

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

Geschäftsführende Herausgeber: Prof. Dr. Markus Artz, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann

Schriftleitung: Prof. Dr. Thomas Rotsch, Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Wagner

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

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

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

Webmaster: Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung: Frederike Emme

Internetauftritt: René Grellert

ISSN: 1865-6331

Inhalt

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Ausgewählte Kausalitätsprobleme aus der Praxis

Von Dr. Marcus Liebetrau, Dr. Sebastian Seifert, Erfurt 78

Strafrecht

Die Harmonisierung des materiellen Strafrechts durch das Völker- und Europarecht

Ein Überblick – Teil 2

Von Prof. Dr. Martin Böse, Bonn 85

Die Kausalität bei Gremienbeschlüssen – das Problem der überbedingten Erfolge

Von Stud. iur. Jonathan Narjes, Regensburg 97

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Zivilrecht

Grundzüge des Arzthaftungsrechts

Von Milad Ahmadi, Marburg 106

Haftungsfragen im Gründungsstadium einer Kapitalgesellschaft

Von Diplom-Jurist Alexander J. Schmidt, Bayreuth 110

ÜBUNGSFÄLLE

Öffentliches Recht

Examensübungsklausur: „Bayxit“

Von Prof. Dr. Christoph Herrmann, LL.M., Wiss. Mitarbeiter Franz X. Berger, Passau 116

Fortgeschrittenenklausur Baurecht: „Glamping“

Von Wiss. Mitarbeiter Emil Lorenz, Bochum 124

ÜBUNGSFÄLLE

Strafrecht

(Original-)Examensklausur: Selbst bedienen: gern – aber selbst zahlen?

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. Scarlett Jansen, Bonn

132

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Strafrecht

BGH, Beschl. v. 12.6.2018 – 3 StR 171/17

(Individueller Schadenseinschlag beim Anlagebetrug)

(Prof. Dr. Janique Brüning, Kiel)

143

BGH, Beschl. v. 22.3.2018 – StB 32/17; BGH, Beschl. v. 28.6.2018 – StB 11/18

(Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit sog. „IS-Heimkehrerinnen“)

(Prof. Dr. Bettina Weißer, Köln)

148

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Strafrecht

BGH, Beschl. v. 10.10.2018 – 4 StR 591/17 (LG Essen)

(Zueignungsabsicht bei der Entwendung von Pfandflaschen)

(Wiss. Hilfskraft Theresa Regina Disselkamp, Münster)

156

REZENSIONEN

Zivilrecht

Vincenz Bergk, Makroprudentielle Aufsicht: Eine rechtliche und ökonomische Analyse, Studien zum Bank- und Kapitalmarktrecht, Bd. 19, 2019

(Oliver Michaelis, LL.B. [Univ.], Berlin)

161

Allgemeines

Uwe Volkmann, Rechtsphilosophie, 2018

(Dr. Matthias Wachter, Regensburg)

163

Ausgewählte Kausalitätsprobleme aus der Praxis

Von Dr. Marcus Liebetrau, Dr. Sebastian Seifert, Erfurt*

I. Einleitung

Kausalitätsprobleme nehmen zu Recht in der juristischen Ausbildung eine zentrale Rolle ein. Angesichts einer als durchaus gefestigt zu bezeichnenden Kasuistik, können viele Standardkonstellationen, sei es bei Schockschäden, vorsätzlichem Dazwischentreten Dritter oder in Herausforderungssituationen, mit leichten Abwandlungen in Staatsexamensklausuren Eingang finden. Ein Blick in die Praxis zeigt, dass der jeweilige Nutzen im Erlernen der geläufigsten Theorien, Definitionen und Streitständen nicht auf das erste Staatsexamen beschränkt ist. Kausalitätsprobleme tauchen in der gerichtlichen Praxis häufig bei der Geltendmachung deliktischer oder vertraglicher Schadensersatzansprüche als zusätzliches Problem auf, werden mitunter aber verkannt oder nur stiefmütterlich behandelt. Der folgende Beitrag will daher, nebst einer einführenden Darstellung zu den Grundzügen der Kausalität, dazu beitragen, dass anhand dreier Fälle aus der Praxis erlerntes Wissen wiederholt und vertieft werden kann.

II. Grundzüge der Kausalitätslehre

Die Kausalität wird in der aktuellen Schuldrechtsliteratur auch als „Verursachung“ bezeichnet. Gemeint ist, dass das Verhalten des Schädigers für den Schaden ursächlich ist.¹

Dabei bedarf es in der Praxis häufig der Prüfung zweier unterschiedlicher Phasen der Kausalität (doppelte Kausalitätsprüfung). Während sich die haftungsbegründende Kausalität auf den Zusammenhang zwischen der schädigenden Handlung und dem eingetretenen Erfolg bezieht, betrifft die haftungsausfüllende Kausalität die Verbindung zwischen eingetretene Erfolg und tatsächlichem Schaden.²

Ausgangspunkt in dogmatischer Hinsicht ist zunächst die Äquivalenztheorie mit der sogenannten „*Conditio-sine-quanon-Formel*“. Bei ihr handelt es sich um ein faktisches bzw. naturwissenschaftliches Kriterium. Der Äquivalenztheorie folgend stellt sich jede Ursache als Bedingung dar, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der tatbestandliche Erfolg entfielen. Dabei werden grundsätzlich alle Bedingungen, die für den Schaden ursächlich sind, als gleichwertig (äquivalent) betrachtet.³ In der Folge können sich auch mehrere, zum Teil sogar sehr entfernt liegende Bedingungen als ursächlich darstellen.⁴

Beim Unterlassen wird eine Modifizierung der „*Conditio-sine-qua-non-Formel*“ dahingehend vorgenommen, dass ein Unterlassen ursächlich sein soll, sofern die unterlassene

Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der tatbestandliche Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfielen. Grund hierfür ist die Überlegung, wonach ein Unterlassen, d.h. ein Untätigbleiben, keinen Kausalverlauf in Gang setzen kann.⁵

Führt nicht die Handlung eines Schädigers zum Schaden, sondern erst das Hinzutreten der Handlung eines weiteren Schädigers, liegt „kumulative Kausalität“ vor, bei welcher der Tatbeitrag jedes Schädigers im Ergebnis kausal ist. Dies liegt darin begründet, dass zur Haftungsbegründung die Mitverursachung ausreicht.⁶ Demgegenüber spricht man von „alternativer Kausalität“ bzw. „Doppelkausalität“ (oder „konkurrierende Kausalität“), wenn jeder einzelne von mehreren Schädigern den Erfolg auch für sich allein herbeigeführt hätte.⁷ Die Äquivalenztheorie unterliegt in solchen Konstellationen einer besonderen wertenden Korrektur: So soll die Zurechnung entfallen, wenn eine neue, völlig selbstständige Handlung nach der ersten ursprünglichen schädigenden Handlung hinzutritt und der Zusammenhang zwischen der ersten Handlung sowie dem eingetretenen Schaden dadurch vollständig aufgehoben wird.⁸

Weil sich hieraus allein eine sehr weitreichende Haftung ergeben würde, bedarf es einer Einschränkung anhand folgender normativer Wertungskriterien: Adäquanztheorie, Schutzzweck der Norm, Rechtswidrigkeitszusammenhang/rechtmäßiges Alternativverhalten und hypothetische Kausalität.⁹

Den ersten Schritt, um die Zurechnung von Schadensfolgen durch eine wertende Betrachtung einzugrenzen, bildet die so genannte „Adäquanztheorie“. Sie stellt keine Kausalitätslehre im eigentlichen Sinn dar. Vielmehr dient sie der normativen Einschränkung der objektiven Zurechnung dergestalt, dass nach ihr alle solche Ursachen als irrelevant gelten, die sich nicht mehr im Rahmen der allgemeinen Lebenserfahrung bewegen. Gemeint sind damit Umstände, die nur unter äußerst ungewöhnlichen Bedingungen und selbst für den optimalen Betrachter unvorhersehbar geeignet sind, den Schaden herbeizuführen.¹⁰

Im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung sollen alle Umstände, die einem optimalen Beobachter zur Zeit der Schädigung erkennbar waren, berücksichtigt werden. Gleiches gilt für die dem Schädiger darüber hinaus bekannten

* Die Autoren sind Richter auf Probe im Freistaat Thüringen und derzeit am Landgericht Erfurt tätig.

¹ Vgl. Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 41. Aufl. 2017, § 30 Rn. 1.

² Vgl. Looschelders, Schuldrecht AT, 15. Aufl. 2017, § 45 Rn. 972; Brox/Walker (Fn. 1), § 30 Rn. 5 f.; Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 127.

³ Vgl. Brox/Walker (Fn. 1), § 30 Rn. 2; Wandt (Fn. 2), § 16 Rn. 128; Looschelders (Fn. 2), § 45 Rn. 977.

⁴ Wandt (Fn. 2), § 16 Rn. 130.

⁵ Vgl. Brox/Walker (Fn. 1), § 30 Rn. 3; Wandt (Fn. 2), § 16 Rn. 133; Looschelders (Fn. 2), § 45 Rn. 977.

⁶ Wandt (Fn. 2), § 16 Rn. 131.

⁷ Vgl. Wandt (Fn. 2), § 16 Rn. 131; Looschelders (Fn. 2), § 45 Rn. 979.

⁸ Wandt (Fn. 2), § 16 Rn. 132; so auch Looschelders (Fn. 2), § 45 Rn. 980, jedoch kritisch mit Blick auf ein mögliches rechtmäßiges Alternativverhalten des an zweiter Stelle Handelnden.

⁹ Vgl. überblicksartig Brox/Walker (Fn. 1), § 30 Rn. 2–23; Wandt (Fn. 2), § 16 Rn. 124–143.

¹⁰ Vgl. Looschelders (Fn. 2), § 45 Rn. 983; Brox/Walker (Fn. 1), § 30 Rn. 8; Wandt (Fn. 2), § 16 Rn. 136.

Umstände. Es soll das im Zeitpunkt der Beurteilung verfügbare Erfahrungswissen in Gänze herangezogen werden.¹¹

Den zweiten Schritt zur Eingrenzung der Zurechnung aufgrund wertender Betrachtung bildet das Kriterium des „Schutzzwecks der Norm“. Ziel dieses Kriteriums ist es, nachzuvollziehen, ob die vom Schädiger verletzte Rechtspflicht überhaupt vor dem im konkreten Fall eingetretenen Schaden schützen soll.¹² Die Lehre vom Schutzzweck der Norm geht also davon aus, dass jeder Pflicht und jeder Norm ein bestimmter Interessenbereich zugeordnet werden kann und der Schädiger nur für Verletzungen jenes abgegrenzten geschützten Bereichs einstehen soll. Danach setzt die Haftung des Schädigers voraus, dass der eingetretene Schaden sich im abgesteckten Bereich des durch die Norm bzw. Pflicht geschützten Interesses bewegt. Dies ist neben der Frage der adäquaten Verursachung bei jedem Schadensersatzanspruch zu prüfen.¹³ Im Einzelfall muss sich die Prüfung insbesondere darauf erstrecken, welchen Sinn und Tragweite die verletzte Norm hat und ob nicht ein Schaden vorliegt, der auf die Verwirklichung eines eigenständigen, anderen Gefahrenkreises zurückzuführen ist.¹⁴

Als weiteres Kriterium zur Eingrenzung der Zurechnung aufgrund wertender Betrachtung dient der Einwand des „rechtmäßigen Alternativverhaltens“. Damit wird der Frage nachgegangen, ob ein Schaden deshalb nicht ersetzt werden muss, weil er bei rechtmäßigem Verhalten des Schädigers ebenfalls eingetreten wäre.¹⁵ Der Einwand beruht letztlich auf der Annahme, dass Schäden, die selbst dann eingetreten wären, wenn der Schädiger sich rechtmäßig verhalten hätte, im Grundsatz nicht vom Schutzzweck der Norm umfasst sein können.¹⁶ Zu beachten gilt allerdings, dass die Beurteilung darüber, ob der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens im konkreten Fall beachtlich ist, entscheidend davon abhängt, welchen Sinn und Zweck die jeweils verletzte Norm hat.¹⁷

Schließlich spielt häufig der Einwand der hypothetischen Kausalität eine Rolle. Dabei macht der Schädiger geltend, dass der Schaden in Gänze oder wenigstens zum Teil auch ohne sein Verhalten wegen anderer bereits vorhandener oder später hinzugetretener Umstände verursacht worden wäre. Solche späteren Umstände werden daher auch als „Reserveursachen“ bezeichnet.¹⁸ Da sich diese tatsächlich jedoch nicht verwirklicht haben, wird in diesem Zusammenhang die Beachtlichkeit eines hypothetischen Verlaufs geprüft.¹⁹

Hierbei gilt es ferner zu beachten, dass es in Rechtsprechung und Lehre höchst umstritten ist, ob und in wie fern Reserveursachen zu Gunsten des Schädigers berücksichtigt werden müssen. Da eine pauschale Beantwortung der Frage nicht möglich ist, soll es auf die Betrachtung des Einzelfalls ankommen, wobei sich folgende Einzelfallgruppen unterscheiden lassen:

So ist in Rechtsprechung und Literatur zunächst anerkannt, dass sog. „Schadensanlagen“, die dem Verletzten oder getöteten Menschen bzw. der zerstörten oder beschädigten Sache schon inne gewohnt haben, als Reserveursachen beachtlich sind, wenn jene denselben Schaden innerhalb eines kurzen Zeitraums ebenfalls verursacht hätten.²⁰ Dies beruht letztlich auf der Differenzhypothese, nach welcher etwa der Wert der beschädigten oder zerstörten Sache bei Vorliegen einer Schadensanlage bereits zum Zeitpunkt des Eintritts des schädigenden Ereignisses gemindert ist.²¹

Des Weiteren sind sich Rechtsprechung und Schrifttum darüber einig, dass Reserveursachen, die zur Ersatzpflicht eines Dritten geführt hätten, nicht beachtlich sein sollen. Im Ergebnis würde dies nämlich dazu führen, dass der Geschädigte leer ausginge, weil der Dritte nur für Schäden haftet, für die er tatsächlich die Verantwortung trägt.²²

Im Übrigen bleibt die Beurteilung strittig. Während ein Teil der Lehre die Auffassung vertritt, Reserveursachen seien immer zu berücksichtigen²³ spricht sich die h.M. für eine differenzierte Lösung aus: Danach soll zwischen „Objektschäden“ einerseits und „Folgeschäden“ andererseits unterschieden werden.²⁴ Für Objektschäden, etwa dem durch einen Brand zerstörten PKW, sind Reserveursachen irrelevant, da sich diesbezüglich der Schaden vollständig realisiert hat und der Schadensverlauf abgeschlossen ist. In Bezug auf Folgeschäden, bspw. den Nutzungsausfall, kann der Schadensverlauf häufig noch andauern. Dann aber sollen auch Reserveursachen zu berücksichtigen sein.²⁵

Schließlich spielen, gerade mit Blick auf die Fallgestaltungen in der Praxis, die Zurechnungsprobleme bei der sog. „mittelbaren Kausalität“ eine wichtige Rolle. Gemeint sind damit Fallkonstellationen, in denen die Rechtsgutverletzung

¹¹ Wandt (Fn. 2), § 16 Rn. 136.

¹² Looschelders (Fn. 2), § 45 Rn. 988.

¹³ Vgl. Brox/Walker (Fn. 1), § 30 Rn. 12.

¹⁴ Wandt (Fn. 2), § 16 Rn. 139.

¹⁵ Vgl. Looschelders (Fn. 2), § 45 Rn. 997; Brox/Walker (Fn. 1), § 30 Rn. 16.

¹⁶ Looschelders (Fn. 2), § 45 Rn. 997.

¹⁷ Brox/Walker (Fn. 1), § 30 Rn. 16; vgl. auch Looschelders (Fn. 2), § 45 Rn. 998.

¹⁸ Brox/Walker (Fn. 1), § 30 Rn. 17; vgl. auch Looschelders (Fn. 2), § 45 Rn. 992.

¹⁹ Looschelders (Fn. 2), § 45 Rn. 992.

²⁰ Looschelders (Fn. 2) § 45 Rn. 993; vgl. auch Brox/Walker (Fn. 1), § 30 Rn. 20.

²¹ Vgl. BGH NJW 1994, 999 (1000); BGH NJW-RR 1995, 936 (937); Oetker, in Münchner Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 249 Rn. 209; Looschelders (Fn. 2), § 45 Rn. 993.

²² Vgl. BGH NJW 1967, 551 (552); BGH MDR 1958, 333 (333); Oetker (Fn. 21), § 249 Rn. 214; Schiemann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 249 Rn. 95; Looschelders (Fn. 2), § 45 Rn. 994.

²³ Teichmann, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, Vorbem. §§ 249–253 Rn. 44; Oetker (Fn. 21), § 249 Rn. 212 ff.; Esser/Schmidt, Schuldrecht AT, 8. Aufl. 2000, § 33 IV.

²⁴ Vgl. Grünberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 78. Aufl. 2019, Vorbem. § 249 Rn. 60–63 m.w.N.

²⁵ Vgl. Looschelders (Fn. 2), § 45 Rn. 996; Grünberg (Fn. 24), Vorbem. § 249 Rn. 61 f.

bzw. der eingetretene Schaden nicht unmittelbar vom Schädiger herbeigeführt wird, sondern erst durch weitere, nicht von diesem beherrschte Umstände eintritt.²⁶

Als sog. „Schockschäden“ werden dabei zunächst Gesundheitsverletzungen – z.B. seelische Erschütterung, Nervenschock usw. – bezeichnet, welche gerade nicht durch physische Einwirkungen auf die geschädigte Person herbeigeführt werden. Vielmehr handelt es sich dabei um eine psychische Reaktion des Verletzten.²⁷ Ein häufig erwähntes Beispiel ist in diesem Zusammenhang, dass der Geschädigte den tödlichen Unfall eines Angehörigen beobachtet oder ihm hiervon mitgeteilt wird und er dabei einen Schock erleidet. Während hinsichtlich des Getöteten eine unmittelbare Rechtsgutverletzung vorliegt, ist beim schockgeschädigten Angehörigen lediglich von einer mittelbaren Verletzung auszugehen.²⁸ Maßgebliche Voraussetzung für den Ersatz eines hieraus resultierenden Schadens soll es sein, dass eine solche Verletzung – Schock – pathologisch fassbar ist. Ihrer Art und Schwere nach muss die durch einen Schockschaden erlittene Körper- oder Gesundheitsverletzung über eine bloße gesundheitliche Beeinträchtigung, welche anlässlich der Benachrichtigung über den Tod eines Angehörigen stets anzunehmen sein wird, hinausgehen.²⁹ Weil der Schädiger den Schockschaden nur mittelbar verursacht hat, werden von der ständigen Rechtsprechung besondere Voraussetzungen an den haftungsrechtlichen Zurechnungszusammenhang geknüpft, von denen die Bejahung der Ersatzfähigkeit des Schockschadens letztlich abhängt.³⁰ Jene besonderen Voraussetzungen werden vom Schrifttum entweder bei der Frage der Adäquanz oder dem Schutzzweck der Norm eingeordnet.³¹

Im Ergebnis setzt die Ersatzfähigkeit zunächst voraus, dass der Geschädigte direkt am Unfall beteiligt ist oder seine eingetretene Gesundheitsverletzung eine nachvollziehbare Reaktion darstellt. Im ersten Fall ist die Rechtsgutverletzung dem Schädiger zuzurechnen, weil er den Geschädigten in die Rolle eines unmittelbar am Unfall Beteiligten gebracht hat. Im zweiten Fall wird eine nachvollziehbare Reaktion in der Regel vorliegen, wenn der Schock aus der Benachrichtigung über einen schweren Unfall eines Angehörigen resultiert.³² Demgegenüber wird davon ausgegangen, dass die Herbeiführung eines psychischen Schocks aufgrund eines normalen Unfalls oder des Unfalls einer dem Schockgeschädigten nicht nahestehenden Person bzw. eines Tieres derart ungewöhnlich sein soll, dass die Voraussehbarkeit einer Gesundheitsbeschä-

digung abgelehnt werden muss und dem Schädiger die Gesundheitsverletzung folglich nicht zuzurechnen ist.³³

Darüber hinaus wird das Problem der mittelbaren Kausalität bei Verletzungen relevant, welche erst durch eine bewusste Selbstgefährdung/Selbstschädigung des Geschädigten herbeigeführt werden konnten. Derartige Konstellationen werden in Rechtsprechung und Literatur als „Herausforderungsfälle“ bezeichnet.³⁴ Sie sind dadurch gekennzeichnet, dass gerade der eigene Willensentschluss und damit an letzter Stelle das Verhalten des Geschädigten zur Entstehung des Schadens geführt hat. Grundsätzlich muss sich der Schädiger einen Verletzungserfolg auch als adäquat kausal zurechnen lassen, wenn der Schaden aus einem Fehlverhalten des Geschädigten selbst oder gar aus dem Fehlverhalten eines Dritten resultiert. Die Verletzungshandlungen des Schädigers und des Geschädigten stehen dann gleichwertig nebeneinander. Um in solchen Konstellationen eine Ausuferung des Haftungsrisikos zu vermeiden, stellen Rechtsprechung und Literatur einschränkend darauf ab, ob der Schädiger durch sein Verhalten das Handeln des Geschädigten herausgefordert hat und ob der Geschädigte sich herausgefordert fühlen durfte.³⁵

Diese Frage kann nur anhand einer umfassenden Abwägung der Interessen des Schädigers und des Geschädigten beantwortet werden. Zurechenbar ist dem Schädiger der Schaden dann, wenn sich das Verhalten des Geschädigten im Rahmen der Gesamtbetrachtung als vernünftig darstellt. Das vom Geschädigten eingegangene Risiko muss dabei in einem angemessenen Verhältnis zu dem von ihm verfolgten Zweck stehen.³⁶

Beruhet die Rechtsgutverletzung auf den freiverantwortlichen Willensentschluss eines Dritten, wird zusätzlich die Frage aufgeworfen, ob die vom Schädiger verletzte Norm auch dem Zweck dient, vor der betreffenden Drittschädigung zu schützen.³⁷

III. Fallbeispiele

Die folgenden Fallbeispiele sind aktuellen Entscheidungen der Verfasser nachempfunden und eignen sich nicht zuletzt auch gut für eine mündliche Prüfung. Die Sachverhaltsdarstellung ist zu Ausbildungszwecken jeweils abgekürzt und vereinfacht worden. Gemeinsam war allen drei Fallbeispielen, dass von den beteiligten Parteien, bzw. in Fall 2 durch die Ausgangsinstanz, die zugrundeliegenden Kausalitätsfragen gar nicht gesehen oder unterschätzt wurden.

²⁶ Vgl. *Looschelders* (Fn. 2), § 45 Rn. 999.

²⁷ *Wandt* (Fn. 2), § 16 Rn. 144.

²⁸ *Looschelders* (Fn. 2), § 45 Rn. 1000.

²⁹ *Wandt* (Fn. 3), § 16 Rn. 144; vgl. auch *Looschelders* (Fn. 2), § 45 Rn. 1001: „medizinisch fassbare Auswirkungen“.

³⁰ Vgl. BGH NJW 1971, 1883 (1885); LG Köln NJW-RR 2005, 704 (706).

³¹ Vgl. *Wandt* (Fn. 3), § 16 Rn. 145.

³² Vgl. BGH MDR 2012, 642 (642); *Wandt* (Fn. 3), § 16 Rn. 145; *Looschelders* (Fn. 2), § 45 Rn. 1002.

³³ Vgl. BGH NJW 1971, 1883 (1883); *Wandt* (Fn. 3), § 16 Rn. 146; *Looschelders* (Fn. 2), § 45 Rn. 1003.

³⁴ Vgl. *Looschelders* (Fn. 2), § 45 Rn. 1005; *Wandt* (Fn. 3), § 16 Rn. 151.

³⁵ Vgl. *Looschelders* (Fn. 2), § 45 Rn. 1006; *Wandt* (Fn. 3), § 16 Rn. 151.

³⁶ Vgl. *Looschelders* (Fn. 2), § 45 Rn. 1007; *Wandt* (Fn. 3), § 16 Rn. 152; sehr weitgehend in diesem Zusammenhang etwa: BGH NJW 2012, 1951 ff.

³⁷ *Looschelders* (Fn. 2), § 45 Rn. 1010.

*I. Beispielfall**a) Sachverhalt*

Schädiger (S) kollidiert schuldhaft auf der Skipiste mit dem Geschädigten (G). Dieser zieht sich im Bereich der rechten Schulter schwere Verletzungen zu und fällt krankheitsbedingt ein halbes Jahr aus. Zwei Monate später kündigt ihm sein Arbeitgeber wegen des krankheitsbedingten Ausfalls. G geht hiergegen vor dem Arbeitsgericht vor. In der Güteverhandlung einigt er sich mit seinem Arbeitgeber dergestalt, dass die Kündigung als betriebsbedingte Kündigung zum übernächsten Monat, gegen Zahlung einer Abfindung, akzeptiert wird. G beantragt hiernach bei der Bundesagentur für Arbeit (A) Arbeitslosengeld (Leistungen nach SGB III). Dieses wird für die Dauer von einem Jahr in Höhe von 63.000 € gezahlt. A nimmt nunmehr aus übergegangenem Recht, § 116 SGB X, den S in Anspruch.

b) Fallfrage

Zu Recht?

c) Lösungshinweise

In dieser Fallkonstellation ist, nach Erörterung der allgemeinen Voraussetzungen der Anspruchsgrundlagen, also § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 116 Abs. 1 SGB X, die nach der Fallgestaltung unproblematisch gegeben sind, zu prüfen, ob die Zahlung des Arbeitslosengeldes überhaupt kausal auf das schädigende Ereignis zurück zu führen ist.

Zum besseren Verständnis sei hier nur kurz erklärt, dass der Anspruch auf Arbeitslosengeld aus § 136 Abs. 1 Nr. 1 SGB III im Falle der Arbeitslosigkeit im Sinne von § 138 SGB III folgt. Die weiteren Voraussetzungen, unter anderem, dass man innerhalb der letzten zwei Jahre mindestens zwölf Monate versicherungspflichtig beschäftigt gewesen ist und in die Arbeitslosenversicherung eingezahlt hat, sind in den §§ 137, 142, 143 SGB III geregelt. Im Falle eines versicherungswidrigen Verhaltens ohne wichtigen Grund – z.B. bei einer Eigenkündigung oder einer verhaltensbedingten Kündigung – ruht der Anspruch für die Dauer einer Sperrzeit, § 159 Abs. 1 S. 1 SGB III. Die Sperrzeit beträgt im Regelfall zwölf Wochen, § 159 Abs. 3 S. 1 SGB III, verkürzt sich aber unter bestimmten Voraussetzungen.

§ 116 Abs. 1 SGB X regelt den Rückgriff des Versicherungsträgers, das ist nach § 116 Abs. 10 SGB X insbesondere die Bundesagentur für Arbeit³⁸, auf den Schädiger, der beim geschädigten Sozialleistungsberechtigten einen soziale Leistungsansprüche begründenden Schadensfall verursacht hat, soweit das zivilrechtliche Haftungsrecht hierzu Ausgleichsansprüche des Geschädigten gegenüber dem Schädiger kennt. Der Regress ist in der Gestalt eines unmittelbaren Forderungsübergangs und zwar in der Regel im Zeitpunkt des schädi-

genden Ereignisses geregelt.³⁹ Normzweck des § 116 Abs. 1 SGB X ist im Übrigen, Doppelleistungen beim Verletzten zu vermeiden, der die Sozialleistungen durch die Sozialversicherungsträger unabhängig vom Nachweis eines materiellen Schadens erhält.⁴⁰ Zu einem Forderungsübergang kommt es daher nur, soweit Sozialleistungen und Schadensersatz sachlich und zeitlich (ggf. der Höhe nach auch nur teilweise) kongruent sind (was laut Sachverhalt der Fall war).⁴¹

Problematisch ist, dass es möglicherweise überhaupt nicht zur Zahlung von Arbeitslosengeld gekommen wäre, wenn der G nicht im Rahmen des gerichtlichen Vergleiches die ausgesprochene Kündigung als betriebsbedingte akzeptiert hätte, sondern es auf eine streitige Klärung im Kündigungsschutzprozess hätte ankommen lassen.

Hier sei nur am Rande erwähnt, dass bei einer personenbedingten Kündigung wegen Krankheit durch die Arbeitsgerichte relativ hohe Hürden gesetzt sind⁴². So müssen zum Zeitpunkt der Kündigung Tatsachen vorliegen, die die Prognose weiterer Erkrankungen des Arbeitnehmers in dem bisherigen Umfang rechtfertigen, sog. negative Gesundheitsprognose. Es muss außerdem feststehen, dass die zu erwartenden Fehlzeiten des Arbeitnehmers zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen oder wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers führen. Dies wäre etwa der Fall, wenn es aufgrund der Fehlzeiten des Arbeitnehmers zu Störungen des Betriebsablaufs oder zu erheblichen Belastungen des Arbeitgebers mit Lohnfortzahlungskosten kommt. Regelmäßig wird eine solche Interessenbeeinträchtigung zu verneinen sein, wenn der Arbeitgeber es vor der Kündigung unterlassen hat, ein betriebliches Eingliederungsmanagement im Sinne von § 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX durchzuführen. Fehlt es hieran, geht die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung davon aus, dass im Rahmen eines betrieblichen Eingliederungsmanagements andere Beschäftigungsmöglichkeiten auf einem leidensgerechten Arbeitsplatz gefunden worden wären. Die krankheitsbedingte Kündigung stellt sich daher nicht als das mildeste Mittel („ultima ratio“) dar und wäre unwirksam. Schließlich muss, wie bei jeder unter § 1 Abs. 2 KSchG fallenden Kündigung, eine Interessenabwägung zwischen dem Beendigungsinteresse des Arbeitgebers und dem Fortsetzungsinteresse des Arbeitnehmers vorgenommen werden.

Hält man sich diese hohen Anforderungen vor Augen, erscheint nun fraglich, wie der Umstand zu werten ist, dass der G durch den abgeschlossenen Vergleich maßgeblich dazu beigetragen hat, dass es überhaupt zur Zahlung von Arbeits-

³⁸ Die Zahlung von Arbeitslosengeld (ALG I) fällt ohne Weiteres unter § 116 Abs. 1 SGB X, vgl. grundlegend BGHZ 108, 296 (305); *Freymann/Wellner/Halbach*, in: juris-Praxis-Kommentar zum Straßenverkehrsrecht, 2016, § 116 SGB X Rn. 19.

³⁹ Zum Regelungsgehalt bzw. zur Bedeutung der Norm, vgl. *Schlegel/Voelzke/Peters-Lange*, in: juris-Praxiskommentar zum SGB X, 2. Aufl. 2017, § 116 SGB X Rn. 12 ff.

⁴⁰ Grundlegend BGHZ 9, 179 (194); 190, 131 (145); 206, 136 (143).

⁴¹ Arbeitslosengeld (ALG I) ist etwa kongruent mit einem Verdienstausschlaganspruch des G gem. den §§ 842, 843 BGB, vgl. allgemein zum Regress des Arbeitslosengeldes über § 116 Abs. 1 SGB X BGHZ 176, 109 (115) = NJW 2008, 2185, (2186).

⁴² Vgl. hierzu *Ascheid/Oetker*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 7. Aufl., 2017, § 1 KSchG Rn. 225 ff. m.w.N.

losengeld gekommen ist. Im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität ist dieses Problem unter dem Topos „Willensentschlüsse des Verletzten“ bzw. „Herausforderungsfälle“ zu thematisieren.

Allgemein gilt, dass eine Ersatzpflicht auch dann in Betracht kommt, wenn der Schaden durch eine Handlung verursacht wird, die auf einem Willensentschluss des Verletzten beruht.⁴³ Demnach ist sie nach den Grundsätzen der psychischen Kausalität dann zu bejahen, wenn die Handlung des Verletzten durch das haftungsbegründende Ereignis herausgefordert oder wesentlich mitbestimmt worden ist und eine nicht ungewöhnliche Reaktion auf dieses darstellt.⁴⁴ Demgegenüber scheidet ein Zurechnungszusammenhang dann aus, wenn der Geschädigte in völlig ungewöhnlicher oder unsachgemäßer Weise in den schadensträchtigen Geschehensablauf eingreift und eine weitere Ursache setzt, die den Schaden endgültig herbeiführt.⁴⁵

Im vorliegenden Fall lässt sich zwar argumentieren, dass der Schaden, nämlich das ausgezahlte Arbeitslosengeld, erst durch den abgeschlossenen Vergleich bzw. die darin enthaltene Regelung zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch ordentliche, betriebsbedingte Kündigung, endgültig herbeigeführt wurde. G hat damit selbst in den Geschehensablauf eingegriffen und nicht nur eine weitere, sondern sogar die entscheidende Ursache für das später gezahlte Arbeitslosengeld gesetzt. Andererseits ist ein Vergleichsabschluss des Geschädigten mit dem Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess infolge eines durch das schädigende Ereignis bedingten längerfristigen Arbeitsausfalls wohl nicht als Seltenheit zu bezeichnen. Die gütliche Streitbeilegung ist im arbeitsgerichtlichen Prozess sogar die Regel. Mit einer solchen Wendung, längerfristiger Ausfall des G, personenbedingter Kündigung und Abschluss eines Vergleiches vor dem Arbeitsgericht infolge der schädigenden Handlung, muss der S zwar nicht rechnen; ungewöhnlich scheint dieser Geschehensgang aber wiederum auch nicht.

Entscheidendes Kriterium ist daher, ob der Vergleich in vertretbarer Würdigung der Sach- und Rechtslage geschlossen wurde.⁴⁶ An die Frage der Vertretbarkeit dürfen keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. In der Regel wird ein Vergleichsschluss schon dann vertretbar sein, wenn die Rechtsverteidigung des Gegners nicht offensichtlich ohne Aussicht auf Erfolg erscheint. Gerade der Prozessvergleich, d.h. der in einem laufenden Rechtsstreit geschlossene, das Verfahren hierdurch insgesamt beendende Vergleich, ist in aller Regel vernünftig, um bestehende Unsicherheit, auf tatsächlicher, aber auch auf rechtlicher Ebene, zu beseitigen. Kommt ein Vergleich auf Betreiben des Gerichts zustande, bzw. entspricht der abgeschlossene Vergleich dem Vorschlag des Gerichts, muss die Vertretbarkeit ohne Weiteres bejaht werden. G kann es, entgegen dem richterlichen Vorschlag,

nicht zugemutet werden, einen Rechtsstreit, am Ende noch mit offenem Ausgang, zugunsten der Interessen des S zu führen. Der Vergleichsabschluss ist daher durch die vormals schädigende Handlung veranlasst. Zugleich wird er zum Zwecke der Minimierung der Prozesskosten für den G herausgefordert.

In der Praxis dürften sich diejenigen Vergleichsschlüsse als schwierig erweisen, in denen G bereits durch richterliche Hinweise im Sinne von § 139 Abs. 5 ZPO oder nach Versagung von Prozesskostenhilfe für die Gegenseite bewusst sein muss, dass seine Rechtsverfolgung aussichtsreich ist, er sich dem aber verschließt. Dann wäre ein solcher Vergleich unter Verkenning der Sach- und Rechtslage zustande gekommen. Dies stellt einen unsachgemäßen Eingriff in den schadensträchtigen Geschehensablauf dar. Durch die ursprüngliche schädigende Handlung, wird der Vergleichsabschluss und der erst in folgedessen eingetretene Schaden dann nicht mehr hervorgerufen bzw. herausgefordert. Die Kausalität wäre durch den Willensentschluss des G unterbrochen.

2. Beispielfall

a) Sachverhalt

Schädiger (S) kollidiert schuldhaft mit dem PKW der Geschädigten (G). Der Unfall ereignete sich am Vormittag, als G gerade ihre zwei Kinder zur KITA bringen wollte. Wegen der Notwendigkeit, die Kinder zumindest am nächsten Tag wieder dorthin zu bringen, mietet sich G am Nachmittag des Unfalltages ein Fahrzeug vom Autohaus (A). Der in diesem Zusammenhang von G unterzeichnete Mietvertrag sieht für den Fall eines Glasschadens am Fahrzeug zwar den Eintritt einer Versicherung, aber auch einen Selbstbehalt der G i.H.v. 200 € vor. Die Reparatur von G's PKW zieht sich beinahe zwei Wochen hin. In der Zwischenzeit erleidet G mit dem angemieteten Fahrzeug einen Steinschlag. In der Folge muss die Frontscheibe des PKWs ausgetauscht werden. G trifft ein Selbstbehalt i.H.v. 200 €, den sie im nachfolgenden Prozess neben weiteren Schadenspositionen, wie erhöhte Mietwagenkosten, umsonst aufgewendeter Urlaub, Restwert der Ersatzbeschaffung eines anderen gebrauchten PKW usw., von der Versicherung des S ausgeglichen haben möchte.

b) Fallfrage

Zu Recht?

c) Lösungshinweise

Zur Vereinfachung der Fallkonstellation soll zunächst angeführt werden, dass selbst der Beklagte bzw. dessen Versicherung das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs der G im Prozess dem Grunde nach nicht bestritten haben. Zu prüfen sind damit allein die Voraussetzungen der haftungsausfüllenden Kausalität, wofür insbesondere auf die obigen Ausführungen zurückgegriffen werden kann.

Maßgeblich in diesem Zusammenhang ist die Frage, ob jener Schaden noch kausal auf das Unfallereignis vom 5.1.2016 zurückzuführen ist. Wie gesehen, werden sonstige Schäden von der Ersatzpflicht des Schädigers nur erfasst, wenn sie mit dem zum Ersatz verpflichtenden Ereignis in

⁴³ Grünberg (Fn. 24), Vorbem. § 249 Rn. 41.

⁴⁴ BGH NJW 1988, 1143 (1145 m.w.N.); BGH NJW 1993, 1587 (1589) m.w.N.; BGH NJW 2001, 512 (514).

⁴⁵ BGH WM 1985, 666 (668); BGHZ 103, 113 (121).

⁴⁶ Vgl. BGH NJW-RR 1992, 1196 (1198); Grünberg (Fn. 24), Vorbem. § 249 Rn. 46.

einem adäquaten Ursachenzusammenhang stehen und in den Schutzbereich der verletzten Norm fallen. Dabei bedarf die auf eine Wahrscheinlichkeitsbetrachtung ausgerichtete Adäquanztheorie einer Ergänzung durch eine wertende Beurteilung. In der Folge ist eine Schadensersatzpflicht nur dann anzunehmen, wenn der geltend gemachte Schaden nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der verletzten Norm fällt. Es muss sich also um Nachteile handeln, die aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen worden ist.⁴⁷

Dagegen soll ein Schaden gerade nicht unter den Schutzzweck der verletzten Norm fallen, wenn er sich bei wertender Betrachtung lediglich als Verwirklichung eines allgemeinen Lebensrisikos darstellt. Für die Beurteilung ist maßgeblich, ob der Schaden im inneren Zusammenhang mit der vom Schädiger geschaffenen Gefahrenlage steht oder ob er zu dieser eine bloß zufällige, äußere Verbindung hat und in der Konsequenz dem Risikobereich des Geschädigten zuzuordnen ist.⁴⁸

Zu fragen ist folglich, ob der an der Frontscheibe des Mietwagens eingetretene Steinschlag – gemessen an diesen Voraussetzungen – vorliegend noch in den Schutzbereich der Norm fällt. Zwar gilt es insoweit zunächst zu berücksichtigen, dass der Steinschlag an sich einen sonstigen Schaden darstellt, der äquivalent und adäquat auf das Unfallereignis zurückzuführen ist, da die Klägerin ohne den Unfall keinen Mietwagen genommen hätte und es sich bei einem Steinschlag nicht um ein Ereignis handelt, welches völlig außerhalb jeglicher Lebenserfahrung liegt. Doch muss letztlich die Gefahr, mit einem Fahrzeug einen Steinschlag zu erleiden – unabhängig davon, ob es das eigene oder ein angemietetes Fahrzeug ist – unter das allgemeine Lebensrisiko fallen, welches sich vorliegend verwirklicht hat.

Die Verbindung zu dem Unfallereignis ist hier bloß zufälliger Natur, was sich daran zeigt, dass die G als Klägerin, wäre der Stein gegen die Scheibe ihres eigenen Autos geflogen, den mit der Versicherung vereinbarten Selbstbehalt ebenfalls hätte tragen müssen. Insofern war die Gefahr, einen Steinschlag während der Fahrt – ganz gleich mit welchem Auto – zu erleiden, von Anfang an im Risikobereich der Klägerin angesiedelt. Im Ergebnis kann die G den Ersatz jenes Schadens damit nicht beanspruchen.

Lediglich am Rande sei noch angemerkt, dass die G erst im Rahmen des Berufungsverfahrens eingewandt hat, der Glasschaden ergebe sich insbesondere daraus, dass sie bei ihrem eigenen Fahrzeug lediglich eine Selbstbeteiligung i.H.v. 150 € vereinbart habe. Dies stellt sich, aus prozessrechtlicher Sicht, jedoch als neuer Tatsachenvortrag dar, weil die G als Klägerin jenen Umstand erstmals im Rahmen ihrer Berufungsbegründung vorgetragen hat. Da sie den Vortrag aber bereits innerhalb des erstinstanzlichen Verfahrens hätte anbringen können und Entschuldigungsgründe im Sinne des § 531 Abs. 2 Nrn. 1–3 ZPO, weshalb sie dies versäumt hat,

nicht ersichtlich sind, war sie damit nach § 531 Abs. 1 ZPO präkludiert.

3. Beispielfall

a) Sachverhalt

Architekt (A) führt Wohnflächenberechnungen für ein von der B-GmbH (B) zu sanierendes Wohnobjekt durch. Nach Veräußerung der einzelnen Wohneinheiten, unter anderem an den Käufer (C), stellt sich heraus, dass sämtliche Flächenangaben, wie sie auf den Berechnungen des A beruhen, von den tatsächlichen Wohnflächen abweichen. C verlangt von B nach Rücktrittserklärung die Rückzahlung des Kaufpreises. B lehnt dies vorprozessual ab. Es kommt zum Prozess. B wird zur Rückzahlung des Kaufpreises verurteilt. Das von B angestrebte Berufungsverfahren bleibt erfolglos. B verlangt nunmehr von A Schadensersatz unter anderem in Höhe der Prozesskosten von 20.000 € (erste Instanz) und 16.000 € (zweite Instanz).

b) Fallfrage

Zu Recht?

c) Lösungshinweise

Auch in dieser dritten Fallkonstellation liegt das Problem wieder in der haftungsausfüllenden Kausalität, nämlich bei der Frage, ob B von A im Rahmen des vertraglichen Schadensersatzanspruches nach den §§ 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB, auch die „Kosten der Rechtsverfolgung im weiteren Sinne“, d.h. die hier angefallenen Prozesskosten der ersten und zweiten Instanz geltend machen kann. Fraglich scheint hier, inwieweit ein Ursachenzusammenhang unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm zu bejahen ist.

Wie bereits dargelegt, setzt der Schadensersatzanspruch voraus, dass der geltend gemachte Schaden nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der verletzten Norm fällt; es muss sich um solche Nachteile handeln, die aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte vertragliche oder vorvertragliche Pflicht übernommen worden ist. Der geltend gemachte Schaden muss in einem inneren Zusammenhang mit der durch den Schädiger geschaffenen Gefahrenlage stehen; ein „äußerlicher“, gleichsam „zufälliger“ Zusammenhang genügt nicht. Insoweit ist eine wertende Betrachtung geboten.⁴⁹

Im Rahmen dieser wertenden Betrachtung wird man nun berücksichtigen müssen, dass der Schädiger in solchen Konstellationen, in denen er Leistungen erbringt, deren Fehlerhaftigkeit über den eigentlichen Vertragspartner auf einen Dritten durchschlagen können, damit rechnen muss, dass es notfalls zum Prozess zwischen Vertragspartner und Dritten kommt und die hierdurch anfallenden Kosten der Rechtsverfolgung, d.h. Anwalts- und Gerichtskosten, bei ihm nebst anderen Schäden am Ende regressiert werden. Hier ist es der B auch nicht zumutbar, bereits vorprozessual den C klaglos zu stellen, nur um das Prozesskostenrisiko für den A zu vermeiden. Dass B es, selbst bei einer etwaigen Kenntnis der

⁴⁷ BGH NJW 2014, 2190 (2191); *Grünberg* (Fn. 24), Vorbem. § 249 Rn. 29.

⁴⁸ BGH NJW 2014, 2190 (2191); *Grünberg* (Fn. 24), Vorbem. § 249 Rn. 29.

⁴⁹ Vgl. BGH NJW 2012, 2024 (2026) m.w.N.

negativen Erfolgsaussichten, auf einen Prozess ankommen lassen darf, wird noch durch eine andere Wertung gedeckt: die Möglichkeit der Streitverkündung gegen den A.

Die Streitverkündung, § 72 Abs. 1 ZPO, gibt – vereinfacht ausgedrückt – dem Geschädigten die Möglichkeit für den Fall eines ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits denjenigen Dritten, bei dem sich der Geschädigte meint dann schadlos halten zu können, mit in den Rechtsstreit „hineinzuziehen“. Die Wirkung der Streitverkündung ist unabhängig davon, ob dieser Dritte dem Rechtsstreit beitrifft oder nicht, da ein ergangenes Urteil auch ihm gegenüber gilt, §§ 74 Abs. 3, 68 ZPO. Im späteren Regressprozess ist das Gericht an die Feststellungen aus dem Ausgangsrechtsstreit gebunden, hier im Beispielfall also, dass die Wohnflächenberechnungen des A fehlerhaft waren. Ohne Streitverkündung bestünde sonst die Gefahr, dass es zu sog. divergierenden Entscheidungen kommt, also ein Gericht im Prozess des C gegen B die Wohnflächenberechnungen als fehlerhaft ansieht, demgegenüber das Gericht im Prozess B gegen A später zu einer anderen Bewertung gelangt.

Vor diesem Hintergrund ist es interessengerecht, die durch den Erstprozess anfallenden Kosten der Rechtsverfolgung als kausalen Schaden zu werten. Diese sind nicht etwa zufällig entstanden, sondern lassen sich auf die Pflichtverletzung des A zurückführen.

Anders wird man dies aber bei den Kosten des Berufungsverfahrens sehen müssen. Die Entscheidung der B, hier ins Rechtsmittel zu gehen, stellt wiederum einen eigenen Willensentschluss dar, der zu einer Unterbrechung der Kausalität führen könnte. Kausal sind diese Kosten daher nur, wenn die Einlegung des Rechtsmittels durch die Pflichtverletzung des A herausgefordert oder wesentlich bestimmt wurde. Dies wird man im Ergebnis aber verneinen müssen. Denn A hat über die reine Fehlplanung hinaus keinen Anlass dazu gegeben, die Feststellungen des Erstgerichtes in einem Rechtsmittelverfahren klären zu lassen.

IV. Fazit

Bei der Begutachtung deliktischer bzw. vertraglicher Schadensersatzansprüche sollte stets eine gewisse Sensibilität im Hinblick auf mögliche Kausalitätsprobleme vorhanden sein. Dabei gilt es zu verinnerlichen, dass Probleme (vor allem in der Praxis) häufig bei der haftungsausfüllenden Kausalität auftreten können. Dies darf in der Klausur nicht unterschätzt werden, zumal im Referendariat, aber auch im Studium, Klausursachverhalte oft Entscheidungen aus der Praxis nachempfunden sind. Eine zumindest gedankliche Prüfung sollte also regelmäßig über die Anwendung der *conditio-sine-qua-non*-Formel hinausgehen. Sonst besteht das Risiko, dass entscheidende Aspekte bei der Fallbearbeitung außen vor bleiben und wichtige Notenpunkte eingebüßt werden.

Die Harmonisierung des materiellen Strafrechts durch das Völker- und Europarecht

Ein Überblick – Teil 2*

Von Prof. Dr. Martin Böse, Bonn

IV. Organisierte Kriminalität

Der Begriff der organisierten Kriminalität ist nicht weniger unscharf als derjenige des Terrorismus, und so nimmt es kaum Wunder, dass internationale Instrumente zur Strafrechtsangleichung zunächst in Bezug auf einzelne Deliktsbereiche entstanden, die als typische Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität gelten (u.a. Drogen- und Menschenhandel, näher unten IV. 2.–7.). Gleichwohl wurden auf internationaler Ebene allgemeine Vorgaben entwickelt, welche die Staaten über einen bestimmten Deliktsbereich hinaus verpflichten, gesetzgeberische Maßnahmen gegen kriminelle Organisationen zu ergreifen (1.).

1. Allgemeine Vorgaben (Organisationsdelikte)

Erste Ansätze zu einer internationalen Strategie zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität sind bereits in den 1980er Jahren erkennbar, die im Bereich des Drogenhandels zur UN-Suchtstoff-Konvention¹ führten. Nach der Annahme eines Aktionsplans gegen organisierte transnationale Kriminalität auf der UN-Konferenz von Neapel (1994) bereitete ein von der UN-Generalversammlung eingesetzter Ad-Hoc-Ausschuss einen Konventionsentwurf vor, auf dessen Grundlage schließlich in Palermo das UN-Übereinkommen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität („Palermo-Konvention“)² unterzeichnet werden konnte.³ Im Unionsrecht wird dieses Übereinkommen durch den Rahmenbeschluss 2008/841/JI⁴ ergänzt.

Zentraler Bestandteil der Palermo-Konvention und des Rahmenbeschlusses sind die Vorgaben zur Beteiligung an einer organisierten kriminellen Gruppe, welche die Staaten verpflichten, entweder die Verabredung einer schweren Straftat, ggf. unter Mitwirkung einer organisierten kriminellen Gruppe (Art. 5 Abs. 1 lit. a Ziff. i) Palermo-Konvention, Art. 2 lit. b Rahmenbeschluss 2008/841/JI) oder die aktive Beteiligung an den kriminellen Tätigkeiten oder anderen Tätigkeiten einer organisierten kriminellen Gruppe (Art. 5 Abs. 1 lit. a Ziff. ii) Palermo-Konvention und Art. 2 lit. a Rahmenbeschluss 2008/841/JI) unter Strafe zu stellen; eine weitere Pönalisierungspflicht bezieht sich auf die Organisation, Leitung, Teilnahme, Erleichterung und Beratung bezüglich der Begehung einer schweren Straftat unter Mitwirkung

einer organisierten kriminellen Gruppe (Art. 5 Abs. 1 lit. b Palermo-Konvention).

Diese Vorgaben lassen sich im deutschen Strafrecht nicht allein über den auf die Verabredung von Verbrechen beschränkten § 30 Abs. 2 StGB umsetzen, sondern es bedarf insoweit eines eigenständigen Organisationsdelikts.⁵ Als organisierte kriminelle Gruppe ist dabei eine (1) strukturierte (d.h. nicht zufällig gebildete, aber auch nicht notwendig aus kontinuierlichen Mitgliedern mit festgelegten Rollen bestehende) Gruppe von mindestens drei Personen anzusehen, die (2) über einen längeren Zeitraum besteht, und (3) das Ziel verfolgt, sich durch Begehung schwerer (d.h. mit Höchststrafe von mehr als vier Jahren bedrohte) Straftaten materielle Vorteile zu verschaffen (Art. 2 lit. a und c Palermo-Konvention, Art. 2 Nrn. 1 und 2 Rahmenbeschluss 2008/841/JI). Das deutsche Strafrecht enthält zwar mit § 129 StGB einen entsprechenden Tatbestand; der dort verwendete Begriff der kriminellen Vereinigung setzt jedoch nach herkömmlicher Auslegung einen auf eine gewisse Dauer angelegten, freiwilligen organisatorischen Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die bei Unterordnung des Willens des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit gemeinsame Zwecke verfolgen und derart in Beziehung stehen, dass sie sich untereinander als einheitlicher Verband fühlen („Gruppenidentität“).⁶ Mit Blick auf die Notwendigkeit, die kriminelle Vereinigung von der Bande abgrenzen zu können, hat der BGH eine rahmenbeschlusskonforme (bzw. völkerrechtskonforme) Auslegung des § 129 StGB abgelehnt.⁷ Um das aufgrund des engen Vereinigungsbegriffs der h.M. bestehende Umsetzungsdefizit zu beheben, hat der deutsche Gesetzgeber nunmehr eine Legaldefinition der kriminellen Vereinigung (§ 129 Abs. 2 StGB) eingefügt, mit der die völker- und unionsrechtlichen Vorgaben explizit in das deutsche Recht übernommen werden.⁸

Das Palermo-Übereinkommen enthält darüber hinaus noch weitere Kriminalisierungspflichten zur Geldwäsche (Art. 6; vgl. unten IV. 6.), zur Korruption (Art. 8; vgl. unten IV. 7.) und zur Behinderung der Justiz (Art. 23). Der letztgenannten Verpflichtung trägt das deutsche Recht u.a. mit den §§ 153 ff., 223 ff., 240 f., 258, 334, 343 StGB Rechnung.⁹

* Fortsetzung von ZJS 2019, 1.

¹ UN-Übereinkommen gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen v. 20.12.1988, BGBl. II 1993, S. 1137.

² UN-Übereinkommen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität (sog. „Palermo-Konvention“) v. 15.11.2000, BGBl. II 2005, S. 954.

³ Näher zur Entstehung *Pintaske*, Das Palermo-Übereinkommen und sein Einfluss auf das deutsche Recht, 2014, S. 43 ff.

⁴ Rahmenbeschluss 2008/841/JI des Rates zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität v. 24.10.2008, ABl. EU 2008 Nr. L 300 v. 11.11.2008, S. 42.

⁵ *Pintaske* (Fn. 3), S. 192 ff. (zu § 30 Abs. 2 StGB).

⁶ BGH NJW 1979, 172; BGH NJW 1999, 1876; BGH NJW 2009, 3448.

⁷ BGH NJW 2010, 1979; vgl. dagegen eingehend zur Möglichkeit einer völker- bzw. rahmenbeschlusskonformen Auslegung *Pintaske* (Fn. 3), S. 148 ff.

⁸ 54. Strafrechtsänderungsgesetz v. 17.7.2017, BGBl. I 2017, S. 2440; vgl. insoweit BT-Drs. 18/11275, S. 11.

⁹ BT-Drs. 15/5150, S. 83; eingehend *Pintaske* (Fn. 3), S. 249 ff.

2. Drogen- und Waffenhandel

Um den Missbrauch von Opium und Kokain zu bekämpfen, wurden seit Beginn des 20. Jahrhunderts eine Reihe von internationalen Übereinkommen geschlossen, welche die Staaten zur Errichtung von Handelsmonopolen und deren Überwachung verpflichteten.¹⁰ Nach dem zweiten Weltkrieg wurden die unterschiedlichen und lückenhaften Vertragswerke im Einheitsübereinkommen über Suchtstoffe (1961)¹¹ zusammengeführt, das wenig später durch das Übereinkommen über psychotrope Stoffe (1971)¹² ergänzt wurde. Zur Angleichung der nationalen Strafvorschriften wurde schließlich das UN-Übereinkommen gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen (1988)¹³ ausgearbeitet, das für eine Reihe weiterer Übereinkommen zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität zum Vorbild wurde (u.a. die Palermo-Konvention, vgl. oben IV. 1.). Im Unionsrecht wurde der Inhalt dieses Übereinkommens mit dem Rahmenbeschluss 2004/757/JI¹⁴ weitgehend übernommen.

Nach den völker- und unionsrechtlichen Vorgaben ist daher nicht nur ein Verbot für Drogen und Grundstoffe (d.h. Ausgangsstoffe für die Herstellung von Drogen) zu errichten, sondern auf dieser Grundlage die Produktion, die Verbreitung und der Transport von Drogen und Grundstoffen sowie der Erwerb und Besitz von Drogen zu kriminalisieren (Art. 3 Abs. 1, Abs. 2 UN-Suchtstoff-Übereinkommen, Art. 2 Abs. 1 Rahmenbeschluss 2004/757/JI). Soweit der Anbau, Erwerb und Besitz ausschließlich zum persönlichen Verbrauch erfolgt, steht diese Pflicht allerdings unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit den Verfassungsgrundsätzen und den Grundzügen der jeweiligen nationalen Rechtsordnung (Art. 3 Abs. 2 UN-Suchtstoff-Übereinkommen; vgl. auch Art. 2 Abs. 2 Rahmenbeschluss 2004/757/JI), d.h. insoweit verbleibt den Staaten ein Spielraum zur Entkriminalisierung. In Bezug auf die übrigen Pflichten ist ein solcher Vorbehalt nicht vorgesehen, zum Teil wird das bei der Strafverfolgung bestehende Ermessen aber so gelenkt, dass der Handel mit Cannabis unter bestimmten Voraussetzungen nicht verfolgt und damit de facto geduldet wird; dies gilt etwa für das nieder-

ländische Modell der „coffee-shops“.¹⁵ Der deutsche Gesetzgeber hat in den §§ 29 ff. Betäubungsmittelgesetz (BtMG) und in § 19 Grundstoffüberwachungsgesetz (GÜG) weitreichende Strafvorschriften geschaffen und damit den oben genannten Vorgaben umfassend Rechnung getragen.

Zur Bekämpfung des illegalen Waffenhandels ist ein Zusatzprotokoll zur „Palermo-Konvention“¹⁶ ausgearbeitet worden, das die Bundesrepublik Deutschland unterzeichnet, bislang aber noch nicht ratifiziert hat.¹⁷ Nach dem Zusatzprotokoll sind die unerlaubte Herstellung von und der unerlaubte Handel mit Schusswaffen zu kriminalisieren; Gleiches gilt für die Fälschung, die Entfernung, Änderung oder Unkenntlichmachung von Kennzeichen, die zur Identifizierung und Rückverfolgung auf einer Schusswaffe angebracht sind (Art. 5 Abs. 1). Ungeachtet der bislang nicht erfolgten Ratifikation entsprechen die Strafvorschriften des deutschen Waffengesetzes (§§ 51, 52 WaffG) bzw. der §§ 267, 274 StGB weitgehend den internationalen Vorgaben.¹⁸

3. Menschen- und Organhandel

Nach der Abschaffung der Sklaverei (vgl. im ersten Teil II. 2.) gerieten moderne Erscheinungsformen des Menschenhandels, insbesondere die sexuelle Ausbeutung durch den Frauen- und Mädchenhandel, in den Blickpunkt der Staatengemeinschaft. Zu Beginn des 20. Jahrhunderts wurden erste Übereinkommen gegen den Mädchenhandel als „weißer Sklaverei“ unterzeichnet.¹⁹ Nach dem zweiten Weltkrieg wurden die bestehenden Verträge durch zwei Zusatzprotokolle konsolidiert²⁰, die schließlich durch das erste Zusatzprotokoll zur „Palermo-Konvention“²¹ ersetzt worden sind. Dieses Zusatzprotokoll wurde in der Folgezeit Grundlage für das entspre-

¹⁰ Vgl. u.a. das Haager Abkommen die Aufhebung des Missbrauchs von Opium und anderen Präparaten v. 23.1.1912, RGBl. 1921, S. 6; zusammenfassend zur Entwicklung *Grütznier/Pötz/Kreß/Gazeas*, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 45. Lfg., Stand: August 2018, III C 1 Rn. 1 f.

¹¹ Einheitsübereinkommen über Suchtstoffe v. 30.3.1961 i.d.F. des Änderungsprotokolls v. 25.3.1972, BGBl. II 1973, S. 1354.

¹² Übereinkommen über psychotrope Stoffe v. 21.2.1971, BGBl. II 1976, S. 1478.

¹³ UN-Übereinkommen gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen v. 20.12.1988, BGBl. II 1993, S. 1137.

¹⁴ Rahmenbeschluss 2004/757/JI v. 25.10.2004 zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels, ABl. EU 2004 Nr. L 335 v. 11.11.04, S. 8.

¹⁵ Siehe dazu *Böse*, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2014, § 20 Rn. 20.

¹⁶ Zusatzprotokoll gegen die unerlaubte Herstellung von Feuerwaffen, deren Teilen, Komponenten und Munition sowie gegen den unerlaubten Handel damit v. 31.5.2001, Resolution der UN-Generalversammlung, A/RES/55/255.

¹⁷ Vgl. BT-Drs. 16/7717, S. 17.

¹⁸ *Pintaske* (Fn. 3), S. 332 ff.; vgl. auch BT-Drs. 16/7717, S. 17.

¹⁹ Internationales Übereinkommen zur Gewährung wirksamen Schutzes gegen den Mädchenhandel (International Agreement for the Suppression of the „White Slave Traffic“) v. 18.5.1904, RGBl. 1905, S. 695; eingehend zur Entwicklung, *Pintaske* (Fn. 3), S. 271 ff.

²⁰ Protokoll v. 4.5.1949 zur Änderung des Internationalen Übereinkommens zur Gewährung wirksamen Schutzes gegen den Mädchenhandel und zur Änderung des Internationalen Übereinkommens zur Bekämpfung des Mädchenhandels, BGBl. II 1972, S. 1075, und Protokoll v. 12.11.1947 zur Änderung der Übereinkunft zur Unterdrückung des Frauen- und Kinderhandels und des Übereinkommens zur Unterdrückung des Handels mit volljährigen Frauen, BGBl. II 1972, S. 1081.

²¹ Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels v. 15.11.2000, BGBl. II 2005, S. 995.

chende Europarats-Übereinkommen²² und die Richtlinie 2011/36/EU²³. Nach der völker- bzw. unionsrechtlichen Konzeption setzt der Menschenhandel drei Tatbestandselemente voraus (Handlung, Mittel und Zweck), nämlich die Anwerbung, Beförderung, Beherbergung oder Aufnahme einer Person (*Handlung*), die mittels Nötigung, Entführung, Täuschung, Ausnutzung der Hilflosigkeit oder Gewährung von Vorteilen (*Mittel*) zur sexuellen oder wirtschaftlichen Ausbeutung des Opfers (*Zweck*) begangen wird (Art. 3 Abs. 1 lit. a Zusatzprotokoll, Art. 4 lit. a Europarats-Übereinkommen, Art. 2 Abs. 1, Abs. 3 Richtlinie 2011/36/EU). Als eigenständige Form der Ausbeutung wird dabei auch die Entnahme von Organen erfasst (Art. 3 Abs. 1 lit. a Zusatzprotokoll, Art. 4 lit. a Europarats-Übereinkommen, Art. 2 Abs. 3 Richtlinie 2011/36/EU); diese Vorgabe wird durch das Europarats-Übereinkommen gegen den Organhandel²⁴ ergänzt, das allerdings von Deutschland bislang weder unterzeichnet noch ratifiziert worden ist.

Der Umsetzung dieser Regelungen dienen im deutschen Strafrecht die §§ 232 ff. StGB, die zuletzt durch das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Menschenhandels neu gefasst und dabei zugleich in ihrer Struktur an die internationalen Vorgaben angepasst worden sind.²⁵ Der Organ- und Gewebehandel ist im Übrigen auch gemäß § 18 Transplantationsgesetz (TPG) mit Strafe bedroht. Für den Bereich der sexuellen Ausbeutung von Kindern wird auf die bereits in der Deliktsgruppe „schwere Menschenrechtsverletzungen“ (vgl. im ersten Teil II. 3.) genannten Regelungen verwiesen.

4. Schleusung und illegale Beschäftigung von Migranten

In engem Zusammenhang mit dem Menschenhandel steht die Schleusung von Migranten („Menschenschmuggel“). Dies zeigt sich auch darin, dass die Migrantenschleusung Gegenstand eines weiteren Zusatzprotokolls zur Palermo-Konvention²⁶ ist, das am gleichen Tag wie das Protokoll zum Menschenhandel angenommen wurde. Dieser enge Zusammenhang sollte indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Schleusungskriminalität in erster Linie mit Blick auf das Interesse der Zielstaaten an einer geordneten Migration bekämpft wird; die einschlägigen Strafvorschriften sollen aller-

dings daneben auch Leben und Sicherheit der Migranten schützen (vgl. unten zu entsprechenden Qualifikationen).²⁷

Das Zusatzprotokoll enthält eine allgemeine Verpflichtung der Vertragsstaaten, folgende Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen: Herbeiführung der unerlaubten Einreise in einen Vertragsstaat mit dem Ziel, sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen (Schleusung); Fälschung von Reise- und Identitätsdokumenten sowie deren Beschaffung, Bereitstellung oder Besitz zum Zweck der Schleusung von Migranten; Ermöglichung des unerlaubten Aufenthalts durch gefälschte Dokumente oder andere unrechtmäßige Mittel; Organisation von und Anleitung zu den vorgenannten Straftaten (Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 lit. a, b und c, Art. 6 Abs. 2 lit. c Zusatzprotokoll). Darüber hinaus ist straferschwerend zu berücksichtigen, wenn durch die Tat Leben oder Sicherheit von Migranten gefährdet oder diese einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung ausgesetzt werden (Art. 6 Abs. 3 Zusatzprotokoll). Das Zusatzprotokoll erstreckt die Kriminalisierungspflicht nicht auf die „geschleusten“ Migranten (Art. 5 Zusatzprotokoll), schließt entsprechende Strafvorschriften allerdings nicht aus (Art. 6 Abs. 4); die völkerrechtlichen Pflichten nach der Genfer Flüchtlingskonvention (Art. 31) bleiben aber unberührt (vgl. im ersten Teil I.).

Nach den unionsrechtlichen Vorgaben (Art. 1 Rahmenbeschluss 2002/946/JI²⁸) ist hingegen grundsätzlich jedwede Beihilfe zur unerlaubten Einreise und die zu Gewinnzwecken geleistete Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt unter Strafe zu stellen; allerdings können die Mitgliedstaaten Handlungen aus humanitären Zwecken von der Strafbarkeit ausnehmen. Der deutsche Gesetzgeber ist einem ähnlich weitgehenden Ansatz gefolgt, indem er als Schleusung jedwede für die Gewährung eines Vorteils geleistete Teilnahme am unerlaubten Aufenthalt bzw. zur unerlaubten Einreise erfasst und es darüber hinaus bei Letzterer auch alternativ ausreichen lässt, dass der Täter wiederholt oder zugunsten von mehreren Ausländern handelt (§ 96 Abs. 1 AufenthG). Mit der Anknüpfung an die Teilnahmeformen (Anstiftung und Beihilfe, vgl. §§ 26, 27 StGB) wird jedoch nach h.M. die Strafbarkeit des Schleusers von einer vorsätzlichen Haupttat des Migranten abhängig gemacht (limitierte Akzessorietät)²⁹, so dass das deutsche Strafrecht insoweit hinter den völkerrechtlichen Vorgaben

²² Übereinkommen des Europarates zur Bekämpfung des Menschenhandels v. 16.5.2005, BGBl. II 2012, S. 1108 (SEV Nr. 197).

²³ Richtlinie 2011/36/EU zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer v. 5.4.2011, ABl. EU 2011 Nr. L 101 v. 15.4.11, S. 1; vgl. zuvor bereits Rahmenbeschluss 2002/629/JI v. 19.7.2002, ABl. EU 2002 Nr. L 203 v. 1.8.2002, S. 1.

²⁴ Übereinkommen des Europarates gegen den Handel mit menschlichen Organen v. 25.3.2015 (SEV Nr. 216).

²⁵ Gesetz v. 11.10.2016, BGBl. I 2016, S. 2452; siehe dazu Böse, KriPoZ 2018, 16 ff.

²⁶ Zusatzprotokoll zur gegen die Schleusung von Migranten auf Land-, See- und Luftweg v. 15.11.2000, BGBl. II 2005, S. 1007.

