmungsprozess eingebracht hat (da eine solche Berücksichtigung z.B. auch im Interesse einzelner Einwohner im Gebiet der Nachbargemeinde erfolgen kann). Folgt man dem, reicht das bloße Einfließen nachbargemeindlicher Interessen in eine Festsetzung nicht aus, um diese als Schutznorm zugunsten der Nachbargemeinde zu werten. Darüber hinaus muss sich aus der konkreten Planung ergeben, dass die Festsetzung gerade auch zum Schutz der Planungshoheit der Nachbargemeinde getroffen wurde. Da sich hier der Planbegründung nicht explizit entnehmen lässt, dass die Maßfestsetzungen neben dem eigenen Interesse der Gemeinde G (an der Erhaltung der naturnahen Umgebung des Weihers) auch der Planungshoheit der Nachbargemeinde N (und nicht etwa z.B. nur den Interessen der Angehörigen des Tourismusgewerbes in der Nachbargemeinde N) zu dienen bestimmt sind, wären sie damit als nicht unmittelbar zugunsten von N drittschützend zu werten. (*A.A. bei entsprechender Deutung der Planbegründung gut vertretbar*).

Allerdings kann man aus § 2 Abs. 2 BauGB – zumindest – folgern, dass Befreiungen von den Festsetzungen eines Bebauungsplans die durch diese Festsetzungen verwirklichte Abstimmung benachbarter Planungen nicht so stark unterlaufen dürfen, dass ein Verstoß gegen § 2 Abs. 2 BauGB vorläge, wenn die Einzelfallzulassung durch entsprechende Planung der Gemeinde ermöglicht worden wäre. § 2 Abs. 2 BauGB ist damit im Rahmen von § 31 Abs. 2 BauGB anwendbar. Verortet lässt sich diese Relevanz bei der Prüfung, ob die Abweichung „mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist“, denn die Wahrung der Planungshoheit der Nachbargemeinde ist ein „öffentlicher Belang“ (auch wenn sie gleichzeitig subjektiv-rechtlich verstärkt ist). Will man dem nicht folgen, weil man unter „öffentlichen Belangen“ nur gerade nicht subjektiv-rechtlich aufgeladene Belange versteht,³⁸

³⁶ Vgl. BayVGh, Beschl. v. 28.1.2019 – 15 ZB 17.1831 = BeckRS 1019, Rn. 26.

³⁷ Siehe ebd. Dies sei nicht der Fall, wenn die aus dem Abstimmungsprozess hervorgegangene Festsetzung lediglich Interessen einzelner Einwohner im Gebiet der Nachbargemeinde (im konkreten Fall: vor Lärmbelästigung), nicht aber die Nachbargemeinde als solche schützen soll.

³⁸ So wohl Hug, *Gemeindenachbarklagen im öffentlichen Baurecht*, 2008, S. 564 f.

wird die Wertung des § 2 Abs. 2 BauGB jedenfalls bei der Ausübung des durch § 31 Abs. 2 BauGB eingeräumten „Ermessens“ relevant:³⁹ (Zumindest) eine Ermessensentscheidung, die für die Nachbargemeinde i.S.v. § 2 Abs. 2 BauGB „unzumutbar“ wäre, müsste als „Ermessensüberschreitung“ gewertet werden, die die Nachbargemeinde in ihrem subjektiven Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung verletzt.

§ 31 Abs. 2 BauGB ist insofern, d.h. i.V.m. § 2 Abs. 2 BauGB, zugunsten der Nachbargemeinde drittschützend (*a.A. vertretbar*). Da § 31 Abs. 2 BauGB allerdings im Übrigen und generell nicht explizit den Schutz von Nachbargemeinden bezweckt, ist nach der oben unter Frage b) B. II. 1. dargestellten Klassifikation von „drittschützenden Normen“ nicht anzunehmen, dass § 31 Abs. 2 BauGB generell zugunsten von Nachbargemeinden drittschützend ist. Stimmiger ist es, ihn als Norm einzuordnen, die das Gebot der „interkommunalen“ bzw. „gemeindenachbarlichen Rücksichtnahme“ mitenthält⁴⁰ und nur nach Maßgabe dieses „interkommunalen“ bzw. „gemeindenachbarlichen Rücksichtnahmegebots“ drittschützend ist, mit der Folge, dass eine Nachbargemeinde nicht bei jedem Verstoß gegen § 31 Abs. 2 BauGB in eigenen Rechten verletzt ist, sondern nur, wenn die Befreiung die nach § 2 Abs. 2 BauGB erforderliche Rücksichtnahme auf die Nachbargemeinde vermissen lässt, z.B. weil sie im konkreten Fall ihr gegenüber „unzumutbar“ ist (*a.A. vertretbar*). Da N hier vorträgt, dass die Befreiung gerade Festsetzungen betrifft, die Gegenstand einer Abstimmung zwischen den Nachbargemeinden gem. § 2 Abs. 2 BauGB waren, weil sie Interessen der Nachbargemeinde berühren, erscheint eine Verletzung eines solchen aus § 31 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 2 Abs. 2 BauGB ableitbaren „interkommunalen Rücksichtnahmegebots“ zumindest möglich.

Die Nachbargemeinde N ist damit gegen die Baugenehmigung klagebefugt (*a.A. vertretbar*).

2. Klagebefugnis gegen die Ersetzung des Einvernehmens:

Die Bestimmungen, die die Ersetzung des Einvernehmens der Gemeinde regeln, sichern den Zweck, dem das Einvernehmensefordernis dient. Sie haben keine eigene, über das Einvernehmensefordernis selbst hinausgehende Schutzwirkung. Das Einvernehmensefordernis gilt jedoch nur für die planende Gemeinde und dient damit nur zum Schutz von deren Planungshoheit, nicht zum Schutz der Planungshoheit von Nachbargemeinden. Die Gemeinde N ist damit gegen die Ersetzung des Einvernehmens nicht klagebefugt.

III. Vorverfahren

Gem. § 68 Abs. 1 S. 2 1. Alt. VwGO i.V.m. Art. 15 Abs. 2 AGVwGO nicht statthaft und damit nicht Zulässigkeitsvoraussetzungen der Klage.

³⁹ So wohl so *Söfker* (Fn. 4), § 2 Rn. 103: „Zumindest aber wird davon auszugehen sein, dass im Rahmen der nach § 31 Abs. 2 und § 34 Abs. 3a zu treffenden Ermessenentscheidung § 2 Abs. 2 zu beachten wäre.“

⁴⁰ So auch BayVGh, Beschl. v. 28.1.2019 – 15 ZB 17.1831 = BeckRS 1019, Rn. 21, 22.

IV. Klagefrist

Da die Baugenehmigung der Nachbargemeinde N nicht bekanntgegeben wurde, hat die Klagefrist aus § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO nicht zu laufen begonnen. Ihr Klagerecht kann daher nicht durch Verfristung gem. § 74 VwGO, sondern nur unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung entfallen. Dafür, dass ihr Klagerecht verwirkt sein könnte, ist aus dem SV nichts ersichtlich.

V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Die Gemeinde N ist als juristische Person des öffentlichen Rechts beteiligtenfähig gem. § 61 Nr. 1 2. Alt. VwGO; sie selbst ist prozessunfähig und wird im Prozess durch den ersten Bürgermeister gem. § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. Art. 38 Abs. 1 GO vertreten.

Zum Freistaat Bayern (als richtiger Beklagter gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO): siehe Teil 1 B. V.

VI. Zwischenergebnis

Die Klage der Nachbargemeinde N ist zulässig.

C. Beiladung

E ist gem. § 65 Abs. 2 VwGO notwendig beizuladen.

D. Begründetheit

Die Klage der Gemeinde N ist begründet, wenn sie gegen den richtigen Beklagten gerichtet ist (§ 78 Abs. 1 VwGO), die Baugenehmigung rechtswidrig ist und die Gemeinde N in ihren Rechten verletzt, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

I. Passivlegitimation, § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO

Freistaat Bayern (siehe Teil 1 E. I.).

II. Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung

Siehe Teil 1 E. II.

III. Verletzung der N in eigenen Rechten

1. *Wegen Verstoß gegen Art. 67 Abs. 1, Abs. 4 BayBO, § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB*

Der Verstoß gegen diese Normen begründet keine Verletzung der Gemeinde N in eigenen Rechten, weil sie nicht zugunsten von Nachbargemeinden drittschützend sind (s.o. B. II. 2.).

2. *Wegen Verstoßes gegen § 31 Abs. 2 BauGB*

Der Verstoß gegen § 31 Abs. 2 BauGB verletzt die Nachbargemeinde nicht bereits deshalb in eigenen Rechten, weil die von der Befreiung betroffenen Maßfestsetzungen zugunsten der Nachbargemeinde drittschützend sind, da sich der konkreten Planung nicht der Wille zur Begründung solchen Drittschutzes entnehmen lässt (s.o. B. II. 1.) (a.A. vertretbar).

Die subjektiven Rechte der Nachbargemeinde N könnten aber verletzt sein, weil § 31 Abs. 2 BauGB (i.V.m. § 2 Abs. 2 BauGB) auch unabhängig von dem drittschützenden Charakter der von der Befreiung betroffenen Festsetzung den Schutz der Interessen der Nachbargemeinde verbürgt (entweder, weil

diese als „öffentlicher Belang“ i.S.v. § 31 Abs. 2 BauGB einzuordnen sind, oder zumindest im Rahmen der Ermessensausübung Berücksichtigung finden müssen, siehe oben B. II. 1.).

Dabei wird man davon ausgehen müssen, dass § 31 Abs. 2 BauGB nicht generell, sondern nur i.V.m. § 2 Abs. 2 BauGB, d.h. nach Maßgabe eines „interkommunalen“ bzw. „gemeindenachbarlichen Rücksichtnahmegebots“ zugunsten von Nachbargemeinden drittschützend ist (s.o. B. II. 1.). Deshalb bedeutet nicht jeder Verstoß gegen § 31 Abs. 2 BauGB eine Verletzung der Nachbargemeinde in eigenen Rechten, sondern nur eine Einzelfallzulassung, die § 2 Abs. 2 BauGB verletzen würde. Dabei ist die Frage, ob die Berücksichtigung von § 2 Abs. 2 BauGB einer Befreiung bereits dann entgegensteht, wenn das Vorhaben „unmittelbare Auswirkungen gewichtiger Art“ auf die Nachbargemeinde hat, weil dies ein Planungsbedürfnis (d.h. das Bedürfnis nach einem komplexen Ausgleich widerstreitender Belange) auslöst,⁴¹ dem durch eine Einzelfallgenehmigung nicht Rechnung getragen werden kann,⁴² oder erst dann, wenn die Auswirkungen einer Planung auf die benachbarte Gemeinde „unzumutbar“ sind, d.h. nach § 2 Abs. 2 BauGB auch nicht zum Inhalt einer Planung gemacht werden könnten.⁴³ Letztlich kann eine Beantwortung dieser Frage hier dahinstehen, weil sich bereits „unmittelbare Auswirkungen gewichtiger Art“ nicht feststellen lassen: Es liegt nicht auf der Hand, dass durch die Zulassung eines 5-stöckigen Gebäudes in der zum Gemeindegebiet von G gehörenden Umgebung des Friedberger Weihers der Tourismus auch in der Nachbargemeinde N (die den naturnahen Charakter der Landschaft durch eigenes Planungsrecht schützt) leiden würde. Denn selbst ein 5-stöckiges Haus von 18 m Höhe überschreitet die Wipfelhöhe ausgewachsener Bäume nur minimal und ist insofern nicht per se geeignet, den Charakter des laut SV ohnehin bebauten, also nicht völlig naturbelassenen Charakter des Weiherumfeld grundlegend zu verändern. Gleichzeitig hat ein Gebäude von dieser Höhe noch keine massive Fernwirkung. N wird damit nicht in ihrem subjektiven Recht aus § 31 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 BauGB verletzt (a.A. nicht gänzlich unvertretbar; allerdings fehlen dafür gute Argumente im SV).

IV. Ergebnis Begründetheit

Die Klage ist unbegründet.

E. Gesamtergebnis

Die Klage der Gemeinde N ist zwar zulässig, aber unbegründet und hat deshalb keine Aussicht auf Erfolg (a.A. vertretbar).

⁴¹ Vgl. nur BVerwGE 117, 25 (32 f.) = BVerwG NVwZ 2003, 86 (87); BayVGH, Beschl. v. 1.12.2009 – 15 ZB 09.1169, Rn. 11 (juris).

⁴² Dafür Hoffmann, NVwZ 2010, 738 (740).

⁴³ Vgl. nur König (Fn. 4), Rn. 152; Uechtritz (Fn. 31), § 2 Rn. 31 m.w.N.

Schwerpunktbereichsklausur: Zwielfichtige Dienstreisen in Kolonien*

Von Wiss. Mitarbeiter **Valentin Schatz**, Hamburg, Ref. iur. **Yasmin Khuder**, Wien**

Die erste Aufgabe der Klausur behandelt materiell-rechtlich schwerpunktmäßig den Klassiker der Immunität staatlicher Funktionsträger. Sie geht insoweit aber im Lichte des aktuellen Verfahrens Äquatorialguinea vs. Frankreich vor dem Internationalen Gerichtshof (IGH) auch auf die jüngsten Entwicklungen in Rechtsprechung und Staatenpraxis ein. Die zweite Aufgabe behandelt insoweit ebenfalls einen Klassiker, als dass die Prüfung der Zulässigkeit einer Klage vor dem IGH gefragt ist. Der Schwerpunkt liegt hierbei auf der Problematik der Auslegung einer Streitbeilegungsklausel in einem völkerrechtlichen Vertrag. Die Wahl der konkreten Streitbeilegungsklausel basiert wie Teil 1 auf dem aktuellen IGH-Verfahren Äquatorialguinea vs. Frankreich. Die dritte Aufgabe thematisiert die nach wie vor umstrittene Frage, ob die Immunität von Staatsoberhäuptern vor den Strafgerichten anderer Staaten in Fällen von Verstößen gegen zwingendes Völkerrecht Geltung beanspruchen kann.

Sachverhalt

Da die Wirtschaft des Entwicklungslandes Äquatorien schwächelt, entschließt sich die äquatorische Regierung, künftig verstärkt auf die Förderung von Erdöl auf dem äquatorischen Festlandsockel durch ausländische Investoren zu setzen. Hiervon verspricht sich die Regierung wichtige Devisen durch die Vergabe von Lizenzen zur Erdölförderung sowie Investitionen zur Ankurbelung des Wirtschaftswachstums. Um der neuen wirtschaftspolitischen Strategie gerecht zu werden, wird die äquatorische Verfassung im Januar 2018 dahingehend geändert, dass dem Ressourcenminister eine umfassende Außenvertretungskompetenz zukommt, die es ihm erlaubt, in den Angelegenheiten seines Ressorts anstelle des Außenministers aufzutreten.

Im September 2018 besucht der aktuelle äquatorische Ressourcenminister R die ehemalige Kolonialmacht Äquatoriens – Kolonien –, um mit der Regierung von Kolonien ein bilaterales Abkommen über die Rahmenbedingungen für die Förderung von Erdöl sowie verbindliche Schutzgarantien für kolonische Investoren auszuhandeln. R nutzt diese Reise aber nicht ausschließlich im Interesse Äquatoriens, sondern auch dazu, in seinem Heimatland veruntreute Staatsgelder in re-

präsentative Immobilien in der Hauptstadt von Kolonien zu investieren, in denen künftig seine Familie leben soll.

Als R im August 2019 nach seinem Ausscheiden aus dem Amt des Ressourcenministers erneut nach Kolonien reist, um seinen Ruhestand in einer der im Jahr 2018 erworbenen Stadtvillen zu genießen, wird er auf die Strafanzeige einer Bürgerrechts-NGO hin von der kolonischen Polizei verhaftet. Die kolonische Staatsanwaltschaft klagt R in Verbindung mit den während seiner Reise im Jahr 2018 getätigten Geschäften wegen Geldwäsche an. Die äquatorische Regierung interveniert im Gerichtsverfahren vor der kolonischen Strafgerichtsbarkeit und macht geltend, dass die Klage aufgrund der Immunität des R unzulässig sei. Die Immunität des R als äquatorischer Ressourcenminister gelte absolut und hieran könne auch das zwischenzeitliche Ausscheiden des R aus seinem Amt nicht rückwirkend etwas ändern. Hiervon unbeeindruckt verwirft das kolonische Strafgericht den Immunitätseinwand Äquatoriens, erklärt die Klage der Staatsanwaltschaft für zulässig und leitet das Hauptverfahren ein. Daraufhin bestellt Äquatorien die kolonische Botschafterin ein, um auf eine Einstellung des Verfahrens hinzuwirken. Die Verhandlungen kommen aber nach mehreren Anläufen innerhalb der folgenden sechs Monate zu einem Stillstand.

Aufgabe 1a)

Prüfen Sie zunächst in einem Gutachten, das (ggf. hilfsgutachterlich) auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, ob der von Äquatorien geltend gemachte Anspruch gegen Kolonien auf Einstellung des Verfahrens besteht. Lassen Sie hierbei das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität (UNTOC) außer Betracht.

Aufgabe 1b)

Prüfen Sie, ob eine Klage Äquatoriens gegen Kolonien zur Durchsetzung eines möglichen Anspruches auf Einstellung des Gerichtsverfahrens gegen R vor dem IGH zulässig wäre. Berücksichtigen Sie hierbei auch das UNTOC.

Abwandlung

Präsidentin P – das Staatsoberhaupt Äquatoriens – hat während ihrer Amtszeit über Jahre hinweg bei zahlreichen Aufenthalten in Kolonien Bedienstete foltern lassen, wenn deren Verhalten ihr missfiel. Bei einem Besuch in Kolonien im Jahr 2019 – ebenfalls noch während ihrer Amtszeit – wird P noch am Flughafen von der kolonischen Polizei empfangen und festgenommen. Die kolonische Staatsanwaltschaft klagt P wegen der mittlerweile durch Zeugenaussagen bekannt gewordenen Folterungen vor der kolonischen Strafgerichtsbarkeit an. Auf den Einwand der äquatorianischen Regierung, die P genieße uneingeschränkte Immunität, entgegnet die kolonische Staatsanwaltschaft, dass im Falle so menschenverachtender Taten wie Folter der Immunitätsschutz nicht gelten könne.

* Eine frühere Fassung des Falles war im Sommersemester 2018 Gegenstand einer Abschlussklausur im Schwerpunktbereich „Europäisches und Internationales Recht“ an der Universität Trier.

** Der Verf. *Schatz*, Jurist Univ., ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Internationales Seerecht und Umweltrecht, Völkerrecht und Öffentliches Recht (Prof. *Dr. Alexander Proelß*) an der Universität Hamburg. Die Verf. *Khuder*, Ref. Jur., ist derzeit Praktikantin beim UNHCR in Wien und frühere wissenschaftliche Hilfskraft am selbigen Lehrstuhl. Besonderer Dank für wertvolle Anmerkungen gilt *Felix Bode*, Ref. Jur., Wiss. Mitarbeiter und Doktorand am selbigen Lehrstuhl und *Rahel Schwarz*, wissenschaftliche Hilfskraft am selbigen Lehrstuhl.

Aufgabe 2

Nehmen Sie gutachterlich zu der Frage Stellung, ob sich die Tatsache, dass P hier Folter vorgeworfen wird, auf ihre Immunität auswirkt. Gehen Sie hierbei davon aus, dass weder Kolonien noch Äquatorien Vertragsparteien der UN-Antifolterkonvention¹ sind.

Bearbeitervermerk

Gehen Sie bei Ihrer Bearbeitung davon aus, dass sowohl Äquatorien als auch Kolonien Mitglieder der Vereinten Nationen (UN) sind. Gehen Sie ferner davon aus, dass beide Staaten Vertragsparteien des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (WVK), sowie des UNTOC sind. Auf die unten abgedruckten Normen des UNTOC wird hingewiesen. Andere als die abgedruckten Normen des UNTOC bleiben bei der Bearbeitung außer Betracht.

Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität (UNTOC)²

Artikel 4 (Schutz der Souveränität)

(1) Die Vertragsstaaten erfüllen ihre Verpflichtungen nach diesem Übereinkommen in einer Weise, die mit den Grundsätzen der souveränen Gleichheit und territorialen Unversehrtheit der Staaten sowie der Nichteinmischung in die inneren Angelegenheiten anderer Staaten vereinbar ist.

(2) Dieses Übereinkommen berechtigt einen Vertragsstaat nicht, im Hoheitsgebiet eines anderen Staates Gerichtsbarkeit auszuüben und Aufgaben wahrzunehmen, die nach dem innerstaatlichen Recht dieses anderen Staates ausschließlich dessen Behörden vorbehalten sind.

Artikel 35 (Beilegung von Streitigkeiten)

(1) Die Vertragsstaaten bemühen sich, Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung dieses Übereinkommens durch Verhandlungen beizulegen.

(2) Jede Streitigkeit zwischen zwei oder mehr Vertragsstaaten über die Auslegung oder Anwendung dieses Übereinkommens, die nicht innerhalb [eines angemessenen Zeitraums] durch Verhandlungen beigelegt werden kann, [...] wird auf Verlangen eines dieser Vertragsstaaten [...] dem Internationalen Gerichtshof [unterbreitet].

Lösungsvorschlag zu Aufgabe 1a)

I. Anspruch auf Einstellung des Gerichtsverfahrens gegen R

Zu klären ist, ob Äquatorien gegen Kolonien einen Anspruch auf Einstellung des Gerichtsverfahrens gegen R vor der kolonischen Strafgerichtsbarkeit hat.

Nach den völkerrechtswidrigen Regeln zur Staatenverantwortlichkeit besteht ein solcher Anspruch auf Einstellung,³ wenn die Durchführung des Gerichtsverfahrens eine

völkerrechtswidrige Handlung Koloniens gegenüber Äquatorien darstellt.⁴ Dies ist der Fall, wenn die Durchführung des Gerichtsverfahrens Kolonien zurechenbar ist (vgl. Art. 2 lit. a ARSIWA) und eine völkerrechtliche Verpflichtung verletzt (vgl. Art. 2 lit. b ARSIWA).

1. Zurechenbares Handeln

Die Zurechenbarkeit eines Handelns zu einem Staat richtet sich nach den allgemeinen völkergewohnheitsrechtlichen Zurechnungsregeln (vgl. auch Art. 4 ff. ARSIWA). Insbesondere ist einem Staat hiernach das Handeln seiner Staatsorgane zuzurechnen (vgl. Art. 4 Abs. 1 ARSIWA).⁵ Die Zulässigkeit des Strafverfahrens gegen R wurde von einem kolonischen Strafgericht bejaht. Dabei handelt es sich um ein Organ der Judikative, dessen Handeln dem Staat Kolonien unmittelbar zuzurechnen ist.

2. Verletzung einer völkerrechtlichen Verpflichtung

Kolonien könnte durch die Durchführung des Gerichtsverfahrens seine Verpflichtung gegenüber Äquatorien, eine mögliche Immunität des R zu respektieren, verletzt haben. Dies ist der Fall, wenn Kolonien seine Gerichtsbarkeit über R ausgeübt hat, obwohl wegen einer Immunität des R diesbezüglich ein Hindernis bestand, aufgrund dessen das kolonische Strafgericht die Zulässigkeit der Klage hätten verneinen und das Verfahren einstellen müssen.

In der Tat folgt aus dem völkergewohnheitsrechtlichen Grundsatz der souveränen Gleichheit der Staaten (vgl. auch Art. 2 Abs. 1 UN-Charta), dass Staaten nicht über andere Staaten zu Gericht sitzen dürfen, da sich andernfalls die zwischen ihnen geltende Gleichheit in ein Über- und Unterordnungsverhältnis verändern würde (par in parem non habet iurisdictionem).⁶ Dies gilt auch dann, wenn ein Ereignis im

(ARSIWA). Die ARSIWA sind als solche nicht unmittelbar völkerrechtlich verbindlich, kodifizieren aber überwiegend Völkergewohnheitsrecht. Vgl. hierzu Crawford, State Responsibility, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of International Law, Stand: 2006, Rn. 65.

⁴ Vgl. Art. 1, 2, 28, 30 lit. a ARSIWA. Siehe nur ICJ, Urt. v. 25.9.1997 – ICJ GL No 92 (Gabčíkovo-Nagymaros Project, Hungary v. Slovakia) = ICJ Rep. 1997, 7 (38) Rn. 47; ICJ, Urt. v. 9.4.1949 – ICJ GL No 1 (Corfu Channel Case, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland vs. Albania) = ICJ Rep. 1949, 4 (23, 36).

⁵ Art. 4 Abs. 1 ARSIWA kodifiziert insoweit Völkergewohnheitsrecht. Siehe nur ICJ, Gutachten v. 29.4.1999 – ICJ GL No 100 (Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights) = ICJ Rep. 1999, 62 (87) Rn. 62.

⁶ ICJ, Urt. v. 3.2.2012 – ICJ GL No 143 (Jurisdictional Immunities of the State, Germany v. Italy) = ICJ Rep. 2012, 99 (123) Rn. 57; ILC, Report of the International Law Commission 65th Sess.: Chapter V, Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, UN Doc. A/68/10 (2013), S. 69, Rn. 6; ICJ, Urt. v. 6.6.2018 – ICJ GL No 163 (Immunities and Criminal Proceedings, Equatorial Guinea v. France

¹ BGBl. II 1990, S. 246.

² BGBl. II 2005, S. 954, 956.

³ Vgl. Art. 28, 30a ILC, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, GA Res. 56/83 of 12.12.2001

Territorium des Staates stattfindet oder die betroffene Person sich dort aufhält, also eigentlich nach dem Grundsatz der territorialen Souveränität dem Staat auch Gebietshoheit und damit Jurisdiktion zusteht.⁷ Insoweit bedeutet der Grundsatz der Staatenimmunität also zugleich eine Beschränkung der Gebietshoheit.⁸ Aus den Grundsätzen der souveränen Gleichheit der Staaten und der Staatenimmunität folgt auch der Grundsatz der Immunität staatlicher Funktionsträger fremder Staaten.⁹ Schließlich handeln Staaten durch ihre Organe, so dass mit denselben Erwägungen auch (alle) Staatsorgane Immunität für ihre hoheitlichen (amtlichen) Handlungen genießen.¹⁰ Die Existenz dieses Grundsatzes als Norm des Völkergewohnheitsrechts ist – anders als seine genauen Konturen – allgemein anerkannt.¹¹

Äquatorien kann sich also im Streitgegenständlichen Verfahren gegenüber Kolonien auf eine Immunität des R berufen, wenn Äquatorien im Hinblick auf R Immunität *ratione personae* bzw. betreffend die Handlungen des R Immunität *ratione materiae* geltend machen kann.

a) Immunität *ratione personae*

aa) Persönlicher Geltungsbereich der Immunität *ratione personae*

Zunächst müsste R als äquatorischer Ressourcenminister vom persönlichen Geltungsbereich des Grundsatzes der Immunität *ratione personae* staatlicher Funktionsträger umfasst sein. Dieser begründet im Hinblick auf alle Handlungen, die auf dem Gebiet eines anderen Staates begangen werden, eine vollständige persönliche Immunität der Betroffenen vor jeder Art gerichtlicher oder strafrechtlicher Inanspruchnahme.¹²

Es ist anerkannt, dass jedenfalls Staatsoberhäupter während ihrer Amtszeit Immunität *ratione personae* vor der Gerichtsbarkeit fremder Staaten genießen.¹³ Ein sich im Ausland aufhaltendes Staatsoberhaupt hat nach Völkergewohnheits-

recht an der Immunität des Staates teil, den es repräsentiert.¹⁴ Die Immunität *ratione personae* schützt hierbei die Person des Staatsoberhauptes als diejenige eines Teilnehmers am internationalen Rechtsverkehr.¹⁵ Des Weiteren ist auch die Immunität von Regierungschefs weitgehend anerkannt.¹⁶ Nach dem funktionalen Ansatz des IGH, der vor allem die tatsächliche Außenvertretung und nicht lediglich die formale Stellung eines Amtsträgers ins Auge fasst, sollen auch Außenminister aufgrund der Notwendigkeit der Sicherung der effektiven Ausübung ihrer staatlichen Funktionen an der Immunität staatlicher Funktionsträger teilhaben.¹⁷ Schließlich ist die völkerrechtliche Repräsentation durch das Staatsoberhaupt in der Praxis weitestgehend eine Fiktion. In der Staatenpraxis repräsentieren vielmehr die Regierungschefs und Außenminister den Staat,¹⁸ weshalb für diese auch der gewohnheitsrechtliche Grundsatz der Immunität im gleichen Umfang wie für das Staatsoberhaupt Geltung hat.¹⁹ Letztlich deckt sich diese „Troika“ aus Staatsoberhaupt, Regierungschef und Außenminister mit den in Art. 7 Abs. 2 lit a WKV genannten staatlichen Funktionsträgern, denen bereits Kraft ihres Amtes eine Befugnis zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge zukommt.²⁰

Es fragt sich indes, ob auch R, der als Ressourcenminister in keine der genannten anerkannten Gruppen fällt, am Grundsatz der Immunität staatlicher Funktionsträger teilhaben kann. Folgt man dem funktionalen Ansatz des IGH zur Begründung der Immunität des Außenministers, so ist es tatsächlich konsequent, die Immunität auch auf solche Regierungsmitglieder auszudehnen, die nach dem innerstaatlichen Recht ihres Staates Funktionen der Außenvertretung wahrnehmen, die mit denen eines Außenministers vergleichbar sind.²¹ So hat auch der IGH in seiner Kongo vs. Ruanda-Entscheidung festgestellt, dass Staaten in jüngerer Zeit zunehmend auch andere Personen als Staatsoberhäupter, Regierungsoberhäupter und Außenminister mit völkerrechtlicher Vertretungsbefugnis ausstatten. Der IGH nennt beispielsweise Fachminister, die im Rahmen ihres Kompetenzbereichs auch die auswärtigen Be-

[Preliminary Objections]), Joint Dissenting Opinion of Vice-President Xue, Judges Sebutinde and Robinson and Judge ad hoc Kateka, Rn. 20–25; EGMR, Urt. v. 21.11.2001 – 35763/97 (Al-Adsani v. The United Kingdom), Rn. 54 = EuGRZ 2002, 403 (406).

⁷ ICJ, Urt. v. 3.2.2012 – ICJ GL No 143 (Jurisdictional Immunities of the State, Germany v. Italy) = ICJ Rep. 2012, 99 (123) Rn. 57; Cassese, International Law, 2. Aufl. 2005, S. 98; Stein/v. Buttlar/Kotzur, Völkerrecht, 14. Aufl. 2017, S. 270, Rn. 714.

⁸ ICJ, Urt. v. 3.2.2012 – ICJ GL No 143 (Jurisdictional Immunities of the State, Germany v. Italy) = ICJ Rep. 2012, 99 (123) Rn. 57; Bankas, The State Immunity Controversy in International Law, 2005, S. 34.

⁹ Epping, in: Ipsen, Völkerrecht, 7. Aufl. 2018, § 7 Rn. 286.

¹⁰ v. Arnould, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, § 4 Rn. 327.

¹¹ ICJ, Urt. v. 14.2.2002 – GL No 121 (Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000, Congo v. Belgium) = ICJ Rep. 2002, 3 (20) Rn. 51.

¹² Epping (Fn. 9), § 7 Rn. 286.

¹³ Epping (Fn. 9), § 7 Rn. 286.

¹⁴ van Aleebek, The Immunity of States and their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law, 2008, S.103 ff.

¹⁵ Kau, in: Graf Vitzthum/Proelß, Völkerrecht, 7. Aufl. 2016, 3. Abschnitt, S. 151 Rn. 47.

¹⁶ Fox/Webb, The Law of State Immunity, 2015, S. 564; Akande/Shah, EJIL 21 (2011), 815 (825).

¹⁷ Dafür: Urt. v. 14.2.2002 – GL No 121 (Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000, Congo v. Belgium) = ICJ Rep. 2002, 3 (21) Rn. 53; Fox/Webb (Fn. 16), S. 564. Dagegen: Akande/Shah (Fn. 16), 815 (825); Chok, Am. U. Int'l L. Rev. 30 (2015), 489 (517 ff.).

¹⁸ Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht, 2. Aufl. 1998 (Reprint 2012), Band I/1, S. 256 ff.

¹⁹ Epping (Fn. 9) § 7 Rn. 287; Kau (Fn. 15), S. 151 Rn. 47.

²⁰ Dazu Hoffmeister, in: Dörr/Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 22.

