

Herausgeber: Prof. Dr. Markus Artz, Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Gerhard Dannecker, Prof. Dr. Mark Deiters, Prof. Dr. Michael Fehling, PD Dr. Stefan J. Geibel, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Andreas Hoyer, Prof. Dr. Uwe Kischel, Prof. Dr. Matthias Rossi, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, Prof. Dr. Arndt Sinn, Prof. Dr. Mark Zöllner

Geschäftsführende Herausgeber: Prof. Dr. Beate Gsell, RiBVerfG Prof. Dr. Johannes Masing, Prof. Dr. Thomas Rotsch

Schriftleitung: Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion Zivilrecht: Prof. Dr. Markus Artz, PD Dr. Stefan J. Geibel, Prof. Dr. Beate Gsell

Redaktion Öffentliches Recht: Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Uwe Kischel, Prof. Dr. Matthias Rossi

Redaktion Strafrecht: Wiss. Ass. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Mark Deiters, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Arndt Sinn, Prof. Dr. Mark Zöllner

Webmaster: Prof. Dr. Thomas Rotsch

Internetauftritt: René Grellert

Anzeigenschaltung: Marie Heissler

ISSN: 1865-6331

Inhalt

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Von Standards zum Recht – auf dem Weg zu einer Regulierung der Ratingagenturen in Europa und den USA

Von Prof. Dr. Thomas M.J. Möllers, Augsburg 227

Strafrecht

Der Waffenbegriff des StGB auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand

Zugleich eine Besprechung von BVerfG – 2 BvR 2238/07, Beschl. v. 1.9.2008, zum Einsatz eines Personenkraftwagens als „Waffe“

Von Dr. Liane Wörner, LL.M. (UW-Madison), Gießen 236

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Strafrecht

Probleme der Begünstigung (§ 257 StGB) – Teil 2

Von Ass iur. Jan Dehne-Niemann, Karlsruhe 248

Der unbenannte minder schwere Fall im Strafrecht und seine Bedeutung für die Strafzumessung

Von Wiss. Mitarbeiter Sönke Gerhold, Kiel 260

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Übungsfall: A life 4 Sale

Von Hanjo Hamann, Hamburg 267

Öffentliches Recht

Übungsfall: Die Weinprobe

Von Wiss. Mitarbeiterin Corinna Durinke, Berlin, Akad. Rat Dr. Albert Ingold, LL.M., München 274

ÜBUNGSFÄLLE (Forts.)

Strafrecht

- Übungsfall: Imponiergehabe mit Folgen**
 Von Wiss. Assistentin Dr. Janique Brüning, Hamburg 282

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Zivilrecht

- BGH, Beschl. v. 29.1.2009 – III ZR 115/08**
(Die freiwillige Leistung in der Zwangsvollstreckung)
 (Prof. Dr. Caroline Meller-Hannich, Halle-Wittenberg) 288

- BGH, Urt. v. 4.3.2009 – VIII ZR 160/08**
(Ausschließliche Verwendung eines Dienstfahrzeugs mit Partikelfilter im Kurzstreckenbetrieb)
 (Prof. Dr. Markus Artz, Bielefeld) 291

- BGH, Beschl. v. 4.12.2008 –VI ZB 74/08**
(Eintragung einer rechtsfähigen Außen-GbR unter ihrer Bezeichnung im Grundbuch)
 (Privatdozent Dr. Stefan J. Geibel, Tübingen/Dresden) 293

- BGH, Urt. v. 5.3.2009 –IX ZR 141/07**
(Zulässigkeit einer negativen Feststellungsklage nach Abweisung einer Vollstreckungsgegenklage)
 (Prof. Dr. Beate Gsell, Augsburg) 296

Öffentliches Recht

- EuGH, Urt. v. 10.2.2009 –C-310/06**
(Gemeinschaftskompetenz zum Erlass der Vorratsdatenspeicherrichtlinie)
 (Prof. Dr. Matthias Rossi, Augsburg) 298

Strafrecht

- BGH, Beschl. v. 18.2.2009 –1 StR 731/08**
(Die Schadensbestimmung beim Betrug im Falle eines Risikogeschäfts)
 (Wiss. Assistentin Dr. Janique Brüning, Hamburg) 300

BUCHREZENSIONEN

Allgemeines

- Steffi Balzerkiewicz/Martin Heckelmann/
 Daniel Voigt/Tanja Lau, Der LL.M. 2009 – Das
 Expertenbuch zum Master of Laws, 3. Aufl. 2009**
 (Prof. Dr. Paul T. Schrader, LL.M.oec., Augsburg) 305

Öffentliches Recht

- Uwe Volkmann, Staatsrecht II. Grundrechte, 2007**
 (Wiss. Mitarbeiter Florian Schärdel, Berlin) 307

- Werner Frotscher/Bodo Pieroth, Verfassungsgeschichte,
 7. Aufl. 2008**
 (Wiss. Mitarbeiter Ass. iur. Georg Heiß, Regensburg) 308

BUCHREZENSIONEN (Forts.)**Strafrecht**

Johannes Wessels/Werner Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 38. Aufl. 2008; Johannes Wessels/Michael Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil/1, 32. Aufl. 2008; Johannes Wessels/Thomas Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil/2, 31. Aufl. 2008
(Wiss. Mitarbeiter Patrick M. Pintaske, Osnabrück) 310

Raimund Brunner/Bernd von Heintschel-Heinegg, Staatsanwaltlicher Sitzungsdienst, 11. Aufl. 2008
(Rechtsanwalt Jens-Christof Niemeyer, Spenge) 312

VARIA**Zivilrecht**

Aus den Schwerpunktbereichen: Schuldrechtliche Grundzüge des Unternehmenskaufs
Von Matthias Heusel, Nicolas Sonder, Tübingen 313

Aus den Schwerpunktbereichen: Einführung in das Wettbewerbsrecht unter Berücksichtigung der UWG-Reform 2008
Von Ass. iur. Florian Lichtnecker, Passau 320

Von Standards zum Recht – auf dem Weg zu einer Regulierung der Ratingagenturen in Europa und den USA

Von Prof. Dr. Thomas M.J. Möllers, Augsburg

Zu den verschiedenen Ursachen der aktuellen Finanzkrise gehören strukturierte Finanzprodukte (toxic papers) die aufgrund sehr guter Ratings weltweit von zahlreichen Banken erworben wurden. Inzwischen gesteht man den Marktteilnehmern nicht mehr zu, eigene Standards zu setzen, sondern beginnt die Finanzmärkte deutlich zu regulieren. Die jüngste Regulierungsmaßnahmen der Ratingagenturen bilden ein anschauliches Beispiel, wie der europäische und US-amerikanische Gesetzgeber versuchen, mit den Instrumentarien des Kapitalmarktrechts eine effektive Kontrolle zu erreichen – die Ergebnisse sind aber gemischt.

I. Die Instrumente des Kapitalmarktrechts und die Finanzkrise

Eine stärkere Regulierung der Finanzbranche hatten jüngst Bundeskanzlerin *Merkel* und der französische Präsident *Sarkozy* auf dem Weltfinanzgipfel der G 20 in London durchgesetzt. Dies wurde zum Teil als historisches Datum gefeiert; andere blieben skeptischer, weil allgemeine Beschlüsse noch kein konkretes Gesetzeswerk ersetzen. Aus dem Blickfeld gerät, dass in den letzten Monaten bereits umfassend die Regulierung von Ratingagenturen vorangetrieben wurde. Die Entwicklung ist auch deshalb von Bedeutung, weil der Gesetzgeber nun schnell handelt und es nicht mehr privaten Organisationen überlässt, ihre Standards selbst zu entwickeln. Diese neuen Regelwerke auf internationaler, US-amerikanischer und europäischer Ebene gehen deutlich über das bisherige Recht hinaus. Sind diese neuen gesetzlichen Regelungen nun der erhoffte gewichtige Baustein einer neuen Finanzmarktarchitektur – oder handelt es eher nur um gesetzgeberischen Aktivismus?

1. Der Hintergrund der Finanzmarktkrise

Die Finanzkrise hat mehrere Ursachen: Viele Kreditinstitute haben die üblichen Standards für eine sorgfältige Kreditgewährung außer Acht gelassen. Kredite ohne Einkommennachweis waren in den USA keine Seltenheit. Hypothekenfinanzierer erfanden immer exotischere Kreditvarianten wie etwa Kredite mit tilgungsfreien Zeiten. Investmentbanken sammelten die Einzelkredite, bündelten sie und verkauften sie als anleiheähnliche, sog. strukturierte Finanzprodukte wie mortgage-backed-securities (MBS), Subprime-Hypothekendarlehen (Residential Mortgage Backed Securities, RMBS) oder neu verpackt als Collateralised Debt Obligations (CDO) an Investoren in der ganzen Welt. Da die Risiken sehr schnell aus den Bankbilanzen verschwanden, hatten die Kreditinstitute wenig Anreiz, bei der Kreditvergabe strenge Anforderungen an die Bonität der Kunden zu stellen.¹

* Schriftliche Fassung eines Vortrages, den der *Verf.* an den Universitäten George Washington, Chicago Kent und Johannesburg gehalten wurde; eine ausführlichere, englische Fassung erscheint demnächst.

Welche Rolle spielten nun die Ratingagenturen? Ratingagenturen sind bei einer Finanzmarkttransaktion außenstehende Dritte. Sie wollen zwischen den Parteien bestehende Informationsasymmetrien überwinden. Als sog. Informationsintermediäre stellen sie dem Investor Informationen günstiger zur Verfügung, als wenn er sie selbst erheben müsste.² Ratingagenturen beurteilen das Ausfallrisiko des Finanzproduktes des Schuldners nach bestimmten standardisierten Kategorien. Bis heute dominieren weltweit zwei Ratingagenturen den Markt; *Standard & Poor's* and *Moody's*; *Fitch* ist deutlich kleiner.³ Diese Marktstruktur ist darauf zurückzuführen, dass Unternehmen Ratingagenturen aufgrund ihrer Reputation auswählen. Die Zuverlässigkeit der Ratings beurteilt sich nach einer langjährigen und genau dokumentierten Historie, dem sog. track record. Dieser zeigt, ob eine Agentur über einen längeren Zeitraum mit ihren Ratings hinreichend gute Einschätzungen geliefert hat.⁴ Ratingagenturen betonen, dass ihr Rating nur eine subjektive Meinung darstellt, nicht aber eine bestimmte wirtschaftliche Entwicklung garantiert.⁵

¹ *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)*, Jahresbericht 2007, 2008, S. 15 f. Zum Problem des *moral hazard* s. etwa *Shavell*, On Moral Hazard and Insurance, 93 Q.J.Econ. 541 (1979); *Holmström*, Moral Hazard and Observability, 10 Bell J.Econ.74 (1979).

² *Pinto*, Control and Responsibility of Credit Rating Agencies in the United States, 2006, 54 Am.J.Comp.L. 341; *Dittrich*, The Credit Rating Industry: Competition and Regulation, 2007, p. 9.

³ *Standard & Poor's* und *Moody's* haben gemeinsam 80% Marktanteil, die britische Ratingagentur *Fitch* weitere 15%, vgl. *Hill*, Regulating the Rating Agencies, 82 Wash.U.L.Q. 43, 59 f. (2004); *Blaurock*, Verantwortlichkeit von Ratingagenturen, ZGR 2007, 603 (606).

⁴ *Zentraler Kreditausschuss*, Stellungnahme zur Tätigkeit von Rating-Agenturen und ihrer möglichen Regulierung v. 14.08.2003, S. 5,

http://www.zka-online.de/uploads/media/030815_ZKA-Stn_Rating-Agenturen.pdf. Neuen Anbietern bleiben deshalb nur Marktnischen. *Strunz-Happe*, Externe Ratingagenturen – Marktregulierung durch Basel II, Vorgaben zur Anerkennung als ECAI und die aufsichtsrechtliche Behandlung von externen Ratings, WM 2004, 115 (120).

⁵ *Partnoy*, The Siskel and Ebert of Financial Markets?: Two Thumbs Down for the Credit Agencies, 77 Wash.U.L.Q. 619, 629 et seq. (1999); *Szwarcz*, Private Ordering of Public Markets: The Rating Agency Paradox, 2002 U.Ill.L.Rev. 1, 14 (2002); *Kuhner*, Financial Rating Agencies: Are They Credible?, 53 Schmalenbach Bus.Rev. 1, 2 (2001). Ob die Rating-Urteile in der Vergangenheit zum großen Teil verlässlich waren, ist umstritten s. die empirischen Studien *Gregory Husisian*, What Standard of Care Should Govern the World's Shortest Editorials? An Analysis of Bond Trading Agency Liability, 75 Cornell L.Rev. 411, 126 (1990); *Bottini*, An

Für den reibungslosen Verkauf der strukturierten Finanzprodukte war ein gutes Rating Grundvoraussetzung, weil viele Investoren an spezielle Anlagevorschriften gebunden sind, um Risikokonzentrationen zu vermeiden. Der Großteil der strukturierten Finanzprodukte verfügte über ein gutes bis exzellentes Rating, obwohl die meisten Tranchen einen nennenswerten Anteil an zweitklassigen Subprime-Krediten enthielten.⁶ Bisher zahlen die Investmentbanken und nicht die Investoren für das Rating der strukturierten Finanzprodukte.⁷ Der Gewinn der Ratingagenturen verdoppelte sich⁸, weil diese auch bei der Entwicklung solcher strukturierter Finanzprodukte kräftig mithalfen.⁹ Investoren durchschauten oft nicht mehr die Finanzprodukte, sondern verliehen sich auf das AAA-Rating.¹⁰

Es kam noch schlimmer: Obwohl sich die Kreditausfälle bei Subprime-Krediten häuften, hielten die Ratingagenturen lange Zeit an den ursprünglich erteilten hohen Ratings fest. Im Laufe der Zeit wurde immer offensichtlicher, dass die angewandten Rating-Modelle die Ausfallwahrscheinlichkeiten der Subprime-Hypothekarkredite nicht korrekt abbildeten. Erst nach öffentlichem Druck vollzogen die Agenturen eine Kehrtwende und stufen Papiere mit nennenswerten Subprime-Komponenten auf breiter Basis und teilweise radikal herunter. Manche RMBS-Tranchen fielen in einem einzigen Schritt von der höchsten Qualitätsstufe (AAA) in Klassen unterhalb des Investmentgrade-Bereichs.¹¹ Die Ratingagenturen trugen mit ihrem zögerlichen Verhalten zur Verschärfung

der Krise bei.¹² Dank der weltweiten Handelbarkeit von RMBS und CDOs stecken diese inzwischen in den Bilanzen vieler Banken: Insbesondere die deutschen Landesbanken sind davon massiv betroffen; zahlreiche Fusionen und massive staatliche Hilfe waren unausweichlich, um Insolvenzen zu vermeiden.¹³

2. Instrumente des Kapitalmarktrechts: Informationen, Vermeidung von Interessenkonflikten und Regulierung

Die jetzige Krise verdeutlicht, wie wichtig die Funktionsfähigkeit der Kapitalmärkte ist.¹⁴ Die Vermeidung von Interessenkonflikten, Informationspflichten und Überwachung sind die drei elementaren Instrumentarien, welche die Funktionsweise des Kapitalmarktes sicherstellen sollen. Interessenkonflikte müssen hauptsächlich aufgrund des fremdnützigen Handelns von Managern und Banken reduziert werden. Im Bereich der Corporate Governance ist dieses Principal-Agent-Problem altbekannt.¹⁵ Informationspflichten sollen die Effizienz des Kapitalmarktes sicherstellen. Mit solchen Pflichten sollen Informationen den Markt erreichen und unverzüglich in den Marktkurs „eingepreist“ werden.¹⁶ Die

¹² Schon bei der Enron-Krise wurde die zu späte Zurückstufung kritisiert, s. *Hill*, Rating Agencies Behave Badly: The Case on Enron, 35 Conn.L.Rev. 1145 (2003).

¹³ Die Sachsen LB und die Landesbank Rheinland Pfalz flüchteten unter das Dach der LBBW. Die Bayern LB, Nord LB, HSB Nordbank benötigen umfangreiche Kredite, s. *Mußler*, Das faule System Landesbanken, FAZ v. 25.2.2009, S. 13.

¹⁴ Begr. RegE 2. FFG, BT-Drucks. 12/6679, S. 48; Begr. Finanzausschuss 2. FFG, BT-Drucks. 12/7918, S. 96; vgl. auch *Baums*, Haftung wegen Falschinformation des Sekundärmarktes, ZHR 167 (2003), 139 (150); *Fuchs/Dühn*, Deliktische Schadensersatzhaftung für falsche Ad-hoc-Mitteilungen, BKR 2002, 1063 (1069); *Möllers*, in *Möllers/Rotter*, Ad-hoc-Publizität, 2003, § 3 Rn. 43; *Hopt/Voigt*, in *Hopt/Voigt*, Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung, 2006, S. 9, 107, 113; *Veil*, Die Ad-hoc-Publizitätshaftung im System kapitalmarktrechtlicher Informationshaftung, ZHR 167 (2003), 365 (367); *Zimmer*, in: *Schwark*, KMRK, 3. Aufl. 2004, § 15 Rn. 8ff.

¹⁵ *Akerlof*, The Market for „Lemons“: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, 84 Q.J.Econ. 488, 493 ff. (1970); *Spence*, Job Market Signaling, 87 Q.J.Econ. 355, 374 (1973); *Bahar/Thévenoz*, Conflicts of Interest: Disclosure, Incentives, and the Market, in: *Thévenoz/Bahar* (ed.), Conflicts of Interest: Corporate Governance and Financial Markets, 2007, p. 1 ff.; *Morkötter/Westerfeld*, Asset Securitisation: Die Geschäftsmodelle von Ratingagenturen im Spannungsfeld einer Principal-Agent-Betrachtung, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 2008, 393 ff.; *Hopt*, Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, 1975, S. 108 ff.; *Benicke*, Wertpapiervermögensverwaltung, 2006, S. 159.

¹⁶ Bzgl. Informationseffizienz im Kapitalmarkt und Efficient Capital Market Hypothesis (ECMH) s. beispielsweise *Fama*, Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work, 25 J.Fin., 83 et seq. (1970); *ders*, Efficient Capital

Examination of the Current Status of Rating Agencies and Proposals for Limited Oversight of Such Agencies, 30 San Diego L.Rev. 579, 583 et seq. (1993); *Partnoy*, Barbarians at the Gatekeepers?: A Proposal For a Modified Liability Regime, 79 Wash.U.L.Q. 491, 509 et seq. (1999).

⁶ Hierzu weiter unten.

⁷ *BaFin*, Jahresbericht 2007, 2008, S. 15 f.

⁸ Der Gesamterlös der drei Unternehmen verdoppelte sich von \$ 3 Milliarden in 2002 auf über \$ 6 Milliarden in 2007, s. *Cyrus Sanati*, Rating Agencies Draw Fire on Capitol Hill, The New York Times, October 22, 2008.

⁹ Zu diesen Rating Assessment Services s. *Blaurock*, Verantwortlichkeit von Ratingagenturen, ZGR 2007, 603 (607, 649); kritisch *CESR*, CESR's Report to the European Commission on the compliance of Credit Agencies with the IOSCO-Code, Dezember 2006, CESR/06-545, §§ 42, 51 (p. 76 ff.), <http://www.cesr.eu/popup2.php?id=4093>; *CESR*, CESR's Second Report to the European Commission on the compliance of credit rating agencies with the IOSCO Code and the role of credit rating agencies in structured finance, Mai 2008, CESR/08-277, p. 22 Erwägungsgrund 102, <http://www.cesr.eu/popup2.php?id=5049>.

¹⁰ *Institute of International Finance (IIF)*, Interim Report of the IIF Committee on Market Best Practices, April 2008, <http://www.iasplus.com/crunch/0804iifbestpractices.pdf>, Marginal number 86; *CESR*, CESR's Second Report to the European Commission on the compliance of credit rating agencies (Fn. 9) CESR/08-277, S. 23 marginal number 104.

¹¹ *BaFin*, Jahresbericht 2007, 2008, S. 18 f.

Stabilität und Funktionsfähigkeit des Finanzsystems ist schließlich als Schutzgut so wichtig, dass es nicht nur im nachhinein durch zivilrechtliche Schadensersatzklagen zu schützen ist, sondern auch präventiv durch eine öffentlich-rechtliche Regulierung und Überwachung.¹⁷ Wie in einem Brennglas zeigt sich, dass diese drei Instrumentarien des Kapitalmarktes bei Ratingagenturen bisher versagt haben: Ratingagenturen sind erstens bis heute nicht frei von Interessenkonflikten und unabhängig, weil sie regelmäßig von demjenigen Unternehmen ein Rating erstellen, von welchem sie beauftragt werden (sog. Auftragsrating oder solicited rating).¹⁸ Verschärfend kommt hinzu, dass sie zuvor oft das Unternehmen beraten haben, nach welchen Kriterien das strukturierte Finanzprodukt „hergestellt“ werden muss, um eine bestimmte Note zu erreichen. Zweitens waren die meisten Informationen der Ratingagenturen nicht belastbar: Die Subprime-Produkte erhielten die höchsten Ratings, womit die großen Risiken dieser Instrumente klar unterbewertet wurden. Zudem versagten die Ratingagenturen, als es darum ging, die Ratings den sich verschlechternden Marktbedingungen unverzüglich anzupassen.¹⁹ Und drittens gibt es bis heute kein hinreichendes Regelwerk für Ratingagenturen, dessen Einhaltung von Aufsichtsbehörden überwacht wird.

3. Von privaten Standards und hoheitlicher Regulierung

Bis in die jüngste Zeit stellte sich die Europäische Union gegen eine staatliche Regulierung der Ratingagenturen:²⁰ Der Markt reguliere sich selbst, da Ratingagenturen ausschließlich von ihrer Reputation abhängig seien und Investoren und Emittenten nur zuverlässiges und seriöses Geschäftsgebahren

Markets II, 46 J.Fin. 1575 et seq. (1991); *Fischel*, Efficient Capital Markets, the Crash, and the Fraud on the Market Theory, 74 Cornell L.Rev. 907 (1989); *Brealey/Myers*, Principles of Corporate Finance, 7th ed. 2003, 347 ff.; *Elton/Gruber/Brown/Goetzmann*, Modern Portfolio Theory and Investment, 6th ed. 2003, S. 402 ff.

¹⁷ *Jackson/Roe*, Public Enforcement of Securities Laws: Resource-Based Evidence, 9 J.Fin.Econ. (forthcoming 2009); *Köndgen*, Regulation of Banking Services in the European Union, in Basedow/Baum/Hopt et. al. (ed.), Economic Regulation and Competition of Services in the EU, Germany and Japan, 2002, p. 27 (29 ff.).

¹⁸ Zur Abgrenzung vom solicited zum unsolicited rating s. *Blaurock*, Verantwortlichkeit von Ratingagenturen, ZGR 2007, 603 (604 ff.).

¹⁹ *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Ratingagenturen vom 12.11.2008, KOM (2008) 704, http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/agencies/proposal_de.pdf, p. 2.

²⁰ S. Mitteilung der *Kommission* über Rating-Agenturen v. 1.3.2006, ABl. Nr. C 59/02, S. 6: „Der Aufforderung des Europäischen Parlaments folgend hat sich die Kommission sehr eingehend mit der Frage befasst, ob in Bezug auf die Tätigkeit von Rating-Agenturen neue Legislativvorschläge erforderlich sind und gelangte zu dem Schluss, dass dies derzeit nicht der Fall ist.“

akzeptierten. Diese Standards würden ausreichen, ohne dass der Staat eingreifen müsse²¹ Eine Zulassung würde den Markt abschotten. Eine staatliche Regulierung begründe eine Art Mitverantwortung des Staates für die veröffentlichten Ratingurteile; das sei mit privatwirtschaftlich organisierten Ratingagenturen nicht vereinbar und es bestünde die Gefahr, dass die Investoren blind auf die Ratingurteile vertrauen. Die International Organization of Securities Commissioners (IOSCO) entwickelte dagegen schon 2004 in einem Code of Conduct Standards für Ratingagenturen, die im Mai 2008 aktualisiert wurden.²² Inzwischen gab die Europäische Union ihren Widerstand gegen eine Regelung von Ratingagenturen auf. Sowohl die US-amerikanische Securities Exchange Commission (SEC)²³ als auch die Kommission der Europäischen Union²⁴ legten Vorschläge zur Regulierung der Ratingagenturen vor, auch um zusätzliche Marktteilnehmer zuzulassen.²⁵ Die Regelungen der SEC wurden im Februar dieses Jahres rechtsverbindlich erlassen und traten überwiegend Mitte April 2009 in Kraft.²⁶ Die EU-Kommission hat einen

²¹ Zum Streit s. etwa *Partnoy*, The Siskel and Ebert of Financial Markets?: Two Thumbs Down for the Credit Agencies, 77 Wash.U.L.Q. 619, 627 (1999); *Szwarcz* (Fn. 5), 2002 U.Ill.L.Rev. 1 ff. (2002); *Fleischer*, Empfiehlt es sich, im Interesse des Anlegerschutzes und zur Förderung des Finanzplatzes Deutschland das Kapitalmarkt- und Börsenrecht neu zu regeln?, Gutachten F für den 64. Deutschen Juristentag, 2002, F 134.

²² *IOSCO*, The Technical Committee of the International Organization of Securities Commissions, Code of Conduct Fundamentals for Credit Rating Agencies, Mai 2008, <http://www.iosco.org/> (IOSCOPD271).

²³ *Securities and Exchange Commission (SEC)*, 17 C.F.R. Parts 240 and 243, Release No. 34-57967, File No. S7-13-08 v. 16.6.2008 (Proposed Rules for Nationally Recognized Statistical Rating Organizations), <http://www.sec/rules/proposes/34-57967>.

²⁴ *Commission of the European Commission*, Consultation paper for a proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Credit Rating Agencies of July 2008, http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/securities_agencies/consultation-cra-framework_en.pdf.

²⁵ *CESR*, CESR's response to the consultation document of the Commission services on a draft proposal for a Directive/Regulation on Credit Rating Agencies, CESR/08-671, http://circa.europa.eu/Public/irc/markt/markt_consultations/library?l=/financial_services/credit_agencies/authorities/cers1pdf/EN_1.0_&a=d, p. 2.

²⁶ *SEC*, 17 C.F.R. Parts 240 and 243, Release No. 34-59342, File No. S7-13-08 v. 2.2.2009 (Amendments to Rules for Nationally Recognized Statistical Rating Organizations), <http://www.sec.gov/rules/final/2009/34-59342.pdf>. Daneben gab es einen weiteren Vorschlag vgl. *SEC*, 17 C.F.R. Parts 240 and 243, Release No. 34-59343, File No. S7-04-09 v. 2.2.2009 (Proposed Rules for Nationally Recognized Statistical Rating Organizations), <http://www.sec.gov/rules/proposed/2009/34-59343.pdf>.

Verordnungsentwurf zur Regulierung von Ratingagenturen im November 2008 vorgelegt²⁷ und das europäische Parlament hat sich damit jüngst beschäftigt. Das Gesetzgebungsverfahren soll noch im ersten Halbjahr 2009 abgeschlossen werden. In Finanzkreisen wurde immer wieder die Wichtigkeit einer einheitlichen, weltweiten Lösung betont. Anhand der drei kapitalmarktrechtlichen Instrumentarien lässt sich vergleichen, ob dieses Ziel gelungen ist.

II. Vermeidung von Interessenkonflikten

Der *Interessenkonflikt* der Ratingagentur liegt auf der Hand, wenn sie ein Unternehmen zu einem Finanzprodukt berät und über dieses dann das Rating abgibt. Von Unabhängigkeit kann in einem solchen Fall nicht gesprochen werden. Es ist deshalb uneingeschränkt positiv zu beurteilen, wenn sich in den Regelwerken auf internationaler Ebene, in den USA und in Europa die Verpflichtung wiederfindet, dass Ratingagenturen nicht gleichzeitig beraten dürfen, um dann über das Finanzprodukt ein Rating abzugeben. Ein solches Verbot war bisher noch heftig umstritten, wurde doch behauptet, eine Trennung von Beratung und Bewertung sei bei dem Duopol der beiden großen Ratingagenturen *Moody's* und *Standard & Poor's* gar nicht möglich. Allerdings sollen durch Trennung von Beratung und Prüfung künftig gerade neue Marktsegmente geschaffen werden. Für eine Trennung der Tätigkeiten spricht der Vergleich mit Wirtschaftsprüfern, die ebenfalls als Dritte am Markt auftreten. Im Europäischen Recht wurde 2006 etwa die Unabhängigkeit der Wirtschaftsprüfer vereinheitlicht und ein sog. Selbstprüfungsverbot eingeführt.²⁸ Vorher wurde bereits durch den *Sarbanes-Oxley-Act* in den USA ein Verstoß gegen das Selbstprüfungsverbot eingeführt und dann bejaht, wenn davon auszugehen ist, dass das Ergebnis der Arbeiten Gegenstand von Prüfungshandlungen im Rahmen der Abschlussprüfung ist.²⁹

²⁷ *Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung über Ratingagenturen (Fn. 19), KOM (2008) 704.

²⁸ Art. 22 der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.5.2006 über die Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/249/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG, ABl. Nr. L 157/87 v. 9.6.2006, S. 97.

²⁹ *Sarbanes-Oxley Act of 2002*, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745, Sec.201 inserted as Sec. 10A (g) of Securities Exchange Act of 1934, 15 U.S.C. 78j – 1 amended by *SEC*, Final Rule: Strengthening the Commission's Requirements Regarding Auditor Independence, 17 C.F.R. Parts 210, 240, 249 and 274, Release No. 33-8183 v. 28.1.2003, <http://sec.gov/rules/final/33-8183.html>, Amendments to Section 210.2-01 Qualifications of accountants, pp. 69 et seq.; vgl. beispielsweise *Schmidt*, Neue Anforderungen an die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers: SEC-Verordnung im Vergleich mit den Empfehlungen der EU-Kommission und den Plänen der Bundesregierung, BB 2003, 779, 785; *Arbeitskreis „Externe und interne Überwachung der Unternehmung“ der Schmalenbach Gesellschaft für Betriebswirtschaft e.V.*, Auswirkung des Sarbanes-Oxley Act auf die

Neben dem Selbstprüfungsverbot gibt es zahlreiche weitere Einschränkungen, um Interessenkonflikte zu vermeiden: So dürfen Ratinganalysten in den USA keine Geschenke über 25 US Dollar³⁰ annehmen, und eine Ratingagentur darf sowohl nach US-amerikanischem als auch nach europäischem Recht maximal vier Jahre in Folge ein Rating für ein Unternehmen erstellen.³¹ Abweichungen zwischen den USA und Europa finden sich in Bezug auf Abhängigkeiten aufgrund von Umsätzen. Nach Auffassung der IOSCO muss eine Ratingagentur darüber aufklären, wenn sie 10% der jährlichen Einnahmen von einem Klienten erhält.³² In den USA ist in diesem Fall eine Tätigkeit verboten.³³ Europa sah ursprünglich bereits ein Ratingverbot vor, wenn 5% oder mehr der Einnahmen durch einen Klienten erzielt werden.³⁴ Das Tätigkeitsverbot wurde nach Protesten³⁵ dann aber in eine Informationspflicht abgemildert.³⁶ Tatsächlich müssten neue Ratingagenturen mehr als 20 Kunden vom ersten Tag an haben, damit das Tätigkeitsverbot nicht eingreift. Wenn mit den neuen Regelwerken auch bezweckt ist, das bestehende Duopol von *Moody's* und *Standard & Poor's* aufzubrechen, sollte man aber Regelungen vermeiden, welche die jetzigen Mark-

Interne und Externe Unternehmungsüberwachung, BB 2004, 2399, 2406.

³⁰ 17 C.F.R. § 240.17g-5(c)(7) SEC, cf. SEC Release No. 34-59342 (Fn. 26), p. 48 ff.

³¹ Art. 6 Abs. 4, *Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung über Ratingagenturen (Fn. 20), KOM (2008) 704. Der *Ausschuss für Wirtschaft und Währung*, Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Ratingagenturen (KOM(2008)0704 – C6-0397/2008 – 2008/0217(COD)) v. 1.4.2009, Berichterstatter *Gauzès*, schlägt jetzt fünf Jahre vor, Art. 6 Abs. 4 (Änderungsvorschlag 56). s. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A6-2009-0191&language=DE>.

³² *IOSCO*, Code of Conduct Fundamentals for Credit Rating Agencies (Fn. 22), No. 2.08 (b).

³³ 17 C.F.R. § 240.17g-5(c)(1).

³⁴ Art. 9 Abs. 3 lit. a), *Kommission*, Consultation Paper for a proposal for a CRA Regulation (Fn. 24).

³⁵ Comments of the *German banking industry associations* on the EC consultation paper for a CRA Regulation v. 5.9.2008, p. 5 ff.,

http://circa.europa.eu/Public/irc/markt/markt_consultations/library?l=/financial_services/credit_agencies/organisations&vm=detailed&sb=Title. *Fitch Ratings*, Response to a Draft Directive/Regulation with respect to the Authorisation, Operation and Supervision of Credit Rating Agencies v. 5.9.2008, p. 7, http://circa.europa.eu/Public/irc/markt/markt_consultations/library?l=/financial_services/credit_agencies/citizens/fitchpdf/EN_1.0_&a=d.

³⁶ Art. 5 Abs. 1, 2 und Annex I.B No. 2, *Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung über Ratingagenturen (Fn. 19), KOM (2008) 704.

strukturen verfestigen³⁷. Im Ergebnis erscheint deshalb die Offenlegungspflicht der IOSCO und des europäischen Verordnungsvorschlages passgenauer als das US-amerikanische Recht.

Die neuen Regelungen sind sicherlich hilfreich, um Interessenkonflikte zu reduzieren. Sie können aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass der potentielle Interessenskonflikt solange bestehen bleibt, solange das Unternehmen die Ratingagentur für die Erstellung des Ratings beauftragt – gemäß dem Motto, „wes’ Brot ich ess’, des’ Lied ich sing’“. Die neuen Vorschriften verhindern die Interessenkonflikte nicht, sondern reduzieren sie nur. Weiterführend wäre es deshalb, wenn sich künftig die Ratings ohne Auftrag (unsolicited ratings) als Gattung durchsetzen würden, die von anderen Marktteilnehmern abgefragt und auch käuflich erworben werden könnten. Bisher existiert ein Markt für unsolicited ratings weitgehend nur für die Folgeratings nach einer Beauftragung durch ein Unternehmen, aber am Markt scheint inzwischen der Wettbewerb zuzunehmen. Die *Egan-Jones Rating Company*³⁸ bietet etwa gar keine Auftragsratings mehr an, sondern wirbt damit, keinen Interessenkonflikten zu unterliegen. Denkbar wäre zudem, dass die Aufsichtsbehörden die Ratingagenturen zur Erstellung eines Ratings beauftragen. Im Kapitalmarktrecht ist eine solche Beauftragung etwa bei der Kontrolle von Wertpapierunternehmen durch Prüfer bekannt. Dort prüfen Wirtschaftsprüfer im Auftrag der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), ob die Wertpapierdienstleistungsunternehmen ihre Aufklärungs- und Beratungspflichten eingehalten haben.

III. Informationspflichten

Schon die überarbeitete Fassung des Code of Conduct der IOSCO geht auf die strukturierten Finanzprodukte ein und formuliert umfassende Informationspflichten: Danach müssen Ratingagenturen ihr Rating von strukturierten Finanzprodukten von traditionellen Unternehmensanleihen unterscheiden, bevorzugt durch ein unterschiedliches Ratingsymbol.³⁹ Diese Regeln hatte die SEC in ihrem ursprünglichen Vorschlag vom Juni 2008 diese Regeln übernommen und vorgeschlagen, strukturierte Finanzprodukte mit den neuen Ratingsymbolen „AAA.sf“ oder „AAA_{SF}“ zu versehen.⁴⁰ In der nun verabschiedeten Fassung ihres Vorschlags vom Februar 2009 lehnt die SEC allerdings eine solche Differenzierung nach den verschiedenen Finanzprodukten ebenso ab wie die Schaffung einer eigenen Risikoklasse.⁴¹ Vergleichbares findet sich

auf europäischer Ebene: In dem Konsultationspapier der EU-Kommission vom Juni 2008 war noch die Einführung einer eigenen Risikoklasse vorgesehen,⁴² während der jetzige Verordnungsvorschlag diese zwingende Differenzierung aufweicht. Die Ratingagentur hat nun die Wahl, ob sie eine klare Differenzierung der strukturierten Finanzprodukte vornimmt oder aber nur in einem Bericht auf die besonderen Risiken dieser strukturierten Finanzprodukte hinweist.⁴³ Damit bleiben der europäische Verordnungsentwurf und das US-amerikanische Recht gegenüber ihren ersten Entwürfen zurück.

Im Juli 2008 waren die neue Ratingsymbole nicht nur von der IOSCO⁴⁴, der SEC⁴⁵ und der EU-Kommission⁴⁶, sondern auch von anderen gewichtigen Institutionen wie dem Financial Stability Forum (FSF)⁴⁷, des Committee of European Securities Regulators (CESR)⁴⁸, dem Institute for International Finance (IIF)⁴⁹ und dem Deutschen Sachverständigenrat⁵⁰

⁴² Art. 14 No. 3 of *Commission, Consultation Paper for a proposal for a CRA Regulation* (Fn. 24).

⁴³ „Art. 8 (3), *Kommission, Vorschlag für eine Verordnung über Ratingagenturen* (Fn. 20), KOM (2008) 704:

„Gibt eine Ratingagentur ein Rating für strukturierte Finanzinstrumente ab, so ist dabei eine der folgenden Anforderungen zu erfüllen:

- a) Die für strukturierte Finanzinstrumente in Frage kommenden Ratingkategorien sind klar von den Kategorien zu unterscheiden, die für andere Arten von bewerteten Unternehmen oder Finanzinstrumenten verwendet werden können.
- b) Sie veröffentlicht einen Bericht, in dem die Methode, anhand deren das Rating bestimmt wurde, ausführlich beschrieben und darüber hinaus dargelegt wird, wie sich diese von Methoden unterscheidet, die bei anderen Arten von bewerteten Unternehmen oder Finanzinstrumenten zum Einsatz kommen, und inwiefern sich das Risikoprofil eines strukturierten Finanzinstruments von den Risiken anderer Arten von bewerteten Unternehmen oder Finanzinstrumenten unterscheidet.“

⁴⁴ S. oben Fn. 40.

⁴⁵ SEC, Release No. 34-57967 v. 16.6.2008 (Proposed Rules for Nationally Recognized Statistical Rating Organizations) (Fn. 23), p. 97.

⁴⁶ Reasons to the *Commission, Consultation Paper for a proposal for a CRA Regulation* (Fn. 24), Erwägungsgrund 14 f.

⁴⁷ *Financial Stability Forum (FSF), Report of the Financial Stability Forum on Enhancing Market and Institutional Resilience* v. 7.4.2008, p. 34, http://www.fsforum.org/publications/r_0804.pdf.

⁴⁸ CESR, CESR’s Second Report to the European Commission on the compliance of credit rating agencies (Fn. 9) CESR/08-277, p. 26 Marginal number 122.

⁴⁹ IIF, Interim Report of the IIF Committee on Market Best Practices, April 2008 (Fn. 10), marginal number 88. c).

⁵⁰ *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Das Erreichte nicht verspielen, Jahresgutachten 2007/08 v. 7.11.2007, Rn. 248, <http://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/gutacht/ga-content.php?gaid=52>; *Sachverständigenrat zur Begutachtung*

³⁷ Darauf hinweisend auch die EU-Kommission in ihrer Begründung zu *Kommission, Vorschlag für eine Verordnung über Ratingagenturen* (Fn. 19), KOM (2008) 704, S. 2.

³⁸ <http://www.egan-jones.com>.

³⁹ IOSCO, Code of Conduct Fundamentals for Credit Rating Agencies (Fn. 22), No. 3.5 (b).

⁴⁰ SEC, Release No. 34-57967 v. 16.6.2008 (Proposed Rules for Nationally Recognized Statistical Rating Organizations) (Fn. 23), p. 98.

⁴¹ SEC, Release No. 34-59342 v. 2.2.2009 (Amendments to Rules for Nationally Recognized Statistical Rating Organizations) (Fn. 26), Fn. 1.

gefordert worden. Folglich muss es überraschen, dass nur wenige Monate später SEC und EU-Kommission einen Rückzieher machen. Handelt es sich hier um erfolgreichen Lobbyismus der Ratingagenturen? *Moody's* formulierte in drastischen Worten in einer Stellungnahme zum Verordnungsvorschlag, dass eine zu detaillierte Gesetzgebung ein falsches Sicherheitsgefühl unter den Marktteilnehmern erzeugen könne, weil die Ratings durch die Behörde überprüft und damit als eigene Versicherung angesehen würden.⁵¹

Eine Differenzierung scheint aber folgerichtig, wenn man bedenkt dass CDOs sich in mindestens fünf Kriterien von normalen Finanzinstrumenten wie Staats- oder Unternehmensanleihen unterscheiden: Erstens waren die strukturierten Finanzprodukte bisher so neuartig, dass sie nahezu keine „Geschichte“ hatten, also keine Erfahrungswerte über die Ausfallwahrscheinlichkeiten der Finanzprodukte existierten.⁵² Zweitens basierten die wenigen historischen Daten auf besonders optimistischen Vorgaben: hohem Wirtschaftswachstum, historisch niedrigen Zinsen und einem Markt mit ständig steigenden Häuserpreisen.⁵³ Drittens wurden die Kreditausfälle im Portefeuille nicht anteilmäßig auf die einzelnen Tranchen verteilt, sondern anfallende Verluste zunächst allein der untersten Tranche zugerechnet. Sollten die Verluste die unterste Tranche aufzehren, muss die nächst höhere Tranche die weiteren Verluste absorbieren - und so fort; Wasserfallprinzip nennt sich dies. Höhere Tranchen waren dadurch zunächst gegen Verluste abgesichert. Deshalb haben die Ratingagenturen diesen höheren Tranchen, die meist 60 bis 80 Prozent des Gesamtportefeuilles ausmachen, ursprünglich häufig die Bestnoten „AAA“ für höchste Ausfallsicherheit zuerkannt.⁵⁴ Viertens wurden „BBB“-Tranchen

unterschiedlicher Gesamtportefeuilles dann wieder zusammengefasst; zur Risikodiversifizierung wurden oft noch „BBB“-Tranchen anderer Bereiche beigemischt, etwa Kreditkartenkredite oder Autodarlehen. Dieses neue Portefeuille wurde wiederum tranchiert, wodurch „hochwertige“ „AAA“- und „AA“-Tranchen entstanden. Und fünftens zeigt eine Studie der Ratingagentur *Standard & Poor's* nun auf, wie vergleichsweise kleine Änderungen der Annahmen zu enormen Wertverlusten führen. So hat zum Beispiel die „AA+“-Tranche unter Szenario 4 noch einen rechnerischen Barwert von 75,76 Prozent, im Szenario 5 aber nur noch von 8,85 Prozent.⁵⁵ Das erklärt die krasse Herabsetzung von vier oder fünf Stufen⁵⁶ und ist auch der Grund, warum sich Investoren scheuen, diese CDOs zu erwerben. An der Bewertungsfrage waren bislang alle Konzepte gescheitert, dass der Staat den Banken solche strukturierte Finanzpapiere abkauft und in einer „bad bank“ auslagert.⁵⁷

Ganz ohne Zweifel sind die CDOs gegenüber normalen Finanzprodukten wie Staatsanleihen oder Unternehmensanleihen bedeutend risikoreicher. Der Sachverständigenrat und der Bundesbankpräsident *Weber* sprechen von „Finanzchemie“, der Möglichkeit, aus Tafelwein Qualitätswein zu machen, indem man das Etikett wechselt.⁵⁸ In der Politik werden die strukturierten Finanzprodukte deswegen inzwischen sogar als toxische Papiere („toxic papers“)⁵⁹ bezeichnet. Wegen der besonderen Gefährlichkeit der Produkte müssen aber Ratingagenturen den Käufern diese Gefährlichkeit vor Augen führen. Der Hinweis von *Moody's*, dann unterbleibe eine Überprüfung durch den Investor, ist richtig und falsch zugleich: Richtig, weil die Ratingagenturen nur „empfehlen“, die Entscheidung dem Investor aber nicht abnehmen können. Falsch und sogar zynisch, weil es gerade Aufgabe der Ratingagenturen ist, kraft ihrer Kompetenz auf die besonderen Risiken und Gefahren solcher strukturierten Finanzprodukte hinzuweisen. Deshalb sollte man auch eine eigene Gattung für strukturierte Finanzprodukte wie etwa AAA_{SF} einführen. Damit wird nicht, wie zum Beispiel von *Moody's* behauptet, falsche Sicherheit vorgetäuscht, sondern mit einer eigenen

der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Die Finanzkrise meistern – Wachstumskräfte stärken, Jahresgutachten 2008/09 v. 12.11.2008, Rn. 229.

⁵¹ *Moody's Investors Service Ltd.*, Stellungnahme zum Entwurf einer Richtlinie/Verordnung über Ratingagenturen v. 5.9.2008, S. 7,

http://circa.europa.eu/Public/irc/markt/markt_consultations/librariy?l=/financial_services/credit_agencies/citizens/moodyspdf/EN_1.0_&a=d.

⁵² *BaFin*, Jahresbericht 2007, 2008, S. 15 f.; *The de Larosière Group*, Report of the High-Level Group on Financial Supervision in the EU v. 25.2.2009, http://ec.europa.eu/commission_barroso/president/pdf/statement_20090225_en.pdf, Rn. 20.

⁵³ SEC, Summary Report of Issues Identified in the Commission Staff's Examinations of Select Credit Rating Agencies, July 2008, p. 35, <http://www.sec.gov/news/studies/2008/craexamination070808.pdf>.

⁵⁴ S. *Krahnen*, Der Handel von Kreditrisiko: eine neue Dimension des Kapitalmarktes, 6 Perspektiven der Wirtschaftspolitik, 2005, 499; *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Jahresgutachten 2007/08 (Fn.51), Rn. 155 ff., s. auch *Rudolph/Scholz*, Driving Factors of the Supreme Crises and some Reform Proposals, CESifo DICE Report 3/2008, 14, 16; *Benedikt Fehr*, Struktu-

rierte Anleihen sind derzeit kaum zu bewerten, FAZ v. 25.2.2009, S. 20; *Weber*, (Fn. 58) unter 3.

⁵⁵ Market Intellect from Standard Poor, Valuing Structured Finance Assets 101 v. 3.11.2008, <http://www2.standardandpoors.com/spf/pdf/fixedincome/Valuing%20SF%20Assets%20101.pdf>.

⁵⁶ Die Ratingagentur Fitch stuft etwa die Kreditwürdigkeit des US-Finanzdienstleisters GMAC im November 2008 gleich um fünf Stufen auf CCC herab, vgl. Handelsblatt v. 13.11.2008, S. 27.

⁵⁷ S. *Fehr*, FAZ v. 25.2.2009, S. 20.

⁵⁸ *Weber*, Financial market stability, Speech at the London School of Economics, <http://www.bis.org/review/r080610a.pdf>; deutsche Fassung: Die Subprime-Krise, Rede anlässlich des FTD Bankengipfels, www.bundesbank.de/download/presse/reden/2008/20080425.weber.php unter 3, der sich auf den *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Jahresgutachten 2007/08 (Fn. 50) bezieht.

⁵⁹ *Ibidem*.

Klassifizierung gerade umgekehrt auf die „Eigentümlichkeiten“, sprich: das besondere Risiko des strukturierten Finanzproduktes hingewiesen. Die verantwortlichen Gremien in den USA und der Europäischen Kommission sollten deshalb zu ihrer ursprünglichen Forderung nach einer Trennung der Ratings für normale und strukturierte Finanzprodukte zurückkehren. Der jüngst publizierte *Larosière*-Bericht⁶⁰ der Wirtschaftsweisen hat erfreulicherweise ähnliche Forderungen erhoben, während die Ausführungen des Ausschusses für Wirtschaft und Währung des Europäischen Parlamentes dagegen widersprüchlich sind.⁶¹

Die Regelwerke erhalten eine Fülle weiterer Informationspflichten. Ratingagenturen müssen etwa über ihre historischen Ausfalldaten regelmäßig berichten⁶² oder umfangreich auf Interessenkonflikte hinweisen, sowie über die Gebührenpolitik⁶³ oder über die verwendeten Methoden⁶⁴ berichten. Während das US-amerikanische Recht es für ausreichend erachtet, dass die historischen Ausfalldaten auf der Webseite des Unternehmens veröffentlicht werden⁶⁵, verlangt der europäische Verordnungsvorschlag, dass diese Informationen der Öffentlichkeit in einem zentralen Datenspeicher des CESR zur Verfügung gestellt wird⁶⁶. Ein solcher Vorschlag hätte den Vorteil, dass die Daten vereinheitlicht werden könnten und der Investor leichter einen Zugang zu diesen Daten hätte. Ein zentraler Datenspeicher würde sich zudem in die Bemühungen nach einer gemeinsamen europäischen Datenbank einpassen.⁶⁷

⁶⁰ Klar *Larosière Bericht* (Fn. 52), Recommendation 3, Rn. 71: “Finally, the rating of structured products should be transformed with a new, distinct code alerting investors about the complexity of the instrument.”

⁶¹ *Ausschuss für Wirtschaft und Währung*, Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Ratingagenturen (Fn. 31 geänderter Erwägungsgrund 18, (Änderungsvorschlag 19): “unterschiedliche Ratingkategorien verwenden, z.B. durch die Einfügung eines ergänzenden Kommentars, und zusätzliche Informationen über das spezielle Risikoprofil dieser Produkte liefern“. Diese Forderung findet aber keinen Ausdruck in einer Änderung des Art. 8 Abs. 3.

⁶² *IOSCO*, Code of Conduct Fundamentals for Credit Rating Agencies (Fn. 22), No. 3.8.

⁶³ *IOSCO*, Code of Conduct Fundamentals for Credit Rating Agencies (Fn.22), No. 2.5., 2.11-2.16, p. 8.

⁶⁴ *IOSCO*, Code of Conduct Fundamentals for Credit Rating Agencies (Fn. 22), No. 3.5.

⁶⁵ Sec. 15E(a)(1)(B)(i) of the Securities Exchange Act, 15 U.S.C. 78o-7(a)(1)(B)(i) -)(x); cf. SEC Release No. 34-59342 v. 2.2.2009 (Fn. 26), p. 6 ff.

⁶⁶ Art. 9 (2) i.V.m. Annex I.E.II. No. 1 *Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung über Ratingagenturen (Fn. 19), KOM (2008) 704.

⁶⁷ Verordnung (EG) Nr. 177/2008 des Europäischen Parlaments und Rates vom 20. Februar 2008 zur Schaffung eines gemeinsamen Rahmens für Unternehmensregister für statistische Zwecke und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 2186/93 des Rates, Abl. L 61/6 vom 5.3.2008.

Zu beachten bleibt allerdings, dass Informationspflichten wichtige Nachteile haben, wenn sie ohne Aussagegehalt oder sogar irreführend sind.⁶⁸ Die Behavioral Finance-Forschung verdeutlicht, dass der „homo oeconomicus“, der Investor, der Informationen rational verarbeitet, ein selten anzutreffender Idealtypus ist, der selten anzutreffen ist: Die Börsen überreagieren in Wellen, weil sie das von Emotionen getriebene Verhalten ihrer Marktteilnehmer abbilden.⁶⁹ In diese Richtung gehen eine Reihe der US-amerikanischen Informationspflichten: Dort werden etwa neun Interessenkonflikte aufgezählt, die von Ratingagenturen in einem Formblatt aufzulisten sind.⁷⁰ Da ein solches Formblatt von allen drei großen Ratingagenturen ausgefüllt wird, tendiert der Erkenntnisgewinn eher gegen Null. Neu ist im US-amerikanischen Recht auch die Verpflichtung, 10% aller Ratings inklusive ihrer Historie (anfängliches Rating, Downgradings, Upgradings, etc.) auf der eigenen Web-Seite zu veröffentlichen.⁷¹ Nach Ansicht der SEC soll diese Verpflichtung die Vergleichbarkeit der Daten erleichtern. Solange diese umfangreichen Daten aber nicht ausgewertet werden, bilden sie nur „Tonnen von Information“ – die Gefahr einer Informationsflut, eines von einem durchschnittlichen Investor nicht zu verarbeitenden „information overkill“ liegt auf der Hand.

IV. Regulierung der Ratingagenturen

Auch die neueste Fassung des Code of Conduct des IOSCO vom Mai 2008 sieht weiterhin nur eine freiwillige Selbstverpflichtung im Sinne eines „disclose or explain“ vor.⁷² Im

⁶⁸ Zum information overload s. etwa *Rogers/Agarwala-Rogers*, Communications in Organizations, 1976, S. 90; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 116; *Merkt*, Das Informationsmodell im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Zfbf 55 (2006), 24 ff.

⁶⁹ Wie beispielsweise „Lemminge“, die Empfehlungen von vermeintlichen Finanz-Gurus blind folgen, allgemein zum *Behavioral Finance* siehe bspw. *Shleifer*, Inefficient Markets: An Introduction to Behavioral Finance, 2000; *Thaler* (Hrsg.), Advances in Behavioral Finances, vol. I 1993, vol. II 2005; *Goldberg/von Nitzsch*, Behavioral Finance, 4th ed. 2004; *Fleischer*, Behavioral Law and Economics im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht – ein Werkstattbericht, in: FS Immennga, 2004, S. 575 ff.

⁷⁰ 17 C.F.R. § 240.17g-5 (b) i.V.m. Exhibit 6.

⁷¹ Gemäß SEC rule § 240.17g-2 (a) (8) treffen eine NRSRO folgende Aufbewahrungspflichten: “For each outstanding credit rating, a record showing all rating actions and the date of such actions from the initial credit rating to the current credit rating identified by the name of the rated security or obligor and, if applicable, the CUSIP of the rated security or the Central Index Key (CIK) number of the rated obligor”, siehe SEC, Release No. 34–59342 (Fn. 26) p. 102 ff.

⁷² *IOSCO*, Code of Conduct Fundamentals for Credit Rating Agencies (Fn. 22), No. 4.1: “A CRA should disclose to the public its code of conduct and describe how the provisions of its code of conduct fully implement the provisions of the IOSCO Code and Principles. If a CRA’s code of conduct

Gegensatz dazu hatten die USA schon 1975 ein Zulassungsverfahren für Ratingagenturen eingeführt, das im Jahre 2006 mit dem CRA Duopoly Relief Act⁷³ weiter konkretisiert wurde. Ziel war es vor allem das Duopol von *Standard & Poor's* und *Moody's* aufzubrechen und transparente Regeln zu schaffen, nach denen Ratingagenturen als sog. Nationally Recognized Statistical Rating Organizations (NRSRO) zugelassen werden. Inzwischen haben zehn dieser Organisationen das Zulassungsverfahren der SEC erfolgreich durchlaufen.⁷⁴ Weniger renommierte Ratingagenturen hatten von diesem regulatorischen Eingriff profitiert, da ihr Marktzutritt durch eine umfassende Prüfung vor ihrem Start zunächst erleichtert wurde und sie so die Markteintrittsbarriere eines langjährigen „track record“⁷⁵ überwinden konnten.⁷⁶ Die EU hat ihren Widerstand gegen eine Regulierung zwar aufgegeben. Auf europäischer Ebene wird zur Zeit aber heftig diskutiert, wer die Ratingagenturen zulassen und überwachen soll. Nach dem Verordnungsentwurf hat die Zulassung und Überwachung durch die jeweilige nationale Aufsichtsbehörde zu erfolgen. Die Einheitlichkeit der Zulassung soll aber insoweit sichergestellt werden, als das CESR (Committee of European Securities Regulators) die Zulassungsunterlagen vorab prüft.⁷⁷ Auch bei der Überwachung wird das CESR konsul-

deviates from the IOSCO provisions, the CRA should explain where and why these deviations exist (...).“

⁷³ Credit Rating Agency Reform Act of 2006, Publ. L. No. 109-291, 120 Stat. 1327 (2006) Sec. 4 inserted as Sec. 15E in Securities Exchange Act of 1934, Cf. 15 U.S.C. 78o – 7; hierzu *Partnoy*, (Fn. 21), 77 Wash.U.L.Q. 619 (1999), *Deipenbrock*, Der US-amerikanische Rechtsrahmen für das Ratingwesen – ein Modell für die europäische Regulierungsdebatte, WM 2007, 2217 ff.

⁷⁴ S. SEC Registrierungs-Bescheide von *A.M. Best Company, Inc.* (34-56507, September 24, 2007), *DBRS Ltd.* (34-56508, September 24, 2007), *Fitch, Inc.* (34-56509, September 24, 2007), *Japan Credit Rating Agency, Ltd.* (34-56510, September 24, 2007), *Moody's Investor Services, Inc.* (34-56511, September 24, 2007), *Rating and Investment Information, Inc.* (3456512, September 24, 2007), *Standard & Poor's Rating Services* (34-56513, September 24, 2007), *Egan-Jones Rating Company* (34-57031, December 21, 2007) und *LACE Financial Corp.* (3457300, February 11, 2008) und *Egan-Jones Ratings Company*, <http://www.egan-jones.com/public-docs/Egan%20Jones%20Approval%20Order.pdf>.

⁷⁵ Grundlage für die Verlässlichkeit und Glaubwürdigkeit einer Rating-Agentur und damit ihre Stellung im Wettbewerb ist ihr sog. „Track Record“. Die Rating-Agentur muss durch eine langjährige Historie nachweisen können, dass die in der Vergangenheit vergebenen Ratings die Bonität der gerateten Unternehmen und Staaten hinreichend gut einschätzten; vgl. *Zentraler Kreditausschuss*, Stellungnahme zur Tätigkeit von Rating-Agenturen und ihrer möglichen Regulierung (Fn. 4), S. 5.

⁷⁶ *Everling/Trieu*, Ratingagenturen weltweit, in: *Büschgen/Everling* (Hrsg.), *Handbuch Rating*, 2007, S. 95, 114.

⁷⁷ Vgl. Art. 13 *Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung über Ratingagenturen (Fn. 19), KOM (2008) 704.

tiert.⁷⁸ Sanktionen, wie etwa die Aussetzung des Ratings oder die öffentliche Bekanntmachung der Pflichtverletzung hat wiederum die Aufsichtsbehörde des jeweiligen Mitgliedstaates zu verhängen.⁷⁹

Die Europäische Zentralbank hat dieses Vorgehen als zu kompliziert abgelehnt und schlägt eine Zulassung und Überwachung durch das CESR vor.⁸⁰ Der Ausschuss für Wirtschaft und Währung des Europäischen Parlaments⁸¹ und der *Larosière*-Bericht⁸² haben ebenfalls vorgeschlagen, dass allein das CESR für die Zulassung der Ratingagenturen zuständig ist. Diese Thematik berührt unmittelbar die Diskussion über Eurozentrismus und Subsidiarität, also die Frage, ob Aufgaben auf europäischer Ebene zu zentrieren sind oder aber die Macht bei den Mitgliedstaaten verbleibt. Für die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten spricht der Gedanke des Wettbewerbs der Rechtsordnungen⁸³, dagegen spricht die inzwischen auch in der Praxis höchst aktuelle Tendenz des „race to the bottom“, des Wettbewerbs hin zum niedrigsten Standard. Das CESR in ihrer jetzigen Struktur hat zwei massive Nachteile: Im Unterschied zur SEC besitzt das CESR nicht die Kompetenz, Gesetze oder verbindliche Verordnungen zu erlassen: Zur Zeit kann es nur Empfehlungen abgeben, die rechtlich nicht binden.⁸⁴ Im CESR sind zudem alle Mitgliedstaaten vereint, die naturgemäß ihre nationalen Positionen vortragen. Symptomatisch ist die Stellungnahme des CESR zum Verordnungsentwurf. Eine Einigung über die Überwachung konnte unter den Mitgliedern von CESR nicht erzielt werden: Einige befürworten eine freiwillige Selbstregulierung, andere den Verordnungsvorschlag in der jetzigen Form,

⁷⁸ Art. 21 Abs. 2 *Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung über Ratingagenturen (Fn. 19), KOM (2008) 704.

⁷⁹ Art. 21 Abs. 1, 31 *Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung über Ratingagenturen (Fn. 19), KOM (2008) 704.

⁸⁰ S. Ein Frühwarnsystem für die Finanzmärkte, FAZ v. 6.2.2009, S. 11.

⁸¹ S. *Ausschuss für Wirtschaft und Währung*, Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Ratingagenturen (Fn. 31), geänderter Erwägungsgrund 22, Art. 18 Abs. 1 (Änderungsvorschläge 21, 109).

⁸² *Larosière report* (Fn. 52), Empfehlung 3, Rn. 67.

⁸³ *Jackson/Pan*, Regulatory Competition in International Securities Markets: Evidence from Europe in 1999-Part I, 56 Bus.Law. 653 (2001); *dies.*, Regulatory Competition in International Securities Markets: Evidence from Europe - Part II, 3 Va.L.& Bus.Rev. 207 *Köndgen*, Regulation of Banking Services in the European Union, in *Basedow/Baum/Hopt et al.* (ed.), *Economic Regulation and Competition of Services in the EU, Germany and Japan*, 2002, p. 27, 29 ff.

⁸⁴ *Möllers*, Europäische Methoden- und Gesetzgebungslehre im Kapitalmarktrecht, Vollharmonisierung, Generalklauseln und soft law im Rahmen des Lamfalussy-Verfahrens als Mittel zur Etablierung von Standards, ZEuP 2008, 480; *ders.*, Sekundäre Rechtsquellen. Eine Skizze zur Vermutungswirkung und zum Vertrauensschutz bei Urteilen, Verwaltungsvorschriften und privater Normsetzung, in: *FS Buchner*, 2009, S. 649.

manche einen strengeren kooperativen Ansatz und wiederum andere eine eigene Europäische Agentur.⁸⁵

Die Idee einer Europäischen Finanzaufsichtsbehörde ist höchst umstritten. Der jüngst erschienene *Larosière*-Bericht hält eine Europäische Aufsichtsbehörde für politisch nicht durchsetzbar. Dass ein Arbeiten mit 27 Finanzaufsichtsbehörden nicht effektiv sein kann, liegt aber auf der Hand. Als richtungweisendes Vorbild kann das Europäische Kartellrecht mit der zentral eingerichteten Europäischen Kartellbehörde dienen, welches in den letzten 50 Jahren seine Stärke auch im internationalen Kontext gegenüber weltweit agierenden Konzernen wie etwa Microsoft bewiesen hat. Im Vergleich zum Wettbewerbsrecht ist das Kapitalmarktrecht, wie die jetzige Finanzkrise zeigt, von höherer Relevanz. Will man das Kapitalmarktrecht ernst nehmen, bedarf es einer effektiven Umsetzung.⁸⁶ Dies ist zur Zeit noch die Achillesferse des europäischen Kapitalmarktrechts. Man sollte die Gunst der Stunde nutzen, um eine zentrale Aufsicht, vergleichbar mit den Kompetenzen der Generaldirektion Wettbewerb der europäischen Kommission, zu etablieren.⁸⁷

V. Ausblick

Die beteiligten Kreise betonten immer wieder, wie wichtig eine einheitliche weltweite Lösung ist. Dass man auf internationaler Ebene und in den USA und Europa so schnell Entwürfe für Regelwerke geschaffen hat, ist ohne Zweifel positiv zu werten. Die Arbeiten der IOSCO haben eine weitgehende Harmonisierung zwischen Europa und den USA ermöglicht, wobei aber in nicht unwichtigen Einzelfragen weiterhin jeweilige Sonderwege bestehen. Die Verringerung von Interessenkonflikten, die Einführung von Informationspflichten und staatlicher Überwachung von Ratingagenturen sind wichtige erste Schritte zur besseren Kontrolle von Ratingagenturen. Probleme wie die Konkretisierung einzelner Interessenkonflikte, die Unterscheidung verschiedener Risikoklassen oder eine effektive Überwachung auf europäischer statt auf nationaler Ebene wurden dagegen (noch) nicht mit der notwendigen Energie angepackt. Das höhere Risiko von strukturierten Finanzprodukten wie RMBS oder CDOs müssen Ratingagenturen dem Kapitalmarkt deutlicher als bisher publik machen – hier sind die gesetzlichen Neuerungen noch unzureichend.

⁸⁵ S. *CESR* (Fn. 26), *CESR/08-671*, No. 3.

⁸⁶ Zu Recht mahnt auch die *CESR* (Fn. 25), *CESR/08-671*, No. 4 an, dass bisher noch keine Regelungen zu Bußgeldern im *Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung über Ratingagenturen (Fn. 19), KOM (2008) 704 zu finden sind. Ebenfalls Sanktionen fordert der *Ausschuss für Wirtschaft und Währung*, Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Ratingagenturen (Fn. 31) geänderter Erwägungsgrund 33 (Änderungsvorschlag 30) und *Larosière* Bericht (Fn. 52), Rn. 84.

⁸⁷ Das europäische Wettbewerbsrecht wurde nicht „renationalisiert“, s. Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. Nr. L 1 v. 4.1.2003, S. 1-25; A.A. aber *Larosière* Bericht (Fn. 52), Rn. 218.

Ohne solche Schritte könnten Ratings erneut fehlerhaft und die Investoren erkennen, dass sie auf den Schein des 21. Jahrhunderts herein gefallen sind.

Der Waffenbegriff des StGB auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand

Zugleich eine Besprechung von BVerfG – 2 BvR 2238/07, Beschl. v. 1.9.2008, zum Einsatz eines Personenkraftwagens als „Waffe“¹

Von Dr. Liane Wörner, LL.M. (UW-Madison), Gießen

I. Sachverhalt

Der – leicht alkoholisierte – Beifahrer wurde wegen schnellen, die Vorfahrt nicht beachtenden „Fahrens in einem Pkw“ angehalten und kontrolliert. Der Beifahrer entzog sich zunächst dieser Kontrolle, startete sein Fahrzeug und fuhr los. Die Beamten verfolgten und stellten ihn. Der Anweisung der Beamten, aus dem Pkw auszusteigen, kam der Beifahrer nicht nach. Einer der Beamten versuchte, durch das geöffnete Fahrerfenster hindurch den Zündschlüssel am Fahrzeug des Beifahrers abzuziehen. Während der Beamte sich mit seinem Oberkörper noch im Fahrzeuginnenraum befand, wehrte der Beifahrer den Griff des Polizeibeamten nach dem Zündschlüssel ab, legte den Rückwärtsgang ein und fuhr mit Vollgas rückwärts. Der Beamte wurde hierdurch, zunächst mit seinem gesamten Oberkörper im Fahrzeug verbleibend, dann herausrutschend, aber mit dem Kopf noch im Fahrzeug befindlich, einige Meter mitgerissen, wobei er neben dem Pkw mitlaufen konnte. Weitere 10 bis 15 Meter rutschte der Beamte auf seinen Schuhen mit, bis er sich vom Fahrzeug des Beifahrers abdrückte und freikam. Verletzt wurde der Beamte nicht.

Auf Grund dieser Geschehnisse wurde der Beifahrer vom LG Dresden wegen eines Verstoßes gegen die 0,5-%-Grenze in Tateinheit mit Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte im besonders schweren Fall verurteilt. Wie bereits das AG ging auch das LG davon aus, dass der Angeklagte den Tatbestand des § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB verwirklicht habe. Der Pkw stelle eine Waffe im untechnischen Sinne dar, die der Beifahrer zur Gewaltanwendung eingesetzt habe. Das OLG Dresden verwarf die, insbesondere auch gegen die Auslegung des „Waffenbegriffs“ nach § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB gerichtete, Revision des Beifahrers gem. § 349 Abs. 2 StPO unter Verweis auf die Ausführungen der Generalstaatsanwaltschaft

¹ BVerfG, Beschl. v. 1.9.2008 – 2 BvR 2238/07 = BVerfG NJW 2008, 3627. Im Folgenden zitiert nach:

http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20080901_2bvr223807.html (zuletzt besucht am 9.2.2009); mit Anmerkungen von Heintschel-Heinegg, JA 2009, 68; Jahn, JuS 2009, 78; Koch/Wirth, ZJS 2009, 90; Simon, NStZ 2009, 84; Hüpers, HRRS 2/2009, 66. An dieser Stelle sei insbesondere Herrn Rechtsanwalt Bodo K. Seidel für das freundliche zur Verfügung Stellen der von ihm eingereichten Schriftsätze und der Verfassungsbeschwerde zu wissenschaftlichen Zwecken gedankt. Diese waren für das weitere Verständnis des Verfahrens sehr wertvoll. Die inhaltlichen Ausführungen in der Verfassungsbeschwerde zeigen, dass das Bundesverfassungsgericht hier weitgehend der Argumentation des Beschwerdeführers gefolgt ist. Gedankt sei aber auch dem Oberlandesgericht Dresden für die anonymisierte Übersendung der Entscheidung zu wissenschaftlichen Zwecken.

als unbegründet.² Mit der hiergegen eingelegten Verfassungsbeschwerde rügt der Beifahrer einen Verstoß gegen das strafrechtliche Analogieverbot aus Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 103 Abs. 2 GG, wenn § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB dahingehend ausgelegt wird, dass ein Personenkraftwagen eine „Waffe“ im Sinne der Vorschrift darstellt.³ Mit Beschluss vom 1.9.2008 erklärte der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts die Verfassungsbeschwerde für zulässig und „offensichtlich begründet“ (§ 93c Abs. 1 S. 1 BVerfGG).⁴

II. Einführung

Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 1.9.2008 ist im Ergebnis und ganz überwiegend auch in seiner Begründung zu begrüßen. Genauer betrachtet stellt er sich als eine notwendige Folge der mit dem 6. Strafrechtsreformgesetz vom 26.1.1998⁵ verbundenen Änderungen zum Waffenbegriff innerhalb des Strafgesetzbuches dar. Zugleich führt das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechung im Sinne der Stärkung des Bestimmtheitsgrundsatzes fort.⁶ Bemerkenswert ist die Entscheidung des 2. Senats nämlich zum einen hinsichtlich der konsequent gesetzten Grenzen des Bestimmtheitsgebotes und damit hinsichtlich der Grenzen

² OLG Dresden, Beschl. v. 14.9.2007 – 3 Ss 464/07. Das OLG hatte durch Beschluss die Revision des Angeklagten allein mit Verweis auf die im Antrag der Generalstaatsanwaltschaft (14 Ss 464/07) dargelegten Gründe als unbegründet abgewiesen.

³ BVerfG, Beschl. v. 1.9.2008 – 2 BvR 2238/07, Rn. 2, 6.

⁴ BVerfG, Beschl. v. 1.9.2008 – 2 BvR 2238/07, Rn. 9. Bereits Koch/Wirth, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 1.9.2008 – 2 BvR 2238/07, ZJS 2009, 90, verweisen in ihrer Anmerkung auf den „bemerkenswerten Verlauf“ dieses Verfahrens, insbes. ZJS 2009, 90 (91), Fn. 17. Denn in seinem Verlauf sind die Entscheidungsmöglichkeiten erschöpft. Während das OLG Dresden unter Verweis auf die h.M. auch ohne weitere Begründung in der extensiven Auslegung des Begriffes „Waffe“ völlig unproblematisch auch einen Pkw erfasst sah, verstieß dies nach Ansicht der Verfassungsrichter offensichtlich gerade gegen das Analogieverbot und überschritt bei weitem die Grenze zulässiger Auslegung. Ebenso „bemerkenswert“ war im Übrigen auch schon der Verlauf des Verfahrens zum berechtigten und entschuldigenden Entfernen vom Unfallort 2007, BVerfG, Beschl. v. 19.3.2007 – 2 BvR 2273/06 = BVerfG NJW 2007, 1666, vgl. etwa mit eben diesen Ausführungen zum Verfahrensverlauf Küper, NStZ 2008, 597 (598).

⁵ Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG) vom 26.1.1998 (BGBl. I, S. 164).

⁶ Vgl. ausdrücklich BVerfG Beschl. v. 5.7.1983 – 2 BvR 200/81 = BVerfG NJW 1984, 225 oder etwa jüngst BVerfG, Beschl. v. 19.3.2007 – 2 BvR 2273/06 = BVerfG NJW 2007, 1666.

zulässiger Auslegung. Zum anderen ist die Entscheidung aber vor allem deshalb zu begrüßen, weil sie die verworrene Systematik des „Waffenbegriffs“ innerhalb des Strafgesetzbuches, unterteilt in einen Begriff der „Waffe im technischen Sinn“, einen Begriff der „Waffe im nichttechnischen Sinn“, „gefährliche Werkzeuge“ und „sonstige Werkzeuge“, erneut „bloßlegt“ und zu Recht kritisiert.⁷

Das Bundesverfassungsgericht führt aus, bereits nach allgemeinem Sprachgebrauch und -verständnis sowie etymologischer Herkunft des Begriffes sei ein Kraftfahrzeug keine Waffe.⁸ Der Begriff der Waffe im Sinne des § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB könne aber auch nicht anders als in den übrigen Vorschriften des Strafgesetzbuches „nichttechnisch“ dahingehend verstanden werden, dass er das Kraftfahrzeug als eine „Waffe“ mitefasst.⁹ Der 2. Senat trennt damit richtigerweise zwei Fragestellungen voneinander: die Frage, ob ein „Personenkraftwagen“¹⁰ überhaupt eine Waffe darstellt und die Frage, ob die juristische Auslegung des Begriffes „Waffe“ innerhalb der Vorschriften des Strafgesetzbuches eine solche Bedeutung zuließe.¹¹ Allgemeine wie spezifisch juristische Auslegung haben den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes zu genügen und dürfen nicht durch unzulässige Analogie Strafbarkeit begründen.¹²

Die der Entscheidung zugrunde liegende Verfassungsbeschwerde geht darüber hinaus darauf ein, dass man bei einem Pkw nicht von dem Erfordernis des „Beisichführens“ sprechen könne, da der Führer eines Kraftfahrzeugs „dieses fahre“, „nicht aber bei sich führe“.

III. Das Problem.

Bereits 1999 formulierte Küper zutreffend, dass mit dem am 1.4.1998 in Kraft getretenen „Sechsten Gesetz zur Reform des Strafrechts“ (6. StrRG)¹³ aus dem ohnehin bereits „bunten Mosaik“ des Gesamtbildes strafehörender „Waffen und Werkzeugnormen“ zwar „einige ‚Mosaiksteine‘ entfernt, aber auch – und vor allem – neue hinzugefügt“¹⁴ wurden.

Der Begriff der „Waffe“, teilweise spezifiziert als „Schusswaffe“, wird im Strafgesetzbuch in seiner geltenden Fassung verwendet in den §§ 113 Abs. 2 S.2 Nr. 1, 121 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 und 2, 125a S. 2 Nr. 1 und 2, 127, 177 Abs. 3 Nr. 1, 177 Abs. 4 Nr. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, 244 Abs. 1

⁷ Siehe hierzu etwa schon Küper, in: Ebert/Rieß/Roxin/Wahle (Hrsg.), Festschrift für Hanack zum 70. Geburtstag, 1999, S. 569 ff.

⁸ BVerfG, Beschl. v. 1.9.2008 – 2 BvR 2238/07, Rn. 16 ff.

⁹ BVerfG, Beschl. v. 1.9.2008 – 2 BvR 2238/07, Rn. 19 ff.

¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 1.9.2008 – 2 BvR 2238/07, Rn. 16. Die für den „Personenkraftwagen“ (Pkw) getroffene Entscheidung dürfte wohl für alle „Kraftwagen“, also auch für Lastkraftwagen (Lkw), gleichermaßen gelten.

¹¹ BVerfG, Beschl. v. 1.9.2008 – 2 BvR 2238/07, Rn. 18 f.

¹² BVerfG, Beschl. v. 1.9.2008 – 2 BvR 2238/07, Rn. 9 ff.

¹³ Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG) vom 26.1.1998 (BGBl. I S. 164).

¹⁴ Küper (Fn. 7), S. 569.

Nr. 1a¹⁵, 250 Abs. 1 Nr. 1a, 250 Abs. 2 Nr. 1 und 2, 292 Abs. 2 S. 2 Nr. 3, 316c Abs. 1 Nr. 2¹⁶ StGB. Dabei wurde mit dem 6. StrRG 1998 die Verwendung des Begriffs „Schusswaffe“ zugunsten des Begriffs der „Waffe“ weitgehend eingeschränkt.¹⁷ Schon der Sonderausschuss für die Strafrechtsreform hatte in seiner 9. Sitzung diskutiert, ob der Schusswaffenbegriff noch zeitgemäß sei.¹⁸ Maßgebliches Ziel der Änderungen 1998 war eine Vereinheitlichung der Begrifflichkeiten und eine Vermeidung „andernfalls drohende[r] Ungeheimheiten“.¹⁹ Die gerade damit neu in Frage stehende Abgrenzung eines Begriffs der „Waffe im technischen Sinn“ und der „Waffe im nichttechnischen Sinn“ – hervorgerufen durch das Eliminieren des Begriffs der „Schusswaffe“ wurde – so scheint es – übersehen.

Das Bestimmtheitsgebot ist somit vorliegend möglicherweise dadurch verletzt, dass bereits allgemein der Begriff der „Waffe“ einen Personenkraftwagen umfasst *oder/und* dass der Gesetzgeber im Strafgesetzbuch verschiedene Waffenbegriffe mit unterschiedlicher inhaltlicher Bedeutung und Auslegung unter Verwendung *desselben* Begriffs „Waffe“ in den Strafvorschriften hinterlegt. In beiden Fällen ist für den Rechtsanwender nicht hinreichend bestimmt, was unter einer „Waffe“ zu verstehen ist.

IV. Das Gebot der Bestimmtheit nach Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB – Inhalt und Zuständigkeit des BVerfG

Das Gebot der Bestimmtheit nach Art. 103 Abs. 2 GG erfordert zunächst, dass für den Rechtsadressaten *bestimmbar* ist, *was* mittels der Vorschriften des Strafgesetzbuches unter Strafe gestellt ist.²⁰ Dabei unterstreicht der Senat in seiner

¹⁵ Ausgeblendet wurde § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 StGB, da es hierin um den Diebstahl einer bestimmten Waffe, zu deren Besitz es nach dem Waffengesetz einer Erlaubnis bedarf, geht und damit nicht um die Verwendung bzw. den Einsatz einer „Waffe“ in Form eines Tatmittels.

¹⁶ Sowie ergänzend hierzu § 316c Abs. 4 StGB.

¹⁷ Vgl. insoweit etwa die Änderung von § 244 Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F. mit § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB n.F., § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F. mit § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB n.F. Der Begriff der Schusswaffe wird nunmehr nur noch verwendet in §§ 121 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, 125a S. 2 Nr. 1, 292 Abs. 2 S. 2 Nr. 3, 316c Abs. 1 Nr. 2 StGB.

¹⁸ Protokolle des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 6. Wahlperiode, 1.-76. Sitzung, 1969-1972, 9. Sitzung, S. 304 ff.

¹⁹ Vgl. BT-Drs. 13/9064, S. 18 (Bericht des Rechtssausschusses); dazu auch bereits Küper (Fn. 7), S. 571; *ders.*, Strafrecht, Besonderer Teil, bereits sogleich in der 2. Aufl. 1998, unter dem Stichwort „Waffe“, S. 383, 385, sowie in der 7. Aufl. 2008, S. 440, 441.