²⁷ Vgl. die Präambel zum Zusatzprotokoll (vorherige Fn.); eingehend zum Schutzzweck der Schleusungsdelikte im deutschen Recht: Böse, ZStW 116 (2004), 680 (684 ff.).

²⁸ Rahmenbeschluss 2002/946/JI v. 28.11.2002 betreffend die Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens für die Bekämpfung der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt, ABl. EU 2002 Nr. L 328 v. 5.12.2002, S. 1; Richtlinie 2002/90/EG v. 28.11.2002 zur Definition der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt, ABl. EU 2002 Nr. L 328 v. 5.12.2002, S. 17 (Art. 1).

²⁹ BayObLG NStZ-RR 2003, 275; Gericke, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 3. Aufl. 2018, AufenthG § 96 Rn. 3 m.w.N.

zurückbleibt, denen ein solches Erfordernis fremd ist.³⁰ Zur Umsetzung der Vorgaben zu erschwerenden Umständen (Art. 6 Abs. 3 Zusatzprotokoll; vgl. auch Art. 1 Abs. 3 Rahmenbeschluss 2002/946/JI) sind entsprechende Qualifikationen vorgesehen (vgl. § 96 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 AufenthG).

Darüber hinaus hat der Unionsgesetzgeber mit der Richtlinie 2009/52/EG³¹ auch für die illegale Beschäftigung von Migranten einen strafrechtlichen Mindeststandard geschaffen. Die Kriminalisierung wird dort allerdings auf qualifizierte Zuwiderhandlungen (dauerhafte oder beharrliche Verstöße, illegale Beschäftigung einer erheblichen Zahl von Migranten, ausbeuterische Beschäftigung bzw. Zwangsarbeit, Beschäftigung minderjähriger Migranten) beschränkt (Art. 9 Richtlinie 2009/52/EG). Im deutschen Strafrecht finden sich entsprechende Strafvorschriften in den §§ 10, 10a Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz.

5. Geldfälschung und Fälschung unbarer Zahlungsmittel

Die Geldfälschung war bereits im Rahmen des Völkerbundes Gegenstand eines internationalen Abkommens, das auf französische Initiative ausgearbeitet wurde, nachdem 1926 in Ungarn größere Mengen gefälschter französischer Francs aufgetaucht waren.³² Mit dem wenige Jahre später unterzeichneten Übereinkommen zur Bekämpfung der Falschmünzerei³³ verpflichteten sich die Vertragsstaaten, nach ihrem allgemeinen Strafrecht zu bestrafen, wer betrügerisch Geld fälscht oder verfälscht, falsches oder verfälschtes Geld in Umlauf bringt oder falsches oder verfälschtes Geld, das er als solches erkennt, einführt, annimmt oder sich verschafft, um es in Umlauf zu bringen (Art. 3 Nrn. 1–3 Falschmünzerei-Abkommen; vgl. insoweit § 146 StGB). Darüber hinaus erstreckte das Abkommen die Kriminalisierungspflicht auf ausländische Währungen (Art. 5 Falschmünzerei-Abkommen; vgl. § 152 StGB) und auf Vorbereitungshandlungen, nämlich die Anfertigung, Annahme oder Beschaffung von Gerätschaften und anderen Gegenstände, die zur Geldfälschung bestimmt sind (Art. 3 Nr. 5 Falschmünzerei-Abkommen; vgl. insoweit § 149 StGB). Der Unionsgesetzgeber hat diese Vorgaben mit der Richtlinie 2014/62/EU³⁴ zum strafrechtlichen

Schutz des Euro und anderer Währungen weitgehend übernommen und geringfügig erweitert (Art. 2 lit. a, Art. 3), u.a. indem er die Vorbereitungshandlungen auf die Beschaffung von Sicherheitsmerkmalen (Hologramme, Wasserzischen) ausgedehnt hat (Art. 3 Abs. 1 lit. d Ziff. ii).

Um der zunehmenden Verbreitung des unbaren Zahlungsverkehrs Rechnung zu tragen, hat der Unionsgesetzgeber die Vorgaben des Falschmünzerei-Abkommens auf den unbaren Zahlungsverkehr ausgedehnt. Nach dem Rahmenbeschluss 2001/413/JI³⁵ sind die Mitgliedstaaten zur Einführung von Straftatbeständen verpflichtet, die auf unbare Zahlungsinstrumente (z.B. Kreditkarten und andere von Finanzinstituten ausgegebene Zahlungskarten, Schecks und Wechsel) bezogen sind, nämlich u.a. die widerrechtliche Aneignung (Diebstahl), die Fälschung von Zahlungsinstrumenten zu betrügerischen Zwecken, der Erwerb, Transport, Verkauf oder Besitz gefälschter oder widerrechtlich angelegener Zahlungsinstrumente zu betrügerischen Zwecken und die betrügerische Verwendung solcher Zahlungsinstrumente (Art. 2 Rahmenbeschluss 2001/413/JI); in Bezug auf die Fälschung von Zahlungsinstrumenten werden auch Vorbereitungshandlungen erfasst (Art. 4, 1. Spiegelstrich Rahmenbeschluss 2001/413/JI). Das deutsche Recht trägt diesen Vorgaben in den §§ 152a, 152b StGB (ggf. i.V.m. § 149 StGB) Rechnung; in Bezug auf die widerrechtliche Aneignung sind die §§ 242, 246, 257, 261 StGB anzuwenden.³⁶

Da der unbare Zahlungsverkehr in weiten Bereichen automatisiert abgewickelt wird, wurde die Kriminalisierungspflicht auch auf die Veranlassung betrügerischer Transaktionen durch Löschung oder Veränderung von Computerdaten oder Eingriffe in den Ablauf eines Computerprogramms oder eines Computersystems ausgedehnt (Computerstraftaten, Art. 3 Rahmenbeschluss 2001/413/JI; vgl. auch unten VI. 1.); auch insoweit erstrecken sich die Vorgaben auf das Vorbereitungsstadium (Art. 4, 2. Spiegelstrich Rahmenbeschluss 2001/413/JI). Im deutschen Strafrecht findet sich in dem Computerbetrug ein entsprechender Tatbestand, der allerdings zur Erfassung der Vorbereitungshandlungen ergänzt werden musste (§ 263a Abs. 3 StGB).³⁷

6. Geldwäsche

Die Kriminalisierung der Geldwäsche ist zentraler Bestandteil der internationalen Strategie zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität und steht in engem Zusammenhang mit Maßnahmen zur Abschöpfung von Gewinnen aus Straftaten (vgl. §§ 73 ff. StGB). Mit der Geldwäsche wird den Tätern nicht nur die Nutzung (und „Re-Investition“) derartiger Gewinne ermöglicht (und die Gewinnabschöpfung erschwert),

Einführung des Euro, ABl. EU 2000 Nr. L 140 v. 14.6.2000, S. 1.

³⁵ Rahmenbeschluss 2001/413/JI v. 28.5.2011 zur Bekämpfung von Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln, ABl. EU 2011 Nr. L 149 v. 2.6.2011, S. 1; siehe auch den Vorschlag der Kommission für eine entsprechende Richtlinie, KOM (2017) 489 endg.

³⁶ BT-Drs. 15/1720, S. 7 ff.

³⁷ BT-Drs. 15/1720, S. 10 f.

³⁰ Pintaske (Fn. 3), S. 311; vgl. auch Böse, ZStW 116 (2004), 680 (701).

³¹ Richtlinie 2009/52/EG über Mindeststandards für Sanktionen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen v. 18.6.2009, ABl. EU 2009 Nr. L 168 v. 30.6.2009, S. 24.

³² Vgl. Maierhöfer, „Aut dedere – aut iudicare“ – Herkunft, Rechtsgrundlagen und Inhalt des völkerrechtlichen Gebotes zur Strafverfolgung oder Auslieferung, 2006, S. 125.

³³ Übereinkommen zur Bekämpfung der Falschmünzerei v. 20.4.1929, RGBl. II 1933, S. 914.

³⁴ Richtlinie 2014/62/EU v. 15.5.2014 zum strafrechtlichen Schutz des Euro und anderer Währungen gegen Geldfälschung, ABl. EU 2014 Nr. L 151 v. 21.5.2014, S. 1; vgl. bereits Rahmenbeschluss 2000/383/JI v. 29.5.2000 über die Verstärkung des mit strafrechtlichen und anderen Sanktionen bewehrten Schutzes gegen Geldfälschung im Hinblick auf die

sondern zugleich der legale Finanzkreislauf korrumpiert und die Stabilität und Integrität des Wirtschaftssystems untergraben. Die Geldwäschebekämpfung zeichnet sich daher in besonderer Weise durch eine Kombination repressiver (strafrechtlicher) und präventiver (aufsichtsrechtlicher) Maßnahmen aus.³⁸

Der Zusammenhang mit der Gewinnabschöpfung zeigt sich bereits in dem UN-Suchtstoff-Übereinkommen, das nicht nur eine Kriminalisierungspflicht für die Geldwäsche (Art. 3 Abs. 1 lit. b und c Ziff. i), sondern auch eine Vorschrift zur Einziehung von Erträgen aus dem illegalen Drogenhandel (Art. 5) enthielt. Mit dem ersten Geldwäsche-Übereinkommen des Europarats³⁹ wurde der Tatbestand der Geldwäsche über den illegalen Drogenhandel hinaus auf andere Vortaten ausgedehnt (Art. 6 Abs. 1), eine nähere Festlegung des Vortatenkatalogs den Vertragsstaaten überlassen (Art. 6 Abs. 4). In ähnlicher Weise verpflichtet die Palermo-Konvention die Vertragsstaaten (Art. 6 Abs. 2) entweder alle schweren Straftaten (d.h. solche, die mit einer Höchststrafe von vier Jahren Freiheitsstrafe oder mehr bedroht sind) als Vortaten zu erfassen (Schwellenansatz) oder die Vortaten mit einem Katalog festzulegen (Listenansatz).⁴⁰ Das zweite Europarats-Übereinkommen gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung enthält einen verbindlichen Katalog von Vortaten, die von dem nationalen Geldwäschetatbestand mindestens umfasst sein müssen (Art. 9 Abs. 4 i.V.m. dem Anhang).⁴¹ Ungeachtet dieser Unterschiede ist die Definition der Geldwäsche in den vorgenannten Übereinkommen im Wesentlichen identisch; als Geldwäsche ist danach unter Strafe zu stellen (Art. 6 Abs. 1 Palermo-Konvention, Art. 9 Abs. 1 Zweites Europarats-Übereinkommen): Umwandlung oder Übertragung

von Vermögensgegenständen in der Kenntnis, dass es sich um Erträge aus einer Vortat handelt, zu dem Zweck, die unrechtmäßige Herkunft der Vermögensgegenstände zu verbergen oder zu verschleiern oder einer an der Begehung der Haupttat beteiligten Person behilflich zu sein, sich den rechtlichen Folgen ihres Handelns zu entziehen; Verbergen oder Verschleiern der wahren Beschaffenheit, der Herkunft, des Ortes oder der Bewegung der Vermögensgegenstände, der Verfügung darüber oder der Rechte oder des Eigentums daran in der Kenntnis, dass es sich um Erträge aus einer Vortat handelt; Erwerb, Besitz oder Verwendung von Vermögensgegenständen, wenn der Betreffende bei Erhalt weiß, dass es sich um Erträge aus einer Vortat handelt. Im deutschen Recht werden diese Vorgaben durch den Vereitelungs- und Verschleierungstatbestand (§ 261 Abs. 1 StGB) und den Isolierungstatbestand (§ 261 Abs. 2 StGB) umgesetzt.⁴² Der deutsche Gesetzgeber ist dabei dem Listenansatz gefolgt, indem er einen abschließenden Vortatenkatalog festgelegt hat.⁴³ Diese strafrechtlichen Vorgaben werden durch weitere Bestimmungen zur Geldwäscheprävention ergänzt (Art. 7 Palermo-Konvention, Art. 12 ff. Zweites Europarats-Übereinkommen).

Im Unionsrecht stand zunächst die Geldwäscheprävention im Vordergrund, da der Gemeinschaft nach h.M. keine Legislativkompetenz im Bereich des Strafrechts zustand.⁴⁴ Die entsprechenden Regelungen wurden zuletzt mit der 5. Geldwäscherichtlinie⁴⁵ novelliert und in dem Geldwäschegesetz (GwG) umgesetzt. Die Strafbarkeit der Geldwäsche in den Mitgliedstaaten wird durch den Rahmenbeschluss 2001/500/JI⁴⁶ sichergestellt, der allerdings weitgehend auf das erste Europarats-Übereinkommen zur Geldwäsche verweist und die Möglichkeiten der Mitgliedstaaten zur Beschränkung des Vortatenkatalogs einschränkt (Art. 1). Dieser Rahmenbeschluss ist kürzlich durch eine Richtlinie nach Art. 83 Abs. 1 AEUV ersetzt worden⁴⁷, mit welcher der Vortatenkatalog erheblich ausgedehnt wird (Art. 2 Nr. 1 i.V.m. Art. 3), so dass in Zukunft auch der (einfache) Betrug als Vortat ausreicht.

³⁸ Zur Entwicklung *Pieth*, in: Herzog/Mühlhausen (Hrsg.), Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung, 2006, § 4 Rn. 1 ff.

³⁹ Übereinkommen über Geldwäsche sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten v. 8.11.1990, BGBl. II 1998, S. 519.

⁴⁰ *Pintaske* (Fn. 3), S. 205 f.

⁴¹ Übereinkommen des Europarates über Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten v. 16.5.2005, BGBl. II 2016, S. 1370. Es handelt sich dabei um folgende Straftaten: Beteiligung an einer organisierten kriminellen Gruppe, Terrorismus einschließlich der Finanzierung des Terrorismus, Menschenhandel und Schleusung von Migrantinnen, sexuelle Ausbeutung einschließlich der sexuellen Ausbeutung von Kindern, unerlaubter Verkehr mit Suchtstoffen (2) und psychotropen Stoffen, unerlaubter Waffenhandel, unerlaubter Handel mit gestohlenen und anderen Gütern, Korruption und Bestechung, Betrug, Geldfälschung, Produktfälschung und Produktpiraterie, Straftaten gegen die Umwelt, vorsätzliche Tötung und schwere Körperverletzung, Entführung, Freiheitsberaubung und Geiselnahme, Raub oder Diebstahl, Schmuggel (einschließlich mit Bezug auf Zollabgaben und Verbrauchsteuern), Steuerstraftaten (im Zusammenhang mit direkten Steuern und indirekten Steuern), Erpressung, Fälschung, Piraterie, Insiderhandel und Marktmanipulation.

⁴² Siehe insoweit *Altenhain*, in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrecht, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 261 Rn. 16 f.

⁴³ BT-Drs. 15/5150, S. 77.

⁴⁴ Richtlinie 91/308/EWG v. 10.6.1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche, ABl. EG 1991 Nr. L 166 v. 28.6.1991, S. 77, und anschließend abgedruckte gemeinsame Erklärung der Mitgliedstaaten.

⁴⁵ Richtlinie (EU) 2018/843 v. 30.5.2018 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU, ABl. EU 2018 Nr. L 156 v. 19.6.2018, S. 43.

⁴⁶ Rahmenbeschluss 2001/500/JI v. 26.6.2001 über Geldwäsche sowie Ermittlung, Einfrieren, Beschlagnahme und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten, ABl. EU 2001 Nr. L 182 v. 5.7.2001, S. 1.

⁴⁷ Richtlinie (EU) 2018/1673 vom 23.10.2018 über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche, ABl. EU Nr. L 284 vom 12.11.2018, S. 22.

7. Korruption

An der Entstehung der internationalen Abkommen zur Korruptionsbekämpfung hat die US-amerikanische Gesetzgebung mit dem Foreign Corrupt Practices Act (1977) wesentlichen Anteil, auch wenn die Bestrebungen der amerikanischen Regierung, im Rahmen der Vereinten Nationen auf ein internationales Korruptionsabkommen hinzuwirken, zunächst am Widerstand der Entwicklungsländer und der Ostblockstaaten scheiterten.⁴⁸ In den 1990er Jahren wurden diese Bemühungen im Rahmen der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) wieder aufgenommen, aus denen schließlich das Übereinkommen über die Bekämpfung der Auslandskorruption im internationalen Geschäftsverkehr⁴⁹ hervorging. Wie sich an der Beschränkung des Anwendungsbereichs auf den internationalen Geschäftsverkehr zeigt, richtete sich das Übereinkommen in erster Linie gegen Störungen des internationalen Wettbewerbs, aber auch gegen die Gefahren, die von der Korruption für die wirtschaftliche Entwicklung und ein am Gemeinwohl orientiertes Regierungshandeln („good governance“) ausgehen (Präambel des OECD-Übereinkommens). Zu diesem Zweck wurde den Vertragsstaaten die Verpflichtung auferlegt, die Bestechung von Amtsträgern eines ausländischen Staates oder einer internationalen Organisation im internationalen Geschäftsverkehr unter Strafe zu stellen; der Begriff des Amtsträgers umfasst dabei Funktionen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung (Art. 1 Abs. 1, Abs. 4 lit. a). Kurze Zeit später wurde im Europarat ein Strafrechtsübereinkommen gegen die Korruption⁵⁰ aufgelegt, das umfassende Kriminalisierungspflichten für die Bestechung (Art. 2) und Bestechlichkeit (Art. 3) inländischer Amtsträger (einschließlich von Regierungsmitgliedern und Richtern, Art. 1 lit. a und b, Mitgliedern von inländischen Vertretungskörperschaften, insbesondere zur Gesetzgebung (Art. 4) sowie entsprechende Vorgaben für die Korruption von Amtsträgern (Art. 5, Art. 9) und Mitgliedern von Vertretungskörperschaften (Art. 6, Art. 10) ausländischer Staaten oder internationaler Organisationen (vgl. auch Art. 11 zu internationalen Gerichten) enthält. Darüber hinaus sind die Vertragsstaaten verpflichtet, die missbräuchliche Einflussnahme (Art. 12) und Verstöße gegen Buchführungspflichten zur Verschleierung von Korruptionsdelikten (Art. 14) unter Strafe zu stellen; in Bezug auf Letzteres kommen aber auch nicht-strafrechtliche Sanktionen (z.B. Geldbußen) in Betracht. Mit dem Zusatzprotokoll⁵¹ wird der Anwendungsbereich der Bestechungsdelikte auf in- und ausländische Schiedsrichter (Art. 2, 3 und 4) und Schöffen (Art. 5, 6) ausgedehnt.

⁴⁸ Eingehend zur Entwicklung *Androulakis*, Die Globalisierung der Korruptionsbekämpfung, 2007, S. 118 ff., 149 ff., 193 ff.

⁴⁹ OECD-Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr v. 17.12.1997, BGBl. II 1998, S. 2327.

⁵⁰ Strafrechtsübereinkommen über Korruption v. 27.1.1999, BGBl. II 2016, S. 1322.

⁵¹ Zusatzprotokoll v. 15.5.2003 zum Strafrechtsübereinkommen über Korruption, BGBl. II 2016, S. 1341.

Diese Entwicklungen führten dazu, dass die Arbeiten an einem Übereinkommen im Rahmen der Vereinten Nationen wieder aufgenommen wurden. Zunächst wurde in der Palermo-Konvention⁵² eine allgemeine Kriminalisierungspflicht für die Bestechung und Bestechlichkeit von öffentlichen Bediensteten aufgenommen; die Einbeziehung ausländischer Bediensteter wurde den Vertragsstaaten allerdings freigestellt (Art. 8 Abs. 1, Abs. 2). An diese Regelung konnte die Ausarbeitung eines UN-Übereinkommens gegen die Korruption⁵³ anschließen, das im Jahr 2003 zur Unterzeichnung aufgelegt wurde. Die darin enthaltenen Pönalisierungspflichten umfassen die Bestechung und Bestechlichkeit inländischer Amtsträger (Art. 15), die Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr (Art. 16 Abs. 1) und die Unterschlagung, Veruntreuung oder unrechtmäßige Verwendung anvertrauter Vermögenswerte durch den Amtsträger (Art. 17). Der Begriff des Amtsträgers ist daher wie bereits im OECD-Übereinkommen umfassend zu verstehen und schließt insbesondere Funktionsträger in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung ein (Art. 2 lit. a). Darüber hinaus wird die Einführung weiterer Tatbestände angeregt, ohne dass eine entsprechende Verpflichtung begründet wird: Bestechung und Bestechlichkeit ausländischer Amtsträger – und zwar ohne Bezug zum internationalen Geschäftsverkehr – (Art. 16 Abs. 2), missbräuchliche Einflussnahme auf Amtsträger (Art. 18 – „trading in influence“) und die missbräuchliche Wahrnehmung von Aufgaben (Art. 19) und die unerlaubte Bereicherung durch Amtsträger (Art. 20).

Zur Umsetzung des OECD-Übereinkommens hat der deutsche Gesetzgeber das Gesetz zur Bekämpfung der Internationalen Bestechung (IntBestG) erlassen.⁵⁴ Die darin enthaltenen Regelungen zur Auslandskorruption haben im Jahr 2015 eine grundlegende Änderung erfahren, mit der die internationale Entwicklung nachvollzogen wird.⁵⁵ Kern der Neuregelung ist § 335a StGB, der den Anwendungsbereich der §§ 332, 334 auf Amtsträger (und Richter, einschließlich von Schiedsrichtern und Schöffen) eines ausländischen Staates oder einer internationalen Organisation ausdehnt, ohne den bislang vorgesehenen Bezug zum internationalen Geschäftsverkehr (§ 1 IntBestG a.F.) zu fordern (§ 335a Abs. 1 StGB; s. auch § 335a Abs. 2 und 3 zu §§ 331, 333 StGB). Demgegenüber ist ein solcher Bezug bei der Bestechung von Mitgliedern eines ausländischen Gesetzgebungsorgans oder der parlamentarischen Versammlung einer internationalen Organisation weiterhin erforderlich (§ 2 Abs. 1 IntBestG). Darüber hinaus wurde der Tatbestand der Bestechung von Mandatsträgern (§ 108e StGB), der vormals auf das Abstimmungsverhalten von Abgeordneten beschränkt war, völlig

⁵² UN-Übereinkommen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität (sog. „Palermo-Konvention“) v. 15.11.2000, BGBl. II 2005, S. 954.

⁵³ UN-Übereinkommen gegen Korruption v. 31.10.2003, BGBl. II 2014, S. 763.

⁵⁴ Gesetz v. 10.9.1998, BGBl. II 1998, S. 2327.

⁵⁵ Gesetz zur Bekämpfung der Korruption v. 20.11.2015, BGBl. I 2015, S. 2025.

neu gefasst.⁵⁶ Im Übrigen hat der deutsche Gesetzgeber keinen Umsetzungsbedarf gesehen, da das betreffende Verhalten bereits nach deutschem Recht strafbar ist (vgl. §§ 242, 246, 266 StGB zum Schutz anvertrauten Vermögens sowie die §§ 339, 353, 353b, 357 zum Amtsmissbrauch); die Einführung neuer, nach dem UN-Übereinkommen lediglich fakultativer Strafvorschriften wurde hingegen aus grundsätzlichen Erwägungen abgelehnt, da die betreffenden Tatbestände entweder als zu weitgehend (missbräuchliche Einflussnahme) oder als mit der Unschuldsvermutung unvereinbar (unerlaubte Bereicherung) angesehen wurden.⁵⁷ Demgegenüber hat der Gesetzgeber die im Schrifttum geäußerten Bedenken gegen eine Kriminalisierung der Korruption ausländischer Amtsträger (vgl. § 335a StGB) nicht als durchgreifend angesehen.⁵⁸

Neben der Amtsträgerkorruption ist in den genannten Abkommen auch eine Kriminalisierung der Bestechung und Bestechlichkeit im privaten Sektor vorgesehen (Art. 7 und 8 Europarats-Übereinkommen; siehe auch – fakultativ – Art. 21 UN-Übereinkommen). Im Unionsrecht finden sich entsprechende Vorgaben in Art. 2 Rahmenbeschluss 2003/568/JI⁵⁹. Die Bundesrepublik Deutschland hatte zunächst von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Strafbarkeit vorübergehend auf Taten zu beschränken, die auf eine Bevorzugung des Bestechenden im Wettbewerb gerichtet sind (Art. 2 Abs. 3, 4 Rahmenbeschluss 2003/568/JI), die völker- und unionsrechtlichen Vorgaben aber schließlich mit der Neufassung des § 299 StGB umgesetzt.⁶⁰ Die Ergänzung des Wettbewerbsmodells (§ 299 StGB a.F.; vgl. nunmehr § 299 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB) um das Geschäftsherrenmodell, das als Gegenleistung für den Vorteil (nur) eine Pflichtverletzung des bestochenen Angestellten oder Beauftragten voraussetzt (§ 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 StGB), hat zu einer erheblichen Ausdehnung der Strafbarkeit geführt, die im Schrifttum nicht nur auf heftige Kritik gestoßen ist, sondern auch eine intensive Diskussion über die an die Pflichtverletzung zu stellenden Anforderungen ausgelöst hat.⁶¹

V. Angriffe auf Rechtsgüter internationaler Organisationen

Mit der zunehmenden Bedeutung internationaler Organisationen, denen Kompetenzen im Bereich der Gesetzgebung,

Rechtsprechung und Verwaltung übertragen worden sind, entstand auch ein Bedürfnis, die Ausübung dieser Funktionen auch mit den Mitteln des Strafrechts zu schützen, da die betroffene Organisation in der Regel nicht über eine eigene Strafgewalt verfügt. Am Deutlichsten hat sich diese Entwicklung in der Europäischen Union vollzogen, sie ist allerdings nicht auf diese beschränkt. Die bisherigen völker- und unionsrechtlichen Instrumente betreffen Angriffe auf die Sicherheit des Personals (1.), Rechtspflegedelikte und Geheimnisverrat (2.) sowie Betrugs- und Korruptionsdelikte zum Nachteil der EU (3.).

1. Angriffe auf die Sicherheit des Personals

Eine Verpflichtung, Angriffe auf die Sicherheit von Personal der Vereinten Nationen unter Strafe zu stellen, enthalten das Übereinkommen über die Sicherheit von Personal der Vereinten Nationen⁶² und das zugehörige Fakultativprotokoll⁶³. Die im Übereinkommen enthaltene Pönalisierungspflicht (Art. 9 Abs. 1) in Bezug auf Gewaltakte (Tötung, Entführung, sonstige Angriffe auf die Person oder Freiheit, gewaltsame Angriffe auf Diensträume oder die Privatwohnung sowie die Bedrohung mit einem derartigen Angriff) orientiert sich weitgehend an der Diplomatschutzkonvention⁶⁴ (vgl. im ersten Teil III. 1.). Da derartige Taten bereits nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 212, 223, 239, 123 StGB) mit Strafe bedroht sind, hat der deutsche Gesetzgeber insoweit keinen Umsetzungsbedarf gesehen.⁶⁵ Das zusätzliche Unrecht, das in der Beeinträchtigung der Aufgabenwahrnehmung durch die jeweilige Organisation liegt, bleibt dabei allerdings unberücksichtigt (vgl. auch zu ausländischen Staaten § 102 StGB).

2. Rechtspflegedelikte und Geheimnisverrat

Soweit die Ausübung rechtsprechender Gewalt internationalen Gerichten übertragen worden ist, finden sich auch völkervertragliche Pflichten zum Schutz der internationalen Rechtspflege. So verpflichtet das IStGH-Statut⁶⁶ die Vertragsstaaten, Straftaten gegen die Rechtspflege durch den Internationalen Strafgerichtshof (Falschaussage, Vorlage gefälschter Beweismittel, Beeinflussung von Zeugen oder Behinderung oder Einschüchterung von Bediensteten des Gerichtshofes durch Drohungen oder Gewährung von Vorteilen, Bestechung und Bestechlichkeit von Richtern und Bediensteten) unter Strafe zu stellen (Art. 70 Abs. 1, Abs. 4 lit. a). Eine weniger weitgehende Verpflichtung enthält die Satzung des

⁵⁶ 40. Strafrechtsänderungsgesetz v. 23.4.2014, BGBl. I 2014, S. 410.

⁵⁷ BT-Drs. 18/2138, S. 82 (zum UN-Übereinkommen); vgl. auch zu dem gegen Art. 12 des Europarats-Übereinkommens nach Art. 37 Abs. 1 eingelegten Vorbehalt und zum Zusatzprotokoll BT-Drs. 18/9234, S. 36, 46.

⁵⁸ *Isfen*, JZ 2016, 228 (233 f.); *Kuhlen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 42), § 335a Rn. 11; vgl. dagegen *Böse*, ZIS 2018, 119 ff.

⁵⁹ Rahmenbeschluss 2003/568/JI zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor v. 22.7.2003, ABl. EU Nr. L 192 v. 31.7.2003, S. 54.

⁶⁰ BT-Drs. 18/9234, S. 35.

⁶¹ Zusammenfassend *Kindhäuser/Böse*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 10. Aufl. 2018, § 46 Rn. 25 m.w.N.

⁶² Übereinkommen über die Sicherheit von Personal der Vereinten Nationen und beigeordnetem Personal v. 15.12.1994, BGBl. II 1997, S. 230.

⁶³ Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Sicherheit von Personal der Vereinten Nationen und beigeordnetem Personal v. 8.12.2005, BGBl. II 2007, S. 1306.

⁶⁴ Übereinkommen über die Verhütung, Verfolgung und Bestrafung von Straftaten gegen völkerrechtlich geschützte Personen v. 14.12.1973, BGBl. II 1976, S. 1746.

⁶⁵ BT-Drs. 13/2837, S. 18.

⁶⁶ Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofes v. 17.7.1998, BGBl. II 2000, S. 1394.

EuGH⁶⁷ für den von einem Zeugen oder Sachverständigen in einem Verfahren vor dem EuGH begangenen Meineid (Art. 30). Mit der Ausdehnung des Anwendungsbereichs der §§ 153 ff. StGB (§ 162 Abs. 1 StGB) hat der deutsche Gesetzgeber diesen Verpflichtungen Rechnung getragen und zugleich auch andere internationale Gerichte (z.B. den IGH oder den EGMR) in den Schutzbereich einbezogen.⁶⁸ Die anderen in Art. 70 Abs. 1 IStGH-Statut genannten Straftaten können nach den Korruptionsdelikten (vgl. unten V. 4.) und allgemeinem Strafrecht (u.a. §§ 240, 267 StGB) geahndet werden (vgl. oben IV. 1. zu Art. 23 Palermo-Konvention).⁶⁹

Darüber hinaus kann auch das Interesse der internationalen Organisation an der Geheimhaltung bestimmter Informationen strafrechtlich schutzwürdig sein. Aus diesem Grund verpflichtet Art. 194 Euratom-Vertrag die Mitgliedstaaten, die Verletzung von Geheimhaltungspflichten wie einen Verstoß gegen die Strafvorschriften zum Schutz inländischer Geheimnisse durch die Staatsschutzdelikte und von Berufsgeheimnissen zu behandeln. Nach h.M. wird der Anwendungsbereich der §§ 93 ff. StGB mit dieser unmittelbar anwendbaren Verweisungsvorschrift entsprechend erweitert.⁷⁰

3. Schutz der finanziellen Interessen der EU

Nachdem der EuGH mit seinem Urteil zum „Griechischen Mais-Skandal“⁷¹ im Jahr 1989 aus der allgemeinen Loyalitätspflicht (Art. 4 Abs. 3 EUV bzw. Art. 5 EWGV a.F.) eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten abgeleitet hatte, Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln zu ahnden wie nach Art und Schwere gleichartige Verstöße gegen nationales Recht, dabei aber jedenfalls wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen zu verhängen (vgl. nunmehr Art. 325 AEUV), entstand innerhalb weniger Jahre das Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der EU⁷² mit seinen drei Zusatzprotokollen⁷³. Die darin enthaltenen Kriminalisierungspflichten bezogen sich nicht allein auf den Betrug zum Nachteil der Union (Subventionsbetrug bzw. Abgabenhinterziehung, einschließlich unrechtmäßiger Verwendung gewähr-

ter Vorteile, Art. 1 des EU-Übereinkommens), sondern auch auf Korruption (Art. 2 ff. Erstes Protokoll) und Geldwäsche (Art. 2 Zweites Protokoll). Diese Vorgaben wurden mit der Richtlinie 2017/1371/EU⁷⁴ in das Unionssekundärrecht überführt (Art. 3, 4) und um die missbräuchliche Verwendung finanzieller Mittel der Union durch öffentlich Bedienstete (Art. 4 Abs. 3) ergänzt. Zudem wird der Anwendungsbereich der unionsrechtlichen Vorgaben auf den gesamten EU-Haushalt ausgedehnt und damit auch die schwere Umsatzsteuerhinterziehung einbezogen (Art. 1 Abs. 2); überdies enthält die Richtlinie strengere Vorgaben für die zu verhängenden Sanktionen (Art. 7, 9, 10) und die Verjährung (Art. 12). Den Vorgaben aus dem Übereinkommen und den Protokollen wird insbesondere durch die § 264 Abs. 1, Abs. 7 Nr. 2 StGB und § 370 AO Rechnung getragen, eine Umsetzung der Richtlinie ist derzeit in Vorbereitung.⁷⁵

4. Korruption von Amtsträgern internationaler Organisationen

Die Bestechung und Bestechlichkeit von Amtsträgern internationaler Organisationen waren bereits von den allgemeinen völkervertraglichen Kriminalisierungspflichten erfasst (Art. 9 ff. Strafrechtsübereinkommen des Europarats gegen Korruption, Art. 16 UN-Korruptions-Übereinkommen; vgl. oben IV.7.). Für die Korruption im Bereich der Rechtspflege enthält Art. 70 Abs. 1 lit. d und f i.V.m. Abs. 4 lit. a IStGH-Statut entsprechende Vorgaben, die zunächst durch § 2 IStGH-Gleichstellungsgesetz⁷⁶, nunmehr durch § 335a Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 lit. b, Abs. 2 Nrn. 1 und 2 StGB umgesetzt worden sind, wonach die §§ 331 ff. StGB auch auf Richter und Bedienstete des IStGH anzuwenden sind.

Um gegen die Korruption von Bediensteten der Union vorzugehen, wurde schließlich das EU-Bestechungsübereinkommen vom 26.5.1997⁷⁷ ausgearbeitet. Nachdem der deutsche Gesetzgeber den Anwendungsbereich der Bestechung und Bestechlichkeit (§§ 332, 334 StGB) und der für Amtsträger vorgesehenen Regelbeispiele (§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 4, § 264 Abs. 2 S. 2 Nrn. 2 und 3 StGB, § 370 Abs. 3 S. 2 Nrn. 2 und 3 AO) auf Richter und Amtsträger der Union und anderer Mitgliedstaaten ausgedehnt hatte (Art. 2 § 1 EU-Bestechungsgesetz⁷⁸), wurde im Jahr 2015⁷⁹ der Begriff des Europäischen

⁶⁷ Protokoll über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union v. 26.2.2001, BGBl. II 2001, S. 1687.

⁶⁸ Näher Sinn, NJW 2008, 3526 ff.

⁶⁹ BT-Drs. 14/8527, S. 98 f.

⁷⁰ BGHSt 17, 121; Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vor §§ 93 ff. Rn. 19; a.A. (keine unmittelbare Anwendbarkeit): Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 8. Aufl. 2018, S. 122 ff.

⁷¹ EuGH NJW 1990, 2245 (2246).

⁷² Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der EU v. 26.7.1995, BGBl. II 1998, S. 2324.

⁷³ Protokoll v. 27.9.1996, BGBl. II 1998, S. 2342; Protokoll v. 29.11.1996 betreffend die Auslegung des Übereinkommens über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im Wege der Vorabentscheidung, BGBl. II 2000, S. 814; Zweites Protokoll v. 19.6.1997 zur Bekämpfung der Geldwäsche, BGBl. II 2002, S. 2723.

⁷⁴ Richtlinie 2017/1371/EU v. 5.7.2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug, ABl. EU Nr. L 198 v. 28.7.2017, S. 29.

⁷⁵ Vgl. den entsprechenden Referentenentwurf, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Documente/RefE_Umsetzung_RL-EU-2017-1371.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (10.3.2019).

⁷⁶ Art. 2 IStGH-Ausführungsgesetz v. 21.6.2002, BGBl. I 2002, S. 2144.

⁷⁷ EU-Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der Europäischen Gemeinschaften oder der Mitgliedstaaten beteiligt sind, v. 26.5.1997, BGBl. II 1998, S. 2340.

⁷⁸ Gesetz v. 10.9.1998, BGBl. II 1998, S. 2340.

⁷⁹ Gesetz zur Bekämpfung der Korruption v. 20.11.2015, BGBl. I 2015, S. 2025.

Amtsträgers (§ 11 Abs. 1 Nr. 2a StGB) eingeführt und die Gleichstellung von deutschen und europäischen Amtsträgern in das allgemeine Korruptionsstrafrecht integriert (§§ 331 ff. StGB; vgl. auch § 267 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 StGB).⁸⁰

VI. Völker- und unionsrechtliche Harmonisierung in anderen Deliktsbereichen

Die völker- und unionsrechtliche Harmonisierung hat sich in den letzten Jahrzehnten auch auf andere Bereiche der grenzüberschreitenden Kriminalität ausgedehnt, in denen eine Harmonisierung des materiellen Strafrechts ebenfalls als notwendig angesehen wurde, um die Zusammenarbeit bei der Verfolgung der betreffenden Straftaten zu verbessern. Im Vordergrund standen dabei die Computerkriminalität sowie Wirtschafts- und Umweltstraftaten, in jüngerer Zeit aber auch das Sport- und Medizinstrafrecht. In einigen Bereichen (z.B. im Kulturgüterschutz) blieben Ansätze zu einer Strafrechts-harmonisierung auch erfolglos.⁸¹

1. Computerkriminalität

Angesichts der zunehmenden Bedeutung der automatischen Datenverarbeitung, aber auch und vor allem der modernen Informations- und Kommunikationstechnologie (insbesondere des Internets) bestand die dringende Notwendigkeit, den damit verbundenen Herausforderungen für das Strafrecht und die grenzüberschreitende Strafverfolgung auf internationaler Ebene zu begegnen. Das im Rahmen des Europarats entwickelte Übereinkommen über Computerkriminalität⁸² ist mit dem zugehörigen Zusatzprotokoll⁸³ (vgl. im ersten Teil II. 5.) insoweit auch über die Mitglieder des Europarats hinaus zu dem zentralen völkerrechtlichen Instrument avanciert und enthält für das materielle Strafrecht der Vertragsstaaten Vorgaben in vier Bereichen: Angriffe auf Informationssysteme (Art. 2–6), computerbezogene Betrugs- und Fälschungsdelikte (Art. 7, 8), Verbreitung strafbarer Inhalte, d.h. von Kinderpornographie (Art. 9; vgl. oben im ersten Teil II. 4.) und rassistischem Material (Art. 3 Zusatzprotokoll; vgl. im ersten Teil II. 5.) sowie Urheberrechtsverletzungen (Art. 10; vgl. unten 4.). Die Pönalisierungspflichten in dem erstgenannten Bereich sind mit der Richtlinie 2013/40/EU⁸⁴ in das Unionsrecht übernommen worden.

⁸⁰ BT-Drs. 18/4350, S. 18 f.

⁸¹ Z.B. das bislang von keinem einzigen Staat ratifizierte Übereinkommen Europäisches Übereinkommen über Straftaten im Zusammenhang mit Kulturgut v. 23.6.1985 (SEV Nr. 119), abrufbar unter <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007a099> (10.3.2019).

⁸² Übereinkommen des Europarats über Computerkriminalität v. 23.11.2001, BGBl. II 2008, S. 1242.

⁸³ Zusatzprotokoll zum Übereinkommen über Computerkriminalität betreffend die Kriminalisierung mittels Computersystemen begangener Handlungen rassistischer und fremdenfeindlicher Art v. 28.1.2003, BGBl. II 2011, S. 291 (Art. 3).

⁸⁴ Richtlinie 13/40/EU über Angriffe auf Informationssysteme v. 12.8.2013, ABl. EU Nr. L 218 v. 14.8.2013, S. 8; vgl.

Danach sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, den rechts-widrigen Zugang zu einem Computer- bzw. Informationssystem (Art. 2 Europarats-Übereinkommen, Art. 3 Richtlinie 2013/40/EU), das rechtswidrige Abfangen von an ein solches System nicht öffentlich übermittelten Daten (Art. 3 Europarats-Übereinkommen, Art. 6 Richtlinie 2013/40/EU) und den Eingriff in ein solches System oder Computerdaten (Art. 4, 5 Europarats-Übereinkommen, Art. 4, 5 Richtlinie 2013/40/EU) unter Strafe zu stellen. Der deutsche Gesetzgeber hat diese Vorgaben mit der Einführung bzw. Neufassung der §§ 202a–202c StGB sowie der §§ 303a und 303b StGB⁸⁵ umgesetzt.⁸⁶ Den Vorgaben zu computerbezogenen Straftaten (Betrug und Fälschung) wird bereits durch das geltende Recht (§§ 263a, 269 StGB) Rechnung getragen (vgl. auch oben IV. 5.).⁸⁷

2. Umweltschutz

Zum Schutz der Umwelt sind eine Reihe völkerrechtlicher Verträge geschlossen worden, die zum Teil auch Vorgaben für die Ahndung von Zuwiderhandlungen enthalten. So verpflichtet das Washingtoner Artenschutzabkommen⁸⁸ die Vertragsstaaten, den verbotenen Handel und Besitz von Exemplaren geschützter Arten mit strafrechtlichen Sanktionen („sanctions pénales“) zu ahnden (Art 8 Abs. 1 lit. a; vgl. insoweit §§ 69 Abs. 4, 71 Abs. 2, 71a Abs. 2 BNatSchG). Auch das Internationale Abkommen zur Verhütung der Meeresverschmutzung durch Schiffe⁸⁹ enthält eine Pflicht, Verstöße nach dem innerstaatlichen Recht unter Strafe zu stellen (Art. 4). Zur Bekämpfung des „Abfalltourismus“, d.h. der grenzüberschreitenden Abfallentsorgung wurde das Baseler Übereinkommen über die Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle⁹⁰ ausgearbeitet, in dem der Konsens der Vertragsstaaten zum Ausdruck kommt, dass der unerlaubte Verkehr mit gefährlichen oder anderen Abfällen eine Straftat darstellt (Art. 4 Abs. 3; vgl. insoweit § 326 Abs. 2 StGB). Diese Vorgaben erfassen jedoch nur einzelne Bereiche des Umweltstrafrechts und werden überdies zum Teil so ausgelegt, dass sie nicht zwingend eine kriminalstrafrechtliche Sanktion erfordern, sondern auch die Ahndung mit einer Geldbuße ausreichend ist.⁹¹ Ein im Euro-

zuvor bereits Rahmenbeschluss 2005/222/JI v. 24.2.2005, ABl. EU 2005 Nr. L 69 v. 15.3.2005, S. 67.

⁸⁵ 41. Straffänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität v. 7.8.2007, BGBl. I 2007, S. 1786.

⁸⁶ Vgl. insoweit BT-Drs. 16/3656, S. 7 f.

⁸⁷ BT-Drs. 16/7218, S. 44 f.

⁸⁸ Übereinkommen v. 3.3.1973 über den internationalen Handel mit gefährdeten Arten freilebender Tiere und Pflanzen, BGBl. II 1975, S. 773.

⁸⁹ Internationales Abkommen v. 2.11.1973 zur Verhütung der Meeresverschmutzung durch Schiffe (MARPOL), BGBl. II 1982, S. 4, geändert durch das Protokoll v. 17.2.1978, BGBl. II 1982, S. 24.

⁹⁰ Übereinkommen über die Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle v. 22.3.1989, BGBl. II 1994, S. 2704.

⁹¹ Vgl. die MARPOL-Zuwiderhandlungsverordnung v. 19.2.1989, BGBl. I 1989, S. 247, und nunmehr § 23 See-

parat aufgelegtes allgemeines Übereinkommen über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht wurde bislang nur von einem Staat ratifiziert.⁹²

Im Unionsrecht waren die Bedingungen für die Entwicklung internationaler Vorgaben zum Umweltstrafrecht günstiger, denn die Union (bzw. die damalige EG) ist nicht nur zahlreichen multilateralen Übereinkommen zum Umweltschutz beigetreten⁹³, sondern hat das Umweltrecht der Mitgliedstaaten durch die Ausübung ihrer Kompetenzen auf dem Gebiet der Umweltpolitik (Art. 191, 192 AEUV) maßgeblich geprägt.⁹⁴ Um sicherzustellen, dass Verstöße gegen das harmonisierte Umweltrecht erforderlichenfalls auch strafrechtlich geahndet werden können, erkannte der EuGH im Jahr 2005 eine entsprechende Annexkompetenz der (damaligen) Europäischen Gemeinschaft an⁹⁵, die mit dem Lissabonner Vertrag in Art. 83 Abs. 2 AEUV eine allgemeine vertragliche Grundlage erhalten hat. Kurze Zeit später wurde die Richtlinie 2008/99/EG über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt vom 19.11.2008⁹⁶ angenommen, die umfassende Vorgaben zur Kriminalisierung von vorsätzlichen und grob fahrlässigen Umweltverstößen (u.a. zum Schutz von Boden, Luft und Gewässern, zum Abfallrecht, zum Umgang mit umweltgefährdenden Substanzen, insbesondere Kernmaterial und radioaktiven Stoffen und zum Artenschutz) enthält (Art. 3). Diese Vorgaben hat der deutsche Gesetzgeber mit dem 45. Strafrechtsänderungsgesetz in deutsches Recht umgesetzt, mit dem (u.a.) die §§ 311, 235, 326, 327, 328, 329, 330, 330c und 330d StGB sowie die §§ 71, 71a BNatSchG novelliert wurden.⁹⁷

Umweltverhaltensverordnung v. 13.8.2014, BGBl. I 2014, S. 1371.

⁹² Übereinkommen über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht v. 4.11.1998 (SEV Nr. 172), abrufbar unter <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007f588> (10.3.2019).

⁹³ Vgl. insoweit nur Verordnung (EG) 338/97 v. 9.12.1996 über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels, ABl. EU 1996 Nr. L 61 v. 3.3.1997, S. 1; Richtlinie 2005/35/EG v. 7.9.2005 über die Meeresverschmutzung durch Schiffe und die Einführung von Sanktionen für Verstöße, ABl. EU 2005 Nr. L 255 v. 30.9.2005, S. 11; Verordnung (EG) 1013/06 über die Verbringung von Abfällen v. 14.6.2006, ABl. EU 2006 Nr. L 190 v. 15.7.2006, S. 1.

⁹⁴ Vgl. den Überblick bei Krämer, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Bd. 4, 7. Aufl. 2015, AEUV Vor Art. 191–193 Rn. 10 ff.

⁹⁵ EuGH NStZ 2008, 702 (703, Umweltstrafrecht); EuGH NStZ 2008, 703 (704, Meeresverschmutzung).

⁹⁶ Richtlinie 2008/99/EG v. 19.11.2008 über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt, ABl. EU 2008 Nr. L 328 v. 6.12.2008, S. 28; vgl. ferner zur Meeresverschmutzung Richtlinie 2009/123/EG v. 21.10.2009, ABl. EU 2009 Nr. L 280 v. 27.10.2009, S. 52.

⁹⁷ 45. Strafrechtsänderungsgesetz v. 6.12.2011 zur Umsetzung der Richtlinie über den strafrechtlichen Schutz der Um-

3. Kapitalmarktstrafrecht

Mit der Errichtung des Binnenmarktes und der Liberalisierung des Kapitalverkehrs entstand das Bedürfnis, einen gemeinsamen Mindeststandard für das Verhalten der Marktteilnehmer festzulegen, das zunächst nach US-amerikanischem Vorbild zur Insiderrichtlinie⁹⁸ und sodann zur Marktmissbrauchsrichtlinie⁹⁹ führte¹⁰⁰, die aber jeweils nur eine allgemeine Verpflichtung enthielten, für Zuwiderhandlungen in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH (vgl. oben unter V. 3. – „Griechischer Mais“) wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen vorzusehen (Art. 13 bzw. Art. 14 Abs. 1). Dieser Rechtsrahmen wurde mit der EU-Verordnung Nr. 596/2014 über Marktmissbrauch¹⁰¹ und der Richtlinie über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation¹⁰² vollständig neu gefasst, indem die Verbotsnormen nunmehr einheitlich durch das Unionssekundärrecht (die Marktmissbrauchsverordnung) festgelegt werden und die Mitgliedstaaten mit der Richtlinie verpflichtet werden, zumindest schwere Verstöße gegen das Verbot des Insiderhandels und der Marktmanipulation unter Strafe zu stellen (Art. 4, 5). Der Umsetzung dieser EU-Rechtsakte dienten das 1. und das 2. Finanzmarktnovellierungsgesetz¹⁰³, die zu einer Neufassung des § 119 WpHG führten. Die darin enthaltenen Blanketttatbestände sind aufgrund der komplexen Verweisungstechnik nur schwer verständlich; die daraus mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) resultierenden verfassungsrechtlichen Bedenken hat die Rechtsprechung indes bislang zurückgewiesen.¹⁰⁴

4. Schutz geistigen Eigentums

Während die frühen internationalen Übereinkommen zum Schutz des Urheberrechts¹⁰⁵ noch keine Vorgaben zu dessen strafrechtlichen Schutz aufgenommen hatten, enthält das heute maßgebliche Abkommen über handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums (Agreement on Trade-Related

welt, BGBl. I 2011, S. 2557; dazu eingehend Heger, HRRS 2012, 211 ff.

⁹⁸ Richtlinie 89/592/EWG v. 13.11.1989 zur Koordinierung der Vorschriften betreffend Insidergeschäfte, ABl. EG 1989 Nr. L 334 v. 18.11.1989, S. 30.

⁹⁹ Richtlinie 2003/6/EG v. 28.1.2003 über Insidergeschäfte und Marktmanipulation, ABl. EU 2003 Nr. L 96 v. 12.4.2003, S. 16.

¹⁰⁰ Vgl. allgemein Koch, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Fn. 15), § 17 Rn. 1 f.

¹⁰¹ Verordnung (EU) 596/2014 v. 16.4.2014 über Marktmissbrauch, ABl. EU 2014 Nr. L 173 v. 12.6.2014, S. 1.

¹⁰² Richtlinie 2014/57/EU v. 16.4.2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation, ABl. EU 2014 Nr. L 173 v. 12.6.2014, S. 79.

¹⁰³ BGBl. I 2016, S. 1514; BGBl. I 2017, S. 1693.

¹⁰⁴ BGH NJW 2017, 966 (968) m.w.N.

¹⁰⁵ Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst v. 9.9.1886 in der Pariser Fassung v. 24.7.1971, BGBl. II 1973, S. 1071.

Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS)¹⁰⁶ eine vertragliche Verpflichtung, die vorsätzliche Nachahmung von Markenwaren und die vorsätzliche unerlaubte Herstellung urheberrechtlich geschützter Waren in gewerbsmäßigem Umfang unter Strafe zu stellen (Art. 61 Abs. 1). Im Unionssekundärrecht ist hingegen nur eine allgemeine Pflicht zur Ahndung mit wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen (vgl. oben V. 3.) vorgesehen.¹⁰⁷ Im deutschen Recht existieren zum Schutz des geistigen Eigentums in verschiedenen Gesetzen Strafvorschriften, namentlich in § 142 PatG, §§ 143 ff. MarkenG und § 106 ff. UrhG.

5. Patienten- und Gesundheitsschutz

Die Möglichkeiten und Grenzen der modernen Medizin und der Forschung am Menschen sind Gegenstand des Europarat-Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin (Bioethik-Konvention)¹⁰⁸, das allerdings von Deutschland nicht ratifiziert worden ist und auch nur eine allgemeine Pflicht zur Ahndung von Verstößen mit „angemessenen Sanktionen“ vorsieht (Art. 25). Weitere strafrechtliche Vorgaben enthält das Europarats-Übereinkommen gegen den Organhandel¹⁰⁹, das Kriminalisierungspflichten für die illegale Organentnahme (Art. 4), die Verwendung illegal entnommener Organe (Art. 5), die illegale Implantation von Organen (Art. 6) sowie unlautere Methoden zur Gewinnung von Spenderorganen (Art. 7) und Vorbereitungshandlungen (Art. 8) enthält, aber bislang ebenfalls nicht ratifiziert worden ist (vgl. auch oben unter IV.3.).

Um Patienten vor den Gesundheitsgefahren zu schützen, die von gefälschten Arzneimitteln ausgehen, widmet sich eine neuere Europarats-Konvention der Fälschung von Arzneimittelprodukten.¹¹⁰ Das Übereinkommen verpflichtet die Vertragsstaaten folgende Handlungen unter Strafe zu stellen: Fälschung von Arzneimitteln und Medizinprodukten (Art. 5), Abgabe von und Handel mit gefälschten Arzneimitteln und Medizinprodukten (Art. 6), Fälschung von Dokumenten, die sich auf Arzneimittel oder Medizinprodukte beziehen (Art. 7), Herstellung, Vorratshaltung, Angebot, Abgabe, Inverkehr-

bringen von Arzneimitteln ohne die erforderliche Zulassung bzw. von Medizinprodukten, welche die Konformitätsanforderungen nicht erfüllen (Art. 8). Im Unionssekundärrecht findet sich insoweit eine allgemeine Pflicht der Mitgliedstaaten, wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen festzulegen.¹¹¹ Deutschland hat das Europarats-Übereinkommen bislang noch nicht ratifiziert, eine entsprechende Strafvorschrift ist allerdings in § 95 Abs. 1 Nr. 3a i.V.m. § 8 AMG vorgesehen.

Ebenfalls dem Schutz der Gesundheit dient das im Rahmen der Weltgesundheitsorganisation (WHO) entstandene Protokoll zur Bekämpfung des Tabakschmuggels¹¹², das einerseits verhindern soll, dass verbilligte Tabakprodukte auf den Markt gelangen und damit deren gesundheitsschädlicher Konsum attraktiver wird, und andererseits die Konsumenten vor den Gesundheitsgefahren schützen soll, die von nicht kontrollierten Tabakprodukten (z.B. durch eine Überschreitung der Grenzwerte für Schadstoffe) ausgehen.¹¹³ Das Übereinkommen stellt es den Vertragsstaaten allerdings frei, ob sie Zuwiderhandlungen (u.a. Herstellung, Großhandel, Vermittlung, Verkauf, Transport, Vertrieb, Lagerung, Versendung, Einfuhr oder Ausfuhr von Tabak, Tabakerzeugnissen oder Herstellungsgeräten unter Verstoß gegen das Protokoll und innerstaatliches Abgabenrecht; Vermischung von Tabakerzeugnissen mit tabakfremden Erzeugnissen; Behinderung von behördlichen Kontrollen und Untersuchungen, falsche oder unvollständige Angaben, Vorlage gefälschter Dokumente) mit strafrechtlichen oder nichtstrafrechtlichen Sanktionen ahnden (Art. 14, 16). Im deutschen Recht wird diesen Vorgaben in erster Linie durch das Steuerstraf- und -ordnungswidrigkeitenrecht Rechnung getragen (§§ 369 ff., 377 ff. AO; vgl. auch §§ 34, 35 TabakerzG).¹¹⁴

6. Sport

Im Bereich des Sports standen zunächst die internationalen Maßnahmen zur Dopingbekämpfung im Vordergrund. Die erste völkervertragliche Regelung wurde mit dem entsprechenden Europarats-Übereinkommen¹¹⁵ geschaffen, das allerdings keine Kriminalisierungspflichten enthielt, sondern sich auf die Prävention und verbandsinterne Maßnahmen konzentrierte. Das Übereinkommen diente als Grundlage für das

¹⁰⁶ Abkommen über handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums v. 15.4.1994, BGBl. II 1994, S. 1730.

¹⁰⁷ Art. 16 Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums v. 29.4.2004, ABl. EU 2004 Nr. L 157 v. 2.6.2004, S. 45.

¹⁰⁸ Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin: Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin v. 4.4.1997 (SEV Nr. 164); vgl. auch die Zusatzprotokolle v. 25.1.2005 (SEV Nr. 195) und v. 27.11.2008 (SEV Nr. 203).

¹⁰⁹ Übereinkommen des Europarates gegen den Handel mit menschlichen Organen v. 25.3.2015 (SEV Nr. 216).

¹¹⁰ Übereinkommen des Europarats über die Fälschung von Arzneimittelprodukten und ähnliche Verbrechen, die eine Bedrohung der öffentlichen Gesundheit darstellen, v. 28.10.2011 (SEV Nr. 211), abrufbar unter <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/09000016805a937c> (10.3.2019).

¹¹¹ Art. 118a Abs. 1 Richtlinie 2001/83/EG in der Fassung der Richtlinie 2011/62/EU zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel hinsichtlich der Verhinderung des Eindringens von gefälschten Arzneimitteln in die legale Lieferkette v. 8.6.2011, ABl. EU 2011 Nr. L 174 v. 1.7.2011, S. 74.

¹¹² Protokoll v. 12.11.2012 zur Unterbindung des unerlaubten Handels mit Tabakerzeugnissen, BGBl. 2017 II, S. 977; vgl. insoweit das Rahmenübereinkommen der Weltgesundheitsorganisation v. 21.5.2003 zur Eindämmung des Tabakgebrauchs, BGBl. II 2004, S. 1538.

¹¹³ BT-Drs. 18/11868, S. 40.

¹¹⁴ Vgl. auch BT-Drs. 18/11868, S. 41.

¹¹⁵ Übereinkommen gegen Doping v. 16.11.1989, BGBl. II 1994, S. 334; Zusatzprotokoll v. 12.9.2002, BGBl. II 2007, S. 706.

im Rahmen der UNESCO verhandelte internationale Übereinkommen gegen Doping im Sport¹¹⁶. Auch dieses Abkommen enthält indes allenfalls ansatzweise strafrechtliche Vorgaben¹¹⁷, ist allerdings für das deutsche Strafrecht gleichwohl von maßgeblicher Bedeutung, da mit dem Übereinkommen (bzw. dessen Anhang) die als Dopingmittel verbotenen Substanzen festgelegt und damit die Reichweite des mit der deutschen Strafvorschrift bewehrten Dopingverbotes bestimmt wird (§ 4 i.V.m. §§ 2, 3 Anti-Doping-Gesetz¹¹⁸).¹¹⁹

Mit einem weiteren Europarats-Übereinkommen¹²⁰ werden unter dem Eindruck von Wettbetrügereien (u.a. dem Fall „Hoyzer“¹²¹) nun auch die anderweitige Manipulation von sportlichen Wettbewerben in den Blick genommen, indem für Manipulationen organisierter sportlicher Wettbewerbe durch Zwang, Korruption oder Betrug eine Kriminalisierungspflicht geschaffen wird (Art. 15). Die Bundesrepublik Deutschland hat dieses Übereinkommen bereits unterzeichnet und im Vorgriff der Ratifikation entsprechende Strafvorschriften in den §§ 265c–265e StGB geschaffen.¹²²

VII. Schluss

Der vorstehende Überblick ist sicherlich nicht abschließend, lässt aber jedenfalls erkennen, in welchem Ausmaß das deutsche Strafrecht von völker- und unionsrechtlichen Vorgaben beeinflusst wird. Mit Blick auf die demokratische Legitimation von Strafgesetzen ist es daher zu begrüßen, dass der deutsche Gesetzgeber den jeweiligen völkerrechtlichen Vertrag regelmäßig erst dann ratifiziert, wenn die Umsetzung der darin enthaltenen Vorgaben – und die kriminalpolitische Diskussion – abgeschlossen ist. Bei den unionsrechtlichen Instrumenten besteht diese Möglichkeit nicht, denn die nationalen Parlamente haben auf den Gesetzgebungsprozess auf Unionsebene kaum Einfluss¹²³, sondern die entsprechenden Richtlinien werden in der Regel im Mitentscheidungsverfahren (Art. 294 AEUV) von Rat und Europäischem Parlament erlassen (vgl. Art. 83 Abs. 1, Abs. 2 AEUV). Umso wichtiger ist der Spielraum, der dem nationalen Gesetzgeber bei der Umsetzung der unionsrechtlichen (aber auch der völkerrechtlichen) Vorgaben verbleibt. Dieser Spielraum kann allerdings erheblich variieren und ist bei der Verweisung auf eine unionsrechtlich vereinheitlichte Verbotsnorm (vgl. zum Kapital-

marktstrafrecht oben VI. 3.) geringer als bei völkerrechtlichen Abkommen, die den Vertragsstaaten für die Umsetzung die Wahl zwischen unterschiedlichen Regelungsmodellen eröffnen (vgl. oben IV. 1.), unter einen Verfassungsvorbehalt gestellt werden (vgl. oben IV. 2. zum Erwerb und Besitz von Drogen zum Eigenverbrauch) oder lediglich fakultative Vorgaben zur Kriminalisierung enthalten (vgl. oben IV. 7. zur Korruption). Aber auch in den Fällen, in denen der betreffende Rechtsakt nicht ausdrücklich unterschiedliche Umsetzungsoptionen einräumt, ergibt sich aus dem Umstand, dass das Völker- bzw. Unionsrecht eben gerade keine unmittelbar anwendbaren Strafvorschriften normiert, sondern die Staaten zum Erlass entsprechender Vorschriften anweist, dass dem nationalen Gesetzgeber dabei ein gewisser Spielraum erhalten bleiben muss, den er in eigener politischer Verantwortung auszufüllen hat; anderenfalls reduzierte man den nationalen Gesetzgebungsakt auf einen seelenlosen mechanischen Kopiervorgang.¹²⁴

¹¹⁶ Internationales Übereinkommen gegen Doping im Sport v. 19.10.2005, BGBl. II 2007, S. 354.

¹¹⁷ Zu den nach Art. 9 zu ergreifenden Maßnahmen gegen Betreuer, die gegen Dopingregeln verstoßen, zählen u.a. auch Strafen.

¹¹⁸ Anti-Doping-Gesetz v. 10.12.2015, BGBl. I 2015, S. 2210.

¹¹⁹ Vgl. zur entsprechenden Strafvorschrift in § 95 Abs. 1 Nr. 2a i.V.m. § 6a AMG a.F.: BGH NStZ 2014, 467.

¹²⁰ Übereinkommen des Europarates über die Manipulation von Sportwettbewerben v. 18.9.2014 (SEV Nr. 215).

¹²¹ BGH NStZ 2007, 151.

¹²² 51. Strafrechtsänderungsgesetz v. 11.4.2017, BGBl. I 2017, S. 815; vgl. BT-Drs. 18/8831, S. 12.

¹²³ Vgl. aber die Beteiligung im Rahmen des Protokolls Nr. 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit.

¹²⁴ Vgl. zum Menschenhandel Böse, KriPoZ 2018, 16 (20).

Die Kausalität bei Gremienbeschlüssen – das Problem der überbedingten Erfolge

Von Stud. iur. **Jonathan Narjes**, Regensburg

I. Einführung

In der rechtspolitischen Debatte wird der Ruf nach mehr strafrechtlicher Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen stärker. So wurden in den vergangenen fünf Jahren bereits zwei Entwürfe zu einem neuen Verbandssanktionenrecht erarbeitet.¹ Allerdings wird nach bisheriger Rechtslage – abgesehen von Gewinnabschöpfungen und einem Bußgeld nach § 30 OWiG – der Verband als solcher nicht bestraft. Daher stellt sich in besonderem Maße die Frage nach persönlicher strafrechtlicher Verantwortung von Leitungspersonal. Dabei kann es sich etwa um den Vorstand eines Sportvereins, über Gemeinderäte, Mitglieder von Ethikkommissionen bis hin zu Aufsichtsräten börsennotierter Unternehmen handeln.²

In solchen Gremien³, aufgrund vertraglicher Gestaltung oder gesetzlicher Manifestation existierende Kollegialorgane, entscheiden die Gremienmitglieder gemeinschaftlich für das Rechtssubjekt per Abstimmung. Wenn der Beschluss eines solchen Gremiums zum Eintritt eines strafatbestandlichen Erfolges führt, stellt sich die Frage nach der individuellen Verantwortung des in die kollektive Struktur eingebundenen einzelnen Gremienmitglieds. Dazu bedarf es einer zweistufigen Prüfung der Kausalität. Zunächst muss der Gremienbeschluss an sich kausal für den strafatbestandlichen Erfolg sein. Zudem muss die Handlung des abstimmenden Gremienmitglieds kausal für das Zustandekommen des konkreten Gremienbeschlusses sein.

II. Vertikale Zurechnung des tatbestandlichen Erfolges

Es gibt Konstellationen, in denen das Gremium den Beschluss selbst umsetzt oder bereits durch die Beschlussfassung schon ein tatbestandlicher Erfolg eintritt. Ein tatbestandsmäßiger Erfolg liegt beispielsweise gem. §§ 399 ff. AktG oder §§ 82 ff. GmbHG schon im Beschluss eines Berichts mit falschen Angaben. Dann ist eine zusätzliche vertikale Zurechnung zum Gremium nicht erforderlich.⁴

In der Regel liegt aber ein umsetzungsbedürftiger Beschluss vor, ein hierarchisch untergeordneter Dritter führt den Beschluss aus. Die Handlung des Tatnächsten muss zunächst kausal für den tatbestandlichen Erfolg sein. Problematische Konstellationen sind die des noch unbekanntes Kausalzusammenhangs⁵ und der psychischen Kausalität⁶. Der Ursachenzusammenhang lässt sich dabei weder über deterministische noch über probabilistische Theorien erklären.⁷ Ist die Handlung der tatnächsten Person schon nicht kausal für den tatbestandlichen Erfolg, stellt sich jedoch das „Gremienproblem“ erst gar nicht.

In den meisten Fällen eines umsetzungsbedürftigen Entschlusses wird mittelbare Täterschaft durch ein irrendes Werkzeug anzunehmen sein.⁸ Darüber hinaus kann in Unternehmen und öffentlich-rechtlichen Gremien die Organisationsherrschaft als Zurechnungsfigur dienen.⁹ Des Weiteren bietet sich die Möglichkeit der Zurechnung durch garantenpflichtwidriges Unterlassen.¹⁰ Doch selbst, wenn man diese Zurechnungsfiguren ablehnte, könnte zumindest von der Teilnahme an der Handlung des Tatnächsten ausgegangen werden.¹¹

III. Horizontale Zurechnung des tatbestandlichen Erfolges

Allerdings stellt sich die Frage, wie der Ursachenzusammenhang zwischen der Abstimmungshandlung des einzelnen Gremienmitgliedes und dem tatbestandlichen Erfolg begründet werden kann. Dabei muss zwischen dem Gremienbeschluss mit genauer Mindestzahl der erforderlichen Stimmen und der Gremienentscheidungen mit einer überbedingten Mehrheit

¹ Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden (Gesetzesantrag des Landes Nordrhein-Westfalen von 2013), Landtag NRW, Information 16/127, <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMI16-127.pdf> (28.2.2019); Kölner Entwurf, <http://www.verbandsstrafrecht.jura.uni-koeln.de/17134.html> (28.2.2019).

² Zu den Fallgruppen *Jakobs*, in: Kühne (Hrsg.), Festschrift für Koichi Miyazawa, 1995, S. 421 ff.; zu Gremien in Unternehmen *Neudecker*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen, 1995, S. 193 ff.; *Weißer*, Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen, 1996, S. 162 ff.; zu Gerichten *Seebode*, Das Verbrechen der Rechtsbeugung, 1969, S. 113 f.; *Dencker*, Kausalität und Gesamttat, 1996, S. 182 ff.; zu Ethikkommissionen *Cornelius*, in: Hruschka/Joerden (Hrsg.), Türkisches Jahrbuch für Ethik und Recht in der Medizin, 2013, S. 251 ff.