²¹ So auch: Fox/Webb (Fn. 16), S. 565; a.A.: Akande/Shah, (Fn. 16), 815.

ziehungen wahrnehmen.²² Betroffen seien aber gegebenenfalls sogar auch andere Staatsbedienstete.²³ In diesem Rahmen seien unter anderem auch Justizminister zur Außenvertretung befugt.²⁴ Folgt man dieser Tendenz in der Rechtsprechung des IGH, so dürften auch Fachminister unter den genannten Umständen nach Art. 7 Abs. 1 lit b WVK außenvertretungsbefugt sein²⁵ und damit kraft Ihrer Funktion Immunität genießen.²⁶

Diese Rechtsprechung scheint im Zeichen verstärkter Internationalisierung zeit- und sachgerecht. Heutzutage nehmen auch Innen-, Justiz- und Finanzminister ebenso wie sonstige Ressortminister in wesentlich größerem Umfang mit Außenvertretungskompetenz an bilateralen und multilateralen Konferenzen und Zusammenkünften teil und tragen dadurch substantiell zur diplomatischen Kooperation bei.²⁷ Ausgehend von der Funktion der Immunität von Staatsbediensteten liegt der Sinn des Immunitätsschutzes darin, einen effektiven internationalen Austausch zu gewährleisten und nicht durch Strafverfolgungsmaßnahmen oder vergleichbare Beeinträchtigungen zu behindern.²⁸

Auch die Spruchpraxis nationaler Gerichte, die gem. Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut ergänzend herangezogen werden kann, stützt die Einschätzung, dass das Völkergewohnheitsrecht unter den genannten Voraussetzungen auch eine Immunität von Fachministern vorsieht.²⁹ Keine Immunität

dürften demgegenüber Staatsbedienstete genießen, die keine Außenvertretungskompetenzen wahrnehmen, so wie beispielsweise ein Geheimdienstchef³⁰ oder ggf. ein Innenminister.³¹ Da die Außenvertretung regelmäßig nicht die Hauptaufgabe von anderen Ministern als dem Außenminister ist, gilt der Grundsatz der Immunität staatlicher Funktionsträger nach vorzugswürdiger Auffassung³² für solche Personen nur, wenn sie (1) ihre staatlichen Aufgaben im Ausland ausüben, (2) Immunität für die Ausübung dieser Aufgaben erforderlich ist und (3) sie im Rahmen dieser Aufgaben eine Außenvertretungskompetenz haben, ihren Staat also völkerrechtlich binden können.

Die äquatorische Verfassung stattet R als Ressourcenminister mit besonders umfangreichen Außenvertretungskompetenzen im Bereich seines Ressorts aus, zu denen auch der Abschluss völkerrechtlicher Abkommen mit anderen Staaten gehört, deren Gegenstand die Förderung von äquatorischen Ressourcen ist. R hielt sich im Jahr 2018 auch gerade zu diesem Zweck in Kolonien auf. Daher erscheint es gerechtfertigt, R im konkreten Fall als vom Grundsatz der Immunität staatlicher Funktionsträger *ratione personae* umfasst anzusehen (a.A. sehr gut vertretbar).

bb) Zeitliche Geltung der Immunität ratione personae

R war jedoch zu Beginn des Gerichtsverfahrens im Jahr 2019 bereits aus dem Amt des Ressourcenministers ausgeschieden, weshalb sich die Frage nach der zeitlichen Geltung seiner Immunität *ratione personae* stellt.

Die Immunität erstreckt sich zunächst auf den Zeitraum, in dem ein staatlicher Funktionsträger sein Amt innehat.³³ Während der Amtszeit gilt also der absolute Schutz der Immunität *ratione personae*. Daher darf während der Amtszeit auch keine Unterscheidung zwischen Handlungen, die der Amtsausübung dienen und privaten Handlungen vorgenommen werden.³⁴ Nach Ende der Amtszeit muss indes differenziert werden. Für Handlungen, die erst nach dem Ausschei-

minister. Siehe auch die angeführte Staatenpraxis in ICJ, Immunities and Criminal Proceedings (Fn. 6), Memorial of the Republic of Equatorial Guinea (Vol. 1, 3.1.2017), S. 71 ff.

³⁰ ICJ, Urt. v. 4.6.2008 – GL No 136 (Case concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters, Djibouti v. France) = ICJ Rep. 2008, 177 (243) Rn. 194. Der IGH hat im genannten Fall die Frage der Immunität *ratione personae* nicht im Detail behandelt, da Djibouti seinen Antrag diesbezüglich geändert hat.

³¹ Der IGH hat sich trotz Gelegenheit dazu bisher nicht zur Immunität *ratione personae* von Innenministern bekannt, diese aber auch nicht ausdrücklich verneint. Vgl. ICJ, Urt. v. 17.6.2003 – GL No 129 (Case concerning Certain Criminal Proceedings in France, Republic of the Congo v. France) = ICJ Rep. 2003, 102.

³² *Fox/Webb* (Fn. 16), S. 566.

³³ *Epping* (Fn. 9), § 7 Rn. 286.

³⁴ ICJ, Urt. v. 14.2.2002 – GL No 121 (Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000, Congo v. Belgium) = ICJ Rep. 2002, 3 (22) Rn. 55.

²² ICJ, Urt. v. 3.2.2006 – GL No 126 (Armed Activities on the Territory of the Congo, Democratic Republic of the Congo/Rwanda [Jurisdiction and Admissibility of the Claim]) = ICJ Rep. 2006, 6 (27) Rn. 47.

²³ ICJ, Urt. v. 3.2.2006 – GL No 126 (Armed Activities on the Territory of the Congo, Democratic Republic of the Congo/Rwanda [Jurisdiction and Admissibility of the Claim]) = ICJ Rep. 2006, 6 (27) Rn. 47.

²⁴ ICJ, Urt. v. 3.2.2006 – GL No 126 (Armed Activities on the Territory of the Congo, Democratic Republic of the Congo/Rwanda [Jurisdiction and Admissibility of the Claim]) = ICJ Rep. 2006, 6 (27) Rn. 48.

²⁵ *Hoffmeister* (Fn. 20), Art. 7 Rn. 21.

²⁶ In diese Richtung gehend definiert auch die UN-Konvention zur Staatenimmunität den Begriff des Staates umfassend und schließt in Art. 2 lit. b (i), (iv) auch die staatlichen Organe, sowie außenvertretungsbefugte Repräsentanten des Staates ein. Damit sind jedoch, wie sich aus Art. 3 Abs. 2 ergibt, lediglich funktionale, nicht auch private Akte eines Staatsorgans geschützt. Es wird also keine Immunität *ratione personae* gewährt. Die UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Properties wurde 2004 von der Generalversammlung angenommen (UN Doc A/Res/59/38). Für ihr Inkrafttreten sind gem. Art. 30 der Konvention 30 Ratifikationen erforderlich. Bislang haben erst 22 Staaten die Ratifikationsurkunden hinterlegt. Stand: 10.10.2019.

²⁷ *Kau* (Fn. 15), S. 151 Rn. 48.

²⁸ *Fox/Webb* (Fn. 16), S. 560; *Kolb*, SZIER 24 (2014), 179 (182 ff.); *Kreicker*, JR 2015, 298 (299).

²⁹ Siehe dazu die Beispiele bei *Fox/Webb* (Fn. 16), S. 565: Schweiz: Russischer Atomminister, England: Israelischer Verteidigungsminister, England: Chinesischer Wirtschafts-

den aus dem Amt vorgenommen werden, besteht von vornherein keine Immunität *ratione personae*. Bei Handlungen, die – wie hier – während der Amtszeit vorgenommen wurden, gilt erst nach Ende der Amtszeit keine Immunität *ratione personae* mehr.³⁵ Somit kann sich Kolonien nicht mehr auf die Immunität *ratione personae* des R berufen.

b) Immunität *ratione materiae*

Möglicherweise kann sich Kolonien im Hinblick auf die Handlungen des R, die Gegenstand des Strafverfahrens sind, aber auf Immunität *ratione materiae* berufen.

Im Gegensatz zur Immunität *ratione personae* ist eine Immunität *ratione materiae* im Hinblick auf Ressortminister mit Außenvertretungskompetenz weitgehend akzeptiert.³⁶

Anders als die Immunität *ratione personae* gilt die Immunität *ratione materiae* für Handlungen, die der Amtsausübung dienen, auch nach der Amtszeit fort.³⁷ Die Fortgeltung der Immunität *ratione materiae* nach Ende der Amtszeit ist unter anderem dadurch gerechtfertigt, dass (1) anderenfalls hochrangige Amtsträger von einer effektiven Amtsausübung abgeschreckt würden, (2) Amtsträger zudem einen Anreiz hätten, so lange wie möglich im Amt zu bleiben, um eine Strafverfolgung zu verhindern und (3) anderenfalls eine volle strafrechtliche Überprüfung staatlichen Handelns durch die Gerichte eines fremden Staates möglich wäre.³⁸

Von der Immunität *ratione materiae* ausgenommen sind aber kriminelle Handlungen, die lediglich dem Vergnügen bzw. Nutzen des früheren Amtsträgers dienen.³⁹ Diese Einschränkung ist insofern sachgerecht, als der Schutz zugunsten der Würde und Funktionsfähigkeit des Staates und nicht zugunsten der einzelnen Person besteht.⁴⁰ Für private Handlungen, die während der Amtszeit vorgenommen wurden, gilt deshalb rückwirkend keine Immunität mehr.⁴¹ Die in Rede stehenden Handlungen von R – also der Kauf von Immobilien mit veruntreuten Staatsgeldern – sind also darauf hin zu untersuchen, ob sie als hoheitliches Handeln (*acta iure imperii*) oder privates bzw. gewerbliches Handeln (*acta iure gestionis*) einzuordnen sind.⁴² Es kommt also darauf an, ob R in Ausübung der ihm zustehenden Hoheitsgewalt, also öffent-

lich-rechtlich, oder als Privatperson tätig geworden ist. Zwar erwarb R die Immobilien anlässlich seines dienstlichen Aufenthalts in Kolonien – sie standen zu diesem aber in keinem sachlichen Zusammenhang. Auch die Tatsache, dass die von R für den Kauf genutzten Gelder aus dem Staatshaushalt stammten, führt nicht dazu, dass der Kauf von Immobilien zu rein privaten Zwecken zu einer hoheitlichen Handlung wird. Somit handelte R hier privat und nicht hoheitlich. Äquatorien kann sich also hinsichtlich des Kaufes der Immobilien nicht auf eine Immunität *ratione materiae* des R berufen.

II. Ergebnis

Kolonien hat durch die Ausübung seiner Strafgerichtsbarkeit über R nicht die Immunität des R verletzt und folglich auch nicht völkerrechtswidrig gehandelt. Daher hat Äquatorien keinen Anspruch gegen Kolonien auf Einstellung des Strafverfahrens gegen R.

Lösungsvorschlag zu Aufgabe 1b)

Zu prüfen ist, ob eine Klage Äquatoriens gegen Kolonien zur Durchsetzung eines Anspruches auf Einstellung des Strafverfahrens gegen R wegen einer Verletzung der Immunität des R vor dem IGH zulässig ist.

I. Zulässigkeit

1. Parteifähigkeit (*jurisdiction ratione personae*)

Äquatorien und Kolonien sind Staaten und zudem als Mitglieder der Vereinten Nationen (UN) automatisch Parteien des IGH-Statuts, weshalb sie nach Art. 34 Abs. 1 IGH-Statut und Art. 35 Abs. 1 IGH-Statut in Verbindung mit Art. 93 Abs. 1 UN-Charta parteifähig sind.

2. Gerichtsbarkeit des IGH

Es fragt sich, ob der IGH seine Gerichtsbarkeit über eine Streitigkeit zwischen Äquatorien und Kolonien ausüben kann. Dies bemisst sich nach Art. 36 IGH-Statut, der drei Quellen der Gerichtsbarkeit des IGH kennt.⁴³ Hier haben Äquatorien und Kolonien ihre Streitigkeit dem IGH nicht auf Basis einer ad-hoc-Vereinbarung im Sinne des Art. 36 Abs. 1 IGH-Statut unterbreitet (sog. *compromis*) und auch mangels Angaben im Sachverhalt keine Unterwerfungserklärungen auf Basis der Fakultativklausel des Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut abgegeben. Somit kommt im konkreten Fall nur eine in einem geltenden völkerrechtlichen Vertrag besonders vorgesehene Angelegenheit im Sinne des Art. 36 Abs. 1 IGH (sog. Streitbeilegungsklausel oder *compromissory clause*)⁴⁴ in Betracht.

Die Gerichtsbarkeit des IGH über die Streitigkeit könnte im konkreten Fall auf Art. 35 Abs. 2 UNTOC gestützt werden, wenn die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen von Art. 35 Abs. 2 UNTOC gewahrt wurden und wenn es sich um eine Streitigkeit über die Auslegung oder Anwendung des UNTOC handelt.

⁴³ Tomuschat, in: Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm, *The Statute of The International Court of Justice – A Commentary*, 2005, Art. 36 Rn. 19.

⁴⁴ Tomuschat (Fn. 43), Art. 36 Rn. 19.

³⁵ *Fox/Webb* (Fn. 16), S. 566.

³⁶ Vgl. Art. 2 lit. b (i), (iv) und 10 UN-Konvention zur Staatenimmunität.

³⁷ UK House of Lords, Urt. v. 25.11.1998 (*Regina v. Bartle and Commissioner of Police, Ex parte Pinochet*) = ILM 1999, 581; *Fox/Webb* (Fn. 16), S. 566.

³⁸ *Fox/Webb* (Fn. 16), S. 559.

³⁹ *Kau* (Fn.15), S. 151 Rn. 49.

⁴⁰ *Stein/v. Buttlar/Kotzur* (Fn. 7) S. 271 Rn. 725.

⁴¹ ICJ, Urt. v. 14.2.2002 – GL No 121 (*Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000, Congo v. Belgium*) = ICJ Rep. 2002, 3 (25) Rn. 61; UK House of Lords, UK House of Lords, Urt. v. 25.11.1998 (*Regina v. Bartle and Commissioner of Police, Ex parte Pinochet* (Fn. 37), 581; *Fox/Webb* (Fn. 16), S. 566.

⁴² ICJ, Urt. v. 3.2.2012 – ICJ GL No 143 (*Jurisdictional Immunities of the State, Germany v. Italy*) = ICJ Rep. 2012, 99 (125) Rn. 60.

a) *Verfahrensrechtliche Voraussetzungen von Art. 35 Abs. 2 UNTOC*

Gemäß Art. 35 Abs. 2 UNTOC kann eine Streitigkeit über die Auslegung und Anwendung des UNTOC nur dann dem IGH unterbreitet werden, wenn sie „nicht innerhalb eines angemessenen Zeitraums durch Verhandlungen beigelegt werden kann“. Diese verfahrensrechtliche Voraussetzung dient in Verbindung mit der Verpflichtung aus Art. 35 Abs. 1 UNTOC dem Zweck, Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung des UNTOC durch Verhandlungen beizulegen. Sie dient zudem der Förderung diplomatischer Streitbeilegung, bevor die Eskalationsstufe eines Verfahrens vor dem IGH gewählt wird. Der IGH stellt keine hohen Anforderungen an derartige verfahrensrechtliche Voraussetzungen (Verhandlungen über etwa sechs Monate sind jedenfalls völlig ausreichend).⁴⁵ Laut Sachverhalt hat Äquatorien die kolonische Botschafterin einbestellt und innerhalb von sechs Monaten mehrfach durch Verhandlungen erfolglos versucht, die Streitigkeit beizulegen. Daher ist das Verhandlungserfordernis nach Art. 35 Abs. 2 UNTOC erfüllt.

b) *Streitigkeit über die Auslegung oder Anwendung des UNTOC*

Die Streitigkeit zwischen Äquatorien und Kolonien ist eine Streitigkeit über die Auslegung oder Anwendung des UNTOC, wenn die geltend gemachten Verletzungen völkerrechtlicher Verpflichtungen (also der Streitgegenstand) in den Anwendungsbereich von Normen des UNTOC fallen.⁴⁶ Die Bestimmung des Streitgegenstandes obliegt nicht den Streitparteien, sondern ist Aufgabe des IGH selbst, der auf einer objektiven Grundlage den Streitgegenstand bestimmt, indem er den wirklichen Kern der Streitigkeit und den Zweck der Klage identifiziert.⁴⁷ Äquatorien macht geltend, dass Kolonien mit der Durchführung des Gerichtsverfahrens gegen R die Verpflichtung verletzt hat, die Immunität des R zu respektieren (siehe Aufgabe 1).

Eine solche Verpflichtung existiert jedenfalls im Völkergewohnheitsrecht (siehe Lösung zu Aufgabe 1).⁴⁸ Daneben⁴⁹ könnte eine solche Verpflichtung aber auch aus Art. 4 Abs. 1 UNTOC folgen, der die Vertragsparteien des UNTOC dazu verpflichtet, ihre Verpflichtungen aus dem UNTOC in einer Weise zu erfüllen, die mit den Grundsätzen der souveränen Gleichheit und territorialen Unversehrtheit der Staaten sowie der Nichteinmischung in die inneren Angelegenheiten anderer Staaten vereinbar ist. Aus dem Wortlaut der Vorschrift (im Englischen noch deutlicher: „shall“) ergibt sich, dass es sich bei Art. 4 Abs. 1 UNTOC um eine bindende Verpflichtung und nicht lediglich um eine allgemeine „Zielbestimmung“ handelt.⁵⁰

Fraglich ist indes, in welchem Umfang die Einhaltung der Grundsätze der souveränen Gleichheit und der territorialen Unversehrtheit anderer Staaten durch Art. 4 Abs. 1 UNTOC zur vertraglichen Verpflichtung werden sollen. Es ist denkbar, auch die Achtung der Immunität staatlicher Funktionsträger als Ausfluss der souveränen Gleichheit der Staaten (siehe Lösung zu Aufgabe 1) als von Art. 4 Abs. 1 UNTOC als Vertragspflicht erfasst anzusehen.⁵¹ Dies stünde auch in Einklang mit dem Zweck des UNTOC, die Kooperation zwischen den Vertragsstaaten bei der Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität zu fördern, da etwa Strafverfahren gegen hochrangige Staatsbedienstete der Kooperation meist nicht förderlich sind.⁵² Der Zweck der Verpflichtung aus Art. 4 Abs. 1 UNTOC ist es allerdings nur, sicherzustellen, dass die Vertragsparteien ihre Verpflichtungen aus dem UNTOC im Einklang mit den Grundsätzen der souveränen Gleichheit und der territorialen Unversehrtheit anderer Staaten erfüllen.⁵³ Vor diesem Hintergrund lässt sich die Erforderlichkeit einer deutlich weitergehenden Einbeziehung der Immunität staatlicher Funktionsträger in Art. 4 Abs. 1 UNTOC weder mit dem Sinn und Zweck des Vertrages, noch in systematischer Hinsicht begründen.⁵⁴ Für dieses Ergebnis streitet auch, dass das UNTOC an keiner Stelle ausdrücklich auf Immunitätsfragen Bezug nimmt.⁵⁵ Es kann nicht ange-

⁴⁵ ICJ, Urt. v. 6.6.2018 – ICJ GL No 163, Rn. 76.

⁴⁶ ICJ, Urt. v. 12.12.1996 – ICJ GL No 90 (Case concerning Oil Platforms, Islamic Republic of Iran v. United States of America [Preliminary Objections]) = ICJ Rep. 1996 803 (809) Rn. 16; ICJ, Urt. v. 26.11.1984 – ICJ GL No 70 (Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Nicaragua v. United States of America [Jurisdiction and Admissibility]) = ICJ Rep. 1984 392 (428) Rn. 83; ICJ, Urt. v. 1.4.2011 – ICJ GL No 140 (Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Georgia v. Russian Federation [Preliminary Objections]) = ICJ Rep. 2011 70 (84) Rn. 30.

⁴⁷ ICJ, Immunities and Criminal Proceedings (Fn. 6), Rn. 48; ICJ, Urt. v. 24.9.2015 – ICJ GL No 153 (Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean, Bolivia v. Chile [Preliminary Objection]) = ICJ Rep. 2015 592 (602) Rn. 26; ICJ, Urt. v. 13.12.2007 (Territorial and Maritime Dispute, Nicaragua v. Colombia [Preliminary Objections]) = ICJ Rep. 2007 832 (848) Rn. 38.

⁴⁸ Die Tatsache, dass R im konkreten Fall keine Immunität genießt, wirkt sich auf der Ebene der Gerichtsbarkeit nicht aus, da es sich hierbei um eine Frage der Begründetheit der Klage handelt.

⁴⁹ Vgl. ICJ, Urt. v. 27.6.1986 – ICJ GL No 70 (Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Nicaragua v. United States of America [merits]) = ICJ Rep. 1986 14 (93) Rn. 174.

⁵⁰ ICJ, Urt. v. 6.6.2018 – ICJ GL No 163, Rn. 92; ICJ, Urt. v. 6.6.2018 – ICJ GL No 163, Declaration of Judge Crawford, Rn. 2 ff.

⁵¹ ICJ, Urt. v. 6.6.2018 – ICJ GL No 163, Rn. 11–44.

⁵² ICJ, Immunities and Criminal Proceedings, Joint Dissenting Opinion (Fn. 6), Rn. 17.

⁵³ ICJ, Urt. v. 6.6.2018 – ICJ GL No 163, Rn. 92.

⁵⁴ ICJ, Urt. v. 6.6.2018 – ICJ GL No 163, Rn. 94 f.

⁵⁵ ICJ, Urt. v. 6.6.2018 – ICJ GL No 163, Rn. 94; a.A.: ICJ, Urt. v. 6.6.2018 – ICJ GL No 163 (Immunities and Criminal Proceedings, Equatorial Guinea v. France [Preliminary Objections]), Joint Dissenting Opinion of Vice-President Xue,

nommen werden, dass Art. 4 Abs. 1 UNTOC ganz allgemein alle völkergewohnheitsrechtlichen Verpflichtungen, die aus dem Grundsatz der souveränen Gleichheit der Staaten folgen, in Verpflichtungen im Rahmen des UNTOC umwandelt.⁵⁶ Im Ergebnis erfasst Art. 4 Abs. 1 UNTOC nicht die völkergewohnheitsrechtlichen Regeln zur Immunität von staatlichen Funktionsträgern (a.A. gut vertretbar).⁵⁷

Da die Streitigkeit somit von vornherein nicht in den Anwendungsbereich von Art. 4 Abs. 1 UNTOC fällt, ist sie auch nicht als Streitigkeit über die Auslegung oder Anwendung des UNTOC im Sinne des Art. 35 Abs. 2 UNTOC zu qualifizieren (a.A. gut vertretbar).⁵⁸ Im Ergebnis kann der IGH mangels einer Streitigkeit über die Auslegung oder Anwendung des UNTOC seine Gerichtsbarkeit nicht auf Art. 35 Abs. 2 UNTOC in Verbindung mit Art. 36 Abs. 1 IGH-Statut stützen.

3. Klagebefugnis

Angenommen, die Gerichtsbarkeit des IGH wäre zu bejahen gewesen, dann hätte sich die Frage nach der Klagebefugnis (auch *ius standi* oder *standing*) Äquatoriens gestellt. Diese prüft der IGH grundsätzlich nur auf Rüge des Beklagten hin.⁵⁹ Äquatorien müsste dann ein eigenes rechtliches Inte-

resse (legal interest) darlegen.⁶⁰ Ein solches liegt regelmäßig vor, wenn eine Verletzung von Rechten geltend gemacht wird, die dem klagenden Staat zugeordnet sind.⁶¹ Dies ist hier mit der Geltendmachung einer Immunitätsverletzung durch das Gerichtsverfahren gegen R unproblematisch gegeben. Äquatorien wäre also klagebefugt.

II. Ergebnis

Die Klage Äquatoriens gegen Kolonien ist unzulässig, da die in Rede stehende Streitigkeit nicht in die Gerichtsbarkeit des IGH fällt (a.A. gut vertretbar).

Lösungsvorschlag zu Aufgabe 2

Fraglich ist, ob sich die Tatsache, dass P Folter vorgeworfen wird, auf ihre Immunität vor der Strafgerichtsbarkeit Koloniens auswirkt. Als Staatsoberhaupt von Äquatorien kann sich P grundsätzlich während ihrer Amtszeit auf uneingeschränkte Immunität *ratione personae* berufen (vgl. Lösungsvorschlag zu Aufgabe 1a unter A.II.1.a). Auf diese Immunität kann sich P grundsätzlich auch im Hinblick auf Verstöße gegen das nationale Strafrecht Koloniens sowie Völkerrechtsverletzungen berufen.

Denkbar wäre aber, bei besonders schwerwiegenden Verstößen gegen Menschenrechte – zu denen Folter unzweifelhaft gehört – eine Ausnahme von der Immunität eines Staatsoberhauptes anzunehmen. Der IGH konnte der Staatenpraxis und den Entscheidungen internationaler Gerichte jedoch eine solche völkergewohnheitsrechtliche Ausnahme von der Staatenimmunität für die Ahndung von schwersten Völkerrechtsverstößen nicht entnehmen.⁶² Vielmehr sei die Immunität des Amtsinhabers absolut. Ausnahmen im Hinblick auf die Ausübung innerstaatlicher Gewalt gebe es nicht.⁶³ Immunität sei aber deshalb nicht mit Straflosigkeit gleichzusetzen, da es sich bei Straflosigkeit um eine Frage des materiellen Rechts handle, während Immunität eine verfahrensrechtliche Frage sei.⁶⁴ Unbeschadet der temporären Wirkung der Immunität

Judges Sebutinde and Robinson and Judge ad hoc Kateka, Rn. 12–14.

⁵⁶ ICJ, Urt. v. 6.6.2018 – ICJ GL No 163, Rn. 93; ICJ, Urt. v. 6.6.2018 – ICJ GL No 163 (Immunities and Criminal Proceedings, Equatorial Guinea v. France [Preliminary Objections]), Declaration of Judge Crawford, Rn. 2; a.A.: ICJ, Urt. v. 6.6.2018 – ICJ GL No 163 (Immunities and Criminal Proceedings, Equatorial Guinea v. France [Preliminary Objections]), Joint Dissenting Opinion of Vice-President Xue, Judges Sebutinde and Robinson and Judge ad hoc Kateka, Rn. 11–44.

⁵⁷ ICJ, Urt. v. 6.6.2018 – ICJ GL No 163, Rn. 94–96, 102; a.A.: ICJ, Urt. v. 6.6.2018 – ICJ GL No 163 (Immunities and Criminal Proceedings, Equatorial Guinea v. France [Preliminary Objections]), Joint Dissenting Opinion of Vice-President Xue, Judges Sebutinde and Robinson and Judge ad hoc Kateka, Rn. 11–44.

⁵⁸ ICJ, Urt. v. 6.6.2018 – ICJ GL No 163, Rn. 102; a.A.: ICJ, Urt. v. 6.6.2018 – ICJ GL No 163 (Immunities and Criminal Proceedings, Equatorial Guinea v. France [Preliminary Objections]), Joint Dissenting Opinion of Vice-President Xue, Judges Sebutinde and Robinson and Judge ad hoc Kateka, Rn. 11–44. Es wäre auch gut vertretbar, hier jedenfalls auf der Ebene der Gerichtsbarkeit zunächst noch einen Streit über die Auslegung von Art. 4 Abs. 1 UNTOC anzunehmen und diese Streitfrage dann in der Begründetheit zu entscheiden. Siehe dazu ICJ, Urt. v. 6.6.2018 – ICJ GL No 163 (Immunities and Criminal Proceedings, Equatorial Guinea v. France [Preliminary Objections]), Joint Dissenting Opinion of Vice-President Xue, Judges Sebutinde and Robinson and Judge ad hoc Kateka, Rn. 27.

⁵⁹ Anders als Fragen der Zuständigkeit prüft der IGH Fragen der „admissibility“ nicht ex officio, sondern nur auf eine aus-

drückliche Rüge hin. Siehe zur Thematik *Tomuschat* (Fn. 43), Art 36 Rn. 121 f.

⁶⁰ ICJ, Urt. v. 18.7.1966 – ICJ GL Nos 46 & 47 (South West Africa Cases, Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa [Second Phase]) = ICJ Rep. 1966 6 (34) Rn. 51.

⁶¹ *Schröder*, in: Graf Vitzthum/Proelß (Fn. 15) 7. Abschnitt, S. 539 Rn. 95.

⁶² ICJ, Urt. v. 14.2.2002 – GL No 121 (Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000, Congo v. Belgium) = ICJ Rep. 2002, 3 (24) Rn. 58. Ausdrücklich beschränkt auf die Immunität des Staates selbst (jenseits von Strafverfahren gegen Amtsträger) auch ICJ, Urt. v. 3.2.2012 – ICJ GL No 143 (Jurisdictional Immunities of the State, Germany v. Italy) = ICJ Rep. 2012, 99 (123) Rn. 81–91.

⁶³ ICJ, Urt. v. 14.2.2002 – GL No 121 (Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000, Congo v. Belgium) = ICJ Rep. 2002, 3 (24) Rn. 58.

⁶⁴ ICJ, Urt. v. 14.2.2002 – GL No 121 (Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000, Congo v. Belgium) = ICJ Rep. 2002, 3 (25) Rn. 60.

während der Amtszeit bleibe die Verfolgung in den nationalen Gerichten des Herkunftsstaates möglich; außerdem könne der vom Amtsinhaber repräsentierte Staat dessen Immunität aufheben.⁶⁵ Darüber hinaus seien ausländische nationale Gerichte nicht gehindert, nach Ausscheiden aus dem Amt private Handlungen aus der Amtszeit zu verfolgen, sofern diese in ihre Gerichtsbarkeit fallen; möglich bliebe auch die Strafverfolgung amtierender Amtsinhaber für bestimmte Völkerrechtsverbrechen durch internationale Gerichte.⁶⁶ Eine Ausnahme vom Immunitätsgrundsatz kann daher auch im Hinblick auf die Taten der P nicht angenommen werden.

Zusätzlich ist aber zu beachten, dass das Folterverbot auch zum zwingenden Völkerrecht (*ius cogens*, vgl. Art. 53 WVK) gezählt wird.⁶⁷ Im Falle eines Normenkonflikts geht eine Norm des *ius cogens* einer anderen Regel des Völkergewohnheitsrechts vor.⁶⁸ Vor diesem Hintergrund wird bisweilen argumentiert, dass Verstöße gegen *ius-cogens*-Normen nicht unter Rückgriff auf Rechtsinstrumente wie die Immunität staatlicher Amtsträger gewissermaßen nachträglich gebilligt werden dürften und in solchen Fällen somit Immunitäten zurücktreten müssten.⁶⁹ Voraussetzung hierfür wäre die Existenz eines Normenkonflikts zwischen den Regeln der Immunität und einer *ius-cogens*-Norm, wenn ein Staatsoberhaupt wegen eines Verstoßes gegen eben diese *ius-cogens*-Norm einem Strafverfahren unterworfen wird und sich auf seine Immunität *ratione personae* beruft. An solch einem Normenkonflikt fehlt es aber nach überzeugender Auffassung des IGH,⁷⁰ da die Immunitätsregeln verfahrensrechtlicher Natur sind und ein nationales Strafgericht an der Ausübung seiner Gerichtsbarkeit hindern, während die Frage, ob das in Rede stehende Handeln rechtswidrig war, von der Immunität nicht berührt wird.⁷¹ Eine Anwendung der Immunitätsregeln führt in einer solchen Situation nicht zu einer Anerkennung einer

rechtswidrigen Situation.⁷² Auch die Tatsache, dass damit letztlich die Durchsetzung einer *ius-cogens*-Norm teilweise bzw. vorübergehend behindert wird, stellt keinen Normenkonflikt dar.⁷³ Ein gegenteiliges Ergebnis widerspräche auch der Staatenpraxis.⁷⁴

Im Ergebnis kann sich P vor der Strafgerichtsbarkeit Kolumbiens auf ihre Immunität *ratione personae* berufen, obwohl ihr ein Verstoß gegen das Folterverbot vorgeworfen wird.

⁶⁵ ICJ, Urt. v. 14.2.2002 – GL No 121 (Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000, Congo v. Belgium) = ICJ Rep. 2002, 3 (25) Rn. 60 f.

⁶⁶ ICJ, Urt. v. 14.2.2002 – GL No 121 (Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000, Congo v. Belgium) = ICJ Rep. 2002, 3 (25) Rn. 60 f.

⁶⁷ ICJ, Urt. v. 20.7.2012 – GL No 144 (Questions relating to obligation to prosecute or extradite, Belgium v. Senegal), Separate Opinion Judge Cancado Trindade = ICJ Rep. 2012, 487 (519), Rn. 84 and (557) Rn. 182; *Orakhelashvili*, *Peremptory Norms in International Law*, 2006, S. 225.

⁶⁸ ICJ, Urt. v. 3.2.2012 – ICJ GL No 143 (Jurisdictional Immunities of the State, Germany v. Italy) = ICJ Rep. 2012, 99 (123) Rn. 95.

⁶⁹ *Orakhelashvili* (Fn. 67), S. 320 ff.; ICJ, Urt. v. 14.2.2002 – GL No 121 (Case concerning the Arrest Warrant of 11.4.2000, Congo v. Belgium), Dissenting Opinion of Judge van der Wyngaert, Rn. 34; *McGregor*, *EJIL* 2008, 903 (912); diff. *Kleinlein*, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, 2012, S. 388 ff.; vgl. auch *v. Arnould* (Fn. 10), Rn. 332 ff.

⁷⁰ Zustimmend auch *Epping*, (Fn. 9), § 7 Rn. 294.

⁷¹ ICJ, Urt. v. 3.2.2012 – ICJ GL No 143 (Jurisdictional Immunities of the State, Germany v. Italy) = ICJ Rep. 2012, 99 (140) Rn. 93.

⁷² ICJ, Urt. v. 3.2.2012 – ICJ GL No 143 (Jurisdictional Immunities of the State, Germany v. Italy) = ICJ Rep. 2012, 99 (140) Rn. 93.

⁷³ ICJ, Urt. v. 3.2.2012 – ICJ GL No 143 (Jurisdictional Immunities of the State, Germany v. Italy) = ICJ Rep. 2012, 99 (141) Rn. 95. Vgl. auch (implizit) ICJ, Urt. v. 14.2.2002 – GL No 121 (Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000, Congo v. Belgium) = ICJ Rep. 2002, 3 (24) Rn. 58.

⁷⁴ ICJ, Urt. v. 3.2.2012 – ICJ GL No 143 (Jurisdictional Immunities of the State, Germany v. Italy) = ICJ Rep. 2012, 99 (141) Rn. 96, m.w.N.

