

Herausgeber: Prof. Dr. Martin Böse, Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Gerhard Dannecker, Prof. Dr. Mark Deiters, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Prof. Dr. Beate Gsell, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Andreas Hoyer, Prof. Dr. Uwe Kischel, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Matthias Rossi, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, Prof. Dr. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hans Theile, Prof. Dr. Bettina Weißer, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann, Prof. Dr. Mark Zöller,

Geschäftsführende Herausgeber: Prof. Dr. Markus Artz, RiBVerfG Prof. Dr. Johannes Masing, Prof. Dr. Thomas Rotsch

Schriftleitung: Prof. Dr. Thomas Rotsch

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

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

Redaktion Strafrecht: Prof. Dr. Martin Böse, Wiss. Ass. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Mark Deiters, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hans Theile, Prof. Dr. Bettina Weißer, Prof. Dr. Mark Zöller,

Webmaster: Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung: Wiss. Mitarbeiter Markus Wagner

Internetauftritt: René Grellert

Anzeigenschaltung: Dr. Anna Oehmichen

ISSN: 1865-6331

Inhalt

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Neuerungen im Außergeschäftsraum- und Fernabsatzwiderrufsrecht – Teil 2

Von Privatdozentin Dr. Katharina Hilbig-Lugani, Göttingen 545

Die Verbraucherrechterichtlinie Einfluss auf das deutsche und europäische Rückabwicklungsrecht

Von Rechtsreferendarin Iliyana Popova, Bielefeld 552

Strafrecht

Masernparty – Eine strafrechtliche Betrachtung

Von Rechtsanwalt Sven Wedlich, M.mel., Dessau-Roßlau 559

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Strafrecht

Mord im deutschen und französischen Strafrecht

Von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Wiss. Hilfskraft Alix Giraud, LL.M. und Master en droit, Potsdam 567

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Schwerpunktbereichsklausur Arbeitsrecht: Streit um neue Arbeitszeiten

Von Prof. Dr. Markus Stoffels, Wiss. Mitarbeiterin Diana Buntner, Heidelberg 576

Examensklausur: Weniger ist nicht immer schlechter

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Abbas Samhat, Berlin 587

ÜBUNGSFÄLLE (Forts.)*Öffentliches Recht***Schwerpunktbereichsklausur Völkerrecht:
Menschenrechtsverletzungen durch eingeladene
Soldaten**

Von Wiss. Mitarbeiterin Sarah Schadendorf,
Wiss. Mitarbeiter Julian Udich, Hamburg

596

*Strafrecht***Übungsfall: Aus dem Ruder gelaufen**

Von Prof. Dr. Georg Steinberg, Ass. iur. Christoph Wolf,
stud. iur. Carolin Langlitz, Wiesbaden

606

**Übungsfall Ordnungswidrigkeitenrecht: Zwei
Revoluzzer wider den „gläsernen Menschen“**

Von Rechtsanwalt Dr. Torsten Noak, LL.M., Rostock

611

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN*Zivilrecht***BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13
(Keine Mängelansprüche bei Schwarzarbeit)**

(Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. Volkan Güngör, Lüneburg)

617

*Strafrecht***BGH, Urt. v. 19.3.2013 – 1 StR 647/12
(Rücktritt vom Tötungsversuch bei mehraktigem
Tatgeschehen)**

(Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M., Passau)

620

**BGH, Urt. v. 20.3.2013 – 5 StR 344/12
(Zur Schadensbemessung beim Eingehungsbetrug)**

(Prof. Dr. Arndt Sinn, Osnabrück)

625

BUCHREZENSIONEN*Strafrecht***Heribert Ostendorf, Strafprozessrecht, 2012**

(OStA Prof. Dr. Georg-Friedrich Güntge, Kiel/Schleswig)

629

**Tim Charchulla/Marcel Welzel, Referendarausbildung in
Strafsachen, Stationspraxis – Klausurtechnik –
Aktenvortrag, 3. Aufl. 2012**

(Prof. Dr. Johannes Hellebrand, Goch)

631

VARIA*Allgemeines***Compliance E-lliance – Ein neuer Typus
praxisorientierter Lehrveranstaltung im virtuellen
Hörsaal**

Von Rechtsanwältin Elena A. Spaeth, Köln

632

Neuerungen im Außergeschäftsraum- und Fernabsatzwiderrufsrecht – Teil 2*

Von Privatdozentin Dr. **Katharina Hilbig-Lugani**, Göttingen**

2. *Ausübungsmodalitäten, Fristen und Folgen des Widerrufs, §§ 355 ff. n.F. BGB*

Die gravierendsten Änderungen gab es bei den Modalitäten und Folgen des Widerrufsrechts.

a) *Ausübung des Widerrufsrechts, § 355 Abs. 1 n.F. BGB*

Während es für die Ausübung des Widerrufsrechts früher genügte, dass der Verbraucher die Sache zurücksandte (§ 355 Abs. 1 S. 2 a.F. BGB), bedarf es künftig einer Mitteilung, aus der der Entschluss des Verbrauchers zum Widerruf „eindeutig“ hervorgeht (§ 355 Abs. 1 S. 3 n.F. BGB, ebenso Art. 11 Abs. 1 S. 2 lit. b RL 2011/83/EU). Die Rücksendung der Ware allein genügt nicht, es bedarf einer – so die Erwägungsgründe – begleitenden „deutlichen Erklärung“.¹