²⁰ BVerfG, Beschl. v. 1.9.2008 – 2 BvR 2238/07, Rn. 12. Die Prüfung durch den 2. Senat erfolgt insoweit tatsächlich schulmäßig (so auch Koch/Wirth, ZJS 2009, 90 [91]). Ähnlich schulmäßig war etwa auch das Vorgehen in der erst jüngst ergangenen Verfassungsgerichtsentscheidung BVerfG, Beschl. v. 19.3.2007 – 2 BvR 2273/06 = BVerfG NJW 2007, 1666 mit Besprechung hinsichtlich der verfassungsgemäßen

Entscheidung nochmals und ausdrücklich,²¹ dass die Forderungen des Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG) nicht nur für die Elemente des Tatbestandes²², sondern auch für die durch Regelbeispiele umschriebenen Strafzumessungsregeln gelten.²³ Denn ein Strafgesetz kann nur dann „seine Aufgabe, maßgebliche Grundlage der Strafbarkeit zu sein“, erfüllen, „wenn es sowohl die kriminalisierte Tat wie auch deren Folgen mit hinreichender Bestimmtheit umschreibt“.²⁴ Zweck des Bestimmtheitsgebots ist es nämlich zum einen, den (individuellen) *Schutz des Normadressaten* durch Vorausberechenbarkeit des Rechts zu gewährleisten. Denn nur für denjenigen, der auf Grund einer Auslegung des Gesetzes wissen kann, was strafrechtlich verboten ist und mit welcher Art von Sanktion er bei etwaiger Verletzung rechnen muss, kann die Norm eine verhaltensdeterminierende Wirkung entfalten.²⁵ Zum anderen ist es Zweck des Bestimmtheitsgebotes, „die (staatsorganisationsrechtliche) *Entscheidungszuständigkeit des Gesetzgebers* über die Strafbarkeit“ sicherzustellen.²⁶ Den Strafgerichten ist damit die Aufgabe der *Rechtsanwendung* nicht aber jene der *Rechtsgestaltung* zugewiesen.²⁷

Auslegung etwa von *Küper*, NStZ 2008, 597. Zu den zahlreichen weiteren Anmerkungen zu dieser Entscheidung siehe bei *Küper*, NStZ 2008, 596. Nicht verschwiegen werden soll an dieser Stelle, dass umgekehrt auch etwa die Existenz eines Bestimmtheitsgebotes ganz bestritten wird, so von *Nickel*. Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte im Hinblick auf den Grundsatz „n.c.s.l.“, 1972, S. 172 ff. Eine überzeugende Gegenargumentation führt hierzu *Ransiek*, Gesetz und Lebenswirklichkeit – das strafrechtliche Bestimmtheitsgebots, 1989, S. 7 ff.

²¹ Teilweise wird der Verfassungsgerichtsbeschluss als erste *ausdrückliche* Entscheidung zur Anwendung des Bestimmtheitsgebots auch auf Regelbeispielatbestände angesehen, vgl. etwa *Jahn*, JuS 2009, 78 (79).

²² Insoweit unstrittig, vgl. nur *Eser*, in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 1 Rn. 6.

²³ BVerfG, Beschl. v. 1.9.2008 – 2 BvR 2238/07, Rn. 9 mit Verweis auf BVerfGE 45, 363 (371 ff.) und BVerfGE 92, 1 (11 ff.); bestätigend auch bei *von Heintschel-Heinegg*, in: ders. (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand 15.11.2008, § 1 Rn. 1, 3.

²⁴ Vgl. *Eser* (Fn. 22), § 1 Rn. 17 sowie BVerfGE 45, 363 = NJW 1977, 1815 mit Verweis auf BVerfGE 25, 269 (285) = NJW 1969, 1059; BVerfGE 26, 41 (42) = NJW 1969, 1759; BVerfGE 37, 201 (207) = NJW 1974, 1860.

²⁵ Vgl. *Eser* (Fn. 22), § 1 Rn. 17; *Rogall*, in: Senge (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl. 2006, § 3 Rn. 28; *Rudolphi*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 26. Lieferung, Stand: Juni 1997, § 1 Rn. 11.

²⁶ *Eser* (Fn. 22), § 1 Rn. 17; *Callies*, NJW 1985, 1506 (1512); ebenso *Koch/Wirth*, ZJS 2009, 90 und *von Heintschel-Heinegg*, JA 2009, 68.

²⁷ Vgl. dazu bereits BVerfG 2 BvR 200/81 = NJW 1984, 225 f., worin es u.a. heißt: „Die Strafgerichte sind gehalten, den Gesetzgeber beim Wort zu nehmen; ihn zu korrigieren, ist ihnen verwehrt.“ Hierauf geht insbes. auch die im vorlie-

Aus dem Strafgesetz müsste damit letztlich erkennbar und bestimmbar sein, ob der in § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB verwendete Begriff der „Waffe“ auch einen „Personenkraftwagen“ erfasst. Die Verwendung des Begriffes „Waffe“ in einer Regelbeispielsvorschrift als für eine Strafschärfung zu erfüllendes Erfordernis ist dabei zunächst selbst ein angemessenes, hinreichend bestimmtes, nämlich konkretes Erfordernis. Seine von der herrschenden Meinung derzeit befürwortete ausdehnende Interpretation „antizipiert“ allein die Qualität des Begriffes als analogisierungsfähiges Regelbeispiel.²⁸ Vorliegend ist aber möglicherweise das Bestimmtheitsgebots in Form des Analogieverbotes (*lex stricta*) verletzt, wenn die durch Auslegung ermittelte Inhaltsbestimmung des Begriffes dazu führt, ihn auch auf Sachverhalte anzuwenden, die von dem Begriff nach seinem möglichen Wortsinn nicht umfasst sind.²⁹

Eben jene Fragestellung, ob „ein Tatbestand des Obersatzes Fälle dieser Art (überhaupt) regelt“, bildet den entscheidenden Schritt der juristischen Subsumtion und nicht erst die (nachrangige) Frage, ob der konkrete Lebenssachverhalt ein Fall des Tatbestandes als Teil des Obersatzes ist.³⁰ In diesem Sinne führt auch *von Heintschel-Heinegg* in seiner Besprechung des Verfassungsgerichtsbeschlusses noch einmal in die Grundlagen der Subsumtionstechnik ein.³¹ Kann danach ein Begriff, wie hier derjenige der „Waffe“, nicht einer Legaldefinition zugewiesen werden, ist mittels Auslegung anhand der juristischen Auslegungsmethoden – begrenzt durch das Bestimmtheitserfordernis der *lex stricta*³² – sein Begriffsumfang zu bestimmen.

Fraglich ist nun allerdings, wo die Grenze zwischen zulässiger Auslegung und verbotener Analogie verläuft und wie weitgehend das Bundesverfassungsgericht Auslegungsergebnisse der Fachgerichte überprüfen darf.³³ *Koch/Wirth* wenden in ihrer Anmerkung zu obiger Entscheidung³⁴ ein, dass sich eine insgesamt einheitliche „Linie der Auslegung“ in der Rechtsprechung zum Strafgesetzbuch nicht ausmachen lasse. Vielmehr stünden eher enge eher extensiven Auslegungen gegenüber.³⁵ Die hier vermisste einheitliche „Linie der Aus-

gend diskutierten Fall eingereichte Verfassungsbeschwerde ein.

²⁸ *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/ders. (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2005, § 113 Rn. 85.

²⁹ Zu den Forderungen des Bestimmtheitsgebots im Strafrecht im Einzelnen etwa *Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2005, § 2 Rn. 7 ff.

³⁰ *Gropp* (Fn. 29), § 2 Rn. 19.

³¹ Vgl. *von Heintschel-Heinegg*, JA 2009, 68.

³² Analogie zu Lasten des Täters ist unzulässig, *Gropp* (Fn. 29), § 2 Rn. 9 f.

³³ Kritisch hierzu insbes. *Koch/Wirth*, ZJS 2009, 90 (92). Zu den Grenzen verfassungsgerichtlicher Prüfungskompetenz grundlegend auch die Ausführungen aus der „Sitzblockaden“-Entscheidung zur Nötigung, BVerfGE 92, 1 (11 f.) = BVerfG NStZ 1995, 275 (276).

³⁴ Vgl. Fn. 1.

³⁵ Vgl. dazu *Koch/Wirth*, ZJS 2009, 90 f. auf eher enge Auslegungen in § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB und demgegenüber

legung“ kann wohl eher nicht gefordert werden.³⁶ Denn die Auslegung mittels der Auslegungsmethoden in Form grammatikalischer, historischer, systematischer und teleologischer Analyse einzelner Begriffe wird jeweils nach Gewicht der einzelnen Argumente für verschiedene Begriffe auch verschieden weite oder enge Auslegungsergebnisse erzielen.³⁷ Denn die Wortbedeutung hängt auch davon ab, „in welchem Zusammenhang zum Lebenssachverhalt sie verwendet werden“.³⁸ Die Grenze ist erst dort zu ziehen, wo der „mögliche Wortsinn selbst“ überschritten ist.³⁹ Das ist aber möglicherweise auch dann der Fall, wenn die Auslegung *desselben* Begriffs, der an verschiedenen Stellen innerhalb eines Gesetzes verwendet wird, verschiedene miteinander nicht zu vereinbarende Ergebnisse hervorbringt. Denn dann ist der Umfang des Begriffes selbst für den Rechtsanwender gerade nicht mehr bestimmbar, die Erfüllung eines Straftatbestandes wie seiner Rechtsfolge nicht mehr vorhersehbar.

Mithin hat der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts hier jedenfalls seine Zuständigkeitsgrenzen nicht überschritten.⁴⁰ Denn es lag zunächst in seinem Zuständigkeitsbereich, die Verletzung des Bestimmtheitsgebots nach Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB durch eine die Grenzen zulässiger Auslegung überschreitenden Begriffsbestimmung des Begriffes „Waffe“ selbst zu untersuchen.⁴¹ Es lag aber weiter auch in seinem Zuständigkeitsbereich, unter Hinzuziehung systematischer Erwägungen die Auslegung des Begriffes „Waffe“ innerhalb des Strafgesetzbuchs insgesamt zu untersuchen, wenn wie hier und durch das Bundesverfassungsgericht richtig festgestellt, eine unterschiedliche Begriffsbestimmung an verschiedenen Stellen dessen Bestimmtheit in Frage stellt.⁴² Die Feststellung, ob derselbe mehrfach in einem Gesetz verwendete Begriff inhaltlich gleich oder widersprüchlich und damit für

etwa die extensive Auslegung des „Betreffens auf frischer Tat“ in § 252 StGB verweisend.

³⁶ Ähnlich auch *Eser* (Fn. 22), § 1 Rn. 55.

³⁷ So im Ergebnis auch *Simon*, NStZ 2009, 84 (85); vgl. dazu auch *Gropp* (Fn. 29), § 2 Rn. 19 ff.; *Eser* (Fn. 22), § 1 Rn. 37 ff., 53, 55.

³⁸ *Sinn*, Die Nötigung im System des heutigen Strafrechts, 2000, S. 85; vgl. weitergehend auch *Zippelius*, JZ 1970, 241.

³⁹ BVerfG, Beschl. v. 1.9.2008 – 2 BvR 2238/07, Rn. 12. Dazu deutlich bereits BVerfG, Beschl. v. 19.3.2007 – 2 BvR 2273/06 = BVerfG NJW 2007, 1666. Die Ausführungen sind aus der „Sitzblockaden“-Entscheidung zur Nötigung (BVerfGE 92, 1 [11f.]) übernommen. Vgl. auch BVerfGE 71, 106 (115); vgl. dazu auch *Eser* (Fn. 22), § 1 Rn. 55; *Radtke*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.) Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Art. 103 Rn. 26 und 37.

⁴⁰ So aber *Koch/Wirth*, ZJS 2009, 90 (92 f.) und *Simon*, NStZ 2009, 84 (85).

⁴¹ So einhellig auch *von Heintschel-Heinegg*, JA 2009, 68; *Jahn*, JuS 2009, 78 (79); *Koch/Wirth*, ZJS 2009, 90 (91 f.).

⁴² Dagegen gehen *Koch/Wirth*, ZJS 2009, 90 (92 f.) davon aus, dass das Bundesverfassungsgericht hier seine Kompetenzen überschreite und „quasi fachgerichtliche“ Überlegungen nachschiebe und so fachgerichtliche und verfassungsgerichtliche Kompetenzen vermische.

den Rechtsadressaten nicht mehr inhaltlich bestimmbar ausgelegt wird, ist aber ohne systematische Erwägungen nicht möglich. Denn allein die Hinzuziehung der juristischen Auslegungsmethoden ermöglicht die Feststellung, ob die etwaig unterschiedliche Begriffsdefinition *desselben* Begriffs im Einzelfall auch tatsächlich zulasten des Rechtsadressaten einander widerspricht. Das Verfassungsgericht darf dabei nur nicht jene Definitionen der Fachgerichte durch seine Definition ersetzen.

Die hiesige Entscheidung kann insoweit nicht mit jener des BVerfG vom 19.3.2007 zur Frage des „berechtigten oder entschuldigten Entfernens vom Unfallort“ verglichen werden.⁴³ Dort behandelte das Verfassungsgericht tatsächlich (nachgeschoben) fachgerichtliche Auslegungsfragen des § 142 StGB und gibt einen eigenen verfassungsgemäßen Interpretationsvorschlag der Vorschrift.⁴⁴ Vorliegend wird zwar ebenso zunächst nach dem allgemeinen Wortsinn der Pkw als Waffe abgelehnt und die nachfolgenden systematischen Erwägungen erscheinen so „fachgerichtlich nachgeschoben“. Doch konzentrieren sich die Untersuchungen des BVerfG auf die Darstellung des systematischen Zusammenhangs der Waffenbegriffe innerhalb des StGB und ziehen hieraus den Schluss, ob der Begriff der „Waffe“ auch ein Kraftfahrzeug erfassen kann. Die verfassungsgerichtliche Kontrolle fachgerichtlicher Interpretation betrifft aber auch jede „objektiv unhaltbare und deshalb willkürliche Auslegung des materiellen Strafrechts“.⁴⁵

V. Der Begriff der „Waffe“

Es bleibt zu untersuchen, ob dem 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts folgend mit der Erfassung auch von Personenkraftwagen als Waffen der „mögliche Wortsinn“ des Begriffes „Waffe“ überschritten ist. Weiter ist zu untersuchen, ob mit einer solchen ausdehnenden Interpretation des Begriffes „Waffe“ in seiner juristischen Begriffsverwendung der „mögliche Wortsinn“ selbst überschritten ist oder aufgrund von systematischen Erwägungen gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstoßen wird.

1. Ein etymologisch-semantic Erklärungsansatz

Bei etymologisch unklarer Herkunft des Begriffes „Waffe“⁴⁶ zeigen die auch in der Beschlussentscheidung des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts aufgeführten Definitionen und Begriffsbestimmungen übereinstimmend, dass jedenfalls jeweils nur solche Gegenstände als „Waffen“ bezeichnet

⁴³ BVerfG, Beschl. v. 19.3.2007 – 2 BvR 2273/06 = BVerfG NJW 2007, 1666.

⁴⁴ Siehe dazu ausführlich *Küper*, NStZ 2008, 597 (599 ff., 601).

⁴⁵ BVerfG NJW 1998, 1135, 1136 sowie bereits BVerfGE 64, 389 (394); insgesamt dazu auch *Küper*, NStZ 2008, 597 (599).

⁴⁶ So ausdrücklich auch *Köbler*, Deutsches Etymologisches Wörterbuch, 1995, „Waffe“, S. 456; vgl. auch *Kluge*, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 23. Aufl. 1995, S. 870 entsprechend wiedergegeben in BVerfG, Beschl. v. 19.3.2007 – 2 BvR 2238/07, Rn. 16.

werden, deren „primäre Zweckbestimmung darin liegt, im Wege des Angriffs oder der Verteidigung zur Bekämpfung von Zielen eingesetzt zu werden.“⁴⁷ Anders formuliert: Waffen sind nur Gegenstände, „die ihrer Art nach dazu geeignet sind, Widerstand durch Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden“.⁴⁸ Unter den verwendeten Synonymen finden sich die Begriffe „Kampfgerät“, „Kriegswerkzeug“, „Gewehr“, „Pistole“, „Schusswaffe“, „Schießeisen“, „salopp“ „Knarre“ oder „Schießprügel“, „kindersprachlich“ „Schießgewehr“ sowie „Handhabe“, „Instrument“, „Mittel“, „Werkzeug“ und „fachsprachlich“ „Instrumentarium“.⁴⁹ Der Blick auf diese Zusammenstellung möglicher Synonyme verdeutlicht, dass es sich bei der Waffe um eine „Handhabe“ *gegen etwas*, um ein „Instrument“ bzw. „Instrumentarium“ zum Einsatz *gegen etwas* handelt. Der Begriff wird allein durch Synonyme umschrieben, die man „handhaben“ und damit in der Hand haltend als ein Mittel einsetzen kann. Ein Kraftfahrzeug dagegen führt man grundsätzlich nicht *in der Hand*; man führt es. Ein Kraftfahrzeug dient grundsätzlich nicht als Mittel des Einsatzes *gegen etwas* sondern als Mittel der Fortbewegung von bspw. A nach B.

Gleichwohl wird man kaum abstreiten können, dass eine „Kanone“⁵⁰, auch wenn man sie nicht in der Hand hält, oder ein „Panzer“⁵¹, auch wenn man ihn „innen sitzend“ und nicht

in der Hand führt, eine Waffe darstellt. Entscheidend für die Zuordnung ist mithin nicht „das in den Händen halten“ sondern vielmehr die Art des Einsatzes *gegen etwas* „zur Bekämpfung von Zielen“.⁵² Dem Bundesverfassungsgericht ist somit zunächst darin zuzustimmen, dass im Unterschied zu allgemein als „Waffen“ bezeichneten Gegenständen und Mitteln die primäre Zweckbestimmung eines Pkws oder eines sonstigen Fahrzeuges gerade nicht im Angriff auf etwas bzw. im Angriff gegen etwas liegt.⁵³

Wenn Koch/Wirth hiergegen einwenden, dass diese lexikalischen Definitionen des Waffenbegriffs als „einem Zweck dienende Mittel“ nach „juristischem Verständnis“ eher den Begriff des „gefährlichen Werkzeugs“ umschreiben und dass der Normadressat als juristischer Laie nicht zwischen Waffen und gefährlichen Werkzeugen differenziert,⁵⁴ machen sie darauf aufmerksam, dass auch die Verwendung von Begriffen nicht statisch, sondern einer Entwicklung unterworfen ist. Denn ebenso wie der „Panzer“ zunächst nur die Schutzrüstung einer Person beschrieb, wird er heute begrifflich eher als Synonym für das Panzerfahrzeug verwendet.⁵⁵ So kann sich aber auch ein als Fortbewegungsmittel entstehender Begriff eines „Personenkraftwagens“ im Einsatz gegen etwas in der Allgemeinsprache als „Waffe“ entwickeln, wenn es diesem Zweck nur immer wieder dient.⁵⁶ Umgekehrt kann der Beg-

⁴⁷ BVerfG, Beschl. v. 1.9.2008 – 2 BvR 2238/07, Rn. 17 im Anschluss an eine Zusammenstellung der Definitionen zum Waffenbegriff (Rn. 16) nach Brockhaus, Enzyklopädie, 21. Aufl. 2006, S. 307; Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, Bd. 10, 3. Aufl. 1999; S. 4401; Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 5. Aufl. 2003, S. 1766; Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache der Akademie der Wissenschaften der DDR, 3. Aufl. 1982, S. 4232; Meyers Enzyklopädisches Lexikon, Bd. 24, 1979, S. 751; Meyers Neues Lexikon, 1976, S. 638; Grimm, Wörterbuch der deutschen Sprache, Bd. 27, 1922 (Nachdruck 1984), Sp. 254, 256, sowie im Internet unter: <http://germazope.univ-trier.de/Projects/WBB/woerterbuecher/woerterbuecher/dwb/wbg/ii> (zuletzt besucht am 18.2.2009).

⁴⁸ So etwa Köbler (Fn. 46), „Waffe“, S. 456; vgl. auch Langenscheidt Universalwörterbuch, 6. Aufl. 2006, „Waffe“; Langenscheidt Synonymwörterbuch, 4. Aufl. 2006, „Waffe“; Tilch/Arloth, Deutsches Rechts-Lexikon, Bd. 3, 3. Aufl. 2001, „Waffe“, S. 4746; sowie rein juristisch nach Waffengesetz aber von der gleichen Bedeutung ausgehend Creifelds/Weber, Rechtswörterbuch, 19. Aufl. 2007, „Waffe“, S. 1343.

⁴⁹ Vgl. insgesamt Langenscheidt Synonymwörterbuch (online) (Fn. 48), „Waffe“.

⁵⁰ In Jakob und Wilhelm Grimms Wörterbuch der deutschen Sprache wird die „Kanone“ als „Geschütz mit längerem Rohr, das gewöhnliche Feldgeschütz, im gemeinen Leben aber jetzt der Gesamtname für die Geschütze“ beschrieben. Der Begriff stammt aus dem Französischen (aus franz. canon m., it. cannone m., grosze röhre, vergrößernd zu canna rohr), vgl. Grimm (Fn. 47), Bd. 11, 1922, Sp. 169-171.

⁵¹ Der Begriff des „Panzers“ ist zunächst „entlehnt aus ital. panciera, mlat. pancerea, pancerium“ und bedeutet „die

schutzrüstung zunächst des unterleibs, dann des rumpfes und verallgemeinert die ganze rüstung“, vgl. Grimm (Fn. 47), Bd. 13, 1922, Sp. 1428-1431. Heute wird der „Panzer“ eher als Abkürzung für das „Panzerfahrzeug“ verwendet, als ein motorisiertes, meistens auf Gleisketten rollendes und oft bewaffnetes Militärfahrzeug, welches durch Panzerung gegen Beschuss geschützt ist, vgl. Pfeifer (Hrsg.), Etymologisches Wörterbuch des Deutschen, 1995, Stichwort „Panzer“, S. 967.

⁵² Brockhaus (Fn. 47), S. 307, so auch zitiert in BVerfG, Beschl. v. 1.9.2008 – 2 BvR 2238/07, Abs. Nr. 16.

⁵³ BVerfG, Beschl. v. 1.9.2008 – 2 BvR 2238/07, Rn. 17. Zustimmung auch von Heintschel-Heinegg, JA 2009, 68 (70); Jahn, JuS 2009, 78 (79).

⁵⁴ Vgl. Koch/Wirth, ZJS 2009, 90 (92).

⁵⁵ Siehe oben Fn. 51.

⁵⁶ Hier kann nur auf die auch von Koch/Wirth, ZJS 2009, 90 (92), angeführten Beispiele verwiesen werden, ob nun Johann Wolfgang Goethe mit seinem Gedicht „Worte sind des Dichters Waffen“ (Gedicht „Sängerwürde“, in: Eibl [Hrsg.], Johann Wolfgang von Goethe, Sämtliche Werke, Bd. 1, 1756-1799, 1987, S. 712, 717) oder Xavier Naidoo mit seinem Lied „Was wir alleine nicht schaffen [...] unsere Waffe nennt sich unser Verstand [...]“ (Album: Spurensuche Mensch, 2007) zitierend. Es ergibt aber auch eine allgemeine Fallabfrage eine Vielzahl von Ergebnissen zur Verwendung des Begriffs „Waffe“ gerade auch für Pkw: die Anti-Raser-Initiative bezeichnet Autos als Waffen, wenn sie mit 100 km/h durch Ortschaften geführt werden (<http://news.search.ch/inland/2008-12-01/ist-das-auto-eine-waffe>, Eintrag vom 1.12.2008); die Verwendung der Autos auf Berliner Straßen wird in der Berliner Zeitung als Waffeneinsatz kritisiert (<http://www.berlinonline.de/berliner-zeitung/archiv/.bin/dump.fcgi/2007/0102/leserforum/0136/index.html>, Berliner Zeitung,

riff der „Waffe“, wie *Koch/Wirth* richtig hervorheben, indem er auf die Zweckdienlichkeit im „Angriff gegen etwas“ abhebt, Revolver, jedwede Sprengköpfe, Baseballschläger, Messer und so schließlich aus allen anderen Lebensbereichen etwa auch Personenkraftwagen durchaus erfassen.⁵⁷

Weil dem aber so ist, genügt gerade das grammatikalische – etymologische – Element zur Begriffsbestimmung allein nicht hin. Vielmehr bedarf es gerade der Untersuchung, ob die juristische Auslegung des Begriffs „Waffe“ innerhalb des Strafgesetzbuches über die allgemeine lexikalische und etymologische Begriffsbestimmung bewusst hinausgehen möchte. Eine solche Untersuchung durch das Bundesverfassungsgericht bedeutet auch für sich noch nicht, eine verfassungsrechtliche Begriffsdefinition an die Stelle einer fachgerichtlichen zu setzen. Denn es bedarf der Feststellung, ob *durch die juristische* Begriffsverwendung der Bestimmtheitsgrundsatz verletzt ist. Sowohl die Feststellung einer solchen Verletzung wie ihre Ablehnung bedürfen der Begründung. Begründen kann nur, wer auslegt. Genau diese Untersuchung nimmt das Verfassungsgericht vor.⁵⁸

2. Der Begriff der „Waffe“ innerhalb des Strafgesetzbuches

Schulmäßig stellt das Bundesverfassungsgericht zunächst fest, dass das Strafgesetzbuch selbst den Begriff der „Waffe“ nicht regelt. Sein Inhalt sei aber der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs folgend „im Einklang mit dem allgemeinen Sprachgebrauch – auch unter Berücksichtigung seiner Wandelbarkeit – je nach dem Fortschritt der Waffentechnik

Leserforum vom 2.1.2007); der Dokumentarfilm „Der Autobahnkrieg“ (SWF, Thomas Schadt [Regie und Kamera], 1991) spricht vom Alltagsschrecken des Autos als Waffe (hierzu etwa *Die Zeit* v. 7.2.1992/Nr.7, <http://www.zeit.de/1992/07/Auto-als-Waffe>); ein Fahrbericht über den Audi A6 4.2. Avant ist überschrieben mit „Auto oder Waffe“ (<http://www.ciao.de/Audi-A6-Avant-4-2-Test-1720229>); ein Bericht über einen Mordfall in Osnabrück ist überschrieben mit „Ein Auto als Waffe“, nach dem geschilderten Sachverhalt war der Täter mit seinem Pkw in ein Haus gefahren und hatte dort die Opfer mit einem Messer erstochen (*Frankfurter Rundschau Online* v. 19.2.2009, http://www.fr-online.de/in_und_ausland/panorama/1634121_Ein-Auto-als-Waffe.html); auch der Taxifahrer, der auf einen Fahrgast zufährt verwendet danach sein Auto als Waffe (tz v. 27.3.2008, http://www.tz-on-line.de/de/aktuelles/muenchen/artikel_35794.html), usw. In die ähnliche Richtung geht die Verwendung des Waffenbegriffs auch für Pkw in der Rechtsprechung des BGH zu § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB mit der Verwendung des „Fahrzeugs mit Schädigungsvorsatz – etwa als Waffe [...]“ (BGHSt 48, 223 [237]; BGH DAR 2006, 30; so auch zitiert bei *Koch/Wirth*, ZIS 2009, 90 [90]). Vgl. demgegenüber aber auch die Entscheidung des BGH, Urt. v. 16.08.2005 – 4 StR 168/05 = NStZ 2006, 167. Dort ist das zu einer Amokfahrt eingesetzte Kraftfahrzeug „gemeingefährliches Mittel“ im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB.

⁵⁷ Vgl. *Koch/Wirth*, ZIS 2009, 90 (92). In die gleiche Richtung geht die Kritik von *Simon*, NStZ 2009, 84 (85).

⁵⁸ BVerfG, Beschl. v. 1.9.2008 – 2 BvR 2238/07, Rn. 18 ff.

in Anlehnung an die in den Waffengesetzen enthaltenen Grundvorstellungen über eine Schusswaffe, wenn auch nicht in unmittelbarer Abhängigkeit davon“, zu bestimmen.⁵⁹ Unter „gewisser Orientierung“ des Waffengesetzes sind Waffen „neben Schusswaffen“ „tragbare Gegenstände, die ihrem Wesen nach dazu bestimmt sind, die Angriffs- oder Abwehrfähigkeit von Menschen zu beseitigen oder herabzusetzen [...]“.⁶⁰

Indem das Bundesverfassungsgericht in den folgenden Ausführungen dazu ausholt, die unterschiedliche Verwendung des Waffenbegriffs in den einzelnen Vorschriften des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches – insbes. im Vergleich der §§ 244, 250 und 224 mit § 113 Abs. 2 StGB – zu untersuchen,⁶¹ macht es auf eben jene von *Küper* bereits 1998⁶² herausgestellten systematischen Ungenauigkeiten aufmerksam: die verworrene Systematik des „Waffenbegriffs“ gleicht einem „Mosaik“ aus Schusswaffen, Waffen, Waffen im technischen und im nichttechnischen Sinn sowie gefährlichen und sonstigen Werkzeugen.⁶³ So sind die einzelnen vom Strafgesetzbuch verwandten Waffenbegriffe nicht so miteinander vereinbar, dass für den Rechtsadressaten noch erkennbar wäre, was als „Waffe“ verstanden werden soll. Dies verletzt das Gebot der Bestimmtheit nach Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB deshalb, weil die jeweils unterschiedliche weite (nichttechnische) oder enge (technische) Auslegung keiner durch das Gesetz selbst erkläraren Systematisierung folgt und dabei insbesondere vom Begriffsumfang einerseits Sachverhalte erfasst, die auf der anderen Seite gerade ausgeschlossen werden. Die darin liegende Analogie zu Lasten des Täters ist unzulässig.

a) Der Waffenbegriff nach dem Willen des Gesetzgebers

Nach der bisherigen ständigen Rechtsprechung und der herrschenden Ansicht in der Literatur sollte im Rahmen des § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB auch ein Kraftfahrzeug als Waffe im *nichttechnischen Sinne* verstanden werden.⁶⁴ Bereits im Sonderausschuss für die Große Strafrechtsreform in der 6. Wahlperiode hatte man diskutiert, ob die Regelbeispielsvorschrift des § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB sich auf „Schusswaffen“, „Waffen“, „gefährliche Gegenstände“, „gefährliche Werkzeuge“ oder auf gleich mehrere dieser Varianten beziehen sollte.⁶⁵ Der Sonderausschuss hatte eine Angleichung des

⁵⁹ BVerfG, Beschl. v. 1.9.2008 – 2 BvR 2238/07, Rn. 19.

⁶⁰ BVerfG, Beschl. v. 1.9.2008 – 2 BvR 2238/07, Rn. 20-24. Grundlegend mit dieser Definition etwa auch *von Bubnoff*, in: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar, Bd. 4, 11. Aufl. 2005, § 113 Rn. 53.

⁶¹ BVerfG, Beschl. v. 1.9.2008 – 2 BvR 2238/07, Rn. 25 ff.

⁶² *Küper* (Fn. 7), S. 569.

⁶³ Dazu bereits oben unter II. und III.

⁶⁴ So *von Bubnoff* (Fn. 60), § 113 Rn. 53 mit Verweis auf BGHSt 26, 176 (179 f.); BGH VRS 44, 422; BGH, Urt. v. 30.9.1976 – 4 StR 198/76; OLG Karlsruhe Die Justiz 1981, 239; *Janiszewski*, NStZ 1982, 108 unter Verweis auf OLG Düsseldorf, Urt. v. 9.11.1981, 5 Ss 419/81 – 60/81 V; vgl. auch *Eser* (Fn. 22), § 113 Rn. 63.

⁶⁵ Vgl. hierzu die Protokolle (Fn. 18), S. 306, 308, 321 ff.

§ 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB sowohl an § 125a StGB⁶⁶ als an die Regelungen zum Diebstahl nach § 244 StGB⁶⁷ diskutiert. Insbesondere der Abgeordnete *de With* hatte darauf hingewiesen, dass sich die Situation des § 244 StGB kaum mit jener des § 113 StGB vergleichen lasse.⁶⁸

So bedurfte es für die Regelung des § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB einer Einschränkung gegenüber etwa den Regelungen innerhalb des Diebstahls oder des Raubes mit Waffen: im Ergebnis der Diskussion „der Verwendungsabsicht“.⁶⁹ Sonst erfüllte bei weiter Auslegung des Waffenbegriffes bereits jedes vorhandene Küchenmesser oder der in der Hosentasche steckende Schlüsselbund die Waffeneigenschaft und damit das Regelbeispiel. Der Ausschuss stellte aber auch fest, dass der Begriff der „Waffe“ immer nur abhängig von seinem jeweiligen Zusammenhang bestimmt werden könne.⁷⁰ Für die Vorschrift des § 113 StGB sei er wohl eher allgemein und untechnisch zu verstehen, während dies auszufüllen tatsächlich der Rechtsprechung vorbehalten bleibe.⁷¹ Hieraus wohl resultiert letztlich die eher weite und nichttechnische

Auslegung des Waffenbegriffes durch die Rechtsprechung im Rahmen der §§ 113, 121, 125a StGB.

Der Sonderausschuss erkannte nicht, dass eine regelungsspezifische, innerhalb des Strafgesetzbuchs unterschiedliche, miteinander möglicherweise nicht zu vereinbarende Bestimmung des Waffenbegriffes verfassungsrechtliche Bestimmtheitsfragen aufwerfen könnte. Er konnte dies möglicherweise auch gar nicht. Denn zum Zeitpunkt des Zusammentretens des Sonderausschusses und der Diskussion der Formulierung u.a. des § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB standen sich nicht an anderer Stelle im Gesetz „Waffe“ und „gefährliches Werkzeug“ eine Abgrenzung erfordernd direkt gegenüber.⁷² Bemerkenswert ist, dass der Sonderausschuss sich nicht zu dem allgemeinen Standpunkt hat durchringen können, dass in § 113 Abs. 2 Nr. 1 StGB der „nichttechnische Waffenbegriff“ gelten solle, der das gefährliche Werkzeug mit umfasst.⁷³ Den Begriff auszufüllen, sollte gerade der Rechtsprechung vorbehalten bleiben.⁷⁴

b) Der Begriff der „Waffe im nichttechnischen Sinn“

Betrachtet man sich nun die aktuelle Gesetzesituation nach der Strafrechtsreform von 1998, lassen sich zwei Normenkomplexe im Hinblick auf den Begriff der „Waffe“ unterscheiden⁷⁵: Einerseits wird noch immer zwischen Schusswaffen und Waffen unterschieden (§§ 113, 121, 125a, 292 StGB). Auf der anderen Seite finden sich Regelungen, die zwischen Waffen und gefährlichen Werkzeugen (§§ 224, 244, 250 StGB), teilweise ergänzt um sonstige Werkzeuge (§§ 244, 250 StGB), unterscheiden.⁷⁶

In § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB steht der Begriff „Waffe“ sogar allein. Allerdings entspricht die dort verwendete For-

⁶⁶ Entsprechend dem Vorschlag des Innenausschusses, vgl. Protokolle (Fn. 18), S. 306, 308.

⁶⁷ So etwa von *der Leyen*, in: Protokolle (Fn. 18), S. 322 und *Müller-Emmert*, in: Protokolle (Fn. 18), S. 323.

⁶⁸ *De With*, in: Protokolle (Fn. 18), S. 322 f.: Denn der Diebstahl mit Schusswaffen, Waffen oder gefährlichen Werkzeugen/Gegenständen erfolge im Allgemeinen aufgrund vorher gefassten Plans. Die Mitnahme des „Werkzeugs“ erfolge hier von vornherein, um sie (eventuell) als Mittel zur Umsetzung der Zueignungsabsicht einsetzen zu können. In der Ausgestaltung als Qualifikation sei zudem die Vorschrift abschließend. Demgegenüber ist die Situation des Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte nach § 113 StGB in der Regel gerade ungeplant, der Regelbeispielkatalog des § 113 Abs. 2 StGB nicht abschließend.

⁶⁹ Diskutiert wurde auch, das Merkmal des „Verwendens“ zu regeln; vgl. Protokolle (Fn. 18), S. 321 ff.

⁷⁰ Vgl. *Sturm*, in: Protokolle (Fn. 18), S. 325.

⁷¹ So *Sturm* (Fn. 70), S. 325; für den allgemeinen Waffenbegriff sprechend auch *Sieglerschmidt*, in: Protokolle (Fn. 18), S. 306 mit Verweis auf den Innenausschuss, insgesamt aber ohne eine abschließenden einen nichttechnischen Waffenbegriff befürwortende Stellungnahme. Aus dieser Stellungnahme kann man eher nicht den umgekehrten Schluss, wie ihn *Hüpers*, HRRS 2009, 66 (68), in seiner Anmerkung nahe legt, ziehen, dass der im Wortlaut der Vorschrift zum Ausdruck gekommene gesetzgeberische Wille etwa deshalb auf „Waffen im nichttechnischen Sinn“ abziele, weil dies der Sonderausschuss für die Strafrechtsreform diskutiert habe. Das Bundesverfassungsgericht will hier auch eher nicht Aussagen des Ausschusses „ins Gegenteil verkehren“, so aber *Hüpers*, (ebda.). Denn fest steht, dass sich der Ausschuss im Ergebnis gerade nur darauf einigen konnte, dass nicht „alle“ gefährlichen Werkzeuge miterfasst sein sollen, weil dies gerade zu weit führen würde, sondern nur „Waffen“. Die Ausgestaltung des Waffenbegriffes sollte danach gerade der Rechtsprechung überlassen bleiben.

⁷² Allein § 223a Abs. 1 StGB a.F. enthielt eine Bestimmung der „Waffe“ als eines Spezialfalls des gefährlichen Werkzeugs. Dies hatte auch der Sonderausschuss gesehen und diskutiert. Dem Vorschlag *Schlees* zur Gleichstellung mit dem „gefährlichen Werkzeug“ wurde dabei gerade nicht entsprochen (Protokolle [Fn. 18], S. 321).

⁷³ Vgl. insbes. *Sturm* (Fn. 70), S. 325.

⁷⁴ Protokolle (Fn. 18), S. 325.

⁷⁵ *Küper* (Fn. 19), schon 2. Aufl. 1998, S. 382, sowie 7. Aufl. 2008, S. 440, will dagegen zwischen vier Normenkomplexen unterscheiden. Er fasst die vom 6. StrRG unberührt gebliebenen §§ 113 Abs. 2 Nr. 1, 121 Abs. 3 S. 2 Nr. 2, 125a S. 2 Nr. 2 StGB zusammen. Die weiteren Gruppen sieht er in § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB mit der Waffe als Spezialfall des gefährlichen Werkzeugs, in §§ 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, 250 Abs. 2 Nr. 2, 177 Abs. 3 Nr. 1 StGB mit der streng vom gefährlichen Werkzeug zu unterscheidenden technischen Waffe und in §§ 250 Abs. 2 Nr. 1, 177 Abs. 4 Nr. 1 StGB mit der verwendeten technischen Waffe als Spezialfall des gefährlichen Werkzeugs.

⁷⁶ Zur Erinnerung: Hier wurde mit der letzten Strafrechtsreform aus Gründen der Harmonisierung des „Waffenbegriffes“ auf die Verwendung des Begriffs der „Schusswaffe“ verzichtet (siehe schon oben mit Fn. 14-19).

Aufgeführt sind nicht sämtliche den Begriff der Waffe enthaltenden Normen, vgl. dazu bereits oben unter III.

mulierung „eine Waffe bei sich führt, um diese bei der Tat zu verwenden“ eben jener in §§ 121 Abs. 3 S. 2 Nr. 2, 125a S. 2 Nr. 2 StGB verwendeten Formulierung. Dies lässt aus dem systematischen Zusammenhang darauf schließen, dass sich auch die in der Formulierung verwendeten Begrifflichkeiten entsprechen. Gegenüber dem speziellen Begriff der „Schusswaffe“ soll die „Waffe“ hierin allgemein und „nichttechnisch“ verstanden werden⁷⁷ als „Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der beabsichtigten konkreten Art seiner Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.“⁷⁸ Grundgedanke des Gesetzes sei es, das Beisichführen gefährlicher Gegenstände beliebiger Art unter der Voraussetzung entsprechender Verwendungsabsicht einer verschärften Strafandrohung zu unterstellen.⁷⁹ Der Inhalt des Begriffes „Waffe“ wird damit nach dem für den Inhalt des Begriffes „gefährliches Werkzeug“ geltenden Anforderungen bestimmt.⁸⁰ Ein solcher Begriff der „Waffe im nichttechnischen Sinn“ überschneidet sich mithin nicht nur mit dem Begriff des „gefährlichen Werkzeugs“. Richtig besehen stellt er sich als Begriff des „gefährlichen Werkzeugs“ dar.⁸¹

c) Der Begriff der „Waffe im technischen Sinn“

Für den zweiten hier gebildeten Normenkomplex, vornehmlich die Vorschriften der §§ 224, 244, 250 StGB⁸², lassen die auch hier ähnlichen Formulierungen eine ähnliche Schlussfolgerung zur Verwendung desselben Waffenbegriffs für alle diese Vorschriften zu. Mit Küper ließe sich zunächst im Bereich dieser Gruppe noch untergliedern zwischen der Verwendung des Begriffes „Waffe“ als Spezialfall des „gefährlichen Werkzeugs“⁸³ und der Verwendung als vom „gefährlichen Werkzeug“ streng zu unterscheidender Begriff.⁸⁴ Gemeinsam ist diesen gesetzlichen Regelungen aber – und allein deshalb werden sie hier in einer Gruppe zusammengefasst –,

⁷⁷ Eser (Fn. 22), § 113 Rn. 63, formuliert etwa, dass der Begriff der „Waffe“ hier die „Schusswaffe“ und die „Waffe“ als „gleichwertig nebeneinander“ erfasse.

⁷⁸ Küper (Fn. 19), 7. Aufl. 2008, S. 438; siehe auch schon 2. Aufl. 1998, S. 381.

⁷⁹ Küper (Fn. 19), 7. Aufl. 2008, S. 440; siehe auch schon 2. Aufl. 1998, S. 383

⁸⁰ Siehe nur vergleichend zu den Definitionen zum „gefährlichen Werkzeug“ bei Kindhäuser, in: ders./Neumann/Paeffgen (Fn. 28), § 244 Rn. 8 ff. oder auch Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 2008, Rn. 316.

⁸¹ Ebenso kritisch auch von Beginn an Paeffgen (Fn. 28), § 113 Rn. 85: „Ein Ziegelstein ist auch dann, wenn er wie eine Keule oder als Wurfgeschoss eingesetzt wird, keine „Waffe“ (sondern ein unbenanntes Regelbeispiel).“ Eser (Fn. 22), § 113 Rn. 63, formuliert dies sogar direkt, wenn er erklärt, dass die Vorschrift nicht nur Waffen im technischen Sinne erfasst, „sondern alle gefährlichen Werkzeuge im Sinne des § 224 StGB“.

⁸² Für den vollständigen Normenüberblick s.o. unter III.

⁸³ So in §§ 224 Abs. 1 Nr. 2, 250 Abs. 2 Nr. 1, 177 Abs. 4 Nr. 1 StGB.

⁸⁴ So in §§ 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, 250 Abs. 2 Nr. 2, 177 Abs. 3 Nr. 1 StGB.

dass sie alle auf einen Begriff der „Waffe im technischen Sinn“ abstellen. Das „gefährliche Werkzeug“ ist hier per Regelung von dem Begriff der „Waffe“ ausgenommen.

Bekanntermaßen wirft dies Auslegungsprobleme im Hinblick auf die Definition des „gefährlichen Werkzeugs“ auf.⁸⁵ Erst kürzlich hat der BGH hierzu festgestellt, dass er mittels der üblichen Auslegungsmittel außer Stande sei, aus der missglückten gesetzlichen Regelung zum Begriff des „gefährlichen Werkzeugs“ eine allgemeingültige Definition zu bilden.⁸⁶ Sicher kann dies bedeuten, dass auch der Begriff der „Waffe“ nur uneinheitlich bestimmt werden kann.⁸⁷ Die Entscheidung des BGH zum gefährlichen Werkzeug zeigt aber umgekehrt gerade auch, dass der Bundesgerichtshof durchaus allgemeingültige Definitionen bilden möchte. Mit dem Entfernen der „Schusswaffe“ aus den gesetzlichen Vorschriften (1998), „um andernfalls drohende Ungereimtheiten auszuschließen“,⁸⁸ folgte auch der Gesetzgeber grundsätzlich dieser Intention.

Das Eliminieren der „Schusswaffe“ hatte nun neben der Neubetonung des „gefährlichen Werkzeugs“ auch die Neubetonung des Begriffes der „Waffe im technischen Sinn“ zur Folge.⁸⁹ Denn wird der Begriff der „Waffe im technischen Sinn“ dem Begriff des „gefährlichen Werkzeugs“ gegenübergestellt, so bedarf es einer Abgrenzung beider Begriffe. Die hieraus resultierenden Probleme gerade auch in der Abgrenzung gegenüber einem Begriff der „Waffe im nichttechnischen Sinn“ werden bisher unterschätzt.

Im Ergebnis verbietet sich für diesen zweiten Normenkomplex aufgrund der gesetzlichen Gegenüberstellung (beispielhaft: § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB) bzw. Spezialitätenbildung (beispielhaft: § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB) von „Waffe“ und „gefährlichem Werkzeug“ ein Begriff der „Waffe im nichttechnischen Sinn“, denn dieser entspricht dem des „gefährlichen Werkzeugs“.⁹⁰ Unter dem hier mithin auch allgemein befürworteten Begriff der „Waffe im technischen Sinn“ soll ein „funktionsfähiges/einsatzbereites Werkzeug, welches

⁸⁵ So ist der Begriff des „gefährlichen Werkzeugs“ innerhalb des StGB uneinheitlich besetzt und wird insbesondere im Hinblick auf die Regelung in §§ 244, 250 StGB erheblich kritisiert, weil hier „gefährliches Werkzeug“ nicht eben gleiches wie in § 224 StGB meinen könne. Nur dort kann es auf die Eignung, erhebliche Verletzungen hervorrufen zu können, ankommen. Vgl. dazu nur BGH NJW 2008, 2861 (2863).

⁸⁶ Vgl. BGH NJW 2008, 2861 (2863); vgl. auch BGH NJW 1999, 301. Kritisch hierzu auch Hettinger, in: Laubenthal (Hrsg.), Festschrift für Paulus zum 70. Geburtstag, 2009, S. 73 ff. (S. 75).

⁸⁷ So etwa Simon, NSTZ 2009, 84 (85).

⁸⁸ Vgl. dazu nur BT-Drs. 13/9064, S. 18 und BR-Drs. 931/97 v. 28.11.1997; kritisch zum Ganzen auch Hettinger (Fn. 87), S. 73.

⁸⁹ Grundsätzlich zu der nach alter Rechtslage nur untergeordneten Bedeutung des Begriffes der Waffe im „technischen Sinn“ auch Küper (Fn. 19), 7. Aufl. 2008, S. 441; siehe auch schon 2. Aufl. 1998, S. 384.

⁹⁰ Siehe oben unter V. 2. b) zum Begriff der „Waffe im nichttechnischen Sinn“.

nach der Art seiner Anfertigung (Konstruktion) oder nach der Verkehrsauffassung allgemein dazu bestimmt und geeignet ist, Menschen durch seine mechanische oder chemische Wirkung körperlich zu verletzen,“ erfasst sein.⁹¹ Immer wieder wird darauf verwiesen, dass im Unterschied zum „gefährlichen Werkzeug“ gerade der *bestimmungsgemäße Gebrauch* als Angriffs- oder Verteidigungsmittel das für die „Waffe“ charakteristische Element bilde.⁹² Diese Bestimmung entspricht jedenfalls dem grundsätzlich gefundenen lexikalischen Ergebnis.⁹³

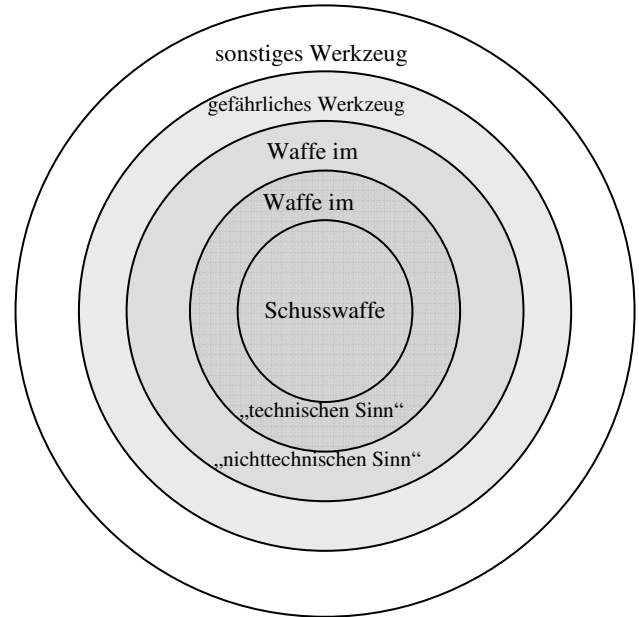
d) Vereinbarkeit der Waffenbegriffe – zwischen Notwendigkeit und Unmöglichkeit

Fraglich ist nun, ob die in den beiden Normenkomplexen bisher von der überwiegenden Meinung und Rechtsprechung verwendeten unterschiedlichen Waffenbegriffe ohne Verfassungsverstoß miteinander vereinbar sind. Es könnten etwa die gesetzlichen Regelungen in beiden Normenkomplexen eine insgesamt einheitliche Auslegung des Waffenbegriffs verhindern. Eine solche einheitliche Auslegung könnte sich aber auch wegen der spezifischen unterschiedlichen Erfordernisse der einzelnen Tatbestände als unmöglich erweisen. Forderte etwa die Auslegung des § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB anhand seiner ratio legis einen „weiten Waffenbegriff“ und demgegenüber etwa jene der §§ 224, 244, 250 StGB einen „engen Waffenbegriff“, so läge hierin *allein*, und solange sich beide Begriffsinterpretationen nicht widersprechen, keine wortlautwidrige Argumentation zur Schließung von Regelungslücken, sondern tatsächlich „reguläre und eher unproblematische Gesetzesinterpretation“.⁹⁴

Ließe sich jeder der verwendeten Begriffe „Schusswaffe“, „Waffe im technischen Sinn“, „Waffe im nichttechnischen Sinn“, „gefährliches Werkzeug“, „sonstiges Werkzeug“, einer eigenen – nicht auch einen anderen Begriff umfassenden – Bedeutung zuweisen, so wäre das Strafgesetz entsprechend den Anforderungen aus Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB hinreichend bestimmt. Freilich könnte diese gefundene Bedeutung auch für die einzelnen Vorschriften divergieren. Der Begriffsumfang wäre aber für den Rechtsadressaten erkenn-

bar und die Erfüllung des Straftatbestandes und seiner Rechtsfolge vorhersehbar.

In einem solchen Sinn lässt sich unproblematisch die „Schusswaffe“ als Spezialfall der „Waffe im technischen Sinn“⁹⁵ und letztere als Spezialfall der „Waffe im nichttechnischen Sinn“ darstellen.⁹⁶ Die „Waffe im nichttechnischen Sinn“ müsste sich sodann von dem „gefährlichen Werkzeug“ abgrenzen lassen, welches selbst, wohl ebenfalls eher unproblematisch, einen Spezialfall des „sonstigen Werkzeugs“ bildet.⁹⁷



Die einzelnen Begriffe könnte man jeweils im Sinne der geregelten Vorschrift um ein „Beisichführen“, eine „Verwendung“ oder etwa eine „Verwendungsabsicht“ spezifizieren. Damit würde auch im Sinne von *Sturm* der jeweilige Zusammenhang festgestellt.⁹⁸

Die insbesondere mit Blick auf die jeweils unterschiedlichen Strafanrohungen aufgetretenen Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen der „Schusswaffe“ und der „Waffe im technischen Sinn“ hat der Gesetzgeber versucht, im Rahmen der 98er Reform zu lösen. Hierfür eliminierte er weitgehend den Begriff der „Schusswaffe“ aus den gesetzlichen Vorschriften.⁹⁹ Die „Waffe“ stellte er regelungstechnisch neben das „gefährliche Werkzeug“ bzw. als Begriff diesem gegenüber. Die damit notwendige Abgrenzung zwischen der „Waffe im technischen Sinn“, der „Waffe im nichttechnischen Sinn“ und dem „gefährlichen Werkzeug“ wirft nun weit schwierigere Fragen auf als zuvor die Abgrenzung der

⁹¹ Küper (Fn. 19), 7. Aufl. 2008, S. 438; siehe auch schon 2. Aufl. 1998, S. 382; Eser (Fn. 22), § 244 Rn. 3 formuliert mit Bezug auf den freilich nicht direkt anwendbaren § 1 Abs. 1, 7 WaffG etwas allgemeiner als „technisches Instrument, welches dazu bestimmt ist, als Angriffs- oder Verteidigungsmittel zu dienen und dabei erhebliche Verletzungen zufügen kann.“

⁹² Vgl. nur Eser (Fn. 22), § 244 Rn. 3; Kindhäuser (Fn. 80), § 244 Rn. 4 f.; Schmitz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 1. Aufl. 2003, § 244 Rn. 7; Otto, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2004, § 41 Rn. 51.

⁹³ Siehe oben unter V. 1.

⁹⁴ Hierin ist Simon, NSZ 2009, 84 (85), ausdrücklich zuzustimmen. Die Grenze zulässiger Auslegung bildet allein „der mögliche Wortsinn des Gesetzes“, dazu bereits oben mit Verweis auf BVerfG, Beschl. v. 1.9.2008 – 2 BvR 2238/07, Rn. 12 mit weiteren Nachweisen.

⁹⁵ Bzw. einen „Unterfall“, vgl. Eser (Fn. 22), § 244 Rn. 3.

⁹⁶ Nach Eser (Fn. 22), § 244 Rn. 3 bildet die „Waffe im technischen Sinn“ jedenfalls einen Spezialfall zum „gefährlichen Werkzeug“; vgl. weiter Küper (Fn. 19), 7. Aufl. 2008, S. 438 ff.; siehe auch schon 2. Aufl. 1998, S. 381 ff.

⁹⁷ Vgl. Eser (Fn. 22), § 244 Rn. 13.

⁹⁸ Siehe oben mit Fn. 70, Sturm (Fn. 70), S. 325.

⁹⁹ Siehe dazu bereits oben III.; BT-Drs. 13/9064, S. 18 (Bericht des Rechtssausschusses); Küper (Fn. 7), S. 569 (S. 571).

„Schusswaffe“ von der „Waffe“. So werden in ganzen Normenkomplexen des Strafgesetzbuches trotz derselben gesetzlichen Umschreibung als „Waffe“ zwei verschiedene Begriffe der „Waffe im technischen Sinn“ und der „Waffe im nichttechnischen Sinn“ verwendet.¹⁰⁰ Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen hier insbesondere zwischen dem Begriff der „Waffe im nichttechnischen Sinn“ und dem Begriff des „gefährlichen Werkzeugs“. Denn der Begriff der „Waffe im nichttechnischen Sinn“ stellt sich gerade als ein Begriff des „gefährlichen Werkzeugs“ dar.¹⁰¹ Aus den gesetzlichen Vorschriften des Strafgesetzbuches selbst ergibt sich darüber hinaus nicht, ob der Begriff der „Waffe“ in einem weiten „nichttechnischen“ oder einem engen „technischen“ Begriffsverständnis verwendet werden soll. Das Gesetz spricht nur von der „Waffe“.

e) Schlussfolgerungen

Selbst wenn man danach die Auslegung von Rechtsbegriffen allein in das Ermessen der Fachgerichte stellt, die ratio legis der Vorschriften bei der Begriffsbestimmung einbezieht und eingedenkt, dass sich allein hieraus spezifische Begriffsbestimmungen ergeben können, die auch für die einzelnen Vorschriften divergieren können, verstößt ein „nichttechnischer Waffenbegriff“ gegen das Analogieverbot. Denn der Begriff der „Waffe im nichttechnischen Sinn“ schließt den Begriff des „gefährlichen Werkzeugs“ ein bzw. die „Waffe im nichttechnischen Sinn“ stellt sich als „gefährliches Werkzeug“ dar. Umgekehrt soll in den Vorschriften der §§ 224, 244, 250 StGB das „gefährliche Werkzeug“ gerade von dem Begriff der „Waffe“ ausgenommen sein. Dann aber erfasst die Auslegung des einen *terminus technicus* einen anderen *terminus technicus*, der an anderer Stelle im Gesetz gerade von dessen Regelungsumfang durch den Wortlaut des Gesetzes ausdrücklich ausgenommen wird. Eine solche Auslegung schließt aber gerade unerwünschte Regelungslücken¹⁰² und wendet Vorschriften analog zu Lasten des Täters gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstoßend an.

Mit dieser Feststellung im Hinblick auf die Verwendung des Begriffs der „Waffe im nichttechnischen Sinn“ in § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB überschreitet das Bundesverfassungsgericht gerade nicht seine Kompetenzen.¹⁰³ Denn Ziel der Entscheidung ist nicht, die Auslegung des Waffenbegriffs seitens des Bundesverfassungsgerichts an die Stelle der Auslegung seitens des Bundesgerichtshofs zu setzen und als Superrevisionsinstanz aufzutreten. Ziel ist es ebenso wenig, die durch den Gesetzgeber zu veranlassende Harmonisierung des Waffenbegriffes innerhalb des Strafgesetzbuches vorzunehmen. Diese ist und bleibt Aufgabe des Gesetzgebers.¹⁰⁴ Fraglich ist für den 2. Senat allein, ob die Auslegung des

Waffenbegriffs durch den Bundesgerichtshof den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes genügt.

Das Bundesverfassungsgericht hätte freilich an jener Stelle die Folge seiner Überlegungen aus einem Vergleich der einzelnen verwendeten Waffenbegriffe deutlicher herausstellen können. Am richtig gefundenen Ergebnis ändert dies nichts. Mit dem Bundesverfassungsgericht geht gerade das Argument, dass „die Gefährlichkeit der Tatausführung beim Einsatz von Waffen im „nichttechnischen Sinn“ und speziell von Kraftfahrzeugen derjenigen beim Einsatz von Waffen im engeren Sinn gleichstehe“¹⁰⁵, fehl. Denn „es ist gerade der Sinn des Analogieverbotes, über die Verfassungsgrundsätze der Demokratie, der Gewaltenteilung und der richterlichen Gesetzesbindung hinaus einer teleologischen Argumentation zur Füllung empfundener Strafbarkeitslücken entgegenzuwirken.“¹⁰⁶

Nur ergänzend sei darauf hingewiesen, dass das Bundesverfassungsgericht gerade nicht darauf eingeht, ob das Kraftfahrzeug bzw. der Personenkraftwagen, wollte man ihn als „Waffe“ in § 113 Abs. 2 Nr. 1 StGB erfassen, auch im Sinne der Vorschrift „bei sich geführt“ werden kann. Denn es obliegt richtiger Weise den Fachgerichten, was unter dem Terminus „Beisichführen“ verstanden werden soll und kann. Dies gilt solange und soweit, wie die Fachgerichte hierdurch nicht die zulässige Wortlautgrenze überschreiten oder aber, wie im Falle des Waffenbegriffs geschehen, die Wortlautgrenze soweit fassen, dass in den Begriffsumfang Deutungen ausdrücklich einbezogen werden, die an anderer Stelle von jenem Begriff gerade ausgenommen sind. Für eine solche Annahme fehlt im Falle des „Beisichführens“ der Anlass. Hätte das Verfassungsgericht sich auf eine solche Diskussion eingelassen, hätte es getan, was ihm an anderer Stelle etwa von Koch/Wirth¹⁰⁷ vorgeworfen wird, seine Interpretation an jene der Fachgerichte zu setzen.

VI. Ausblick

1. Zukünftige Auslegung des § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB

Mit Jahn, von Heintschel-Heinegg und Koch/Wirth lässt sich zunächst übereinstimmend formulieren, dass die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts für die weitere Auslegung des § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB kaum Auswirkungen haben wird.¹⁰⁸ Das gilt jedenfalls dann, wenn man den nunmehr den Fachgerichten auferlegten Begründungszwang als nicht auswirkungsträchtig umschreibt. Denn das Vorliegen eines *unbenannt schweren Falles* bleibt vorbehalten, worauf auch das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich hinweist.¹⁰⁹

¹⁰⁰ Siehe oben V. 2. b) und c).

¹⁰¹ Siehe oben V. 2. b).

¹⁰² Nun muss Simon, NStZ 2009, 84 (85) doch widersprochen werden.

¹⁰³ So aber Koch/Wirth, ZJS 2009, 90 (92) sowie Simon, NStZ 2009, 84 (85).

¹⁰⁴ Hierzu kritisch auch Simon, NStZ 2009, 84 (85).

¹⁰⁵ So, wie auch vom 2. Senat an dieser Stelle zitiert, etwa von Bubnoff (Fn. 60), § 113 Rn. 53.

¹⁰⁶ BVerfG, Beschl. v. 1.9.2008 – 2 BvR 2238/07, Rn. 27.

¹⁰⁷ Koch/Wirth, ZJS 2009, 90 (92).

¹⁰⁸ Jahn, JuS 2009, 79; von Heintschel-Heinegg, JA 2009, 68 (70); Koch/Wirth, ZJS 2009, 90 (93).

¹⁰⁹ BVerfG, Beschl. v. 1.9.2008 – 2 BvR 2238/07, Rn. 27.

Es bedarf nur im Einzelfall besonderer Begründung.¹¹⁰ Fälle, in denen ein Pkw nicht wegen mit der Nutzung einhergehender Überlegenheit als Angriffsmittel gegenüber der Person des Vollstreckungsbeamten, sondern eher beiläufig und in der Hauptfunktion als Fortbewegungs- bzw. Fluchtmittel verwendet wird, dürften damit aus dem Anwendungsbereich des besonders schweren Falles des § 113 StGB herausfallen. Das ist auch richtig so.

2. Bedeutung des Bestimmtheitsgrundsatzes in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Fachgerichte

Darüber hinaus bewirkt der Beschluss insbesondere in der Abfolge nach der Entscheidung zum berechtigten und entschuldigten Entfernen vom Unfallort nach § 142 StGB¹¹¹ eine weitere erhebliche Stärkung des verfassungsrechtlich verankerten Analogieverbotes gemäß Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB.

Bestimmt bedeutet dabei aus verfassungsrechtlicher Sicht, dass die Grenze des möglichen Wortsinnes nicht überschritten sein darf. Um dies festzustellen, kann und muss das Bundesverfassungsgericht auch die (juristischen) Auslegungsmethoden bemühen. Dabei darf es den Fachgerichten nicht vorschreiben, wie *einfaches Recht* auszulegen ist. Es muss aber die Grenze verdeutlichen, wie *einfaches Recht* nicht ausgelegt werden kann. Genau diese Aufgabe erfüllt der 2. Senat vorliegend, wenn er darauf hinweist, dass einerseits schon ein Pkw vom möglichen Wortsinn des Begriffs „Waffe“ allgemein nicht mehr erfasst ist, und zweitens eine solche juristische Auslegung auch deshalb nicht zulässig ist, weil die unterschiedliche Auslegung des *einen* Begriffs der „Waffe“ – „nichttechnisch“, „technisch“ oder als „Sonderfall des gefährlichen Werkzeugs“ – den Anforderungen an die Bestimmtheit von Strafrechtsnormen nicht mehr genügt, wenn sich die Begriffe einerseits ein- und andererseits ausschließen. So betrachtet, sind die Auswirkungen der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung keineswegs gering.

Allerdings gilt es, wie auch in den einzelnen bereits erschienenen Anmerkungen zu dem Beschluss vom 1.9.2008¹¹² wie auch bereits zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 19.3.2007¹¹³ hervorgehoben wurde, die Grenzen der Zuständigkeit sowohl der Fachgerichte bei der Auslegung als auch des Bundesverfassungsgerichts in ihren Entscheidungen genauer zu bestimmen. Es gilt gleichzeitig, den Gesetzgeber zu hinreichend bestimmten und im Sinne der Auslegung durch die Fachgerichte möglichst auch harmonisierten Regelungen anzuhalten.

¹¹⁰ Vgl. Wittig, in: von Heintschel-Heinegg (Fn. 23), Stand 15.11.2008, § 243 Rn. 3; Eser (Fn. 23), § 243 Rn. 42a; Schmitz (Fn. 93), § 243 Rn. 6 und 58 f.

¹¹¹ BVerfG, Beschl. v. 19.3.2007 – 2 BvR 2273/06 = BVerfG NJW 2007, 1666.

¹¹² BVerfG, Beschl. v. 19.3.2007 – 2 BvR 2273/06. Zu den Anmerkungen insgesamt vgl. oben Fn. 1.

¹¹³ BVerfG, Beschl. v. 19.3.2007 – 2 BvR 2273/06 = BVerfG NJW 2007, 1666.

Auf die Funktionen des Bestimmtheitsgebotes – hier der *lex certa* – bezogen, dient die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts dem individuellen Schutz des Normadressaten und der Sicherstellung der staatsorganisationsrechtlichen Entscheidungszuständigkeit des Gesetzgebers über die Strafbarkeit¹¹⁴ gleichermaßen. Das Bundesverfassungsgericht darf nur für unzulässig erklären, was tatsächlich Analogie zu Lasten des Täters bedeutet. Der BGH darf nur auslegen bis an die äußerste Grenze des Wortlautes und ohne augenscheinliche Widersprüche. Der Gesetzgeber sollte endlich die Wirren um den Waffenbegriff systematisieren und harmonisieren und so den Gerichten bei der Auslegung des Waffenbegriffs und des Begriffs des gefährlichen Werkzeugs zu Hilfe eilen. Die Grenze dessen, was durch „reguläre und eher unproblematische Gesetzesinterpretation“¹¹⁵ argumentativ ausgelegt werden kann, ist erreicht.

3. Folgen für die Begriffsdefinition der „Waffe“

Dabei entspräche eine allgemeine Befürwortung eines Begriffs der „Waffe im technischen Sinn“ dem allgemein gefundenen Begriffsverständnis am Ehesten. Eine solche ließe sich auch von dem Begriff des „gefährlichen Werkzeugs“ abgrenzen.

So bildeten „Waffe“ und „Werkzeug“ gleichsam die Oberbegriffe. Ausgehend vom Wortsinn und der etymologischen Herkunft der Begriffe wären unter „Waffe“ sämtliche Mittel zum Angriff oder zur Bekämpfung *gegen etwas*, die damit von sich heraus bereits gefährlich sind, zusammengefasst.¹¹⁶ Der Begriff „Werkzeug“ führte demgegenüber ausgehend von dessen Wortsinn und etymologischem Erklärungsansatz die Mittel zusammen, *mittels derer* normalhin etwas erreicht bzw. bewirkt werden soll.¹¹⁷ Eine aus sich heraus bestehende Gefährlichkeit wohnt ihnen nach dem für sie bestimmten Zweck bzw. der mit ihnen verbundenen Funktion nicht inne. Sie dienen eher der Herstellung und Bewirkung von etwas.¹¹⁸ Funktional beschrieben führte man folglich die „Waffe“ „gegen“ und das „Werkzeug“ „mit“. Bedenkt man, dass sich die Regelungen des Strafgesetzbuchs allein mit der kriegerischen, nämlich kriminellen, Auseinandersetzung von Täter und „Opfer“ beschäftigen,¹¹⁹ könnte gerade eine solche Unterscheidung Regelungsunterschiede sowie regelungsspezifisch notwendige Strafrahmenunterschiede erklären. Denn die

¹¹⁴ Zu den Funktionen des Bestimmtheitsgebots vgl. Eser (Fn. 22), § 1 Rn. 17.

¹¹⁵ So aber Simon, NStZ 2009, 84 (85).

¹¹⁶ Zu Begriff und etymologischer Bedeutung der „Waffe“ oben unter V. 1.

¹¹⁷ Zum Begriff des „gefährlichen Werkzeugs“ vgl. oben mit Fn. 80 und 81.

¹¹⁸ Bsp.: Mit dem Messer wird normalhin geschnitten. Mit dem Schraubenzieher schraubt man. Mit dem Baseballschläger spielt man Baseball.

¹¹⁹ Dies hebt insbesondere Hüpers, HRRS 2009, 67 hervor. Allerdings sieht er hierin gerade ein juristisches „Umfunktionsieren“ des Werkzeugs zur Waffe, denn im Strafrecht sei das „Werk“ die „Tat“ und stellt damit die Möglichkeit der Unterscheidung beider Begriffe insgesamt in Frage.

bei der kriminellen Tat geführte „Waffe“ wird entsprechend ihrer Funktion eingesetzt,¹²⁰ das „Werkzeug“ dagegen gerade funktionswidrig.¹²¹

Die „Werkzeuge“ ließen sich weiter in „gefährliche Werkzeuge“ und „sonstige Werkzeuge“ unterscheiden.¹²² „Gefährliche Werkzeuge“ wären dabei solche, die sich allein durch ihren funktionsfremden Einsatz als gefährlich gegenüber dem Angriffsobjekt erweisen. „Sonstige Werkzeuge“ erweisen sich erst durch die besondere Art ihrer Verwendung als beeinträchtigend.¹²³

Die „Waffen“ ließen sich demgegenüber in „Schusswaffen“ und „(sonst) technische Waffen“ unterteilen. Wenn auch aufgrund des unterschiedlichen Regelungszweck nicht direkt anwendbar, so bilden die Vorschriften des Waffengesetzes, insbesondere § 1 Abs. 1, 7 WaffG, für eine Definition eine entsprechende Orientierung. „Schusswaffen“ wären danach auch weiterhin „Instrumente, mit denen aus einem Lauf mechanisch wirkende Geschosse gegen den Körper eines anderen abgefeuert werden können, mag dies mit Hilfe von Explosionsstoffen oder z.B. durch Luftdruck geschehen.“¹²⁴ „Waffen im technischen Sinn“ bildeten weitergehend solche Waffen, die als technische Instrumente „nach der Art ihrer Anfertigung“ dazu bestimmt sind, als Angriffs- oder Verteidigungsmittel zu dienen und dabei durch ihre *mechanische* oder *chemische* Wirkung erhebliche Verletzungen zufügen können.¹²⁵ Die insbesondere von Küper¹²⁶ hervorgehobene „mechanische“ und „chemische“ Wirkung vermag dabei etwa chemische und biologische Waffen mit einzuschließen. Wollte man allein „mechanische Waffen“ unter einem „techni-

schen Waffenbegriff“ zusammenführen, so ließen sich dennoch nicht alle übrigen „Waffen“ unter einem „Waffenbegriff im nichttechnischen Sinn“ zusammenführen. Es ist eben jene, von dem Gesetz selbst im Übrigen auch nicht verwendete Begriffsbestimmung, die in einer Negativabschichtung gleichsam ein „Fass ohne Boden“ öffnet und den Waffenbegriff von seiner Funktion trennt. Denn unter Einbeziehung aller auch funktionsfremd zu Angriff und Verteidigung eingesetzten Mittel als Waffen wird die Unterscheidung zwischen Waffe und Werkzeug insgesamt hinfällig. Dann aber dürfte auch das Gesetz selbe nicht trennen. Ein solcher Begriff der „Waffe im nichttechnischen Sinn“ ist mithin abzulehnen. Dies schließt freilich nicht aus, dass sich einzelne Mittel vom Werkzeug zu einer Waffe „entwickeln“ können, etwa der „Schutzpanzer“ zum „Panzerfahrzeug“.¹²⁷ Nicht endgültig absehbar ist daher auch, ob sich nicht ein Kraftfahrzeug von seiner Funktion als Fortbewegungsmittel zu einem Kampfinstrument entwickelt.¹²⁸ Bis dahin sollte es „Werkzeug“ bleiben, zweckwidrig gegenüber dem Angriffsobjekt eingesetzt „gefährlich“,¹²⁹ und somit im Falle des Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte nach § 113 StGB im Einzelfall möglicherweise auch einen besonders schweren Fall eines unbenannten Regelbeispiels darstellend.

¹²⁰ Eser (Fn. 22), § 244 Rn. 3 spricht von „bestimmungsgemäßer Geeignetheit“.

¹²¹ Bsp.: Mit dem Messer wird nicht geschnitten und mit dem Schraubenzieher wird nicht geschraubt, sondern gestochen oder in ähnlicher Form verletzt. Mit dem Baseballschläger wird nicht funktionsentsprechend der Ball, sondern das Opfer geschlagen und verletzt.

¹²² So derzeit etwa auch in den Regelungen der §§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB („gefährliches Werkzeug“); 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB („gefährliches Werkzeug“); 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB („sonst ein Werkzeug“).

¹²³ Richtig ist es insoweit für diese zusätzlich zu erfordern, dass sie eingesetzt werden, „um den Widerstand einer Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden“ (§§ 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB).

¹²⁴ Eser (Fn. 22), § 244 Rn. 3 mit Verweis auf BGHSt 4, 125 und weitere. Vgl. auch Tilch/Arloth (Fn. 48), „Schusswaffe“, S. 4746; vgl. etwa die Regelungen in §§ 121 Abs. 3 Nr. 1, 125a S. 2 Nr. 1 StGB.

¹²⁵ Vgl. zu ähnlichen Begriffsbestimmungen bei Eser (Fn. 22), § 244 Rn. 3 und Küper (Fn. 75), 7. Aufl. 2008, S. 438; sowie bereits allgemein nach dem Begriff „Waffe“ bei Köbler (Fn. 48), „Waffe“, S. 456. Zur Verwendung des Waffenbegriffs durch das Strafgesetzbuch vgl. die Gesamtaufzählung oben unter III.

¹²⁶ Küper (Fn. 19), 7. Aufl. 2008, S. 438.

¹²⁷ Dazu bereits oben unter V. 1. mit Fn. 51.

¹²⁸ Auch dazu bereits oben unter V. 1. mit Fn. 56.

¹²⁹ Denn bereits mit dem funktionswidrigen Einsatz des Kraftfahrzeugs ist seine Gefährlichkeit, erhebliche Verletzungen zu bedingen, verbunden, nicht erst mit der spezifischen Art seiner Verwendung.

Probleme der Begünstigung (§ 257 StGB) – Teil 2*

Von Ass. iur. **Jan Dehne-Niemann**, Karlsruhe

IV. Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht erfordert § 257 Abs. 1 StGB Vorsatz (§ 15 StGB) und Vorteilssicherungsabsicht.

1. Vorsatz, § 15 StGB

Um § 257 Abs. 1 StGB vorsätzlich zu begehen, muss sich der Täter keine konkrete Tat vorstellen; es reicht, wenn er sich überhaupt eine geeignete Tat bzw. einen entsprechenden Sachverhalt vorgestellt hat.

Fall 16: Jurastudent V hat einen Sachbetrug begangen. Sein Kommilitone, der Bummelstudent B, hält diesen rechtsirrig für einen (Trick-)Diebstahl und leistet V Hilfe. Handelte B vorsätzlich in Bezug auf das Merkmal „der eine rechtswidrige Tat begangen hat“?

Zwar hat B falsch subsumiert, indem er einen Trickdiebstahl anstatt eines Betruges angenommen hat. Jedoch erfüllt auch die von B subsumierte Tat die Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB; es ist daher unschädlich, dass B keine „exakte strafrechtliche Einordnung in das Tatbestandssystem des Besonderen Teils“ nachvollzogen hat.¹ Schädlich wäre es hingegen, wenn B geglaubt hätte, es handle sich bei dem Verhalten des V um eine bloße Ordnungswidrigkeit oder gar lediglich um eine zivilrechtlich unerlaubte Handlung, denn dann hätte er keine – nicht einmal laienhafte – Kenntnis von der strafrechtlichen Relevanz der Tat des V. In Fall 16 hingegen handelte B mit Vorsatz hinsichtlich einer von V begangenen rechtswidrigen Tat.

Ein Irrtum über die Vortat schließt jedoch dann den Vorsatz aus, wenn sich der Begünstiger eine Vortat vorgestellt hat, die in Bezug auf die von ihm vorgenommene Handlung ungeeignet gewesen wäre, die Vortatvorteile zu sichern.² Hätte sich B also rechtsirrig vorgestellt, bei dem Verhalten des V handle es sich um eine bloße Ordnungswidrigkeit und auch die nachträgliche vorteilssichernde Unterstützung von Ordnungswidrigkeiten sei als Begünstigung strafbar, so hätte B in einem Tatbestandsirrtum (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB) gehandelt; der Glaube, auch die Hilfeleistung bei Ordnungswidrigkeiten sei Begünstigung, ist – je nach Standpunkt – demgegenüber wahndeliktisch oder ein (bei § 257 StGB) strafloser untauglicher Versuch.³

* Fortsetzung von ZJS 2009, 142.

¹ Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2/1, 2. Aufl. 2003, § 9 Rn. 47.

² BGHSt 4, 222; Stree, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 257 Rn. 26.

³ Vgl. zur Problematik bei §§ 258 Abs. 1, 4; 22 StGB (irrtümliche Annahme, eine zu vereitelndes, tatsächlich nur ordnungswidriges Vortat sei eine Straftat) St. Cramer, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, Bd. 3, § 258 Rn. 49 m.w.N. in Fn. 49.

2. Vorteilssicherungsabsicht

Problematisch und klausurenrelevant ist das Merkmal „Absicht, [...] die Vorteile der Tat zu sichern“. Dabei handelt es sich um eine überschießende Innentendenz, weil der zu beabsichtigende Sicherungserfolg für die Tatvollendung nicht eintreten muss; eine darauf gerichtete, objektiv bei Anlegung eines ex-ante-Maßstabes generell geeignete Hilfeleistungshandlung reicht aus.

a) Begriff der Absicht

Umstritten ist zunächst, welche Anforderungen in psychischer Hinsicht an das Merkmal der Absicht zu stellen sind. Der Absichtsbegriff wird im StGB an verschiedenen Stellen nicht gleichbedeutend gebraucht, er ist also nicht derart verfestigt, dass er grammatisch zwingend i.S. von absichtlichem Handeln zu verstehen wäre.⁴ Während eine Minderheitsauffassung demgemäß nur unbedingten Vorsatz verlangt, also – im Anschluss an die zur Auslegung des Absichtsbegriffs in § 257 a.F. StGB herrschende Literatur⁵ – Wissentlichkeit i.S. von *dolus directus* 2. Grades ausreichen lassen will,⁶ verlangt die heute herrschende Meinung zu Recht Absicht, also *dolus directus* 1. Grades.⁷ Nicht erforderlich sei allerdings – wie stets beim *dolus directus* 1. Grades –, dass die Vorteilssicherung das einzige oder auch nur vorrangige Ziel des Begünstigers ist; ausreichend ist die Verfolgung als eines von mehreren Zielen oder als notwendiges Zwischenziel.⁸

Schon dass der Schwestertatbestand der Begünstigung, die früher gemeinsam mit der Begünstigung in § 257 a.F. StGB untergebrachte Strafvereitelung, es heute genügen lässt, dass der Täter „absichtlich oder *wissentlich*“ die Bestrafung vereitelt, spricht systematisch gegen eine weite Auslegung des Absichtsbegriffs.⁹ Auch dass in dem Tätigkeitsdelikt des § 257 Abs. 1 StGB gegenüber dem Erfolgsdelikt des § 258 StGB die Phase der (allein strafbaren) Deliktvollendung erheblich nach vorne verlagert worden ist, spricht für eine enge Handhabung des Vorteilssicherungsabsichtsmerkmals¹⁰

⁴ St. Cramer, NStZ 2000, 246 (247) mit Fn. 10.

⁵ Schröder, NJW 1962, 1037 (1040); Lenckner, NJW 1967, 1890 (1894); anders die Rechtsprechung zu § 257 a.F. StGB, vgl. etwa RGSt 23, 105 (106 f.); 55, 126; BGHSt 4, 107 (108 ff.); BGH NJW 1958, 1244.