³ Definition für die Kriminologie von *Franke*, in: Schwind u.a. (Hrsg.), Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1985, 1985, S. 237; zustimmend und dem Gebrauch für das Strafrecht zustimmend *Knauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 7.

⁴ Näher *Knauer*, Kollegialentscheidung, S. 51 (60 ff.).

⁵ Zum Fehlen allgemeiner Kausalgesetze bei der klinischen Forschung *Cornelius* (Fn. 2), S. 251 (254) m.w.N.

⁶ *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 48.

⁷ *Cornelius* (Fn. 2), S. 251 (256). Zur Annahme genereller Kausalität durch den BGH vgl. „Holzschutzmittel-Fall“, BGHSt 41, 206 (207 ff.); dagegen *Puppe*, JR 1992, 30 (43); zustimmend *Knauer* (Fn. 3), S. 41 und *Ransiek*, ZGR 1999, 613 (634); zur psychischen Kausalität *Puppe*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2016, § 2 Rn. 43.

⁸ *Jakobs* (Fn. 2), S. 419 ff.; *Knauer* (Fn. 3), S. 75, Fn. 51.

⁹ Generell zur Organisationsherrschaft BGHSt 40, 218 (237); *Hefendehl*, GA 2004, 575 (586); *Nack*, GA 2006, 342; diese auf Wirtschaftsunternehmen übertragend BGHSt 40, 218 (237), ausdrücklich BGH NStZ 1998, 568.

¹⁰ *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 25 Rn. 137.

¹¹ Näher *Knauer* (Fn. 3), S. 79 f.; *Greco*, ZIS 2011, 674 (683).

der Stimmen differenziert werden.¹² Beschlüsse, die grade mit der Mindestzahl der Stimmen für den Beschluss getroffen werden, sind unproblematisch mit der *conditio-sine-qua-non*-Formel zu lösen. Keine Stimme kann für den Beschluss entfallen, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt, entfielen. Auch, dass die Stimmen der Gremienmitglieder gegen den Beschluss nicht kausal für diesen werden, ist weitgehend unstrittig.¹³

Kommen allerdings mehr Ja-Stimmen für einen Beschluss zusammen, als erforderlich wären, beispielsweise in der Konstellation, dass vier von vier Gremienmitgliedern für diesen stimmen, stellt sich die Frage nach der Kausalität der überschießenden Stimme. Jedes Gremienmitglied könnte vortragen, dass seine Stimme hinweggedacht werden kann, ohne dass der Abstimmungserfolg entfielen.¹⁴ In dubio pro reo wäre jeweils davon auszugehen, dass die Stimme des Einzelnen sich nicht im Abstimmungserfolg verwirklicht habe.

Es ist allgemein unbestritten, dass die *conditio-sine-qua-non*-Formel bei der Anwendung auf die Konstellation des Gremiumsbeschlusses mit überbedingter Mehrheit ad absurdum geführt wird.¹⁵ Auch der BGH erkannte in der sog. Lederspray-Entscheidung: „Dass dies nicht rechtens sein kann, liegt auf der Hand.“¹⁶ Wie der Erfolg jedoch dem einzelnen Gremienmitglied, das für den Beschluss gestimmt hat, zugerechnet werden soll, ist bis heute höchst umstritten.¹⁷

1. Kollektivkausalistische Theorien

a) Mittäterschaftslösung des BGH

Der BGH hat das Konzept der Mittäterschaftslösung für Gremienbeschlüsse im Zuge der Lederspray-Entscheidung¹⁸ entwickelt. Der BGH geht davon aus, dass die Ursächlichkeit für den Erfolg alleine deswegen vorliege, weil die Angeeschuldigten Mittäter seien und sich ihr Verhalten wechselseitig zugerechnet werden könne.¹⁹ Dabei hat der 2. Straf-

senat nicht zwischen den verschiedenen Handlungsformen, dem Unterlassen der Herbeiführung eines pflichtgemäßen Beschlusses und dem Beschluss gegen den Rückruf, differenziert, sondern die Vorwürfe vermenget.²⁰

In der „Politbüro-Entscheidung“²¹ begründet der BGH die Strafbarkeit der Mitglieder des Politbüros des SED-Zentralkomitees, die es vorsätzlich unterließen, gegen die Tötung von Geflüchteten zu entscheiden, damit, dass sie es kumulativ unterlassen²² hätten, ihrer Garantenpflicht gerecht zu werden.²³ Eine wechselseitige Zurechnung finde grade deshalb nicht statt, ein Rückgriff auf die Mittäterschaft sei somit nicht nötig.²⁴

Insofern folgt der BGH bei der Feststellung der Kausalität bei Gremienbeschlüssen keiner graden Linie. Das Unterlassen der Prüfung der Individualkausalität bei vermeintlicher mittäterschaftlicher Begehung hat der BGH nie dogmatisch begründet.

Bereits *Herzberg*²⁵ und *Dencker*²⁶ entwickelten dogmatische Begründungen für die Kausalitätsfunktion der Mittäterschaft. Die aktuellen, weiter entwickelten Theorien der Gesamttat von *Knauer* und *Rotsch* bedürfen im Folgenden einer näheren Überprüfung.

b) Knauers Theorie der informierten Stimmabgabe

Knauer rechnet den einzelnen Mitgliedern da Abstimmungsverhalten der jeweils anderen zu. Seine Theorie fußt auf dem Gedanken, dass der Gesetzgeber den § 25 Abs. 2 StGB „kollektivkausalistisch“ gestaltet habe.²⁷ Daher bedürfe lediglich die Gesamtheit der aktiven Tatbeiträge der Kausalität für den tatbestandlichen Erfolg. Dies ergebe sich im Umkehrschluss aus der individual-kausalistischen Formulierung anderer Paragraphen des StGB, beispielsweise des § 25 Abs. 1 StGB mit „[...] wer die Straftat [...] begeht“ und vielen Strafvorschriften aus dem Besonderen Teil.²⁸

Als Mindestvoraussetzung der subjektiven Komponente der Mittäterschaft sieht er das Bewusstsein über die gemeinschaftliche Tatausführung, eine stillschweigende Überein-

¹² Vgl. *Roxin* (Fn. 10), § 11 Rn. 19 Fn. 41.

¹³ *Knauer* (Fn. 3), S. 203 m.w.N.

¹⁴ *Satzger*, Jura 2014, 186 (192) m.w.N.

¹⁵ *Roxin* (Fn. 10), § 11 Rn. 19; *Knauer* (Fn. 3), S. 83; *Beulke/Bachmann*, JuS 1992, 737 (742); *Hoyer*, GA 1996, 160 (172); *Kuhlen*, in: *Roxin/Widmaier* (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Bd. 4, 2000, S. 669; *Dencker*, in: *Amelung* (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, S. 66; *Heine*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 25 Rn. 76.

¹⁶ BGHSt 37, 106 (132).

¹⁷ *Walter* ist meines Wissens der Einzige, der die Möglichkeit, dass die überzähligen Stimmen nicht kausal sind, in Betracht zieht, vgl. *Walter*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 13 Rn. 83.

¹⁸ BGH, Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89 = BGHSt 37, 106.

¹⁹ BGHSt 37, 106 (128 ff.); zustimmend *Beulke/Bachmann*, JuS 1992, 737 ff.; *Hilgendorf*, NStZ 1994, 561 (563); *Otto*,

Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden, 2005, S. 12; i.E. auch *Schumann*, StV 1994, 106 (110).

²⁰ Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2018, Rn. 987; *Knauer* (Fn. 3), S. 129; *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (2).

²¹ BGHSt 48, 77 (94).

²² *Greco*, ZIS 2011, 674 (682).

²³ BGHSt, 48, 77 (94).

²⁴ BGHSt 48, 77 (95).

²⁵ *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme: eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen, 1977, S. 56 ff.

²⁶ *Dencker* (Fn. 2), S. 217 ff.

²⁷ *Knauer* (Fn. 3), S. 251 f.; so i.E. auch *Schaal*, Strafrechtliche Verantwortung bei Gremienentscheidungen in Unternehmen, 2001, S. 191; *Herzberg* (Fn. 25), S. 59 f.; *Bloy*, Die Beteiligungsformen als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 372 ff.; *Seelmann*, JuS 1980, 571 (574); *Roxin*, JA 1979, 519 (524); *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 286.

²⁸ *Knauer* (Fn. 3), S. 151 f.

kunft.²⁹ Es brauche – im Sinne der funktionellen Tatherrschaftslehre, die zur Begründung der Relevanz des Tatbeitrages herangezogen wird – einen für den Tatplan aus ex-ante-Perspektive wesentlichen Beitrag. Den wesentlichen Tatbeitrag eines jeden für den Beschluss Abstimmenden sieht *Knauer* in der Risikosteigerung für den Eintritt des Abstimmungserfolges.³⁰ Sowohl gegen einen Beschluss stimmende als auch sich enthaltende Gremienmitglieder stimmten grade nicht für den Tatplan, ihr Verhalten sei daher nicht als kollektivkausal für den tatbestandlichen Erfolg anzusehen.³¹

c) Rotschs Theorie des mittäterschaftlichen Unterlassens

Auch *Rotsch* schließt aus, für jeden einzelnen Tatbeitrag die Kausalität zu prüfen.³² Er wirft Teilen des Schrifttums³³ und dem BGH, welche jeweils an die Handlung anknüpfen, die den Schwerpunkt des strafrechtlich relevanten Verhaltens bildet, eine unzureichende apriorische Differenzierung zwischen den Handlungsformen vor.

Aufgrund mangelnder vorheriger Absprache fiele, bei der Abstimmung über den Beschluss, der Zeitpunkt des Tatentschlusses mit dem der Tatausführung zusammen. Das „für möglich halten“ einer Zustimmung der anderen Gremienmitglieder stelle noch keinen Vorsatz bezüglich der gemeinschaftlichen Begehung dar, dazu bräuchte es eine wechselseitige Mitteilung über das Wissen und Wollen der anderen Tatbeiträge.³⁴ Daher seien die Voraussetzungen der Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 StGB nicht gegeben.³⁵ Da das Unterlassen eines pflichtmäßigen Beschlusses mit der pflichtwidrigen Beschlussfassung zeitlich zusammenfalle, seien die Argumente gegen den gemeinsamen Tatentschluss auf diesen Handlungsaspekt übertragbar.³⁶

Rotsch glaubt, eine dogmatische Lösung gefunden zu haben, indem er einen gemeinsamen Tatentschluss zum Unterlassen der Abwendung der Umsetzung des Beschlusses in der vorherigen Stimmabgabe für den Beschluss sieht.³⁷ So läge die Tatverabredung der für den Beschluss stimmenden Gremienmitgliedern in der Übereinkunft, diesen nicht rückgängig machen zu wollen.³⁸

2. Kritik an der „Mittäterschaftslösung“

An einer Lösung der Kausalitätsproblematik über die Mittäterschaft wird kritisiert, dass für diese selbst schon ein kausaler Tatbeitrag nötig sei. Für Mittäterschaft mangle es zudem häufig an einem gemeinsamen Tatentschluss. Auch der Fall der fahrlässigen Begehung sei durch die Mittäterschaft nicht zu lösen.

a) *Keine kausalitätsersetzende Funktion des § 25 Abs. 2 StGB*
Puppe kritisierte als erste die mangelnde Feststellung der Individualkausalität durch den BGH.³⁹ Es wird der Vorwurf der Ebenen-Vermischung erhoben, Mittäterschaft setze Kausalität voraus und begründe diese nicht.⁴⁰ Erwidert wird, dass lediglich ein wesentlicher und rollenbedingter⁴¹, jedoch kein kausaler, Tatbeitrag nötig sei.⁴² Es ist indes nicht feststellbar, was ein wesentlicher Tatbeitrag ist, wenn die Kausalität vorher nicht positiv festgestellt werden kann.⁴³

Dem Wortlautargument der „gemeinschaftlichen Begehung“ § 25 Abs. 2 StGB stehen einige Bedenken entgegen.⁴⁴ So ist bei gemeinschaftlicher Begehung eine Bestrafung lediglich als Täter vorgesehen, wobei es sich um die Fiktion der eigenen Handlung drehe.⁴⁵ Zudem kann gegen die kausalitätsersetzende Funktion des § 25 Abs. 2 StGB argumentiert werden, dass der individualstrafrechtliche Kern des Strafrechts nicht dadurch aufgegeben werden darf, dass die individuelle Perspektive aus Praktikabilitätsgründen zugunsten einer ungenauen Gesamtperspektive aufgegeben wird.⁴⁶

b) Kein gemeinsamer Tatplan

Ferner ist zu bezweifeln, ob in der Abstimmung selbst ein gemeinsamer Tatplan liegt.

Knauer führt nicht aus, anhand welcher objektiven Merkmale die einzelnen Gremienmitglieder, bei gleichzeitiger Abstimmung, einen gemeinsamen Tatentschluss mit dem „blind[en]“⁴⁷ Vertrauen auf die Ja-Stimmen der Anderen fassen können. Naturgemäß werden Gremienmitglieder zwar

²⁹ *Knauer* (Fn. 3), S. 161; i.E. auch *Schaal* (Fn. 27), S. 195; *Kamm*, Die Fahrlässige Mittäterschaft, 1999, S. 209; *Neudecker*, Kollegialorgane, S. 214 f.; *Hoyer*, in: *Wolter* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 25 Rn. 129.

³⁰ *Knauer* (Fn. 3), S. 154.

³¹ *Knauer* (Fn. 3), S. 206 ff.

³² *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (9).

³³ Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 20), Rn. 985 ff., 987 m.w.N.

³⁴ *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (10).

³⁵ *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (10 f.).

³⁶ *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (10).

³⁷ *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (11).

³⁸ *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (11).

³⁹ *Puppe*, JR 1992, 30 (32); zustimmend *Sofos*, Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen, 1999, S. 156 f.; ähnlich *Samson*, StV 1991, 182 (184 f.); *Hoyer*, GA 1996, 160 (172 f.).

⁴⁰ *Hoyer*, GA 1996, 160 (173); *Böhringer*, Fahrlässige Mittäterschaft, 2017, S. 228 f.

⁴¹ *Beulke/Bachmann*, JuS 1992, 737 (743).

⁴² *Beulke/Bachmann*, JuS 1992, 737 (743); *Hilgendorf*, NSStZ 1994, 561 (563).

⁴³ Näher *Hoyer*, GA 1996, 160 (173).

⁴⁴ *Böhringer* (Fn. 40), S. 251; *Kindhäuser*, in: *Bohnert u.a.* (Hrsg.), Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, 2001, S. 627 (628).

⁴⁵ *Schild*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 25 Rn. 14 m.w.N.; wohl auch *Böhringer* (Fn. 40), S. 251.

⁴⁶ *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 135; im Ergebnis auch *Becker*, Das gemeinschaftliche Begehen und die sogenannte additive Mittäterschaft, 2009, S. 92 f.

⁴⁷ *Knauer* (Fn. 3), S. 161.

darauf hoffen, dass andere Gremienmitglieder, von Sachfragen geleitet, zu einem gleichen innerlichen Entschluss für die Abstimmung kommen. Ohne in der Außenwelt wahrnehmbare Anzeichen ist dies jedoch nicht mehr als eine Hoffnung, jedenfalls kein gemeinsamer Tatplan oder eine ähnliche subjektive Komponente in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der gemeinschaftlichen Begehung.⁴⁸ So wird, indem im Abstimmungsvorgang selbst die Komplettierung des gemeinsamen Tatplans gesehen wird⁴⁹, vorausgesetzt, was zu beweisen wäre.

Der gemeinsame Tatplan könnte jedoch nach *Rotsch* in einem gemeinschaftlichen Unterlassen der Erfolgsabwendung nach dem Beschluss liegen. *Rotsch* geht dabei von einer Garantspflicht aus Ingerenz des für einen pflichtwidrigen Beschluss stimmenden Gremienmitgliedes aus.⁵⁰

Ein zur Handlung Verpflichteter kann sich nur wegen Unterlassens gem. § 13 Abs. 1 StGB strafbar machen, wenn er aus einer ex-ante-Perspektive die physisch reale Möglichkeit hatte, den Erfolgseintritt zu verhindern.⁵¹ Ob eine Garantpflicht für die Erfolgsabwendung aus Ingerenz besteht, ist aufgrund der mangelnden Erfolgsaussicht eines Appells an die anderen Gremienmitglieder zur Revision des Beschlusses, grade ob des Beschlusses mit überbedingter Mehrheit, zu bezweifeln.⁵² Darüber hinaus müsste das Gremienmitglied, das aus Ingerenz zur Erfolgsverhinderung verpflichtet werden soll, erst pflichtwidrig, durch Tun oder Unterlassen, eine Gefahrenlage herbeigeführt haben.⁵³ Nach *Rotsch* sind aus einer logischen Bestimmung des Bedingungsverhältnisses überzählige Stimmen nicht individual kausal⁵⁴, mit Verweis auf die mangelnde Tatverabredung bei der Abstimmung lehnt er auch die „Kollektivkausalität“ der Abstimmenden für den tatbestandlichen Erfolg ab.⁵⁵ Inwiefern sich dann aus der Abstimmung die Gefahrschaffung durch den Einzelnen ergeben soll, wird nicht näher begründet.

Aber auch sonst liegt es fern, in dem Gremienbeschluss eine Verabredung zu weiteren Taten zu sehen. Die Gremienmitglieder werden regelmäßig von der Gültigkeit des Beschlusses ausgehen, für den sie selbst mit überwiegender Mehrheit gestimmt haben.⁵⁶ Es ist kein Grund ersichtlich, warum sie die Umsetzung noch durch eine Tatverabredung verhindern müssten.

⁴⁸ Vgl. auch *Schaal* (Fn. 27), S. 193.

⁴⁹ So explizit *Knauer* (Fn. 3), S. 162.

⁵⁰ *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (11)

⁵¹ Et al. *Gaede*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 45), § 13 Rn. 12.

⁵² *Puppe*, ZIS 2018, 57 (59).

⁵³ *Heuchemer*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.2.2019, § 13 Rn. 53; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 13 Rn. 11.

⁵⁴ *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (8).

⁵⁵ *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (9 f.).

⁵⁶ *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 45), Vor §§ 13 ff. Rn. 124.

c) Fahrlässige Mittäterschaft

Sofern man die „kollektiv-kausalistische“ Beschaffenheit der Mittäterschaft anerkennt, gelangt man zu zufriedenstellenden Ergebnissen. Wie die vorherigen Ausführungen zeigen, liegt in der lediglich gleichzeitigen Abstimmung, und auch dem zeitlich nachfolgenden Unterlassen der Erfolgsabwendung, jedoch regelmäßig kein gemeinsamer Tatplan. Insofern stellt sich die Frage, ob es die fahrlässige Mittäterschaft geben kann.⁵⁷ Sollte dem nicht so sein, ließen sich Fälle der fahrlässigen Begehung in Gremienbeschluss-Konstellationen nicht durch kollektiv-kausalistische Ansätze lösen.

Stimmen in der Literatur, welche die fahrlässige Mittäterschaft akzeptieren, berufen sich darauf, dass der Wortlaut des § 25 Abs. 2 StGB die Annahme fahrlässiger Zusammenwirkung Mehrerer als mittäterschaftlich nicht ausschließe.⁵⁸ Dem Argument, dass die Mittäterschaft stets das Fassen eines gemeinsamen Tatentschlusses voraussetze, begegnen die Befürworter der fahrlässigen Mittäterschaft mit dem Hinweis, dieses Erfordernis gelte eben nur für Vorsatzdelikte, fahrlässige Taten folgten einer anderen Dogmatik.⁵⁹ So ist nach vielen Auffassungen ein gemeinsames „Handlungsprojekt“ das kollektivbildende Merkmal der fahrlässigen Mittäterschaft.⁶⁰ *Knauer* geht davon aus, dass bei Fahrlässigkeitsdelikten der gemeinsame Tatentschluss durch die Lehre von der objektiven Zurechnung ausgefüllt werden kann.⁶¹ Die strafbarkeitserweiternde Funktion begründet er durch die Gefahrschaffung der Rechtsgutsverletzung durch das Tragen der Verursachung auf mehreren Schultern.⁶²

Der Wortlaut des § 25 Abs. 2 StGB schließt die mittäterschaftliche fahrlässige Begehung zwar nicht aus, definiert aber auch nicht näher, was unter gemeinschaftlicher Bege-

⁵⁷ Für diese Figur eintretend *Kamm* (Fn. 29), S. 176 ff.; *Knauer* (Fn. 3), S. 192 ff.; *Rotsch*, in: Paeffgen (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 897; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 242; *Renzikowski* (Fn. 27), S. 282; diese Figur ablehnend *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 25 Rn. 13; *Bottke*, GA 2001, 463 (473 ff.); *Deutscher/Körner*, wistra 1996, 327 (333); *Cramer*, in: Schönke/Schröder (Fn. 15), Vor §§ 25 Rn. 115; *Puppe*, GA 2004, 129; *Kuhlen*, NSTZ 1990, 566 (570); *Hoyer*, GA 1996, 160 (173).

⁵⁸ *Becker* (Fn. 46), S. 173 f.; *Kamm* (Fn. 29), S. 176; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 53 Rn. 3; *Renzikowski*, in: Dannecker (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 423 (432); *Rotsch* (Fn. 57), S. 897; *Roxin* (Fn. 57), S. 25 Fn. 242; *Waßmer*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), Anwalt-Kommentar StGB, 2. Aufl. 2015, § 25 Rn. 75; *Weißer*, JZ 1998, 230 (232 f.).

⁵⁹ *Knauer* (Fn. 3), S. 183; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder (Fn. 15), § 25 Rn. 116; *Häring*, Die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, 2005, S. 82.

⁶⁰ *Otto*, Jura 1990, 47 ff.; *Kamm* (Fn. 29), S. 107 f.; *Weißer*, JZ 1998, 232.

⁶¹ *Knauer* (Fn. 3), S. 195.

⁶² *Knauer* (Fn. 3), S. 195.

hung zu verstehen ist.⁶³ Es spricht indes viel dafür, die Tatgemeinschaft als ein Miteinander zu begreifen, das sich durch gemeinschaftstreues Verhalten, also in der Ausübung abgestimmten, gleichgeordneten Gestaltungswillens, auszeichnet.⁶⁴ Würde man auf die planmäßige Erfolgsbezogenheit eines gemeinschaftlichen Zusammenwirkens verzichten, könnte jedes unerlaubte Risiko erfolgsursächlich werden, weil es zufällig mit einem anderen geschaffenen unerlaubten Risiko zur Gefahrerhöhung führt.⁶⁵ Bei der unbewussten Fahrlässigkeit ist darüber hinaus ohne vorherige Abstimmungsmomente eine Sorgfaltspflichtverletzung mangels Gefahrbewusstsein nicht zu konstruieren.⁶⁶ Im Ergebnis ist die fahrlässige Mittäterschaft aufgrund des Mangels eines subjektiven Abstimmungsmoments, das zur Bildung eines Kollektivs, und folglich der gemeinschaftlichen Erfüllung eines Straftatbestandes führt, abzulehnen.⁶⁷

3. Individual-kausalistische Theorien

Das Hauptproblem bei der Feststellung der individuellen Kausalität liegt in der Unabhängigkeit der Tatbeiträge voneinander. Es muss daher eine Lösung über die individuelle Kausalität des einzelnen Abstimmungsverhaltens erfolgen.

Zur Veranschaulichung werden die individual-kausalistischen Theorien in Folge anhand des folgenden Beispiels erläutert: Ein Gremium, das aus fünf Personen zusammengesetzt ist, stimmt über einen Beschluss ab, der zu einem straftatbestandlichen (vertikal dem Gremium zurechenbaren) Erfolg führt. Es fallen vier Stimmen (des A, B, C und D) für und eine Stimme (die des E) gegen den Beschluss aus. Dabei ist davon auszugehen, dass alle Abstimmenden gleichzeitig signalisieren, für oder gegen den Beschluss zu sein.

a) Alternative oder kumulative Kausalität?

Fälle der alternativen Kausalität liegen dann vor, wenn mehrere Bedingungen eintreten, die unabhängig voneinander jeweils schon einzeln ausreichen, um zum tatbestandlichen Erfolg zu führen.⁶⁸ Die Stimmen treten zwar unabhängig voneinander ein, jedoch reicht keine Stimme schon einzeln aus, um zum Abstimmungserfolg zu führen.

Kumulative Kausalität liegt dann vor, wenn erst alle Tatbeiträge zusammen für den tatbestandlichen Erfolg ursächlich sind.⁶⁹ Egal welche einzelne Stimme des obigen Beispiels wegfällt, die übrigen Stimmen (wenigstens mit drei Stimmen für den Beschluss) reichen zur Erfolgsverwirklichung trotzdem aus. Es liegt weder ein Fall alternativer, noch kumulativer Kausalität vor. Es erscheint vielmehr zunächst so, als würden verschiedene Konstellationen kumulativ zusammen-

treffende Ja-Stimmen alternierend zum Abstimmungserfolg führen.

b) Lösung über eine abgewandelte *Conditio-sine-qua-non-Formel*

Einige Stimmen⁷⁰ treten daher für eine Lösung über eine Abwandlung der *conditio-sine-qua-non-Formel* ein.⁷¹ Der Theorie liegt die Annahme zugrunde, dass jede Ja-Stimme mit so vielen anderen Ja-Stimmen kumuliere, bis der Erfolg eintrete. Welche Ja-Stimmen dies beim Vorliegen von mehr als den erforderlichen Stimmen für den Beschluss sein, sei alternativ kausal.⁷² Daher sollen Handlungen kausal sein, die zwar alternativ, nicht aber kumulativ hinweggedacht werden können, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfielen.⁷³

Auf dem Boden der Äquivalenztheorie müssen in diesen Eliminationsprozess jedoch auch die Gegenstimme und die Enthaltung gleichwertig einbezogen werden.

Setzt man die Stimmen des A, B, und C (für den Beschluss) und E (gegen den Beschluss) zusammen, kommt man jedoch zum gleichen Abstimmungserfolg, wie in der Zusammensetzung der Stimmen des A, B, C und D (alle für den Beschluss).

In beiden Konstellationen lassen sich die Stimmen zwar alternativ, nicht aber kumulativ hinwegdenken, ohne, dass der Abstimmungserfolg entfielen. Es muss also bereits intuitiv bekannt sein, dass Bedingungen der Stimmkategorie „für den Beschluss“ echt sind und zur Kausalität führen. Welche Handlungen sich tatsächlich kausalitätsbegründend ersetzen können, ist durch diese Formel nicht logisch feststellbar.⁷⁴

c) Lösung über den Erfolg in seiner konkreten Gestalt

*Rengier*⁷⁵, *Eidam*⁷⁶ und *Freund*⁷⁷ kommen zu dem Ergebnis, dass im Fall der überbedingten Mehrheit jede Stimme für den

⁶³ So auch *Böhringer* (Fn. 40), S. 277.

⁶⁴ *Bottke*, GA 2001, 463 (470 f.); Vgl. *Roxin* (Fn. 57), § 25 Rn. 190.

⁶⁵ *Kraatz*, Fahrlässige Mittäterschaft, 2006, S. 121; *Puppe*, GA 2004, 129 (133).

⁶⁶ *Kraatz* (Fn. 65), S. 366.

⁶⁷ *Böhringer* (Fn. 40), S. 300 f.

⁶⁸ *Rengier* (Fn. 58), § 13 Rn. 26.

⁶⁹ Et al. *Rengier* (Fn. 58), § 13 Rn. 34.

⁷⁰ *Hanft*, Jura 2007, 58 (60); *Dreher*, JuS 2004, 17 (18); *Hombrecher*, JA 2012, 535; *Kindhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 10 Rn. 41; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 20), Rn. 226; *Satzger*, Jura 2014, 186 (194).

⁷¹ Diese bezeichnen sich teilweise als Anhänger einer Lösung über die alternative Kausalität: *Dreher*, JuS 2004, 17 (18); *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 20 b. Andere erkennen eine Lösung unter Verwendung der gleichen Formel aufgrund eines Mischfalls der alternativen und kumulativen Kausalität an, so *Satzger*, Jura 2014, 186 (193); *Kudlich*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2019, Vor §§ 13 ff. Rn. 43.

⁷² Et al. *Satzger*, Jura 2014, 186 (193).

⁷³ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 20), Rn. 159.

⁷⁴ *Knauer* (Fn. 3), S. 96.

⁷⁵ *Rengier* (Fn. 58), § 13 Rn. 37.

⁷⁶ *Eidam* (Fn. 46), S. 135 f.

⁷⁷ *Freund* (in: *Joecks/Miebach* [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, Vor §§ 13 ff. Rn. 346) legt dar, dass jede positive Stimme den Beschluss auch trage, ob die Stimme hypothetisch hinweggedacht werden könne, sei daher irrelevant.

jeweiligen Beschluss kausal geworden ist, da beim Wegfall einer irrelevanten Stimme zwar der inhaltsgleiche Beschluss zustande käme, sich jedoch die konkrete Gestalt des Erfolges mit der Anzahl der ursächlichen Stimme ändere.⁷⁸ Dabei stellt sich die Frage, was eine echte Ursache und was nur ein Begleitumstand ist. Bei strikter Anwendung der Formel auf die Gremienkonstellation ändern z.B. auch ablehnende Stimmen oder Enthaltungen den Erfolg dahingehenden, dass dann das Abstimmungsergebnis, fällt es auch für den Beschluss aus, ein anderes ist. Um die Frage nach echten Ursachen beantworten zu können, muss bereits bekannt sein, welcher Umstand kausal für den Erfolg wurde.⁷⁹ Es geht zudem bei der Prüfung der Kausalität um die Erfüllung des tatbestandlichen Erfolges, nur dieser kann Anknüpfungspunkt für den Erfolg in seiner konkreten Gestalt sein.⁸⁰

d) Probabilistische Ansätze

Manche Autoren vertreten eine Risikoerhöhungslösung⁸¹. Dabei steigere jede Stimme für den Beschluss generell aus ex-ante-Perspektive die Wahrscheinlichkeit eines Abstimmungserfolges und damit einer Rechtsgutsverletzung.⁸² Dies stelle den Intensivierungseffekt dar, der Übernahmeeffekt bestehe darin, dass eine gleiche Stimme eines anderen Gremienmitgliedes für das Zustandekommen des Beschlusses überflüssig gemacht werde.⁸³

Zudem wäre es denkbar, sofern man die kollektiv-kausalistische Mittäterschaft akzeptiert, in der Risikoerhöhung das subjektive Element, das einen gemeinsamen Tatentschluss ersetzt, zu sehen.

Die Beschreibung der statistischen Wahrscheinlichkeit kann jedoch für normative Wissenschaft keine Erkenntnisse liefern.⁸⁴ Werden die Anforderungen an die Kausalität und Quasi-Kausalität gelockert, werden Verletzungsdelikte contra legem in Gefährdungsdelikte umgewandelt.⁸⁵ Bei nicht absoluter Sicherheit des Ursachenzusammenhangs spricht zudem der in-dubio-pro-reo-Grundsatz gegen eine Zurechnung.⁸⁶

⁷⁸ Rengier (Fn. 58), § 13 Rn. 37; Eidam (Fn. 46), S. 136.

⁷⁹ Puppe, ZStW 92, 863 (873); zustimmend Knauer (Fn. 3), S. 91; Schumann, StV 1994, 106 (110).

⁸⁰ C. Putzke, Rechtsbeugung in Kollegialgerichten, 2012, S. 16; Bosch, Organisationsverschulden in Unternehmen, 2002, S. 285; Dencker (Fn. 2), S. 175; Knauer (Fn. 3), S. 91; Puppe, GA 2010, 551 (558 ff.); Walter (Fn. 17), Vor § 13 Rn. 83.

⁸¹ Hoyer, GA 1996, 160 (174 f.), anders allerdings ders., Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1996, S. 37, wo er Puppes Lösung folgt.

⁸² Otto, in: Schroeder/Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 91 (101 f.).

⁸³ Hoyer, GA 1996, 160 (176 f.).

⁸⁴ Knauer (Fn. 3), S. 124.

⁸⁵ Vgl. Roxin (Fn. 10), § 31 Rn. 51.

⁸⁶ Puppe (Fn. 56), Vor §§ 13 ff. Rn. 146; Maurach/Gössel/Zipfel, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 9. Aufl. 2018, § 43 Rn. 104; Kindhäuser (Fn. 70), § 33 Rn. 38; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 14 Rn. 86; Gaede (Fn. 51), § 13 Rn. 15; ders., in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 45), § 15 Rn. 178.

Die Risikoerhöhung lässt sich zudem durch den Rechtsanwender nicht, wie es geboten wäre, ex post bewerten.⁸⁷

e) Lösung über die Lehre der gesetzmäßigen Bedingung

Puppe meint, das Kriterium der Notwendigkeit der Einzelbedingung für den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs bestimme das Verhältnis zwischen Ursache und Erfolg logisch falsch.⁸⁸ Dies sei schon daran zu sehen, dass eine einzelne Handlung bei überbedingten Erfolgen nie notwendige Bedingung für diesen ist. Eine Handlung dürfe daher nicht, ohne überhaupt eine Gesetzmäßigkeit zu kennen, die den Kausalverlauf beschreibt, hinweggedacht werden, um deren Kausalität zu prüfen. Puppe löst Fälle der Mehrfachkausalität über eine Modifikation der Lehre der gesetzmäßigen Bedingung⁸⁹. Puppe hält jeden notwendigen Bestandteil einer hinreichenden und wahren Mindestbedingung für eine Einzelursache des Erfolgs.⁹⁰

Diese Methodik der Kausalitätsfeststellung entlehnt sie der philosophischen Wissenschaftstheorie, unter anderem von Hume⁹¹, Schopenhauer⁹² und Mill^{93, 94}.

aa) Darstellung der Theorie

Jede kausale Erklärung eines Erfolgs lässt sich nach Puppe auf empirische Naturgesetze und Erfahrungssätze zurückführen.⁹⁵ Eine Bedingung für einen Erfolg ist hinreichend, wenn aus ihr nach Naturgesetzen oder Erfahrungssätzen sicher der Erfolgseintritt abgeleitet werden kann.⁹⁶ Wenn ein Erfolg tatsächlich eintritt, lag auch eine hinreichende Bedingung für diesen vor.⁹⁷

Bezogen auf das Gremienproblem gilt beispielsweise der Erfahrungssatz, dass ein Beschluss zustande kommt, wenn die Zahl der positiven Stimmen die Stimmmehrheit ausmacht. Es stellt sich allerdings das Problem, dass in eine hinreichende Bedingung beliebig viele Bestandteile aufgenommen werden können. So ist auch die Konstellation der Stimmen der A+B+C+D+E eine hinreichende Bedingung für

⁸⁷ Knauer (Fn. 3), S. 96 ff., 124.

⁸⁸ Puppe (Fn. 56), Vor §§ 13 ff. Rn. 92.

⁸⁹ Entwickelt von Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931.

⁹⁰ Puppe, ZStW 92 (1980), 863 (875 ff.); dies. (Fn. 56), Vor §§ 13 ff. Rn. 102.

⁹¹ Hume, A Treatise of Human Nature, 1739–1740, Bd. 1 Teil 3, §§ XIV, XV.

⁹² Schopenhauer, Ueber die vierfache Wurzel des Satzes vom zureichenden Grunde, 2. Aufl. 1847, § 20.

⁹³ Mill, A System of Logic, Bd. 3, 8. Aufl. 1882 Kap. V, X.

⁹⁴ In der jüngeren Forschung auch als Inus-Bedingung, Engl. „insufficient, but necessary part of an unnecessary but sufficient condition“; Mackie, American Philosophy Quarterly 2 (1965), 245, oder Ness-Test, Engl. „necessary element of a set of conditions jointly sufficient for the result“; Wright, California Law Review 73 (1985), 1735 (1788 f.), bekannt.

⁹⁵ Puppe, Die Erfolgsszurechnung im Strafrecht, 2000, S. 67.

⁹⁶ Puppe (Fn. 56), Vor § 13 ff. Rn. 106.

⁹⁷ Puppe, ZStW 92 (1980), 863 (866).

den Abstimmungserfolg. Daher muss ein Minimalgesetz, in dem keine überflüssigen Bestandteile existieren, gebildet werden. Überflüssig ist ein Bestandteil dann, wenn er aus der Bedingung gestrichen werden kann ohne, dass das Kausalgesetz dadurch unwahr wird.⁹⁸ Das Minimalgesetz müsste danach lauten, dass ein Beschluss nach Grundsätzen der einfachen Mehrheit zumindest dann zustande kommt, wenn eine Stimme mehr als die Hälfte der Stimmen vorliegt. Dieser Erfahrungssatz soll auf den Einzelfall angewendet werden, um eine hinreichende Mindestbedingung zu bilden.⁹⁹ Dabei geht *Puppe* davon aus, dass es mehrere hinreichende Mindestbedingungen für den Erfolgsbeitritt geben kann.¹⁰⁰

Eine Mindestbedingung wird, auf den Gremienfall bezogen, demnach aus einer Stimme gebildet, die mit grade so vielen anderen Stimmen kombiniert wird, bis der Abstimmungserfolg eintritt. In der obigen¹⁰¹ Abstimmungskonstellation gäbe es folgende hinreichende Mindestbedingungen:

1. Stimmen der A+B+C,
2. Stimmen der A+B+D,
3. Stimmen der A+C+D,
4. Stimmen der B+C+D.

Eine jede Mindestbedingung lässt sich in weitere Bedingungen für deren Zustandekommen untergliedern (in der hinreichenden Mindestbedingung A+B+C sowohl die Stimme des A als auch die Stimmen des B und C).¹⁰² Dies sind die notwendigen Bestandteile der Mindestbedingung. Nun wird noch einmal verdeutlicht, warum ein Minimalgesetz gebildet werden muss. Liegt nämlich kein Minimalgesetz vor, ergibt es auch keinen Sinn, dessen notwendige Bestandteile zu isolieren.¹⁰³ Eine partielle Überschneidung der Bestandteile mehrerer hinreichender Mindestbedingungen wird akzeptiert.¹⁰⁴

Eine vierte Stimme ließe sich aus den obigen hinreichenden Bedingungen streichen, ist also nicht deren notwendiger Bestandteil. Eine für den Erfolg hinreichende Mindestbedingung, in der die Stimme des E als notwendiger Bestandteil vorkommt, existiert nicht. Damit werden, sofern ein Erfolg vorliegt, unabhängig von dem konkreten Abstimmungsergebnis immer die zustimmenden Voten kausal für das Zustandekommen des Beschlusses. Die ablehnenden Voten werden hingegen nie kausal.

Puppe erfasst auch das Unterlassen – damit kann auch die Enthaltung eines Garanten kausal werden – als Erfolgsverursachung.¹⁰⁵ Allerdings seien Negationen nur zu erfassen, wenn die Kontradiktion dessen ex ante nach allgemeinen Naturgesetzen möglich war und für den Erfolgseintritt eine notwendige Bedingung der hinreichenden Mindestbedingung

ist.¹⁰⁶ Danach werden so viele pflichtwidrige Unterlassungen zusammengefasst, bis eine hinreichende Bedingung für den Eintritt des Erfolgs besteht. Innerhalb der hinreichenden Mindestbedingung ist das einzelne Unterlassen notwendige Bedingung. Ein Problem mit der Garantenstellung mangels Einfluss auf die Unterlassungen, die auch notwendiger Bestandteil der hinreichenden Mindestbedingung sind, ergibt sich nicht, da der mangelnde Einfluss nicht schon vor der Handlungspflicht gesicherte Erkenntnis war.¹⁰⁷

bb) Kritische Auseinandersetzung mit der Theorie

Seit jeher wird behauptet, die Formel sei nichts anderes als die ausformulierte abgewandelte *conditio*-Formel.¹⁰⁸ Schließlich werde lediglich ein Teil der verschiedenen Stimmen als Ursachenkomplex in die Erfolgsbeschreibung aufgenommen und andere ausgeblendet.¹⁰⁹

Rotsch kritisiert, die überzählige, nicht in die jeweilige Mindestbedingung aufgenommene Stimme, sei nicht notwendiger Bestandteil der hinreichenden Mindestbedingung.¹¹⁰ So würde er konsequenterweise bestreiten, dass nach obigem Beispiel die Stimme des D, weil sie nicht notwendiger Bestandteil der Mindestbedingung A+B+C ist, mit dem tatbestandlichen Erfolg in einem gesetzmäßigen Zusammenhang steht. Das jeweilige Ausklammern einer Handlung aus der Mindestbedingung, und damit die sukzessive Prüfung der Strafbarkeit, stelle einen Zirkelschluss dar, da es die Kausalität der überzähligen Stimme voraussetze.¹¹¹ Dass eine vierte Stimme notwendiger Bestandteil einer hinreichenden Mindestbedingung sei, die sich nur aus drei Teilen zusammensetze, ließe sich logisch nicht erschließen.¹¹²

Rotsch missversteht jedoch die Methodik der Kausalitätsfeststellung nach *Puppe*. Eine hinreichende Bedingung für den Erfolgseintritt kann jeweils aus Bedingungen (z.B. die Stimmen des A, B und C) bestehen, die auch jeweils Bestandteil einer anderen hinreichenden Mindestbedingung sein können.¹¹³ Auch die in anderen hinreichenden Bedingungen nicht berücksichtigte Stimme wird grade mit so vielen (beliebigen) anderen Stimmen kombiniert, bis eine hinreichende Bedingung für den tatbestandlichen Erfolg zustande kommt. So wird die Kausalität der Stimme des D nicht über die hinreichende Mindestbedingung A+B+C, sondern z.B. durch die hinreichende Mindestbedingung A+B+D, bewiesen. Die jeweils geprüfte Stimme ist notwendiger Bestandteil eben jener hinreichenden Mindestbedingung, in der sie als notwendiger Bestandteil vorkommt.¹¹⁴ Die Konstellation der Stimmen des A+D+E ist hingegen schon keine hinreichende Bedingung für

⁹⁸ *Puppe* (Fn. 95), S. 71; *dies.*, ZStW 92 (1980), 863 (865 f.).

⁹⁹ *Puppe* (Fn. 56), Vor § 13 ff. Rn. 105.

¹⁰⁰ *Puppe* (Fn. 7), § 2 Rn. 9.

¹⁰¹ Siehe III. 3.

¹⁰² *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (875 ff.).

¹⁰³ *Puppe* (Fn. 56), Vor § 13 ff. Rn. 103.

¹⁰⁴ *Puppe* (Fn. 56), Vor § 13 ff. Rn. 108, 120; *dies.*, JR 1992, 30 (32), abermals klarstellend *dies.*, ZIS 2018, 57 (59).

¹⁰⁵ *Puppe* (Fn. 7), § 30 Rn. 23.

¹⁰⁶ *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (911).

¹⁰⁷ *Puppe* (Fn. 56), Vor §§ 13 ff. Rn. 110.

¹⁰⁸ Vgl. *Samson*, in: Rogall (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 259 (266); *Knauer* (Fn. 3), S. 121 f.

¹⁰⁹ *Knauer* (Fn. 3), S. 121 f.

¹¹⁰ *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (7); ebenso *Knauer* (Fn. 3), S. 121.

¹¹¹ *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (7)

¹¹² *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (7)

¹¹³ *Puppe* (Fn. 56), Vor §§ 13 ff. Rn. 104, 108.

¹¹⁴ *Puppe*, ZIS 2018, 57 (59).

den Abstimmungserfolg. Darin liegt der Beweis, dass mit auf den Sachverhalt angewendeten Naturgesetzen nicht die Kausalität einer Stimme vorausgesetzt wird, um deren Kausalität zu beweisen. Das Argument der Zirkelschlüssigkeit ist somit entkräftet.

Für Verwirrung sorgt, dass verschiedene tatsächlich vorliegende hinreichende Mindestbedingungen alternieren und deren Bestandteile innerhalb der hinreichenden Mindestbedingung kumulieren. *Puppes* Theorie unterscheidet sich aber in der Aufgabe des Kriteriums der Notwendigkeit der Einzelursache für den Erfolg und der Ebentrennung zwischen Mindestbedingung und deren notwendigen Bestandteil erheblich von der *conditio*-Formel. Ein Eliminationsmechanismus wird lediglich auf der Ebene des Kausalgesetzes angewandt, um eine Minimalbedingung zu erhalten. Damit werden die Notwendigkeit zur Bildung von Stimmkategorien, ohne ein Kausalgesetz zu kennen, das diese Handhabung rechtfertigen würde, die der *conditio*-Formel innewohnt, und damit der Vorwurf der Zirkelschlüssigkeit vermieden.

Auch *Walter* wendet sich gegen *Puppes* Lehre vom notwendigen Bestandteil einer hinreichenden und wahren Mindestbedingung, indem er darauf hinweist, dass nicht jede Stimme für einen Mehrheitsbeschluss notwendiger Bestandteil einer jeden hinreichenden Mindestbedingung sei.¹¹⁵ Dem ist entgegenzuhalten, dass die hinreichende Bedingung nicht mehr als die notwendigen Bestandteile enthalten darf, das ergibt sich schon aus dem Terminus der Mindestbedingung.¹¹⁶ Entgegen *Walter*¹¹⁷ lässt sich über das Zustandekommen eines Mehrheitsbeschlusses ein allgemeiner Erfahrungssatz herleiten.¹¹⁸

Weißer führt an, dass beim Unterlassungsdelikt das Gremienmitglied durch seine Stimme für einen pflichtgemäßen Beschluss, den pflichtwidrigen in seiner Gesamtheit nicht vermeiden kann.¹¹⁹ *Puppe* kritisiert jedoch die Vermeidbarkeitsformel mit den gleichen Argumenten, mit denen sie sich gegen die *conditio*-Formel wendet.¹²⁰ Im gemeinsamen (aber nicht gemeinschaftlichen!) Unterlassen liegt ebenso ein Fall der Mehrfachkausalität, der, sofern man die Existenz verschiedener hinreichender Mindestbedingungen akzeptiert, gelöst werden kann.¹²¹ Die Verhinderung eines rettenden Kausalverlaufs mehrerer Gremienmitglieder durch Unterlassen lässt sich ebenso lösen.¹²² Vorwürfe der mangelnden apriorischen Differenzierung zwischen den Handlungsformen sind daher gegenstandslos.

Puppes Lösung des Gremienproblems wird zudem unter dem Gesichtspunkt der Verständlichkeit der Theorie kriti-

siert.¹²³ „So elegant wie diese Lehre ist, so schwierig ist sie auch.“¹²⁴ Allerdings ist die Theorie *Puppes* an sich nicht schwer verständlich. Sofern ein Kausalgesetz oder Erfahrungssatz bekannt ist, lässt sich der Sachverhalt auch unter dieses subsumieren. Andernfalls könnten weder kollektivkausalistische noch individual-kausalistische Theorien die Kausalität einer Gesamttat, beziehungsweise der einzelnen Handlung¹²⁵, logisch bestimmen. Auch die Bildung einer Mindestbedingung ist dem Rechtsanwender dann mit vertretbarem Aufwand möglich. Das Verständnisproblem *Puppes* Theorie beschränkt sich viel mehr auf deren Begründung. Sowohl *Knauer*¹²⁶ als auch *Rotsch*¹²⁷ stellen die Frage nach der methodischen Legitimation der Theorie *Puppes*.

Diese konstatiert unter Verweis auf die wissenschaftstheoretische Regularitätsthese zur Kausalitätsbestimmung¹²⁸, dass es schlicht keinen Grund gebe, nur eine hinreichende Bedingung zu berücksichtigen.¹²⁹ Die mehrfache Verwertung der Bestandteile der verschiedenen hinreichenden Mindestbedingungen sei unproblematisch, da dies jeweils in anderen Kontexten erfolge.¹³⁰ Sie folgt damit methodisch einem deduktiv-nomologischen¹³¹, also von dem Allgemeinen auf das Besondere schließenden Modell der Kausalitätsfeststellung. Diesem Begriffsverständnis der Kausalität müssten Kritiker ihrer Theorie, wenn sie sich nicht selbst den Vorwurf des unmethodischen Vorgehens gefallen lassen wollen, Gegenargumente oder zumindest ein anderes Kausalitätsverständnis (wie es beispielsweise Vertreter probabilistischer Ansätze tun) entgegensetzen.¹³² Zudem ist die Begründung der kausalitätsersetzenden fahrlässigen Mittäterschaft unter Bezugnahme auf ein gemeinsames „Handlungsprojekt“, das lediglich zum

¹²³ Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 86), § 14 Rn. 8; *Kühl* (Fn. 71), § 4 Rn. 9; *Hilgendorf*, JZ 1997, 611; *Freund* (Fn. 77), Vor §§ 13 ff. Rn. 333, 347; *Frisch*, in: Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 239 (258).

¹²⁴ *Greco*, ZIS 2011, 674 (686).

¹²⁵ Der Verzicht auf die Bestimmung eines Kausalgesetzes bei der *conditio*-Formel begründet gleichermaßen deren Einfachheit und Falschheit, vgl. III. 3. b). Zu den Gefahren dieser Bequemlichkeit siehe *Puppe*, GA 2010, 551 ff.

¹²⁶ *Knauer* (Fn. 3), S. 120 f.

¹²⁷ *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (7).

¹²⁸ *Puppe*, ZIS 2018, 57 (58); vgl. Fn. 89, 90, 91; *dies.* (Fn. 56), Vor §§ 13 ff. Rn. 136.

¹²⁹ *Puppe* (Fn. 7), § 2 Rn. 9; *dies.* (Fn. 56), Vor §§ 13 ff. Rn. 108a.

¹³⁰ *Puppe* (Fn. 56), Vor §§ 13 ff. Rn. 136.

¹³¹ Vgl. *Hempel*, Aspekte wissenschaftlicher Erklärung, 1977, S. 5 f.

¹³² Zu der weit über die Darstellungsmöglichkeiten eines didaktischen Aufsatzes hinausreichenden Diskussion über die Sinnhaftigkeit eines rein wissenschaftstheoretischen Kausalbegriffs und dem möglicherweise existierenden Bedürfnis nach einer Alternativitätsstruktur des Kausalitätsbegriffs für die rechtliche Bewertung eines jeden Verhaltens siehe *Kindhäuser*, ZIS 2016, 574 ff.; *Puppe*, ZIS 2015, 426 ff.

¹¹⁵ *Walter* (Fn. 17), Vor §§ 13 ff. Rn. 83.

¹¹⁶ *Puppe*, GA 2004, 129 (139); *Böhringer* (Fn. 40), S. 69.

¹¹⁷ *Walter* (Fn. 17), Vor §§ 13 ff. Rn. 83.

¹¹⁸ Siehe III. 3. e) aa); ansonsten entgegen *Walter* gerade durch Geschäftsordnung/Wahlregeln.

¹¹⁹ *Weißer* (Fn. 2), S. 119.

¹²⁰ *Puppe*, ZStW 99 (1987), 595 (599).

¹²¹ Siehe III. 3. e) aa).

¹²² *Puppe*, ZIS 2018, 484 (486 f.).

Zweck der Lösung des Gremienproblems über eine kausalitätsersetzende Funktion der Mittäterschaft konstruiert wurde¹³³, nicht wesentlich unkomplizierter als die Begründung der Theorie *Puppes*.

4. Fazit

Zur Feststellung der Kausalität auf horizontaler Ebene eignen sich bei überbedingten Erfolgen Lösungen über die Mittäterschaft, mangels eines gemeinsamen Tatplans und der kausalitätsersetzenden Funktion der Mittäterschaft, nicht. Auch liegt kein Fall der alternativen oder kumulativen Kausalität vor. Die abgewandelte *conditio*-Formel kann lediglich die Kausalität bereits als kausal vorausgesetzter Stimmgruppen beweisen und ist daher zirkelschlüssig. *Puppes* Theorie des notwendigen Bestandteils einer hinreichenden und wahren Mindestbedingung vermag zu überzeugen, weil das Kriterium der Notwendigkeit der Einzelstimme aufgegeben wurde und dadurch die Kausalität anhand eines Naturgesetzes und nicht lediglich durch das Hinwegdenken einer zirkelschlüssig als kausal vorausgesetzten Stimme bewiesen werden kann.

¹³³ Vgl. *Renzikowski* (Fn. 27), S. 282 f.; *Kamm* (Fn. 29), S. 107, 171 f.; *Knauer* (Fn. 3), S. 181 f.; *Weißer* (Fn. 2), S. 147 f.; *Greco*, ZIS 2011, 674 (686).

Grundzüge des Arzthaftungsrechts

Von **Milad Ahmadi**, Marburg*

Das Arzthaftungsrecht ist eines der sich am rasantesten entwickelnden Rechtsgebiete und zeichnet sich in materiell-rechtlicher und prozessualer Hinsicht durch eine besondere Komplexität aus. Neben seiner hohen praktischen Relevanz gehört es kraft seiner primären Ansiedelung im besonderen Teil des Schuldrechts zum Pflichtfachstoff.¹ Dies wird zum Anlass genommen, das Arzthaftungsrecht in seinen wesentlichen Grundzügen darzustellen.

I. Wesensmerkmale des Arzt-Patienten-Verhältnisses

Bevor auf die spezifischen Pflichten der Parteien im Behandlungsvertrag eingegangen wird, ist ein Blick auf die Wesensmerkmale der Arzt-Patienten-Beziehung zu werfen. Diese zeichnet sich durch spezifische Strukturen aus, die in einigen Punkten nicht mit denen anderer Vertragsverhältnisse vergleichbar sind.

1. Partnerschaftsgedanke

In erster Linie ist das Arzt-Patienten-Verhältnis als Partnerschaft zu sehen. Dies entspricht dem Willen des Gesetzgebers, der in der Gesetzesbegründung ausdrücklich darauf hinweist, dass der Partnerschaftsgedanke dem gesamten Patientenrechtegesetz zugrunde liegt.² Zwar könnte angeführt werden, dass Partnerschaft kein Spezifikum des Behandlungsvertrages, sondern vielmehr eine entscheidende Voraussetzung für das Funktionieren sämtlicher Vertragsverhältnisse ist. Bei näherer Betrachtung wird jedoch deutlich, dass sich andere Schuldverhältnisse, wie beispielsweise das Kauf- oder Mietvertragsrecht, in sehr viel größerem Ausmaß dadurch auszeichnen, dass jede Partei versucht, Ihre Interessen bestmöglich gegen die andere Partei durchzusetzen. Beispielhaft zu belegen ist dies bereits mit Blick auf die häufige Inanspruchnahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, deren Wirksamkeit auch regelmäßig Gegenstand der höchstgerichtlichen Judikatur sind. Für den medizinischen Behandlungsvertrag kann diese Sichtweise in aller Regel keinen Bestand haben. Zu begründen ist dies insbesondere damit, dass sich der Patient in einem weit verstandenen Sinne unfreiwillig in das Behandlungsverhältnis begibt, den Behandlungsvertrag also in einer Situation der Hilfs- und Schutzbedürftigkeit abschließt. Schließlich zeichnet sich der Behandlungsvertrag dadurch aus, dass der Patient mit seinem Leben und seiner körperlichen Unversehrtheit hochrangige Rechtspositionen in die Hände des Arztes legt.³

2. Vertrauensverhältnis

Tragende Säule der Arzt-Patienten-Beziehung ist das gegenseitige Vertrauen der Parteien, insbesondere jedoch das Ver-

trauen des Patienten in den ihn jeweils behandelnden Arzt.⁴ Der Grund hierfür liegt ebenfalls in dem Umstand, dass der Patient dem Behandelnden seine hochrangigen Rechtspositionen anvertraut, ohne eine starke Vertrauensbeziehung eine entsprechende Bereitschaft des Patienten also nicht angenommen werden kann. Das Erfordernis einer starken Vertrauensbeziehung für ein gelingendes Arzt-Patienten-Verhältnis ist dementsprechend in der höchstgerichtlichen Entscheidungspraxis ausdrücklich anerkannt.⁵

3. Mündiger Patient

Eine weitere Voraussetzung für ein gelingendes Arzt-Patienten-Verhältnis ist die Rolle des Patienten als mündige Vertragspartei. Dieses Patientenleitbild entspricht dem Willen des Gesetzgebers, der zur Verbesserung des Patientenschutzes in der Gesetzesbegründung den mündigen Patienten als Vertragspartner des Behandelnden benennt.⁶ Verfassungsrechtlich zu begründen ist dies mit dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten, kraft dessen der Patient nicht lediglich Objekt der Behandlung ist, sondern als Subjekt der Behandlung diese entscheidend mitbestimmt.⁷

II. Kodifikation des Behandlungsvertrages

Mit dem Patientenrechtegesetz⁸ hat der Behandlungsvertrag erstmals eine gesetzliche Kodifikation erfahren.⁹ Es handelt sich um einen Unterfall des Dienstvertrages.¹⁰ Die Rechtsprechung hat in den letzten Jahrzehnten im Wege der Rechtsfortbildung ausdifferenzierte Grundlagen zum Arzthaftungsrecht entwickelt.¹¹ Hierbei war die Rechtsprechung sehr gründlich, sodass der Gesetzgeber eine Vielzahl der in den §§ 630a ff. BGB normierten Regelungen wörtlich aus den Leitsätzen der Rechtsprechung übernommen hat. Vor diesem Hintergrund wird die Kodifikation des Behandlungsvertrages teilweise kritisch betrachtet, da diese keine neue Gesetzeslage schaffe, aber auf der anderen Seite das Bedürfnis nach flexibler Rechtsfortbildung durch Herausbildung neuer Rechte und Pflichten sowie neuer Beweisregeln beeinträchtigt.¹²

⁴ Katzenmeier, Arzthaftung, 2001, S. 10.

⁵ BGH NJW 1959, 811 (813); Katzenmeier (Fn. 4), S. 9.

⁶ BT-Drs. 17/10488, S. 1.

⁷ BVerfG NJW 1979, 1925 (1930).

⁸ Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten, BGBl. I 2013, S. 277.

⁹ Katzenmeier, NJW 2013, 817 (817); zur Gesetzgebungsgeschichte vgl. Spickhoff, VersR 2013, 267 (267 ff.).

¹⁰ Spickhoff, in: Spickhoff, Kommentar zum Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 630a BGB Rn. 6.

¹¹ Katzenmeier, NJW 2013, 817 (817).

¹² Katzenmeier, NJW 2013, 817 (822f.); positiver hingegen Spickhoff, VersR 2013, 267 (282).

* Der Autor ist Doktorand am Institut für Zivilverfahrensrecht der Phillips-Universität Marburg.

¹ Vgl. etwa für Hessen § 7 Abs. 1 Nr. 2 lit. b JAG.

² BT-Drs. 17/10488, S. 21.

³ Laufs, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Kommentar zum Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap. I Rn. 21.

III. Pflichten des Behandelnden

1. Pflicht zur standardgemäßen Behandlung

Charakteristisch für den Behandlungsvertrag ist eine Vielzahl ärztlicher Pflichten. Neben der Pflicht zur ordentlichen Behandlung treffen den Arzt auch Aufklärungs- und Dokumentationspflichten, deren Verletzung zu einer Haftung des Arztes führen kann. Gem. § 630a Abs. 1 BGB ist der Behandelnde zur Leistung der versprochenen Behandlung verpflichtet. Eine Konkretisierung des ärztlichen Sorgfaltsmaßstabs findet sich in § 630a Abs. 2 BGB. Danach hat die Behandlung nach dem zum Behandlungszeitpunkt bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standard zu erfolgen. Es handelt sich um eine Ergänzung der allgemeinen Regelung des § 276 Abs. 2 BGB.¹³ Der allgemein anerkannte fachliche Standard wird definiert als der jeweilige „Stand naturwissenschaftlicher Erkenntnis und ärztlicher Erfahrung [...], der zur Erreichung des Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat“.¹⁴ Im Arzthaftungsprozess ist dieser Standard regelmäßig unter Hinzuziehung eines medizinischen Sachverständigen zu ermitteln.¹⁵

2. Therapeutische Aufklärungspflicht

Nach § 630c Abs. 2 BGB ist der Behandelnde verpflichtet, den Patienten über sämtliche behandlungsrelevanten Umstände zu informieren.¹⁶ Im Gesetzestext werden exemplarisch die Diagnose, voraussichtliche gesundheitliche Entwicklung, die Therapie sowie die Nachsorgemaßnahmen genannt. Es handelt sich um eine nicht abschließende Aufzählung.¹⁷ Ziel der therapeutischen Aufklärung ist die Sicherstellung des Behandlungserfolges durch Warnhinweise und Verhaltensempfehlungen.¹⁸ Der Patient soll durch die therapeutische Aufklärung den Ernst seiner Erkrankung erkennen und in die Lage versetzt werden, sein Verhalten dergestalt auszurichten, dass der erstrebte Therapieerfolg erreicht wird und Selbstgefährdungen vermieden werden.¹⁹ Die therapeutische Aufklärungspflicht umfasst etwa den Hinweis auf erforderliche Nachuntersuchungen²⁰, die Aufklärung über die Gefahren einer vorzeitigen Entlassung aus dem Krankenhaus²¹ oder die Nebenwirkungen eines Medikaments.²²

¹³ BT-Drs. 17/10488, S. 19.

¹⁴ BT-Drs. 17/10488, S. 19.

¹⁵ BGH MedR 2015, 724 (726); BGH NJW 2008, 1381 (1383); BGH NJW 2001, 2791 (2791).

¹⁶ Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 630c Rn. 12.

¹⁷ BT-Drs. 17/10488, S. 21.

¹⁸ Greiner, in: Spickhoff, Kommentar zum Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 839 BGB Rn. 206; Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Kommentar zum Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap. V Rn. 16.

¹⁹ Greiner (Fn. 18), § 839 BGB Rn. 49.

²⁰ BGH MedR 2005, 226 (227); BGH NJW 1992, 2961.

²¹ BGH NJW 2009, 2820 (2821); OLG Köln VersR 2013, 237 (239).

²² BGH NJW 2005, 1716 (1716).

3. Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung

Gem. § 630d Abs. 1 S. 1 BGB bedarf ein medizinischer Eingriff der Einwilligung des Patienten.²³ Nach § 630e Abs. 1 S. 1 BGB trifft den Behandelnden daher die Pflicht, den Patienten über sämtliche einwilligungsrelevanten Umstände aufzuklären (Selbstbestimmungsaufklärung). Dogmatisch ist diese Aufklärungspflicht im Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu verorten.²⁴ Inhalt und Umfang der Selbstbestimmungsaufklärung wurden vom BGH mit der sog. „im Großen und Ganzen“-Formel präzisiert.²⁵ Danach braucht der Patient nur „im Großen und Ganzen“ über Chancen und Risiken der Behandlung aufgeklärt zu werden.²⁶ Nicht erforderlich ist hingegen die exakte medizinische Beschreibung der in Betracht kommenden Risiken.²⁷ Es genügt vielmehr, wenn dem Patienten die Stoßrichtung der Risiken verdeutlicht wird, indem ihm der Arzt eine allgemeine Vorstellung von der Eingriffsschwere und den spezifisch mit dem Eingriff verbundenen Risiken vermittelt.²⁸ Gem. § 630e Abs. 2 S. 1 BGB ist die Selbstbestimmungsaufklärung grundsätzlich mündlich durchzuführen und muss so rechtzeitig erfolgen, dass dem Patienten genug Zeit für eine wohlüberlegte Entscheidung verbleibt.

4. Dokumentationspflicht

Nach § 630f BGB ist der Behandelnde verpflichtet eine Patientenakte zu führen und darin sämtliche für die Behandlung relevanten Umstände zu dokumentieren. Der Gesetzestext benennt in § 630f Abs. 2 S. 1 BGB exemplarisch die Anamnese, Diagnose, Untersuchungen, Untersuchungsergebnisse, Befunde und Therapien als dokumentationspflichtigen Umstände. Der Gesetzgeber knüpft mit der Dokumentationspflicht an die bisherige Rechtsprechung an.²⁹ Der BGH hatte eine entsprechende Pflicht entwickelt und diese dogmatisch innerhalb der therapeutischen Behandlungspflicht des Arztes verortet.³⁰ Insbesondere bei einem Arztwechsel oder sonstiger arbeitsteiliger Behandlungen werden durch eine ordnungsgemäße Dokumentation die Qualität der Behandlung erhöht und zugleich unnötige Doppeluntersuchungen vermieden.³¹

IV. Mitwirkungsobliegenheiten des Patienten

Den Patienten treffen im Rahmen der Behandlung Mitwirkungsobliegenheiten. Dies hat der Gesetzgeber nunmehr in § 630c Abs. 1 BGB normiert.³² Obliegenheiten sind Rechtspflichten minderen Grades, deren fehlende Einhaltung zwar

²³ Spickhoff (Fn. 10), § 630e BGB Rn. 1.

²⁴ Spickhoff (Fn. 10), § 630e BGB Rn. 1.

²⁵ BGH NJW-RR 2017, 533 (534); BGH MedR 2001, 42 (44); BGH NJW 1992, 754 (755).

²⁶ BGH NJW-RR 2017, 533 (534); BGH MedR 2001, 42 (44).

²⁷ BGH MedR 2001, 42 (44).

²⁸ BGH NJW 1992, 754 (755).

²⁹ BT-Drs. 17/10488, S. 25.

³⁰ BGH NJW 1987, 1482 (1483); BGH NJW 1978, 2337 (2339).

³¹ Wagner (Fn. 16), § 630f Rn. 3.

³² BT-Drs. 17/10488, S. 21.

nicht im Klageweg verfolgbar ist, aber mit Rechtsnachteilen für den Adressaten der Obliegenheit einhergehen kann.³³ Wichtige Obliegenheiten des Patienten sind unter anderem die Offenlegung behandlungsrelevanter Umstände wie Vorerkrankungen, Allergien und sonstige Beeinträchtigungen.³⁴ Zudem muss der Patient die Anweisungen des Arztes befolgen.³⁵ Hierzu zählt beispielsweise die Einnahme erforderlicher Medikamente³⁶, die Wahrnehmung der vom Arzt angeratenen Behandlungstermine³⁷ und gegebenenfalls die Anpassung der Lebensweise an die Erfordernisse der Therapie durch körperliche Betätigung und Verzicht auf Konsummittel.³⁸ Kommt der Patient seinen Obliegenheiten nicht nach, kann dies im Einzelfall ein anspruchverkürzendes Mitverschulden begründen.³⁹ Allerdings verfolgt die Rechtsprechung in dieser Hinsicht eine restriktive Linie.⁴⁰ Danach ist ein Mitverschulden des Patienten aufgrund des Wissensvorsprungs des Arztes und der für das Arzt-Patienten-Verhältnis charakteristischen Informationsasymmetrie nur ausnahmsweise anzunehmen.⁴¹

V. Haftung für Behandlungsfehler

Nicht selten begegnen sich Arzt und Patient in einem Haftungsprozess wieder. Gegenstand eines solchen Prozesses ist regelmäßig die Frage, ob der Arzt die geschuldete Behandlung nach dem allgemein anerkannten fachlichen Standard erbracht hat oder ihm ein Behandlungsfehler unterlaufen ist, der zu einem Gesundheitsschaden beim Patienten geführt hat. Aufgrund der Vielzahl der ärztlichen Pflichten, haben sich im Bereich der Behandlungsfehlerhaftung unterschiedliche Fehlertypen herauskristallisiert. Entscheidend ist diese Einordnung insbesondere mit Blick auf die Beweislastverteilung, da den Patienten für einen Behandlungsfehler die Beweislast dafür trifft, dass der Behandlungsfehler für den erlittenen Gesundheitsschaden ursächlich geworden ist.⁴²

Dem Arzt kann zunächst ein Fehler bei der Behandlung im klassischen Sinne unterlaufen sein. Dies kann etwa durch eine unterlassene Befunderhebung⁴³, eine fehlerhafte Diagnose⁴⁴ eine fehlerhafte Therapiewahl⁴⁵ oder eine fehlerhafte Durchführung der Therapie⁴⁶ der Fall sein. Auch ein Fehler bei der therapeutischen Aufklärung wird von der Rechtsprechung und herrschenden Lehre als Behandlungsfehler einge-

ordnet.⁴⁷ Vom Behandlungsfehler zu unterscheiden ist ein Fehler bei der Selbstbestimmungsaufklärung. Führt der Arzt die Selbstbestimmungsaufklärung unzureichend oder überhaupt nicht durch, ist die Einwilligung des Patienten nach § 630d Abs. 2 BGB unwirksam, was zur Folge hat, dass die fehlerhafte Selbstbestimmungsaufklärung haftungsbegründend wirkt.⁴⁸

VI. Prozessuale Aspekte

1. Prozessuale Ausgangssituation

Der Arzthaftungsprozess ist bei rein dogmatischer Betrachtungsweise ein gewöhnlicher Schadensersatzprozess, bei dem eine Vertragspartei einen vertraglichen Schadensersatzanspruch wegen einer vermeintlichen Pflichtverletzung auf der Grundlage des § 280 Abs. 1 BGB gegen ihren Vertragspartner geltend macht.⁴⁹ Jedoch wird bei näherer Betrachtung deutlich, dass der Arzthaftungsprozess mit besonderen Beweisproblemen auf Seiten des Patienten behaftet ist. Grund hierfür ist zum einen, dass dem Patienten die medizinische Expertise fehlt, um das Behandlungsgeschehen auf seine Richtigkeit hin zu beurteilen.⁵⁰ Zum anderen greift der Arzt bei der Behandlung eines Menschen in einen lebendigen biologischen Organismus ein, dessen Abläufe und Reaktionen oft individuell verlaufen und daher einer typisierten Beurteilung schwer zugänglich sind.⁵¹ Dies führt zu einer Situation der Beweisnot für den Patienten⁵², die die Rechtsprechung zur Entwicklung der nachfolgend dargestellten Beweislastsonderregeln veranlasst hat, welche vom Gesetzgeber mit dem Patientenrechtegesetz in § 630h BGB kodifiziert worden sind.