Diese jedoch muss, anders als bislang, wenn der Weg der Erklärung gewählt wurde (§ 355 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 Alt. 1 a.F. BGB), nicht mehr in Textform erfolgen. Es genügt eine Erklärung unter Verwendung des Muster-Widerrufformulars Anhang I Teil B oder eine „Erklärung in beliebiger anderer Form“.² Fraglich ist, ob dem eine mündliche Widerrufserklärung genügen kann. Dagegen spricht, dass das Umsetzungsrecht und die Richtlinie von einer „Absendung“ dieser Mitteilung (RL) bzw. Erklärung (BGB n.F.) sprechen³. Andere Sprachfassungen verwenden ebenfalls Begriffe wie „absenden“ und „schicken“.⁴ Dies scheint eine verkörperte Mitteilung vorauszusetzen, sodass eine rein mündliche Erklärung – bspw. bei einem Anruf im Kundencenter des Unternehmers – sich nur schwer darunter subsumieren lässt. Auffällig ist, dass sich in zahlreichen Sprachfassungen die in Art. 11 Abs. 1 S. 2 lit. b und die in Abs. 2 RL 2011/83/EU verwendeten Begriffe unterscheiden und daher beide zur Begriffsauslegung heran-

gezogen werden sollten.⁵ Letztlich dürfte dies am Ausschluss der rein mündlichen Erklärung jedoch nichts ändern.

b) *Widerrufsfrist und Fristbeginn, §§ 355 Abs. 2 n.F., 356 Abs. 2 n.F. BGB*

Die Widerrufsfrist beträgt weiterhin 14 Tage, beginnend mit Vertragsschluss (§ 355 Abs. 2 n.F. BGB). Neu ist, dass nun der Beginn der Widerrufsfrist für verschiedene Typen von Verträgen geregelt ist. Dies ist dem Vollharmonisierungsprinzip geschuldet, das keine differenzierende Ausgestaltung durch die Mitgliedstaaten mehr zulässt.

So bestimmt die Richtlinie beispielsweise, dass bei Kaufverträgen die Frist mit „dem Tag [beginnt], an dem der Verbraucher oder ein [von ihm] benannter Dritter [...] in den physischen Besitz der Waren gelangt“⁶. Der Umsetzungsgeber hat es vermieden, den Begriff „physischer Besitz“ in das BGB zu übernehmen, stattdessen ist dort nun die Rede davon, dass der Verbraucher „die Ware erhalten hat“ (§ 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. b n.F. BGB). Über die Gründe dafür kann man nur spekulieren⁷. Vielleicht sollte nicht der Anschein einer neuen sachenrechtlichen Besitzkategorie „neben“ den Kategorien des unmittelbaren, mittelbaren und sonstigen Besitzes geweckt werden.⁸ Grundsätzlich ist diese Umformulierung zulässig, da die Vollharmonisierung den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber schon aus primärrechtlichen Gründen (Art. 288 AEUV) nicht zwingt, wortwörtlich die Richtlinienvorgabe zu übernehmen.⁹ Es ist aber nicht völlig ausgeschlossen, dass die deutsche Fassung anders ausgelegt wird als die Richtlinienfassung, beispielsweise wenn die Ware in den Briefkasten geworfen wird – so dass man ähnlich dem Zugang von Willenserklärungen das deutsche „erhalten hat“ am Abend eines Werktages zu bejahen versucht sein könnte – der Adressat aber erst eine Woche später von einer Reise zurückkehrt, so dass er erst dann den „physischen Besitz“ erlangt. Dafür, dass eine faktische, tatsächliche Sachherrschaft erforderlich ist, sprechen zahlreiche andere Sprachversionen, die ebenso wie die deutsche mit dem auffälligen Begriff des

* Fortsetzung aus ZJS 2013, 441.

** Die *Autorin* ist Akademische Rätin auf Zeit am Institut für Privat- und Prozessrecht an der Universität Göttingen. Der Beitrag ist eine erweiterte Fassung der am 12.7.2013 im Rahmen ihres Habilitationsverfahrens gehaltenen Probevorlesung. Den Teilnehmern meiner Vorlesung Europäisches Verbraucherrecht in Regensburg im SS 2013 danke ich für rege Debatten zum Inhalt des Beitrags.

¹ ErwG. 49 S. 4 Hs. 1 RL 2011/83/EU.

² Art. 11 Abs. 1 S. 2 lit. b RL 2011/83/EU.

³ Art. 11 Abs. 2 RL 2011/83/EU: „Die [...] Widerrufsfrist ist gewährt, wenn der Verbraucher die Mitteilung [...] vor Ablauf der Widerrufsfrist absendet“ und § 355 Abs. 1 S. 5 n.F. BGB: „Zur Fristwahrung genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs“.

⁴ Englisch: „if the communication [...] is sent“, französisch: „s’il adresse la communication“, spanisch: „cuando haya enviado la comunicación“, italienisch: „se la comunicazione [...] è inviata“, portugiesisch: „se a comunicação [...] for enviada“, dänisch: „har sendt meddelelsen“, schwedisch: „skickar sitt meddelande“.

⁵ Deutsch: „Erklärung/Mitteilung“, englisch: „statement/communication, declaration/communication“, spanisch: „declaración/comunicación, declaración/comunicación“, portugiesisch: „declaração/comunicação“, dänisch: „erklæring/meddelelsen“. Eine Ausnahme bildet die schwedische Fassung: „meddelande/meddelande“.

⁶ Art. 9 Abs. 2 lit. b RL 2011/83/EU.

⁷ Die Gesetzesbegründung paraphrasiert „die Ware erhalten hat“ mit „den physischen Besitz an der Ware erlangt“, BT-Drs. 17/12637, S. 60 f.

⁸ Den Teilnehmern meiner Vorlesung Europäisches Verbraucherrecht in Regensburg danke ich für diese Idee.

