

# Examensklausur: Pyrotechnik ist (k)ein Verbrechen?\*

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

*Der Sachverhalt zur ersten Fallfrage ist angelehnt an denjenigen, welcher einer Entscheidung des BGH<sup>1</sup> zugrunde lag. Die Aufgabe erfordert vor allem den Umgang mit dem Problem der Auswirkungen eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auf einen zweiten Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. In diesem Zusammenhang gilt es, die Gesamtschuldnerhaftung bei Inanspruchnahme aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu verorten. Die zweite Fallfrage ist ebenfalls Entscheidungen des BGH<sup>2</sup> nachgebildet und bietet Gelegenheit zur vertieften Wiederholung der Kenntnisse im Schadensrecht, insbesondere mit Blick auf die Einschränkungen der Schadenszurechnung. Ebenso wie der Rassismus<sup>3</sup> überschattet das Abbrennen von Pyrotechnik nach wie vor regelmäßig das sportliche Geschehen. Konstellationen wie die hiesige eignen sich daher – bedauerlicherweise – besonders als Grundlage einer Examensklausur,<sup>4</sup> zumal sie ebenfalls mit einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter verbunden werden können.*

## Sachverhalt

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>1</sup> BGH DStRE 2018, 1334 ff.

<sup>2</sup> BGH NJW 2016, 3725 ff. sowie BGH NJW 2018, 394 ff.

<sup>3</sup> Vgl. dazu den Beitrag von Weller, NJW 2007, 960 ff.

<sup>4</sup> Hierauf ebenfalls hinweisend Mäsch, JuS 2017, 261 (262).

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

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

### Fallfrage 1

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

### Fallfrage 2

Welche Ansprüche stehen A gegen R zu?

### Bearbeitervermerk

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

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

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

### Lösungsvorschlag zu Fallfrage 1

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

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

#### 1. Schuldverhältnis

Zunächst müsste ein Schuldverhältnis zwischen N und R bestehen.

#### a) Vertrag zwischen N und R

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

#### b) Schuldverhältnis kraft Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

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

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

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

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

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

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

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

<sup>6</sup> *Looschelders*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2019, § 9 Rn. 9.

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>8</sup> BGHZ 51, 91 (96) = NJW 1969, 269 (272).

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

<sup>10</sup> Looschelders (Fn. 6), § 9 Rn. 13.

<sup>11</sup> Looschelders (Fn. 6), § 9 Rn. 14.

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

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

<sup>14</sup> BGH DSStRE 2018, 1334 (1338).

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

## 2. Pflichtverletzung

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>21</sup> Hierzu BGH DStRE 2018, 1334 (1336, 1337 f.).

## 3. Vertretenmüssen

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

## 4. Ersatzfähiger Schaden

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

## 5. Mitverschulden

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

## 6. Gesamtschuldnerschaft

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

## 7. Ergebnis

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

## II. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

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

## III. Anspruch aus § 826 BGB

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

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

**Lösungsvorschlag zu Fallfrage 2**

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

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

*1. Schuldverhältnis*

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

*2. Pflichtverletzung*

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

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

*3. Vertretenmüssen*

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

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

*4. Ersatzfähiger Schaden*

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

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

*a) Äquivalenz*

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

*b) Adäquanz*

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

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

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

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

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

<sup>27</sup> *Looschelders* (Fn. 6), § 45 Rn. 13.

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

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

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

c) *Schutzzweck der Norm*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>42</sup> *Scheuch*, RW 2015, 439 (446).

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

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

<sup>32</sup> OLG Köln npoR 2016, 78 (79 f.).

<sup>33</sup> OLG Köln npoR 2016, 78 (80).

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

<sup>35</sup> *Martens*, NJW 2016, 3691 (3694).

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

Ahndung von Zuschauerfehlverhalten zwecks Präventionswirkung sogar explizit zur Ingressnahme auf.<sup>44</sup>

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

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

Die haftungsausfüllende Kausalität ist zu bejahen.

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

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

#### d) Zwischenergebnis

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

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

#### 5. Mitverschulden

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### 6. Schadenshöhe

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

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

<sup>55</sup> Oetker (Fn. 28), § 254 Rn. 126 m.w.N.

<sup>56</sup> BGH NJW 2016, 3715 (3718).

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

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

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

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

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

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

#### 7. Ergebnis

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

<sup>59</sup> BGH NJW 2018, 394 (395).

<sup>60</sup> BGH NJW 2018, 394 (395); Meier, SpuRt 2018, 35 (37).

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

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

## II. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

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

### 1. Rechtsgutsverletzung

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

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

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

### 2. Ergebnis

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

## III. Anspruch aus § 826 BGB

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

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

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

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

<sup>64</sup> BGH NJW 1959, 479 (481).

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

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

<sup>67</sup> *Sprau* (Fn. 65), § 826 Rn. 11.

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

<sup>69</sup> *Sprau* (Fn. 65), § 826 Rn. 11.

<sup>70</sup> OLG Köln npoR 2016, 78 (82).

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

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

<sup>73</sup> *Hein*, JA 2017, 582 (585).