2. Beweislastsonderregeln

a) Beweislastumkehr bei grobem Behandlungsfehler

Die praktisch bedeutsamste Beweislastsonderregel stellt die Beweislastumkehr bei einem grobem Behandlungsfehler dar. Ein solcher liegt vor, wenn der Arzt eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen und einen Fehler begangen hat, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf.⁵³ Stellt das Gericht einen solchen Fehler fest und ist dieser geeignet eine Verletzung der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, wird nach § 630h Abs. 5 S. 1 BGB die Kausalität des Behandlungsfehlers für die eingetretene Verletzung vermutet.

³³ Ernst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, Einl. Rn. 13; BGH NJW 1957, 1233 (1234).

³⁴ BT-Drs. 17/10488, S. 21; Wagner (Fn. 16), § 630c Rn. 6.

³⁵ Wagner (Fn. 16), § 630c Rn. 6.

³⁶ Wagner (Fn. 16), § 630c Rn. 6.

³⁷ BGH NJW 1992, 2961 (2961).

³⁸ Wagner (Fn. 16), § 630c Rn. 6.

³⁹ BT-Drs. 17/10488, S. 21; Wagner (Fn. 16), § 630 a Rn. 62; Spickhoff (Fn. 10), § 630c BGB Rn. 5.

⁴⁰ BGH NJW 1997, 1635 (1635); BGH NJW 1976, 363 (364).

⁴¹ BGH NJW 1997, 1635 (1635).

⁴² Katzenmeier (Fn. 18), Kap. X Rn. 50.

⁴³ BGH NJW 2016, 1447 (1448).

⁴⁴ BGH NJW, 2011, 1672 (1672f.).

⁴⁵ BGH NJW 2012, 227 (228).

⁴⁶ BGH NJW 2012, 2653.

⁴⁷ BGH NJW 1989, 2318 (2319); BGH NJW 1991, 748 (749); Wagner (Fn. 16), § 630c Rn. 15.

⁴⁸ Wagner (Fn. 16), § 630e Rn. 16.

⁴⁹ Wagner (Fn. 16), § 630h Rn. 76; ferner stützt der Patient seinen Anspruch in der Regel auf § 823 Abs. 1 BGB.

⁵⁰ Preis/Schneider, NZS 2013, 281 (285).

⁵¹ Katzenmeier, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 48. Ed., Stand: 1.11.2018, § 630h Rn. 11.

⁵² Preis/Schneider, NZS 2013, 281 (285).

⁵³ BT-Drs. 17/10488, S. 30; BGH NJW 2012, 227 (228); BGH NJW-RR 2010, 711 (712).

b) Beweislastumkehr bei einfachem Befunderhebungsfehler

Von zunehmender Bedeutung ist die in § 630h Abs. 5 S. 2 BGB normierte Beweislastumkehr bei einem einfachen Befunderhebungsfehler. Danach wird die Kausalität des Behandlungsfehlers für die eingetretene Verletzung vermutet, wenn der Arzt einen medizinisch gebotenen Befund nicht rechtzeitig zu erhebt oder sichert, soweit der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, und wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre, sog. fiktiver grober Behandlungsfehler.⁵⁴

c) Weitere Beweislastsonderregeln

Über die genannten Beweiserleichterungen trifft den Behandelnden nach § 630h Abs. 2 S. 1 BGB die Beweislast dafür, dass er vor einem Eingriff die Einwilligung des Patienten eingeholt und die Selbstbestimmungsaufklärung ordnungsgemäß durchgeführt hat. Nach § 630h Abs. 1 BGB wird ein Behandlungsfehler vermutet, wenn sich ein allgemeines Behandlungsrisiko verwirklicht hat, das für den Behandelnden voll beherrschbar war und das zur Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit des Patienten geführt hat. Relevant ist diese Beweiserleichterung unter anderem bei Hygienemängeln.⁵⁵ Ferner führt die unterlassene Dokumentation einer medizinisch gebotenen wesentlichen Maßnahme und ihres Ergebnisses nach § 630h Abs. 3 BGB zu der Vermutung, dass der Arzt die Maßnahme nicht getroffen hat. Schließlich wird nach § 630h Abs. 4 BGB vermutet, dass die mangelnde Befähigung eines Behandelnden für die Gesundheitsverletzung ursächlich war, sog. Anfängerfehler.

VII. Fazit und aktuelle Entwicklungen

Das Arzthaftungsrecht zeichnet sich in materiell-rechtlicher und prozessualer Hinsicht durch eine besondere Komplexität und Eigennatur aus. Aufgrund der stetigen medizinischen Neuerungen befindet sich das Arzthaftungsrecht zudem in einem stetigen Wandel. Dies stellt Rechtsprechung und Gesetzgebung vor besondere Herausforderungen.

Gegenwärtig sind die Gerichte beispielsweise mit der Frage befasst, ob die fortgesetzte künstliche Ernährung eines Patienten mittels einer PEG-Sonde rein aus Gründen der Lebensverlängerung ohne vorangegangene Erörterung mit dessen gesetzlichen Betreuer eine ärztliche Pflichtverletzung darstellt, die zu einer Beweislastumkehr zugunsten des Patienten führt.⁵⁶ Das OLG München und das Landgericht München I sind in entscheidungserheblicher Weise zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt.⁵⁷

Das Verfahren ist gegenwärtig beim BGH anhängig.⁵⁸

⁵⁴ Spickhoff, NJW 2014, 1636 (1642).

⁵⁵ BGH NJW 1978, 1683.

⁵⁶ OLG München MedR 2018, 317; LG München I MedR 2017, 889.

⁵⁷ Das LG München I hat eine Beweislastumkehr verneint, das OLG München hat diese bejaht.

⁵⁸ BGH – VI ZR 13/18.

Haftungsfragen im Gründungsstadium einer Kapitalgesellschaft

Von Diplom-Jurist **Alexander J. Schmidt**, Bayreuth

Der Gründungsvorgang und die Haftung der beteiligten Akteure in den verschiedenen Stadien des Entstehungsprozesses einer Körperschaft nehmen einen hervorgehobenen Platz in der universitären Lehre ein und sind daher immer wieder Gegenstand von Prüfungsaufgaben. Ein fundiertes Wissen ist somit unerlässlich. Kontroverse Diskussionen haben allerdings zu einer nur noch schwerlich zu überblickenden Fülle an Literatur geführt, die es den Studierenden erschwert, sich innerhalb dieser Thematik zu Recht zu finden. Der Beitrag versucht sich daher an einer didaktischen Aufbereitung der einzelnen Haftungsfragen in den verschiedenen Gründungsstadien und erleichtert den Einstieg in diesen, nicht nur für Studierende gesellschaftsrechtlicher Schwerpunktbereiche, relevanten Themenkomplex.

I. Einleitung

Allen Körperschaften gemein ist die Mehrstufigkeit des Gründungsaktes, der mit einer konstitutiv wirkenden Eintragung ins Handelsregister endet. Jede Gründungsstufe wirft damit rechtlich für sich separat zu betrachtende Fragestellungen auf, die wiederum unabhängig der Rechtsform der Körperschaft im konkreten Einzelfall entsprechend zu behandeln sind. Gleiches gilt für die Leitlinien aus der Rechtsprechung, deren Entscheidungen überwiegend das Recht der GmbH betreffen, aber ebenso auf die AG übertragbar sind. Aus didaktischen Gründen beschränkt sich der Beitrag auf die, für die Ausbildung relevantesten, Rechtsformen der GmbH und der AG.

II. Die einzelnen Gründungsstadien

1. Vorgründungsgesellschaft

Die Vorgründungsgesellschaft ist schlicht vorbereitender Natur und entsteht mit dem (konkludenten) vertraglichen Zusammenschluss zur Gründung einer Kapitalgesellschaft. Soll dieser Vertrag die Gründer schon zum Abschluss des späteren Gesellschaftsvertrags verpflichten bedarf er allerdings der Form des § 2 GmbHG bzw. § 23 Abs. 1 AktG.¹ Dies resultiert aus Schutzerwägungen, vergleichbar denen des Formerfordernisses bei der Begründung der Verpflichtung zum Abschluss eines Grundstückskaufvertrags. Ansonsten würde die Warnfunktion, als Sinn des Formerfordernisses, beim Abschluss des endgültigen Gesellschaftsvertrags umgangen, wenn bereits im Vorgründungsstadium formlos eine bindende Verpflichtung zum Abschluss eines solchen begründet werden könnte.²

Die Vorgründungsgesellschaft ist in der Regel eine BGB-Gesellschaft, deren Zweck auf Gründung der späteren Gesellschaft gerichtet ist. Betreibt sie bereits ein Handelsgewerbe,

handelt es sich um eine oHG.³ Die Vertretung richtet sich demnach nach den Regeln des Personengesellschaftsrechts.⁴ Die Vorgründungsgesellschaft endet im Normalfall gem. § 726 BGB durch Zweckerreichung mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags.⁵

2. Vor-Gesellschaft

Aus der Regelung in § 11 Abs. 1 GmbHG bzw. § 41 Abs. 1 S. 1 AktG ist zu schließen, dass die Gesellschaft als juristische Person vor der Registereintragung nicht besteht. Nach Errichtung der Gesellschaft, also nach Abschluss des formgültigen Gesellschaftsvertrags, § 2 Abs. 1 GmbHG bzw. Feststellung der Satzung § 23 AktG, existiert bereits eine Vereinigung, die in ihrer endgültigen Gestalt zwar noch nicht vollkommen ist, aber schon wesentliche Merkmale der künftigen Gesellschaft aufweist.⁶

Eine gesetzliche Regelung zur Rechtsnatur dieser Vor-Gesellschaft besteht nicht. Sie ist als rechtsfähige Vereinigung sui generis zu betrachten. Im Gegensatz zur Vorgründungsgesellschaft ist die Vor-Gesellschaft notwendiges Durchgangsstadium zur späteren Gesellschaft, die aufgrund übereinstimmender körperschaftlicher Struktur mit der Registereintragung in deren Rechtsverhältnisse eintritt.⁷ Aufgrund der weitgehenden Entsprechung, finden auf sie auch die jeweiligen Rechtsnormen der Gesellschaft, mit Ausnahme der Normen die die Eintragung voraussetzen, Anwendung.⁸

3. Gesellschaft

Sowohl die GmbH als auch die AG sind eigene Rechtspersönlichkeiten, also juristische Personen, die unter ihrer Firma selbständig klagen bzw. verklagt werden können. Den Gläubigern der Gesellschaft haftet nur das Gesellschaftsvermögen. Dieses ist bei der GmbH ein in Geschäftsanteile zerlegtes Stammkapital, bei der AG spricht man von einem in Aktien zerlegtes Grundkapital.⁹ Mit der erfolgten Eintragung im Handelsregister ist der Gründungsvorgang endgültig abgeschlossen. Zwischen Vor-Gesellschaft und Gesellschaft herrscht Identität.¹⁰

¹ Windbichler, Gesellschaftsrecht, 24. Aufl. 2017, § 21 Rn. 17; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 11 Rn. 4.

² Grunewald, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, § 13 Rn. 35; Pentz, in: Münchener Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2016, § 41 Rn. 14.

³ BGHZ 91, 148 (151) = NJW 1984, 2164; Fastrich, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 11 Rn. 36.

⁴ OLG Stuttgart NZG 2002, 910 (911 ff.).

⁵ Grunewald (Fn. 2), § 13 Rn. 36.

⁶ Blath, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 11 Rn. 42; Pentz (Fn. 2), § 41 Rn. 22.

⁷ BGHZ 80, 129 (137 ff.) = NJW 1981, 1373 (1375); Koch, in: Hüffer/Koch, Kommentar zum AktG, 13. Aufl. 2018, § 41 Rn. 3.

⁸ BGHZ 21, 242 (246) = NJW 1956, 1435.

⁹ Grunewald (Fn. 2), § 13 Rn. 129 bzw. § 10 Rn. 168.

¹⁰ BGHZ 80, 129 (137 ff.) = NJW 1981, 1373 (1375); Windbichler (Fn. 1), § 21 Rn. 29; Koch (Fn. 7), § 41 Rn. 16.

III. Haftungsfragen

Bei der Klärung der Haftung ist eine Unterscheidung nach den verschiedenen Haftungssubjekten geboten. Hierfür kommen die Gesellschaft in ihrem jeweiligen Existenzstadium selbst, ihre Gesellschafter und die im konkreten Fall handelnden natürlichen Personen über das Institut der Handelndenhaftung in Betracht. Für die Fallbearbeitung elementar ist, neben der Frage wer im jeweiligen Stadium für die Verbindlichkeiten haftet, zudem, wie es sich auf die festgestellte Haftung auswirkt, wenn die Gesellschaft in das nächste Gründungsstadium übergeht.

1. Haftung der Gesellschaft

a) Vorgründungsgesellschaft

Das Außenverhältnis der Vorgründungsgesellschaft richtet sich nach den allgemein für die BGB-Gesellschaft bzw. die oHG geltenden Bestimmungen.¹¹ Sie nimmt am Rechtsverkehr teil und kann selbst Rechte erwerben und Verpflichtungen eingehen. Die Vorgründungsgesellschaft ist nicht mit der späteren Gesellschaft oder der Vor-Gesellschaft identisch. Ihre Aktiva und Passiva gehen daher nicht automatisch auf die nächsten Gründungsstadien über.¹² Ein solcher Übergang ist nur durch rechtsgeschäftliche Übertragung möglich, die insbesondere bei Verbindlichkeiten der Mitwirkung des jeweiligen Gläubigers bedarf, §§ 414, 415 BGB.¹³

b) Vor-Gesellschaft

Regelmäßig wird sich die Frage der Berechtigung und Verpflichtung der Vor-Gesellschaft bei der Beurteilung einer Verbindlichkeit stellen, die im Namen der späteren Gesellschaft eingegangen wurde. Diese Bezugnahme schließt dagegen nicht aus, auch die Vor-Gesellschaft zu verpflichten. Gegenteiliges würde bedeuten, dass der Gläubiger für seinen bereits fällig gewordenen Anspruch nicht sogleich, sondern erst nach der Eintragung der endgültigen Gesellschaft einen vertragmäßigen Schuldner bekommt und ihm im Weiteren nur der gesetzliche Anspruch aus der Handelndenhaftung zur Seite stünde. Der Gläubiger darf vielmehr davon ausgehen, dass er auf den jeweiligen Träger des gegenständlichen Geschäftsbetriebs zugreifen kann.¹⁴ Bis zur erfolgten Eintragung und der Existenz der endgültigen Gesellschaft ist dies die Vor-Gesellschaft. Unerheblich ist dabei die Kenntnis des Gläubigers von der noch ausstehenden Eintragung oder des rechtlichen Gebildes, welches sich zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses hinter seinem Vertragspartner verbarg.¹⁵ Die Vor-Gesellschaft haftet also für alle sie treffenden Verbindlichkeiten mit ihrem Gesellschaftsvermögen.¹⁶ Dies gilt gem.

§ 31 BGB analog auch für solche Verbindlichkeiten, die auf gesetzlicher Grundlage entstehen.¹⁷

c) Gesellschaft

Durch die Eintragung tritt die Gesellschaft als juristische Person an die Stelle der Vor-Gesellschaft.¹⁸ Es kommt zu einer Kontinuität der Rechtsverhältnisse. Den Gläubigern haftet nur noch das Gesellschaftsvermögen. Eine persönliche Haftung der Gesellschafter besteht nicht. Deren unternehmerisches Risiko beschränkt sich damit auf ihre Einlage. Gegenstück hierzu ist das gesetzlich geforderte Grund- bzw. Stammkapital der Gesellschaft, dessen Höhe in der Gesellschaftssatzung festgeschrieben ist, und das Mindesthaftkapital zugunsten der Gesellschaftsgläubiger darstellt. Gesichert wird dieses durch strenge Vorschriften zur Kapitalaufbringung und -erhaltung.

2. Haftung der Gesellschafter

a) Vorgründungsgesellschaft

Die Gesellschafter der Vorgründungsgesellschaft haften akzessorisch für deren Verbindlichkeiten nach den Regeln der GbR bzw. der oHG gem. § 128 S. 1 HGB (analog) regelmäßig persönlich und unbeschränkt.¹⁹ Mangels Identität mit der Gesellschaft entfällt diese persönliche Haftung auch nicht durch die spätere Eintragung der Gesellschaft.²⁰

b) Vor-Gesellschaft

Mangels gesetzlicher Grundlage der Vor-Gesellschaft, muss auch für die Haftung der Gesellschafter eine sachgerechte Lösung außerhalb des Gesetzes gefunden werden. Hierfür hat der BGH ein System einer unbeschränkten proratarischen Innenhaftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Vor-Gesellschaft geschaffen.²¹ Demnach haften die Gesellschafter anteilig nach dem Verhältnis ihrer Beteiligung in unbegrenzter Höhe für alle Verluste die nicht vom Gesellschaftsvermögen abgedeckt sind.²² Allerdings können die Gesellschaftsgläubiger nicht direkt auf diese zugreifen. Anspruchsinhaber ist allein die Gesellschaft selbst. Zur Durchsetzung müssen die Gläubiger diesen Anspruch im Wege der Zwangsvollstreckung pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen, §§ 829, 835 ZPO. Aus Gründen der Prozessökonomie gelten von diesem System Ausnahmen. Demnach soll der Gang über die Inanspruchnahme der Gesellschaft entfallen, wenn die Vor-Gesellschaft vermögenslos ist, nur ein Gläubiger vorhanden ist oder es sich um eine Einpersonengesellschaft handelt.²³

¹¹ Pentz (Fn. 2), § 41 Rn. 20.

¹² BGHZ 91, 148 (151) = NJW 1984, 2164; Bayer (Fn. 1), § 11 Rn. 2.

¹³ Blath (Fn. 6), § 11 Rn. 26.

¹⁴ BGHZ 62, 216 (221 f.) = NJW 1974, 1191.

¹⁵ BGHZ 72, 45 (48) = NJW 1978, 1978 (1979).

¹⁶ Grunewald (Fn. 2), § 13 Rn. 44; Blath (Fn. 6), § 11 Rn. 64.

¹⁷ OLG Stuttgart NJW-RR 1989, 637 (638).

¹⁸ BGHZ 80, 129 (137) = NJW 1981, 1373 (1374); Fastrich (Fn. 3), § 11 Rn. 55 ff.; Koch (Fn. 7), § 41 Rn. 16.

¹⁹ Blath (Fn. 6), § 11 Rn. 29.

²⁰ Pentz (Fn. 2), § 41 Rn. 20; BGH NJW 1982, 932.

²¹ BGHZ 134, 333 (337 ff.) = NJW 1997, 1507 (1508 f.).

²² Fastrich (Fn. 3), § 11 Rn. 24; Windbichler (Fn. 1), § 21 Rn. 25.

²³ BGHZ 134, 333 (341) = NJW 1997, 1507 (1509); Blath (Fn. 6), § 11 Rn. 66.

Demgegenüber befürworten Teile der Literatur, ähnlich einem Komplementär, eine unbeschränkte Außenhaftung der Gesellschafter über § 128 S. 1 HGB analog.²⁴ Zur Begründung dieses Ansatzes wird vorgebracht, dass das Haftungsmodell des BGH unnötig komplex und den Gläubigern nicht zumutbar sei. Außerdem werde, entgegen der Intention des BGH, ein Windhundrennen der Gläubiger nicht verhindert, sondern nur verschoben. Nunmehr ginge es nicht mehr darum, so der Vorwurf, schnellstmöglich einen Titel gegen den jeweiligen Gesellschafter zu erlangen, sondern, schnellstmöglich den Ausgleichsanspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter pfänden und sich überweisen zu lassen. Außerdem verhindere eine unbeschränkte Außenhaftung das Regel-Ausnahme-System des BGH.²⁵

Die vorgebrachten Bedenken gegen die proratarische Innenhaftung vermögen aber nicht vollends zu überzeugen. Zum einen entspricht sie der Billigkeit, berücksichtigt sie doch die anteilige Beteiligung der Gesellschafter auch bei der Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten. Ebenso lässt sich der Vorwurf der Komplexität auch auf das Modell der unbegrenzten Außenhaftung der Literatur projizieren. Denn letztlich kommt nach der Eintragung der Gesellschaft das Modell einer anteiligen Innenhaftung in Form der Unterbilanzhaftung (vgl. unten III. 2. c)) ebenso zur Anwendung. Es bleibt damit also bei einer vergleichbaren Rechtsdurchsetzung, die die Komplexität sogar verringert. Letztlich ist der Gläubiger auch als weniger schutzwürdig anzusehen. Dieser darf bei einer Geschäftsbeziehung mit einer GmbH redlicherweise nicht mit einer persönlichen Gesellschafterhaftung rechnen. Folglich ist mit der herrschenden Meinung von einer anteiligen unbeschränkten Verlustübernahme im Innenverhältnis auszugehen.

c) Gesellschaft

Nach erfolgter Eintragung im Handelsregister ist die Gesellschaft vollkommen. Die Gesellschafter haften nicht mehr für die neu hinzukommenden Verbindlichkeiten, § 13 Abs. 2 GmbHG bzw. § 1 Abs. 1 S. 2 AktG. Zu erörtern bleibt aber die Haftung für schon vor der Eintragung begründete Verbindlichkeiten.

Nach Abkehr vom Vorbelastungsverbot,²⁶ wonach im Gründungsstadium nur solche Geschäfte getätigt werden durften, die im Rahmen der Gründung unbedingt erforderlich waren, musste ein anderer Weg gefunden werden um das grundsätzlich weiterbestehende Unversehrtheitsdogma umzusetzen. Demnach soll den Gesellschaftsgläubigern, zumindest im Zeitpunkt der Eintragung, das Grund- bzw. Stammkapital als Haftungsgrundlage unversehrt zur Verfügung stehen. Umgesetzt wird dies durch die, als Innenhaftung ausgestaltete, sog. Unterbilanzhaftung (teilweise auch Differenzhaftung oder Vorbelastungshaftung). Ergibt eine im maßgeblichen Zeitpunkt der Eintragung zu erstellende Vermögensbilanz, dass das Vermögen der Gesellschaft wertmäßig hinter dem Grund- bzw. Stammkapital zurückbleibt, haben die Gesell-

schafter den ermittelten Minderbetrag anteilig nach dem Verhältnis ihrer übernommenen Einlagen auszugleichen.²⁷ Zu einer gesamtschuldnerischen Haftung kommt es aber nicht.²⁸ Fällt ein Gesellschafter aus, wird der Haftungsanteil der übrigen Gesellschafter entsprechend erhöht. Ein Ausgleich der vorliegenden Verluste durch entsprechende Gewinne der Gesellschaft führt nicht zum Entfall der Haftung.²⁹

Die oben erläuterte Verlustdeckungshaftung geht infolge der Eintragung in der Unterbilanzhaftung auf. Während die Verlustdeckungshaftung damit letztlich nur beim Scheitern der Eintragung greift, ist die erfolgte Eintragung für die Unterbilanzhaftung gerade charakteristisch. Es entsteht folglich keine Regelungslücke, sondern vielmehr ein stringent einheitliches System.³⁰

3. Handelndenhaftung

a) Vorgründungsgesellschaft

Die Handelndenhaftung gem. § 11 Abs. 2 GmbHG bzw. § 41 Abs. 1 S. 2 AktG findet im Rahmen der Vorgründungsgesellschaft keine Anwendung. Zum einen ist die Regelung der Handelndenhaftung auf die Besonderheiten der Vor-Gesellschaft zugeschnitten. Andererseits gibt es für sie, aufgrund der ohnehin bestehenden unbeschränkten Haftung der Gesellschafter, auch kein Bedürfnis.³¹

b) Vor-Gesellschaft

Die Handelndenhaftung beschreibt eine, von der Gesellschafterhaftung unabhängige, gesamtschuldnerische Haftung derjenigen, die vor Eintragung im Namen der Gesellschaft gehandelt haben. Sie ist akzessorisch und der Höhe nach unbeschränkt.³² Früher wurde mit ihr eine Straffunktion verbunden, um ein Tätigwerden im Namen der Gesellschaft vor deren Eintragung zu verhindern. Heute soll von ihr ein Anreiz zur beschleunigten Herbeiführung der Eintragung und damit letztlich eine Sicherungsfunktion für Geschäftspartner ausgehen.³³ Die praktische Bedeutung ist jedoch gering. Ein Anspruch aus § 11 Abs. 2 GmbHG bzw. § 41 Abs. 1 S. 2 AktG setzt die Errichtung der Gesellschaft und damit das Vorliegen einer Vor-Gesellschaft voraus.³⁴ In persönlicher Hinsicht sind die tatsächlichen sowie fehlerhaft bestellten Mitglieder des vertretungsberechtigten Organs, im Allgemeinen also die Geschäftsführer bzw. die Vorstandsmitglieder erfasst. Darüber hinaus fallen auch sog. faktische Organmitglieder, also solche die nicht Mitglied eines vertretungsberechtigten Organs sind, sich aber als ein solches gerieren, in den Anwen-

²⁷ BGHZ 80, 129 (141) = NJW 1981, 1373 (1376); *Pentz* (Fn. 2), § 41 Rn. 113; *Windbichler* (Fn. 1), § 21 Rn. 31.

²⁸ BGHZ 80, 129 (141) = NJW 1981, 1373 (1376).

²⁹ BGHZ 165, 391 (401) = NJW 2006, 1594 (1596 f.).

³⁰ *Koch* (Fn. 7), § 41 Rn. 9a; *Blath* (Fn. 6), § 11 Rn. 126.

³¹ BGHZ 91, 148 (152) = NJW 1984, 2164; *Fastrich* (Fn. 3), § 11 Rn. 50.

³² *Windbichler* (Fn. 1), § 21 Rn. 27.

³³ BGHZ 47, 25 (29) = NJW 1967, 828 (829); *Pentz* (Fn. 2), § 41 Rn. 126.

³⁴ *Pentz* (Fn. 2), § 41 Rn. 129; *Fastrich* (Fn. 3), § 11 Rn. 46.

dungsbereich.³⁵ Sachlich führen nur rechtsgeschäftliche oder rechtsgeschäftsähnliche, nicht aber deliktische Handlungen zur Haftung.³⁶

c) Gesellschaft

Mit der Eintragung im Handelsregister erlischt die Handelndenhaftung.³⁷ Sie soll den Gläubigern funktional einen Ausgleich dafür schaffen, dass ihnen als Anspruchsgegner keine vollkommene Gesellschaft gegenüberstand. Dieser Zweck hat sich aber mit dem Entstehen der juristischen Person erledigt.³⁸ Auf die Kenntnis des Dritten von der noch ausstehenden Eintragung kommt es nicht an.

IV. Beispielfälle

1. Sachverhalt

P und D beschließen im Januar die Gründung der G-GmbH, die als Produzent von hochwertigen Gardinen und Posamenten am Markt tätig werden soll. P soll als deren alleiniger Geschäftsführer agieren. Der Gesellschaftsvertrag wird am 1.2.2018 notariell beurkundet. Nach Absprache mit D erwirbt P am 1.3.2018 im Namen der G-GmbH von Händler H eine Webmaschine zum Preis von 25.000 €. Die G-GmbH wird schließlich am 1.4.2018 in das Handelsregister eingetragen. Eine Kaufpreiszahlung ist bislang nicht erfolgt. Ansprüche des H auf Kaufpreiszahlung gegen die G-GmbH sowie gegen P und D persönlich?

a) Anspruch des H gegen die G-GmbH auf Zahlung von 25.000 € nach § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 13 Abs. 1 GmbHG

aa) GmbH als Vertragspartnerin

Nach erfolgter Eintragung ist die GmbH als juristische Person existent und kann Anspruchsgegnerin sein, § 13 Abs. 1 GmbHG. Sie ist Formkaufmann gem. § 6 Abs. 1 HGB i.V.m. § 13 Abs. 3 GmbHG. Bei Abschluss des Kaufvertrags war die GmbH aber noch nicht eingetragen und konnte somit als solche nicht verpflichtet werden.

bb) Übergang auf die GmbH

(1) Wesen der Vor-GmbH

Möglicherweise könnte aber die Vor-GmbH verpflichtet worden sein, deren Verbindlichkeit mit der Eintragung auf die GmbH übergegangen ist. Die Vor-GmbH als notwendige Vorstufe entsteht mit der ordnungsgemäßen Errichtung der Gesellschaft, also der notariellen Beurkundung des Gesellschaftsvertrags, § 2 Abs. 1 GmbHG. Sie ist eine rechtsfähige Personenvereinigung sui generis, bei der im Wesentlichen bereits GmbH-Recht zur Anwendung kommt. Eine Verpflichtung der Vor-GmbH käme aber nur in Betracht, wenn diese beim Vertragsschluss wirksam durch P vertreten wurde.

(2) Verpflichtung der Vor-GmbH

Zunächst müsste P im Namen der Vor-GmbH gehandelt haben. Hierbei ist unerheblich, ob er dies ausdrücklich getan hat oder sich dies aus den Umständen des Vertragsschlusses ergibt, § 164 Abs. 1 S. 2 BGB. Zwar hat P vorliegend ausdrücklich für die G-GmbH gehandelt. Bei unternehmensbezogenen Geschäften soll aber in der Regel, ungeachtet der korrekten Unternehmensbezeichnung, der wahre Unternehmensinhaber verpflichtet werden. Dies war in diesem Fall die Vor-GmbH.

Des Weiteren müsste P mit Vertretungsmacht gehandelt haben. Die Vor-GmbH wird durch ihren Geschäftsführer vertreten, § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Grundsätzlich könnte der alleinige Geschäftsführer P damit im Außenverhältnis unbeschränkt vertretungsbefugt gewesen sein, §§ 35 Abs. 1 S. 1, 37 Abs. 2 GmbHG. Fraglich und umstritten ist an dieser Stelle aber, ob die Vertretungsmacht des Geschäftsführers bei der Vor-GmbH schon unbeschränkt besteht oder ob diese nicht vielmehr unter Beachtung der besonderen Zweckbestimmung der Vor-Gesellschaft, nämlich die vollkommene Gesellschaft zur Entstehung zu bringen, gerade auf solche Geschäfte beschränkt ist, die die Eintragung der Gesellschaft herbeiführen.

Gegen eine unbeschränkte und unbeschränkbare Vertretungsmacht nach dem Vorbild der §§ 35 Abs. 1 S. 1, 37 Abs. 2 GmbHG spricht vor allem, dass der Geschäftsführer auf diese Weise noch vor Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister ohne Begrenzung Verbindlichkeiten eingehen und damit ein gleichlaufendes Haftungsrisiko für die Gesellschafter begründen kann. Im Hinblick auf den vorbereitenden Charakter der Vor-GmbH weckt dies doch erhebliche Bedenken.

Der Streitentscheid kann im vorliegenden Fall jedoch dahinstehen. Durch die Zustimmung aller Gesellschafter zur vorzeitigen Geschäftsaufnahme kann die Vertretungsmacht des Geschäftsführers erweitert werden. Vorliegend hat P das Geschäft in Absprache mit dem einzig noch verbleibenden Gesellschafter D getätigt. Es war damit von der erweiterten Vertretungsmacht umfasst.

Der P hat die Vor-GmbH damit wirksam verpflichtet.

(3) Identität zwischen Vor-GmbH und GmbH

Aufgrund der Identität zwischen Vor-GmbH und GmbH ging die Verbindlichkeit ipso iure infolge der Eintragung am 1.4.2018 auf die GmbH über.

cc) Zwischenergebnis

H hat damit gegen die G-GmbH einen Anspruch auf Zahlung von 25.000 € nach § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 13 Abs. 1 GmbHG.

b) Anspruch des H gegen P und D auf Zahlung von 25.000 € nach § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 128 S. 1 HGB analog

Eine persönliche Inanspruchnahme von P und D wäre nur möglich, wenn diese für die von der Vor-GmbH begründete Verbindlichkeit eintreten müssten. Hinsichtlich der Haftung der Gesellschafter einer Vor-GmbH werden im Wesentlichen

³⁵ Pentz (Fn. 2), § 41 Rn. 132 f.

³⁶ Bayer (Fn. 1), § 11 Rn. 32.

³⁷ BGHZ 80, 182 (183) = NJW 1981, 1373 (1376); Windbichler (Fn. 1), § 21 Rn. 32.

³⁸ BGHZ 65, 378 (380 f.) = NJW 1976, 419 (420).

zwei Ansätze vertreten. Einerseits wird eine persönliche Außenhaftung in unbeschränkter Höhe entsprechend der Haftung eines Gesellschafters einer oHG befürwortet. Nur nach diesem Ansatz käme eine persönliche Inanspruchnahme überhaupt in Betracht. Andererseits steht diesem Ansatz eine höhenmäßig unbeschränkte proratarische Innenhaftung gegenüber. Einigkeit besteht aber darin, dass mit der Registereintragung eine persönliche Einstandspflicht der Gesellschafter jedenfalls erlischt. Daher kann in Folge der Eintragung der GmbH am 1.4.2018 eine Entscheidung dahinstehen. Ein Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 128 S. 1 HGB analog scheidet aus.

c) Anspruch des H gegen P auf Zahlung von 25.000 € nach § 11 Abs. 2 GmbHG

H könnte gegen P aber einen Anspruch aus der Handelndenhaftung haben. Hierfür müsste P als Handelnder im Sinne der Vorschrift anzusehen sein. Als solche erfasst sind die Geschäftsführer oder solche Personen, die sich durch ihr Verhalten als solche gerieren. P wurde vorliegend in seiner Position als Geschäftsführer tätig und ist damit Handelnder im Sinne des § 11 Abs. 2 GmbHG. Weiterhin erfasst § 11 Abs. 2 GmbHG nur rechtsgeschäftliches Handeln im Namen der Gesellschaft. Unerheblich ist dabei, ob der Handelnde für die vollkommene Gesellschaft oder die Vor-GmbH handelt, solange erkennbar ist, dass er nicht in eigenem Namen handelt. Allerdings erlischt mit der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister auch die Einstandspflicht des Handelnden. H steht damit kein persönlicher Anspruch gegen P nach § 11 Abs. 2 GmbHG zu.

d) Anspruch des H gegen D auf Zahlung von 25.000 € nach § 11 Abs. 2 GmbHG

Vom persönlichen Anwendungsbereich des § 11 Abs. 2 GmbHG nicht erfasst sind solche Gesellschafter, die der vorzeitigen Geschäftsaufnahme zwar zugestimmt haben, im Außenverhältnis aber nicht mitgewirkt haben. Dementsprechend fehlt es für die persönliche Inanspruchnahme des D schon an dessen Eigenschaft als Handelnder.

e) Ergebnis zum I. Sachverhalt

H hat demnach lediglich einen Anspruch auf Zahlung gegen die G-GmbH, jedoch keine entsprechenden Ansprüche gegen P und D persönlich.

2. Sachverhalt

V und G wollen eine weltweit tätige Leichtmetallgießerei in der Rechtsform der AG gründen. Hierzu wurden bereits einige Geschäfte von gewichtigem Umfang getätigt. Unter anderem bestellt V am 1.6.2018 im Namen der H-AG bei X eine Maschine zum Preis von 50.000 €. Am 1.7.2018 schließen V und G einen notariell beurkundeten Vertrag über die Errichtung der H-AG. Am 1.9.2018 wird die H-AG in das Handelsregister eingetragen. Hat X gegen die H-AG, V oder G Ansprüche auf Zahlung der 50.000 €?

a) Anspruch des X gegen die H-AG auf Zahlung von 50.000 € nach § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 Abs. 1 AktG

Ein Anspruch gegen die H-AG könnte bestehen, wenn sie durch Vertragsschluss wirksam verpflichtet wurde. Die vollendete AG besteht als solche aber erst nach deren Eintragung. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses war dies aber noch nicht geschehen. Zwar hat V im Namen der H-AG gehandelt. Nach den Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts wird aber vielmehr der dahinterstehende Unternehmensträger berechtigt und verpflichtet. Vor der Feststellung der Satzung ist dies mithin die Vorgründungsgesellschaft. Es stellt sich die Frage, ob die Verbindlichkeit der Vorgründungsgesellschaft möglicherweise auf die H-AG übergegangen ist. Ein derartiger Übergang sämtlicher Aktiva und Passiva ipso iure findet aber nur bei der Vor-AG auf die vollkommene AG aufgrund deren Identität statt, nicht aber von der Vorgründungsgesellschaft auf die Vor-AG und dann weiter auf die AG. Für einen solchen Übergang bedarf es einer rechtsgeschäftlichen Übertragung. Ein Anspruch auf Zahlung gegen die H-AG besteht damit mangels vertraglicher Verpflichtung nicht.

b) Anspruch des X gegen V und G auf Zahlung von 50.000 € nach § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 128 S. 1 HGB

aa) Entstehung und Rechtsnatur der Vorgründungsgesellschaft

X könnte V und G jeweils als Gesellschafter der Vorgründungsgesellschaft auf Zahlung in Anspruch nehmen, wenn diese wirksam entstanden ist und die Gesellschafter für deren Verbindlichkeiten einstehen müssten. Der Vorgründungsgesellschaft liegt eine auf Gründung der AG gerichtete Vereinbarung zugrunde. Mit dem Beschluss eine AG gründen zu wollen haben sich V und G zu einem solchen Zusammenschluss verbunden, bei dem es sich zumindest um eine BGB-Innengesellschaft handelt. Möglicherweise könnte der vertragliche Zusammenschluss aber wegen fehlender notarieller Beurkundung gem. § 125 S. 1 BGB formunwirksam sein. Auch der Vertrag, in dem sich die Gesellschafter gegenseitig zur Gründung einer AG verpflichten bedarf schon der Form des § 23 Abs. 1 AktG. Ansonsten ließe die intendierte Warnfunktion der Formvorschrift leer, ließe sich auf Grund eines formlosen Vertrags schon eine Verpflichtung zur Gründung einer Gesellschaft begründen. Eine notarielle Beurkundung des Vertrags hat nicht stattgefunden. Die Nichtigkeitsfolge betrifft aber lediglich die Bestimmungen, die unmittelbar eine Pflicht zur Gründung der AG enthalten und beschränkt sich damit auf das Innenverhältnis. Unabhängig davon, besteht infolge der getätigten Rechtsgeschäfte mit Dritten eine wirksame Außengesellschaft; aufgrund des Rechtsformzwangs entweder eine BGB-Gesellschaft oder bei Betrieb eines Handelsgewerbes eine oHG. V und G streben eine weltweite Tätigkeit mit ihrem Unternehmen an. Zudem haben sie hierzu bereits einige Geschäfte von gewissem Umfang getätigt. Es spricht demnach viel dafür vom Vorliegen eines Handelsgewerbes im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB und damit einer oHG auszugehen. V und G sind damit Gesellschafter einer oHG.

bb) Vertretung der Vorgründungsgesellschaft

V müsste die Vorgründungsgesellschaft beim Vertragsschluss mit X auch wirksam vertreten haben. Zwar handelte er im Namen der späteren H-AG. Nach den Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts wird hierbei aber der dahinterstehende Rechtsträger, mithin also die Vorgründungsgesellschaft verpflichtet. Auch war V als Gesellschafter einzelvertretungsbefugt, § 125 Abs. 1 HGB.

cc) Kein Erlöschen

Damit hat V die Vorgründungsgesellschaft wirksam verpflichtet. Diese Verpflichtung erlischt auch nicht infolge der späteren Eintragung der AG. Gem. § 128 S. 1 HGB haften die Gesellschafter akzessorisch für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft in unbeschränkter Höhe.

dd) Zwischenergebnis

X hat daher gegen V und G einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung aus § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 128 S. 1 HGB.

c) Anspruch des X gegen V und G auf Zahlung von 50.000 € nach § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 41 Abs. 1 S. 2 AktG

Ein Anspruch aus Handelndenhaftung besteht erst ab Errichtung der Gesellschaft, also mit Entstehung der Vor-AG. Eine Anwendung im Stadium der Vorgründungsgesellschaft findet nicht statt.

d) Ergebnis zum 2. Sachverhalt

X hat keinen Anspruch auf Zahlung gegenüber der H-AG, wohl aber gegenüber V und G.

Examensübungsklausur: „Bayxit“*

Von Prof. Dr. **Christoph Herrmann**, LL.M., Wiss. Mitarbeiter **Franz X. Berger**, Passau**

Sachverhalt

Inspiziert von den Unabhängigkeitsbestrebungen der Katalanen in Spanien und dem „Brexit“-Referendum in Großbritannien wird der in Bayern bereits lange schwelende Wunsch nach Unabhängigkeit von der Bundesrepublik Deutschland (BRD), auch in höchsten politischen Kreisen, neu entfacht. Im Vergleich mit der Einwohnerzahl und der Wirtschaftskraft rangiere Bayern alleine in einem EU-weiten Vergleich stets in den Top 10. Dazu komme die herrliche Landschaft, die reichhaltige Kultur mit ihren vielen Bräuchen und natürlich die hiesige Gemütlichkeit, unterstützt durch die ausgeprägte Kunstfertigkeit der zahlreichen Brauereien, die Bayern vom Rest Deutschlands weit abhoben. Mit der Stellung als bloßes Bundesland bleibe Bayern deshalb weit hinter seinen Möglichkeiten zurück und die Gelder, die an den Bundeshaushalt und in den Länderfinanzausgleich abfließen, seien „dahoam“ viel besser investiert. Die bayerische Staatsregierung findet, dass Bayern nicht länger der „Zahlmeister“ Deutschlands sein könne und dem Namen „Freistaat“ endlich alle Ehre machen müsse. Deshalb plant sie, gestützt von einer breiten Mehrheit im Landtag, die Unabhängigkeit Bayerns von der BRD einzuleiten. Unmittelbar nach den bayerischen Landtagswahlen 2018 wendet sich die gerade gebildete, bayerische Landesregierung mittels eines Schreibens am 10.12.2018 an die Bundesregierung, das dieser am selben Tag zugeht. Darin wird die Sezession Bayerns von der BRD erklärt und es werden zwei Sofortmaßnahmen geschildert, die unmittelbar, also ab Erhalt des Schreibens, gelten sollen. Diese werden entsprechend der Ankündigung auch durchgeführt. Alle Zahlungen Bayerns im Zuge des Länderfinanzausgleichs werden eingestellt und die bayerischen Mitglieder des Bundesrates werden abberufen und stehen diesem Gremium nicht mehr zur Verfügung. Bayern erklärt in dem Schreiben, dass sein Austritt mit dem Grundgesetz vereinbar sei. Die Sezession ließe sich schließlich auf Art. 29 GG analog stützen.

Erschrocken über die Entschlossenheit der Bayern, berät die Bundesregierung in einer Sondersitzung über das weitere Vorgehen in dieser Sache. Es wird der Plan entworfen, diesem bayerischen Alleingang mit der vollen Macht des Grundgesetzes entgegenzutreten und auf die bayerischen „Sofortmaßnahmen“ durch Einsetzung eines Bundesbeauftragten, der die Aufgaben der bayerischen Exekutive treuhänderisch übernimmt, bis die Bayern wieder zur Vernunft kommen, zu reagieren. Für den Fall, dass die Lage weiter eskaliert, soll Bayern als Bundesland sogar vollständig aufgelöst werden

* Der vorliegende Fall wurde in abgewandelter Form im Sommersemester 2018 im Rahmen des Examensklausurenkurses gestellt.

** Prof. Dr. *Christoph Herrmann*, LL.M. ist Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Passau. *Franz X. Berger* ist Wiss. Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl.

und das Territorium unter den angrenzenden Bundesländern aufgeteilt werden.

Nachdem der Plan der Bundesregierung dem Bundesrat, der derzeit 69 ordentliche Mitglieder umfasst, zugeleitet wurde, kommt es bei der Abstimmung im Bundesrat zu einigen Querelen. Die sechs bayerischen Mitglieder bleiben der Sitzung entsprechend den angekündigten Sofortmaßnahmen fern und gehen lieber ins Hofbräu Berlin. Die sechs Mitglieder Baden-Württembergs können sich nicht einigen, ob Bayern die harten Maßnahmen der Bundesregierung wirklich verdient, so dass 5 Mitglieder dagegen und das Mitglied A dafür stimmen. Von den drei Mitgliedern aus Hamburg ist als einziger das Mitglied X erschienen, der alle drei Stimmen mit „Ja“ abgibt, obwohl die Hamburger Landesregierung zuvor beschlossen hat einstimmig dagegen zu stimmen. Der Beschluss des Bundesrates wird schließlich mit 36 Stimmen für eine Zustimmung angenommen. Alle drei Stimmen aus Hamburg und eine Stimme aus Baden-Württemberg, die des A, wurden bei den 36 „Ja“-Stimmen mitgezählt.

Nach der Abstimmung im Bundesrat hat ein kleiner Teil des Bundeskabinetts jedoch Bedenken im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit der geplanten Maßnahmen, insbesondere für den Fall, dass eine Sezession Bayerns verfassungsrechtlich doch möglich wäre. Jedenfalls wird die Auflösung Bayerns durch die Bundesregierung für verfassungswidrig gehalten. Die Kritik findet bei der Bundeskanzlerin Gehör. Auf Nachfrage der Bundesregierung beim Freistaat, ob dieser an seinem Verhalten festhalten wolle, auch wenn der Bund dagegen mit Zwangsmaßnahmen reagieren wird, bleibt Bayern entschlossen auf seinem Kurs und will davon auch nicht abrücken. Die Bundesregierung will dennoch den Austritt Bayerns samt der Sofortmaßnahmen vorab durch das Bundesverfassungsgericht überprüfen lassen und nur dann selbst tätig werden, sofern Bayern verfassungswidrig handelt. Sie wendet sich entsprechend ihres Beschlusses am 12.6.2019 mit ihrem Anliegen an das Bundesverfassungsgericht.

Frage 1

Ist das von der Bundesregierung angestrebte Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zulässig?

Frage 2

Ist die Sezession Bayerns durch eine analoge Anwendung des Art. 29 GG möglich? (Auf die Zulässigkeit des Austritts nach der bayerischen Verfassung sowie Völkerrecht ist nicht einzugehen. Die Verbindlichkeit des Grundgesetzes für Bayern ist zu unterstellen.)

Frage 3

Sind die von der Bundesregierung geplanten Zwangsmaßnahmen mit dem Grundgesetz vereinbar? (Dabei ist von der Verfassungswidrigkeit der geplanten bayerischen Sezession auszugehen.)

Bearbeitervermerk

Beantworten Sie in einem umfassenden Rechtsgutachten, ggf. hilfsgutachterlich, die aufgeworfenen Fragen.

Lösungsvorschlag

Hinweis: Die nachfolgende ausformulierte Lösung versteht sich nicht als Musterlösung, sondern als Lösungsvorschlag, der die relevanten Probleme gutachterlich bearbeitet. Der gewählte Aufbau ist nicht zwingend. Eine gelungene Bearbeitung liegt vor, wenn alle Probleme in eine gutachterlich saubere, in sich stringente Lösung eingebaut werden. Dabei wird auf folgende Anforderungen hingewiesen:

Frage 1: Im Rahmen der richtigen Verfahrensart sind alle Zulässigkeitsvoraussetzungen sauber und sinnhaft abzuarbeiten. Schwerpunkte bilden dabei die Antragsbefugnis und die Fristberechnung.

Frage 2: Gefordert ist, die Voraussetzungen einer Analogie darzustellen und anhand der gängigen juristischen Methodik zu argumentieren.

Frage 3: Der Aufbau orientiert sich am Schema zur Prüfung der Rechtmäßigkeit eines belastenden VAs, der sich für die Prüfung von Art. 37 Abs. 1 GG, dessen Maßnahmen eindeutige Parallelen mit einem belastenden VA aufweisen, eignet.¹ Entscheidend ist die Prüfung anhand Tatbestand und Rechtsfolge vorzunehmen, wobei die Zustimmung des Bundesrates und die Ausgestaltung als Ermessensnorm die Schwerpunkte der Bearbeitung bilden.

Frage 1: Bund-Länder-Streit

Zu prüfen ist, ob der Antrag der Bundesregierung zulässig ist.

A. Zulässigkeit**I. Zuständigkeit**

Zunächst stellt sich die Frage, mit welcher Verfahrensart die Bundesregierung ihre Rechte vor dem Bundesverfassungsgericht geltend machen kann. Sie wendet sich vorliegend gegen konkrete Maßnahmen bzw. ein Unterlassen Bayerns.

Ein Organstreitverfahren gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG kommt nicht in Betracht. Zwar wäre die Bundesregierung antragsberechtigt, jedoch können in diesem Verfahren keine Pflichtverletzungen eines Bundeslandes gerügt werden, da es als Bundesland weder ein oberstes Bundesorgan ist noch ein anderer Beteiligter², der durch das Grundgesetz oder eine Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit eigenen Rechten ausgestattet ist.

In Betracht kommt daher nur ein Bund-Länder-Streit gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG, §§ 13 Nr. 7, 68 ff. BVerfGG. Eine Meinungsverschiedenheit über Rechte und Pflichten des Bundes bzw. des Landes liegt vor. Diese ist auch verfassungs-

rechtlicher Art, da die Bundesregierung die Verletzung von verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechten durch das Land B rügt.

Die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich daher aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG, §§ 13 Nr. 7, 68 ff. BVerfGG.

II. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Der Antrag ist gem. § 68 BVerfGG von der Bundesregierung für den Bund zu stellen und gegen die Landesregierung des Bundeslandes B zu richten. Dabei handelt es sich um keinen Fall einer gesetzlichen Prozessstandschaft, sondern um eine Verbandsstreitigkeit zwischen Bund und Land als selbstständige Rechtssubjekte, die durch ihre jeweilige Regierung organschaftlich vertreten werden.³

III. Tauglicher Antragsgegenstand

Tauglicher Antragsgegenstand im Bund-Länder-Streit ist gem. §§ 69, 64 BVerfGG jede konkrete, rechtserhebliche Maßnahme oder Unterlassung die dem Antragsgegner, hier Bayern, zurechenbar ist. Rechtserheblich ist die Maßnahme, wenn zwischen Antragssteller und Antragsgegner eine konkrete Meinungsverschiedenheit über verfassungsrechtliche Rechte oder Pflichten besteht. Vorliegend kommen verschiedene Anknüpfungspunkte in Betracht.

1. Einstellung der Zahlungen an den Bund

Die bayerische Landesregierung hat veranlasst, dass sämtliche Zahlungen an den Bund eingestellt werden. Diesbezüglich liegt ein Unterlassen des Bundeslandes Bayern bzgl. seiner Zahlungspflichten an den Bund vor, vgl. insbesondere Art. 107 Abs. 2 GG. Mithin liegt eine Meinungsverschiedenheit über eine verfassungsrechtliche Pflicht vor. Damit ist das Unterlassen rechtserheblich.

2. Abberufung der bayerischen Mitglieder des Bundesrates

Bayern hat alle seine Mitglieder aus dem Bundesrat abberufen. Der Bundesrat ist ein Organ des Bundes. Als Bundesland hat Bayern nach Art. 50 GG nicht nur ein Mitwirkungsrecht, sondern auch eine Mitwirkungspflicht, der durch die Abberufung sämtlicher Mitglieder womöglich entgegen Art. 51 Abs. 1 GG nicht nachgekommen wird.⁴ Auch insoweit steht also eine Pflichtverletzung im Raum.

3. Geplante Sezession selbst

Die Bundesrepublik Deutschland verfügt als Staat über die territoriale Souveränität hinsichtlich ihres Staatsgebiets.⁵ Diese findet ihren Ausdruck in Art. 20 Abs. 1 GG durch das

¹ Vgl. *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, Kommentar zum GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 37 Rn. 23.

² Sollte die Ansicht vertreten werden, ein Bundesland sei ein anderer Beteiligter, ist Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG jedenfalls vorrangig (*lex specialis*).

³ Vgl. *Herrmann*, Jura 2006, 576 (578).

⁴ Vgl. *Krebs*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 1), Art. 51 Rn. 4; *Korioth*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 51 Rn. 7.

⁵ *Schöbener/Knauff*, Allgemeine Staatslehre, 4. Aufl. 2019, Rn. 63 ff.

Bundesstaatsprinzip.⁶ Die Sezession des Freistaats Bayern begründet die Territorialhoheit hinsichtlich des bayerischen Gebietsteils und ist damit geeignet, in die territoriale Integrität der Bundesrepublik Deutschland einzugreifen. Somit ist auch die bereits eingeleitete Sezession Bayerns als rechts-erhebliche Maßnahme zu qualifizieren, der womöglich das Bundesstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG entgegensteht.

Tauglicher Antragsgegenstand im Rahmen des Bund-Länder-Streits ist somit das Unterlassen der Zahlungen und die Abberufung aller bayerischen Mitglieder des Bundesrates, sowie die Einleitung der Sezession selbst.

IV. Antragsbefugnis

Nach §§ 69, 64 Abs. 1 BVerfGG muss der Antragsteller im Bund-Länder-Streit geltend machen, dass er durch die angegriffene Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners in seinen ihm durch das Grundgesetz übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet ist. Dabei genügt es im Rahmen der Antragsbefugnis, wenn die Möglichkeit einer Verletzung des Antragstellers in einer konkreten verfassungsrechtlichen Position nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint.⁷ Nicht ausreichend ist hingegen die bloße Rüge einer Pflichtverletzung durch den Antragsgegner, ohne dass Auswirkungen auf eine eigene Rechtsposition des Antragstellers geltend gemacht werden.

1. Bundesstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG

Zunächst könnte das Bundesstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG, in seiner Ausprägung als Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten berührt sein. Diese Pflicht wirkt wechselseitig zwischen Bund und Ländern und beinhaltet als Gebot der Bundestreue den ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz der gegenseitigen Rücksichtnahme. Die Berufung auf eine Verletzung der Bundestreue allein reicht hier jedoch nicht aus. Es ist darüber hinaus erforderlich, dass die Verletzung eines konkreten Rechtsverhältnisses geltend gemacht wird.⁸

2. Art. 28 Abs. 1 GG i.V.m. dem Bundesstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG

Art. 28 Abs. 1 GG gilt nicht bloß innerhalb der Länder, sondern regelt das bundesrechtliche Verhältnis der Länder zum Bund, wodurch den Ländern auch Pflichten gegenüber dem Bund auferlegt werden. Dabei führt das Grundgesetz eine gewisse Homogenität ein, etwa durch die Bindung an Staatsstrukturprinzipien, wodurch die Länder auf eine strukturell übereinstimmende verfassungsmäßige Ordnung mit dem Bund

festgelegt sind.⁹ Durch die Sezession Bayerns ist die verfassungsmäßige Ordnung möglicherweise verletzt.

3. Art. 104a ff. GG i.V.m. dem Bundesstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG

Die Einstellung sämtlicher Zahlungen Bayerns an den Bund verletzen diesen möglicherweise in dem durch die Finanzverfassung der Art. 104a–109 GG geregelten finanzwirtschaftlichen Bund-Länder-Verhältnis.¹⁰ Insbesondere ist durch die Verweigerung des Länderfinanzausgleichs eine Verletzung des Art. 107 Abs. 2 GG möglich.

4. Art. 51 GG i.V.m. dem Bundesstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG

Hinsichtlich der Abberufung der bayerischen Mitglieder aus dem Bundesrat stellen sich zwei Fragen. Zum einen, ob es eine verfassungsmäßige Pflicht für Bayern gibt, Mitglieder für den Bundesrat zu stellen. Zum anderen, ob ihre Nichtbeachtung gegebenenfalls den Bund in seinen Rechten verletzt. Art. 51 Abs. 3 S. 1 GG spricht von „Können“ bezüglich der Entsendung von Mitgliedern. Im Zusammenhang mit Art. 51 Abs. 1 S. 1 GG, der bestimmt, dass der Bundesrat aus Mitgliedern der Länderregierungen besteht, wird jedoch deutlich, dass die Entsendung von Mitgliedern nicht nur ein Mitwirkungsrecht darstellt, sondern auch eine Pflicht. Somit besteht für die Bundesländer nach Art. 51 GG eine Mitgliederentsendungspflicht.¹¹ Der Bundesrat ist zudem ein Verfassungsorgan des Bundes, obwohl die Länder darin mitwirken, Art. 50 GG.¹² Der Grundsatz der Bundestreue bildet im Zusammenspiel mit der in Art. 51 GG geregelten Länderpflicht eine bundesstaatliche Verfassungsposition und damit ein rügefähiges Rechtsverhältnis zwischen dem Bund und den Ländern.¹³ Die Abberufung sämtlicher bayerischen Mitglieder greift somit möglicherweise in das von der Verfassung statuierte föderale Gefüge ein. Der Bund ist im Rahmen des Bund-Länder-Streites befugt, die Einhaltung dieser grundgesetzlichen Länderpflicht (Mitgliederentsendungspflicht hinsichtlich des Bundesrates) überprüfen zu lassen.¹⁴

Eine mögliche Rechtsverletzung des Bundes scheint hinsichtlich der Abberufung der Bundesratsmitglieder in Art. 51 GG sowie hinsichtlich der Zahlungsverweigerung in Art. 104a–109 GG, jeweils i.V.m. dem Bundesstaatsprinzip aus Art. 20

⁶ Grzeszick, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, 84. Lfg., Stand: August 2018, Art. 20 Rn. 15 f.

⁷ BVerfGE 94, 351 (362 f.); 99, 19 (28); Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Kommentar zum BVerfGG, 54. Lfg., Stand: Juni 2018, § 69 Rn. 64, 94 f.

⁸ Walter, in: Maunz/Dürig (Fn. 6), Art. 93 Rn. 287 ff.; Voßkuhle, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 93 Rn. 142; BVerfGE 13, 54 (72 f.); Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar zum GG, 39. Aufl. 2018, Art. 93 Rn. 37.

⁹ Mehde, in: Maunz/Dürig (Fn. 6), Art. 28 Rn. 1–4; Dreier, in: Dreier, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 28 Rn. 49 ff.

¹⁰ Maunz, in: Maunz/Dürig (Fn. 6), Art. 104a Rn. 1; Hellermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 8), Art. 104a Rn. 2.

¹¹ Müller-Terpitz, in: Maunz/Dürig (Fn. 6), Art. 51 Rn. 57; Robbers, in: Sachs, Kommentar zum GG, 8. Aufl. 2018, Art. 51 Rn. 5.

¹² Müller-Terpitz (Fn. 11), Art. 50 Rn. 43; Bauer, in: Dreier (Fn. 9), Art. 50 Rn. 18.

¹³ Walter (Fn. 8), Art. 93 Rn. 287 f.; Johann, in: Walter/Grünwald, Beck'scher Online-Kommentar zum BVerfGG, 6. Lfg., Stand: Dezember 2018, § 69 Rn. 7; BVerfGE 103, 81 (87 ff.); 104, 238 (247 ff.).

¹⁴ Walter (Fn. 8), Art. 93 Rn. 281.

Abs. 1 GG möglich. Zudem ist die verfassungsmäßige Ordnung aus Art. 28 Abs. 1 GG durch die angestrebte Sezession Bayerns möglicherweise unmittelbar gefährdet. Der Bund ist damit klagebefugt.

V. Form und Frist

Der Antrag müsste schriftlich und begründet sowie unter Angabe der Bestimmung des Grundgesetzes, gegen die durch die beanstandete Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners verstoßen wird, gestellt werden, §§ 23 Abs. 1, 69, 64 Abs. 2 BVerfGG.

Der Antrag muss binnen sechs Monaten, nachdem die beanstandete Maßnahme oder Unterlassung dem Antragsteller bekannt geworden ist, gestellt werden, §§ 69, 64 Abs. 3 BVerfGG.

Mangels spezieller Regelungen für Verfassungsstreitigkeiten berechnet sich die Frist nach §§ 187 ff. BGB.¹⁵

Die Entscheidung zur Abspaltung, sowie der Sofortmaßnahmen wurden der Bundesregierung am 10.12.2018 durch das Schreiben Bayerns bekannt. Demnach begann die Frist zur Beanstandung dieser Maßnahmen gemäß § 187 Abs. 1 BGB am 11.12.2018 um 0:00 Uhr.¹⁶

Die Frist endete gem. § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB mit Ablauf des 10.6.2019. Das ist ein gesetzlicher Feiertag, der Pfingstmontag, wodurch das Fristende auf den nächsten Werktag fällt, § 193 BGB.¹⁷ Damit endet die Frist am Dienstag, den 11.6.2018 um 24:00 Uhr.

Der Antrag wurde erst am 12.6.2018 gestellt und ist damit verfristet.

VI. Zwischenergebnis

Mangels Einhaltung der Frist ist das Verfahren unzulässig.

– *Hilfsgutachten* –

VII. Rechtsschutzbedürfnis

Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis wird in aller Regel durch das Vorliegen einer Antragsbefugnis hinreichend belegt. Im Einzelfall kann es jedoch in Frage stehen, insbesondere dann, wenn sich das Anstrengen eines Prozesses als rechtsmissbräuchlich darstellt oder dem Antragsteller einfachere zumutbare Wege offenstehen, um sein Prozessziel außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens zu erreichen.

Eine einfachere Möglichkeit des Bundes, der Sezession und den Sofortmaßnahmen Bayerns entgegenzutreten, könnte

die bereits von der Bundesregierung angedachte Möglichkeit des Bundeszwangs nach Art. 37 GG darstellen. Allerdings ist der Bundeszwang kein einfacherer Weg zur Zielerreichung, sondern stellt eine ultima ratio dar, die ihrerseits verfassungsgerichtlich überprüft werden kann.¹⁸ Weitere Anhaltspunkte, die gegen ein Rechtsschutzbedürfnis des Bundes sprechen, sind nicht ersichtlich.

Somit fehlt es dem Bund auch nicht am erforderlichen allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis.

B. Ergebnis

Der Antrag der Bundesregierung ist mangels Einhaltung der Frist unzulässig (siehe oben).

Frage 2:

Zu klären ist, ob die geplante Sezession Bayerns durch eine analoge Anwendung von Art. 29 GG möglich ist.

Der EU-Vertrag normiert in Art. 50 ein Austrittsrecht der Mitgliedstaaten. Eine vergleichbare ausdrückliche Regelung fehlt dem Grundgesetz hinsichtlich des Austritts eines Bundeslandes. Art. 29 GG regelt hingegen lediglich die Neugliederung des Bundesgebietes. Fraglich ist, ob diese Norm analog auf den Austritt eines Bundeslandes angewandt werden kann. Zur analogen Anwendung einer Norm bedarf es einer planwidrigen Regelungslücke und einer vergleichbaren Interessenslage. Wie gezeigt, fehlt dem Grundgesetz eine Austrittsklausel. Es ist daher zu klären, ob diese Regelungslücke auch planwidrig ist.

Die Planwidrigkeit liegt dann vor, wenn eine Thematik versehentlich nicht geregelt worden ist. Gegen eine planwidrige Regelungslücke und damit für eine bewusst unlösbare Verbindung der Bundesländer lässt sich die Präambel, die von einer „Einheit Deutschlands“ spricht und das umfasste Territorium anhand der einzelnen Bundesländer beschreibt, anführen (Wortlaut). Das Fehlen eines Austrittsrechts ist zudem gerade kennzeichnend für einen Bundesstaat im Unterschied zu einem vertraglich begründeten Staatenbund, bei dem die maßgebliche Souveränität bei den Staaten verbleibt, während sie im Bundesstaat trotz fortdauernd begrenzter Eigenstaatlichkeit der Länder auf der Bundesebene angesiedelt ist.¹⁹ Zudem beinhaltet das Grundgesetz mit den Art. 20–37 einen eigenen Abschnitt über den Bund und die Länder, in denen deren Verhältnis ausführlich geregelt ist (Systematik). Aus historischer Sicht zeigt sich, dass jedenfalls seit der Reichsgründung von 1871 eine dauerhaft bestehende bundesstaatliche Ordnung den Kern des deutschen Staatsdenkens bildet, welche nur durch die Phase des NS-Regimes unterbrochen wurde und gerade durch das Grundgesetz wieder eingerichtet werden sollte (Historie).²⁰ Schließlich verfolgt das Grundgesetz den Bestand der Bundesrepublik, wobei gerade auch die territoriale Integrität geschützt werden soll, vgl. z.B.

¹⁵ Vgl. BVerfGE 102, 254 (295); *Walter*, in: *Walter/Grünewald* (Fn. 13), § 64 Rn. 44.

¹⁶ Der Umstand, dass die Maßnahmen Bayerns fortauern, ändert am Fristbeginn nichts. Es ist auf das Bekanntwerden der Maßnahmen abzustellen, vgl. *Bethge* (Fn. 7), § 64 Rn. 130.

¹⁷ Vgl. *Hömig*, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge* (Fn. 7), § 93 Rn. 38: die Fristberechnung richtet sich nach dem Ort des Gerichts, beim Bundesverfassungsgericht also Karlsruhe, vgl. § 1 Abs. 2 BVerfGG. Der Pfingstmontag ist ein gesetzlicher Feiertag in Baden-Württemberg, vgl. § 1 des baden-württembergischen Feiertagsgesetzes i.d.F. v. 8.5.1995.

¹⁸ *Bethge* (Fn. 7), § 69 Rn. 101; *Bauer* (Fn. 12), Art. 37 Rn. 16.

¹⁹ Vgl. *Honer*, JuS 2018, 661 f.; *Sommermann*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck* (Fn. 4), Art. 20 Rn. 21 f.

²⁰ Vgl. *Grzeszick* (Fn. 6), Art. 20 Abs. 2 Rn. 2 ff.