⁹ *Schmidt-Kessel*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechtlicherichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, S. 6.

physischen Besitzes aufwarten.¹⁰ Die Erwägungsgründe sind wenig aufschlussreich.¹¹

Für den Fall, dass „der Verbraucher mehrere Waren im Rahmen einer einheitlichen Bestellung bestellt hat, die getrennt geliefert werden“ ist der Tag maßgeblich, an dem der Verbraucher in den physischen Besitz der letzten Ware gelangt (§ 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. b n.F. BGB, zurückgehend auf Art. 9 Abs. 2 lit. b Ziff. ii RL 2011/83/EU). Als problematisch könnte sich in der Zukunft erweisen, wann eine „einheitliche Bestellung“ vorliegt. So ist die Regierungsbegründung der Ansicht, dass, „wenn die Auslegung der Willenserklärungen trotz des einheitlichen Bestellvorgangs zu dem Ergebnis führt, dass kein einheitlicher, sondern zwei oder mehrere getrennte Kaufverträge vorliegen, weil es z.B. an einem erkennbaren Zusammenhang zwischen den verschiedenen Waren fehlt, [...] die Widerrufsfrist für jeden Kaufvertrag getrennt zu ermitteln ist.“¹² Gut möglich, dass der deutsche Umsetzungsgesetzgeber hier zu streng vorgeht, wenn er einen Zusammenhang – zudem einen rein objektiven – zwischen den bestellten Waren fordert. Viele andere Sprachfassungen enthalten kein so komplexes Adjektiv wie „einheitlich“, sondern verlangen lediglich „eine“, „eine einzige“ oder „dieselbe“ Bestellung.¹³ Für eine weite (und verbraucherfreundlichere) Auslegung spricht ferner, dass sich schwer bis unmöglich einheitliche und praktikable Maßstäbe für den „erkennbaren

Zusammenhang zwischen den verschiedenen Waren“ finden lassen. Eine rein objektive Betrachtung des Zusammenhangs scheint den Kern des Problems nicht unbedingt zu treffen, da die subjektiven Zusammenhänge zwischen den Waren von außen keinesfalls erkennbar sein müssen und da objektiv ähnliche Waren in keinem besonderen subjektiven Zusammenhang stehen müssen.¹⁴ Im Fall einer rein objektiven Betrachtung ist völlig unklar, welchen gemeinsamen Bezugspunkt ich für die Gruppenbildung wähle.¹⁵ Viel spricht daher dafür, entgegen der Gesetzesbegründung allein auf den technischen, formalen Aspekt der gemeinsamen Bestellung abzustellen.

c) Fristberechnung nach der VO 1182/71

Für die Fristberechnung möchte die Richtlinie laut ihren Erwägungsgründen auf die Verordnung von 1971 über Fristen, Daten und Termine¹⁶ abstellen¹⁷. Die Umsetzungsgesetzgebung macht dies nicht kenntlich, so dass der BGB-Anwender grundsätzlich für die Fristberechnung auf die §§ 187 ff. BGB abstellen würde. Glücklicherweise ergeben sich zwischen der Verordnung und den BGB-Normen zur Fristberechnung letztlich keine inhaltlichen Abweichungen, so dass es nicht zu richtlinienwidrigen Ergebnissen führt, wenn hier die gebotene unionsautonome Auslegung versäumt wird.

d) Keine Fristverlängerung bei nachgelagerter Widerrufsbelehrung, § 356 Abs. 3 S. 1 n.F. BGB

Bislang war es so, dass sich die Widerrufsfrist auf einen Monat verlängerte, wenn der Unternehmer die Belehrung nicht bis

¹⁰ Englisch: „physical possession“, französisch: „prend physiquement possession“, spanisch: „la posesión material“, italienisch: „possessione fisica“, portugiesisch: „posse física“, dänisch: „fysisk besiddelse“, schwedisch: „fysiskt tar varan i sin besittning“.

¹¹ Sie sprechen von „Besitz [...] oder [...] Kontrolle“ – siehe ErwG. 51 S. 4 und 5 RL 2011/83/EU: „Die in dieser Richtlinie enthaltenen Lieferregeln sollten die Möglichkeit für den Verbraucher enthalten, einem Dritten zu gestatten, in seinem Namen den Besitz an den Waren oder die Kontrolle über die Waren zu erlangen. Es sollte davon ausgegangen werden, dass der Verbraucher die Kontrolle über die Waren hat, wenn er oder ein von ihm angegebener Dritter Zugang zu den Waren zum Zwecke ihrer Nutzung als Eigentümer oder die Möglichkeit zu ihrer Weiterveräußerung hat (beispielsweise wenn er die Schlüssel erhalten hat oder im Besitz der Eigentumsdokumente ist).“ Wo es bei uns „Besitz“ heißt, heißt es in anderen Sprachfassungen interessanterweise wieder „physischer Besitz“ (englisch: „physical possession“, französisch: „possession physique“, spanisch: „posesión material“ u.s.w.).

¹² BT-Drs. 17/12637, S. 60 f. In ähnlicher Weise fordern *Föhlich/Dyakova*, MMR 2013, 71 (72), bei „selbstständigen“ Waren einen „deutlichen Zusammenhang“.

¹³ Englisch: „multiple goods ordered by the consumer in one order“, französisch: „biens multiples commandés par le consommateur dans une seule commande“, spanisch: „entrega de múltiples bienes encargados por el consumidor en el mismo pedido“, portugiesisch: „vários bens encomendados pelo consumidor numa única encomenda“, italienisch: „beni multipli ordinati dal consumatore mediante un solo ordine“, dänisch: „flere forskellige varer, som forbrugeren har bestilt i én ordre“, schwedisch: „flera olika varor på samma gång“.

¹⁴ Bestelle ich einen rosa Strampler in Gr. 56 und ein blaues Hemd in Gr. 92, besteht der geforderte Zusammenhang, weil erkennbar und zutreffend ist, dass ich die Kleidung für meine beiden Kinder kaufe? Bestelle ich einen rosa Strampler in Gr. 56 und eine Fahrradsitzabdeckhaube, besteht der geforderte Zusammenhang, weil erkennbar und zutreffend ist, dass ich den Strampler für mein Baby und die Fahrradsitzabdeckhaube für den Fahrradsitz meines Kleinkindes kaufe? Bestelle ich ein blaues Hemd in Gr. 92 und zwei Bananen, fehlt der geforderte Zusammenhang, weil zwar zutreffend, aber nicht hinreichend erkennbar ist, dass ich beides für meinen zweijährigen Sohn kaufe? Wie, wenn ich ein blaues Hemd und eine graue Hose in Gr. 92 bestelle, davon aber das eine für meinen zweijährigen Sohn, das andere für den dreijährigen Nachbarsjungen zum Geburtstag vorgesehen hatte?