⁶ Otto, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2005, § 57 Rn. 9; Stree (Fn. 2), § 257 Rn. 22.

⁷ Amelung, JR 1978, 227 (232); St. Cramer, NStZ 2000, 246 f.; Geppert, Jura 1980, 327; Mitsch (Fn. 1), § 9 Rn. 51; missverständlich, aber sachlich übereinstimmend Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 257 Rn. 10. Die Position der Rechtsprechung zu § 257 n.F. StGB ist diffus, vgl. einerseits BGH, Beschl. v. 15.12.1999 – 3 StR 448/99, andererseits BGH NStZ 1992, 540 (541).

⁸ Geppert, Jura 1980, 327 (328); Stoffers, Jura 1995, 113 (124).

⁹ Amelung, JR 1978, 227 (232); Geppert, Jura 1980, 327 (328).

¹⁰ So wohl auch St. Cramer, NStZ 2000, 246 (247).

– das Verständnis der Absicht der Vorteilssicherung als *dolus directus* 1. Grades kompensiert also mittels einer Verengung des subjektiven Tatbestandes die durch die Ausgestaltung der Begünstigung als Tätigkeitsdelikt bewirkte Vorverlegung des mit Strafe bedrohten Bereichs.

Schließlich führt die Interpretation des Merkmals der Vorteilssicherungsabsicht i.S. von Vorteilssicherungswissentlichkeit bisweilen zu absurden Ergebnissen, so etwa im folgenden Sachverhalt, dem eine Entscheidung des OLG Düsseldorf zugrunde liegt:

*Fall 17*¹¹: V hat dem G ein wertvolles Gemälde von Macke gestohlen. G bittet seinen „in gewöhnlich gut unterrichteten Kreisen“ wohlbekanntem Freund B, das Bild zurückzukaufen. B hat nach einigen Wochen Erfolg und erwirbt das Bild namens des G für eine ungefähr dem Verkehrswert des Macke entsprechende Summe zurück. B wird bei dem Rückkauf des Bildes ausschließlich von der Absicht motiviert, seinem Freund den Macke wiederzubeschaffen, an dem G sehr hängt; B hält es aber auch für sicher, dass V die beim Rückkauf des Gemäldes übergebene Summe nicht wieder zu nehmen sein wird. Hat sich B aus § 257 Abs. 1 StGB strafbar gemacht?

Hier stellt sich zunächst die Frage, ob die Handlung des B zur Vorteilssicherung objektiv geeignet war – immerhin hat sich V des Vortatvorteils *in corpore* ja begeben, indem er ihn (wenn auch gegen Entgelt) zurückgegeben hat. Daher lässt sich die – unter b) zu beantwortende – Frage, ob ein Rückkauf bzw. ein Rückverkauf eine zu beabsichtigende Vorteilssicherung i.S. des § 257 Abs. 1 StGB ist, zunächst dahin präzisieren, dass geklärt werden muss, ob der im Rückverkauf liegende Schutz gegen *Wiederentziehung* und der gleichzeitig bewirkte Erhalt des wirtschaftlichen Wertes des Gemäldes als sicherungsfähige Vortatvorteile anzusehen sind.¹² Unterstellt man dies an dieser Stelle und hielte man zugleich Wissentlichkeit für die Vorteilssicherungsabsicht für ausreichend, so hätte sich B in der Tat wegen Begünstigung strafbar gemacht – ein absurdes Ergebnis,¹³ an dem die „Einwilligung“ des Vortatgeschädigten G angesichts des von § 257 StGB *auch* intendierten generalpräventiven Schutzes der durch die Vortat verletzten Norm nichts ändert (denn über den aus Gründen der Generalprävention bezweckten Schutz der Vortatnorm kann der Vortatgeschädigte nicht disponie-

ren¹⁴).¹⁵ Das Befremdliche an diesem Ergebnis, nämlich dass eine im Interesse des Vortatgeschädigten vorgenommene Hilfeleistung strafbare Begünstigung wäre,¹⁶ lässt sich aber dadurch vermeiden, dass man für die innere Einstellung des Begünstigers zur mit der Hilfeleistungshandlung zu bewirkenden Vorteilssicherung *dolus directus* 1. Grades fordert, also ein Handeln, das zumindest auch mit der Zielsetzung vorgenommen wird, dem Vortäter zu helfen. Dieser Befund wird bestätigt durch den von der Begünstigung – auch – verfolgten Normzweck, der durch die Vortat verletzte Norm durch Isolierung des Vortäters zur Durchsetzung zu verhelfen; eine solche Isolierung ist aber in Bezug auf den dem Vortatgeschädigten zur Durchsetzung seiner Interessen Verhelfenden präsumtiven Begünstiger gerade nicht angezeigt. Mangels Vorteilssicherungsabsicht ist B in Fall 17 nicht aus § 257 Abs. 1 StGB strafbar.

b) Vorteilssicherungsabsicht bei Rückkauf oder -verkauf an den Berechtigten?

Hoch problematisch ist die bereits oben unter a) zu Fall 17 angerissene Frage, ob Vorteilssicherungsabsicht anzunehmen ist, wenn der präsumtive Begünstiger den Vortatvorteil an den Vortatgeschädigten zurückzuführen trachtet. Oben unter a) (wurde) dargestellt, dass es an der Vorteilssicherungsabsicht fehlt, wenn eine gestohlene Sache ausschließlich im Interesse des Vortäters zurückgekauft wird, weil dann die erforderliche psychische Beziehung des Täters zur Sicherung des Vortatvorteils – *dolus directus* 1. Grades – nicht gegeben ist. Tritt nun aber beim Rückkauf oder -verkauf der Täter „auf beiden Seiten“ auf, also vermittelnd sowohl zugunsten des Vortäters, um diesem die Beute zu „versilbern“ als auch zugunsten des Vortatgeschädigten, um diesem das Tatobjekt der Vortat zurückzverschaffen, oder handelt der Täter gar allein oder vorwiegend in der Absicht, dem Vortäter zu helfen, so kommt es auf die Frage an, ob eine tatbestandliche

¹⁴ Zur Einwilligungsunfähigkeit der Begünstigung „wegen des Schutzes von Allgemeininteressen“ vgl. *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 3. Aufl. 2006, § 257 Rn. 1 a.E.; referierend *Zipf*, JuS 1980, 24 (26).

¹⁵ G hingegen dürfte sich, hätte er den B um den Rückkauf des Gemäldes gebeten, schon wegen des Unrechtsgrundes der Teilnahme auch dann nicht wegen Anstiftung zur Begünstigung (§§ 257 Abs. 1, 26 StGB) strafbar gemacht haben, wenn man für die Vortat *dolus directus* 2. Grades hinsichtlich der Vorteilssicherung ausreichen ließe, weil sich das Hervorrufen des Begünstigungstatentschlusses nicht als eigener Rechts-gutsangriff des durch die Vortat Geschädigten darstellt; denn dieser greift weder ein ihm gegenüber geschütztes Vortat-rechtsgut an noch lässt sich der Rückkauf des Vortatvorteils ohne weiteres als Desavouierung der durch die Vortat verletzten Norm deuten.

¹⁶ Vgl. auch die Einschätzung von *Geerds*, GA 1988, 243 (259 f.): Begünstigung erscheine „kriminologisch [...] als ein ausgeprägt philanthropisches Delikt“ – damit ist aber nur die regelmäßig altruistische Tendenz (zugunsten des Vortäters) des § 257 StGB gemeint, nicht aber, dass Begünstigung auch zugunsten des Vortatgeschädigten begangen werden kann!

¹¹ Vereinfacht nach OLG Düsseldorf NJW 1979, 2320.

¹² Auf beide Faktoren stellte OLG Düsseldorf NJW 1979, 2320 (2321) ab; dort war es allerdings nicht zum Rückkauf gekommen. Entgegen *Geppert*, Jura 1980, 327 (328) ändert die Herbeiführung des Rück(ver)kaufs allerdings nichts an der generellen Eignung der Handlung des B, das Gemälde vor der *Entziehung* zugunsten des Berechtigten zu bewahren.

¹³ Vgl. *Seibert*, NJW 1963, 143 unter Verweis auf die reichsgerichtliche Entscheidung RGSt 40, 15; *Erdsiek*, NJW 1963, 1049, beide zum im Fall der Volkacher „Madonna im Rosenkranz“ gegen Henri Nannen geführten Ermittlungsverfahren wegen sachlicher Begünstigung nach § 257 a.F. StGB.

Sicherung beabsichtigt wird¹⁷, wenn der Begünstiger den Vortatvorteil *in corpore* an den Eigentümer zurückgelangen lassen möchte, zugleich dem Vortäter aber den wirtschaftlichen Wert sichern möchte. Ist also ein im Rückverkauf liegender Schutz gegen *Wiederentziehung* und gleichzeitig bewirkter Erhalt des wirtschaftlichen Wertes des Gemäldes als sicherungsfähig anzusehen? Die heute herrschende Auffassung im Schrifttum¹⁸ und die Rechtsprechung¹⁹ bejahen diese Frage, das RG hatte es (im Hinblick auf § 257 a.F. StGB) noch anders gesehen²⁰.

Die herrschende Meinung stützt ihren Standpunkt, soweit sie ihn überhaupt begründet, maßgeblich auf den Charakter des § 257 Abs. 1 StGB als Restitutionsvereitelungsdelikt. „Wirtschaftlich und wesensmäßig sei es Restitutionsvereitelung“, dass der gesetzmäßige frühere Zustand eben nicht wiederhergestellt werde, wenn der Vortatgeschädigte eine in seinem Eigentum befindlichen Sache („zivilrechtlich widersinnig“) zurückkaufen²¹ und dafür zahlen müsse, obwohl ihm ein Herausgabeanspruch hinsichtlich der Sache zustehe.²² Diese *prima facie* plausible Argumentation ist noch nicht damit widerlegt, dass man in der Rückgabe der Vortatbeute an den Berechtigten gegen Zahlung eines Geldbetrages eine „Restitution rechtmäßiger [...] Besitzverhältnisse“ und den Rückverkaufserlös nicht als sicherungsfähigen Vorteil ansieht,²³ denn dass es auf die Restitution allein des Besitzes an der Vortatbeute und nicht auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ankommt, bedarf gerade der Begründung.

Die herrschende Ansicht verliert aber an Plausibilität, wenn man einen Blick über den Tellerrand des § 257 StGB hinaus wirft und § 259 StGB in der Modalität des „Absetzens“ bzw. der „Absatzhilfe“ berücksichtigt: Nach herrschender Ansicht in der Literatur ist eine Rückveräußerung an den Vortatgeschädigten kein Absatz i.S. des § 259 Abs. 1 StGB,²⁴ wohingegen die Rechtsprechung in derartigen Fällen zwar Absatz bejahete,²⁵ allerdings nur, wenn eine wirtschaftliche Verwertung in Rede stand, die nicht allein den Vortäter bereichern sollte (dieser ist nicht Dritter i.S. des § 259 Abs. 1 StGB)²⁶. Daher unterfällt eine allein im Interesse des Vortäters unternommene Rückveräußerungshandlung nicht dem Absetzen bzw. der Absatzhilfe i.S. des § 259 Abs. 1 StGB (entweder weil nach der Literatur keine rechtswidrige Besitzlage perpetuiert und damit keine Absatzhandlung vorgenommen wird oder weil nach der Rechtsprechung nur der Vortäter und damit keine Dritter i.S.d. bereichert werden soll). Ist mithin die nur im Interesse des Vortäters vorgenommene Rückveräußerung an den Vortatgeschädigten keine Hehlerei, so wäre es widersinnig, gewissermaßen subsidiär auf die Begünstigung zurückgreifen zu können, die den gleichen Strafraumen wie § 259 Abs. 1 StGB aufweist (Geldstrafe oder Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren), obwohl ihm ein den Unrechtstypus subjektiv maßgeblich prägendes Merkmal (die Bereicherungsabsicht) gerade fehlt – wollte man so verfahren, würde man „Hehlerei mit Bereicherungsabsicht [...] mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe“ ahnden „und Hehlerei ohne Bereicherungsabsicht – jetzt Begünstigung genannt – ebenfalls mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe!“²⁷ Die eigenständige Bedeutung des Merkmals der Bereicherungsabsicht erschöpft sich – entgegen seiner Lozierung in § 259 Abs. 1 StGB – bei einer solchen Sichtweise in einer Anwendungsvoraussetzung für die Qualifikation des § 260 StGB (die im Begünstigungsbereich kein Pendant hat). Jedenfalls den einfachen Absatzhehler trifft die gleiche Strafe, handelt er nun mit Bereicherungsabsicht oder ohne (letzterenfalls als Begünstiger). Um die in dem Rückgriff auf § 257 Abs. 1 StGB liegende strafrahmenmäßige Ungereimtheit zu verhindern und zugleich eine bedeutungsmäßige Einebnung der Bereicherungsabsicht zu verhindern, muss somit die allein im Interesse des Vortäters vorgenommene Rückveräußerung an den Vortatgeschädigten aus dem Bereich der von

¹⁷ Teilweise wird das Problem bereits unter dem Gesichtspunkt der Qualität der Tathandlung, dem Hilfeleisten, erörtert, so etwa bei *Stoffers*, Jura 1995, 113 (122 ff.); dort ist es aber fehl am Platz, denn eine bloße, nur eben subjektiv nicht näher spezifizierte Hilfeleistungshandlung liegt vor – schließlich gibt es viele geeignete Arten, einem Vortäter Hilfe zu leisten. Es stellt sich aber die Frage, ob mit einer Hilfeleistung eine Sicherung des Vorteils bezweckt wird; so richtig *Zipf*, JuS 1980, 24 (27).

¹⁸ *St. Cramer* (Fn. 3), § 257 Rn. 22; *Mitsch* (Fn. 1), § 9 Rn. 56; *Stoffers*, Jura 1995, 113 (122 ff.); *Zipf*, JuS 1980, 24 (27).

¹⁹ OLG Düsseldorf NJW 1979, 2320 f.

²⁰ Vgl. RGSt 40, 15 (19 f.) – Rückkauf für den Eigentümer. Allerdings lag das daran, dass nach Auffassung des RG schon die Veräußerung an Dritte (vom Vortatgeschädigten verschiedene Personen) keine mit Sicherungsabsicht vorgenommene Hilfeleistungshandlung sei, weil sicherungsfähig nur der unmittelbare, mit der durch die Vortat erlangten Sache identische Vorteil sei (scil. die gestohlene Sache selbst), vgl. RGSt 59, 129. Anders die Rechtsprechung des BGH (auch schon zu § 257 Abs. 1 a.F. StGB), vgl. BGHSt 2, 362 (363 f.); 23, 360 (361 [obiter]).

²¹ *Geppert*, Jura 1980, 327 (329); anders nun aber ausdrücklich *ders.*, Jura 2007, 589 (594 mit Fn. 48).

²² *Stoffers*, Jura 1995, 113 (123 f.).

²³ So aber *Hoyer*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 52. Lieferung, Stand: August 2001, § 257 Rn. 30 (*Hervorhebung durch Verf.*); ähnlich *Stree* (Fn. 2), § 257 Rn. 24: Der Rückverkauf sei nicht geeignet, „das unmittelbar Erlangte gegen ein Entziehen zu sichern“.

²⁴ *Fischer* (Fn. 7), § 259 Rn. 16; *Stree* (Fn. 2), § 259 Rn. 33; *Stoffers*, Jura 1995, 113 (115); weitere Nachweise bei *Küper*, Strafrecht Besonderer Teil, 7. Aufl. 2008, S. 8.

²⁵ RGSt 30, 401 (402 f.); 54, 124 f.; zustimmend *Zöller/Frohn*, Jura 1999, 378 (384). Ob diese RG-Entscheidungen nach BGHSt 43, 110 noch den Stand der Rechtsprechung repräsentieren, mag hier dahinstehen.

²⁶ Heute herrschende Meinung, vgl. BGH NSZ 1995, 595; *Fischer* (Fn. 7), § 259 Rn. 27 m.w.N.; zur Kontroverse siehe auch *Küper* (Fn. 24), S. 91 f.

²⁷ So *Hruschka*, JR 1980, 221 (224), kursive Hervorhebung dort.

§ 257 Abs. 1 StGB erfassten Sicherungshandlungen ausgenommen werden.²⁸

In der oben unter a) – Fall 17 – problematisierten Konsultation des hinsichtlich des Rückverkaufserlöses nicht absichtlich, aber mit sicherem Wissen vorgenommenen Rückkaufs durch den B scheidet eine Begünstigungsstrafbarkeit des B also nicht erst am Fehlen von *dolus directus* 1. Grades, sondern schon daran, dass sich B gar keine tatbestandsmäßige Vorteilssicherung vorstellte. Zum damit angesprochenen Thema der Qualität des vom Begünstiger zu beabsichtigenden Sicherungseffekts siehe auch sogleich c).

c) *Qualität des beabsichtigten Sicherungseffekts*

Aus dem (auch) restitutionsvereitelnden Charakter des § 257 StGB folgt, dass der vom Begünstiger beabsichtigte Sicherungseffekt nicht, wie der allgemeine Sprachgebrauch vermuten ließe, in der Sicherung vor jeder beliebigen Gefahr bestehen kann, sondern im Schutz gerade des Vortäters vor der Gefahr des Vorteilsverlustes durch erfolgreiche legale Vorteilsrückführung besteht.²⁹ Beabsichtigt der Begünstiger also nicht einen solchen restitutionsvereitelnden Sicherungseffekt, so fehlt es an der Vorteilssicherungsabsicht, etwa dann, wenn der präsumtive Begünstiger den Vortäter nur vor wetterbedingten Beuteverschlechterungen schützen oder Erhaltungsmaßnahmen (etwa Restaurierungen) vornehmen möchte³⁰. Klausurrelevant ist der folgende

Fall 18: T hat dem O ein wertvolles Gemälde von Delacroix gestohlen, den Delacroix in seinem Keller versteckt und sich vorübergehend ins Ausland abgesetzt. Sein eingeweihter Freund B erfährt, dass G, der sehr an dem Delacroix hängt, sich auf die Fährte des T gesetzt hat. Da B befürchtet, dass G in den Keller des T einsteigen wird, um sich das Bild wiederzubeschaffen, holt er das Gemälde aus dem Keller und stellt es in seinem eigenen Keller unter. Strafbarkeit des B nach § 257 Abs. 1 StGB?

In Fall 18 hat B zwar den T vor der Entziehung des Bildes bewahrt, nicht aber vor der vom Schutzzweck des § 257 Abs. 1 StGB einzig erfassten Art der Entziehung, nämlich einer legalen. G hätte trotz eines in Bezug auf das Delacroix-Gemälde bestehenden bürgerlich-rechtlichen Herausgabeanspruchs (§§ 985, 823 Abs. 1 BGB, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 242 StGB) nicht bei T einsteigen dürfen, um sich das Bild zu holen; der von B befürchtete Hausfriedensbruch (§ 123 StGB) des T wäre weder – mangels gegenwärtigen Angriffs – nach § 32 StGB noch – mangels Eilbedürftigkeit – nach § 229 BGB gerechtfertigt. Die von B befürchtete Entziehung des Besitzes stellte im Realisierungsfalle verbotene Eigen-

²⁸ Nahestehend *Hruschka*, JR 1980, 221 (224 f.), der jedoch mit im Übrigen gleichgerichteten Erwägungen bereits die Existenz von sicherungsfähigen Vorteilen in Abrede stellt, wenn die vortatunmittelbare Sache durch Rückverkauf an den Eigentümer zu Geld gemacht werden soll.

²⁹ *Mitsch* (Fn. 1), § 9 Rn. 54.

³⁰ Vgl. *Stree* (Fn. 2), § 257 Rn. 24 m.w.N. und Bsp. aus der Rechtsprechung.

macht gemäß § 858 Abs. 1 BGB dar, weshalb T trotz seines eigenen verboten-eigenmächtigen Verhaltens gegen G aus § 861 Abs. 1 BGB die Wiedereinräumung des (wenn auch deliktisch erlangten) Besitzes verlangen könnte, wogegen der eigenmächtig Handelnde seinen petitorischen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB nicht einwenden könnte, § 863 BGB. Daher stellt sich der von B befürchtete Verlust des Vortatvorteils (Delacroix-Gemälde) nicht als legal dar. Weil § 257 StGB aber nur die justizförmige Rückführung der Vortatvorteile bezweckt, stellt eine Hilfeleistungshandlung, die sich gegen einen inhaltlich illegalen Entzug der Vortatvorteile richtet, keine nach § 257 Abs. 1 StGB strafbare Tat dar. Weil in Fall 18 B nur eine solche illegale Entziehung der Vortatvorteile befürchtet, hat er sich mangels Vorteilssicherungsabsicht nicht nach § 257 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

V. Vortatbeteiligung: Die Reichweite der Strafausschlussklausel des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB

Sehr prüfungsrelevant ist die Strafausschlussklausel des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB, nach der nicht bestraft wird, wer an der Vortat beteiligt war. Im Hinblick auf den ihr unterfallenden Vortatbeteiligtenkreis ist zu differenzieren wie folgt: Die Strafflosigkeit einer selbstbegünstigenden Handlung des Alleintäters der Vortat folgt schon aus § 257 Abs. 1 StGB – deshalb kommt es beim Vortatalleintäter auf § 257 Abs. 3 S. 1 StGB nicht an. Diese *Tatbestandslosigkeit* der Begünstigung gilt aber nicht für Vortatmittäter, siehe schon oben unter I. 2.; ein Vortatmittäter kann nach h.M. tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft einen anderen Vortatmittäter oder -teilnehmer begünstigen. Für diesen Personenkreis kommt es also auf die Strafausschlussklausel des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB an, deren Reichweite und Anwendungsbe- reich in Randbereichen umstritten ist.

1. Strafflosigkeit nach § 257 Abs. 3 S. 1 StGB bei „materiell unrechtserhöhender“ Wirkung der Begünstigungshandlung?

a) Problematisch ist zunächst, ob § 257 Abs. 3 S. 1 StGB auch dann anzuwenden ist, wenn der Täter von qualifizierenden oder gar erschwerend deliktsändernden Umständen der Vortat erst bei der Begünstigungshandlung erfährt. Dazu der folgende

Fall 19: Vortäter V hat einen Raub begangen, sein Freund B dazu Beihilfe geleistet, indem er die Strumpfmasken maßgeschneidert hat. V hat bei der Durchführung des Raubes aber entgegen der Absprache mit B das Opfer O nicht nur mit den Fäusten bedroht (§ 249 StGB), sondern auch eine scharfe und geladene Schusswaffe verwendet. B erfährt davon erst nach der Tat, hilft dem V aber gleichwohl, die Beute vor der Polizei in Sicherheit zu bringen. Strafbarkeit des B nach § 257 Abs. 1 StGB?

B hat zunächst Beihilfe zu einem einfachen Raub geleistet (§ 249, 27 StGB); auf das Beisichführen oder die Verwendung einer Waffe (§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB) bezog sich sein Gehilfenvorsatz nicht. Problematisch ist bezüglich § 257 StGB, ob der Umstand, dass B von den qualifizierenden Umständen der Raubbegehung erst bei seiner Begünsti-

gungshandlung erfahren hat, die Anwendbarkeit des Strafausschlussgrundes des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB unmöglich macht. So sieht es in der Tat die ganz überwiegende Meinung³¹, etwa mit der Begründung, aus § 257 StGB sei zusätzlich zu bestrafen, weil „der Begünstiger im Rahmen der Vortatteilnahme nicht schon für das Unrecht der Tat, deren Vorteile er (nachträglich) sichern hilft, voll einzustehen hat und somit der Gedanke der mitbestraften Nachtat nicht durchgreifen kann“³². Aber diese Begründung ist zirkulär und das von ihr gestützte Ergebnis systematisch-teleologisch zweifelhaft. Ob „der Gedanke der mitbestraften Nachtat nicht durchgreifen kann“, steht ja gerade in Frage; begründen kann man das jedenfalls nicht damit, dass der Begünstiger für die Vortat nicht aus dem erschwerten Delikt bestraft wird, denn bei der Vortatbeihilfe hatte B ja noch keine Kenntnis von den den Raub erschwerenden Umständen. Der Verweis auf die nachträgliche Kenntniserlangung berücksichtigt daher auf Konkurrenzebene einen *dolus subsequens*; pointiert ausgedrückt: Vortatexzesse werden von der herrschenden Meinung „den Beteiligten [scil. der Vortat] infolge § 16 StGB nicht direkt, wohl aber mittelbar in abgeschwächter Form durch restriktive Handhabung des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB zugerechnet“³³. Die eigenständige Tatbestandsvertypung der Begünstigung mit einem festen – und sogar durch den Vortatstrafrahmen nach oben begrenzten (§ 257 Abs. 2 StGB) – Strafrahmen spricht dafür, sie als unabhängiges Delikt und demzufolge ihre Berücksichtigungsfähigkeit auf der Konkurrenzebene als von der nachträglichen Kenntniserlangung ebenfalls unabhängig anzusehen. Anders als die Beihilfe, bei der dem Gehilfen die Haupttat auf der Basis seiner Hilfeleistung und eines entsprechenden Vorsatzes zugerechnet wird, bezieht sich die Tathandlung des § 257 Abs. 1 StGB nicht auf die Vortat, sondern auf deren *Erfolg*. Und dieser verändert sich nicht dadurch, dass der Täter nachträglich von der Art und Weise seiner Herbeiführung Kenntnis erlangt. Für eine konkurrenzrechtliche Einschränkung des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB gibt schließlich auch dessen Wortlaut (Art. 103 Abs. 2

GG) nichts her.³⁴ In Fall 19 ist B somit nicht zusätzlich aus § 257 Abs. 1 StGB strafbar.

b) Anders liegt es dort, wo die Hilfeleistung des Vortatbeteiligten sich quantitativ auf mehr oder qualitativ auf einen anderen Gegenstand als den der Vortat bezieht. Dort wird zusätzliches, an einem anderen Tatobjekt manifestiertes Unrecht in die Welt gesetzt, so dass § 257 Abs. 3 S. 1 StGB nicht einschlägig ist.

Beispiel: V hat bei einem Einbruchdiebstahl 20 Farbfernseher gestohlen, beim Abtransport von fünf dieser Farbfernseher hat B ihm geholfen (§§ 242, 243, 27 StGB). Später stellt B sämtliche 20 Fernseher in seiner Garage unter, um die Beute vor der die Wohnung des V durchsuchenden Polizei in Sicherheit zu bringen. – Im Hinblick auf 15 Farbfernseher, auf die sich die Vortatbeihilfe nicht bezog, hat B im Sinne des § 257 Abs. 1 StGB Hilfe geleistet, insofern ist § 257 Abs. 3 S. 1 StGB unanwendbar und B strafbar aus § 257 Abs. 1 StGB.

2. Strafflosigkeit nach § 257 Abs. 3 S. 1 StGB bei verjährter Vortat?

a) Zu den umstrittensten Problemen im Zusammenhang mit § 257 Abs. 3 S. 1 StGB gehört die Frage, ob die Norm auch dann Anwendung findet, ob also der Begünstiger bzw. Begünstigungsbeteiligte nicht bestraft werden kann, wenn die Vortat verjährt ist. Zur Verdeutlichung

Fall 20: V hat im Jahr 2002 einen Diebstahl begangen, bei dem er ein wertvolles Gemälde von Magritte erbeutet hat; B hat ihm dazu Beihilfe geleistet. Im Jahr 2005 bekommt B Wind davon, dass bei V eine Hausdurchsuchung geplant ist. Er stellt deshalb den Magritte bei sich unter. Im Jahr 2008 fliegt die Sache auf. Staatsanwalt S hält die Beihilfe des B zum Diebstahl für verjährt und will B deshalb wegen Begünstigung anklagen. Zu Recht?

Abwandlung: Wie oben, nur hat V den Magritte schon 1998 gestohlen. Diebstahlsgelilfe B stellt den Magritte 2005 bei sich unter.

S hat im Ausgangsfall 20 insoweit Recht, als er davon ausgeht, dass die Diebstahlbeihilfe des B nicht mehr verfolgt werden kann; insofern ist Verfolgungsverjährung eingetreten, § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB. Die (tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaft) Begünstigung des B verjährt allerdings erst 2010 (ebenfalls nach § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB). Damit kann einer Strafbarkeit des B nur noch § 257 Abs. 3 S. 1 entgegenstehen; ob dieser bei einer verjährten Vortat Anwendung findet, ist umstritten und hängt davon ab, wie man die Norm des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB konkurrenzdogmatisch einordnet und wie man den in dieser Norm enthaltenen Begriff „strafbar“ interpretiert. Legt man ihn so aus, dass der Vortatbeteiligte auch wegen der Vortat konkret strafbar sein muss, so steht einer Begünstigungsstrafbarkeit auch bei ver-

³¹ BGH bei *Holtz*, MDR 1981, 451; *Altenhain*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, Bd. 2, § 257 Rn. 35; *St. Cramer* (Fn. 3), § 257 Rn. 31; *Fischer* (Fn. 7), § 257 Rn. 5; *Stree* (Fn. 2), § 257 Rn. 32a; ablehnend *Schneider*, Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips auf der Basis eines generalpräventiv-funktionalen Schuldmodells, 1991, S. 172 ff.; erheblich einschränkend auch *Hoyer* (Fn. 23), § 257 Rn. 33, der nur die Unrechtsdifferenz zwischen Vortat und Begünstigung im Rahmen der Begünstigung berücksichtigen möchte. Wie das bei Beteiligung am Grundtatbestand und nachträglicher Kenntniserlangung von *unselbständig*-qualifizierenden Umständen möglich sein soll, ist indes unerfindlich.

³² *Ruß*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 2005, § 257 Rn. 21.

³³ So *Schneider* (Fn. 31), S. 173.

³⁴ Vgl. aber *Seel*, Begünstigung und Strafv ereitelung durch Vortäter und Vortatteilnehmer, 1999, S. 85 ff., der für eine restriktive Auslegung der Subsidiaritätsklausel plädiert.

jährter Vortatbeteiligung nichts im Wege;³⁵ stellt man mit weiten Teilen der Literatur hingegen auf eine abstrakte Strafbarkeit im Sinne der materiellrechtlichen Strafbarkeitsvoraussetzungen Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld ab, so liegen diese Voraussetzungen des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB auch bei einer verjährten Vortat vor, so dass aus der Begünstigung keine Bestrafung mehr erfolgen kann.³⁶

Für die Nichtanwendbarkeit des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB und damit für Begünstigungsstrafbarkeit aus § 257 Abs. 1 StGB wird vorgebracht, die Norm basiere konkurrenzrechtlich nicht auf dem – bisher auch hier zugrunde gelegten – Gedanken der mitbestraften bzw. straflosen Nachtat,³⁷ sondern auf dem der formellen Subsidiarität der Begünstigung gegenüber der Vortatbeteiligung.³⁸ Aus dieser Einordnung, der eine bloße gesetzgeberische Opportunitätsentscheidung zugrunde liege, folge, dass ein Rückgriff auf formell subsidiäre Strafnorm zulässig sei, wenn die Bestrafung aus der primären (d.h. aus der Vortatnorm) an einem Verfahrenshindernis wie der Verjährung scheitert, weil mit dem Wegfall des Opportunitätsgrundes dann das Strafbedürfnis wiederauflebe.³⁹ Gegen die Einordnung als mitbestrafte Nachtat wenden die Vertreter der für ein Wiederaufleben der Strafbarkeit bei Vortatverjährung plädierenden Ansicht vor allem ein, dass sie sich mit der Unterschiedlichkeit der Schutzobjekte von Vortat und Begünstigung nicht vereinbaren lasse, die bei letzterer (auch) in der Stärkung der generalpräventiven Wirkung der Vortatnorm gesehen wird.⁴⁰ Von einer „Bewertungseinheit zwischen Primär- und Nachtat, der zufolge nicht die eine Strafe die andere verdränge, sondern die Primärtat letztlich die allein maßgebliche Bewertungsgrundlage für das Gesamtgeschehen darstelle“⁴¹, könne bei unterschiedlicher Schutzrichtung von Vor- und Nachtat nicht die Rede sein.

³⁵ So *Altenhain* (Fn. 31), § 257 Rn. 35; *Mitsch* (Fn. 1), § 9 Rn. 61; *Blei*, JA 1974, 28.

³⁶ *St. Cramer* (Fn. 3), § 257 Rn. 31; *Fischer* (Fn. 7), § 257 Rn. 12; *Geppert*, Jura 1994, 441 (444) unter Aufgabe seiner in Jura 1980, 327 (330) geäußerten Gegenauffassung; *Hoyer* (Fn. 23), § 257 Rn. 32; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, 26. Aufl. 2007, § 257 Rn. 8; *Stree* (Fn. 2), § 257 Rn. 31; *ders.*, JuS 1976, 137 (138 f.).

³⁷ Bisweilen ist auch von einem auf dem Gedanken der mitbestraften Nachtat beruhenden persönlichen Strafausschlussgrund zu lesen, vgl. etwa *Ruß* (Fn. 32), § 257 Rn. 21; *Wolter*, GA 1996, 207 (222); sachlich ändert sich dadurch nichts.

³⁸ *Altenhain* (Fn. 31), § 257 Rn. 35; *Seel* (Fn. 34), S. 80 ff.; für Subsidiarität auch *Miehe*, in: Festschrift für Richard Honig zum 80. Geburtstag, 1970, S. 91 ff. (S. 127 ff.).

³⁹ *Altenhain* (Fn. 31), § 257 Rn. 35; ausführlich *Seel* (Fn. 34), S. 84 f.; von mitbestrafter Nachtat ausgehend, aber sonst übereinstimmend *Mitsch* (Fn. 1), § 9 Rn. 61 sowie *Geppert*, Jura 1980, 327 (330); anders aber nun *ders.*, Jura 1994, 441 (444).

⁴⁰ *Altenhain* (Fn. 31), § 257 Rn. 33, 5 f.; *Seel* (Fn. 34), S. 79 f.

⁴¹ So wörtlich *Geppert*, Jura 1994, 441 (444); vgl. allgemein zur Problematik der Bestrafung aus der Nachtat bei einer verjährten oder sonst nicht verfolgbarer Vortat (bejahend) BGHSt 38, 366 (368 f.); dazu (ablehnend) *Geppert*, JK 1993

Aber die Betonung der – angeblich – andersartigen Schutzrichtung der Begünstigung gegenüber der Vortat greift zu kurz. Das gilt allemal, wenn man mit der hier vertretenen Auffassung als von § 257 StGB geschütztes Rechtsgut neben dem durch die Vortat beeinträchtigten Rechtsgut und der im Hinblick auf dieses mit einer beschränkten Restitutionsberechtigung versehenen Rechtspflege auch die generalpräventive Wirkung der Vortatnorm mit Blick für die Zukunft ansieht; denn dann verfolgt die durch § 257 Abs. 3 S. 1 StGB in ihrer Anwendung gesperrte Begünstigung ja zumindest auch den Zweck der der Vortatnorm immanenten Verhaltensnorm. Der darüber hinausgehende zukunftsorientierte Zweck der Verhinderung weiterer der Vortat vergleichbarer Taten tritt nur anlässlich der Vortatbegehung auf den Plan, stellt von dieser Warte aus gesehen einen unselbständigen Normzweck dar und ist als solcher nicht geeignet, die Bewertungseinheit von Vor- und Nachtat zu zerreißen: Gerade weil die Begünstigung im Hinblick auf das von ihr geschützte Rechtsgut und ihren Normzweck zur Vortat „teilakzessorisch“ ist, kann, sobald qua Verjährung normrelevante Gesichtspunkte der Vortat nicht mehr betroffen sind (materiellrechtliche Verjährungskomponente) bzw. aus Gründen des Rechtsfriedens die Vortat nicht mehr verfolgt werden soll (prozessuale Verjährungskomponente), allein der – nur vermeintlich noch bestehende – Normzweck der generalpräventiven Stärkung der Vortatnorm ein Wiederaufleben der Strafverfolgung nicht rechtfertigen.

Daher kann die Argumentation mit einer andersartigen Schutzrichtung der Begünstigung selbst dann eine Bestrafung aus § 257 Abs. 1 StGB nicht rechtfertigen, wenn man der Begünstigung – unzutreffender Weise – *allein* die Stärkung der generalpräventiven Wirkung der Vortatverhaltensnorm als Normzweck unterschiebt. Denn auch dann gälte es erst zu begründen, dass generalpräventive Erwägungen auch bei verjährter Vortat eine Verfolgung der Nachtat erfordern; und dafür sind keine Gründe ersichtlich.⁴² Als konkurrenzendogmatischer Ausgangspunkt verdient danach die überwiegende Ansicht den Vorzug, wonach die enge tatbestandliche und strafzumessungsmäßige Anbindung der Begünstigung an die Vortat diese bei Begehung sowohl der Vortatbeteiligung als auch der Begünstigung zu einer Bewertungseinheit (mitbestrafte Nachtat) zusammenschweißt.

Zugleich ist damit entschieden, dass bei Kategorisierung der Begünstigung gegenüber der Vortatbeteiligung als mitbestrafte Nachtat vom Normzweck des § 257 Abs. 1 StGB her

StGB Vor § 52/3; *ders.*, Jura 1982, 429; *Stree* (Fn. 2), Vor § 52 Rn. 116; i.S. der Rspr. aber *Otto*, Jura 1994, 276.

⁴² Auch *Seel* (Fn. 34), S. 81 f., gibt keine positive Erklärung dafür, dass bei einer verjährten Vortat eine Bestrafung aus § 257 generalpräventiv erforderlich ist, sondern setzt sich nur mit einer sinnvollen Erklärung des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB als formeller Subsidiaritätsklausel auseinander, indem er die Stimmigkeit der Norm *im Normalfall* mit einer Abschwächung des Rechtsgutsangriffs erklärt. Aber das ist angesichts der Strafrahmenbindung nach § 257 Abs. 2 StGB sowie der eigenständigen Tatbestandsvertypung des § 257 Abs. 1 StGB wenig plausibel.

kein Anlass dafür besteht, durch strafrechtliche Ahndung der Nachtat das durch die Verjährung klar gewordene Wasser des Rechtsfriedens erneut zu trüben. Insbesondere wird die Verhaltensnorm des § 257 Abs. 1 StGB nicht dadurch in ihrer Geltung suspendiert, dass die Tat auf Konkurrenzebene und damit erst auf Ebene der Sanktionsnorm von der Verfolgung wegen Vortatverjährung ausgenommen würde. Die bisweilen allgemein – betreffend das Verhältnis einer verjährten Vortat zur Nachtat – geäußerten Bedenken, es gebe keinen Anlass, die Strafbewehrung zurückzunehmen, solange ein Restitutionsanspruch besteht⁴³, sind daher gleich doppelt unplausibel: Zum einen ist die Wirkkraft einer Nachtatpönalisierung gegenüber Vortatbeteiligten gering⁴⁴; zum anderen müssten, wollte man dem Einwand der Gegenansicht vollinhaltlich Rechnung tragen, die strafrechtlichen Verjährungsfristen denen des Zivilrechts angepasst werden. Nicht alles, was einmal bestraft werden konnte, muss strafbar bleiben oder es gar wieder werden, solange das Zivilrecht die Folgen der Vortat rückgängig machen kann. Das zeigt die Abwandlung von Fall 20: Der Diebstahl und auch die Beihilfe waren bereits im Jahr 2003 verjährt. Nach der Begünstigung des B lief die Verjährungsfrist abermals fünf Jahre bis 2010. Dass nach Verstreichen der kompletten Verjährungsfrist wieder das Strafrecht auf den Plan gerufen wird, stört den Rechtsfrieden weit nachhaltiger als dass der Vortatgeschädigte – der ja nicht rechtlos steht! – seine Rechte nur noch mit den Mitteln des Zivilrechts durchsetzen kann.

Schließlich erfordert die Beachtung des Wortlauts des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB besondere Aufmerksamkeit: Während sich zum Verhältnis einer verjährten Vortat(beteiligung) zur Nachtat anderswo bislang „nur“ Dogmatik gebildet hat, gibt hier das Gesetz in der Strafausschlussklausel des Abs. 3 S. 1 einen deutlichen Fingerzeig: Davon, dass die staatliche Strafberechtigung auch durchsetzbar sein muss, steht in § 257 Abs. 3 S. 1 StGB nichts zu lesen – es heißt dort „strafbar ist“ und nicht etwa: „bestraft worden ist“ oder gar „noch bestraft werden kann“. Eine andere Lesart stellt jedenfalls im Bereich des § 257 StGB verbotene Analogie *in malam partem* dar (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB).⁴⁵

⁴³ Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 31), Vor § 52 Rn. 34.

⁴⁴ Zu diesem Aspekt Otto, in: Warda/Waider/von Hippel/Meurer (Hrsg.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, 1976, S. 197 ff. (S. 214); Gropp, Deliktstypen mit Sonderbeteiligung, 1992, S. 274; Wolter, JuS 1982, 343 (348).

⁴⁵ So auch Schneider (Fn. 31), S. 171 f. – Der flankierende Verweis Schneiders auf die andernfalls fehlende verhaltensleitende Bestimmungsfunktion (scil. die Verhaltensnorm) des Strafrechts geht indessen fehl: Die Bestimmungsfunktion des § 257 Abs. 1 StGB wird durch Erwägungen auf Konkurrenzebene nicht im Mindesten tangiert, denn § 257 Abs. 3 S. 1 StGB betrifft erst die Sanktionsnorm bei der an den Rechtsanwender zu stellenden Frage, ob im konkreten Einzelfall aus § 257 Abs. 1 StGB bestraft wird. Der Verhaltensappell des § 257 Abs. 1 StGB wird durch Abs. 3 S. 1 also nicht geschwächt oder verunklart. Daher kann und muss „der Täter

Nach alledem verdient die Ansicht des herrschenden Schrifttums den Vorzug, wonach bei Verjährung der Vortat § 257 Abs. 3 S. 1 StGB anzuwenden ist mit der Folge, dass in Fall 20 – und erst Recht in der Abwandlung – B nicht wegen Begünstigung bestraft werden kann, weil eine strafbare (nur eben nicht per Strafe konkret sanktionierbare) Vortatbeteiligung gegeben ist.

b) Beruht § 257 Abs. 3 S. 1 StGB somit auf dem Gedanken der mitbestraften Nachtat, so besteht jedenfalls dahin Einigkeit, dass § 257 Abs. 3 S. 1 StGB dann nicht anzuwenden ist und demzufolge der Vortatbeteiligte wegen Begünstigung bestraft werden kann, wenn er bei der Begehung der Vortat ohne Schuld gehandelt hat, also etwa im unvermeidbaren Verbotsirrtum (§ 17 S. 1 StGB) oder im Zustand der Schuldunfähigkeit. Denn dann scheidet – anders als oben bei der verjährten Vortat – eine Bestrafung nicht erst aus prozeduralen Gründen, sondern bereits daran, dass der Vortatbeteiligte nicht i.S. des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB „strafbar“ ist. Problematisch und klausurträchtig ist in diesem Zusammenhang das Zusammenspiel von (möglicherweise) fehlender Vortatschuld und Verjährung der Vortat. Dazu

Fall 21: V hat bei einem Wohnungseinbruchsdiebstahl im Jahre 1990 ein wertvolles Gemälde von Gauguin erbeutet; dabei hat ihm B Beihilfe geleistet, indem er V das Einbruchswerkzeug geliefert hat. V möchte den Gauguin in seinem Keller stehen lassen, bis „Gras über die Sache gewachsen“ ist. Im Jahre 2002 bekommt B Wind davon, dass in der Wohnung und dem Keller des V eine Durchsuchung geplant sind. Gerade noch rechtzeitig stellen B und V den Gauguin bei B unter. B war bei der Lieferung des Einbruchswerkzeugs und der Tat infolge einer schweren Konversionsneurose schuldunfähig (§ 20 StGB). Hat sich B aus § 257 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, indem er den Gauguin in seinem Keller untergestellt hat?

Abwandlung: Wie oben, nur war B möglicherweise schuldunfähig, möglicherweise aber auch schuldfähig. Ändert sich dadurch etwas am Ergebnis?

Im Ausgangsfall 21 besteht das Rechtsproblem darin, dass B bei der Beteiligung an der Vortat im Wege der Beihilfe schuldunfähig war, die schuldlose Vortat aber zugleich verjährt ist. In solchen Fällen – entsprechend dem allgemein anerkannten Grundsatz, dass die Strafbarkeit der Nachtat wiederauflebt, wenn aufgrund materiellrechtlicher Mängel (z.B. Schuldlosigkeit, Nichterweislichkeit, siehe auch unter 3.) aus der Vortat nicht bestraft werden kann⁴⁶ – ist ein Rückgriff auf die Nachtat und damit Bestrafung aus § 257 Abs. 1 StGB nach einhelliger Auffassung „im Prinzip“ zulässig; es stellt sich aber die Frage, wie sich die in diesem Fall hinzutretende Verjährung auswirkt. Auf den ersten Blick

als Adressat der Strafbestimmung“ sein Verhalten unabhängig vom Eingreifen des Abs. 3 S. 1 an § 257 Abs. 1 StGB, der im Zeitpunkt des Handlungsvollzugs gilt, ausrichten.

⁴⁶ Rissing-van Saan, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 52 Rn. 162 m.w.N. in Fn. 554.

scheint es auf die Verjährung der Vortat nicht anzukommen, denn B ist in Bezug auf die Vortatbeteiligung ja bereits aus materiellrechtlichen und damit deliktssystematisch vorrangigen Gründen straflos. Da sich in Bezug auf die Nachtat des § 257 Abs. 1 StGB – die, wie oben unter a) gesehen, in ihrer Strafbarkeit von der Vortatverjährung abhängt – aber das Verhältnis von Schuld und Verjährung gleichsam „umkehrt“ und für den Begünstiger die Vortatverjährung günstiger ist als die Schuldlosigkeit bei der Vortat, kann es sich für den Begünstiger nicht verschlechternd auswirken, dass hinsichtlich der Vortatbeteiligung zum Straflosigkeitsgrund der Verjährung auch noch die Schuldlosigkeit der Vortatbeteiligung hinzukommt. Im Ausgangsfall 21 ist also der Umstand, dass B bei der Vortat schuldunfähig war, außer Betracht zu lassen; wegen der Vortatbeteiligung und trotz ihrer Verjährung greift § 257 Abs. 3 S. 1 StGB, so dass B aus § 257 Abs. 1 StGB nicht mehr bestraft werden kann.⁴⁷

In der Abwandlung zu Fall 21 steht die Strafbarkeit aus der Vortatbeihilfe wegen möglicherweise fehlender Schuld nicht fest; sicher ist aber Verjährung eingetreten. In solchen Fällen greifen die zum Ausgangsfall erarbeiteten Grundsätze erst Recht; weil bei möglicherweise fehlender Vortatschuld eindeutig aus § 257 Abs. 1 StGB zu verurteilen wäre (unter 3.), kommt es darauf an, ob dem § 257 Abs. 3 S. 1 StGB entgegensteht. Das ist nach den Ausführungen zum Ausgangsfall und oben unter a) der Fall. B kann also auch in der Abwandlung wegen § 257 Abs. 3 S. 1 StGB nicht aus § 257 Abs. 1 StGB bestraft werden.

3. Nicht zweifelsfrei erwiesene Vortatbeteiligung bei feststehender erwiesener Begünstigungshandlung

a) Grundsätzliches: Postpendenzfeststellung und § 257 Abs. 3 S. 1 StGB

Problematisch und auch schon Gegenstand von Klausuren beider Staatsexamina gewesen ist die Konstellation, dass die Vortatbeteiligung des Begünstigers bzw. des an der Begünstigung Beteiligten nicht erwiesen ist, wohl aber die Begünstigung selbst. In einer solchen Situation hängt an sich die Bestrafung des Begünstigers aus § 257 Abs. 1 StGB davon ab, dass er an der Vortat nicht beteiligt ist; denn andernfalls griffe ja auf Konkurrenzebene der persönliche Strafausschlussgrund des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB. Dazu

Fall 22: V hat einen Einbruchsdiebstahl begangen; ob B daran mittäterschaftlich beteiligt war, lässt sich in der Hauptverhandlung nicht klären. Fest steht aber zur Überzeugung des Gerichts, dass B den V nach gelungenem „Bruch“ mit der Beute, einem wertvollen Gemälde von Degas, ins Ausland gefahren hat. Wie wird das Gericht den B verurteilen?

Wie immer bei Sachverhaltsungewissheiten sind die einzelnen Sachverhaltsalternativen für sich zu prüfen. Daraus folgt, dass in der ersten Sachverhaltsalternative – B war mittäterschaftlich an der Vortat beteiligt – B wegen Diebstahls in

einem besonders schweren Fall in Mittäterschaft zu verurteilen ist; eine Verurteilung wegen Begünstigung scheitert an § 257 Abs. 3 S. 1 StGB. In der zweiten Sachverhaltsalternative hingegen – B war nicht an der Vortat, dem Diebstahl des Degas, beteiligt – steht § 257 Abs. 3 S. 1 StGB mangels Vortatbeteiligung einer Verurteilung des B wegen Begünstigung nicht entgegen. Betrachtet man die einzelnen Sachverhaltsalternativen jeweils für sich, so wäre nach dem Grundsatz *in dubio pro reo* B freizusprechen, weil ihm keiner der in Betracht kommenden Lebenssachverhalte mit der notwendigen Sicherheit im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 261 StPO) nachgewiesen werden kann. Aber damit würde im Ergebnis so getan, als hätte sich B weder nach der einen noch nach der anderen Seite hin strafbar gemacht.⁴⁸ Zu erwägen ist deshalb eine wahlweise Verurteilung des B „wegen Diebstahls oder Begünstigung“ nach den Grundsätzen der ungleichartigen Wahlfeststellung. Diese ist bei einer mehrdeutigen Tatsachengrundlage (mehrere in Betracht kommende Sachverhalte) dann möglich, wenn die sich aus den Sachverhaltsalternativen ergebenden Tatbestände „rechtsethisch und psychologisch vergleichbar“⁴⁹ sind und das Gericht sicher ist, dass auf der Grundlage des einen oder des anderen Lebenssachverhalts der eine oder andere Straftatbestand volldeliktisch erfüllt ist; der BGH hat diese Frage in einem ähnlich gelagerten Sachverhalt bejaht und sich dabei auf die Ähnlichkeit der durch die §§ 242, 257 StGB geschützten Rechtsgüter berufen; durch die Begünstigung werde der durch den Vortatdiebstahl „angerichtete Vermögensschaden unmittelbar verstärkt und vertieft.“⁵⁰ Im Hinblick darauf, dass § 257 StGB auch das Unterlaufen des staatlichen Isolierungsinteresses bezüglich des Vortäters aus Generalpräventionsgründen pönalisiert, lässt sich (insbesondere die rechtsethische) Vergleichbarkeit gleichwohl mit guten Gründen bestreiten, aber auch Vergleichbarkeit unter Verweis auf die Ähnlichkeit zwischen § 257 StGB und der Vortatbeihilfe bejahen; aber auf die Frage der Vergleichbarkeit kommt es nicht an, wenn trotz der Sachverhaltsunklarheit in Fall 22 eine eindeutige Verurteilung des B aus § 257 Abs. 1 StGB möglich ist, denn eine eindeutige Verurteilung ist gegenüber der wahldeutigen logisch vorrangig. In Fällen wie dem vorliegenden ermöglicht das Institut der Postpendenzfeststellung eine solche eindeutige Verurteilung. Anders als in den durch wechselseitige Sachverhaltsungewissheit („Entweder Sachverhalt A oder Sachverhalt B“) gekennzeichneten typischen Wahlfeststellungsfällen steht in Fall 22 nämlich fest, dass B dem V tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft Hilfe geleistet hat; erst auf Konkurrenzebene stritte im – nicht feststehenden – Fall der Vortatbeteiligung des B ein persönlicher Strafausschlussgrund dafür, B wegen Begünstigung

⁴⁸ Geppert, Jura 1994, 441 (445).

⁴⁹ Nachweise bei Rudolphi/Wolter, in: Rudolphi u.a. (Fn. 23), Anhang zu § 55 Rn. 31.

⁵⁰ BGHSt 23, 360 (361, *Hervorhebung durch Verf.*) unter Berufung auf die Vergleichbarkeit der §§ 242, 259 StGB einerseits sowie der §§ 259, 257 StGB andererseits, die auf eine hinreichende Ähnlichkeit der §§ 242, 257 StGB schließen lasse.

⁴⁷ So auch Hoyer (Fn. 23), § 257 Rn. 32; Stree (Fn. 2), § 257 Rn. 32; zweifelnd St. Cramer (Fn. 3), § 257 Rn. 31 mit Fn. 148.

nicht zu bestrafen. Es liegt mithin anders als in den Wahlfeststellungsfällen, in denen „doppelte Sachverhaltensungewissheit“ besteht, ein Fall nur einseitiger Sachverhaltensungewissheit vor – allein unklar ist, ob B bei dem Diebstahl beteiligt war. Diese „einseitige Sachverhaltensungewissheit“ hat, so könnte man sagen, eine „doppelte Rechtsnormungsgewissheit zur Folge“⁵¹ (§ 242 StGB oder § 257 StGB). Dieses Problem wird nach ganz herrschender Meinung nicht im Wege wahldeutiger Verurteilung gelöst (also nicht etwa: „B ist schuldig des Diebstahls oder der Begünstigung“), sondern durch eindeutige Verurteilung wegen Begünstigung („B ist schuldig der Begünstigung“). Der Grund liegt darin, dass das möglicherweise erfüllte Vortatverhalten – wenn es denn erfüllt wäre – ein zusätzlicher Unrechtsvorwurf wäre, der *in dubio pro reo* dem B nicht zum Vorwurf gemacht werden darf, andererseits aber auch nicht gemäß § 257 Abs. 3 S. 1 StGB im Hinblick auf das eindeutig schuldhaft verwirklichte Begünstigungsunrecht entlastend wirken darf.⁵² Wirkt der im Hinblick auf die Vortat bestehende Beweismangel sich lediglich im Konkurrenzbereich aus (sog. „konkurrenzenrelevante“ Postpendenz), so besteht kein Anlass, die nicht erwiesene Tat auch dann gegenüber der (an sich mitzubestrafen) Nachtatbegünstigung konsumierend wirken zu lassen, wenn das an sich konsumierende Delikt nicht erwiesen ist. In Fall 22 kann das Gericht bei der Beurteilung des feststehenden Nachtatsachverhalts und der in Betracht kommenden Begünstigungsstrafbarkeit des B somit außer Betracht lassen, dass B möglicherweise Mittäter der Diebstahlvortat war; es wird den B eindeutig wegen Begünstigung verurteilen.

b) Postpendenzfeststellung und Schlechterstellungsverbot gemäß § 257 Abs. 2 StGB – zur strafzumessungsrechtlichen Bedeutung des Zweifelssatzes bei eindeutiger Verurteilung wegen Begünstigung

Den mit der Rechtsfigur der Postpendenz verbunden Problemen im Hinblick auf den Zweifelssatz und den Abgrenzungsschwierigkeiten zur Wahlfeststellung kann an dieser Stelle selbstverständlich nicht im Detail nachgegangen werden,⁵³ klarstellend erwähnt sei nur, dass im hier zu besprechenden Fall der sog. „konkurrenzenrelevanten“ Postpendenz keineswegs der Grundsatz *in dubio pro reo* unterlaufen wird, indem bei der Prüfung der Begünstigungsnachtat *contra reum* die Annahme unterstellt wird, der Begünstiger sei nicht Vortatbeteiligter gewesen. Eine solche aktive Unterstellung findet überhaupt nicht statt; es wird nur die Möglichkeit der Vortatbeteiligung gedanklich außer Betracht gelassen. Der Grundsatz *in dubio pro reo* zwingt nämlich nicht dazu, bei der Nachtatprüfung zu unterstellen, dass der Begünstiger die konsumierende Vortat begangen hat, wohingegen bei der Vortatprüfung das Gegenteil zugrunde gelegt wird; der Zweifelssatz fordert nur, dass das im Hinblick auf die Vortat bestehende *non liquet* dem Angeklagten nicht zum Nachteil

gereicht,⁵⁴ und das wäre nur der Fall, wenn das *non liquet* bei der Beurteilung der Vortat als Grundlage einer Verurteilung herangezogen würde. Dass es bei der Beurteilung der Nachtat unbeachtet bleibt, bedeutet jedenfalls dann keinen Nachteil, wenn der Begünstiger „in Konsequenz der ungeklärten Beweislage aus dem jedenfalls erwiesenen Folgesachverhalt wegen eines Delikts verurteilt wird, dessen Unrechts- und Schuldgehalt bei festgestellter Vortat durch deren Bestrafung mitabgegolten würde“⁵⁵. Der Gedanke der mitbestraften Nachtat (Konsumtion), auf dem § 257 Abs. 3 S. 1 StGB beruht, greift nicht ein, wenn die Bewertungseinheit des § 257 Abs. 3 S. 1 zerrissen ist; doch ist genau das der Fall, lässt sich nicht klären, ob die Vortat nicht (oder nicht schuldhaft) begangen wurde.

Bei der Begünstigung ist positivrechtlich in § 257 Abs. 2 StGB, der eine Bindung des Begünstigungsstrafrahmens an den der Vortat normiert, geregelt, dass eine Schlechterstellung des Begünstigers und möglichen Vortatbeteiligten bei einer eindeutigen Verurteilung aus § 257 Abs. 1 StGB nicht erfolgen kann (ausführlich unten IX.). Der in dieser Norm zum Ausdruck kommende Grundgedanke kann nach dem Grundsatz *in dubio pro reo* trotz eindeutiger Verurteilung zu beachten sein. Beispielhaft

Fall 23: Es kann nicht geklärt werden, ob B Beihilfe zu einer Unterschlagung (§ 246 Abs. 1 StGB) des V geleistet hat. Sicher zu Überzeugung des erkennenden Gerichts steht aber fest, dass B das von V unterschlagene Fabergé-Ei vor der Polizei versteckt hat, um es dem V zu erhalten. Aus welchem Strafraum ist B zu verurteilen?

Hier besteht das Problem, dass das erkennende Gericht, verurteilt es entsprechend den obigen Ausführungen den B eindeutig aus § 257 Abs. 1, die Strafe aus einem Delikt mit höherer Strafobergrenze (§ 257 Abs. 1 StGB: fünf Jahre; §§ 246 Abs. 1, 27 Abs. 1, 2, 49 Abs. 1 Ziff. 2 StGB: 2 Jahre und drei Monate) als der der Vortat zumessen müsste; damit das nicht geschieht, ist in derartigen Fällen der Postpendenzfeststellung § 257 Abs. 2 StGB – der direkt nur die Anbindung des Begünstigungsstrafrahmens an den der Vortat, also an den eines vom Vortäter *sicher* begangenen Delikts regelt – analog anzuwenden. In Anwendung dieses Gedankenschritts beträgt die Höchststrafe für B also – zunächst – maximal drei Jahre (§§ 257 Abs. 2, 246 Abs. 1 StGB).

In einem darauf folgenden zweiten Gedankenschritt ist stets zu fragen, ob die Strafe des wegen Begünstigung eindeutig Verurteilten individuell noch milder hätte ausfallen müssen. Wäre der Strafraum des eindeutig aus § 257 Abs. 1 StGB Verurteilten bei erwiesener Vortatbeteiligung

⁵¹ So die terminologische Unterscheidung bei Küper, in: Warda/Waider/von Hippel/Meurer (Fn. 44), S. 65 ff. (S. 73).

⁵² Geppert, Jura 1994, 441 (446); Richter, Jura 1994, 130 (133).

⁵³ Einführend zu Wahl- und Postpendenzfeststellung jüngst Norouzi, JuS 2008, 17, 113.

⁵⁴ Vgl. Küper (Fn. 51), S. 76 f. mit Fn. 57 (gegen Deubner, JuS 1962, 21, der davon ausgeht, dass Gericht müsse wegen des Zweifelssatzes bei der Prüfung des Nachtat die für den Täter günstigen Umstände berücksichtigen); klärend auch Küper, Probleme der Hehlerei bei ungeklärter Vortatbeteiligung, 1989, S. 12 ff.: „Durchbrechung (Begrenzung)“ des Prinzips *in dubio pro reo*.

⁵⁵ So Küper (Fn. 51), S. 77.

gemäß § 27 Abs. 2 S. 2 StGB oder gemäß § 28 Abs. 1 StGB bzw. aufgrund einer Tatbestandsverschiebung nach § 28 Abs. 2 StGB gegenüber der des Vortäters zusätzlich individuell zu mildern gewesen, so gebietet der Grundsatz in dubio pro reo (der also trotz eindeutiger Verurteilung aus § 257 Abs. 1 StGB auf Strafzumessungsebene noch relevant ist) die Heranziehung des für den eindeutig Verurteilten günstigsten Strafrahmens. Mit einer Analogie zu § 257 Abs. 2 StGB hat dieser zweite Schritt freilich nichts mehr zu tun, denn dabei wird nicht auf den Strafrahmen des Vortäters, sondern auf den individuell an die Verhältnisse des Begünstigers angepassten abgestellt. Danach muss in Fall 23 bei der Strafzumessung des B trotz eines eindeutigen Schuldspruchs wegen Begünstigung analog § 257 Abs. 2 StGB der mildere (und nochmals gemäß §§ 27 Abs. 2 S. 2, 49 Abs. 1 Nr. 2 StGB gemilderte) Strafrahmen der Vortat zugrunde gelegt werden, so dass B mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren und drei Monaten zu bestrafen ist (§§ 257 Abs. 2, 246 Abs. 1, 27 Abs. 2 S. 2, 49 Abs. 1 Nr. 2 StGB).

c) Eindeutige Verurteilung wegen Begünstigung bei möglicher alleintäterschaftlicher Vortatbegehung – „tatbestandsrelevante Postpendenz“?

Anders liegen die Dinge bei der Postpendenzfeststellung nach herrschender Ansicht, wenn die einseitige Vortatungewissheit bereits die Tatbestandsmäßigkeit der Nachtat ins Wanken bringt; dies ist der Fall bei möglicher *alleintäterschaftlicher* Vortatbegehung, denn Alleintäter der Vortat können bereits tatbestandlich nicht Begünstiger sein. Zwar mag man wegen des Feststehens des Nachtatverhaltens auch hier von „Postpendenz“ sprechen; jedoch steht (wegen der *tatbestandlichen* Abhängigkeit der Begünstigung vom Fehlen der alleintäterschaftlichen Vortatbegehung) gerade nicht fest, dass dieses Verhalten, die in Vorteilssicherungsabsicht geleistete Nachtathilfe, auch tatbestandlich § 257 StGB erfüllt. Im Anschluss an Küper⁵⁶ bietet sich daher der Terminus „tatbestandsrelevante Postpendenz“ an. Weil wegen der tatbestandlichen Abhängigkeit der Begünstigung von der Vortat die Schuld des Täters bezüglich § 257 Abs. 1 StGB nicht feststeht, das Schuldprinzip ein solches Feststehen aber fordert, nimmt die herrschende Meinung an, bei möglicher alleintäterschaftlicher Vortatbegehung sei eine eindeutige Verurteilung aus dem Nachtatsachverhalt unmöglich, eine Verurteilung folglich an die Voraussetzungen der Wahlfeststellung und damit insbesondere an das Kriterium der „rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit“ geknüpft. Dazu

*Fall 24*⁵⁷: B hat den V begünstigt. Nicht geklärt werden kann, ob B an der Vortat, einem Diebstahl, mittäterschaftlich neben V beteiligt war oder ob B den Diebstahl alleintäterschaftlich begangen und V dazu nur Beihilfe geleistet hat oder ob B mit der Vortat, die V dann alleintäterschaftlich begangen hätte, gar nichts zu tun hatte. Strafbarkeit des B aus § 257 Abs. 1 StGB? Welcher Strafrahmen ist heranzuziehen?

⁵⁶ Küper (Fn. 54), S. 25.

⁵⁷ Nach BGHSt 23, 360.

Soweit es die Frage betrifft, wie sich die Sachverhaltsalternativität zwischen Vortat*nicht*beteiligung, Vortatbeteiligung als Mittäter und Vortatbeteiligung als Gehilfe auswirkt, kann auf oben a) und b) verwiesen werden: Nach heute praktisch unangefochtener Meinung wäre *insoweit* – nämlich als keine weitere Sachverhaltsalternative hinsichtlich der Vortat in Frage kommt – eine eindeutige Verurteilung aus § 257 Abs. 1 StGB möglich, § 257 Abs. 3 S. 1 StGB griffe nicht; klärungsbedürftig wäre nur, dass bei möglicher Vortat*beihilfe* der nach §§ 27 Abs. 2, 49 Abs. 1 gemilderte Strafrahmen *in dubio pro reo* der gesamten Nachtatbeurteilung auf Strafzumessungsebene zugrunde zu legen ist.

Indessen tritt in Fall 24 als weitere Vortatsachverhaltsalternative hinzu, dass B Vortat*alleintäter* war und als solcher später seinem Gehilfen V Hilfe i.S. des § 257 Abs. 1 StGB geleistet hat. Auf der Grundlage des überwiegend vertretenen „tatbestandsrelevanten“ Postpendenzverständnisses ließe sich eine eindeutige Verurteilung des B aus § 257 Abs. 1 nicht erreichen, da hierfür eine jedenfalls tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaftige Begünstigung erforderlich wäre, eine alleintäterschaftliche Begehung der Vortat aber schon die Tatbestandsmäßigkeit der Begünstigung entfallen ließe. Der BGH hat zu einem dem Fall vergleichbaren Sachverhalt denn auch eine wahldeutige Verurteilung wegen (alleintäterschaftlichen) Diebstahls oder Begünstigung (bei ungeklärter sonstiger Vortatbeteiligung) für richtig gehalten.⁵⁸ Sind also das Ob und gegebenenfalls die Art der Vortatbeteiligung ungeklärt, so findet, plastisch gesprochen, eine Kumulation von Wahlfeststellung und Postpendenz statt, an deren Ende als Ergebnis (bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen) eine wahlweise Verurteilung steht.

Gegen dieses Ergebnis, das eine Ungleichbehandlung der ungeklärten Vortat*alleintäterschaft* (Ausschluss des Tatbestandes nach § 257 Abs. 1 StGB) gegenüber sonstigen Vortatbeteiligungen (Strafbarkeitsausschluss nach § 257 Abs. 3 S. 1 StGB) beinhaltet, hat sich insbesondere Küper⁵⁹ ausgesprochen, der „den Sinn derartiger heteronomer, vortatbezogener Tatbestandseinschränkungen in ihrem konkurrenzregulierenden Charakter“ sieht, weshalb es sich bei der Begünstigungstatbestandslosigkeit der Hilfeleistung eines Vortat*alleintäters* um eine „Konkurrenzentscheidung auf Tatbe-

⁵⁸ BGHSt 23, 360 (361); so auch Geppert, Jura 1994, 441 (446).

⁵⁹ Küper (Fn. 54), S. 35 ff. (zur ähnlich gelagerten Problematik bei § 259 StGB). – Für den hiesigen Zusammenhang der möglichen alleintäterschaftlichen Begehung der Vortat des § 257 StGB kommt auch Wolter, der eine tatbestandsrelevante Postpendenzfeststellung eigentlich nur zulassen möchte, wenn eine wahlweise Verurteilung mangels Vergleichbarkeit der Straftatbestände unstatthaft ist (vgl. Wolter, Wahlfeststellung und in dubio pro reo, S. 40 f., 88 ff.; ders., Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht, S. 126 f.; ders., GA 1974, 161 [166 f.]; dagegen Küper [Fn. 54], S. 31 ff.), zu dem Ergebnis, dass eine *eindeutige* Begünstigungsstrafbarkeit ausscheiden muss und der präsumtive Nachtäter mangels Wahlfeststellungsfähigkeit von Diebstahl und Begünstigung freizusprechen ist (Wolter, GA 1974, 161 [168 f. mit Fn. 61]).

standsebene“ handle, die „alle wesentlichen Elementen eines bestimmten Deliktstypus entspricht“; bei einer Störung des Funktionszusammenhangs – also bei Vortatungewissheit bezüglich möglicher Alleintäterschaft – „wird die Einschränkung [scil. der Tatbestandslosigkeit der Hilfeleistung des Vortäters] gegenstandslos“⁶⁰ – eben weil das grundsätzlich existente tatbestandsrelevante Konkurrenzproblem sich *in concreto* nicht mehr stellt und deshalb der Sinn des *Tatbestandsausschlusses* nicht mehr tangiert ist.

Doch dabei dürfte es sich im Bereich des § 257 Abs. 1 StGB um verbotene Analogie *in malam partem* (Art. 103 Abs. 2 StGB, § 1 StGB) handeln; eine eindeutige, d.h. unter Außerachtlassung der die Sachverhaltungewissheiten überwindenden Wahlfeststellung limitierenden Vergleichbarkeitskriterien erfolgte Verurteilung ist angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlautes unstatthaft; das ist besonders virulent, wenn man Wahlfeststellung zwischen §§ 242 StGB und § 257 StGB für unzulässig hält,⁶¹ weil damit eine eindeutige Verurteilung aus § 257 Abs. 1 StGB dort erfolgte, wo eine wahldeutige aus § 242 StGB oder § 257 StGB unzulässig wäre und daher ein Freispruch erfolgen müsste. Vorbereitende Unterstützung einer eigenen Tat ist als solche *sub specie* § 27 StGB auch tatbestandslos. Darüber hinaus beruht der von Küper vertretene Ansatz auf einer problematischen stillschweigenden Annahme: Der *Sinn* des Tatbestandsausschlusses sei nicht tangiert, weil der die Bewertungseinheit von Vor- und Nachtat legitimierende Zusammenhang zerrissen sei, wenn sich die Vortatbeteiligung nicht nachweisen lasse. Doch damit ist noch nicht erklärt, warum bei der Bewertung (schon) des Unrechtstypus der Nachtat auf Tatbestandsebene gerade der Sinn des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB relevant sein, warum also – mit anderen Worten – die „heteronome, vortatbezogene Tatbestandseinschränkung“ des § 257 Abs. 1 StGB nur eine konkurrenzregulierende Funktion haben soll. Auf einer reinen Konkurrenzregelung gründet die Begünstigungstatbestandslosigkeit der Nachtathilfeleistung des Vortatalleintäters bei näherem Zusehen nämlich gerade nicht oder jedenfalls nicht ausschließlich. Dass eine Begünstigung schon tatbestandlich nur begehen kann, wer die Vortat nicht alleintäterschaftlich begangen hat, folgt schon aus der Beihilfeähnlichkeit der (wenn auch tatbestandlich vertypten) Begünstigung (*cum grano salis*: „Nachtatbeihilfe“), die sich als akzessorische Unterstützung einer *fremden* Tat darstellt.⁶² Beruht die gesetzgeberische Entscheidung für eine – bei Vortatalleintäterschaft – „tatbestandslose Nachtat“ nicht (ausschließlich) auf Konkurrenzenerwägungen, die auf Tatbestandsebene vorverlegt wurden, so muss diesem – mindestens zusätzlichen – Grund für die Tatbestandslosigkeit auch

⁶⁰ Küper (Fn. 54), S. 36 ff.

⁶¹ So mit einiger Berechtigung Wolter, GA 1974, 169 mit Fn. 61, der freilich – mindestens unpräzise – auf die Zugehörigkeit der „Begünstigung als Rechtspflegedelikt“ und der daraus folgenden „Zugehörigkeit zu einem anderen Normkreis“ abhebt.

⁶² So dürfte auch Wolter, GA 1974, 169 mit Fn. 61 a.E. (zu § 257 StGB a.F.) zu verstehen sein; erwogen auch von Küper (Fn. 54), S. 57 (zur Parallelproblematik bei § 259 StGB).

durch eine angemessene Differenzierung der Rechtsfolgen Rechnung getragen werden. Und schließlich spricht für die Lösung über eine der Tatbestandslosigkeit der Hilfeleistung des Vortatalleintäters Rechnung tragende wahldeutige Verurteilung bzw. – bei Fehlen der Vergleichbarkeitsvoraussetzungen – über einen Freispruch, auch, dass, ließe man die tatsachenalternative Vortat im Schuldspruch außen vor, die vortatbezogene Limitierung des Strafrahmens nach § 257 Abs. 2 StGB verloren ginge. Selbstverständlich könnte man auch bei eindeutiger Verurteilung bei der Zumessung der Strafe auf den analog § 257 Abs. 2 StGB nach oben hin limitierten Vortatstrafrahmen rekurren; indes hinge, gerade weil diese Norm nach hier vertretenem Standpunkt nur analog angewandt werden kann, die gegenüber dem Regelstrafrahmen des § 257 Abs. 1 StGB modifizierte Strafzumessung gleichsam in der Luft. Im Ergebnis ist daher eine wahldeutige Verurteilung zwischen Vortatalleintäterschaft und Begünstigung vorzunehmen bzw. – wenn man die Normen für nicht vergleichbar hält – freizusprechen. In Fall 24 ist B daher – je nach Standpunkt – wahldeutig aus § 242 StGB oder aus § 257 StGB zu verurteilen bzw. freizusprechen. Entscheidet man sich für Verurteilung, so ist bezüglich der Wahl des zugrundezulegenden Strafrahmens einmal mehr *in dubio pro reo* die günstigste Alternative heranzuziehen: der gemäß §§ 242, 27 Abs. 2 S. 2, 49 Abs. 1 Nr. 2 StGB gemilderte Strafrahmen wegen Beihilfe zum Diebstahl.

4. Zusammentreffend von formeller Subsidiaritätsklausel aus § 246 Abs. 1 a.E. StGB und § 257 Abs. 3 S. 1 StGB

Oben unter 3. b) wurde stillschweigend unterstellt, dass im Verhältnis von § 246 StGB und § 257 StGB erstere Norm anwendbar ist bzw. sich gegebenenfalls nach § 257 Abs. 3 S. 1 StGB durchsetzt; angesichts des gegenüber der (einfachen) Unterschlagung schwereren Strafrahmens der Begünstigung stellt sich indes die Frage, ob im Verhältnis von Unterschlagung und Begünstigung nicht wegen der Anordnung formeller Subsidiarität gemäß § 246 Abs. 1 a.E. StGB nur Begünstigung als eine mit schwererer Strafe bedrohte Vorschrift einschlägig ist. Andererseits stellt § 257 Abs. 3 S. 1 auch von einer gegebenenfalls schwereren Begünstigungshaftung frei, wenn der Begünstiger an der Vortat beteiligt war. Dieses Problem, das man als „Kollision von Subsidiaritäts- und Nachtatsklausel“ bezeichnen könnte, tritt auf, wenn der Mittäter einer Unterschlagung einen anderen Komplizen begünstigt, so in

Fall 25: V und B begehen gemeinsam eine Unterschlagung. Wenig später hilft B dem V, sich mit der unterschlagenen Beute ins Ausland abzusetzen, indem er den V nach Liechtenstein fährt. Strafbarkeit des B nach § 246 Abs. 1 StGB oder nach § 257 Abs. 1 StGB?

Die tatbestandlich, rechtswidrig und schuldhaft erfüllte Begünstigung des B ist gegenüber der mittäterschaftlichen Unterschlagung i.S. des § 246 Abs. 1 a.E. StGB mit schwererer Strafe bedroht. Jedoch war B als Mittäter der Unterschlagung an dieser tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft beteiligt; angesichts der formellen Subsidiarität des § 246

Abs. 1 stellt sich aber die Frage, ob B wegen Unterschlagung „strafbar“ ist. Läse man die Vorschrift so, dass eine Strafbarkeit des B aus §§ 246, 25 nicht einschlägig ist, müsste B aus § 257 StGB bestraft werden (freilich wegen der Unterschlagung des V mit der Obergrenze des § 246 Abs. 1, vgl. § 257 Abs. 2 StGB); hätte sich B hingegen i.S. des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB wegen mittäterschaftlicher Unterschlagung strafbar gemacht, so liefe die Subsidiaritätsklausel des § 246 Abs. 1 a.E. StGB im Verhältnis zu § 257 StGB leer. In eben jenem letzteren Sinne wird man das Problem der Kollision von § 246 Abs. 1 a.E. StGB mit § 257 Abs. 3 S. 1 StGB aber aufzulösen haben; denn wegen der Strafrahenlimitierung des § 257 Abs. 2 StGB, die den Begünstigungsstrafrahmen der Höhe nach durch den der Unterschlagung begrenzt, ist keine schwerer Begünstigungsstrafbarkeit angedroht⁶³, so dass die Subsidiaritätsklausel der Unterschlagung nicht greift und sich die Nachtatsklausel des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB durchsetzt. Daher ist in Fall 25 § 246 Abs. 1 a.E. StGB nicht einschlägig, so dass B nur aus §§ 246 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB, gemäß § 257 Abs. 3 S. 1 StGB aber nicht wegen Begünstigung bestraft wird.

⁶³ Vgl. *Fischer* (Fn. 7), § 246 Rn. 23d.

Der unbenannte minder schwere Fall im Strafrecht und seine Bedeutung für die Strafzumessung

Von Wiss. Mitarbeiter **Sönke Gerhold**, Kiel*

Vertiefte Kenntnisse im Sanktionenrecht sind praktisch unerlässlich. Dennoch finden sich trotz eingeschränkter Revisibilität zahlreiche revisionsgerichtliche Entscheidungen, die auf eine mangelnde rechtsdogmatische Verankerung tragender Grundsätze des Sanktionenrechts zurückzuführen sind und Probleme der Instanzgerichte im Umgang mit Fragen der Strafzumessung offenbaren. Unter welchen Voraussetzungen beispielsweise ein unbenannter minder schwerer Fall angenommen werden kann, ist, trotz dessen praktischer Relevanz, theoretisch noch nicht abschließend geklärt. Der folgende Beitrag will daher zum besseren Verständnis der unbenannten minder schweren Fälle beitragen und Strafrechtler aller Art den praktischen Umgang mit ihnen erleichtern.

I. Einführung

Die Strafdrohungen des StGB werden durch ein System relativ bestimmter Strafdrohungen geprägt.¹ Absolute Strafdrohungen, wie die lebenslange Freiheitsstrafe in Fällen von Mord (§ 211 StGB) und Völkermord (§ 6 VStGB), sind die Ausnahme.

Der mögliche Strafraum eines jeden Tatbestandes wird dabei durch die Mindest- und Höchststrafdrohung desselben festgelegt. Er bringt in typisierter Form eine abstrakte gesetzgeberische Unrechts- und Schuldbewertung aller tatbestandsmäßigen Fälle zum Ausdruck² und orientiert sich an der denkbaren Amplitude zutreffender richterlicher Strafzumessungserwägungen.³

Die Verwendung von Strafräumen durch den Gesetzgeber soll es dem Richter ermöglichen – dem Gebot der Gerechtigkeit folgend –, für jede denkbare Tat eine angemessene Sanktion zu verhängen.⁴ Zugleich soll der Richter an die grundsätzlichen Wertungen des Gesetzgebers gebunden bleiben, um jedweder Willkür bei der Strafzumessung Einhalt zu gebieten. Das System der Strafräume stellt demnach einen Kompromiss zwischen der notwendigen Bindung des Richters an das Gesetz und dem erforderlichen Spielraum für die

Berücksichtigung der Verhältnisse des Einzelfalls dar.⁵ Die Bestimmung des anzuwendenden Strafrahmens, im Folgenden Strafzumessung i.w.S. genannt, muss der Strafzumessung i.e.S., derjenigen der §§ 46 ff. StGB, aus den gleichen Gründen immer vorausgehen.⁶

Durch die Normierung minder schwerer oder besonders schwerer Fälle im Besonderen Teil des StGB verfolgt der Gesetzgeber nun das Ziel, die Strafzumessung im weiten Sinne noch flexibler zu gestalten und dem Einzelfall dadurch noch besser Rechnung zu tragen.⁷

Dieses Vorgehen verschiebt allerdings die Grenze zwischen Gesetzesbindung und richterlichem Ermessen bei der Strafzumessung deutlich in Richtung des richterlichen Ermessens und sieht sich deshalb starker Kritik ausgesetzt. Dadurch, dass der Gesetzgeber die Verantwortung für das richtige Strafmaß noch weiter auf den Richter verlagert als es die sehr weiten Strafräume ohnehin erfordern, drängt sich der Vorwurf einer nicht legislativen, sondern judikativen Strafbegründungsmacht auf, die sowohl gegen den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG als auch gegen das Prinzip der Gewaltenteilung verstoßen könnte.⁸ Des Weiteren stellt es sich als zirkelschlüssig dar, wenn der Richter zunächst die Strafbarkeit einer Tat bewerten muss, um den Strafraum zu bestimmen, und diesen anschließend anhand der gleichen Wertungskriterien ausfüllen soll.⁹

Wie die unbenannten minder schweren Fälle vor diesem Hintergrund sachgerecht bestimmt werden können, gilt es im Folgenden zu klären.