Art. 21 Abs. 2 S. 1 Var. 3 GG (Telos).²¹ Mangels Planwidrigkeit der Regelungslücke scheidet eine analoge Anwendung des Art. 29 GG aus. Ein Austritt eines Bundeslandes wäre rechtlich damit allenfalls über eine Verfassungsänderung²², oder über Art. 146 GG, also einer neuen Verfassung, die ein Austrittsrecht der Bundesländer vorsieht, denkbar.

Frage 3

Fraglich ist, ob die von der Bundesregierung geplanten Maßnahmen verfassungsgemäß sind.

A. Rechtsgrundlage: Art. 37 Abs. 1 GG

Zunächst stellt sich die Frage, auf Grund welcher Befugnis die Bundesregierung hier gegen das Bundesland Bayern vorgeht. In Frage kommen vor allem der Bundeszwang nach Art. 37 Abs. 1 GG und die Bundesaufsicht nach Art. 84 Abs. 3 GG. Die Bundesaufsicht dient der Kontrolle der Länder bei der Ausführung von Bundesgesetzen.²³ Die Pflicht zur Beachtung des Grundgesetzes kann hingegen mit dem Bundeszwang durchgesetzt werden.²⁴ Die Bundesregierung plant Maßnahmen gegen Bayern auf Grund des angekündigten Austritts aus der Bundesrepublik. Dabei geht es um eine Verletzung der verfassungsmäßigen Ordnung und damit des Grundgesetzes. Die taugliche Rechtsgrundlage bildet daher Art. 37 Abs. 1 GG.

B. Formelle Voraussetzungen

Die Maßnahmen des Bundeszwangs müssten formell verfassungskonform sein. Das ist der Fall, wenn Bayern angehört wurde, ein ordnungsgemäßer Beschluss der Bundesregierung zur Durchführung der Maßnahmen vorliegt und der Bundesrat zugestimmt hat.

I. Anhörung des betroffenen Bundeslandes

Ein Anhörungserfordernis ist im Grundgesetz für die Anwendung des Bundeszwangs nicht ausdrücklich normiert. Aus dem Grundsatz der Bundestreue lassen sich aber gewisse Rücksichtnahmepflichten zwischen dem Bund und den einzelnen Bundesländern ableiten. Die verfahrensrechtliche Ausprägung der Treuepflichten des Bundes gegenüber den Ländern konkretisiert sich bei der Anwendung von Weisungsrechten und dem Bundeszwang in einer Anhörungspflicht.²⁵

²¹ Klein, in: Maunz/Dürig (Fn. 6), Art. 21 Rn. 520; Ipsen, in: Sachs (Fn. 11), Art. 21 Rn. 166.

²² Bei einer Verfassungsänderung wäre Art. 79 Abs. 3 Var. 1 GG zu beachten, der zwar die grundsätzliche Gliederung des Bundes in Länder vorschreibt, aber nicht den derzeitigen Bestand der Bundesländer, Herdegen, in: Maunz/Dürig (Fn. 6), Art. 79 Rn. 97.

²³ Klein (Fn. 21), Art. 37 Rn. 38; Broß/Mayer, in: v. Münch/Kunig, Kommentar zum GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 84 Rn. 4.

²⁴ Erbguth/Schubert, in: Sachs (Fn. 11), Art. 37 Rn. 4; Bauer (Fn. 12), Art. 37 Rn. 15.

²⁵ Vgl. Doerfert, ZJS 2016, 711 (713); Grzeszick (Fn. 6), Art. 20 Rn. 127; Bauer, Die Bundestreue, Zugleich ein Bei-

Der Bund ist daher verpflichtet das betroffene Land vor der Durchführung der Zwangsmaßnahmen anzuhören. Die Bundesregierung hat nach dem Schreiben der bayerischen Landesregierung erneut nachgefragt, ob Bayern die Sezession tatsächlich fortführen wolle. Die bayerische Landesregierung hat dies mit Entschlossenheit und Nachdruck bestätigt. Diese Rückfrage ist als Anhörung zu werten, wodurch dieses formelle Erfordernis erfüllt wurde.

II. Vorherige Anrufung des Bundesverfassungsgerichts

Zudem ist fraglich, ob die Bundesregierung vor dem Einsatz von Bundeszwang angehalten ist das Bundesverfassungsgericht anzurufen. Dem Wortlaut des Art. 37 GG lässt sich ein solches Erfordernis nicht entnehmen. Auch dem Sinn und Zweck, dass dem Bund gegen Verfehlungen eines Landes ein schnelles und flexibles Machtmittel zur Verfügung stehen soll, liefe ein präventives Kontrollierfordernis durch das Bundesverfassungsgericht zuwider.²⁶ Somit ist die vorherige Anrufung des Bundesverfassungsgerichts nicht notwendig. Unbeschadet dessen, besteht natürlich die Möglichkeit einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung sowohl auf Antrag des Bundes als auch des betroffenen Landes.

III. Beschluss der Bundesregierung

Der Beschluss der Bundesregierung meint eine Entscheidung des Kollegiums, bestehend aus Bundeskanzlerin und den Bundesministern, als Kabinett.²⁷ Ein solcher Beschluss liegt laut Sachverhalt vor.

IV. Zustimmung des Bundesrates

Nach Art. 37 Abs. 1 GG bedarf die Anwendung des Bundeszwangs der Zustimmung des Bundesrates. Fraglich ist, ob eine ordnungsgemäße Zustimmung gegeben ist. Dazu müsste der beschlussfähige Bundesrat mit der Mehrheit seiner Stimmen für die Maßnahmen des Bundeszwangs gestimmt haben, Art. 52 Abs. 3 S. 1 GG.

1. Beschlussfähigkeit

Der Bundesrat ist beschlussfähig, sofern die Mehrheit seiner Stimmen anwesend ist, § 28 Abs. 1 GOBR. Bei derzeit 69 Stimmen ist trotz der Abwesenheit Bayerns die Beschlussfähigkeit nicht gefährdet. Auch kann hier dahinstehen, inwieweit sich die Abwesenheit der zwei Hamburger Mitglieder auswirkt, da ein Mitglied für Hamburg erschienen ist. Der Bundesrat ist damit beschlussfähig.

2. Beschlussfassung

Der Bundesrat entscheidet mit der Mehrheit der Stimmen, Art. 52 Abs. 3 S. 1 GG. Damit ist eine absolute Mehrheit, d.h. mindestens 35 Stimmen, erforderlich. Der Zustimmungstrag zur Dogmatik des Bundesstaatsrechts und zur Rechtsverhältnislehre, 1992, S. 354.

²⁶ Klein (Fn. 21), Art. 37 Rn. 63; Erbguth/Schubert (Fn. 24), Art. 37 Rn. 5.

²⁷ Klein (Fn. 21), Art. 37 Rn. 55; v. Danwitz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 4), Art. 37 Rn. 26.

beschluss wurde mit 36 Stimmen angenommen. Zu klären ist, wie sich das Fernbleiben Bayerns, die uneinheitliche Stimmabgabe Baden-Württembergs und die weisungswidrige Stimmabgabe Hamburgs durch ein einziges anwesendes Mitglied auf das Abstimmungsergebnis auswirken.

a) Fernbleiben Bayerns

Die Abstimmung betrifft Maßnahmen des Bundeszwangs gegen Bayern. Dennoch ist das betroffene Land, also Bayern, selbst stimmberechtigt in dieser Abstimmung.²⁸ Fraglich ist, wie sich das schlichte Fernbleiben trotz Stimmberechtigung auf die Abstimmung auswirkt. Für die Mitglieder des Bundesrates oder deren Vertreter besteht nach Art. 51 Abs. 1 S. 2 GG keine unmittelbare Anwesenheitspflicht. Art. 51 Abs. 3 S. 2 GG stellt vielmehr nur eine Obliegenheit dar. Wenn also alle Mitglieder und alle Vertreter aus einem Land abwesend sind, ist das Land schlicht nicht stimmberechtigt.²⁹ Aufgrund der nach Art. 37 Abs. 1 GG erforderlichen Zustimmung zu den Maßnahmen des Bundeszwangs wirkt die fehlende Stimmberechtigung faktisch als Gegenstimme, führt aber nicht zur Unzulässigkeit der gesamten Abstimmung.³⁰ Die Enthaltung wurde jedenfalls nicht zu den 36 „Ja“-Stimmen gezählt. Somit hindert das Fernbleiben der bayerischen Mitglieder den Beschluss nicht.

b) Uneinheitliche Stimmabgabe Baden-Württembergs

Art. 51 Abs. 3 S. 2 GG verbietet die gegensätzliche Stimmabgabe durch die Bundesratsmitglieder eines Landes. Die eigentlichen Mitglieder des Bundesrates sind die Länder.³¹ Die „Mitglieder“, die Art. 51 Abs. 3 GG benennt, sind richtigerweise nur Vertreter ihrer jeweiligen Länder. Es bedarf also einer einheitlichen Stimmabgabe eines Landes. Alle Stimmen müssen den gleichen Inhalt haben und auch die Enthaltung bezüglich einzelner Stimmen eines Landes ist unzulässig.³² Die sechs Stimmen Baden-Württembergs wurden nicht einheitlich abgegeben. Auf Grund von Unstimmigkeiten hat A zugestimmt, die anderen fünf waren dagegen. Fraglich ist, welche Folge diese uneinheitliche Stimmabgabe Baden-Württembergs hat.

Der Wortlaut „kann nur“ in Art. 51 Abs. 3 GG lässt verschiedene Interpretationen zu. Zum einen könnte es zur Unwirksamkeit der gesamten Abstimmung führen. Andererseits ist gerade keine ausdrückliche Rechtsfolge normiert, so dass lediglich die Stimmen dieses Landes ungültig sein könnten und in der Abstimmung einfach nicht mitgezählt werden. Der Wortlaut alleine reicht daher nicht zu einer finalen Klärung der Rechtsfolge aus.

²⁸ Klein (Fn. 21), Art. 37 Rn. 75; v. Danwitz (Fn. 27), Art. 37 Rn. 33.

²⁹ Müller-Terpitz (Fn. 11), Art. 51 Rn. 62; Korioth (Fn. 4), Art. 51 Rn. 22.

³⁰ Vgl. Morlock/Michael, Staatsorganisationsrecht, 4. Aufl. 2019, Rn. 847.

³¹ Morlock/Michael (Fn. 30), Rn. 843; a.A. Korioth (Fn. 4), Art. 51 Rn. 2.

³² Müller-Terpitz (Fn. 11), Art. 51 Rn. 59; Korioth (Fn. 4), Art. 51 Rn. 21.

Wäre die Folge einer uneinheitlichen Stimmabgabe eines Landes tatsächlich die Ungültigkeit der gesamten Abstimmung, dann könnte stets ein Bundesland durch dieses Vorgehen eine Abstimmung verhindern. Eine solche Missbrauchsmöglichkeit kann nicht gewollt sein, zumal es dem Sinn und Zweck der in Art. 52 Abs. 2 S. 1 GG angeordneten Mehrheitsentscheidung widerspräche.³³

Somit führt die uneinheitliche Stimmabgabe von Baden-Württemberg lediglich zur Ungültigkeit der gesamten Stimmen, die für das Bundesland abgegeben worden sind. Die Stimme des A wurde jedoch zu den „Ja“-Stimmen gezählt und ist daher von den 36 gewerteten Stimmen abzuziehen. Somit sind insgesamt 35 „Ja“-Stimmen gültig.

c) Weisungswidrige Abgabe aller drei Stimmen des einen anwesenden Vertreters Hamburgs

X war bei der Abstimmung im Bundesrat allein für Hamburg anwesend und gab alle Stimmen des Bundeslandes ab. Bei der Abstimmung hielt er sich überdies nicht an die von der Landesregierung erteilte Weisung, gegen die vorgeschlagenen Maßnahmen zu stimmen. Hierbei stellen sich zwei Fragen. Ist es möglich, dass ein anwesendes Mitglied, trotz der Abwesenheit der restlichen Mitglieder dieses Landes, für das Bundesland als Ganzes abstimmt? Und wie wirkt sich die weisungswidrige Stimmabgabe im Bundesrat aus?

Hinsichtlich einer gültigen Abgabe aller einem Land zustehenden Stimmen genügt es, wenn ein Mitglied des Bundeslandes oder ein Vertreter anwesend ist und die Stimmen gemeinsam abgibt. Auf Grund der fehlenden Anwesenheitspflicht reicht es aus, dass ein Mitglied eines Landes anwesend ist. Dieses kann dann einheitlich alle Stimmen des Landes abgeben. Dies folgt daraus, dass die Stimmen dem Land und nicht dem einzelnen Mitglied zustehen.³⁴

Hinsichtlich der inhaltlichen Festlegung der Stimmabgabe ist sowohl die Bestimmung einer Koalitionsvereinbarung in den Ländern, als auch eine Weisung durch die Landesregierung grundsätzlich zulässig.³⁵ Dies ergibt sich aus Art. 53a Abs. 1 S. 3 und Art. 77 Abs. 2 S. 3 GG, die spezielle Fälle regeln, in denen die Mitglieder des Bundesrates nicht an Weisungen gebunden sind, so dass im Umkehrschluss Weisungen grundsätzlich zulässig sind.³⁶ Damit stellt sich die Frage, wie mit weisungswidrig abgegebenen Stimmen umzugehen ist. Für die Beurteilung der Wirksamkeit der Stimmabgabe im Bundesrat ist allein Art. 51 Abs. 3 S. 2 GG relevant.³⁷ Somit kommt es nicht darauf an, ob im Bundesrat entsprechend einer Weisung abgestimmt wurde. Eine weisungswidrige Stimmabgabe ist gültig, solange sie einheitlich und durch anwesende Mitglieder erfolgt. Die Bindung an eine Weisung ist landesrechtlich geregelt und entfaltet damit auch

³³ Müller-Terpitz (Fn. 11), Art. 51 Rn. 58 ff.; BVerfGE 106, 310.

³⁴ Müller-Terpitz (Fn. 11), Art. 51 Rn. 28; Bauer (Fn. 12), Art. 51 Rn. 24; Gubelt (Fn. 1), Art. 37 Rn. 3.

³⁵ Müller-Terpitz (Fn. 11), Art. 51 Rn. 38 ff.

³⁶ Müller-Terpitz (Fn. 11), Art. 51 Rn. 40.

³⁷ Papier/Krönke, Grundkurs Öffentliches Recht, Bd. 1, 2. Aufl. 2015, Rn. 374.

nur in diesem „Innenverhältnis“ Wirkung.³⁸ So wird gleichzeitig die notwendige Rechtssicherheit hinsichtlich der Beschlussfassung des Bundesrates hergestellt.³⁹ Im vorliegenden Fall hat die Landesregierung von Hamburg den Beschluss für die Weisung gefasst, im Bundesrat dem Bundeszwang gegen Bayern nicht zuzustimmen. Diese Weisung bindet die jeweiligen Mitglieder des Bundesrates jedoch nur im „Innenverhältnis“, also gegenüber der Landesregierung. Gegenüber dem Bundesrat (also im „Außenverhältnis“) sind sie unbeachtlich. Die Mitglieder des Bundesrates sind somit nicht gehindert weisungswidrig abzustimmen.⁴⁰

Die von X abgegebenen drei Stimmen für Hamburg sind demnach als gültige „Ja“-Stimmen zu werten.

3. Zwischenergebnis

Es wurden 35 gültige „Ja“-Stimmen zur Zustimmung der Maßnahmen des Bundeszwangs abgegeben. Damit liegt eine absolute Mehrheit vor. Die Zustimmung des Bundesrates ist damit gegeben.

C. Materielle Voraussetzungen

Zudem müssten auch die materiellen Voraussetzungen des Bundeszwangs erfüllt sein.

I. Tatbestand: Nichterfüllung einer Bundespflicht durch ein Land

Art. 37 Abs. 1 GG fordert die Nichterfüllung einer Bundespflicht durch ein Land. Dazu müsste eine Handlung vorliegen, die Bayern zunächst einmal zurechenbar ist, und diese Handlung müsste weiter eine Pflichtverletzung darstellen, die in der Nichterfüllung einer Bundespflicht liegt.

1. Zurechenbarkeit des Verhaltens der Landesregierung für Bayern

Adressaten des Bundeszwangs sind die Bundesländer. Die Pflichtverletzung muss damit durch ein Land selbst begangen werden, also durch Organe, die für ein Land als Ganzes handeln können.⁴¹ Hier hat die bayerische Landesregierung gehandelt. Sie hat den Austritt Bayerns aus dem Bund erklärt und dazu sowohl die Zahlungen an den Bund eingestellt, als auch die bayerischen Mitglieder aus dem Bundesrat abberufen. Dabei wird sie durch eine Mehrheit im bayerischen Landtag unterstützt. Das Handeln der Landesregierung ist Bayern damit zurechenbar.

2. Bundespflicht

Bayern müsste eine Bundespflicht verletzt haben. Eine Bundespflicht entspringt dem bundesstaatlichen Verhältnis zwischen dem Bund und den Ländern, bzw. den Ländern zueinan-

der.⁴² Somit reicht die Verletzung irgendeiner verfassungsrechtlichen Norm noch nicht aus; vielmehr muss durch die Norm das Rechtsverhältnis zwischen dem Bund und den Ländern geregelt werden.

Der Grundsatz der Bundestreue alleine kann kein selbstständiges Rechtsverhältnis begründen. Jedoch enthält das Grundgesetz selbst Regelungen in Bezug auf das Bund-Länder-Verhältnis. Im vorliegenden Fall sind die relevanten Bundespflichten die Mitgliederentsendungspflicht aus Art. 51 GG, sowie die Regelungen zur Lastenverteilung in Art. 104a ff. GG und die Achtung der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Länder nach Art. 28 Abs. 1 GG, jeweils i.V.m. dem Bundesstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG (vgl. Frage 1).

3. Nichterfüllung

Die genannten Bundespflichten müssten durch das Land nicht erfüllt worden sein. Damit ist jedes Tun oder Unterlassen eines Landes gemeint, durch das eine Bundespflicht nicht, bzw. nicht rechtzeitig, nur teilweise oder unzureichend erfüllt wird. Auf eine schuldhaftige Begehung kommt es dabei nicht an, jedoch reicht eine bloße Gefährdung der Bundespflicht nicht aus.⁴³

Bayern hat bereits seine Bundesratsmitglieder abberufen und auch sämtliche Zahlungen an den Bund eingestellt. Dahingehend liegt zweifellos eine Nichterfüllung der jeweiligen Bundespflichten vor. Hinsichtlich des Austritts aus der BRD könnte man argumentieren, dass er noch nicht vollständig vollzogen ist und daher eine bloße Gefährdung vorliegt. Allerdings hat Bayern unmissverständlich klar gemacht, es wolle aus der BRD austreten, wodurch die Pflicht der Achtung der verfassungsmäßigen Ordnung bereits dadurch als verletzt anzusehen ist.

4. Zwischenergebnis

Der Tatbestand, die Nichterfüllung einer Bundespflicht durch ein Land, ist damit gegeben.

II. Rechtsfolge: Ermessen und Verhältnismäßigkeit

Auf Rechtsfolgenseite ist der Bundeszwang auf Ermessensfehler und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hin zu überprüfen.

1. Ermessensfehler

Die Bundesregierung kann nach Art. 37 Abs. 1 GG sowohl entscheiden, „ob“ sie gegenüber einem Land tätig wird (Entscheidungsermessen), als auch, „wie“ sie dagegen konkret vorgehen möchte, also welche Maßnahmen sie einleitet (Auswahlermessen). Beide Entscheidungen stehen der Bundesregierung frei, müssen aber, jedenfalls auf Grund der Eigen-

³⁸ Müller-Terpitz (Fn. 11), Art. 51 Rn. 59; Papier/Krönke (Fn. 37), Rn. 374.

³⁹ Müller-Terpitz (Fn. 11), Art. 51 Rn. 59.

⁴⁰ Müller-Terpitz (Fn. 11), Art. 51 Rn. 27; Koriath (Fn. 4), Art. 51 Rn. 23.

⁴¹ Klein (Fn. 21), Art. 37 Rn. 41; v. Danwitz (Fn. 27), Art. 37 Rn. 12.

⁴² Klein (Fn. 21), Art. 37 Rn. 45; v. Danwitz (Fn. 27), Art. 37 Rn. 15; Gubelt (Fn. 1), Art. 37 Rn. 5.

⁴³ Klein (Fn. 21), Art. 37 Rn. 54; v. Danwitz (Fn. 27), Art. 37 Rn. 19 f.; Gubelt (Fn. 1), Art. 37 Rn. 7.

staatlichkeit der Bundesländer und der Pflicht zum bundesfreundlichen Verhalten, ermessensfehlerfrei ergangen sein.⁴⁴

Hinsichtlich des Entschließungsermessens der Bundesregierung sind Ermessensfehler nicht ersichtlich. Die Bundesregierung hat sich dazu entschlossen, die Anwendung des Bundeszwangs von der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit eines Austritts Bayerns abhängig zu machen und zeigt somit, dass sie sich darüber im Klaren ist, dass sie hinsichtlich der Anwendung des Bundeszwangs entscheiden kann und nicht verpflichtet ist ihn anzuwenden (Ermessensnichtgebrauch). Zudem ist nicht ersichtlich, dass sachfremde Erwägungen, etwa parteipolitische Erwägungen, bei der Entscheidung eine Rolle gespielt haben (Ermessensfehlgebrauch). Schließlich ist der Entschluss, Bundeszwang gegen Bayern auszuüben hinsichtlich des Entschließungsermessens in Anbetracht des Ausmaßes und der Entschlossenheit des bayerischen Vorgehens auch verhältnismäßig.

Als anschließende Frage stellt sich dann hinsichtlich des Auswahlermessens, ob die beiden gewählten Maßnahmen ermessensfehlerfrei ausgewählt wurden. Das Grundgesetz nennt selbst keine Maßnahmen ausdrücklich. Das zeigt, dass grundsätzlich alle Maßnahmen zulässig sind, durch die das Land angehalten wird seine Bundespflichten zu erfüllen.⁴⁵ Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Maßnahmen selbst verhältnismäßig sind.

2. Verhältnismäßigkeit der gewählten Maßnahmen

Die Bundesregierung will zunächst einen Bundesbeauftragten einsetzen, der die Aufgaben der bayerischen Landesregierung treuhänderisch übernimmt. Als alternative Maßnahme soll Bayern als Bundesland vollständig aufgelöst werden. Die Auflösung Bayerns als Bundesland (Liquidation) ist keine zulässige Maßnahme des Bundeszwangs.⁴⁶ Die Neugliederung des Bundesgebietes ist vom Grundgesetz abschließend in Art. 29 GG geregelt.⁴⁷ Für eine Änderung des Bundesgebietes mit Mitteln des Bundeszwangs ist daher kein Raum mehr. Somit müsste die treuhänderische Übernahme der bayerischen Aufgaben durch den Bund verhältnismäßig sein. Das ist der Fall, wenn ein legitimer Zweck verfolgt wird und die Maßnahme geeignet, erforderlich und angemessen ist.

a) Legitimer Zweck

Es müsste ein legitimer Zweck verfolgt werden. Ein Zweck ist dann legitim, wenn er durch die Verfassung nicht verboten ist. Hier geht es gerade um die Erfüllung von Bundespflichten, insbes. die Einhaltung der verfassungsmäßigen Ordnung. Somit liegt ein legitimer Zweck vor.

b) Geeignetheit

Der Bundeszwang müsste zudem geeignet sein. Das ist der Fall, wenn das eingesetzte Mittel das verfolgte Ziel zumindest fördert. Durch die treuhänderische Übernahme der bayerischen Aufgaben kann die Erfüllung der Bundespflichten zumindest gefördert werden. Damit ist die Maßnahme auch geeignet.

c) Erforderlichkeit

Die Maßnahme müsste zudem erforderlich sein. Es dürfte also kein mildereres, gleich geeignetes Mittel geben. Ein mildereres Mittel wäre z.B. die Erteilung einer Weisung an Bayern. Allerdings wäre ein solches Vorgehen wohl nicht gleich effektiv. Überdies besteht hinsichtlich dieser Beurteilung eine Einschätzungsprärogative des Bundes. Die Erforderlichkeit ist damit ebenfalls gegeben.

d) Angemessenheit

Schließlich müsste die Maßnahme noch angemessen sein. Dabei ist eine Abwägung vorzunehmen, bei der der verfolgte Zweck nicht außer Verhältnis zur Schwere des Eingriffs stehen darf. Vorliegend kollidiert das Interesse des Bundes an der Erfüllung von Bundespflichten durch die Länder mit dem Interesse Bayerns an seiner Eigenstaatlichkeit. Zwar wird die Kompetenz Bayerns durch die Übernahme der Länderangelegenheiten massiv eingeschränkt; allerdings beschränkt sie sich auf den Zeitraum der bayerischen Sezessionsbestrebungen. Hinsichtlich der Intensität des bayerischen Handelns und dem Umstand, dass eine einseitige Abspaltung eines Bundeslandes mit der derzeitigen Fassung des Grundgesetzes unvereinbar ist (vgl. Bearbeitervermerk) überwiegt das Interesse an der Wahrung der verfassungsmäßigen Ordnung. Die Übernahme der bayerischen Staatsaufgaben durch den Bund ist somit auch angemessen.

III. Zwischenergebnis

Die Auflösung Bayerns als Bundesland ist kein legitimes Mittel des Bundeszwangs, wohingegen die Entsendung eines Bundesbeauftragten durch den Bund insgesamt verhältnismäßig ist.

D. Ergebnis

Die Auflösung Bayerns ist mit dem Grundgesetz nicht vereinbar. Die Ersatzvornahme durch den Bund stellt hingegen eine verfassungsgemäße Anwendung des Bundeszwangs dar.

⁴⁴ Gubelt (Fn. 1), Art. 37 Rn. 10 ff.; v. Danwitz (Fn. 27), Art. 37 Rn. 29 f.

⁴⁵ Klein (Fn. 21), Art. 37 Rn. 82; v. Danwitz (Fn. 27), Art. 37 Rn. 34.

⁴⁶ Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Kommentar zum GG, 15. Aufl. 2018, Art. 37 Rn. 6.

⁴⁷ Klein (Fn. 21), Art. 37 Rn. 95.

Fortgeschrittenenklausur Baurecht: „Glamping“*

Von Wiss. Mitarbeiter **Emil Lorenz**, Bochum**

Sachverhalt

Die X-GmbH ist Eigentümerin eines in der Nähe der Innenstadt der kreisfreien Stadt Bochum gelegenen Grundstücks. Das Grundstück ist 350 m lang und 100 m breit. Am Rande des Grundstücks befindet sich ein dreiteiliger Gebäudekomplex (bestehend aus den Teilkomplexen I, II. und III.), der das gesamte Grundstück u-förmig „umklammert“. Dieser Komplex, der überwiegend aus Eigentumswohnungen besteht, wird in westlicher Richtung von einer Straße flankiert, auf deren gegenüberliegenden Seite ein Mietshaus steht. Auf der südlichen und der östlichen Seite befinden sich ebenfalls Gebäude mit Wohnungen. In dem südlich angrenzenden Gebäudebereich stehen den Bewohnern aus der näheren Umgebung auf Ebene der verkehrsberuhigten Straße eine Bäckerei mit Café und eine kleine Kneipe zur Verfügung. Im Norden grenzt an den Gebäudekomplex I. ein Park an, der den Bewohnern zur Erholung dient. Innerhalb des Gebiets befinden sich zudem ein Taxistand, ein U-Bahnhof sowie eine Bushaltestelle.

Die X-GmbH ist in der „Glamping- und Modulhaus-Industrie“ tätig. Bei „Glamping“ handelt es sich um die Verknüpfung von Glamour mit Camping. Es soll den Glamping-Kunden ein luxuriöses Campingerlebnis ermöglicht werden. In erster Linie aber verkauft die X-GmbH sog. „Modulhäuser“. Der Kunde bzw. Bauherr wendet sich dabei an die X-GmbH und kann unter Angaben von Wohnraumwünschen zwischen verschiedenen Komponenten auswählen und sich so ein „personalisiertes Eigenheim“ zusammenstellen, das schnell auf- und wieder abgebaut werden kann. Die X-GmbH sieht in der Verknüpfung dieser zwei Geschäftsfelder die Chance, sich nachhaltig am Markt zu etablieren. Zum einen rechnet sie in den nächsten Jahren mit einem erheblichen Wachstum in der Tourismusbranche im Ruhrgebiet, aus dem sie Profit schlagen möchte, zum anderen verfolgt sie konzeptionell die Idee, Camping-Tradition mit einem „urbanen Lifestyle“ zu verbinden, um so zu einer neuen Wohnkultur beizutragen.

Um ihr unternehmerisches Ziel zu erreichen, errichtet sie auf dem Grundstück sog. „Light-Transparent-Cabins“. Diese in einer leichten Glas-Kunststoff-Holzbauweise angefertigten Kabinen sind kubisch und bestehen u.a. aus drei Glasflächen.

* Der Originalfall aus der Fortgeschrittenen-Übung unter der Leitung von Prof. Dr. Markus Kaltenborn an der Ruhr-Universität Bochum nimmt die neuen Vorschriften der BauO NW in den Blick und verschafft einen Überblick über die Änderungen und Neuerungen des Gesetzes. Neben der Frage des einschlägigen Genehmigungsverfahrens werden bauplanungsrechtliche, bauordnungsrechtliche als auch allgemeine verwaltungsrechtliche Themenkreise behandelt. Insbesondere, um die nun eigens geregelte „Abrissverfügung“ zu erlernen/rekapitulieren, kann der Beitrag herangezogen werden.

** Der Autor *Emil Willem Lorenz* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Finanzverfassungs- und Gesundheitsrecht von Prof. Dr. Markus Kaltenborn.

Von ihrer Ausstattung her sind sie mit einem Hotelzimmer der oberen Mittelklasse vergleichbar. Das leichtentflammbare Holz ist naturbelassen und freiliegend. Es soll so im Inneren eine besondere Atmosphäre der Naturverbundenheit generiert werden. In den Kuben können bis zu vier Personen schlafen. Die verschiedenen Kabinenelemente können innerhalb einer Stunde mithilfe speziellen Werkzeugs von drei Personen montiert und demontiert werden. Die Kabinen haben ein Brutto-Volumen von 27 m³ (3 m x 3 m x 3 m). Es werden insgesamt sechs Kabinen errichtet. Neben diesen Unterkünften wird ein quaderförmiger Rezeptions- und Restaurantmodulbau aufgebaut, der 10 m x 16 m x 3 m bemisst. Um die Gäste davon abzuhalten, mit dem Kraftfahrzeug anzureisen, wird davon abgesehen, Stellplätze für Kraftfahrzeuge zu errichten. Nach Ansicht der Geschäftsführung sollen die Glamping-Kunden einen Beitrag zur Umwelt leisten und lieber mit dem öffentlichen Personennahverkehr anreisen oder aber Fahrräder benutzen, für die auf dem Gelände ausreichend Stellplätze vorgesehen sind. Eine entsprechende Bekanntmachung erfolgt auch auf der Internetseite der X-GmbH.

Kurz nachdem die Modulbauten errichtet worden sind, wird der X-GmbH nach Anhörung ein Bescheid der zuständigen Bauaufsichtsbehörde zugestellt, in dem ihr aufgetragen wird, alle Kabinen sowie die Rezeption und das Restaurant zurückzubauen. Begründet wird das Schreiben mit der Rechtswidrigkeit der errichteten Modulbauten. Es fehle schon an der Genehmigung für die Anlagen. Auch entspreche die Anlage insgesamt nicht den Anforderungen der BauO NW. Zudem sei eine solche „Bebauung“ in diesem Gebiet unzulässig; etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem Umstand, dass man eine neue „Wohnkultur“ schaffen wolle.

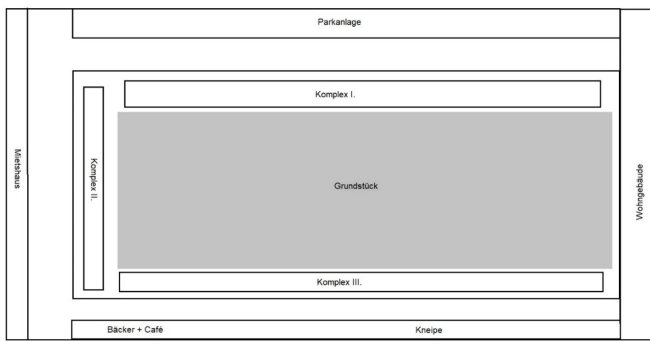
Unmittelbar nach Zustellung des Bescheides muss die Geschäftsführung der X-GmbH wegen Zahlungsunfähigkeit einen Insolvenzantrag stellen. Im Rahmen des Insolvenzverfahrens wird das gesamte Vermögen der X-GmbH auf den K übertragen. Aus dem damit gewonnenen Erlös werden die Gläubiger befriedigt und die X-GmbH wird aus dem Handelsregister gelöscht. K möchte allerdings das Geschäftsmodell der nun nicht mehr existenten X-GmbH fortführen und einen „Glamping Hot-Spot“ aus dem Grundstück machen. Er ist daher wenig amüsiert, als er den Brief der zuständigen Behörde in der Hand hält, aus dem sich ergibt, dass die X-GmbH die Kabinen hätte zurückbauen müssen.

Aufgabe

Hat eine Klage des K vor dem Verwaltungsgericht Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitervermerk

Es ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. hilfsgutachtlich – einzugehen.

Lageplan**Lösungsvorschlag**

Eine Klage vor dem VG hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

A. Zulässigkeit**I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs**

In Ermangelung einer aufdrängenden Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Dafür müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegen. Da die streitentscheidende Norm § 82 S. 1 BauO NW n.F. bzw. § 61 Abs. 1 S. 2 BauO NW a.F. ausschließlich einen Träger der öffentlichen Gewalt berechtigt, liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor.¹ Diese ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, streiten doch keine unmittelbar am Verfassungsleben Beteiligten um materielles Verfassungsrecht.²

Eine abdrängende Sonderzuweisung ist auch nicht gegeben.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart bemisst sich nach dem klägerischen Begehren, § 88 VwGO.³ K möchte gegen den Bescheid klagen. Es könnte sein, dass eine Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 VwGO statthaft ist. Dafür müsste K Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes (VA) sein. In Betracht kommt eine Abrissverfügung. Hinsichtlich der in § 35 VwVfG NW genannten VA-Merkmale bestehen keine Bedenken, zu erwähnen ist aber, dass nicht nur eine Regelungsanordnung getroffen wird, sondern gleich sieben verfügende

Teile dem Schreiben zu entnehmen sind.⁴ Indem die Behörde sich gegen alle Modulbauten wendet, verlangt sie, dass alle sechs Kabinen sowie der Rezeptions- und Restaurantbau abgerissen werden. Bei entsprechender Auslegung sind darin sieben Regelungsanordnungen und somit sieben VAe zu erkennen.

Indes waren die Verwaltungsakte an die X-GmbH adressiert und nicht an K. K ist also grundsätzlich nicht Adressat der Verwaltungsakte. Etwas anderes könnte gelten, wenn K im Wege der Rechtsnachfolge⁵ in die verwaltungsrechtlichen Pflichten der X-GmbH eingetreten ist.⁶ Gem. § 58 Abs. 3 BauO NW n.F. gelten die Maßnahmen der bauaufsichtlichen Behörden auch für und gegen den Rechtsnachfolger.⁷ K müsste also Rechtsnachfolger der X-GmbH sein. K wurde im Rahmen der übertragenden Sanierung⁸ das gesamte Vermögen der X-GmbH übertragen.

Hinweis: Speziell für die Modulbauten gilt: Entweder wurden die Modulbauten gem. §§ 929 ff. BGB an ihn übereignet oder es handelt sich um wesentliche Bestandteile des Grundstücks (§ 93 BGB), sodass sich das Eigentum am Grundstück an den Modulbauten fortsetzt. Das Grundstück wurde gem. §§ 873, 925 BGB übereignet.

K ist daher kraft rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerbs der Rechtsnachfolger der X-GmbH.

K ist folglich Adressat der belastenden Verwaltungsakte. Er kann sich gegen diese im Wege der Anfechtungsklage wehren. Es sind hierbei sieben Anfechtungsklagen statthaft.

¹ Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 35. EL, 2018, § 40 Rn. 222.

² BVerwG NJW 1976, 637 (638); BayVerfGH BeckRS 1992, 10167; VGH München NVwZ 1991, 386 (386); vgl. auch die Nachweise bei Ehlers/Schneider (Fn. 1), § 40 Rn. 136. Es wird in dieser Hinsicht auch von „doppelter Verfassungsmittelbarkeit“ gesprochen, die sich aus einem formellen und materiellen Kriterium ergibt; a.A. Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl. 2016, § 11 Rn. 49, der den Begriff bereits dann verwendet, wenn auf beiden Seiten des Streits unmittelbar am Verfassungsleben beteiligte Rechtsträger handeln.

³ Ortloff/Riese, in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 1), § 88 Rn. 3.

⁴ Die Regelung kommt, wie sich auch aus § 41 Abs. 4 VwVfG ergibt, im verfügenden Teil des VA zum Ausdruck, vgl. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35 Rn. 143.

⁵ Die Frage nach der Rechtsnachfolge in verwaltungsrechtliche Pflichten kann auch im Rahmen der Klagebefugnis oder der polizeilichen Störereigenschaft beantwortet werden. Da sie sich jedoch schon an dieser Stelle stellt, ist es sinnvoll, sie schon hier zu bearbeiten.

⁶ Detterbeck, Allg. Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2018, Rn. 417 ff.

⁷ Da in der BauO a.F. nur die Rechtsnachfolge der Baugenehmigung geregelt war (§ 75 Abs. 2 BauO NW a.F.), hätte man nun prüfen müssen, ob ein Rechtsnachfolgetatbestand vorliegt und ob die verwaltungsrechtliche Pflicht rechtsnachfolgefähig ist, vgl. Detterbeck (Fn. 6), Rn. 417 ff.; Riedel, in: Müller-Engels, BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2019, § 1922 Rn. 707 ff. Wegen des reinen Sachbezugs der Abrissverfügung wäre auch nach der BauO NW a.F. eine Rechtsnachfolge möglich gewesen, vgl. Detterbeck (Fn. 6), Rn. 418; Riedel (Fn. 7), § 1922 Rn. 709.

⁸ Zum Begriff siehe Schmerbach/Staufenbiel, ZInsO 2009, 458 ff.; Wellensiek, NZI 2002, 233 ff. Foerste, InsolvenzR, 7. Aufl. 2018, Rn. 430.

III. Klagebefugnis

K ist durch die Rechtsnachfolge Adressat der ihn belastenden Verwaltungsakte, sodass er zumindest in Art. 2 Abs. 1 GG verletzt ist.⁹ Er ist gem. § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt.

IV. Vorverfahren

Ein Vorverfahren ist unstatthaft, vgl. § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO i.V.m. § 110 Abs. 1 S. 1 JustG NW.

V. Klagegegner

Der richtige Beklagte ist gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO die kreisfreie Stadt Bochum als Rechtsträgerin der Bauaufsichtsbehörden.

VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

K ist gem. §§ 61 Nr. 1, 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO und die Stadt Bochum gem. §§ 61 Nr. 1, 62 Abs. 3 VwGO beteiligten- und prozessfähig.

VII. Klagefrist

Da keine Anhaltspunkte für eine Verfristung bestehen, ist davon auszugehen, dass die Klagefrist gem. § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO gewahrt ist.

B. Objektive Klagehäufung

Es könnte sein, dass die sieben Anfechtungsklagen gem. § 44 VwGO zu einer Klage zusammengefasst werden können. Die Möglichkeit besteht, wenn sie sich gegen denselben Beklagten richten, im Zusammenhang stehen und dasselbe Gericht zuständig ist.

Die Klagen sind alle gegen die Stadt Bochum zu richten. Es ist auch dasselbe Gericht zuständig (siehe oben). Es müsste zudem ein Sachzusammenhang bestehen. Ein solcher besteht, wenn die geltend gemachten Klagebegehren nach der allgemeinen Lebensanschauung rein tatsächlich einem einheitlichen Lebensvorgang zuzurechnen sind.¹⁰ Es geht hier um die Beseitigung jeglicher Bebauung auf dem Grundstück des K. Es sind daher alle Modulbauten auf einmal betroffen. Folglich ist von einer inneren Verbundenheit der Klagebegehren auszugehen. Die Voraussetzungen der objektiven Klagehäufung liegen also vor.

C. Begründetheit

Die Klage des K ist begründet, soweit die Abrissverfügungen rechtswidrig sind und K dadurch in seinen Rechten verletzt ist, vgl. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

Die Abrissverfügungen könnten rechtmäßig sein. Die Abrissverfügungen ergingen dann rechtmäßig, wenn sie auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage beruhen (Art. 20

Abs. 3 GG), die in formeller und materieller Hinsicht richtig angewendet wurde.

I. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt § 82 S. 1 BauO NW n.F. bzw. § 61 Abs. 1 S. 2 BauO NW a.F. in Betracht.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

An der formellen Rechtmäßigkeit der Verwaltungsakte bestehen keine Zweifel. Es hat die zuständige Behörde in einem ordnungsgemäßen Verfahren in der richtigen Form gehandelt. Insbesondere wurde dem Anhörungserfordernis nach § 28 Abs. 1 VwVfG NW Rechnung getragen.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Abrissverfügung ist materiell rechtmäßig, wenn die Modulbauten im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet wurden, ein rechtmäßiger Zustand nicht anderweitig hergestellt werden kann und keine Ermessensfehler bestehen, vgl. § 82 S. 1 BauO NW n.F.

Hinweis: BauO a.F.: Die Abrissverfügung ist materiell rechtmäßig, wenn ein Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften vorliegt und die Verfügung ermessensfehlerfrei ist, vgl. § 61 Abs. 1 S. 2 BauO NW.

Für die Zulässigkeit einer Abrissverfügung als ultima ratio müssten die Modulbauten sowohl formell als auch materiell rechtswidrig sein.

Hinweis: Im Rahmen der alten BauO erfordert dies der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Wäre nur eine formelle Illegalität gegeben, so hätte der Bauherr einen gebundenen Anspruch auf die Baugenehmigung. Erließe man die Abrissverfügung und vollstreckte sie, wäre dieses Vorgehen mangels Verhältnismäßigkeit ermessensfehlerhaft. Im Rahmen der BauO NW n.F. ist dieses Erfordernis auf die Tatbestandsseite gerückt. Soweit nämlich nur formelle Illegalität besteht, kann die Behörde durch Erteilung der Baugenehmigung einen rechtmäßigen Zustand wiederherstellen; vgl. § 82 S. 1 BauO NW n.F. („[...] auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können [...]“).

1. Formelle Illegalität

Ein Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften könnte schon daraus resultieren, dass die Modulbauten formell illegal errichtet worden sind. Zunächst kann festgehalten werden, dass sie ohne Genehmigung errichtet wurden. Fraglich ist, welche Genehmigungsform einschlägig ist und ob die Modulbauten überhaupt der Genehmigung bedürfen.

a) Art des Genehmigungsverfahrens

Bei den Modulbauten handelt es sich um bauliche Anlagen gem. § 2 Abs. 1 BauO NW n.F. bzw. § 2 Abs. 1 BauO NW a.F., sind sie doch aus Bauprodukten hergestellte Anlagen (§ 2 Abs. 11 Nrn. 1, 2 BauO NW n.F. bzw. § 2 Abs. 9 Nr. 2 BauO

⁹ Zum Adressatengedanken siehe BVerwG NJW 1988, 2752 (2753); BVerfG NVwZ 1993, 884 (885); *Wahl/Schütz*, in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 1), § 42 Abs. 2 Rn. 70.

¹⁰ *Pietzcker*, in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 1), § 44 Rn. 7; *Hufen* (Fn. 2), § 13 Rn. 13.

a.F.), die durch eigene Schwere auf dem Erdboden ruhen und daher mit ihm verbunden sind. Die BauO NW ist daher sachlich anwendbar.

Es stellt sich jedoch die Frage, welche Genehmigungsform überhaupt einschlägig ist. In Betracht kommt sowohl eine normale Baugenehmigung (§ 74 Abs. 1 S. 1 BauO NW n.F. bzw. § 75 Abs. 1 S. 1 BauO NW a.F.) als auch eine Ausführungsgenehmigung (§ 78 Abs. 2 BauO NW n.F. bzw. § 79 Abs. 2 BauO NW a.F.).

Eine Ausführungsgenehmigung ist erforderlich, wenn es sich bei den Modulbauten um sog. „fliegende Bauten“ handelt. Fliegende Bauten sind bauliche Anlagen, die geeignet und bestimmt sind, an verschiedenen Orten wiederholt aufgestellt zu werden, vgl. § 78 Abs. 1 BauO NW n.F. bzw. § 79 Abs. 1 BauO NW a.F. Eine bauliche Anlage ist geeignet, an verschiedenen Orten wiederholt aufgestellt und zerlegt zu werden, wenn die Konstruktion objektiv ein häufiges Auf- und Abbauen ermöglicht, ohne hierdurch die allgemeinen Anforderungen an die Sicherheit gem. § 3 Abs. 1 BauO NW n.F. bzw. a.F. zu verfehlen.¹¹ Ausweislich der Produktangaben der X-GmbH können die Bauten häufig und unter wenig Aufwand wieder ab- und aufgebaut werden. Sie sind also geeignet, wiederholt errichtet zu werden. Weiterhin müssten sie aber auch dazu *bestimmt* sein, ab- und wiederaufgebaut zu werden. Es muss seitens des Betreibers eine entsprechende Verwendungsabsicht bestehen.¹² Diese ist u.a. dann zu verneinen, wenn der Betreiber trotz entsprechender Eignung ausschließlich oder dauerhaft an einem Standort seine Anlagen betreiben will.¹³ Allein der Vorbehalt, dass die bauliche Anlage später einmal demontiert und an einem anderen Standort wiederaufgebaut werden könnte, genügt nicht.¹⁴

Die X-GmbH hat die Bauten errichtet, um einen Glamping-Platz für Touristen zu errichten. Auch K, der jetzige Betreiber, möchte einen „Hot-spot“ aus dem Grundstück machen. Es ist daher nicht ersichtlich, dass die Absicht bestand, die Bauten wieder abzubauen und anderenorts neu zu errichten. Man wollte und will vielmehr – vergleichbar einem Hotel – eine ständige Beherbergungsmöglichkeit schaffen. Bei den Modulbauten handelt es sich folglich nicht um „fliegende Bauten“. Maßgeblich ist somit das normale Baugenehmigungsverfahren.

b) Genehmigungsfreiheit der Kabinen

Die Modulbauten bedürften jedoch dann keiner Baugenehmigung, wenn es sich bei ihnen um genehmigungsfreie Vorhaben handelt.

¹¹ Hellhammer/Hawig, in: Schönböcher/Kamp, BauO NW, 2012, § 79 Rn. 7; Hornmann, in: Hessische BauO, 3. Aufl. 2019, § 78 Rn. 4.

¹² Hellhammer/Hawig (Fn. 11), § 79 Rn. 8; Hornmann (Fn. 11), § 78 Rn. 4.

¹³ Hellhammer/Hawig (Fn. 11), § 79 Rn. 8; Hornmann (Fn. 11), § 78 Rn. 6; vgl. VG Aachen BeckRS 2008, 40475.

¹⁴ Hellhammer/Hawig (Fn. 11), § 79 Rn. 8; vgl. OVG Münster BRS 28 Nr. 20; a.A. vertretbar.

aa) Kleingebäude

Es könnte sich bei den Kabinen um Kleingebäude gem. § 62 Abs. 1 Nr. 1 lit. a BauO NW n.F. bzw. § 65 Abs. 1 Nr. 1 BauO NW a.F. handeln. Die Kabinen weisen zwar ein eher geringes Raumvolumen auf, dienen aber dem nicht nur vorübergehenden Aufenthalt von Menschen und sind insofern als Aufenthaltsraum anzusehen (vgl. auch § 2 Abs. 7 BauO NW n.F. bzw. § 2 Abs. 7 BauO NW a.F.). Ein Kleingebäude stellen sie daher nicht dar.

bb) Wochenendhäuser

Damit es sich bei den Kabinen um genehmigungsfreie Wochenendhäuser handelt, müssten sie auf genehmigten Wochenendplätzen stehen, vgl. § 62 Nr. 1 lit. i BauO NW n.F. bzw. § 65 Abs. 1 Nr. 3 BauO NW a.F. Eine solche Genehmigung ist nicht ersichtlich.

cc) Vorübergehend aufgestellte oder genutzte Anlagen

Es könnte sich um vorübergehend aufgestellte oder genutzte Anlagen handeln. Allerdings kommt keine der in § 62 Nr. 13 lit. f BauO NW n.F. bzw. § 65 Abs. 1 Nr. 40 BauO NW a.F. aufgeführten Alternativen im vorliegenden Fall in Betracht.

dd) Auffangtatbestand gem. § 62 Abs. 1 Nr. 15 lit. e BauO NW n.F. bzw. § 65 Abs. 1 Nr. 49 BauO NW a.F.

Weiterhin könnte es sein, dass es sich bei den Modulbauten um unbedeutende Anlagen im Sinne des § 62 Abs. 1 Nr. 15 lit. e BauO NW n.F. bzw. § 65 Abs. 1 Nr. 49 BauO NW a.F. handelt. Jedoch scheidet eine Genehmigungsfreiheit prinzipiell dann aus, wenn sie zu einer der in den § 62 Abs. 1 Nrn. 1–14 BauO NW n.F. bzw. § 65 Abs. 1 Nrn. 1–48 BauO NW a.F. geregelten Gruppe gehören, deren spezifische Tatbestandsmerkmale aber nicht erfüllen (negative Abgrenzungswirkung).¹⁵ Die Kabinen unterschreiten zwar das zulässige Raumvolumen gem. § 62 Abs. 1 Nr. 1 lit. a BauO NW n.F. bzw. § 65 Abs. 1 Nr. 1 BauO NW a.F. für Kleingebäude, dienen aber dem Aufenthalt von Menschen. Sie erfüllen damit ein spezifisches Tatbestandsmerkmal nicht, sodass sie nicht unter den Auffangtatbestand subsumiert werden können.

Die Kabinen sind also nicht genehmigungsfrei.

c) Genehmigungsfreiheit der Rezeption/des Restaurants

Dieselben Erwägungen gelten auch für den Rezeptions- und Restaurantmodulbau. Insbesondere weist das Gebäude ein größeres Raum-Volumen auf als in § 62 Abs. 1 Nr. 1 lit. a BauO NW n.F. bzw. § 65 Abs. 1 Nr. 1 BauO NW a.F. vorgesehen.

Für alle Modulbauten hätte daher eine Baugenehmigung beantragt werden müssen, vgl. § 74 Abs. 1 S. 1 BauO NW n.F. bzw. § 75 Abs. 1 S. 1 BauO NW a.F.

d) Genehmigungsfreistellung

Eine Genehmigungsfreiheit ergibt sich auch nicht aus einer Genehmigungsfreistellung, vgl. §§ 63 Abs. 1, Abs. 2, 66

¹⁵ Hartmann, in: Schönböcher/Kamp (Fn. 11), § 65 Rn. 30.

Abs. 5 BauO NW n.F. bzw. § 67 BauO NW a.F., ist das Bauvorhaben doch im unbeplanten (Innen-)Bereich angesiedelt. Im Sachverhalt wird kein Bebauungsplan erwähnt, insofern wäre es fehlerhaft, dies hier zu unterstellen.

e) *Zwischenergebnis formelle Illegalität*

Die Anlagen sind somit formell illegal errichtet worden.

2. *Materielle Illegalität*

Neben der formellen Illegalität müsste auch materielle Illegalität vorliegen. Es könnte sein, dass die Modulbauten sowohl bauplanungsrechtlich als auch bauordnungsrechtlich unzulässig sind.

a) *Verstoß gegen Bauplanungsrecht*

aa) *Kein Bebauungsplan*

Es liegt weder ein einfacher noch ein qualifizierter Bebauungsplan vor, vgl. § 30 Abs. 1, Abs. 3 BauGB, sodass sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach § 34 BauGB bemisst.

bb) *Gesetzlicher Planersatz, § 34 Abs. 2 i.V.m. BauNVO*

(1) *Vorhaben*

Bei den Modulbauten müsste es sich um ein Vorhaben im Sinne von § 29 BauGB handeln. Vorhaben sind insbesondere die Errichtung baulicher Anlagen. Es müsste sich bei den Modulbauten um bauliche Anlagen handeln. Eine bauliche Anlage im Sinne der Norm liegt vor, wenn Gegenstände in einer auf Dauer gedachten Weise künstlich mit dem Erdboden verbunden werden und ihnen eine bodenrechtliche Relevanz zukommt.¹⁶

Die Modulbauten sollen als Glamping-Platz dienen. Es soll also eine einem Hotel vergleichbare Anlage errichtet werden. Die Modulbauten sind auf Dauer künstlich mit dem Erdboden verbunden. Ihnen kommt auch eine bodenrechtliche Relevanz zu, da sie Belange gem. § 1 Abs. 6 BauGB berühren.

(2) *Im Zusammenhang bebauter Ortsteil*

Es müsste ein im Zusammenhang bebauter Ortsteil¹⁷ im Sinne des § 34 Abs. 1 BauGB vorliegen. Ein solcher liegt vor, wenn die vorhandene Bebauung Ausdruck einer gewachsenen und organischen Siedlungsstruktur ist (Ortsteil)¹⁸ und den Eindruck der Geschlossenheit erweckt (zusammenhängende Bebauung)^{19, 20}

¹⁶ *Stollman/Beaucamp*, Öffentliches Baurecht, 11. Aufl. 2017, § 13 Rn. 6 ff.; *Reidt*, in: *Battis/Kreuzberger/Löhr*, Baugesetzbuch, 13. Aufl. 2016, § 29 Rn. 9 ff.; vgl. BVerwG NVwZ 2001, 1046 (1047); BVerwG NVwZ 1994, 1010 (1011).

¹⁷ Zu dem Begriff siehe umfassend *Stollmann/Beaucamp* (Fn. 16), § 16 Rn. 8.

¹⁸ Zum Tatbestandsmerkmal des Ortsteils siehe BVerwG NVwZ 2017, 412 (413).

¹⁹ Zum Tatbestandsmerkmal der zusammenhängenden Bebauung siehe BVerwG NVwZ 2015, 1767 ff.

Das Grundstück des K hat eine zentrale Lage im betroffenen Gebiet; es wird in alle Himmelsrichtungen durch eine Bebauung eingerahmt. Das Grundstück stellte bisher die einzige Baulücke dar. Hieraus ergibt sich ein Bild der Zusammengehörigkeit und einer Siedlungsstruktur, sodass das Gebiet einen im Zusammenhang bebauten Ortsteil darstellt.

(3) *Voraussetzungen des § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. BauNVO*

(a) *Gebiet nach BauNVO*

Es könnte sein, dass die Eigenart der näheren Umgebung einem allgemeinen Wohngebiet entspricht, vgl. § 4 BauNVO. Das allgemeine Wohngebiet dient überwiegend dem Wohnen. Zulässig sind sowohl Wohngebäude, Läden, Schank- und Speisewirtschaften, die der Versorgung des Gebiets dienen, als auch nicht störende Handwerksbetriebe und Anlagen für kirchliche, kulturelle, soziale, gesundheitliche und sportliche Zwecke.

Die Eigenart der näheren Umgebung wird hier maßgeblich von Wohnbebauung geprägt. Daneben gibt es im Süden noch eine Kneipe sowie ein Bäcker, der noch ein Café betreibt. Sie entspricht demzufolge einem allgemeinen Wohngebiet.

(b) *Allgemein zulässige Bebauung*

Die allgemeine Zulässigkeit von Bauvorhaben in einem allgemeinen Wohngebiet bestimmt sich nach § 4 Abs. 2 BauNVO. Es könnte sich bei der Modulbauanlage allenfalls um eine Anlage für kulturelle oder soziale Zwecke handeln. Bezüglich des Restaurants könnte man zudem noch an eine der Versorgung des Gebietes dienende Speisewirtschaft denken.

Hinweis: Sofern Bearbeiter davon ausgehen, dass es sich bei der Modulbauanlage um (grds. zulässige) Wohnbebauung handelt, so ist erforderlich, dass sie sich mit der Frage der Abgrenzung zur Beherbergung befassen.²¹ Die Annahme einer Wohnbebauung dürfte schwer begründbar sein.

²⁰ *Mitschang/Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr* (Fn. 16), § 34 Rn. 2; BVerwG NVwZ 2015, 1716 (1767, 1768).

²¹ Vgl. *Hornmann*, in: *Spannowsky/Hornmann/Kämper*, Beck-OK BauNVO, 16. Lfg., Stand: 15.12.2018, § 4 Rn. 116.4: „Für die Abgrenzung von Wohnen und Beherbergen kommt es darauf an, ob die den Nutzern überlassenen Räume eine auf Dauer angelegte Häuslichkeit erlauben und ob eine solche typischerweise von den Nutzern verwirklicht wird. Jedenfalls eine nach Tagen bemessene Mietdauer schließt die Annahme einer verwirklichten auf Dauer angelegten Häuslichkeit regelmäßig aus (vgl. VG Berlin BauR 2012, 1831; OVG Bln-Bbg BauR 2006, 1711; BVerwG NVwZ 1989, 1060). Kein Wohnen, sondern Beherbergung ist daher die regelmäßige kurzzeitige Vermietung eines möblierten Zimmers z.B. an Messegäste, da hier eine auf Dauer angelegte, eigene Häuslichkeit nicht entstehen kann und soll, sodass diese Vermietung planungsrechtlich als Nutzungsänderung genehmigungspflichtig ist (OVG NRW NVwZ-RR 2008, 20).“;

(aa) Anlage für kulturelle Zwecke

Unter diesen Nutzungsbegriff fallen selbständige Anlagen aus den Bereichen Kunst, Wissenschaft, Bildung und Kultur.²² Anlagen für kulturelle Zwecke sind jedoch nicht auf diese traditionellen Bereiche beschränkt, vielmehr erfasst die Zweckbeschreibung alle Anlagen, die in einem weiten Sinne einen kulturellen Bezug aufweisen²³ Es soll mit dem Glamping-Platz eine neue Wohnkultur etabliert werden. Mit dieser Wohnkultur soll aber kein kultureller Bezug hergestellt werden, sondern nur eine besondere Lebensform in einer bestimmten Häuserart vermarktet werden. Folglich weist die Anlage keinen kulturellen Bezug im Sinne des § 4 Abs. 2 Nr. 3 BauNVO auf.

Hinweis: A.A. vertretbar.

(bb) Anlage für soziale Zwecke

Anlagen für soziale Zwecke dienen in einem weiten Sinne der sozialen Fürsorge und der öffentlichen Wohlfahrt.²⁴ Das Glamping-Projekt ist jedoch profitorientiert und soll Touristen beherbergen. Es weist keinerlei Bezüge zu sozialen Zwecken auf.

Die Modulkabinen sind daher schon bauplanungsrechtlich unzulässig und damit materiell illegal.

(cc) Speisewirtschaft

Das Restaurant stellt eine Speisewirtschaft (vgl. § 1 Abs. 2 S. 1 GastG) dar. Um in den Anwendungsbereich des § 4 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO zu fallen, müsste es aber auch der Versorgung des Gebietes dienen. Das Restaurant dient überwiegend den Glamping-Gästen. Es dient somit in beschränktem Umfang auch dem Gebiet. Fraglich ist jedoch, ob das genügt. Durch die Gebietsversorgungsklausel soll die Zweckbestimmung des allgemeinen Wohngebietes nach § 4 Abs. 1 BauNVO konkretisiert werden.²⁵ Es soll der gebietstypische Schutz der Wohnruhe bewahrt werden und dafür gesorgt werden, dass keine Versorgungsfunktion für andere Gebiete übernommen wird.²⁶ Daher müsste das Restaurant in erster Linie dem Wohngebiet selbst dienen, um zulässig zu sein. Dies ist hier jedoch nicht der Fall, denn das Restaurant dient vor allem den Kunden des Glamping-Platzes. Daher stellt es keine Speisewirtschaft dar, die dem Gebiet dient.

Hinweis: A.A. vertretbar.

(c) Zwischenergebnis

Das Vorhaben ist somit nicht allgemein zulässig. Es könnte aber sein, dass es ausnahmsweise zulässig ist.

(d) Ausnahmsweise zulässige Bebauung

Gem. § 34 Abs. 2 Hs. 2 BauGB ist § 31 Abs. 1 BauGB für die ausnahmsweise zulässigen Vorhaben anzuwenden. Nach überwiegender Ansicht setzt die Erteilung einer Ausnahme keinen ausdrücklichen verfahrensrechtlichen Antrag voraus. Die Ordnungsbehörden haben vielmehr von Amts wegen zu prüfen, ob durch die Anwendung von § 31 Abs. 1 BauGB rechtmäßige Zustände wiederhergestellt werden können.²⁷

Ausnahmsweise zulässig sind insbesondere Betriebe des Beherbergungsgewerbes (§ 4 Abs. 3 Nr. 1 BauGB). Fraglich ist, ob es sich bei den Modulbauten um ein solches Gewerbe handelt. Es könnte sich nämlich auch um einen Campingplatz handeln, mit der Folge, dass die Modulbauten nur in Campingplatzgebieten zulässig sind, vgl. § 10 Abs. 1, Abs. 3 BauNVO. Nach § 1 CW VO NW sind Campingplätze Plätze, die ständig oder wiederkehrend während bestimmter Zeiten des Jahres betrieben werden und die zum vorübergehenden Aufstellen und Bewohnen von mehr als drei Wohnwagen oder Zelten bestimmt sind.²⁸ Es geht hier jedoch nicht um die Aufstellung von Zelten oder Wohnwagen, sondern um Modulbauten, die besondere bodenrechtliche Relevanz aufweisen. Folglich liegt kein Campingplatz vor.

Es könnte sich bei den Modulbauten aber um ein ausnahmsweise zulässiges Beherbergungsgewerbe handeln. Der Begriff des Beherbergungsgewerbes setzt voraus, dass Räume ständig wechselnden Gästen zum vorübergehenden Aufenthalt zur Verfügung gestellt werden, ohne dass diese dort ihren häuslichen Wirkungskreis unabhängig gestalten können.²⁹ Hier sollen die Räumlichkeiten Touristen zur Verfügung gestellt werden. Es soll ein Glamping-Hotspot entstehen, der von verschiedenen Gästen genutzt wird. Daher handelt es sich um den Betrieb eines Beherbergungsgewerbes.

Die Modulbauten sind daher grundsätzlich ausnahmsweise zulässig.

(e) Unzulässigkeit im Einzelfall

Es könnte allerdings sein, dass im Einzelfall doch eine Unzulässigkeit angenommen werden muss. Gem. § 15 BauNVO sind die in den §§ 2–14 BauNVO aufgeführten baulichen und sonstigen Anlagen im Einzelfall unzulässig, wenn sie nach Anzahl, Lage, Umfang oder Zweckbestimmung der Eigenart des Baugebietes widersprechen.

Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass von dem Vorhaben derartige mit dem Gebietscharakter unverträgliche Wirkungen ausgehen. Ferner sind auch keine Belästigungen oder Störungen zu erwarten, die unzumutbar sind, vgl. § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO.

²² Stock (Fn. 21), § 4 Rn. 86.

²³ Hornmann (Fn. 21), § 4 Rn. 80–84.1; Stock (Fn. 21), § 4 Rn. 85 ff.

²⁴ Hornmann (Fn. 21), § 4 Rn. 85–89; Stock (Fn. 21), § 4 Rn. 92.

²⁵ Hornmann (Fn. 21), § 4 Rn. 4; Stock (Fn. 21), § 4 Rn. 35 ff.

²⁶ Hornmann (Fn. 21), § 4 Rn. 43; Stock (Fn. 21), § 4 Rn. 36.

²⁷ Ausdrücklich dazu Stollmann/Beaucamp (Fn. 16), § 14 Rn. 32; vgl. auch BVerwG NVwZ-RR 1990, 529 ff.; Spannowsky, in: Spannowsky/Uechtritz, BeckOK BauGB, 44. Lfg., Stand: 1.2.2019, § 34 Rn. 50.1.

²⁸ Michallik, in: Spannowsky/Hornmann/Kämper, BeckOK BauNVO (Fn. 21), § 10 Rn. 74.

²⁹ Hornmann (Fn. 21), § 4 Rn. 115; BVerwG NVwZ 1989, 1060 ff.; BVerwG NVwZ 1993, 773 ff.; OVG Bln-Bbg BRS 70 Nr. 67; OVG NRW NVwZ-RR 2008, 20 ff.

Hinweis: A.A. gut vertretbar; auch mit knapper Begründung!

(4) Zwischenergebnis

Das Vorhaben ist zulässig gem. § 34 Abs. 2 i.V.m § 4 BauNVO.

b) Zwischenergebnis

Das Vorhaben ist bauplanungsrechtlich zulässig.

Hinweis: A.A. vertretbar.

c) Verstoß gegen Bauordnungsrecht

aa) Verstoß gegen Stellplatzpflichten

Möglicherweise ist im vorliegenden Fall gegen die Stellplatzpflicht verstoßen worden, vgl. § 48 Abs. 1 BauO NW n.F. bzw. § 51 Abs. 1 BauO NW a.F.³⁰. Werden Anlagen errichtet, bei denen ein Zu- oder Abfahrtsverkehr zu erwarten ist, sind Stellplätze oder Garagen und Fahrradstellplätze in ausreichender Zahl und Größe und in geeigneter Beschaffenheit herzustellen. Bezüglich der Fahrradstellplatzpflicht bestehen keine Bedenken, insoweit wurden ausreichend Stellplätze errichtet. Fraglich ist jedoch, ob ein Verstoß hinsichtlich der Kfz-Stellplatzpflicht vorliegt. Dazu müssten die Anlagen einen Zu- und Abgangsverkehr erwarten lassen. Dies ist der Fall, wenn nach objektiven Verhältnissen, die in Art oder Zweckbestimmung der Anlagen zum Ausdruck kommen, das Grundstück Ausgangspunkt oder Ziel von Verkehrsvorgängen mit Kraftfahrzeugen ist.³¹ Bei der maßgeblichen Anlage handelt es sich um einen hotelähnlichen Betrieb. Es sollen Touristen in den Kabinen übernachten. Insofern ist davon auszugehen, dass dadurch ein erhöhter Kfz-Verkehr erzeugt wird. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die X-GmbH, bevor sie aus dem Handelsregister gelöscht wurde, auf ihrer Internetseite darauf hingewiesen hat, dass Stellplätze nicht existieren und dass die Anreise auch aus ökologischen Aspekten mit dem ÖPNV erfolgen sollte. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass nicht alle Gäste diesen Hinweis lesen bzw. ihn befolgen. Ein Hotel erzeugt nach Art und Zweckrichtung durch das ständige Ab- und Anreisen der Kunden einen besonders intensiven Verkehr. Zu- und Abgangsverkehr ist somit zu erwarten.

Ein Verstoß gegen die Stellplatzpflicht liegt also vor.

bb) Verstoß gegen Brandschutzschutzvorschriften

Weiterhin könnte auch ein Verstoß gegen brandschutzrechtliche Vorschriften vorliegen. Gem. § 26 Abs. 1 S. 2 BauO NW n.F. bzw. § 17 Abs. 2 BauO NW a.F. dürfen keine

leichtentflammaren Baustoffe verbaut werden. Das freilegende, naturbelassene Holz ist leichtentflammbar. Ein Verstoß gegen eine brandschutzrechtliche Vorschrift liegt also ebenfalls vor.

d) Zwischenergebnis

Das Vorhaben verstößt gegen die BauO NW.

e) Zwischenergebnis

Das Vorhaben ist somit auch materiell illegal.