Fortgeschrittenenhausarbeit: Über Umwege zum Ziel

Von Wiss. Mitarbeiterin **Kimberly Erlebach**, Wiss. Mitarbeiterin **Carolin Hermann**, M.mel., Wiss. Mitarbeiter **Nikolas Kahl**, Halle (Saale)*

Die Hausarbeit wurde im Sommersemester 2019 an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg in der Großen Übung Strafrecht gestellt. Die Hausarbeit enthielt acht Probleme, d.h. Fragestellungen, die ausführlicher behandelt werden mussten. Der Schwierigkeitsgrad ist als mittelschwer einzustufen. Schwerpunkte waren u.a. die Prüfung eines besonders schweren Falles des Diebstahls, Rücktritt von der Qualifikation, Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung sowie Abgrenzungsfragen von Täterschaft und Teilnahme. Die Hausarbeit wurde von 176 Studierenden bearbeitet, wobei der Notendurchschnitt 6,45 Punkte betrug bei einer Durchfallquote von 22 %.

Sachverhalt

Die Drogengeschäfte des D laufen seit einiger Zeit nicht gut und er hat finanzielle Nöte. Wie er meint, laufen die seines Konkurrenten K auf seine Kosten jedoch viel zu gut. Daher macht sich D einige Tage später auf, um K Bargeld zu entwenden. Wie in der Szene üblich, hat auch K immer einige Taschen mit 100.000 € darin „parat“, die K zur besseren Tarnung – denn darin vermutet niemand sein Geld – in seiner Gartenhütte lagert. D weiß davon. Einige Zeit beobachtet D das Anwesen des K, um einen günstigen Moment zu erwischen. Als er K aus dem Haus gehen sieht, klettert er durch ein geöffnetes Fenster an der Seite des Hauses, um so durch den Garten zur Gartenhütte zu gelangen. Zur Sicherheit hat er einen Schlagstock dabei. D verlässt die Villa wieder über die offenstehende Terrassentür und gelangt so durch den Garten zur Gartenhütte. Diese ist mit einem Vorhängeschloss versehen, sodass D nach einer anderen Möglichkeit sucht, hineinzukommen. Seitlich befindet sich ein Fenster, was K vergessen hat zu schließen, sodass D es nur weiter aufstoßen muss. Er erblickt zwei große Taschen, in denen er das Geld vermutet. Er könnte zwar beides, also Taschen und Schlagstock, „schleppen“, entscheidet sich jedoch nur für die je 30 kg schweren Taschen und wirft den Schlagstock in den Pool. Dieser geht sofort unter. D greift durch das Fenster und schnappt sich die schweren Taschen. Gerade will er sich über die Terrasse davonestehlen, als plötzlich der zurückgekehrte K vor ihm steht. Überrascht ergreift D die Flucht. Obwohl K ihn verfolgt, da er genau erkennt, was gerade passiert, kann D samt der Beute entkommen.

Am Abend haut D einen Teil seiner Beute in der Kneipe am Stadtrand auf den Kopf und trifft dort seine ehemaligen „Kollegen“ A und B. Als D ihnen erzählt, wie er K erfolgreich ausgenommen hat, wollen sie mit dem Taxi in die Stadt fahren, um dort weiter zu feiern. Da Stuttgart ein teures Pflaster ist und D nicht gleich all sein bei K erbeutetes Geld verprassen will, beschließen sie ein Taxi zu bestellen und den Fahrer zu überfallen. Die so erlangten Tageseinnahmen wol-

len sie anschließend unter sich aufteilen. Als A, B und D in das Taxi des T steigen, hat A, wie besprochen, eine ungeladene Pistole dabei, mit der sie T einschüchtern wollen. Gerade als sie sich in das Taxi gesetzt haben, wird A mulmig angesichts der möglichen strafrechtlichen Konsequenzen, die ihm drohen könnten. Entschlossen öffnet er die Tür des noch stehenden Taxies und läuft davon. Die Waffe lässt er zuvor jedoch auf seinen Sitz fallen, damit wenigstens B und D zu ihrem Geld kommen, er will an der Beute jedoch nicht mehr beteiligt werden. B und D sind kurz irritiert, fahren jedoch mit ihrem ursprünglichen Plan fort. B schnappt sich die Waffe und hält diese dem T an den Kopf, während D aus der Mittelkonsole die Tageseinnahmen aus dem offenen Portemonnaie des T zieht und in seine Jackentasche steckt. T rührt sich währenddessen unter Todesangst leidend nicht mehr. Danach verlassen beide das Taxi und flüchten erfolgreich.

Bearbeitervermerk

Wie haben sich A, B und D nach dem StGB strafbar gemacht? §§ 138, 221, 239a, 239b StGB sowie der 28. Abschnitt des StGB sind nicht zu prüfen. Erforderliche Strafankträge sind gestellt.

Lösungsvorschlag

Anmerkung 1: Die vorliegende Lösungsskizze stellt keine Musterlösung dar, schließt andere Lösungen nicht aus und ist für die Leser nur eine Leitlinie.

1. Tatkomplex: In der Villa des K

A. Strafbarkeit des D

I. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1 und 2 StGB

Anmerkung 2: Die Prüfung kann ebenso gut mit der Prüfung des qualifizierten Diebstahls beginnen. Dann sollte das Regelbeispiel auf Konkurrenzebene angesprochen werden.

D könnte sich des Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1 und 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er durch das Fenster der Villa des K kletterte, um anschließend so durch den Garten zur Gartenhütte zu gelangen und dort durch das Seitenfenster fasste und zwei Taschen mit Geld entwendete.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

D müsste das Geld und die Taschen – für ihn fremde bewegliche Sachen – weggenommen haben, d.h. er müsste fremden Gewahrsam gebrochen haben und es müsste neuer Gewahr-

* Die Autoren sind Wiss. Mitarbeiter/-innen am Lehrstuhl für Strafrecht und Kriminologie von Prof. Dr. Kai-D. Bussmann, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

sam begründet worden sein.¹ Indem D zumindest ohne den Willen des K die Taschen samt Geld aus der Gartenhütte des K nahm und floh, hat er den Gewahrsam des K gebrochen und zugleich neuen Gewahrsam begründet.

b) Subjektiver Tatbestand

D handelte auch mit Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung. Darüber hinaus muss er Absicht bezüglich der rechtswidrigen Zueignung gehabt haben. Dies setzt zunächst die Absicht zumindest vorübergehender Aneignung, also der Einverleibung in das eigene Vermögen, voraus.² D strebte danach, das Geld für private Zwecke zu verwenden. Die Verwendung des Geldes steht grundsätzlich nur dem Berechtigten zu. D hatte also die Absicht das Geld seinem eigenen Vermögen einzuverleiben, mithin hatte er die Absicht zumindest zeitweiliger Aneignung. Fraglich ist, ob er auch die Taschen in sein Vermögen einverleiben wollte. Aneignungsabsicht kommt nur in Betracht, wenn die Einverleibung der Sache wirtschaftlich sinnvoll ist.³ Dies ist der Fall, wenn die Tasche als notwendiges Transportmittel benutzt wird.⁴ D wusste, dass K sein Geld in Taschen in seiner Villa lagert. Von seinem Tatplan war die Wegnahme der Taschen mit dem Geld umfasst. Er wollte die Taschen für die Beutesicherung als notwendiges Transportmittel verwenden und sich wie ein Eigentümer verhalten.⁵ D wies darüber hinaus keinen Rückführungswillen in Bezug auf das Geld oder die Taschen auf, sodass er ebenfalls mit Enteignungsvorsatz, also dem Willen zum dauerhaften Entzug der faktischen Ausübungsmöglichkeit, die Eigentum bietet⁶, handelte.

Anmerkung 3: Andere Ansicht schwer vertretbar. Auf die Diskussion, ob eine relevante Nutzung der Taschen hier vorlag, weil D die Taschen als Zusammenfassung des Geldes zu nutzen beabsichtigte, kommt es hier nicht an. Sein Tatplan sah schnelles Agieren vor und deshalb kam ein Herausnehmen der Sachen nicht in Betracht. D beabsichtigte von vorneherein, die Taschen wegzunehmen.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- und Schuldausschlussgründe sind nicht ersichtlich, sodass D auch rechtswidrig und schuldhaft handelte.

3. Strafzumessung: § 243 Abs. 1 StGB

a) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB – In ein Gebäude einbrechen oder einsteigen

aa) Gebäude

Ein Gebäude ist ein durch Wände und Dach begrenztes, mit dem Erdboden fest – wenn auch nur durch die eigene Schwere – verbundenes Bauwerk, das den Eintritt von Menschen gestattet und das Unbefugte abhalten soll.⁷ Die Villa des K ist ein Gebäude. Ebenso ist die Gartenhütte ein mit dem Erdboden fest verbundenes Bauwerk, welches auch zum Betreten von Menschen bestimmt ist. Somit handelt es sich hierbei ebenfalls um ein Gebäude.

bb) Einbrechen oder Einsteigen

Einsteigen ist jedes Hineingelangen in den umschlossenen Raum (hier: Gebäude) auf einem regelmäßig hierzu nicht bestimmten Weg unter Entfaltung einer gewissen Geschicklichkeit oder auch Kraft.⁸ Der Täter muss die Umschließung mit Geschicklichkeit oder Kraft überwinden, ohne sie aufzubrechen oder zu beseitigen. Das Klettern durch ein geöffnetes Fenster am Haus erfüllt diese Voraussetzungen.

Bzgl. der Gartenhütte scheidet ein Einbrechen mangels Gewalteininsatz aus. Das Fenster stand offen, sodass D es nur weiter aufschieben musste. D griff durch das geöffnete Fenster, welches bereits offen war und er lediglich weiter aufstoßen musste. Ein Hineingelangen setzt jedoch voraus, dass sich der Täter mit dem überwiegenden Teil seines Körpers in dem Raum befindet (anders als beim Einbrechen). Ein bloßes Hineingreifen genügt dazu nicht⁹, sodass D nicht in die Gartenhütte eingebrochen oder eingestiegen ist.

b) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB – Durch ein verschlossenes Behältnis gegen Wegnahme besonders gesichert/andere Schutzvorrichtung

Bei den Taschen könnte es sich um verschlossene Behältnisse handeln, die besonders gegen Wegnahme sichern. Unabhängig davon, ob die Taschen ein verschlossenes Behältnis darstellen, sichern sie schon nicht besonders gegen Wegnahme, denn sie dienen lediglich dem Transport des Geldes.

Die Gartenhütte dient nicht lediglich der Aufbewahrung von Sachen, sondern auch dem Betreten von Menschen und ist somit kein verschlossenes Behältnis.¹⁰

Möglicherweise handelt es sich bei der Gartenhütte, welche an der Tür mit einem Schloss versehen ist, aber um eine andere Schutzvorrichtung, die gegen Wegnahme besonders sichert. Die Gartenhütte ist jedoch ein Gebäude und somit ein umschlossener Raum nach § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB.

¹ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 21. Aufl. 2019, § 2 Rn. 22.

² Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 242 Rn. 33a; Kudlich/Oğlakcioğlu, JA 2012, 322.

³ Sinn, ZJS 2010, 274 (275).

⁴ Sinn, ZJS 2010, 274 (275).

⁵ Vgl. LG Düsseldorf NStZ 2008, 155 (156).

⁶ Schmitz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 242 Rn. 129.

⁷ BGHSt 1, 158 (164).

⁸ Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 243 Rn. 12.

⁹ Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, 44. Ed., Stand: 1.11.2019, § 243 Rn. 10; Schmitz (Fn. 6), § 243 Rn. 24.

¹⁰ Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 243 Rn. 22.

§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 StGB schließen sich bezüglich desselben Raumgebildes gegenseitig aus. Als Behältnisse und Schutzvorrichtungen kommen nämlich nur Einrichtungen in Betracht, die nicht dazu bestimmt sind, von Menschen betreten zu werden, sodass Türschlösser eines umschlossenen Raums unter § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB fallen.¹¹

4. Ergebnis

D hat sich gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

II. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 1, Nr. 3, Abs. 4 StGB

1. Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB

Wie oben festgestellt, hat D den Grundtatbestand des § 242 Abs. 1 StGB verwirklicht.

2. Tatbestand des § 244 Abs. 1 StGB

a) Objektiver Tatbestand

aa) § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 1 StGB: *Beisichführen einer Waffe*

(1) Waffe

Es handelt sich um Waffen, die ihrer Art nach für Angriffs- oder Verteidigungszwecke bestimmt und geeignet sind, auf mechanischem oder chemischem Wege körperliche Verletzungen beizubringen¹² bzw. nach dem Waffengesetz um Waffen, „die Angriffs- oder Abwehrfähigkeit von Menschen zu beseitigen oder herabzusetzen“ vermögen, vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 2 lit. a WaffG. Neben der objektiven Geeignetheit ist also gerade die Bestimmung des Gegenstandes maßgeblich. An der Eignung eines Schlagstocks zur Herbeiführung erheblicher körperlicher Verletzungen bestehen keine Zweifel. Auch liegt dessen Zweckbestimmung gerade in Angriffs- oder Verteidigungshandlungen, was die Einstufung als Waffe im technischen Sinn nahelegt. Dies untermauert auch die Aufnahme von Hieb- und Stoßwaffen, wozu der Schlagstock zweifelfrei zählt, in Anlage 1, Abschnitt 1, Unterabschnitt 2 des Waffengesetzes. Bei dem Schlagstock handelt es sich mithin um eine Waffe im technischen Sinn.

(2) *Beisichführen*

D müsste den Schlagstock bei sich geführt haben. Dies ist der Fall, wenn dem Täter die Waffe während des Tathergangs zur Verfügung steht, diese also so in seiner räumlichen Nähe ist, dass er jederzeit, ohne nennenswerten Zeitaufwand und ohne besondere Schwierigkeiten, benutzen kann.¹³ Da dies „bei einem Diebstahl“ erfolgen muss, kommt dafür unstrittig nur das Stadium zwischen Versuchsbeginn und Vollendung in Betracht, wobei es genügt, dass dies zu irgendeinem Zeitpunkt der Fall ist.¹⁴ D führte den Schlagstock jedenfalls bis

zum Eintritt in das Versuchsstadium bei sich, indem er ihn in der Hand hielt.

bb) § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB: *Einsteigen in eine Wohnung*

Bei der Villa des K könnte es sich um eine Wohnung, also um eine Räumlichkeit, die Menschen zumindest vorübergehend als Unterkunft dient¹⁵, handeln. Im Rahmen des § 244 StGB wird teilw. ein engerer Wohnungsbegriff gefordert, als dies bei § 123 StGB der Fall ist. Danach soll die Wohnung im Sinne des § 243 Abs. 1 Nr. 3 StGB auf einen inneren Kern zurückzuführen sein, wobei es auf die Funktion als Mittelpunkt des privaten Lebens zur Gewährleistung der Selbstentfaltung, -entlastung und vertraulichen Kommunikation ankommt.¹⁶ Es handelt sich um die Villa des K, mithin sein Privathaus. Es ist davon auszugehen, dass er diese als dauerhafte Unterkunft nutzt und diese auch den Mittelpunkt seines privaten Lebens darstellt. Bei der Villa handelt es sich mithin um eine Wohnung.

Anmerkung 4: Die Auslegung des Wohnungsbegriffs sollte hier nicht vertieft diskutiert werden, denn selbst nach der engsten Auslegung handelt es sich bei der Villa des K um eine Wohnung.

Die Gartenhütte dient (nicht mal vorübergehend) als Unterkunft für Menschen und ist daher keine Wohnung.

Wie bereits geprüft ist die Handlungsmodalität des Einsteigens gegeben, sodass D in eine Wohnung eingestiegen ist.

Problem: Zur Ausführung der Tat?

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass D hier in die Wohnung des K eingestiegen ist, die Taschen mitsamt Geld jedoch erst aus der Gartenhütte, ohne Überwindung weiterer Hindernisse entwendet hat, die Tathandlung somit außerhalb der Wohnung stattfand. Dieser Fall ist zu unterscheiden vom umgekehrten Fall des Eindringens in einen z. B. Geschäftsraum, um von dort in die Wohnung zu gelangen, aus der eine Sache entwendet werden soll.

Nach einer Ansicht¹⁷ meint „zur Ausführung bei der Tat“ im Sinne des § 244 StGB, dass die Wegnahme aus der Wohnung erfolgen muss. Es genügt nach dieser Ansicht nicht, dass der Täter zunächst in die Wohnung einsteigt, die Sache dann aber aus einem anderen Bereich (hier: Gebäude, welches nicht zugleich Wohnung ist) entwendet.

Nach anderer Ansicht¹⁸ setzt der Wohnungseinbruchdiebstahl nicht voraus, dass die Sache auch aus der Wohnung

hierzu und zur Frage des Beisichführens in der Beendigungsphase *Schmitz* (Fn. 6), § 244 Rn. 25 m.w.N.

¹⁵ *Rengier* (Fn. 1), § 4 Rn. 83.

¹⁶ Vgl. *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 42. Aufl. 2018, § 4 Rn. 290.

¹⁷ *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 16), § 4 Rn. 292; *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 237.

¹⁸ *Küper/Zopfs*, Strafrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl. 2018, Rn. 824; vgl. zum Einsteigen in eine Wohnung mit anschlie-

¹¹ Siehe *Rengier* (Fn. 1), § 3 Rn. 21.

¹² Vgl. BGHSt 4, 125 (127).

¹³ *Rengier* (Fn. 1), § 4 Rn. 43.

¹⁴ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 244 Rn. 2; *Bosch* (Fn. 8), § 244 Rn. 7; vgl.

gestohlen wird. Es genügt, wenn der Täter in diese einsteigt/einbricht, um die Sache anschließend aus einem anderen, abgetrennten Bereich, zu entwenden.

Für die erste Ansicht wird angeführt, dass nur eine solche Auslegung des Wortlautes der Ratio des § 244 StGB entspräche. In einem solchen Fall ergäben sich gerade nicht die für einen Wohnungseinbruchdiebstahl typischen (sondern nur für einen Hausfriedensbruch) und vom Gesetzgeber als Motiv der Qualifikation benannten Gefahren für den Wohnungsinhaber (abstraktes Gefährdungsdelikt). Vielmehr läge hier gerade noch ein für eine Annahme des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB ausreichendes Einsteigen vor.¹⁹

Überzeugender ist jedoch der Gedanke des Schutzzwecks der Norm, welcher die besonderen Belastungen der Opfer von Wohnungseinbrüchen umfasst (tiefes Eindringen in die Intimsphäre, psychische Störungen, Beeinträchtigung des Sicherheitsgefühls). Dies überzeugt insbesondere vor dem Hintergrund des kürzlich erhöhten Strafrahmens, vgl. § 244 Abs. 4 StGB.²⁰

Anmerkung 5: Andere Ansicht vertretbar.

cc) § 244 Abs. 4 StGB: Dauerhaft genutzte Privatwohnung

Die Voraussetzungen an den Begriff der Wohnung im Sinne des § 244 Abs. 4 StGB orientieren sich zunächst an denen des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich insbesondere bei der Frage nach der „Dauerhaftigkeit“. Mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt ist jedoch davon auszugehen, dass K sein Haus dauerhaft und als Privatperson bewohnt, sodass die Qualifikation des § 244 Abs. 4 StGB vorliegt.

b) Subjektiver Tatbestand

D handelte sowohl bezüglich des Grunddelikts (s.o.), als auch bezüglich § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 1, Nr. 3, Abs. 4 StGB vorsätzlich.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

D handelte rechtswidrig und schuldhaft, s.o.

4. Problem: (Teil-)Rücktritt von der Qualifikation

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass D die Waffe nach Eintritt in das Versuchsstadium, jedoch vor Vollendung der Wegnahme, in den Pool warf. Diese Konstellation wird unter dem Namen „Teilrücktritt“ von der Qualifikation diskutiert und ist umstritten.

Nach der Position des BGH²¹ kommt ein solcher Teilrücktritt grundsätzlich nicht in Betracht.

Nach verbreiteter Auffassung in der Literatur²² ist ein Teilrücktritt in dieser Konstellation sehr wohl möglich, so-

lange es bei abstrakten Gefahren geblieben ist. Hier hat D die Waffe nicht gegen Menschen eingesetzt, sodass es noch zu keiner konkreten Gefahr gekommen ist. Nach dieser Ansicht wäre ein Teilrücktritt für D also weiterhin möglich.

Eine vermittelnde Ansicht²³ nimmt eine Trennung zwischen Versuchs- und Vollendungsstadium ebenso bei der Qualifikation vor und will den Teilrücktritt auf die Fallkonstellationen beschränken, in denen es noch nicht zu einer konkreten Gefahr für das Opfer gekommen ist, der Täter also noch nicht in das Versuchsstadium der Qualifikation eingetreten ist. Hier trifft D erst kurz vor Verlassen des Grundstücks auf K. Eine konkrete Gefahr für das Opfer bestand nach dieser Ansicht gerade nicht, denn zum Zeitpunkt des Aufeinandertreffens hat sich D bereits der Waffe entledigt und K war vorher nicht im Haus. Als D die Waffe noch bei sich führte, befand sich diese also gerade nicht in der Sphäre des K. Ein Teilrücktritt von der qualifizierenden Handlung ist daher nach dieser Ansicht möglich.

Für einen Teilrücktritt bis zum Eintritt einer konkreten Gefahr für das Opfer im Sinne der vermittelnden Ansicht spricht der Opferschutzgedanke. Die Literaturansicht, die einen Teilrücktritt grundsätzlich zulässt, führt an, dies entspräche dem Gedanken der tätigen Reue.²⁴ Der Rücktritt sei unter den Voraussetzungen des § 24 StGB (analog) möglich.

Für die gänzliche Ablehnung eines Teilrücktritts, wie die Rechtsprechung meint, spricht, dass es sich bei § 244 StGB um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt und bereits der Wortlaut keine solche Auslegung (konkrete Opfergefährdung) zulässt. Dogmatisch führe der Teilrücktritt zur Aufspaltung eines einheitlichen Delikts, welches sich gerade aus Grundtatbestand und Qualifikationsmerkmal(en) zusammensetzt.²⁵ Bestraft werden soll die Rücksichtslosigkeit des Täters und für die Verwirklichung der Qualifikation genügt bei § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB gerade das Beisichführen der Waffe zu irgendeinem Zeitpunkt der Tat, sodass das Unrecht bereits verwirklicht wurde. Zudem hängt es oftmals vom Zufall ab, ob eine konkrete Opfergefährdung eintritt oder nicht, sodass dieses Kriterium dem Täter nicht die Brücke zurück in die Legalität, jedenfalls hinsichtlich der Qualifikation – verschaffen kann. § 24 StGB – die für den Rücktritt einschlägige Vorschrift – knüpft an die Freiwilligkeit des Täters an, die gerade nicht gegeben ist, wenn ihm äußere, von ihm nicht beeinflussbare Umstände, den Rücktritt erst noch ermöglichen können. Ebenfalls bietet auch der Wortlaut des § 24 StGB keinen Anhaltspunkt für einen möglichen Rücktritt, wenn hier von „Tat“ die Rede ist. Als Tat ist nämlich

bender Wegnahme aus einem angrenzenden Geschäftsraum BGH NJW 2001, 3203 f.; BGH NStZ 2001, 533 f.

¹⁹ Vgl. *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 16), § 4 Rn. 291.

²⁰ Vgl. *Reniger* (Fn. 1), § 4 Rn. 85 i.V.m. § 4 Rn. 82.

²¹ BGH NStZ 1984, 216; ebenso *Blaue*, ZJS 2015, 580 (584 ff.).

²² Vgl. *Streng*, JZ 1984, 652 ff.; *Rengier* (Fn. 1), § 4 Rn. 79; *Kühl* (Fn. 13), § 24 Rn. 13; *Kudlich/Schuhr*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 4. Aufl. 2019, § 24 Rn. 75 ff.; *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 295 ff.

²³ *Zaczyk*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 24 Rn. 79.

²⁴ So etwa *Rengier* (Fn. 1), § 4 Rn. 79.

²⁵ So auch *Otto*, JZ 1985, 21 (27); ähnlich *Küper*, JZ 1997, 233.

das Gesamtgeschehen anzusehen, welches sich hier gerade aus Grundtatbestand und Qualifikation zusammensetzt²⁶ und nicht etwa ein konkreter gesetzlicher Tatbestand²⁷. Im Ergebnis überzeugt daher die Ansicht der Rechtsprechung und ein Teilrücktritt von der Qualifikation ist abzulehnen.

Anmerkung 6: Andere Ansicht vertretbar. Bearbeiter, die sich für die Möglichkeit eines Teilrücktritts entschieden haben, mussten anschließend die weiteren Rücktrittsvoraussetzungen prüfen. Nachdem D die weitere Ausführung aufgegeben hat, war die Freiwilligkeit des Rücktritts erörtern. Einerseits ging es D darum, die Taschen leichter tragen zu können, da diese insgesamt zu schwer waren, was für äußere Umstände sprach. Andererseits war es ihm jedoch grundsätzlich möglich die Taschen samt Geld und Schlagstock zu tragen, jedoch wollte er nicht schwer schleppen, was wiederum für autonome Motive sprach. Im Ergebnis waren beide Ansichten vertretbar. Bearbeiter, die die Freiwilligkeit bejaht haben, mussten spätestens jetzt eine Strafbarkeit des D verneinen. Diejenigen Bearbeiter, die die Freiwilligkeit verneint haben, kommen folglich zu einer Strafbarkeit des D.

5. Ergebnis

D hat sich gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 1, Nr. 3, Abs. 4 StGB strafbar gemacht.

III. § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB

Diese Strafbarkeit tritt hinter dem Wohnungseinbruchdiebstahl zurück.

B. Konkurrenzen Tatkomplex A:

D hat sich gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 1, Nr. 3, Abs. 4 StGB strafbar gemacht. Zwischen den Qualifikationsmerkmalen besteht tatbestandliche Handlungseinheit.

Der Grundtatbestand, § 242 Abs. 1 StGB, tritt im Wege der Spezialität hinter § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 1, Nr. 3, Abs. 4 StGB zurück. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB geht als Strafzumessungsregel in § 244 StGB auf. § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB wird von § 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB als typische Begleitatt nach h. M. konsumiert.²⁸

2. Tatkomplex: Der Überfall auf T

A. Strafbarkeit des B und D

I. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 1 und 2, lit. b, Nr. 2, 25 Abs. 2 StGB

Anmerkung 7: Die Prüfung kann auch mit der Prüfung der räuberischen Erpressung beginnen.

Es empfiehlt sich mit der gemeinsamen Prüfung von B und D zu beginnen.

Bearbeiter konnten ihre Prüfung auch mit § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB beginnen. Darauf wurde hier verzichtet, da die Scheinwaffenproblematik inzwischen unstreitig unter § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB subsumiert wird. Sofern Bearbeiter die ungeladene Pistole unter gefährliches Werkzeug subsumieren, musste § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB vorrangig geprüft werden.

B und D könnten sich des schweren Raubes in Mittäterschaft gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 1 und 2, Nr. 2, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem B dem T die Pistole an den Kopf hielt, während D die Tageseinnahmen des T einsteckte und beide anschließend aus dem Taxi flüchteten und die Beute aufteilten.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Objektiver Tatbestand des § 249 Abs. 1 StGB

(1) Wegnahme einer fremden beweglichen Sache

B und D müssten die Tageseinnahmen – für sie fremde bewegliche Sachen – weggenommen haben. Ursprünglich hatte T Gewahrsam an den Tageseinnahmen. Indem D die Tageseinnahmen in seine Jackentasche steckte, hat er das Geld in seinen Herrschaftsbereich verbracht. Somit begründete er neuen Gewahrsam durch eine sog. Gewahrsamsklave und brach hierdurch zugleich den Gewahrsam des T.

Problem: Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung

Fraglich ist, ob der Gewahrsamswechsel im Wege eines Bruchs geschehen ist. Was hierunter bei § 249 StGB zu verstehen ist, ist umstritten.

Nach einer Ansicht²⁹ liegt bei einer Vermögensverfügung räuberische Erpressung (§§ 253, 255 StGB) und bei einer Wegnahme Raub (§ 249 StGB) vor. Nach dieser Ansicht schließen sich die Delikte gegenseitig aus.

Abzugrenzen sei nach der inneren Willensrichtung des Tatopfers. Sofern das Opfer denkt, dass seine Mitwirkung keine Rolle spielt und der Gewahrsamsverlust in jedem Fall eintrete, soll eine Wegnahme vorliegen.³⁰ Eine Vermögensverfügung soll hingegen vorliegen, wenn das Opfer den Vermögensverlust als von seinem eigenen Verhalten und Willen abhängig betrachtet.³¹

T wurde mit einer Pistole bedroht und die Tageseinnahmen von D ergriffen und eingesteckt. T hat den Gewahrsam an den Tageseinnahmen also nicht willentlich übertragen. Es liegt nach dieser Ansicht eine Wegnahme vor.

²⁶ Zustimmend *Blaue*, ZJS 2015, 580 (585).

²⁷ So *Roxin* (Fn. 22), § 30 Rn. 300.

²⁸ *Ostendorf*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 123 Rn. 50; *Fischer* (Fn. 2), § 123 Rn. 45.

²⁹ *Z.B. Küper*, NJW 1978, 956; NJW 1955, 877.

³⁰ *Kühl* (Fn. 14), § 255 Rn. 2.

³¹ *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 16), § 18 Rn. 730.

Nach anderer Ansicht³² ist § 249 StGB lex specialis zu §§ 253, 255 StGB, da in jeder Wegnahme zugleich eine Duldung dieser Wegnahme liege. Die Abgrenzung beider Delikte könne daher allein nach dem äußeren Erscheinungsbild erfolgen.

Danach soll Raub vorliegen, wenn der Täter sich die Sache selbst nimmt, nach dem äußeren Erscheinungsbild also eine Wegnahme vorliegt; räuberische Erpressung hingegen, wenn er sich die Sache aushändigen lässt, äußerlich also ein Weggabeakt gegeben ist.³³

Anmerkung 8: Die Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung muss hier nicht zwingend in dieser Ausführlichkeit dargestellt werden, da hier klar nach beiden Ansichten eine Wegnahme vorliegt.

Hier hat D die Tageseinnahmen genommen und eingesteckt. Nach dem äußeren Erscheinungsbild liegt nach dieser Ansicht eine Wegnahme und mithin Raub vor.

Beide Ansichten kommen zum gleichen Ergebnis, sodass ein Streitentscheid nicht erforderlich ist. Der Gewahrsamswechsel ist im Wege eines Bruchs fremden Gewahrsams entstanden.

Problem: Abgrenzung Täterschaft und Teilnahme

Fraglich ist, ob B diese Wegnahme im Wege der Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen ist. Dies setzt eine gemeinschaftliche Tatbegehung durch bewusstes und gewolltes Zusammenwirken³⁴ voraus. Zunächst müsste ein gemeinsamer Tatplan vorgelegen haben. B und D verabredeten, T zu überfallen und die Tageseinnahmen zu entwenden. Dieser Tatplan bestand auch dann fort, als A das Taxi verlassen hat. Ein gemeinsamer Tatplan lag mithin vor.

Weiter müssten B und D die Tat gemeinsam ausgeführt haben. Die gemeinsame Tatausführung setzt einen vom Vorsatz umfassten objektiven Tatbeitrag voraus.³⁵ Hier hielt B dem T die Pistole an den Kopf. Dies entsprach dem Tatplan. Fraglich ist, ob hierin ein täterschaftlicher Tatbeitrag zu sehen ist.

Im Rahmen der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme wird zwischen der Tatherrschaftslehre und der gemäßigt subjektiven Theorie unterschieden. Nach der Tatherrschaftslehre ist Täter, wer als Zentralgestalt das tatbestandsmäßige Geschehen planvoll-lenkend in den Händen hält³⁶ und die Tatbestandsverwirklichung nach seinem Willen hemmen oder ablaufen lassen kann³⁷. Teilnehmer ist hingegen

derjenige, welcher die Begehung der Tat als Randfigur ohne eigene Tatherrschaft veranlasst oder sonst fördert.³⁸

Das Vorhalten der ungeladenen Pistole durch B sicherte das Einstecken der Tageseinnahmen durch D, sodass B das Tatgeschehen maßgeblich mitgestaltete. Er ist also Zentralgestalt des Geschehens und möchte dies auch sein. Nach der Tatherrschaftslehre ist D Täter.

Nach der gemäßigt subjektiven Theorie der Rechtsprechung ist Täter, wer die Tat als eigene will (animus auctoris) und nicht bloß fremdes Tun mit seinem Tatbeitrag fördern will (animus socii).³⁹ Kriterien dafür sind der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung, Tatherrschaft und der Wille zur Tatherrschaft.⁴⁰

D hatte ein hohes Interesse am Taterfolg, da der Tatplan die Beuteteilung vorsah. Durch das Vorhalten der Pistole leistete er einen erheblichen Beitrag zum Taterfolg. Die bereits festgestellte Tatherrschaft wollte D zudem auch. Er ist auch nach dieser Ansicht Täter.

Somit liegen die Voraussetzungen der Mittäterschaft vor. B ist die Wegnahme zuzurechnen.

Anmerkung 9: Andere Ansicht nicht vertretbar.

(2) Qualifiziertes Nötigungsmittel

Es muss eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben vorliegen. Eine Drohung ist das tatsächliche oder konkludente Inaussichtstellen eines Übels, auf das der Drohende zumindest vorgibt Einfluss zu haben.⁴¹ Dabei kommt es auf Wirksamkeit der Drohung an, d.h. ob das Opfer die Drohung ernst nimmt.⁴² Das Vorhalten der Pistole durch B stellt eine konkludente Drohung für Leib oder Leben des T dar. Der Umstand, dass die Pistole nicht geladen war, ändert an der Bedrohung nichts. Entscheidend ist, dass der Bedrohte die Ausführung der Drohung für möglich hält und der Drohende vorgibt, auf den Eintritt des Übels Einfluss zu haben. Auch hier erfolgt die gegenseitige Zurechnung über § 25 Abs. 2 StGB (s.o.), sodass D der Einsatz des qualifizierten Nötigungsmittels durch B im Wege der Mittäterschaft zuzurechnen ist.