¹⁵ Sind gemeinsame Kategorien wie Kleidung, Nahrungsmittel, Haushaltsgegenstände zu bilden? Gegenstände für Frauen oder Männer? Gegenstände für Kinder, Erwachsene, Ältere? Gegenstände, die man im Urlaub, im Alltag, am Wochenende benötigt? Gegenstände für den Frühling, Sommer, Herbst oder Winter? Teure und billige Gegenstände? Gegenstände, die blau, rot, gelb oder grün sind? Gegenstände, die umweltschädigend oder ökologisch wertvoll sind? Gegenstände, die in Deutschland oder andernorts hergestellt wurden?

¹⁶ Verordnung Nr. 1182/71 v. 3.6.1971 zur Festlegung der Regeln für die Fristen, Daten und Termine.

¹⁷ ErwG. 41 S. 1 RL 2011/83/EU.

Vertragsschluss, sondern erst später erteilt (§ 355 Abs. 2 S. 3 a.F. BGB). Dieser Begünstigung des Verbrauchers schiebt die Verbraucherrechterichtlinie nun einen Riegel vor: Unabhängig vom Zeitpunkt der Belehrung beträgt die Widerrufsfrist stets zwei Wochen (§ 356 Abs. 3 S. 1 n.F. BGB, zurückgehend auf Art. 10 Abs. 2 RL 2011/83/EU).¹⁸

e) Höchstdauer der Widerrufsfrist, § 356 Abs. 3 S. 2 n.F. BGB

Eine ganz einschneidende Änderung findet sich bei der Höchstdauer der Widerrufsfrist. Nun ist festgelegt, dass das Widerrufsrecht sogar bei fehlerhafter oder nicht erfolgter Belehrung spätestens zwölf Monate und vierzehn Tage nach dem Tag, an dem die Widerrufsfrist eigentlich hätte beginnen sollen, endet (§ 356 Abs. 3 S. 2 n.F. BGB)¹⁹. Damit verkürzt sich die Höchstdauer drastisch.²⁰ Denn bislang gab es das sogenannte ewige Widerrufsrecht (§ 355 Abs. 4 S. 3 a.F. BGB): Mangels ordnungsgemäßer Belehrung erlosch ein solches Widerrufsrecht niemals. Dieses „alte deutsche“ ewige Widerrufsrecht ging zurück auf die Heininger-Entscheidung des EuGH von 2001. In ihr hatte der EuGH die damalige Entscheidung des deutschen Gesetzgebers für gemeinschaftsrechtswidrig gehalten, das Widerrufsrecht für ein Haustürgeschäft auf ein Jahr nach Vertragsabschluss zu befristen. Der genaue Zeitpunkt, wann eine Widerrufsfrist bei ordnungsgemäßer Belehrung zu laufen begonnen hätte (so wie er jetzt in §§ 356 Abs. 3 S. 2 n.F., 356 Abs. 2 n.F., 355 Abs. 2 S. 2 n.F. geregelt ist), war in der Heininger-Entscheidung noch nicht relevant.²¹

Die Erwägungsgründe der Richtlinie begründen diese Begrenzung auf ein gutes Jahr in knapper Weise mit der dadurch gewährleisteten Rechtssicherheit.²² In Heininger hatte der EuGH – wider die Position der deutschen, der italienischen und der österreichischen Regierung²³ – ausgeführt, die Rechtssicherheit für den Unternehmer müsse hier zurücktreten, weil er seinem eigenen Bedürfnis nach Rechtssicherheit ohne Schwierigkeit dadurch hätte Rechnung tragen können,

¹⁸ Krit. *Gurkmann*, Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverbandes zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, S. 2.

¹⁹ Eine Ausnahme gilt für Fernabsatz- und „Haustür“-Verträge über Finanzdienstleistungen, § 356 Abs. 2 S. 3 n.F. BGB.

²⁰ Krit. *Brönneke*, Stellungnahme zu ausgewählten Aspekten des Gesetzentwurfes der Bundesregierung für ein Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung (BT-Drs. 17/12637 vom 6.3.2013), S. 4.; Zust. DIHK, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, zur Änderung des Verbrauchsgüterkaufrechts und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, S. 1.

²¹ EuGH, Urt. v. 13.12.2001 – C-481/99 (Heininger) = NJW 2002, 281.

²² ErwG. 43 S. 2 RL 2011/83/EU.

²³ EuGH, Urt. v. 13.12.2001 – C-481/99 (Heininger) = NJW 2002, 281 Rn. 43.

dass er ordnungsgemäß belehrt.²⁴ Diese durchaus überzeugende Argumentation findet heute leider keine Erwähnung mehr. Hinzu kommt, dass ein ewiges oder zumindest sehr langes Widerrufsrecht wichtige präventive Wirkungen bei der Disziplinierung der Unternehmer zur ordnungsgemäßen Belehrung leisten konnte.²⁵

f) Widerrufsfolgen, §§ 355, 357 f. n.F. BGB

aa) Keine Anbindung an das Rücktrittsfolgenrecht mehr

Die RL 2011/83/EU regelt nun die Folgen der Ausübung des Widerrufsrechts vollständig selbst. Anstatt des bisherigen modifizierenden Verweises von § 357 a.F. BGB auf das Rücktrittsfolgenrecht (§§ 346 ff. BGB) gibt es nun keine Anbindung an das Rücktrittsfolgenrecht mehr, sondern eine ganz eigenständige Regelung.²⁶ Dies dürfte die Rechtsanwendung vereinfachen, da das komplizierte Zusammenspiel der beiden Bereiche Widerrufsrecht (§ 357 a.F. BGB) und Rücktrittsfolgenrecht (§§ 346 ff. BGB) entfällt.²⁷

bb) Erbrachte Leistungen müssen nicht mehr sofort zurückgewährt werden, §§ 355 Abs. 3 S. 1 n.F., 357 Abs. 1 n.F. BGB