II. Die Konkretisierung der unbenannten minder schweren Fälle durch die Rechtsprechung

1. Der Ausgangspunkt der Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung des BGH, die in weiten Teilen der

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Sanktionenrecht und Kriminologie der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel unter der Leitung von Prof. Dr. Monika Frommel.

¹ Vgl. zur Terminologie *Streng*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, § 46 Rn. 5.

² *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 46 Rn. 6.

³ *Hassemer*, in: Kaufmann (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 1968, S. 281.

⁴ *Streng* (Fn. 1), § 46 Rn. 5.

⁵ Ausführlich zur Entstehungsgeschichte der Strafänderungsgründe und den Motiven des Gesetzgebers *Eisele*, Die Regelbeispielmethode im Strafrecht, 2004, S. 31 ff.

⁶ *Franke*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 46 Rn. 22; *Horn*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 35. Lieferung, Stand: Januar 2001, § 46 Rn. 49.

⁷ Vgl. den unveröffentlichten Referentenentwurf zum Sechsten Strafrechtsreformgesetz vom 15.7.1996, S. 44 ff.; zitiert nach *Eisele* (Fn. 5), S. 101.

⁸ *Streng* (Fn. 1), § 46 Rn. 8 m.w.N. Ob diese Vorwürfe im Einzelnen zutreffen, soll vorliegend nicht weiter erörtert werden. Ein umfangreicher Überblick über die kritischen Stimmen in der Literatur findet sich bei *Streng* a.a.O.

⁹ *Streng* (Fn. 1), § 46 Rn. 10 m.w.N.

Literatur vollkommen unkritisch rezipiert wird,¹⁰ soll ein minder schwerer Fall anzunehmen sein, wenn die mildernden Faktoren im Rahmen einer Gesamtwürdigung die erschwerenden Faktoren so wesentlich überwiegen, dass die Anwendung des Regelstrafrahmens unangemessen erscheint.¹¹ Im Rahmen der Abwägung seien alle Umstände zu berücksichtigen und zu würdigen, die zur Bewertung der Tat und des Täters in Betracht kommen, gleichgültig, ob sie der Tat selbst innewohnen, sie begleiten, ihr vorausgehen oder ihr nachfolgen. Eine Bewertung nur des engeren Tatgeschehens sei unzureichend. Ausdrücklich seien auch ein Geständnis in der Hauptverhandlung, das Fehlen von Vorstrafen, die allgemeinen wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnisse sowie die zu erwartende Wirkung der Strafe für das künftige Leben des Täters mit zu berücksichtigen.¹²

Der BGH macht damit in dieser und in zahlreichen anderen Entscheidungen deutlich, dass er tatsächlich eine Gesamtabwägung aller Strafzumessungsfaktoren meint. Eine Auswahl darf der Tatrichter nach Ansicht des BGH nicht treffen.

Auch die Strafmilderungsgründe des Allgemeinen Teils seien in die Gesamtabwägung mit einzubeziehen,¹³ sofern die unmittelbare Anwendung des § 49 StGB auf den Regelstrafrahmen für den Täter nicht günstiger sei als die Annahme eines minder schweren Falles.¹⁴

Bedenkenlos führt der BGH weiter aus, die Umstände, die zur Ermittlung des Strafrahmens beigetragen haben, seien erneut in die Gesamtabwägung der Strafzumessung i.e.S. einzubeziehen.¹⁵

Dass sich diese Auffassung nicht mit der Strafrahmenssystematik der unbenannten minder schweren Fälle in Einklang bringen lässt, liegt auf der Hand. So knüpfen die Strafrahmen der unbenannten minder schweren Fälle – von Ausnahmen abgesehen¹⁶ – nicht unmittelbar nach unten an den Regelstrafrahmen an, sondern überschneiden sich mit diesem. In Extremfällen liegt der Strafrahmen des minder schweren Falls sogar vollständig innerhalb des Regelstrafrahmens.¹⁷

Wenn nun aber Voraussetzung für die Annahme eines minder schweren Falls sein soll, dass eine Gesamtwürdigung aller denkbaren Strafzumessungsfaktoren ergibt, die Anwendung des Regelstrafrahmens sei der Höhe nach unangemessen, da die strafmildernden Faktoren die strafscharfenden Faktoren wesentlich überwiegen, kann die Strafe innerhalb des so bestimmten Strafrahmens nach erneut durchgeführter Ge-

samtwürdigung wiederum nur dem untersten Bereich des Strafrahmens entnommen werden. Wie könnten auch bei zwei identischen Abwägungsvorgängen das eine Mal die mildernden Faktoren wesentlich überwiegen, das andere Mal aber die strafscharfenden, so dass eine Strafe aus dem oberen Bereich des Strafrahmens festzusetzen wäre?

Ein Fall, der die Anwendung des Regelstrafrahmens aus Billigkeitsgründen nicht erlaubt und trotzdem angemessener Weise mit einer Strafe zu ahnden ist, die über der Mindeststrafdrohung des Regelstrafrahmens liegt, ist auf Grundlage dieser Ansicht kaum vorstellbar. Dass ein minder schwerer Fall sogar mit einer Strafe zu ahnden ist, die deutlich über der Strafandrohung des Normalfalls liegt, wäre vollends ausgeschlossen. Die Auffassung des BGH führt daher lediglich zu einer Strafrahmenerweiterung nach unten¹⁸ und hat, falls sich die Strafrahmen vollständig decken, überhaupt keine praktische Relevanz.

Das Gesetz sieht dem gegenüber ausdrücklich einen Überschneidungsbereich vor. Diesem Umstand trägt die Rechtsprechung nicht hinreichend Rechnung.

In Bezug auf die Annahme eines unbenannten besonders schweren Falles formuliert *Maiwald* daher auch, die Begriffsbestimmung des BGH sei „eindeutig unrichtig“¹⁹. Dem ist unter systematischen Gesichtspunkten auch für die Annahme eines unbenannten minder schweren Falls zuzustimmen.

2. Rechtshistorische Herleitung der Auffassung

Die Auffassung des BGH lässt sich vorrangig historisch erklären. Unbenannte Strafänderungsgründe haben eine lange geschichtliche Tradition, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Normierung mehr oder weniger bestimmter Tatbestände und konkreter Rechtsfolgen stand.²⁰ Solange die Wahl von Art und Maß der Bestrafung nicht an bestimmte Tatbestandsvoraussetzungen geknüpft war oder in jedem Fall dem freien Ermessen des Richters oblag, bedurfte es keiner Strafzumessungsregelung und zwischen Strafänderung und Strafzumessung konnte kaum differenziert werden.²¹

In der geschichtlichen Entwicklung der Strafänderungsgründe setzte insbesondere der Code pénal von 1810, der als Reaktion auf die vor der Französischen Revolution vorwiegend in das Ermessen des Richters gestellten Rechtsfolgen unveränderliche Strafen oder jedenfalls eng gefasste Strafrahmen festsetzte, durch die Einführung eines Systems mildernder Umstände anstelle allgemeiner Strafmilderungsgründe Maßstäbe. Er beeinflusste nicht zuletzt das Preußische Strafgesetzbuch von 1851 wesentlich, das später als Vorbild für das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 diente.²² Die mildernden Umstände, die als Vorläufer der minder schweren

¹⁰ Vgl. beispielsweise *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2008, § 46 Rn. 85; *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 46 Rn. 9.

¹¹ BGHR, Vor § 1/minder schwerer Fall, Gesamtwürdigung 1; BGH NStZ 1993, 473; 1994, 174; 1996 182; st. Rspr.

¹² Vgl. z.B. BGHR, Vor § 1/minder schwerer Fall, Gesamtwürdigung, unvollständige 3.

¹³ BGHR, Vor § 1/minder schwerer Fall, Gesamtwürdigung, unvollständige 5.

¹⁴ BGHR, Vor § 1/minder schwerer Fall, Strafrahmenwahl 4.

¹⁵ BGH StV 1984, 151; 1991, 346.

¹⁶ Vgl. § 81 Abs. 1 und 2 StGB.

¹⁷ Vgl. § 100 Abs. 1 und 3 StGB.

¹⁸ Wie hier auch *Zipf*, in: Maurach/Gössel/Zipf (Hrsg.), Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 7. Aufl. 1989, § 62 Rn. 42; *Streng* (Fn. 1), § 46 Rn. 10; für besonders schwere Fälle auch *Maiwald*, NStZ 1984, 433 (435).

¹⁹ *Maiwald*, NStZ 1984, 433 (436).

²⁰ Zur Entstehungsgeschichte vgl. *Eisele* (Fn. 5), S. 31 ff.

²¹ *Eisele* (Fn. 5), S. 54.

²² *Eisele* (Fn. 5), S. 61 f.

Fälle des heutigen StGB gelten, wurden nach Beispiel des Code pénals in das Preußische Strafgesetzbuch übernommen.²³

Das Preußische Obertribunal und das Reichsgericht bezogen die mildernden Umstände – wie heute der BGH den minder schweren Fall – auf den Zeitpunkt der Urteilsfällung, so dass auch das Verhalten des Täters vor und nach der Tat und insbesondere während des Strafprozesses strafmildernd berücksichtigt werden konnte.²⁴ Diese weite Auslegung hatte zum damaligen Zeitpunkt durchaus ihre Berechtigung, da mit der Annahme mildernder Umstände regelmäßig ein Wechsel der Straftat verbunden war.²⁵ Das Gesetz differenzierte beispielsweise zwischen Zuchthaus- und Gefängnisstrafe und die mildernden Umstände ermöglichten es, auf eine andere Straftat bei gleich bleibender Strafhöhe zu erkennen.²⁶ In allen anderen Fällen versuchte der Gesetzgeber Strafrahmensüberschneidungen vor dem Hintergrund der weit verstandenen mildernden Umstände nach Möglichkeit zu vermeiden.²⁷

Neben den mildernden Umständen kannten das Preußische Strafgesetzbuch und die nachfolgenden Gesetze und Entwürfe aber auch schon minder schwere Fälle.²⁸ Im Wesentlichen sollte der Unterschied zwischen mildernden Umständen und minder schweren Fällen in der Art der Betrachtung liegen. Der Begriff „minder schwerer Fall“ kennzeichnete regelmäßig eine objektiv, d.h. nach ihrem äußeren Erscheinungsbild geringfügige Tat, wohingegen bei der Annahme mildernder Umstände die Person des Täters und die subjektive Seite in den Vordergrund rückte.²⁹

Die Differenzierung zwischen mildernden Umständen und minder schweren Fällen wurde dann erstmals im Entwurf zum Strafrechtsreformgesetz von 1962 aufgegeben und im Zweiten Strafrechtsreformgesetz vom 4.7.1969 umgesetzt.³⁰ Zugleich wurde die Zuchthausstrafe durch das erste Strafrechtsreformgesetz vom 25.6.1969 aufgehoben und die Einheitsstrafe eingeführt.

Die Grenzen zwischen mildernden Umständen und minder schweren Fällen wurden verwischt. Soweit der Entwurf von 1962 dem Unterschied zwischen minder schweren Fällen und mildernden Umständen und der Konsequenz für die Strafrahmensbestimmung noch dadurch Rechnung trug, dass er für die Annahme eines minder schweren Falles ausdrücklich eine Minderung von Unrecht oder Schuld verlangte und sonstige z.B. spezialpräventive Erwägungen nicht ausreichen ließ, setzte der moderne Gesetzgeber die Begriffe ausnahmslos gleich. Es sollte daher zur Begründung eines minder

schweren Falls, wie früher zur Begründung mildernder Umstände, jeder Strafzumessungsgesichtspunkt herangezogen werden dürfen.³¹

Eine Begründung blieb der Gesetzgeber schuldig, obwohl Sinn und Zweck der früheren Auslegung mit Einführung der Einheitsstrafe entfallen waren. Die Regelstrafrahmen sowie die Strafrahmens der minder schweren Fälle im StGB sehen seitdem nämlich ausnahmslos Freiheitsstrafen verschiedener Länge vor.³² Geldstrafen können nur nach Maßgabe des § 47 Abs. 2 StGB verhängt werden. Die schlichte Strafrahmensüberschneidung nach neuem Recht und die frühere Definition widersprachen sich nun und die Rechtsprechung zu den mildernden Umständen war damit offensichtlich veraltet. Eine Begründung des gesetzgeberischen Willens und der damit verbundenen Widersprüche wäre demnach erforderlich oder zumindest wünschenswert gewesen.

Der Gesetzgeber hat den Widerspruch zwischen der Gesetzesbegründung und den geltenden Strafrahmens jedoch bis heute nicht aufgelöst. Es kann daher nur geschlossen werden, dass er bei der Gesetzesbegründung übersehen hat, dass die hergebrachte Definition der mildernden Umstände nach Einführung der Einheitsstrafe nicht mehr auf die minder schweren Fälle übertragen werden kann und sich als systemwidrig darstellt. Da er das System der Strafrahmens aber auch im Nachhinein nicht änderte, muss der damalige Wille als überholt angesehen werden und es wäre an der Rechtsprechung, den vermeintlichen Irrtum des Gesetzgebers zu korrigieren. Dies tut die Rechtsprechung jedoch nicht.

3. Rechtspolitische Gründe für die Rechtsprechung

Der Grund, warum die Rechtsprechung trotz allem an ihrer Auffassung festhält, ist wohl ein rechtspolitischer. In der gegenwärtigen kriminalpolitischen Diskussion wird regelmäßig der Ruf nach Erweiterungen und Verschärfungen des Strafrechts laut.³³ Populistische Forderungen sind zum Mittel des modernen Wahlkampfes geworden.³⁴

Trotz erheblicher Kritik aus Rechtsprechung und Literatur wird die Verschärfung von Mindeststrafen teilweise zur kurzfristigen Reaktion auf plakative Schlagzeilen in der Presse und allgemeine Kriminalitätsfurcht missbraucht.³⁵ Unter diesem Gesichtspunkt ist wohl auch die Anhebung zahlreicher Mindeststrafrahmen im Zuge der Verschärfung des Sexualstrafrechts durch das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbe-

²³ Eisele (Fn. 5), S. 61 f.

²⁴ Preußisches Obertribunal, bei *Goltdammer*, Archiv für Preußisches Strafrecht, Bd. 5 (1857), S. 222 (229 f.); RGSt 20, 266; 48, 308.

²⁵ Eisele (Fn. 5), S. 63 und 69.

²⁶ Eisele (Fn. 5), S. 63 und 69.

²⁷ *Hettinger*, in: Wolter (Hrsg.), 140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1993, S. 77 ff. (S. 92 f.).

²⁸ Eisele (Fn. 5), S. 64, 68, 70, 77, 79 und 81 ff.

²⁹ Zu den nicht immer einheitlichen Definitionen vgl. Eisele (Fn. 5), S. 65, 68, 77, 80 ff.

³⁰ Vgl. Eisele (Fn. 5), S. 97 und 99 m.w.N.

³¹ Vgl. Eisele (Fn. 5), S. 97 und 100 m.w.N.

³² Eine vollständige Übersicht über die Strafrahmens aller minder schweren Fälle des StGB finden Sie unter: http://www.uni-kiel.de/isk/cgi-bin/Mitarbeiter/files/gerhold_straf_r_minder_schw_fall.pdf.

³³ Vgl. Heinz, NK 2008, 50 m.w.N. aus verschiedenen Gesetzesanträgen; ders., Vortrag vom 31.3.2007, abzurufen unter http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/Heinz_Mehr_und_haerte-re_Strafen_he306.pdf; Kersten, NK 2008, 49.

³⁴ Vgl. Heinz, Vortrag vom 31.3.2007, abzurufen unter http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/Heinz_Mehr_und_haerte-re_Strafen_he306.pdf.

³⁵ Ähnlich Frommel, NK 2004, 6 (7).

stimmung vom 27.12.2003 zu sehen.³⁶ Die Strafdrohungen des StGB sind in weiten Teilen generalpräventiv motiviert und neigen in medienpräsenten Bereichen zu generalpräventiv überschüssiger Härte.

Das Vorgehen des Gesetzgebers steht somit im Widerspruch zu den eher zurückhaltenden Strafforderungen von Rechtsprechung und Strafrechtswissenschaft, die unter Resozialisierungsgesichtspunkten bemüht sind, unbedingt verhängte, freiheitsentziehende Sanktionen zu vermeiden und durch ambulante Maßnahmen zu ersetzen.³⁷ Insbesondere wenn der Regelstrafrahmen eine Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren vorsieht, sieht sich die Rechtsprechung in Einzelfällen versucht, die überhohen Strafrahmen durch eine Flucht in den minder schweren Fall zu korrigieren und auf diese Weise noch eine Bewährungsstrafe nebst Therapieweisung oder ähnlichen ambulanten Maßnahmen auswerfen zu können.³⁸

Maßgeblich für die positive Prognose der Bewährungsentscheidung sind aber gemäß § 56 Abs. 1 S. 1 StGB in erster Linie die zu erwartende Wirkung der Verurteilung für den Täter und die drohende Rückfallwahrscheinlichkeit. S. 2 stellt dabei ausdrücklich klar, dass für die Prognoseentscheidung unter anderem auch das Verhalten nach der Tat, die Lebensverhältnisse und die Persönlichkeit des Täters berücksichtigt werden müssen. Gemäß § 56 Abs. 2 StGB soll auch das Bemühen des Täters, den Schaden wieder gut zu machen, Berücksichtigung finden. Gleiches gilt für Vorstrafen, ein Geständnis oder die Einsicht des Täters.

Selbstverständlich macht sich die Rechtsprechung diese Kriterien daher auch zur Begründung des minder schweren Falls zunutze, da seine Begründung häufig dem Ziel der Strafaussetzung zur Bewährung dient. Vielmehr noch, sie muss häufig sogar auf diese Kriterien zurückgreifen, um einen minder schweren Fall begründen zu können.

An diesem Beispiel wird besonders deutlich, dass nun nicht mehr die Subsumtion einer bestimmten Tat einen vom Gesetzgeber bestimmten Strafrahmen eröffnet, sondern die vom Richter gewünschte und als angemessen erachtete Sanktion Ausgangspunkt der Strafrahmenbestimmung ist. Das Verhältnis Gesetzgeber-Richter, Richter-Gesetzgeber ist damit auf den Kopf gestellt.

Die Auffassung der Rechtsprechung ist jedoch die nachvollziehbare Konsequenz des ständigen Rufs nach härteren Strafen, die von der Rechtsprechung in weiten Teilen als unbillig empfunden werden. Sie ermöglicht es der Politik hohe Regelstrafen zu implementieren, ohne die Konsequenzen für den Einzelfall durchdenken zu müssen, und begünstigt auf diese Weise die Mehrheitsfindung im Parlament. Vordergründig wird zugleich das Ermessen des Richters durch die Verwendung eines Regel- und eines Ausnahme-

strafrahmens begrenzt und damit den verfassungsrechtlichen Anforderungen genüge getan.

Der praktische Nutzen, den die Auffassung der Rechtsprechung erzielt, macht sie daher nachvollziehbar und die Kritik darf nicht so harsch ausfallen, wie sie es ansonsten müsste.

Es ist jedoch auch zu beachten, dass die Rechtsprechung an die Gesetze gebunden ist, mögen sie ihr gefallen oder nicht. Der jeweilige Richter hat seine eigene Wertauffassung der Wertauffassung des Gesetzgebers unterzuordnen.³⁹ Eine offensichtliche Umgehung der gesetzlichen Regelungen kann daher keine Zustimmung finden und der gesetzgeberische Wille darf nicht vollständig ignoriert werden. Sofern die Strafrahmen für eine bestimmte Tat zu hoch erscheinen, wusste sich die Rechtsprechung auch sonst durch eine restriktive Auslegung zu helfen.

Dies könnte auch der Ausweg aus den durch die Begriffsbestimmung des minder schweren Falls hervorgerufenen systematischen Widersprüchen sein.

Die Flucht in den minder schweren Fall auf Grundlage einer Gesamtwürdigung führt aber wegen der weitgehenden Irreversibilität des Strafzumessungsaktes zu einem kaum akzeptablen Verlust an Rationalität und Nachprüfbarkeit der Urteilsbegründung.⁴⁰

III. Weitergehende Kritik an der herrschenden Rechtsprechung

Gegen die vorgestellte Gesamtbewertung sprechen aber auch weitere Argumente, die mit dem Handwerkszeug eines jeden Juristen, der Auslegung, schnell aufzudecken sind.

So spricht das Gesetz im Rahmen der minder schweren Fälle stets davon, dass die Strafe in einem minder schweren Fall dem niedrigeren Strafrahmen zu entnehmen ist. Der mit dem jeweiligen Begriff des minder schweren Falls gesetzlich verknüpfte Strafrahmen ist demnach die obligatorische Rechtsfolge.⁴¹ Der Gesetzeswortlaut eröffnet kein Ermessen im eigentlichen Sinne, sondern allenfalls einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Auslegung des Begriffs „minder schwerer Fall“.⁴² Die gewollte Bindung des Richters an die Wertungen des Gesetzgebers tritt deutlich hervor.

Des Weiteren verwendet das Gesetz auch nicht mehr den Begriff „mildernder Umstand“, sondern den Begriff „minder schwerer Fall“. Der Begriff „Fall“ stammt aber von der lateinischen Bezeichnung „casus“ ab und ist daher wohl mit den Begriffen „Vorfall“ oder „Vorkommnis“ gleichzusetzen.⁴³ Auch im Zusammenhang mit dem Begriff „Kasuistik“ wird deutlich, dass der Fall ein Tatgeschehen im engeren Sinne bezeichnet und nicht sämtliche der Tat vorhergehenden oder ihr nachfolgenden Umstände erfasst. Er bezeichnet demnach nur das, worüber der Richter zu befinden hat, und ist damit

³⁶ Duttge/Hörnle/Renzikowski, NJW 2004, 1065 (1066); differenzierend Frommel in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 1), § 176 Rn. 1 und § 177 Rn. 1.

³⁷ Heinz, Zur Sanktionierungspraxis in Deutschland, abzurufen unter <http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/sanks06.htm>; Frommel (Fn. 36), § 176 Rn. 1.

³⁸ Zu den Sexualdelikten Frommel, NK 2004, 6 (7).

³⁹ Horn (Fn. 6), § 46 Rn. 49.

⁴⁰ Ähnlich Frommel, NK 2004, 6 (7); zur eingeschränkten Überprüfbarkeit vgl. auch Lackner/Kühl (Fn. 2), § 46 Rn. 10 m.w.N.

⁴¹ Horn (Fn. 6), § 46 Rn. 66a.

⁴² Horn (Fn. 6), § 46 Rn. 66a.

⁴³ Vgl. Duden, Bd. 5, Fremdwörterbuch, 9. Aufl. 2006, Kasus.

dem Begriff der Tat ähnlich; eine Erkenntnis, die der historische Gesetzgeber stets zu berücksichtigen wusste. Eine enge Auslegung findet insofern auch eine historische Stütze und wird darüber hinaus sogar durch einen Vergleich mit dem erst 1994 eingeführten § 46a StGB gestützt. Die Verwendung des Begriffs „Fall“ in § 46a Nr. 2 StGB legt die enge Auslegung mehr als nahe, da dort der Fall die Schadenswiedergutmachung durch erhebliche persönliche Leistungen oder persönlichen Verzicht erforderlich gemacht haben muss. Der Begriff „Fall“ kann daher nur als die Tat und ihre Folgen aufgefasst werden.

Auch ein Blick auf die Regelbeispiele der besonders schweren Fälle, auf § 213 StGB und auf die Strafänderungsvorschriften des Allgemeinen Teils, die von *Horn* als quasi gesetzliche Regelbeispiele für die mindere Schwere eines Falls angesehen werden,⁴⁴ zeigt, dass dort entsprechend Sinn und Zweck eines Strafrahmens ausschließlich unrechts- und schulderhöhende Merkmale normiert sind.

Wenn der Richter nun aber unbenannte minder schwere Fälle bestimmen soll, muss er sich an den Vorgaben des Gesetzgebers orientieren und darf lediglich Umstände heranziehen, die der Gesetzgeber auch zur Bestimmung eines Regelbeispiels verwenden könnte. Für die Berücksichtigung spezialpräventiver Überlegungen ist kein Raum.⁴⁵

Die Auffassung der Rechtsprechung, die auch Faktoren berücksichtigt, die nicht die Tatschwere betreffen, entzieht dem minder schweren Fall jeglichen eigenen Regelungsgehalt und verwischt die Grenzen zwischen der Strafrahmenvahl und der nachgeordneten konkreten Strafmaßbestimmung.⁴⁶ Die Grundsätze des § 46 Abs. 1 StGB werden schlicht missachtet, wenn unrechts- und schuldindifferente Merkmale die Strafzumessung dominieren.⁴⁷

Abschließend kann bezweifelt werden, ob es mit dem „*nemo tenetur*“-Grundsatz in Einklang zu bringen ist, wenn sich der jeweilige Täter den Weg zu einer Bewährungsstrafe nur durch ein Geständnis erkaufen kann. Der Druck zur Mitwirkung im Strafverfahren steigt im Vergleich zum reinen Einfluss der geständigen Einlassung auf die Strafzumessung im engen Sinne beträchtlich. Die Berücksichtigung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse bei der Strafrahmenbestimmung kann zudem dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG zuwiderlaufen, wenn bestimmten Tätergruppen eine Strafaussetzung nur aus Gründen einer anderen Milieuzugehörigkeit oder einer anderen Einkommensschicht verwehrt bliebe.

Das System der doppelten Gesamtwürdigung aller Strafzumessungsfaktoren ist nach alledem abzulehnen und die Suche nach gangbaren Alternativen ist erforderlich.

IV. Ein möglicher Lösungsansatz

1. Die dogmatische Einordnung des minder schweren Falls

Das Gesetz differenziert augenscheinlich zwischen der Straf-

rahmenvahl im Sinne einer Strafänderung und der Strafzumessung im engen Sinne, nämlich der des § 46 StGB. Der anzuwendende Strafrahmen kann nun entweder durch die Ausübung freien richterlichen Ermessens oder durch eine Subsumtion des Begriffs „minder schwerer Fall“ und eine daraus folgende Bindung an den Sonderstrahmen ermittelt werden.

Vor dem Hintergrund des Rechtsstaatsprinzips und der Gewaltenteilung kann die Entscheidung nicht zweifelhaft sein.

Der minder schwere Fall selbst kann entweder als echtes Tatbestandsmerkmal, als Strafzumessungsregelung oder als Mischform begriffen werden.⁴⁸ Die dogmatische Einordnung ist dabei keinesfalls einfach und würde den Rahmen dieses Artikels sprengen.

Die Einordnung als echtes Tatbestandsmerkmal in der Form einer offenen unselbständigen Privilegierung hat m.E. ihren Reiz und für ihre Befürworter streiten viele gute Argumente. Aber selbst wenn man den minder schweren Fall klassisch als Strafzumessungsregelung ansieht, darf man nicht aus den Augen verlieren, dass es sich dennoch um einen Tatbestand, wenn auch nicht um einen Straftatbestand, mit einer Rechtsfolge handelt.

Eisele stellt übersichtlich die Unterschiede zwischen dem Gesamt(straf)tatbestand und einem Tatbestand im rechtstheoretischen Sinne dar.⁴⁹ Gemein ist beiden, dass sie eine Rechtsfolge auslösen.

Ordnet man nun den minder schweren Fall mit der herrschenden Meinung der Rechtsfolgenseite zu, hat das zur Konsequenz, dass der Gesamttatbestand als Rechtsfolge nur die grundsätzliche Strafbarkeit eröffnet. Der genaue Strafrahmen hängt dann vom Vorliegen weiterer Voraussetzungen ab.

Würden also die Voraussetzungen des Gesamt(straf)tatbestandes vorliegen, wäre zuerst nur sicher, dass der Täter zu bestrafen ist und zwar entweder aus dem Regel- oder aus dem Ausnahmestrahmen. Es wären zwei alternative Rechtsfolgen eröffnet, ähnlich wie man es im Verwaltungsrecht beim Ermessen kennt. Ist die Rechtsfolge „Strafbarkeit“ eröffnet, muss der Richter durch einen zweiten Subsumtionsschritt feststellen, ob der Regel- oder der Ausnahmestrahmen anzuwenden ist; eine Entscheidung, die den Strafrahmen dann zwingend festlegt. Dass dem StGB Tatbestände auf Rechtsfolgenseite keineswegs fremd sind, wird auch durch einen Blick auf § 47 StGB bestätigt.

Der Akt der Strafrahmenvahl ist daher in keinem Fall Strafzumessung i.e.S., sondern Begriffsauslegung und Subsumtion des konkreten Sachverhalts mit der Folge eines zwingend anzuwendenden Sonderstrahmens.⁵⁰

Hieraus folgt, dass der jeweilige Richter den anzuwendenden Strafrahmen nicht für den konkreten Fall, sondern für einen solchen Fall durch Bildung von Wertgruppen bestim-

⁴⁴ *Horn* (Fn. 6), § 46 Rn. 68.

⁴⁵ Vgl. *Eisele* (Fn. 5), S. 241.

⁴⁶ *Streng* (Fn. 1), § 46 Rn. 11.

⁴⁷ *Streng* (Fn. 1), § 46 Rn. 12.

⁴⁸ Vgl. die ausführliche Darstellung des Streitstandes bei *Eisele* (Fn. 5), S. 143 ff.

⁴⁹ *Eisele* (Fn. 5), S. 111 ff.

⁵⁰ *Horn* (Fn. 6), § 46 Rn. 58 und 65.

men muss.⁵¹ Erst innerhalb des abstrakt bestimmten Strafrahmens hat er den konkreten Fall nach Maßgabe des § 46 StGB einzuordnen.

Auf diese Weise können sämtliche Wertungswidersprüche vermieden werden. Auch ein Zirkelschluss ist nicht vorwerfbar, wenn die Strafzumessung im engen Sinne erst innerhalb eines vom Gesetzgeber bestimmten und durch Subsumtion ermittelten Strafrahmens erfolgt.

2. Berücksichtigungsfähige Umstände

Die Strafrahmen sind vorrangig nach ihrer Unrechts- und Schuldschwere gestaffelt. Es bleibt daher festzuhalten, dass ein minder schwerer Fall in erheblichem Maße vom spezifischen Unrechts- und Schuldgehalt einer normalen Tat abweichen muss, um die Anwendung des minder schweren Falles zu rechtfertigen. Zur Ermittlung der Abweichung muss ein Vergleich verschiedener Tat- bzw. Deliktsspezifikationen durchgeführt werden.⁵² Diese hat der Richter anhand vertypter Unrechtskategorien zu bestimmen, wobei die deliktsspezifischen Besonderheiten zu berücksichtigen sind.

Die Anwendung des Sonderstrafrahmens kann daher nicht mit einem Bewährungsbruch, anderen spezialpräventiven Gesichtspunkten oder der Tat nachfolgenden, insbesondere prozessualen Umständen begründet werden,⁵³ da diese das Tatbild unverändert lassen und individuelle Merkmale auch vom Gesetzgeber nicht zur Strafrahmenbestimmung herangezogen werden könnten. Auch generalpräventive Erwägungen können bei der Subsumtion des Begriffs „Fall“ keine Berücksichtigung finden. Es sind demnach nur Umstände zu berücksichtigen, die das Tatumrecht oder die Tatschuld selbst betreffen.⁵⁴

In einem zweiten Schritt stellt sich nun die Frage, ob das Tatbild anhand einer Gesamtwürdigung aller unrechts- und schuldbezogenen Faktoren zu bestimmen ist oder ob einzelne Merkmale für sich genommen die Anwendung des Sonderstrafrahmens rechtfertigen.

Um diese Frage zu beantworten, soll ein Blick auf die Regelbeispiele des Besonderen Teils geworfen werden.

Die Regelbeispiele zeigen, dass schon ein Umstand alleine so schwer wiegen kann, dass die Anwendung des Regelstrafrahmens unangemessen ist. Das Vorliegen eines besonders schweren oder minder schweren Umstandes entfaltet bereits für sich eine Indizwirkung für die Anwendung des Ausnahmestrafrahmens, so dass seine Anwendung grundsätzlich keiner weiteren Prüfung bedarf.⁵⁵ Sie braucht auch keine weitere Begründung, solange sich nicht Umstände aufdrängen, die die Indizwirkung widerlegen.⁵⁶ Lediglich in einem atypischen Fall kann der Richter mit besonderem Begrün-

dungsaufwand von der gesetzlichen Vermutung abweichen⁵⁷ oder muss sich in Zweifelsfällen mit den Gegenindizien auseinandersetzen.

Um dem System der Strafänderungsvorschriften Rechnung zu tragen, sollten die unbenannten Strafänderungsgründe ähnlich den Regelbeispielen behandelt werden.

Das Tatbild kann sich deshalb auch schon bei Betrachtung nur eines besonders tragenden Umstandes deutlich vom Normalfall abheben.

Die prägenden Umstände der Tat allein zeichnen das Tatbild und sind für die Strafrahmenbestimmung maßgeblich. Alle weiteren strafscharfenden oder mildernden Umstände dürfen nur im Rahmen der Strafzumessung im engen Sinne berücksichtigt werden.

Besonders plakativ ist ein praktisches Beispiel aus dem Betäubungsmittelstrafrecht: Wenn die nicht geringe Menge an Betäubungsmitteln überschritten ist, wird das Handeltreiben nach § 29a Nr. 2 BtMG mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft. In minder schweren Fällen beträgt die Freiheitsstrafe drei Monate bis fünf Jahre. Für eine geringe Menge Betäubungsmittel sieht das Gesetz demgegenüber nur eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren vor.

Wenn die nicht geringe Menge nun aber nur ganz geringfügig überschritten ist, weicht das Tatbild bereits in erheblichem Maße von dem typischen Fall der nicht geringen Menge ab.

Die Anwendung des Regelstrafrahmens wäre unbillig, da der Bruchteil eines Gramms keine Verschärfung des Strafrahmens von Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren auf nicht unter einem Jahr rechtfertigen kann.

Bei der Ermittlung der konkreten Strafe wäre dann aber Raum, strafscharfende Umstände mit zu berücksichtigen. Es ist demnach ein besonders strafwürdiger minder schwerer Fall denkbar, der die Festsetzung einer Freiheitsstrafe deutlich über der Mindeststrafe des Regelstrafrahmens rechtfertigen könnte. Die Feststellung, für einen minder schweren Fall war die Tat von überdurchschnittlichem Gewicht, könnte getroffen werden. Darüber hinaus wäre die Subsumtion des minder schweren Falls revisionsgerichtlich voll überprüfbar.

Der minder schwere Fall ist daher generalisierend anhand einzelner herausstechender Umstände zu bestimmen, die Merkmale eines entsprechenden Tatbestandes sein könnten.⁵⁸ Anders formuliert, die den Strafrahmen bestimmenden Merkmale müssen allesamt tatbestandsähnlich und einer abstrakten Regelung durch den Gesetzgeber zugänglich sein⁵⁹ und das jeweilige Deliktsspezifikationsmerkmal muss um eines besonderen, verallgemeinerungsfähigen Umstandes willen aus dem der gewöhnlichen Erfahrung, die den Gesamtbereich des Normalfallrahmens definiert, herausfallen.⁶⁰ Aus § 50 StGB folgt, dass dieser besondere Umstand zugleich ein vertypter Strafmilderungsgrund des Allgemeinen Teils sein kann.

Eine Kumulation verschiedener Umstände ist ebenfalls zulässig, sofern dies zur Begründung der Abweichung vom

⁵¹ Horn (Fn. 6), § 46 Rn. 50, 58 und 65.

⁵² Horn (Fn. 6), § 46 Rn. 58, 59a und 65.

⁵³ Horn (Fn. 6), § 46 Rn. 59a.

⁵⁴ Horn (Fn. 6), § 46 Rn. 65.

⁵⁵ BGH NStZ 2004, 265 f.; Streng (Fn. 1), § 46 Rn. 9.

⁵⁶ Gribbohm, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 11. Aufl. 2003, Vor § 46 ff. Rn. 24 m.w.N.

⁵⁷ Streng (Fn. 1), § 46 Rn. 9.

⁵⁸ Eisele (Fn. 5), S. 211 m.w.N.

⁵⁹ Eisele (Fn. 5), S. 211.

⁶⁰ Horn (Fn. 6), § 46 Rn. 59.

Regeltatbild erforderlich ist. Ansonsten sind weitere Umstände nur im Rahmen der Strafzumessung i.e.S. zu berücksichtigen.

Das eben vorgestellte Vorgehen deckt sich wohl auch mit der untergerichtlichen Praxis, die entgegen dem Postulat der Obergerichte häufig von einer doppelten Gesamtwürdigung Abstand nimmt und den minder schweren Fall auf einzelne, herausragende Tatumstände und deliktsspezifische Besonderheiten stützt.⁶¹

Durch die ausschließliche Berücksichtigung deliktsspezifischer Besonderheiten im Gegensatz zu einer Gesamtabwägung aller denkbaren Strafzumessungsfaktoren lässt sich auch erklären, warum nur bei manchen Delikten minder schwere Fälle normiert wurden. Ein geballtes Vorliegen von strafmildernden Umständen ist nämlich bei jedem Delikt denkbar, so dass sich die Auswahl und Verteilung der minder schweren Fälle im StGB als willkürlich darstellen würde.⁶² Hätte der Gesetzgeber ein wesentliches Überwiegen der strafmildernden Umstände mit gleichzeitiger Herabsetzung des Regelstrafrahmens normieren wollen, hätte sich ähnlich § 41 ÖStGB ein allgemeiner Strafmilderungsgrund mit einem Verweis auf § 49 StGB aufgedrängt.

3. Die Doppelverwertung

Als nächstes stellt sich die Frage, ob ein Merkmal, das zur Begründung des minder schweren Falls verwendet wurde, erneut im Rahmen der Strafzumessung i.e.S. berücksichtigt werden darf.

Im StGB finden sich zwei Regelungen zur Doppelverwertung, zum einen § 46 Abs. 3 StGB, zum anderen § 50 StGB.

Nach § 50 StGB darf ein Umstand, der allein oder mit anderen die Annahme eines minder schweren Falls begründet und zugleich ein besonderer gesetzlicher Minderungsgrund nach § 49 StGB ist, nur einmal berücksichtigt werden. Eine doppelte Strafrahmensverschiebung unter dem gleichen Gesichtspunkt ist daher unzulässig.

Nach § 46 Abs. 3 StGB dürfen Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, nicht erneut berücksichtigt werden. Gemeint ist der abstrakte Umstand wie z.B. der Tod eines Menschen oder der Eintritt eines anderen Erfolges, nicht dagegen die konkrete Bewertung der Schwere. Der Richter darf daher Abstufungen in Bezug auf das gesetzlich abstrakt festgelegte Fallspektrum vornehmen und die Vorwertungen des Gesetzgebers unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des konkreten Falls weiter verfeinern.⁶³

Er kann also z.B. die Nähe zur Vollendung beim Versuch oder die Art der Verletzung im Rahmen des § 223 Abs. 1 StGB auch bei der Strafzumessung i.e.S. weiter berücksichtigen.

Nichts anderes darf für die strafrahmenbestimmenden Umstände eines minder schweren Falls gelten,⁶⁴ da auch hier

ein Teil der Unrechts- und Schuldbewertung bereits zur Eröffnung des Ausnahmestrafrahmens geführt und somit die Bewertungsgrundlage verändert hat. Eine doppelte Verwertung des abstrakten Merkmals würde zu einer ungerechtfertigten Besserstellung des Täters führen. Die abstrakten Merkmale des minder schweren Deliktssbildes sind daher endgültig verbraucht. Sie können nicht mehr als abstrakter Umstand zur Ausfüllung des Strafrahmens herangezogen werden, sondern nur noch konkret – unter Berücksichtigung des veränderten Strafrahmens – bewertet werden.

Der Umstand im Beispielfall, dass die nicht geringe Menge nur geringfügig überschritten ist, ist daher verbraucht. Wie knapp die Überschreitung war, ist aber weiterhin berücksichtigungsfähig und kann sich daher für einen minder schweren Fall als leicht oder schwer darstellen.

Ist der abstrakte Umstand einer abgestuften Bewertung nicht zugänglich, darf er überhaupt nicht mehr verwertet werden.

Horn rät daher konsequenterweise, sich bei der Begründung des Sonderstrafrahmens auf möglichst wenige, aber dafür tragende Umstände zu beschränken, um im Folgenden eine differenzierte Strafzumessung zu gewährleisten, die nicht gegen das Doppelverwertungsverbot verstößt.⁶⁵ Dem ist zuzustimmen.

V. Fazit

Der Regelstrafrahmen gilt nur für das Regeltatbild. Die Anwendung des Sonderstrafrahmens erfordert daher ein erhebliches Abweichen des Sonderfalls vom Regelfall, was anhand von deliktsspezifischen Unrechtskategorien zu bestimmen ist. Berücksichtigungsfähig sind dabei nur einzelne generalisierbare, also tatbestandsähnliche Merkmale, die Unrecht oder Schuld betreffen und das Tatbild maßgeblich prägen.

Alle weiteren Merkmale können nur bei der Strafzumessung i.e.S. Berücksichtigung finden.

Innerhalb der Strafzumessung i.e.S. ist eine erneute Verwertung der strafrahmenbestimmenden Umstände ausgeschlossen.

Auf diese Weise kann der Sonderstrafrahmen in Einzelfällen ausgeschöpft werden und der Gesetzessystematik wird hinreichend Rechnung getragen.

Eine Gesamtbetrachtung zur Bestimmung des Strafrahmens, selbst wenn man sie nur auf Tatunrecht und Tatschuld bezöge, steht im Widerspruch zu den sich überschneidenden Strafrahmens, da die Schuld stets gering sein müsste. Im Rahmen der Strafzumessung i.e.S. könnten dann aber auch die spezial- und generalpräventiven Erwägungen nie zu einer Strafe im oberen Bereich des Strafrahmens führen, da der Schuldgehalt der Tat in keinem Fall überschritten werden darf. Auch liefert der Ansatz einer Gesamtbetrachtung keine Erklärung dafür, warum die Höchststrafandrohung eines minder schweren Falls teilweise deutlich über der für einen Normalfall zu erwartenden Strafe liegt, die üblicherweise dem unteren Drittel des Regelstrafrahmens zu entnehmen ist.

⁶¹ Ebenso Eisele (Fn. 5), S. 212.

⁶² Eisele (Fn. 5), S. 280.

⁶³ Horn (Fn. 6), § 46 Rn. 152.

⁶⁴ Horn (Fn. 6), § 46 Rn. 158; Lackner/Kühl (Fn. 2), § 46 Rn. 10a und 45.

⁶⁵ Horn (Fn. 6), § 46 Rn. 157 f.

Übungsfall: A Life 4 Sale

Von **Hanjo Hamann**, Hamburg*

Der Übungsfall richtet sich an Studierende fortgeschrittener Semester und spinnt eine wahre, wenn auch bizarre, Begebenheit aus der Tagespresse weiter. Die erste Frage betrifft rechtliche Probleme der Internetauktion, die Formerfordernisse des § 311b BGB sowie das Mangelgewährleistungsrecht bei Kauf einer Sachgesamtheit. Die zweite Frage thematisiert das Institut der Vertragsübernahme.

Sachverhalt

Der 44-jährige Jan U. hat genug von seinem Leben. Seine Ehefrau hat sich nach 12 Jahren glücklicher Beziehung scheiden lassen und er bringt es nicht über sich, noch länger im ehemals gemeinsamen Haus zu leben. Von einer *midlife crisis* gepackt, beschließt er, das Haus und all sein Hab und Gut zu versilbern und ein neues Leben zu beginnen – egal wo und wie, nur erst weg aus dem Haus, der Stadt, dem Land.

U stellt also beim Internetauktionator eBay folgendes Angebot für Selbstaholder ein:

„Mein Name ist Jan U., ich verkaufe mein ganzes Leben! [...] Ja, Sie haben richtig gelesen. Nach der Auktion spazierte ich zum letzten Mal aus meinem Haus, mit nicht mehr als meinen Kleidern am Leib, meinem Pass und meiner Geldbörse. Alles andere kann Ihnen gehören: Lebensstil. Haus. Auto. Motorrad. Job. Freunde.

[Es folgt eine detaillierte Beschreibung vom Haus mit einer vollständigen und teils fotografisch illustrierten Liste von Inventar und Ausstattung sowie dem Alltags- und Hobbybedarf von U, darunter BBQ-Ausstattung, Mountainbike, Fallschirmausrüstung, Jet-Ski Kawasaki 650SX, Supersportler-Motorrad Kawasaki „Ninja“ ZX-6R und ein 4-türiger Mazda 929, 1989er Baujahr.]

Freunde: Auch meine Freunde biete ich hier an. Aber um Missverständnissen vorzubeugen – ich verkaufe meine Freunde nicht und habe das nie gesagt. Alles, was ich anbieten kann, ist, den erfolgreichen Bieter einigen wirklich warmherzigen und großartigen Leuten vorzustellen.

Job: Seit drei Jahren arbeite ich im Teppichladen von Jenny J. Als ich ihr von meiner Idee erzählte, fand sie das großartig. Deshalb biete ich hier auch meinen Job an. [Der Arbeitsvertrag von U wird näher beschrieben.]“

Weiter unten weist U darauf hin, dass seine Identität und Staatsbürgerschaft nicht zum Verkauf stehen: „Nach der Auktion werde ich immer noch ich sein, und Sie immer noch Sie!“.

Die Auktion startet am 22.6.2008 bei 1 € und endet eine Woche später. Mit 243.300 € stammt das höchste der 66 Gebote von M.¹

* Der Autor ist juristischer Mitarbeiter der Hamburger Sozietät Huth Dietrich Hahn.

¹ Bis hier handelt es sich um einen absolut wahren Fall – nur die Währung wurde geändert. Der britischstämmige Australier Ian Usher hatte 100 Tage vor seiner eBay-Auktion eine Homepage unter www.alife4sale.com erstellt, auf der er Beweggründe und Inhalt der Auktion erläuterte. Weniger als

U und M treffen sich beim Notar, wo sogleich die Auflassung beurkundet wird.² Die Eintragung wird beantragt, U übergibt M die Hausschlüssel und macht sich auf den Weg in sein neues Leben. Einige Wochen später kommt U unter ungeklärten Umständen am Strand von Ipanema zu Tode; sein volljähriger Sohn Dan U. (D) wird Alleinerbe.

M hat unterdessen festgestellt, dass sein Kauf vielleicht etwas übereilt war. Als er seine Eintragung ins Grundbuch überprüft, bemerkt er, dass vor ihm der D eingetragen war; Notar und Registergericht hatten übersehen, dass U sein Grundstück aus steuerlichen Gründen schon vor Jahren auf seinen Sohn übertragen hatte. Außerdem hat die exquisite Heimkinoanlage einen irreparablen Defekt. Hat M ein Recht zum Rücktritt vom gesamten Vertrag?

Zu allem Überfluss tritt kurz nach dem Tod des U auch noch J auf den Plan. U hatte sie noch vor seiner Abreise über den Vertrag mit M informiert; nun fordert sie M auf, endlich zur Arbeit zu erscheinen. Hat sie darauf einen Anspruch?

Lösungsvorschlag zur ersten Frage:

A. Rücktrittsrecht des M

Ein Rücktrittsrecht könnte sich aus §§ 437 Nr. 2 Var. 1, 323 Abs. 1 Var. 2 BGB ergeben. Voraussetzung hierfür ist, dass U und M einen wirksamen Kaufvertrag geschlossen haben (unter I.) und ein zum Rücktritt berechtigender Mangel vorliegt (unter II.). Ferner kann M vom Kaufvertrag gemäß § 323 Abs. 1 Var. 1 BGB nach Fristsetzung zurücktreten, wenn U die ihm nach § 433 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB obliegende Leistung nicht erbracht, also dem M nicht wirksam Eigentum an dem Hausgrundstück verschafft hat (unter III.).

I. Kaufvertrag, § 433 BGB

Die Begründung eines Kaufvertrags setzt voraus, dass U und M korrespondierende Willenserklärungen abgegeben haben, der geschlossene Vertrag als Kaufvertrag zu qualifizieren und der Vertrag nicht gemäß § 125 S. 2 BGB formnichtig ist.

einen Tag nach Beginn der Auktion lagen die Gebote bei mehr als 2 Mio. AUD (1,2 Mio. €) – darunter zahlreiche Scherzgebote. Usher änderte deshalb die Auktionskonditionen und ließ nur noch registrierte Bieter zu. Die Auktion endete bei 399.300 AUD (243.000 €.) – 700 AUD unter dem sachverständig geschätzten Mindestwert des Hauses. Seine Pläne für die 100 Wochen nach der Auktion hat Ian Usher unter www.100goals100weeks.com aufgelistet.

² Im wahren Leben musste Usher am 12.7.2008 feststellen, dass der Höchstbietende den Kaufpreis nicht aufbringen konnte und die nachfolgenden fünf Bieter nicht mehr interessiert waren. Er beauftragte den Immobilienauktionator www.geewizauctions.com und zog zum 1.8.2008 „normal“ aus. Das Haus (55 Henley Blvd, Wellard WA 6170, Australien) stand erneut zur Versteigerung – abermals erfolglos. Erst am 6.2.2009 war der Verkauf perfekt – da hatte Walt Disney bereits eine 18-Monats-Option auf die Filmrechte erworben.

1. Vertragsschluss

a) Willenserklärung des U

U hat auf der eBay-Seite sein Vermögen im dort bezeichneten Umfang – also Sachen, Rechte oder sonstige Gegenstände i.S.v. §§ 433, 453 Abs. 1 BGB – angeboten. Fraglich ist, ob hierin ein Antrag i.S.v. § 145 BGB *ad incertae personae* zu sehen ist,³ oder ob es sich um eine bloße *invitatio ad offerendum* handelt.⁴ Für Letzteres spricht, dass sich aus der Angebotsseite weder der Preis noch der Vertragspartner ergibt, so dass mehrere *essentialia negotii* fehlen.⁵ Allerdings genügt es, wenn die Bestimmung der *essentialia* zumindest konkludent dem Angebotsempfänger überlassen wird.⁶ Die Onlineauktion setzt das Gebot eines Dritten voraus, durch das sowohl Preis als auch Partner eines möglichen Kaufvertrags fixiert werden. Die Angebotsseite des U könnte daher auch als Antrag ausgelegt werden. Die Entscheidung darüber kann aber letztlich dahingestellt bleiben, weil U jedenfalls einen Antrag von M (dazu sogleich unter bb) angenommen hatte.

b) Willenserklärung des M

M hat durch Mausklick ein Gebot zur Auktion des U abgegeben und damit konkludent seinen Willen erklärt, mit U einen Kaufvertrag zu den Bedingungen seines Gebots abzuschließen.

Diese Willenserklärung wäre aber nach § 156 S. 2 Var. 2 BGB erloschen, wenn eBay Versteigerungen i.S.v. § 156 BGB durchführte und die Versteigerung des U ohne Zuschlag geschlossen worden wäre. Indessen erfolgt bei Online-Auktionen kein Zuschlag; eine solche Willenserklärung des Auktionators liegt nicht im bloßen Zeitablauf.⁷ Das ist nicht unzweifelhaft. Zum einen bietet die h.M. keine positive Begründung, warum angesichts gewandelter Lebensverhältnisse nicht auch der Zeitablauf als „Zuschlag“ i.S.v. § 156 BGB verstanden werden kann; das traditionelle Dreipersonenverhältnis der Versteigerung ist schließlich nicht zwingend. Zum anderen argumentiert der BGH ergebnisorientiert zugunsten des Verbraucherschutzes, um das Widerrufsrecht nach § 312d BGB bei Online-Auktionen entgegen § 312d Abs. 4 Nr. 5 BGB aufrechtzuerhalten. Dazu könnte aber auch § 312d Abs. 4 Nr. 5 BGB aufgrund der Besonderheiten der Online-Auktion für unanwendbar erklärt werden, ohne dass die dogmatische Wurzel – § 156 BGB – herausgerissen wer-

den müsste.⁸ Im vorliegenden Fall ergeben sich freilich keine Unterschiede; wäre die Online-Auktion eine Versteigerung i.S.v. § 156 BGB und läge der Zuschlag im Zeitablauf, wäre die Willenserklärung des M ebenso wenig mangels Zuschlags erloschen. Folglich ist die Willenserklärung des M nicht mangels Zuschlags i.S.v. § 156 BGB erloschen.

c) Qualifizierung als Kaufvertrag

Die vertragliche Einigung müsste die Typusmerkmale eines Kaufvertrags erfüllen. Nach §§ 433, 453 Abs. 1 BGB liegt ein Kaufvertrag vor, wenn sich die Parteien geeinigt haben, Sachen, Rechte oder sonstige Gegenstände gegen Zahlung eines vereinbarten Preises zu übertragen. Das ist hier der Fall.

d) Zwischenergebnis

Mit Zeitablauf kam ein Kaufvertrag i.S.d. §§ 433, 453 Abs. 1 BGB zwischen U und M zustande.⁹

2. Nichtigkeit des Kaufvertrags nach § 125 S. 1 BGB

Der Vertrag wäre aber nach § 125 S. 1 BGB nichtig, wenn er der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelte. Fraglich ist, ob durch Gesetz eine Form vorgeschrieben war.

a) Formnichtigkeit wegen der Verpflichtung zur Übertragung des gegenwärtigen Vermögens

Nach § 311b Abs. 3 Var. 1 BGB bedurfte der Vertrag der notariellen Beurkundung, wenn ein Teil sich darin verpflichtet hätte, sein gegenwärtiges Vermögen zu übertragen. Zu klären ist daher, ob U sich verpflichtet hat, die Aktiva¹⁰ seines gegenwärtigen Vermögens zu übertragen. Da die zu übertragenden Gegenstände im Vertrag einzeln genannt waren, könnte die Verpflichtung des U sich stattdessen auf eben diese einzelnen Gegenstände beziehen.

aa) Ermittlung des Angebotsinhalts

Dazu müssten die zu übertragenden Vermögensstücke im Vertrag bestimmt oder zweifelsfrei bestimmbar sein.¹¹ Zwar enthält schon der Beginn des Angebotstextes die Formulierung „ganzes Leben“, die auch das gesamte Vermögen erfasst; hierin liegt aber unter Berücksichtigung von §§ 133, 157 BGB ersichtlich nur ein Blickfang, ohne dass sich U insoweit rechtlich binden wollte (ein anderes Ergebnis ist bei entsprechender Begründung vertretbar). Maßgeblich ist daher der weitere Angebotstext, in dem die Vermögensgegenstände einzeln aufgezählt waren. Zwar lässt sich nicht ausschließen,

³ BGH NJW 2005, 53 (54) – „eBay“; *Spindler/Nink*, DRiZ 2007, 193 sehen zusätzlich eine aufschiebende Bedingung, die *Heiderhoff*, ZIP 2006, 795 ablehnt.

⁴ *Leible/Sosnitzka-Hoffmann*, Versteigerungen im Internet, 2004, Rn. 152.

⁵ *Lampert*, JA 2000, 630.

⁶ *Kramer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 145 Rn. 4.

⁷ BGH NJW 2002, 363 (364) – „ricardo.de“ – verneinte eine Willenserklärung sogar bei ausdrücklichem, nach Zeitablauf per E-Mail erklärtem „Zuschlag“ durch die Auktionsplattform.

⁸ Ähnliche Zweifel bei *Kramer* (Fn. 6), § 156 Rn. 3: § 156 BGB ist abdingbar, folglich könnten Online-Auktionen auch ohne Zuschlag Versteigerungen sein; einzig konsequent sei daher, § 312d Abs. 4 Nr. 5 BGB zu streichen.

⁹ Zu weiteren Problemen beim Vertragsschluss durch Onlineauktion vgl. den Übungsfall *Deutsch*, JA 2006, 346.

¹⁰ *Klöckner*, DB 2008, 1083; *Wufka*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2005, § 311b Abs. 3 Rn. 9; a.A. *Knieper*, MDR 1970, 979 (980 f.).

¹¹ BGHZ 25, 1 (4); *Kanzleiter*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 311b Rn. 103.

dass U einzelne Gegenstände nicht aufgelistet hat, wodurch er seiner Behauptung widerspräche, in bloßen Kleidern das Haus verlassen zu wollen. Andererseits gehörte auch diese Behauptung zur effektheischenden Einleitung, für die kein Rechtsbindungswille des U angenommen werden kann. Damit waren die einzelnen Gegenstände der Versteigerung durch ihre Benennung hinreichend bestimmt. Nach h.M. hätte sogar die Verwendung eines Sachinbegriffs genügt;¹² insbesondere seien die von der Gesamtbezeichnung „Hausstand“ erfassten Einzelgegenstände ohne Weiteres bestimmbar.¹³ Umstritten ist das nur für die beim Unternehmenskauf üblichen sog. *catch all* (Auffang-)Klauseln, nach denen der Vertrag sogar überhaupt nicht erwähnte Bestandteile des Unternehmens umfassen soll.¹⁴

bb) Rechtliche Behandlung des Angebots

U hat sich also nach dem Wortlaut seines Angebots nicht über sein gegenwärtiges Vermögen, sondern nur über die aufgezählten Einzelsachen verpflichtet. Indessen bildeten diese Einzelsachen in der Summe sein gesamtes Vermögen. Fraglich ist, ob § 311b Abs. 3 BGB auch für diesen Fall die Beachtung der notariellen Form verlangt.

Dagegen spricht, dass das Vermögen immerhin nicht „in Bausch und Bogen“¹⁵ übertragen werden sollte; ungeachtet der Summe der Vertragsgegenstände und ihres Wertverhältnisses zum Gesamtvermögen des Verpflichteten liegt *qualitativ* eine Einigung über detailliert aufgezählte Einzelstücke vor. Deshalb könnte die notarielle Form entbehrlich sein (sog. Gesamttheorie).¹⁶ Andererseits lässt sich bestreiten, dass der Wille der Parteien, formal nicht über das gesamte Vermögen kontrahieren zu wollen, zur Abgrenzung taugt, wenn nach dem Summenvergleich aller Vertragsgegenstände mit dem Schuldnervermögen eine Verpflichtung über das gesamte Vermögen *quantitativ* vorliegt; die Form des § 311b Abs. 3 BGB könnte daher auch in diesem Fall erforderlich sein (sog. Einzeltheorie).¹⁷

cc) Stellungnahme

Die möglichen Lösungswege führen zu verschiedenen Ergebnissen; eine Entscheidung ist erforderlich. Da das „gegenwärtige Vermögen“ sowohl *quantitativ* als auch *qualitativ*

bestimmt werden kann, ist die Frage nicht allein mit dem Wortlaut von § 311b Abs. 3 BGB zu entscheiden.

Systematisch sind zunächst die ähnlich lautenden § 419 BGB a.F. („Vermögens eines anderen“) und § 1365 Abs. 1 BGB („Vermögen als Ganzes“) zu berücksichtigen, die vorrangig Dritte schützen (Gläubiger in § 419 BGB a.F.,¹⁸ Ehegatten und Lebensgrundlage der Familie in § 1365 BGB¹⁹) und deren Auslegung überwiegend zur sog. Einzeltheorie führt.²⁰ Ebenso ließe sich systematisch auf § 1822 Nr. 1 BGB („Vermögen im Ganzen“) abstellen, der vorrangig den Verfügenden schützt und bei dessen Auslegung folgerichtig die sog. Gesamttheorie überwiegt.²¹ Mithin lassen sich durchschlagende systematische Argumente nicht finden, ohne den Zweck von § 311b Abs. 3 BGB – Dritt- oder Selbstschutz? – zu berücksichtigen (sog. teleologische Auslegung).

Der Formzwang des § 311b Abs. 3 BGB erfüllt drei Zwecke: Rechtssicherheit, Übereilungsschutz bei inhaltsschweren und schwer überschaubaren Geschäften und Umgehungsschutz hinsichtlich erbrechtlicher Formvorschriften.²² Letzteres kann vorliegend außer Betracht bleiben. Auch der Rechtssicherheit ist durch die öffentlich zugängliche Angebotsseite des M wohl genügt. Allenfalls der Selbstschutz vor Übereilung könnte eine Beurkundung auch dann gebieten, wenn die Gegenstände der Verpflichtung einzeln aufgezählt sind. Andererseits ist der Verpflichtete gerade dann über den Umfang seiner Verpflichtung orientiert. Die in § 311b Abs. 3 BGB ausgesprochene Warnung vor der Aufgabe der wirtschaftlichen Unabhängigkeit (Verfügungsfreiheit) wirkt überflüssig, wenn der Verpflichtete sein Vermögen schon aufwändig katalogisiert hat, nur um sich davon zu trennen. Immerhin weiß er dann detailliert, was er aufgibt – dass die Verlesung der Liste durch den Notar in diesem Fall noch einen besonderen Warneffekt hat, muss bezweifelt werden.²³ Ebenso wie i.R.v. § 1822 Nr. 1 BGB ist hier deshalb von der sog. Gesamttheorie auszugehen.

dd) Zwischenergebnis

Nach der Wertung der Gesamttheorie hat U nicht sein gegenwärtiges Vermögen verkauft. Der Vertrag bedurfte daher nicht nach § 311b Abs. 3 Var. 1 BGB der notariellen Beurkundung. Wer mit guten Argumenten zu einem anderen Ergebnis gelangt, wird nach § 125 S. 1 BGB die Unwirksamkeit

¹² Wufka (Fn. 10), § 311b Abs. 3 Rn. 10, 16 m.w.N.

¹³ RGZ 94, 314 (316) für § 311 BGB a.F., der dem heutigen § 311b Abs. 3 BGB nahezu wortlautgleich entsprach.

¹⁴ Ausführlich Klöckner, DB 2008, 1083 (1088 f.); krit. Heckschen, NZG 2006, 772 (775, 777).

¹⁵ So die vielzitierte Formel aus RGZ 94, 314 (316).

¹⁶ Dafür die h.M.: RGZ 139, 200 (203 f.); 69, 416 (420); BGHZ 43, 174; Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 311b Rn. 66; Wufka (Fn. 10), § 311b Abs. 3 Rn. 10 f.; für den Unternehmenskauf Müller, NZG 2007, 201.

¹⁷ So insb. Grziwotz, in: Erman, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2008, § 311b Rn. 91; Knieper, MDR 1970, 979 (980); für den Unternehmenskauf Heckschen, NZG 2006, 772.

¹⁸ Wufka (Fn. 10), § 311b Abs. 3 Rn. 9.

¹⁹ Zu den Schutzzwecken von § 1365 vgl. E. Koch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2000, § 1365 Rn. 1 f.; schon RGZ 94, 314 (316 f.) widersprach systematischen Vergleichen von § 311b Abs. 3 (damals § 311) mit § 1365 (damals § 1444).

²⁰ Für § 419: Wufka (Fn. 10), § 311b Abs. 3 Rn. 10; RGZ 139, 200 (203 f.) m.w.N.; BGHZ 43, 174; für § 1365: BGHZ 35, 135; 64, 246 (247); 77, 293 (295); E. Koch (Fn. 19), § 1365 Rn. 10 ff.

²¹ BGH FamRZ 1957, 121; Wagenitz, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2002, § 1822 Rn. 3.

²² Klöckner, DB 2008, 1083; Kanzleiter (Fn. 11), § 311b Rn. 99; Grziwotz (Fn. 17), § 311b Rn. 88.

²³ Ähnlich auch Klöckner, DB 2008, 1083 (1084).

des Vertrages annehmen können, gelangt aber über § 140 BGB zu der Frage, ob wenigstens mehrere Verträge über die Einzelsachen geschlossen wurden.²⁴ Dass dazu ein Grundstück gehört, wirft vorbehaltlich § 139 BGB²⁵ erneut die Formfrage auf.

b) Formnichtigkeit wegen der Verpflichtung zur Grundstücksübertragung

Der Vertrag bedurfte aber nach § 311b Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB notarieller Beurkundung, wenn U sich verpflichtet hätte, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen. Der Angebotstext des U lässt das Grundstück unerwähnt; U bot lediglich sein Haus an. Indessen kann das Haus wegen § 94 Abs. 1 S. 1 BGB nicht Gegenstand selbstständiger Verfügungen sein, der Kaufvertrag ist also nach §§ 133, 157 BGB als Grundstücksverkauf auszulegen. U hat sich verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, der Vertrag bedurfte daher insgesamt²⁶ notarieller Beurkundung. Diese ist nicht erfolgt. Die Formbedürftigkeit erfasst den gesamten Vertrag, da U und M nicht mehrere Parallelverträge abschließen wollten, sondern einen einheitlichen Vertrag über alle von U angebotenen Sachen, Rechte und sonstigen Gegenstände als Sachgesamtheit. Der Vertrag war also zunächst formnichtig (§ 125 S. 1 BGB).

c) Heilung durch Vollzug der Eigentumsübertragung

Die Formnichtigkeit nach §§ 125 S. 1, 311b Abs. 1 S. 1 BGB könnte gem. § 311b Abs. 1 S. 2 BGB geheilt worden sein. Die dazu erforderliche Auflassung und Eintragung ins Grundbuch sind erfolgt. Da § 311b Abs. 1 S. 2 BGB aber seinem Zweck nach den vollwirksamen Vollzug des Vertrags voraussetzt, bedarf es auch der für Verfügungen nach §§ 873, 925 BGB erforderlichen Berechtigung des Verfügenden. Diese fehlte bei der Beurkundung, da U weder Eigentümer des Grundstücks noch kraft Rechtsgeschäfts oder Gesetzes zur Verfügung befugt war. Indessen wurde der Nichtberechtigte U (§ 185 Abs. 1 BGB) zwischenzeitlich von seinem Sohn D beerbt, die Verfügung könnte deshalb nach § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 3 BGB wirksam geworden sein. Dazu müsste D für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haften. Dies ist nach § 1967 Abs. 1 BGB grundsätzlich der Fall;

²⁴ Dazu RGZ 61, 284; 137, 324 (350); damit die Umdeutung § 311b Abs. 3 BGB nicht unterläuft, muss eine klare Willensrichtung der Parteien feststellbar sein, vgl. *Grziwotz* (Fn. 17), § 311b Rn. 92; *Wufka* (Fn. 10), § 311b Abs. 3 Rn. 22, 24.

²⁵ Instruktiv RGZ 61, 284: „Ob [ein nach § 311b Abs. 3 BGB formnichtiger] Vertrag wenigstens insoweit, als er die Übertragung des Grundstückes betrifft, durch Auflassung und Eintragung gültig wird, hängt nach § 139 BGB davon ab, ob anzunehmen ist, dass die Parteien den Vertrag insoweit auch allein [...] geschlossen haben würden.“

²⁶ Vgl. nur *Kanzleiter* (Fn. 11), § 311b Rn. 50 m.w.N in Fn. 172.

Ausnahmen hiervon (§§ 1975, 1990 BGB) sind nicht ersichtlich.²⁷ Die Auflassung ist damit *ex tunc* wirksam geworden.

Der Formmangel wurde also nach § 311b Abs. 1 S. 2 BGB geheilt.

3. Zwischenergebnis

Zwischen U und M bestand trotz Formmangels ein vollwirksamer Kaufvertrag.

II. Vorliegen eines Sachmangels nach § 434 BGB

1. Sachmangel an der Heimkinoanlage im Zeitpunkt des Gefahrübergangs

Die Heimkinoanlage wäre im Zeitpunkt des Gefahrübergangs – d.h. hier dem Zeitpunkt der Schlüsselübergabe an M – mangelhaft, wenn sie nicht die vereinbarte, vorausgesetzte oder vorhersehbare Beschaffenheit i.S.v. § 434 Abs. 1 BGB hätte. Eine Vereinbarung über die Beschaffenheit der Heimkinoanlage (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB) ist nicht bekannt, auch eine im Vertrag vorausgesetzte Verwendung (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB) ist nicht ersichtlich. Die Heimkinoanlage ist aber defekt, mithin nicht für die gewöhnliche Verwendung geeignet (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB). M konnte die gewöhnliche Beschaffenheit auch erwarten, folglich war die Heimkinoanlage mangelhaft i.S.v. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB.

2. Mangel der Einzelsache als Mangel der Sachgesamtheit?

Fraglich ist, ob der Mangel der Heimkinoanlage als Mangel der Kaufsache anzusehen ist. Kaufsache war hier die aus dem Grundstück und zahlreichen Gegenständen bestehende Sachgesamtheit.

a) Anwendbarkeit von § 434 BGB auf Sachgesamtheiten

Der Mangelbegriff des § 434 BGB müsste auf Sachgesamtheiten anwendbar sein. Für Unternehmenskäufe wird vereinzelt vertreten, das Gewährleistungsrecht passe nicht und sei daher unanwendbar;²⁸ zumindest aber gebe es für Unternehmen keine „gewöhnliche Verwendung“ oder „übliche Beschaffenheit“ i.S.v. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB.²⁹ Indessen ergibt sich aus dem Wortlaut von §§ 433, 453 BGB nicht, dass Unternehmen anders zu behandeln wären als andere Vermögensgegenstände.³⁰ Auch ist nicht ersichtlich, dass es für Unternehmen nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen oder empirischen Befunden keine übliche Beschaffenheit geben kann. Das gilt über den Fall des Unternehmenskaufs hinaus auch für andere Sachgesamtheiten; auch hier ist eine gesetzesnah differenzierende Lösung pauschalen Bewertungen vorzuziehen.

²⁷ Beschränkbarkeit der Erbenhaftung würde genügen, so *Schramm*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 185 Rn. 71.

²⁸ *Huber*, AcP 202 (2002), 179 (223 ff.).

²⁹ *Huber*, AcP 202 (2002), 179, (212 f.); *Weitnauer*, NJW 2002, 2511 (2514); *Kindl*, WM 2003, 412.

³⁰ So auch die h.M., vgl. *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 8 Rn. 23 m.w.N. in Fn. 26.

b) „Durchschlagen“ des Mangels der Einzelsache als Voraussetzung?

aa) Position des BGH

Für den Unternehmenskauf verlangte der BGH nach altem Schuldrecht ein „Durchschlagen“ des Mangels, indem der Mangel die wirtschaftliche Grundlage des Unternehmens berührt oder in dessen sachlichem Substrat eine nicht unwesentliche Abweichung vom vertraglich vorausgesetzten Zustand herbeiführt.³¹ Das neuere Schrifttum setzt diese Judikatur teilweise fort; der Mangel müsse sich auf die Funktionsfähigkeit des Unternehmens auswirken – fehlt es daran, liege kein Mangel der Sachgesamtheit vor.³²

bb) Position der abweichenden Literatur

Eine andere Ansicht weist auf den Wegfall von § 459 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. hin, wonach Mängelgewährleistungsrechte stets eine nicht „unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit“ voraussetzen. Die BGH-Rechtsprechung sei im Lichte dieser Norm zu sehen, ein „Durchschlagen“ des Mangels sei nach neuem Recht nicht mehr erforderlich.³³ Danach wäre jeder Mangel im Sachsubstrat auch ein Mangel der Sachgesamtheit.

cc) Vermittelnde Position

Namentlich *Canaris* bemüht sich um eine Präzisierung der Fragestellung und vermittelt wie folgt: Das Erfordernis des „Durchschlagens“ war entgegen missverständlicher Formulierungen schon früher keine zusätzliche Voraussetzung, sondern eine bildliche Konkretisierung von § 434 BGB. Folglich schlage ein Mangel der Einzelsache immer dann auf die Sachgesamtheit „durch“, wenn er bei Sachgesamtheiten der betreffenden Art unüblich sei.³⁴ Danach ist § 434 BGB also schlicht anzuwenden; ein Mangel läge vor, wenn der Sachgesamtheit selbst die vereinbarte, vorausgesetzte oder vorhersehbare Beschaffenheit fehlte.

dd) Stellungnahme

Die Ansicht von *Canaris* ist mit dem gesetzlichen Wortlaut am besten vereinbar. Kaufsache ist die Sachgesamtheit, folglich kann auch die Feststellung eines Mangels ausschließlich mit Blick auf die Sachgesamtheit erfolgen. Eines zusätzlichen „Durchschlagens“ bedarf es nicht.

c) Mangel der Sachgesamtheit

Damit bleibt zu fragen, ob die Sachgesamtheit einen Mangel i.S.v. § 434 Abs. 1 BGB aufwies. Es könnte am Vorliegen einer üblichen Beschaffenheit i.S.v. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB fehlen. Zwar ist fraglich, ob es für einen derart einzigartigen Kaufgegenstand wie den vorliegenden eine übliche

Beschaffenheit i.S.v. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB überhaupt gibt. Allerdings bildet das Wohnhaus des U ersichtlich den Hauptteil der Sachgesamtheit, daher kann man sachgerecht auf die übliche Beschaffenheit von Wohnhäusern abstellen. Zu fragen ist daher, ob in Wohnhäusern dieser Preiskategorie eine mangelfreie Heimkinoanlage üblich und zu erwarten ist. Dafür spricht, dass Heimkinoanlagen in zahlreichen Ausführungen erhältlich sind und dass zumindest eine einfache Multimedia-Ausstattung in einem voll eingerichteten Wohnhaus erwartet werden darf. Dagegen spricht, dass gerade eine exquisite Heimkinoanlage ein Liebhaber- bzw. Luxusartikel ist, der nicht ohne Weiteres zur üblichen Ausstattung gehört. Ihre Funktionsuntüchtigkeit begründet deshalb keinen Mangel der Sachgesamtheit.

Hilfsgutachtlich: Wer einen Mangel bejaht, muss § 323 Abs. 5 S. 2 BGB prüfen. Zur Bestimmung dessen, was „erheblich“ i.S.d. Norm ist, greift ein Teil der Literatur auf die „erhebliche Beeinträchtigung“ i.S.v. § 651e BGB zurück, die in der Rechtspraxis einen Minderwert von 20% bis 50% erfordert.³⁵ Da auch nicht ersichtlich ist, dass M auf die Heimkinoanlage besonders großen Wert gelegt hätte, wird seinem Äquivalenzinteresse durch § 441 BGB ausreichend Rechnung getragen, ohne dass es der Rückabwicklung des gesamten Vertrags bedürfte. Der Mangel wäre deshalb unerheblich i.S.v. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB.

d) Zwischenergebnis

Die Heimkinoanlage war bei Gefahrübergang mangelhaft i.S.v. § 434 BGB – nicht indessen nach der hier vertretenen Auffassung die kaufgegenständliche Sachgesamtheit als solche. Ein Rücktrittsrecht „vom ganzen Vertrag“ (§ 323 Abs. 5 S. 1 BGB) steht M allein wegen der Mangelhaftigkeit der Heimkinoanlage daher nicht zu. Allenfalls könnte M insoweit einen Teilrücktritt erklären.³⁶

III. Rücktrittsrecht nach § 323 BGB wegen Nichtübereignung des Hausgrundstücks?

M könnte unter den Voraussetzungen des § 323 BGB vom Kaufvertrag zurücktreten, wenn U seiner Pflicht zur Einräumung des Eigentums gemäß § 433 Abs. 1 S. 1 BGB nicht nachgekommen wäre. Dies ist hinsichtlich des verkauften Hausgrundstücks fraglich. Im Zeitpunkt der Eintragung im Grundbuch wurde M zwar noch nicht Eigentümer des Grundstücks. Jedoch ist er es gemäß § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 3 BGB dadurch geworden, dass U von D beerbt wurde (siehe oben unter I.1.b.cc).

IV. Gesamtergebnis zur ersten Frage

M hat kein Recht zum Rücktritt vom gesamten Vertrag.

³¹ BGH WM 1970, 819 (821); NJW 1979, 33.

³² Westermann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 453 Rn. 27.

³³ Wolf/Kaiser, DB 2002, 411 (414 f.).

³⁴ Canaris (Fn. 30), § 8 Rn. 37; vgl. auch Westermann (Fn. 32), § 453 Rn. 28.

³⁵ Ernst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 323 Rn. 243.

³⁶ Dazu Ernst (Fn. 35), § 323 Rn. 201 f., 256; Beckmann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 453 Rn. 59 ff.

Lösungsvorschlag zur zweiten Frage:

Ein Anspruch der J gegen M auf die Leistung versprochener Dienste setzt einen Dienstvertrag i.S.v. § 611 Abs. 1 BGB zwischen ihr und M voraus. Ein Vertragsschluss zwischen M und J ist nicht erfolgt, aber M könnte die Schuld des U aus dessen Dienstvertrag mit J übernommen haben, § 415 Abs. 1 BGB.

A. Schuldübernahme, § 415 Abs. 1 S. 1 BGB

Indessen ist fraglich, ob M und U sich tatsächlich i.S.v. § 415 Abs. 1 S. 1 BGB einigen wollten. Das lässt sich nur durch Auslegung der vertraglichen Einigung feststellen, §§ 133, 157 BGB. Nach der vertraglichen Einigung sollte M den „Job“ übernehmen. Dazu gehört nicht nur die Pflicht zur Leistung der versprochenen Dienste, sondern auch der Anspruch auf Vergütung. Der Wortlaut spricht daher gegen die Annahme einer bloßen Schuldübernahme.

Zwar könnte M den Anspruch auf Vergütung durch eine konkludente Vorausabtretung (§§ 398, 158 S. 1 BGB) seitens U erlangt haben; dadurch liefe er aber doch wieder Gefahr, dass er bei Unwirksamkeit der Abtretung zur Dienstleistung verpflichtet wäre, ohne eine Vergütung zu erhalten. Auch belässt die Schuldübernahme alle Gestaltungsrechte aus dem Vertrag, also insbesondere das Recht zur Kündigung, beim Altschuldner.³⁷ Der Abschluss zwei getrennter Geschäfte entsprach daher nicht dem erkennbaren Willen der Parteien.³⁸

B. Vertragsübernahme, § 415 BGB analog*1. Einigung, § 311 BGB*

Statt einer Schuldübernahme könnten U und M aber eine Übernahme des gesamten Vertrags vereinbart haben (§ 311 Abs. 1 Var. 2 BGB). Die Zulässigkeit einer solchen Vertragsübernahme wird durch § 309 Nr. 10 BGB und arg e § 613a Abs. 1 S. 1 BGB vorausgesetzt; im Übrigen ist er von der Privatautonomie der Parteien gedeckt.³⁹ Nach dem bereits Gesagten kann die Einigung von U und M so ausgelegt werden, dass M in die gesamte Vertragsstellung des U gegenüber J eintreten sollte. Das ist – auch im Bereich des Arbeitsrechts – formfrei möglich.⁴⁰ Fraglich ist nur, ob die zusätzlichen Voraussetzungen des § 415 BGB vorliegen müssen. Das wäre der Fall, wenn § 415 BGB analog anwendbar wäre.