(3) Raubspezifischer Zusammenhang

Erforderlich ist ein raubspezifischer Zusammenhang, d.h. zwischen dem qualifizierten Nötigungsmittel und der Wegnahmen muss ein räumlich-zeitlicher Zusammenhang bestehen.⁴³ Hier fallen Nötigungs- und Wegnahmeort zusammen, sodass der örtliche Zusammenhang gegeben ist. Zudem hält B dem T unmittelbar vor der Wegnahme durch D die Pistole vor, sodass auch der zeitliche Zusammenhang vorliegt. Insgesamt hat der Einsatz des qualifizierten Nötigungsmittels die

³² BGHSt 14, 386, (390); *Kindhäuser* (Fn. 10), Vorbem. zu §§ 249 ff. Rn. 56.

³³ BGH NJW 160, 1729 (1730); BGH NJW 1955, 877.

³⁴ *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 44 Rn. 2.

³⁵ *Rengier* (Fn. 34), § 44 Rn. 10.

³⁶ *Rengier* (Fn. 34), § 41 Rn. 11; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2018, § 16 Rn. 806.

³⁷ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 36), § 16 Rn. 806.

³⁸ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 36), § 16 Rn. 806.

³⁹ BGHSt 37, 289 (291); *Rengier* (Fn. 34), § 41 Rn. 8.

⁴⁰ *Rengier* (Fn. 34), § 41 Rn. 8.

⁴¹ *Rengier* (Fn. 1), § 7 Rn. 18.

⁴² *Bosch* (Fn. 8), § 249 Rn. 5; *Rengier* (Fn. 1), § 7 Rn. 18.

⁴³ BGHSt 61, 141.

Wegnahme erleichtert, sodass ein raubspezifischer Zusammenhang zu bejahen ist.

bb) Objektiver Tatbestand des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 1 und 2, Nr. 2 StGB

(1) Waffe: § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 1 StGB

Bei der ungeladenen Pistole könnte es sich um eine Waffe handeln. Die Pistole ist ungeladen und somit nicht einsatzbereit. Ungeladene Schusswaffen besitzen nicht die erforderliche abstrakte Gefährlichkeit, an die der Qualifikationstatbestand anknüpft.

(2) Gefährliches Werkzeug: § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB

Problem: Ungeladene Waffe als Nr. 1 lit. a Alt. 2 oder Nr. 1 lit. b StGB

Was unter einem gefährlichen Werkzeug zu verstehen ist, wird unterschiedlich betrachtet (abstrakt-objektive Betrachtungsweisen/konkret-subjektive Betrachtungsweisen). Nach einer Ansicht erfolgt die Auslegung allein nach der objektiven Beschaffenheit anhand generalisierender Kriterien. Es wird entweder auf eine „Waffenersatzfunktion“⁴⁴ oder einen „waffenähnlichen Charakter“⁴⁵ abgestellt. Danach ist als gefährliches Werkzeug ein Gegenstand anzusehen, der im Falle seines Einsatzes gegen Personen aufgrund seiner objektiven Beschaffenheit die Eignung besitzt, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.⁴⁶ Die ungeladene Schusswaffe ist abstrakt betrachtet ungefährlich. Die bloße „Hülle“ hat auch nicht etwa Waffenersatzfunktion und ist somit kein gefährliches Werkzeug.

Anmerkung 10: Andere Ansicht mit ausführlicher Begründung vertretbar. Dann mussten Bearbeiter auf die Beschaffenheit der Waffe (schwer, hart, Kanten) abstellen und die dadurch beim Einsatz gegen Menschen bestehende Verletzungsgefahr darstellen und daraus eine Waffenersatzfunktion ableiten. Anschließend musste dann auf die weiteren Ansichten eingegangen werden und ggf. ein Streitentscheid geführt werden.

(3) Sonst ein Werkzeug: § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB

Da alle Waffen und gefährlichen Werkzeuge bereits unter die Nr. 1 lit. a StGB fallen, verbleiben für § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB insbesondere solche Werkzeuge/Mittel, die nicht unter § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB fallen, d.h. solche Werkzeuge und Mittel, die objektiv nicht gefährlich sind und eingesetzt werden (sollen), um Widerstand durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu überwinden. Die Drohung mit der ungeladenen Pistole durch B stellt eine Drohung mit Gewalt dar. Somit handelt es sich bei der ungeladenen Pistole um sonst ein Werkzeug gemäß § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b

StGB. D ist das Beisichführen der ungeladenen Pistole im Wege der Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen.

Anmerkung 11: Bearbeiter, die die abstrakte Gefährlichkeit und somit das gefährliche Werkzeug bejaht haben, gehen nicht mehr auf Nr. 1 lit. b StGB ein.

(4) Bande: § 250 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Unabhängig vom Bandenbegriff ist es hier nicht ersichtlich, dass sich A, B und D zur fortgesetzten Begehung von Raub und Diebstahl verbunden haben.

cc) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand der §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b Alt. 1 StGB ist erfüllt.

Anmerkung 12: Andere Ansicht vertretbar.

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz bzgl. § 249 Abs. 1 StGB

B und D wollten die Tageseinnahmen, eine fremde bewegliche Sache, wegnehmen. Sie hatten zudem die Absicht, sich die Tageseinnahmen rechtswidrig zuzueignen.

bb) Finalzusammenhang

B und D stellten sich weiterhin vor, dass das Vorhalten der Pistole gerade der Wegnahme der Tageseinnahmen diene.⁴⁷

Anmerkung 13: Eine Prüfung des Finalzusammenhangs im objektiven Tatbestand ist vertretbar. Bearbeiter mussten dann jedoch klarstellen, dass zwischen dem raubspezifischen Zusammenhang (räumlich-zeitlich) und dem Finalzusammenhang zu unterscheiden ist und dies unterschiedliche Aspekte sind.⁴⁸

cc) Vorsatz bzgl. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB

(1) Vorsatz bzgl. Beisichführen

Der gemeinsame Tatplan sah vor, dass B den T mit der ungeladenen Pistole bedroht, damit D die Tageseinnahmen einstecken kann. Somit handelten B und D vorsätzlich.

(2) Verwendungsabsicht

Darüber hinaus müssten sie die Absicht gehabt haben, das Drohmittel einzusetzen, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden. Dies lag nach dem gemeinsamen Tatplan vor.

dd) Vorsatz bzgl. § 25 Abs. 2 StGB

B und D wollten die Tat mittäterschaftlich begehen.

⁴⁴ Zur Waffenersatzfunktion: *Streng*, GA 2001, 359.

⁴⁵ Vgl. *Rengier* (Fn. 1), § 4 Rn. 21.

⁴⁶ BGHSt 52, 257 (268).

⁴⁷ Vgl. *Rengier* (Fn. 1), § 7 Rn. 22.

⁴⁸ Siehe *Eisele*, JuS 2016, 754 (756).

2. *Rechtswidrigkeit und Schuld*

B und D handelten rechtswidrig und schuldhaft.

3. *Ergebnis*

B und D haben sich gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

Anmerkung 14: Anderes Ergebnis vertretbar.

II. B und D gem. §§ 239 Abs. 1 Alt. 2, 25 Abs. 2 StGB

B und D könnten sich einer mittäterschaftlich begangenen Freiheitsberaubung gem. §§ 239 Abs. 1 Alt. 2, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie T mittels Vorhalten der Pistole hinderten, sich zu bewegen.

1. *Tatbestand*

Dazu müssten B und D den T eingesperrt oder auf andere Weise der Freiheit beraubt haben. Einsperren liegt vor, wenn man jemand am Verlassen eines Raumes, durch äußere Vorrichtungen gehindert wird.⁴⁹ B hinderte den T durch Bedrohung mit der ungeladenen Pistole sich zu bewegen. Dies könnte eine Freiheitsberaubung „auf andere Weise“ sein. Dafür reicht jede Handlung, die einen anderen an der Fortbewegungsfreiheit hindert.⁵⁰ Durch die Bedrohung mit der ungeladenen Pistole wurde die Fortbewegungsfreiheit des T aufgehoben. Eine bestimmte Dauer der Freiheitsberaubung wird nicht vorausgesetzt.⁵¹ Jedoch muss eine Bagatellgrenze überschritten werden. Der Sachverhalt enthält keine Angaben über die Dauer des Geschehens. In dubio pro reo ist somit zu unterstellen, dass keine ausreichende Dauer für eine Freiheitsberaubung vorliegt und der Tatbestand nicht erfüllt ist.

2. *Ergebnis*

B und D haben sich nicht gem. §§ 239 Abs. 1 Alt. 2, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des A**I. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, 25 Abs. 2 StGB**

A könnte sich eines schweren Raubes in Mittäterschaft strafbar gemacht haben, indem er mit B und D verabredete T zu überfallen, eine ungeladene Pistole mitbrachte und diese nach dem Aussteigen auf dem Sitz zurückließ.

1. *Tatbestand*a) *Objektiver Tatbestand des § 249 Abs. 1 StGB*aa) *Wegnahme einer fremden beweglichen Sache*

A müsste die Tageseinnahmen – für ihn fremde bewegliche Sachen – weggenommen haben.

Wie bereits festgestellt, haben B und D diese weggenommen. A war zum Zeitpunkt der Wegnahme nicht mehr anwesend. Fraglich ist, ob ihm diese Handlung im Wege der Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden kann.

(1) *Gemeinsamer Tatplan*

A, B und D müssten einen gemeinsamen Tatplan gehabt haben, der die gemeinsame Wegnahme der Tageseinnahmen unter qualifizierten Nötigungsmitteln vorsah. Einen solchen Tatplan schlossen A, B und D. Jedoch nahm A kurz nach Einsteigen in das Taxi von diesem Plan ab, indem er das Taxi aus Angst vor strafrechtlichen Konsequenzen verließ. Zugleich wollte er B und D die „Tour“ jedoch nicht vermasseln und durch das Zurücklassen der Pistole sicherstellen, dass diese weiterhin den Tatplan umsetzen können und an die Tageseinnahmen kommen.

Problem: Abstandnahme vom gemeinsamen Tatplan

Fraglich ist, wie sich die Abstandnahme vom gemeinsamen Tatplan eines potenziellen Mittäters, also die Aufgabe des Tatvorsatzes, vor der Tatausführung auswirkt und ob A überhaupt seinen Tatvorsatz gänzlich aufgegeben hat.

Zwar fürchtet A die strafrechtlichen Konsequenzen und möchte daher von der Tat Abstand nehmen, er lässt B und D jedoch in dem sicheren Wissen, dass diese die von ihm mitgebrachte Pistole als Drohmittel gegen T einsetzen, um dessen Tageseinnahmen zu entwenden, zurück. Allerdings lässt sich aus As Wissen, dass B und D an ihrem Plan festhalten werden, nicht schließen, dass er weiterhin Teil dieses Plans sein möchte.

Ob A erfolgreich vom gemeinsamen Tatplan Abstand genommen hat, hängt maßgeblich davon ab, ob die Tat bereits das Versuchsstadium erreicht hat oder sich noch im Vorbereitungsstadium befindet.⁵²

Anmerkung 15: Auf den umstrittenen Versuchsbeginn bei Mittäterschaft, Gesamtbetrachtungslehre⁵³ oder Einzellösung⁵⁴, kommt es hier nicht an, da alle drei gemeinsam in das Taxi einsteigen. Längere Ausführungen zum Versuchsstadium sind hier nicht erforderlich, § 22 StGB ist unproblematisch gegeben.

Indem A, B und D in das Taxi des T stiegen, haben sie subjektiv die Schwelle zum „Jetzt geht’s los“ überschritten und objektiv Handlungen vorgenommen, die – nach ihrem Tatplan – in ungestörtem Fortgang ohne wesentliche Zwischenakte unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen und in einem unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen.⁵⁵ Sie haben also unmittelbar zur Tat angesetzt.

⁴⁹ RGSt 7, 259.

⁵⁰ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 20. Aufl. 2019, § 22 Rn. 7.

⁵¹ Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2017, § 19 Rn. 442.

⁵² Vgl. dazu Rengier (Fn. 34), § 44 Rn. 14.

⁵³ BGHSt 36, 249 (250); BGHSt 39, 236 (237 f.); Rengier (Fn. 34), § 36 Rn. 20; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 36), § 17 Rn. 962.

⁵⁴ Roxin (Fn. 22), § 29 Rn. 297.

⁵⁵ Zur Def. siehe BGH NStZ 2013, 156 (157).

Dass A nachträglich von der Tat Abstand nimmt, ist hier nicht maßgeblich, denn entscheidend für das Vorliegen eines gemeinsamen Tatplans ist der Zeitpunkt des Eintritts in das Versuchsstadium.⁵⁶

Nun kann A nur noch über § 24 Abs. 2 StGB Straffreiheit erlangen.⁵⁷

(2) Gemeinsame Tatausführung

Problem: Ist A Täter oder Teilnehmer?

A muss einen objektiven Tatbeitrag geleistet haben. A setzte sich mit B und D in das Taxi, brachte die Pistole mit und ließ diese beim Aussteigen auf dem Rücksitz liegen. Das gemeinsame Einsteigen in das Taxi sowie das Mitbringen der Pistole ist vom gemeinsamen Tatplan gedeckt, sodass auch nur diese Tatbeiträge untersucht werden. Beides waren für die spätere Vollendung durch B und D kausale Tatbeiträge. Ob hierin ein täterschaftlicher Tatbeitrag zu sehen ist, muss festgestellt werden:

Nach einer Ansicht⁵⁸ muss der zur Begründung der Mittäterschaft erforderlichen Tatbeitrag „wesentlich“⁵⁹ sein. Als wesentlich können auch Beiträge im Vorbereitungsstadium eingestuft werden, die in die Tatausführung Eingang finden.⁶⁰ A leistet seine Tatbeiträge, Einsteigen mit ungeladener Pistole in das Taxi und dortiges Zurücklassen, im Versuchsstadium. Da A weiß, dass die ungeladene Pistole durch B und D auch als Drohmittel zum Einsatz kommt, kann hierin ein wesentlicher Tatbeitrag gesehen werden, der im Ausführungsstadium fortwirkt. Ohne die ungeladene Pistole hätten B und D die weitere Ausführung dem Tatplan entsprechend nicht vornehmen können. Eine Besonderheit ist darin zu sehen, dass A bei der eigentlichen Tat nicht mehr anwesend ist. Dies steht einer täterschaftlichen Qualität seiner Tatbeiträge jedoch nicht im Weg, da diese bis zur Vollendung fortwirken. Sein „Defizit“ – Abwesenheit im „eigentlichen“ Ausführungsstadium (Wegnahme und Einsatz vor Nötigungsmittel) – wird durch seine dominierende Rolle bis in das Versuchsstadium hinein ausgeglichen.⁶¹ Somit ist A Täter.

Anmerkung 16: Eine andere Ansicht ist schwer vertretbar. Insbesondere wäre es nicht richtig, maßgeblich auf den Tatbeitrag des Aussteigens und Liegenlassen der Pistole abzustellen, da dies kein vom gemeinsamen Tatplan gedeckter Tatbeitrag war.

Nach einer anderen Ansicht⁶² genügt für einen die Mittäterschaft begründende gemeinsame Tatausführung jeder Tatbeitrag, da es lediglich auf das Tatinteresse ankommt.⁶³ Zur Feststellung eines solchen wird auf den Umfang der Tatbeteiligung, die Tatherrschaft oder wenigstens Wille zur Tatherrschaft als auch auf das Interesse am Taterfolg abgestellt. Als A mit der ungeladenen Pistole in das Taxi stieg, hatte er Interesse an der Beute. Daran ändert auch nichts die spätere Abstandnahme von der Tat, da maßgeblicher Zeitpunkt das Erbringen der eigenen Tatbeiträge ist.

Anmerkung 17: Sofern Bearbeiter hier auf ein Interesse am Taterfolg eingehen unter der Begründung, dass A später kein Interesse mehr am Taterfolg hat, dies jedoch noch für B und D will, muss eine kritische Auseinandersetzung erfolgen. Denn der Zeitpunkt und somit die Tatbeiträge, die in diesem Rahmen untersucht werden, können nur solche sein, die vom gemeinsamen Tatplan gedeckt sind. Das Kriterium der „Gesamtbetrachtung“ könnte dann noch herangezogen werden.

A brachte das Drohmittel mit, welches durch Zurücklassen im Taxi auch später zum Einsatz kam, sodass ein entscheidender Umfang der Tatbeteiligung gegeben ist. Zudem hat er unter Berücksichtigung der oben angeführten Umstände die Tatherrschaft. Den dazugehörigen Willen wies A zum Zeitpunkt der eigentlichen Tatausführung zwar nicht auf. Diese nachträgliche Aufgabe des Täterwillens ändert jedoch nichts an der inneren Einstellung bei Erbringung seiner fördernden Tatbeiträge, auf die es hier gerade ankommt. Zu diesem Zeitpunkt, Einsteigen in das Taxi mit der ungeladenen Pistole, hatte A gerade den Willen zur Tatherrschaft.

Im Ergebnis spricht somit mehr dafür, A als Täter zu qualifizieren.

Lediglich nach der Ansicht⁶⁴, welche eine Tatherrschaft nur dann bejahen will, wenn neben der Berücksichtigung der Voraussetzungen der Tatherrschaftslehre eine objektive Mitwirkung im Ausführungsstadium der Tat gegeben ist,⁶⁵ liegt auf Grund des Tatbeitrags des A im Vorbereitungsstadium keine Tatherrschaft des A vor. Gegen diese Ansicht ist jedoch einzuwenden, dass gerade der im Hintergrund agierende Bandenchef, welche die Durchführung des Tatgeschehens entscheidend geplant und organisiert hat, gerade nicht als Mittäter bestraft werden kann, obwohl ihm eine Schlüsselrolle hinsichtlich des mittäterschaftlich verwirklichten Unrechts zukommt, was nicht gebilligt werden kann.⁶⁶ Zudem auch der von der Tatherrschaft anerkannte Fall der mittelbaren Täterschaft, dass eine Mitwirkung im Ausführungsstadium gerade nicht notwendig ist.⁶⁷

⁵⁶ Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, § 20 Rn. 105; Rengier (Fn. 34), § 44 Rn. 13.

⁵⁷ Rengier, JuS 2010, 281 (286).

⁵⁸ Rengier (Fn. 34), § 44 Rn. 40.

⁵⁹ Rengier (Fn. 34), § 44 Rn. 40; Kühl (Fn. 53), § 20 Rn. 107 ff.; ferner BGH NSTz 2008, 273 (275); BGH NSTz-RR 2004, 40 (41).

⁶⁰ Rengier (Fn. 34), § 44 Rn. 43.

⁶¹ Vgl. Rengier (Fn. 34), § 44 Rn. 43.

⁶² BGHSt 37, 289 (291); BGH NSTz 2008, 273 (275).

⁶³ Vgl. zu den Kriterien des Tatinteresses BGHSt 37, 289 (291); BGH NSTz 2008, 273 (275); BGH StV 1981, 275 (275 f.).

⁶⁴ Roxin (Fn. 22), § 25 Rn. 198 ff.

⁶⁵ Roxin (Fn. 22), § 25 Rn. 198 ff.

⁶⁶ Rengier (Fn. 34), § 41 Rn. 19.

⁶⁷ Rengier (Fn. 34), § 41 Rn. 19.

bb) Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels

Des Weiteren müsste A ein qualifiziertes Nötigungsmittel, hier Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben, eingesetzt haben. Eine solche Handlung nahm A nicht selbst vor, sondern B. Diese Handlung ist dem A unter Berücksichtigung der vorherigen Ausführungen im Wege der Mittäterschaft nach § 25 Abs. 2 StGB ebenso zuzurechnen.

cc) Raubspezifischer Zusammenhang

Der erforderliche raubspezifische Zusammenhang zwischen der Wegnahme und dem Einsatz des qualifizierten Nötigungsmittels liegt vor.⁶⁸

b) Objektiver Tatbestand des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB

Die Ausführungen zur ungeladenen Pistole gelten für A entsprechend. A führte die ungeladene Pistole nur bis zum Eintritt in das Versuchsstadium bei sich. A ist das Beisichführen der ungeladenen Pistole durch B und D im Ausführungsstadium im Wege der Mittäterschaft gemäß § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen.

c) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand der §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, 25 Abs. 2 StGB ist erfüllt.

d) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz bzgl. § 249 Abs. 1 StGB

A wusste, dass es sich bei den Tageseinnahmen um fremde bewegliche Sachen handelte und diese durch A und B weggenommen werden. Er stellte sich zu diesem Zeitpunkt vor, dass die Pistole zur Wegnahme der Tageseinnahmen eingesetzt wird, sodass der Finalzusammenhang vorliegt. A hatte zudem auch die Absicht die Tageseinnahmen B und D rechtswidrig zueignen, sodass er eine rechtswidrige Dritt-zueignungsabsicht aufwies.

bb) Vorsatz bzgl. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB

A wusste, dass B und D die ungeladene Pistole bei sich führten und wollte dies auch. Der Vorsatz bzgl. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB liegt somit vor.

cc) Vorsatz bzgl. § 25 Abs. 2 StGB

Der Vorsatz bzgl. einer mittäterschaftlichen Begehung liegt ebenfalls vor.

e) Zwischenergebnis

Der Tatbestand der §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB ist erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Rücktritt, § 24 Abs. 2 StGB

Die von § 24 Abs. 2 StGB geforderte Verhinderungskausalität im Rahmen der mittäterschaftlichen Begehung, welche nicht in dem bloßen Aussteigen aus dem Taxi zu sehen ist, liegt nicht vor, sodass ein strafbefreiender Rücktritt nicht in Betracht kommt.

4. Ergebnis

A hat sich gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

II. §§ 239 Abs. 1 Alt. 2, 25 Abs. 2 StGB

Auch für A muss nach dem Grundsatz in dubio pro reo eine für die Freiheitsberaubung ausreichende Dauer verneint werden.

III. §§ 123 Abs. 1 Alt. 1, 25 Abs. 2 StGB

A, B und D könnten sich gem. §§ 123 Abs. 1 Alt. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie in das Taxi des T einstiegen.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

A, B und D müssten in eine von § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB geschützte Räumlichkeit eingedrungen sein.

aa) Tatobjekt

(1) Abgeschlossener Raum, der zum öffentlichen Verkehr bestimmt ist

Abgeschlossene Räume sind Räume, die durch bauliche oder natürliche Hindernisse gegen allgemeines Betreten geschützt sind.⁶⁹ Es wird im Wesentlichen auf die Funktion abgestellt. Ein Pkw hat verriegelbare Türen, die das allgemeine Betreten verhindern sollen. Zum öffentlichen Verkehr bestimmt sind Räume, die dafür vorgesehen sind, durch Benutzer öffentlicher Verkehrsmittel in Anspruch genommen zu werden.⁷⁰ Taxis erfüllen eine ähnliche Funktion wie Straßenbahnen und Warteräume auf Bahnhöfen. Dies regelt auch das Personenbeförderungsgesetz.

(2) Geschäftsraum

Nach allgemeiner Verkehrsauffassung werden Kraftfahrzeuge nicht als Geschäftsräume angesehen.⁷¹

Anmerkung 18: Eine andere Ansicht ist vertretbar.

bb) Tathandlung

Indem A, B und D in das Taxi des T eingestiegen, könnten sie eingedrungen sein. Eindringen setzt voraus, dass der Täter einen der geschützten Bereiche betritt, d.h. mindestens mit

⁶⁸ Siehe oben 2. Tatkomplex, A. I. 1. a) aa) (3).

⁶⁹ Vgl. Rengier (Fn. 47), § 30 Rn. 6.

⁷⁰ Vgl. Rengier (Fn. 47), § 30 Rn. 7.

⁷¹ So LG Zweibrücken NJW 1971, 1377.

einem Teil des Körpers hineingelangt.⁷² Durch das Hineinsetzen haben sie das Taxi mithin betreten.

Das Betreten muss gegen den Willen des Hausrechtsinhabers erfolgen.⁷³ Möglicherweise war T jedoch damit einverstanden, dass A, B und D in sein Taxi steigen. Dann läge ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vor.⁷⁴

Problem: Betreten von Räumen mit genereller Zutritts-erlaubnis zu widerrechtlichen oder unerwünschten Zwecken

Insofern der Berechtigte bestimmte Räume wie bspw. Geschäfte für die Öffentlichkeit generell öffnet, deckt dieses Einverständnis nach h. M. auch dann das Betreten von diesen, wenn damit widerrechtliche oder unerwünschte Zwecke verfolgt werden.⁷⁵ Auf einen mutmaßlichen, diesen Handlungen entgegenstehenden Willen darf deshalb nicht abgestellt werden, da der Berechtigte – als hinzugedachter faktischer Beobachter – dem Eintreten auch nicht widersprechen würde.⁷⁶ Berechtigter, Taxifahrer oder Taxiunternehmen, sind grundsätzlich damit einverstanden, dass potentielle Fahrgäste in die Taxis einsteigen. Dieses Einverständnis wird auch durch die deliktische Absicht von A, B und D, die nach außen nicht erkennbar ist, nicht berührt. Somit sind A, B und D nicht in einen abgeschlossenen Raum, der zum öffentlichen Verkehr bestimmt ist, eingedrungen.

Anmerkung 19: Eine solch ausführliche Prüfung des Einverständnisses wurde nicht erwartet. Bearbeiter konnten die Prüfung des § 123 StGB stark verkürzen.

cc) Zwischenergebnis

Ein Eindringen liegt auf Grund des tatbestandsausschließenden Einverständnisses des T nicht vor.

b) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

2. Ergebnis

A, B und D haben sich nicht gem. §§ 123 Abs. 1 Alt. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

IV. Ergebnis und Konkurrenzen 2. Tatkomplex

B und D haben sich gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

Im schweren mittäterschaftlichen Raub ist zugleich eine Strafbarkeit nach §§ 240 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB sowie §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, 25 Abs. 2 StGB als auch §§ 246 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB enthalten. §§ 246 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB tritt auf Grund der gesetzlichen Subsidiarität hinter §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, 25 Abs. 2 StGB zurück. Im qualifizierten Diebstahl geht ebenfalls das Regelbeispiel gem. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB auf.

A hat sich gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

Anmerkung 20: Je nach Prüfung kann hier statt Mittäterschaft Beihilfe vorliegen.

Im schweren mittäterschaftlichen Raub ist zugleich eine Strafbarkeit nach §§ 240 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB und §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, 25 Abs. 2 StGB als auch §§ 246 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB enthalten. §§ 246 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB tritt auf Grund der gesetzlichen Subsidiarität hinter §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, 25 Abs. 2 StGB zurück. Der versuchte besonders schwere Fall des Diebstahls in Mittäterschaft geht in der Qualifikation auf, s.o.

Gesamtergebnis

Die Strafbarkeit des D aus dem ersten Tatkomplex, §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1a Alt. 1, Nr. 3, Abs. 4 StGB, steht zu der Strafbarkeit aus dem zweiten Tatkomplex, §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1b), 25 Abs. 2 StGB, in Tatmehrheit, § 53 StGB.

B hat sich gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

A hat sich gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

Anmerkung 21: Bearbeiter, die bei der Prüfung des A dessen Mittäterschaft abgelehnt haben, mussten statt § 25 Abs. 2 StGB § 27 StGB zitieren.

⁷² Vgl. Rengier (Fn. 47), § 30 Rn. 8.

⁷³ BGH MDR 1968, 550 (551); RGSt 20, 150 (156).

⁷⁴ Vgl. Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 42. Aufl. 2018, § 13 Rn. 659.

⁷⁵ Vgl. Rengier (Fn. 47), § 30 Rn. 11.

⁷⁶ Rengier (Fn. 47), § 30 Rn. 11.

Fortgeschrittenenklausur: Spendenbecher

Von Wiss. Mitarbeiter **Dennis Klein**, Gießen*

Die vorliegende Klausur wurde im Sommersemester 2019 in der Großen Übung für Fortgeschrittene an der Justus-Liebig-Universität Gießen gestellt. Der Notendurchschnitt betrug 4,51 Punkte und die Durchfallquote lag bei 39,1 %. Die höchste erreichte Punktzahl war 13 Punkte. Der Schwerpunkt der Klausur liegt im Bereich der Vermögensdelikte (im weiteren Sinne).

Sachverhalt

A ist begeisterter Festivalgänger und hat den in der Stadt aufgehängten Plakaten entnommen, dass heute in der Nähe ein Benefizfestival des Veranstalters V stattfindet, bei dem Musiker des Hip-Hop- und Rap-Genres auftreten. Er hört diese Art von Musik zwar nicht, will dem Ganzen aber dennoch eine Chance geben. Allerdings möchte A den Eintrittspreis in Höhe von 15 € nicht entrichten. Deshalb zeichnet er sich mit einem wasserfesten Filzstift den Abdruck des Festivalstempels – den nur zahlende Gäste im Eintrittsbereich erhalten – auf seine Hand, um dem Personal des V nicht aufzufallen. Der Stempel ist ein Mikrofon-Symbol, das zugleich auch das Veranstalterlogo darstellt. Da er besonders geübt darin ist, sieht seine Malerei diesem Eintrittsstempel zum Verwechseln ähnlich. Sodann klettert er über einen Zaun im hinteren Bereich des Festivalgeländes.

Auf dem Areal angekommen erfährt er von dem besonderen Spendenkonzept der Veranstaltung: Beim Kauf eines Getränks ist zusätzlich ein Euro für den – an sich wertlosen – Pappbecher zu zahlen. Nach dem Verzehr des Getränks wird dem Besitzer des Bechers die Wahl gelassen: Entweder kann er ihn an der Verkaufsstelle abgeben und seinen Euro zurück erhalten oder er entschließt sich dazu, das von ihm gezahlte Geld zu spenden und wirft den Becher deshalb in einen von den vielen auf dem Festivalgelände verteilten speziellen versiegelten Eimern mit einer Aufschrift, die auf die Spendenaktion hinweist. Am Ende werden die Becher von den Veranstaltern gezählt, um zu erfahren, wie viel von dem bei dem Verkauf der Getränke eingenommenen Geld an die Hilfsorganisation H, die sich für den Bau von Brunnen in Afrika einsetzt, gespendet werden soll.

Wie erwartet kann A mit der Musik nichts anfangen. Bevor er nach Hause geht, möchte er aber noch einen kleinen Gewinn einstreichen. Er fasst den Entschluss, die Becher aus den Spendeneimern zu entwenden und dann an einer Bar abzugeben. Dafür sucht er sich einen abgelegenen Spenden-

eimer aus, wartet einen unbeobachteten Moment ab und bricht die Plastikversiegelung auf. Dann öffnet er die Abdeckung, greift sich 65 aufeinander gestapelte Becher heraus und balanciert sie zur nächstgelegenen Bar.

Dort angekommen erklärt er der Barkeeperin B, er komme gerade vom Festival-Zeltplatz und solle ein paar Becher für seine Freunde abgeben. Zwar ist B bezüglich der Herkunft der Becher zunächst misstrauisch. Letztlich lässt B sich aber von dem sympathischen und redegewandten A überzeugen und zahlt ihm die 65 € aus.

Mit dem Geld begibt A sich zügig zum Ausgangsbereich. Dort steht aber bereits die Security bereit, die von einem Festivalbesucher über die ungewöhnlichen Aktivitäten des A informiert wurde und hindert ihn am Verlassen des Geländes. Die herbeigerufene Polizei klärt den Sachverhalt mit Unterstützung der Securitykräfte schließlich vollständig auf.

Aufgabe

Prüfen Sie die Strafbarkeit des A nach dem StGB.

Bearbeitervermerk

§ 246 StGB ist nicht zu prüfen. Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Lösungsvorschlag

1. Tatkomplex: Betreten des Festivalgeländes

I. Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 1, 3 StGB

A könnte sich einer Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 1, 3 StGB schuldig gemacht haben, indem er sich das Mikrofon-Symbol auf die Hand gezeichnet und sich so auf dem Festivalgelände bewegt hat.

1. Objektiver Tatbestand

a) Urkunde

Eine Urkunde ist eine verkörperte Erklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist und einen Aussteller erkennen lässt.¹

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter an der Professur für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Umweltstrafrecht (Prof. Dr. Thomas Rotsch) am Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen. Er dankt dem Inhaber der Professur sowie Frau Wiss. Mitarbeiterin Jeannine Boatright, Frau Wiss. Mitarbeiterin Clara Bosch, Herrn Wiss. Mitarbeiter Thomas Kolb, Frau Wiss. Mitarbeiterin Désirée Mehl sowie Herrn Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Wagner herzlich für die wertvollen Hinweise und Anregungen.

¹ RGSt 17, 106 f.; 61, 161; BGHSt 3, 82 (84 f.); Freund, Urkundenstraftaten, 2. Aufl. 2010, Rn. 15; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 267 Rn. 2; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 10. Aufl. 2012, § 65 Rn. 15; Wittig, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2018, § 267 Rn. 7. Der Begriff „Gedankenerklärung“ stellt einen Pleonasmus dar, weshalb hier nur von „Erklärung“ die Rede sein wird, vgl. dazu Puppe/Schumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 267 Rn. 18.

aa) Verkörperte Erklärung

Aus dem Gesamtkontext ergibt sich, dass die Zeichnung auf der Hand des A die Erklärung enthält, dass das Eintrittsgeld von ihm beglichen wurde und er sich deshalb auf dem Festivalgelände bewegen darf.