3. § 82 BauO NW n.F. („Herstellung eines rechtmäßigen Zustands“)³²

Neben der formellen und der materiellen Illegalität verlangt § 82 BauO NW n.F. zusätzlich, dass sich ein rechtmäßiger Zustand nicht auf eine andere Weise herstellen lässt. Es ist daher zu prüfen, ob sich nicht durch ein alternatives Verwaltungshandeln ein rechtmäßiger Zustand erzielen ließe. Der Abrissverfügung kommt nur als ultima ratio in Betracht.

Man könnte daran denken, dass die Behörde gesondert die Pflicht zur Errichtung von Stellplätzen aussprechen und die Auflage zum Austausch der leichtentflammaren Materialien erteilen könnte, mit der Folge, dass zumindest die materielle Illegalität entfielen. Jedoch ist gerade hinsichtlich der leichtentflammaren Materialien zu berücksichtigen, dass die gesamte Bauweise der Modulbauten leichtentflammbar ist und nach den insoweit nur vagen Sachverhaltsangaben nicht davon ausgegangen werden kann, dass die leichtentflammaren Materialien isoliert austauschbar sind. Daher dürfte eine entsprechende Auflage im vorliegenden Fall nicht in Betracht kommen.

Hinweis: A.A. vertretbar.

Es ist also nicht möglich, durch anderweitige Maßnahmen einen rechtmäßigen Zustand herzustellen. Der Tatbestand des § 82 BauO NW n.F. ist somit erfüllt.

5. Verhältnismäßigkeit

Gemäß § 82 BauO NW n.F. liegt der Erlass der Abrissverfügung im Ermessen der Bauaufsichtsbehörde. Dieses müsste fehlerfrei ausgeübt worden sein (vgl. § 114 VwGO, § 40 LVwVfG NW). Die Entscheidung war jedenfalls dann nicht ermessensfehlerfrei, wenn sie unverhältnismäßig ist. Fraglich ist, ob sie verhältnismäßig ist. Dafür müsste sie einen legitimen Zweck fördern sowie geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein.

³⁰ Im Rahmen des § 51 Abs. 1 BauO NW a.F. musste zudem das Kriterium „unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse und des öffentlichen Personennahverkehrs“ geprüft werden; § 48 BauO NW n.F. verlangt eine solche Prüfung nur, wenn die Gemeinde eine Satzung nach Abs. 3 erlassen hat, hierfür gibt es jedoch keine Hinweise im Sachverhalt.

³¹ Garrelmann, in: Schönböcher/Kamp (Fn. 11), § 51 Rn. 15; BVerwG NJW 1962, 508 ff.

³² Früher wurde diese Frage auf Rechtsfolgenseite des § 61 Abs. 1 S. 2 BauO NW a.F. im Rahmen des Ermessens erörtert. Aufgrund der Novellierung der BauO NW ist dieser Prüfungspunkt nunmehr schon im Rahmen des Tatbestandes zu beantworten.

a) Legitimer Zweck

Mit der Abrissverfügung soll ein rechtmäßiger Zustand wiederhergestellt werden, sodass mit ihr ein legitimer Zweck verfolgt wird.

b) Geeignetheit

Geeignet sind staatliche Maßnahmen dann, wenn sie nicht schlechterdings ungeeignet sind. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der legitime Zweck in irgendeiner Weise gefördert wird. Durch den Abriss wird genau der rechtmäßige Zustand hergestellt, der angestrebt wird. Hinsichtlich der Geeignetheit bestehen somit keine Bedenken.

c) Erforderlichkeit

Die Abrissverfügung ist erforderlich, wenn keine mildere gleich geeignete Maßnahme existiert. Man könnte erneut daran denken, dass die Behörde gesondert die Pflicht zur Errichtung von Stellplätzen aussprechen und die Auflage zum Austausch der leichtentflammaren Materialien erteilen könnte. Diese Maßnahmen wären gleich geeignet, aber für den Bauherrn weniger belastend, sodass der Abriss im Einzelfall nicht erforderlich und somit unverhältnismäßig wäre. Jedoch ist – wie bereits ausgeführt – hinsichtlich der leichtentflammaren Materialien zu berücksichtigen, dass diese wohl nicht isoliert austauschbar sind. Daher dürfte eine entsprechende Auflage im vorliegenden Fall nicht in Betracht kommen. Folglich ist die Auflage nicht gleichgeeignet.

d) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Damit der Abriss auch verhältnismäßig im engeren Sinne ist, müsste er bei Abwägung der kollidierenden Rechtsgüter angemessen sein. Es kollidieren hier der Schutz des Eigentums auf der einen Seite; mit der Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften zur Gefahrenabwehr auf der anderen Seite.

Bei dieser Kollision ist besonders zu berücksichtigen, dass die Anlagen – ausweislich des Sachverhalts – technisch so konzipiert sind, dass sie jederzeit ab- und wiederaufgebaut werden können; auch wenn dies von den Bauherren nicht gewollt ist (siehe oben). Daher geht mit der Abrissverfügung keine Zerstörung der „Bausubstanz“ einher. Die Bauteile können vielmehr erhalten bleiben und anderen Orts wiederverwendet werden. Daher ist die Intensität des Eingriffs in die Eigentumsposition des K moderat und der Bestandsschutz der Modulbauten wenig stark ausgeprägt. Die Kollision ist zugunsten der Bewahrung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften aufzulösen und die Abrissverfügung als angemessen zu werten.

Folglich ist die Abrissverfügung auch im Einzelfall verhältnismäßig.

Weitere Ermessensfehler sind nicht ersichtlich. Die Abrissverfügung ist somit ermessensfehlerfrei.

6. Störerauswahl

Mit K wurde auch der richtige Störer adressiert, ist er doch kraft seiner Eigentümerstellung gem. § 58 Abs. 1 BauO NW n.F. bzw. § 60 Abs. 2 BauO NW a.F. i.V.m. § 18 OBG Zu-

standsverantwortlicher. Weitere Störer sind nicht ersichtlich, insbesondere kann nicht die X-GmbH herangezogen werden, da sie durch die Löschung aus dem Handelsregister nicht mehr existiert, vgl. § 394 FamFG.

7. Zwischenergebnis

Die Abrissverfügung ist materiell rechtmäßig ergangen.

IV. Ergebnis

Die Klage ist zulässig jedoch unbegründet und hat daher keine Aussicht auf Erfolg.

(Original-)Examensklausur: Selbst bedienen: gern – aber selbst zahlen?

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. **Scarlett Jansen**, Bonn*

Dieser Sachverhalt wurde im September 2017 in der Staatlichen Pflichtfachprüfung in Nordrhein-Westfalen als Klausur gestellt. Den Schwerpunkt der Aufgabenstellung bildeten die Prüfungen des Betrugs in verschiedenen Konstellationen sowie die Urkundendelikte.¹

Sachverhalt

V betreibt ein Restaurant für italienische Speisen. Das Geschäftskonzept des V sieht vor, dass man Getränke und Speisen an verschiedenen Stellen im Restaurant bestellen und nach der Zubereitung dort abholen kann. Die Bestellung geschieht bei Mitarbeitern des V unter Zuhilfenahme einer – nicht personalisierten – Chipkarte, die jeder Gast beim Eingang in das Restaurant erhält. Diese Chipkarte muss bei der Bestellung auf einen Scanner gelegt werden, über den vom Personal die Bezeichnung der bestellten Ware und ihr Preis auf die Chipkarte gebucht werden. Die Bezahlung erfolgt beim Verlassen des Restaurants an der am Ausgang befindlichen Kasse. Dort wird die von den Kunden vorgelegte Chipkarte ausgelesen und eine Rechnung über den verbuchten Betrag ausgedruckt, der an den Kassierer zu zahlen ist. Die Chipkarte wird sodann von Mitarbeitern des V einbehalten, die Daten werden nach Abschluss des Bezahlvorgangs gelöscht, damit die Karte danach einem anderen Gast ausgehändigt werden kann. Über dieses Verfahren der Bestellung und Bezahlung wird jeder Gast beim Betreten des Restaurants aufgeklärt.

Am 5.9.2017 sucht A das Restaurant des V auf. Auch er erhält beim Betreten des Restaurants eine solche Chipkarte und bestellt einen Kaffee für 1,80 € an der Bar. Der Betrag wird auf die Chipkarte des A gebucht. Daraufhin setzt er sich an einen Tisch neben die Familie des ihm unbekanntem P, da keine anderen Plätze frei sind. Während die Familie des P, die ihre auf der Chipkarte des P verbuchten Speisen schon verzehrt hat, munter plaudert, nimmt A – von P und dessen Familie unbemerkt – die dem P ausgehändigte und vor diesem auf dem Tisch liegende Chipkarte, steckt sie in die Hosentasche und geht zu einer Bestellstation. Dort bestellt er bei Koch K ein Nudelgericht und legt die Chipkarte des P vor, auf die der – für die Verbuchung zuständige – K mit dem Scanner den Preis von 10 € einbucht. Nachdem er das anschließend von K hergestellte Nudelgericht von K entgegengenommen hat, geht A zurück zu seinem Platz neben P und legt die Chipkarte, wie von Anfang an geplant, unauffällig und von P unbemerkt zurück. Kurz darauf verlässt die Familie des P das Restaurant. P legt seine Chipkarte an der Kasse dem hierfür von V beauftragten und bevollmächtigten Kassierer B vor. B liest die Chipkarte mit einem Lesegerät aus. Auf Anforderung des B verrechnet das Kassensystem des V

die auf der Chipkarte gebuchten Beträge und druckt eine entsprechende Rechnung aus, die B an P überreicht. P zahlt den Rechnungsbetrag. Wie von A erwartet, fällt P nicht auf, dass er – P – 10 € mehr zahlt, als er und seine Familie verzehrt haben. Kurz darauf verlässt auch A das Lokal. Er legt seine Chipkarte an der Kasse vor und zahlt bei B den darauf verbuchten Betrag von 1,80 €.

Bearbeitervermerk

Wie hat sich A nach dem StGB strafbar gemacht? Ggf. erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Lösungsvorschlag

A. Das Einstecken der Chipkarte des P

I. Diebstahl, § 242 Abs. 1 StGB durch Einstecken der Chipkarte des P

A könnte sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er die Chipkarte des P an sich nahm.

1. Objektiver Tatbestand

a) Fremde, bewegliche Sache

Die Chipkarte, bei der es sich um eine Sache handelt, befindet sich im Eigentum des V und ist daher fremd und ein taugliches Tatobjekt.

b) Wegnahme

A müsste die Chipkarte weggenommen haben. Eine Wegnahme setzt den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams voraus.² Gewahrsam ist die auf einem Herrschaftswillen begründete tatsächliche Herrschaft über die Sache unter Berücksichtigung der Verkehrssitte.³ P hatte hinsichtlich der Karte sowohl Gewahrsamswillen als auch die tatsächliche Herrschaft, als sie neben ihm auf dem Tisch lag. Darüber hinaus hat V innerhalb seines Restaurants einen generellen Gewahrsamswillen.⁴ Indem A die Chipkarte ein-

² BGHSt 16, 271 (272 ff.); 20, 194 (195); *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 242 Rn. 27; *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 2, 41. Aufl. 2018, Rn. 82.

³ BGHSt 20, 194 (195 f.); BGH NStZ 1981, 435 f.; BGH NJW 1985, 1911; *Eser/Bosch*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 23; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 242 Rn. 28.

⁴ Hinsichtlich des Verhältnisses der Gewahrsamssphären von V und P sind verschiedene Lösungen denkbar (Alleingewahrsam oder übergeordneter Mitgewahrsam von P oder gleichrangiger Mitgewahrsam von V und P). In jedem Fall hat A fremden Gewahrsam gebrochen. Nicht vertretbar ist es, Alleingewahrsam des V mit der Folge anzunehmen, dass es innerhalb des Lokals nicht zu einem Gewahrsamswechsel durch P

* Die Autorin bedankt sich bei Herrn Professor Dr. *Torsten Verrel* für die Unterstützung und für wertvolle Hinweise bei der Erstellung der Klausur.

¹ Die Klausur fiel unterdurchschnittlich aus, wobei die Durchfallquote leicht erhöht war.

gesteckt hat, hat er den Gewahrsam des P gegen dessen Willen aufgehoben. Das Einstecken begründet auch eine Gewahrsamsenkave innerhalb der Gewahrsamssphäre des V, in der allein A unbeschränkter Zugriff hat.⁵ Dessen Gewahrsam wird damit ebenfalls gebrochen. Zugleich hat A neuen Gewahrsam begründet. Eine Wegnahme liegt daher vor.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich hinsichtlich der objektiven Tatbestandsmerkmale. Problematisch im Rahmen der weiterhin erforderlichen Zueignungsabsicht ist jedoch der (bedingte) Vorsatz hinsichtlich einer dauerhaften Enteignung, denn A hatte vor, die Chipkarte an P und damit letztlich an den Eigentümer V wieder zurückgelangen zu lassen. Damit wollte er dem Berechtigten die Sachsubstanz, die er sich allerdings vorübergehend angeeignet hat, nicht dauerhaft entziehen. Nach der Vereinigungstheorie, der herrschenden Meinung, kommt es auf den Sachwert oder die Sachsubstanz als möglichen Gegenstand der Zueignung an.⁶ Auch danach liegt keine dauerhafte Enteignung vor. Indem A die Chipkarte zur Bestellung verwenden will, entzieht er ihr keinen im Moment der Wegnahme vorhandenen (spezifischen) Sachwert. Anders als bei einem Sparbuch⁷ verkörpert die Chipkarte kein Guthaben. Sie ist auch nicht, wie etwa eine Telefonkarte, mit einem bestimmten Wert aufgeladen, sondern dient allein dazu, die Bestellung zu erleichtern, den Verzehrumfang nachzuhalten und an der Kasse die Abrechnung der konsumierten Waren zu ermöglichen. Sie ist damit gewissermaßen eine elektronische Form des Bierdeckels, auf dem Striche die Anzahl der bestellten Getränke anzeigen. Selbst unter Zugrundelegung eines sehr weiten Sachwertbegriffs dürfte die von A geplante weitere Belastung der Chipkarte nicht als eine Entziehung des zuvor auf ihr verbuchten geringeren Belastungsbetrags zu begreifen sein. Es handelt sich mithin um eine schlichte Gebrauchsmaßnahme, so dass sich A mangels Zueignungsabsicht durch das Einstecken der Chipkarte nicht nach § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht hat.

II. Unterschlagung, § 246 Abs. 1 StGB, durch dieselbe Handlung

A hat sich mangels Zueignung auch nicht wegen Unterschlagung strafbar gemacht.⁸

oder V kommen konnte. Dies würde die durch P oder A geschaffene enge körperliche Beziehung außer Acht lassen.

⁵ BGHSt 16, 271 (273 ff.); Kindhäuser (Fn. 2), § 242 Rn. 39.

⁶ RGSt 61, 228 (233); BGHSt 4, 236 (238); 24, 115 (119); Eser/Bosch (Fn. 3), § 242 Rn. 49; Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 242 Rn. 22.

⁷ Hierzu: Eser/Bosch (Fn. 3), § 242 Rn. 50; Kühl (Fn. 6), § 242 Rn. 23.

⁸ Die Prüfung des § 246 Abs. 1 StGB wurde nicht erwartet.

III. Urkundenunterdrückung, § 274 Abs. 1 StGB, durch dieselbe Handlung

A könnte sich wegen Urkundenunterdrückung nach § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er die Chipkarte mitnahm.

1. Objektiver Tatbestand

a) Tatobjekt

Die Chipkarte müsste ein taugliches Tatobjekt darstellen.

aa) Urkunde

Eine Urkunde ist eine verkörperte Gedankenerklärung, die einen Aussteller erkennen lässt und zum Beweis geeignet und bestimmt ist.⁹ Die h.M. verlangt, dass die Gedankenerklärung, die in der Chipkarte enthalten sein könnte, jedenfalls optisch wahrnehmbar sein muss.¹⁰ Die bloße Einsehbarkeit am Scanner reicht dafür nicht aus.¹¹

bb) Technische Aufzeichnung

Eine technische Aufzeichnung setzt keine optische Wahrnehmbarkeit voraus,¹² verlangt aber nach § 268 Abs. 2 StGB, dass es sich um die Darstellung u.a. von Daten handeln muss, die durch ein Gerät wenigstens zum Teil selbsttätig bewirkt worden ist. Selbsttätig ist die Aufzeichnung bewirkt, wenn ein automatisierter Vorgang einen Aufzeichnungsinhalt mit neuem Informationsgehalt hervorbringt.¹³ Die auf der Chipkarte verbuchten Bestellungen des P sind nicht das Ergebnis eines solchen Vorgangs. Vielmehr setzt der Scanner lediglich die vom Personal an der Ausgabestation eingegebenen Bestelldaten ohne eine weitere Rechenleistung wie etwa bei Rechenmaschinen oder Registrierkassen¹⁴ in eine entsprechende Verbuchung auf der Chipkarte um. Eine „Klassifikationsleistung“¹⁵ nimmt das Gerät dadurch nicht vor.

cc) Beweiserhebliche Daten

Es könnte aber ein Fall der Unterdrückung von beweiserheblichen Daten nach § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB vorliegen. Durch Verweis auf § 202a Abs. 2 StGB werden Daten erfasst, die

⁹ BGHSt 4, 284 (286); 13, 235 (238); Heger, in: Lackner/Kühl (Fn. 6), § 267 Rn. 2; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 267 Rn. 2.

¹⁰ Erb, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 267 Rn. 23; Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 2), § 267 Rn. 51.

¹¹ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 19. Aufl. 2018, § 32 Rn. 3.

¹² Rengier (Fn. 11), § 34 Rn. 3.

¹³ Heger (Fn. 9), § 268 Rn. 4; Heine/Schuster (Fn. 9), § 268 Rn. 16; einschränkend: Puppe (Fn. 10), § 268 Rn. 19 f.

¹⁴ Vgl. Heine/Schuster (Fn. 9), § 268 Rn. 16; Zieschang, in: Lauffhütte/Rissing van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/2, 12. Aufl. 2009, § 268 Rn. 16.

¹⁵ Erb (Fn. 10), § 268 Rn. 16.

elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind oder übermittelt werden, ohne dass es auf eine besondere Sicherung im Sinne von § 202a Abs. 1 StGB oder ihre hypothetische Urkundsqualität ankommt. Der Begriff der beweisheblichen Daten im Sinne von § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist also ein anderer als derjenige des § 269 StGB, welcher an die hypothetische Urkundsqualität anknüpft und nicht auf § 202a StGB verweist.¹⁶ Im Rahmen von § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB sind sämtliche beweisheblichen Daten erfasst; Beweiserheblichkeit bedeutet insbesondere, dass die fraglichen Daten dazu bestimmt sind, im Rechtsverkehr als Beweisdaten für rechtlich erhebliche Tatsachen zu dienen.¹⁷ Auf der Chipkarte des P ist in nicht unmittelbar wahrnehmbarer Form gespeichert, welche Bestellungen bislang auf die Karte gebucht wurden. Diese Daten sind bei der Vorlage der Chipkarte an der Kasse auch beweisheblich, denn es ist dem Bestellsystem im Restaurant des V immanent, dass ein Nachhalten der in Anspruch genommenen Leistungen nur über die Chipkarte möglich ist. Die Daten dienen damit dem Beweis über rechtserhebliche Tatsachen, nämlich den Umfang der Zahlungspflicht des jeweiligen Kunden. Weiterhin darf A über diese Daten des P auch nicht verfügen, da allein P und V berechtigt sind, damit Beweis zu führen. Ein taugliches Tatobjekt liegt daher vor.¹⁸

b) Tathandlung: Unterdrücken

Zweifelhaft ist jedoch, ob A die zu diesem Zeitpunkt allein in Betracht kommende Tathandlung des Unterdrückens vorgenommen hat. Zwar reicht für das Unterdrücken auch ein vorübergehendes Vorenthalten aus,¹⁹ doch setzt ein Unterdrücken voraus, dass die Urkunde der Benutzung zu Beweis Zwecken entzogen wird.²⁰ A hindert P durch die vorübergehende Entwendung der Chipkarte nicht an deren Benutzung zu Beweis Zwecken, zu der es ohnehin erst später an der Kasse und nach Rückgabe der Chipkarte an P kommt, vielmehr hat er infolge der Besitzerlangung an der Chipkarte allein eine einzige Bestellung durchgeführt. Der objektive Tatbestand ist daher nicht erfüllt.²¹

¹⁶ Heine/Schuster (Fn. 9), § 274 Rn. 22c.

¹⁷ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 274 Rn. 7, § 269 Rn. 4.

¹⁸ Die Frage der Beweiserheblichkeit kann auch abweichend bewertet werden. Vgl. zu der Problematik der Beweiserheblichkeit und „hypothetischer Urkundsqualität“ der Daten bei § 269 StGB ausführlich unter C. IV. 1.

¹⁹ Rengier (Fn. 11), § 36 Rn. 7.

²⁰ OLG Düsseldorf NJW 1989, 115 f.

²¹ Eine andere Ansicht dürfte mit der Begründung vertretbar sein, dass insoweit das Wissen des A reicht, P die Verwendung der Chipkarte in einer auch nur potentiellen Beweissituation zeitweise unmöglich gemacht zu haben. Vertretbar wäre es auch, die auf das Unterdrücken bezogene Nachteilszueignungsabsicht zu verneinen.

2. Ergebnis

A hat sich folglich nicht wegen Urkundenunterdrückung strafbar gemacht.

IV. Datenveränderung, § 303a Abs. 1 StGB, durch dieselbe Handlung

A könnte sich jedoch wegen Datenveränderung in der Form des Unterdrückens strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Tatobjekt: Daten

Auf der von A ergriffenen Chipkarte sind Daten im Sinne von § 202a Abs. 2 StGB gespeichert (vgl. bereits oben). Es ist auch das im Wege einer verfassungskonformen Auslegung in § 303a StGB hineingelesene Erfordernis erfüllt, dass es sich um Daten handeln muss, an denen eine andere Person als der Täter ein unmittelbares rechtlich geschütztes Interesse im Sinne einer eigentümerähnlichen Datenverfügungsbefugnis hat.²² P hat ein Interesse an der richtigen Verbuchung der Bestellungen auf seiner Chipkarte. Als schuldrechtlich Nutzungsberechtigter der Chipkarte ist er neben dem Eigentümer V zur Datennutzung befugt.²³

b) Tathandlung: Unterdrücken

A müsste die Daten jedoch unterdrückt haben. Insoweit ist fraglich, ob für das Unterdrücken im Sinne von § 303a StGB ein nur kurzfristiges Vorenthalten ausreicht. Dies wird von einer verbreiteten Auffassung mit dem Hinweis darauf bejaht, dass andernfalls der Tatbestand der Datenunterdrückung in eine Datenzueignung umgedeutet werden würde.²⁴ Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass § 303a StGB nicht dem Abschnitt „Diebstahl und Unterschlagung“, sondern dem Abschnitt „Sachbeschädigung“ unterfällt; angesichts des gegenüber den Zueignungsdelikten eigenständigen, andersartigen Deliktcharakters lässt sich aus deren Gegenüberstellung nichts für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Unterdrücken“ herleiten.²⁵ Insbesondere ist aber zu berücksichtigen, dass der Tatbestand des § 303a StGB vom Gesetzgeber insgesamt sehr weit gefasst wurde und daher restriktiv interpretiert werden sollte.²⁶ Die nur wenige Minuten andauernde Vorenthaltung der Chipkarte stellt daher kein Unterdrücken im Sinne von § 303a StGB dar.²⁷

²² Stree/Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 303a Rn. 3; vgl. Heger (Fn. 9), § 303a Rn. 4; Wieck-Noodt, in: Joecks/Miebach (Fn. 10), § 303a Rn. 9.

²³ Stree/Hecker (Fn. 22), § 303a Rn. 3; Wieck-Noodt (Fn. 22), § 303a Rn. 10.

²⁴ Zaczyk, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 2), § 303a Rn. 8 m.w.N.; vgl. ferner die Skizzierung der Auseinandersetzung bei OLG Frankfurt StV 2007, 244, (248 f.).

²⁵ OLG Frankfurt StV 2007, 244, (248 f.).

²⁶ Hierzu und zum Folgenden OLG Frankfurt StV 2007, 244, (248 f.).

²⁷ Eine andere Ansicht ist vertretbar. Alle weiteren Voraussetzungen des § 303a StGB wären erfüllt. Hinter einer ggf. bejahten Strafbarkeit nach § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB träte

2. Ergebnis

A ist nicht strafbar nach § 303a Abs. 1 StGB.

V. Ausspähen von Daten, § 202a Abs. 1 StGB, durch dieselbe Handlung

A könnte sich durch dieselbe Handlung wegen Ausspähens von Daten strafbar gemacht haben.

1. Tatobjekt

Auf der Chipkarte befinden sich Daten. Diese sind jedoch nicht gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert. Damit liegt kein taugliches Tatobjekt vor.

2. Ergebnis

Das Einstecken der Chipkarte erfüllt nicht den Tatbestand des Ausspähens von Daten.

B. Bestellung des Nudelgerichts unter Belastung der Chipkarte des P

I. Betrug, § 263 Abs. 1 StGB, gegenüber K zu Lasten des P durch Bestellung des Nudelgerichts

A könnte sich wegen Betrugs gegenüber K und zu Lasten des P strafbar gemacht haben, indem er bei der Bestellung die Chipkarte des P verwendete.

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung über Tatsachen

A müsste über Tatsachen getäuscht haben. Eine Täuschung ist ein Verhalten, das der Irreführung und damit der Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen dient.²⁸ Tatsachen sind konkrete vergangene oder gegenwärtige Geschehnisse oder Zustände der Außenwelt und des menschlichen Innenlebens, die einem Beweis zugänglich sind.²⁹ Das System des Restaurantbetreibers V beruht darauf, dass jeder Gast eine Chipkarte beim Betreten des Lokals erhält und während des Aufenthalts die Bestellungen mit dieser Chipkarte ausführt. Nach der auf dieses Geschäftsmodell bezogenen Verkehrsanschauung³⁰ spiegelt A vor, dass er berechtigt ist, mit der vorgelegten Chipkarte bestellen zu dürfen. Diese Berechtigung ist eine Tatsache. Das Vorzeigen der Chipkarte gegenüber K bei der Bestellung enthält damit die konkludente Erklärung, dass dies entweder die eigene Chipkarte sei, die A bei Betreten des Restaurants erhalten hat oder dass er vom

Empfänger der Chipkarte zur Bestellung mit dieser Chipkarte ermächtigt wurde.³¹ Mithin hat er über Tatsachen getäuscht.

b) Irrtum

K unterliegt einem entsprechenden Irrtum, indem er die Berechtigung des A als selbstverständlich ansieht. Es genügt insoweit für einen Irrtum, dass ein sachgedankliches Mitbewusstsein vorliegt; es ist nicht erforderlich, dass über die Tatsache aktiv reflektiert wird.³²

c) Vermögensverfügung

Als auf diesem Irrtum beruhende Vermögensverfügung, also ein Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt,³³ kommt die durch K vorgenommene Belastung der Chipkarte des P mit dem Betrag von 10 € in Betracht. Erörterungsbedürftig ist sowohl die unmittelbare Vermögensminderung als auch und insbesondere das für einen Dreiecksbetrug erforderliche Näheverhältnis zwischen dem verfügenden K und dem möglicherweise geschädigten P.

aa) Unmittelbarkeit der Vermögensminderung

Eine Vermögensminderung bei P könnte bereits durch die Belastung der Chipkarte eintreten. Die Buchung auf der Chipkarte dient der Erfassung von Bestellungen des Gastes, an den sie ausgegeben wurde. Durch die Belastung der Chipkarte ist P der konkreten Gefahr der Geltendmachung und Durchsetzung des vermeintlichen Anspruchs auf Bezahlung des Nudelgerichts durch V ausgesetzt. Es liegt daher ein möglicher Fall der schadensgleichen Vermögensgefährdung vor. Dem entgegenstehen könnte, dass das bloße Risiko, von V (unberechtigt) in Anspruch genommen zu werden, noch nicht ausreichen könnte, um das Vermögen hinreichend konkret zu gefährden.³⁴ Der Abfluss des Vermögens realisiert sich erst endgültig bei der Bezahlung an der Kasse. Allerdings ist zu beachten, dass bereits zum Zeitpunkt der Buchung auf die Karte des P das naheliegende Risiko begründet wird, dass P von V in Anspruch genommen wird. Denn ohne Vorlage einer Karte kann P das Restaurant des V nicht verlassen. Das Erfordernis der Unmittelbarkeit der Vermögensminderung verlangt, dass die Vermögensminderung, die hier in der Belastung der Chipkarte des P bestehen könnte, vom Getäuschten selbst vorgenommen wird, es also keiner weiteren Täterhandlungen mehr bedarf, um die Vermögensminderung herbeizu-

§ 303a StGB im Wege der Subsidiarität zurück, vgl. *Wolff*, in: *Laufhütte/Rissing van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 10, 12. Aufl. 2009, § 303a Rn. 45.

²⁸ BGH NJW 2001, 2187, 2188; *Kühl* (Fn. 6), § 263 Rn. 6; *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 3), § 263 Rn. 11.

²⁹ *Hefendehl*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 10), § 263 Rn. 75; *Perron* (Fn. 28), § 263 Rn. 8.

³⁰ Vgl. *Rengier*, *Strafrecht Besonderer Teil*, Bd. 1, 20. Aufl. 2018, § 13 Rn. 11.

³¹ Insofern verkennt *Kohler*, *Jura* 2011, 468 (471), dass auch bei verschiedenen Bestellmodalitäten bei einem Verzehrkartensystem eine konkludente Täuschung in Betracht kommt. Denn dass der Besteller von einem anderen ermächtigt werden kann, die Karte mitzubeneutzen, stellt eine Berechtigung dar, über die sich das Personal Gedanken machen wird.

³² *Hefendehl* (Fn. 29), § 252 Rn. 231; siehe BGH NJW 2016, 3383, Rn. 27.

³³ BGHSt 14, 170; *Kühl* (Fn. 6), § 263 Rn. 22; *Rengier* (Fn. 30), § 13 Rn. 63.

³⁴ Vgl. BGH NSTZ 2013, 37.

führen.³⁵ Die Unmittelbarkeit dient damit insbesondere der Abgrenzung zum (Trick-)Diebstahl, also zu einer dem täuschungsbedingten Opferverhalten erst nachfolgenden Wegnahme des Täters. Vorliegend musste A die Chipkarte zwar nach der Nutzung noch an P zurückgeben, darin liegt aber kein weiterer deliktsnaher Zwischenschritt, den der Täter vornehmen müsste, sondern die Wiederherstellung der rechtmäßigen Gewahrsamsverhältnisse.³⁶

bb) Dreiecksbetrug

Wegen der Personenverschiedenheit vom Verfügenden K und dem potentiell Geschädigten P ist zu klären, ob die Verfügung des K dem P zuzurechnen ist und damit ein Dreiecksbetrug vorliegt. Welche Voraussetzungen dafür erfüllt sein müssen, ist umstritten.

(1) Ermächtigungstheorie

Nach der Ermächtigungstheorie kommt es darauf an, ob der Verfügende durch den Geschädigten wirksam bevollmächtigt wurde³⁷ oder sich der verfügende Dritte wenigstens für befugt hält.³⁸ Eine auf die Person des P bezogene Befugnis des K lag weder objektiv noch nach dessen Vorstellung vor. Daher ist nach dieser Ansicht kein Dreiecksbetrug gegeben.

(2) Lagertheorie

Nach der von der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur vertretenen Lagertheorie muss vor der Tat ein wenigstens faktisches Näheverhältnis zwischen Verfügendem und Gewahrsamsinhaber bestanden haben.³⁹ Diese in erster Linie für den Sachbetrug und seine Abgrenzung zum Diebstahl in mittelbarer Täterschaft entwickelten Grundsätze gelten danach grundsätzlich auch im vorliegenden Fall des Forderungsbetrugs.⁴⁰ Nicht ausreichend sei die rein faktische Möglichkeit des Verfügenden, auf fremdes Vermögen zuzugreifen.⁴¹ Ein Näheverhältnis kann insoweit mit der Erwägung bejaht werden, dass P sich durch Betreten des Restaurants und die Entgegennahme der Chipkarte mit dem Abrechnungssystem des V einverstanden erklärt hat. Er hat damit den Köchen im Restaurant grundsätzlich die Möglichkeit einge-

räumt, auf der ihm ausgehändigten Chipkarte Bestellungen zu verbuchen und die Chipkarte damit zu belasten. Diese Beziehung bestand auch schon vor der Täuschung, nämlich seit Betreten des Restaurants durch P und seinem Einverständnis mit dem Zahlungssystem. Dabei bleibt jedoch außer Betracht, dass mit der bloßen Buchung noch keine Forderung gegen P begründet wird. So findet sich auch unter den Vertretern der Lagertheorie die Ansicht, dass sich im Fall des Forderungsbetrugs aus dem Gesetz die Möglichkeit ergeben müsse, eine fremde Forderung wirksam zu beeinflussen.⁴² Dies ist hier aber nicht der Fall. K kann durch die bloße Buchung auf der von A unbefugt verwendeten Chipkarte des P keine Zahlungsverpflichtung des P aus Vertrag begründen. Insoweit muss zwischen der Nachweisfunktion der Chipkarte und dem Vertragsschluss unterschieden werden, der durch die Bestellung zwischen dem Besteller und dem durch die Köche vertretenen V gem. §§ 650, 433 BGB zustande kommt. Auch im Parallellfall des Bierdeckels, der mit Strichen versehen wird, wird durch einen Strich kein Anspruch begründet, sondern durch den im Zusammenhang mit dem Bestellvorgang erfolgreichem Vertragsschluss. Darüber hinaus besteht durch das Betreten des Gastraums und die Entgegennahme der Chipkarte noch keine faktische Möglichkeit des K, im Einzelfall die Chipkarte zu belasten. Dazu muss die Chipkarte vielmehr zusätzlich dem K vorgelegt werden. Dies erfolgte erst nach einer Wegnahme der Chipkarte durch einen anderen, den A. Damit fehlt es nach der Lagertheorie an dem erforderlichen Näheverhältnis.⁴³

(3) Zwischenergebnis

Hiernach fehlt es an einer tatbestandsmäßigen Vermögensverfügung.

2. Ergebnis

Der Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB wird zu Lasten des P durch die Bestellung des Nudelgerichts nicht verwirklicht.⁴⁴

³⁵ Rengier (Fn. 30), § 13 Rn. 67.

³⁶ A.A. vertretbar. Das Problem kann auch im Rahmen der Schadensprüfung angesprochen werden; zum entsprechenden Aufbauproblem vgl. Rengier (Fn. 30), § 13 Rn. 72 ff. Dazu gelangt man allerdings nur dann, wenn die Voraussetzungen des Dreiecksbetrugs vorliegen (dazu sogleich).

³⁷ Amelung, GA 1977, 1 (14 f.); Otto, ZStW 79 (1967), 59 (84 f.).

³⁸ Otto, ZStW (1967), 59 (84 f.).

³⁹ BGH NJW 1963, 1068 (1069); OLG Düsseldorf NJW 1994, 3366 (3367); Perron (Fn. 28), § 263 Rn. 66 f.; Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 2), Rn. 645.

⁴⁰ OLG Celle NJW 1994, 142 (143 ff.); vgl. aber auch zur Ablehnung des Näheerfordernisses beim Forderungsbetrug: Fock/Gerhold, JA 2010, 511 (513).

⁴¹ Perron (Fn. 28), § 263 Rn. 66; Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 2), Rn. 645.

⁴² Tiedemann, in: Laufhütte/Rissing van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 117; Maurach/Schröder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2009, § 41 Rn. 81.

⁴³ A.A. wegen der nicht einheitlichen Kriterien der Lagertheorie beim Forderungsbetrug vertretbar.

⁴⁴ Soweit eine tatbestandsmäßige Vermögensverfügung vertretbar bejaht wird, wäre die Prüfung mit dem Merkmal des Vermögensschadens fortzusetzen und dabei – sofern dies noch nicht im Rahmen der Vermögensminderung angesprochen wurde – auf die Frage der schadensgleichen Vermögensgefährdung einzugehen. Eine Schadenskompensation hat offensichtlich nicht stattgefunden. A handelte vorsätzlich und in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung. Diese liegt darin, dass dem Schaden des P, nämlich der Gefahr, der Geltendmachung einer Forderung von 10 € ausgesetzt zu sein, der Vorteil des A entspricht, für das bestellte und verzehrte Nudelgericht nicht in Anspruch genommen zu werden. Der Schaden des P ist somit die Kehrseite des durch A erlangten Vorteils, da Vorteil und Schaden auf derselben

II. Betrug, § 263 Abs. 1 StGB, gegenüber K zu Lasten des V durch dieselbe Handlung

Durch die Bestellung mit der Chipkarte des P könnte A einen Betrug gegenüber K und zu Lasten des V begangen haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung und Irrtum

A täuschte K konkludent darüber, dass er berechtigter und zahlungswilliger Chipkarteninhaber ist oder jedenfalls vom berechtigten und zahlungswilligen Chipkarteninhaber zur Bestellung ermächtigt ist. K unterliegt einem entsprechenden Irrtum (siehe bereits oben C. I. 1.).

b) Vermögensverfügung und -schaden

Durch die Bestellung schließt K in Vertretung des V mit A einen Werklieferungsvertrag nach §§ 650, 433 BGB über das Nudelgericht ab. Anschließend übereignet er das Nudelgericht gem. § 929 S. 1 BGB an A und hat damit eine unmittelbar vermögensmindernde Verfügung vorgenommen. Dazu wurde K von V ermächtigt, so dass selbst nach der engen Befugnistheorie die Voraussetzungen eines Dreiecksbetrugs vorliegen. V müsste ein Schaden entstanden sein, es dürfte also der Vermögensminderung keine gleichwertige Kompensation gegenüberstehen. Als Kompensation der durch die Zubereitung und Übereignung des Nudelgerichts eingetretenen Vermögensminderung kommt zunächst ein Anspruch gegen P in Betracht. Gegen P ist jedoch durch die Bestellung des A kein Anspruch aus Vertrag gem. §§ 650, 433 Abs. 2 BGB begründet worden, da A den P nicht wirksam vertreten hat. Allein aus der faktischen Möglichkeit, die Chipkarte vorzulegen und zu belasten, folgt keine Vertretungsmacht nach § 164 BGB des A im Verhältnis zu P.⁴⁵ Dass P einige Zeit später auf den vermeintlich gegen ihn gerichteten Anspruch zahlt, ist für den tatbestandlichen Vermögensschaden ohne Belang, denn für die Schadensfeststellung ist nur der Zeitpunkt der Vermögensverfügung maßgeblich.⁴⁶ Des Weiteren kommt als Kompensation der Zahlungsanspruch gegen A aus §§ 650, 433 Abs. 2 BGB in Betracht. Problematisch ist jedoch, dass A nicht zahlen will und Schwierigkeiten bei der Durchsetzung zu erwarten sind. Es handelt sich damit um eine Konstellation des Eingehungsbetrugs, bei der eine konkrete Vermögensgefährdung vorliegen kann,⁴⁷ denn der An-

Verfügung beruhen. (vgl. LG Kiel NStZ 2008, 219 [221]). Dies liegt auch darin begründet, dass K ohne die Buchung auf eine Chipkarte keinen Kaufvertrag abschließen und das Nudelgericht nicht aushändigen würde.

⁴⁵ Mangels Zurechenbarkeit des Rechtsscheins ist auch eine Anscheinsvollmacht nicht vertretbar.

⁴⁶ BGHSt 53, 199; BGH NStZ 2016, 674 (675).

⁴⁷ Zur Vermögensgefährdung beim Eingehungsbetrag: *Hefendehl* (Fn. 29), § 263 Rn. 751. Insoweit ist ein schon im Zeitpunkt der Vermögensverfügung eingetretener bezifferbarer Schaden notwendig, was in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise im Urteil zum Ausdruck kommen muss, vgl. BVerfGE 130, 1 (47) im Anschluss an BVerfGE 126, 170 (211, 223 ff.) (zur Untreue); vgl. zur Schadensberechnung etwa: BGHSt 58,

spruch gegen A ist wegen der damit verbundenen Schwierigkeiten nicht entsprechend werthaltig. Es besteht die konkrete Gefahr, dass der Anspruch des V gegen A nicht erfüllt wird. In diesem Ausfallrisiko liegt der Schaden,⁴⁸ der angesichts der Buchung auf der Karte des P und der damit verbundenen Schwierigkeiten der Verfolgung des Anspruchs gegen A sogar mit 100 % angesetzt werden könnte. Mithin ist dem V ein Schaden in Form einer Vermögensgefährdung entstanden.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich. Er müsste in der Absicht stoffgleicher und rechtswidriger Bereicherung gehandelt haben. Die erstrebte Bereicherung des A liegt in dem Eigentum am Nudelgericht und entspricht der Kehrseite des Schadens. Damit liegt Stoffgleichheit vor.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

A hat sich durch die Bestellung daher wegen eines Dreiecksbetrugs zu Lasten des V strafbar gemacht. Der nach § 263 Abs. 4 StGB i.V.m. § 248a StGB erforderliche Strafantrag ist gestellt.

III. Fälschung technischer Aufzeichnungen in mittelbarer Täterschaft, §§ 268 Abs. 1 Nr. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB, durch dieselbe Handlung⁴⁹

Indem A die Chipkarte des P durch K auf den Scanner legen ließ, ist kein selbständiger Aufzeichnungsvorgang bewirkt worden. Die Verbuchung von Bestellungen durch das Einschannen an der Essensausgabe ist kein selbsttätig bewirkter Aufzeichnungsvorgang (siehe oben A. III. 1. a) bb). Zudem hätte A auch keine unechte Aufzeichnung hergestellt, da die von K vorgenommene Buchung auf der Chipkarte das Ergebnis eines völlig ungestörten Aufzeichnungsvorgangs ist. A hat sich somit nicht gem. §§ 268 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB wegen Fälschung technischer Aufzeichnungen in mittelbarer Täterschaft strafbar gemacht.

IV. Fälschung beweisheblicher Daten in mittelbarer Täterschaft, §§ 269 Abs. 1 Var. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB, durch dieselbe Handlung

A könnte sich durch die Bestellung mit der Chipkarte des P wegen Fälschung beweisheblicher Daten in mittelbarer Täterschaft strafbar gemacht haben.

205 (208); BGH NStZ 2016, 674 (675); BGH NStZ 2018, 538 f.

⁴⁸ *Perron* (Fn. 28), § 263 Rn. 128.

⁴⁹ Hinweis: Diese Prüfung dient vorliegend der Vollständigkeit einer Musterlösung, ist jedoch in der Klausur entbehrlich.

*I. Objektiver Tatbestand**a) Daten*

Es müsste sich bei den auf der Chipkarte verbuchten Informationen um beweishebliche Daten handeln. § 269 StGB verweist nicht auf § 202a Abs. 2 StGB. Als Daten im Sinne von § 269 StGB gelten alle Informationen, die in einer primär für die maschinelle Verarbeitung bestimmten Form codiert sind und im Falle ihrer Visualisierung die Qualität einer unechten oder verfälschten Urkunde haben.⁵⁰ Das Einscannen, das als Speichern im Sinne der 1. Var. angesehen werden kann, führt zu einer Buchung des Nudelgerichts sowie des entsprechenden Betrags von 10 € auf der Chipkarte des P. Der Aussteller des beweisheblichen Ergebnisses ist V als derjenige, der die Infrastrukturen für seine Zwecke verwendet.⁵¹ Zieht man wiederum den Vergleich zum Bierdeckel, ist parallel dazu der Wirt nach der Geistigkeitstheorie Aussteller des Bierdeckels.⁵²

b) Beweiserheblichkeit der Daten

Fraglich ist jedoch, ob ein Datenprodukt auf der Chipkarte entstanden ist, das beweisheblich ist. Daran könnte man zweifeln, da auf der Chipkarte nicht gespeichert ist, welchem Gast sie zugeordnet ist. Hier könnte man wiederum einen Vergleich zum Bierdeckel ziehen, dessen Urkundsqualität umstritten ist. Nach einer Ansicht kann eine hinreichend feste Beziehung zum Gast bei Bierdeckeln angenommen werden aufgrund Geschäftsgebrauchs und Verkehrssitte,⁵³ obwohl der Name des Gasts nicht auf dem Bierdeckel ausgewiesen ist und der Bierdeckel nicht mit dem Gast fest verbunden ist. Der Fall der von V ausgegebenen Chipkarten ist insofern vergleichbar, da die Verbindung zum Gast mit der Verkehrssitte begründet werden könnte, so dass die Chipkarte durch Aushändigung am Eingang des Restaurants dem jeweiligen Gast zugeordnet wird.

Nach einer anderen Ansicht fehlt eine ausreichende Verbindung zwischen dem Bierdeckel und dem Gast.⁵⁴ Auch die Chipkarte enthält kein Datenprodukt, das aus sich heraus mit P in Verbindung steht, so dass die gespeicherten Daten nicht rechtserheblich und nicht insoweit zum Beweis geeignet sind, was P bestellt hat. Die Chipkarte enthält lediglich die Erklärung, dass bestimmte Bestellungen auf die Chipkarte gebucht wurden, nicht jedoch, wer diese Bestellungen getätigt hat.

Für diese Ansicht spricht insbesondere, dass die Verbindung zwischen Gast und Bierdeckel oder Chipkarte derart locker ist, dass ein Beweis nicht geführt werden kann. Chipkarte und Bierdeckel sehen grundsätzlich bei jedem Gast gleich aus. Bei der Chipkarte ist die Austauschbarkeit gegenüber dem Bierdeckel sogar noch eindeutiger, da das Glas des Gastes regelmäßig auf den Bierdeckel gestellt wird. Mittels

⁵⁰ Erb (Fn. 10), § 269 Rn. 13 ff.

⁵¹ Heine/Schuster (Fn. 9), § 269 Rn. 12.

⁵² Erb (Fn. 10), § 267 Rn. 24; Rengier (Fn. 11), § 32 Rn. 11.

⁵³ Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 16. Aufl. 2015, Rn. 687.

⁵⁴ Böse, NSTZ 2005, 370 (371), dort Fn. 15; Erb (Fn. 10), § 267 Rn. 24; Puppe (Fn. 10), § 267 Rn. 52.

der gespeicherten Daten ist es hingegen überhaupt nicht erkennbar, welchem Gast die Chipkarte zugeordnet ist. Folglich handelt es sich nicht um beweishebliche Daten im Sinne des § 269 StGB.⁵⁵ Es liegt auch kein Verfälschen, also die unbefugte nachträgliche Änderung des Beweisinhalts, vor.

2. Ergebnis

Folglich hat A sich nicht gemäß §§ 269 Abs. 1 Var. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht.

V. Urkundenunterdrückung in mittelbarer Täterschaft, §§ 274 Abs. 1 Nr. 2, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB, durch dieselbe Handlung

A könnte sich jedoch einer Urkundenunterdrückung in mittelbarer Täterschaft in der Variante der Veränderung beweisheblicher Daten nach §§ 274 Abs. 1 Nr. 2, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht haben.

*1. Objektiver Tatbestand**a) Beweiserhebliche Daten*

Es handelt sich bei den auf der Chipkarte des P gespeicherten Buchungen um Daten nach § 202a Abs. 2 StGB, über die A nicht verfügen darf. Diese sind auch beweisheblich.⁵⁶

b) Veränderung durch K

A hat diese jedenfalls nicht selbst verändert. Es kommt jedoch eine mittelbare Täterschaft nach § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB in Betracht, indem A den K dazu veranlasst, auf der Chipkarte des P auch seine Bestellung zu verbuchen. Ein direkter Verursachungsbeitrag des A liegt in der Hingabe der Chipkarte des P, damit K diese einscannet. A hatte auch die Tatherrschaft inne, indem er gegenüber K hinsichtlich der fehlenden Berechtigung überlegenes Tatwissen hat. K unterliegt

⁵⁵ Selbst wenn man der weiten Ansicht folgt, scheidet die Strafbarkeit nach § 269 StGB aber wiederum daran, dass A durch K keine Datenspeicherung vornehmen ließ, die im Fall ihrer unmittelbaren Wahrnehmung eine unechte oder verfälschte Urkunde wäre. Sie wäre unecht, wenn sie nicht vom Aussteller stammt. K vertritt jedoch den V und ist von ihm ermächtigt, die Bestellungen der Kunden auf die Chipkarte zu buchen. Die Daten stammen also vom Aussteller, so dass keine unechte Urkunde vorliegt. Es liegt auch kein Verfälschen, also die unbefugte nachträgliche Änderung des Beweisinhalts, vor. Selbst wenn man eine Verfälschung durch den Aussteller für möglich erachtet (Heger [Fn. 9], § 267 Rn. 21; dagegen: Heine/Schuster [Fn. 9], § 267 Rn. 68; Puppe [Fn. 10], § 269 Rn. 28), ist dies erst dann der Fall, wenn der Aussteller die alleinige Verfügungsgewalt über die Daten verloren hat (Heger [Fn. 9], § 269 Rn. 9). Jedenfalls handelt es sich jedoch bei der Buchung auf die Karte des P, wenn man eine ausreichende Verbindung annähme (s.o.), lediglich um eine der „schriftlichen Lüge“ vergleichbare Fallkonstellation, da nicht die Identität des Ausstellers falsch ist und § 267 StGB und dementsprechend auch § 269 StGB nur den Echtheitsschutz gewährleistet.

⁵⁶ A.A. vertretbar, siehe oben B. IV. 1. b).

einem Irrtum über die Berechtigung des A hinsichtlich der Erlaubnis zur Benutzung der Chipkarte (siehe oben B. I. 1.), sodass er insofern ein deliktikonstitutives Defizit in Form eines Tatbestandsirrtums nach § 16 Abs. 1 StGB hat. Er irrt darüber, dass es sich um solche Daten handelt, an denen ein anderer, nämlich P, ein rechtlich erhebliches Interesse hat. Durch die Buchung des Nudelgerichts des A auf die Chipkarte werden die gespeicherten Daten erweitert. Damit liegt ein unter die Tatvariante des Veränderns fallendes inhaltliches Umgestalten gespeicherter Daten vor.⁵⁷

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich und auch mit der Absicht, P einen Nachteil in der Gestalt zuzufügen, dass er als vermeintlicher Besteller des Nudelgerichts einer entsprechenden Zahlungsforderung des V ausgesetzt ist.

3. Rechtswidrigkeit, Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

A hat sich somit gem. §§ 274 Abs. 1 Nr. 2, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht.

VI. §§ 303a Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB

Der ebenfalls in der Variante des Veränderns erfüllte Tatbestand des § 303a StGB tritt hinter § 274 StGB zurück.⁵⁸

VII. § 266b Abs. 1 StGB

Eine Strafbarkeit nach § 266b Abs. 1 StGB scheidet aus, da die von V ausgestellte Chipkarte keine Zahlungs-, sondern lediglich eine „Bierdeckel“-Funktion hat.

C. Übergabe des Gerichts und Verzehr durch A

I. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB⁵⁹

A könnte sich wegen Diebstahls in mittelbarer Täterschaft nach §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem K ihm das Nudelgericht gab.

1. Objektiver Tatbestand

Dazu müsste er eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben. Fremd ist eine Sache, wenn sie nicht herrenlos oder im Alleineigentum des Täters steht.⁶⁰ Auszugehen ist dabei von einer Akzessorietät zum Zivilrecht.⁶¹ Mit der

Übergabe und damit dem Besitzwechsel des Nudelgerichts gab K auch ein Übereignungsangebot an A ab, das dieser durch die Entgegennahme annahm. Es findet in diesem Moment also ein Eigentumsübergang gem. § 929 S. 1 BGB statt.⁶² Die Einigung in dessen Rahmen könnte zwar wegen arglistiger Täuschung des A anfechtbar sein gem. § 123 BGB, ist aber jedenfalls zunächst wirksam. Daher ist A mit der Entgegennahme Eigentümer des Nudelgerichts geworden. Mangels Fremdheit scheidet ein Diebstahl somit aus.

2. Ergebnis

A hat sich nicht durch die Entgegennahme nach §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht.⁶³

II. § 246 Abs. 1 StGB

A hat sich durch den Verzehr des Nudelgerichts nicht nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, da es nach § 929 S. 1 BGB an ihn übereignet worden ist und daher keine fremde Sache mehr darstellt.

D. Fordern der Zahlung von P durch B

I. Betrug in mittelbarer Täterschaft, §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB, durch Zahlung durch P

A könnte sich wegen Betrugs in mittelbarer Täterschaft gegenüber und zu Lasten des P strafbar gemacht haben, indem B von P den auf der Chipkarte verbuchten Betrag einschließlich der 10 € für das Nudelgericht forderte.

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung durch B

A selbst täuscht zu diesem Zeitpunkt nicht. Ihm könnte jedoch die von B ohne Täuschungsbewusstsein vorgenommene Zahlungsaufforderung nach § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB zuzurechnen sein. In dieser Zahlungsaufforderung liegt eine unzutreffende Erklärung über die von P bzw. nach § 164 BGB mit Ermächtigung des P bestellten Speisen und damit die Höhe der Zahlungsverpflichtung von P aus §§ 650, 433 Abs. 2 BGB. Jedenfalls in Verbindung mit der konkludenten Behauptung über die von bzw. mit Billigung des P bestellten Speisen kann in der Zahlungsaufforderung eine tatbestandliche Täuschung gesehen werden. Zwar hat A zu der Zahlungsaufforderung des B anders als bei der oben geprüften Datenveränderung durch K keinen Verursachungsbeitrag in Form einer direkten Einwirkung auf das Werkzeug geleistet.

⁵⁷ Vgl. Fischer (Fn. 17), § 274 Rn. 8 sowie zum insoweit identischen § 303a StGB: Wieck-Noodt (Fn. 22), § 303a Rn. 15.

⁵⁸ Stree/Hecker (Fn. 22), § 303a Rn. 14; Wieck-Noodt (Fn. 22), § 303a Rn. 23.

⁵⁹ Hinweis: Diese Prüfung dient vorliegend der Vollständigkeit einer Musterlösung, ist jedoch in der Klausur entbehrlich.

⁶⁰ Eser/Bosch (Fn. 3), § 242 Rn. 12.

⁶¹ Schmitz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 242 Rn. 33.

⁶² Vgl. dazu, dass es bei rechtsgeschäftlichem Übergang des Eigentums auf den Täter an der Fremdheit der Sache fehlt auch Mitsch, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2, S. 154.

⁶³ Auch wenn man hier zum Zeitpunkt der Entgegennahme noch eine Fremdheit der Sache annähme, wäre jedenfalls aufgrund tatbestandsausschließenden Einverständnisses durch freiwillige Übertragung des Gewahrsams eine Wegnahme abzulehnen, da die Verfügung des K dem V zuzurechnen ist. Es wäre auch vertretbar, §§ 242, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB mit dem Hinweis auf die Exklusivität zum Dreiecksbetrug direkt zu verneinen.

Durch die in mittelbarer Täterschaft erfolgten Veränderungen der Daten auf der von P vorgelegten Chipkarte hat A aber die Grundlage für die Fehlvorstellung des B und seine darauf beruhende Zahlungsaufforderung geschaffen. Damit hat A sowohl den Strafbarkeitsmangel des Werkzeugs herbeigeführt als auch überlegenes Wissen. Er weiß, dass P das Nudelgericht nicht bestellt hat und daher der Forderungsbetrag zu hoch ist. Damit liegen die Voraussetzungen für eine mittelbare Täterschaft vor. A hat mithin durch B getäuscht.

b) Irrtum

P irrt über die Höhe seiner Zahlungsverpflichtung. Auch wenn er keine bewusste Vorstellung davon hat, was er für den erhöhten Gesamtbetrag verzehrt hat und sich keine konkreten Gedanken darüber macht, ob verlangter Preis und tatsächlicher Bestellumfang übereinstimmen, hat er doch das sachgedankliche Mitbewusstsein, dass der Preis ordnungsgemäß ist und unterliegt folglich einem Irrtum.

c) Vermögensverfügung und Vermögensschaden

P verfügt über sein Vermögen, indem er den verlangten Betrag i.H.v. 10 € an der Kasse zahlt. Dadurch erleidet er auch einen Schaden, da keine Kompensation eintritt. Durch die Zahlung wird insbesondere kein Zahlungsanspruch des V in dieser Höhe nach § 362 BGB erfüllt. Als Kompensation kann auch nicht ein etwaiger Schadensersatzanspruch gegen A aus §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB oder ein Bereicherungsanspruch gegen V aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB angesehen werden.⁶⁴ Dass bereits ein Vermögensschaden bzw. eine Vermögensgefährdung des V bejaht wurde (siehe oben B. II. 1. b), steht der Annahme eines Schadens des P nicht entgegen, obwohl A insgesamt nur ein Nudelgericht erlangt hat. Dies ist damit zu erklären, dass die vorliegende schadensbegründende Zahlung des P hinsichtlich des Betrugs zu Lasten des V in Hinblick auf die Kompensation nicht berücksichtigt werden kann, da sie zeitlich später erfolgt und nicht auf der Verfügung beruht. So besteht bei V am Ende faktisch kein negativer Saldo. Da dies jedoch auf der rechtsgrundlosen Zahlung eines Dritten beruht, die zeitlich später erfolgt, ist der Nachteil zu Lasten des V dennoch gegeben. Der Schaden des V und der des P sind unabhängig voneinander zu beurteilen.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich, denn ihm war bewusst, dass durch die Nutzung der Chipkarte bei der Bestellung der Betrag auf die Chipkarte gebucht wird und der Kassierer von P dadurch den erhöhten Betrag verlangen wird. A erwartete auch, dass P den geforderten Betrag zahlen und damit eine selbstschädigende Vermögensverfügung vornehmen wird. A müsste ferner in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung gehandelt haben. Stoffgleichheit setzt voraus, dass der erstrebte Vorteil die Kehrseite des Schadens ist, der Vorteil

also zu Lasten des geschädigten Vermögens geht.⁶⁵ Daran könnte man vorliegend zweifeln, da die schadensstiftende Verfügung des P, nämlich die rechtsgrundlose Zahlung von 10 € zunächst zu einem Vermögensvorteil bei V führt, der den Anspruch gegen A behält und dennoch 10 € von P erhalten hat. Das Geld, das P zahlt, fließt dem A nicht direkt zu. Die Absicht stoffgleicher Selbstbereicherung liegt nicht vor. Insofern ist dieser Fall mit den Provisionsvertreterfällen vergleichbar, in denen ein Provisionsvertreter Aufträge durch Täuschung erlangt, um Provision zu erlangen. Die Provision wird aus dem Vermögen des Geschäftsherrn erlangt und rührt nicht unmittelbar aus dem Schaden des getäuschten Kunden, so dass in diesen Fällen keine Stoffgleichheit vorliegt.⁶⁶ Auch im vorliegenden Fall liegt die erstrebte Bereicherung in der wahrscheinlichen Nichtgeltendmachung einer Forderung durch einen anderen Bereicherten. Durch die Zahlung der 10,00 € erlischt der Anspruch des V gegen A durch Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB nicht, so dass durch die Zahlung nicht unmittelbar auf das Vermögen des A eingewirkt wird und eine unmittelbare Bereicherung nicht daraus folgen kann.

In Betracht kommt weiterhin eine Drittbereicherungsabsicht, wie sie auch in den Provisionsvertreterfällen angenommen wird.⁶⁷ Eine Bereicherungsabsicht zugunsten eines Dritten wird dabei auch dann schon angenommen, wenn der Vorteil des Dritten nur notwendiges Zwischenziel zur Erlangung des vom Täter erstrebten Vorteils ist.⁶⁸ Dass V die 10 € von P erhält, könnte die Wahrscheinlichkeit senken, dass V gegen A seinen Anspruch geltend macht. Dagegen spricht aber, dass die Zahlung von P nicht notwendige Voraussetzung für die Nichtgeltendmachung ist – anders als in den Provisionsvertreterfällen, bei denen die Auszahlung der Provision zwingend den Abschluss der Verträge voraussetzt. Da aus Sicht des V keine Verbindungen zwischen P und A bestehen, wird ohnehin kein Zusammenhang zwischen der Zahlung durch P und der Bestellung des A hergestellt werden können. Daher ist der Vorteil des V kein notwendiges Zwischenziel des A. Damit fehlt es an der Absicht der Drittbereicherung.⁶⁹

3. Ergebnis

A hat sich folglich nicht wegen Betrugs in mittelbarer Täterschaft gegenüber und zu Lasten von P strafbar gemacht.

⁶⁴ Kühl (Fn. 6), § 263 Rn. 36a; Perron (Fn. 28), § 263 Rn. 120.

⁶⁵ Rengier (Fn. 30), § 13 Rn. 249.

⁶⁶ BGH NJW 1991, 684 (685); BGH NStZ 2003, 264; Perron (Fn. 28), § 263 Rn. 169.

⁶⁷ Perron (Fn. 28), § 263 Rn. 169.

⁶⁸ BGH NJW 1991, 684 (685); Perron (Fn. 28), § 263 Rn. 169.

⁶⁹ A.A. vertretbar, wenn man auf eine faktische Bereicherung abstellt, weil A bei realistischer Betrachtung nicht mehr damit rechnen muss, von V wegen des Verzehrs des Nudelgerichts in Anspruch genommen zu werden. Aus einer solchen faktisch-wirtschaftlicher Sicht hat A sich das Nudelgericht von P bezahlen lassen.

II. §§ 268 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB

A könnte sich wegen Fälschung technischer Aufzeichnungen in mittelbarer Täterschaft strafbar gemacht haben, indem B die Chipkarte des P einscannete und die Rechnung ausdrucken ließ.

1. Objektiver Tatbestand

Eine technische Aufzeichnung könnte hier in der für P ausgedruckten Rechnung liegen. Anders als bei der Buchung wird durch das Auslesen der Chipkarte an der Kasse insofern ein zum Teil selbständiger Aufzeichnungsvorgang bewirkt, als es zu einer Addition der Bestellungen und damit der Berechnung des Gesamtzahlungsbetrags kommt.⁷⁰ Die Rechnung ist eine Aufzeichnung von Werten und lässt den Gegenstand der Aufzeichnung, nämlich die Bestellungen und den Rechnungsbetrag erkennen. Sie ist außerdem zum Beweis der Bestellungen des Kunden bestimmt, der die Chipkarte vorlegt. Diese Aufzeichnung ist jedoch wiederum nicht unecht, da sie nicht das Ergebnis einer störenden Einwirkung auf den automatischen Herstellungsvorgang ist. Die Manipulation erfolgte hier nicht durch einen Eingriff in die technische Berechnung des Zahlungsbetrags, sondern durch eine von § 268 StGB nicht erfasste „Input-Manipulation“.⁷¹

2. Ergebnis

A hat sich nicht wegen §§ 268 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht.

E. Vorlage der Chipkarte an der Kasse durch A**I. Betrug, § 263 Abs. 1 StGB, durch Vorlage der Chipkarte an der Kasse**

A könnte sich wegen Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber B zu Lasten des V strafbar gemacht haben, indem er B seine mit nur 1,80 € belastete Chipkarte vorlegte.

*1. Objektiver Tatbestand**a) Täuschung über Tatsachen und Irrtum*

Nach der Verkehrsanschauung hat die Vorlage der Chipkarte an der Kasse den Erklärungswert, dass die eingebuchten Bestellungen auf der Chipkarte vollständig sind und A nicht noch weitere Speisen bestellt hat. Damit hat A konkludent über den Umfang seiner Bestellungen getäuscht. B unterlag einem entsprechenden Irrtum.

b) Vermögensverfügung

Infolge dieses Irrtums verzichtete B auf die Geltendmachung des weiter gehenden Zahlungsanspruchs von 10 € aus §§ 650, 433 Abs. 2 BGB. Dieser Anspruch des V gegen A ist durch dessen Bestellung des Nudelgerichts entstanden. Dabei ist unerheblich, dass die Bestellung auf die falsche Chipkarte gebucht wurde, denn diese dient insofern nur der Rechnungsstellung. Der Anspruch ist nicht durch die Zahlung des P

⁷⁰ Vgl. *Zieschang* (Fn. 14), § 268 Rn. 16.

⁷¹ Siehe *Heine/Schuster* (Fn. 9), § 268 Rn. 47; *Puppe* (Fn. 10), § 268 Rn. 37 f.

nach § 362 Abs. 1 BGB untergegangen, da P nicht die fremde Schuld des A tilgen wollte und ein solcher Wille auch nach einem objektiven Empfängerhorizont diesem Verhalten nicht beigemessen werden kann. Die Schuld besteht fort.⁷² Das bei B fehlende Verfügungsbewusstsein ist im vorliegenden Fall des Forderungsbetrugs unschädlich.⁷³ B ist von V zur Geltendmachung von Forderungen als Kassierer befugt, so dass selbst nach der engen Befugnistheorie die Voraussetzungen einer Zurechnung der Handlung des B an V vorliegen und damit ein Dreiecksbetrug gegeben ist.

c) Vermögensschaden

V müsste ein Schaden entstanden sein. In Betracht kommt hier eine Kompensation durch die Zahlung des P. Diese Zahlung geht jedoch nicht auf die Vermögensverfügung zurück, die in der Nichtgeltendmachung der Forderung des A liegt. Bei einer Saldierung der Vermögenswerte kann sie nicht berücksichtigt werden, weil der Vermögenszufluss nicht auf dieser Verfügung beruht.⁷⁴ Die Vermögensverfügung muss Vor- und Nachteil zugleich erzeugen, damit der Vermögenszufluss berücksichtigungsfähig ist.⁷⁵ In Betracht kommt, den Schaden mit der Begründung zu verneinen, dass es sich um eine bloße Sicherung des bereits durch die Übereignung des Nudelgerichts eingetretenen Schadens handelt. Der Sicherungsbetrug könnte dementsprechend schon den Tatbestand ausschließen.⁷⁶ Dagegen spricht jedoch, dass dieser Schaden solange noch nicht endgültig ist, wie eine Einwirkungsmöglichkeit auf A besteht. Ein vollständiger wirtschaftlicher Verlust ist erst eingetreten, als A das Lokal beanstandungslos verlassen durfte. Folglich hat V einen Vermögensschaden erlitten. Eine Zusammenführung beider Betrugshandlungen erfolgt erst auf Konkurrenzebene (siehe sogleich F.).

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich und mit der Absicht rechtswidriger Bereicherung. Sein erstrebter Vorteil, den Zahlungsanspruch des V nicht erfüllen zu müssen, ist die Kehrseite des Schadens, so dass Stoffgleichheit besteht.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

A hat sich gemäß § 263 Abs. 1 StGB eines Betrugs gegenüber B und zu Lasten des V strafbar gemacht. Der nach § 263

⁷² *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 78. Aufl. 2019, § 267 BGB Rn. 3.

⁷³ BGH NJW 1960, 1068 (1069); *Perron* (Fn. 28), § 263 Rn. 60; a.A. vertretbar, vgl. dazu etwa *Hefendehl* (Fn. 29), § 263 Rn. 307 ff., 328 ff.

⁷⁴ BGH NStZ 1999, 353 (354); vgl. *Hefendehl* (Fn. 29), § 263 Rn. 541.

⁷⁵ BGH NStZ 1999, 353 (354).

⁷⁶ *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 2), Rn. 599; *Otto*, Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 7. Aufl. 2005, § 51 Rn. 152.

Abs. 4 StGB i.V.m. § 248a StGB erforderliche Strafantrag ist gestellt.

F. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

A hat durch zwei verschiedene Handlungen (Bestellung des Nudelgerichts; Vorlage der eigenen Chipkarte) § 263 StGB insgesamt zwei Mal zu Lasten von V verwirklicht. Die durch die Vorlage der Chipkarte verwirklichte Betrugstat stellt sich als mitbestrafte Nachtat⁷⁷ der durch die Bestellung des Nudelgerichts mit der Chipkarte des P begründeten Betrugstat dar, auf der das Schwergewicht der zu Lasten des V verwirklichten Betrugstaten liegt. Das mit der Betrugshandlung gegenüber K tateinheitlich erfüllte Delikt des § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB bleibt wegen der Unrechtsverschiedenheit daneben bestehen.⁷⁸

⁷⁷ BGH GA 1961, 83; BGH GA 1957, 409 (410); *Krey/Hellmann/Heinrich* (Fn. 53), Rn. 678; *Kühl* (Fn. 6), § 263 Rn. 69.

⁷⁸ Sofern die Bearbeiter bereits die Wegnahme der Chipkarte als Urkundsdelikt nach § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB oder nur nach § 303a StGB durch Unterdrückung ansehen, dürfte es sich im Hinblick auf die von Anfang an geplante nachfolgende Veränderung um den Bestandteil eines einheitlichen Urkundsdeliktes handeln, so dass diese Taten nicht in Tatmehrheit zu dem durch die Verwendung der Chipkarte verwirklichten Betrug stehen.

Entscheidungsbesprechung

Individueller Schadenseinschlag beim Anlagebetrug

Bei der zur Bestimmung des Vermögensschadens stets gebotenen Gesamtsaldierung ist auch der subjektive Wert des Erlangten für den Verletzten zu berücksichtigen. Ist nach dem Urteil eines objektiven Dritten eine (möglicherweise objektiv werthaltige) Gegenleistung des Täuschenden bei normativer Betrachtung unter Berücksichtigung der individuellen und wirtschaftlichen Bedürfnisse und Verhältnisse des Geschädigten sowie der von ihm verfolgten Zwecke subjektiv wertlos, begründet dies einen Vermögensschaden in voller Höhe des zur Erlangung der Gegenleistung Aufgewandten (sog. persönlicher Schadenseinschlag). (Leitsatz der Verf.)

StGB § 263

BGH, Beschl. v. 12.6.2018 – 3 StR 171/17¹

I. Sachverhalt²

T verkauft mehrere Solaranlagenmodule (Photovoltaikanlagen als Teile eines sog. Solarparks) an zahlreiche Privatanleger, wobei offenbleibt, ob die Privatanleger auch Eigentum an den Solaranlagenmodulen erworben haben. Sodann pachtet T die Solaranlagenmodule von den Privatanlegern gegen einen garantierten Pachtzins zurück. Vertraglich vorgesehen war dabei, dass T die Solaranlagenmodule wiederum langfristig an Dritte weiterverpachtet und zuvor die für die Verpachtung erforderlichen Spiegelanlagen errichtet. Die wiederum für die Errichtung der Spiegelanlagen erforderlichen Zusatzmodule sollten vereinbarungsgemäß aus den (hohen) Kaufpreiszahlungen der Privatanleger beschafft werden. T hat jedoch zu keinem Zeitpunkt vor, die für die Verpachtung erforderlichen Zusatzmodule zu erwerben, sondern behält die Kaufpreiszahlungen in voller Höhe für sich ein. Ohne die Installation der Spiegelanlagen sind die Photovoltaikanlagen jedoch für die Privatanleger nicht verwendbar, insbesondere ist dadurch eine Weiterverpachtung nicht möglich. Eine anderweitige zumutbare Verwendung der Module kommt nicht in Betracht.

Darüber hinaus ist der garantierte Pachtzins – was T weiß – von vornherein nicht zu erwirtschaften, weil die zu leistenden Pachtzahlungen an die Anleger durch die zu erzielenden Stromeinspeisevergütungen gar nicht erwirtschaftet werden können.³ Die Pachtzinsen können nur gezahlt werden, weil T

¹ Die Entscheidung ist online abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=cd3a709e5cba4c9d9abbe20f7fac464c&nr=85237&pos=1&anz=2> (28.2.2019).

² Der Sachverhalt konnte nur aus den Gründen rekonstruiert werden, er wird im Beschluss nicht angegeben.

³ Vgl. dazu auch die Presseerklärung des LG Osnabrück Nr. 15/2016 v. 19.5.2016.

neu eingehende Gelder einsetzt, um die Pachtzinsen an die Altanleger zu bezahlen.

Gleichwohl hat T den Privatanlegern versichert, dass sie in eine besonders sichere Anlage (sog. „Safe-Invest“) investieren, da sie durch den Kauf von Solaranlagenmodulen (Mit-)Eigentümer dieser Anlagen würden und damit kein Insolvenzrisiko bestehe. T geht insolvent. Die Privatanleger können die Photovoltaikanlagen mangels vertraglicher Beziehungen zu den Eigentümern der Grundstücke, auf denen die Anlagen montiert sind, nicht weiterbetreiben. Die abgebauten Anlagen können aber mit erheblichen Verlusten veräußert werden. Auf diese Weise entsteht bei den Privatanlegern ein Gesamtschaden von über 10 Millionen Euro.

II. Einführung in die Problematik

„Mundus vult decipi – Die Welt will betrogen werden!“⁴ Was einst *Charles Ponzi* in den zwanziger Jahren des letzten Jahrhunderts und vor rund zehn Jahren *Bernard Madoff* im großen Stil durchführten,⁵ erfreut sich beständiger Hochkonjunktur: Schneeballsysteme. Sie basieren auf dem „Geschäftsmodell“, dass „Scheinrenditen“ für die Altanleger ausschließlich aus den nachströmenden Geldern neuer Anleger bezahlt werden und der Schneeballsystembetreiber das eingezahlte Geld jedenfalls nicht in vertraglich bestimmte Zwecke investiert, sondern zur Finanzierung seines Lebensunterhalts verwendet.

Im Zentrum steht die Frage einer Strafbarkeit wegen Betrugs. Der vorliegende Fall gibt Gelegenheit zwei Probleme der betrugsrelevanten Schadensdogmatik näher zu erörtern, und zwar die explizit im Beschluss erwähnte Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags sowie den sog. Gefährdungsschaden.

Ein vollendeter Betrug gem. § 263 StGB liegt vor, wenn das Opfer infolge eines durch Täuschung hervorgerufenen Irrtums eine Vermögensverfügung trifft und dadurch ein Vermögensschaden verursacht wird. Daraus ergibt sich folgendes Aufbauschema:

- I. Tatbestand
 - 1. Objektiver Tatbestand
 - a) Täuschung
 - b) Irrtum
 - c) Vermögensverfügung
 - d) Vermögensschaden
 - 2. Subjektiver Tatbestand
 - a) Vorsatz
 - b) Bereicherungsabsicht
 - c) Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung
 - d) Vorsatz bzgl. c)
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld

⁴ *Geerds*, Jura 1994, 309.

⁵ Vgl. dazu *Kilian*, HRRS 2009, 285.

1. Der Gefährdungsschaden bei Anlagegeschäften

Der vorliegende Beschluss betrifft zunächst – und zwar ohne, dass der BGH dies auch nur mit einem Wort erwähnt – Grundfragen der Dogmatik des Gefährdungsschadens, die bereits an anderer Stelle ausführlich besprochen wurden,⁶ zur Wiederholung aber noch einmal dargestellt werden sollen. Nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung ist der Vermögensschaden durch einen Vergleich zwischen dem Vermögenswert 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.⁷ Geschädigt ist nur, wer im Ergebnis tatsächlich ärmer wird.

Steht ein Betrug aufgrund täuschungsbedingter Angaben im Zusammenhang mit Geldanlagegeschäften im Raum, so ist Folgendes zu beachten: Mit der Zahlung des Investitionspreises für das Anlageprodukt (hier: Solarmodule) tritt beim Anleger zwar eine Vermögensminderung ein. Diese wird aber nicht durch einen unmittelbaren Zahlungsfluss des Emittenten ausgeglichen. Kompensiert wird diese Vermögensminderung lediglich durch einen Anspruch auf eine zuvor vereinbarte Rendite (hier: Verpachtungszins) des Anlegers gegen den Emittenten. Wesentlicher Bestandteil der Kompensationsleistung ist dabei der vereinbarte Zinssatz, der sich u.a. an dem bestehenden Ausfallrisiko orientiert. Die Schadensberechnung setzt damit einen Wertvergleich des gezahlten Investitionspreises mit der vereinbarten Rendite voraus.⁸

Der Anspruch auf die Zahlung der Rendite betrifft wiederum in der Zukunft liegende Zahlungsströme. Entscheidend für die Schadensberechnung ist die Frage, ob sich durch die Täuschung das Risikogleichgewicht verschoben hat. Dies könnte der Fall sein, wenn sich das Ausfallrisiko des Anlegers dadurch vergrößert hat, dass der Emittent die risikobestimmenden Faktoren wahrheitswidrig angegeben oder verschwiegen hat.⁹ Das Ausfallrisiko entspricht dann nicht mehr der vereinbarten Rendite und damit nicht mehr der die Vermögensminderung kompensierenden Gewinnaussicht des Anlegers.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass zum Zeitpunkt der Investitionszahlung durch den Anleger nicht feststeht, ob die Rendite in der Zukunft auch tatsächlich gezahlt werden kann. Ein endgültiger Schadenseintritt im Sinne eines echten Substanzverlustes ist also zum Zeitpunkt der Investitionszahlung noch nicht eingetreten. Dies wäre erst der Fall, wenn mit Sicherheit feststeht, dass der Emittent die Rendite nicht leisten und das Investitionsvolumen nicht zurückzahlen kann.

Anerkannt ist aber, dass auch die Gefahr eines *zukünftigen* Verlustes von Vermögenssubstanz zu einem *gegenwärtigen* Schaden führen kann. Die negative Zukunftserwartung

im Sinne eines Verlustrisikos wäre dann eine bereits eingetretene Vermögensminderung. Zwar kann nicht jede Vermögensgefährdung mit einem Vermögensschaden gleichgestellt werden. Gleichwohl kann bereits ein – auf einer Vermögensposition ruhendes – Gefährdungspotenzial den Wert dieser Vermögensposition tatsächlich mindern. Der Gefährdungsschaden ist damit eine Berechnungsart einer nicht drohenden, sondern einer eingetretenen Vermögensminderung.¹⁰

Der Gefährdungsschaden unterscheidet sich von einem endgültigen Schaden aber 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. Wesensmerkmal des Gefährdungsschadens ist damit die Abhängigkeit der Schadensfeststellung von einer Prognose.¹¹

Das BVerfG hat daher in einer bahnbrechenden Entscheidung im Jahr 2010 klargestellt, dass auch der Gefährdungsschaden – um dem Bestimmtheitsgebot nach Art. 103 Abs. 2 GG zu genügen – nach wirtschaftlichen Maßstäben bestimmt und der Höhe nach beziffert werden muss.¹² Dieses Erfordernis gilt für alle Straftatbestände, die einen Vermögensschaden voraussetzen (neben dem Betrug etwa die Untreue gem. § 266 StGB sowie die Erpressung gem. § 253 StGB) und wird in Klausuren sowie Hausarbeiten oft nicht erwähnt. Ausdrücklich mahnt das BVerfG an, dass normative Gesichtspunkte bei der Feststellung des Vermögensschadens die wirtschaftlichen Überlegungen nicht verdrängen dürften.¹³

2. Der individuelle Schadenseinschlag bei Anlagegeschäften

Seit einer Grundsatzentscheidung des BGH im Jahr 1961 zum sog. Melkmaschinen-Fall¹⁴ war allgemein anerkannt, dass ein Vermögensschaden auch bei objektiver Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung vorliegen kann, „wenn der Erwerber

- a) die angebotene Leistung nicht oder nicht in vollem Umfange zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise verwenden kann oder
- b) durch die eingegangene Verpflichtung zu vermögensschädigenden Maßnahmen genötigt wird oder
- c) infolge der Verpflichtung nicht mehr über die Mittel verfügen kann, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Verbindlichkeiten oder sonst für eine seinen persönlichen Verhältnissen angemessene Wirtschafts- oder Lebensführung unerlässlich sind¹⁵.

⁶ Zum Gefährdungsschaden bereits ausführlich *Brüning/Wimmer*, ZJS 2009, 94; *Brüning*, ZJS 2009, 300; *dies.*, ZJS 2015, 535; *dies.*, ZJS 2016, 781.

⁷ BGH NJW 2016, 2434 (2435); *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 263 Rn. 36; *Satzger*, Jura 2009, 518 (521).

⁸ Für Kreditverträge: BGH NSTZ 2013, 711 (712).

⁹ BGH NJW 2012, 2370 (2371).

¹⁰ *Fischer*, StraFo 2008, 269 (271); *Brüning*, ZJS 2009, 300 (301).

¹¹ *Becker*, in: Fischer u.a. (Hrsg.), Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens, 2015, S. 273 (276).

¹² BVerfG NJW 2010, 3209. Ausführlich dazu bereits *Brüning*, ZJS 2016, 781 f.

¹³ BVerfG NJW 2010, 3209 (3215 Rn. 115).

¹⁴ BGHSt 16, 321.

¹⁵ So der amtliche Leitsatz in BGHSt 16, 321.

Man spricht in diesen Fällen vom sog. individuellen Schadenseinschlag. Damit stellt sich die Frage, ob die vom BVerfG im Jahr 2010 ausdrücklich postulierte objektive, marktorientierte und damit wirtschaftliche Methode der Schadensberechnung¹⁶ weiterhin für die normativ ausgerichtete individuelle Schadensbegründung Raum lässt.

Zu betonen ist zunächst, dass der BGH bereits in der Melkmaschinenentscheidung die mit dem individuellen Schadenseinschlag zum Ausdruck kommende Subjektivierung durch eine objektivierende Perspektive begrenzt hat.¹⁷ Der BGH hat seinerzeit in Anlehnung an das RG¹⁸ hervorgehoben, dass es nicht darauf ankomme, ob der Getäuschte sich getäuscht fühle. „Vielmehr ist entscheidend, ob dieser die Sache nach der Auffassung eines sachlichen Beurteilers nicht oder nicht in vollem Umfange für den von ihm vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise verwenden kann.“¹⁹

In Fällen, in denen Geschäftsmodelle auf einem Schneeballsystem beruhten und Finanzprodukte als risikofreie Anlage angegeben wurden, hat der BGH grundsätzlich einen Gefährdungsschaden bejaht.²⁰ Bei der Bestimmung der Schadenshöhe hat das Gericht aber darüber hinaus auf die Grundsätze des persönlichen Schadenseinschlags zurückgegriffen und einen Vermögensschaden in Höhe der gesamten Anlage summe angenommen. Zur Begründung wurde geltend gemacht, dass der Anleger ein „aliud“ ohne wirtschaftlichen Wert erworben hätte, und zwar einen wertlosen Rückzahlungsanspruch statt einer risikofreien Geldanlage.²¹

Im Jahr 2014 hat der 5. Strafsenat des BGH in zwei Beschlüssen Zweifel geäußert, „ob die Rechtsfigur des persönlichen Schadenseinschlags angesichts der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nach der normative Gesichtspunkte bei der Bewertung von Schäden zwar eine Rolle spielen, die wirtschaftliche Betrachtung allerdings nicht überlagern oder verdrängen dürfen“²², weiterhin uneingeschränkt angewendet werden könne. Letztlich hielt der 5. Strafsenat des BGH die Frage nicht für entscheidungsrelevant, da in beiden Entscheidungen bereits im Wege der objektiven Schadensbestimmung ein Negativsaldo festzustellen war. Das Gericht hat klargestellt, dass die objektive Schadensermittlung im Wege des Saldierungsprinzips Vorrang vor der Schadensfeststellung im Wege des individuellen Schadenseinschlags hat. „Vorrangig ist [...] stets zunächst der sich aus dem Vergleich des Vermögens vor und nach der Verfügung [...] ergebende Saldo zu ermitteln. Nur soweit sich hiernach kein Negativsaldo ergibt, kann bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte in einem zweiten Schritt zu prüfen sein, ob im Hinblick auf eine weitgehende Beeinträchtigung

der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit gleichwohl unter dem Aspekt des persönlichen Schadenseinschlags ein Vermögensnachteil anzunehmen ist.“²³ Letzteres scheidet aus, sofern der vom Getäuschten mit dem Anlageprodukt erworbene Anspruch einen realisierbaren Geldwert aufweise.²⁴ Im Ergebnis hat der 5. Strafsenat des BGH die „aliud“-Rechtsprechung damit aufgegeben.²⁵

III. Die Entscheidung

Die Revision des Angeklagten gegen das erstinstanzliche Urteil wird als unbegründet durch Beschluss verworfen und damit eine Betrugsstrafbarkeit bejaht.

Der 3. Strafsenat geht davon aus, dass die Kaufpreiszahlung für die Photovoltaikmodule und Zubehörteile im vorliegenden Fall die Vermögensverfügung begründet. Die dadurch eingetretene Vermögensminderung habe zu einem Vermögensschaden geführt. So dann führt das Gericht aus: „Selbst wenn diese – was die Strafkammer offen gelassen hat – Eigentum an den Gegenständen erlangt hätten, wäre deren Wert nicht mit den Kaufpreiszahlungen zu saldieren gewesen: Bei der zur Bestimmung des Vermögensschadens stets gebotenen Gesamtsaldierung ist auch der subjektive Wert des Erlangten für den Verletzten zu berücksichtigen. Ist nach dem Urteil eines objektiven Dritten eine (möglicherweise objektiv werthaltige) Gegenleistung des Täuschenden bei normativer Betrachtung unter Berücksichtigung der individuellen und wirtschaftlichen Bedürfnisse und Verhältnisse des Geschädigten sowie der von ihm verfolgten Zwecke subjektiv wertlos, begründet dies einen Vermögensschaden in voller Höhe des zur Erlangung der Gegenleistung Aufgewandten (sog. persönlicher Schadenseinschlag). [...] Insofern kann als Schaden die gesamte Leistung des Geschädigten anzusehen sein, wenn die Gegenleistung nicht oder nicht in vollem Umfange zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck brauchbar ist und er sie auch nicht in anderer zumutbarer Weise verwenden, namentlich ohne besondere Schwierigkeiten wieder veräußern kann.“ Das Gericht geht auf dieser Grundlage davon aus, dass ein Vermögensschaden im vorliegenden Fall deswegen angenommen werden muss, weil der vertraglich vorgesehene Zweck nicht erreicht werden konnte. Dieser habe darin bestanden, die Photovoltaikmodule im Rahmen eines langfristigen Vertrages zu verpachten. Dazu sei es nicht gekommen, weil der Täter die hierfür erforderlichen Bedingungen nicht geschaffen hätte. Eine anderweitige zumutbare Verwendung der Module sei nicht in Betracht gekommen. Im Übrigen weist das Gericht ausdrücklich darauf hin, dass nach dem Aufbau der Anlagen diese nur noch mit erheblichen Verlusten zu veräußern gewesen seien.

¹⁶ *Teixeira*, ZJS 2016, 307 m.w.N. in Fn. 8.

¹⁷ Vgl. dazu auch *Schilling*, NStZ 2018, 316 (320).

¹⁸ RGSt 16, 1 (9).

¹⁹ BGHSt 16, 321 (326).

²⁰ BGH NStZ 2000, 376 (377); BGH NStZ 1996, 191; BGH wistra 1991, 307.

²¹ BGHSt 51, 10 (15 f.); 53, 199 (204 f.); BGH NStZ-RR 2006, 206 (207).

²² BGH NStZ 2014, 318 (320); BGH NStZ 2014, 518 (519).

²³ BGH NStZ 2014, 518 (519).

²⁴ BGH NStZ 2014, 518 (519); vgl. auch *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 812.

²⁵ Vgl. auch *Schmidt*, NJW 2015, 284 (286); *Schlösser*, HRRS 2014, 395 (400).

IV. Bewertung der Entscheidung

Der 3. *Strafsenat* bejaht das Vorliegen eines Vermögensschadens und insgesamt eine Strafbarkeit wegen vollendeten Betruges. Für dieses Ergebnis spricht viel, die Begründung vermag allerdings nicht zu überzeugen. Sie gleicht eher einer „carte blanche“ für jegliche Normativierungstendenzen im Bereich der Schadensdogmatik.

Völlig außer Acht bleibt in dem hier zu besprechenden Beschluss, dass es sich um einen komplexen Fall des Anlagebetrugs handelt, der grundsätzlich einen Gefährdungsschaden begründet. Im vorliegenden Fall besteht eine Besonderheit darin, dass die durch Zahlung des Investitionsprodukts (Photovoltaikanlagen) eingetretene Vermögensminderung nicht ausschließlich durch einen Anspruch auf Zahlung von Pachtzinsen ausgeglichen werden sollte, sondern darüber hinaus auch noch durch den Eigentumserwerb an den Anlagen. Eine Schadensberechnung auf der Grundlage des Saldierungsprinzips setzt damit einen Wertvergleich des gezahlten Investitionspreises mit den vereinbarten Pachtzinsen und der Werthaltigkeit der erworbenen Anlagen voraus.

Der Anspruch auf Pachtzinsen betrifft in der Zukunft liegende Zahlungsströme. Dabei kann die negative Zukunftserwartung im Sinne eines Zahlungsausfalls bereits gegenwärtig das Vermögen mindern und damit einen Gefährdungsschaden begründen.

Der 3. *Strafsenat* greift aber mit einer unerschrockenen Selbstverständlichkeit auf die Rechtsfigur des persönlichen Schadenseinschlags zurück, ohne zuvor die Vermögensmassen vor und nach der Verfügung verglichen zu haben. Für die Schadensbegründung stellt das Gericht ausschließlich darauf ab, dass die erworbene Gegenleistung des Geschädigten für die von ihm verfolgten Zwecke subjektiv wertlos sei. Eine Werthaltigkeit der zweckwidrigen Gegenleistung hat das Gericht nicht ermittelt.

Damit widerspricht der vorliegende Beschluss des 3. *Strafsenates* den grundlegenden Ausführungen des 5. *Strafsenates* aus dem Jahr 2014, der postulierte, dass die objektive Schadensermittlung im Wege des Saldierungsprinzips Vorrang vor der Schadensfeststellung im Wege des individuellen Schadenseinschlags hat. In der hier zu besprechenden Entscheidung geht das Gericht – ohne dies jedoch zu diskutieren – offenbar mit einer im Schrifttum vertretenen Ansicht²⁶ davon aus, dass bei der Schadensfeststellung das objektive (wirtschaftliche) Saldierungsprinzip gleichrangig neben der subjektiven (normativen) Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags steht. Der vorliegende Beschluss ergeht daher nach einer Art „Rolle rückwärts“ und macht im Ergebnis die sog. „aliud“-Rechtsprechung wieder fruchtbar, allerdings ohne dies überhaupt offen zu legen.

Das BVerfG verlangt jedoch, dass bei der Schadensfeststellung wirtschaftliche Erwägungen nicht von normati-

ven Gesichtspunkten überlagert werden dürfen.²⁷ Daher ist es zweifelhaft, ob sich die vom 3. *Strafsenat* favorisierte Gleichrangigkeit von wirtschaftlichen und normativen Kriterien mit den Forderungen des BVerfG in Einklang bringen lässt.

Zuzugeben ist zwar, dass eine strikte Unterscheidung zwischen rein wirtschaftlichen und rein normativen Bewertungskriterien nicht möglich ist.²⁸ Ein strikter wirtschaftlicher Maßstab verkennt, dass das Vermögen vor allem Handlungspotenziale schafft und niemand Vermögen sammelt, weil er sich nur an dessen Existenz erfreut, von *Molièrs Harpagon* und *Dagobert Duck* einmal abgesehen. Maßstab für den Vermögensschaden ist also nicht allein der kapitalkumulierende homo oeconomicus, sondern auch der homo consumptus der seine Finanzmittel für bestimmte Ziele verwendet.²⁹ Insoweit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass das Vermögen gerade wegen der damit verbundenen Handlungspotenziale schützenswert ist. Damit einher geht die Annahme, dass der Wert des Vermögens in Relation zum Vermögensträger steht.³⁰

Daher spricht zwar viel dafür, dass die Werthaltigkeit einer Vermögensposition von der Person des Vermögensträgers abhängt.³¹ Allerdings darf auch nicht unberücksichtigt bleiben, wenn ein für den Vermögensträger nutzloser Gegenstand einen realisierbaren Geldwert erzielen kann.³² Denn in diesem Fall ist das wirtschaftliche Handlungspotenzial nicht geschwächt. Dies entspricht im Ergebnis auch der Rechtsprechung des 5. *Strafsenates*.

Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass der Anspruch auf Zahlung der Pachtzinsen jedenfalls minderwertig ist und ein (Gefährdungs-)Schaden damit eingetreten ist. Dies gilt auch für die Investoren, die Pachtzinszahlungen erhielten. Entscheidend ist dabei, dass es sich bei diesem Zahlungsrückfluss nicht um die beanspruchte Gegenleistung handelte, jedenfalls dann nicht, wenn die Zahlungen aus den nachströmenden Geldern neuer Anleger bezahlt wurden. Insoweit handelt es sich um eine Art Ersatzleistung, die bei der Gesamtsaldierung nicht berücksichtigt werden darf.³³

Im vorliegenden Fall bestand jedoch die Möglichkeit, die Photovoltaikanlagen – wenn auch mit großen Verlusten – zu veräußern.³⁴ Das bedeutet, dass man auf dem Markt einen realisierbaren Preis hätte erzielen können. Damit aber betrug der Wert der Anlagen jedenfalls nicht „Null“. Der 3. *Strafsenat* hat aber mit Hilfe der Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags bei der Feststellung der Schadenssumme das Risiko dem realisierten Schaden gleichgesetzt, indem er – wie bei der „aliud“-Rechtsprechung – die Gegenleistung trotz

²⁷ BVerfG NJW 2010, 3209 (3215 Rn. 115).

²⁸ Hefendehl (Fn. 24), § 263 Rn. 406; Kasiske, NZWiSt 2016, 302 (306); Kindhäuser/Nikolaus, JuS 2006, 293 (296).

²⁹ Teixeira, ZIS 2016, 307 (313); dazu auch Samson, JA 1978, 625.

³⁰ Ceffinato, NZWiSt 2015, 90 (94).

³¹ Hefendehl (Fn. 24), § 263 Rn. 800.

³² Hefendehl (Fn. 24), § 263 Rn. 812.

³³ Vgl. zu einem anderen „Schneeballkonstrukt“ Brüning, ZJS 2009, 300 (303); Becker, NSTZ 2016, 409 (411).

³⁴ Jäger, JA 2018, 949 (951).

²⁶ Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 263 Rn. 257; Schmidt, NJW 2015, 284 (286); Rose, wistra 2009, 289 (293), der davon ausgeht, dass ein Tatgericht zunächst den Schaden nach den Kriterien des persönlichen Schadenseinschlags bewerten sollte.

ihrer Werthaltigkeit nicht berücksichtigt hat. Dies aber ist ein reiner Wertungsakt³⁵ ohne jedwede objektiv-wirtschaftliche Grundlage.³⁶

Im Ergebnis macht die Entscheidung deutlich, dass die Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags zu einer nicht mehr hinnehmbaren Normativierung des Schadens führt, die offenkundig mit bilanziellen Kriterien konfligiert.³⁷

V. Fazit und Ausblick

Der Betrug gem. § 263 StGB gehört zu den klausur- und examenstrichtigsten Themen, und zwar sowohl in der Pflichtfach- als auch in der wirtschaftsstrafrechtlichen Schwerpunktprüfung. Für Studierende sind Kenntnisse der Schadensdogmatik unabdingbar. Der vorliegende Beschluss macht deutlich, dass die Debatte weder über die Rechtsfigur des Gefährdungsschadens und noch weniger über die Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags beendet ist, auch wenn der 3. Strafsenat diese gar nicht geführt hat. Dies zeigt einmal mehr, dass in Entscheidungen oftmals mehr „Musik“ enthalten ist, als der erste Anschein vermuten lässt.

Prof. Dr. Janique Brüning, Kiel

³⁵ Schlösser, HRRS 2014, 395 (399).

³⁶ Kritisch auch Trüg, in: Fischer u.a. (Fn. 11), S. 217 (220).

³⁷ Jäger, JA 2018, 949 (951).

Entscheidungsbesprechung

Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit sog. „IS-Heimkehrerinnen“

1. Eine mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung besteht in einer Förderung des Vereinigungszwecks von innen. Die dafür notwendige Mitgliedschaft in der terroristischen Vereinigung setzt eine gewisse formale Eingliederung in die Organisation voraus. Sie kann nicht einseitig erfolgen, sondern verlangt ein einvernehmliches internes Mitwirken.

2. Die formale Eingliederung in eine terroristische Vereinigung setzt keinen förmlichen Beitritt voraus. Vielmehr kann die einvernehmlich erfolgende Beteiligung an den Aktivitäten der Organisation, die über das bloße familiäre Zusammenleben im „Kalifat“ hinausgeht, die mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung begründen.

3. Die Unterstützung einer terroristischen Vereinigung besteht in der objektiv vorteilhaften Förderung des Vereinigungszwecks durch ein Nichtmitglied von außen. Sie liegt vor, wenn die Aktionsmöglichkeiten der Organisation oder ihre Zwecksetzung positiv beeinflusst werden und dadurch die Gefährlichkeit der Organisation gefestigt wird.

4. Allein das familiäre Zusammenleben einer IS-Sympathisantin mit einem IS-Mitglied, die Wahrnehmung „häuslicher Pflichten“ und das Austragen und die Betreuung von Kindern begründen keine eigene Mitgliedschaft in der terroristischen Vereinigung. Auch genügen diese Verhaltensweisen allein nicht den Voraussetzungen einer strafbaren Unterstützung einer terroristischen Vereinigung durch Gewährung eines vereinigungsbezogenen Vorteils.

(Leitsätze der Verf.)

StGB §§ 89a, 89b, 89c, 129a, 129b

BGH, Beschl. v. 22.3.2018 – StB 32/17¹

BGH, Beschl. v. 28.6.2018 – StB 11/18²

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in BGH NSStZ-RR 2018, 206 und in GSZ 2018, 198 m. Anm. Paul; siehe auch BeckRS 2018, 9628 und online abrufbar unter juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=8f54ad77822ff39b4998cfe29ac86189&nr=83984&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf. (21.3.2019).

² Die Entscheidung ist abgedruckt in BGH NSStZ-RR 2018, 369; siehe auch BeckRS 2018, 16466 und online abrufbar unter juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=ff05a4034cc487bc8e830982bf147eb5&nr=86059&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf. (21.3.2019).

I. Sachverhalte und Entscheidungen

1. Sachverhalt 1 – BGH, Beschl. v. 22.3.2018 – StB 32/17

Die Beschuldigte war am 1.3.2016 zusammen mit ihrem Partner B, mit dem sie bereits seit 2015 nach muslimischem Recht verheiratet war, aus Deutschland ausgereist. Ab Mitte/Ende März 2016 bis zu ihrer Festnahme im August 2017 hatte sie mit B in vom IS kontrollierten Gebieten Syriens gelebt. Das familiäre Zusammenleben im „Kalifat“ war so gestaltet, dass die Beschuldigte für den Haushalt zuständig war, während B als Krankenpfleger tätig war. B erhielt von IS monatliche Zahlungen, die auch einen „Familienzuschlag“ für die Beschuldigte umfassten. Am 2.11.2016 wurde ihr gemeinsamer Sohn geboren, dessen Betreuung die Beschuldigte übernahm. Nach der Geburt des Kindes hatte die Beschuldigte zusammen mit B angesichts der Sicherheitslage mehrfach ihren Aufenthaltsort gewechselt, bis beide sich Mitte August 2017 in von der „Peschmerga“³ kontrolliertes Gebiet begaben und dort festgenommen wurden. Zu diesem Zeitpunkt war die Beschuldigte wieder schwanger.

Der Generalbundesanwalt hatte gegen die Beschuldigte einen Haftbefehl beim Ermittlungsrichter beim BGH beantragt. Er sah in den durch die Beschuldigte verrichteten Tätigkeiten im Haushalt ebenso wie in den beiden Schwangerschaften und der Erziehung des im November 2016 geborenen Kindes im Einklang mit der IS-Ideologie eine mitgliedschaftliche Betätigung in der ausländischen terroristischen Vereinigung des IS. Zur Begründung führte er aus, dass die Führung des Haushalts und die Betreuung der gemeinsamen Kinder dem im IS herrschenden Rollenverständnis entspreche und dass insbesondere in der „Geburt eines Kindes im Herrschaftsgebiet des IS“ wie auch der zweiten Schwangerschaft ein „aktiver mitgliedschaftlicher Beitrag“ zur personellen Stärkung eines „Staatsvolkes“ der Terrororganisation liege. Die Mitgliedschaft der Beschuldigten im IS sei insbesondere dadurch deutlich gewesen, dass sie als „allein schon sprachlich deutlich erkennbare Ausländerin“ auf dem Gebiet des Kalifats entsprechend der dort herrschenden Regeln gelebt und damit eine „Art Repräsentationsaufgabe“ wahrgenommen habe.⁴

Der Ermittlungsrichter hatte diese Einschätzung des Generalbundesanwalts nicht geteilt und deshalb den Antrag auf Erlass eines Haftbefehls mangels hinreichenden Tatverdachts abgelehnt. Hiergegen hatte der Generalbundesanwalt Beschwerde eingelegt, § 304 Abs. 5 StPO.

2. Entscheidung 1

Der BGH wies die Beschwerde mit Beschluss vom 22.3.2018 zurück. Der mitgeteilte Sachverhalt begründe aus rechtlichen Gründen keinen dringenden Tatverdacht für eine mitgliedschaftliche Beteiligung der Beschuldigten am IS. Unabhängig davon, ob man dem zur überwiegenden Tatzeit geltenden, etwas restriktiveren Vereinigungsbegriff der damaligen Rechtsprechung folge, oder ob man den weiteren Vereinigungsbegriff des seit Inkrafttreten des 54. Gesetzes zur Änderung

³ Kurdische Sicherheitskräfte, die Gegner der IS-Kämpfer.

⁴ BGH NSStZ-RR 2018, 206.

des StGB vom 17.7.2017⁵ geltenden § 129 Abs. 2 StGB anwende, seien jedenfalls die Voraussetzungen einer Mitgliedschaft in der terroristischen Vereinigung durch den dargelegten Sachverhalt nicht erfüllt. Allein die Tatsache, dass die Beschuldigte dem B in das Kalifat gefolgt war, dort mit ihm zusammengelebt und eine Familie gegründet habe, könne den Tatbestand der mitgliedschaftlichen Betätigung in der Vereinigung nicht begründen. Hierfür sei notwendig, dass die Beschuldigte in gewisser Weise formal in die Vereinigung eingegliedert sei und daher die Vereinigungszwecke von innen heraus fördere. Das aber sei für die Beschuldigte nicht anzunehmen. Dass B einen Familienzuschlag erhalten habe, könne nicht als Zuwendung an die Beschuldigte persönlich im Sinne eines Entgelts für vereinigungsbezogene Förderungsleistungen interpretiert werden. Auch sei darin keine Zustimmung seitens der Vereinigung zu einer formalen Eingliederung der Beschuldigten in die Organisation und deshalb auch keine Mitgliedschaft zu sehen. Mangels einer Wahrnehmung von Propaganda- oder Verwaltungstätigkeiten für die Vereinigung sei auch aus der Tatsache, dass die Beschuldigte als „deutlich erkennbare Ausländerin“ im Einklang mit den Regeln des IS gelebt habe, keine organisationsbezogene Repräsentationsfunktion für die terroristische Vereinigung abzuleiten.

Auch für eine Unterstützung der Vereinigung im Sinne des § 129a V StGB seien keine hinreichenden Anhaltspunkte erkennbar. Die Unterstützung setze eine für die Vereinigung als solche objektiv nützliche Förderungshandlung voraus. Das sei weder für die Haushaltsführung noch für die Geburt und Betreuung des gemeinsamen Kindes anzunehmen. Inwieweit das bloße familiäre Zusammenleben die Vereinigungszwecke konkret gefördert haben sollte, sei aus dem dargelegten Sachverhalt nicht erkennbar.

Außerdem, so der *Senat*, sei auch eine auf konkrete Betätigungshandlungen des B im Rahmen seiner Mitgliedschaft bezogene Unterstützungshandlung der Beschuldigten nicht dargelegt. Weder seien physische Hilfeleistungen zu konkreten organisationsbezogenen Handlungen des B erkennbar, noch seien Anhaltspunkte für psychische Unterstützungsleistungen im Sinne einer Bestärkung seines Entschlusses zur Mitgliedschaft in der Vereinigung dargelegt.

Insgesamt kommt der *Senat* damit zu dem Schluss, dass allein das freiwillige familiäre Alltagsleben einer mit dem IS sympathisierenden Partnerin eines IS-Mitglieds im Herrschaftsbereich des sogenannten Kalifats keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine strafbare Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung aufweise.

3. Sachverhalt 2 – BGH, Beschl. v. 28.6.2018 – StB 11/18

Auch in diesem Sachverhalt geht es um die Entscheidung des Ermittlungsrichters beim BGH über den Erlass eines Haftbefehls gegen eine Beschuldigte wegen ihres Verhaltens in einem vom IS kontrollierten Gebiet in Syrien. Die Beschuldigte war im Dezember 2013 (allein) in das Herrschaftsgebiet des IS in Syrien ausgereist. Dort hatte sie direkt nach ihrer Ankunft den ihr bislang unbekanntem „IS-Kämpfer“ Ay ge-

heiratet, der ihr von der Organisation vermittelt worden war. In der folgenden Zeit lebte die Beschuldigte mit Ay und den beiden zwischenzeitlich geborenen Kindern in verschiedenen, vom IS kontrollierten Gebieten in Syrien und im Irak. Der IS bezahlte den Eheleuten monatlich einen Betrag von 100 \$ und wies ihnen verschiedene Wohnungen zu, die sie mietfrei bewohnten.

Die Beschuldigte hatte während ihres Aufenthalts in Syrien und dem Irak in verschiedenen Internet-Blogs und auf einem Telegram-Account geäußert, Muslime seien aus religiösen Gründen verpflichtet, aus dem Gebiet der Ungläubigen in vom IS kontrolliertes Gebiet überzusiedeln. Gleichgesinnte Europäer forderte sie deshalb auf, ihrem Beispiel zu folgen. Außerdem zeigte die Beschuldigte wiederholt die von ihr getragenen Waffen und berichtete von ihrer Bereitschaft, Sprengstoffgürtel zu tragen und gegebenenfalls auch etwaige Gegner damit anzugreifen. Schließlich rechtfertigte sie durch den IS verwirklichte Enthauptungen und ließ sich von ihrem Ehemann zu solchen Enthauptungen führen. Die Blogbeiträge der Beschuldigten wurden vom IS überwacht, teilweise auch untersagt.

Nachdem Ay bei Kämpfen umgekommen war, lebte die Beschuldigte noch etwa acht Monate in einem Frauenhaus des IS und sollte erneut mit einem IS-Kämpfer verheiratet werden. Im September 2017 wurde sie allerdings von kurdischen Sicherheitskräften verhaftet.

Der Ermittlungsrichter beim BGH hatte einen durch den Generalbundesanwalt gestellten Antrag auf Erlass eines Haftbefehls gegen die Beschuldigte wegen des Verdachts der mitgliedschaftlichen Betätigung für eine ausländische terroristische Vereinigung abgelehnt. Die hiergegen vom Generalbundesanwalt eingelegte Beschwerde hatte Erfolg.

4. Entscheidung 2

Der BGH entschied durch Beschluss vom 28.6.2018, die Beschuldigte sei wegen des dringenden Verdachts der Beteiligung als Mitglied einer terroristischen Vereinigung im Ausland gem. §§ 112 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2, 114, 125 Abs. 1, 169 Abs. 1 S. 2 StPO in Untersuchungshaft zu nehmen. Anders als im ersten Sachverhalt bejahte der BGH hier den dringenden Tatverdacht einer betätigten Mitgliedschaft der Beschuldigten in der terroristischen Vereinigung IS im Ausland. Eine einvernehmliche Aufnahme der Beschuldigten in die Vereinigung leitete der *Senat* daraus ab, dass die Beschuldigte allein in das Hoheitsgebiet des IS eingereist war, dort auf Vermittlung des IS einen seiner Kämpfer geheiratet hatte und während ihrer gesamten Aufenthaltszeit nicht nur den Anweisungen ihres späteren Ehemanns, sondern auch anderer IS-Befehlshaber Folge geleistet hatte. Als betätigte Mitgliedschaft wertete der BGH die Einträge in den verschiedenen Internet-Blogs und auf dem Telegram-Account sowie die erklärte Bereitschaft, einen Anschlag durch Zünden eines Sprengstoffgürtels zu verüben.

Der Unterschied zum ersten Sachverhalt liegt hier in den geschilderten Tätigkeiten, die über das bloße Alltagsleben der Gefährtin eines IS-Kämpfers hinausgingen. Die Beschuldigte hatte sich erwiesenermaßen nicht darauf beschränkt, das Rollenbild der für Haushalt und Nachwuchs zuständigen Frau

⁵ BGBl. I 2017, S. 2440.

im Kalifat auszufüllen. Sie hatte darüber hinaus auch aktiv Propaganda-Tätigkeiten für den IS erfüllt und außerdem ihre Bereitschaft zur Verwirklichung konkreter Körperverletzungs- oder Tötungsdelikte gegen „Gegner“ zum Ausdruck gebracht. Im Hinblick auf die gleichzeitig erfolgte Ausfüllung der Mutterrolle und die Verrichtung „häuslicher Pflichten“ führt der BGH klarstellend aus, dass hierdurch der dringende Tatverdacht hinsichtlich der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung „nicht wieder entfallt“.⁶

Die Entscheidungen bieten eine gute Gelegenheit zur genaueren Auseinandersetzung mit dem materiellen deutschen Terrorismusstrafrecht. Terrorismusbezogene Straftaten finden sich einerseits in §§ 129a, 129b StGB, andererseits in §§ 89a–89c StGB.

II. Einführung: Zur Systematik terroristischer Straftaten im deutschen Strafrecht

Das Kriminalitätsphänomen des Terrorismus an sich ist im deutschen Strafrecht nicht gesondert definiert. Der Terrorismusbegriff des deutschen Rechts lässt sich nur mittelbar aus den Normen in §§ 129a i.V.m. 129 StGB einerseits und § 89a Abs. 1 S. 2 StGB andererseits ableiten.

Entscheidend für die *terroristische* Vereinigung im Sinne des § 129a StGB ist die Verfolgung eines bestimmten Vereinigungszwecks: Richtet er sich auf die Begehung der in § 129a Abs. 1 StGB abschließend aufgezählten besonders schweren Straftaten nach §§ 211, 212, 239a, 239b StGB sowie §§ 6–12 Völkerstrafgesetzbuch, so ergibt sich aus dieser Zwecksetzung bereits die Einordnung der Vereinigung als terroristisch. Wegen des besonders hohen Unrechtsgehalts der Bezugstaten ist weder erforderlich, dass mit ihrer Verwirklichung eine spezielle, über die Begehung hinausreichende terroristische Zwecksetzung verfolgt wird, noch dass die bezweckte Tat eine besondere Eignung zur Einschüchterung der Bevölkerung aufweist.⁷

Auch bei terroristischen Vereinigungen im Sinne des § 129a Abs. 2 StGB liegt der Vereinigungszweck in der Begehung abschließend aufgezählter spezifischer Katalogtaten.⁸ Sie weisen aber allesamt einen geringeren Unrechtsgehalt auf als diejenigen des Abs. 1. Deswegen müssen sie mit einer besonderen Bestimmung verknüpft sein und darüber hinaus die Eignung aufweisen, einen erheblichen Schaden zu verursachen, um als Bezugstaten einer terroristischen Vereinigung zu gelten: Die Katalogtat(Begehung) muss dazu bestimmt sein, „die Bevölkerung auf erhebliche Weise einzuschüchtern, eine Behörde oder eine internationale Organisation rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt zu nötigen oder die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beseitigen oder erheb-

lich zu beeinträchtigen“. Weiterhin muss die geplante Verwirklichung der Katalogtat geeignet sein, „durch die Art ihrer Begehung oder ihre Auswirkungen einen Staat oder eine internationale Organisation erheblich“ zu schädigen, § 129a Abs. 2 Hs. 3 und 4 StGB. Dabei soll es ausreichend sein, wenn nur eine der bezweckten Taten die spezifisch terroristische Zielsetzung aufweist oder wenn diese Zielsetzung erst durch mehrere geplante Taten in ihrer Kombination verfolgt werden soll.⁹ Auch bei den Katalogtaten des § 129a Abs. 2 StGB ist die Eigenschaft als terroristische Tat nicht etwa an die Verfolgung eines *politischen* Ziels geknüpft, sondern die Zwecksetzung wird auf eine bestimmte Eignung der Katalogtat – zur Einschüchterung und Schadensverursachung – reduziert.¹⁰

§ 129a Abs. 3 StGB lässt es für eine terroristische Vereinigung sogar ausreichen, wenn der Vereinigungszweck sich lediglich auf die *Androhung* von Katalogtaten nach den Abs. 1 und 2 richtet.

Durch die im Jahr 2002 erfolgte Einführung des § 129b StGB¹¹ wurde der Anwendungsbereich der Vereinigungsstrafataten des § 129a StGB auf ausländische terroristische Straftaten erstreckt, wobei auch insoweit die Voraussetzungen des deutschen Strafanwendungsrechts in §§ 3 ff. StGB – jedenfalls überwiegend – zu berücksichtigen sind.¹²

Insgesamt enthält § 129a StGB eine *Organisationsstrafat*,¹³ die sich nicht etwa auf bereits verwirklichte, sondern auf das Vorfeld künftig bezweckter Taten bezieht. Hierfür reicht das reine „Projektstadium“ aus – es ist nicht erforderlich, dass die Vereinigungsmitglieder bereits konkrete Versuchshandlungen vorgenommen haben.¹⁴ Die Organisationsdelikte dienen nach der herrschenden Ansicht dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und staatlichen Ordnung¹⁵ und bilden abstrakte Gefährdungsdelikte im Vorfeld drohender Rechtsverletzungen.¹⁶ Von entscheidender Bedeutung sind in diesem Zusammenhang die besonderen strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen, die den Strafverfolgungsorganen ge-

⁹ BGH NStZ-RR 2006, 267–269.

¹⁰ Kritisch insoweit *Weigend*, in: Griesbaum/Schnarr/Hannich (Hrsg.), Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag, 2006, S. 151 (163).

¹¹ 34. StrafrechtsänderungsG v. 29.8.2002, BGBl. I 2002, S. 1962.

¹² Näher hierzu Fn. 26.

¹³ *Federle*, ZStW 110 (1998), 767 (792); *Schäfer* (Fn. 7), § 129 Rn. 5.

¹⁴ *Weigend* (Fn. 10), S. 151 (164).

¹⁵ BGHSt 41, 47 (51, 53); *Federle*, ZStW 110 (1998), 767 (792); *Schäfer* (Fn. 7), § 129a Rn. 1; *Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 129a Rn. 1, § 129 Rn. 1; jeweils m.w.N.; a.A. *Ostendorf*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 129a Rn. 3, § 129 Rn. 5: Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes für die durch strafrechtliche Deliktstatbestände im Einzelnen geschützten Rechtsgüter.

¹⁶ *Schäfer* (Fn. 7), § 129 Rn. 4.

⁶ BGH NStZ-RR 2018, 369 (371) = BeckRS 2018, 16466, Rn. 19.

⁷ Vgl. *Schäfer*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 129a Rn. 42.

⁸ Z.B. Computersabotage, Brandstiftungsdelikte, Straftaten gegen die Umwelt, insgesamt über zwanzig Katalogtaten.

stattet werden, wenn der Verdacht einer terroristischen Vereinigung im Raume steht.¹⁷

Ergänzt werden die Organisationsdelikte der §§ 129a, 129b StGB durch die im Jahr 2009 eingeführten¹⁸ und im Jahr 2015 zuletzt ergänzten¹⁹ Delikte nach §§ 89a–89c StGB. Sie beziehen sich auf die Vorbereitung schwerer staatsgefährdender Gewalttaten durch Einzeltäter, d.h. ohne den für §§ 129a, 129b StGB charakteristischen Organisationsbezug. Angesichts der zunehmenden „Dezentralisierung organisatorischer Strukturen vor allem im militant-islamistischen Bereich“²⁰ hatte es der Gesetzgeber als notwendig erachtet, Strafvorschriften zur Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen terroristischer Einzeltäter (auch so genannter „Schläfer“) zu schaffen. Die Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat durch einen Einzeltäter weist allerdings für die Allgemeinheit einen geringeren Gefährdungsgrad auf als die Aktivitäten einer personell besser aufgestellten terroristischen Vereinigung. Außerdem kann sich ein Einzeltäter von einem einmal gefassten Anschlagsplan einfacher lösen, denn er unterliegt nicht der innerhalb einer organisatorisch verfestigten Vereinigung typischerweise herrschenden Gruppendynamik. Deshalb ist der Kreis der im Rahmen der §§ 89a–89c StGB abschließend aufgezählten Bezugsstaten deutlich enger als bei §§ 129a, 129b StGB. In §§ 89a–89c StGB geht es nur um die Vorbereitung von Taten nach §§ 211, 212, 239a, 239b StGB, die überdies einen spezifischen Staatsschutzbezug aufweisen müssen. Er besteht dann, wenn die vorbereitete Gewalttat staatsgefährdenden Charakter hat, weil sie „nach den Umständen bestimmt und geeignet (ist), den Bestand oder die Sicherheit eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beeinträchtigen oder Verfassungsgrundsätze der Bundesrepublik Deutschland zu beseitigen, außer Geltung zu setzen oder zu untergraben“. Berücksichtigt werden muss insoweit allerdings zweierlei: Zum einen kann nach dem Willen des Gesetzgebers eine Eignung der geplanten Tat zur Beeinträchtigung des inneren Staatsgefüges bereits dann angenommen werden, wenn der geplante Anschlag das Vertrauen der Bevölkerung in einen wirksamen staatlichen Schutz gegen schwere Gewalttaten zu beeinträchtigen vermag.²¹ Das allerdings

dürfte generell der Fall sein, wenn ein Anschlag erfolgreich durchgeführt wird. Es ist deshalb zweifelhaft, ob der Staatsschutzbezug neben der Anknüpfung an die Katalogtaten eine wirkliche Einschränkung der tatbestandlichen Reichweite der Norm begründet.²² Zum anderen verlangen §§ 89a–89c StGB keine Detailplanung der Gewalttat, sondern schon die Bestimmung des Deliktstyps soll ausreichen.²³ Die in §§ 89a–89c StGB als tatbestandsmäßige Vorbereitungshandlungen im Hinblick auf solche schweren staatsgefährdenden Gewalttaten in Betracht kommenden Verhaltensweisen sind sehr weit gespannt: Besondere Aufmerksamkeit hat die Kriminalisierung der (auch versuchten) Reisetätigkeit nach § 89a Abs. 2a StGB durch die Gesetzesergänzung im Jahr 2015 erfahren.²⁴ Strafbare Vorbereitungshandlungen sind aber auch das Besuchen eines „Terrorcamps“ zu Ausbildungszwecken (§ 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB), das Beschaffen von Waffen (§ 89a Abs. 2 Nr. 2 StGB), das Anbahnen von Kontakten zu Terrororganisationen (§ 89b Abs. 1 StGB), oder das Sammeln von Geldern zu terroristischen Zwecken, (§ 89c Abs. 1 StGB – wobei der Straftatenkatalog hinsichtlich der Terrorismusfinanzierung deutlich weiter ist als hinsichtlich der in § 89a StGB normierten Vorbereitungsdelikte).

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das deutsche Strafrecht auf terroristische Bedrohungslagen mit einer Vorverlagerung der Strafbarkeit weit in das Vorbereitungsstadium der zu vermeidenden terroristischen Anschläge reagiert hat – einerseits durch die terroristischen Organisationsdelikte, andererseits durch die Einführung der Vorfeldstraftaten in §§ 89a–89c StGB. Für beide Deliktsbereiche gilt, dass sie neben der Ermöglichung frühzeitiger Strafverfolgung vor allem auch die Legitimation zahlreicher strafprozessualer Ermittlungseingriffe bezwecken.

Besonders die Vorbereitungsdelikte der §§ 89a–89c StGB sind Gegenstand weitreichender Kritik in der Literatur.²⁵ Dennoch sollen diese Delikte hier nicht im Mittelpunkt stehen, denn die beiden zu besprechenden Entscheidungen würdigen das Verhalten der Täterinnen ausschließlich unter §§ 129a, 129b StGB. Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich deshalb ebenfalls auf die Organisationsstraftaten im Sinne der §§ 129a, 129b StGB.

¹⁷ *Federle*, ZStW 110 (1998), 767 (794); *Weigend* (Fn. 10), S. 151 ff. (152, 167); *ders.*, in: JICJ (4) 2006, S. 912–932 (912). Der Verdacht einer Straftat nach § 129a StGB legitimiert etwa Maßnahmen nach §§ 100a Abs. 1 Nr. 1, 100b Abs. 1, 100c Abs. 1 StPO. Erklärtes Ziel dieser und zahlreicher weiterer Ermächtigungsgrundlagen ist es, ein möglichst frühzeitiges Eingreifen in terroristische Organisationen zu ermöglichen, um die Verübung bezweckte, terroristischer Katalogtaten bereits im Vorfeld zu vereiteln.

¹⁸ Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung schwerer staatsgefährdender Gewalttaten v. 30.7.2009, BGBl. I 2009, S. 2437.

¹⁹ Änderungsgesetz zum Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung schwerer staatsgefährdender Gewalttaten v. 12.6.2015, BGBl. I 2015, S. 926.

²⁰ BT-Drs. 16/12428, S. 2, 12; siehe auch BGHSt 59, 218 (225 Rn. 16).

²¹ BT-Drs. 16/11735 v. 27.1.2009, S. 12; siehe auch BGHSt 62, 102 (109 Rn. 22).

²² Näher hierzu *Weißer*, ZStW 121 (2009), 131 (147 f.).

²³ BT-Drs. 16/11735 v. 27.1.2009, S. 12; BGHSt 62, 102 (105 Rn. 13).

²⁴ *Puschke*, NJW 2017, 2932 f.; *Zöller*, GA 2016, 90 (103 ff.) m.w.N.

²⁵ *Gazeas/Grosse-Wilde/Kießling*, NStZ 2009, 593 (601 ff.); *Puschke*, NJW 2017, 2932 f.; *Radtke/Steinsiek*, ZIS 2008, 383 (386 ff.); *Weißer*, ZStW 121 (2009), 131 (149, 153 ff.); *Zöller*, GA 2016, 90 (101 ff.); plakativ *Walter*, KJ 2008, 443: „Der Rechtsstaat verliert die Nerven“. Nach Ansicht der Rechtsprechung kann die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit der Normen durch eine verfassungskonforme Restriktion der subjektiven Tatseite erreicht werden. Notwendig sei hierfür der feste Entschluss des Täters zur künftigen Verwirklichung der Gewalttat, bedingter Vorsatz reicht demnach nicht aus. Vgl. hierzu BGHSt 59, 218 (239 f. Rn. 45).

III. Zusammenfassende Würdigung der beiden Entscheidungen

Bevor die einzelnen tatbestandlichen Merkmale in den folgenden Abschnitten 2.–4. einer näheren Analyse unterzogen werden, muss zunächst geklärt werden, ob deutsches Strafrecht überhaupt für die beiden Auslandssachverhalte zur Anwendung kommen kann.

1. Zur Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf die Auslandssachverhalte

Grundsätzlich handelt es sich bei Fragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von „IS-Heimkehrerinnen“ für ihr Verhalten in den vom IS kontrollierten Herrschaftsgebieten in Syrien und dem Irak um Auslandssachverhalte, für die die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts jenseits von § 3 StGB gesonderter Begründung bedarf.

Die Beschuldigte in Sachverhalt 2 ist deutsche Staatsangehörige. Für sie ergibt sich die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf Auslandstaten nach §§ 129a, 129b StGB aus § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB i.V.m. § 129b Abs. 1 S. 2 StGB.²⁶ Die Voraussetzung der Tatortstrafbarkeit nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB ist erfüllt, weil im syrischen Strafrecht die Beteiligung an Personenzusammenschlüssen mit terroristischen Zielen unter Strafe gestellt ist.²⁷ Vom Vorliegen der gem. § 129b Abs. 1 S. 3 StGB notwendigen Ermächtigung zur Verfolgung der Auslandstat durch das Bundesjustizministerium ist auszugehen.²⁸

²⁶ Es ist umstritten, ob § 129b Abs. 1 S. 2 StGB als Strafanwendungsregel die §§ 3 ff. StGB verdrängt, oder ob die strafanwendungsrechtlichen Voraussetzungen der §§ 3 ff. StGB neben den Voraussetzungen des § 129 Abs. 1 S. 2 erfüllt sein müssen (so die herrschende Ansicht in der Literatur, vgl. nur *Stein/Greco*, in: Wolter [Hrsg.], Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2018, § 129b Rn. 4; *Sternberg-Lieben/Schittenhelm* [Fn. 15], § 129b Rn. 3, jeweils m.w.N.; a.A. *Ostendorf* [Fn. 15], § 12b Rn. 9). BGH, Beschl. v. 6.10.2016 – AK 52/16, Rn. 37 tendiert dazu, § 129 Abs. 1 S. 2 StGB als spezielle Strafanwendungsvorschrift für ausländische terroristische Vereinigungen außerhalb der Europäischen Union zu interpretieren, durch die §§ 3 ff. StGB verdrängt werden. Die Frage wird aber ausdrücklich offengelassen; ebenfalls offen BGH NStZ-RR 2011, 199.

²⁷ Vgl. hierzu BGH, Beschl. v. 6.10.2016 – AK 52/16, Rn. 37.

²⁸ Das Erfordernis der ministeriellen Ermächtigung zur Verfolgung terroristischer Auslandstaten jenseits der EU dient dazu, außenpolitische Verstimmungen durch die Verfolgung von Auslandstaten zu vermeiden. Außerdem soll die Möglichkeit geschaffen werden, von der Verfolgung von Straftaten abzusehen, die (nur) im Tatortstaat als terroristisch gewertet werden, nach der nationalen politischen Einordnung aber eher als Befreiungsorganisationen anzusehen sind. Hier soll die Justiz davor bewahrt werden, politisch schwierige Entscheidungen treffen zu müssen. Die Entscheidung über die Erteilung der Ermächtigung ist vor diesem Hintergrund nicht justiziabel. Das Erfordernis der Ermächtigung wird im Schrifttum kritisch gesehen, weil sie die Verfolgung schwerwiegender Straftaten unter die Voraussetzung tagespolitischer

Über die Staatsangehörigkeit der Beschuldigten in Sachverhalt 1 enthält der Beschluss keine Angaben. Für den Fall, dass sie nicht deutsche Staatsangehörige sein sollte, ergeben sich die Voraussetzungen der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts aus § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB i.V.m. § 129b Abs. 1 S. 2 StGB. Es ist davon auszugehen, dass derzeit kein Auslieferungsverkehr mit Syrien erfolgt.²⁹ Die Beschuldigte wurde im Inland betroffen, § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB, womit zugleich die Voraussetzung des § 129b Abs. 1 S. 2 StGB erfüllt ist. Zur Tatortstrafbarkeit und der Ermächtigung durch das Bundesjustizministerium gilt das zu Fall 2 Ausgeführte entsprechend. Auch wenn die Beschuldigte also nicht deutsche Staatsbürgerin ist, ist für ihre Auslandstat damit deutsches Strafrecht anzuwenden.

2. Vereinigungsbegriff und betätigte Mitgliedschaft

Bis zum Inkrafttreten der Neuregelung des § 129 Abs. 2 StGB war der Begriff der (kriminellen oder terroristischen) Vereinigung nicht gesetzlich definiert.

a) Der Vereinigungsbegriff der Rechtsprechung bis zur Einführung des § 129 Abs. 2 StGB n.F. im Jahr 2017

Die Rechtsprechung hatte die Vereinigung definiert als „auf eine gewisse Dauer angelegter freiwilliger, organisatorischer Zusammenschluss von mindestens drei Personen, die bei Unterordnung des Willens des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit gemeinsame Zwecke verfolgen und unter sich derart in Beziehung stehen, dass sie sich als einheitlicher Verband fühlen“.³⁰ Eine Beteiligung als Mitglied setzte demnach nicht nur dessen formale Eingliederung in die Organisation, sondern auch seine Unterordnung unter einen dort gefassten einheitlichen Willen in einer Weise voraus, dass ein einheitlicher Verband entsteht. Eine förmliche Beitrittserklärung o.ä. ist zwar nicht erforderlich, die Eingliederung kann aber andererseits auch nicht einseitig erfolgen (etwa indem sich ein IS-Sympathisant entschließt, nach den Regeln des radikalen Islam zu leben). Der Täter muss mit Zustimmung der Organisation eine Stellung einnehmen, die ihn als Mitglied erkennbar macht und aus der er die Vereinigungszwecke von innen fördert.

Diese Voraussetzung wäre nur für die Beschuldigte im zweiten Sachverhalt gegeben. Sie hatte sich offensichtlich in die Organisation eingefügt – etwa, indem sie sich (mehrfach) einen Ehemann zuweisen ließ, Unterhaltszahlungen entgegennahm und sich auch Wohnungen zuweisen ließ, schließlich indem sie in einem „Frauenhaus“ mit anderen Witwen von IS-Kämpfern zusammenlebte. Während der gesamten Aufenthaltsdauer im IS-Gebiet befolgte sie zudem Anweisungen verschiedener IS-Befehlshaber.

Für die Beschuldigte im ersten Sachverhalt scheidet eine eigene Mitgliedschaft in der Vereinigung aus, weil aus dem Sachverhalt keine Anhaltspunkte dafür abgeleitet werden kön-

Entscheidungen stellt, vgl. nur v. *Bubnoff*, NJW 2002, 2672 (2675); *Kreß*, JA 2005, 220 (228); *Schäfer* (Fn. 7), § 129b Rn. 25; befürwortend jedoch *Altwater*, NStZ 2003, 179 (181 f.).
²⁹ Hierzu BGH, Beschl. v. 6.10.2016 – AK 52/16, Rn. 37.

³⁰ So z.B. BGHSt 54, 216 (221); 54, 69 (107 f.); 45, 26 (31).

nen, dass sie selbst aktiv am Verbandsleben teilgenommen hatte.

b) Der Vereinigungsbegriff seit Inkrafttreten des § 129 Abs. 2 StGB n.F.

Dieser von der Rechtsprechung konzipierte Vereinigungsbegriff galt zwar während des überwiegenden Tatzeitraums für die beiden zu beurteilenden Sachverhalte, heute ist er aber nicht mehr geltende Rechtslage: Die Definition der Vereinigung durch die deutsche Justizpraxis entsprach nämlich nicht vollständig den Vorgaben des EU-Rahmenbeschlusses zur organisierten Kriminalität 2008/841/JI v. 24.10.2008,³¹ sondern war restriktiver. Der Vereinigungsbegriff der deutschen Justizpraxis stand in der Kritik, weil er eine in gewisser Weise organisatorisch verfestigte einheitliche Willensbildung, eine „Gruppenidentität“ der Vereinigung, voraussetzte. Im Hinblick auf die notwendige Willensbildung unter Zurückstellung von Einzelmeinungen – das „Einfügen in einen einheitlichen Verband“ – wurde der Vereinigungsbegriff als zu restriktiv angesehen, weil er die schlichte Unterwerfung eines Einzelnen unter den autoritären Willen eines Anführers ohne Einbindung in einen organisationellen Verband gerade nicht erfasste. Damit blieb der Vereinigungsbegriff der deutschen Rechtspraxis hinter den Anforderungen des Unionsrechts zurück,³² was schließlich zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen Deutschland durch die EU-Kommission³³ führte. Der Gesetzgeber reagierte und fügte durch das 54. Strafrechtsänderungsgesetz vom 17.7.2017³⁴ eine dem Unionsrecht entsprechende Definition des Vereinigungsbegriffs in § 129 Abs. 2 StGB ein. Eine kriminelle Vereinigung ist seitdem als Zusammenschluss von mehr als zwei Personen zu verstehen, die ein übergeordnetes gemeinsames Interesse verfolgen. Der Zusammenschluss muss zwar „organisiert“ und vom Bestand und der Rollenverteilung seiner Mitglieder unabhängig sein, die Voraussetzung eines „einheitlichen Verbands“ oder eines „Gruppenwillens“ besteht aber gerade nicht. Dennoch weist der BGH ausdrücklich darauf hin, dass auch nach dem neuen Vereinigungsbegriff zumindest eine gewisse Organisationsstruktur notwendig sei, die aber nicht so ausgeprägt sein müsse, dass von einem einheitlichen Verband auszugehen sei.³⁵

Auch dieser weitere Vereinigungsbegriff wäre in beiden Sachverhalten für den IS als Organisation erfüllt. Für die Beschuldigte im zweiten Sachverhalt wäre auch nach diesem weiten Begriff eine Mitgliedschaft in der terroristischen Vereinigung wiederum gegeben – der aktuelle Vereinigungsbegriff ist ja weiter als der vormals von der Rechtsprechung angewandte.

³¹ Rahmenbeschluss 2008/841/JI des Rates v. 24.10.2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität, ABl. EU 2008 Nr. L 300 v. 11.11.2008, S. 42.

³² Vgl. zu dieser Diskrepanz BT-Drs. 18/11275, S. 7 (11); sowie Weißer, in: Böse (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 9, 2013, § 9 Rn. 17 f.

³³ Vgl. BT-Drs. 18/11275, S. 8.

³⁴ BGBl. I 2017, Nr. 48.

³⁵ BGH NStZ-RR 2018, 206 (207).

Dennoch bleibt es für die Beschuldigte im ersten Sachverhalt bei Anwendung des neuen, weiteren Vereinigungsbegriffs dabei, dass sie nicht als Mitglied der terroristischen Vereinigung eingeordnet werden kann. Es fehlt an Anhaltspunkten dafür, dass sie selbst in einen eigenen, engeren Kontakt mit der Organisation getreten wäre. Allein die Tatsache, dass für die Beschuldigte ein Familienzuschlag bezahlt wurde, lässt hierauf jedenfalls nicht schließen. Insoweit handelt es sich schlicht um die Deckung des erhöhten Finanzbedarfs des IS-Mitglieds B wegen seiner Familie.³⁶

3. Tatbestandliches Verhalten: Unterstützung einer terroristischen Vereinigung nach § 129a Abs. 5 S. 1 StGB

Die Unterstützung im Sinne des § 129a Abs. 5 StGB ist eine tatbestandlich verselbstständigte Beihilfehandlung zugunsten der terroristischen Organisation.³⁷ Sie setzt eine unmittelbare Förderung der Organisation voraus, muss also objektiv nützlich für die Organisation sein und ihr einen Vorteil bringen.³⁸ Er kann etwa darin bestehen, dass die Realisierung geplanter Straftaten in irgendeiner Form erleichtert wird³⁹ oder dass die Aktionsmöglichkeiten und Zwecksetzung der Organisation in irgendeiner Weise positiv beeinflusst werden und damit ihre Gefährlichkeit gefestigt wird. Beispiele wären etwa die Überlassung von Lagerraum für Materialien oder die Übersetzung von Schriftstücken o.ä. Entscheidendes Merkmal der Unterstützung einer terroristischen Vereinigung nach § 129a Abs. 5 S. 1 StGB ist die Nichtmitgliedschaft des Täters – es geht um die Förderung des Vereinigungszwecks *von außen*.⁴⁰

Da die Beschuldigte im Sachverhalt 1 jedenfalls nicht als Mitglied der terroristischen Vereinigung eingeordnet werden konnte, kam für sie die Förderung der Vereinigungszwecke als Nichtmitglied durchaus in Betracht. Gegenstand des Vorwurfs war insoweit ihr Verhalten als Hausfrau und Mutter. Seine Strafwürdigkeit sollte dieses Verhalten nach den Vorstellungen des Generalbundesanwalts durch seinen Kontext erhalten: Dass die Beschuldigte gemeinsam mit ihrem Partner in die vom IS kontrollierten Gebiete umgesiedelt war und dass sie die Verantwortung für Haushalt und Kinder übernommen hatte, während er als Krankenpfleger im Dienste der Organisation tätig geworden war, sollte hierzu ausreichen. Für die enge Verknüpfung mit der Terrororganisation IS führte der Generalbundesanwalt den Umstand an, dass B bei der

³⁶ Die Auseinandersetzung mit den tatbestandlichen Voraussetzungen der beiden Vereinigungsbegriffe ist notwendig, weil für beide Beschuldigte der Zeitraum ihres Aufenthalts im „Kalifat“ auch noch nach Inkrafttreten der Neuregelung in § 129 Abs. 2 StGB andauerte.