³⁷ Pöggeler, JA 1995, 641 (643); Möschel, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, Vor § 414 Rn. 7 f.; a.A. Busche, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2005, Vor § 398 Rn. 200; Roth, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 398 Rn. 5.

³⁸ A.A. mit guten Argumenten vertretbar; es sollte aber deutlich werden, dass die Möglichkeit einer Vertragsübernahme erkannt wurde.

³⁹ Systematische Darstellung der Vertragsübernahme bei Pöggeler, JA 1995, 641.

⁴⁰ So ausdr. BAG NJW 1973, 822 (823) für den Arbeitgeberwechsel durch Vertragsübernahme.

2. Analoge Anwendbarkeit des § 415 BGB

Die analoge Anwendbarkeit setzt eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage voraus. An einer Regelungslücke könnte es deshalb fehlen, weil der Erfolg einer Vertragsübernahme durch mehrere Einzelgeschäfte nach §§ 398, 414 f. BGB herbeigeführt werden kann. Begriffe man die Vertragsübernahme als bloße Bündelung von Abtretungen und Schuldübernahmen,⁴¹ wäre § 415 BGB auf die darin enthaltenen Schuldübernahmen ohne Weiteres direkt anwendbar; eine Regelungslücke bestünde nicht.

Dagegen spricht aber der Wille der Parteien, einen vollständigen Subjektwechsel herbeizuführen und insbesondere auch die Gestaltungsrechte übergehen zu lassen (s.o.);⁴² damit handelt es sich um ein einheitliches Rechtsgeschäft, das im BGB nicht geregelt ist.⁴³ Der historische Gesetzgeber hatte diesen Vertragstyp nicht vorausgesehen, daher ist die Regelungslücke auch planwidrig. Die vergleichbare Interessenlage ergibt sich daraus, dass die Vertragsübernahme lediglich ein qualitatives plus zur Schuldübernahme darstellt; das zum Schutz des Gläubigers normierte Zustimmungserfordernis muss daher auch (bzw. erst recht) bei der Vertragsübernahme beachtet werden.

3. Voraussetzungen analog § 415 BGB

§ 415 Abs. 1 S. 1 BGB setzt die Genehmigung des Gläubigers, hier J, voraus. Eine Genehmigung, also die nachträgliche Zustimmung i.S.v. § 184 Abs. 1 BGB, wäre aber nach allgemeinen Grundsätzen entbehrlich, wenn J eingewilligt hätte.⁴⁴

a) Einwilligung

Eine Einwilligung (§ 183 BGB) könnte in dem vor Beginn der Auktion bekundeten Einverständnis der J zu sehen sein. Dagegen ist zum einen nicht ersichtlich, ob diese nur von U behauptete Erklärung überhaupt abgegeben wurde. Zum anderen hat J keinerlei materiellen Vorteil aus einer etwaigen vorab erklärten Zustimmung; dass sie trotzdem das Risiko eingehen wollte, ihren Vertragspartner U gegen einen unzuverlässigeren Dritten auszutauschen, ist sehr fraglich. Schließlich handelt es sich bei der arbeitsvertraglichen Verpflichtung des U um eine höchstpersönliche Schuld (§ 613 S. 1 BGB); daher kann nach §§ 133, 157 BGB kein rechtlich verbindlicher Wille der J angenommen werden, den Vertrag mit einem ihr völlig Unbekannten fortzusetzen.

Eine Einwilligung lag daher nicht vor.

b) Genehmigung

Damit kommt es auf die Genehmigung der J als Gläubigerin des Anspruchs auf Arbeitsleistung an. Diese kann analog § 415 Abs. 1 S. 2 BGB erst erfolgen, wenn der Schuldner oder der Dritte dem Gläubiger die Vertragsübernahme mitge-

⁴¹ So BGH NJW 1961, 453 (454).

⁴² Vgl. Möschel (Fn. 37), Vor § 414 Rn. 8

⁴³ So auch Grüneberg (Fn. 16), § 398 Rn. 38a; Ficker, AcP 165 (1965), 32 (35); E. Wagner, JuS 1997, 690 (692).

⁴⁴ Möschel (Fn. 37), § 415 Rn. 9.

teilt haben. Sinn der Norm ist es, Schuldner und Übernehmer bis zur Genehmigung des Übernahmevertrages dessen Änderung oder Aufhebung offen zu halten (§ 415 Abs. 1 S. 3 BGB); anderweitige Kenntniserlangung genügt deshalb nicht.⁴⁵

U hatte J die Vertragsübernahme mitgeteilt. In der Aufforderung der J gegenüber M kann eine konkludente Genehmigung gesehen werden, die analog § 415 Abs. 1 S. 2 BGB nach der Mitteilung durch U erfolgte; M ist nach § 182 Abs. 1 BGB richtiger Erklärungsempfänger.

c) Rechtsfolge

Fraglich ist aber, welche Rechtsfolgen diese Genehmigung zeitigt. Das hängt davon ab, in welchem Verhältnis § 414 BGB und § 415 BGB zueinander stehen.

aa) Verfügungstheorie

Die zwischen Schuldner und Übernehmer vereinbarte Schuldübernahme i.S.v. § 415 BGB könnte ein eigenständiges Verfügungsgeschäft darstellen, das von der zwischen Gläubiger und Übernehmer vereinbarten Schuldübernahme nach § 414 BGB unabhängig ist (sog. Verfügungstheorie)⁴⁶. Dann hätten U und M als Nichtberechtigte über die arbeitsvertragliche Forderung der J verfügt; durch die Genehmigung der J wäre die Verfügung nach § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB wirksam geworden – und zwar rückwirkend gem. § 184 Abs. 1 BGB. Der Arbeitsvertrag hätte dann nicht wegen § 613 S. 1 BGB durch den Tod des U erlöschen können, sondern wäre übergegangen.

bb) Angebotstheorie

Dagegen ließe sich die Eigenständigkeit von § 415 BGB gegenüber § 414 BGB auch leugnen, indem die Mitteilung nach § 415 Abs. 1 S. 2 BGB nur als Vertragsangebot einer Schuldübernahme i.S.v. § 414 BGB aufgefasst würde (sog. Angebotstheorie)⁴⁷. Ein solches Angebot könnte J durch ihre „Genehmigung“ nur ex nunc und nur gegenüber dem Antragsenden annehmen. Da mit dem Tod des U das Arbeitsverhältnis nach § 613 S. 1 BGB erloschen und die Vertragsübernahme gegenstandslos geworden wäre, hätte eine Genehmigung daher nur zu Lebzeiten des U erfolgen können; die Aufforderung an M nach dem Tod des U hätte keine Rechtsfolgen.

cc) Stellungnahme

Die verschiedenen Deutungen führen zu verschiedenen Ergebnissen, daher ist eine Entscheidung erforderlich. Der Wortlaut von § 415 Abs. 1 S. 2 BGB bezieht sich auf eine „Genehmigung“. Nach dem natürlichen Sprachgebrauch kann

nur etwas genehmigt werden, das bereits vorhanden ist.⁴⁸ Die Vertragsannahme, die den Vertrag erst herbeiführt, ist daher vom Wortlaut eindeutig nicht erfasst. Ein eindeutiger Wortlaut erlaubt keine Auslegung (*de claris non fit interpretatio*).⁴⁹ Hielte man den Wortlaut nicht für eindeutig, bliebe insbesondere in systematischer Hinsicht zu erörtern, dass die Genehmigung in § 184 Abs. 1 BGB als „nachträgliche Zustimmung“ legaldefiniert ist, die Vertragsannahme dagegen in § 147 BGB eine eigene Regelung gefunden hat. Der historische Gesetzgeber lehnte die Angebotstheorie ausdrücklich ab.⁵⁰

Im Übrigen sind keine Gründe für eine Extension der Norm über ihren Wortlaut hinaus ersichtlich. Damit ist der ersten Lesart beizupflichten; die Genehmigung der J wirkte auf den Zeitpunkt der Vertragsübernahme zurück.

dd) Zwischenergebnis

Rechtsfolge der von J erklärten Genehmigung ist die Wirksamkeit der Vertragsübernahme.

Man könnte allenfalls noch erwägen, dass dieses Ergebnis mit dem höchstpersönlichen Wesen des Arbeitsvertrags unvereinbar ist; indessen sind die zugrundeliegenden Interessen aller Beteiligten gewahrt – auch die des M, der das Arbeitsverhältnis zu denselben Bedingungen kündigen kann wie U vor seinem Tod.

4. Zwischenergebnis

Die Vertragsübernahme zwischen U und M ist analog § 415 Abs. 1 BGB wirksam geworden. M ist in den Arbeitsvertrag mit J eingetreten und der Vertrag nicht durch den Tod des U erloschen.

C. Ergebnis

J hat gegen M einen Anspruch gem. § 611 Abs. 1 BGB darauf, dass er zur Arbeit erscheint.

⁴⁵ Möschel (Fn. 37), § 415 Rn. 10.

⁴⁶ So das Verständnis der h.M., vgl. RGZ 63, 42 (46); 134, 185 (187); Grüneberg (Fn. 16), § 415 Rn. 1; Möschel (Fn. 37), § 415 Rn. 1.

⁴⁷ Dazu Möschel (Fn. 37), § 415 Rn. 2 m.w.N.

⁴⁸ Duden Bd. 10/12: Bedeutungswörterbuch, 3. Aufl. 2002, S. 412: „die Ausführung, Verwirklichung einer Absicht [...] gestatten“; das Vorhandensein einer Absicht ist folglich vorausgesetzt.

⁴⁹ So z.B. ausdrücklich BVerfGE 1, 263, 264; anders Busche (Fn. 37), § 133 Rn. 50.

⁵⁰ Mot. II 144 f.; Prot. I 405 f., 410 f.

Übungsfall: Die Weinprobe

Von Wiss. Mitarbeiterin **Corinna Durinke**, Berlin, Akad. Rat Dr. **Albert Ingold**, München*

Sachverhalt

Auf dem Weingut des K werden in alter Familientradition vor allem Rotweine produziert. K verkauft seine Weine regelmäßig als „Qualitätsweine b.A.“. Ein Wein darf als „Qualitätswein b.A.“ nur bezeichnet werden, wenn ihm eine amtliche Prüfnummer zugeteilt worden ist. Das setzt unter anderem voraus, dass der Wein in Aussehen, Geruch und Geschmack „frei von Fehlern“ ist. Hierzu wird nach ständiger Verwaltungspraxis eine Sinnenprüfung durch eine aus mehreren Sachverständigen bestehende Kommission durchgeführt. Dabei muss der Wein in den Merkmalen Geruch, Geschmack und Aussehen jeweils mindestens 1,5 Punkte und im Durchschnitt der Bewertungen für alle drei Merkmale – als sog. Qualitätszahl – 1,5 Punkte erreichen. Die Punkteskala für die Bewertung reicht dabei von 0 bis 2 Punkte.

Anfang des Jahres 2005 stellte K 5100 Liter Rotwein des Jahrganges 2004 als Spätauslese zur Prüfung vor. Nach Durchführung der Sinnenprüfung lehnte die zuständige Behörde die Zuteilung der Prüfnummer ab. Die Sachverständigen hätten den Wein im Durchschnitt nur mit der Qualitätspunktzahl 0,9 bewertet. Zwei der fünf Prüfer hatten dem Wein in allen Merkmalen ebenso wie als Qualitätszahl 0 Punkte, die anderen drei Prüfer hingegen jeweils 1,5 Punkte erteilt.

K legte gegen die verweigerte Zuteilung der Prüfnummer Widerspruch ein. Die Behörde wies den Widerspruch des K formell ordnungsgemäß zurück. K erhob daher Klage vor dem Verwaltungsgericht mit dem Antrag, der Behörde aufzugeben, ihm die Prüfnummer zu erteilen. Ein von ihm in Auftrag gegebenes Gutachten habe ergeben, dass der Wein fehlerfrei sei. Auch habe die Mehrzahl der Prüfer den Wein akzeptiert, was doch entscheidend sei.

Zudem war er aus zulässiger Quelle informiert worden, dass bei der Sinnenprüfung nicht alles korrekt abgelaufen sei. Der Prüfer X, der den Wein mit 0 Punkten bewertete, habe die Prüfung gar nicht durchführen können, da er betrunken gewesen sei. Der Trunkenheitszustand wirke sich auf die Sinneswahrnehmung aus, so dass ihm eine zutreffende Beurteilung gar nicht mehr möglich gewesen sei. Auch habe der Prüfer Y nicht in die Kommission berufen werden dürfen, da er einer der langjährigen Konkurrenten des K sei und daher ein eigenes Interesse am Nichtbestehen des Weines habe.

* Die Autorin *Durinke* ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin von Prof. Dr. Dr. h.c. *Ulrich Battis* am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Verwaltungswissenschaften, Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin. Der Autor *Ingold* ist Akademischer Rat auf Zeit am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften von Prof. Dr. *Jens Kersten* an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Die Klausur wurde in leicht abgewandelter Form als Semesterabschlussklausur zum „Grundkurs IV: Allgemeines Verwaltungsrecht“ von Prof. Dr. Dr. h.c. *Ulrich Battis* im Sommersemester 2008 an der Humboldt-Universität zu Berlin gestellt.

Schließlich macht K geltend, dass bei der Bewertung des Weines nicht berücksichtigt wurde, dass der Wein aus ökologischem Anbau stamme.

Die Behörde hielt dem entgegen, sie habe in ihrer bisherigen Verwaltungspraxis für das Bestehen der Sinnenprüfung immer das Durchschnittsverfahren und nicht das Mehrheitsprinzip für ausschlaggebend gehalten. Im Übrigen sei die – allerdings in ihrem Ablauf zutreffend dargestellte – Prüfung nicht zu beanstanden gewesen.

Knapp zwei Jahre später findet endlich der Hauptverhandlungstermin statt. Der Wein des K ist mittlerweile vollständig verkauft worden; allerdings zu einem geringeren Preis, da K ihn nicht als Qualitätswein auszeichnen durfte. K will den entgangenen Gewinn ersetzt haben und beantragt die Feststellung, dass die Versagung der Prüfnummer rechtswidrig gewesen war. Die Behörde ist mit dieser Klageumstellung nicht einverstanden und beantragt die Klage abzuweisen.

Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

Vorschriften (Auszug):

Weingesetz (WeinG):

§ 19 Qualitätsprüfung der Qualitätsweine b.A.

- (1) Abgefüllter inländischer Wein darf als Qualitätswein b.A. [...] nur bezeichnet werden, wenn für ihn auf Antrag eine amtliche Prüfungsnummer zugeteilt worden ist.
- (3) ¹Eine amtliche Prüfungsnummer wird einem Erzeugnis nach Absatz 1 [...] zugeteilt, wenn es
 2. den Vorschriften der Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft, dieses Gesetzes und der auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen entspricht.

Weinverordnung (WeinV):

§ 21 Qualitätsprüfung

- (1) Eine Prüfungsnummer wird einem Qualitätswein b.A. zugeteilt, wenn [...]
2. er in Aussehen, Geruch und Geschmack frei von Fehlern ist.

§ 24 Prüfungsverfahren

- (1) Die zuständige Stelle hat eine Sinnenprüfung zu veranlassen, sofern nicht bereits auf Grund der vorliegenden Unterlagen der Antrag zurückzuweisen oder abzulehnen ist. Sie trifft ihre Entscheidung nach Überprüfung der eingereichten Unterlagen und dem Ergebnis der Sinnenprüfung.

§ 25 Zuständige Stelle

- (1) Die zuständige Stelle des Landes, [...], trifft die nach § 19 Abs. 1 [...] erforderlichen Entscheidungen.
- (2) Bei den nach Absatz 1 zuständigen Stellen können zur Mitwirkung an den Prüfungen und Herabstufungen Kommissionen bestellt werden.

VO (EG) 1607/2000:*Artikel 8 Allgemeine Vorschriften*

(1) In Anwendung [...] der Verordnung [...] setzt jeder Erzeugermitgliedstaat eine oder mehrere Kommissionen ein, die mit der organoleptischen Prüfung der auf seinem Hoheitsgebiet erzeugten Qualitätsweine b.A. beauftragt werden.

Bei der Einsetzung der Kommissionen [...] sorgen die Mitgliedstaaten für eine angemessene Vertretung der interessierten Parteien.

Lösung:¹

Die Klage hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Klage müsste in ihrer gegenwärtigen Form zulässig sein.

I. Verwaltungsrechtsweg

Der Verwaltungsrechtsweg könnte gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet sein. Dies ist der Fall, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben ist und keine abdrängende Sonderzuweisung greift. Eine Streitigkeit ist dann öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidende Norm dem öffentlichen Recht entstammt. Vorliegend wird gem. § 19 WeinG eine „amtliche Prüfnummer“ vergeben, so dass es sich um eine hoheitliche Verwaltungsentscheidung, mithin um eine öffentlich-rechtliche Norm handelt. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.

II. Klageart

Fraglich ist, welche Klageart gegeben ist.

Ausgangspunkt zur Bestimmung der richtigen Klageart ist gem. § 88 VwGO das klägerische Begehren, wie es in der Antragstellung bei verständiger Auslegung zum Ausdruck kommt.²

1. Ursprünglich: § 42 Abs. 1 2. Var. VwGO

Die ursprünglich von K erhobene Verpflichtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Var. 2 VwGO ist in Folge des vollständigen Verkaufs des Weines mittlerweile mangels Rechtsschutzbedürfnisses des K offensichtlich unzulässig, so dass diesbezüglich – wie aus der ausdrücklichen Antragsumstellung durch K hervorgeht – kein klägerisches Begehren mehr besteht.

2. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO

Fraglich ist deshalb, wie diese Antragsumstellung einzuordnen ist. Es könnte sich um eine Klageänderung mittels eines Fortsetzungsfeststellungsantrags gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO handeln.

a) Privilegierte Klageänderung

§ 113 Abs. 1 S. 4 VwGO regelt den Fall einer privilegierten Klageänderung. Nach allgemeiner Auffassung finden die allgemeinen Voraussetzungen einer Klageänderung nach § 91 VwGO keine Anwendung auf Fälle des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO. Es kann diesbezüglich dahinstehen, ob mit der überwiegenden Literaturlage dieses Ergebnis durch eine Anwendung von § 264 Nr. 2 oder Nr. 3 ZPO i.V.m. § 173 VwGO erzielt wird³, oder ob mit der Rechtsprechung des BVerwG angenommen wird, es handele sich um eine Klageänderung eigener Art, welche unmittelbar gem. § 113 Abs. 1 S. 4 zulässig sei⁴. Jedenfalls käme im Ergebnis eine zulässige Klageänderung in Betracht.

b) Analoge Anwendung von § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO

Zweifelhaft ist jedoch bereits, ob § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO überhaupt auf Verpflichtungskonstellationen anwendbar ist.

§ 113 Abs. 1 S. 4 VwGO regelt unmittelbar lediglich den Fall der nach Rechtshändigkeit eintretenden Erledigung eines Verwaltungsaktes in der Anfechtungssituation. Deshalb müsste § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO auf Verpflichtungssituationen analoge Anwendung finden.

Eine Analogie setzt voraus, dass für einen bestimmten Sachverhalt planwidrigerweise keine Rechtsnorm existiert, eine andere Norm aber einen vergleichbaren Regelungsgehalt bei identischer Interessenlage hat.⁵ Die Ablehnung des begehrten Verwaltungsaktes erfolgt ihrerseits in Form eines Verwaltungsaktes, so dass die im Rahmen einer Versagungsgegenklage parallel erstrebte Aufhebung die Vergleichbarkeit zur Anfechtungsklage begründet. Daneben besteht auch eine planwidrige Regelungslücke, da der Gesetzgeber eine parallele Ausgestaltung des Rechtsschutzes bei der Verpflichtungsklage in § 113 Abs. 5 VwGO unterlassen hat und anderenfalls ein systemwidriger Verzicht auf die Sachentscheidungsvoraussetzungen der §§ 68 ff., 74 Abs. 2 VwGO einträte. Jedenfalls im (Regel-)Fall einer nach Klageerhebung erledigten Versagungsgegenklage ist deshalb die analoge Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO praktisch allgemein anerkannt.⁶

c) Erledigung nach Klageerhebung

§ 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog erfordert indes in jedem Fall den Eintritt einer Erledigung nach Klageerhebung.

Erledigung wird allgemein definiert als Wegfall jeglicher vom Verwaltungsakt ausgehenden, beschwerenden Rege-

¹ Die Klausur ist vornehmlich dem Urteil des BVerwG v. 16.5.2007, Az.: 3 C 8/06, (BVerwGE 129, 27 = NJW 2007, 2790) nachempfunden.

² *Kopp/Schenke*, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 88 VwGO Rn. 3.

³ BVerwG, Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 284; *Kopp/Schenke* (Fn. 2), § 113 VwGO Rn. 121.

⁴ BVerwG NJW 2007, 2790 (2791).

⁵ Dazu eingehend: *Schmidt*, VerwArch 97 (2006), 139 (142 ff.) m.w.N.

⁶ BVerwGE 51, 264 (265); BVerwG NJW 1984, 1771 (1772); BVerwG NVwZ 1998, 1295; *Kopp/Schenke* (Fn. 2), § 113 VwGO Rn. 109; *Heinze/Sahan*, JA 2007, 805 (809 f.); a.A. für den Fall der erledigten Untätigkeitsklage: *Ehlers*, Jura 2001, 415 (419); *Anklänge i.d.S.* auch bei *Wolff*, in: *Sodan/Ziekow*, VwGO, 2. Aufl. 2006, § 113 VwGO Rn. 305.

lung.⁷ Ein solcher Wegfall ist anzunehmen, wenn der Verwaltungsakt seine Regelungswirkung eingebüßt hat, mithin, wenn ohne den Verwaltungsakt keine Rechtsänderung (mehr) eintreten würde.⁸

Zweifelhaft ist bereits, welcher Bezugspunkt für die Erledigung einer Verpflichtungsklage zu wählen ist. Abweichend von Anfechtungskonstellationen (also der unmittelbaren Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO) kann nicht auf die Erledigung des ja erst erstrebten Verwaltungsaktes abgestellt werden.

Denkbar ist es, in Verpflichtungskonstellationen an die Erledigung des Ablehnungs- und des Widerspruchsbescheids anzuknüpfen. Demgegenüber wird überwiegend zur Bestimmung der Erledigung in dieser Fallkonstellation danach gefragt, ob sich die materielle Pflicht der Behörde, den begehrten Verwaltungsakt zu erlassen, erledigt hat.⁹ Für letztere Auffassung spricht, dass sie eine einheitliche dogmatische Behandlung von Verpflichtungsklagen, also sowohl von Versagungsgegenklagen als auch von Untätigkeitsklagen gem. § 75 VwGO ermöglicht. Letztlich kann eine Streitentscheidung jedoch dahinstehen, da beide Auffassungen vorliegend zum gleichen Ergebnis kommen: Nach ersterem Ansatz hätte sich der Ablehnungsbescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheids erledigt. Der andere Ansatz kommt ebenfalls zur Erledigung, da das Interesse des K an der begehrten Leistung infolge objektiv veränderter Umstände, nämlich des vollständigen Verkaufs des Weins, fortgefallen ist.

Prinzipiell steht also einer Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO vorliegend nichts entgegen.

d) Entscheidungserheblicher Zeitpunkt

Problematisch ist jedoch, ob auch der konkret von K gestellte Antrag als Fortsetzungsfeststellungsantrag aufgefasst werden kann.

Dies richtet sich maßgeblich nach dem entscheidungserheblichen Zeitpunkt des Klagebegehrs. Denn die Fortsetzungsfeststellungsklage ist begründet, wenn zum Zeitpunkt der Erledigung die Verpflichtungsklage Erfolg gehabt hätte. Richtet sich gemäß dem einschlägigen materiellen Recht die Begründetheit der Verpflichtungsklage nach dem Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung, so muss auch der Fortsetzungsfeststellungsantrag diesen Zeitpunkt betreffen.¹⁰ Es ist also danach zu fragen, ob ein Anspruch auf Erlass bzw. Neubescheidung im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses bestanden hat.

Unbeachtlich ist insoweit die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Antragstellung und des Erlasses des ablehnen-

den Bescheides.¹¹ Denn nach ständiger Rechtsprechung ist Streitgegenstand der Verpflichtungsklage nicht die Feststellung, dass der Verwaltungsakt, in dem die Ablehnung nach außen Gestalt gefunden hat, rechtswidrig ist, sondern allein die Feststellung, dass die Weigerung der Behörde, den beantragten VA zu erlassen, in dem für das Verpflichtungsbegehren entscheidenden Zeitpunkt die Rechtsordnung verletzt.¹²

Dies hat zur Konsequenz, dass vorliegend der klägerische Antrag, festzustellen, „dass die Versagung der amtlichen Prüfungsnummer rechtswidrig gewesen war“, als Fortsetzungsfeststellungsklage unzulässig ist. Dieses Begehren geht über den ursprünglichen Streitgegenstand hinaus, da entscheidungserheblicher Zeitpunkt des ursprünglichen Klagebegehrens der Zeitpunkt der letzten gerichtlichen Verhandlung und nicht die Rechtslage im Zeitpunkt der versagenden Behördenentscheidung ist, so dass für dieses Begehren allein die nichtprivilegierte Klageänderung gem. § 91 VwGO in eine allgemeine Feststellungsklage offen steht.¹³ Für die Wahl der richtigen Rechtsschutzform ist also entscheidend darauf abzustellen, bezogen auf welchen Zeitpunkt ein rechtswidriges Handeln festgestellt werden soll: Eine Feststellung der Rechtswidrigkeit der ablehnenden Bescheide ist nur dann als Fortsetzungsfeststellungsklage zulässig, wenn ausnahmsweise der entscheidungserhebliche Zeitpunkt für die ursprüngliche Klage der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung war. Dies ist hier nicht der Fall, so dass eine auf den behördlichen Versagungszeitpunkt bezogene Fortsetzungsfeststellungsklage unzulässig ist.

Vorliegend stellt der klägerische Antrag auch explizit auf die Versagungsentscheidung ab. In diesem Fall einer unmissverständlichen Fassung ist das Gericht an den klägerischen Antrag gebunden.¹⁴ Eine Auslegung als ordnungsgemäße Fortsetzungsfeststellungsklage scheidet deshalb aus.

3. § 43 VwGO

Zulässige Antragsart könnte also allein eine allgemeine Feststellungsklage gem. § 43 VwGO bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen des § 91 VwGO sein.

a) Feststellungsfähiges Rechtsverhältnis

Dazu müsste die Feststellung der rechtswidrigen Versagung ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis i.S.v. § 43 Abs. 1 VwGO sein. Feststellungsfähige Rechtsverhältnisse sind die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer Rechtsnorm ergebenden rechtlichen Beziehungen einer Person zu einer anderen Person oder einer Sache.¹⁵ Gegenstand können auch einzelne, sich aus dem Rechtsverhältnis ergebende Rechte oder Pflichten sein.¹⁶ Die Versagung eines bestehen-

⁷ BVerwG NVwZ 1991, 570 (571); *Decker*, in: BeckOK VwGO (Stand: 1.10.2007), § 113 VwGO Rn. 84.

⁸ *Rozek*, JuS 1995, 414 (417); *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl. 2005, Rn. 313; *Kopp/Schenke* (Fn. 2), § 113 VwGO Rn. 102.

⁹ *Heinze/Sahan*, JA 2007, 805 (809).

¹⁰ BVerwG NJW 2007, 2790 (2791); BVerwG NVwZ 1992, 563 f.

¹¹ *Gerhardt*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO (Stand: 15. EL 2007), § 113 VwGO Rn. 103.

¹² BVerwG NJW 2007, 2790 (2791).

¹³ BVerwG NJW 2007, 2790 (2791).

¹⁴ Vgl. *Kopp/Schenke* (Fn. 2), § 88 VwGO Rn. 3.

¹⁵ *Sodan*, in: *Sodan/Ziekow* (Fn. 6), § 43 VwGO Rn. 7.

¹⁶ *Kopp/Schenke* (Fn. 2), § 43 VwGO Rn. 12.

den Anspruchs stellt sich als ein Rechtsverhältnis in diesem Sinne dar.

Dieses ist auch hinreichend konkret, da keine abstrakten Rechtsfolgen streitig sind, sondern es um die bestimmten Rechtsfolgen aus bestimmten Normen anhand eines konkreten Sachverhalts geht.

Nach mittlerweile ganz herrschender Meinung ist die „Gegenwärtigkeit“ kein Begriffsmerkmal der Feststellungsklage – es genügt, dass gegenwärtig ein in der Vergangenheit liegendes Rechtsverhältnis streitig ist.¹⁷ Dies ist ebenfalls der Fall.

Somit liegt ein i.S.v. § 43 Abs. 1 VwGO feststellungsfähiges Rechtsverhältnis vor.

b) § 91 VwGO

Darüber hinaus müsste indes auch die Antragsumstellung als Klageänderung zulässig sein. Da es sich, wie bereits geprüft, nicht um einen Fall des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO handelt, sind die Voraussetzungen des § 91 VwGO zu prüfen. Nach dieser Norm ist eine Änderung der Klage zulässig, wenn die übrigen Beteiligten einwilligen oder das Gericht die Änderung für sachdienlich hält.

Zwar ist vorliegend keine Einwilligung gegeben, da der Beklagte ausdrücklich widersprochen hat.

Allerdings ist die Klageänderung zur endgültigen Ausräumung des sachlichen Streitstoffs zwischen den Beteiligten im laufenden Verfahren geeignet und der Streitstoff bleibt im Wesentlichen derselbe,¹⁸ so dass die Klageänderung als sachdienlich zu qualifizieren ist.

III. Subsidiarität

Des Weiteren ist die allgemeine Feststellungsklage nicht gem. § 43 Abs. 2 VwGO subsidiär, da, wie gezeigt, mittlerweile aufgrund der Erledigung keine andere Klageart zur Verfügung steht. Die Umstellung auf einen ordnungsgemäßen Fortsetzungsfeststellungsantrag, also die Veränderung des feststellungserheblichen Zeitpunkts, begründet keine Subsidiarität, da es sich nicht um eine vorrangig zu erhebende Leistungs- oder Gestaltungsklage handelt und § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog als Feststellungsklage¹⁹ nicht rechtsschutzintensiver ist.

IV. Feststellungsinteresse

Auch besteht für K ein Feststellungsinteresse. Dieses ist bei jedem nach vernünftigen Erwägungen durch die Sachlage

gerechtfertigten, schutzwürdigen Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Natur gegeben.²⁰ Vorliegend kann K ein wirtschaftliches Feststellungsinteresse geltend machen, da die Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses sowie die Abwendung eines Prozessverlustes mit Kostennachteilen bei Erledigung nach Rechtshängigkeit ein solches begründen.

Darüber hinaus liegt auch ein rechtliches Feststellungsinteresse vor, denn es besteht aufgrund der jährlichen Weinherstellung eine konkrete Wiederholungsgefahr angesichts der kontinuierlichen behördlichen Handhabe des Durchschnittsprinzips bei der Sinnenprüfung.

V. Klagebefugnis

Zuletzt ist K auch analog § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt, da er möglicherweise durch die behördliche Entscheidung in seinem Anspruch auf Erteilung der Prüfnummer aus § 19 WeinG verletzt ist. Insoweit kann eine Entscheidung der Streitfrage, ob eine analoge Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO auf allgemeine Feststellungsklagen überhaupt geboten ist, dahinstehen.

VI. Zwischenergebnis

Die Klage ist in ihrer geänderten Form als allgemeine Feststellungsklage zulässig.

B. Begründetheit

Die allgemeine Feststellungsklage des K ist begründet, wenn die Versagung der Prüfnummer rechtswidrig war. Dies ist der Fall, wenn K einen Anspruch auf Erteilung der Prüfnummer hatte.

I. Anspruchsgrundlage

Anspruchsgrundlage ist § 19 WeinG.

II. Anspruchsvoraussetzungen

Der Anspruch des K ist gegeben, wenn sowohl die formellen als auch die materiellen Anspruchsvoraussetzungen vorliegen.

1. Formelle Voraussetzungen

Nach § 19 Abs. 1 WeinG muss zunächst ein Antrag bei der zuständigen Behörde gestellt worden sein. K hat den Wein Anfang 2005 zur Prüfung vorgestellt und damit einen Antrag auf Zuteilung einer Prüfnummer gestellt.

2. Materielle Voraussetzungen

Materiell kommt es darauf an, ob der Wein die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Prüfnummer erfüllt. Entsprechend der Vorgaben von § 19 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 WeinG i.V.m. § 21 Abs. 1 Nr. 2 WeinV muss der Wein in Aussehen, Geruch und Geschmack frei von Fehlern sein. Dabei handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe.

¹⁷ Sodan, in: Sodan/Ziekow (Fn. 6), § 43 VwGO Rn. 16 ff.

¹⁸ Vgl. zu den Voraussetzungen: BVerwG DVBl 1980, 598.

¹⁹ Nach zutreffender herrschender Meinung stellt sich die Fortsetzungsfeststellungsklage als besondere Feststellungsklage dar (vgl. BVerwGE 26, 161 (165); Wolff, in: Sodan/Ziekow (Fn. 6), § 113 VwGO Rn. 240). Die Gegenauffassung charakterisiert § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO demgegenüber als „amputierte Anfechtungsklage“ (Kopp/Schenke (Fn. 2), § 113 VwGO Rn. 97; Pietzner/Ronellenfisch, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 11. Aufl. 2005, § 11 Rn. 10).

²⁰ BVerwGE 74, 1 (4); OVG Münster NJW 1997, 1176 (1177); Sodan, in: Sodan/Ziekow (Fn. 6), § 43 VwGO Rn. 77.

a) Beurteilungsermächtigung

Fraglich ist, ob die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe zugleich einen Beurteilungsspielraum für die zuständige Behörde beinhaltet, der nur einer eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung zugänglich ist.²¹

Gegen die Einräumung von Beurteilungsspielräumen und einer daraus resultierenden beschränkten gerichtlichen Kontrolle spricht Art. 19 Abs. 4 GG. Dieser gebietet grundsätzlich eine vollständige Nachprüfung der behördlichen Entscheidung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht.²² Daher führt die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe regelmäßig nicht zu einer Beschränkung der gerichtlichen Kontrollrechte. Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe ist damit grundsätzlich voll überprüfbar. Allerdings ist dieser Grundsatz aus Art. 19 Abs. 4 GG Einschränkungen zugänglich.²³

Das ist zunächst immer dann der Fall, wenn der Gesetzgeber der Verwaltung ausdrücklich einen Beurteilungsspielraum einräumt und damit anordnet, dass die gerichtliche Nachprüfung zu beschränken ist. Das Gericht müsste die Beurteilung der Behörde in einem solchen Fall übernehmen, es sei denn, diese beruht auf Beurteilungsfehlern. Eine ausdrückliche Zuweisung eines Beurteilungsspielraums liegt hier jedoch nicht vor.

Die frühere Rechtsprechung nahm im Bereich der Weinprüfung keinen Beurteilungsspielraum der Behörde an.²⁴ Denn nur ausnahmsweise und bei Vorliegen ganz besonderer Voraussetzungen sei es zu rechtfertigen, der Verwaltungsbehörde bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe einen eigenen, gerichtlicher Kontrolle nicht mehr zugänglichen Beurteilungsspielraum einzuräumen. Die Rechtsvorschriften über die Vergabe von Prüfnummern für Weine ließen aber nicht erkennen, dass der Gesetzgeber der Verwaltung die verbindliche Letztentscheidung über das Vorhandensein der typischen Bewertungsmerkmale von Prädikatsweinen einräumen wolle. Allein die notwendige Sachkunde zur Beurteilung eines Weines rechtfertige keine andere Entscheidung. Daher überprüften die Gerichte die Vergabe von Weinprädikaten vollständig.²⁵

Dieses Ergebnis wird indes durch eine präzise Analyse der Normstruktur in Frage gestellt. Ob das Gesetz trotz Fehlens einer ausdrücklichen Anordnung eine Beurteilungsermächtigung enthält, ist danach allein durch Auslegung der

Norm zu ermitteln. Generell sind in der Rechtsprechung unterschiedliche Fallgruppen anerkannt, in denen von einem Beurteilungsspielraum der Behörden auszugehen ist. Als solche kommen vor allem Prüfungsentscheidungen und prüfungähnliche Situationen, beamtenrechtliche Beurteilungen, Prognoseentscheidungen und Risikobewertungen, aber auch Entscheidungen, die an vorgegebene Ziele und Faktoren im Bereich der Verwaltungspolitik, der Wirtschaftspolitik usw. anknüpfen in Betracht.²⁶ Ein Beurteilungsspielraum liegt nach der ständigen Rechtsprechung aber auch insbesondere dann vor, wenn der zu treffenden Entscheidung in hohem Maße wertende Elemente anhaften und das Gesetz deshalb ein besonderes Verwaltungsorgan für zuständig erklärt, das weisungsfrei, mit besonderer fachlicher Legitimation und in einem besonderen Verfahren entscheidet, dies zumal dann, wenn es sich um ein Kollegialorgan handelt, dass möglicherweise differierende Auffassungen bereits intern zum Ausgleich bringt und die zu treffende Entscheidung damit zugleich versachlicht.²⁷

Fraglich ist, ob diese Voraussetzungen auch bei der Vergabe von Prüfnummern für Weine vorliegen.

aa) Wertende Elemente

Mit der Ausrichtung der Prüfnummernvergabe auf Eigenschaften des Weines werden wertende Elemente in die Betrachtung eingeführt. Die Beurteilung der Eigenschaften Aussehen, Geruch und Geschmack verlangt eine hohe Sachkunde, die nur durch fachliche Schulung sowie langjährige Erfahrungen gewonnen werden kann. Die Sinnenprüfung kann daher regelmäßig nicht ohne die Hinzuziehung von Sachverständigen getroffen werden.

bb) Besonderes Verwaltungsorgan

Fraglich ist, ob für die Prüfung ein besonderes Verwaltungsorgan zuständig ist. Für die Sinnenprüfung können nach § 25 Abs. 2 WeinV Kommissionen bestellt werden. Daraus folgt, dass die Sinnenprüfung nicht zwingend einem besonderen Verwaltungsorgan überstellt ist. Das eingeräumte Ermessen könnte jedoch aufgrund europarechtlicher Wertungen zu einer Bestellungspflicht werden. Europarechtliche Normen genießen grundsätzlich Anwendungsvorrang und können so Handlungsspielräume nationaler Behörden determinieren. Verordnungen der EG bedürfen dabei nach Art. 249 EG keiner Umsetzung in das mitgliedstaatliche Recht, sondern sind unmittelbar in all ihren Teilen verbindlich. Nach Art. 8 Abs. 1 VO (EG) 1607/2000 sind in jedem Mitgliedstaat für die Durchführung von Sinnenprüfungen Kommissionen einzusetzen. Damit ist die Prüfung gemeinschaftsrechtlich einem besonderen Verwaltungsorgan überantwortet.

²¹ So die überwiegende Auffassung in der Literatur, wobei innerhalb dieser die sog. Ermächtigungslehre überwiegt; siehe nur: *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Auflage 2009, § 7 Rn. 31 ff.; *Wolf/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, 12. Auflage 2007, § 31 Rn. 18; *Schmidt-Aßmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Auflage 2006, S. 217 ff.; *Jestaedt*, in: *Erichsen/Ehlers*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Auflage 2006, § 10 Rn. 34 ff.

²² St. Rechtsprechung; vgl.: BVerfGE 8, 274 (326); BVerfGE 67, 43 (58); BVerfGE 104, 220 (231); BVerfGE 113, 273 (310); BVerwGE 94, 307 (309); BVerwGE 129, 27 (33).

²³ BVerfGE 101, 106 (124); BVerwGE 129, 27 (37 f.).

²⁴ BVerwGE 94, 307.

²⁵ BVerwGE 94, 307 (310 ff.).

²⁶ Zu den Fallgruppen: *Maurer* (Fn. 21), § 7 Rn. 37 ff.; *Wolf/Bachof/Stober/Kluth* (Fn. 21), § 31 Rn. 23 ff.; jew. m.w.N.

²⁷ BVerwGE 129, 27 (33); BVerwGE 100, 221 (225); BVerwGE 81, 12 (17); BVerwGE 72, 195 (199).

cc) Pluralistische Besetzung

Auch Sachverständige können ihre Beurteilung von subjektiv-wertenden Elementen nicht völlig freihalten. Dieser Umstand legt es nahe, die Prüfung nicht einem einzelnen Sachverständigen, sondern einem mehrköpfigen Gremium anzuvertrauen. Durch eine pluralistische Besetzung können Subjektivismen neutralisiert werden, so dass insgesamt eine versachlichte Entscheidung zu erwarten ist. Die einzusetzende Kommission müsste daher auch pluralistisch besetzt sein. Art. 8 Abs. 1 VO (EG) 1607/2000 verlangt von den Mitgliedstaaten, dass Kommissionen gebildet werden, die eine angemessene Vertretung der interessierten Parteien gewährleisten. Zu den interessierten Parteien gehören dabei sowohl die Erzeuger, wie auch die Verbraucher und die öffentliche Verwaltung.

Die im vorliegenden Fall eingesetzte Kommission bestand aus fünf Sachverständigen. Unter diesen war zumindest ein Vertreter der Weinerzeuger vertreten. Insgesamt kann davon ausgegangen werden, dass die Besetzung der Kommission den Anforderungen an Gremienpluralismus genügt.

dd) Weisungsfreiheit

Das betraute Gremium muss zudem weisungsfrei entscheiden können. Aus der Formulierung des Art. 8 Abs. 1 VO (EG) 1607/2000 „beauftragt werden“ kann geschlossen werden, dass die Kommission nicht nur ein Gutachten zur Vorbereitung der Behördenentscheidung erstellen soll, sondern selbst die Entscheidungshoheit hat. Dementsprechend bindet § 24 Abs. 1 S. 2 WeinV die Verwaltungsbehörde an das Ergebnis der Sinnenprüfung. Einwirkungsrechte der Behörde bestehen somit nicht. Die Kommission ist daher in ihrer Entscheidung weisungsfrei.

b) Zwischenergebnis

Es besteht also ein Beurteilungsspielraum der Behörde insofern, als dass sie ein unabhängiges Gremium einsetzt, das den Spielraum ausfüllt. Die Behörde übernimmt diese Wertung schließlich.

Auch die Gerichte werden an das Ergebnis der Sinnenprüfung gebunden, denn wenn schon die Behörde die Prüfung nicht allein vornehmen kann, muss dies auch (und erst recht) für die Gerichte als Rechtskontrollinstanz gelten.

Damit ist die Rechtmäßigkeit der Versagung der Prüfnummer nur beschränkt durch die Gerichte überprüfbar.

c) Beurteilungsfehler

Das Gericht übernimmt die Bewertung der Behörde nicht, wenn sie auf Beurteilungsfehlern beruht. Die behördliche Entscheidung ist dann rechtswidrig. Bei der Überprüfung der behördlichen Entscheidung – bzw. hier der Entscheidung der Kommission – auf Beurteilungsfehler bezieht das Gericht in seine Bewertung ein, ob die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten worden sind, ob die Behörde bzw. ihre Prüfungskommission von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen ist, ob sie ferner den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat, ob sie sich bei der eigentlichen Beurteilung an alle-

meingültige Bewertungsmaßstäbe gehalten und schließlich ob sie das Willkürverbot nicht verletzt hat.²⁸

aa) Gutachten des K

Fraglich ist, ob das Gericht eine andere Entscheidung auf Basis des von K in Auftrag gegebenen Gutachtens hätte erlassen müssen. Erachtet das Gericht das Gutachten für maßgeblich und schließt sich dessen Bewertung an, dann trifft das Gericht in der Sache eine eigene Entscheidung und setzt seine Auffassung an die Stelle der Sachverständigenkommission. Eine solche Entscheidungsbefugnis steht dem Gericht aber nach den oben dargelegten Grundsätzen nicht zu. Auf das in K's Auftrag gefertigte Gutachten kann es somit zur Bestimmung von Beurteilungsfehlern nicht ankommen.

bb) Fehlerhaftes Verfahren

Fraglich ist, ob die Verfahrensbestimmungen eingehalten wurden. Das WeinG und die WeinV schreiben keine weiteren Verfahrensschritte vor. Ergänzend kommt deshalb das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) zur Anwendung. Als Verfahrensfehler kann zum einen die Beteiligung des Y an der Sinnenprüfung betrachtet werden (1). Zum anderen könnte die Trunkenheit des X während des Prüfverfahrens für einen Verfahrensfehler sprechen (2).

(1) „Befangenheit“ des Y

Ein Verfahrensfehler wäre in der Beteiligung des Y an der Sinnenprüfung dann zu sehen, wenn er aufgrund seiner Befangenheit auszuschließen gewesen wäre.

(a) § 20 VwVfG

Nach § 20 Abs. 1 VwVfG darf in einem Verwaltungsverfahren für eine Behörde nicht tätig werden, wer selbst Beteiligter in diesem Verfahren ist oder wer einem solchen Beteiligten gleichsteht. Entsprechend § 20 Abs. 1 S. 2 VwVfG steht einem Beteiligten gleich, wer durch die Tätigkeit oder durch die Entscheidung einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil erlangen kann. Der Vor- oder Nachteil kann dabei rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Natur sein.²⁹ Für die Unmittelbarkeit des Vor- oder Nachteils ist eine direkte Kausalität nicht erforderlich. Vielmehr genügt es, dass sich der Vor- oder Nachteil später manifestiert, z.B. durch den Verlust von Kunden, oder der Eintritt eines solchen doch zumindest hinreichend wahrscheinlich ist.³⁰ Im Ergebnis soll damit schon der Anschein einer parteilichen Entscheidung ausgeschlossen

²⁸ Vgl. nur: BVerwGE 128, 329 (332 f.); BVerwGE 129, 27 (39); Maurer (Fn. 21), § 7 Rn. 34; Wolf/Bachof/Stober/Kluth (Fn. 21), § 31 Rn. 28 ff.

²⁹ Fehling, in: Fehling/Kastner/Wahrendorf, Verwaltungsrecht, 2006, § 20 VwVfG Rn. 42; Bonk/Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Auflage 2008, § 20 VwVfG Rn. 41.

³⁰ Fehling, in: Fehling/Kastner/Wahrendorf (Fn. 29), § 20 VwVfG Rn. 43.

werden.³¹ Y ist ein Konkurrent des K. Durch ein Nichtbestehen des Weines des K in der Sinnenprüfung kann Y einen Wettbewerbsvorteil erlangen. Insofern steht Y grundsätzlich einem Beteiligten gleich. Er hätte daher nicht als Kommissionsmitglied an der Sinnenprüfung beteiligt werden dürfen.

Allerdings macht § 20 Abs. 1 S. 3 VwVfG eine Ausnahme für Beteiligte, wenn der erlangte Vorteil nur darauf beruht, dass jemand einer Berufsgruppe angehört, deren gemeinsame Interessen durch die Angelegenheit berührt werden. Bei der Sinnenprüfung geht es nicht nur um die Zulassung jedes einzelnen Weines, sondern auch um Verbraucherschutz und Berufsinteressen. Insofern ist K hier als Vertreter seiner Berufsgruppe in der Sachverständigenkommission anzusehen. Diese Auslegung wird auch durch Art. 8 Abs. 1 VO (EG) 1607/2000 gestützt. Danach wird die Kommission aus Vertretern der interessierten Parteien besetzt. Damit soll im Ergebnis den unterschiedlichen Einzelinteressen von betroffenen Gruppen, wie Verbrauchern oder Produzenten, die Möglichkeit gegeben werden, ihren Sachverstand in die Prüfung einzubringen. Sinn und Zweck der pluralistischen Besetzung eines Gremiums ist es, einen Ausgleich zwischen den unterschiedlichen Interessen herzustellen. Dadurch treten subjektive Vorbehalte in den Hintergrund.

Entstehen aber innerhalb des Gruppeninteresses besondere und individuelle Vor- und Nachteile so kann ein Ausschluss in Betracht kommen.³² Dafür liegen hier aber keine Anhaltspunkte vor. Die gegen Y geltend gemachten Ausschlussgründe bezogen sich lediglich auf seine Konkurrenztstellung. Konkrete Vor- oder Nachteile wurden nicht angeführt.

Der Y war daher nach § 20 Abs. 1 VwVfG nicht von einer Beteiligung im Prüfungsverfahren auszuschließen.

(β) § 21 VwVfG

Fraglich ist, ob sich aus § 21 Abs. 1 VwVfG etwas anderes ergibt. § 21 Abs. 1 VwVfG ist eine Auffangnorm und erfasst nur Fälle, die nicht bereits von § 20 VwVfG abschließend geregelt werden.³³ Gründe, für die § 20 VwVfG eine Regelung trifft, die danach aber keine Ausschlussgründe sind, scheiden daher auch als Befangenheitsgründe nach § 21 VwVfG aus, wenn nicht besondere Umstände hinzutreten.³⁴ Dieses Verhältnis zwischen § 20 VwVfG und § 21 VwVfG gilt insbesondere auch für die Ausnahmen des § 20 Abs. 1 S. 3 VwVfG.³⁵ Die Zugehörigkeit des Y zu einer Gruppe, die keinen Ausschluss nach § 20 VwVfG zur Folge hat, begründet deshalb keine Besorgnis der Befangenheit.

³¹ *Bonk/Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 29), § 20 VwVfG Rn. 45.

³² *Bonk/Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 29), § 20 VwVfG Rn. 46.

³³ *Fehling*, in: Fehling/Kastner/Wahrendorf (Fn. 29), § 21 VwVfG Rn. 3.

³⁴ BVerwGE 75, 214 (229); *Fehling*, in: Fehling/Kastner/Wahrendorf (Fn. 29), § 21 VwVfG Rn. 3.

³⁵ *Koppl/Ramsauer*, VwVfG, 9. Auflage 2005, § 21 VwVfG Rn. 4b.

Zudem regelt § 21 VwVfG nur die Notwendigkeit der Durchführung eines internen Prüfverfahrens, führt also nicht zwangsläufig zum Ausschluss eines Beteiligten.

(γ) Ergebnis

Die Betrauung des Y mit einer Aufgabe in der Prüfungskommission ist nicht als verfahrensfehlerhaft einzustufen.

(2) Trunkenheit des X

Das Verfahren könnte jedoch insofern fehlerhaft sein, als dass der X aufgrund seiner Trunkenheit objektiv nicht in der Lage war, eine Sinnenprüfung vorzunehmen. Gem. § 21 Abs. 1 Nr. 2 WeinV muss ein jeder Prüfer den Wein nach Aussehen, Geruch und Geschmack bewerten können. Im Zustand der Trunkenheit ist die Sinneswahrnehmung jedoch erheblich eingeschränkt. Daher ist davon auszugehen, dass der X zu der geforderten Prüfungsleistung nicht mehr in der Lage war. Daraus folgt, dass für die Bewertung des Weines eine ausreichende Grundlage nicht gegeben war. Damit liegt ein Verfahrensfehler vor.

Ein nur formeller Mangel führt gem. § 46 VwVfG jedoch nur dann zur Aufhebung der Entscheidung, wenn der Fehler erheblich ist.³⁶ Eine Erheblichkeit liegt dann vor, wenn sich der Fehler auf das Ergebnis ausgewirkt hat. Daher ist zu prüfen, ob die Teilnahme des X an der Sinnenprüfung Einfluss auf das Ergebnis hatte. X hat den Wein mit 0 Punkten bewertet. Selbst wenn X im nüchternen Zustand die zulässige Höchstzahl von 2 Punkten geben hätte, wäre der Wein mit einer Qualitätszahl von 1,3 Punkten „durchgefallen“. Damit hatte die Trunkenheit des X unter keinen denkbaren Umständen Einfluss auf das Ergebnis der Sinnenprüfung. Der Fehler ist damit unbeachtlich.

cc) Fehlerhafte Sachverhaltsermittlung

Die Sachverhaltsermittlung könnte jedoch unvollständig gewesen sein. K hat geltend gemacht, dass der Wein aus ökologischem Anbau stammt. Dies hat die Kommission in ihre Entscheidung nicht einbezogen. Gem. § 21 Abs. 1 Nr. 2 WeinV sind Prüfungskriterien ausschließlich Aussehen, Geruch und Geschmack des Weines. Zwar wirkt sich die Art und Weise des Anbaus mittelbar auf ein Produkt aus, im vorliegenden Fall ist der Anbau als solcher aber kein zusätzliches Prüfkriterium. Der Sachverhalt ist also vollständig nach Maßgabe des Normprogramms ermittelt worden. Damit liegt kein Beurteilungsfehler vor.

dd) Mehrheitsprinzip oder Durchschnittsverfahren

Die Verwaltungspraxis der Behörde, einen Mittelwert aus der Summe der Ergebnisse aller fünf Prüfer zu bilden, könnte willkürlich und deshalb fehlerhaft sein. Zwar liegt es nahe,

³⁶ Im Klausuraufbau wird der § 46 VwVfG mehrheitlich erst nach vollständiger Begründetheitsprüfung geprüft, da er sich auf die Aufhebung des Anspruchs bezieht. Es ist daher auch möglich, § 46 VwVfG an entsprechender Stelle zu prüfen. Hier wurde aufgrund des unmittelbaren Zusammenhangs abweichend verfahren.

dass bei Ja-Nein-Entscheidungen das Mehrheitsprinzip zu gelten hat. Ist wie hier jedoch eine Bewertung im Rahmen einer Punkteskala verlangt, lässt sich die gebotene Integration zu einer einheitlichen Kollegialentscheidung sowohl nach dem Mehrheits- wie nach dem Durchschnittsprinzip bewerkstelligen. Die Entscheidung der Behörde für das Durchschnittsprinzip ist in ihrer Begründung nicht willkürlich. Wenn eine Behörde entsprechend einer Verwaltungspraxis tätig geworden ist, die sich nicht an sachwidrigen Bewertungskriterien orientiert, sondern sich lediglich für ein Verfahren der Mehrheitsermittlung entscheidet, ist dieses Vorgehen beurteilungsfehlerfrei. Das Gericht kann eine etwaige abweichende Einschätzung auch in dieser Hinsicht nicht an die Stelle der Verwaltungsentscheidung setzen. Damit ist auch die Anwendung des Durchschnittsverfahrens nicht fehlerhaft.

Ein Beurteilungsfehler liegt also nicht vor.

III. Ergebnis

K hatte keinen Anspruch auf Erteilung der Prüfnummer; die Versagung der Prüfnummer war damit insgesamt rechtmäßig.

C. Gesamtergebnis

Die Klage des K ist somit zulässig, aber unbegründet.

Übungsfall: Imponiergehabe mit Folgen

Von Wiss. Assistentin Dr. **Janique Brüning**, Hamburg

Die Klausur bietet eine Mischung an Schwerpunkten aus dem Allgemeinen und Besonderen Teil. Im Allgemeinen Teil behandelt die Klausur die Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und Fahrlässigkeit. Relevante Delikte aus dem Besonderen Teil sind Diebstahl, räuberischer Diebstahl, räuberische Erpressung, Pfandkehr und der gefährliche Eingriff in den Straßenverkehr.

Sachverhalt

Im idyllischen Itzstedt will A am Donnerstagabend kurz vor 22.00 Uhr im kleinen „Edeka“-Laden des X eine Schachtel Pralinen der Marke „Lindt“ zum Preis von 5,95 € für seine Freundin Z kaufen. X verweigert jedoch den Verkauf mit dem Hinweis auf das Ladenschlussgesetz, das einen Verkauf nach 22.00 Uhr verbiete. Tatsächlich weiß X ganz genau, dass ihm noch fünf Minuten verbleiben, bevor er sein Geschäft schließen muss. Es geht X vielmehr darum, A „eins auszuwischen“, weil A und nicht X die Zuneigung der Dorfschönheit Z erworben hat.

Da „Lindt“ die Lieblingspralinen der Z sind, missachtet A die Weigerung des X, ihm die Pralinen zu verkaufen, legt die 5,95 € passend auf den Kassentisch und verlässt mit den Pralinen das Geschäft. X ist stocksauer über die Missachtung seiner Autorität, eilt A nach und ruft ihm zu, er solle die Pralinen umgehend zurückbringen. In der Absicht, die Lieblingspralinen der Z zu retten, steigt A schnell in seinen vor dem Geschäft des X parkenden Opel Manta und verriegelt die Türen. Um die Flucht mit „seinen“ Pralinen zu verhindern, stellt sich X vor das Auto des A und schlägt wutentbrannt mehrfach gegen die Windschutzscheibe. A ist nun seinerseits erzürnt über das penetrante Verhalten des X und sieht zur Rettung der Pralinen nur die Möglichkeit, durch ein gewagtes Fahrmanöver den nervenden X abzuschütteln. Er fährt kurz rückwärts, dann scharf vorwärts und braust mit Vollgas von dannen. Der über die Kaltblütigkeit des A erschrockene X kann nur durch einen Sprung zur Seite verhindern, dass er von A überfahren wird. Allerdings wird X – was A nicht bemerkt – noch leicht vom Fahrzeug des A gestreift und erleidet einen Bluterguss an der Hüfte. A hatte zuvor erkannt, dass er X hätte lebensgefährlich verletzen können, vertraute aber darauf, dass X rechtzeitig Platz machen und somit nicht von ihm erfasst werde.

Nach einem gelungenen Donnerstagabend planen A und Z für Freitag einen Ausflug an den Timmendorfer Strand. Auf dem Weg nach Timmendorf bleibt das Fahrzeug mit einem dampfenden Kühler stehen. A verständigt den ADAC, der den Opel in die Werkstatt des Y schleppt. Auf die Frage des A, was die Reparatur kosten werde, macht Y einen Kostenvoranschlag in Höhe von 250 €. Da A daran gelegen ist, möglichst bald mit Z an die Ostsee zu gelangen, bittet er Y, den Schaden sofort zu beheben.

Während Y das Fahrzeug repariert, hebt A in Begleitung der nörgelnden Z die letzten 250 € von seinem Konto an einem Geldautomaten ab. Über einen Dispositionskredit verfügt A nicht. Nach seiner Rückkehr eröffnet ihm Y, dass

die Reparaturkosten wider Erwarten 315 € betragen, da der Mangel schwerwiegender war, als zunächst erkennbar. Hierbei handelt es sich um eine angemessene Vergütung. Obwohl A nur die abgehobenen 250 € sowie weitere 10 € bei sich hat, besteht Y auf Zahlung der vollen Summe und verweigert die Herausgabe des Fahrzeugs bzw. der Autoschlüssel gegen eine Teilzahlung von 260 €.

Empört über das Verhalten des Y knallt A dem Y die 260 € auf den Tisch und reißt ihm gewaltsam die Autoschlüssel aus der Hand. Sodann eilt er zu seinem Fahrzeug, fordert Z auf, in das Auto zu steigen, und fährt mit Vollgas davon.

Nachdem A die Rechnung von Y zugesandt bekommen hat, überweist er die restlichen 55 €. Ob er dazu finanziell in der Lage gewesen wäre, wusste er zum Zeitpunkt der Reparatur nicht.

Strafbarkeit von A? Etwaige erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Lösungsvorschlag

1. Handlungsabschnitt: Das Geschehen rund um den Edeka-Laden

A. Versuchter Totschlag gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1¹

Indem A auf X zufuhr, könnte er sich eines versuchten Totschlags gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 schuldig gemacht haben.²

I. Tatbestand

Fraglich ist, ob A Vorsatz hatte, einen Menschen zu töten. Vorsatz in Form des *dolus directus* 1. oder 2. Grades scheidet aus, da es weder das Ziel des A war, eine Person zu töten, noch wusste er sicher, dass jemand sterben würde. A könnte allerdings *dolus eventualis* in Bezug auf den Tod des X gehabt haben. Über die Voraussetzungen des *dolus eventualis* herrscht jedoch Streit.³

1. Die sog. Vorstellungstheorien verlangen ausschließlich ein intellektuelles Element für das Vorliegen des Eventualvorsatzes. Die insoweit überwiegend vertretene Möglich-

¹ §§ ohne nähere Bezeichnung sind solche des StGB.

² Da X nicht starb, scheidet eine Strafbarkeit wegen vollendeten Totschlags aus. Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus §§ 12 Abs. 1, 23 Abs. 1.

³ Vgl. ausführlich mit zahlreichen weiteren Nachweisen zu den einzelnen Ansichten *Cramer/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar 27. Aufl. 2006, § 15 Rn. 72 ff.; *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2006, S. 1 ff. In einer Klausur wird von den Studierenden nicht verlangt, dass sämtliche Theorien dargestellt werden. Gleichwohl sollte bekannt sein, dass es einen intellektuellen und einen voluntativen Definitionsansatz gibt. Zur Darstellung im Gutachten vgl. *Rotsch*, in: Rotsch/Nolte/Peifer/Weitemeyer, Die Klausur im Ersten Staatsexamen, 2003, S. 328 ff.

keitstheorie⁴ fordert hierfür, dass sich der Täter der konkreten Möglichkeit einer Rechtsgutsverletzung bewusst sein muss. A war die Lebensgefährlichkeit seines Verhaltens bewusst. Daher hielt er es konkret für möglich, dass der Tod eines anderen Menschen eintreten könnte, so dass bedingter Vorsatz anzunehmen ist.

2. Die Vertreter der sog. Willenstheorien verlangen neben der intellektuellen zusätzlich eine voluntative Vorsatzkomponente. Welche Voraussetzungen an diese zu stellen sind, ist streitig. Nach der vom BGH vertretenen Billigungstheorie handelt der Täter mit Eventualvorsatz, wenn er den Erfolgseintritt billigend in Kauf nimmt. Dabei ist nach ständiger Rechtsprechung – wegen der höheren Hemmschwelle gegenüber der Tötung eines Menschen – die Lebensgefährlichkeit bestimmter Handlungen zwar ein gewichtiges Indiz, nicht aber ein zwingender Beweisgrund für die Billigung eines Todeserfolges durch den Täter.⁵ Nach der überwiegend vertretenen Ernstnahmetheorie kommt es darauf an, ob der Täter die konkrete Gefahr einer Rechtsgutsverletzung erkannt, diese Gefahr erstgenommen und sich schließlich mit dem Risiko des Erfolgseintritts abgefunden hat.⁶ Wendet man vorliegend die vom BGH vertretene Billigungstheorie unter Berücksichtigung der Hemmschwellentheorie an, kann man nicht zwingend aufgrund der Gefährlichkeit der Handlung darauf schließen, dass A den Todeseintritt billigte. Die Ernstnahmetheorie kommt aufgrund der Tatsache, dass A darauf vertraute, X werde zur Seite springen, zu dem Ergebnis, dass A die Lebensgefahr des X zwar erkannte, sich mit einem Todeseintritt aber nicht abgefunden hätte. Der Vorsatz ist demnach auf der Grundlage der Willenstheorien zu verneinen.

3. Den Vorzug verdienen die Willenstheorien. Selbst die Vorsatzformen, die ausschließlich über die Wissens- bzw. Willenskomponenten definiert werden, erfüllen beide Vorsatzkomponenten – Wissen und Wollen. Nimmt der mit *dolus directus* 1. Grades handelnde Täter eine zielgerichtete Handlung vor, täte er dies nicht, wenn er den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges nicht auch für möglich hielte.⁷ Der mit *dolus directus* 2. Grades agierende Täter, der weiß, dass der ihm an sich unerwünschte Erfolg eintreten wird, billigte dennoch den Erfolgseintritt, andernfalls würde er die Tathandlung nicht ausführen.⁸ Dies spricht dafür, dass auch der Eventualvorsatz dieser Grundstruktur anzupassen ist. Außerdem ermöglicht nur eine voluntative Vorsatzkomponente eine rechtssicher handhabbare Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Vorliegend ist ein bedingter Tötungsvorsatz mangels Vorliegens eines voluntativen Elements zu verneinen.

⁴ Vgl. *Schmidhäuser*, JuS 1980, 241 (252).

⁵ BGH NStZ 2001, 475 (476).

⁶ Im Ergebnis unterscheiden sich Rspr. und h.L. kaum noch, vgl. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 75 ff.

⁷ *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 5 Rn. 36 f.

⁸ *Kühl* (Fn. 7), § 5 Rn. 40.

II. Ergebnis

A hat sich nicht wegen versuchten Totschlags strafbar gemacht.

B. Diebstahl gem. § 242 Abs. 1

Indem A die Pralinen an sich nahm, könnte er sich eines Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 schuldig gemacht haben.⁹

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Fraglich ist, ob die Pralinschachtel für A eine fremde bewegliche Sache ist. Fremd ist die Sache, wenn sie wenigstens auch einem anderen als dem Täter gehört.¹⁰ Möglicherweise hat A gem. § 929 S. 1 BGB durch Einigung und Übergabe Eigentum an den Pralinen erworben. A und X haben sich jedoch nicht über den Eigentumsübergang geeinigt, da X ausdrücklich erklärt hat, er wolle die Pralinen nicht an A veräußern. A hat folglich kein Eigentum gem. § 929 S. 1 BGB erworben, so dass die Pralinen für A eine fremde bewegliche Sache darstellen.

b) Spätestens in dem Moment, in dem A das Geschäft des X verließ, hat er gegen den ausdrücklichen Willen des X eine Gewahrsamsverschiebung vorgenommen und somit die Pralinen weggenommen.

2. Subjektiver Tatbestand

a) A handelte in Kenntnis aller objektiven Tatumstände und mithin vorsätzlich.¹¹

b) Darüber hinaus handelte A mit Zueignungsabsicht.¹² Er wollte X dauernd enteignen und beabsichtigte ferner, sich die Pralinen anzueignen, indem er den in den Pralinen verkörperten Wert durch die Schenkung wirtschaftlich sinnvoll nutzen wollte.

c) Schließlich müsste die beabsichtigte Zueignung der Pralinen rechtswidrig gewesen sein, d.h. A dürfte keinen fälligen und einredefreien Anspruch gegen X auf Übereignung der Pralinen gehabt haben. Ein Übereignungsanspruch könnte sich aus einem Kaufvertrag gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB ergeben. Allerdings fehlt es auch hier an einer Einigung. Denn A hat durch die Auslage der Pralinen noch kein verbindliches Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrages abgegeben, sondern nur eine Aufforderung zur Abgabe eines

⁹ Um eine Inzidentprüfung zu vermeiden, wird aus Zweckmäßigkeitserwägungen mit § 242 vor § 252 begonnen.

¹⁰ *Joecks*, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 8. Aufl. 2009, Vor § 242 Rn. 9.

¹¹ Dafür, dass A dachte, er habe Eigentum an den Pralinen erworben, indem er die 5,95 € auf den Kassentisch legte, sind keine Anhaltspunkte ersichtlich. Ein vorsatzausschließender Tatumstandsirrturn i.S.d. § 16 Abs. 1 über das normative Tatbestandsmerkmal „fremd“ scheidet daher schon aus tatsächlichen Gründen aus.

¹² Zur Definition der Zueignungsabsicht vgl. *Küper*, Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2008, S. 476 ff.; *Schmitz*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, Bd. 3, § 242 Rn. 108.

Angebots (invitatio ad offerendum)¹³. Darüber hinaus hat A auch keinen Anspruch auf Abschluss eines Kaufvertrages, da die Abschlussfreiheit nicht durch einen Kontrahierungszwang verdrängt wird. Das Geschäft betrifft keinen wichtigen Teilbereich der Daseinsvorsorge.¹⁴ Ein fälliger und einredefreier Anspruch besteht somit nicht, so dass die beabsichtigte Zueignung rechtswidrig gewesen ist, was A auch wusste.¹⁵

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Schließlich handelte A auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

A hat er sich eines Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 schuldig gemacht.

C. Schwerer räuberischer Diebstahl gem. §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 3 lit. b

Dadurch, dass A mit dem Auto auf X losfuhr, könnte er sich eines schweren räuberischen Diebstahls gem. §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 3 lit. b schuldig gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) A ist in der Beendigungsphase eines Diebstahls in unmittelbarer Nähe zum Tatort als Täter wahrgenommen worden und damit auf frischer Tat betroffen.

b) Weiterhin müsste er ein Nötigungsmittel in Form der Gewalt gegen eine Person oder der Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben eingesetzt haben. Gewalt gegen eine Person liegt jedenfalls dann vor, wenn der Täter eine körperliche Kraftentfaltung vornimmt und beim Opfer ein körperlich wirkender Zwang entsteht.¹⁶ A entfaltete Kraft, da er unter Zuhilfenahme von Muskelkraft das Gaspedal betätigte und das Fahrzeug lenkte. Dabei berührte er die Hüfte des X, so dass auch ein körperlich wirkender Zwang bei X gegeben ist und damit die objektiven Voraussetzungen der Gewalt gegen eine Person anzunehmen sind. Überdies hat A durch sein Verhalten dem X konkludent angekündigt, er werde ihn überfahren, wenn er nicht zur Seite spränge, und folglich mit einer gegenwärtigen Gefahr für das Leben des X gedroht.

c) A könnte bei der Ausführung des räuberischen Diebstahls ein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 250 Abs. 2 Nr. 1 verwendet haben, indem er das Fahrzeug benutzte. Was unter einem gefährlichen Werkzeug i.S.d. § 250 Abs. 2 Nr. 1 zu verstehen ist, ist streitig. Dies kann aber dahinstehen, da das Fahrzeug sowohl bei konkreter als auch bei abstrakter Be-

trachtungweise ein gefährliches Werkzeug darstellt.¹⁷ Denn das Fahrzeug war in der konkreten Art seiner Verwendung geeignet, erhebliche Verletzungen hervorzurufen. Darüber hinaus ist die Beschaffenheit eines Autos generell geeignet, bei normalem Umgang typischerweise erhebliche Verletzungen zu verursachen.

e) Ferner hat A den X durch die Tat in die konkrete Gefahr des Todes gem. § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. b gebracht. Es hing nur noch vom Zufall ab, ob X durch einen von A verursachten Unfall sterben wird oder rechtzeitig zur Seite springen konnte.¹⁸

2. Subjektiver Tatbestand

Weiterhin müsste A vorsätzlich und mit Beutesicherungsabsicht gehandelt haben. Problematisch erscheint allein der Vorsatz bzgl. des Nötigungsmittels. Da A davon ausging, dass X zur Seite springen und er ihn nicht erfassen werde, stellte er sich keine Umstände vor, die eine körperliche Zwangseinwirkung beim Opfer begründeten, so dass er keinen Vorsatz bzgl. der Gewalt gegen eine Person hatte.¹⁹ Jedoch kannte A die Umstände, die die konkludente Drohung begründeten. Schließlich handelte A mit Beutesicherungsabsicht.

II. Ergebnis

Im Übrigen handelte A rechtswidrig und schuldhaft. Er hat sich gem. §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 3 lit. b schuldig gemacht.

D. Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr gem. §§ 315b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3, 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. b

A könnte sich ferner wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. §§ 315b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3, 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. b strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Dann müsste A einen ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff vorgenommen haben. § 315b Abs. 1 Nr. 3 enthält eine Generalklausel für sonstige verkehrsfremde Außeneingriffe, die denen in Nr. 1 und 2 genannten von ihrer Bedeutung gleichkommen müssen.²⁰ Grundsätzlich erfasst § 315b aber nur von außen kommende verkehrsfremde Eingriffe, während Vorgänge des ruhenden und fließenden Verkehrs abschließend unter § 315c fallen. Eine Ausnahme von diesem Grund-

¹³ Vgl. *Heinrichs*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 68. Aufl. 2009, § 145 Rn. 2.

¹⁴ Vgl. *Heinrichs* (Fn. 13, Vor § 145 Rn. 8).

¹⁵ Verfehlt wäre es hier, die Wertsummentheorie anzusprechen. Denn auch diese Ansicht setzt wenigstens einen fälligen und einredefreien Anspruch auf die Geldsumme voraus.

¹⁶ *Sander*, in: Joecks/Miebach (Fn. 12, § 249 Rn. 12 f).

¹⁷ Uneinigkeit besteht insbesondere darüber, ob der Begriff „gefährliches Werkzeug“ in § 250 Abs. 2 Nr. 1 und § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a gleichbedeutend ist, vgl. *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar 56. Aufl. 2009, § 250 Rn. 6 ff.

¹⁸ Zur Definition der „konkreten Gefahr“ vgl. BGH NStZ-RR 1999, 173; *Sander* (Fn. 16, § 250 Rn. 50).

¹⁹ Vgl. *Küper* (Fn. 12, S. 179f.; *Sander* (Fn. 16, § 249 Rn. 13). Auf der Grundlage eines weiteren Gewaltbegriffs wäre es vertretbar gewesen, den Vorsatz bzgl. der Gewalt zu bejahen.

²⁰ *Cramer/Sternberg-Lieben* (Fn. 3), § 315b Rn. 9.

satz wird gemacht, wenn der Verkehrsteilnehmer den Verkehrsvorgang zu einem Eingriff in den Straßenverkehr pervertiert und damit das Fahrzeug bewusst zweckentfremdet.²¹ Dies setzt in objektiver Hinsicht eine grobe Einwirkung auf den Verkehr voraus. Subjektiv muss der Täter verkehrsfeindlich, d.h. in der Absicht handeln, den Verkehrsvorgang zu einem Eingriff in den Straßenverkehr zu pervertieren. Seit der Grundsatzentscheidung vom 20.2.2003 muss – nach Ansicht des BGH – das Täterverhalten darüber hinaus wenigstens von bedingtem Schädigungsvorsatz getragen sein.²²

Vorliegend hat A das Fahrzeug als Waffe gegen einen Dritten verwendet und daher objektiv eine grobe Einwirkung auf den Verkehr vorgenommen.²³ Dabei handelte A in verkehrsfeindlicher Absicht. Fraglich ist allerdings, ob ein bedingter Schädigungsvorsatz gegeben ist, der sich in der intellektuellen Vorsatzkomponente nicht vom Gefährdungsvorsatz unterscheidet.²⁴ Unterschiede können sich aber im voluntativen Vorsatzbereich ergeben. Denn der Täter kann zwar eine Gefahr erkannt und ihre Realisierung für möglich gehalten haben, sich aber nicht mit dem Erfolgseintritt abfinden. So liegt der Fall hier: Zwar erkannte A die Gefährlichkeit seines Handelns. Gleichwohl vertraute er darauf, dass X ausweichen und die von ihm geschaffene Gefahr sich nicht realisieren werde. Ein Schädigungsvorsatz ist daher abzulehnen.

Dem Erfordernis des Schädigungsvorsatzes ist im Schrifttum zu Recht mit Kritik begegnet worden. Zunächst vermag der Grundgedanke des BGH, die verkehrsfeindliche Absicht durch einen bedingten Schädigungsvorsatz zu konkretisieren, nicht zu überzeugen.²⁵ Denn die Absicht, sich verkehrsfeindlich zu verhalten und der Schädigungsvorsatz haben verschiedene Bezugspunkte: Während sich die verkehrsfeindliche Absicht auf den Zweck des Verkehrsvorgangs (Pervertierung des Fahrzeugs zur Waffe) bezieht, betrifft der Schädigungsvorsatz die Nebenwirkungen (Verletzung eines weiteren Rechtsguts), die der Täter bereit war in Kauf zu nehmen.²⁶ Ebenso wenig überzeugt die Begründung, dass das Nötigungselement allein nicht ausreicht, um ein verkehrswidriges Verhalten zu einem gefährlichen Eingriff zu qualifizieren und es auf die „moralische Bewertung“ der Tätermotive, aus denen der Täter sein Interesse an einer unbehinderten Weiterfahrt höher gewichtet als das Interesse anderer Verkehrsteilnehmer, nicht ankommen dürfe.²⁷ Zwar ist zuzugeben, dass der Nötigungscharakter Bestandteil einer Vielzahl alltäglicher bewusst regelwidriger Verkehrsvorgänge ist und deshalb ein Nötigungselement nicht ausreicht, um ein alltägliches verkehrswidriges Verhalten zu einem gefährlichen Eingriff zu qualifizieren. Liegt aber ein verkehrsfeindliches Handeln vor, so kann man nicht mehr von einem alltäg-

lichen Verkehrsverhalten ausgehen. Das verkehrsfeindliche „Rammen“ eines verfolgenden Polizeifahrzeugs – so der vom BGH entschiedene Sachverhalt – kann nicht mit einer alltäglichen Vorfahrtsverletzung gleichgesetzt werden. Dies gilt im besonderen Maße für die hier relevante Fallgruppe des „Auf-einen-Menschen-Zufahrens“. Schief ist auch der Rückgriff des BGH auf die Moral. Agiert der Täter verkehrsfeindlich, ist unerheblich, aus welchen moralischen Motiven er handelt, etwa um rechtzeitig zum Fußballspielen zu gelangen oder um eine Straftat zu verdecken. Ein verkehrsfeindliches Verhalten ist keine bloße Moralwidrigkeit. Es handelt sich vielmehr um eine rechtswidrige – strafrechtlich relevante – Zwecksetzung, die einen gefährlichen Eingriff begründen kann. Die Voraussetzung des Schädigungsvorsatzes ist also entbehrlich. Ein ähnlicher, ebenso gefährlicher Eingriff i.S.d. § 315b Abs. 1 Nr. 3 ist daher gegeben.

b) Durch den Eingriff hat A eine abstrakte Gefahr für die Sicherheit des Straßenverkehrs bewirkt. Denn er hat einen Zustand geschaffen, in dem der Eintritt einer konkreten Gefahr für X deutlich wahrscheinlicher geworden ist und die gefahrlose Teilnahme für andere am Straßenverkehr nicht mehr möglich war.²⁸

c) Dadurch hat A eine verkehrsspezifische konkrete Gefahr für Leib und Leben des X verursacht. Eine verkehrsspezifische konkrete Gefahr liegt vor, wenn die Gefahr – wie hier – auf die Wirkungsweise der für die Verkehrsvorgänge typischen Fortbewegungskräfte zurückzuführen ist bzw. die Gefahr in einer inneren Verbindung mit der Dynamik des Straßenverkehrs steht.²⁹

2. Subjektiver Tatbestand

a) Da A in Kenntnis aller objektiven Tatumstände handelte, hatte er Vorsatz.

b) Darüber hinaus könnte A in der Absicht gehandelt haben, gem. §§ 315b Abs. 3, 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. b eine andere Straftat zu ermöglichen. Die Ermöglichungsabsicht setzt voraus, dass der Eingriff i.S.d. § 315b als Mittel zur Begehung weiteren kriminellen Unrechts dient. Daher darf die Tat nach § 315b nicht mit der ermöglichten weiteren Straftat zusammenfallen.³⁰ Allerdings ist anerkannt, dass ein tateinheitliches Zusammentreffen die Ermöglichungsabsicht nicht ausschließt, wenn über den Eingriff i.S.d. § 315b hinaus ein weiterer unrechtsbegründender Teilakt vorgenommen werden muss.³¹ Vorliegend war der zweckwidrige Einsatz des Fahrzeugs nicht Mittel, um eine Straftat i.S.d. § 252 zu ermögli-

²¹ BGHSt 28, 87 (88); 41, 231 (234); *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 32. Aufl. 2008, Rn. 979.

²² BGHSt 48, 233 (237).

²³ Vgl. BGH NSTz 1995, 31; *Fischer* (Fn. 17, § 315b Rn. 5b).

²⁴ *Dreher*, JuS 2003, 1159 (1161); *König*, NSTz 2004, 175 (178).

²⁵ Vgl. auch *König*, NSTz 2004, 175 (178).

²⁶ *Dreher*, JuS 2003, 1159 (1161).

²⁷ BGHSt 48, 233 (238).

²⁸ Zur Definition „Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs“ vgl. *König*, JA 2003, 818 (820); *Cramer/Sternberg-Lieben* (Fn. 3), § 315b Rn. 3.