Fraglich ist, ob die zu diesem Erklärungsinhalt führenden Auslegungsmethoden im Rahmen des § 267 StGB überhaupt zum Einsatz kommen dürfen. Das betrifft die Frage, welche Anforderungen an die Verkörperung der Erklärung – und damit an die Perpetuierungsfunktion einer Urkunde – zu stellen sind.

(1) Schriftlichkeit

Zunächst könnte bestritten werden, dass ein Mikrofon-Symbol, d.h. ein Zeichen, das ohne Verwendung von Zahlen oder Buchstaben auskommt, genügt. So hält ein älterer Teil der Literatur die Schriftform für ein konstitutives Merkmal des Urkundenbegriffs.² Das Mikrofon-Symbol erfüllt diese Voraussetzung nicht.

(a) Als Grund dafür wird Art. 103 Abs. 2 GG ins Feld geführt: Der Begriff der Urkunde sei zu unbestimmt, wenn auch Zeichen solcher Art von ihm umfasst würden.³ Obgleich im Einzelfall genügend Hilfsmittel zur Entschlüsselung der Zeichen vorhanden sind, ist deren dauernde Verfügbarkeit grundsätzlich ungewiss, sodass die Perpetuierungsfunktion nicht erfüllt sei.⁴

Die oben genannte Erklärung ergibt sich nicht aus der von A angefertigten Zeichnung selbst, sondern erst im Zusammenhang mit der Veranstaltung und der von V zugesprochenen Funktion eines solchen Symbols, womit die erhobenen Einwände zutreffen.

(b) Die h.A. lehnt das Schriftlichkeitserfordernis allerdings ab,⁵ sodass das Mikrofon-Symbol zumindest nicht deshalb grundsätzlich aus dem Urkundenbegriff fällt. Diese Auffassung kann sich auf zeichentheoretische Erkenntnisse stützen:⁶ Buchstaben, Zahlen und Symbole sind gleichermaßen „Sig-

nale“; der Unterschied zwischen den einzelnen Signaltypen besteht lediglich im „Code“, den der Empfänger zur Entschlüsselung der in ihnen verborgenen Nachricht benötigt,⁷ sowie darin, dass einige Signale (laut) gelesen werden können.⁸

Hinweis: Nach heute ganz h.M. entspricht der prozessuale Urkundenbegriff der §§ 249 ff. StPO gerade nicht dem materiell-strafrechtlichen Urkundenbegriff des § 267 StGB.⁹ Deshalb muss das Mikrofon-Symbol auch nicht verlesen werden können.

Entscheidend ist damit nicht, ob die Erklärung „schriftlich“ abgegeben wurde, sondern welche Voraussetzungen der Code erfüllen muss, damit die Perpetuierungsfunktion gewahrt ist.¹⁰ Das Ergebnis der Auslegung, dass das Eintrittsgeld bezahlt wurde und A deshalb das Recht hat, sich auf dem Festivalgelände zu bewegen, beruht gerade nicht auf „Geheimcodes“, sondern ist für die Beteiligten offen ersichtlich. Im Übrigen sind Handstempel dieser Art, genauso wie Bändchen etc., ein übliches Zeichen für Erklärungen dieser Art.

Schließlich ist der Gegenauffassung auch deshalb nicht zu folgen, weil sie überzogene Anforderungen an die Perpetuierungsfunktion stellt. So kann nicht von jeder Urkunde verlangt werden, dass sie zeitlich und räumlich unbegrenzt verständlich ist, wenn sie schon diesen Zweck nicht verfolgt. Ebenso wenig kann der Vertrauensschutz von einer solchen praxisfernen Anforderung abhängig gemacht werden.¹¹

Ein etwaiges Schriftlichkeitserfordernis ist somit nicht einzuhalten, sodass nicht schon aus diesem Grund keine Urkunde vorliegt.

² Siehe etwa *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2005, § 70 Rn. 9; *ders.*, JuS 1987, 762, sowie die Nachweise in Fn. 3 und 4.

³ *Samson*, JuS 1970, 369 (372); *ders.*, JA 1979, 526 (530); *ders.*, in: Rudolphi/Horn/Samson (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl., Stand: Februar 1987, § 267 Rn. 23.

⁴ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 403. Für das Schriftformerfordernis auch *Kienapfel*, Urkunden und andere Gewährungsträger, 1979, S. 11; *ders.*, Urkunden im Strafrecht, 1967, S. 349 ff.; *Otto* (Fn. 2), § 70 Rn. 9; *Schmidhäuser*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 1983, Kap. 14 Rn. 10.

⁵ BGHSt 3, 82 (84); *Heinrich*, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 31 Rn. 9; *Kindhäuser*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 8. Aufl. 2017, § 55 Rn. 17; wohl auch *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 42. Aufl. 2018, Rn. 875, 888 ff.

⁶ Zum Folgenden *Puppe*, Jura 1980, 18.

⁷ Diese Erkenntnis wird unter dem Stichwort der „Relativität der Schriftlichkeit“ diskutiert, vgl. *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 1), § 65 Rn. 14; *Kienapfel* (Fn. 4 – Urkunden und andere Gewährungsträger), S. 15: „funktionale“ Interpretation des Schriftlichkeitserfordernisses. Schon früh hat das RG zutreffend erkannt, dass der „Schlüssel“ zum Verständnis der Urkunde von Relevanz ist, vgl. RGSt 17, 352 (354 f.).

⁸ *Puppe/Schumann* (Fn. 1), § 267 Rn. 54.

⁹ Vgl. dazu näher *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, § 28 Rn. 4; *Ostendorf*, Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2018, Rn. 327; *Erb*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 267 Rn. 33.

¹⁰ In der Sache haben *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 7. Aufl. 1991, § 65 Rn. 21 ff., auch das schon vertreten, da an die Schriftlichkeit nur „geringe Ansprüche gestellt“ worden sind (Rn. 21). Ab der 8. Aufl., 1999, wurde das Schriftlichkeitserfordernis dann gänzlich verworfen; vgl. ferner heute *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 1), § 65 Rn. 14, was der nun h.M. entspricht.

¹¹ Vgl. auch *Puppe/Schumann* (Fn. 8), § 267 Rn. 54, zu diesem praktischen Argument; zum Gedanken der Berücksichtigung der Funktion der Urkunde vgl. *Freund* (Fn. 1), Rn. 74.

(2) *Zusammengesetzte Urkunde*

Dass die oben genannte Erklärung nicht allein aus dem Mikrofon-Symbol selbst hervorgeht, hängt auch damit zusammen, dass die Zutrittsberechtigung des A sich erst daraus ergibt, dass die Zeichnung sich auf seiner Hand befindet. Nur die „räumliche“ Zuordnung des aufgezeichneten Stempelabdrucks zu A gibt Aufschluss über das ihm – konkret – zugewiesene Zutrittsrecht.

(a) Die sich erst auf diesem Wege ergebende Erklärung erfüllt nach h.M. dann die Perpetuierungsfunktion einer Urkunde, wenn die verschiedenen Erklärungsbestandteile „hinreichend fest“ miteinander verbunden sind (sog. „zusammengesetzte Urkunde“).¹² Zudem muss die Art und Weise der Verkörperung eine „gewisse Dauerhaftigkeit“ der Wahrnehmbarkeit der Erklärung gewährleisten.¹³

Die Tinte des Filzstiftes ist unmittelbar mit der Haut des A verbunden. Bezüglich der Dauerhaftigkeit ließe sich zwar behaupten, dass eine Zeichnung auf der Haut abgewaschen werden könnte, obgleich ein wasserfester Filzstift verwendet wurde. Richtigerweise ist aber der Kontext maßgeblich, sodass es darauf ankommt, welche Funktion die Erklärung für den Rechtsverkehr hat und welche Dauerhaftigkeit es braucht, damit sie einen entsprechenden Einfluss auf den Rechtsverkehr nehmen kann.¹⁴ Die Zeichnungen auf der Haut mit einem wasserfesten Filzstift genügen, um zumindest während des Festivalzeitraums den Eindruck entstehen zu lassen, dass A sich auf dem Gelände bewegen darf. Innerhalb dieser Zeit wird die Zeichnung des Stempelaufdrucks nicht ohne größeren Aufwand zu beseitigen sein.

(b) Nicht ohne weiteres einsichtig ist es aber, den menschlichen Körper als Unterlage bzw. Träger für zulässig zu erachten.

In der älteren Literatur finden sich argumentativ nur wenig gehaltvolle Stellungnahmen dazu.¹⁵ Soweit diese Frage in

der jüngeren Literatur überhaupt zur Sprache kommt, geht sie davon aus, dass der Stoff der verwendeten Unterlage gleichgültig ist.¹⁶ Entscheidend ist hiernach lediglich, dass die Unterlage gegenständig vorhanden und optisch wahrnehmbar sein muss.¹⁷ Insofern wäre auch die menschliche Haut – die „lebende[] Unterlage“¹⁸ – als eine ausreichende Verkörperung zu erachten.^{19,20} Der Stempelabdruck auf dem „körperlichen“ Gegenstand „Körper“ ist denn auch optisch ohne weiteres wahrnehmbar.

Damit liegt eine hinreichend verkörperte Gedankenerklärung vor.

Hinweis: An diesem – pragmatischen – Vorgehen der h.M. kann man mit guten Gründen zweifeln. Zwar überzeugt die Sichtweise, dass Urkunden „Schriftstücke“ sein müssen, nicht (s.o. a) aa) (1).²¹ Nichtsdestotrotz gilt, dass nicht schon der aufgezeichnete Handstempel, sondern nur dieser in Verbindung mit der Hand des A die zusammengesetzte Urkunde bilden kann, da nur beide Elemente gemeinsam einen einheitlichen Erklärungsinhalt in sich vereinigen.²² Das würde bedeuten, einen menschlichen Körper als Teil einer „Urkunde“ im Sinne des § 267 StGB zu bezeichnen. In der Literatur wird zudem etwa explizit davon gesprochen, dass das Beweiszeichen mit einem „körperlichen Gegenstand“ verbunden werden muss,²³ was der

losen Gegenstand“ und *Binding*, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 2, 2. Aufl. 1904 (Neudruck 1969), S. 188 Fn. 2, erwiderte, dass „es [...] nicht üblich, aber auch nicht unmöglich [ist], auf lebende Wesen Urkunden zu schreiben“. Ob mit der Bezeichnung „leblosler Gegenstand“ tatsächliche eine Restriktion bezüglich der stofflichen Unterlage bezweckt war, ist zu bezweifeln, vgl. vielmehr zum historischen Kontext *Kienapfel* (Fn. 4), S. 117 ff.

¹⁶ *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 1), § 65 Rn. 20; *Erb* (Fn. 9), 267 Rn. 39; *Welzel* (Fn. 4), S. 403.

¹⁷ *Zieschang* (Fn. 13), § 267 Rn. 10.

¹⁸ *Binding* (Fn. 15), S. 185 Fn. 1, der dies noch als „Kuriosität“ erachtete.

¹⁹ So ausdrücklich *Kienapfel* (Fn. 4), S. 6: „Rücken eines Menschen“. Siehe auch *Rengier* (Fn. 12), § 32 Rn. 3: „Stempel auf der Haut“.

²⁰ So wohl auch *Puppe/Schumann* (Fn. 8), § 267 Rn. 52, die die Lösung des klassischen „Bierdeckel-Falls“ deshalb für falsch halten, weil es an einer „Verbindung zwischen Bierdeckel und Gast“ fehlte.

²¹ Vgl. auch *Zieschang* (Fn. 13), § 267 Rn. 10.

²² *Wessels/Hettinger/Engländer* (Fn. 5), Rn. 901; in aller Deutlichkeit *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 1), § 65 Rn. 24: „Erst durch die Beziehung auf das Augenscheinsobjekt, nämlich ihren Träger, wird die Erklärung überhaupt erst verständlich und damit zu einer ‚Urkunde‘. [...] Das Wesen dieser Urkunden besteht nicht in der additiven Zusammensetzung, sondern in der Beziehung einer Erklärung auf ihren Träger.“; ferner *Schmidhäuser* (Fn. 4), Kap. 14 Rn. 16.

²³ *Wessels/Hettinger/Engländer* (Fn. 5), Rn. 888.

¹² BGHSt 5, 75 (79); 34, 375 (376 f.); *Freund* (Fn. 1), Rn. 71, 81; *Koch*, in: Dölling/Dutge/König/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. 2017, StGB § 267 Rn. 10; *Heinrich* (Fn. 5), § 31 Rn. 9; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 20. Aufl. 2019, § 32 Rn. 13. Selbst Vertreter des Schriftlichkeitserfordernisses sehen zusammengesetzte Urkunden als von § 267 StGB erfasst, weil es sich hierbei um eine unschädliche Verkürzung der Inhaltswiedergabe handelt, vgl. *Samson*, JA 1979, 526 (531), und noch *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 10), § 65 Rn. 24 f. mit Nachweisen zur mittlerweile als überholt geltenden Gegenansicht.

¹³ *Zieschang*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/2, 12. Aufl. 2009, § 267 Rn. 11.

¹⁴ *Freund* (Fn. 1), Rn. 74; *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 1), § 65 Rn. 20, mit dem Beispiel des erfrierenden Bergsteigers, der Zeichnungen im Schnee des Hochgebirges macht; *Zieschang* (Fn. 13), § 267 Rn. 11, wonach es auf den „Einzelfall“ ankommen soll.

¹⁵ *Adolf Merkel*, in: v. Holtzendorff (Hrsg.), Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. 3, Die Lehre von den verbrechensarten, 1874, S. 789, bezeichnete die Urkunde als einen „leb-

Definition der „Sache“ gem. § 90 BGB entspricht.²⁴ Vor dem Hintergrund von Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB lässt sich die Frage stellen, ob dieses weite Urkundenverständnis der h.M. noch mit dem Wortlaut vereinbar ist. Selbstverständlich lässt sich kaum bestreiten, dass ein Handstempel oder eine sonstige räumlich enge Verbindung eines Erklärungsteils zu einem Menschen nicht weniger Vertrauen in die „Echtheit“ erwecken kann, als eine „gewöhnliche“ Urkunde. Sobald aber eine konkrete Zuordnung zu einer Person nicht möglich ist, ohne auf die Verbindung zwischen Mensch und einem körperlich-gegenständlichen Erklärungsteil zurückzugreifen, wie dies in solchen Fällen bei Beweiszeichen generell – und deshalb auch hier – der Fall ist, führt kein Weg daran vorbei, auch den Menschen selbst als Bestandteil der Urkunde anzusehen.

bb) Beweiseignung und -bestimmung

Der aufgezeichnete Abdruck des Stempels auf der Hand des A gibt Auskunft darüber, dass er dazu berechtigt ist, sich auf dem Festivalgelände zu bewegen und bereits den Eintrittspreis entrichtet hat. Die Erklärung ist mithin geeignet, Auskunft über die rechtlich erhebliche Zutrittserlaubnis zu geben sowie darüber, ob ein entsprechender Vertrag darüber zustande gekommen ist und die sich gegen A daraus ergebenden Ansprüche gem. § 362 Abs. 1 BGB erfüllt wurden. Diese Eignung ist von A auch intendiert, sodass eine dementsprechende Beweisbestimmung vorhanden ist.

cc) Erkennbarkeit eines Ausstellers

Das von A aufgezeichnete Mikrofon-Symbol lässt einen Aussteller zumindest nicht unmittelbar erkennen, da keine namentliche Benennung stattfindet. Das ist nach h.M. aber auch nicht erforderlich; ausreichend ist es auch, wenn ein Aussteller sich erst aus den begleitenden Umständen ergibt.²⁵ Die Grenze ist dort zu ziehen, wo ein Aussteller sich nur anhand von Umständen ergibt, die völlig außerhalb der Urkunde liegen.²⁶

Das Mikrofon-Symbol ist zugleich das Logo des V; zumindest für sämtliche an der Veranstaltung Beteiligten²⁷ ergibt sich daher ohne weiteres, dass dieser als Aussteller gemeint ist. Höhere Anforderungen können nicht gestellt werden; bei Lichte besehen entsprechen die Auslegungsmetho-

den hier denen, die man bei der Untersuchung des Erklärungsinhalts zum Einsatz bringt. Zu verlangen, dass der Name des V erkennbar sein muss, bedeutete deshalb einen Rückfall zum hier verworfenen Schriftlichkeitserfordernis.

Somit ist V als Aussteller zu erkennen.

b) Tathandlung

aa) Herstellen einer unechten Urkunde

Das Herstellen einer unechten Urkunde ist das „Hervorbringen“ derselben,²⁸ bzw. das Verursachen ihrer Existenz.²⁹ Unecht ist die Urkunde, wenn „sie nicht von dem stammt, der in ihr als Aussteller erkennbar ist“.³⁰

Indem A das Mikrofon-Symbol auf seine Hand zeichnete, hat er kausal eine Urkunde geschaffen, die als Aussteller V erkennen lässt. Da aber A der geistige (und tatsächliche) Urheber der Urkunde und nicht V ist, liegt eine Identitätstäuschung vor. Somit hat A eine unechte Urkunde hergestellt.

bb) Gebrauchen einer unechten Urkunde

Gebraucht wird die unechte Urkunde, wenn sie demjenigen, der durch sie getäuscht werden soll, so zugänglich gemacht wird, dass er sie wahrnehmen kann.³¹

Indem A das Festivalgelände mit dem aufgezeichneten Symbol auf seiner Hand betrat, hat er den dem Veranstalter zugehörigen Mitarbeitern die Möglichkeit der Kenntnisnahme gegeben. Damit hat er eine unechte Urkunde gebraucht.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

A handelte vorsätzlich bezüglich beider Tatvarianten.

b) Zur Täuschung im Rechtsverkehr

Zudem müsste A „zur Täuschung im Rechtsverkehr“ gehandelt haben. Die h.M. lässt hierfür *dolus directus* 2. Grades, d.h. sicheres Wissen, bezüglich des Umstandes genügen, dass ein anderer zu einem rechtserheblichen Verhalten veranlasst wird.³²

Mit dem Aufzeichnen des Symbols will A erreichen, dass die Mitarbeiter des V ihn nicht entdecken und nicht von dem ihnen zugewiesenen Hausrecht Gebrauch machen. Zudem möchte er die Geltendmachung etwaiger Kondiktionsansprüche aus den §§ 812 ff. BGB verhindern. Hierbei handelt es sich somit um rechtserhebliches Verhalten. Insoweit weist A sogar die Vorsatzform des *dolus directus* 1. Grades auf.³³

²⁴ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 267 Rn. 5, spricht denn auch ausdrücklich von einer „Sache“; Otto (Fn. 2), § 70 Rn. 6; Weidemann, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, 44. Ed., Stand: 1.11.2019, § 267 Rn. 7: „körperliche Sache“.

²⁵ RGSt 76, 205 (206); Zieschang (Fn. 13), § 267 Rn. 46 ff., 49 f. m.w.N. zur wechselhaften Rspr.; Puppe/Schumann (Fn. 8), § 267 Rn. 77.

²⁶ Fischer (Fn. 24), § 267 Rn. 11; Heine/Schuster (Fn. 1), § 267 Rn. 17; Maurach/Schroeder/Maiwald (Fn. 1), § 65 Rn. 32; Weidemann (Fn. 23), § 267 Rn. 13.

²⁷ Darauf stellt z.B. Rengier (Fn. 12), § 32 Rn. 8, ab.

²⁸ Heger, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 267 Rn. 17.

²⁹ Bock, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 2018, S. 458.

³⁰ Zieschang (Fn. 13), § 267 Rn. 160.

³¹ Siehe nur BGHSt 36, 64 (65); Heine/Schuster (Fn. 1), § 267 Rn. 73 m.w.N.

³² Fischer (Fn. 23), § 267 Rn. 42; Wessels/Hettinger/Engländer (Fn. 5), Rn. 920 ff.; Zieschang (Fn. 13), § 267 Rn. 270.

³³ Wenn es heißt, dass *dolus directus* 2. Grades „ausreichend“ sein soll (z.B. Koch [Fn. 12], § 267 Rn. 24), kann das nur bedeuten, dass *dolus directus* 1. Grades erst recht genügt. Ob

Dies trifft für das Herstellen wie auch für das Gebrauchen der unechten Urkunde zu.

Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

3. Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

Da A beim Herstellen der unechten Urkunde bereits die konkrete Art und Weise ihres Gebrauchs ins Auge gefasst hat, tritt das Herstellen der Urkunde gem. § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB entweder als mitbestrafte Vortat hinter die Variante des Gebrauchs der unechten Urkunde gem. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB zurück oder steht nach anderer Ansicht mit ihr in deliktischer Einheit³⁴ – im Ergebnis liegt nach beiden Auffassungen nur *eine* Urkundenfälschung vor.

A hat sich einer Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

II. Hausfriedensbruch gem. § 123 Abs. 1 StGB

A könnte sich eines Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er den Zaun überstiegen hat.

1. Objektiver Tatbestand

a) Geschützte Örtlichkeit

Das durch A betretene Festivalgelände des V war durch einen Zaun gesichert, womit es durch äußerlich erkennbare zusammenhängende Schutzwehren gegen das Betreten Unberechtigter gesichert war.³⁵ Es handelt sich hierbei mithin um befriedetes Besitztum im Sinne des § 123 Abs. 1 StGB.

b) Eindringen

In diese Örtlichkeit müsste A eingedrungen sein. Dies ist dann der Fall, wenn er das Festivalgelände gegen den Willen des V betreten hat.³⁶ Zwar fehlt es insoweit an einer ausdrücklichen Willensäußerung, allerdings wird der entgegenstehende mutmaßliche Wille des V durch die Schutzwehren repräsentiert.³⁷ Im Überwinden dieser Schutzwehren liegt damit ein Eindringen.

der Täter das rechtserhebliche Verhalten sicher voraussah, spielt dann keine Rolle (so offenbar auch *Erb* [Fn. 9], § 267 Rn. 209, in seiner Deutung der h.A.). Im Übrigen ist dies auch ohne weiteres mit dem Wortlaut des § 267 StGB vereinbar.

³⁴ Siehe dazu *Rengier* (Fn. 12), § 33 Rn. 37 m.w.N. zu den hierzu vertretenen Auffassungen.

³⁵ Zum Begriff des befriedeten Besitztums, s. nur *Heger* (Fn. 28), § 123 Rn. 3.

³⁶ Zum Begriff des Eindringens, s. nur *Heger* (Fn. 28), § 123 Rn. 5.

³⁷ *Rackow*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 24), § 123 Rn. 13.2.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich.

3. Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

A hat sich eines Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

Der gem. § 123 Abs. 2 StGB erforderliche Strafantrag ist gestellt.

III. Erschleichen von Leistungen gem. § 265a Abs. 1 Var. 4 StGB

Durch dieselbe Handlung könnte A sich des Erschleichens von Leistungen gem. § 265a Abs. 1 Var. 4 StGB schuldig gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Veranstaltung

Veranstaltungen sind zeitlich begrenzte, in ihrem Ablauf in der Regel geplante Ereignisse, an denen ein uneingeschränkter oder begrenzter Personenkreis teilnehmen kann.³⁸ Das Musikfestival ist ein solches Ereignis, an dem jedermann teilnehmen konnte.

b) Entgeltlichkeit

Obwohl der Wortlaut diese Voraussetzung nicht enthält, geht die h.A. davon aus, dass die Leistung – hier: Veranstaltung – entgeltlich sein muss.³⁹ Teilnehmen durften am Musikfestival nur diejenigen, die den Eintrittspreis entrichtet haben. Somit handelt es sich um eine entgeltliche Veranstaltung.

c) Zutritt zu der Veranstaltung

Da A körperlich anwesend war, hat er sich Zutritt zu der Veranstaltung verschafft im Sinne des § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB.⁴⁰

d) Erschleichen

Die Zutrittserschleichung setzt ein täuschungsähnliches Verhalten oder die Umgehung bzw. Überwindung von Kontrollmaßnahmen voraus.⁴¹ Indem A über den Zaun geklettert ist und so auf das Festivalgelände gelangen konnte, hat er den Eingangsbereich umgangen, bei dem eine Eintrittskontrolle stattgefunden hätte. Somit hat er sich den Zutritt erschlichen.

³⁸ *Valerius*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 24), § 265a Rn. 8.

³⁹ *Hellmann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 1), § 265a Rn. 3; *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 265a Rn. 2; *Valerius* (Fn. 38), § 265a Rn. 10.

⁴⁰ Zum diesem Merkmal *Perron* (Fn. 39), § 265a Rn. 7.

⁴¹ *Hellmann* (Fn. 39), § 265a Rn. 42.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

A handelte vorsätzlich.

b) Absicht, das Entgelt nicht zu entrichten

A wollte den Eintrittspreis nicht entrichten. Damit hatte er dolus directus 1. Grades hinsichtlich der Vermeidung der Inanspruchnahme durch die Mitarbeiter des Veranstalters.

3. Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

A hat sich des Erschleichens von Leistungen gem. § 265a Abs. 1 Var. 4 StGB schuldig gemacht.

Das Entgelt i.H.v. 15 € ist nach jeder insoweit vertretenen Auffassung⁴² „geringwertig“ im Sinne der §§ 265a Abs. 3, 248a StGB ist; der somit erforderliche Strafantrag wurde von V – dem Verletzten gem. § 77 Abs. 1 StGB – gestellt.

2. Tatkomplex: Der Spendeneimer

I. Diebstahl gem. § 242 Abs. 1 StGB

A könnte sich eines Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er die Becher aus dem Spendeneimer entnommen hat.

1. Objektiver Tatbestand

a) Fremde bewegliche Sache

aa) Die Becher sind bewegliche Sachen (§ 90 BGB).

bb) Fremd sind sie, wenn sie nicht im Alleineigentum des A stehen und auch nicht herrenlos sind.⁴³

(1) Ein rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb des A scheidet offenkundig aus. In Betracht kommt allenfalls, dass die Becher herrenlos geworden sind, als die Besucher sie in den Spendeneimer geworfen haben,⁴⁴ sofern man unterstellt, dass sie beim Erwerb des Getränks überhaupt auch Eigentum daran erwerben. Dagegen spricht jedoch schon, dass den Besuchern bei natürlicher Auslegung ihres Verhaltens nach § 133 BGB eher daran gelegen war, dass V die rechtliche Herrschaft an den Bechern erlangt, um sie abzählen zu können und so eine Spende zu veranlassen. Das legt eine Überlegung nach § 929 S. 1 BGB an V näher. Das Aufstellen der Eimer wäre dann die konkludente, antizipierte Annahmeerklärung.⁴⁵

(2) Aber selbst wenn man eine Eigentumsaufgabe der Besucher gem. § 959 BGB annimmt, hat V durch das Werkzeug

⁴² Im Überblick und m.w.N. Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 24), § 248a Rn. 4 (str., zwischen 25 € und 50 €).

⁴³ Siehe nur Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 242 Rn. 12.

⁴⁴ Zu den Voraussetzungen der Dereliktion, vgl. Berger, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl. 2018, § 959 Rn. 1–3.

⁴⁵ Vgl. zur Zulässigkeit einer antizipierten Annahmeerklärung bspw. BGH NJW 2002, 363 (364).

„Spendeneimer“ bereits vor A Eigenbesitz an den Bechern und damit Eigentum an diesen erworben gem. § 958 Abs. 1 BGB.⁴⁶

(3) Ist man der Meinung, dass das Eigentum am Becher stets bei V verbleibt, wären auch in diesem Fall die Becher nicht herrenlos.

cc) Eine endgültige zivilrechtliche Bewertung des Geschehens kann daher dahinstehen. Jede mögliche Deutung führt zu dem Ergebnis, dass die Becher zum Tatzeitpunkt nicht im (Allein-)Eigentum des A standen und auch nicht herrenlos gewesen sind. Die Becher sind damit für A fremde bewegliche Sachen.⁴⁷

b) Wegnahme

Nach ganz h.M. ist Wegnahme der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams.⁴⁸ Diese weithin anerkannte Definition ist freilich insoweit ungenau, als sie impliziert, dass nur die Aufhebung des fremden Gewahrsams durch Bruch erfolgen müsse. Tatsächlich erstreckt auch die h.M. – ohne dies freilich jemals zu problematisieren – das Merkmal des Bruchs auch auf die Neubegründung des Gewahrsams. Dann aber geht es in Wahrheit um eine Gewahrsamsverschiebung durch Bruch.⁴⁹

aa) Fremder Gewahrsam

Gewahrsam ist die tatsächliche, von einem natürlichen Willen getragene Herrschaft über eine Sache. Ob und inwieweit die Verkehrsanschauung hier eine zusätzliche Rolle spielt, ist umstritten.⁵⁰

Auf dem Boden eines faktischen Gewahrsamsbegriffes kommt es auf die reale Zugriffsmöglichkeit des V an. Diese ist hier durch den (zunächst) verschlossenen Spendeneimer gewährleistet. Ein normatives Gewahrsamsverständnis gelangt hier aufgrund der engen Herrschaftssphäre des Spendeneimers, in dem sich die Becher befinden, zu einem ursprünglichen Gewahrsam des V.

Damit hatte V ursprünglich Gewahrsam an den Bechern; es liegt also fremder Gewahrsam vor.

bb) Gewahrsamsneubegründung

Eine Gewahrsamsneubegründung setzt den – vollständigen⁵¹ – Verlust des Gewahrsams bei V und den Gewahrsamserwerb eines anderen voraus.⁵²

⁴⁶ Vgl. dazu Berger (Fn. 44), § 958 Rn. 4.

⁴⁷ Die komplizierten rechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Wegnahme von Pfandleergut stellen sich hier entgegen dem ersten Anschein also nicht. Vgl. dazu jüngst BGH NJW 2018, 3598 m. Anm. Hoven.

⁴⁸ Siehe nur Bosch (Fn. 43), § 242 Rn. 22.

⁴⁹ Zum Ganzen Rotsch, GA 2008, 65.

⁵⁰ Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 1), § 242 Rn. 28.

⁵¹ Vgl. Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, S. 23.

⁵² Schmitz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 242 Rn. 83.

(1) *Gewahrsamsverlust des V*

(a) Gegen einen vollständigen Verlust des Gewahrsams und für eine bloße Gewahrsamslockerung spricht, dass V, solange A sich auf dem Festivalgelände bewegt hat, potenziell Zugriff auf die Becher hatte. Auch auf dem Boden eines normativen Gewahrsamsbegriffes könnte man das Festivalgelände als die Gewahrsamssphäre des V betrachten. Schließlich hat A keine Gewahrsamsenklave⁵³ gebildet, da er die 65 aufeinandergestapelten Becher offen in seinen Händen getragen und sie nicht in seinen persönlichen Nahbereich gebracht hat.

(b) Zu einem anderen Ergebnis gelangt man indes, wenn man zurückhaltender mit dem Sphärengedanken umgeht. So eröffnet sich eine alternative Betrachtungsweise:

Der normative Gewahrsamsbegriff spricht der Verkehrsanschauung nicht nur gewahrsamskonstitutive Funktionen zu. In gleicher Weise kann die Verkehrsanschauung zu einer Relativierung der rechtlichen Bedeutung einer faktischen Herrschaft führen.

V gibt die Becher – zurechenbar durch seine Mitarbeiter – freiwillig am Verkaufsstand heraus. Es erscheint daher für einen objektiven Beobachter in der Rolle eines Festivalbesuchers nicht weiter sozial auffällig, wenn ein anderer Festivalbesucher Becher über das Festivalgelände trägt. Selbst wenn es im Fall des A 65 davon sind, liegt es doch näher, dass A sie wirklich im Auftrag seiner Freunde am Verkaufsstand abgeben möchte und sie gerade nicht aus dem Spendeneimer entwendet hat. Das hat seinen Grund darin, dass der dem V zurechenbare Herausgabeakt als ein Verzicht auf die Sachherrschaft über die Becher zu deuten ist, da er sie auf diese Weise der Verfügungsgewalt der Besucher überlässt.

Freilich hat A die Becher nicht durch die Mitarbeiter am Verkaufsstand erhalten, doch erzeugt er absichtlich den Anschein, als sei dies der Fall. Dass er sich dabei noch auf dem Festivalgelände bewegt, zwingt also nicht zu der undifferenzierten Annahme, dass der Herrschaftswille des V sich auch auf jene Becher erstreckt, da auch auf dem Festivalgelände zwischen den Bereichen unterschieden wird, die nur dem Personal des V zugänglich sind, und solchen, die für den allgemeinen Besucherverkehr bestimmt sind.

Wenn A also die Becher aus der engeren Gewahrsamssphäre „Spendeneimer“ in den Bereich des allgemeinen Besucherverkehrs schafft, hebt er den Gewahrsam des V auf und lockert ihn nicht nur. Vielmehr wäre es nunmehr sozial auffällig, wenn V von A verlangen würde, die Becher ohne Gegenleistung wieder an ihn herauszugeben.

(c) Ein rein faktischer Gewahrsamsbegriff versagt an komplexeren Gewahrsamsverhältnissen, was auch an der vorliegenden Konstellation deutlich wird. Verzichtet man aber zugunsten der potenziellen Zugriffsmöglichkeit auf eine reale Zugriffsmöglichkeit, gelangt man zu sozial-normativen Erwägungen,⁵⁴ wie sie auch hier angestellt wurden. Möchte man diese sozial-normativen Erwägungen indes aussparen, wird die Frage nach der potenziellen Zugriffsmöglichkeit nicht nur in Randbereichen unscharf. So ließe sich der Ge-

wahrsam des V auch an solchen Gegenständen begründen, die schon außerhalb, aber noch in der Nähe des Festivalgeländes liegen. Insofern ist die hier vertretene differenzierende Sphärenbetrachtung vorzugswürdig.

V hat den Gewahrsam an den Bechern somit verloren.