Nach neuem Recht müssen Verbraucher und Unternehmer die empfangenen Leistungen „unverzüglich“, spätestens jedoch binnen vierzehn Tagen zurückgewähren (§§ 355 Abs. 3 S. 1 n.F., 357 Abs. 1 n.F. BGB, basierend auf Art. 13 Abs. 1, 14 Abs. 1 RL 2011/83/EU). Dies bedeutet eine Absenkung des Verbraucherschutzniveaus, denn bislang waren diese Rückgewährpflichten mangels besonderer Vorgaben sofort

²⁴ EuGH, Urt. v. 13.12.2001 – C-481/99 (Heininger) = NJW 2002, 281 Rn. 47: „Zu dem Vorbringen, dass eine Befristung des Widerrufsrechts aus Gründen der Rechtssicherheit unerlässlich sei, ist schließlich zu bemerken, dass solche Gründe zurücktreten müssen, soweit sie eine Einschränkung der Rechte implizieren, die dem Verbraucher mit der Haustürgeschäfterrichtlinie ausdrücklich verliehen worden sind, um ihn vor den Gefahren zu schützen, die sich daraus ergeben, dass Kreditinstitute bewusst Realkreditverträge außerhalb ihrer Geschäftsräume abschließen. Wenn die Kreditinstitute nämlich so verfahren, um ihre Dienste zu vermarkten, so können sie sowohl den Verbraucherinteressen als auch ihrem eigenen Bedürfnis nach Rechtssicherheit ohne Schwierigkeit dadurch Rechnung tragen, dass sie ihrer Obliegenheit zur Belehrung des Verbrauchers nachkommen.“

²⁵ So auch *Brönneke* (Fn. 20), S. 5.

²⁶ Wie das bisherige BGB handhabt es auch der Draft Common Frame of Reference (DCFR): Art. II.-5:105 Abs. 2 DCFR verweist für die Widerrufsfolgen grundsätzlich auf das Rücktrittsfolgenrecht (Art. III.-3:509 ff. DCFR).

²⁷ Dies begrüßend *Artz*, Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung (BT-Drs. 17/12637), S. 3 f.; Gemischt *Schmidt-Kessel* (Fn. 9), S. 22 („innere Isolation“) und S. 24 („uneingeschränkt zu begrüßen“).

(§§ 357 Abs. 1 S. 1 a.F., 346 Abs. 1, 271 Abs. 1 BGB) zu erfüllen.²⁸

Der Begriff „unverzüglich“ ist a priori nicht nach den für die Irrtumsanfechtung geltenden Maßstäben des § 121 BGB, sondern unionsautonom auszulegen. Interessanterweise legen es aber viele andere Sprachfassungen gleichwohl nahe, dem Begriff in erster Näherung die Umschreibung „ohne schuldhaftes Zögern“ beizumessen.²⁹ Und es kann, ähnlich wie in der von § 121 BGB erfassten Situation angezeigt sein, einen gewissen Zeitraum für die Einholung von Rechtsrat einzukalkulieren, bspw. für Rechtsrat über die Wirksamkeit des getätigten Widerrufs oder das Bestehen einer Wertersatzpflicht.

Für den Beginn der 14-tägigen Frist stellt die Richtlinie für den Unternehmer auf den Tag ab, „an dem er [...] über den [Widerrufs-]Entschluss des Verbrauchers *informiert wird*“ (Art. 13 Abs. 1 RL 2011/83/EU) und für den Verbraucher auf den Tag, an dem er „dem Unternehmer [...] seinen [Widerrufs-]Entschluss *mitgeteilt hat*“ (Art. 14 Abs. 1 Uabs. 1 S. 1 RL 2011/83/EU).³⁰ Etwas irritierend ist hier in Anbetracht der Vollharmonisierung die deutsche Umsetzung. In der Umsetzungsgesetzgebung heißt es, die Höchstfrist beginne „für den Unternehmer mit dem *Zugang* und für den Verbraucher mit der *Abgabe* der Widerrufserklärung“ (§ 355 Abs. 3 S. 2 n.F. BGB).³¹ Nun ist es sicherlich eine sehr sinnvolle Entscheidung, den Begriff „informiert werden“ mit „Zugang des Widerrufs“ und den Begriff „mitteilen“ mit „Abgabe des Widerrufs“ gleichzusetzen. Aber es ist sicherlich nicht die einzig mögliche und der deutsche Rechtsanwender wird mit den Begriffen „Abgabe“ und „Zugang“, mit der er ein festes Repertoire von Details verbindet, beinahe irreführt. Mit Sicherheit wird sich nicht die komplette zu den deutschen Begriffen „Abgabe“ und „Zugang“ entwickelte Dogmatik auf „mitteilen“ und „informiert werden“ übertragen lassen. Vorzugswürdig wäre gewesen, die im deutschen Recht noch nicht so deutlich besetzten Begriffe „mitteilen“ und „informiert werden“ aus der Richtlinie beizubehalten, um den Weg offen zu halten für eine ungehinderte autonome Auslegung.

Für die Rückzahlung muss der Unternehmer vorbehaltlich anderweitiger Abreden der Parteien dasselbe Zahlungsmittel verwenden, das der Verbraucher bei der Zahlung verwendet hat (§ 357 Abs. 3 n.F. BGB, zurückgehend auf Art. 13 Abs. 1 Uabs. 2 RL 2011/83/EU).

²⁸ Art. II.-5:105 Abs. 3 DCFR enthält in Konkretisierung zu Art. III.-3:510 Abs. 2 DCFR die Pflicht zur Rückzahlung einer Geldleistung binnen dreißig Tagen.