²⁹ BGH NJW 2003, 836 (838). Zum Erfordernis einer zeitlichen Differenz zwischen Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs und einer konkreten Gefahr, vgl. BGH NJW 2003, 836 (837) und *König*, JA 2003, 818 (822).

³⁰ *König*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 11, 12. Aufl. 2008, § 315 Rn. 116.

³¹ Vgl. *Schneider*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 12 § 211 Rn. 199 m.w.N. in Fn. 725).

chen. Vielmehr stellte der Eingriff gleichzeitig die nötige Handlung i.S.d. § 252 dar. Das Unrecht des § 252 wurde folglich vollständig durch die Begehung des § 315b verwirklicht. Ein weiterer unrechtsbegründender Teilakt war daher nicht mehr erforderlich. Darüber hinaus diente der zweckwidrige Einsatz des Kfz auch keinem weiteren eigentumsverletzenden Unrecht, denn dies wurde bereits durch die Vollen- dung des § 242 verwirklicht.³² A hat daher nicht in der Absicht gehandelt, eine weitere Straftat zu ermöglichen.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Ferner war das Verhalten des A auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

Daher hat er sich eines gefährlichen Eingriffs in den Straßen- verkehr gem. § 315b Abs. 1 Nr. 3 schuldig gemacht.

E. Gefährliche Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5

Eine gefährliche Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5 scheidet aus, da A die erforderlich volun- tative Komponente des Körperverletzungsvorsatzes fehlte.

F. Fahrlässige Körperverletzung gem. § 229

Gleichwohl hat sich A durch sein sorgfaltswidriges Verhalten einer fahrlässigen Körperverletzung gem. § 229 schuldig gemacht.

G. Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort gem. § 142 Abs. 1 Nr. 1 und § 142 Abs. 2 Nr. 2

Mangels Vorsatzes bzgl. des Tatumstands „Unfall“ scheidet eine Strafbarkeit gem. § 142 Abs. 1 Nr. 1 aus.

Da der Sachverhalt auch keine Anhaltspunkte dafür lie- fert, dass A später Kenntnis von dem Unfallgeschehen erlangt hat, ist die Frage, ob ein unvorsätzlichen Entfernen einem „berechtigten“ oder „entschuldigenden“ Entfernen i.S.d. § 142 Abs. 2 Nr. 2 gleichzusetzen ist, nicht aufzuwerfen.

H. Konkurrenzen

Der Diebstahl gem. § 242 tritt hinter § 252 wegen Spezialität zurück. A hat sich wegen schweren räuberischen Diebstahls in Tateinheit mit fahrlässiger Körperverletzung und gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. §§ 252, 229, 315b, 52 strafbar gemacht.

2. Handlungsabschnitt: Das Geschehen rund um die Werkstatt

A. Raub gem. § 249 Abs. 1

Indem A den Autoschlüssel aus der Hand des Y riss und mit dem Fahrzeug davon fuhr, hat er sich keines Raubes schuldig gemacht, da sowohl das Fahrzeug als auch die dazugehörigen Schlüssel im Eigentum des A standen und er mithin keine fremde Sache weggenommen hat.

B. Räuberische Erpressung gem. §§ 253, 255

Durch dasselbe Verhalten könnte er sich aber wegen räuberi- scher Erpressung gem. §§ 253, 255 strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. A hat Y gewaltsam die Autoschlüssel entrissen und daher Gewalt gegen eine Person eingesetzt.

2. Mit der Duldung der Wegnahme ist auch der erforderliche Nötigungserfolg eingetreten. Umstritten ist jedoch, ob der Nötigungserfolg zugleich eine Vermögensverfügung darstellen muss oder ob zwischen Einsatz des Nötigungsmittels und dem Eintritt des Vermögensnachteils bloße Kausalität ausreicht.

a) Die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur lassen als Verknüpfung zwischen dem Einsatz des Nötigungsmittels und dem Vermögensnachteil bloße Kausalität ausreichen.³³ Denkt man sich das Entreißen der Schlüssel und das Wegfah- ren mit dem Auto weg, läge ein Vermögensnachteil nicht vor. Folglich ist nach dieser Ansicht eine ausreichende Verknüp- fung gegeben.

b) Der überwiegende Teil im Schrifttum fordert, dass der Nötigungserfolg eine Vermögensverfügung darstellen muss.³⁴ Die Erpressung wird danach als ein dem Betrug ähnliches Selbstschädigungsdelikt betrachtet. Eine Vermögensverfü- gung i.S.d. §§ 253, 255 ist gegeben, wenn der Genötigte meint, eine Wahl zu haben zwischen der Aufgabe einer vermögenswerten Position und dem Erdulden der Gewalt oder des angekündigten Übels. Y stand keine die Vermögensver- schiebung verhindernde Handlungsmöglichkeit zur Verfü- gung, da die Anwendung der Gewalt bereits die Gewahr- samsverschiebung und mithin den Vermögensnachteil verur- sachte. Eine Vermögensverfügung ist demnach nicht gege- ben.

c) Die Rechtsprechung vermag nicht zu überzeugen. Ihr liegt die Annahme zugrunde, dass eine durch Wegnahme begründete Gewahrsamsverschiebung das Vorliegen einer Erpressung nicht ausschließt, der Raub vielmehr von der Erpressung mit umfasst wird. Die Rechtsprechung berück- sichtigt nicht, dass es sich beim Raub um ein Eigentumsde- likt, bei der räuberischen Erpressung um ein Vermögensde- likt handelt.³⁵ Nicht jeder Raub kann zugleich eine räuberi- sche Erpressung darstellen. So begründet etwa die Zueignung

³² Jähnke, in: ders./Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 5, 11. Aufl. 2005, § 211 Rn. 9; Schneider (Fn. 31, § 211 Rn. 199; Graul, JR 1993, 510 (511); vgl. zur Ermöglichung einer Straftat gem. § 113, BGH NZV 1995, 285.

³³ BGH NStZ 2002, 31 (32); Arzt, in: Arzt/Weber, Strafrecht, Besonderer Teil, 2000, § 18 Rn. 14 ff.

³⁴ Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 253 Rn. 3; Sander (Fn. 16), § 253 Rn. 14 ff.

³⁵ Sander (Fn. 16), § 253 Rn. 17.

wertloser Gegenstände keinen Vermögensnachteil. Außerdem wäre § 249 überflüssig, wenn man in § 255 die allgemeinere Vorschrift sähe.³⁶ Schließlich unterläuft die Rechtsprechung die Privilegierung der Gebrauchsanmaßung. Handelt der Täter ohne Zueignungsabsicht, aber mit Gewalt, würde er gleich einem Räuber bestraft werden, obwohl die Gebrauchsanmaßung straflos sein soll.³⁷

II. Ergebnis

Eine räuberische Erpressung scheidet mangels Vermögensverfügung aus.

C. Pfandkehr gem. § 289 Abs. 1

A könnte sich jedoch gem. § 289 Abs. 1 wegen Pfandkehr strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) A müsste die Schlüssel weggenommen haben. Über den Begriff der Wegnahme i.S.d. § 289 Abs. 1 herrscht Uneinigkeit. Nach einer Ansicht ist die Wegnahme i.S.d. § 289 identisch mit der des § 242.³⁸ Die überwiegende Ansicht nimmt bereits eine Wegnahme i.S.d. § 289 Abs. 1 an, wenn der Täter die Sache dem Einflussbereich des Berechtigten so entzieht, dass dieser seine Rechte nicht mehr ausüben kann.³⁹ A hat gegen den Willen des Berechtigten Y eine Gewahrsamsverschiebung herbeigeführt, so dass bereits nach der engeren Ansicht eine Wegnahme i.S.d. § 289 zu bejahen ist.

b) Durch die Wegnahme muss die Ausübung eines der in § 289 Abs. 1 aufgezählten Rechte vereitelt worden sein. Vorliegend könnte das Werkunternehmerpfandrecht des Y an dem Fahrzeug gem. § 647 BGB betroffen sein. Voraussetzung für die Entstehung eines Pfandrechts gem. § 647 BGB ist, dass Y gegen A aus einem Werkvertrag eine wirksame Forderung hat. A und Y haben einen wirksamen Werkvertrag über die Reparatur des Fahrzeugs gem. § 631 BGB abgeschlossen. Fraglich ist aber, ob A und Y sich über eine Vergütung in Höhe von 315 € geeinigt haben, da der Kostenvoranschlag nur 250 € zugrunde gelegt hatte. Bei dem Kostenvoranschlag handelt es sich um eine fachmännische, aber unverbindliche Berechnung der zu erwartenden Kosten. Er ist bloße Geschäftsgrundlage, nicht aber Vertragsbestandteil⁴⁰, so dass die konkrete Vergütung durch den Kostenvoranschlag noch nicht bestimmt war. Gem. § 632 Abs. 2 BGB ist dann die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen, so dass eine Forderung in Höhe von 315 € entstand. Diese Forderung und das Werkunternehmerpfandrecht sind auch nicht durch die Teilzahlung in Höhe von 260 € erloschen. Denn gem. § 266 BGB ist der Schuldner nicht zu Teilzahlungen berechtigt. Selbst wenn man annimmt, dass § 266 BGB durch § 242

BGB einzuschränken ist, und die Annahme von Teilleistungen zumutbar wäre, wäre die Forderung nur in Höhe von 260 € erloschen, so dass zur Sicherung der restlichen 55 € noch immer ein Werkunternehmerpfandrecht bestünde, das A vereitelt hat.

2. Subjektiver Tatbestand

a) A handelte in Kenntnis aller objektiven Tatbestände und mithin vorsätzlich.

b) Ferner müsste A in der rechtswidrigen Absicht gehandelt haben, das an der weggenommenen Sache bestehende Recht zu vereiteln. Umstritten ist, ob hierfür Absicht i.S.d. *dolus directus* 2. Grades ausreicht⁴¹, oder ob *dolus directus* 1. Grades erforderlich ist⁴². Dies kann vorliegend dahinstehen, da es A durch sein Verhalten gerade darauf ankam, seine Situation als Schuldner zu verbessern. Denn er wusste nicht, ob seine finanziellen Mittel später ausreichen, um die Restschuld zu begleichen. Folglich handelte er mit Absicht in Form des *dolus directus* 1. Grades.

II. Ergebnis

Da A auch rechtswidrig und schuldhaft handelte, hat er sich wegen Pfandkehr strafbar gemacht.

D. Nötigung gem. § 240

A hat sich darüber hinaus wegen Nötigung gem. § 240 strafbar gemacht, da er den Y dazu nötigte, die Wegnahme der Autoschlüssel zu erdulden.

E. Konkurrenzen und Endergebnis

A hat sich in Tateinheit wegen Pfandkehr und Nötigung gem. §§ 289, 240, 52 strafbar gemacht.

Gesamtergebnis

A hat sich wegen schweren räuberischen Diebstahls in Tateinheit mit fahrlässiger Körperverletzung und gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr in Tatmehrheit wegen tateinheitlich begangener Pfandkehr und Nötigung gem. §§ 252, 229, 315b, 52; 289, 240, 52; 53 schuldig gemacht.

³⁶ *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 31. Aufl. 2008, Rn. 711.

³⁷ *Cramer/Sternberg-Lieben* (Fn. 3), § 253 Rn. 8a.

³⁸ *Joecks* (Fn. 10), § 289 Rn. 3.

³⁹ *Fischer* (Fn. 17), § 289 Rn. 2; *Küper* (Fn. 12), S. 450.

⁴⁰ *Sprau*, in: *Palandt* (Fn. 13), § 650 Rn. 1.

⁴¹ *Lackner/Kühl* (Fn. 34), § 289 Rn. 4.

⁴² *Cramer/Sternberg-Lieben* (Fn. 3), § 289 Rn. 9 f.

Entscheidungsanmerkung

Die freiwillige Leistung in der Zwangsvollstreckung

Die Bestimmung des § 815 Abs. 3 ZPO ist auf freiwillige Zahlungen des Schuldners an den Gerichtsvollzieher entsprechend anwendbar. (Amtlicher Leitsatz)

ZPO §§ 815 Abs. 3, 767, 91a, 281 Abs. 3

BGH, Beschl. v. 29.1.2009 – III ZR 115/08 (LG Schwerin, AG Schwerin)¹

I. Sachverhalt

Aus einem Vollstreckungsbescheid vom 3.7.2006 über die Summe von 820,77 € betrieb der Beklagte die Zwangsvollstreckung gegen den Kläger, und vom Gerichtsvollzieher wurde am 9.5.2007 ein Pkw beim Kläger gepfändet. Der Kläger überwies drei Tage später an den Gerichtsvollzieher unter Angabe des Aktenzeichens des Vollstreckungsbescheids und seines Namens 1.500 €. Der Gerichtsvollzieher verrechnete jedoch nur einen geringen Betrag von 61 € auf den Vollstreckungsbescheid und gab das gepfändete Fahrzeug (zunächst) nicht frei. Den Rest der 1.500 € verrechnete der Gerichtsvollzieher auf anderweitige Forderungen, für die er offensichtlich Vollstreckungsaufträge hatte. Es handelte sich dabei aber nicht um Forderungen gegen den Kläger, sondern um solche gegen diverse GmbHs, deren Geschäftsführer der Kläger war. Gegen die Vollstreckung durch den Beklagten ist der Kläger im Wege der Vollstreckungsgegenklage vorgegangen, weil er mit seiner Zahlung die Forderung des Klägers erfüllt habe. Mit dieser – zunächst beim unzuständigen Landgericht eingereichten – Klage hat er vor dem Amtsgericht Erfolg gehabt, beim Berufungsgericht jedoch nur in Höhe von 61 €. Anschließend hat er die vom Berufungsgericht zugelassene Revision eingelegt. Da zwischenzeitlich der Vollstreckungstitel und der gepfändete Pkw an den Kläger herausgegeben worden waren, haben Kläger und Beklagter nach Eingang der Revisionsbegründung den Rechtsstreit für erledigt erklärt und sich fortan vor dem *III. Zivilsenat* des Bundesgerichtshofs um die Kosten des Verfahrens gestritten.

II. Prozessgeschichte

Der Fall hatte eine interessante prozessuale Entwicklung, die sowohl praxistypisch als auch prüfungsrelevant ist.

1. Warum war hier die Vollstreckungsgegenklage der richtige Rechtsbehelf und welche Bedeutung hat für sie die Anwendbarkeit von § 815 Abs. 3 ZPO?

Gegen den Kläger lag ein Vollstreckungstitel vor, denn Vollstreckungsbescheide stehen vorläufig vollstreckbaren Versäumnisurteilen gleich (§ 700 Abs. 1 ZPO) und diese sind Vollstreckungstitel im Sinne des § 794 Nr. 4 ZPO. Ein Voll-

streckungstitel wird im Vollstreckungsverfahren grundsätzlich nicht mehr daraufhin überprüft, ob der titulierte Anspruch gegen den Schuldner tatsächlich besteht. Dem stehen nämlich der Schutz der Rechtskraft und auch die Formalisierung des Zwangsvollstreckungsverfahrens entgegen. Wenn allerdings neue Einwendungen gegen den Anspruch entstehen, kann gegen die Vollstreckbarkeit des Titels im Wege der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO vorgegangen werden, mit dem Schuldner als Kläger, dem Gläubiger als Beklagtem. Das gilt auch, wenn nach Ablauf der Einspruchsfrist (§§ 700 Abs. 1, 338, 339 ZPO) Einwendungen gegen einen Vollstreckungsbescheid entstehen. Eine solche Einwendung stellt u.a. die Erfüllung der titulierten Forderung dar. Da der Kläger der Ansicht war, seine Zahlung an die Gerichtsvollzieherin habe die Forderung des Beklagten nachträglich beglichen, war die Vollstreckungsgegenklage hier der statthafte Rechtsbehelf.

2. Wieso hat der Kläger den Rechtsstreit für erledigt erklärt, weshalb war der Beklagte damit einverstanden, und warum muss das Gericht sich dennoch mit der Klage befassen?

Mit seiner Vollstreckungsgegenklage wollte der Kläger gegen die Vollstreckbarkeit des Vollstreckungsbescheids vorgehen. Hat eine solche Klage Erfolg, wird die Vollstreckung aus dem Titel für unzulässig erklärt. Zur Erledigungserklärung seitens des Klägers kam es, weil zwischenzeitlich sowohl der Vollstreckungstitel als auch der gepfändete Pkw an den Kläger herausgegeben worden waren. Damit hat der Kläger faktisch sein Ziel erreicht. Die Unzulässigkeit der Vollstreckung aus einem Titel festzustellen, der sich in den Händen des Vollstreckungsschuldners befindet, ist sinnlos. Obwohl die Vollstreckungsgegenklage weder per se die Herausgabe des Titels bewirkt, noch die Unzulässigerklärung einer bestimmten Vollstreckungsmaßnahme ausspricht, fehlt für eine Vollstreckungsgegenklage das Rechtsschutzbedürfnis, wenn der Titel an den Schuldner übergeben ist und eine Vollstreckung nicht mehr droht.² Um den Prozess nicht zu verlieren, hat deshalb der Kläger den Rechtsstreit für erledigt erklärt. Für den Beklagten bestand nur noch das Interesse, nicht mit den Kosten eines schon erledigten Rechtsstreits belastet zu werden. Da der Beklagte deshalb der Erledigungserklärung zugestimmt hat, durfte das Gericht auch nicht mehr prüfen, ob der Rechtsstreit sich tatsächlich erledigt hat, sondern hatte nach § 91a Abs. 1 ZPO nur noch über dessen Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen zu entscheiden. Die Kosten trägt dann grundsätzlich derjenige, der den Prozess voraussichtlich gewonnen hätte, wenn es nicht zur übereinstimmenden Erledigung gekommen wäre. Fiktiv wird deshalb der Prozessausgang geprüft, obwohl es nur noch um eine Kostenentscheidung geht. Die Klage hielt der Senat – nach dem Sach- und Streitstand zum Zeitpunkt der übereinstimmenden Erledigungserklärung – für begründet. Im Ergebnis hat deshalb der Senat dem Beklagten die Kosten des Rechts-

¹ Der Beschluss war am 14.5.2009 unter www.bundesgerichtshof.de abrufbar.

² Vgl. *Putzo* in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 29. Aufl. 2008, § 767 Rn. 16.

streits auferlegt, da er ihn als den (fiktiven) Verlierer des Prozesses ansah.

3. Wieso muss der Beklagte nicht alle Kosten tragen, wenn er doch den Rechtsstreit verloren hat?

Allerdings wurden dem Kläger die durch die Anrufung des sachlich unzuständigen Landgerichts verursachten Kosten auferlegt. Das ist insofern eine Besonderheit, als grundsätzlich über die Kosten eines Rechtsstreits einheitlich entschieden wird. Einheit der Kostenentscheidung bedeutet, dass alle anfallenden Kosten nach Gewinnen oder Verlieren der Parteien (ggf. quotenmäßig) aufgeteilt werden. § 281 Abs. 3 S. 2 ZPO sieht demgegenüber vor, dass die Mehrkosten, die für die Anrufung eines unzuständigen Gerichts angefallen sind, den Kläger auch dann treffen, wenn er den Rechtsstreit gewinnt. Obwohl ein Verfahren auch nach Verweisung im Sinne des § 281 ZPO eine Einheit bleibt, wird über die Kosten deshalb uneinheitlich entschieden, wie es im Senatsbeschluss auch tenoriert wurde.

Die Zuständigkeit des Amts- und nicht des Landgerichts ergibt sich hier aus Folgendem: Für eine Vollstreckungsgegenklage zuständig ist nach § 767 Abs. 1 ZPO grundsätzlich das Gericht des Vorprozesses erster Instanz. Da bei Vollstreckungsbescheiden kein Vorprozess stattgefunden hat, sie vielmehr aufgrund eines Mahnverfahrens ergehen, sieht § 796 Abs. 3 ZPO die Zuständigkeit desjenigen Gerichts vor, das für ein Streitverfahren zuständig gewesen wäre. In sachlicher Hinsicht richtet sich diese Zuständigkeit nach §§ 23 ff., 71 GVG. Für Streitigkeiten, deren Wert fünftausend Euro nicht übersteigt, ist insofern das Amtsgericht zuständig, so dass das Amtsgericht in unserem Fall auch für ein Streitverfahren zuständig gewesen wäre und nach § 796 Abs. 3 ZPO auch für eine Vollstreckungsgegenklage gegen einen Vollstreckungsbescheid zuständig ist. Diese Zuständigkeit ist nach § 802 ZPO eine ausschließliche. Die beim Landgericht eingereichte Klage gehörte also nicht in dessen sachlichen Zuständigkeitsbereich.

III. Zur Auslegung des § 815 Abs. 3 ZPO

Es ging für die Begründetheit der Vollstreckungsgegenklage um die Frage, welche Bedeutung die freiwillige Zahlung der 1.500 € durch den Schuldner an den Gerichtsvollzieher für die Vollstreckbarkeit des Titels gegen den Schuldner hat. Dafür hat der Senat die Voraussetzungen von § 362 BGB und von § 815 Abs. 3 ZPO untersucht.

Erfüllung setzt nach § 362 BGB voraus, dass der Schuldner an den Gläubiger die geschuldete Leistung bewirkt. Der Leistungserfolg muss also eingetreten sein. Hier war aber nicht an den Gläubiger (Beklagter der Vollstreckungsgegenklage), sondern an den Gerichtsvollzieher gezahlt, und nur eine geringe Summe (durch Verrechnung) weitergeleitet worden. Deshalb kam eine Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB nicht in Betracht. Erfüllung an einen Dritten ist nach § 362 Abs. 2 BGB zwar möglich, aber nur, wenn der Gläubiger der Leistung an den Dritten zugestimmt hat, entweder durch vorherige Einwilligung oder durch nachträgliche Genehmigung, § 185 BGB. Dafür genügt nach Ansicht des Senats die

gesetzliche Ermächtigung zur Empfangnahme von Zahlungen nach §§ 754, 755 ZPO nicht.

In der Tat ist die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers beim Empfang von Leistungen des Schuldners, ebenso wie sein gesamtes Handeln bei der Zwangsvollstreckung, hoheitlich.³ Der Gerichtsvollzieher leitet seine Vollstreckungsaufgaben und -befugnisse nicht vom privaten Gläubiger oder dessen privatem Auftrag ab, sondern übt auf Antrag staatliche Vollstreckungsgewalt aus.⁴ Auch bei Entgegennahme von Zahlungen im Rahmen der §§ 754, 755 ZPO handelt er nicht als privater Vertreter des Gläubigers, wie es die sog. Vertretertheorie noch annahm.⁵ Diese Abgrenzung ist nicht haarspalterisch, sondern hat umfassende Konsequenzen. Auf die Rechtsbeziehungen zwischen dem Gerichtsvollzieher, handelnd als staatliches Organ, dem Schuldner und dem Gläubiger findet das Privatrecht keine Anwendung, so dass auch keine privatrechtlichen Ansprüche bei Pflichtverletzungen entstehen können. Nur das Amtshaftungsrecht kann eingreifen. Die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers ist keine privatwirtschaftliche, gewerbliche, unternehmerische, was etwa für die Anwendung des Verbraucherschutzrechts, Steuerrechts oder Wettbewerbsrechts eine Rolle spielt.⁶ Eine privatrechtliche Erfüllungswirkung konnte deshalb der Zahlung an den Gerichtsvollzieher nicht beigemessen werden. Der Schuldner hätte an den Gläubiger zahlen müssen bzw. Erfüllung wäre nur eingetreten, wenn der Gerichtsvollzieher den gesamten Betrag weitergeleitet hätte.

Gesetzlich ist nun allerdings eine Möglichkeit vorgesehen, wie auch der Empfang von Geld durch den Gerichtsvollzieher zur Schuldnerentlastung führen kann, selbst wenn das Geld noch nicht beim Gläubiger angelangt ist, und zwar im Falle von § 815 Abs. 3 ZPO bei der Verwertung gepfändeten Geldes durch Wegnahme. Der Senat lehnt zu Recht die direkte Anwendung dieser Norm ab, da kein Fall vorliegt, in dem Geld gepfändet worden ist. Anschließend entscheidet er sich für eine analoge Anwendung des § 815 Abs. 3 ZPO, weil eine Regelungslücke bestehe, und die Interessenlage des freiwillig an den Gerichtsvollzieher zahlenden Schuldners mit der Wegnahme von Geld durch den Gerichtsvollzieher vergleichbar sei. Maßgeblich wird die Regelungslücke mit einer historischen Auslegung begründet: Die hoheitliche Einordnung des Handelns des Gerichtsvollziehers, wie sie oben beschrieben wurde, war – wie der Senat richtig darlegt – beim historischen Gesetzgeber (übrigens auch in der früheren Literatur) nicht anerkannt, der vielmehr von einem Handeln des Gerichtsvollziehers als privatrechtlicher Vertreter des Gläubigers ausging. Nach dieser Vorstellung standen deshalb die Wegnahme bei der Pfändung von Geld und die freiwillige Zahlung bei der Empfangnahme von Geld einander gleich, da beides privatrechtlich eingeordnet wurde. Einer dem § 815 Abs. 3 ZPO entsprechenden Regelung bedurfte es deshalb für

³ *Fahland*, ZJP 92 (1979), 432.

⁴ Vgl. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl. 1997, § 25 IV 1, insbes. d).

⁵ Dazu und zur Amtstheorie *Rosenberg/Gaul/Schilken* (Fn. 4).

⁶ *Meller-Hannich*, DGVZ 2009, 21.

die freiwillige Zahlung nicht. Für den Gesetzgeber sei es vielmehr selbstverständlich gewesen, so er Senat, dass bei freiwilliger Zahlung an den Gerichtsvollzieher im Rahmen der §§ 754, 755 ZPO die Gefahr auf den Gläubiger übergehe. Da heute beides hoheitlich eingeordnet wird, soll nach Ansicht des Senats auch bei freiwilligen Zahlungen § 815 Abs. 3 ZPO analog angewandt werden.

Auch insoweit ist dem Senat zuzustimmen. Bei Geltung der inzwischen anerkannten Amtstheorie fehlt es in der Tat an einer Regelung, die den freiwillig leistenden Schuldner schützt, wenn die Leistung vom Gerichtsvollzieher empfangen, aber nicht an den Gläubiger weitergeleitet wird. Da mit § 815 Abs. 3 ZPO eine Regelung existiert, die einen Gefahrübergang für den interessemäßig gleich gelagerten Fall der Wegnahme vorsieht, ist der Analogieschluss richtig.⁷ Allerdings muss man sich für das abschließende Verständnis verdeutlichen, dass der Senat letztlich die analogiefähige Lücke im Rahmen des Regelungskomplexes der §§ 754, 755 ZPO bzw. der für diese anzuwendenden Amtstheorie verortet und nicht etwa die Entgegennahme einer freiwilligen Leistung der Pfändung von Geld gleichstellt. Das wird vornehmlich daraus deutlich, dass er die direkte Anwendung des § 815 Abs. 3 ZPO ablehnt und über die intensive Prüfung der §§ 754, 755 ZPO im Rahmen des § 362 BGB die Amtstheorie erst stärkt und sodann ihre Lücken umschreiben kann. Schließlich ist klarzustellen, dass auch der Senat nicht dazu kommt, dass die Zahlung an den Gerichtsvollzieher Erfüllungswirkung hat. Eine Wirkung im Sinne des § 362 BGB lehnt er ausdrücklich ab, bevor das Geld beim Gläubiger angekommen ist. Auch bei der Auslegung des § 815 Abs. 3 ZPO tendiert er zu Recht zu der Auffassung, es handele sich nicht um eine Erfüllungsfiktion, sondern um eine Gefahrtragsregel. Dennoch ist der Schluss auf den Erfolg der Einwendung im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage richtig, denn der Gläubiger kann sich wegen der Gefahrtragsregel nicht darauf berufen, das Geld sei bei ihm nicht angekommen. Der Schuldner wird von seiner Leistungspflicht frei, selbst wenn keine Erfüllung eingetreten ist und der Gläubiger noch kein Eigentum erlangt.⁸ So lag der Fall hier, denn der Gerichtsvollzieher hatte das Geld – ohne dass der Schuldner dafür konnte – an fremde Gläubiger weitergeleitet.

Prof. Dr. Caroline Meller-Hannich, Halle-Wittenberg

⁷ Ausf. *Fahland*, ZZP 92 (1979), 432 (452 ff.).

⁸ Vgl. *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Aufl. 2008, Rn. 421.

Entscheidungsanmerkung

Ausschließliche Verwendung eines Dieselfahrzeugs mit Partikelfilter im Kurzstreckenbetrieb

a) Für die Beurteilung, ob ein Kraftfahrzeug mit Dieselpartikelfilter deswegen im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB mangelhaft ist, weil der Partikelfilter von Zeit zu Zeit der Reinigung (Regenerierung) bedarf und dazu eine Abgastemperatur benötigt wird, die im reinen Kurzstreckenbetrieb regelmäßig nicht erreicht wird, kann nicht auf die Eignung zur gewöhnlichen Verwendung, die übliche Beschaffenheit oder die aus der Sicht des Käufers zu erwartende Beschaffenheit von Kraftfahrzeugen ohne Dieselpartikelfilter abgestellt werden.

b) Der Umstand, dass ein Kraftfahrzeug mit Dieselpartikelfilter für eine Verwendung im reinen Kurzstreckenbetrieb nur eingeschränkt geeignet ist, weil die zur Reinigung des Partikelfilters erforderliche Abgastemperatur im reinen Kurzstreckenbetrieb regelmäßig nicht erreicht wird, so dass zur Filterreinigung von Zeit zu Zeit Überlandfahrten unternommen werden müssen, stellt keinen Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB dar, wenn dies nach dem Stand der Technik nicht zu vermeiden ist und aus demselben Grund auch die Kurzstreckeneignung der Fahrzeuge anderer Hersteller, die mit einem Dieselpartikelfilter ausgerüstet sind, in gleicher Weise beeinträchtigt ist.

c) Eine Sache, die dem Stand der Technik vergleichbarer Sachen entspricht, ist nicht deswegen im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB mangelhaft, weil der Stand der Technik hinter der Käufererwartung zurückbleibt. (Amtliche Leitsätze)

BGB § 434

BGH, Urt. v. 4.3.2009 – VIII ZR 160/08 (LG Ellwangen, OLG Stuttgart)¹

I. ZJS 2009, 185

Auf der Grundlage der Pressemitteilung wurde die vorliegende Entscheidung bereits kurz dargestellt. Wegen des Sachverhalts und des wesentlichen Inhalts des Urteils sei daher auf ZJS 2009, 185 verwiesen.

II. Zentrale Probleme der Entscheidung

1. Anforderungen an eine Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB

Eine zentrale Frage der vorliegenden Entscheidung besteht darin, ob § 434 Abs. 1 S. 1 BGB zur Anwendung kommt, was den Rückgriff auf die anderen Fälle des § 434 BGB verbaute (siehe dazu bereits ZJS 2009, 185). Den grundsätzlichen Vorrang von § 434 Abs. 1 S. 1 BGB bestätigt der VIII. Senat in der hier vorgestellten Entscheidung in aller

Deutlichkeit (Rn. 6). Doch damit hat es sein Bewenden. Es wird schlicht und ergreifend festgestellt, dass eine Beschaffenheitsvereinbarung der Parteien in Bezug auf die Eignung des Fahrzeugs zum ausschließlichen oder überwiegenden Kurzstreckenbetrieb nicht festgestellt worden sei.

Gerade an dieser Stelle hätte man sich aber aufschlussreiche Erörterungen des BGH zu der Frage gewünscht, welche Anforderungen an das Vorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung zu stellen sind. Dazu schweigt das Urteil. Der Senat kann sich aber nicht darauf zurückziehen, im Rahmen der Revision den Tatbestand des Falls nicht mehr aufklären zu können bzw. zu dürfen. Auch der BGH hat die vorliegenden Willenserklärungen auszulegen und es stellt sich die schlichte Frage, was die Parteien vereinbart haben, wenn sie im Vorfeld des Vertragsabschlusses kein Wort über die Verwendbarkeit des Fahrzeugs ausschließlich im Kurzstreckenverkehr verloren haben.

Dabei geht es um den Fall, dass ein Käufer schweigend eine in Serie produzierte Sache erwirbt und sich alsdann herausstellt, dass sich der Gegenstand nicht zu einer Verwendung eignet, die der Käufer vorgesehen und womöglich für selbstverständlich möglich gehalten hat. Ein Kaufinteressent mag sich im konkreten Fall vorgenommen haben, den Wagen ausschließlich im Stadtverkehr zu nutzen. Alternativ kann man sich vorstellen, dass ein Autokäufer ein Fahrzeug allein zum beruflichen Pendeln nutzen möchte und daher beinahe ausschließlich auf Autobahnen unterwegs ist. Ebenso vorstellbar ist, dass ein umweltbewusster Autokäufer den Wagen nur dann nutzen möchte, wenn es die Wetterbedingungen nicht zulassen, mit dem Fahrrad zur Arbeitsstelle zu kommen, was dazu führt, dass das Auto überwiegend in der Garage steht. In diesen Fällen mögen Störungen wegen der dauerhaften Hochgeschwindigkeitsfahrten oder der seltenen Nutzung des Wagens auftreten.

Jeweils stellt sich dieselbe, vom BGH nicht beantwortete und nicht einmal angesprochene Frage: Welche Anforderungen sind an eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB zu stellen? Muss der Kaufinteressent den Verkäufer tatsächlich ausdrücklich darauf ansprechen, ob zahlreiche Autobahnfahrten, gelegentlicher Gebrauch oder eben überwiegender Kurzstreckenbetrieb unproblematisch möglich sind, damit er sich später auf eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB berufen kann, wenn der Neuwagen nicht funktioniert? Das vorliegende Urteil vermittelt genau diesen Eindruck.

Doch muss man sich die Konsequenzen für den Kauf neuwertiger Sachen vor Augen führen. Bringt der Käufer geradezu selbstverständlich vorausgesetzte Merkmale der Sache nicht zur Sprache, fehlt es an einer Vereinbarung. Der vormals sogenannte subjektive Fehlerbegriff, dessen Vorrang im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung in aller Deutlichkeit festgeschrieben wurde², verliert auf diesem Wege im Hinblick auf neue Waren erheblich an Bedeutung. Denn an der Ladentheke kommt es regelmäßig nicht zu intensiven Gesprächen über die Beschaffenheit oder Verwendung der

¹ Die Entscheidung war am 22.5.2009 unter <http://www.bundesgerichtshof.de/> abrufbar.

² Dazu etwa *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 434 Rn. 5.

neuen und original verpackten Kaufsache. Vielmehr zeichnet der Verkäufer die Ware mit einem Preisschild aus und legt sie der Käufer an der Kasse schweigend vor. Tut der Käufer dies, läuft er Gefahr, dass Fehlvorstellungen über die übliche Beschaffenheit bzw. den Stand der Technik zu seinen Lasten gehen (dazu nachfolgend unter 2.). Ist dem aber so, hat man sich in Folge des vorliegenden Urteils auf recht kommunikative Verkaufssituationen einzurichten. Um eine böse Überraschung zu vermeiden, muss der Käufer sämtliche Eventualitäten offen ansprechen. Einer Aufklärungspflicht des Verkäufers steht der BGH nämlich sehr zurückhaltend gegenüber (dazu nachfolgend unter 3.).

Der Autokäufer sollte sich also mit einer Frageliste bewaffnen und den Verkäufer auch hinsichtlich recht üblicher Nutzungen des Fahrzeugs löchern: Kann man mit dem Wagen ständig über die Autobahn fahren, schaden lange Ruhezeiten, ist das Auto für Urlaubsreisen nach Spanien geeignet, wo es auch mal sehr heiß werden kann, schadet womöglich Dauerregen, eignet sich das Auto für den ausschließlichen Kurzstreckenbetrieb?

Ganz ernsthaft: Der *VIII. Zivilsenat* hätte sich anlässlich dieses Falls eingehend mit der Frage auseinander setzen müssen, welche Anforderungen an eine Beschaffenheitsvereinbarung beim Kauf neu hergestellter Sachen zu stellen sind. Schaut man in das dazu veröffentlichte Schrifttum, so wird durchaus für hinreichend gehalten, dass eine solche Vereinbarung konkludent erfolgt³. Darauf geht das Urteil leider nicht ein.

1. Der Stand der Technik

Ohne sich ernsthaft mit dem Vorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung auseinander gesetzt zu haben, wirft der BGH die Frage auf, ob das gekaufte Auto die Beschaffenheitsmerkmale aufweist, die „bei Sachen der gleichen Art üblich“ sind und „die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann“, § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB.

Unvoreingenommen sollte man auch hier annehmen, dass man üblicherweise erwarten kann, mit einem Neuwagen, zu dessen Besonderheiten der professionelle Verkäufer dem Verbraucher gegenüber keine Angaben macht, ständig in der Stadt unterwegs sein kann. Anders sieht das aber der BGH in der vorliegenden Entscheidung. Dessen argumentativer Ansatzpunkt liegt in der enormen Beschränkung des Vergleichsmaßstabs. Nicht mit Pkw im Allgemeinen, mit Neuwagen oder mit Dieselfahrzeugen, sondern allein mit Dieselfahrzeugen, die mit derartigen Dieselpartikelfiltern ausgestattet sind, sei der gekaufte Wagen zu vergleichen (Rn. 9). Geht man diesen Schritt und beschränkt die „Art der Sache“ auf solche Fahrzeuge, ist die getroffene Entscheidung konsequent, da nach dem Stand der Technik offenbar Regenerationsfahrten notwendig sind, bei denen eine Abgastemperatur benötigt wird, die üblicherweise im Stadtbetrieb nicht erreicht werden kann.

2. Aufklärungspflicht

Damit stößt man aber auf das nächste Problem. Trifft den professionellen Autoverkäufer nicht eine Aufklärungspflicht dem Verbraucher gegenüber, der nicht wirklich damit rechnen kann, dass Neuwagen mit einer solchen Ausstattung nicht ausschließlich in der Stadt genutzt werden können? Der *Senat* lehnt dies rigoros ab und weist darauf hin, dass fehlerhafte Vorstellungen eines durchschnittlich informierten Kunden an dieser Stelle unbeachtlich seien und es allein darauf ankomme, welche Beschaffenheit der Käufer objektiv, das heißt nach dem Stand der Technik, erwarten dürfe (Rn. 11). „Dass dem durchschnittlichen Autokäufer die Einschränkung nicht bekannt sein wird, wie das Berufungsgericht annimmt, ist für die objektiv berechnete Käufererwartung irrelevant.“ Doch gerade wenn dies so ist, steht eine Aufklärungspflicht des professionellen Autoverkäufers im Raum.

III. Lehren für die Ausbildung

Die Entscheidung hat große Bedeutung für die juristische Ausbildung. Das kaufvertragliche Gewährleistungsrecht genießt sehr große Prüfungsrelevanz. Der Prüfling sollte der vorliegenden Entscheidung drei grundsätzliche Wertungen des BGH entnehmen.

An das Vorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB sind hohe Anforderungen zu stellen.

Bestimmt man im Rahmen des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB den Maßstab der „Sachen der gleichen Art“ und die „Art der Sache“, hat man einen sehr engen Ausschnitt vergleichbarer Waren zu wählen.

Auch wenn eine neu hergestellte Sache Eigenschaften aufweist, die ein durchschnittlich informierter Verbraucher nicht ernsthaft erwarten kann, trifft den professionellen Verkäufer diesbezüglich keine Aufklärungspflicht, soweit die betreffende Eigenschaft dem Stand der Technik entspricht.

Privatdozent Dr. Markus Artz, Bielefeld

³ So z.B. *Westermann* (Fn. 2), § 434 BGB Rn. 12; enger wohl *Faust*, in: *Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB*, § 434 Rn. 40.

Entscheidungsanmerkung

Eintragung einer rechtsfähigen Außen-GbR unter ihrer Bezeichnung im Grundbuch

1. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) kann unter der Bezeichnung in das Grundbuch eingetragen werden, die ihre Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag für sie vorgesehen haben.

2. Sieht der Gesellschaftsvertrag keine Bezeichnung der GbR vor, wird die GbR als „Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehend aus [...]“ und den Namen ihrer Gesellschafter eingetragen.

3. Leitet die GbR ihr Recht aus einer Gerichtsentscheidung ab, genügt deren Rubrum als Nachweis ihrer Identität und der Vertretungsbefugnis des handelnden Gesellschafters. Zusätzliche Nachweise können nur verlangt werden, wenn konkrete tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich nach Erlass der Gerichtsentscheidung Veränderungen bei Namen, Gesellschafterbestand oder Vertretungsbefugnissen ergeben haben; der bloße Zeitablauf genügt als Anhaltspunkt nicht. (Amtliche Leitsätze)

BGB §§ 705 ff., ZPO § 867, GBO § 29, GBV § 15

BGH, Beschl. v. 4.12.2008 – V ZB 74/08 (Kammergericht, LG Berlin, AG Schöneberg)¹

I. Rechtsgebiet und Problemstellung

1. Einleitung

Mit dem Beschluss hat der für Grundstückssachen und für das Grundbuchrecht zuständige *V. Zivilsenat* des BGH eine bedeutsame grundbuch- und gesellschaftsrechtliche Frage entschieden, die sich nach der Entscheidung BGHZ 146, 341 („Weisses Ross I“) zur Rechts- und Parteifähigkeit von Außengesellschaften bürgerlichen Rechts stellte: Kann eine GbR unter der Bezeichnung, die ihr die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag gegeben haben, im Grundbuch eingetragen werden, obwohl weder im Handelsregister noch in einem vergleichbaren Register die GbR selbst und die Vertretungsmacht ihrer geschäftsführenden Gesellschafter eingetragen sind? Diese Frage war bereits zuvor zum Gegenstand etlicher unterinstanzlicher Entscheidungen und zahlreicher kontroverser Beiträge in der Literatur geworden. Die Kenntnis des nun ergangenen Beschlusses des BGH und der damit zusammenhängenden Probleme auf den Gebieten des Sachenrechts - insbesondere des Grundbuchrechts - sowie des Personengesellschaftsrechts ist sowohl für das Staatsexamen als auch für die jeweils einschlägigen Schwerpunktbereiche im Gesellschaftsrecht äußerst wichtig. Der Fall ist im Übrigen angeknüpft an eine Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen durch Eintragung einer Zwangssicherungshypothek nach §§ 866, 867 ZPO.

2. Sachverhalt

Eine GbR stellte, vertreten durch ihren Verfahrensbevollmächtigten, beim Grundbuchamt einen Antrag auf Eintragung einer Zwangssicherungshypothek gemäß §§ 866, 867 ZPO auf den Miteigentumsanteil eines Schuldners der GbR an dessen Grundstück. Hierbei sollte die GbR als solche allein unter ihrer Bezeichnung eingetragen werden und nicht etwa unter Ergänzung der Namen ihrer Gesellschafter. Der Miteigentümer war durch Versäumnisurteil als Gesamtschuldner mit einer dritten Person zur Zahlung von über 40.000 € an die GbR verurteilt worden. Das Versäumnisurteil war als Titel Grundlage des vollstreckungsrechtlichen Antrags auf Eintragung der Zwangssicherungshypothek.

Das Grundbuchamt hatte den Antrag auf Eintragung der Zwangshypothek zurückgewiesen. Hiergegen legten die Verfahrensbevollmächtigten der GbR nach § 71 Abs. 1 GBO Beschwerde ein, die vom LG Berlin als Beschwerdegericht zurückwiesen wurde. Die GbR legte das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde nach §§ 78, 79 GBO ein. Das KG als Gericht der weiteren Beschwerde möchte ihr entsprechen und die GbR als Inhaberin der Zwangshypothek eintragen. Weil das KG damit aber von den Entscheidungen des BayObLG (NJW 2003, 70) und des OLG Schleswig (NJW 2008, 306) abweichen würde, legte das KG die Sache gemäß § 79 Abs. 2 GBO dem BGH vor.

II. Kernaussagen des Beschlusses

1. „Materielle Grundbuchfähigkeit“ einer Außen-GbR

Zunächst wiederholt der BGH seine Auffassung zu der von ihm so genannten „materiellen Grundbuchfähigkeit“ einer GbR. Damit meint er die Fähigkeit einer GbR, selbst Inhaberin von Grundstücksrechten und grundstücksgleichen Rechten sein zu können. Diese Fähigkeit hatten sowohl der *II. (Gesellschaftsrechts-)Senat* als auch der *V. Senat* des BGH einer – nach den Grundsätzen der seit 2001 geänderten Rechtsprechung (BGHZ 146, 341) – (teil-)rechtsfähigen Außen-GbR schon dann zugesprochen, wenn im Grundbuch die Gesellschafter mit dem Zusatz „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ eingetragen sind.² Auf dieser Rechtsprechung baut der *V. Senat* auf und verteidigt seine Auffassung gegen das Argument, die Anerkennung der materiellen Grundbuchfähigkeit einer GbR stoße auf Nachweisprobleme, weil die zur Vertretung der GbR befugten Personen einem öffentlichen Register entnommen werden könnten; diese Probleme änderten nichts an der dinglichen Rechtslage und seien „die zwangsläufige und hinzunehmende Folge der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR und der damit geschaffenen Möglichkeit des Grunderwerbs durch die GbR“.³

2. „Formelle Grundbuchfähigkeit“ der GbR unter ihrer Bezeichnung

Entgegen der bislang herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, die vom BGH penibel aufgezählt wird,⁴

¹ BGH NZG 2009, 137 (Vorinstanz: KG NJW 2008, 3444). Der Beschluss des BGH kann auch unter www.juris.de oder unter www.bundesgerichtshof.de abgerufen werden.

² Vgl. BGH (*II. Zivilsenat*) NJW 2006, 3716 f.; (*V. Zivilsenat*) BGHZ 174, 127 = NJW 2008, 1378 (1379).

³ BGH NZG 2009, 137 (139 Rn. 12).

⁴ Vgl. BGH NZG 2009, 137 (138 Rn. 8).

bejaht der BGH auch die „formelle Grundbuchfähigkeit“ einer (teil-)rechtsfähigen GbR. Sie sei unter ihrem Namen, den ihr die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag gegeben haben, im Grundbuch einzutragen. Dass sich damit die verfahrensrechtlichen Vorschriften des § 15 Abs. 1 und Abs. 3 GBV⁵ vom Wortlaut her nicht vertragen, stehe nicht entgegen, weil sie an das veränderte Verständnis einer rechtsfähigen GbR nicht angepasst worden seien. Die entstandene „planwidrige Lücke“⁶ sei durch eine analoge Anwendung der §§ 124 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB, 7 Abs. 2 PartGG und des § 15 Abs. 1 lit. b GBV zu schließen. Das (Grundbuch-) Verfahrensrecht habe im Hinblick auf das materielle Recht (wonach die GbR Rechtsträgerin sei) nur dienende Funktion und müsse daher an das neu verstandene „Wesen“ der GbR angepasst werden.⁷ Der entsprechenden Anwendung stehe nicht entgegen, dass für die GbR keine der Handels- bzw. Partnerschaftsregistereintragung vergleichbare Publizität zur Verfügung steht. Der BGH argumentiert, dass auch eine OHG nicht erst mit der Eintragung in das Handelsregister zur OHG werde, sondern sobald sie ein Handelsgewerbe betreibt und ihr Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise betriebenen Geschäftsbetrieb erfordert.⁸ Auch wenn die Firma noch nicht im Handelsregister eingetragen ist, könne die OHG unter ihrer Firma im Grundbuch eingetragen werden.

Die Bezeichnung, unter der die GbR eingetragen werde, müsse zwar unterscheidungskräftig sein. Der Fall, dass für eine GbR derselbe Name wie der einer anderen GbR benutzt werde, könne jedoch bei natürlichen oder juristischen Personen ebenfalls auftreten. Dann müssten zusätzliche Merkmale wie insbesondere der Sitz zur erforderlichen Individualisierung der GbR eingetragen werden.⁹ Fehlt jede Bezeichnung der GbR im Gesellschaftsvertrag, müsse sie unter Hinzusetzung der Namen ihrer Gesellschafter eingetragen werden.¹⁰

⁵ Grundbuchverordnung (Verordnung zur Durchführung der Grundbuchordnung), BGBl. I 1995, 114 (seitdem mehrmals geändert).

§ 15 Abs. 1 GBV lautet: „Zur Bezeichnung des Berechtigten sind im Grundbuch anzugeben: a) bei natürlichen Personen der Name [...], der Beruf, der Wohnort [...]; b) bei juristischen Personen, Handels- und Partnerschaftsgesellschaften der Name oder die Firma und der Sitz.“

§ 15 Abs. 3 S. 1 GBV lautet: „Steht das Eigentum oder ein beschränktes dingliches Recht nach dem Inhalt des Grundbuchs den Mitgliedern einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur gesamten Hand zu und wird diese Gesellschaft [...] eine Handels- oder Partnerschaftsgesellschaft, so ist das Grundbuch auf Antrag zu berichtigen, indem die Handelsgesellschaft oder die Partnerschaft als Eigentümerin oder Inhaberin des Rechts eingetragen wird.“

⁶ BGH NZG 2009, 137 (140 Rn. 17).

⁷ Vgl. BGH NZG 2009, 137 (139 Rn. 13).

⁸ Vgl. BGH NZG 2009, 137 (140 Rn. 21).

⁹ Vgl. BGH NZG 2009, 137 (140 Rn. 20).

¹⁰ Vgl. BGH NZG 2009, 137 (140 Rn. 22).

3. Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen gemäß § 29 GBO

Den für die Grundbucheintragung gemäß § 29 GBO erforderlichen Nachweis ihrer Bezeichnung kann die GbR zwar nicht durch einen Registerauszug nachweisen, wie dies zum Beispiel einer OHG oder KG nach § 32 Abs. 2 GBO möglich ist. Im vorliegenden Fall genügte dem BGH aber der Nachweis durch die vollstreckbare Ausfertigung des Versäumnistitels, den die GbR erwirkt hatte. Dass sich zwischen dem Erlass des Titels und der Eintragung der Zwangssicherungshypothek im Grundbuch Veränderungen ergeben könnten, schade nicht, weil dies beim Nachweis mit anderen öffentlichen Urkunden ebenso sein könne.¹¹

III. Würdigung

1. Grundlegendes

Auf den ersten Blick erscheint der Beschluss des BGH zwar folgerichtig: Wenn man der GbR die Fähigkeit zubillige, Trägerin dinglicher Rechte an Grundstücken zu sein, müsste sie als solche unter ihrem Namen eingetragen werden können. Daran schließen sich jedoch einige Folgefragen an, die der BGH nicht oder nicht vollständig beantwortet hat und die nicht befriedigend gelöst werden können. Zwei wichtige dieser Folgefragen sollen unter 2. und 3. herausgegriffen werden. Methodisch ist die Lösung des BGH über eine analoge Anwendung von § 15 Abs. 1 lit. b GBV fragwürdig, da von einer planwidrigen Regelungslücke angesichts des klaren Wortlauts von § 15 Abs. 3 S. 1 GBV und auch von § 47 GBO kaum ausgegangen werden kann. Der Gesetzgeber hatte immerhin handelsregisterrechtlich mit der Einfügung von § 162 Abs. 1 S. 2 HGB durchaus auf das geänderte Verständnis der Rechtsfähigkeit einer Außen-GbR reagiert; eine Änderung des Grundbuchverfahrensrechts unterblieb aber. Der BGH betreibt mithin eine richterliche Normenkorrektur.

2. Die Folgen einer fehlenden Registerpublizität der GbR, ihrer Bezeichnung, der Gesellschafter und deren Vertretungsmacht

Wenn eine GbR allein unter ihrer Bezeichnung im Grundbuch als Inhaberin eines Grundstücksrechts eingetragen werden darf, ohne dass sich die Identität dieser GbR durch weitere Merkmale aus dem Grundbuch und aus einem GbR-Register ergeben, können in der Folgezeit vielfältige Schwierigkeiten auftreten, die GbR als Inhaberin des Rechts zu identifizieren, etwa wenn die Bezeichnung der GbR geändert wird und der Gesellschafterbestand komplett ausgetauscht wird. Gegenüber dem Grundbuchamt müssten Veränderungen in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen werden. Bei Änderungen des Gesellschaftsvertrages könnte dies nur in einer geschlossenen Kette öffentlich beglaubigter Urkunden geschehen.

Ferner berücksichtigt der BGH hinsichtlich der Analogie zu der für Personenhandelsgesellschaften geltenden Rechtslage nicht, dass bei diesen der Rechtsverkehr zusätzlich über

¹¹ Vgl. BGH NZG 2009, 137 (141 Rn. 25).

§ 15 Abs. 1 HGB hinsichtlich der Angabe der Firma, des Gesellschafterbestands und der Vertretungsmacht der Gesellschafter (vgl. § 106 Abs. 2 HGB) geschützt ist. Beschränkungen des Umfangs der Vertretungsmacht sind Dritten gegenüber sogar unwirksam (vgl. § 126 Abs. 2 S. 2 HGB). Ein derartiger Schutz besteht bei einer GbR nicht. Selbst wenn die Vertretungsmacht der jeweils handelnden Gesellschafter durch öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden könnte, würden daran jedenfalls keine dem § 15 HGB vergleichbare Publizitätswirkungen geknüpft werden können.

3. Die Folgen für den gutgläubigen Erwerb des Grundstücksrechts nach § 892 BGB

Könnte ein Dritter wenigstens darauf vertrauen, dass er nach § 892 BGB gutgläubig das dingliche Grundstücksrecht erwirbt, sollte sich herausstellen, dass die handelnden Gesellschafter nicht mehr Gesellschafter sind oder keine Vertretungsmacht haben? Die Antwort lautet nein. Der BGH zementiert mit seinem Beschluss die weitere Folge, dass insoweit kein gutgläubiger Erwerb stattfinden kann. Allerdings ist dies nicht erst Folge des Beschlusses des *V. Zivilsenats*, sondern beruht bereits auf der Rechtsprechung, dass die GbR als solche Inhaberin von Grundstücksrechten und damit „materiell grundbuchfähig“ sein soll.¹² Der Grund dafür, dass ein Erwerber nicht von den im Grundbuch eingetragenen Gesellschaftern gutgläubig erwerben kann, ist bereits derjenige, dass die Gesellschafter nicht Träger des Rechts sind, sondern die Gesellschaft selbst. Dass jemand Vertretungsmacht für den materiell berechtigten Rechtsträger hat, wird vom Schutz des § 892 BGB nämlich nicht erfasst.

In anderer Richtung könnte der Beschluss des BGH dazu führen, dass ein gutgläubiger Erwerb von der „falschen“ GbR in weit größerem Maß als dann möglich ist, wenn die GbR zwingend nur unter Hinzusetzung der Namen ihrer Gesellschafter im Grundbuch eingetragen werden dürfte. Sofern die Bezeichnung einer anderen GbR identisch ist mit derjenigen der im Grundbuch eingetragenen materiell berechtigten GbR und denselben Sitz hat, weist der Inhalt des Grundbuchs auf diese andere GbR als Rechtsträgerin hin, erst recht dann, wenn die materiell berechnigte GbR ihren Namen geändert hat und dies im Grundbuch nicht korrigiert wurde. Es würde die Gefahr heraufbeschworen, dass infolge von Namensmanipulationen die Grundstücksrechte von einem Erwerber gutgläubig „wegerworben“ werden könnten. Allenfalls könnten zwar zugunsten der materiell berechtigten GbR zur Auslegung des Grundbuchinhalts die gemäß § 874 BGB in Bezug genommenen Urkunden herangezogen werden. Doch selbst wenn sich aus der Eintragungsbewilligung alle (damaligen) Gesellschafter der materiell berechtigten GbR ergeben würden, könnte der Erwerber nun argumentieren, die fehlende Übereinstimmung des Gesellschafterbestands der eingetragenen GbR und der mit ihm kontrahierenden GbR mache ihn nicht bösgläubig, weil der Gesellschafterbestand ausgetauscht worden sein könnte, ohne dass dies im Grundbuch hätte eingetragen werden müssen.

¹² Vgl. z.B. *Tebben*, NZG 2009, 288 (290).

4. Ausblick

Der Beschluss des BGH macht es notwendiger denn je, dass der Gesetzgeber endlich auch für Außengesellschaften bürgerlichen Rechts ein Register und eine Registerpublizität schafft. Sonst bestünde die Gefahr, dass gerade die von einer GbR gehaltenen Grundstücke zu *res extra commercium* werden, weil Dritte niemals sicher sein könnten, von einer GbR deren Grundstücksrechte auch tatsächlich zu erwerben. Ferner könnten sich sogar besondere Manipulationsmöglichkeiten eröffnen.

Bis zu einer gesetzlichen Lösung wäre es dogmatisch richtiger gewesen, wenn der BGH einer Außen-GbR bereits die „materielle Grundbuchfähigkeit“ abgesprochen hätte, weil dann zwingend die Gesellschafter eingetragen werden müssten und ein gutgläubiger Erwerb von den Gesellschaftern möglich wäre.¹³ Der „Sündenfall“ war daher nicht der vorliegend besprochene Beschluss des BGH, sondern bereits die in Fußnote 2 zitierte vorherige Rechtsprechung.

Privatdozent Dr. Stefan J. Geibel, Tübingen/Dresden

¹³ Vgl. neben den vom BGH NZG 2009, 137 (138) in Rn. 8 zitierten überwiegenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur ferner auch z.B. *Geibel*, WM 2007, 1496 (1502).

Entscheidungsanmerkung

Zulässigkeit einer negativen Feststellungsklage nach Abweisung einer Vollstreckungsgegenklage

Ist eine Vollstreckungsgegenklage wegen Präklusion des Aufrechnungseinwandes abgewiesen worden, ist eine Klage auf Feststellung, dass die titulierte Forderung durch dieselbe Aufrechnung erloschen sei, unzulässig. (Amtlicher Leitsatz)

ZPO § 256 Abs. 1, § 767 Abs. 2

BGH, Urt. v. 5.3.2009 – IX ZR 141/07 (OLG Köln; LG Köln)

I. Rechtsgebiet, Problemstellung und Examensrelevanz

1. Die Entscheidung¹ behandelt die Reichweite der materiellen Rechtskraftwirkung eines Urteils, mit dem eine Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO abgewiesen wird, weil das Gericht annimmt, der geltend gemachte Aufrechnungseinwand sei nach § 767 Abs. 2 ZPO präkludiert. Die zeitlichen Grenzen der Rechtskraft beschäftigen die Rechtsprechung immer wieder und bieten sich daher auch als Gegenstand zivilprozessrechtlicher Prüfungsaufgaben an.

2. In casu war der Kläger rechtskräftig zur Schadensersatzzahlung an die Beklagte verurteilt worden. Anschließend erklärte er die Aufrechnung gegen die titulierte Schadensersatzforderung mit Gegenforderungen, die der Schadensersatzforderung bereits vor Schluss der mündlichen Verhandlung im Ausgangsprozess aufrechenbar gegenüberstanden hatten. Die anschließend erhobene Vollstreckungsgegenklage wurde im Wesentlichen wegen Präklusion der Aufrechnungen nach § 767 Abs. 2 ZPO abgewiesen. Nun erhob der Kläger Feststellungsklage mit dem Antrag festzustellen, dass die titulierte Schadensersatzforderung durch die erklärten Aufrechnungen erloschen sei.

II. Kernaussagen und Würdigung

1. Der BGH erachtet die negative Feststellungsklage aufgrund fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses für unzulässig und zwar vor allem deshalb, weil mit der Abweisung der Vollstreckungsgegenklage feststehe, dass die Aufrechnung endgültig gescheitert sei. Dabei hält der Senat grundsätzlich an der ständigen Rechtsprechung fest, nach der die Vollstreckungsgegenklage lediglich auf Beseitigung der Vollstreckbarkeit des Titels gerichtet ist, nicht aber über den Bestand des titulierten Anspruchs entschieden wird.² Ist danach also der titulierte Anspruch gar nicht Streitgegenstand der Vollstreckungsgegenklage, so nimmt der BGH folgerichtig weiter an, dass die Abweisung der Vollstreckungsgegenklage einer auf denselben Einwand gegen die titulierte Forderung gestützten negativen Feststellungsklage prinzipiell nicht die Zulässigkeit nimmt.

2. Für den Fall des Aufrechnungseinwandes möchte der Senat allerdings anders entscheiden. Er begründet dies damit,

dass die Aufrechnung insofern eine Sonderstellung einnehme, als die Präklusion der Aufrechnung nicht nur verfahrensrechtliche Wirkungen entfalte, sondern der Aufrechnung auch ihre materielle Wirkung nehme. Stehe die materiell-rechtliche Wirkung der Abweisung einer auf eine Aufrechnung gestützten Vollstreckungsgegenklage fest, bedeute das zugleich, dass eine auf die nämliche Aufrechnung gestützte negative Feststellungsklage erfolglos bleiben müsse.³

3. Auch wenn die Entscheidung im Ergebnis Zustimmung verdient, so ist doch fraglich, ob man nicht mit weniger Begründungsaufwand dasselbe Resultat hätte erzielen können. Blendet man für einen Moment die Vollstreckungsgegenklage aus und fragt man sich, ob die negative Feststellungsklage denn auch dann zulässig wäre, wenn sich der Kläger nicht zuvor klageweise gegen die Vollstreckung aus dem Schadensersatzurteil gewehrt hätte, so kommt man ebenfalls zu dem Schluss, dass die negative Feststellungsklage unzulässig ist. Denn ihr Streitgegenstand ist als kontradiktorisches Gegenteil⁴ in der Schadensersatzklage enthalten, über die bereits rechtskräftig entschieden wurde. Etwas anderes gilt nur dann, wenn man annimmt, dass die nachträgliche Erklärung der Aufrechnung einen neuen Lebenssachverhalt darstellt.⁵ Genau dies muss man aber verneinen, wenn man der – in der vorliegenden Entscheidung bestätigten – Rechtsprechung folgt, nach der bei Einwendungen aus Gestaltungsrechten nicht der Ausübungszeitpunkt, sondern der Zeitpunkt der Entstehung der objektiven Gestaltungsberechtigung maßgeblich ist für die zeitlichen Grenzen der Rechtskraft⁶. Danach kommt es für die Frage, ob eine neue Tatsache vorliegt, nicht auf den Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung an, sondern darauf, wann die Aufrechnungslage entstanden ist. Da sich in casu die Ansprüche bereits vor Schluss der mündlichen Verhandlung des ursprünglichen Schadensersatzprozesses aufrechenbar gegenüberstanden hatten, fehlt es an einem neuen

³ In diesem Sinne auch BGHZ 48, 356 (358) unter entsprechender Heranziehung von § 322 Abs. 2 ZPO. Wenn dort ausgeführt wird, Sinn und Zweck des § 322 Abs. 2 ZPO sei es, zwei Forderungen, die von einer Aufrechnung notwendig gemeinsam gestaltet würden, auch hinsichtlich der materiellen Rechtskraft nicht verschieden zu behandeln, so spricht dies allerdings gegen eine Anwendung von § 322 Abs. 2 ZPO, wird doch nach h.A. bei der Vollstreckungsgegenklage über das Schicksal der Klageforderung (Hauptforderung) gerade nicht rechtskräftig entschieden.

⁴ Allgemein in diesem Sinne zum Verhältnis zwischen Leistungsklage und nachfolgender negativer Feststellungsklage BGH NJW 1989, 2064 m. w. Nachw.

⁵ So in der Vorinstanz das OLG Köln, Urt. v. 24.5.2007, 8 U 52/06 ([juris](#)). Grundsätzlich ist eine neue Klage bei später entstandenen Tatsachen selbst dann zulässig, wenn diese zum Streitgegenstand des Vorprozesses gehört hätten, sofern sie schon damals vorgelegen hätten, *Gottwald*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, § 322 Rn. 152; i.E. ebenso *Leipold*, in: Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, 22. Aufl. 2008, § 322 Rn. 234.

⁶ S. dazu die Nachw. in Rn. 11 der Entscheidungsgründe der aktuellen Entscheidung.

¹ www.bundesgerichtshof.de (abrufbar 22.5.2009).

² Vgl. vor allem Rn. 8 der Entscheidungsgründe.

Lebenssachverhalt und steht der negativen Feststellungsklage folglich schlicht der Einwand der Rechtskraft des Schadensersatzurteils entgegen. Auf die Rechtskraftwirkungen des im Prozess über die Vollstreckungsgegenklage ergangenen Urteils wäre es zur Begründung der Unzulässigkeit der negativen Feststellungsklage also wohl gar nicht angekommen.

Prof. Dr. Beate Gsell, Augsburg

Entscheidungsanmerkung

Gemeinschaftskompetenz zum Erlass der Vorratsdatenspeicherrichtlinie

„Die Vorratsdatenspeicherrichtlinie ist mit Art. 95 EGV auf eine ausreichende Kompetenzgrundlage gestützt worden.“ (nicht amtlich)

EuGH, Urt. v. 10.2.2009 – C-301/06

I. Rechtsgebiet, Problemstellung und Examensrelevanz

Die Entscheidung betrifft die Kompetenzabgrenzung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Union auf der einen Seite und zwischen der europäischen Ebene und der mitgliedstaatlichen Ebene auf der anderen Seite. Beantwortet wird die Frage, ob die Europäische Gemeinschaft befugt ist, auf der Grundlage ihrer Kompetenz zur Harmonisierung des Binnenmarktes eine so genannte Vorratsdatenspeicherrichtlinie zu erlassen. Kernregelung dieser Richtlinie ist die Verpflichtung der privaten Anbieter von Kommunikationsdienstleistungen, insbesondere also der großen Telekommunikationsunternehmen, bestimmte Kommunikationsdaten für mindestens sechs Monate zu speichern und sie gegebenenfalls nationalen Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung zu stellen. Unter dem Eindruck der Terroranschläge von New York, Madrid und London wird diese Maßnahme als wesentliches Element zur Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten verstanden. Wegen dieses eigentlichen Ziels meinte insbesondere das klagende Irland, dass die Richtlinie nicht auf die allgemeine Harmonisierungskompetenz des Art. 95 EGV, sondern – wenn überhaupt – nur auf die Vorschriften über die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen, mithin auf Art. 30, Art. 31 Abs. 1 lit. c und Art. 34 Abs. 2 lit. b EUV zu stützen sei mit entsprechenden Konsequenzen für das Rechtsetzungsverfahren und insbesondere für die erforderlichen Mehrheiten. Bei abstrakter Betrachtung ging es also um die Frage, ob die supranational geprägte Europäische Gemeinschaft oder die intergouvernemental geprägte Europäische Union zur Verabschiedung der Vorratsdatenspeicherrichtlinie befugt war. Offen gelassen, obwohl von entscheidender Bedeutung, wurde dagegen die Frage, ob eine solche Regelung überhaupt auf europäischer Ebene erlassen werden darf oder nicht vielleicht vollständig in die Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten fällt. Ebenfalls nicht beantwortet wurde die essentielle und in Bezug auf das nationale Umsetzungsgesetz sehr Streitige Frage, ob die inhaltlichen Bestimmungen der Richtlinie mit Grundrechten in Einklang stehen. Wegen dieser vielfältigen Fragen ist die Entscheidung von besonderer Examensrelevanz nicht nur für den Schwerpunkt Europarecht, sondern für das gesamte Verfassungsrecht einschließlich seiner europarechtlichen Bezüge. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass das Bundesverfassungsgericht das nationale Umsetzungsgesetz der Vorratsdatenspeicherrichtlinie in einer einstweiligen Anordnung teilweise

außer Kraft gesetzt und detaillierte Vorgaben für eine Neuregelung erlassen hat.¹

II. Die Entscheidung

1. Begründung des EuGH

Der Gerichtshof stellt fest, dass die Richtlinie auf einer geeigneten Rechtsgrundlage erlassen worden ist. In der Presseerklärung des EuGH wird dies wie folgt begründet:²

„Der Gerichtshof stellt zunächst klar, dass sich die von Irland erhobene Klage allein auf die Wahl der Rechtsgrundlage bezieht und nicht auf eine eventuelle Verletzung der Grundrechte als Folge von mit der Richtlinie verbundenen Eingriffen in das Recht auf Privatsphäre.

Er weist darauf hin, dass mehrere Mitgliedstaaten vor dem Erlass der Richtlinie Maßnahmen erlassen haben, um Diensteanbietern Verpflichtungen hinsichtlich der Vorratspeicherung von Daten aufzuerlegen, und dass diese Maßnahmen erhebliche Unterschiede aufwiesen, insbesondere hinsichtlich der Natur der gespeicherten Daten und ihrer Speicherungsfrist. Die Verpflichtungen zur Datenvorratsspeicherung haben erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen für die Diensteanbieter, da sie hohe Investitionen und Betriebskosten nach sich ziehen können. Außerdem war durchaus absehbar, dass die Mitgliedstaaten, die noch keine solche Regelung erlassen hatten, Vorschriften einführen würden, mit denen die Unterschiede zwischen den bestehenden nationalen Maßnahmen noch verstärkt werden würden. Daher zeigt sich, dass sich die Unterschiede unmittelbar auf das Funktionieren des Binnenmarkts ausgewirkt hätten und dass es absehbar war, dass sich diese Auswirkung noch verstärken würde. In einer solchen Situation war es gerechtfertigt, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber das Ziel, das Funktionieren des Binnenmarkts zu schützen, durch den Erlass von Harmonisierungsvorschriften verfolgte.“

Außerdem seien die Bestimmungen der Richtlinie im Wesentlichen auf die Tätigkeiten der Diensteanbieter beschränkt und regelten nicht den Zugang zu den Daten oder deren Nutzung durch die Polizei- und Justizbehörden der Mitgliedstaaten. Die in der Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen brächten selbst keine Strafverfolgung durch die Behörden der Mitgliedstaaten mit sich. Vielmehr würden diese Fragen, die grundsätzlich in den von der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen erfassten Bereich fallen, von den Bestimmungen der Richtlinie nicht erfasst. Der Gerichtshof gelangt folglich zu dem Ergebnis, dass die Richtlinie in überwiegendem Maß das Funktionieren des Binnenmarkts betrifft, so dass ihr Erlass auf der Grundlage von Art. 95 EGV geboten gewesen sei.

2. Anmerkung

Die Entscheidung ist aus mehreren Gründen zu kritisieren.

¹ BVerfG, Beschl. v. 11.3.2009,

http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20080311_1bvr025608.html.

² <http://curia.europa.eu/de/actu/communiqués/cp09/aff/cp090011de.pdf>.

Nicht nachvollziehbar ist zunächst, weshalb der EuGH in Art. 95 EGV eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Richtlinie sieht. Die weite Auslegung dieser binnenmarktbezogenen Harmonisierungsvorschrift zu einem Zeitpunkt, in dem das Bundesverfassungsgericht in seiner Verhandlung des Lissaboner Vertrags über die Begrenzung und vor allem die Begrenzbarkeit der der Gemeinschaft übertragenen Rechtsetzungsbefugnisse nachdenkt, ist das falsche Zeichen, um den von Art. 5 Abs. 1 EGV normierten Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung hervorzuheben und die rechtliche Bedeutung des in Art. 5 Abs. 2 EGV verankerten Subsidiaritätsprinzips zu unterstreichen. Dabei geht der EuGH in seiner Prüfung zunächst davon aus, dass die Wahl der Richtlinie auf „objektive, gerichtlich überprüfbare Umstände gründen muss, zu denen insbesondere das Ziel und der Inhalt des Rechtsakts gehören muss“ (Rn. 60). Dass das Regelungsziel der Richtlinie aber im Schwerpunkt tatsächlich in der Minimierung von Wettbewerbsverzerrungen liegen soll, die dadurch entstünden, dass Telekommunikationsunternehmen in einigen Mitgliedstaaten zur Vorratsdatenspeicherung verpflichtet seien, in anderen dagegen nicht, ist nicht zu erkennen. Vielmehr hätte der EuGH bei einer Auswertung der Regelungsmotive durchaus erkennen können und wohl auch müssen, dass die Vorratsdatenspeicherung mit dem vorrangigen Ziel der Ermöglichung bzw. Vereinfachung einer Strafverfolgung begründet wurde.

Nicht zu verstehen ist auch, dass der EuGH erheblich von seiner Entscheidung zur Übermittlung von Fluggastdaten³ abgewichen ist, in der er noch von einer sehr viel engeren Interpretation der allgemeinen Harmonisierungskompetenz des Art. 95 EGV ausgegangen ist. In dieser ganz ähnlichen Konstellation erkannte er das primäre Regelungsziel in der Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und in strafrechtlichen Tätigkeiten der Mitgliedstaaten und verneinte konsequenterweise die Möglichkeit, solche Befugnisse auf die allgemeine binnenmarktbezogene Kompetenz des Art. 95 EGV zu stützen. Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung mutet die Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherrichtlinie schon fast überraschend an. Diese erneute Öffnung des Anwendungsbereichs des Art. 95 EGV wiegt umso schwerer, als nach dieser Vorschrift Richtlinien schon mit Mehrheitsentscheidung getroffen werden können. Die Sorge, dass die Kompetenzabgrenzung zwischen den Mitgliedstaaten auf der einen Seite und der Europäischen Gemeinschaft auf der anderen Seite zunehmend zu Gunsten der Gemeinschaft verweicht, erscheint vor diesem Hintergrund berechtigt.

Schließlich bleibt unverständlich, weshalb sich der EuGH auf eine Prüfung der Kompetenzgrundlagen beschränkt hat und nicht zu der Frage Stellung genommen hat, ob und inwieweit grundrechtliche Gewährleistungen des Datenschutzes berührt und gegebenenfalls sogar verletzt sind. Die vollständige Ausblendung der materiellen Vereinbarkeit der Richtlinie mit Grundrechten ist jedenfalls nicht dadurch zu rechtfertigen, dass das antragstellende Irland sich auf diese Rechtsfrage beschränkt hat. Der EuGH wäre frei gewesen, den Prüfungsmaßstab entsprechend zu erweitern.

Der Gerichtshof hat mit dieser Entscheidung die Gelegenheit verstreichen lassen, seine Prüfungsdichte von einer Kombination aus kompetenzrechtlichen und grundrechtlichen Fragestellungen abhängig zu machen. Je intensiver grundrechtlich geschützte Positionen betroffen sind, so hätte er beispielsweise treffend argumentieren können, desto strengere Anforderungen sind auch an die Wahl und Bestimmung der exakten Kompetenzgrundlage zu stellen. Denn gerade in so grundrechtssensiblen Bereichen wie der Vorratsdatenspeicherung muss die Regelungsbefugnis mit dem Grundrechtsschutz und auch die Verantwortung für etwaige Grundrechtseingriffe und -verletzungen mit der demokratischen Legitimation der grundrechtsbeeinträchtigten Regelung einhergehen. Der EuGH hat mit seiner Entscheidung die Vorratsdatenspeicherrichtlinie aus Sicht der europäischen Rechtsetzungsorgane „gerettet“. Er hat dafür aber unter Umständen die Balance zwischen der europäischen und mitgliedstaatlichen Grundrechtskontrolle geopfert und riskiert, dass die nationalen Gerichte – allen voran das Bundesverfassungsgericht – nun die Gesetze zur Umsetzung der Vorratsdatenspeicherrichtlinie für verfassungswidrig erklären und damit erneut die Frage nach dem Verhältnis der Letztentscheidungsbefugnis in Sachen Grundrechtsschutz aufwerfen.

Prof. Dr. Matthias Rossi, Augsburg

³ EuGH, Urt. v. 30.5.2006 – C-317/04 u. C-318/04.

Entscheidungsanmerkung

Die Schadensbestimmung beim Betrug im Falle eines Risikogeschäfts

1. Beim betrügerisch veranlassten Eingehen eines Risikogeschäfts – mit einer nicht mehr vertragsimmanenten Verlustgefahr – ist zur Feststellung des Schadens auf den unmittelbar mit der Vermögensverfügung des Geschädigten eingetretenen Vermögensnachteil abzustellen. Allein hierauf muss sich das voluntative Element des Vorsatzes beim Täter beziehen. Auf die Billigung eines eventuellen Endschadens kommt es insoweit nicht an.

2. Der mit der Vermögensverfügung unmittelbar eingetretene Vermögensschaden ist durch das Verlustrisiko zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung bestimmt. Dies stellt hinsichtlich des Straftatbestands einen endgültigen Schaden dar und nicht nur eine (schadensgleiche) Vermögensgefährdung. Die Höhe des Vermögensnachteils zum Zeitpunkt der Verfügung ist nach wirtschaftlichen Maßstäben zu bewerten. Ist eine genaue Feststellung zur Schadenshöhe nicht möglich, sind hierzu Mindestfeststellungen zu treffen. Dies kann durch Schätzung geschehen. Dem Tatrichter steht dabei ein Beurteilungsspielraum zu. (Amtliche Leitsätze)

StGB § 263 Abs. 1

BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08¹

I. Einleitung

In der hier zu besprechenden Entscheidung hatte der BGH das Ende einer „Schneeballschlacht“ strafrechtlich zu würdigen. Der Angeklagte sammelte – wie der mutmaßliche Milliardenbetrüger der Wall Street, Bernard Madoff – das Geld seiner Investoren ein und versprach ihnen hohe Renditen. Tatsächlich betrieb er ein sog. Schneeballsystem: Er verwendete das eingezahlte Geld zur Finanzierung seines Lebensunterhalts und nahm das Geld neuer Anleger, um damit die Scheingewinne der Alt-Anleger zu bezahlen. Im Gegensatz zu Madoff, der mit Hilfe seines Schneeballsystems die Investoren um mindestens 50 Milliarden Dollar prellte, erzielte der Angeklagte im vorliegenden Fall lediglich „bescheidene Millionengewinne“. Erhebliche Unterschiede sind aber nicht nur in der Schadenssumme, sondern auch beim zu erwartenden Strafmaß zu verzeichnen. Während Bernhard Madoff eine maximale Freiheitsstrafe von bis zu 150 (!) Jahren erwartet, wurde der Angeklagte in erster Instanz wegen Betruges in 60 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und zehn Monaten verurteilt.

Im Zentrum der Entscheidung stehen die Beurteilung des Vermögensschadens beim Betrug und die Frage, welche Anforderungen diesbezüglich an den Vorsatz zu stellen sind.

¹ Die Entscheidung ist unter <http://www.bundesgerichtshof.de> (15.11.2008) im Internet abrufbar.

Die ebenfalls mit der Revision gerügte Strafzumessungsentcheidung soll im Weiteren nicht aufgegriffen werden.²

1. Die schädigende Vermögensgefährdung

Der vorliegende Beschluss des 1. Strafsenats liefert ein weiteres Puzzleteil in der Rechtsprechung des BGH zur „schädigenden Vermögensgefährdung“³, die sowohl beim Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB als auch im Rahmen der Untreue gem. § 266 Abs. 1 StGB von Bedeutung ist.

Ein vollendeter Betrug liegt vor, wenn das Opfer infolge eines durch Täuschung hervorgerufenen Irrtums eine Vermögensverfügung trifft und dadurch ein Vermögensschaden verursacht wird.⁴ Nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung ist der Vermögensschaden durch einen Vergleich zwischen dem Vermögensstand vor und nach der Vermögensverfügung zu ermitteln. Ein Schaden liegt vor, wenn die durch die Vermögensverfügung eingetretene Vermögensminderung nicht unmittelbar durch einen Vermögenszuwachs kompensiert wird, d.h. wenn der Gesamtwert der weggegebenen Vermögenspositionen höher ist als der Gesamtwert aller erlangten Vermögenspositionen. Dies wird nach ständiger Rechtsprechung nach objektiv wirtschaftlichen Gesichtspunkten ermittelt. Dabei kommt es grundsätzlich auf den Marktwert der Vermögensgegenstände an.⁵

Anerkannt ist, dass der Vermögensschaden nicht nur in dem endgültigen Verlust eines Vermögenswerts bestehen kann, sondern bereits der Eintritt einer „schadensgleichen“ Vermögensgefährdung einen Vermögensschaden i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB zu begründen vermag. Unter welchen Umständen eine Gefährdung des Vermögens zur Annahme eines Vermögensschadens führen kann, ist allerdings wenig geklärt.