(2) *Gewahrsamsneubegründung durch den Täter*

Da A die Becher in der Hand hielt, hatte er die tatsächliche Sachherrschaft. Indem er sich in einem Bereich des Festivalgeländes bewegte, der für den allgemeinen Besucherverkehr vorgesehen war, hatte er zudem nach Maßgabe der Verkehrsanschauung die Herrschaft über die Becher; insoweit gelten die oben angestellten Erwägungen entsprechend. Somit hat er neuen Gewahrsam an den Bechern begründet.

(3) *Zwischenergebnis*

Eine Gewahrsamsverschiebung liegt vor.

cc) *Durch Bruch*

Da es an einer Zustimmung des V in die Gewahrsamsverschiebung fehlt, erfolgte diese „durch Bruch“.

Damit hat A die Becher weggenommen.

2. *Subjektiver Tatbestand*

a) *Vorsatz*

A handelte vorsätzlich.

b) *Absicht rechtswidriger Zueignung*

A müsste in der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt haben. Dafür müsste er die Absicht (*dolus directus* 1. Grades) gehabt haben, sich die Sache zumindest vorübergehend in sein Vermögen einzuverleiben (*Aneignungsabsicht*) und zumindest *dolus eventualis* hinsichtlich der dauerhaften Verdrängung des Eigentümers aus seiner Herrschaftssphäre aufweisen (*Enteignungsvorsatz*).⁵⁵

aa) Bereits das Vorliegen der Aneignungsabsicht ist fraglich. Das Interesse des A hat nicht den Bechern als solchen gegolten, sondern den 65 €, die er am Verkaufsstand für sie erhält. Auf die Einverleibung der Sachsubstanz in sein Vermögen kam es ihm also gerade nicht an. Nach der vorherrschenden Vereinigungstheorie ist aber nicht nur die Sachsubstanz, sondern auch der Sachwert tauglicher Gegenstand der Zueignung. Zu fragen ist also, ob auch der Geldwert der Becher, der ihnen durch das von A anvisierte Rechtsgeschäft an der Verkaufsstelle zukommt, vom Sachwert erfasst ist. Das ist deshalb problematisch, weil der von A ins Auge gefasste Wert sich nicht aus der Sache selbst ergibt, da die Becher an sich wertlos sind. Der von ihm angestrebte Gewinn wird vielmehr erst durch das von ihm beabsichtigte spätere Rechtsgeschäft generiert.

bb) Um der Gefahr vorzubeugen, dass § 242 StGB in ein Delikt gegen das allgemeine Vermögen umgedeutet wird, muss die Zueignungsabsicht des Täters sich richtigerweise

⁵³ Eingehend zur Gewahrsamsenklave Schmitz (Fn. 52), § 242 Rn. 55 ff., insbesondere Rn. 56.

⁵⁴ Zutreffend Schmitz (Fn. 52), § 242 Rn. 70.

⁵⁵ Siehe dazu nur *Kindhäuser/Böse*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 10. Aufl. 2019, § 2 Rn. 63 ff.

auf den funktionspezifischen Wert der Sache beziehen. Nur auf diese Weise kann der Charakter des § 242 StGB als Eigentumsdelikt aufrechterhalten bleiben. Gemeint ist damit der Wert, den die Sache als solche verkörpert (sog. *lucrum ex re*). Nicht dagegen genügt es, wenn der Täter die Sache einsetzen will, um mit ihr andere, außerhalb der Sache liegende Werte zu erlangen (sog. *lucrum ex negotio cum re*).⁵⁶

Da der von A beabsichtigte Gewinn ausschließlich im Tauschwert der Becher liegt, fehlt es an einem Gegenstand, dessen Aneignung A in für § 242 StGB relevanter Weise beabsichtigen kann.

Damit fehlt es an der Absicht rechtswidriger Zueignung.

Hinweis: Ebenso vertretbar erscheint es, zuerst (und dann auch nur) auf den fehlenden Enteignungsvorsatz einzugehen.⁵⁷ Allerdings stellt sich dann in gleicher Weise die Frage, ob der Tauschwert der Becher als Gegenstand des Enteignungsvorsatzes taugt.⁵⁸

3. Ergebnis

A hat sich keines Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

II. Pfandkehr gem. § 289 Abs. 1 StGB

Da keine Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrechte anderer Personen mehr bestehen, sobald der Becher in den Spendeneimer geworfen wird, scheidet eine Strafbarkeit wegen Pfandkehr gem. § 289 Abs. 1 StGB aus.

III. Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB

Indem A die Plastikversiegelung am Spendeneimer aufgebrochen hat, hat er sich einer Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

Strafantrag gem. § 303c StGB ist gestellt.

3. Tatkomplex: An der Bar

I. Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber B und zum Nachteil von V

A könnte sich eines Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber B und zum Nachteil von V schuldig gemacht haben, indem er B erzählt hat, er gebe die Becher für seine Freunde vom Zeltplatz ab und ebendiese über den Tresen gereicht hat.

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung über Tatsachen

Tatsachen sind gegenwärtige oder vergangene Verhältnisse, Zustände oder Geschehnisse, die prinzipiell dem Beweis zugänglich sind.⁵⁹ Eine Täuschung ist jedes Verhalten mit Erklärungswert, durch das im Wege einer Einwirkung auf das

intellektuelle Vorstellungsbild eines anderen eine Fehlvorstellung über Tatsachen erregt werden kann.⁶⁰

A wollte die Becher nicht für seine Freunde abgeben, vielmehr hat er sie aus dem Spendeneimer entwendet. B hat er jedoch das Gegenteil kommuniziert und deshalb über Tatsachen getäuscht.

b) Täuschungsbedingter Irrtum

Infolge der Täuschung glaubte B dem A und unterlag somit einer täuschungsbedingten positiven Fehlvorstellung über Tatsachen – einem Irrtum.

c) Irrtumsbedingte Vermögensverfügung

Eine Vermögensverfügung ist jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, dass unmittelbar vermögensmindernd wirkt.⁶¹

aa) Offenkundig verfügt B nicht über ihr eigenes Vermögen. Die aus der Kasse entnommenen und an A übergebenen 65 € waren ursprünglich dem Vermögen des V zugeordnet, der lediglich durch B bezüglich der Übereignungserklärung § 164 Abs. 1 S. 1 BGB vertreten wurde. Mit Abschluss der Übereignung des Geldes gem. § 929 S. 1 BGB wurde das Vermögen des V damit gemindert.

Hinweis: Dass V Eigentümer des Bargelds ist, darf unterstellt werden, muss aber unbedingt Erwähnung finden. Anderenfalls wird weder nachvollziehbar, worin die Vermögensminderung bestehen soll, noch kann das bestehende Dreiecksverhältnis (siehe sogleich) überzeugend behandelt werden.

bb) Da mithin ggfs. ein Dreiecksbetrug vorliegt, stellt sich die Frage der Zurechnung der Vermögensverfügung zu V.⁶²

Da B durch den Arbeitsvertrag oder sonstige arbeitsrechtliche Weisungen objektiv zur Herausgabe des Geldes ermächtigt war, sofern jemand die Becher vorlegt, ist nach der objektiven Ermächtigungstheorie⁶³ die Zurechenbarkeit anzunehmen.

Da die objektive Ermächtigung bezüglich der Verfügung über einen Gegenstand das stärkste normative Näheverhältnis ist, das man sich zu einem Vermögensgegenstand vorstellen kann, kann auch nach der Lagertheorie⁶⁴ die Vermögensverfügung V zugerechnet werden.

Hinweis: Hierbei handelt es sich um einen zulässigen und gebotenen Erst-Recht-Schluss.⁶⁵ Vor diesem Hintergrund

⁵⁶ BGHSt 19, 387 (388); Bockelmann, ZStW 65 (1953), 569 (575); Bosch (Fn. 43), § 242 Rn. 49; Jäger, Examensrepetitorium Strafrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl. 2019, Rn. 218.

⁵⁷ So etwa Jansen, ZJS 2019, 132 (133).

⁵⁸ Vgl. bspw. Jansen, ZJS 2019, 132 (133).

⁵⁹ Siehe nur Fischer (Fn. 24), § 263 Rn. 6.

⁶⁰ Siehe nur Perron (Fn. 39), § 263 Rn. 6.

⁶¹ Siehe nur BGHSt 14, 170; Perron (Fn. 39), § 263 Rn. 55.

⁶² Im Überblick Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 14 Rn. 90 ff.

⁶³ Dafür bspw. Vgl. Mitsch (Fn. 75), S. 302.

⁶⁴ Vertreten insbesondere von der Rspr., vgl. etwa BGHSt 18, 221. Aus der Literatur bspw. Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2018, Rn. 196.

⁶⁵ Siehe dazu Rotsch, Strafrechtliche Klausurenlehre, 2. Aufl. 2016, Rn. 2184.

ist es auch vertretbar, die Lagertheorie überhaupt nicht zu erwähnen und es bei den Worten zu belassen, dass „sogar/schon/selbst nach der objektiven Ermächtigungstheorie eine Zurechnung möglich ist“. Ernsthaft umstritten ist nur, ob man *neben* einer objektiven Befugnis noch andere Zurechnungsgrundsätze gelten lassen sollte.

cc) Der Irrtum bezüglich der Herkunft der Becher war (mit-)kausal für die Herausgabe des Geldes. Hätte B gewusst, dass A sie aus dem Spendeneimer entwendet hat, hätte sie die Herausgabe des Geldes unterlassen.

Eine dem V zurechenbare irrtumsbedingte Vermögensverfügung liegt damit vor.

d) Verfügungsbedingter Vermögensschaden

Ein verfügungsbedingter Vermögensschaden liegt dann vor, wenn der Gesamtwert des Vermögens infolge der Vermögensverfügung nach Saldierung (noch immer) gemindert ist.⁶⁶

aa) Die 65 an sich wertlosen Becher können die herausgegebenen 65 € wirtschaftlich nicht kompensieren. Selbst wenn man der Meinung ist, dass auch intersubjektive Wertfestsetzungen eine Rolle spielen dürfen,⁶⁷ wird man nicht davon ausgehen können, dass die am Festival Beteiligten den Sachwert der Becher auf einen Euro festgelegt haben. Vor dem Hintergrund des Spendenkonzepts wurde allenfalls ein „symbolischer Tauschwert“ in Höhe eines Euros festgesetzt. Dem Grunde nach ist damit zunächst ein objektiver Minussaldo gegeben.

bb) Fraglich ist indes, wie es sich auswirkt, dass die verfügende B dieses objektiv inäquivalente wirtschaftliche Werteverhältnis vollkommen erkannt hat. Insoweit handelt es sich hierbei um eine bewusste Selbstschädigung.

(1) Der BGH geht davon aus, dass die Täuschung im Rahmen des Betrugstatbestands eine Doppelfunktion hat: Zum einen soll durch sie zu einer vermögensmindernden Verfügung motiviert und zum anderen die vermögensschädigende Wirkung verschleiert werden.⁶⁸ Eine Ausnahme wird dann gemacht, wenn durch die Verfügung ein anerkannter sozialer Zweck verfolgt, aber dieser verfehlt wird,⁶⁹ womit der BGH sich insoweit der Zweckverfehlungslehre annähert.⁷⁰

Es handelt sich hier aber nicht um eine „klassische“ Situation des Spendenbetrugs, da B nicht in der Absicht verfügt hat, einen sozial anerkannten Zweck zu verfolgen, der außerhalb des bloßen Geld- und Warenverkehrs lag. Die eigentliche Zweckverfehlung findet sich bei den Festivalbesuchern, die die 65 Becher in den Spendeneimer geworfen haben – (nur) deren Zweck, den Brunnenbau in Afrika zu fördern, wird durch die Ausgabe der 65 € an A verfehlt.

(2) Weiterhin könnte noch der Zweck zu berücksichtigen sein, dass die Herausgabe des Geldes im Tausch gegen die

Becher nur an diejenigen erfolgen soll, die die Becher zuvor auch wirklich selbst für einen Euro erworben haben. Allerdings handelt es sich hier nicht um einen sozial anerkannten Zweck, da dem Umstand, dass der eine Euro pro Becher (wertsammenmäßig) wieder an seinen ursprünglichen Inhaber zurückgelangt, keine Zielvorstellung ist, die nicht auf die Erlangung eines materiellen oder immateriellen Äquivalents ausgerichtet ist. Aus diesem Grund würde auch die Zweckverfehlungslehre zu keinem anderen Ergebnis kommen. Dass die „richtige“ Person einen Euro zurückerhält, ist nämlich kein objektvierbares Interesse⁷¹. Eine *weit* verstandene Zweckverfehlungslehre, die auch solche Zwecke berücksichtigt, wird heute zu Recht abgelehnt, da der Vermögensbezug des § 263 StGB anderenfalls vernachlässigt würde.⁷²

Aus den genannten Gründen kann ein Vermögensschaden bei V nicht angenommen werden, sodass der objektive Tatbestand nicht erfüllt ist.

2. Ergebnis

A hat sich nicht eines Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber B und zum Nachteil von V schuldig gemacht.

II. Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber B und zum Nachteil der spendenden Festivalgäste

Wie bereits oben festgestellt (I. 1. a) bb), war allein V Eigentümer des Geldes, sodass mit der Herausgabe der 65 € ausschließlich bei ihm eine Vermögensminderung stattfindet. Damit fehlt es am objektiven Tatbestand des Betruges gem. § 263 Abs. 1 zum Nachteil der spendenden Festivalgäste.

Hinweis: Die Becher kommen als Verfügungsgegenstand ebenfalls nicht in Betracht, da auch sie spätestens nach dem Einwurf durch spendenden Festivalbesucher im Eigentum des V stehen (s.o. 2. Tatkomplex, I. 1. a) bb).

III. Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber B und zum Nachteil von H

A hat sich auch nicht eines Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber B und zum Nachteil von H schuldig gemacht. Da § 263 StGB nur bestehende Vermögenswerte schützt, nicht aber nur unbestimmte Aussichten auf einen Vermögenszuwachs,⁷³ kann die von V in Aussicht gestellte Spende an H nicht zu ihrem Vermögen gezählt werden.

Hinweis: Da der Sachverhalt keine Angaben über ein Vertragsverhältnis zwischen V und H enthält, darf nicht von einer anwartschaftsähnlichen Vermögensposition der H ausgegangen werden.

⁶⁶ Siehe bspw. *Kindhäuser* (Fn. 50), § 263 Rn. 226.

⁶⁷ Kritisch und m.w.N. dazu *Beukelmann*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 24), § 263 Rn. 52.

⁶⁸ BGH NStZ 1995, 289 (290).

⁶⁹ BGH NJW 1995, 539.

⁷⁰ Vgl. dazu *Kindhäuser/Böse* (Fn. 55), § 27 Rn. 61. Sehr kritisch dazu *Heinrich* (Fn. 5), § 20 Rn. 111.

⁷¹ Vgl. dazu *Kindhäuser/Böse* (Fn. 55), § 27 Rn. 61.

⁷² *Fischer* (Fn. 24), § 263 Rn. 137 m.w.N.

⁷³ *Tiedemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 135.

Gesetzeseinheit, Konkurrenzen und Gesamtergebnis**I. Gesetzeseinheit**

1. Die Strafdrohung des § 123 Abs. 1 StGB ist nicht schwerer als diejenige des § 265a Abs. 1 StGB, sondern gleichschwer, weshalb § 265a Abs. 1 StGB nicht im Wege formeller Subsidiarität (§ 265a Abs. 1 StGB a.E.) hinter den Hausfriedensbruch zurücktritt.

2. Das Erschleichen von Leistungen könnte aber gegenüber der Urkundenfälschung formell subsidiär sein.

a) Erste Voraussetzung ist, dass es sich bei der Urkundenfälschung um dieselbe „Tat“ im Sinne des § 265a Abs. 1 StGB a.E. handelt. Insoweit wird richtigerweise gefordert, dass beide Taten in Idealkonkurrenz (§ 52 Abs. 1 StGB) zueinander stehen.⁷⁴ Indem A sich auf dem Festival bewegte, erschlicht er eine Leistung (§ 265a Abs. 1 StGB) und gebrauchte zugleich die unechte Urkunde auf seiner Hand (§ 267 Abs. 1 Var. 3 StGB); damit handelt es sich um rechtliche Handlungseinheit⁷⁵ gem. § 52 Abs. 1 Var. 1 StGB.

b) Zweite Voraussetzung ist, dass § 267 Abs. 1 StGB eine „andere Vorschrift“ im Sinne der Subsidiaritätsklausel des § 265a Abs. 1 StGB a.E. ist.

aa) Nach der wohl überwiegenden Ansicht in der Literatur sind von dieser nur solche Vorschriften umfasst, die die gleiche oder eine ähnliche „Angriffsrichtung“ haben bzw. das dasselbe Rechtsgut schützen.⁷⁶ Da § 265a StGB das Vermögen des Leistungserbringers schützt⁷⁷ und § 267 StGB die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs mit Urkunden⁷⁸, fehlt insoweit eine Übereinstimmung. Die Subsidiaritätsklausel greift nach dieser Auffassung nicht ein.

bb) Insbesondere der *I. Strafsenat* des BGH hat insoweit eine andere Auffassung geäußert: Die Subsidiaritätsklauseln seien extensiv auszulegen, sodass jeder andere Straftatbestand mit höherer Strafdrohung – und damit auch § 267 StGB – erfasst wäre.⁷⁹

cc) Der BGH hat seine Auffassung mit dem uneingeschränkten Wortlaut der Subsidiaritätsklauseln begründet und dieses Argument mit einem (impliziten) Verweis auf Art. 103 Abs. 2, § 1 StGB verstärkt.⁸⁰ Damit hat er die Rechtswirkungen der Subsidiaritätsklauseln aber überschätzt. Obgleich man die Einschränkung der Gegenansicht in der Literatur als

Analogie versteht, ist es jedenfalls keine *zu Lasten* des Täters, da der Unrechtsgehalt eines von ihm verwirklichten, aber verdrängten Strafgesetzes ohnehin bei der Strafzumessung berücksichtigt wird, soweit es gegenüber dem verdrängenden Gesetz überhaupt einen eigenständigen bzw. anderen Unrechtsgehalt aufweist.⁸¹ Auf die Strafhöhe wird sich die Entscheidung für die eine oder andere Auffassung mithin nicht auswirken; jedoch schon aus Gründen der „Offenheit und Klarheit“⁸² sollte § 265a Abs. 1 StGB im Tenor auftauchen.

II. Konkurrenzen

A hat sich wegen Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 StGB, Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 StGB und des Erschleichens von Leistungen gem. § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB in Tateinheit gem. § 52 StGB strafbar gemacht. Die Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB steht dazu in Tatmehrheit gem. § 53 Abs. 1 StGB.

III. Gesamtergebnis

Damit ist A insgesamt strafbar gem. §§ 267 Abs. 1, 123 Abs. 1, 265a Abs. 1 Var. 3, 52; 303 Abs. 1; 53 StGB.

⁷⁴ v. Heintschel-Heinegg, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, Vorbem. zu § 52 Rn. 45; Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vorbem. zu § 52 Rn. 23; Freund/Putz, NSTZ 2003, 242 (245). Auch der BGH stellt diese Voraussetzung auf, vgl. BGHSt 47, 243.

⁷⁵ Siehe dazu Fischer (Fn. 24), Vor § 52 Rn. 20.

⁷⁶ Vgl. Mitsch (Fn. 51), S. 453; Duttge, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Fn. 12), § 265a Rn. 27; Perron (Fn. 39), § 265a Rn. 14; Tiedemann (Fn. 73), § 263 Rn. 56.

⁷⁷ Siehe nur Fischer (Fn. 24), § 265a Rn. 2 m.w.N.

⁷⁸ BGHSt 2, 50 (52) = NJW 1952, 231; Wessels/Hettinger/Engländer (Fn. 5), Rn. 873 m.w.N.

⁷⁹ BGHSt 47, 243 (244); 43, 237 (238).

⁸⁰ BGHSt 47, 243 (244).

⁸¹ Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl. 2015, S. 196; Freund/Putz, NSTZ 2003, 242 (245); v. Heintschel-Heinegg (Fn. 74), Vorbem. zu § 52 Rn. 45, jeweils m.w.N.

⁸² Puppe (Fn. 74), Vorbem. zu § 52 Rn. 5.

Entscheidungsbesprechung

Vollstreckung einer im Ausland verhängten Freiheitsstrafe und deutscher *ordre public*

1. Ein ausländisches Straferkenntnis, mit dem gegen den Verurteilten deutscher Staatsangehörigkeit eine Freiheitsstrafe verhängt wurde, kann auch dann in Deutschland für vollstreckbar erklärt werden, wenn der Lebenssachverhalt, der dem Urteil zugrundelag, in Deutschland lediglich Ordnungswidrigkeitstatbestände erfüllt.
2. Liegt der Verurteilung ein grober Verstoß gegen die Verkehrsregeln zugrunde, der „in skrupelloser Weise“ verursacht wurde, verstößt die Vollstreckbarerklärung hinsichtlich des nicht zur Bewährung ausgesetzten Teils von 12 Monaten Freiheitsstrafe auch nicht wegen der Härte der Rechtsfolge gegen § 73 IRG. Dies mag möglicherweise als hart angesehen werden; die Freiheitsstrafe von 12 Monaten ist aber insoweit nicht als „unerträglich oder in keiner Weise vertretbar“ zu beurteilen.
3. Da es für die Frage der beiderseitigen Sanktionierbarkeit auf den Zeitpunkt der Exequaturentscheidung ankommt, wäre die Tat im Übrigen auch nach § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB in der Fassung vom 30.9.2017 strafbar. (Amtliche Leitsätze)

IRG §§ 49, 54, 73

OLG Stuttgart, Beschl. v. 25.4.2018 – 1 Ws 23/18 (LG Stuttgart, Beschl. v. 15.3.2018 – 21 StVK 172/17)¹

I. Einleitung

Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen wird treffend als Bestandteil eines international-arbeitsteiligen Strafverfahrens bezeichnet, in dem der ersuchende und der ersuchte Staat bei der Strafverfolgung zusammenarbeiten und gemeinsam dafür verantwortlich sind, dass dieses Verfahren insgesamt grundlegenden menschenrechtlichen und rechtsstaatlichen Standards genügt.² Die Zusammenarbeit ist dabei nicht auf das Erkenntnisverfahren beschränkt, sondern erstreckt sich gegebenenfalls auch auf die anschließende Strafvollstreckung. Dementsprechend wird der Teil der Rechtshilfe, der die Vollstreckung einer durch ein ausländisches Gericht verhängten Strafe durch die deutsche Justiz (oder umgekehrt) zum Gegenstand hat, als Vollstreckungshilfe bezeichnet (vgl. §§ 48 ff. IRG). Der um Vollstreckungshilfe ersuchte Staat muss dabei einerseits dem Strafvollstreckungsinteresse des Urteilsstaates (und dem eigenen Interesse an einer funktionierenden internationalen Zusammenarbeit) Rechnung tragen, andererseits

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in NJW 2018, 2213 = NStZ 2018, 296 = NStZ-RR 2018, 84 = NZV 2018, 320 und online abrufbar unter <http://www.landesrecht-bw.de/jportal/?quelle=jlink&docid=VB-BW-Just2018527&psml=bsbawueprod.psm1&max=true> (1.2.2020).

² Eingehend dazu *Schomburg/Lagodny/Schallmoser*, in: Böse (Hrsg.), *Enzyklopädie Europarecht*, Bd. 9: Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit 2013, § 13 Rn. 76 ff.

aber auch seiner menschenrechtlichen Verantwortung für den Schutz der verurteilten Person gerecht werden. In diesem Spannungsverhältnis steht die zu besprechende Entscheidung des OLG Stuttgart, in der es um die Vollstreckung einer in der Schweiz wegen erheblicher Geschwindigkeitsüberschreitungen verhängten Freiheitsstrafe geht.

II. Sachverhalt

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Der deutsche Staatsangehörige V hatte in der Schweiz bei der Fahrt durch den Gotthard-Tunnel die zulässige Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h mit einer Durchschnittsgeschwindigkeit von 135 km/h deutlich überschritten und dabei mehrere Fahrzeuge überholt; in einem anderen Tunnel hatte er auf einer durch Leitbaken abgetrennten Fahrspur weitere Überholmanöver durchgeführt und dabei eine Kollision mit den entgegenkommenden und den überholten Fahrzeugen riskiert. Aufgrund dieser Handlungen und weiterer erheblicher Geschwindigkeitsüberschreitungen auf den vor bzw. hinter den Tunnelabschnitten liegenden Autobahnstrecken verurteilte das Geschworenengericht Tessin den V in Abwesenheit wegen Gefährdung des Lebens (Art. 129 des schweizerischen Strafgesetzbuches, CH-StGB) sowie Verletzung von Verkehrsregeln (Art. 90 Abs. 2–4 des schweizerischen Straßenverkehrsgesetzes, CH-SVG) zu einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten, von denen 18 Monate zur Bewährung ausgesetzt wurden (bedingter Strafvollzug). Hinsichtlich der verbleibenden 12 Monate beantragte die Staatsanwaltschaft beim LG Stuttgart auf entsprechendes Ersuchen von Seiten der Schweiz, das Urteil für vollstreckbar zu erklären und entsprechend dem Schweizer Erkenntnis eine Freiheitsstrafe von einem Jahr festzusetzen (sog. Exequatur-Entscheidung – §§ 54, 55 IRG), damit auf dieser Grundlage das schweizerische Ersuchen um Vollstreckungshilfe bewilligt (§ 56 IRG) und die Strafvollstreckung gegen den in Deutschland wohnhaften V vollstreckt werden kann (§ 57 IRG).

III. Entscheidung

Das LG Stuttgart lehnte den Antrag der Staatsanwaltschaft ab, weil die Vollstreckung der in der Schweiz verhängten Freiheitsstrafe unzulässig sei.³ Die mit dem Urteil des Geschworenengerichts Tessin abgeurteilten Taten seien nach dem deutschem Recht in Ermangelung gerichtlicher Feststellungen zu einer konkreten Gefährdung nicht als Straftat (§ 315c StGB), sondern lediglich als Ordnungswidrigkeiten zu bewerten (§ 24 StVG i.V.m. § 49 StVO).⁴ Die in der Schweiz verhängte und nicht zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe stehe somit in einem nicht mehr hinnehmbaren Missverhältnis zu der nach deutschem Recht vorgesehenen Sanktion (Geldbuße) und verstoße daher, insbesondere mit Blick auf den kategorialen Unterschied zwischen Kriminalstrafen, mit denen ein sozialetisch schwerwiegendes Fehl-

³ LG Stuttgart, Beschl. v. 18.3.2018 – 21 StVK 172/17 (juris).

⁴ LG Stuttgart, Beschl. v. 18.3.2018 – 21 StVK 172/17, Rn. 22 ff., 31 (juris); siehe auch zu den einzelnen Bußgeldtatbeständen OLG Stuttgart, Beschl. v. 25.4.2018 – 1 Ws 23/18, Rn. 16 (juris).

verhalten getadelt werde, und sozialetisch neutralen Geldbußen, gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Verbot nicht mehr schuldangemessener Strafen.⁵ Eine Vollstreckung sei deshalb wegen Verstoßes gegen wesentliche Grundsätze der deutschen Rechtsordnung unzulässig (§ 73 S. 1 IRG).⁶

Auf die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft (§ 55 Abs. 2 IRG) hat das OLG Stuttgart diese Entscheidung aufgehoben und die Vollstreckung des Urteils des Geschworenengerichts Tessin für zulässig erklärt, soweit der V darin zu einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten verurteilt wurde. Das Gericht legt zunächst dar, dass für die Zulässigkeit der Vollstreckungshilfe in Ermangelung einer einschlägigen völkervertraglichen Regelung die §§ 48 ff. IRG maßgeblich sind, und prüft sodann die Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 49 IRG: Ein rechtskräftiges und vollstreckbares ausländisches Erkenntnis liege mit dem Urteil des Geschworenengerichts Tessin vor (§ 49 Abs. 1 Nr. 1 IRG).⁷ Das Urteil sei zwar in Abwesenheit des V, aber damit nicht ohne Weiteres in einem Verfahren ergangen, dass gegen die Vorgaben der EMRK, insbesondere dem Anspruch auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK), verstoße (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 IRG), da V ordnungsgemäß zur mündlichen Verhandlung geladen und auf die Folgen eines Ausbleibens hingewiesen worden sei; zudem habe ein für den V bestellter Pflichtverteidiger an der Verhandlung teilgenommen, sodass das Verfahren mit den rechtsstaatlichen Mindestanforderungen, wie sie in der Rechtsprechung des EGMR, des BVerfG und des EuGH entwickelt worden seien, vereinbar gewesen sei.⁸ Des Weiteren sei auch die Voraussetzung der beiderseitigen Sanktionierbarkeit gegeben, denn dafür sei ausreichend, dass für die in der Schweiz abgeurteilte Tat nach deutschem Recht eine Geldbuße hätte verhängt werden können (§ 49 Abs. 1 Nr. 3 lit. a IRG); darüber hinaus käme auch eine Strafbarkeit nach dem neu eingeführten § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB in Betracht, denn für die Prüfung der beiderseitigen Sanktionierbarkeit sei nicht der Tatzeitpunkt, sondern der Zeitpunkt der Exequatur-Entscheidung maßgeblich.⁹ Einer Vollstreckung stehe auch nicht eine bereits in Deutschland wegen derselben Tat ergangene Entscheidung (§ 49 Abs. 1 Nr. 4 IRG) oder ein Eintritt der Vollstreckungsverjährung (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 IRG) entgegen (vgl. insoweit § 79 Abs. 3 Nr. 4 StGB).¹⁰ Schließlich sei die Vollstreckung der in der Schweiz verhängten Freiheitsstrafe auch nicht von der Zustimmung des V abhängig, da die Vollstreckung ausländischer Erkenntnisse gegen verurteilte Per-

sonen, die sich im Inland aufhalten, auch ohne deren Einverständnis zulässig ist (§ 49 Abs. 2 IRG).¹¹ Da deutsche Staatsangehörige nicht zur Strafvollstreckung ausgeliefert werden dürfen (Art. 16 Abs. 2 GG), wird auf diese Weise verhindert, dass sich der Verurteilte durch Verweigerung der Zustimmung der Strafe entziehen kann.¹²

In einem zweiten Schritt legt das OLG Stuttgart dar, dass die Vollstreckung des ausländischen Urteils auch mit Blick auf die Härte der Rechtsfolge nicht gegen den deutschen ordre public verstoße (§ 73 S. 1 IRG). Vor dem Hintergrund, dass § 49 Abs. 1 Nr. 3 lit. a IRG für die Zulässigkeit der Vollstreckung nicht die Strafbarkeit, sondern nur die Sanktionierbarkeit der abgeurteilten Tat (ggf. auch als Ordnungswidrigkeit) nach deutschem Recht fordere, sei es bereits im Ansatz verfehlt, im Rahmen des § 73 S. 1 IRG auf die Unterschiede zwischen straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionen abzustellen.¹³ Vielmehr zeige sich in der Einführung des § 315d StGB, dass die rücksichtslose Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit auch dann strafwürdiges Unrecht begründen könne, wenn es nicht zu einer konkreten Gefahr für andere Verkehrsteilnehmer gekommen sei.¹⁴ Zudem habe der Gesetzgeber bei Taten, die nach deutschem Recht nur als Ordnungswidrigkeit geahndet werden könnten, für die Vollstreckung ausländischer Erkenntnisse eine Obergrenze von zwei Jahren Freiheitsstrafe festgelegt (§ 54 Abs. 1 S. 4 Nr. 2 IRG), um unverhältnismäßige Belastungen der verurteilten Person zu verhindern; diese Höchstgrenze werde aber im vorliegenden Fall deutlich unterschritten.¹⁵

IV. Analyse und kritische Würdigung

Der Beschluss des OLG Stuttgart hat im Schrifttum weitgehende Zustimmung erfahren.¹⁶ Die folgende Analyse der Entscheidung beschränkt sich daher im Wesentlichen auf ergänzende Anmerkungen zu drei Punkten, nämlich der Zulässigkeit der Vollstreckung von Abwesenheitsurteilen (1.), dem Prüfungsmaßstab der beiderseitigen Sanktionierbarkeit (2.) und den Anforderungen an einen Verstoß gegen den ordre-public-Vorbehalt wegen der Höhe der zu vollstreckenden Strafe (3.).

⁵ LG Stuttgart, Beschl. v. 18.3.2018 – 21 StVK 172/17, Rn. 32 ff., 40 ff. (juris).

⁶ LG Stuttgart, Beschl. v. 18.3.2018 – 21 StVK 172/17, Rn. 32, 49 (juris).

⁷ OLG Stuttgart, Beschl. v. 25.4.2018 – 1 Ws 23/18, Rn. 13 (juris).

⁸ OLG Stuttgart, Beschl. v. 25.4.2018 – 1 Ws 23/18, Rn. 13 ff. (juris).

⁹ OLG Stuttgart, Beschl. v. 25.4.2018 – 1 Ws 23/18, Rn. 16 f. (juris).

¹⁰ OLG Stuttgart, Beschl. v. 25.4.2018 – 1 Ws 23/18, Rn. 18 f. (juris).

¹¹ OLG Stuttgart, Beschl. v. 25.4.2018 – 1 Ws 23/18, Rn. 20 (juris).

¹² Trautmann, DAR 2018, 472 (473).

¹³ OLG Stuttgart, Beschl. v. 25.4.2018 – 1 Ws 23/18, Rn. 22 (juris).

¹⁴ OLG Stuttgart, Beschl. v. 25.4.2018 – 1 Ws 23/18, Rn. 23 (juris).

¹⁵ OLG Stuttgart, Beschl. v. 25.4.2018 – 1 Ws 23/18, Rn. 24 (juris).

¹⁶ Siehe die Anmerkungen von Gaede, NJW 2018, 2216; Lenk, NZV 2018, 323; Trautmann, DAR 2018, 472.