²⁹ Englisch: „without undue delay“, französisch: „sans retard excessif“, spanisch: „sin demoras indebidas“, portugiesisch: „sem demora injustificada“, italienisch: „senza indebito ritardo“, schwedisch: „utan onödigt dröjsmål“, dänisch: „uden unødig forsinkelse“.

³⁰ *Hervorhebung durch die Verf.*

³¹ *Hervorhebung durch die Verf.* Ähnlich derzeit die Formulierung für den Verzugsbeginn in § 357 Abs. 1 S. 3 a.F. BGB.

cc) Erstattung von Lieferkosten, § 357 Abs. 2 n.F. BGB

Sodann ist vorgesehen, dass der Unternehmer auch etwaige Zahlungen des Verbrauchers für die Lieferung zurückgewähren muss (§ 357 Abs. 2 S. 1 n.F. BGB). Die dazugehörige Richtlinienvorgabe³² beruht ihrerseits auf der Heine-Rechtsprechung des EuGH von 2010 zur alten Fernabsatzrichtlinie. Seit dieser Entscheidung muss der Unternehmer dem Verbraucher die Hinsendekosten zurückzahlen.³³ Selbst wenn man Heine in der Sache ablehnt³⁴, ist erfreulich, dass der aus dem geltenden deutschen Recht nur mit größter Mühe abzuleitende Gehalt von Heine nun ausdrücklich niedergelegt ist.

Das Gesetz sieht eine nachvollziehbare Ausnahme vor: Die Lieferkosten sind insoweit nicht zu erstatten, als sich der Verbraucher für eine andere Art der Lieferung als die vom Unternehmer angebotene günstigste Standardlieferung, wie beispielsweise eine Overnight-Express-Lieferung oder dergleichen, entschieden hat (§ 357 Abs. 2 S. 2 n.F. BGB, zurückgehend auf Art. 13 Abs. 2 RL 2011/83/EU).³⁵

dd) Zurückbehaltungsrecht des Unternehmers, § 357 Abs. 4 S. 1 n.F. BGB

Der Unternehmer kann die Rückzahlung verweigern, bis er die Waren zurückerhalten hat oder der Verbraucher den Nachweis erbracht hat, dass er die Waren abgesandt hat (§ 357 Abs. 4 S. 1 n.F. BGB, zurückgehend auf Art. 13 Abs. 3 RL 2011/83/EU). Das bedeutet eine Senkung des Verbraucherschutzniveaus – bislang waren die Rückgewährpflichten Zug um Zug zu erfüllen (§§ 357 Abs. 1 S. 1, 346 Abs. 1, 348 BGB). Jetzt muss der Verbraucher vorleisten.³⁶ Irgendwelche Garantien für die Durchsetzbarkeit seines eigenen Zahlungsanspruchs erhält er nicht.³⁷

³² Art. 13 Abs. 1 Uabs. 1 RL 2011/83/EU.

³³ EuGH, Ur. v. 15.4.2010 – C-511/08 (Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH gegen Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.); nachfolgend BGH, Ur. v. 7.7.2010 – VIII ZR 268/07 = NJW 2010, 2651.

³⁴ Bspw. *Hilbig-Lugani*, MMR 2009, 300

³⁵ Hier irritiert jedoch wieder ein Detail der Umsetzung: In der Richtlinie heißt es, der Verbraucher müsse sich „ausdrücklich für eine andere Art der Lieferung“ entschieden haben, in der deutschen Umsetzung fehlt das Wort „ausdrücklich“. Zwar sind nur mit Mühe Fälle denkbar, in denen der Verbraucher konkludent eine besondere Art der Lieferung wählt. Aber dennoch hebt der deutsche Gesetzgeber dadurch unzulässigerweise das in der Richtlinie etablierte Verbraucherschutzniveau an.

³⁶ Zu recht krit. *Gurkmann* (Fn. 18), S. 2 („elementare Grundregel“).

³⁷ Zu recht krit. *Brönneke/Fezer*, Stellungnahme zu ausgewählten Aspekten des Referentenentwurfs des Bundesministeriums der Justiz für ein Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, zur Änderung des Verbrauchsgüterkaufrechts und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, S. 3 und *Brönneke* (Fn. 20), S. 4.

ee) *Gefahr und Kosten der Rücksendung*, § 355 Abs. 3 S. 3 n.F. BGB

Hinsichtlich der Gefahr der Rücksendung bleibt es bei der bisherigen Rechtslage. Insoweit enthält die Richtlinie keine Vorgaben und die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber sind frei, die Gefahrtragung zu regeln.³⁸ Der Gehalt des bisherigen § 357 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 a.F. BGB, wonach beim Widerruf der Unternehmer die Gefahr der Rücksendung trägt, findet sich nun in § 355 Abs. 3 S. 3 n.F. BGB.

Die bisherige Regelung (§ 357 Abs. 2 S. 2 Alt. 1 a.F. BGB), nach der grundsätzlich der Unternehmer die Kosten der Rücksendung trägt, konnte sich so nicht halten. Der Unternehmer kann die Rücksendekosten dem Verbraucher auferlegen, wenn er nur diesbezüglich seinen Informationspflichten genügt hat (§ 357 Abs. 6 S. 1, 2 n.F. BGB, basierend auf Art. 14 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2011/83/EU).³⁹ Diese Auferlegungsmöglichkeit bedeutet eine Senkung des bisherigen Verbraucherschutzniveaus, denn bislang konnten die Rücksendekosten grundsätzlich nur bei Waren bis zu einem Preis von € 40 auferlegt werden (§ 357 Abs. 2 S. 3 a.F. BGB).

ff) *Wertersatzpflicht*, § 357 Abs. 7 n.F. BGB

Zur Wertersatzpflicht des Verbrauchers für einen Wertverlust der Ware sieht die Neuregelung (§ 357 Abs. 7 n.F. BGB, zurückgehend auf Art. 14 Abs. 2 RL 2011/83/EU) recht ähnlich zum geltenden – zuletzt 2011 in Reaktion auf die Entscheidung Messner/Krüger⁴⁰ geänderten⁴¹ Recht – vor, dass der Verbraucher für den Wertverlust nur dann Wertersatz zu leisten hat, wenn „der Wertverlust auf einen Umgang mit den Waren zurückzuführen ist, der zur Prüfung der Beschaffenheit, der Eigenschaften und der Funktionsweise der Waren nicht notwendig war“ und er ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht informiert wurde.⁴²

³⁸ BT-Drs. 17/12637, S. 60.