³⁷ Heger, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 129 Rn. 6; Ostendorf (Fn. 15), § 129 Rn. 20.

³⁸ Heger (Fn. 37), § 129 Rn. 6.

³⁹ Paul, GSZ 2018, 201 (203), führt als Beispiel hierfür etwa an, dass die Gefährtin eines IS-Kämpfers im Rahmen ihrer „hausfraulichen Pflichten“ auch für die Reinigung der Waffen ihres Partners zuständig ist und insoweit einen fördernden Beitrag leistet.

⁴⁰ Vgl. nur Sternberg-Lieben/Schittenhelm (Fn. 15), § 129 Rn. 15 m.w.N.

Entlohnung seiner Dienste als Krankenpfleger einen Familienzuschlag erhalten hatte.⁴¹

Eine tatbestandliche Unterstützung im Sinne des § 129a Abs. 5 StGB kann im Verhalten der Beschuldigten allerdings nur dann gesehen werden, wenn gerade die Haushaltsführung und das Austragen und Erziehen von Kindern als tauglicher Beitrag zur Förderung einer terroristischen Vereinigung an sich qualifiziert werden kann. Das Verrichten von Haushaltstätigkeiten für sich allein betrachtet vermag allerdings keinerlei strafrechtliche Relevanz zu entfalten. Denkbar ist dies allenfalls, wenn man sich wie der Generalbundesanwalt auf den Standpunkt stellt, die Haushaltsführung für einen IS-Angehörigen entfalte Unterstützungswirkung auch zugunsten der Terrororganisation insgesamt. Das ist aber nur dann der Fall, wenn dadurch der Zweck der Vereinigung gefördert wird. Insoweit ist dem BGH⁴² uneingeschränkt zuzustimmen, dass eine Förderung der strafrechtlich relevanten Vereinigungszwecke nicht darin gesehen werden kann, dass die Beschuldigte Einkäufe erledigte und den Haushalt besorgte.

Das wird sehr deutlich, wenn man im Vergleich dazu die Tathandlungen der Beschuldigten im zweiten Sachverhalt betrachtet: Das Verbreiten der IS-Propaganda in Internetblogs fördert klar den Vereinigungszweck – hätte die Beschuldigte im Sachverhalt 2 solche Tätigkeiten als Nichtmitglied verrichtet, so wäre das als Unterstützung, je nach Inhalt der verbreiteten Inhalte auch als Werben um Mitglieder oder Unterstützer einzuordnen (§ 129a Abs. 5 S. 2 StGB; hierzu näher sogleich III. 4.).

Demgegenüber kann eine strafbare Förderung einer Terrororganisation nicht allein darin bestehen, als Außenstehende(r) mit einem Mitglied einer terroristischen Vereinigung zusammenzuleben. Das lässt sich auch nicht daraus ableiten, dass die Beschuldigte wegen ihrer westeuropäischen Herkunft gewissermaßen eine Repräsentationsfunktion wahrgenommen habe – weil deutlich wurde, dass sie sich aus freien Stücken in das Herrschaftsgebiet des IS begeben und sich den Regeln des fundamentalistischen Islam unterworfen hatte. Es bedarf dafür mehr als der bloßen Anwesenheit im „Kalifat“. Die westeuropäische Herkunft kann keine organisationsbezogene Förderungswirkung und damit auch keine Strafwürdigkeit des schlichten Aufenthalts in einem bestimmten Gebiet begründen.

Hinzukommen muss vielmehr ein vereinigungsbezogenes förderndes Verhalten, das unter Umständen nach der sehr weitreichenden Beihilfedefinition der deutschen Judikatur nach dem Konzept psychischer Beihilfe⁴³ begründet werden könnte. Das setzt allerdings konkrete tatsächliche Anhaltspunkte dafür voraus, dass die Beschuldigte ihren Partner in seinem Willen bestärkte, als Mitglied des IS tätig zu sein – im zugrundeliegenden Sachverhalt waren solche Anhaltspunkte nicht gegeben.⁴⁴

Die weiteren Ausführungen des Generalbundesanwalts, die Beschuldigte habe durch ihre zweifache Schwangerschaft und die Geburt ihres ersten Kindes im Herrschaftsgebiet des IS „aktiv einen mitgliedschaftlichen Beitrag“ zur personellen Stärkung des „Staatsvolkes“ der Organisation geleistet,⁴⁵ sind nicht nachvollziehbar. Die Geburt und das Aufziehen eines Kindes taugt generell nicht als Anknüpfungspunkt für einen strafrechtlichen Unrechtsvorwurf – selbst dann nicht, wenn beides im Herrschaftsgebiet einer Terrororganisation erfolgt. Das Baby als solches wird auch die Gefährlichkeit der Organisation mitnichten steigern, sondern ist zunächst einmal eher ein „Hemmschuh“ bei der Verfolgung terroristischer Vereinigungszwecke. Eine personelle Verstärkung der Organisation ist darin jedenfalls nicht zu sehen. Und selbst wenn die Mutter ihr Kind (auch) als künftiges Mitglied des IS sieht (und erzieht), kann dies für Schwangerschaft, Geburt und Aufziehen eines Kindes nicht den Charakter strafrechtlichen Unrechts begründen – das wäre reines Gesinnungsstrafrecht.

4. Tatbestandliches Verhalten: Werbung für eine terroristische Vereinigung gem. § 129a Abs. 5 S. 2 StGB

Das tatbestandliche Werben um Mitglieder oder Unterstützer für eine Vereinigung wäre etwa für ein Verhalten wie das der Beschuldigten im Sachverhalt 2 gegeben: Wer in Internetblogs dazu auffordert, sich dem IS anzuschließen und die Ziele der Organisation mit zu verfolgen, wirbt um Mitglieder oder Unterstützer. Für die Beschuldigte im Sachverhalt 2 war § 129 Abs. 5 StGB insoweit aber deshalb nicht einschlägig, weil sie diese Tätigkeiten nicht als Nichtmitglied von außen vorgenommen hat, sondern dadurch ihre eigene Mitgliedschaft in der Vereinigung betätigt hat – einschlägig war deshalb nur § 129a Abs. 1 StGB.

IV. Prüfungsrelevanz

Terroristische Straftaten sind nicht in allen Bundesländern Gegenstand des Pflichtfachstoffs für die Erste Prüfung.⁴⁶ Interessant ist das deutsche Terrorismusstrafrecht aber allemal – auch wenn man gegebenenfalls nur im Rahmen des strafrechtlich ausgerichteten Schwerpunktbereichsstudiums die Gelegenheit hat, sich damit näher zu befassen. Das „deutsche“ Terrorismusstrafrecht weist zahlreiche Facetten auf, die im Rahmen des hier gelieferten ersten Überblicks nicht behandelt werden konnten: Es stellt sich vor allem die Kardinalfrage, wie weit die Kriminalisierung von Vorfeldhandlungen noch mit rechtsstaatlichen Freiheitsgewährleistungen vereinbar ist – etwa wenn der Versuch der Ausreise kriminalisiert wird –, oder wo eigentlich die Grenze zwischen Gefahrenabwehr und Kriminalstrafrecht verlaufen sollte.⁴⁷ Die divergierenden Ansichten zur Einordnung eines „Alltagslebens“ im „Kalifat“ als möglicherweise strafbare terroristische Straf-

⁴⁵ BGH NStZ-RR 2018, 206.

⁴⁶ In Nordrhein-Westfalen gehören sie nicht zum Pflichtfachprogramm, vgl. § 11 JAG NRW, anders etwa in Bayern, § 18 Nr. 4 BayJAPO, oder Hessen, § 7 Nr. 3 lit. b JAG Hessen.

⁴⁷ Umfassend hierzu *Puschke*, Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen, 2017, passim; siehe auch *Weißer*, JZ 2008, 388.

⁴¹ BGH NStZ-RR 2018, 206.

⁴² BGH NStZ-RR 2018, 206 (207).

⁴³ Hierzu zsf. *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder (Fn. 15), § 27 Rn. 15 m.w.N.

⁴⁴ BGH NStZ-RR 2018, 206 (208).

tat geben ein eindrucksvolles Beispiel dafür, wie weitreichend und dehnbar terrorismusbezogene Straftatbestände sind. Die Rechtspraxis muss bei der Anwendung dieser Vorschriften Augenmaß beweisen – das hat der BGH in seinen Ausführungen zu Sachverhalt 1 durchaus getan.

Ein weiterer interessanter Aspekt des deutschen Terroris-
musstrafrechts liegt in seiner internationalen Verflechtung:
Die Regelungen der §§ 89a–89c StGB und §§ 129a, 129b
StGB sind in hohem Maße international beeinflusst – durch
Resolutionen des UN-Sicherheitsrats, durch Europarats-Kon-
ventionen, durch Rechtsakte der Europäischen Union und
nicht zuletzt durch die Empfehlungen des internationalen
Expertennetzwerks Financial Action Task Force.⁴⁸ Diese
Zusammenhänge haben bislang (zu) wenig Aufmerksamkeit
erfahren – hier tun sich interessante Forschungsfelder auf.

Prof. Dr. Bettina Weißer, Köln

⁴⁸ Hierzu näher *Weißer*, ZStW 129 (2017), 961 (967 ff.).

Entscheidungsanmerkung

Zueignungsabsicht bei der Entwendung von Pfandflaschen

1. Für die Beurteilung der Zueignungsabsicht ist die Vorstellung des Täters über die Eigentumsverhältnisse an den entwendeten Pfandflaschen maßgeblich.

2. Handelt es sich bei ihnen um sog. Individualflaschen, die dauerhaft im Eigentum des Herstellers bzw. Abfüllers verbleiben, will der Täter – seine Kenntnis von der zivilrechtlichen Eigentumslage vorausgesetzt – das fremde Eigentum bei Rückführung der Flaschen in das Pfandsystem gerade anerkennen und hat daher im Zeitpunkt der Wegnahme keine Zueignungsabsicht.

3. Handelt es sich bei den entwendeten Pfandflaschen dagegen um sog. Einheitsflaschen, bei denen das Eigentum auf allen Vertriebsstufen auf den jeweils nächsten Erwerber übergeht, will sich der Täter – seine Kenntnis von der zivilrechtlichen Eigentumslage wiederum vorausgesetzt – bei Rückgabe der Flaschen eine eigentümerähnliche Stellung anmaßen und hat daher bei der Wegnahme die Absicht, sich die Flaschen ihrer Substanz nach rechtswidrig zuzueignen.

(Leitsätze der Verf.)

StGB § 242

BGH, Beschl. v. 10.10.2018 – 4 StR 591/17 (LG Essen)¹

I. Einführung

Die rechtliche Einordnung von Pfandleergut wirft viele Fragen auf. Während sich der *II. Zivilsenat* des BGH in seinem Urteil vom 9.7.2007 noch allgemein mit den Eigentumsverhältnissen an Pfandflaschen zu befassen hatte und daran anknüpfend Herausgabe- und Unterlassungsansprüche des Herstellers erörterte,² kam dem 4. *Strafsenat* nun die Aufgabe zu, die herausgestellten Grundsätze auf die strafrechtliche Ebene zu übertragen. Im Kern geht es um ein altbekanntes Problem: Kann (und falls ja, unter welchen Voraussetzungen) Zueignungsabsicht im Rahmen der §§ 242, 249 StGB auch dann bejaht werden, wenn der Täter von vornherein plant, die Sache dem Berechtigten zurückzugeben? Dogmatisch steht die Entscheidung damit im Spannungsfeld zwischen den Eigentumsdelikten auf der einen und der nur ausnahmsweise strafbaren Gebrauchsanmaßung auf der anderen Seite, die bei Hinzutreten eines (täuschungsbedingten) Vermögensschadens den Anwendungsbereich der §§ 263 ff. StGB eröffnet.

II. Der Sachverhalt

Der Angeklagte war gemeinsam mit dem gesondert verfolgten B durch ein Loch im Zaun auf das Gelände eines Getränk-

kehrhandels gelangt. Dort entwendeten sie neben einem Kasten mit Glaspfandflaschen zahlreiche Plastikpfandflaschen, die nach Rückgabe durch den Kunden überwiegend bereits zusammengedrückt worden waren. Der Pfandwert belief sich auf 350 €. Beide beabsichtigten, die zusammengedrückten Pfandflaschen auszubeulen und das gesamte Leergut nochmals im selben Getränkemarkt abzugeben, um dafür Pfand zu erhalten.³

Die Strafkammer hatte den Angeklagten wegen Diebstahls und weiterer Delikte zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und neun Monaten verurteilt. Ferner hatte sie die Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt angeordnet und einen Vorwegvollzug von vier Monaten und zwei Wochen Freiheitsstrafe bestimmt.⁴ Den Tatbestand des § 242 StGB sah sie unproblematisch als erfüllt an: Der Angeklagte habe mit den Pfandflaschen ihm fremde, bewegliche Sachen weggenommen und auch die Absicht gehabt, sich diese rechtswidrig zuzueignen. Eine nähere Erörterung unterblieb indes.⁵

III. Die Entscheidung des Senats

Gegen die Entscheidung hatte der Angeklagte Revision eingelegt, die vom *Senat* als unbegründet verworfen wurde.⁶ Lediglich der Rechtsfolgenausspruch bedürfe wegen eines offensichtlichen Fassungsversehens der Klarstellung; insofern sei den Ausführungen des Generalbundesanwalts zu folgen.⁷ Sodann sieht sich der *Senat* allerdings veranlasst, die vom LG Essen nur oberflächlich begutachteten Tatbestandsmerkmale des § 242 StGB einer eingehenden Prüfung zu unterziehen. Verflechtungen zum Zivilrecht treten dabei bereits auf Ebene des objektiven Tatbestandes zutage: Die Wegnahme muss sich auf eine für den Täter fremde Sache beziehen (1.). Auch wenn sich der *Senat* bei der anschließenden Erörterung der Zueignungsabsicht (2.) auf der Linie der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur bewegt, werden bei genauerem Hinsehen Ungereimtheiten deutlich, die an der Richtigkeit seiner Ausführungen zweifeln lassen.

1. Fremdheit der Sache

Voraussetzung für eine Diebstahlsstrafbarkeit ist zunächst, dass es sich bei der weggenommenen Sache um eine für den Täter fremde handelt. Fremd ist eine Sache, wenn sie zumindest auch im Eigentum eines anderen steht.⁸ Nach der inso-

³ BGH, Beschl. v. 10.10.2018 – 4 StR 591/17, Rn. 4.

⁴ BGH, Beschl. v. 10.10.2018 – 4 StR 591/17, Rn. 1.

⁵ BGH, Beschl. v. 10.10.2018 – 4 StR 591/17, Rn. 9.

⁶ BGH, Beschl. v. 10.10.2018 – 4 StR 591/17, Rn. 1.

⁷ BGH, Beschl. v. 10.10.2018 – 4 StR 591/17, Rn. 1, 21 f.; der Fehler bezog sich auf die konkurrierende Verurteilung des Angeklagten wegen Wohnungseinbruchsdiebstahls und unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln.

⁸ Vgl. nur BGH NJW 2006, 72; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 12; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 20. Aufl. 2018, § 2 Rn. 9; *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 242

weit maßgeblichen Rechtsprechung des *II. Zivilsenats* bestimmen sich die Eigentumsverhältnisse am Pfandleergut nach der Beschaffenheit der konkreten Flasche: Ist sie mit einer dauerhaften Kennzeichnung versehen, durch die sie einem bestimmten Hersteller bzw. Abfüller zugeordnet werden kann (sog. Individualflasche), verbleibt das Eigentum an ihr – unabhängig vom Eigentumsübergang an dem Getränk – auf allen Vertriebsstufen beim Hersteller bzw. Abfüller. Die Kennzeichnung muss am Flaschenkörper selbst angebracht sein (z.B. durch Einprägungen im Plastik); aufgeklebte Etiketten oder Schraubverschlüsse mit dem Namen des Herstellers reichen wegen ihrer bloß losen Verbindung zur Flasche nicht aus. Weist die Flasche solche individuellen Merkmale dagegen nicht auf und wird sie vielmehr von unbestimmt vielen Herstellern verwendet (sog. Einheitsflasche), geht nicht nur das Eigentum an ihrem Inhalt, sondern auch dasjenige an der Flasche selbst auf den jeweils nächsten Erwerber über.⁹ Dies zugrunde gelegt standen die vom Angeklagten entwendeten Pfandflaschen entweder im Eigentum des Herstellers bzw. Abfüllers oder in demjenigen des letzten Erwerbers, d.h. wohl des Getränkehandels, dem die Flaschen mit Einführung in den Leergutautomaten vom Kunden übereignet worden waren. Der *Senat* konnte die Einordnung der Flaschen hier folglich noch offenlassen: Der Angeklagte hatte an ihnen jedenfalls kein Alleineigentum inne, sondern sie gehörten entweder dem Hersteller bzw. Abfüller oder dem Getränkemarkt. Die Pfandflaschen waren für ihn daher fremd.¹⁰

2. Absicht rechtswidriger Zueignung

In einem nächsten Schritt widmet sich der *Senat* der Zueignungsabsicht. Nach üblichem Verständnis setzt sich dieses subjektive Merkmal aus Aneignungs- und Enteignungselementen zusammen. Der Täter muss im Zeitpunkt der Wegnahme die Absicht (*dolus directus* 1. Grades) haben, die Sache seinem Vermögen zumindest vorübergehend einzuverleiben, sie also wirtschaftlich für sich zu nutzen, und zugleich wenigstens billigend in Kauf nehmen (*dolus eventualis*), den Berechtigten faktisch und dauerhaft aus seiner Sachherr-

schaftsposition zu verdrängen.¹¹ Gegenstand der Zueignung kann dabei nach der von der Rechtsprechung aus Substanz- und Sachwerttheorie entwickelten Vereinigungslehre sowohl die Sache selbst als auch der in ihr verkörperte Sachwert sein.¹² Davon ausgehend, dass der Angeklagte die Pfandflaschen gegen Auszahlung des Pfandbetrages im Getränkehandel zurückgeben wollte, wird der Unterschied zwischen Individual- und Einheitsflaschen nach Ansicht des *Senats* nun virulent: Stelle sich der Täter im Zeitpunkt der Wegnahme vor, Eigentümer der von ihm entwendeten Flaschen sei nach wie vor der Hersteller bzw. Abfüller, wolle er ihm die Flaschen durch Einführung in das Pfandsystem gerade unter Anerkennung seiner Rechte wieder zukommen lassen. Er maße sich folglich zu keiner Zeit eine eigentümerähnliche Position an und habe daher auch keine Zueignungsabsicht. Anders gestalte sich die Situation hingegen, wenn der Täter annehme, das Eigentum an den Pfandflaschen sei auf den einzelnen Vertriebsstufen auf den jeweiligen Erwerber übergegangen. In diesem Fall täusche er bei der Rückgabe aus seiner Sicht vor, selbst ein solcher Erwerber zu sein. Damit leugne er das Eigentumsrecht des wahren Berechtigten und verdränge ihn faktisch aus seiner Stellung. Zueignungsabsicht sei daher zu bejahen, und zwar unabhängig davon, ob die Flaschen tatsächlich als Einheitsflaschen anzusehen seien. Da die Zueignungsabsicht nämlich ein Merkmal des subjektiven Tatbestands sei, komme es allein auf die Vorstellung des Täters über die Eigentumsverhältnisse an.¹³

Diese Erwägungen, so der *Senat*, habe das LG Essen bei der Urteilsfindung berücksichtigt und die Strafbarkeit des Angeklagten gem. § 242 StGB mithin hinreichend belegt. Konkret lasse sich dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe entnehmen, dass die vom Angeklagten entwendeten Plastikflaschen Einheitsflaschen gewesen seien und er sich dies auch so vorgestellt habe. Soweit Feststellungen zur Einordnung der Glaspfandflaschen fehlten, sei dies für die Revision im Übrigen ohne Bewandnis. Denn ein diesbezüglicher Ausschluss der Strafbarkeit würde den Schuldumfang allen-

Rn. 31; *Wessels/Hillenkamp/Schuh*r, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 41. Aufl. 2018, Rn. 79.

⁹ BGH, Beschl. v. 10.10.2018 – 4 StR 591/17, Rn. 7 in Anlehnung an BGHZ 173, 159 (162 f.); vgl. im Übrigen auch OLG Hamm NSTz 2008, 154 f.; AG Tiergarten StV 2014, 298; für die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs bei Individualflaschen *Otto*, in: Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 507 (517 f.); *Schmitz/Goeckenjan/Ischebeck*, Jura 2006, 821 (822 f.); *Weber*, NJW 2008, 948 (951); zur strittigen Rechtslage bei Pfandflaschen, die zwar nicht einem bestimmten Hersteller, wohl aber einer organisierten Herstellergruppe zugeordnet werden können („Brunneneinheitsflaschen“) OLG Hamm NSTz 2008, 155; OLG Köln NJW-RR 1988, 373 (375); *Hellmann*, JuS 2001, 353 (354); *Martinek*, JuS 1989, 268 (272); offen gelassen durch BGHZ 173, 159 (163).

¹⁰ BGH, Beschl. v. 10.10.2018 – 4 StR 591/17, Rn. 8.

¹¹ Vgl. nur *Bosch* (Fn. 8), § 242 Rn. 47, 61, 64; *Rengier* (Fn. 8), § 2 Rn. 89 ff.; *Wessels/Hillenkamp/Schuh*r (Fn. 8), Rn. 150; a.A. (der Täter müsse auch hinsichtlich der Enteignung mit *dolus directus* 1. Grades handeln) *Schmitz* (Fn. 8), § 242 Rn. 127.

¹² So BGH, Beschl. v. 10.10.2018 – 4 StR 591/17, Rn. 11; BGH NSTz 2018, 712 (713); BGH StV 2013, 435 (437); RGSt 67, 334 (335); 61, 228 (233) und ihnen nachfolgend die h.M. in der Lit., vgl. nur *Bosch* (Fn. 8), § 242 Rn. 47; *Heghmanns*, Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil, 2009, Rn. 1041; *Rengier* (Fn. 8), § 2 Rn. 92; *Wessels/Hillenkamp/Schuh*r (Fn. 8), Rn. 148 f.; kritisch *Schmitz* (Fn. 8), § 242 Rn. 136 ff.

¹³ BGH, Beschl. v. 10.10.2018 – 4 StR 591/17, Rn. 14 ff.; in die gleiche Richtung bereits OLG Hamm NSTz 2008, 154 (155); AG Tiergarten StV 2014, 298; AG Flensburg NSTz 2006, 101 f.; *Bosch* (Fn. 8), § 242 Rn. 47, 50; *Hellmann*, JuS 2001, 353 (354 f.); *Rengier* (Fn. 8), § 2 Rn. 134; *Schmitz/Goeckenjan/Ischebeck*, Jura 2006, 821 (823 ff.); *Wessels/Hillenkamp/Schuh*r (Fn. 8), Rn. 173.

falls geringfügig verringern; bei der Bemessung der Strafe hätte er sich somit nicht zum Nachteil des Angeklagten ausgewirkt.¹⁴

Die Ausführungen des *Senats* überzeugen nur teilweise. Zutreffend ist es zunächst, die Zueignungsabsicht dort abzulehnen, wo der Täter den Hersteller bzw. Abfüller für den Eigentümer der entwendeten Pfandflaschen hält. Ausschlaggebend ist Folgendes: Ein Täter, der bereits im Zeitpunkt der Wegnahme beabsichtigt, diese Flaschen im Getränkehandel zurückzugeben, will sie weder ihrer Substanz nach seinem Vermögen einverleiben noch den Berechtigten dauerhaft aus seiner Sachherrschaftsposition verdrängen. Im Gegenteil stellt er sich vor, durch die spätere Einführung der Flaschen in den Leergutautomaten einen Vorgang in Gang zu setzen, an dessen Ende der Hersteller bzw. Abfüller seine Verfügungsgewalt über die Flaschen wieder uneingeschränkt ausüben kann. Sie sollen im Ergebnis in seine Herrschaftssphäre zurückgelangen, wo er sie neu befüllen oder nach Einschmelzung des Materials zu neuen Flaschen verarbeiten kann. Nun könnte man zwar auf den Gedanken kommen, die Zueignungsabsicht stattdessen über die Sachwertkomponente zu begründen. Anknüpfungspunkt wäre der vom Angeklagten erstrebte Pfandbetrag; ihn wollte er aus dem Vermögen des Getränkehandels endgültig lösen und in sein eigenes Vermögen überführen. Tatsächlich handelt es sich beim Pfandbetrag aber bereits nicht um einen Sachwert, der in den Flaschen verkörpert ist und insofern einen im Sinne der Vereinigungslehre tauglichen Gegenstand der Zueignungsabsicht bildet. Um die Grenzen zwischen Eigentums- und Vermögensdelikten nicht zu verwischen, ist nämlich eine enge Auslegung des Sachwertbegriffs angezeigt. Erfasst werden lediglich solche Werte, die mit der Sache spezifisch verbunden sind und dadurch einen Bezug zu dem von § 242 StGB geschützten Rechtsgut Eigentum aufweisen (das sog. *lucrum ex re*). Nicht gemeint sind dagegen Werte, die einer bloßen Verwendung der Sache entspringen (das sog. *lucrum ex negotio cum re*).¹⁵ In Rechtsprechung und Literatur werden zur Veranschaulichung viele Beispiele vorgetragen. So eignet sich den in einer Sache verkörperten, spezifischen Wert etwa zu, wer dem Berechtigten ein Sparbuch wegnimmt, um davon Geld abzuheben, das Dokument selbst aber wieder an Ort und Stelle legen will,¹⁶ oder wer sich in entsprechender Absicht einen Warengutschein einsteckt, um damit im Geschäft zu bezah-

len¹⁷. In beiden Konstellationen mag der Berechtigte die Sache ihrer Substanz nach zurückerhalten; ohne den ihr innewohnenden Wert gleicht sie jedoch einer Schale, aus der der Kern entfernt wurde¹⁸. Das Pfandgeld, so sieht es der *Senat* richtig, fällt indes nicht in diese Kategorie: „Es dient vielmehr [allein] als Anreiz zur Rückgabe der Pfandflaschen und wird erst durch die Verwertung im Pfandsystem erzielt.“¹⁹ Damit weist die Argumentation Parallelen zum vom Reichsgericht entschiedenen Finderlohn-Fall²⁰ oder dem Dienstmützen-Fall des BGH²¹ auf. Der Vorteil, den der Täter jeweils anvisierte – im Finderlohn-Fall war es der Finderlohn für einen Hund, im Dienstmützen-Fall die Abwehr von Schadensersatzansprüchen seitens der Bundeswehrverwaltung –, resultierte dort zwar ebenfalls aus einem Umgang mit der Sache („*ex negotio cum re*“), der den Berechtigten spiegelbildlich zu einer Vermögensdisposition veranlasste. Er schmälerte allerdings nicht deren Wert, denn weder der Finderlohn noch das Freiwerden von Schadensersatzansprüchen waren im Hund bzw. in der Dienstmütze verkörpert. Beim vom Angeklagten erstrebten Pfandbetrag kommt hinzu, dass dieser nicht einmal aus dem Vermögen des von § 242 StGB geschützten Eigentümers, dem Hersteller bzw. Abfüller, sondern aus demjenigen des Getränkehandels stammte.²² Auch aus diesem Grund ist der Rückgriff auf die Sachwertkomponente nicht zielführend. Sollte der Angeklagte die Glaspfandflaschen dem Eigentum des Herstellers bzw. Abfüllers zugeordnet haben, scheidet insoweit eine Strafbarkeit wegen Diebstahls aus.

Diese Wertungen vor Augen muss es den Rechtsanwender eigentlich verwundern, wenn der *Senat* im selben Beschluss für die zweite Konstellation – der Täter nimmt an, die Pfandflaschen stünden im Eigentum des letzten Erwerbers, also des Getränkehandels – die Zueignungsabsicht demgegenüber bejaht. Möglich ist dies wiederum nur unter Substanzgesichtspunkten; an der Einordnung des Pfandbetrages als bloßes *lucrum ex negotio cum re* hat die gewandelte Vorstellung über die Eigentumsverhältnisse nichts geändert. Im Ausgangspunkt ist klar: Hätte der Angeklagte die Flaschen weggenommen, um sie bei einem anderen Getränkehandel gegen Pfand einzutauschen, oder wäre das Leergut von vornherein in der Garage eines Kunden deponiert gewesen, wären Aneignungs- und Enteignungskomponente fraglos verwirklicht. Zum einen hätte der Angeklagte die Flaschen nämlich durch die geplante Einführung in den Leergutautomaten seinem Vermögen einverleiben wollen; in seiner Vorstellung würde nur der Berechtigte, der an ihnen im Handel Eigentum erlangt hat, nach Konsum der Getränke mit den Flaschen auf

¹⁴ BGH, Beschl. v. 10.10.2018 – 4 StR 591/17, Rn. 19 ff.

¹⁵ Vgl. nur *Bosch* (Fn. 8), § 242 Rn. 49; *Rengier* (Fn. 8), § 2 Rn. 110; ähnlich BGH, Beschl. v. 10.10.2018 – 4 StR 591/17, Rn. 12; BGH NJW 1985, 1564 f.; RGSt 55, 59 (60); *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 8), Rn. 149; differenzierend *Schmitz* (Fn. 8), § 242 Rn. 138, 153; die Abgrenzung „*lucrum ex re*“ und „*lucrum ex negotio cum re*“ geht zurück auf *Bockelmann*, ZStW 1953, 569 (575).

¹⁶ Vgl. nur *Rengier* (Fn. 8), § 2 Rn. 105 f.; *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 8), Rn. 174; in die gleiche Richtung bereits RGSt 22, 2 (3); 10, 369 (371), allerdings noch nicht mit Verweis auf die Sachwerttheorie.

¹⁷ Vgl. nur *Bosch* (Fn. 8), § 242 Rn. 50; *Rengier* (Fn. 8), § 2 Rn. 108.

¹⁸ *Bockelmann*, ZStW 1953, 569 (575).

¹⁹ BGH, Beschl. v. 10.10.2018 – 4 StR 591/17, Rn. 12.

²⁰ RGSt 55, 59.

²¹ BGHSt 19, 387; vgl. zu beiden Fallkonstellationen erläuternd z.B. *Rengier* (Fn. 8), § 2 Rn. 117 f.

²² So für einen vergleichbaren Sachverhalt auch *Hellmann*, JuS 2001, 353 (355); *Schmitz/Goeckenjan/Ischebeck*, Jura 2006, 821 (825).

diese Weise verfahren. Zum anderen hätte er auch zumindest billigend in Kauf genommen, den wahren Berechtigten aus seiner Sachherrschaftsposition dauerhaft zu verdrängen. Denn sobald die Flaschen die Öffnung des Automaten passierten, wäre dem ersten Getränkehandel bzw. dem Kunden – das erkennt auch der Täter – der Zugriff auf sie endgültig entzogen.²³ In der vom *Senat* erörterten Konstellation lag die Situation jedoch anders. Der Angeklagte wollte die Flaschen *im selben Getränkehandel* zurückgeben, in dem er sie zuvor entwendet hatte. Insofern drängt sich ein Gleichlauf zur Rechtslage bei Individualflaschen auf: Hier wie dort beabsichtigt der Täter, die Flaschen in den Herrschaftsbereich des Berechtigten zurückgelangen zu lassen. Er will ihn aus seiner Sachherrschaftsposition also gerade nicht verdrängen. Den eine andere Beurteilung rechtfertigenden Unterschied meint der *Senat* nun gleichwohl in der Art zu erblicken, in der sich der Täter gegenüber dem fremden Eigentumsrecht positioniert. Während er das Eigentumsrecht des Herstellers bzw. Abfüllers im ersten Fall mit Rückgabe der Flaschen anerkenne, gebe er sich im zweiten Fall selbst als deren Eigentümer aus und setze sich damit an die Stelle des wahren Berechtigten.²⁴

Inhaltlich kann sich diese Lösung auf das herrschende Schrifttum stützen. Mit Zueignungsabsicht handelt nach ihm z.B. auch derjenige, der einem Schrotthändler Schrott entwendet, um ihm diesen später als fremde Sache zum Verkauf anzubieten.²⁵ Frei von inneren Widersprüchen ist die Lösung dennoch nicht. So stellt die geplante Leugnung des fremden Eigentums richtigerweise lediglich einen formellen Aspekt dar, der zusätzlich zu den materiellen Komponenten der Aneignung und Enteignung treten muss, letztere dabei aber nicht ersetzen kann.²⁶ In diesem Sinne wird das Enteignungsmerkmal in anderem Zusammenhang auch verstanden; erst unter der Prämisse, dass die beabsichtigte Eigentumsleugnung als solche den Enteignungsvorsatz nicht begründet, leuchtet überhaupt ein, warum eine bloße Gebrauchsanmaßung noch

kein Diebstahl gem. § 242 StGB ist. Für einen Täter, der sich gegen den Willen des Berechtigten dessen Pkw „ausleiht“, wird man schließlich genauso wenig behaupten können, er erkenne das fremde Eigentumsrecht an – wenn er dies täte, würde er die Gebrauchsanmaßung, die den Berechtigten für dieselbe Zeitdauer an der Ausübung seiner Verfügungsgewalt hindert, gerade unterlassen.²⁷ In der Literatur wird diese Unstimmigkeit durch ein gedankliches Konstrukt zu beseitigen versucht: Derjenige, der dem Berechtigten eine Sache fälschlicherweise als eine ihm fremde (zurück-)verkauft, wolle ihm diese in Wahrheit nur aufgrund eines neuen, eigenständigen Rechtsgrundes zurückgewähren. Der unwissende Eigentümer müsse die Sache dadurch gewissermaßen neu erwerben. Dementsprechend besitze er sie fortan auch als neue, wohingegen er die alte aus seiner Sicht wie aus der Sicht des Täters endgültig verloren habe.²⁸

Bei genauerer Betrachtung verfängt auch diese Überlegung nicht. Wie in der eingangs wiedergegebenen Definition angelegt, ist für die Beurteilung des Enteignungsvorsatzes allein die Vorstellung des Täters über die *faktischen* Einwirkungsmöglichkeiten des Eigentümers auf die Sache vor und nach der Wegnahme entscheidend. Auf normative Erwägungen, auf welcher Rechtsgrundlage der Berechtigte seine Sachherrschaft im Ergebnis (wieder) ausüben können soll oder ob die Sache für ihn „neu“ oder „alt“ erscheint, kommt es hingegen nicht an; weil er vor einem Verlust seines Eigentums durch § 935 Abs. 1 BGB geschützt ist, bleibt die rechtliche Zuordnung der Sache ohnehin in der Regel unverändert.²⁹ Dann muss es für den Vorsatz des Täters aber genauso irrelevant sein, ob er sich vorstellt, der Berechtigte müsse die Sache aus seiner Sicht neu erwerben, oder ob er denkt, der Berechtigte werde erkennen, dass sie bereits Bestandteil seines Vermögens ist. Mit Zueignungsabsicht handelt er vielmehr in keinem der Fälle. Da sein Vorsatz im ersten Fall allerdings auf eine Täuschung gerichtet ist, die beim Berechtigten zu einem Vermögensschaden führen soll (der Eigentümer soll für eine Sache zahlen, die der Täter ihm schon nach § 985 BGB herausgeben muss, und erhält für seine Leistung somit keine eigentliche Gegenleistung), kommt anlässlich der Rückgabe eine Strafbarkeit gem. § 263 StGB in Betracht.³⁰

Vor diesem Hintergrund ist es vorzugswürdig, eine Zueignungsabsicht des Angeklagten auch in der Einheitsflaschen-Konstellation abzulehnen. Durch die Entwendung der Pfandflaschen vom Hof des Getränkehandels hätte er sich danach allenfalls nach den §§ 123, 303 StGB strafbar ge-

²³ Vor dem Hintergrund, dass die Flaschen in einem Container mit zahlreichen weiteren, äußerlich identischen Flaschen landeten, verlören der erste Getränkehandel bzw. der Kunde an ihnen durch Vermengung gem. den §§ 948 Abs. 1, 947 Abs. 1 BGB unter Umständen gar ihr Eigentum, wären also auch zivilrechtlich enteignet.

²⁴ BGH, Beschl. v. 10.10.2018 – 4 StR 591/17, Rn. 14 f.

²⁵ Vgl. nur *Heghmanns* (Fn. 12), Rn. 1048; *Hellmann*, JuS 2001, 353 (354); *Rengier* (Fn. 8), § 2 Rn. 132; *Schmitz* (Fn. 8), § 242 Rn. 140; ähnlich *Bosch* (Fn. 8), § 242 Rn. 50; *Eser*, JuS 1964, 477, 481; *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 17. Aufl. 2015, Rn. 89; *Kudlich*, in: Satzger/Schluckebier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 242 Rn. 46; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 8), Rn. 172 f., die in der geplanten Rückveräußerung jedoch eine Sachwertzueignung erblicken.

²⁶ So *Bosch* (Fn. 8), § 242 Rn. 47; *Widmaier*, NJW 1970, 672 (673); auf diesen Aspekt verweisen in der Diskussion auch *Seelmann*, JuS 1985, 288 (290); *Vogel*, in: Laufhütte/Rissingvan Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 242 Rn. 165.

²⁷ Auf diesen Widerspruch verweist auch *Seelmann*, JuS 1985, 288 (290); vgl. auch *Vogel* (Fn. 25), § 242 Rn. 165.

²⁸ *Rengier* (Fn. 8), § 2 Rn. 132; *Schmitz* (Fn. 8), § 242 Rn. 140; *Schmitz/Goeckenjan/Ischebeck*, Jura 2006, 821 (823).

²⁹ Deshalb ergibt auch der Hinweis auf einen geänderten Rechtsgrund aus der Warte des Zivilrechts wenig Sinn, vgl. *Seelmann*, JuS 1985, 288 (290).

³⁰ So auch *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 242 Rn. 95.

macht;³¹ möglich bliebe zudem selbstredend – zu Verwertungshandlungen ist es in dem vom *Senat* entschiedenen Fall indes nicht gekommen – eine Strafbarkeit wegen Computerbetruges durch das Einführen der Flaschen in den Leergutautomaten und das anschließende Anfordern des Pfandbelegs per Knopfdruck oder wegen Betruges durch die Vorlage des Belegs an der Kasse.³²

IV. Fazit und Ausblick

Die herrschende Meinung zur Zueignungsabsicht in Rückverkaufsfällen sollte überdacht werden. Anlass dazu gibt das von § 242 StGB in Bezug genommene Rechtsgut: Geschützt wird nicht das Vermögen als solches, sondern allein das Eigentum. Will der Täter die Sache im Ergebnis an den Berechtigten zurückgelangen lassen, schließt dies den Enteignungsvorsatz folglich aus – gleichviel, ob die Rückgewähr unter Anerkennung oder unter Leugnung des fremden Eigentumsrechts geschehen soll. Auf diese Weise werden Eigentums- und Vermögensdelikte stringent voneinander abgegrenzt und Widersprüche vermieden. Die insoweit anderslautende Entscheidung des *Senats* führt im speziellen Fall der Entwendung von Pfandflaschen nicht zuletzt zu einer ungerechtfertigten Privilegierung des rechtskundigen oder finanziell besser gestellten Angeklagten, der sich durch einen Verteidiger beraten lässt. In der Tat muss er sich zur Entkräftung des ihm gegenüber erhobenen Diebstahlsvorwurfs nämlich nur dahingehend einlassen, vom fortbestehenden Eigentum des Herstellers bzw. Abfüllers ausgegangen zu sein.³³ Die Einschätzung des *Senats*, die Verneinung der Zueignungsabsicht werde sich auf Ausnahmefälle beschränken,³⁴ erscheint angesichts dessen nicht ganz realistisch.

Wiss. Hilfskraft Theresa Regina Disselkamp, Münster

³¹ Eine Strafbarkeit des Täters wegen Pfandkehr gem. § 289 Abs. 1 Var. 2 StGB scheidet hingegen daran, dass der Angeklagte die Flaschen nicht zugunsten des Eigentümers weggenommen hat, vgl. AG Flensburg NStZ 2006, 101 (102); *Schmitz/Goeckenjan/Ischebeck*, Jura 2006, 821 (824, 826); *Seher*, JuS 2002, 104; a.A. *Hellmann*, JuS 2001, 353 (355).

³² Zu diesen Delikten *Hellmann*, JuS 2001, 353 (355 ff.); *Schmitz/Goeckenjan/Ischebeck*, Jura 2006, 821 (824 ff.).

³³ So auch *Hoven*, NJW 2018, 3599 (3600).

³⁴ BGH, Beschl. v. 10.10.2018 – 4 StR 591/17, Rn. 15; zweifelnd auch *Hoven*, NJW 2018, 3599 (3600).

Buchrezension

Vincenz Bergk, Makroprudentielle Aufsicht: Eine rechtliche und ökonomische Analyse, Studien zum Bank- und Kapitalmarktrecht, Bd. 19, Nomos Verlag, Baden-Baden 2019, 329 S., 104,- €.

I. Einleitung

Bergk setzt sich in fünf Kapiteln oder auf netto 329 Seiten mit der makroprudentiellen Aufsicht auseinander – sowohl aus rechtlicher als auch aus wirtschaftlicher Sicht –, fasst in seinem Kapitel 6 seine Arbeit zusammen und gibt einen Ausblick auf die weitere Entwicklung.

II. Zum Kapitel 1 – S. 31–37

Das Kapitel 1 „Finanzmarktkrise und Makroaufsicht“ führt auf den S. 31–37 in das Thema ein und erläutert ab Seite 35 den Gang der nachfolgenden Betrachtung. *Bergk* beginnt seine Ausführungen, indem er auf den S. 31–35 die vielschichtigen Ursachen der Finanzkrise darlegt. Dabei geht er auf das Niedrigzinsumfeld nach der Dotcom-Blase im Jahr 2001 ein (S. 31), den durch die Liquiditätsüberflüsse basierenden Handel mit den Hypothekendarlehen im Suprimarkt (S. 31), den daraus entstehenden Handel der Zweckgesellschaften (SPV – special purpose vehicles) mit den asset backed securities und mortgage backed securities (S. 31 f.), den Zusammenbruch dieses Marktes und den sich daraus ergebenden Wertberichtigungen (S. 32), die sich immer weiter verschärfende Liquiditätskrise (S. 33), die sich daraus ergebende Abwärtsspirale durch den Vertrauensverlust in die Märkte (S. 34), was letztendlich den negativen Entwicklungstrend beim Interbankenhandel (S. 35) ergab. Diese vielfältigen Auswirkungen führten nicht nur auf dem US-Markt zu einer Finanzkrise, sondern weiteten sich in den Folgejahren zu einer weltumspannenden Finanzmarktkrise aus.

Bergk führt hier äußerst kurz in die Thematik der Finanzkrise ein. In diesem Abschnitt unterlässt er es, auf die weiteren allgemein anerkannten Aspekte der „Systemfehler der Finanzkrise“ einzugehen, wie die liberale US-Wirtschaftspolitik, die Regulierungsdefizite, die Managementfehler, die mangelnde Kontrolle bzw. auch der mangelnde Sachverstand der Kontrolleure, die Zertifizierung und Verschiebung der Finanzprodukte im Zusammenspiel mit den Ratingagenturen.¹ Auch wird die allgemein liberale US-Immobilienkreditvergabe nicht unter dem Blickwinkel der US-Sozialpolitik dargestellt. Ebenso werden als Kreditmitverursacher nicht angeführt (Aufzählung nicht abschließend): die Versicherung der Federal Housing Administration (FHA), die Garantien der Veteran's Administration, der Rural Housing Service (RHS), die staatliche Hypothekenversicherungsgesellschaft Ginnie Mae sowie das private Pendant Fannie Mae und Freddie Mac. *Bergk* visualisiert seine Ausführungen durch drei Grafiken, wobei die Abbildung 1 nur abgedruckt wird, ohne

jedoch im Text erwähnt zu werden. Auch wird dem Leser keine chronologische Entwicklung der Finanzkrise angeboten, mit der die Thematik besser verstanden werden könnte.²

Im Abschnitt B des Kapitels 1 „Gang der Betrachtung“ (S. 35–37) erläutert der Autor die Vorgehensweise seiner Arbeit. Es geht ihm darum, „unter Anwendung eines rechtsvergleichenden und funktionalen Ansatzes die makroprudentielle Aufsicht zu erläutern und zu bewerten. Dabei findet besondere Beachtung, wie die Aufsicht ausgestaltet sein muss [...]“ (S. 35 f.).

III. Zum Kapitel 2 – S. 38–78

Im Kapitel 2 widmet sich *Bergk* der Thematik „Bedeutung und Wesen der makroprudentiellen Aufsicht“. Auf Seite 38 erläutert er die Entstehung dieses Begriffs und belegt die erstmalige Erwähnung im Jahr 1979 (S. 38). Zur genaueren Begriffsbestimmung leitet er den Wortteil „makro“ aus dem Griechischen in der Übersetzung mit „groß“ oder „ausgedehnt“ her und gibt an, dass der Wortteil „prudentiell“ dem lateinischen entstammt und mit „Klugheit, Umsichtigkeit oder Vorschau“ übersetzt werden kann. Zusammenfassend kann der Wortsinn somit als „eine auf das große Ganze gerichtete präventive Aufsicht“ umschrieben werden (S. 38). Diese Begriffsbestimmung hätte deutlich früher kommen sollen. Schließlich grenzt *Bergk* in diesem Abschnitt noch die mikroprudentielle Aufsicht von der makroprudentiellen Aufsicht (S. 39–41) voneinander ab.

Sodann leitet *Bergk* zu den Arten der Risiken (Kap. 2. B. I.) auf den S. 41–65 über und geht dabei kurz auf die Idiosynkratischen und systematischen Risiken (Kap. 2. B. I. 1. – S. 41), die systemischen Risiken (Kap. 2. B. I. 2. – S. 42–46), das instabile Finanzsystem (Kap. 2. B. I. 3. – S. 46–49) sowie das Zusammenwirken der verschiedenen Risiken zueinander (Kap. 2. B. I. 4. – S. 49–66) ein.

Da es nicht nur das eine Finanzsystem auf der Welt gibt, welches sinnvollerweise als Ganzes und einheitliches Gebilde betrachtet und überwacht werden müsste, bezieht *Bergk* in Kap. 2. B. II. (S. 66–74) die räumlichen Komponenten dieses Problems mit ein und stellt somit die Problematik der unterschiedlichen Bezugspunkte (S. 66 f.), der systemisch bedeutenden Finanzinstitute auf Seite 69 dar, welche regelmäßig als „too big to fail“ angesehen wurden und somit zieht er schließlich in Kap. 2. B. II. 4. (S. 70–74) eine strukturelle Schlussfolgerung.

IV. Zum Kapitel 3 – S. 79–108

Das Kapitel 3 beschäftigt sich mit den „Rechtsquellen der makroprudentiellen Aufsicht“. Dabei wird (Kap. 3. A. – S. 79–81) festgestellt und begründet, dass und wieso es bisher kein globales Finanzmarktrecht gibt. In Kap. 3. B. (S. 81) wird das „Soft Law“ als Lösungsmöglichkeit für die Schaffung internationaler Standards genannt und es wird von der

¹ Ausführlich dazu *Michaelis*, Die Systemfehler der Finanzkrise, 2011.

² Ausführlich dazu *Michaelis*, Die Chronik der Finanzkrise 2007–2010, 2012; *ders.*, Die Chronik der Finanzkrise 2011, 2012.

internationalen Finanzwirtschaft als ausreichend akzeptiert. Denn Soft Law ist gerade nicht verbindlich, so dass es somit den nationalen Regulierer auch nicht beschneidet und überdies könne es auch besser auf die nationalen Besonderheiten eingehen. Daran anschließend wird auf die Akteure der internationalen Standardsetzung (Kap. 3. C. – S. 81–87), die nationale und transnationale Umsetzung (Kap. 3. D. – S. 87–88) sowie die Überwachung dieser Umsetzung (Kap. 3. E. – S. 88–96) bspw. durch IMF, Weltbank oder FSB eingegangen. Sehr interessant sind dabei die einzelnen Umsetzungsformen (Kap. 3. F. – S. 96–105) am Beispiel der EU (S. 96–97), der Makrobehörden (S. 97–98) sowie die Darstellung der Problematik der Prozyklizität (S. 98–105) gelungen.

V. Zum Kapitel 4 – S. 109–251

Den ersten Schwerpunkt dieser Arbeit bildet erkennbar das Kapitel 4 auf den S. 109–251 mit dem Thema „Behörden und Institutionen des makroprudentiellen Aufsichtssystems“. Dieses wird dabei grob in drei Teile untergliedert: Die Darstellung der Europäischen Ebene (Kap. 4. A. – S. 110–202), eine ausgewählte Darstellung einiger EU-Mitgliedstaaten (Kap. 4. B. – S. 202–237) sowie im Vergleich die USA (Kap. 4. C. – S. 237–250).

Bergk konzentriert sich bei der Darstellung der Europäischen Union (Kap. 4. A. I. – S. 114–150) auf die grundsätzliche Organisation (Kap. 4. A. I. 1. – S. 114–142), das Mandat (Kap. 4. A. I. 2. – S. 142–145) und die Beschlussfassung (Kap. 4. A. I. 3. – S. 145–150) des ESRB. Diese Darstellung bietet einen deutlichen Mehrwert, da es vor der Finanzkrise keine einheitliche Aufsicht gab und die damaligen Aufseher, wenn überhaupt, dann nur Einzelunternehmen betrachteten aber gerade nicht die Stabilität des gesamten Finanzsystems der EU im Focus hatten. Diese Aufgabe wurde zum 1.1.2001 von dem European Systemic Risk Board (ESRB) – also dem Europäischen Ausschuss für Systemrisiken – übernommen. Der ESRB-Ausschuss ist dabei als Gremium ohne eigene Rechtspersönlichkeit bei der Europäischen Zentralbank in Frankfurt am Main angesiedelt. Höchst interessant, sehr ausführlich und in bisher nicht dagewesener Deutlichkeit erläutert *Bergk* dabei die Organisation des ESRB mit dem Verwaltungsrat (S. 115–125), dem Lenkungsausschuss (S. 125–129), dem Sekretariat (S. 129–131), den beratenden Ausschüssen (S. 131–136) sowie der Stellung des ESRB-Vorsitzenden und dessen Stellvertreter (S. 136–141).

Da es nach der Einrichtung des ESFS noch zu weiteren Reformanstrengungen kam, entstand unter anderem der Single Supervisory Mechanism (SSM), also der einheitliche Aufsichtsmechanismus, der zusammen mit dem gemeinsamen Rahmen für die europäische Bankenrestrukturierung und der europäischen Einlagensicherung die Bankenunion bildet. Dieser wird daher in Kap. 4. A. II. – S. 151–202 ausführlich in Bezug auf die Organisationsstruktur (Kap. 4. A. II. 3. – S. 181–197) und das Mandat, also den Aufsichtsgegenstand (Kap. 4. A. II. 2. – S. 157–181) dargestellt.

Mit der Veröffentlichung ESRB/2011/3 des ESRB wurde den nationalen Behörden empfohlen, makroprudentielle Behörden zu bestimmen, die diese Überwachung übernehmen sollen. Daher befasst sich *Bergk* in Kap. 4. B. mit der selekt-

tiven Darstellung einzelner EU-Mitgliedstaaten und geht dabei exemplarisch und ausführlich auf das Vereinigte Königreich (Kap. 4. B. I. – S. 202–213), Deutschland (Kap. 4. B. II. – S. 213–230) sowie Slowenien (Kap. 4. B. III. – S. 230–237) ein.

VI. Zum Kapitel 5 – S. 252–345

Den zweiten Schwerpunkt stellt das Kapitel 5 (S. 252–345) mit den Ausführungen über die „Befugnisse der Makroaufsicht“ dar. Dabei wird dieses Kapitel grob in zwei Teile untergliedert: zum einen in die Informationsausstattung der Makroaufsicht (Kap. 5. A. – S. 252–286) und zum anderen in die Kompetenzen zur Bekämpfung der erkannten systemischen Risiken (Kap. 5. B. – S. 287–346).

Der Abschnitt der Informationsausstattung wird dabei untergliedert in die Europäische Union/ESRB (Kap. 5. A. I. – S. 252–264), den Euroraum (Kap. 5. A. II. – S. 264–270), sowie die bereits aus dem Kapitel 4 gewählte selektierte Darstellung der EU-Mitgliedstaaten: Vereinigtes Königreich (S. 270–274), Deutschland (S. 274–278), Slowenien (S. 278–283) und dazu im Vergleich die USA (S. 284–286).

In denselben Gliederungsstufen geht *Bergk* ausführlich und bisher einmalig in der Darstellung in Kapitel 5. B. auf die Kompetenzen der jeweiligen Organe zur Bekämpfung im Falle erkannter systemischer Risiken ein.

VII. Zum Kapitel 6 – S. 346–360

Schließlich fasst *Bergk* in Kapitel 6 (S. 346–360) seine Arbeit zusammen und wagt einen Ausblick.

VIII. Fazit

Die vorliegende Arbeit befasst sich aktuell (Stand: 27.10.2018) und umfangreich mit der makroprudentiellen Aufsicht zur Bekämpfung der systemischen Risiken im Finanzsystem. Dargestellt wird ausführlich der Aspekt der globalen Interdependenz der einzelnen Risiken, die sich schnell (so wie es in der Finanzmarktkrise ab 2007 auch zu sehen war) gegenseitig verstärken und so zu einer europäischen und/oder globalen Finanzmarktkrise entwickeln konnten. Da es auf globaler Ebene jedoch (noch) keinen einheitlichen Aufseher zur Bekämpfung systemischer Risiken mit globaler Strahlkraft gibt (S. 346), ist eine internationale Zusammenarbeit von Expertengremien zwangsnötig. *Bergk* setzt sich dabei mit dem aktuellen Stand in der EU und dazu im Vergleich mit den USA auseinander und gibt einen Ausblick auf eine mögliche Entwicklung.

Das vorliegende Werk ist klar strukturiert, verständlich formuliert und erläutert die Aspekte in der notwendigen Tiefe. Es stellt einen wichtigen Beitrag zur aktuellen Thematik der Aufsicht dar – denn nach der Krise ist stets auch vor der (nächsten) Krise.

Oliver Michaelis, LL.B. (Univ.), Berlin

B u c h r e z e n s i o n

Uwe Volkmann, Rechtsphilosophie, C.H. Beck, München 2018, 276 S., € 21,90.

Wer sich im Rahmen seiner juristischen Ausbildung mit rechtsphilosophischen Fragen beschäftigen will, läuft einerseits Gefahr, sich in der Vielfalt der oft ungeordnet diskutierten Problemstellungen zu verlieren. Neben dem Begriff des Rechts, seinem Geltungsgrund und seinen Wechselwirkungen mit den Gegebenheiten der Realität begegnet man den so großen und kontrovers behandelten Termini der „Gerechtigkeit“, „Freiheit“ und „Gleichheit“, meist ohne dass deren Zusammenhänge erschlossen werden. Andererseits stehen rechtsphilosophische Schriften regelmäßig nicht in Verdacht, den Leser durch eine verständliche und eingängige Darstellung der teils sehr komplexen Materie an die Hand zu nehmen. Der Zugang zu den ohnehin hoch abstrakten Theoriegebäuden großer Denker wird dadurch zusätzlich erschwert.

Ein überaus gelungenes Beispiel dafür, wie eine strukturierte Darstellung komplexer Ideen aussehen kann, die noch dazu durchweg in einer anschaulichen Sprache vermittelt wird, stellt die „Rechtsphilosophie“ *Uwe Volkmanns* dar. Gleich zu Beginn erläutert der ausgewiesene *Hegel*-Kenner das Programm seines in erster Auflage erschienenen Lehrbuchs anhand einer klassisch gewordenen Definition des schwäbischen Philosophen, der zufolge Rechtsphilosophie die Idee des Rechts, seinen Begriff und dessen Verwirklichung in die Welt hinein zum Gegenstand hat (S. 1–4). Dies mündet letztlich in einem zweiteiligen Aufbau: Während sich der erste Teil des Buchs mit der historischen Entwicklung der ideellen Grundlagen und damit den Rahmenbedingungen des Rechts beschäftigt (S. 5–138), widmet sich der zweite Teil der Umsetzung des Rechts und dessen Leistungsfähigkeit für den Alltag einer Gesellschaft (S. 139–249).

Das erste der behandelten Grundmodelle politischer Ordnung betrifft „Gemeinschaftliche Konzeptionen“ (S. 8–42), welche das Denken der antiken Welt bis in das Mittelalter hinein prägten. Kennzeichnend für diese Ansätze ist neben der Berufung auf „höhere Mächte“ als Legitimationsgrund eine für heutige Gesellschaften befremdliche Inanspruchnahme des Einzelnen durch und für die Gemeinschaft. Entfaltet und näher charakterisiert werden diese Aspekte anhand der Ideenlehre Platons (S. 9–17), des politischen Aristotelismus (S. 17–22) sowie anhand der stoischen Philosophie (S. 22–26). Mit dem Ende der Antike, insbesondere dem Untergang des Römischen Reichs, führte der Siegeszug des Christentums zu einer Verbindung religiöser und politisch-philosophischer Anschauungen, die in den Lehren *Augustinus* (S. 27–31), *Thomas von Aquins* (S. 31–36) und *Martin Luthers* (S. 36–39) ihre reifste Ausarbeitung fand. In Einklang mit der neueren Geschichtsforschung stellt *Volkmann* treffend heraus, dass der Einfluss christlich-theologischer Elemente bereits zu einer schrittweisen Fokussierung auf den Einzelnen führte, wenngleich diese Entwicklung vor dem Hintergrund eines autoritären religiösen Weltbildes freilich

recht zaghaft erfolgte.¹ Ein weiterer Schritt in diese Richtung erfolgte durch die Varianten natur- und vernunftrechtlichen Denkens (S. 39–42), welche etwas knapp als Vorläufer individualzentrierter Legitimationsperspektiven vorgestellt werden. Den größten Umfang der Darstellung nehmen sodann „Liberale Konzeptionen“ (S. 42–121) ein, in denen Gott und Natur als die gesetzgebenden Autoritäten abgelöst sind. *Volkmann* beginnt mit dem für die politische Philosophie revolutionären Kontraktualismus (S. 43–62), der in den Lehren *Hobbes* (S. 45–51), *Lockes* (S. 51–55) und *Rousseaus* (S. 56–60) seine begründungstheoretisch erfolgreichste Ausarbeitung fand. Die klassischen Einwände gegen das kontraktualistische Argument werden anhand der Kritik *David Humes* (S. 60–62) dargestellt, der zwar die vertragstheoretischen Prämissen seiner Vordenker ablehnte, in seiner Betonung der Nützlichkeit staatlicher Herrschaft aber bereits die Tore für utilitaristische Begründungsansätze (S. 62–72) aufstieß. In scharfer Abgrenzung hierzu stehen die Lehren der klassischen deutschen Philosophie. *Volkmann* gelingt es in bemerkenswerter Weise, die komplexe Gedankenwelt *Kants* (S. 73–83) und *Hegels* (S. 83–92) gut verständlich darzustellen. Den Abschluss bilden neuere Diskussionsverläufe (S. 92–121), in denen sich unter anderem die Konzeptionen von *Rawls* (S. 99–107), *Habermas* (S. 112–121) sowie den Hauptvertretern kommunitaristischen Denkens (S. 107–112) einfinden. Den Abschluss des ersten Teils der Arbeit bilden eine knappe, aber dennoch lesenswerte Einführung in die Welt ideologiekritischer (S. 122–124) und poststrukturalistischer (S. 124–131) Ansätze sowie ein ausgewogener Schlussabschnitt (S. 131–138), in dem *Volkmann* die Grundelemente liberaler Staatsphilosophie zusammenfasst, zugleich aber seine Sympathien für eine an *Hegel* erinnernde Einbeziehung eines Mindestmaßes an gemeinschaftsbezogener Wertevermittlung offenbart.

Der zweite Teil des Lehrbuchs behandelt die Frage nach den Zwecken des Rechts und den Umständen ihrer Verwirklichung innerhalb einer positiv verfassten Ordnung. Dabei orientiert sich die Darstellung an unterschiedlichen Sinnzusammenhängen, in denen das Recht eine Rolle spielt; der Aufbau weist dabei stets eine dialektische Struktur auf. Der erste dieser Zusammenhänge wird zum Begriff der „Gewalt“ hergestellt (S. 142–151), wobei die gezogenen Verbindungslinien zu den Straftheorien einleuchten. In dem gewichtigeren zweiten Abschnitt widmet sich *Volkmann* dem Zusammenhang zwischen „Recht und Moral“ (S. 151–187). Nach einer einführenden Definition von Moral (S. 152–155) setzt sich der Autor zum einen mit den Auffassungen auseinander, die das Recht als besonderen Ausschnitt aus dem Bereich der Moral begreifen, wofür plastisch ältere naturrechtliche Modelle (S. 156–160) sowie die Arbeiten *Ronald Dworkins* herangezogen werden (S. 160–163). Zum anderen beleuchtet *Volkmann* die Ansätze, die zu einer Autonomie des Rechts gelangen, wenngleich diese Trennung von der reinen Rechtslehre *Kelsens* (S. 164–168) über die Rechtstheorie *Harts* (S. 169–174) bis hin zu der neueren Lehre *Joseph Raz* (S. 174–177) immer stärker aufgehoben wird. Dies ist letzt-

¹ Vgl. *Roeck*, *Der Morgen der Welt*, 2. Aufl. 2018, S. 317 ff.

lich auch der Schluss, zu dem die Darstellung unweigerlich gelangt (S. 177–187): Da insbesondere in demokratischen Gesellschaften das Recht vielfach „mit moralischen Konnotationen beladen“ wird, lässt sich heute „kaum noch von einem zufälligen Zusammenhang sprechen“ (S. 186). Der für die Frage nach dem Wesen und den Zwecken des Rechts ebenfalls zentrale dritte Abschnitt hat dann die Beziehung zwischen „Recht und Gerechtigkeit“ zum Gegenstand (S. 187–229). Bemerkenswert ist dabei die konzise Wiedergabe der unterschiedlichsten Zusammenhänge, in denen der Begriff der Gerechtigkeit verwendet wird sowie die Aufbereitung der ihn prägenden Elemente (S. 188–193). Wiederum stehen sich diejenigen Positionen, die das Recht als eine Konkretisierung von Gerechtigkeit begreifen – zu nennen sind die Grundformenlehre *Aristoteles*² (S. 194–197), formale Gerechtigkeit im Sinne einer Gleichheit der Rechtsanwendung und Rechtssetzung (S. 197–199) sowie die Bestimmung von Gerechtigkeit als Ausprägung der Idee universeller Menschenrechte (S. 200–204) – den „agnostischen“ Theorien gegenüber, die eine Begründbarkeit von Gerechtigkeitsappellen oder zumindest deren Brauchbarkeit für das Recht leugnen (S. 204–218). Zu den letztgenannten zählt die in neuerer Zeit insbesondere im angloamerikanischen Rechtskreis in unterschiedlichen Spielarten vertretene Ökonomische Rechtstheorie (S. 212–218). In einem wohlhabgewogenen Schlussabschnitt (S. 218–229) bekennt sich *Volkmann* im Wesentlichen zu einem modernen, durch menschenrechtliche Einflüsse normative aufgeladenen Gerechtigkeitsbegriff. Ein letzter Abschnitt, der sich mit der Bedeutung des Rechts für die Gesellschaft befasst (S. 229–249), schließt die Arbeit ab.

Es fällt nicht leicht, ernsthaft Kritikwürdiges an dem Lehrbuch zu finden. So ließe sich beispielsweise noch anfragen, ob nicht eine etwas tiefergehende Darstellung des Kontraktualismus³, seiner Voraussetzungen, Grundannahmen, formalen Ausgestaltung und seines Resultats hilfreich gewesen wäre; Gleiches gilt für die nur in Ansätzen (S. 41 f.) vorgestellte Lehre *Pufendorfs*, der nach einer zutreffenden Einschätzung als „der Naturrechtslehrer eines ganzen Jahrhunderts“² gilt. Man könnte auch hinterfragen, ob die Philosophie *Kants* tatsächlich bereits derart losgelöst vom Vertragsdenken zu begreifen ist, wie dies *Volkmann* annimmt (S. 73), und ob die von ihm vertretene „Menschenrechtskonzeption der Gerechtigkeit“ (S. 200 ff., 214, 225) nicht zu formal bleibt, um dem unscharfen Begriff der „Gerechtigkeit“ brauchbare Konturen zu verleihen.

Allerdings wirken diese Einwürfe zugegebenermaßen kleinkariert. *Volkmann* ist eine herausragende Darstellung gelungen. Gedanken werden bei ihm nicht lediglich vorgetragen, sondern vor dem Hintergrund der jeweiligen politischen und gesellschaftlichen Gegebenheiten erläutert. Das bekannte Bonmot *Hegels*, wonach Philosophie „ihre Zeit in Gedanken erfaßt“³ ist, wird so bei *Volkmann* lebendig. Zum Verständnis tragen auch die vielfach an passenden Stellen eingestreuten

Originalzitate aus den zentralen philosophischen Werken bei, mit denen der Leser jedoch nicht alleine gelassen wird. Stets versteht es der *Autor*, die mitunter schwer verständlichen Ausführungen vergangener Zeiten in einer knappen, aber dennoch inhaltlich gehaltvollen und gut verständlichen Sprache darzustellen. So wird etwa die zu vielen Missverständnissen Anlass bietende Unterscheidung zwischen „volonté générale“ und „volonté de tous“ *Rousseaus* an dem eingängigen Beispiel der Steuerpflicht (S. 58) oder *Hegels* Theorie des objektiven Geistes treffend mit dem „Grundgefühl der Ordnung, das alle haben“ (S. 90), erklärt. Durch die Einbeziehung einer Vielzahl neuerer Arbeiten ist die Darstellung ganz nebenbei auch durchgängig auf der Höhe der Zeit. Bei *Volkmanns* „Rechtsphilosophie“ handelt es sich nach alledem um das wohl beste Lehrbuch, das dem *Rezensenten* bislang untergekommen ist.

Dr. Matthias Wachter, Regensburg

² *Kersting*, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, 1994, S. 225.

³ *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, Bd. 7, S. 26.