1. Vollstreckung von Abwesenheitsurteilen (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 IRG)

Das OLG Stuttgart hat es mit Recht abgelehnt, die Vollstreckung nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 IRG für unzulässig zu erklären.¹⁷ Der Umstand, dass Abwesenheitsverfahren im deutschen Strafverfahren grundsätzlich ausgeschlossen sind (§ 230 Abs. 1 StPO; siehe aber die Ausnahmen nach §§ 231 Abs. 2, 231a ff. StPO), schließt eine Vollstreckung ausländischer Abwesenheitsurteile nicht von vornherein aus, da eine funktionierende grenzüberschreitende Zusammenarbeit voraussetzt, dass die Staaten bereit sind anzuerkennen, dass für das in dem ersuchenden Staat geführte Strafverfahren nicht das Recht des ersuchten Staates, sondern das im ersuchenden Staat geltende inländische Strafverfahrensrecht maßgeblich ist und das zu vollstreckende Urteil auf dieser Grundlage ergeht bzw. ergangen ist. Dementsprechend ist die Vollstreckung des ausländischen Urteils erst dann unzulässig, wenn das Verfahren im Urteilsstaat gegen den in der EMRK und ihren Zusatzprotokollen festgelegten menschenrechtlichen Mindeststandard verstößt (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 IRG). Nach der Rechtsprechung des EGMR ist ein Abwesenheitsverfahren mit Art. 6 EMRK vereinbar, wenn der Angeklagte auf sein Anwesenheitsrecht verzichtet, indem er in Kenntnis des gegen ihn geführten Strafverfahrens der Verhandlung fernbleibt.¹⁸ Da der V ordnungsgemäß zur Hauptverhandlung geladen und dabei auch auf die Folgen eines Ausbleibens hingewiesen worden war, hat das OLG Stuttgart zutreffend einen Verstoß gegen Art. 6 EMRK verneint. In seiner Begründung stellt das Gericht dabei indes nur am Rande auf die einschlägige Rechtsprechung des EGMR, sondern vor allem auf die Rechtsprechung des BVerfG¹⁹ und des EuGH²⁰ zum Europäischen Haftbefehl ab. Dies irritiert insofern, als aufgrund der anzuwendenden Bestimmungen über die vertragslose Vollstreckungshilfe (§§ 48 ff. IRG) kein Anlass bestand, auf den unionsrechtlichen ordre public (vgl. § 73 S. 2 IRG) einzugehen bzw. der Frage nach dem „Anwendungsvorrang des Unionsrechts“ und seinen verfassungsrechtlichen Grenzen nachzugehen.²¹ Derartige Erwägungen wären nur bei der Vollstreckung von freiheitsentziehenden Sanktionen, die in anderen EU-Mitgliedstaaten verhängt worden sind, anzustellen. Die insoweit maßgeblichen Bestimmungen (§§ 84 ff. IRG) – die auf den Vollstreckungshilfeverkehr mit der Schweiz keine Anwendung finden – bestätigen gleichwohl im Ergebnis die der Entscheidung zugrunde liegende Interpretation des § 49 Abs. 1 Nr. 2 IRG, da sie die Vollstreckung von

Abwesenheitsurteilen ausdrücklich zulassen, wenn die verurteilte Person rechtzeitig persönlich zu dem Hauptverhandlungstermin geladen wurde (§ 84b Abs. 3 Nr. 1 lit. a, c IRG).²²

2. Beiderseitige Sanktionierbarkeit (§ 49 Abs. 1 Nr. 3 IRG)

Im Unterschied zur Auslieferung (§ 3 Abs. 1 IRG) setzt die Vollstreckungshilfe nicht die Strafbarkeit, sondern nur die Sanktionierbarkeit der abgeurteilten Tat nach deutschem Recht voraus (§ 49 Abs. 1 Nr. 3 IRG). Diese Modifikation dürfte einerseits darauf zurückzuführen sein, dass der Anwendungsbereich der Regelungen über die vertragslose Vollstreckungshilfe auch Geldbußen umfasst (§ 48 S. 1 IRG i.V.m. § 1 Abs. 2 IRG); der einheitliche Rahmen der Vollstreckungshilfe deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber die Grenzen zwischen kriminalstrafrechtlichen Sanktionen und Strafen i.w.S. (Geldbußen) insoweit nicht als entscheidend angesehen hat (siehe dazu unten 3.).²³ Demgegenüber setzt das Überstellungsübereinkommen des Europarats für die Überstellung des Verurteilten zur Vollstreckung einer Freiheitsstrafe die beiderseitige Strafbarkeit voraus (Art. 3 lit. e des Übereinkommens).²⁴ Dieser strenge Maßstab kann allerdings dazu führen, dass dem Wunsch eines deutschen Staatsangehörigen, seine Strafe in Deutschland verbüßen zu können, unter Umständen nicht entsprochen werden kann, weshalb der Gesetzgeber auch für den Vollstreckungshilfeverkehr innerhalb der Europäischen Union an der flexibleren Regelung in § 49 Abs. 1 Nr. 3 IRG festgehalten hat (§ 84a Abs. 1 Nr. 2 IRG).²⁵ Dies ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, da der Gesetzgeber bei dem Erlass von Straf- und Ordnungswidrigkeitentatbeständen über einen breiten Spielraum verfügt und dementsprechend auch bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Erkenntnisse nicht auf die einfach-gesetzlichen Wertungen des inländischen Strafrechts festgelegt ist.²⁶

Das OLG Stuttgart hätte sich daher im Rahmen des § 49 Abs. 1 Nr. 3 IRG auf die Feststellung beschränken können, dass die in der Schweiz abgeurteilten Taten nach deutschem Recht als Ordnungswidrigkeiten hätten geahndet werden können. Indem es seine Entscheidung außerdem auf den neu eingeführten § 315d StGB stützte, hat es den Einwand auf sich gezogen, eine Strafnorm zum Nachteil des Verurteilten rückwirkend anzuwenden.²⁷ Darin liegt jedoch kein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG, denn Grundlage der verhängten Strafe ist das Recht des Staates, in dem das Urteil ergangen

¹⁷ Ebenso *Lenk*, NZV 2018, 323 (324); *Trautmann*, DAR 2018, 472 (473).

¹⁸ Vgl. nur EGMR, Urt. v. 19.12.1989 – 10964/84 (*Brozicek* ./ *Italien*), Rn. 45 f.; zusammenfassend zur Rechtsprechung des EGMR: *Böse*, StV 2017, 754 (755 f.); *Esser*, in: Erb u.a. (Hrsg.), *Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Bd. 11, 26. Aufl. 2012, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 665 ff.

¹⁹ BVerfG NJW 2016, 1149.

²⁰ EuGH NJW 2013, 1215 (Melloni).

²¹ OLG Stuttgart, Beschl. v. 25.4.2018 – 1 Ws 23/18, Rn. 13; kritisch insoweit *Lenk*, NZV 2018, 323 (325).

²² Siehe dazu *Böse*, in: *Grützer/Pötz/Kreß/Gazeas* (Hrsg.), *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, 45. Lfg., Stand: August 2018, § 84b Rn. 13 ff.

²³ Siehe insoweit BT-Drs. 9/2137, S. 24, 26.

²⁴ Übereinkommen über die Überstellung verurteilter Personen vom 21.3.1983, BGBl. II 1991, S. 1006; vgl. insoweit die Denkschrift der Bundesregierung, BT-Drs. 12/194, S. 19.

²⁵ BT-Drs. 18/4347, S. 7; siehe insoweit bereits BT-Drs. 9/2137, S. 24.

²⁶ Näher *Böse* (Fn. 22), § 84a Rn. 15 f.

²⁷ *Lenk*, NZV 2018, 323, 326; siehe auch *Gaede*, NJW 2018, 2216.

ist, während das deutsche Recht die Voraussetzungen der (grenzüberschreitenden) Strafvollstreckung regelt, auf die das Rückwirkungsverbot nach Art. 103 Abs. 2 GG keine Anwendung findet.²⁸ Die Funktion der beiderseitigen Sanktionierbarkeit besteht darin zu gewährleisten, dass die im Ausland abgeurteilte Tat auch nach den Wertungen der deutschen Rechtsordnung straf- bzw. sanktionswürdiges Unrecht darstellt; die Vollstreckung des ausländischen Erkenntnisses setzt hingegen nicht voraus, dass die Tat auch nach deutschem Recht geahndet werden kann (bzw. zum Tatzeitpunkt bereits geahndet werden konnte). Dies zeigt sich insbesondere daran, dass der Sachverhalt für die Prüfung der Sanktionierbarkeit nach deutschem Recht sinngemäß umzustellen ist, d.h. Bezüge zum Urteilsstaat (Tatort, Staatsangehörigkeit des Täters oder Opfers, geschütztes kollektives oder staatliches Rechtsgut) durch entsprechende Bezüge zum Vollstreckungsstaat (Deutschland) zu ersetzen sind.²⁹ Gegenstand der Prüfung ist dann nicht mehr der tatsächliche, sondern ein hypothetischer (nämlich sinngemäß umgestellter) Sachverhalt.³⁰ In dem vorliegenden Fall musste für die Prüfung der beiderseitigen Sanktionierbarkeit also als Hypothese unterstellt werden, dass V die Geschwindigkeitsverstöße in Deutschland begangen hat; nur unter dieser Prämisse lässt sich begründen, dass sein Verhalten mit Geldbuße hätte geahndet werden können, denn die bußgeldbewehrten Regeln der StVO gelten nur für den inländischen Straßenverkehr, während im Ausland begangene Ordnungswidrigkeiten nicht der deutschen Sanktionsgewalt unterliegen (vgl. §§ 5, 7 OWiG). Das deutsche Recht ist damit von vornherein ungeeignet, dem Verurteilten eine Orientierung über die von ihm zu beachtenden Verhaltensnormen zu vermitteln, und kann daher auch nicht Grundlage für einen entsprechenden Vertrauensschutztatbestand sein.³¹ Dies gilt dann nicht nur für den Tatort (s. oben zur sinngemäßen Umstellung), sondern auch für den Tatzeitpunkt. Dementsprechend geht die h.M. im Einklang mit der Gesetzesbegründung davon aus, dass bei der Prüfung der Sanktionierbarkeit nach deutschem Recht auf den Zeitpunkt der Exequatur-Entscheidung und nicht auf den Tatzeitpunkt abzustellen ist.³² Das OLG Stuttgart hat daher vollkommen zu Recht auch den § 315d StGB in die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit einbezogen.

²⁸ Böse (Fn. 22), § 84a Rn. 16; vgl. insoweit BVerfGE 64, 261 (280).

²⁹ BT-Drs. 9/1338, S. 36, 70; BGH NJW 1997, 533 (534); Jakubetz, in: Ambos/König/Rackow (Hrsg.), Rechtshilferecht in Strafsachen, 2015, Abschn. 3 Rn. 25.

³⁰ Schomburg/Hackner, in: Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner (Hrsg.), Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5. Aufl. 2012, § 49 IRG Rn. 8.

³¹ Siehe zur Auslieferung (Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls) eines Deutschen wegen einer Auslandstat: BVerfGE 113, 273 (303); BVerfG BeckRS 2016, 55725; im vorliegenden Zusammenhang: Gaede, NJW 2018, 2216; Trautmann, DAR 2018, 472 (474).

³² BT-Drs. 9/1338, S. 70; OLG Köln BeckRS 2016, 132079; Jakubetz (Fn. 29), Abschn. 3 Rn. 26; Schomburg/Hackner (Fn. 30), § 49 IRG Rn. 12.

Ob das Verhalten des V – bei sinngemäßer Umstellung des Sachverhalts (siehe oben) – den Tatbestand des „Einzelrasens“ (§ 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB) erfüllt, ist anhand der Feststellungen des schweizerischen Tatgerichts zu prüfen. Ob dabei der Einwand verfängt, es fehle insoweit an der Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen³³, erscheint zumindest zweifelhaft. Nach der jüngsten Rechtsprechung wäre eine (hypothetische) Strafbarkeit nach § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB wohl gegeben, da V zumindest zeitweise mit deutlich überhöhter Geschwindigkeit (mehr als 200 km/h) fuhr, um sich dem Zugriff der ihn verfolgenden Polizei zu entziehen.³⁴ Das OLG Stuttgart hat in einem vergleichbaren „Polizeiflucht-Fall“ die besondere Absicht im Sinne des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB bejaht, weil das Erreichen der maximalen Geschwindigkeit nicht der alleinige oder hauptsächliche Beweggrund des Täters sein müsse, sondern es ausreiche, wenn sich der Täter dem Zugriff der Polizei durch Flucht entziehen wolle, zu diesem Zweck so schnell wie möglich fahre und dabei – wie bei einem illegalen Autorennen – andere Verkehrsteilnehmer einem erheblichen Risiko aussetze.³⁵ Letztlich hat sich das Gericht in der besprochenen Entscheidung in diesem Punkt aber mit Blick auf die einschlägigen Bußgeldtatbestände (§ 24 StVG, § 49 StVO) nicht eindeutig positioniert, sondern sich auf den Hinweis beschränkt, dass eine Strafbarkeit nach § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB „in Betracht [kommt]“.³⁶ Wäre es auf die (hypothetische) Strafbarkeit nach § 315d StGB angekommen, hätte das Gericht gegebenenfalls eine ergänzende Beweisaufnahme durchführen müssen, um die tatsächlichen Feststellungen zu dem fraglichen Tatbestandsmerkmal zu treffen (§ 52 Abs. 2 i.V.m. § 30 Abs. 2 S. 1, 2 und 4 IRG).³⁷

3. Unangemessen harte Strafe als ordre-public-Verstoß (§ 73 S. 1 IRG)

Liegen die Voraussetzungen für eine Vollstreckung des ausländischen Urteils somit grundsätzlich vor (§§ 48, 49 IRG), kommt es entscheidend auf die Frage an, ob die Leistung von Vollstreckungshilfe unzulässig ist, weil sie wesentlichen Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung widerspräche (§ 73 S. 1 IRG). Das LG Stuttgart geht dabei zu Recht davon aus, dass das Schuldprinzip (Gebot schuldangemessenen Strafens) und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Bestandteil des deutschen ordre public sind: So ist nach h.M. eine Auslieferung zur Strafvollstreckung unzulässig, wenn die im ersuchenden Staat verhängte Strafe unerträglich hart ist und unter jedem denkbaren Gesichtspunkt unangemessen erscheint.³⁸ Das LG Stuttgart hatte sich insoweit auf eine Entscheidung gestützt, in der diese Voraussetzungen in einem Fall bejaht

³³ Lenk, NZV 2018, 323 (326).

³⁴ LG Stuttgart, Beschl. v. 18.3.2018 – 21 StVK 172/17, Rn. 9 (juris).

³⁵ OLG Stuttgart NJW 2019, 2787 (2788) m. zust. Anm. Zopfs.

³⁶ OLG Stuttgart, Beschl. v. 25.4.2018 – 1 Ws 23/18, Rn. 17 (juris).

³⁷ Jakubetz (Fn. 29), Abschn. 3 Rn. 25; Schomburg/Hackner (Fn. 30), § 49 IRG Rn. 11.

³⁸ BVerfGE 75, 1 (16); BVerfG NJW 1994, 2884.

wurden, in dem der Verfolgte in der Türkei wegen Erwerbs und Abgabe von 0,05 g Heroin zu einer Zuchthausstrafe von drei Jahren und vier Monaten verurteilt worden war, obwohl er nicht vorbestraft war, im Rahmen einer Konsumentengemeinschaft handelte und nach der Tat mit den Behörden kooperierte, indem er durch einen Scheinkauf zur Überführung des Verkäufers beitrug.³⁹ Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist in jüngerer Zeit vor allem im Zusammenhang mit dem Europäischen Haftbefehl herangezogen worden, um die Unzulässigkeit einer Inhaftierung und Überstellung wegen Bagatelldelicten zu begründen.⁴⁰

An dem vorgenannten Beispiel wird deutlich, dass ein Verstoß gegen den *ordre public* nicht bereits dann vorliegt, wenn die im ersuchenden Staat verhängte Strafe unter Anlegung der Maßstäbe der deutschen Rechtsordnung von maß- und sinnvollem Strafen als zu hart angesehen wird, denn abweichende Rechtsanschauungen und darauf beruhende Strafgesetze sind im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit grundsätzlich zu respektieren, soweit diese nicht gegen den grund- und menschenrechtlichen Mindeststandard verstoßen.⁴¹ Der Prüfungsmaßstab bestimmt sich also nicht nach den deutschen Strafgesetzen, sondern danach, was aus der Perspektive des Verfassungsrechts unter Berücksichtigung der Wertungen der Strafgesetze des Urteilsstaates in dem konkreten Einzelfall (noch) als schuldangemessene Strafe angesehen werden kann. Dementsprechend ist eine Auslieferung nicht bereits deshalb unzulässig, weil die möglicherweise im ersuchenden Staat zu erwartende Strafe die nach deutschem Recht vorgesehene Höchststrafe übersteigt.⁴² Der BGH hat eine „Strafrahmenarithmetik“, wonach eine Auslieferung jedenfalls dann unzulässig ist, wenn die im ersuchenden Staat verhängte Strafe mehr als doppelt so hoch ist wie die nach dem deutschen Recht zulässige Höchststrafe, vielmehr ausdrücklich verworfen.⁴³

Damit wird der Argumentation des LG Stuttgart, die sich eng an die einfach-gesetzlichen Straf- bzw. Bußgeldrahmen des deutschen Rechts anlehnt, weitgehend die Grundlage entzogen. Legt man einen verfassungsrechtlichen Maßstab zugrunde, so kommt man nicht umhin anzuerkennen, dass der

Gesetzgeber bei der Normierung von Straf- und Ordnungswidrigkeitentatbeständen über einen breiten Gestaltungsspielraum verfügt. Im geltenden Recht sind die Grenzen zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten fließend, wie insbesondere Tatbestände im Nebenstrafrecht zeigen, die durch zusätzliche unrechthöhernde Merkmale von bloßen Ordnungswidrigkeiten zu Straftaten erhoben werden (vgl. etwa § 71 Abs. 1 BNatSchG, § 148 GewO, § 119 Abs. 1 WpHG). Auf ähnliche Weise sind einige, in den Augen des Gesetzgebers besonders schwerwiegende Zuwiderhandlungen im Straßenverkehr zu Straftaten qualifiziert worden (§§ 315c, 316 StGB), die zuletzt um den neuen § 315d StGB ergänzt worden sind. Selbst wenn das Verhalten des V nicht sämtliche Tatbestandsmerkmale des § 315d StGB erfüllen sollte (vgl. oben 2.), ist jedenfalls anzuerkennen, dass erhebliche Geschwindigkeitsüberschreitungen auch in Deutschland strafwürdiges Unrecht darstellen können und die Verhängung einer Freiheitsstrafe damit nicht als „unter jedem denkbaren Gesichtspunkt unangemessen“ anzusehen ist.

Diese Auslegung des § 73 S. 1 IRG entspricht auch dem Verständnis des Gesetzgebers, der bei der Vollstreckung ausländischer Freiheitsstrafen, für die nach deutschem Recht nur eine Geldbuße hätte verhängt werden können, als (fiktive) Höchstgrenze eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren festgelegt hat (§ 54 Abs. 1 S. 4 Nr. 2 IRG).⁴⁴ Der Gesetzgeber ging also davon aus, dass die unterschiedliche Bewertung durch das deutsche Recht (Ordnungswidrigkeit) und das ausländische Recht (Straftat) die Leistung von Vollstreckungshilfe nicht ausschließt; die auf die grundsätzliche Unterscheidung von Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht abstellende Argumentation des LG Stuttgart liefe letzten Endes darauf hinaus, die in § 54 Abs. 1 S. 4 Nr. 2 IRG zum Ausdruck gebrachte Wertung über eine extensive Auslegung des § 73 S. 1 IRG zu korrigieren.⁴⁵ Anders als bei der Auslieferung wird die verurteilte Person im Rahmen der Vollstreckungshilfe bereits mit der Festlegung einer solchen Höchstgrenze, die in der Regel dem nach deutschem Recht vorgesehenen Höchstmaß entspricht (§ 54 Abs. 1 S. 3 IRG), vor der Vollstreckung übermäßig harter Strafen geschützt.⁴⁶ Für die Überprüfung des Strafmaßes kommt dem § 73 S. 1 IRG daher in der Regel keine eigenständige Bedeutung mehr zu.⁴⁷

Prof. Dr. Martin Böse, Bonn

³⁹ OLG Stuttgart NStZ-RR 2002, 180 (181); vgl. auch OLG Karlsruhe MDR 1997, 177 (Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von zehn Jahren wegen Abgabe von 2,5 g Haschisch).

⁴⁰ OLG Stuttgart NJW 2010, 1617 (1619); näher dazu mit weiteren Beispielen: *Böse/Wahl*, in: Albers/Beauvais/Bohnert/Böse/Langbroek/Renier/Wahl, *Towards a common evaluation framework to assess mutual trust in the field of EU judicial cooperation in criminal matters*, Den Haag 2013, S. 212, 234 ff., online abrufbar unter

https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Boese/Aushaenge/J-18664_WEB_Rapport_Rechtsstaatmonitor_EN.pdf (13.1.2020).

⁴¹ BVerfGE 75, 1 (16 f.); BVerfG NJW 1994, 2884.

⁴² OLG Dresden BeckRS 2009, 5753; OLG Köln NStZ-RR 2007, 112 (113).

⁴³ BGH NStZ 1993, 547.

⁴⁴ Vgl. insoweit BT-Drs. 9/2137, S. 26.

⁴⁵ Siehe auch OLG Stuttgart, Beschl. v. 25.4.2018 – 1 Ws 23/18, Rn. 24 (juris).

⁴⁶ BT-Drs. 9/1338, S. 75.

⁴⁷ *Lenk*, NZV 2018, 323 (327).

Entscheidungsbesprechung

Grenzen der Strafbarkeit bei ärztlich assistierter Selbsttötung

Angesichts der gewachsenen Bedeutung der Selbstbestimmung des Einzelnen auch bei Entscheidungen über sein Leben kann in Fällen des freiverantwortlichen Suizids der Arzt, der die Umstände kennt, nicht mit strafrechtlichen Konsequenzen verpflichtet werden, gegen den Willen des Suizidenten zu handeln.
(Amtlicher Leitsatz)

StGB §§ 212, 216, 13, 323c

BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 132/18 (LG Hamburg, Urt. v. 8.11.2017 – 619 KLS 7/16)¹

Die Garantenstellung des Arztes für das Leben seines Patienten endet, wenn er vereinbarungsgemäß nur noch dessen freiverantwortlichen Suizid begleitet.
(Amtlicher Leitsatz)

StGB §§ 212, 216, 13, 323c

BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 393/18 (LG Berlin, Urt. v. 8.3.2018 – (502 KLS) 234 Js 339/13 (1/17))²

I. Sachverhalte und Entscheidungen

1. BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 132/18 (LG Hamburg, Urt. v. 8.11.2017 – 619 KLS 7/16)

Die beiden Suizidentinnen W und M waren 85 und 81 Jahre alt, lebten seit vielen Jahren zusammen in einer Wohnung und litten unter zahlreichen, ihre Lebensqualität deutlich einschränkenden Erkrankungen. Sie hatten sich lange mit der Möglichkeit eines Suizids beschäftigt und Alternativen – etwa einen gemeinsamen Umzug in ein Pflegeheim – als nicht akzeptabel verworfen. Deshalb nahmen sie Kontakt zu einem Sterbehilfereverein auf, um ihren gemeinsamen Suizid vorzubereiten. Der Vorsitzende des Sterbehilferevereins vermittelte den Kontakt zu dem Angeklagten A1, einem Facharzt für Neurologie und Psychiatrie. A1 erstellte als Kooperationspartner des Sterbehilferevereins ein Gutachten über die Einsichts- und Urteilsfähigkeit sowie die Endgültigkeit des Sterbewunsches von W und M. Auf Bitten der beiden Sterbe-

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in NJW 2019, 3092 sowie NSTZ 2019, 662 und online abrufbar unter juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=81a90c47b53c730472e22457a927bdc2&nr=101282&pos=0&anz=3&Blank=1.pdf (31.1.2020).

² Die Entscheidung ist abgedruckt in NJW 2019, 3089 sowie NSTZ 2019, 666 m. Anm. Sowada und online abrufbar unter juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=5356ba783c883deabdcbb44d3d0c61d0&nr=101285&pos=0&anz=3&Blank=1.pdf (31.1.2020).

willingen begleitete A1 dann auch die Vornahme des Suizids in deren Wohnung. W und M zerkleinerten mit Hilfe des A1 mehrere Tabletten und lösten sie in Wasser auf. Die so hergestellte, tödliche Medikamentenlösung nahmen W und M ein, schiefen kurze Zeit danach ein und starben etwa eine Stunde später. A1 blieb bis zum Todeseintritt bei W und M, ohne etwas gegen den Eintritt des Todeserfolgs zu unternehmen. W und M hatten am Tag vor dem Suizid ein Schreiben verfasst, in dem sie jeder Person, die sie im Zustand der Bewusstlosigkeit nach der Medikamenteneinnahme antreffen sollte, ausdrücklich jegliche Maßnahmen zur Verhinderung des Todeseintritts untersagten.

Gegen das freisprechende Urteil des Landgerichts Hamburg hatte die Staatsanwaltschaft Revision eingelegt und stattdessen eine Verurteilung wegen Totschlags in mittelbarer Täterschaft in zwei tateinheitlichen Fällen erstrebt.

2. BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 393/18 (LG Berlin, Urt. v. 8.3.2018 – (502 KLS) 234 Js 339/13 (1/17))

Die 44-jährige Frau D hatte seit ihrem 16. Lebensjahr an einem Reiz-Darm-Syndrom gelitten, das schwere Schmerzen verursachte. Auch nach Ausschöpfen aller möglichen Behandlungsmaßnahmen waren ihre Leiden nicht zu beheben. Sie hatte sich deshalb schon seit längerer Zeit mit Suizidgedanken getragen und bereits mehrere Suizidversuche unternommen. Darum wandte sie sich mit der Bitte an ihren langjährigen behandelnden Arzt A2, sie bei der Selbsttötung zu unterstützen. A2 gab dieser Bitte der D – auch vor dem Hintergrund ihrer langjährigen Krankengeschichte – nach und verordnete ihr das Medikament Luminal. D nahm eine tödliche Dosis des Medikaments ein und informierte A2 per Textnachricht darüber. Er sollte den Sterbeprozess begleiten. A2 suchte die D nach der Medikamenteneinnahme mehrfach in ihrer Wohnung auf, sie hatte ihm zu diesem Zweck einen Wohnungsschlüssel überlassen. Als A2 die D zum ersten Mal unmittelbar nach der Medikamenteneinnahme aufsuchte, befand sie sich bereits in einem tiefen Koma. Der Sterbeprozess erstreckte sich über zwei Tage. Während dieser Zeit kontrollierte A2 mehrfach den Zustand der D. Er spritzte ihr ein Medikament, um Erbrechen zu verhindern und damit der Gefahr zu begegnen, dass sie an Erbrochenem ersticken könnte. Um Schmerzen zu vermeiden, spritzte er ihr außerdem ein palliativmedizinisch verwendetes krampflösendes Medikament.

Gegen das freisprechende Urteil des Landgerichts Berlin hatte die Staatsanwaltschaft Revision eingelegt und die Verurteilung des A2 wegen versuchter Tötung auf Verlangen durch Unterlassen nach §§ 216, 13, 22 StGB erstrebt.

3. Die Entscheidungen des BGH

Der BGH bestätigte im Ergebnis in beiden Fällen den Freispruch des Ausgangsgerichts.³ Die beiden Entscheidungen

³ Die Entscheidungen sind auf ein breites Echo gestoßen; vgl. Engländer, JZ 2019, 1049; Hecker, JuS 2020, 82; Hillenkamp, JZ 2019, 1053; Kubiciel, NJW 2019, 3033; Kudlich, JA 2019, 867; Lorenz, HRRS 2019, 351; zur Vorgänger-

sind am selben Tag vom 5. *Strafsenat* des BGH getroffen worden und enthalten grundsätzliche Ausführungen zur Einordnung einer ärztlichen Suizidbegleitung. Die zu beurteilenden Geschehnisse ereigneten sich vor Inkrafttreten des § 217 StGB, der deshalb nicht im Mittelpunkt der Beurteilung stand. Gerade vor dem Hintergrund der zwischenzeitlich neu eingeführten Vorschrift und wegen der Grundsätzlichkeit der Aussagen zur strafrechtlichen Relevanz ärztlicher Suizidbegleitung dürften die Entscheidungen häufig Gegenstand sowohl schriftlicher als auch mündlicher Prüfungen werden.

II. Verschiedene Aspekte der ärztlichen Suizidbegleitung

1. Strafbarkeit wegen Fremdtötung bis zum Eintritt der Bewusstlosigkeit?

Die Frage, ob eine Selbsttötung oder eine Fremdtötung vorliegt, wird nach allgemeinen Tatherrschaftsregeln entschieden.⁴ Eine Fremdtötung durch A1 und A2 und damit deren strafrechtliche Verantwortlichkeit nach § 212 StGB scheidet aus, wenn die Suizidentinnen selbst den todbringenden Geschehensablauf täterschaftlich in Händen hielten und damit jeweils eine Selbsttötung gegeben ist. Ihre Tatherrschaft kann jedenfalls dann angenommen werden, wenn sie die Herrschaft über den letzten, unmittelbar lebensbeendenden Akt innehatten.⁵ In beiden Fällen hatten die Suizidentinnen die todbringenden Medikamente eigenhändig mit dem Ziel zu sich genommen, ihr Leben zu beenden. Die Herrschaft über den letzten, todbringenden Akt lag damit jeweils in der Hand der Suizidentinnen. Darüber hinaus hatten alle drei Suizidentinnen ihren Suizid nach eingehender Überlegung in einem längeren Prozess geplant und auch planentsprechend durchgeführt, sodass hier keinerlei Zweifel an ihrer „Tat“-Beherrschung bestehen.

Im zweiten, dem Berliner Fall, hatte der *Senat* zusätzlich erwogen, ob in der späteren Injektion von Medikamenten zur Verhinderung von Erbrechen und Schmerzen eine Tötungshandlung gesehen werden könnte.⁶ Das wäre der Fall, wenn durch die Verabreichung dieser Medikamente eine Lebensverkürzung eingetreten wäre. Dafür aber enthielten die tatsächlichen Feststellungen keinerlei Anhaltspunkte, sodass ins-

entscheidung im Hamburger Fall *Hillenkamp*, MedR 2018, 379.

⁴ BGHSt 19, 135 (138 f.); *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 20. Aufl. 2019, § 8 Rn. 8; *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 43. Aufl. 2019, Rn. 121.

⁵ *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 216 Rn. 11; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 216 Rn. 3; *Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, Vor § 211 Rn. 51; *Neumann/Saliger*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (a.a.O.), § 216 Rn. 5; *Rengier* (Fn. 4), § 8 Rn. 8. Vgl. aber weiterführend zum Gedanken der Tatherrschaft *Momsen*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2019, Vor §§ 211 ff. Rn. 20.

⁶ BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 393/18, Rn. 22.

gesamt eine täterschaftliche Tötungshandlung des A2 nicht vorlag.⁷

Die Beherrschung der todbringenden Akte führt demnach in beiden Fällen dazu, dass eine *unmittelbar* täterschaftliche Tötung durch A1 und A2 abzulehnen war.

In einem zweiten Schritt stellte sich die Frage, ob trotz der Handlungsherrschaft der Suizidentinnen dennoch jeweils eine *mittelbar* täterschaftliche Beherrschung des Geschehensablaufs durch die Angeklagten in Betracht kommt. Denkbar ist dies, wenn sie aufgrund einer Wissens- oder Willensüberlegenheit gegenüber den handelnden Suizidentinnen den todbringenden Geschehensablauf als mittelbare Täter beherrscht hätten. Davon ist auszugehen, wenn die handelnden Suizidentinnen den zum Tod führenden Geschehensablauf nicht eigenverantwortlich steuern konnten. Der Maßstab für die Feststellung der Eigenverantwortlichkeit einer Selbsttötung ist umstritten.⁸ Teilweise wird argumentiert, es sei parallel zu den Wertungen in §§ 19, 20, 35 StGB darauf abzustellen, ob der Handelnde nach den allgemeinen Regeln zum Verantwortungsausschluss bei einem entsprechenden Eingriff in Rechte Dritter vom persönlichen Schuldvorwurf entlastet würde – etwa wegen einer seelischen Störung oder weil er sich in einer schuldausschließenden Nötigungssituation befand (sog. Exkulpationslösung).⁹ Andere halten diesen Maßstab für unpassend und schlagen stattdessen eine Orientierung an den Regeln zur Einwilligung vor: Wäre eine Einwilligung des Rechtsgutsträgers in Eingriffe Dritter in eigene Rechtsgüter wirksam, so soll dies entsprechend auch bei eigenen Dispositionen über eigene Rechtsgüter gelten.¹⁰ Der Maßstab der Einwilligungslösung ist demnach insoweit en-

⁷ *Lorenz*, HRRS 2019, 351 (354), hält insoweit eine versuchte Tötung auf Verlangen für möglich. Der Arzt habe es für möglich gehalten, dass ohne die Injektion der Erfolg auf andere Weise eingetreten wäre, nämlich durch Erstickten an Erbrochenem. Insoweit sei die Injektion in der Vorstellung des Arztes ursächlich für den Tod in seiner konkreten Gestalt. Selbst wenn man der – insoweit nicht sehr aussagekräftigen – Schilderung des Sachverhalts in der Entscheidung diese Bedeutung entnehmen wollte, so wäre dennoch auch nach der Vorstellung des A2 die Todesursache eigenverantwortlich durch die D gesetzt. Die Injektion bildete eine Vorsichtsmaßnahme zur Sicherstellung des „ungestörten“ Kausalverlaufs durch die tödliche Medikamenteneinnahme. Nach den Regeln der Tatherrschaft wäre die Injektion des Antibrechmittels deshalb auch in der Vorstellung des A2 allenfalls als unterstützende Beihilfehandlung zum täterschaftlich beherrschten Suizid der D anzusehen.