³⁹ Eine Ausnahme gilt gem. § 357 Abs. 6 S. 3 n.F. BGB (basierend auf Art. 14 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2011/83/EU) für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge, bei denen die Waren zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zur Wohnung des Verbrauchers geliefert worden sind. In diesem Fall ist der Unternehmer verpflichtet, die Waren auf eigene Kosten abzuholen, wenn die Waren so beschaffen sind, dass sie nicht per Post zurückgesandt werden können. Die Umsetzungsgesetzgebung verschiebt die von der Richtlinie vorgegebene Beweislastverteilung. Während nach der Richtlinie der Verbraucher beweisen muss, dass der Unternehmer nicht ordnungsgemäß informiert hat, ist die deutsche Fassung so formuliert, dass dies vom Unternehmer zu beweisen ist. Auch eine Abweichung hinsichtlich der Beweislastverteilung stellt einen Richtlinienverstoß dar.

⁴⁰ EuGH, Urt. v. 3.9.2009 – C-489/07 (Pia Messner/Stefan Krüger) = MMR 2009, 744.

⁴¹ BGBl. I 2011, S. 1600, dazu *Bartholomä*, NJW 2012, 1761.

⁴² Art. II.-5:105 Abs. 5 DCFR sieht vor, dass die widerrufende Vertragspartei grundsätzlich für den „normalen“ Gebrauch des Gegenstands Ersatz zu leisten hat, es sei denn, sie ist über ihr Widerrufsrecht nicht ordnungsgemäß belehrt worden.

Eine Änderung gegenüber der bisherigen Situation könnte sich jedoch aus dem begleitenden Erwägungsgrund ergeben. Dieser sieht vor, dass der Verbraucher mit den Waren „nur so umgehen und sie nur so in Augenschein nehmen [darf], wie er das in einem Geschäft tun dürfte“⁴³. Das klingt restriktiver, als diese Norm bislang von deutschen Gerichten gehandhabt wurde. Es wird zwar auch für den bisherigen § 357 BGB darauf abgestellt, welche Erkenntnismöglichkeiten in einem durchschnittlichen Ladengeschäft zur Verfügung stünden, aber entscheidend für den Umfang des erlaubten Sachumgangs ist, ob die typischerweise zur Warenpräsentation ausgestellten Musterstücke (Matratzen zum Probeliegen, Cremes zum Testen) den Umfang prägen oder nicht.⁴⁴

gg) *Keine weiteren Ansprüche gegen den Verbraucher*, § 361 Abs. 1 n.F. BGB

Schließlich ist festgelegt, dass über „die Vorschriften dieses Untertitels hinaus [...] keine weiteren Ansprüche gegen den Verbraucher infolge des Widerrufs“ bestehen (§ 361 Abs. 1 n.F. BGB, zurückgehend auf Art. 14 Abs. 5 RL 2011/83/EU). Dies dient der Klarstellung, ergibt es sich doch eigentlich schon aus dem a priori abschließenden Charakter der Richtlinienregelung. Die Klarstellung ist indes sehr zu begrüßen, da sie der Vermeidung von Konflikten mit dem Unionsrecht dient. Man denke etwa an die Entscheidung Messner/Krüger, in der der EuGH entschied, dass der sich aus dem deutschen Recht ergebende Nutzungsersatzanspruch⁴⁵ des Unternehmers für die Nutzung des verkauften Gegenstands durch den Verbraucher in der Zeit vor Ausübung des Widerrufsrechts gemeinschaftsrechtswidrig war.⁴⁶ Möglich ist seitdem allein ein Wertersatzanspruch für die durch die Benutzung der Ware eingetretene Verschlechterung.⁴⁷

Nicht erfasst vom Anspruchsausschluss (§ 361 Abs. 1 n.F. BGB) ist (zurückgehend auf Art. 3 Abs. 5 und ErwG. 48 S. 2 RL 2011/83/EU) der Schadensersatzanspruch gegen den Verbraucher, wenn er seine Pflicht zur Rücksendung der Ware verletzt.⁴⁸

⁴³ ErwG. 47 S. 3 RL 2011/83/EU.

⁴⁴ Siehe *Masuch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 357 Rn. 47.

⁴⁵ §§ 357 Abs. 1 S. 1 a.F., 346 Abs. 1 BGB.

⁴⁶ EuGH, Urt. v. 3.9.2009 – C-489/07 (Pia Messner/Stefan Krüger) = MMR 2009, 744 (Leitsatz 1).

⁴⁷ EuGH, Urt. v. 3.9.2009 – C-489/07 (Pia Messner/Stefan Krüger) = MMR 2009, 744 (Leitsatz 2); BT-Drs. 17/12637, S. 64.

⁴⁸ Siehe insbes. ErwG. 48 S. 2 RL 2011/83/EU: „Erfüllt der Unternehmer oder der Verbraucher die Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Ausübung des Widerrufsrechts nicht, so sollten Sanktionen, die gemäß dieser Richtlinie in innerstaatlichen Vorschriften festgelegt sind, sowie vertragsrechtliche Bestimmungen zur Anwendung gelangen.“ Vorsichtig in diese Richtung *Schmidt-Kessel* (Fn. 9), S. 24.