Im Grundsatz besteht Einigkeit darüber, dass nicht jede Vermögensgefährdung mit einem Vermögensschaden gleich gestellt werden kann. Denn Betrug und Untreue sind keine Gefährdungsdelikte, sondern vielmehr Verletzungsdelikte. Eine Gleichstellung der Vermögensgefährdung mit dem Vermögensschaden dehnte den Anwendungsbereich der Strafnormen zu weit aus, wäre also eine verbotene Analogie zu Ungunsten des Täters und begründete somit einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG.⁶ Gleichwohl nimmt das Schrifttum in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung an, dass ein auf einer Vermögensposition ruhendes Gefährdungspotential

² Die Revision beanstandete die fehlende Erörterung der Verhängung einer Geldstrafe neben einer – dann niedrigeren – Geldstrafe i.S.d. § 41 StGB.

³ Vgl. zu diesem Begriff *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 263 Rn. 566.

⁴ Zu den Voraussetzungen der Untreue gem. § 266 Abs. 1 StGB vgl. *Brüning/Wimmer*, ZJS 2009, 94; *Rotsch*, ZJS 2008, 610.

⁵ *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, 26. Aufl. 2007, § 263 Rn. 38.

⁶ *Hefendehl* (Fn. 2), § 263 Rn. 541; *Fischer*, StraFo 2008, 269 (271).

deren Wert zu mindern vermag.⁷ So wird beispielsweise der wirtschaftliche Wert einer Forderung durch die Bonität des Schuldners bestimmt. Ist der Schuldner nicht leistungsfähig oder nicht leistungswillig, so sinkt die Bonität und mindert gleichzeitig den Wert der Forderung.⁸ Dies gilt unabhängig davon, ob der Schuldner die Forderung zum späteren Fälligkeitszeitpunkt erfüllen wird oder nicht. Eine solche greifbare Gefährdung ist wirtschaftlich bzw. rechnerisch betrachtet die Minderung einer Vermögensposition.⁹ Der Gefährdungsschaden ist damit lediglich eine „irreführende Bezeichnung“ für eine bloße *Berechnungsart* einer (nicht drohenden, sondern eingetretenen) Vermögensminderung.¹⁰

Der allgemein verwendete Begriff der „*schadensgleichen Vermögensgefährdung*“ ist also vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgrundsatzes i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG eine etwas missglückte Bezeichnung. „Wer [diesen Begriff] wann erfunden hat, ist nicht erforscht. Sicher ist nur, dass die Erfindung zu einer Zeit geschehen sein muss, die von dem Satz *nullum crimen sine lege* nicht viel hielt.“¹¹ Dennoch gehört die Terminologie Vermögensgefährdung „jetzt zum feststehenden Arsenal der Betrugsdogmatik“¹² und bringt zum Ausdruck, dass, im Unterschied zum endgültigen Vermögensverlust, die künftige Entwicklung der Vermögenspositionen noch offen ist. Im Folgenden werden hier – mit *Hefendehl* – die Begriffe „schädigende Vermögensgefährdung“¹³ oder – mit *Tiedemann* – „Gefährdungsschaden“¹⁴ verwendet.

Der *1. Strafsenat* des BGH hält diese Differenzierung zwischen schädigender Vermögensgefährdung einerseits und dem endgültigen Vermögensschaden andererseits ausweislich seiner jüngsten Judikate allerdings für entbehrlich. Bereits im vergangenen Jahr merkten die Richter in einer Entscheidung, die zur Untreue gem. § 266 StGB erging, in einem obiter dictum an, dass sie diese Unterscheidung für unnötig erachteten.¹⁵ Diese Ansicht hat der *Senat* nunmehr in dem vorliegenden Beschluss ausdrücklich bestätigt.

2. Der Vorsatz

Die fehlende Differenzierung zwischen der schädigenden Vermögensgefährdung und dem endgültigen Vermögensschaden hat in erster Linie Auswirkungen auf die Anforderungen an den Vorsatz.

Insoweit ist allerdings scharf zwischen dem Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB und der Untreue gem. § 266 Abs. 1 StGB zu trennen. Beide Straftatbestände verlangen eine vorsätzliche Handlung des Täters, wobei der Eventualvorsatz als schwächste Vorsatzform für eine Strafbarkeit ausreicht. Die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur verlangt für den Eventualvorsatz neben der intellektuellen Komponente (für möglich halten) auch eine voluntative Komponente, und zwar die Billigung des Erfolges.¹⁶

Darüber hinaus setzt der Betrug – im Gegensatz zur Untreue – im subjektiven Tatbestand die Bereicherungsabsicht des Täters voraus. Da die Untreue keine Bereicherungsabsicht fordert, müssen andere Möglichkeiten zur Restriktion des Tatbestandes gefunden werden. Dies gilt umso mehr, wenn ein bloßer Gefährdungsschaden in Rede steht, weil hier die Gefahr einer Strafbarkeitsausdehnung besteht.

Gründet sich der Vermögensschaden beim Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB auf eine schädigende Vermögensgefährdung, so besteht Einigkeit zwischen den *Strafsenaten*, dass sich der Vorsatz nur hierauf beziehen muss. Maßgeblich ist ausschließlich, ob die vermögensmindernde Gefährdung – und nicht der endgültige Vermögensverlust – vom (bedingten) Vorsatz umfasst ist.¹⁷

Bei der Beurteilung des Eventualvorsatzes im Rahmen der Untreue ist auf folgende Besonderheit hinzuweisen: Der *2. und 5. Strafsenat* des BGH haben versucht, beim Vorliegen eines Gefährdungsschadens den Tatbestand im subjektiven Bereich zu begrenzen. Anknüpfungspunkt ist das Wollenselement des Vorsatzes. Der Eventualvorsatz könne nur dann angenommen werden, wenn neben dem Eintritt eines Gefährdungsschadens zusätzlich der Eintritt eines endgültigen Vermögensverlustes gebilligt werde.¹⁸ Der *1. Strafsenat* ist dieser Restriktion des subjektiven Tatbestandes jüngst dezidiert entgegengetreten. Ausgehend von der Annahme, dass jeder Gefährdungsschaden ein Vermögensschaden sei, müsse der Täter nicht noch zusätzlich die Realisierung des Gefährdungsschadens billigen. Da der Täter die Umstände, die diesen tatbestandlichen Vermögensnachteil begründen, kenne, handle er sogar mit direktem Vorsatz.¹⁹

II. Die Entscheidung

1. Sachverhalt

„Der Angeklagte versprach eine sichere, insbesondere bankgarantierte, hochrentierliche Geldanlage. Die einbezahlten Beträge dienten danach nur als Kapitalnachweis. Sie durften während der gesamten Investitionszeit nicht angetastet werden. Als Laufzeit wurden in der Regel zehn Monate vereinbart. Monatlich sollten dann 7% an Verzinsung ausgeschüttet werden. Einem Großanleger (15 Millionen €) versprach der Angeklagte die Rückzahlung nach drei Monaten, zuzüglich einer Rendite von 50%.“

⁷ *Zieschang*, in: Park, Kapitalmarktstrafrecht, 2. Aufl. 2008, StGB T1 § 263 Rn. 64 ff.

⁸ *Otto*, Jura 1991, 494 (496).

⁹ *Tiedemann*, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 2005, § 263 Rn. 168.

¹⁰ *Fischer*, StraFo 2008, 269 (271).

¹¹ *Naucke*, StV 1985, 187.

¹² *Naucke*, StV 1985, 187.

¹³ *Hefendehl* (Fn. 3), § 263 Rn. 566.

¹⁴ *Tiedemann* (Fn. 9), § 263 Rn. 168; vgl. auch *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 263 Rn. 94; *Rotsch*, ZStW 117 (2005), 577 (585).

¹⁵ BGH NSTZ 2008, 457.

¹⁶ Vgl. zum Eventualvorsatz bei den Tötungsdelikten *Brüning*, ZJS 2008, 419 m.w.N.

¹⁷ BGHSt 48, 331 (347 f.); BGH wistra 2008, 342 (343).

¹⁸ BGHSt 51, 100 (121); vgl. auch BGHSt 52, 182 (190).

¹⁹ BGH NSTZ 2008, 457 (458).

Tatsächlich hatte der Angeklagte nicht vor, die erhaltenen Geldmittel sicher und gewinnbringend anzulegen. Er wollte sie zum einen zur Finanzierung seines Lebensunterhalts verwenden. Zum anderen wollte er – nach Art eines Schneeballsystems – neu eingehende Gelder einsetzen, um Rendite- und Rückzahlungsforderungen der Altinvestoren soweit wie möglich zu befriedigen, um diese in Sicherheit zu wiegen und zu weiteren Einzahlungen zu bewegen.

Im Vertrauen auf die Versprechungen des Angeklagten zahlten 31 Personen in der Zeit von September 2005 bis Januar 2008 – teilweise mehrfach – insgesamt 28.206.841,12 € an die Unternehmen des Angeklagten. 7.310.145,58 € schütete der Angeklagte wieder aus. Einzelne Anleger bekamen damit nicht nur ihr gesamtes Kapital zurück, sondern auch versprochene Erträge ausbezahlt. Mit der Verhaftung des Angeklagten konnten bei seinen Unternehmen noch Vermögenswerte in Höhe von insgesamt 16,8 Millionen € sichergestellt werden (§§ 111c, 111d StPO).²⁰

2. Rechtliche Würdigung

Zunächst beschreibt der BGH das Prinzip der Gesamtsaldierung. „Ein Schaden i.S.v. § 263 StGB tritt ein, wenn die Vermögensverfügung [hier die vertragsgemäße Bezahlung der Anlagesumme an den Angeklagten beziehungsweise eines seiner Unternehmen] unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts des Vermögens des Verfügenden führt.“²¹ Darauf aufbauend stellt das Gericht fest, dass der Gesamtwert des Vermögens bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits im Zeitpunkt der Vermögensverfügung tatsächlich gemindert sei, wenn das Opfer infolge einer Täuschung ein Risikogeschäft eingehe. Denn die dem Opfer gewährte synallagmatische Gegenforderung sei aufgrund des Ausfallrisikos minderwertig, wobei die Höhe des Schadens benennbar sei.²² Wenn eine genaue Feststellung zur Schadenshöhe zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung allerdings nicht möglich sei, habe der Tatrichter im Hinblick auf die Besonderheiten des Strafrechts jedenfalls Mindestfeststellungen zu treffen. Dies könne auch durch Schätzung im Rahmen des dabei eingeräumten Beurteilungsspielraums geschehen.²³ Weiter stellt das Gericht fest, dass der Begriff der konkreten Vermögensgefährdung insoweit nur unzureichend beschreibe, dass nach der Verfügung unmittelbar ein Schaden eingetreten sei. Der Begriff sei deswegen „entbehrlich“²⁴. Denn zwischen Schaden (Verlust) und Gefährdung (Beeinträchtigung) bestehe bei wirtschaftlicher Betrachtung kein qualitativer, sondern nur ein quantitativer Unterschied.²⁵ Die Problematik des Gefährdungsschadens sei letztlich ein „Scheinproblem“²⁶.

Das Gericht befürchtet, dass die Rechtsfigur des Gefährdungsschadens den Betrugstatbestand überdehnen und in ein Gefährdungsdelikt umwandeln könnte. Denn es bestehe die Gefahr, dass auch abstrakte Risiken in die Bewertung mit einbezogen werden könnten. Dieser Gefahr könne allerdings dadurch begegnet werden, dass die genaue Schadenshöhe zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung festgestellt werden müsse. Dies zwingt zur Klarheit und vermeide Grenzüberschreitungen.²⁷

Weiter betont der *Senat*, dass spätere Entwicklungen, wie beispielsweise eine Schadensrealisierung oder ein Schadensausgleich, für die Tatbestandsverwirklichung ohne Bedeutung seien.²⁸ Zu Recht sei die Strafkammer daher davon ausgegangen, dass auch ein Schaden bei den Anlegern eingetreten sei, die ihr Kapital mitsamt der versprochenen Rendite zurückerhalten hätten. Hierbei habe es sich nicht um die versprochene Gegenleistung gehandelt, sondern um ein aliud ohne wirtschaftlichen Wert. Denn „eine auf die Begehung von Straftaten aufgebaute Aussicht auf Vertragserfüllung ist an sich schon wertlos.“²⁹

Schließlich stellt der BGH fest, dass sich das voluntative Element des Tätersvorsatzes allein auf den unmittelbar mit der Vermögensverfügung eingetretenen tatbestandlichen Schaden erstrecken müsse. „Auf die Billigung eines eventuellen Endschadens kommt es nicht an. Ebenso ist die Absicht des späteren Ausgleichs der Vermögensminderung ohne Bedeutung.“³⁰

III. Die Bewertung der Entscheidung

Mit dieser Entscheidung setzt der *1. Strafsenat* seine Rechtsprechung zum Gefährdungsschaden fort. Diese Entwicklung ist indes mit Skepsis zu betrachten.

Bevor jedoch die Vermögensschadensproblematik ausführlich erörtert werden soll, sei eine kurze Bemerkung zur Täuschungshandlung gemacht: Man könnte nämlich auf den ersten Blick Zweifel daran haben, dass den Feststellungen des LG eine Täuschungshandlung zu entnehmen ist. Denn niemand – so würde man meinen – kann ernsthaft annehmen, dass es *sichere*, aber gleichzeitig *hochrentierliche* Geldanlagen gibt. Doch mit *Samson* ist festzustellen: „Gegen Betrug geschützt wird auch der *exquisit Dumme*, der Tatsachenbehauptungen für wahr hält, deren Unwahrheit nahezu jedem anderen sofort evident wäre.“³¹ Von einer Täuschung über die Gewinnaussichten³² und einem entsprechenden Irrtum der Investoren hierüber ist also auszugehen.

²⁷ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 15.

²⁸ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 11.

²⁹ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 18.

³⁰ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 17.

³¹ *Samson*, JA 1978, 469 (471).

³² § 263 Abs. 1 StGB erfasst nur die Täuschung über Tatsachen, d.h. über gegenwärtige oder vergangene Verhältnisse. Zwar ist eine *Gewinnaussicht* in die Zukunft gerichtet. Ihr liegen allerdings gegenwärtige messbare Gewinnchancen zugrunde, über die getäuscht werden kann, vgl. dazu *Satzger*, JK 08, StGB § 263/82.

²⁰ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 7-9.

²¹ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 10.

²² BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 13.

²³ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 14.

²⁴ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 12.

²⁵ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 12.

²⁶ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 12.

Der entscheidende Punkt der Entscheidung betrifft allerdings die Frage, unter welchen Umständen ein Gefährdungsschaden vorliegt und welche Anforderungen insoweit an den Vorsatz zu stellen sind.

Zur Schadensbestimmung beim Eingehen von Risikogeschäften greift der *1. Strafsenat* zunächst auf die altbekannte Methode der Saldierung zurück. Die Annahme, dass die mit einem Ausfallrisiko behaftete Forderung mit Abschlägen vom Nennwert zu bewerten und damit minderwertig ist, gehört – wie eingangs erwähnt – seit Jahren zu den Grundfesten der Betrugsdogmatik. Neu ist dagegen die Ansicht des *1. Strafsenats*, dass in diesen Fällen die begriffliche Unterscheidung zwischen „schadensgleicher Vermögensgefährdung“ und endgültigem Vermögensschaden entbehrlich sei und sich in Wahrheit als Scheinproblem entpuppe. Scharfzünftig fragen *Beulke* und *Witzigmann* daher zu Recht: „Sind wir tatsächlich jahrzehntelang einem Scheinproblem aufgesessen?“³³ Die Antwort lautet: Nein!

Die Unterscheidung zwischen einer schädigenden Vermögensgefährdung und einem endgültigen Vermögensschaden ist keine terminologische Spielerei, sondern beruht auf sachlichen Erwägungen. Der endgültige Vermögensschaden liegt vor, wenn ein Vermögensverlust unwiderruflich eingetreten ist. Die Schadensbewertung ist dabei unabhängig von zukünftigen Entwicklungen. Der Gefährdungsschaden unterscheidet sich hiervon dadurch, dass sich das Ausfallrisiko gerade noch nicht realisiert hat, sondern lediglich prognostiziert werden kann. Der Gefährdungsschaden ist dem endgültigen Schaden also zeitlich vorgelagert und erreicht damit lediglich das Vorstadium einer endgültigen Schadensrealisierung. Zu Recht befürchtet der *1. Strafsenat* daher, dass in den Fällen der vorgelagerten schädigenden Vermögensgefährdung eine Überdehnung des Betrugstatbestandes droht. Doch es mag bezweifelt werden, dass dieser Gefahr mit einer begrifflichen Nivellierung dadurch begegnet wird, dass man Fälle, die bislang als schadensgleiche Vermögensgefährdung bezeichnet wurden, nunmehr als endgültigen Vermögensschaden bezeichnet und „ruhigen Gewissens weiter bestraft“³⁴.

Eine Lösung wird man nur erreichen, indem man die Frage beantwortet, wie weit man im Vorfeld der tatsächlichen Schadensrealisierung einen vollendeten Betrug annehmen darf. Doch die Antwort sucht man in dem vorliegenden Beschluss vergeblich.

Begrüßenswert ist zwar der Ansatz des BGH, auch in den Fällen der schadensgleichen Vermögensgefährdung eine genaue Feststellung der Schadenshöhe zu verlangen. Doch dass dies in vielen Fällen äußerst problematisch ist, erkennt auch der *1. Strafsenat*. Der Versuch, das Problem dadurch zu lösen, dass das Gericht auf die Möglichkeit einer Schadens-

schätzung hinweist, ist weder neu³⁵ noch hilfreich. Denn solange der BGH keine klaren Kriterien für eine solche Schätzungsmethode benennt, wird dieser Vorschlag nicht dazu führen, dass künftig Fälle, die bislang als „schadensgleiche Vermögensgefährdung“ verstanden wurden, nunmehr aus dem Tatbestand des § 263 StGB herausfallen. Vielmehr werden diese Fälle künftig als endgültiger Schaden bezeichnet.³⁶ Die Entscheidung lässt sich also nicht dahingehend verstehen, dass der *1. Senat* künftig einen restriktiveren Schadensbegriff vertreten wird.

Auch in Bezug auf den subjektiven Tatbestand des Betruges lässt der Beschluss keine Neuerungen erkennen. Das liegt daran, dass sich im Falle einer schädigenden Vermögensgefährdung i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB der (bedingte) Vorsatz auch nur auf die Gefährdung beziehen muss. Auffallend ist allerdings Folgendes: Während der *5. Strafsenat* in einem jüngeren Judikat³⁷ eine sorgfältige Vorsatzprüfung ange-mahnt hat, wenn sich der subjektive Tatbestand auf einen Eventualvorsatz gründet, fehlen vergleichbar mahnende Worte in den Ausführungen des hier zu besprechenden Beschlusses. Großes Interesse an einer restriktiven Tatbestandsauslegung lässt die Entscheidung also auch hier nicht erkennen.

Im Ergebnis verdient die Entscheidung allerdings Zustimmung. Zu Recht nimmt das Gericht an, dass der Rückzahlungsanspruch der Anleger minderwertig ist und der (Gefährdungs-) Schaden damit eingetreten ist. Dies gilt auch für die Investoren, die ihr eingezahltes Kapital inklusive der Renditezahlungen zurück erhielten. Entscheidend ist dabei, dass es sich bei diesem Zahlungsrückfluss nicht um die beanspruchte Gegenleistung handelt, sondern um eine Art Ersatzleistung, die bei der Gesamtsaldierung nicht berücksichtigt werden darf, und zwar unabhängig davon, ob ihr ein wirtschaftlicher Wert zukommt.

Ferner ist anzunehmen, dass der Angeklagte um die wirtschaftlichen Nachteile seiner Investoren wusste, so dass er mit Vorsatz und letztlich auch mit Bereicherungsabsicht handelte.

³⁵ In den Fällen des Submissionsbetrugs wurde diese Methode bereits vom BGH in der Betrugsdogmatik angewendet, vgl. BGH NJW 1992, 921 (923). Außerdem zählt die Schätzung der Höhe der verkürzten Steuern im Strafverfahren zu den schwierigsten Aufgaben eines Strafrichters.

³⁶ Den Anfang hat bereits der *2. Strafsenat* (BGHSt 52, 323) gemacht, indem er die Unterhaltung einer schwarzen Kasse früher als schadensgleiche Vermögensgefährdung verstand und heute als endgültigen Schaden begreift. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass der *2. Strafsenat* keinen Bezug auf die Entscheidung des *1. Strafsenates* genommen hat. Vielmehr hat sich der *2. Strafsenat* von dem Gedanken leiten lassen, dass die Dispositionsfreiheit nunmehr zum geschützten Kernbereich des § 266 StGB zählt, so dass die Annahme eines endgültigen Schadens vor diesem Hintergrund schlüssig ist, zur Kritik vgl. aber *Brüning/Wimmer*, ZJS 2009, 94 (98).

³⁷ BGH wistra 2008, 342 (343).

³³ *Beulke/Witzigmann*, JR 2008, 430 (433), im Rahmen einer Anmerkung zu der eingangs erwähnten Entscheidung des *Senats* zum Gefährdungsschaden bei der Untreue gem. § 266 StGB.

³⁴ *Beulke/Witzigmann*, JR 2008, 430 (433).

IV. Ausblick

Der Betrug gehört zum Pflichtstoff im Staatsexamen und muss einem Examenskandidaten präsent sein. Ob sich die vom *1. Strafsenat* proklamierte These durchsetzt, dass die terminologische Differenzierung zwischen einer schadensgleichen Vermögensgefährdung und einem Vermögensschaden aufzugeben ist, bleibt abzuwarten. Wünschenswert ist es nicht.

Auswirkungen wird der Beschluss allerdings auf die restriktive Rechtsprechung des 2. und 5. *Strafsenats* zum bedingten Schädigungsvorsatz bei der Untreue mit bloßem Gefährdungsschaden haben, die eine Billigung des Endschadens und nicht nur des Gefährdungsschadens verlangt. Diese Einschränkung im voluntativen Element des Vorsatzes ist auf der Basis der hier dargestellten Argumentation des *1. Strafsenats* nicht mehr möglich, da es auf die Unterscheidung zwischen Gefährdungs- und Endschaden nicht mehr ankommen soll. Nimmt der *1. Strafsenat* allerdings die rechtsstaatlichen Bedenken gegen die Weite und Unbestimmtheit des Untreuetatbestandes ernst, wenn sich die Vermögensgefährdung nur auf einen bedingten Vorsatz gründet und will er eine Entscheidung des *Großen Strafsenates* vermeiden, so wird ihm in Zukunft nichts anderes übrig bleiben, als die einschränkende Auslegung bereits im objektiven Tatbestand zu berücksichtigen, und zwar indem die subjektive Vorstellung des Täters bei der Prognose des Gefährdungsschadens berücksichtigt wird. „Wer einen Verlust jederzeit wieder ausgleichen [kann und] will, würde dann schon keinen (Gefährdungs-)Schaden herbeiführen.“³⁸ Ob es dem *1. Strafsenat* tatsächlich ein Grundanliegen ist, der Gefahr einer Überdehnung des Tatbestandsmerkmals „Vermögensschaden“ entgegenzutreten wird sich dann zeigen.

Wiss. Assistentin Dr. Janique Brüning, Hamburg

³⁸ *Fischer*, StraFo 2008, 269 (276); vgl. auch *Schünemann*, NSStZ 2008, 430 (433).

B u c h r e z e n s i o n

Steffi Balzerkiewicz/Martin Heckelmann/Daniel Voigt/Tanja Lau, Der LL.M. 2009 – Das Expertenbuch zum Master of Laws, e-fellows.net, 3. Aufl. 2009, 259 S., € 19,90.

Ob man als Jurist ein LL.M.-Studium absolviert, ist eine sehr individuelle und von einer Vielzahl subjektiver Faktoren abhängige Entscheidung. Gleiches gilt für die nachfolgende Entscheidung, welches LL.M.-Programm gewählt wird. Beide Entscheidungen finden in einem sehr komplexen Umfeld in einem Lebensabschnitt eines Juristen statt: Typischerweise steht die Frage entweder zwischen (klassischem) Ausbildungsende und Berufseinstieg oder aber während der beruflichen Tätigkeit an. In die Entscheidung fließen zahlreiche subjektive Faktoren ein, wie – um nur einige beispielhaft zu nennen – berufliche und familiäre Bindungen, finanzielle, zeitliche und örtliche Spielräume, eigene Interessengebiete, und auch die Neugier und Entdeckungslust des Einzelnen. In diesem komplexen Entscheidungsumfeld soll das Werk eine Hilfestellung geben. Dabei macht zunächst neugierig, wie ein Buch als Informationsmedium dieser Funktion gerecht werden soll.

In einem ersten Teil wird der LL.M. vorgestellt als eine Zusatzqualifikation für Juristen. Diese einführende Darstellung enthält auch typische Szenarien, wie ein LL.M.-Studium in einer Juristenkarriere verortet werden kann. Insbesondere wird bereits an dieser Stelle auf mögliche Kombinationen des LL.M.-Studiums mit dem Referendariat, einer Promotion oder dem Berufsleben eingegangen.

Es schließt sich ein Kapitel an, welches mit „Grundentscheidungen bei der Auswahl eines LL.M.-Programms“ überschrieben wurde. In diesem Teil werden in der Tat einige grundlegende Weichenstellungen vorgestellt, die für die – wie erwähnt – sehr subjektive Entscheidung maßgeblich sind. Erfreulicherweise wird in diesem Abschnitt darauf verzichtet, einzelne LL.M.-Programme im Detail darzustellen. Vielmehr beschränkt sich dieser Abschnitt auf eine gelungene, abstrakte Betrachtung der für die Entscheidungsfindung relevanten Kriterien, stellt aber dennoch die Vor- und Nachteile der jeweiligen Konstellation zutreffend dar. Insbesondere werden die Grundentscheidungen wie Inland oder Ausland und der „richtige“ Zeitpunkt für das LL.M.-Studium erörtert.

Speziell für das „typische“ LL.M.-Studium im Ausland werden im nachfolgenden Kapitel den potentiellen Studierenden weitere Kriterien (Auswahl des Sprach- und Kulturraumes, Wahl der Universität etc.) an die Hand gegeben, anhand derer eine genauere Auswahl des geeigneten Studienganges erfolgen könnte.

Ist die Entscheidung zur Aufnahme eines LL.M.-Studiums einmal getroffen, so stellt es oftmals eine (mangels Erfahrungen) recht große Herausforderung dar, sich um einen Studienplatz (meist nicht in der eigenen Sprache) zu bewerben. Hierfür enthält das vierte Kapitel des Werkes wertvolle Hinweise und zahlreiche Tipps. Daneben ist besonders hervorzuheben, dass sich in einem angefügten Abschnitt dieses Kapitels zahlreiche Musterdokumente in englischer Sprache finden. Neben einem Beispiel eines englischsprachigen Le-

benslaufs findet man dort auch Übersetzungsvorschläge sowohl für Abiturzeugnisse als auch für juristische Examenszeugnisse.

Die Frage der Finanzierung des Studiums ist neben der zeitlichen Realisierbarkeit eine derjenigen, die eine oftmals begrenzende Funktion bei der Planung zukommt. Diese Frage wird in Kapitel fünf dargestellt. Dem Konzept des Werkes folgend wird dieser Aspekt einer umfassenden Betrachtung in der Weise unterzogen, dass er aus den unterschiedlichen Perspektiven, die sich für einen potentiellen Studierenden stellen, beleuchtet wird: Neben verschiedenen Finanzierungsmöglichkeiten durch BAföG, Kredite, Arbeitgeberförderungen und Stipendien (dazu sogleich) wird auch der nicht zu vernachlässigende Frage nachgegangen, wie die Kosten des Studiums steuerlich zu behandeln sind. Die steuerliche Absetzbarkeit wird detailliert gegliedert in die Absetzbarkeit einzelner Kosten, wie Studien- und Prüfungsgebühren, doppelte Haushaltsführung usw. und mit Rechenbeispielen abgerundet.

Im folgenden Kapitel sechs werden Stipendienmöglichkeiten aufgelistet, die für eine Unterstützung eines LL.M.-Programms in Betracht kommen.

Für den Leser etwas überraschend, befinden sich auf den Seiten 123 bis 126 sogenannte „Endnoten“, obwohl zunächst nur die Hälfte des Buchumfanges erreicht ist. Diese Endnoten verweisen auf die hochgestellten Ziffern im vorangegangenen Text, bei dem der Leser bereits bei der Lektüre fragte, wo denn der Zitatnachweis zu finden sei: Weder auf der Seite als Fußnote noch als Endnote am Ende des Werkes kann man sie finden. Die Verortung der Endnoten in der Mitte des Werkes erhellt sich dem Leser bei einer näheren Betrachtung des Inhaltes der nachfolgenden Kapitel sieben und acht: Nachdem in den Kapiteln eins bis sechs allgemein und unabhängig von einzelnen LL.M.-Programmen die Kriterien für die Entscheidungsfindung in groben Zügen vorgestellt wurden, wird in den folgenden Kapiteln sieben und acht dieses Konzept der Darstellung verlassen: Es werden hier einzelne Details auch zu einzelnen LL.M.-Programmen dargestellt. Anstatt diese Darstellung in einer eher ermüdenden Liste (nach objektiven Kriterien gegliedert) darzustellen, wird ein anderer Weg gewählt: In Kapitel sieben stellen LL.M.-Absolventen in Form eines Erfahrungsberichtes ihre Entscheidung (und auch einige zu ihrer Entscheidung führende Stationen in ihrem Leben) dar, die letztlich zu der Entscheidung für einen bestimmten LL.M.-Studiengang führten. Hierdurch wird der subjektive Entscheidungsprozess in einer gut nachvollziehbaren, lebhaften Art und Weise dargestellt, der wertvolle Hilfe bei der eigenen Entscheidung leisten kann.

Im nachfolgenden Kapitel acht wurde einigen Kanzleien und Universitäten die Möglichkeit der Selbstdarstellung gegeben. Im Rahmen der Kanzleipräsentation finden sich regelmäßig wertvolle Hinweise, wie ein abgeschlossenes LL.M.-Studium von den Kanzleien bewertet wird, und wie das LL.M.-Studium mit einer Tätigkeit in der Kanzlei kombinierbar sein kann.

Die anfängliche Skepsis gegenüber dem Vorhaben, die zu treffende Entscheidung für einen und welchen LL.M.-Studiengang mit einem Buch als Informationsquelle zu er-

leichtern, ist nach der Lektüre des vorliegenden Werkes gewichen. Den Autoren ist es in beeindruckender Weise gelungen, die stark subjektiv geprägte und individuelle Entscheidung der Aufnahme und Auswahl eines LL.M.-Studiums hilfreich zu unterstützen. Insbesondere ist die Darstellung der Kombination aus verallgemeinerbaren, objektiven Kriterien und den unzähligen subjektiven Komponenten, die zur Entscheidung führen, in einer überaus lobenswerten Weise gelungen. Der Schnitt zwischen den beiden Darstellungen (allgemeine, objektive Betrachtung, Kapitel eins bis sechs, und den subjektive gefärbten Erfahrungsberichten und Vorstellungen, Kapitel sieben und acht) in der Mitte des Buches, könnte in der Folgeauflage deutlicher durch eine geeignete Kapitelgliederung zu Ausdruck gebracht werden. Dies ist jedoch nur in dem Fall nötig, dass dieser Schnitt auch tatsächlich gewollt ist. An sich braucht dieser nicht stattfinden, denn gerade die Erfahrungsberichte machen das vorstehende „Allgemeine“ lebendig und sollten nicht in einen Anhang verbannt werden.

Das Werk ist jedem Juristen zur rechtzeitigen Anschaffung zu empfehlen, der mit dem Gedanken spielt, ein LL.M.-Studium zu planen. Es gibt wertvolle Hinweise für Planung und Auswahl des LL.M.-Studienganges.

Prof. Dr. Paul T. Schrader, LL.M.oec., Augsburg

B u c h r e z e n s i o n

Uwe Volkmann, Staatsrecht II. Grundrechte, C.H. Beck, München 2007, 352 S., € 28,-

Es wäre nicht so, dass sich Studierende über eine mangelnde Auswahl an Studienliteratur im Bereich der Grundrechte beklagen müssten. Neben einer großen Anzahl an Lehrbüchern und Fallsammlungen drängen die privaten Repetitorien mit einer Fülle von Lernmaterialien auf den Markt. Da erscheint es auf den ersten Blick nicht leicht für den neuen Band der Reihe Juristischer Studienkurs, den Prof. *Dr. Uwe Volkmann* verfasst hat, sich einen festen Platz in der Studienliteratur zu sichern. Dennoch wird der Studienkurs seine Leser finden.

Volkmann stellt in seinem Vorwort hohe Ansprüche an sich selbst. Der Studienkurs soll den Stoff anschaulich am Fall vermitteln, wie dies in Fallsammlungen üblich ist, um so das Fachwissen mit der Klausurpraxis zu verbinden. Durch die Orientierung an Falllösungen sollen verfassungs- und verwaltungsprozessuale Fragen, soweit sie in Verbindung mit Grundrechtsgegenstand einer Klausur werden können, mitbehandelt werden. Gleichzeitig erhebt er den Anspruch, den examensrelevanten Stoff in ähnlich umfassender Weise abzudecken, wie dies ein Lehrbuch vergleichbaren Formats zu leisten im Stande wäre. Zudem verspricht *Volkmann* auch noch, den „verfassungspolitischen oder rechtsphilosophischen Subtext“ zu den behandelten Problemen mitzuliefern. Die Zielgruppe sind Studierende in der Examensvorbereitung. Für Studierende der unteren Semester sind allenfalls ausgewählte Fälle geeignet. Der selbstauferlegte Anspruch scheint der einer Quadratur des Kreises zu gleichen; jedoch, um dies vorweg zu nehmen: *Volkmann* gelingt die Einlösung der gegebenen Versprechen in überzeugender Weise.

Die behandelten Fälle folgen einem festen Aufbau: Nach einer orientierenden Übersicht über die in der Lösung behandelten Themen folgt der Sachverhalt des Falles, an dessen Beispiel die Grundrechte erläutert werden. Daran schließen sich kurze Vorbemerkungen an, die den Leser über die Hintergründe des Falles – häufig eine oder mehrere Entscheidungen des BVerfG – und die damit verbundenen rechtlichen wie gesellschaftspolitischen Diskussionen in Kenntnis setzen. Nach einer vorangestellten Gliederung schließt sich eine zum Teil sehr ausführliche Falllösung an. Diese wird zu Gunsten des lehrbuchähnlichen, relativen Vollständigkeitsanspruchs von allgemeinen Erläuterungen ergänzt, die sich durch Einrücken des Textes von der eigentlichen Lösung absetzen. Die Lösung selbst ist in der klausurtypischen Mischung aus Gutachten- und Urteilsstil verfasst und verzichtet bewusst auf lehrbuchartige Ausführungen. Den Abschluss der Kapitel bilden Verweise auf wissenschaftliche Literatur, die zur Vertiefung einzelner Fragestellungen dienen kann.

Es gelingt, die klausurrelevantesten Grundrechte sämtlich in den elf großen Fällen unterzubringen. Einschübe zu den Justizgrundrechten und zu den Grundrechten aus Art. 6, 7, 9, 16, 16a und 17 GG sowie zu einigen Aspekten des Art. 5 GG ergänzen die Darstellung. Dass der Studienkurs insoweit gewisse Schwerpunkte setzt, ist im Hinblick auf die unter-

schiedliche Klausurrelevanz der einzelnen Grundrechte nachvollziehbar.

Prozessual sind mit der Verfassungsbeschwerde (Fälle 1, 2, 4-6), der konkreten (Fall 11) und der abstrakten (Fall 3) Normenkontrolle sowie zwei verwaltungsprozessualen Einkleidungen (Fall 7, 10) alle gängigen Varianten abgedeckt, die Studierenden in Klausuren mit Grundrechtsschwerpunkten regelmäßig begegnen. Zusätzlich bietet der Studienkurs sog. Checklisten, die insbesondere Prüfungsschemata liefern. In den Falllösungen wie den Prüfungsschemata fehlt überraschenderweise der Prüfungspunkt der Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts. Möglich, wenn auch nicht unbedingt üblich, ist die Prüfung der Zuständigkeit vor der Zulässigkeit. Auf eine Prüfung der Zuständigkeit – wie vorliegend – zu verzichten, erscheint jedoch in Klausuren nicht ratsam zu sein.

Erfreulich ist hingegen, dass *Volkmann* in den Lösungen und in den Vorbemerkungen an zahlreichen Stellen die gesellschaftlichen Konflikte, die hinter den Fällen stehen, durch entsprechende Argumentationen und Erläuterungen hervorhebt. Dies sorgt nicht nur für ein besseres Verständnis der Argumentationslinien in den Lösungen, sondern gestaltet die Darstellung spannend und lebendig. Für diese Darstellungsweise wird jeder Studierende in der nicht eben immer unterhaltsamen Phase der Examensvorbereitung dankbar sein.

Ein kleiner Nachteil des Studienkurses ist, dass sich gegenüber klassisch aufgebauten Lehrbüchern einzelne Probleme weniger leicht gezielt auffinden lassen. Das Sachverzeichnis vermag hier teilweise Abhilfe zu schaffen. Für den systematisch lernenden Studierenden ist der Studienkurs aber in ausgezeichneter Weise geeignet. Es bleibt zu hoffen, dass der 2007 erschienenen ersten Auflage weitere, ebenso aktuelle Auflagen folgen werden.

Wiss. Mitarbeiter Florian Schärdel, Berlin

B u c h r e z e n s i o n

Werner Frotscher/Bodo Pieroth, Verfassungsgeschichte, 7. Aufl., C.H. Beck (Grundrisse des Rechts), München 2008, 423 S., € 21,-

Verfassungsgeschichte, insbesondere die Entwicklung des Verfassungsrechts seit der Aufklärung, bildet ein zentrales Element der Grundlagen der modernen Rechtsordnung und ist damit sowohl für das allgemeine Verständnis von Verfassungsrecht als auch insbesondere für den Studierenden unverzichtbar, der die Rechtsgeschichte als Schwerpunktbereich seines Studiums gewählt hat. Genau dieser Thematik widmet sich das Buch von *Frotscher* und *Pieroth*.

Die Darstellung der Verfassungsgeschichte beginnt im ersten Kapitel mit der Entstehung des von der Aufklärung geprägten Verfassungsrechts in den USA und in Frankreich Ende des 18. Jahrhunderts. Damit werden dem Leser die Wurzeln und Grundlagen des modernen westlichen Verfassungsrechts eingehend vermittelt. Aufgeführt ist hier auch eine Gegenüberstellung von US-amerikanischen Grundrechten mit den jeweiligen Entsprechungen im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland. Dadurch werden dem Leser die Wirkungen der US-amerikanischen Verfassung auf unser heute bestehendes Verfassungswesen verdeutlicht. Die anschließenden Kapitel zwei bis zehn widmen sich der Entwicklung der deutschen Verfassungsgeschichte bis hin zum Inkrafttreten des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland im Jahre 1949.

In den Kapiteln zwei bis vier wird der Wandel der politischen Ordnung Ende des 18., Anfang des 19. Jahrhunderts dargestellt, der den Aufbruch in ein neues Zeitalter und den Übergang vom aufgeklärten Absolutismus hin zum Frühkonstitutionalismus bedeutete. In diesem Rahmen erhält der Leser einen knappen, allerdings nicht weniger guten Einblick in die politische Struktur des 1806 zerfallenen Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation und in den aufgeklärten Absolutismus, in der Ausgestaltung in Brandenburg Preußen. Dieser spezielle Bezug auf Preußen ist charakteristisch für die Darstellung von *Frotscher* und *Pieroth*. Wird nämlich die Entwicklung der deutschen Verfassungsgeschichte im 19. Jahrhundert anhand eines deutschen Einzelstaates dargestellt, so geschieht dies nahezu ausschließlich am Beispiel Preußens, was sich freilich durch die Zentrale Rolle Preußens für die Entwicklung des Deutschen Reichs im 19. Jahrhundert erklärt. Dies vor Augen ist auffallend, dass die Autoren im dritten Kapitel bei der Behandlung des Niedergangs des Heiligen Römischen Reiches deutscher Nation und der Niederlegung der Kaiserkrone durch Franz II., dem Rheinbund etwas mehr Aufmerksamkeit schenken als dies in der vorherigen Auflage der Fall war. Insbesondere auch die Erwähnung der Errungenschaften und der (französisch-revolutionären) Reformen auf dem Gebiet des Rechts und der Verwaltung in den Rheinbundstaaten ist erfreulich, auch wenn diesen nach süddeutschem Geschmack, aufgrund ihrer nicht unerheblichen Bedeutung für die Rechts- und Verfassungsentwicklung im 19. Jahrhundert, noch etwas mehr Gewicht zukommen sollte. In diesen Zusammenhang gehören auch die franzö-

sisch-rechtlich geprägten preußischen Rheinprovinzen und deren Einfluss auf die (preußische) Rechts- und Verfassungsgeschichte. Im dritten Kapitel werden auch die Stein-Hardenbergschen Reformen in Preußen behandelt, die für die preußische und deutsche Verwaltungsentwicklung von erheblicher Bedeutung waren und damit selbstverständlich auch Grundsätze verwirklichten, die modernen Verfassungen innewohnen, wenn zunächst auch die tatsächliche Verfassungsgebung in Preußen scheiterte. Das vierte Kapitel widmet sich der ersten Phase des Deutschen Bundes in der Zeit des Vormärzes und erläutert dessen Entstehung, Verfassung (Deutsche Bundesakte und Wiener Schlussakte) und die politische Restauration in dieser Zeit. Da in Preußen in der Zeit des Vormärzes keine Verfassung erlassen wurde und sich die Verfassungsgesetzgebung vielmehr in den süddeutschen Einzelstaaten vollzog, wird diese wichtige Phase des Frühkonstitutionalismus exemplarisch anhand der Verfassung des Königreichs Württemberg von 1819 ausgezeichnet dargestellt. Zudem findet der hannoveranische Verfassungskonflikt eigene Beachtung. Im fünften Kapitel behandeln *Frotscher* und *Pieroth* das Revolutionsjahr 1848 und in Verbindung damit eingehend die schlussendlich gescheiterte Paulskirchenverfassung von 1849, die erste demokratisch beschlossene Verfassung für ganz Deutschland national-bürgerlicher Prägung und Grundstein der gesamten folgenden deutschen Verfassungsgebung. Das sechste und siebte Kapitel beschreibt die nach der Revolution von 1848 einsetzende Restauration, die Gründung des Deutschen Reiches und die Verfassungsentwicklungen unter Bismarck und Wilhelm II. Das achte Kapitel befasst sich mit der Weimarer Republik. Hier wird die politische Struktur der Weimarer Republik und die Weimarer Reichsverfassung gut dargestellt, insbesondere auch die Anknüpfung an die Verfassungen von 1849 und 1871 herausgearbeitet. Im Vergleich zur Voraufgabe haben hier die Autoren Erweiterungen ihrer Darstellungen, insbesondere hinsichtlich der Eigenschaft der Weimarer Republik als Bundesstaat und der Überordnung des Reiches bezüglich der nichtsovereänen Länder, vorgenommen. Zudem wird die Stellung der Abgeordneten des Reichstages, die Errichtung des Staatsgerichtshofs und das Verhältnis von Staat und Kirche, wie man es auch heute weitestgehend im Grundgesetz übernommen findet, wesentlich detaillierter herausgearbeitet und erläutert, wodurch die bereits auch in den Voraufgaben gut gelungene Behandlung der Weimarer Zeit nochmals eine Vertiefung und Aufwertung erfährt. Im Anschluss findet im neunten Kapitel die Auseinandersetzung mit der Zeit des Nationalsozialismus statt, die auch hinsichtlich der deutschen Rechts- und Verfassungsentwicklung (zumindest als „Negativbeispiel“) prägend gewesen ist. Dies trifft insbesondere auf die Bundesrepublik Deutschland und das Grundgesetz zu, das gerade auch auf die Erfahrungen und „Schwächen“ der Weimarer Reichsverfassung und deren Missbrauch durch das Dritte Reich aufgebaut wurde. Mit der Entstehung und den grundlegenden Strukturmerkmalen des Grundgesetzes, sowie auch einer kurzen Behandlung der Verfassung der DDR, schließt das zehnte Kapitel die insgesamt ganz wunderbar gelungene 7. Auflage.

Das Buch ist, auch wie die vorherigen Auflagen, sehr angenehm und interessant geschrieben. Damit kann es sehr zügig und flüssig gelesen werden, was für ein Lehrbuch nicht selbstverständlich ist. Positiv hervorzuheben ist die Struktur des Buches, da es in jedem Abschnitt Zeittafeln voran stellt, die einen schnellen Überblick anhand der wichtigsten Ereignisse über die jeweilige Epoche ermöglichen. Am Ende jedes Abschnittes finden sich sodann Literaturangaben, die eine Vertiefung in bestimmte Themenabschnitte zulassen. Besonders hilfreich ist die breite Auswahl von Quellentexten, anhand derer die Abschnitte aufgearbeitet werden. Mit deren Behandlung lassen sich Grundzüge der Quellenarbeit erlernen, was unverzichtbares Wissen für den Studierenden darstellt, da gerade die Quellenarbeit sowohl prüfungsrelevant als auch für weiteres wissenschaftliches rechtshistorisches Arbeiten Grundlage ist. Zudem gestalten die umfangreichen Quellen das Lehrbuch sehr anschaulich und lockern es dahingehend auf, dass es nicht als bloßes „Sachbuch“ erscheint. Man muss sich jedoch auch die Zielsetzung der Autoren vor Augen halten. Das Buch soll eine Begleitung zu einer zwei bis dreistündigen Vorlesung im Grundlagenfach der Verfassungsgeschichte darstellen, also tatsächlich die wesentlichen Grundlagen des deutschen Verfassungsrechts vermitteln, und nicht eine umfassende Behandlung der gesamten deutschen Verfassungsgeschichte sein. Der Umfang des deshalb nicht weniger empfehlenswerten Buches ist in dieser Hinsicht bewusst auf das Behandelte beschränkt.

Wiss. Mitarbeiter Ass. iur. Georg Heiß, Universität Regensburg

B u c h r e z e n s i o n

Johannes Wessels/Werner Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau, mit höchstrichterlichen Entscheidungen auf CD-ROM, 38., neu bearbeitete Aufl. 2008, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 386 S., € 27,- (ohne CD-ROM € 23,-)

Johannes Wessels/Michael Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil/1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, mit höchstrichterlichen Entscheidungen auf CD-ROM, 32., neu bearbeitete Aufl. 2008, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 355 S., € 26,- (ohne CD-ROM € 22,-)

Johannes Wessels/Thomas Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil/2: Straftaten gegen Vermögenswerte, mit höchstrichterlichen Entscheidungen auf CD-ROM, 31., neu bearbeitete Aufl. 2008, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 455 S., € 27,50 (ohne CD-ROM € 22,-)

Welcher Student der Rechtswissenschaft kennt sie nicht, die blauen Drillinge der Strafrechtslehrbücher? Die drei von *Johannes Wessels* in den 70er Jahren begründeten und von *Werner Beulke* (AT, seit 1998), *Michael Hettinger* (BT/1, seit 1998) und *Thomas Hillenkamp* (BT/2, seit 1999) fortgeführten Lehrbücher erscheinen regelmäßig im C.F. Müller Verlag in der von *Harry Westermann* begründeten Reihe „Schwerpunkte“.

Ziel aller drei Lehrbücher ist es, den Studienanfängern anhand von pädagogisch sinnvollen Strafrechtsfällen zum einen die dogmatischen Grundlagen des Strafrechtssystems Schritt für Schritt näher zu bringen, sowie zum anderen, sowohl den fortgeschrittenen Studenten, als auch den Referendaren einen raschen, zusammenhängenden Überblick über die Strafrechtsdogmatik zu verschaffen und damit eine sehr gute Möglichkeit der für ein erfolgreiches Staatsexamen so wichtigen Repetitio zu geben. Dabei werden in allen drei Büchern praxisnah die Strukturelemente der Straftat, die umstrittenen Aufbaufragen, die höchstrichterliche Rechtsprechung sowie die modernen Strömungen der Rechtslehre behandelt. Hilfreich sind dabei insbesondere die in den Fußnoten erwähnten Rechtsprechungs- und Literaturhinweise. Die drei Bücher orientieren sich stets an den Inhalten, die in juristischen Staatsprüfungen geprüft werden.

Bevor auf die Unterschiede in den einzelnen Werken kurz eingegangen wird, soll dem zunächst die Darstellung einiger Gemeinsamkeiten der drei Lehrbücher vorangestellt werden. Neben dem Ziel der examensrelevanten Stoffvermittlung haben die Lehrbücher die Darstellung zahlreicher Beispielfälle am Anfang aller Abschnitte (mit §§ gekennzeichnet) gemeinsam. Dadurch werden die strafrechtstheoretischen Voraussetzungen anhand von praxisnahen Fällen besonders anschaulich gemacht. Die Lösungen der Beispielfälle werden an den jeweils passenden Stellen eingearbeitet und ermöglichen so eine optimale fallbezogene Darstellung des Stoffes.

Eine wesentliche Neuerung sind die in den Bänden des Besonderen Teils enthaltenen Vorschläge zum Prüfungsauf-

bau einzelner Delikte, ergänzt um Hinweise auf besonders Merkwürdiges und Problematisches. Damit wird die strukturierte Übersicht über die oft umfangreichen Problemkreise einzelner Strafrechtsnormen erheblich verbessert. Der interessierte Leser erhält die Möglichkeit, sich selbst zu überprüfen, ob er alle Merkmale, Bestandteile und Probleme richtig verortet und verstanden hat. Selbst wenn sich dabei Wissenslücken offenbaren sollten, so können diese durch einfaches Zurückblättern schnell und unkompliziert geschlossen werden. Gerade diese Lerneffektivität macht die Schwerpunktreihe so empfehlenswert und reizvoll für fortgeschrittene Studenten und Referendare, aber auch für Leiter von (privaten) Arbeitsgemeinschaften.

Nicht mehr ganz so neu, dafür aber für Lehrbücher immer noch einzigartig, ist die Ausgabe der drei Bände mit einer Entscheidungssammlung in elektronischer Form auf CD-ROM. Diese Entscheidungssammlung beinhaltet vom *Autor* des jeweiligen Lehrbuches ausgewählte Entscheidungen des Bundesgerichtshofes und des Reichsgerichts. Nach dem schnellen und problemlosen Installieren der Software wird auf den ersten Blick die Übersichtlichkeit und Benutzerfreundlichkeit deutlich. Die Entscheidungen sind nach amtlichen Sammlungen (BVerfGE, BGHSt, BGHZ, RGSt) und Zeitschriften (EuGRZ, GA, JR, JZ, NJW, NStZ, NStZ-RR, MDR, StV, wistra) geordnet. Besonders hilfreich ist für das symbiotische Arbeiten mit dem Lehrbuch das Entscheidungsregister nach Randnummern. Dort findet sich die Gliederung des jeweiligen Lehrbuches wieder und die passenden höchstrichterlichen Entscheidungen sind den entsprechenden Randnummern zugeordnet. So wird dem Leser ein effizientes Werkzeug zum schnellen und unkomplizierten Nachlesen der wichtigen Judikatur an die Hand gegeben. Unterstützt wird dies durch die Hervorhebung der besonders ausbildungsrelevanten Passagen in den Urteilen. Ein intensives Durchdringen der Lektüre und damit auch die Erhöhung der Lerneffektivität werden so in prüfungsrelevanter Weise gewährleistet. Besonders gut eignen sich diese Text hervorhebungen auch zur Wiederholung. Dies unterstreicht die außerordentlich hohe Bedeutung der Lehrbücher für den fortgeschrittenen Studenten und den Referendar.

Obwohl der gesonderte Erwerb der CD-ROM (evtl. noch) nicht möglich ist, scheint dies kein Dilemma zu sein, da die digitale Sammlung allein, ohne das dazugehörige Lehrbuch, wenig zum grundlegenden Verständnis der dogmatischen Zusammenhänge für Studenten und Referendare beitragen kann. Nach dem Motto „Nicht das Eine ohne das Andere“ sei nachdrücklich empfohlen, die CD-ROM stets bei vertiefter Lektüre (möglicherweise im Rahmen der häuslichen Nacharbeit) mit zum Lehrbuch heranzuziehen.

Inhaltlich soll nun aufgrund der Fülle des Stoffes eines dreibändigen Werkes nur kurz auf die Besonderheiten und wichtigsten Neuerungen eingegangen werden.

Die 38. Auflage des Lehrbuches „Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau“ von *Wessels/Beulke* berücksichtigt die Rechtsprechung und das Schrifttum bis Juni 2008. Besonders hervorzuheben ist die Verzahnung (gekennzeichnet durch „Beispielfall bei...“) des im *Wessels/Beulke* dargestellten Stoffes mit dessen klausurmäßiger Umsetzung

in der von *Beulke* herausgegebenen Reihe „Klausurenkurs im Strafrecht“ (Fall und Repetitionsbuch für Anfänger [4. Aufl. 2008], für Fortgeschrittene [2007] und für Examenkandidaten [2. Aufl. 2006]). Dadurch wird dem Leser über das schon durch die kleinen Beispielfälle im *Wessels/Beulke* anschauliche Maß hinaus eine weitere Möglichkeit der klausurrelevanten Anschauungsmöglichkeit präsentiert. Ebenso ist der Anhang des Lehrbuches von *Wessels/Beulke* hervorzuheben. Das mag überraschen, wird doch dem Anhang oft zu Unrecht wenig Bedeutung beigemessen. Gerade in den drei Abschnitten des Anhangs entpuppt sich jedoch die besonders hohe Klausur- und Examenrelevanz dieses Lehrbuches. Dort werden Übersichten zur Lehre der Straftat (§ 19), die Methode der Fallbearbeitung (§ 20) und eine Übungsskizze zum Aufbau eines vorsätzlichen Begehungsdeliktens (§ 21) präsentiert. Diese Passagen des Lehrbuches, insbesondere die Methodik der Fallbearbeitung, bringen dem Leser die essentiellen Grundlagen für eine Falllösung näher. Solch eine Arbeitstechnik ist neben der Kenntnis des materiellen Strafrechts elementar wichtig, um Klausuren ansprechend und problemorientiert in der meist sehr knappen Zeit erfolgsgarantiert zu lösen. Auch die Darstellung dieser wichtigen Klausurhilfen im Anhang verdeutlicht, dass der Schwerpunkt des Lehrbuches von *Wessels/Beulke* in Abgrenzung zu Fallsammlungen in der Vermittlung des Rechts liegt. Da der Stoff aber in der für Studenten und Referendare relevanten Klausurform einer Falllösung „verpackt“ werden muss, runden die Ausführungen im Anhang die Vermittlung der wichtigsten Arbeitstechniken ab und geben dem Studenten, sowohl materiell, als auch klausurtaktisch alles an die Hand, um die strafrechtliche Materie erfolgreich durchdringen und darlegen zu können.

Die 32. Auflage des Lehrbuches „Strafrecht Besonderer Teil/1 – Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte“ von *Wessels/Hettinger* beinhaltet bereits neue Straftatbestände (bspw. §§ 202b, c) und berücksichtigt Rechtsprechung und Schrifttum bis Mitte Juni 2008. Besonders hilfreich sind – neben den bereits oben erwähnten Tatbestandsübersichten am Ende eines jeden Deliktens – die in gesonderten Abschnitten eingestreuten übersichtlichen Darstellungen einzelner strafrechtlicher Probleme, da hierdurch die oft sehr schwierigen Zusammenhänge problemorientierter dargestellt und diskutiert werden. So werden u. a. die strafrechtliche Problematik der Selbsttötung (§ 1 IV.), das Problem der Heilbehandlung (§ 6), Probleme beim Zwei-Personen-Verhältnis der Geiselnahme (§ 9 III. 3.) oder der Ehrenschatz im Strafrecht (§ 10) tiefgründiger erläutert. Auf besonders ausbildungsrelevante Konstellationen kann dadurch umfassend eingegangen werden.

Die 31. Auflage des Lehrbuches „Strafrecht Besonderer Teil/2 – Straftaten gegen Vermögenswerte“ von *Wessels/Hillenkamp* berücksichtigt Rechtsprechung und Literatur bis Ende Juni 2008. Neben der gut strukturierten und inhaltlich umfassenden Darstellung der ausbildungsrelevanten Delikte gegen Vermögenswerte ist hervorzuheben, dass die Verständlichkeit durch die „Abkopplung“ einzelner Problembereiche von den Grundlagen erheblich verbessert wird. Beispielsweise werden die problematischen Fallgestaltungen innerhalb des subjektiven Unrechtstatbestandes des Diebstahls

(§ 2 IV. 5.) ausführlich und, wie immer bei der *Wessels*-Reihe, mit zahlreichen Beispielfällen praxisnah präsentiert.

Abschließend lässt sich feststellen, dass die drei Bände *Wessels/Beulke*, *Wessels/Hettinger* und *Wessels/Hillenkamp* (sowohl dem Studienanfänger den Einstieg in die umfangreiche Strafrechtswissenschaft erheblich erleichtern und dem fortgeschrittenen Studenten eine gute Gelegenheit bieten, seine Grundkenntnisse zu vertiefen, (als) auch dem Rechtsreferendar eine lerneffektive Möglichkeit an die Hand geben, in Vergessenheit geratene Kenntnisse des materiellen Strafrechts schnell zu repetieren. Auf diesem Wege werden die blauen Drillings wohl noch weitere Generationen von Juristen bei der Ausbildung begleiten und vor allem begeistern.

Wiss. Mitarbeiter Patrick M. Pintaske, Osnabrück

B u c h r e z e n s i o n

Raimund Brunner/Bernd von Heitschel-Heinegg, Staatsanwaltlicher Sitzungsdienst. Eine Anleitung für Klausur und Praxis, 11. Aufl., Luchterhand-Verlag, Köln 2008, 77 S., € 13,80

Die Strafstation gehört trotz ihres – zumindest für Laien – wenig verheißungsvollen Namens zu den beliebtesten Abschnitten des Referendariats. So äußern sich insbesondere diejenigen Referendare, die diese Station bei der Staatsanwaltschaft absolviert haben. Nicht zuletzt, weil das über Jahre erworbene Wissen hier häufig zum ersten Mal in der Praxis zum Einsatz kommt, wird die staatsanwaltliche Sitzungsververtretung oft als einer der Höhepunkte des juristischen Vorbereitungsdienstes wahrgenommen.

Das Skript „Staatsanwaltlicher Sitzungsdienst“ aus der Luchterhand-Reihe „Referendarpraxis“ ist seit 2008 in der elften Auflage erhältlich. Die *Autoren* sind gestandene Praktiker und zugleich der juristischen Ausbildung verbunden. *Brunner* ist Vorsitzender Richter am Landgericht und nebenamtlicher Arbeitsgemeinschaftsleiter, *von Heitschel-Heinegg* ist Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht, Vorsitzender Richter am Bayerischen Obersten Landesgericht a.D. und Honorarprofessor an der Universität Regensburg. Das Duo bietet damit beste Voraussetzungen, den schon im Untertitel des Skripts formulierten Anspruch zu erfüllen, eine „Anleitung für Klausur und Praxis“ zu liefern.

Das Werk ist in fünf Abschnitte gegliedert. Im ersten Kapitel werden die Grundlagen der Mitwirkung in der Hauptverhandlung dargestellt. Hier unterstreichen die *Autoren* den Praxisbezug ihres Skripts, indem sie relevante Passagen der RiStBV zitieren. Positiv zu bemerken ist auch, dass sie sich nicht zu schade sind, Selbstverständlichkeiten – in der gebotenen Kürze – klarzustellen: Für manchen mag sich der Anschaffungspreis schon bezahlt machen, wenn er in den späten Stunden des Vorabends seines ersten Einsatzes als Sitzungsvertreter schwarz auf weiß nachlesen kann, wann er sich vom Platz zu erheben hat, wie die Anklageschrift zu verlesen ist und wann er am geschicktesten die Höhe der später möglicherweise zu fordernden Tagessätze berechnet.

Das zweite Kapitel thematisiert die Beweisaufnahme und ermöglicht einen schnellen Überblick über das Beweisanzugsrecht. Der sich anschließende Abschnitt zum staatsanwaltlichen Schlussvortrag bildet den Schwerpunkt des Werks. Hier ist für die kommenden Auflagen zu wünschen, dass die Gesichtspunkte der Strafzumessung – anstelle eines Hinweises auf die Kommentierung des § 46 StGB bei *Fischer* – etwas ausführlicher dargestellt werden. Als sehr gelungen hingegen ist zu bewerten, dass auch Verfahren vor dem Jugendrichter in Gestalt einer straffen Darstellung der prozessualen Besonderheiten des Jugendstrafrechts Berücksichtigung gefunden haben.

Im vierten Kapitel wird – auch wenn der Titel des Skripts es nicht erwarten lässt – auf klausurtaktische Erwägungen zum Schlussvortrag aus Sicht des Verteidigers eingegangen. Das fünfte und letzte Kapitel umfasst eine Klausur des Aufgabentyps „staatsanwaltlicher Schlussvortrag in wörtlicher

Rede“ nebst Lösung, welche durch einige abschließende Anmerkungen nach Art der von den Prüfungsämtern zu Übungsklausuren gelieferten Korrekturhinweise hätte abgerundet werden können. Schließlich erweisen sich Notizen zum Schwierigkeitsgrad und häufigen Fehlern beim Klausurentraining als äußerst hilfreich.

Fazit: Erheblich tiefer gehende Ausführungen sind von einem Skript dieses Umfangs kaum zu erwarten. Das Werk ist für einen schnell zu gewinnenden Überblick der von der staatsanwaltlichen Sitzungsververtretung aufgeworfenen Fragen gut geeignet. Zahlreiche konkrete Formulierungsbeispiele sorgen beim Leser zudem für weitere Sicherheit im ungewohnten Terrain.

Rechtsanwalt Jens-Christof Niemeyer, Spenge

Aus den Schwerpunktbereichen: Schuldrechtliche Grundzüge des Unternehmenskaufs

Von Matthias Heusel und Nicolas Sonder, Tübingen*

Der vorliegende Beitrag richtet sich an Studierende, Referendare und interessierte Leser des jeweils einschlägigen Schwerpunktbereiches, die sich einen Überblick über das Recht des Unternehmenskaufs verschaffen wollen. Aufgrund dieser Ausrichtung soll weniger die in der Rechtsberatung vorherrschende angelsächsische Vertragspraxis dieses Bereichs interessieren, sondern vielmehr die sich aus kaufrechtlicher Sicht stellenden Fragen erörtert werden. Die mannigfaltigen Berührungspunkte mit anderen Rechtsgebieten, etwa der kartellrechtlichen Fusionskontrolle oder dem Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, bleiben außer Acht.

Zunächst werden kurz die typischen Abläufe einer Unternehmenstransaktion in der Praxis dargestellt (II). Im Folgenden sollen dann die wichtigsten kaufrechtlichen Problemkreise der Thematik aufgezeigt werden (III). Den Schluss bildet ein Fazit, das die erarbeiteten Ergebnisse zusammenfasst (IV).

I. Typischer Ablauf in der Praxis

Auf dem Weg zum Zustandekommen des Unternehmenskaufvertrages und den damit zusammenhängenden Rechtsfragen sind in der Praxis einige Phasen im Vorfeld zu beachten.

Im Zuge der Vertragsanbahnung wird zunächst ein erster Kontakt zwischen dem Kaufinteressenten und dem Verkäufer, welche beide häufig von großen Investmentgesellschaften beraten werden, hergestellt. Neben individuellen Verhandlungen besteht auch die Möglichkeit eines sogenannten Bieterverfahrens.¹ Dieses ermöglicht – vergleichbar mit einer Auktion – die Abgabe vorläufiger Angebote („Indicating Offer“), sowie eine Sondierung mehrerer Kaufinteressenten über einen bestimmten Zeitraum. Nachdem ein potentieller Käufer gefunden ist, wird üblicherweise eine Vertraulichkeitsverpflichtung vereinbart. Sie dient der Sicherung des Verkäufers, der im Zuge der fortschreitenden Verhandlungen sensible Geschäftsdaten offenlegt. Daraus entsteht für ihn das Risiko, dass der Käufer diese Angaben missbräuchlich verwendet. Für den Fall eines Verstoßes gegen diese Verpflichtungen kann eine Vertragsstrafe i.S.v. §§ 339-345 BGB vereinbart werden.

Um die Ernsthaftigkeit der Verhandlungen festzuhalten, kommt es daraufhin zur Unterzeichnung eines „Letter of Intent“ oder „Memorandum of Understanding“. Diese bringen jeweils als nicht formbedürftige Erklärungen die Absich-

ten der Parteien zum Vertragsschluss zum Ausdruck. Die Frage der rechtlichen Bindungswirkung eines Letter of Intent ist im Einzelnen umstritten, weshalb in der Praxis eine rechtliche Bindung üblicherweise vertraglich ausgeschlossen wird; wenn infolgedessen ein Letter of Intent - anders als ein Vorvertrag - in der Regel keine rechtliche Bindung bewirkt, kommt bei einem Verstoß als Grundlage für eine Schadensersatzzahlung lediglich eine zuvor vereinbarte „Break-up Fee“-Klausel in Betracht.²

Das Kernstück der Vorphase eines Unternehmenskaufs bildet die so genannte „Due Diligence“-Prüfung. Übersetzt werden kann der Begriff sinngemäß mit „die gebührende im Verkehr erforderliche Sorgfalt“. Dabei wird das Zielunternehmen in all seinen Bereichen hinsichtlich potentieller Risiken, seines Wertes sowie seiner zukünftigen Möglichkeiten von Käufer- und/oder Verkäuferseite überprüft. Durch diese sorgfältige Analyse und Bewertung können verlässliche und fundierte Daten über das Zielunternehmen gewonnen werden.³ In der Praxis ist diese Vorgehensweise zu großen Teilen standardisiert und wird oftmals anhand von Checklisten durchgeführt. Das Ergebnis wird schließlich in einem „Due Diligence“-Report zusammengefasst.⁴ Die rechtliche Natur der „Due Diligence“ und ihre Auswirkungen ist noch nicht vollständig geklärt. So herrscht zum einen Streit, ob auf Erwerberseite eine Pflicht oder zumindest eine Verkehrssitte besteht, diese Prüfung durchzuführen.⁵ Zum anderen ist fraglich, ob der Umfang der gesetzlichen Aufklärungspflichten für den Verkäufer dadurch reduziert werden kann. Auf Grundlage der bisherigen Erkenntnisse kann es zunächst zur Vereinbarung einer Exklusivität hinsichtlich der Verhandlungen nach Auswahl bestimmter Kaufinteressenten oder aber direkt zur Abgabe eines verbindlichen Angebots („Binding Offer“) kommen. Angebot und Annahme unterliegen hierbei den allgemeinen Regeln der §§ 145ff. BGB. Nach erfolgter und wirksamer Annahme ist der Weg zur rechtlichen Gestaltung des Unternehmenskaufvertrages frei. Am Ende steht mit der Unterzeichnung des Vertrages der Abschluss des schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts („Signing“). Nach gegebenenfalls erforderlicher Freigabe durch die Kartellbehörden er-

* Der Autor Matthias Heusel ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Europarecht und Rechtsvergleichung der Universität Tübingen von Prof. Dr. Wernhard Möschel. Der Verfasser Nicolas Sonder ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei der KPMG Rechtsanwalts-gesellschaft in Stuttgart.

¹ Zur Kaufpreisberechnung beim Erwerb von Unternehmen: Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 13. Aufl. 2008, Rn. 731ff.

² Vgl. zu solchen „Break-up Fees“ Hilgard, BB 2008, 286 ff.; ausführlich zum „Letter of Intent“ Lutter, Der Letter of Intent, 3. Aufl. 1998; zur Vertragspraxis des Ausschlusses der Bindungswirkung von Letters of Intent vgl. z.B. Holzapfel/Pöllath (Fn. 1), Rn. 16.

³ Richert, Die Due Diligence beim Unternehmenskauf, 2004, S. 11.

⁴ Körber, NZG 2002, 263 (264); Wegen, WiB 1994, 291; einen guten Überblick über die verschiedenen Arten einer „Due Diligence“-Prüfung liefert Gran, NJW 2008, 1409 (1412 ff.).

⁵ Hierzu sowie allgemein zum Einfluss der Due Diligence auf die Gewährleistungsrechte des Käufers Müller, NJW 2004, 2196 ff.

folgt der Vollzug des dinglichen Rechtsgeschäfts durch die Übereignung des Unternehmens („Closing“).⁶ Damit ist der Erwerb des Unternehmens abgeschlossen.

II. Schuldrechtliche Problemkreise des Erwerbs von Unternehmen

1. Das Unternehmen als Kaufgegenstand

Eine einheitliche Definition des Begriffs „Unternehmen“ existiert nicht. Die Auslegung erfolgt vielmehr entsprechend der Funktion des jeweiligen Rechtsgebiets, das einen Teilbereich des Rechts der wirtschaftlichen Unternehmen regelt. Es finden sich verschiedene Definitionen des Begriffs „Unternehmen“ etwa im Konzernrecht (§§ 15 ff. AktG), Arbeitsrecht (§ 47 Abs. 1 BetrVG) oder Kartellrecht (§ 1 GWB). Für den Unternehmenskauf geht man von einem Inbegriff von Sachen, Rechten und sonstigen Vermögenswerten (etwa Ressourcen, Vertragsbeziehungen, Geschäftschancen, „good will“) aus.⁷ Das Unternehmen kann Gegenstand des Rechtsverkehrs sein, also auch gekauft oder verkauft werden. Hierbei ist, entsprechend dem Trennungs- und Abstraktionsprinzip, zwischen dem schuldrechtlichen Kausalgeschäft und dem sachenrechtlichen Erfüllungsgeschäft zu trennen.

Schuldrechtliche Grundlage der Unternehmensveräußerung ist regelmäßig ein Kaufvertrag. Dieser verpflichtet den Veräußerer, das Unternehmen auf den Erwerber zu übertragen. Hierbei wird das Unternehmen als Einheit behandelt, weshalb nur *ein* Kaufvertrag notwendig ist.⁸ Für die dingliche Übertragung stehen zwei Möglichkeiten zur Verfügung: Kauft der Erwerber sämtliche zum Unternehmen gehörende Vermögensgegenstände, spricht man von einem „echten“ Unternehmenskauf (sog. „Asset Deal“). Wird das Unternehmen dagegen von einer Gesellschaft (etwa einer GmbH) betrieben, kann er, anstelle der Vermögensgegenstände, die Gesellschaftsanteile kaufen. Durch diesen Beteiligungskauf (sog. „Share Deal“) wird ein ähnlicher wirtschaftlicher Effekt wie beim Asset Deal erzielt.⁹ Juristisch sind beide Fälle aber zu unterscheiden. Das folgt aus dem sachenrechtlichen Spezialitätsprinzip, wonach dingliche Rechte nur in Bezug auf einzeln bestimmte Sachen möglich sind. Vor diesem Hintergrund ist einleuchtend, dass ein Unternehmen im Wege des Asset Deals nicht durch einen einheitlichen Rechtsakt übertragen werden kann. Vielmehr ist jeder Vermögensgegenstand einzeln und nach den dafür geltenden Regelungen zu

übertragen: Grundstücke sind aufzulassen und einzutragen, Forderungen werden abgetreten, Warenlager übereignet. Einige Güter, wie etwa der Kundenstamm oder das Know-how können nicht im eigentlichen Sinne übertragen werden. Hier besteht für den Verkäufer die Pflicht, dem Erwerber die erforderlichen Informationen zu verschaffen, etwa durch Aushändigung einer Kundenliste.¹⁰ Beim Share Deal sind die zu übertragenden Gesellschaftsanteile einzeln zu bezeichnen und entsprechend den jeweiligen Regeln zu übertragen. Erwirbt der Käufer z.B. eine GmbH, erfolgt die Übertragung der Anteile durch Abtretung gem. §§ 398, 413 BGB. Dabei sind gem. § 15 Abs. 3, 4 GmbHG sowohl das Verpflichtungs- als auch das Verfügungsgeschäft formbedürftig.¹¹

Es bleibt zu klären, wie der echte Unternehmenskauf und der Anteilskauf einzuordnen sind, also ob sie den Regeln des Sach- oder Rechtskaufs unterfallen. Ihre Sprengkraft hat diese Frage freilich verloren, seit Sach- und Rechtskauf in § 453 BGB gleichgestellt werden.¹² Beim Asset Deal bilden verschiedene Vermögenswerte den Gegenstand des Kaufvertrages, was eine Einordnung unter § 433 Abs. 1 BGB nahe legt. Allerdings werden nicht ausschließlich Sachen i.S.d. § 90 BGB veräußert, sondern auch Vermögenswerte, die keine körperliche Substanz aufweisen (z.B. der Kundenstamm). Der echte Unternehmenskauf ist daher ein Kauf eines „sonstigen“ Gegenstands i.S. von § 453 Abs. 1 BGB.¹³ Der Share Deal ist dagegen unproblematisch als reiner Rechtskauf einzuordnen.¹⁴

2. Gewährleistungsansprüche des Unternehmenskäufers

Hat das Unternehmen nicht die geschuldete Eigenschaft, wird der Käufer fragen, ob ihm Gewährleistungsansprüche gegen den Verkäufer zustehen. Sowohl für den Asset Deal als auch für den Share Deal ist über die Verweisungsnorm des § 453 Abs. 1 BGB das Kaufmängelgewährleistungsrecht entsprechend heranzuziehen, dessen Dreh- und Angelpunkt § 437 BGB ist.

Zunächst setzt § 437 BGB die Mangelhaftigkeit der Kaufsache voraus. Das verkaufte Unternehmen muss also mit

⁶ Vgl. z.B. *Timmerbeil/Stancke*, Bucerius Law Journal 2008, 24 (28).

⁷ Vgl. z.B. BGH NZG 2002, 298 (299); *Beckmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 453 Rn. 22; *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 453 Rn. 7; anders etwa *Lieb*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 2. Aufl. 2005, Anh. § 25 Rn. 3: „*betriebsfähige Wirtschaftseinheit, die dem Unternehmer das Auftreten am Markt ermöglicht*“.

⁸ *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, 7. Aufl. 2004, Rn. 1248.

⁹ Zur Entscheidung, ob ein Unternehmenskauf als Share oder Asset Deal gestaltet wird: *Timmerbeil/Stancke*, Bucerius Law Journal 2008, 24 (26 f.).

¹⁰ *Faust*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 2. Aufl. 2007, § 453 Rn. 25.

¹¹ Ausführlich zur Form, vgl. III. 5.; Gem. § 16 Abs. 3 GmbHG n.F. ist ein gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen möglich. Zu dieser und weiteren Änderungen des GmbHG durch das MoMiG: *Kindler*, in: ZJS 2008, 578 (581 f.).

¹² *Weidenkaff* (Fn. 7), § 453 Rn. 6a. Vor der Schuldrechtsreform 2002 kam dieser Frage erhebliche Bedeutung zu, da sich die gewährleistungsrechtlichen Folgen zwischen einem Rechts- und Sachmangel stark unterschieden. Der Asset Deal wurde von der h.M. als Sachkauf angesehen und in Analogie zu den §§ 459 ff. BGB a.F. gelöst. Der Share Deal wurde dem Rechtsmängelrecht der §§ 437 ff. BGB a.F. unterstellt.

¹³ Begr. RegE SchuldModG, BT-Drucks. 14/6040, S. 242; *Reinicke/Tiedtke* (Fn. 8), Rn. 1248.

¹⁴ Vgl. z. B. *D. Schmidt*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2008, § 453 Rn. 28.

einem Sach- oder Rechtsmangel behaftet sein. Hierbei muss zwischen Asset Deal und Share Deal unterschieden werden.

a) Mängel beim Asset Deal

Da beim Asset Deal eine Gesamtheit von Sachen und Rechten verkauft wird, kommen sowohl Sach- als auch Rechtsmängel in Betracht. Das bestätigt § 453 Abs. 3 BGB, der sowohl auf § 434 BGB als auch § 435 BGB verweist. Hierbei ist in doppelter Hinsicht zu differenzieren: zum einen zwischen Mängeln des Gesamtunternehmens und solchen einzelner zum Unternehmen gehörender Gegenstände, zum anderen zwischen Sach- und Rechtsmängeln.

Ausgangspunkt der Beurteilung, ob das verkaufte Gesamtunternehmen einen Sachmangel aufweist, ist der subjektive Fehlerbegriff in § 434 Abs. 1 S. 1 BGB. Demnach ist zunächst zu prüfen, ob die Parteien eine bestimmte Beschaffenheit des Unternehmens vereinbart haben. Wird beispielsweise eine Räumlichkeit als Pension verkauft,¹⁵ handelt es sich in Wahrheit aber um ein „Stundenhotel“, weicht die tatsächliche Ist-Beschaffenheit von der vereinbarten Soll-Beschaffenheit ab und es liegt ein Sachmangel vor. Werden keine Absprachen getroffen, ist das Kriterium der vertraglich vorausgesetzten Verwendung (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB) bzw. der üblichen Beschaffenheit nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB heranzuziehen. Erhebliche Schwierigkeiten stellen sich bei letztgenannter Alternative. Angesichts der unterschiedlichen Struktur von Unternehmen - man mag nur an die krassen Divergenzen zwischen einem Großkonzern und einem kleinen Malerbetrieb denken - leuchtet ein, wie schwer die Festlegung einer Standardbeschaffenheit von Unternehmen fällt.¹⁶ Eine allgemein gültige Definition ist freilich nicht möglich. Vielmehr wird die übliche Beschaffenheit anhand von Indizien zu bestimmen sein, z.B. Unternehmensbranche, Marktstellung, rechtliche und organisatorische Struktur, Anzahl der Mitarbeiter. So kann dem jeweiligen Einzelfall angemessen Rechnung getragen werden. Die gewöhnliche Verwendung eines Unternehmens liegt hingegen regelmäßig in seiner Fortführung.¹⁷

Besondere Probleme wirft die unrichtige Angabe von Umsatz oder Ertrag des Unternehmens auf. Vor der Schuldrechtsreform wurde ein Sachmangel überwiegend mit der Begründung abgelehnt, die Unternehmenszahlen würden der Kaufsache nicht dauerhaft anhaften.¹⁸ Schuldhaftes Falschangaben sollten nur eine Haftung des Veräußerers aus Verschulden bei Vertragsschluss herbeiführen. Durch die Neuregelung des Kaufmängelrechts ist dieser Auslegung die Grundlage entzogen.¹⁹ Denn unter den Begriff der Beschaf-

fenheit fallen nunmehr auch Umstände, die der Kaufsache nicht unmittelbar anhaften.²⁰ Die Parteien können jedes ihnen relevant erscheinende Merkmal einer Sache als Beschaffenheit vereinbaren. Das gilt sowohl für gegenwärtige Unternehmenskennzahlen als auch für Angaben über die zukünftige Ertragslage.²¹ Auf der Grundlage des subjektiven Fehlerbegriffs kann selbst für die Information über vergangene Umsätze nichts anderes gelten. Für den Verkäufer droht hier nicht die Gefahr, tatsächlich nicht erreichte Umsätze in Geld ausgleichen zu müssen. Denn eine solche Ausgleichszahlung kann den in der Vergangenheit erwirtschafteten Umsatz nicht rückwirkend erhöhen. Auch diese Fälle sind damit dem Sachmängelgewährleistungsrecht zu unterstellen,²² womit ein Rückgriff auf §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB nicht notwendig ist. Im Übrigen wäre eine Anwendung der c.i.c. neben dem Gewährleistungsrecht im Rahmen eines Unternehmenskaufs umstritten.²³ Auch eine Anfechtung des Unternehmenskaufvertrages bei falschen Bilanzangaben nach § 119 Abs. 2 BGB wird vom Gewährleistungsrecht verdrängt.²⁴

§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB setzt neben dem Nichtvorliegen eines Sachmangels voraus, dass das Unternehmen auch keinen Rechtsmangel i.S.d. § 435 BGB hat. Ein solcher liegt vor, wenn ein Dritter in Bezug auf das Unternehmen keine oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte hat. Unter § 435 BGB fällt daher etwa ein öffentlich-rechtliches Betriebsverbot. Die Abgrenzung zwischen Sach- und Rechtsmangel kann im Einzelfall schwer sein, ist jedoch aufgrund der Gleichstellung der Rechtsfolgen nicht von entscheidender Bedeutung.