⁸ Überblick bei *Schneider*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, vor § 211 Rn. 37 ff.; *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 5), Vor §§ 211 ff. Rn. 36.

⁹ *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 3 Rn. 28; *Schneider* (Fn. 8), Vor § 211 Rn. 54 ff.

¹⁰ *Neumann* (Fn. 5), Vor § 211 Rn. 65; *Rengier* (Fn. 4), § 8 Rn. 4 f. Vgl. auch *Hillenkamp*, JZ 2019, 1053 (1055), zu einer „qualifizierten Einwilligungslösung“.

ger, als nach diesem Maßstab jegliche Irrtumslagen die Eigenverantwortlichkeit ausschließen können.

In den hier zu beurteilenden Fällen musste der BGH sich nicht für eine der beiden Positionen entscheiden, denn weder war eine verantwortungsausschließende Drucksituation im Sinne der §§ 19, 20, 35 StGB gegeben, noch lag ein irrumsbedingter Willensmangel der Suizidentinnen vor – sie waren über die Konsequenzen ihres Tuns vollumfänglich informiert und hatten ihr Verhalten gezielt auf die Herbeiführung des eigenen Todes gerichtet. Alle drei Suizidentinnen hatten damit eine eigenverantwortliche Selbsttötung verwirklicht. Da dieses Verhalten nicht tatbestandsmäßig ist, ist eine Beihilfe hierzu – jedenfalls zum Zeitpunkt der Geschehnisse¹¹ – mangels teilnahmefähiger Haupttat generell nicht unter Strafe gestellt.

2. Strafbarkeit wegen Unterlassens von Verhinderungsmaßnahmen ab Eintritt der Bewusstlosigkeit?

Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der Angeklagten im Zusammenhang mit der Selbsttötungshandlung kam damit angesichts der Beherrschung des Geschehens durch die Suizidentinnen unter keinem Gesichtspunkt in Betracht. Allerdings verloren alle drei Suizidentinnen die Herrschaft über den todbringenden Geschehensablauf spätestens mit dem Eintritt der Bewusstlosigkeit. Es fragt sich deshalb, ob damit die Herrschaft über den todbringenden Geschehensablauf den Angeklagten zufiel, sodass Maßnahmen zur Verhinderung des Erfolgs eintritts zu fordern waren. In der Tat wurde diese Konstruktion eines Tatherrschaftswechsels mit dem Eintritt der Handlungsunfähigkeit der Suizidentinnen durch die Rechtsprechung zuvor in vergleichbaren Fällen durchaus herangezogen,¹² und der *Senat* griff auch in beiden hier zu besprechenden Fällen – trotz berechtigter Kritik der Literatur an diesem Ansatz¹³ – wieder darauf zurück.¹⁴

In Betracht kam nach Ansicht des BGH eine Strafbarkeit wegen Tötung auf Verlangen durch Unterlassen gem. §§ 216, 13 StGB, weil die Angeklagten nach Eintritt der Handlungsunfähigkeit bei den Suizidentinnen jegliche Maßnahmen zur Verhinderung des Erfolgs eintritts unterlassen hatten.¹⁵

Teilweise wird insoweit vertreten, eine Fremdtötung (auf Verlangen) durch Unterlassen scheide bereits konstruktiv aus.¹⁶ Begründen könnte man das etwa damit, dass die tatbestandliche Handlungsbeschreibung des § 216 StGB ja gerade

impliziert, dass das Opfer den Tod „duldend vom Täter entgegennimmt“.¹⁷ Das kann aber faktisch nicht geschehen, wenn der Täter schlicht untätig bleibt.

Der BGH brauchte diese Frage hier nicht zu entscheiden, da in beiden Fällen die Feststellung eines Kausalzusammenhangs zwischen der Untätigkeit der Ärzte und dem Eintritt der Todeserfolge nicht feststellbar war.¹⁸ Nach der für Unterlassungsdelikte angepassten *conditio-sine-qua-non*-Formel setzt strafbares Unterlassen aber die so genannte „Quasi-Kausalität“ des Untätigbleibens für den Erfolgs eintritt voraus. Sie ist dann gegeben, wenn bei Hinzudenken des tatbestandlich geforderten Verhaltens der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeblieben wäre.¹⁹ Das war aber im Berliner Fall schon angesichts der weit vorangeschrittenen Intoxikation der Suizidentin zum ersten Auffindezeitpunkt durch A2 nicht nachweisbar.²⁰ Und auch im Hamburger Fall war die Aussicht auf eine erfolgreiche Lebensrettung der beiden Suizidentinnen nach dem Eintritt der Bewusstlosigkeit sehr gering und zudem nur unter Inkaufnahme schwerster Hirnschäden überhaupt denkbar.²¹

Damit war allerdings nur ein vollendetes Unterlassungsdelikt mangels Quasi-Kausalität des Unterlassens sicher abzulehnen. In Betracht kam weiterhin ein versuchtes Unterlassungsdelikt nach §§ 216, 13, 22 StGB.²² Das setzt einen entsprechenden Tatentschluss voraus. Die Angeklagten hatten den Geschehensablauf als solchen vollumfänglich erfasst und handelten auch vorsätzlich hinsichtlich des Todeseintritts bei den Suizidentinnen. Ein Tatentschluss nach §§ 216, 13 StGB kommt demnach grundsätzlich in Betracht. Allerdings müssten die Angeklagten auch als Garanten anzusehen sein und dies ebenfalls in ihren Tatentschluss aufgenommen haben.

In beiden Fällen waren die Ärzte nach Ansicht des BGH trotz bzw. gerade wegen der Übernahme einer fachlichen Begleitung (nur) des Sterbeprozesses *nicht* Garanten zum Schutz des Rechtsguts Leben der Patientinnen.²³ Im Gegenteil war eine „Verteidigung“ des Rechtsguts gegen die Gefahr der Zerstörung gar ausdrücklich durch die Suizidentinnen untersagt worden. Die Ärzte hatten in beiden Fällen zwar durchaus ärztliche Pflichten übernommen, sie beschränkten sich aber auf die Überwachung des „störungsfreien“ todbringenden Geschehensablaufs und gegebenenfalls die Sicherstellung des Todeseintritts.²⁴

¹¹ Zu den Voraussetzungen einer strafbaren Suizidassistenten nach § 217 StGB vgl. *Weißer*, ZJS 2016, 525.

¹² Vgl. den Leitfall BGHSt 32, 367 (Fall Wittig oder „Peterle“).

¹³ *Rengier* (Fn. 4), § 8 Rn. 14 ff.; *Momsen* (Fn. 5), § 216 Rn. 11 f.; *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 5), § 216 Rn. 10; *Wessels/Hettinger/Engländer* (Fn. 4), 43. Aufl. 2019, Rn. 112; jeweils m.w.N.

¹⁴ BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 132/18, Rn. 26 ff.; BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 393/18, Rn. 24 ff.

¹⁵ BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 132/18, Rn. 26 ff.; BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 393/18, Rn. 24 ff.

¹⁶ Vgl. *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 216 Rn. 6; *Kühl* (Fn. 5), § 216 Rn. 4; *Neumann/Saliger* (Fn. 5), § 216 Rn. 9.

¹⁷ So BGHSt 19, 135, 139; ähnlich *Neumann/Saliger* (Fn. 5), § 216 Rn. 11.

¹⁸ BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 132/18, Rn. 26; BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 393/18, Rn. 24.

¹⁹ *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2019, § 49 Rn. 13; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 49. Aufl. 2019, Rn. 1173.

²⁰ BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 393/18, Rn. 24.

²¹ BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 393/18, Rn. 28.

²² BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 132/18, Rn. 29 ff.; BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 393/18, Rn. 25 ff.

²³ BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 132/18, Rn. 31; BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 393/18, Rn. 26 ff.

²⁴ Vgl. hierzu näher *Hillenkamp*, JZ 2019, 1053 (1055 f.); sowie bereits *ders.*, MedR 2018, 379 (381 f.).

Eine Garantenstellung wegen vorangegangenen gefährdenden Tuns – etwa durch die Begutachtung der Patientinnen im Hamburger Fall oder durch die Verordnung der tödlichen Medikamente im Berliner Fall – wurde vom BGH in beiden Fällen abgelehnt.²⁵ Hinsichtlich der Gutachtenerstellung im Hamburger Fall fehlt es nach Ansicht des *Senats* bereits an der Pflichtwidrigkeit dieses Tuns.²⁶ Letztlich kommt es darauf aber auch nicht an, wenn der tödliche Geschehensablauf – wie hier in beiden Fällen – durch die Suizidentinnen eigenverantwortlich und gezielt zur Selbsttötung in Gang gesetzt wurde. In diesem Fall kann man zwar möglicherweise noch annehmen, dass das Verschaffen der Medikamente eine Gefahrenquelle für das Rechtsgut Leben eröffnet hat. Die todesursächliche Intoxikation der Patientinnen ist aber allein auf die Umsetzung ihres eigenverantwortlichen Selbsttötungsentschlusses zurückzuführen. Würde man in dieser Situation die Ärzte wegen ihrer vorausgegangenen Hilfeleistungen als Garanten zur Verhinderung des Todeserfolgs nach Eintritt der Bewusstlosigkeit zur Verantwortung ziehen, so läge darin eine Umgehung des zuvor festgestellten Grundsatzes der straflosen Teilnahme am freiverantwortlichen Suizid. Mit anderen Worten: Das in der – straflosen – Beihilfe zum Suizid bestehende Vorverhalten darf nicht über den Umweg einer Einordnung als gefährdendes Vorverhalten zum Auslöser einer Lebens-Garantenstellung aus Ingerenz und darauf beruhend einer Unterlassungsstrafbarkeit gemacht werden.²⁷ Damit kam auch eine Strafbarkeit wegen versuchter Tötung auf Verlangen durch Unterlassen im Ergebnis nicht in Betracht.

3. Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung nach § 323c StGB

Schließlich wendet sich der *Senat* für beide Fälle der Frage zu, ob dasselbe Unterlassen, dessen strafrechtliche Relevanz unter dem Gesichtspunkt eines versuchten Tötungsdelikts durch Unterlassen zuvor abgelehnt wurde, nun doch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit auslösen kann: Obwohl eine Garantenpflicht zur Erfolgsabwendung abgelehnt wurde, schließt der *Senat* eine strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen der Verletzung allgemeiner mitmenschlicher Solidarpflichten zur gegenseitigen Hilfeleistung nach § 323c Abs. 1 StGB nicht aus.

Voraussetzung hierfür ist zunächst das Vorliegen eines Unglücksfalles im Sinne des § 323c Abs. 1 StGB. Als Unglücksfall wird gemeinhin ein plötzlich eintretendes Ereignis angesehen, das die konkrete Gefahr eines Schadens für Men-

schen oder bedeutende Sachwerte begründet.²⁸ Der BGH bejaht dies für beide Fälle mit der Begründung, „die mit einem Suizid verbundene Zerstörung des grundrechtlich geschützten Rechtsguts Leben“ stelle „bei natürlicher Betrachtung einen Unglücksfall im Rechtssinn dar“.²⁹ Das in § 323c StGB zum Ausdruck kommende „Erfordernis menschlicher Solidarität“ werde durch die autonome Suizidentscheidung des Rechtsgutsträgers gerade nicht ausgeschlossen.³⁰

Dennoch kommt der *Senat* in beiden Fällen zur Ablehnung einer Strafbarkeit nach § 323c StGB, weil den Angeklagten jeweils die Vornahme von Lebensrettungsmaßnahmen nicht zuzumuten sei. Die Unzumutbarkeit resultiere aus der „unauflösbaren Konfliktsituation“ der Angeklagten zwischen ihrer mitmenschlichen Solidarpflicht zur Hilfeleistung aus § 323c StGB und der den Suizidentinnen gegenüber bestehenden Verpflichtung, ihre autonomen Entscheidungen zu respektieren.³¹

Diese Ausführungen des *Senats* zu § 323c StGB überzeugen nicht. Es ist inkonsequent, einerseits im Rahmen der vorausgehenden Prüfung die Autonomie des Rechtsgutsträgers zu betonen und seine eigenverantwortliche Suizidentscheidung zu respektieren, andererseits aber aus dieser respektierenden Haltung dann eine strafrechtliche Verantwortung für Dritte wegen unterlassener Hilfeleistung abzuleiten. Die fehlerhafte Weichenstellung erfolgt hier bereits bei der Einordnung des freiverantwortlichen Suizids als Unglücksfall i.S.d. Vorschrift. Die Umsetzung einer in einem längeren Entscheidungsprozess entstandenen Selbsttötungsabsicht in die Realität kann schon tatsächlich nicht als „plötzlich eintretendes Ereignis“ angesehen werden. Dem kann auch nicht durch den Hinweis begegnet werden, dass bei „natürlicher Betrachtung“ ein Suizid als Unglücksfall im Rechtssinn einzuordnen sei. Diese „natürliche Betrachtung“ ist weder durch eine Begründung untermauert, noch kann sie den eigenverantwortlich getroffenen Entschluss des Rechtsgutsträgers zur Vernichtung seines Lebens unterminieren. Wollte man dies tun, so hieße das, allgemeine, religiös konnotierte Maßstäbe einer Unverfügbarkeit des Rechtsguts Leben³² über die klare

²⁵ BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 132/18, Rn. 32 f.; BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 393/18, Rn. 35.

²⁶ BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 132/18, Rn. 34.

²⁷ So im Ergebnis auch die h.M. in der Literatur, vgl. *Hillenkamp*, MedR 2018, 379 (381); *Kubiciel*, NJW 2019, 3033 (3034); *Rengier* (Fn. 4), § 8 Rn. 14 ff.; *Momsen* (Fn. 5), § 216 Rn. 11 f.; *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 5), § 216 Rn. 10; *Wessels/Hettinger/Engländer* (Fn. 4), Rn. 112; jeweils m.w.N. Bezogen auf die Entscheidungen instruktiv *Lorenz*, HRRS 2019, 351 (356).

²⁸ *Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxis-Kommentar 8. Aufl. 2019, § 323c Rn. 4; *Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 323c Rn. 5.

²⁹ BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 132/18, Rn. 45; BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 393/18, Rn. 37; vgl. bereits BGHSt 6, 147, 153; BGHSt 32, 367, 375; im Ergebnis zustimmend *Rengier* (Fn. 4), § 8 Rn. 19. Ablehnend *Engländer*, JZ 2019, 1049 (1052); *Hillenkamp*, JZ 2019, 1053 (1056); *ders.* bereits in MedR 2018, 379 (381); *Lorenz*, HRRS 2019, 351 (359); *Hecker* (Fn. 28), § 323c Rn. 8; *Sowada*, NSTz 2019, 670 (671).

³⁰ BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 132/18, Rn. 45.

³¹ BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 132/18, Rn. 47; BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 393/18, Rn. 37.

³² In diesem Sinne noch BGHSt 6, 147 (153): „Da jeder Selbstmord [...] vom Sittengesetz streng mißbilligt ist, da niemand selbstherrlich über sein eigenes Leben verfügen und sich den Tod geben darf, kann das Recht nicht anerkennen, daß die Hilfepflicht des Dritten hinter dem sittlich mißbilligten Willen des Selbstmörders zu seinem eigenen Tode zu-

Entscheidung des betroffenen Rechtsgutsträgers zu stellen. Das widerspricht einer liberalen Rechtsordnung. Liegt dem Suizid ein eigenverantwortlich getroffener und umgesetzter Selbsttötungsentschluss zugrunde, so handelt es sich bei der dadurch verursachten Situation deshalb gerade nicht um einen Unglücksfall, sondern um das Ergebnis einer Disposition des Rechtsgutsträgers über sein Rechtsgut. Infolgedessen kann auch keine „mitmenschliche Solidarpflicht“ bestehen, die autonome Entscheidung des Rechtsgutsträgers zu missachten und gegen seinen Willen Lebensrettungsmaßnahmen – also eine Zwangsbehandlung - einzuleiten. Die durch § 323c StGB eingeforderte mitmenschliche Solidarität bezieht sich jeweils auf den Träger des gefährdeten Rechtsguts³³ – sie kann daher in einer Situation wie der hier zu beurteilenden allenfalls darin bestehen, seinen erklärten Willen zu respektieren und jegliche Gegenmaßnahmen zu unterlassen.

III. Prüfungsrelevanz

Die Entscheidungen bewegen sich in einem viel diskutierten Feld und sind deshalb sehr prüfungsrelevant. Dabei sind die Grundsätze zur Straflosigkeit der Suizidbeihilfe, zur Abgrenzung zwischen eigenverantwortlichem Suizid und mittelbarer Tötung bei Steuerung einer Selbsttötungshandlung sowie zu den Grenzen der Unterlassungshaftung im Hinblick auf einen freiverantwortlichen Suizid im Ergebnis weitgehend konsentiert. Sie sollten deshalb zum Standardrepertoire des Prüfungswissens gehören.

Prof. 'in Dr. Bettina Weißer, Köln

rückzustehen habe [...]. Der Satz ‚volenti non fit iniuria‘ verliert hier um deswillen seinen Sinn, weil er nicht befugt ist, aus eigenem Willensentschluß über sein Leben zu verfügen.“

³³ Engländer, JZ 2019, 1049 (1052); Kindhäuser/Hilgendorf, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 12, 12. Aufl. 2019, § 323c Rn. 1; Lorenz, HRRS 2019, 351 (359); Wessels/Hettinger/Engländer (Fn. 4), Rn. 1089.

Entscheidungsanmerkung

Abgrenzung zwischen „neuen“ und „gebrauchten“ Pferden bei Tierauktionen

1. Bei Tieren ist im Rahmen der Abgrenzung „neu/neu hergestellt“ und „gebraucht“ im Sinne der § 474 Abs. 2 S. 2, § 309 Nr. 8 Buchst. b Doppelbuchst. ff BGB nicht nur eine nutzungs-, sondern auch eine rein lebensaltersbedingte Steigerung des Sachmängelrisikos zu berücksichtigen (Fortentwicklung von Senatsurteil vom 15.11.2006 – VIII ZR 3/06, BGHZ 170, 31).

2. Für die Frage, ab welchem Zeitpunkt ein noch nicht genutztes Pferd nicht mehr als „neu“ zu bewerten ist, lassen sich keine allgemein gültigen zeitlichen Grenzen aufstellen. Jedenfalls ist ein zum Zeitpunkt des Verkaufs weder gerittener noch angerittener und auch nicht einer sonstigen Verwendung (etwa Zucht) zugeführter knapp zweieinhalb Jahre alter Hengst, der schon seit längerer Zeit von der Mutterstute getrennt ist, infolgedessen über einen nicht unerheblichen Zeitraum eine eigenständige Entwicklung vollzogen hat und seit längerem geschlechtsreif ist, als „gebraucht“ im Sinne von § 474 Abs. 2 S. 2 BGB beziehungsweise nicht „neu hergestellt“ im Sinne von § 309 Nr. 8 Buchst. b Doppelbuchst. ff BGB anzusehen.

(Amtliche Leitsätze)

BGB § 474 Abs. 2 S. 2

BGH, Urt. v. 9.10.2019 – VIII ZR 240/18 (OLG Schleswig, LG Itzehoe)¹

I. Sachverhalt (vereinfacht)

Die Klägerin, eine passionierte Amateur-Dressurreiterin, ersteinigte am 1.11.2014 von dem Beklagten auf einer von ihm veranstalteten öffentlichen Versteigerung einen seinerzeit knapp zweieinhalb Jahren alten ungekörten Hengst zum Preis von rund 26.000 €, um mit diesem als Dressurpferd zukünftig an Turnieren teilzunehmen. Der Hengst war am 22.5.2012 geboren und bis zum Zeitpunkt der Auktion weder geritten noch angeritten worden. Vor der Versteigerung wurde das Pferd klinisch untersucht, wobei sich laut tierärztlichem Untersuchungsprotokoll keine besonderen Befunde ergaben.

Nach der Übergabe des Hengstes am 14.1.2015 versuchte die Klägerin zunächst, das in einem Stall untergebrachte Pferd zu longieren und an Sattel und Reitergewicht zu gewöhnen. Bereits dabei hatte sich das Tier auffällig widersetzlich, schwierig und empfindlich gezeigt. Nach einer mehrmonatigen Zeit auf der Koppelweide versuchte sie ab Mitte Oktober 2015 bis Frühjahr 2016 das Pferd anzureiten. Dabei hat sich herausgestellt, dass es für sie nicht reitbar ist.

¹ Die Entscheidung ist online abgedruckt in MDR 2019, 1497 ff. und online abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=3&nr=100841&pos=23&anz=460&Blank=1.pdf> (20.11.2019).

Nach einer von der Klägerin im Jahr 2016 veranlassten tierärztlichen Untersuchung forderte sie den Beklagten mit Anwaltsschreiben vom 11.10.2016 unter Fristsetzung zum 21.10.2016 vergeblich zur Rückabwicklung des Kaufvertrags auf. Der Beklagte wiederum beruft sich auf die Einrede der Verjährung. Die wirksamen Auktionsbedingungen sahen vor, dass die Gewährleistungsansprüche der Käuferin bereits nach drei Monaten verjähren.

II. Problemstellung

In dem zugrundeliegenden Fall hatte sich der BGH mit der Problematik zu befassen, wann ein Pferd – für das die für Sachen geltenden Vorschriften gem. § 90a S. 3 BGB entsprechend anzuwenden sind – als „gebrauchte Sache“ im Sinne des § 474 Abs. 2 S. 2 BGB zu behandeln ist. Die Unterscheidung zwischen „neu“ oder „gebraucht“ einer Sache, ist entscheidend für das Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs gem. §§ 474 ff. BGB. Denn nach § 474 Abs. 2 S. 2 BGB gelten die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf nicht für gebrauchte Sachen, die im Rahmen einer öffentlich zugänglichen Versteigerung verkauft werden. Folge ist, dass die Vorschrift des § 476 BGB nicht anwendbar ist und die Gewährleistung vertraglich abdingbar ist.

Die Unterscheidung liegt die Wertung zugrunde, dass Verkäufern bei gebrauchten Sachen Haftungserleichterungen zugutekommen sollen, da diese mit einem erhöhten Mängelrisiko verbunden seien als dies bei neuen der Fall sei, und der Verkäufer vor einer hierdurch unkalkulierbar werdenden Inanspruchnahme durch den Käufer geschützt werden soll.²

In Lehre und Rechtsprechung herrschen divergente Auffassungen über das Merkmal der „gebrauchten Sache“ bei Tieren.

1. Schrifttum

a) Generelle Einordnung als „neu“ bzw. „gebraucht“

Nach einer Ansicht seien Tiere stets als „neue Sachen“ einzuordnen.³ Die gegenteilige Auffassung will Tiere dagegen mit Vollendung ihrer Geburt stets als „gebraucht“ behandeln.⁴ Letztere Ansicht wird vor allem dadurch gerechtfertigt, weil es an sinnvollen Abgrenzungskriterien mangle und

² *Augenhofer*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.10.2019, § 474 Rn. 99; *S. Lorenz*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 474 Rn. 17.

³ *Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland*, Das neue Schuldrecht, 2002, Kap. 5 Rn. 523.

⁴ *Adolphsen*, AgrarR 2001, 203 (207); *Bemann*, in: Düsing/Martinez, Kommentar zum Agrarrecht, 2016, § 474 Rn. 25; *Brückner/Böhme*, MDR 2002, 1406; *Büdenbender*, in: Dauner-Lieb/Heidel/Ring, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2016, § 474 Rn. 18; *Dammann*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, Kommentar zum AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Vorb § 309 Nr. 8 lit. b Rn. 8; *Eichelberger*, ZGS 2007, 98 (100); *ders./Zentner*, JuS 2009, 201 (205); *Faust*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 52. Ed., Stand: 1.11.2019, § 474 Rn. 32; *Grunewald*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2017, § 474 Rn. 9.

mit Tieren immer ein für den Käufer unkontrollierbares hohes Gesundheitsrisiko verbunden sei.

b) Anknüpfung an bestimmungsgemäße Erstverwendung

Eine differenzierende Meinung möchte auf den Zeitpunkt der erstmaligen bestimmungsgemäßen Benutzung des Tieres abstellen. Danach soll ein Tier beispielsweise ab dem Zeitpunkt seiner ersten Unterbringung oder Fütterung als „gebraucht“ gelten.⁵ Auch das Absetzen vom Muttertier, der, erstmalige Deckakt bei einem Zuchttier, der erste Verkauf oder das Anreiten eines Dressur- oder Rennpferdes werden als Abgrenzungskriterium herangeführt.⁶ Auf den Zeitpunkt der ersten bestimmungsgemäßen Verwendung anzuknüpfen wird insbesondere vor dem Hintergrund kritisch gesehen, dass sich der Verwendungszweck eines Tieres in seinem Leben ändern oder ein Tier allein wegen seiner Alters nicht mehr als „neu“ angesehen werden kann, obwohl es noch keiner bestimmungsgemäßen Benutzung zugeführt wurde.⁷

c) „Gebraucht“ durch zunehmendes Lebensalter

Schließlich wird die Auffassung vertreten, Tiere allein durch ihr zunehmendes Alter als „gebraucht“ einzustufen.⁸

2. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat der Ansicht, Tiere generell als „neu“ oder „gebraucht“ einzustufen, eine Absage erteilt. Bereits der Gesetzgeber ist in seinen Gesetzesmaterialien davon ausgegangen, dass es beim Tierkauf keiner speziellen Regelung zur Sachmängelhaftung und zur Verjährung bedürfe, weil die neu eingeführten kaufrechtlichen Vorschriften auch den Tierkauf angemessen regelten und daher auch bei Tieren zwischen „alt“ und „gebraucht“ unterschieden werden könne.⁹ Ob ein Tier als „neu“ bzw. „gebraucht“ anzusehen ist, stelle immer eine Entscheidung dar, die nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls erfolgen könne. So qualifiziert die Rechtsprechung Tiere auch dann noch als nicht „gebrauchte Sachen“, wenn sie zum Zeitpunkt des Verkaufs „noch jung“ sind und nicht der bestimmungsgemäßen Verwendung zugeführt und auch nicht darauf vorbereitet waren. So verbiete es sich, Tiere als „gebraucht“ anzusehen, die nur mit dem in ihrer Existenz („Beschaffenheit“) wurzelnden Lebens- und

Gesundheitsrisiko behaftet sind, nicht aber mit Risiken, die typischerweise durch ihren Gebrauch entstehen.¹⁰

III. Lösung des BGH

Der BGH entwickelte diese Grundsätze fort und stellte nunmehr klar, dass bei Tieren im Rahmen der Abgrenzung zwischen „neu“ und „gebraucht“ nicht nur eine nutzungs-, sondern auch eine rein lebensaltersbedingte Steigerung des Sachmängelrisikos zu berücksichtigen sei. Folglich könnten auch Tiere, die noch nicht ihrer Gebrauchsbestimmung zugeführt wurden, als „gebraucht“ eingeordnet werden.¹¹ Anders als leblose Gegenstände „gebrauche“ sich ein Tier allein dadurch ständig selbst, dass es lebt und sich bewegt.¹² Tiere unterliegen während ihrer gesamten Lebenszeit einer ständigen Entwicklung und Veränderung ihrer körperlichen und gesundheitlichen Verfassung, die sowohl von den natürlichen Gegebenheiten des Tieres (Anlagen, Alter) als auch von seiner Haltung (Ernährung, Pflege, Belastung) beeinflusst werde.¹³

Aufgrund der vertraglich wirksam vereinbarten Verkürzung der Verjährungsfrist für Sachmängelgewährleistungsrechte war der Anspruch auf Rücktritt der Käuferin wegen eines Mangels des Pferdes somit ausgeschlossen, da hiergegen die Einrede der Verjährung eingewendet und diese über § 218 Abs. 1 BGB zur Unwirksamkeit des Rücktritts führt, so dass es auf das Vorliegen eines etwaigen Sachmangels nicht mehr ankam.¹⁴

IV. Bewertung der Entscheidung

Mit der vorliegenden Entscheidung führt der BGH seine bisherige Rechtsprechung fort und stellt nunmehr für die bisher offen gelassene Frage fest, dass neben einer nutzungs- auch eine rein lebensaltersbedingte Steigerung des Mängelrisikos bei der Abgrenzung zwischen „neuen“ und „gebrauchten“ Tieren zu berücksichtigen ist. Richtigerweise weist der BGH in diesem Zusammenhang auch darauf hin, dass sich im Rahmen der Abgrenzung zwischen „alt“ und „gebraucht“ jede Art von Systematik verbietet und es stets auf den Einzelfall ankommt. Zwar spricht für eine generelle Einordnung als „neue“ bzw. „gebrauchte“ Sache ein gewisses Maß an Rechtssicherheit. Andererseits verbietet es sich, Tiere pauschal zu kategorisieren, da die Tierwelt vielfältig ist und eine Pauschalisierung den verschiedenen Arten und Nutzungen von Tieren nicht gerecht wird.¹⁵ Da nach der Schuldrechts-

⁵ D. Reuter, ZGS 2005, 88 (91); zustimmend S. Lorenz, (Fn. 2) § 474 Rn. 20.

⁶ Vgl. Brückner/Böhme, MDR 2002, 1406 ff.; Eichelberger, ZGS 2007, 98 (99); Wertenbruch, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2009, § 474 Rn. 89b; ders., NJW 2012, 2065 (2069).

⁷ Bemmann, AgrarR 2003, 233 (237); D. Schmidt, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2019, § 476 Rn. 10.

⁸ Müller in: Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 517 (531).

⁹ BT-Drs. 14/6040, S. 245.

¹⁰ Als „neu“ gelten daher ein sechs Monate altes Fohlen (BGH NJW 2007, 674 ff.), lebende Fische (BGH NJW-RR 1986, 53 ff.) oder Hundewelpen (LG Aschaffenburg NJW 1990, 915 ff.); „gebraucht“ sind demgegenüber eine fast sechs Jahre alte Stute (BGH NJW-RR 2010, 1210 ff.) ,eine vierjährige Stute (OLG Düsseldorf NJOZ 2004, 1935 ff.) oder ein zweieinhalbjähriger Hengst (OLG Schleswig ZVertriebsR 2018, 387 ff.).

¹¹ BGH, Urt. v. 9.10.2019 – VIII ZR 240/18, Rn. 30.

¹² BGH, Urt. v. 9.10.2019 – VIII ZR 240/18, Rn. 33.

¹³ BGH, Urt. v. 9.10.2019 – VIII ZR 240/18, Rn. 35.

¹⁴ BGH, Urt. v. 9.10.2019 – VIII ZR 240/18, Rn. 19.

¹⁵ Matusche-Beckmann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2013, § 475 Rn. 100.

reform 2002 nunmehr nach § 90a S. 3 BGB die für Sachen geltenden Vorschriften (ausdrücklich) entsprechend anzuwenden sind, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist, gilt die Unterscheidung zwischen „neuen“ und „gebrauchten“ Sachen in § 474 Abs. 2 S. 2 BGB auch für Tiere, da etwas anderes nicht bestimmt ist. Dies entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers und wird dem Haftungsrisiko des Verkäufers am ehesten gerecht. Dem Käufer obliegt es zur Verringerung seines Risikos demgegenüber, die Kaufsache vor Kauf zu untersuchen und ggf. nähere Vereinbarungen zu treffen.

Bei der Strukturierung des Begriffs des „gebrauchten Pferdes“ wird die Auffassung vertreten, zukünftig zwischen intrinsischen und extrinsischen Einflüssen auf das Tier ab seiner Geburt zu unterscheiden.¹⁶ Dies erscheint insbesondere vor dem Hintergrund sinnvoll, weil Tieren, da sie Lebewesen sind, bereits ab ihrer Geburt ein gewisses Sachmängelrisiko innewohnt, welches nur schwer beherrschbar ist und eine Haftungserleichterung rechtfertigt. Demgegenüber lassen sich äußere Einwirkungen auf das Tier (Haltung, Pflege, Ernährung) eher kalkulieren, da sie überwiegend in seiner Sphäre zu finden sein dürften, und sich daher eine Haftungserleichterung verbietet.

Da in der Praxis Pferde häufig im Rahmen von Pferdeauctionen durch unternehmerisch tätige Zuchtverbände an Verbraucher veräußert werden und solche Versteigerungen ein hohes Wirtschaftsfaktor darstellen, ist die Entscheidung daher insbesondere für das Pferdebranchen von großer Bedeutung.¹⁷

V. Vertiefungshinweis

- *Brückner/Böhme*, MDR 2002, 1406 ff.
- *Eichelberger/Zentner*, JuS 2009, 201 ff.
- Allgemein zum Verbrauchsgüterkauf: *S. Lorenz*, JuS 2016, 398 ff.

Diplom-Jurist Jost Behrens, Hannover

¹⁶ *Oexmann*, RdL 2018, 389 (392).

¹⁷ Im Jahr 2018 wurden bei Auktionen der Zuchtverbände 783 Reitpferde zu einem Durchschnittspreis von 25.900 € bei einem Gesamtumsatz von 19.645.701 € versteigert, vgl. Deutsche Reiterliche Vereinigung – Bundesverband für Pferdesport und Pferdezucht (Hrsg.), Jahresbericht 2018, Bereich Zucht, S. 33.