Von besonderer Brisanz ist dagegen die Frage, ob ein Rechts- oder Sachmangel an einem zum Unternehmen gehörenden Einzelgegenstand (sog. Substratmangel) einen Mangel des Gesamtunternehmens herbeiführen kann. Ein Teil der Literatur möchte in einem Substratmangel regelmäßig einen Mangel des ganzen Unternehmens sehen.²⁵ Streng genommen würde demzufolge schon ein mangelhafter Bleistift Gewährleistungsansprüche auslösen können. Das ist zum einen höchst unpraktikabel, zum anderen dogmatisch sehr zweifelhaft. Schließlich ist das Unternehmen als *Einheit* Gegenstand des Kaufvertrages. Zwar begründet der schuldrechtliche Vertrag die Pflicht zur Übertragung jedes Einzelgegenstandes. Das wiederum ist jedoch ein dinglicher Akt, der nach

Reinicke/Tiedtke (Fn. 8), Rn. 1253 ff.; a.A. *U. Huber*, AcP 202 (2002), 179 (224).

²⁰ Begr. RegE SchuldModG, BT-Drucks. 14/6040, S. 213; *Wolf-Kaiser*, DB 2002, 411 (412).

²¹ A.A. *Eidenmüller*, ZGS 2002, 290 (295), der nur gegenwärtige Angaben zulassen will.

²² Vgl. z.B. *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 8 Abs. 2 Rn. 31; *Holzappel/Pöllath* (Fn. 1), Rn. 409.

²³ vgl. hierzu und zum Streitstand *Barnert*, WM 2003, 416 (416 ff.).

²⁴ Zum Verhältnis der §§ 434 ff. zu § 119 Abs. 2 BGB vgl. *D.Schmidt* (Fn. 14), § 437 Rn. 69 f.

²⁵ So *Wolf-Kaiser*, DB 2002, 411 (414); wohl auch *Reinicke/Tiedtke* (Fn. 8), Rn. 1249.

¹⁵ So z.B. der Fall, welcher der Entscheidung BGH NJW 1992, 2564, zugrundelag.

¹⁶ *U. Huber*, AcP 202 (2002), 179 (212 f.) hält daher § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB auf den Unternehmenskauf für unanwendbar. Das lehnt *Lieb* (Fn. 7), Anh. § 25 Rn. 66 zu Recht ab.

¹⁷ *Holzappel/Pöllath* (Fn. 1), Rn. 410.

¹⁸ Vgl. nur BGH NJW 1970, 653 (655).

¹⁹ Vgl. z.B. *Westermann*, Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 453 Rn. 31; *Faust* (Fn. 10), § 453 Rn. 29 f.;

dem Abstraktionsprinzip nicht das Verpflichtungsgeschäft beeinflusst. Daher ist vorzugswürdig, für die Feststellung von Mängeln beim Gesamtunternehmen anzusetzen.²⁶ Damit ist freilich nicht ausgeschlossen, dass einzelne zum Unternehmen gehörende Gegenstände einen Mangel des gesamten Unternehmens begründen können. Vielmehr kann das der Fall sein, wenn der Substratmangel auf das Gesamtunternehmen „durchschlägt“. Hierfür ist im Sinne einer Gesamtbeurteilung zu prüfen, ob der Mangel eines einzelnen Gegenstandes die Tauglichkeit des gesamten Unternehmens beeinträchtigt, also „dessen wirtschaftliches Gefüge erschüttert“.²⁷ Damit wird erreicht, dass der Mangel des Einzelgegenstandes in Bezug auf das Gesamtunternehmen zu würdigen ist.²⁸ Der bildhafte Terminus des „Durchschlagens“ verhindert so ein Ausufern der Gewährleistungshaftung des Unternehmensverkäufers. Das ist notwendig, da beim Verkauf eines Unternehmens, das eine schwer überschaubare Vielzahl an Sachen und Rechten vereint, stets einzelne Gegenstände oder Rechte einen Mangel aufweisen.²⁹ Ein Durchschlagen liegt beispielsweise vor bei einem chemisch verseuchten Betriebsgrundstück, bei einem Warenlager mit erheblichen Fehlbeständen (Sachmängel), oder wenn betriebsnotwendige Maschinen wegen Sicherungsübereignung nicht eingesetzt werden können (Rechtsmangel).³⁰

b) Mängel beim Share Deal

Beim Share Deal als echtem Rechtskauf kommen primär Rechtsmängel gem. § 435 BGB in Betracht. Nicht hierher gehört der Verkauf von Geschäftsanteilen, die gar nicht existieren. Wie § 433 Abs. 1 S. 2 BGB zeigt, stellt das eine Nichterfüllung und keinen Rechtsmangel dar, weshalb auf der Rechtsfolgenseite das Gewährleistungsrecht nicht anwendbar ist. Vielmehr liegt ein Fall der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit vor, für den der Verkäufer bei Verschulden unter den Voraussetzungen des § 311a Abs. 2 BGB auf Schadensersatz haftet.³¹

Ein Rechtsmangel liegt dagegen vor, wenn verkaufte Gesellschaftsanteile mit Rechten Dritter, etwa einem Pfandrecht belastet sind. Auch der Verkauf von Anteilen an einer in Liquidation befindlichen Gesellschaft fällt unter § 435 S. 1

BGB, sofern sie nicht als solche verkauft sind.³² Denn der Erwerber ist hier nur noch am Liquidationserlös beteiligt und nicht mehr an den laufenden Gewinnen des Unternehmens. Problematisch ist, ob der Verkauf von Geschäftsanteilen an einem überschuldeten Unternehmen (zum Begriff der Überschuldung siehe § 19 Abs. 2 S. 1 InsO) gleich zu behandeln ist. Dafür spricht, dass die Überschuldung zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens führt. Allerdings bleiben, anders als bei der Liquidation, Gewinnansprüche im Falle der Überschuldung bestehen; nur die tatsächliche Gewinnerwartung fällt weg. Das mindert zwar den Wert der Geschäftsanteile, kann aber nicht mit der Liquidation, die den rechtlichen Bestand der Anteilsrechte betrifft, verglichen werden.³³ Es ist nur die Werthaltigkeit des Anteils betroffen, die nicht von § 435 BGB geschützt wird.

Möglicherweise stellt die Überschuldung aber ein Sachmangel dar. Unproblematisch ist dies, wenn bestimmte Erträge des Unternehmens als Beschaffenheit der verkauften Anteile vereinbart wurden. Grundlage dessen ist erneut der subjektive Fehlerbegriff des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB. Komplizierter ist die Rechtslage allerdings, wenn eine solche Beschaffenheitsvereinbarung fehlt. Dann stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Mangel des Unternehmens (etwa die Überschuldung) zu einem Sachmangel des Anteilskaufs führt. Die ganz h.M. hält ein derartiges „Durchschlagen“ im Falle eines so genannten beherrschenden Anteilserwerbs für möglich.³⁴ Hintergrund ist folgende Überlegung: Ein Mangel nach § 434 Abs. 1 S. 2 BGB setzt voraus, dass sich das Unternehmen nicht für die im Vertrag vorausgesetzte (Nr. 1) bzw. gewöhnliche (Nr. 2) Verwendung eignet. Die Verwendung bezieht sich beim Share Deal auf die erworbenen Anteile und nicht auf das Unternehmen selbst. Folglich berührt ein Mangel des Unternehmens die Verwendbarkeit der Anteile grundsätzlich nicht. Anders ist das aber beim beherrschenden Anteilskauf, wenn faktisch das Gesamtunternehmen erworben wird. Dann ist es geboten, einen derartigen Share Deal dem Asset Deal gleichzustellen und ein „Durchschlagen“ von Mängeln zu bejahen. Unklar ist, ab welchem Schwellenwert von einem beherrschenden Anteilserwerb gesprochen werden kann. Hierbei wird nahezu jeder Zahlenwert im Bereich von 60 % bis 95 % der Geschäftsanteile vertreten.³⁵ Hintergrund ist stets die Frage, unter welcher Voraussetzung von einer „Herrschaft“ des Käufers auszugehen ist, er also das Unternehmen allein leiten kann. Dafür muss er die Möglichkeit zur Satzungsänderung haben, da er nur so Geschäftsführung, Kapitalausstattung und Unternehmensgegenstand selbstständig bestimmen kann. Erforderlich ist, dass derartige Maßnahmen nicht durch eine Sperrminorität

²⁶ Vgl. z.B. BGH NJW 1969, 184; NJW 1995, 1547 (1548); *Faust* (Fn. 10), § 453 Rn. 27.

²⁷ *Westermann* (Fn. 19), § 453 Rn. 27. Die Formulierungen unterscheiden sich im Einzelnen, doch werden durchweg strenge Anforderungen an das Durchschlagen des Mangels eines Einzelgegenstandes auf das gesamte Unternehmen gestellt, vgl. die Zusammenstellung der in der Literatur diskutierten Ansätze bei *Canaris* (Fn. 22), § 8 II Rn 36.

²⁸ Vgl. z. B. *Weidenkaff* (Fn. 7), § 453 Rn. 7; *D.Schmidt* (Fn. 14), § 453 Rn. 30.

²⁹ Vgl. z.B. *Canaris* (Fn. 22), § 8 II Rn. 35.

³⁰ Beispiele nach OLG-Hamm NJW-RR 1987, 968 (968); BGH NJW 1979, 33; BGH NJW 1969, 184; weitere Beispiele finden sich bei *Ek/von Hoyerberg*, Unternehmenskauf- und verkauf, 2007, S. 72.

³¹ Vgl. *Beckmann* (Fn. 7), § 453 Rn. 6; *Eidenmüller*, NJW 2002, 1625 (1626).

³² Vgl. RGZ 99, 217 (220); *Putzo* (Fn. 7), § 453 Rn. 23.

³³ BGH NJW 1980, 2408 (2409).

³⁴ Vgl. z.B. BGHZ 65, 246 (251); BGHZ 138, 195 (205); *Beckmann* (Fn. 7), § 453 Rn. 33; *Lieb* (Fn. 7), Anh. § 25 Rn. 121 f.; *Ek/von Hoyerberg* (Fn. 30), S. 75; *Wolf/Kaiser*, DB 2002, 411 (416); a.A. *Eidenmüller*, ZGS 2002, 290 (294). Zum Begriff des beherrschenden Anteilserwerbs: *Canaris* (Fn. 22), § 8 II Rn. 48.

³⁵ Zum Meinungsstand: *Barnert*, WM 2003, 416 (416 ff.).

tät anderer Gesellschafter blockiert werden können. In diesem Fall wäre die selbständige Unternehmenslenkung durch den beherrschenden Anteilseigner eben nicht durchsetzbar. Als Schwelle ist mithin an die satzungändernde Mehrheit, die bei AG und GmbH jeweils über 75 % der Aktien bzw. Geschäftsanteile beträgt (vgl. §§ 179 Abs. 2 AktG, 53 Abs. 2 GmbHG), anzuknüpfen.³⁶ Allerdings ist dann für die Prüfung des Durchschlagens eines Mangels des Unternehmens auf den Anteilserwerb ein äußerst strenger Maßstab anzulegen. Dementsprechend wird in der Rechtsprechung ein Durchschlagen grundsätzlich nur bejaht, wenn annähernd 100% der Anteile erworben werden.³⁷ Ab dieser Eingangsschwelle kann ein Mangel des Unternehmens einen Sachmangel der verkauften Anteile begründen.

c) Gefährübergang

Auch beim Unternehmenskauf trägt der Verkäufer die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der Verschlechterung des Unternehmens bis zur Übergabe, § 446 S. 1 BGB. Nach der Übergabe befindet sich das Unternehmen im Machtbereich des Käufers, weshalb er folgerichtig die Sach- und Preisgefahr zu tragen hat. Geht das Unternehmen also in seinem Machtbereich unter, bleibt er entgegen § 326 Abs. 1 BGB zur Kaufpreiszahlung verpflichtet. Der richtigen Bestimmung des Übergabezeitpunkts kommt demnach enorme – auch finanzielle – Bedeutung zu. Beim Asset Deal ist zu beachten, dass eine vollständige Wirtschaftseinheit verkauft wird. Diese ist jedoch solange nicht komplett und damit funktionstüchtig, bis das letzte Wirtschaftsgut übertragen ist.³⁸ Denn erst zu diesem Zeitpunkt hat der Verkäufer die Pflicht aus dem Kaufvertrag erfüllt, das Unternehmen als Ganzes dem Käufer zu übereignen. Für den Share Deal ist § 446 BGB nicht direkt anwendbar, da dieser von der „Übergabe“ spricht. Gesellschaftsanteile werden aber nicht übergeben, sondern abgetreten. Daher ist in analoger Anwendung der Bestimmung auf den Zeitpunkt der Abtretung der Rechte abzustellen.³⁹

d) Die einzelnen Gewährleistungsansprüche

Liegt ein Mangel vor, so stehen dem Käufer die in § 437 BGB aufgeführten Gewährleistungsrechte zu. Der Anspruch auf Nacherfüllung genießt Vorrang, da auch beim Unternehmenskauf dem Verkäufer ein Recht zur zweiten Andienung zusteht. Die Nachlieferung (§ 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB) wird grundsätzlich ausscheiden. Zwar ist eine Ersatzlieferung beim Stückkauf durchaus möglich,⁴⁰ jedoch ist ein Unternehmen als komplexe Wirtschaftseinheit derart einzigartig, dass auf dem Markt kaum ein vergleichbares Objekt auffindbar ist. In Betracht kommt dagegen eine Nachbesserung, etwa im Wege der Mangelbeseitigung. Das ist indes unmöglich gemäß § 275

Abs. 1 BGB, wenn unrichtige Ertragsangaben in Streit stehen, da derartige Fehler in der Bilanz nicht rückwirkend beseitigt werden können.⁴¹

Ist die Nacherfüllung unmöglich, fehlgeschlagen oder verweigert worden, kann der Käufer vom Vertrag gemäß §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1, 440 BGB zurücktreten. In der Praxis wird das Rücktrittsrecht regelmäßig beschränkt oder ausgeschlossen, um die enormen Schwierigkeiten, welche die Rückabwicklung des Unternehmenskaufs mit sich bringt, zu umgehen.⁴² Diese resultieren daraus, dass der Käufer das Unternehmen weiter betreibt und es sich hierdurch rechtlich und wirtschaftlich verändert. In seiner ursprünglichen Form kann es daher nicht zurückgewährt werden (§ 346 Abs. 1 BGB). Folglich wäre nach § 346 Abs. 2 BGB Wertersatz zu leisten. Der objektive Verkehrswert eines Unternehmens ist jedoch nur äußerst schwer bestimmbar.⁴³

Weiterhin kann der Käufer den Kaufpreis gem. §§ 437 Nr. 2, 441 BGB mindern. Dabei wird gemäß § 441 Abs. 3 BGB der Kaufpreis in dem Verhältnis herabgesetzt, in dem der Wert des Unternehmens in mangelfreiem Zustand im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zum wirklichen Wert gestanden hätte.⁴⁴ Die Erheblichkeit des Mangels spielt insoweit keine Rolle, da § 441 Abs. 1 S. 2 die Anwendung des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ausschließt. Wie auch der Rücktritt wird die Minderung durch einseitige Gestaltungserklärung ausgeübt.

Außerdem bleibt dem Käufer das Recht zum Schadensersatz bzw. Ersatz vergeblicher Aufwendungen nach §§ 437 Nr. 3, 440, 280, 281, 283, 311a BGB. Dieser Anspruch besteht nach § 325 BGB neben dem Recht auf Rücktritt bzw. Minderung. Die Abgrenzung zwischen Schadensersatz neben der Leistung und Schadensersatz statt der Leistung erfolgt nach wohl überwiegender Ansicht anhand der Frage, ob die Nacherfüllung im spätest möglichen Zeitpunkt den Schaden abgewendet hätte.⁴⁵ Ist das zu bejahen, ist der Schadensersatz statt der Leistung einschlägig, womit neben § 280 Abs. 1 BGB die weiteren Voraussetzungen aus §§ 281, 283 oder 311a Abs. 2 BGB vorliegen müssen. Der Schaden liegt im Minderwert des Unternehmens sowie in den daran anknüpfenden Einbußen.⁴⁶ Als problematisch erweist sich der Schadensersatz statt der ganzen Leistung („großer Schadensersatz“), da mit ihm die Rückgabe des Unternehmens verbunden ist. Das schafft ähnliche Probleme wie beim Rücktritt.

Zuletzt ist die Regelung des § 442 Abs. 1 BGB zu beachten, nach welcher die Gewährleistungsrechte des Käufers

⁴¹ *Wolf/Kaiser*, DB 2002, 411 (418).

⁴² *Westermann* (Fn. 19), § 437 Rn. 48; *Holzapfel/Pöllath* (Fn. 1), Rn. 450.

⁴³ Vgl. zur Unternehmensbewertung *K.Schmidt* (Fn. 7), § 131 Rn. 140-145.

⁴⁴ Anschaulich hierzu: *D.Schmidt* (Fn. 14), § 453 Rn. 14.

⁴⁵ So z.B. *S. Lorenz*, NJW 2002, 2497 (2500); *Tiedtke/Schmitt*, BB 2005, 615 (616 f.).

⁴⁶ Vgl. *Lieb* (Fn. 7), Anh. § 25 Rn. 106, wonach der Schadensersatzanspruch nach allgemeinen Regeln auch weitere Schäden (wie etwa anfallende Vertragsabschlusskosten) umfasst.

³⁶ *Ek/von Hoyenberg* (Fn. 30), S. 74 f.

³⁷ BGHZ 65, 246 (251); BGH WM 1969, 67 (68); NJW 1980, 2408 (2409); 2001, 2163 (2164).

³⁸ Vgl. *Bergjan*, Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform 2002 auf den Unternehmenskauf, 2003, S. 178.

³⁹ Vgl. z.B. *Holzapfel/Pöllath* (Fn. 1), Rn. 420 a.E.

⁴⁰ Vgl. BGHZ 168, 64; *D.Schmidt* (Fn. 14), § 439 Rn. 25.

ausgeschlossen sind, wenn dieser den Mangel bei Abschluss des Vertrags kannte oder wenn er sie grob fahrlässig verkannete und der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Beschaffenheitsgarantie übernommen hatte.⁴⁷ Fraglich ist, ob eine unterlassene oder nicht sorgfältig durchgeführte „Due Diligence“-Prüfung zum Nachteil des Käufers ausgelegt werden kann.⁴⁸ Auf Grund des Folgeproblems der Wissenszurechnung gemäß § 166 Abs. 1 BGB ist der Konflikt schwer lösbar. Deshalb ist dem Käufer zu raten, auf eine vertragliche Garantiezusage des Verkäufers zu drängen, wenn bestimmte Beschaffenheitsmerkmale bei der „Due Diligence“ nicht eindeutig aufklärbar sind.⁴⁹

3. Vorvertragliche Haftung

Der Aspekt der vorvertraglichen Haftung nimmt beim Unternehmenskauf eine gesonderte Rolle ein. Wie oben festgestellt, unterfällt der Unternehmenskauf grundsätzlich dem Gewährleistungsrecht.⁵⁰ Daher besteht für den Auffangtatbestand der culpa in contrahendo nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB nur noch ein geringes Bedürfnis.⁵¹

a) Verletzung von Aufklärungspflichten und Abbruch von Vertragsverhandlungen

Denkbar ist jedoch stets eine Haftung des Verkäufers aus § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten, soweit diese sich nicht dem Anwendungsbeereich der §§ 434 ff. BGB zuordnen lässt. Abgrenzungskriterium hierfür bildet die Frage, ob sich unrichtige Angaben des Käufers auf die Beschaffenheit beziehen, etwa auf die Ertragslage des Unternehmens.⁵² Ist das nicht der Fall, kommt ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB in Betracht. Bestand und Umfang der Aufklärungspflichten bestimmen sich nach Treu und Glauben und hängen maßgeblich von der Schutzbedürftigkeit des Käufers im Einzelfall ab.⁵³ So muss der Käufer beispielsweise ungefragt sämtliche Verbindlichkeiten des Unternehmens offenba-

ren, wenn diese die Liquidität des Unternehmens in der Zukunft ernsthaft gefährden.⁵⁴ Eine klassische Frage lautet, inwieweit der Umfang der Aufklärungspflichten des Verkäufers durch eine Due Diligence-Prüfung des Käufers reduziert wird. Es lässt sich durchaus vertreten, dass der Käufer dann nur noch eingeschränkt schutzwürdig ist, da der Verkäufer je nach Umfang und Vollständigkeit der im Datenraum zur Verfügung gestellten Informationen seiner vorvertraglichen Aufklärungspflicht weitgehend nachkommen kann.⁵⁵

Immer wieder diskutiert wird auch die rechtliche Behandlung des Abbruchs der Vertragsverhandlungen beim Unternehmenskauf durch den Verkäufer. Nach den allgemeinen Regeln wird dadurch zunächst noch keine Schadensersatzpflicht begründet, da es nach den Grundsätzen der Privatautonomie jedermann frei steht, von Vertragsverhandlungen Abstand zu nehmen.⁵⁶ Nur bei Hinzutreten besonderer Umstände, wie etwa wenn der Verkäufer den Vertragsschluss als sicher hinstellt oder Vorleistungen veranlasst und somit ein berechtigtes Vertrauen erweckt und dann im Folgenden die Verhandlungen ohne triftigen Grund abbricht, kann eine Pflicht zum Schadensersatz bestehen. Auch ein „Letter of Intent“ kann bei entsprechendem Inhalt ein Vertrauen auf den Abschluss begründen.⁵⁷

b) Rechtsfolgen

Rechtsfolge einer Verletzung aus §§ 311 Abs. 2 Nr. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB ist meist Schadensersatzanspruch. Ersetzt wird grundsätzlich nicht das positive Interesse, sondern das Vertrauensinteresse, welches ausnahmsweise auch den entgangenen Gewinn umfassen kann⁵⁸. Der Käufer ist beim Abbruch von Vertragsverhandlungen durch den Verkäufer folglich so zu stellen, wie er nach einer ordnungsgemäßen Aufklärung durch den Verkäufer stehen würde. Deshalb hat er beim Abbruch von Vertragsverhandlungen in der Regel keinen Anspruch auf den Abschluss des Vertrages, es sei denn wenn bei pflichtgemäßem Verhandlungsverhalten der Vertrag sicher zustande gekommen wäre⁵⁹. Eine entsprechende Verletzung von Aufklärungspflichten durch die Erfüllungsgehilfen des Verkäufers, insbesondere seiner Berater, wird diesem über § 278 BGB zugerechnet.

⁴⁷ Die Frage, ob die Rügeobliegenheit des § 377 HGB auf den Unternehmenskauf Anwendung findet, ist im Einzelnen ungeklärt, vgl. *Bergjan* (Fn. 38), S. 120.

⁴⁸ Bejahend etwa *Picot*, Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung, 2003, S. 111; verneinend *Zietsch*, Der Unternehmenskauf nach der Schuldrechtsreform, S. 6, abrufbar unter:

<http://www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/13681/unternehmenskauf.pdf>.

⁴⁹ So auch *Gran*, NJW 2008, 1409 (1415); *Zietsch* (Fn. 48), S. 6.

⁵⁰ Siehe III, 2.

⁵¹ Vgl. *Ek/v.Hoyenberg* (Fn. 30), S. 84; hierbei ist das Konkurrenzverhältnis zwischen c.i.c. und Gewährleistungsrecht auch beim Unternehmenskauf im Einzelnen umstritten, vgl. z. B. *Barnert*, WM 2003, 416 (416 ff.). Stets zu bejahen ist eine parallele Anwendung im Falle einer arglistigen Täuschung i.S. von § 123 Abs. 1 BGB.

⁵² Vgl. *Ek/v.Hoyenberg* (Fn. 30), S. 84.

⁵³ Vgl. *Emmerich* (Fn. 19), § 311 Rn. 134.

⁵⁴ Vgl. BGH DStR 2002, 1098 (1099 f.); *Holzapfel/Pöllath* (Fn. 1), S. 343, Rn. 436.

⁵⁵ Vgl. z.B. *Timmerbeil/Stancke*, Bucerius Law Journal 2008, 24 (29). Die Einzelheiten sind umstritten: für eine Reduzierung der Aufklärungspflicht z.B. *Wagner*, DStR 2002, 958 ff., dagegen z.B. *Fleischer/Körber*, BB 2001, 481 ff.

⁵⁶ Vgl. *Medicus* (Fn. 14), § 311, Rn. 48.

⁵⁷ Vgl. *Medicus* (Fn. 14), § 311 Rn. 50; *Bergjan*, ZIP 2004, 395 (395 und 399).

⁵⁸ So bereits BGH NJW 1984, 866 (867); *Medicus* (Fn. 14), § 311 Rn. 53.

⁵⁹ Vgl. *Medicus*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, 3.Aufl. 2008, § 311, Rn. 53, der auch zur Berücksichtigung eines etwaigen Mitverschuldens des Verkäufers nach § 254 BGB Stellung nimmt.

4. Garantien

Hinsichtlich des Gewährleistungskataloges ist es den Parteien möglich, durch individualvertragliche Vereinbarungen abweichende Regelungen über die Beschaffenheitsmerkmale des Unternehmens festzulegen. In diesem Zusammenhang steht es nach Grundsätzen der Privatautonomie jedem Verkäufer frei, dem Käufer gegenüber eine vom Verschulden des Verkäufers unabhängige Garantie abzugeben.⁶⁰ Solche Garantien werden in Anlehnung an die angloamerikanische Vertragspraxis meist als „Representations and Warranties“ bezeichnet. Fraglich ist, inwieweit sich die Neuregelungen des Schuldrechts von 2002 auf diese Praxis ausgewirkt haben.

Eine Definition für die Garantie der Beschaffenheit und Haltbarkeit enthält nunmehr zunächst § 443 BGB. Als rechtlicher Rahmen für die Vereinbarung der Beschaffenheitsmerkmale eines Unternehmens durch den Verkäufer mit entsprechenden Rechtsfolgevereinbarungen bietet sich allerdings grundsätzlich die selbstständige Garantie i.S.v. § 311 Abs. 1 BGB an. Derartigen Rechtsfolgevereinbarungen steht auch § 444 BGB nicht entgegen, da das dort geregelte Verbot von Haftungsausschlüssen und -beschränkungen im Fall der Übernahme einer Garantie sich für die Beschaffenheit einer Sache nur auf den konkreten Garantiegehalt im Einzelfall bezieht.⁶¹ Das lange Zeit diskutierte Problem im Zusammenhang mit § 443 BGB, wonach sich der Verkäufer gemäß § 444 Alt. 2 BGB a.F. nicht auf eine Vereinbarung berufen konnte, wodurch die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden sollen, falls der Verkäufer eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hatte, kann mit der Neufassung des § 444 BGB im Jahr 2004 als erledigt angesehen werden. Denn nunmehr schreibt § 444 BGB vor, dass die Rechte des Käufers nicht eingeschränkt werden dürfen, soweit der Verkäufer eine Garantie übernommen hat.⁶²

Nach neuem Kaufrecht ist aber weiterhin zu klären, unter welchen Voraussetzungen der Unternehmensverkäufer einen Mangel arglistig i.S.d. § 444 Alt. 1 BGB verschweigt. Zunächst ergeben sich bei der Auslegung keine Besonderheiten. Es stellt sich jedoch die Frage, ob der Verkäufer eines Unternehmens im Falle einer unerheblichen Beschaffenheitsabweichung sich auch dann auf einen vertraglichen Haftungsausschluss berufen kann, wenn er von der Kenntnis des Käufers dieser unerheblichen Beschaffenheitsvereinbarung ausging. Dagegen spricht freilich die offensichtlich fehlende Schutzbedürftigkeit des Verkäufers. Weiterhin kann ebenso die Systematik des Gesetzes keine Berufung des Verkäufers auf einen vertraglichen Haftungsausschluss in diesen Fällen begründen. Denn der Gesetzgeber hat durch die Schuldrechtsreform die Unerheblichkeit eines Mangels aus dem Mangelbegriff des Kaufrechts herausgenommen und ausschließlich in

§ 323 Abs. 5 S. 2 und § 281 Abs. 1 S. 3 BGB aufgenommen.⁶³

5. Formerfordernisse

Im Allgemeinen unterliegt der Unternehmenskaufvertrag, wie jeder Kaufvertrag, keinen speziellen Formerfordernissen. Es gelten somit für jede Konstellation die individuell relevanten Vorschriften, wobei die Formerfordernisse grundsätzlich den gesamten Vertrag samt Nebenvereinbarungen erfassen.⁶⁴ So bedarf eine Grundstücksübertragung beim Asset Deal gemäß § 311 b Abs. 1 BGB der notariellen Beurkundung, da dieses Geschäft als das konkret zu Grunde liegende Rechtsgeschäft den Tatbestand einer Formvorschrift erfüllt. Eine notarielle Beurkundung kann beim Asset Deal ausnahmsweise auch dann erforderlich sein, wenn es sich bei der Übertragung des Vermögens um die Gesamtheit der Aktiva und Passiva des Unternehmens i.S.d. § 311 b Abs. 3 BGB handelt (sog. Asset-Leerkauf).⁶⁵ Anders als der Erwerb von Aktien oder die Übertragung von Personengesellschaftsanteilen ist bei der Übertragung von Geschäftsanteilen einer GmbH ebenfalls die notarielle Beurkundungspflicht zu beachten (vgl. § 15 Abs. 3, 4 GmbHG). Bei einer GmbH & Co KG sind die Anteile der Kommanditgesellschaft isoliert betrachtet zwar formfrei übertragbar. Ein Vertrag zur Veräußerung der gesamten GmbH & Co KG ist jedoch insgesamt beurkundungspflichtig.⁶⁶

III. Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich viele Rechtsprobleme des Unternehmenskaufs mit der Kenntnis der allgemeinen zivilrechtlichen und insbesondere kaufrechtlichen Grundlagen für die Studierenden gut bewältigen lassen. In der Praxis stellen sich einige der hier aufgeworfenen Fragen erst gar nicht, wenn die im Unternehmenskaufvertrag umfassend getroffenen Regelungen einen Rückgriff auf das BGB überwiegend entbehrlich machen. Die Vertragsgestaltung beim Erwerb eines Unternehmens folgt dabei weitgehend eigenen Regeln.

⁶⁰ Vgl. z.B. Bergjan (Fn. 38), S. 313.

⁶¹ Zum Ganzen Holzapfel/Pöllath (Fn. 1), Rn. 838.

⁶² Ausführlich zu diesem Problem der alten Fassung des § 444 BGB Zietsch (Fn. 48), S. 4 ff.

⁶³ Bergjan (Fn. 38), S. 328.

⁶⁴ Holzapfel/Pöllath (Fn. 1), Rn. 1300; dies. auch zu den Spezialproblemen der Abtretung von Anteilen an ausländische Gesellschaften und der Beurkundung im Ausland, Rn. 1313 ff.

⁶⁵ Ausführlich zur Beurkundungspflicht bei Asset-Leerkäufen Müller, NZG 2007, 2001 ff.

⁶⁶ BGH NJW 2002, 142; Ek/v.Hoyenberg (Fn. 30), S. 36.

Aus den Schwerpunktbereichen: Einführung in das Wettbewerbsrecht unter Berücksichtigung der UWG Reform 2008

Von Ass. iur. **Florian Lichtnecker**, Passau*

Nicht nur Studierende der verschiedenen Schwerpunktbereiche (z.B. Gewerblicher Rechtsschutz, Internetrecht, o.ä.) bzw. Referendarinnen und Referendare der Wahlstation „Wirtschaft“ kommen mit dem Wettbewerbsrecht in Berührung. Auch im Alltag treten immer wieder Fragestellungen und interessante Gerichtsentscheidungen aus diesem in der universitären Ausbildung wenig beachteten Rechtsgebiet in den Fokus. In jüngster Zeit wurde etwa die bekannte Werbung des Praktiker-Baumarkts mit dem Slogan „20 Prozent auf alles – außer Tiernahrung“¹ sowie die Aufmerksamkeitswerbung eines Telefonanbieters mit dem Titel „Telefonieren für 0 Cent!“² als Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht gerichtlich festgestellt. Aber auch als „normaler“ Verbraucher stellt man sich bei besonders reißerischer oder ungewöhnlicher Werbung häufig die Frage, ob diese auch erlaubt ist.

Das alles und noch viel mehr regelt das Wettbewerbsrecht.

Dieser Beitrag soll eine Hilfestellung sein, um einen ersten Überblick über das Wettbewerbsrecht zu erhalten. In einem ersten Teil findet eine kurze Einordnung dieses Rechtsgebietes in die allgemeine Gesetzesordnung sowie eine Darstellung der Entwicklung statt. Anschließend wird die Struktur des Gesetzes unter Erwähnung verschiedener Beispiele erläutert. Am Ende steht ein kurzer Ausblick auf die Zukunft dieses Rechtsgebiets.

I. Einführung

1. Abgrenzungen und Einordnung

Zum Wettbewerbsrecht in einem weiteren Sinn gehört neben dem Lauterkeitsrecht des „Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)“ auch das Kartellrecht, das im „Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)“ geregelt ist³. Beide Gesetze haben zwar den Schutz des Wettbewerbs zum Ziel, jedoch verfolgen sie unterschiedliche Ansatzpunkte⁴.

Aufgabe des UWG ist es dabei, den Wettbewerb gegen unlautere Wettbewerbsmethoden zu schützen⁵. Es hat zum Ziel, das Verhalten konkurrierender Marktteilnehmer in den Bahnen des Anstands, der Redlichkeit und der guten kauf-

männischen Sitten zu halten⁶. Demgegenüber soll das GWB die Institution des Wettbewerbs und seine Funktionsfähigkeit und damit primär die Freiheit des Wettbewerbs im Allgemeininteresse schützen⁷. Auf einen kurzen Nenner gebracht kann man sagen, dass das Wettbewerbsrecht das „Wie“ des Wettbewerbs, also dessen Qualität regelt⁸, während das Kartellrecht generell die wettbewerblichen Marktstrukturen⁹, somit das „Ob“, sichern soll. Gleichwohl kommt es wegen des inneren Zusammenhangs auch zu Überschneidungen beider Rechtsgebiete¹⁰.

Das UWG selbst hat den Schutz von gewerblichen Leistungen zum Ziel. Diese spiegeln sich in charakteristischen Erzeugnissen, im Ruf eines Unternehmens, in Geschäftsgeheimnissen und allgemeiner im Unternehmen als Ganzem wider¹¹. Trotz seiner engen Verwandtschaft zum gewerblichen Rechtsschutz erfasst dieser Begriff jedoch nach überwiegender Ansicht nur diejenigen subjektiven absoluten Rechte, die dem Schutz des geistigen Schaffens auf gewerblichem Gebiet, also Patent-, Gebrauchsmuster-, Geschmacksmuster und Kennzeichenrechte dienen¹².

Grundsätzlich gilt für diese sondergesetzlichen Normen ein abschließender Vorrang in Bezug auf die konkrete Verletzung und es findet eine Verdrängung der ihnen in der Regel entsprechenden UWG Vorschriften statt¹³. Sonst würde sich etwa ein unerklärlicher Widerspruch zwischen Markenrecht, welches nur dem Rechtsinhaber zur Verfügung steht und der umfangreicheren Klagebefugnis des § 8 Abs. 3 UWG ergeben¹⁴. Nur bei Vorliegen besonderer, die Unlauterkeit begründender Umstände, so genannter Schutzlücken, ist Lauterkeitsrecht neben den Immaterialgüterrechten anwendbar¹⁵. Diese liegen etwa dann vor, wenn neben dem Individualinteresse des Markeninhabers auch das Allgemeininteresse berührt wird. Heute ist dieses Verhältnis zwischen Markenrecht und UWG aber nicht mehr so eindeutig. Wegen der europarechtlichen Vorgaben scheint es nach teils vertretener

* Der Autor promoviert zur Zeit auf dem Gebiet des Rundfunkrechts bei Prof. Dr. Müller-Terpitz an der Universität Passau.

¹ Vgl. BGH, Urt. v. 20.11.2008 – I ZR 122/06 (20 Prozent auf alles, außer Tiernahrung) – Pressemitteilung Nr. 16/2008.

² Vgl. BGH GRUR 2009, 73 (Telefonieren für 0 Cent!) = K&R 2009, 37.

³ Lehmler, Kommentar zum Wettbewerbsrecht (UWG), 1. Aufl. 2007, Einf. Rn. 16.

⁴ Gruber, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 2. Aufl. 2007, 8. A.

⁵ Haberstumpf, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Gewerblicher Rechtsschutz, 4. Aufl. (2008), A.I.

⁶ Vgl. BVerfG vom 13.07.1992 - 1 BvR 310/90 „Großmarktwerbung I“ – GRUR 1993, 751 ff.

⁷ Haberstumpf (Fn. 5), A.I.

⁸ Eisenmann/Jautz, Grundriss Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 7. Aufl. 2007, Rn. 347.

⁹ Boesche, Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 26.

¹⁰ Hönn, Klausurenkurs im Wettbewerbs- und Kartellrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 70.

¹¹ Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, 8. Aufl. 2007, Kap. 1 § 6 Rn. 21.

¹² Piper/Ohly, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 4. Aufl. 2006, Bd. 1. Einf. D. Rn. 77.

¹³ Vgl. BGH NJW 1998, 3781 (MAC Dog) = GRUR 1999, 161 = WRP 1998, 1181 = MDR 1999, 499.

¹⁴ Bayreuther/Sosnitza, Fälle zum Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, 2. Aufl. 2008, Fall 6 Rn. 29.

¹⁵ StRspr. vgl. etwa BGH NJW 1966, 542 (Apfelmadonna) = MDR 1966, 214 = BB 1966, 51.

Ansicht eher zu einer parallelen Anwendung zu kommen¹⁶. In jedem Fall gibt es zwischen Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht eine von der h.M. nicht hinreichend anerkannte Schnittmenge¹⁷. In Klausuren sind die Sachverhalte daher häufig unter mehreren Gesichtspunkten zu untersuchen.

Da der vorliegende Beitrag nur einen kurzen Überblick geben kann, beschränkt er sich soweit möglich auf das UWG.

2. Entwicklung des UWG

Bereits durch den Wegfall des Rabattgesetzes sowie der Zugabeverordnung im Jahr 2001 wurden die damals streng geregelten Werbemaßnahmen der Rabatte und Zugaben grundsätzlich legalisiert¹⁸. Im Jahr 2004 fand eine umfangreiche Reform des UWG statt und es wurde an die geänderten Anforderungen bezüglich einer Europäisierung¹⁹ des Lauterkeitsrechts und eines gesteigerten Verbraucherschutzes angepasst²⁰. Neben einem moderneren Aufbau mit einem vorangestellten Definitionen- und Beispielkatalog beinhaltete diese Neuerung größtenteils eine Kodifikation der von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen und Rechtsinstitute (z.B. Abmahnung und Unterwerfung)²¹. Dieses „neue“ UWG war mit Wirkung zum 30. Dezember 2008 durch die Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie) zwischen Unternehmern und Verbrauchern²² erneut größeren Änderungen unterworfen, welche hier bereits behandelt werden. Ziel der Anpassung war der weitere Ausbau des schon hohen Vertrauensschutzniveaus sowie ein Beitrag zur Stärkung des europäischen Binnenmarktes²³. Ihrem Inhalt nach war diese UGP-Richtlinie seit 12.12.2007 durch richtlinienkonforme Anwendung des nationalen Rechts anzuwenden, nachdem die Umsetzungsfrist schon am 12.6.2007 abgelaufen war²⁴.

II. Struktur

1. Die Schutzzweckbestimmung nach § 1 UWG

Entsprechend europäischen Vorbildern, wie etwa Art. 1 der so genannten Irreführungsrichtlinie²⁵, ist dem Gesetz in § 1 UWG eine Schutzzweckbestimmung vorangestellt²⁶.

Die Vorschriften des UWG dienen dem Schutz der Mitbewerber (vor Herabwürdigung, Belästigung und Behinderung), der Verbraucherinnen und Verbraucher (vor Täu-

schung, Belästigung und unsachlicher Beeinflussung) sowie der sonstigen Marktteilnehmer (vor Übersteigerung des Wettbewerbs und Verwilderung der Wettbewerbssitten)²⁷. Diese so genannte Normzweckklausel („Schutzzwecktrias“) ist eine wichtige Auslegungshilfe bei der Anwendung der jeweiligen Normen²⁸. Der Schutz sonstiger Allgemeininteressen (z.B. Umweltschutz, Arbeitnehmerschutz) ist darüber hinaus jedoch nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts²⁹.

2. Die Definitionen nach § 2 UWG

Weiter finden sich in § 2 UWG verschiedene, für die Gesetzesanwendung geradezu essentielle Definitionen. Die wichtigste von ihnen ist die neu eingefügte Begriffsbestimmung der „geschäftlichen Handlung“ gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG. Dieses Verhalten erfasst gleichermaßen positives Tun wie auch Unterlassen und ist daher weiter als der früher verwendete Begriff der „Wettbewerbshandlung“³⁰. Zudem ist nunmehr das vor- und nachvertragliche Verhalten eingeschlossen, also geschäftliche Handlungen, die z.B. bei der Abwicklung des Vertrages vorgenommen werden³¹. Auch ein etwaiger Verstoß gegen Allgemeine Geschäftsbedingungen im Internet wird erfasst³².

3. Tatbestände §§ 3 ff. UWG

Wettbewerbsrecht war und ist größtenteils Fallrecht, welches die Rechtsprechung seit Jahrzehnten entwickelt hat und mittlerweile teilweise normiert ist. Die folgende Darstellung kann nur einen kleinen Überblick über die wichtigsten Vorschriften geben. Bezüglich der Details empfiehlt sich ein Rückgriff auf einschlägige Kommentarliteratur.

Oberster Grundsatz im Wettbewerbsrecht ist das Wahrheitsgebot. Alles, was dazu geeignet ist, die Marktteilnehmer irrezuführen oder zu täuschen, ist unlauter³³.

a) Generalklausel § 3 Abs. 1, 2 UWG

Zentrale Norm des UWG ist die Generalklausel des § 3 Abs. 1, 2 UWG (Verbot unlauter geschäftlicher Handlungen), welche regelmäßig Ausgangspunkt wettbewerblicher Prüfungen ist.

Dessen Tatbestandsvoraussetzungen sind dabei das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG, die Unlauterkeit dieser Handlung, welche durch Bestimmungen der §§ 4 bis 7 UWG einschließlich des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG weiter konkretisiert wird sowie die Spürbarkeit einer möglichen Beeinträchtigung³⁴. Dieses letztgenannte Kriterium soll bloß Bagatelldfälle ausschließen. Die

¹⁶ Hoeren, BB 2008, 1182 (1185); Seichter, WRP 2005, 1087 (1092).

¹⁷ Piper/Ohly (Fn. 12), Bd. 1. Einf. D. Rn. 78.

¹⁸ Lehmler (Fn. 3), Einf. Rn. 2.

¹⁹ Umsetzung der EG-Richtlinie 2002/58/EG.

²⁰ Piper/Ohly (Fn. 12) Bd.1. Einf. D. Rn. 21.

²¹ Köhler, NJW 2004, 2121.

²² EG-Richtlinie 2005/29/EG, ABl. EU vom 11.06.2005, L 49/22.

²³ Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz zur UWG-Novelle vom 21. Mai 2008.

²⁴ Hoffmann, NJW 2008, 2624.

²⁵ EG-Richtlinie 2006/114/EG, ABl. EU vom 27.12.2006, L 367/21.

²⁶ Köhler, NJW 2004, 2121.

²⁷ Eisenmann/Jautz (Fn. 8), Rn. 348, 373.

²⁸ Henning-Bodewig, GRUR 2004, 713 (715).

²⁹ Köhler, NJW 2004, 2121.

³⁰ UWG Regierungsentwurf, S. 40.

³¹ Hoeren, BB 2008, 1182 (1184).

³² Peifer, WRP 2008, 556 (558).

³³ Jaschinski/Hey/Kaesler, Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2006, 13.2.2.2.

³⁴ Haberstumpf, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Gewerblicher Rechtsschutz, 4. Aufl. 2008, D.I.

Schwelle ist demnach nicht zu hoch anzusetzen³⁵. Nach der Neufassung ist davon auszugehen, dass Bagatellen künftig noch seltener vorliegen werden.

Erwähnenswert ist das so genannte Verbraucherleitbild, welches bei der Beurteilung der verschiedenen Handlungen zugrunde gelegt wird. Früher ging der BGH bei deutschem Recht unterliegenden Sachverhalten von einem flüchtigen, unaufmerksamen und unkritischen Durchschnittsverbraucher aus³⁶. Mit der richtungsweisenden EuGH Entscheidung „Gut Springenheide“³⁷ fand jedoch die Abkehr hin zu einem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbraucher statt. Dieses Leitbild wird seither auch für das deutsche Wettbewerbsrecht überwiegend vertreten³⁸. Die neu umgesetzte Richtlinie stellt unter Berücksichtigung sozialer, kultureller und sprachlicher Faktoren auf einen angemessen gut unterrichteten und kritischen Verbraucher ab. Eine inhaltliche Abweichung ist darin jedoch nicht zu sehen³⁹. Neuerdings ist dies auch in § 3 Abs. 2 UWG nochmals klargestellt.

b) Überblick über die Beispielstatbestände

aa) Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG

Der Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG enthält eine abschließende, so genannte „schwarze“ Liste mit 30 Tatbeständen, die unter allen Umständen unlauter und stets unzulässig sind. Sie beschreiben tatsächliche Lebensvorgänge aus verschiedenen Bereichen des Wirtschaftslebens. Von diesen betreffen 24 Fallgestaltungen die Irreführung im weitesten Sinne (Nrn. 1-24) und sechs sog. aggressive Geschäftspraktiken (Nrn. 25-30)⁴⁰. Anzumerken bleibt, dass diese Liste bereits vor Umsetzung der Richtlinie im Wege richtlinienkonformer Auslegung zu berücksichtigen war⁴¹. Der Rechtsanwender in Klausur und Praxis erhält mit dieser Liste einen roten Faden an die Hand, anhand dessen er beurteilen kann, unter welchen Voraussetzungen die Grenze zur Unlauterkeit überschritten ist⁴². Empfohlen wird dabei eine enge Auslegung dieser Verbote und ein Ausschluss von Analogien. Insoweit führt dies zu größerer Transparenz für den Verbraucher. Manche Sachverhalte werden künftig nur auf den ersten Blick unter die Vorschriften des Verbotskatalogs fallen, diese aber nicht unmittelbar erfüllen. Im Ergebnis werden sie aber meist doch vom allgemeinen Irreführungsverbot erfasst werden, wobei dessen

Auslegung wiederum durch die Verbotstatbestände geprägt ist⁴³.

Es handelt sich bei der Liste um Verbote ohne Relevanzprüfung, so dass es nicht mehr auf eine Beurteilung des Einzelfalls ankommt (Verbote ohne Wertungsvorbehalt). Bedeutung erhält dies bei unlauteren Verhaltensweisen, welche die Erheblichkeitsschwelle des § 3 Abs. 1 und 2 UWG nicht überschreiten. Zu prüfen bleibt dann lediglich das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) (1), welche an einen Verbraucher (§ 2 Abs. 2 UWG, § 13 BGB) adressiert war (2), und das Vorliegen eines Verbotstatbestandes von der schwarzen Liste (3).

Noch nicht ganz klar ist, ob die Prüfung der Bagatellklausel des § 3 Abs. 1, 2 UWG vollständig entfällt. In der Begründung zur UWG Reform 2008 wird diesbezüglich die Auffassung vertreten, dass auch künftig noch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erforderlich ist⁴⁴.

bb) Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen

§ 4 UWG konkretisiert die Generalklausel des § 3 Abs. 1, 2 UWG dahingehend, dass er einen Beispielskatalog für unlautere geschäftliche Handlungen gibt und damit die in Literatur und Rechtsprechung zur früheren Rechtslage entwickelten Fallgruppen aufgreift⁴⁵.

In Aufsichtsarbeiten empfiehlt es sich, die Kataloge der §§ 4 ff. UWG als eine Art Checkliste zu verwenden, welche gedanklich abgearbeitet werden sollte. Die jeweils verletzte Beispielsnorm ist dabei zusammen mit der Generalklausel zu zitieren (beispielsweise: § 4 Nr. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1, 2 UWG).

(1) Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit (§ 4 Nr. 1 UWG)

Eine geschäftliche Handlung darf nicht geeignet sein die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer durch Druck, in menschenverachtender Weise oder durch sonstigen unangemessenen, unsachlichen Einfluss zu beeinträchtigen. Hierunter fällt also jeder physische, psychische oder auch moralische Kaufzwang⁴⁶. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist sehr weit und erfasst so genannte Kaffeefahrten mit verschiedenen unhaltbaren Versprechungen und psychischem Kaufzwang, ferner gefühlsbezogene Werbung, welche bestimmte Emotionen, wie Ekel oder Mitleid hervorrufen soll. Mit derartiger Aufmerksamkeitswerbung soll zugleich das Mitleid der Adressaten erregt werden. Bekanntester Fall hierzu ist wohl die Werbung von Benetton⁴⁷ mit verschiedenen schockierenden Motiven (beispielsweise die Darstellung eines ölverschmierten Seevogels, eines Mafia-Mordes oder die Abbildung eines elektrischen Stuhls). Derartige Werbung wurde unter besonderer Berücksichtigung der Meinungsfreiheit auch für Werbeaussagen als

³⁵ Heermann, GRUR 2004, 94 (99).

³⁶ Eisenmann/Jautz (Fn. 8), Rn. 366.

³⁷ Vgl. EuGH NJW 1998, 3183 (Gut Springenheide) = GRUR Int. 1998, 795 = WRP 1998, 848.

³⁸ Vgl. z.B. Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb - UWG, 26. Aufl. 2008, § 5 Rn. 1.47; Piper/Ohly (Fn. 12), Bd. 1. § 2 Rn. 94.

³⁹ Seichter, WRP 2005, 1087 (1091).

⁴⁰ Scherer, NJW 2009, 324. Bzgl. der einzelnen Tatbestände wird auf den zitierten Aufsatz verwiesen.

⁴¹ Köhler, GRUR 2008, 841 (842).

⁴² Boesche (Fn. 9), Rn. 25 b.

⁴³ Peifer, WRP 2008, 556 (561).

⁴⁴ Peifer, WRP 2008, 556 (560).

⁴⁵ Dörr/Schwartzmann, Medienrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 385.

⁴⁶ Jaschinski/Hey/Kaesler (Fn. 33), 13.2.2.2.1.

⁴⁷ BVerfG NJW 2003, 1303 (Benetton II) = GRUR 2003, 442 = AfP 2003, 149.

grundsätzlich zulässig angesehen, so lange nicht bestimmte Personen oder Personengruppen diskriminiert oder sonst in ihrer Menschenwürde verletzt werden. Art. 1 Abs. 1 GG schützt einen absoluten und unantastbaren, von der gesamten Rechtsordnung zu beachtenden Wert. Zum Schutz der Menschenwürde ist ein wettbewerbsrechtliches Werbeverbot unabhängig vom Nachweis einer Gefährdung des Leistungswettbewerbs gerechtfertigt⁴⁸. Ein vom Elend der Welt unbeschwertes Gemüt des Bürgers sei laut Bundesverfassungsgericht aber kein Belang, zu dessen Schutz der Staat Grundrechtspositionen einschränken dürfe⁴⁹.

Umstritten bleibt aber weiterhin, ob durch solche Werbeaussagen die Kaufentscheidung des Konsumenten so stark beeinträchtigt wird, dass er zu einer rational-kritischen Entscheidung nicht mehr in der Lage ist⁵⁰.

In einem anderen Zusammenhang hat der BGH entschieden, dass wertvolle Zugaben – wie etwa eine Sonnenbrille im Wert von ca. 30 DM als Beilage zu einer Zeitschrift zum Preis von 4,50 DM⁵¹ – gerade nicht geeignet sind, den durchschnittlichen Verbraucher zu irrationalen Kaufentscheidungen hinzureißen. Im Gegenteil appelliert dies geradezu an den sachlich kalkulierenden Käufer⁵².

(2) Ausnutzung von Gebrechen, Alter, geschäftlicher Unerfahrenheit, Leichtgläubigkeit, Angst oder Zwangslage (§ 4 Nr. 2 UWG)

Unlauter sind zur Ausnutzung geschäftlicher Unerfahrenheit oder Leichtgläubigkeit vorgenommene Handlungen gegenüber besonders schutzbedürftigen Verbraucherkreisen, wie Kindern, Alten oder Kranken. Dies gilt etwa für Werbung für Klingeltöne in Jugendzeitschriften, wenn nicht die voraussichtlich entstehenden Kosten angegeben werden und damit die geschäftliche Unerfahrenheit ausgenutzt wird⁵³. Bei derart zielgruppengerichteter Werbung bildet der durchschnittliche Angehörige dieser Gruppe (z. B. ein Kind oder Jugendlicher) den Maßstab des zugrundeliegenden Verbraucherbildes⁵⁴.

Wegen des potentiellen Einflusses auf eine von Fremdeinflüssen freie Verbraucherentscheidung wird auch die Ausnutzung von Ängsten (etwa existenzieller Art bezüglich Leben und Gesundheit) oder einer Zwangslage (etwa das Übertumpeln durch Ansprechen des Geschädigten durch einen Auto-

reparaturunternehmer am Unfallort⁵⁵) als wettbewerbswidrig eingestuft⁵⁶.

(3) Verschleierung des Werbecharakters (§ 4 Nr. 3 UWG)

Werbung muss als solche wahrnehmbar und erkennbar sein⁵⁷. Abgezielt wird hierbei u.a. auf Fälle der Schleichwerbung, das sog. Product Placement sowie auf den wichtigen und in allen Medien gültigen medienrechtlichen Trennungsgrundsatz. Dieser schreibt die strikte Trennung von Werbung und redaktioneller Aussage sowie deren eindeutige Erkennbarkeit vor⁵⁸. Erfasst werden aber auch sog. Verkaufsfahrten, bei denen der eigentliche Zweck der Fahrt verschleiert wird⁵⁹.

(4) Transparenzgebot bei Koppelungsangeboten (§ 4 Nr. 4 UWG)

Bei zulässigen Verkaufsförderungsmaßnahmen wie Preisnachlässen, Zugaben oder Geschenken müssen die Bedingungen für ihre Inanspruchnahme klar und eindeutig erkennbar sein. Eine unerlaubte verdeckte Kopplung liegt etwa dann vor, wenn die Einzelpreise nicht ersichtlich und die Einzelwaren demnach auch nicht einzeln zu erwerben sind. Für sog. Vorspannangebote ist charakteristisch, dass neben einer marktüblich angebotenen Hauptware eine branchenfremde Zusatzware zu einem besonders günstig erscheinenden Preis angeboten wird, wobei diese jedoch nicht ohne die Hauptware erworben werden kann⁶⁰. Beispiel hierfür ist das Anbieten einer Packung Kaffee zusammen mit einem Kochbuch⁶¹.

(5) Transparenzgebot und Koppelungsverbot bei Preisausschreiben und Gewinnspielen (§ 4 Nr. 5, 6 UWG)

Preisausschreiben oder Gewinnspiele müssen ihre Teilnahmebedingungen klar und eindeutig angeben, zudem darf die Teilnahme daran, soweit dies nicht naturgemäß mit der Ware oder Dienstleistung verbunden ist, nicht vom Erwerb der Ware oder Dienstleistung abhängig gemacht werden. Bei der Koppelung von Warenabsatz und Gewinnspiel besteht die Gefahr, dass der Verbraucher die Ware hauptsächlich deshalb erwirbt, um an dem Gewinnspiel teilnehmen zu können⁶².

(6) Geschäftsehrverletzung und Anschwärzung (§ 4 Nr. 7, 8 UWG)

Die Leistung von Mitbewerbern darf nicht herabgesetzt oder verunglimpft werden und es dürfen keine nicht erweislich wahren Tatsachen behauptet oder verbreitet werden, die geeignet sind, den Betrieb oder Kredit des Unternehmers zu

⁴⁸ Ebenda.

⁴⁹ BVerfG NJW 2001, 591 (Benetton) = GRUR 2001, 170 = JZ 2001, 299 = WRP 2001, 129 = BB 2001, 112.

⁵⁰ Boesche (Fn. 9), Rn. 320.

⁵¹ BGHReport 2006, 107 (Zeitschrift mit Sonnenbrille) = NJW-RR 2006, 409 = GRUR 2006, 161 = WRP 2006, 69 = MDR 2006, 222.

⁵² Steinbeck, GRUR 2008, 848 (850).

⁵³ BGHReport 2006, 977 (Werbung für Klingeltöne) = NJW 2006, 2479 = GRUR 2006, 776 = WRP 2006, 885 = MDR 2007, 98 = CR 2006, 746.

⁵⁴ Klute, NJW 2008, 2965 (2967).

⁵⁵ BGH NJW 1975, 689 (Werbung am Unfallort) = GRUR 1975, 264 = BB 1975, 628.

⁵⁶ Eisenmann/Jautz (Fn. 8), Rn. 412 f.

⁵⁷ Lehmler (Fn. 3), § 4 Nr. 3 Rn. 1.

⁵⁸ Fechner, Medienrecht, 9. Aufl. 2008, 6. Kapitel Rn. 43.

⁵⁹ Haberstumpf (Fn. 34), D.VI.1.c).

⁶⁰ Piper/Ohly (Fn. 12), § 4 Rn. 114.

⁶¹ BGH GRUR 1977, 110 (Kochbuch) = MDR 1976, 1000 = BB 1976, 1241.

⁶² Köhler, GRUR 2008, 841 (845).

schädigen. § 4 Nr. 7 UWG betrifft die Fälle der Meinungsäußerung im Wettbewerb, während Nr. 8 jene der Tatsachenbehauptung erfasst. Wie auch in anderen Rechtsgebieten unterscheiden sich Tatsachenbehauptungen dadurch von Meinungsäußerungen, dass sie dem Beweis zugänglich sind und gegebenenfalls gerichtlich überprüft werden können.

(7) *Ergänzender wettbewerblicher Leistungsschutz (§ 4 Nr. 9 UWG)*

Im Einklang mit der früheren Rechtsprechung gilt der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit, nach welchem das bloße Nachahmen als solches nicht unlauter ist⁶³.

Nach dem so genannten ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutz soll nicht das nachgeahmte Produkt als solches geschützt werden, da dieses bereits über die Immaterialgüterrechte umfangreich gesichert ist⁶⁴. Vielmehr soll er den Sonderrechtsschutz im Hinblick auf das Wettbewerbsverhalten ergänzen. Geschützt wird die Art und Weise, wie die fremde Leistung zu Wettbewerbszwecken benutzt und verwertet wird⁶⁵. Unzulässig ist dabei eine Nachahmung, wenn die hierzu erforderlichen Kenntnisse oder Unterlagen unredlich erlangt wurden, bzw. wenn sie zu einer Herkunftstäuschung, Rufausbeutung oder Rufbeeinträchtigung führt. Ist das nachgeahmte Erzeugnis dabei zugleich vom Markenrecht geschützt, ist festzuhalten, dass grundsätzlich wettbewerbsrechtliche Ansprüche nur daneben bestehen können, wenn das wettbewerbswidrige Verhalten als solches nicht Gegenstand der markenrechtlichen Regelung ist⁶⁶. Europarechtlich ist diese These jedoch wegen den Vorgaben aus der UGP-Richtlinie kaum mehr vertretbar. Entgegen Forderungen aus dem Schrifttum brachte das UWG 2008 hierzu keine Klarstellung⁶⁷. Nach dem Regierungsentwurf soll es der Rechtsprechung überlassen werden, das Verhältnis zwischen kennzeichenrechtlichen und lauterkeitsrechtlichen Ansprüchen weiter zu konkretisieren⁶⁸.

(8) *Gezielte Mitbewerberbehinderung (§ 4 Nr. 10 UWG)*

Hierunter fallen alle einem Mitbewerber zugefügten Behinderungen, sei es durch Boykott, Vernichtungswettbewerb, Diskriminierung oder Missbrauch von Nachfragemacht zur Vernichtung des Mitbewerbers⁶⁹. Nach dem Schutzzweck des UWG ist bei dieser individuellen Behinderung keine subjektive Behinderungsabsicht nötig. Dies stellte der BGH in seiner Entscheidung „Außendienstmitarbeiter“⁷⁰ erneut ausdrücklich fest.

(9) *Rechtsbruch (§ 4 Nr. 11 UWG)*

Zur Fallgruppe „Vorsprung durch Rechtsbruch“ ist anzumerken, dass sich die frühere Rechtsprechung hierzu in den letzten Jahren erheblich geändert hat und deshalb aktuell nur noch mit Vorsicht herangezogen werden darf⁷¹. Zu beachten ist dabei, dass die von § 4 Nr. 11 UWG erfassten gesetzlichen Vorschriften so genannte Marktverhaltensregelungen sein müssen, was im Einzelfall zu Problemen bezüglich der Zuordnung von Normen zu dieser Fallgruppe führen kann. Der BGH macht den Unlauterkeitsvorwurf überwiegend davon abhängig, ob die verletzte Norm zumindest sekundär die Funktion hat, die Gegebenheiten eines bestimmten Marktes festzulegen (Marktbezug) und so die gleichen rechtlichen Voraussetzungen für die Wettbewerber zu schaffen⁷². In letzter Zeit hat der BGH entschieden, dass Verstöße gegen Jugendschutzvorschriften auch wettbewerbsrechtlich relevant werden können⁷³. Die Vorschrift des § 4 Nr. 11 UWG ist zugleich Einfallstor für die Prüfung verschiedener weiterer Gesetze. Hauptanwendungsfälle sind etwa Verstöße gegen Vorschriften der Preisangabenverordnung (PAngV), des Heilmittelwerbegesetzes (HWG), Normen des BGB (Widerrufs- und Rücktrittsrechte) sowie berufsständische Regelungen (etwa die BRAO). Die eingangs zitierte Entscheidung „Telefonieren für 0 Cent!“⁷⁴ stellte einen Verstoß gegen § 1 Abs. 1, 2 PAngV i.V.m. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG fest, weil das Angebot die zu entrichtende Grundgebühr verschwieg.

cc) *Irreführende Geschäftspraktiken (§§ 5, 5 a UWG)*

Vorweg kann man sagen, dass geschäftliche Handlungen (worunter auch, aber nicht nur Werbung fällt) nicht irreführend sein dürfen. Sie haben insbesondere der Wahrheit zu entsprechen.

Die Neufassung des § 5 Abs. 1 UWG enthält nun abgeschlossene Regelungstatbestände, wodurch die Anwendung erleichtert wird. Erfasst sind insbesondere unwahre oder sonstige täuschungsgerechte Angaben über Zubehör, Kundendienst und Beschwerdeverfahren, Serviceleistungen und Reparaturen sowie Täuschung über Selbstverpflichtungen eines Unternehmens, Gewährleistungsrechte und Garantien für Verbraucher, irreführende Produktvermarktung und Täuschung über Selbstverpflichtungen eines Unternehmens⁷⁵. Auf der anderen Seite stellen aber auch Preisherabsetzungen dann irreführende Werbung dar, wenn der Preis nur eine unangemessen kurze Zeit gefordert wurde (§ 5 Abs. 4 UWG). Diese letztgenannte Vorschrift wurde etwa einem Baumarkt zum Verhängnis, der mit dem Slogan „20 Prozent auf alles –

⁶³ Ohly, GRUR 2004, 889 (898 f).

⁶⁴ Haberstumpf (Fn. 34), D.VI.3.

⁶⁵ StRspr. vgl. BGHZ 44, 288 (297) (Apfelmadonna)

⁶⁶ Hefermehl/Köhler/Bornkamm (Fn. 38), § 4 Rn. 9.9.

⁶⁷ Seichter, WRP 2005, 1087 (1092).

⁶⁸ UWG Regierungsentwurf, S 31.

⁶⁹ Boesche (Fn. 9), Rn. 394.

⁷⁰ BGH NJW 2007, 2999 (Außendienstmitarbeiter) = GRUR 2007, 800 = WRP 2007, 951.

⁷¹ Lehmler (Fn. 3), § 4 Nr. 11 Rn. 3 ff.

⁷² Boesche (Fn. 9), Rn. 427.

⁷³ BGH NJW 2008, 758 (Jugendgefährdende Medien bei ebay) = GRUR 2007, 890 = WRP 2007, 1173 = K&R 2007, 517.

⁷⁴ Vgl. BGH GRUR 2009, 73 (Telefonieren für 0 Cent!) = K&R 2009, 37.

⁷⁵ Peifer, WRP 2008, 556 (558).

außer Tiernahrung⁷⁶ erworben hatte. In der Woche vor der Aktion galten jedoch bereits Sonderpreise für bestimmte Produkte, welche allerdings nicht als solche gekennzeichnet waren. Die beworbene Preisersparnis konnte daher für diese Artikel während der Rabattaktion nicht erzielt werden.

Der neu eingefügte § 5 a UWG regelt in besonderer Weise die Informationspflichten und schreibt fest, dass auch das Verschweigen bestimmter relevanter Tatsachen, also das Unterlassen der Aufklärung sowie das Vorenthalten von Informationen über den Verkäufer, die Ware oder bestimmte Verbraucherschutzrechte irreführend sein kann, wenn dies für die geschäftlichen Entscheidungen ausschlaggebend ist.

dd) Vergleichende Werbung (§ 6 UWG)

Während vergleichende Werbung früher komplett verboten war, wurde dies bereits seit der Entscheidung „Testpreis-Angebot“⁷⁷ aus dem Jahr 1998 gelockert und ist nun grundsätzlich erlaubt, so lange sie wahrheitsgemäß, nachprüfbar und nicht irreführend ist⁷⁸. Dies ergibt sich unter anderem aus der negativen Formulierung in § 6 Abs. 2 UWG, der die besonderen Umstände aufzählt. Wegen des Merkmals der Erkennbarkeit des Mitbewerbers oder dessen Ware ist die Substituierbarkeit des Angebots erforderlich. Eine solche ist jedenfalls bei Markenartikelherstellern und Eigenmarkenanietern gegeben. Die Objektivität eines Vergleichs muss auf wesentliche, relevante, nachprüfbar und typische Eigenschaften bezogen sein⁷⁹. Superlativ- oder Komparativwerbung sind zumeist täuschend, wenn der Verkehr in ihnen eine ernstgemeinte, objektiv nachprüfbar Angabe erblickt. Bei diesen Alleinstellungsbehauptungen trifft den Werbetreibenden daher die Darlegungs- und Beweislast, dass seine Behauptung zutreffend ist⁸⁰.

ee) Unzumutbare Belästigung (§ 7 UWG)

Das Verbot der unzumutbaren Belästigung gilt insbesondere für unerwünschte Werbung. Werbemaßnahmen ist zwar eine gewisse Aufdringlichkeit systemimmanent, doch werden strenge Grenzen gesetzt⁸¹. § 7 Abs. 2 UWG gibt Beispiele für die nach Ansicht des Gesetzgebers auffälligsten und häufigsten Formen unzumutbarer Belästigung⁸². Demnach ist anzunehmen, dass die aufgeführten Arten der hartnäckigen bzw. direkten Kontaktaufnahme (etwa Telefon, Fax oder Email) eine unzumutbare Belästigung darstellen, solange keine Einwilligung oder eine der Ausnahmen des § 7 Abs. 3 UWG vorliegt. Eine Werbung gegenüber Verbrauchern als Adressaten wird dabei strenger beurteilt als gegenüber Unternehmen. So wird beispielsweise die erstmalige Kontaktaufnahme

per Telefon als unzumutbar angesehen, soweit die Einwilligung des Adressaten fehlt. Allein durch eine bloße Veröffentlichung der persönlichen Daten (etwa im Telefonbuch) darf man jedenfalls noch nicht von einer Einwilligung ausgehen⁸³.

Zu beachten ist, dass § 7 Abs. 1 UWG eine eigene Bagatellschwelle enthält. Wird im Wege wertender Betrachtung der Belästigungscharakter einer Handlung festgestellt, so ist die Bagatellklausel des § 3 Abs. 1 UWG nicht daneben anwendbar⁸⁴.

ff) Rechtsanwendung

Bei der Rechtsanwendung ist stets zu prüfen, ob ein Sachverhalt von einem der Tatbestände des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG erfasst wird. Wenn dies nicht zutrifft, so ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob er sich unter die in den §§ 4 - 7 UWG geregelten Tatbestände subsumieren lässt. Erst wenn auch dies nicht möglich ist, muss in einem dritten Schritt geprüft werden, ob er unter die Generalklausel des § 3 Abs. 1, 2 UWG fällt⁸⁵. Mittlerweile wird diese Klausel von der Praxis nur noch als Auffangtatbestand für Evidenz- und Extremfälle angesehen⁸⁶. Will ein Gericht ein Verbot allein auf § 3 UWG stützen, so muss es offen legen, warum es die Legitimation für das Unwerturteil nicht aus den Beispielstatbeständen gewinnen kann⁸⁷.

Unter der neuen Rechtslage werden einige Handlungen entgegen anders lautender Forderungen⁸⁸ sowohl im Katalog des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG, als auch von den §§ 4 ff. UWG geregelt. Diese Regelungen aus dem Anhang treten nun neben das Regelbeispiel für die Unlauterkeit in den §§ 4 ff. UWG und verwirklichen dieses zugleich⁸⁹.

Hinsichtlich einer Prüfung ist anzumerken, dass die §§ 4 - 6 UWG stets i.V.m. § 3 UWG zu prüfen sind. Das Überschreiten der in § 3 Abs. 1 UWG erwähnten Bagatellschwelle ist festzustellen⁹⁰. Wie erwähnt ist § 7 UWG von diesem Kriterium wegen der eigenen Bagatellklausel neuerdings ausgenommen. Zwischen den in §§ 4 - 7 UWG genannten Fallbeispielen kann es vielfache Überschneidungen geben, so dass ein Wettbewerbsverhalten an mehreren Tatbeständen gemessen werden kann⁹¹.

4. Rechtsfolgen §§ 8 ff. UWG

In zivilrechtlicher Hinsicht kann ein Verstoß gegen die §§ 3-7 UWG drei verschiedene Folgen haben. Einerseits ist dies der verschuldensunabhängige Beseitigungs- und bei Wiederholungsgefahr der Unterlassungsanspruch des § 8 Abs. 1 UWG.

⁷⁶ Vgl. BGH vom 20.11.2008 - I ZR 122/06 (20 Prozent auf alles, außer Tiernahrung) – Pressemitteilung Nr. 216/2008.

⁷⁷ Vgl. BGH NJW 1998, 2208 (Testpreis-Angebot) = GRUR 1998, 824 = WRP 1998, 718.

⁷⁸ Fechner (Fn. 58), 6. Kapitel Rn. 82.

⁷⁹ Klute, NJW 2008, 2965 (2970).

⁸⁰ Fechner (Fn. 58), 6. Kapitel Rn. 83.

⁸¹ Jaschinski/Hey/Kaesler (Fn. 33), 13.2.3.

⁸² Boesche (Fn. 9), Rn. 238.

⁸³ Hefermehl/Köhler/Bornkamm (Fn. 38), § 7 Rn. 53.

⁸⁴ UWG Regierungsentwurf, S. 57.

⁸⁵ Hefermehl/Köhler/Bornkamm (Fn. 38), UGP-RL Anh I Einf. Rn. 2.

⁸⁶ Scherer, NJW 2009, 324 (325).

⁸⁷ Steinbeck, GRUR 2008, 848 (853).

⁸⁸ Etwa Seichter, WRP 2005, 1087 (1095).

⁸⁹ Scherer, NJW 2009, 324 (326 ff.).

⁹⁰ Boesche (Fn. 9), Rn. 494.

⁹¹ Haberstumpf (Fn. 34), D.VI.

Andererseits sind dies der Schadensersatzanspruch des § 9 UWG bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit sowie der Anspruch auf Gewinnabschöpfung gem. § 10 Abs. 1, 2 UWG.

Die Höhe des Schadens hinsichtlich des Anspruches nach § 9 UWG kann der Verletzte bei Eingriffen in Immaterialgüterrechte und in bestimmte wettbewerbsrechtlich geschützte Rechtspositionen (etwa § 4 Nr. 9 und §§ 17 ff. UWG) auf dreierlei Arten berechnen. Bei dieser so genannten dreifachen Schadensberechnung kann der Schaden entweder konkret einschließlich des entgangenen Gewinns oder nach den objektiven Schadensberechnungsarten der Lizenzanalogie (auf Grundlage einer fiktiven angemessenen Lizenzgebühr) bzw. der Herausgabe (Abschöpfung) des Verletzergewinns berechnet werden⁹². Eine Anwendung auf sonstige Wettbewerbsverstöße kommt aber nicht in Betracht⁹³.

Als relevante Anspruchsgrundlage ist regelmäßig die Norm, welche die begehrte Rechtsfolge vorschreibt (§§ 8 - 10 UWG), § 3 Abs. 1, 2 UWG und der konkrete Unlauterkeitstatbestand aus §§ 4 - 6 UWG zu zitieren, etwa § 9 i.V.m. § 3 Abs. 1, 2 i.V.m. § 4 Nr. 3 UWG bei einem Schadensersatzanspruch wegen Verschleierung des Werbecharakters. Nach dem neuen UWG verweisen die §§ 8 - 10 UWG neuerdings direkt auf § 7 UWG, so dass § 3 hier nicht mehr gesondert geprüft werden muss.

Der Kreis der klagebefugten Personen umfasst bei Wettbewerbsverstößen wegen des besonderen Interesses an einer möglichst raschen, effektiven und umfassenden Abwehr von Wettbewerbsverstößen nicht nur die Mitbewerber (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG), sondern wird auch durch die Aufzählung in § 8 Abs. 3 Nr. 2 - 4 UWG erweitert⁹⁴. Demnach können auch Wirtschaftsverbände nach Nr. 2, Verbraucherverbände (nach § 4 UKlaG), Handwerkskammern und Industrie- und Handelskammern gegen die obigen Verstöße vorgehen⁹⁵. Der einzelne Verbraucher ist jedoch, auch wenn er unmittelbar von dem Verstoß betroffen ist, nach dem UWG nicht klagebefugt⁹⁶. Er kann sich jedoch auf die allgemeinen Vorschriften des BGB stützen. Beispielsweise ergibt sich bei belästigender Werbung iSd § 7 UWG eine Schutzmöglichkeit für ihn aus §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 BGB analog.

Die Geltendmachung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche ist jedoch gem. § 8 Abs. 4 UWG im Falle der Rechtsmissbräuchlichkeit unzulässig.

5. Verfahren und Strafvorschriften (§§ 12 ff. UWG)

Die Durchsetzung der UWG-Verbote ist mit Ausnahme der Straftatbestände in §§ 16 - 19 UWG ausschließlich der zivilrechtlichen Initiative der nach § 8 Abs. 3 UWG Klagebefugten überlassen.

Dem gerichtlichen Verfahren, welches regelmäßig zunächst auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nach §§ 935, 940 ZPO, § 12 Abs. 2 UWG gerichtet ist, soll zunächst eine

Abmahnung nach § 12 Abs. 1 S. 1 UWG mit dem Ziel einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungserklärung (Unterwerfungserklärung) vorausgehen⁹⁷. Eine Voraussetzung für die Zulässigkeit der Klage ist dies jedoch nicht. Befürchtet der Abgemahnte den Erlass einer einstweiligen Verfügung ohne mündliche Verhandlung, so kann er bei dem voraussichtlich damit befassten Gericht (u.U. also bei mehreren Gerichten, arg. § 14 Abs. 2 UWG) eine Schutzschrift einreichen, um die Zurückweisung des Antrags oder jedenfalls die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung zu erreichen⁹⁸.

Für Ansprüche aus §§ 8, 9, 12 Abs. 1 S. 2 UWG ist die kurze Verjährungsfrist von sechs Monaten des § 11 Abs. 1 UWG zu beachten. Die Verjährung beginnt dabei mit Kenntnisnahme des Gläubigers von den Umständen und der Person des Schuldners.

Die §§ 12 bis 15 UWG enthalten verfahrensrechtliche Regelungen. Bei besonders schweren Verstößen ergänzen die §§ 16 bis 19 UWG die zivilrechtlichen Ansprüche durch Strafvorschriften⁹⁹. Trotz deren geringer Relevanz sei hierzu zur Vollständigkeit kurz das Verbot sog. Schneeballsysteme in § 16 Abs. 2 UWG, der Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie die sog. Vorlagenfreibeuterei in §§ 17 - 19 UWG hervorgehoben. Für Prüfungsarbeiten dürften diese Normen aber nur eine untergeordnete Rolle besitzen. Unklar ist zur Zeit noch das Verhältnis zwischen Nr. 14 des Anhangs zu § 16 Abs. 2 UWG. Man wird hier jedoch § 16 Abs. 2 UWG als *lex specialis* betrachten müssen¹⁰⁰.

III. Fazit und Ausblick

Die UWG Reform 2008 ist wegen der überfälligen Umsetzung der UGP-Richtlinie zu begrüßen. Wegen der vielen aktuell noch offenen Fragen wird es für die Rechtsprechung eine schwierige Aufgabe sein, die Einzelfälle im Lichte der Richtlinie und der europäischen Verträge sachgerecht auszulegen und anzuwenden¹⁰¹. Spannend bleibt, wie die Rechtsprechung mit den neu eingefügten Tatbeständen, insbesondere mit der „Schwarzen Liste“ umgehen wird.

Eine Anpassung an geänderte Rechtsprechung und neue Rechtsansichten sowie die Umsetzung europarechtlicher Vorgaben wird auch künftig eine Fortentwicklung verlangen.

Die weitere Entwicklung auf diesem Rechtsgebiet bleibt daher höchst interessant.

⁹² Piper/Ohly (Fn. 12), § 9 Rn. 14.

⁹³ Teplitzky, GRUR 1987, 215 (216).

⁹⁴ Haberstumpf, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Gewerblicher Rechtsschutz, 3. Aufl. (2005), B.II.1.b).

⁹⁵ Eisenmann/Jautz (Fn. 8), Rn. 688.

⁹⁶ Gruber (Fn. 4), 8.D.

⁹⁷ Dörr/Schwartzmann (Fn. 45), Rn. 401.

⁹⁸ Hefermehl/Köhler/Bornkamm (Fn. 38), § 12 Rn. 3.40.

⁹⁹ UWG Regierungsentwurf, S. 16.

¹⁰⁰ Hoeren, BB 2008, 1182 (1189).

¹⁰¹ Hoeren, BB 2008, 1182 (1192).