V. Zusammenfassendes Fazit

1. Stil und Methodik und Umsetzung

Der Stil der Richtlinie wird die Rechtsanwendung nicht unbedingt einfacher machen. Die Richtlinienvorgaben sind kasuistisch, detailreich und unübersichtlich. Die Umsetzungsgesetzgebung kann sich dieser Eigenschaften, obwohl sie es nach Kräften versucht, nur teilweise entledigen. Günstig wirkt dabei, dass der Umsetzungsgesetzgeber versucht, redundante Regelungen zusammenzulegen und nach Möglichkeit allgemeine Regeln vor besondere zu ziehen.

Auch die Vollharmonisierung wird uns zahlreiche Schwierigkeiten bescheren. Dank des Vollharmonisierungsprinzips ist der unionsrechtliche Hintergrund bei der Anwendung der Umsetzungsnormen künftig nicht mehr nur nützlich oder interessant, sondern schlichtweg essentiell. Insbesondere rein sprachliche Abweichungen der Umsetzungsgesetzgebung von der Richtlinienvorgabe könnten sich anderenfalls „verselbständigen“ und zu irrigen Auslegungen veranlassen.

Welches Fazit ist speziell für die Umsetzungsgesetzgebung zu ziehen, insbesondere für ihre Unionsrechtskonformität und die Nutzung von Gestaltungsspielräumen? Dass der Umsetzungsgesetzgeber die Verbraucherschützenden Regelungen weiterhin im BGB behält, ist sicherlich vertretbar.⁴⁹ Die Reduktion der Anbindung an andere Teile und Begrifflichkeiten des BGB, ja die „Isolation“ des Umsetzungsrechts im BGB könnten einen künftigen Übergang zu einem Sondergesetz oder einer Kodifikation erleichtern.⁵⁰ An einigen Stellen hat der deutsche Gesetzgeber sich für eine überschießende Umsetzung entschieden, die künftige bei überraschenden EuGH-Entscheidungen zu Problemen (Stichwort: gespaltene Auslegung) führen können. Angesichts der Überlagerung mit materiellen Wertungen ist zum Teil nicht einmal unproblematisch, ob überschießende Umsetzungen zulässig sind. An manchen Stellen sind Streitigkeiten wegen der Richtlinien-treue der deutschen Umsetzung zu erwarten. Der Umsetzungsgesetzgeber hat leider oft an solchen Stellen die Formulierung geändert, wo dies nicht zwingend geboten gewesen wäre.⁵¹ Allzu häufig scheint der Umsetzungsgesetzgeber dies schlicht deswegen zu tun, um an bisherigen BGB-Formulierungen festzuhalten und so die Neuheiten für den Rechtsanwender möglichst zu reduzieren. An verschiedenen Stellen sind Probleme zu erwarten, weil der deutsche Gesetzgeber mit einer aus dem BGB bekannten Begrifflichkeit aufwartet,

die – nicht jedem Rechtsanwender bekannt – in diesem spezifischen Kontext unionsautonom auszulegen sein wird.

2. Struktur

Strukturell hat das Haustür- und Fernabsatzwiderrufsrecht eher gewonnen als verloren. Die nun im BGB stärker „isolierten“ Blöcke der §§ 312 ff., 355 ff. BGB sind kompakter und abschließender organisiert und die regelungsbedürftigen Fragen leichter zu finden.⁵² Die AT-BT-Struktur der §§ 355 ff. BGB macht die Handhabung einfacher.

3. Inhalt

Auch in Bezug auf den Inhalt der Neuerungen fällt das Urteil in Summe nicht unbedingt pessimistisch aus.

Dabei hat jedoch die hiesige, auf das Widerrufsrecht bei Fernabsatz- und Außergeschäftsraumverträgen konzentrierte Betrachtung den Blick von einigen inhaltlichen Schwachpunkten weggelenkt – von Schwachpunkten der Richtlinie (insbesondere den sehr intensiven Informationspflichten⁵³ und den unübersichtlichen Anwendungsbereichen und Regelungsebenen) und von Schwachpunkten der Umsetzung (insbesondere den verfehlten Eingriff in das Rücktrittsrecht nach § 323 BGB und die verpasste Chance zur Umsetzung der Weber/Wittmer-Rechtsprechung⁵⁴).

Angenehm an der Neuregelung im Widerrufsrecht bei Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen ist für den Rechtsanwender unabhängig von der eigenen inhaltlichen Position, dass einige EuGH-Entscheidungen kodifiziert werden – insbesondere Heine⁵⁵ und Messner⁵⁶ – oder man sich eben klar gegen sie entschieden hat – wie in den Fällen Heining⁵⁷ und Gruber⁵⁸. Ferner ist angenehm, dass gewisse Streitfragen und Unklarheiten einer Lösung zugeführt werden, wie beispielsweise der nach der Verbrauchereigenschaft bei gemischtem Vertragszweck.⁵⁹

Wie fällt das Urteil in Bezug auf das Verbraucherschutz-niveau aus? Das Verbraucherschutzniveau wird an einigen Stellen gesenkt (Widerrufsfristen, Rücksendekosten, Zurück-

⁴⁹ Zust. Brönneke/Fezer (Fn. 37), S. 1; a.A. (für ein Verbrauchergesetzbuch) DAV, Stellungnahme Nr. 78/2012, S. 3 und Kaufhold, Zusammenfassung der Stellungnahmen des Deutschen Anwaltvereins zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechtlinie, zur Änderung des Verbrauchsgüterkaufrechts und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung (Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011), S. 3 f.

⁵⁰ Siehe Schmidt-Kessel (Fn. 9), S. 22.

⁵¹ Für eine Reduktion auf die zwingend gebotenen Abweichungen zutreffend Schmidt-Kessel (Fn. 9), S. 14 f.

⁵² Positiv bspw. auch Brönneke/Fezer (Fn. 37), S. 1.

⁵³ Krit. bspw. DIHK (Fn. 20), S. 1.

⁵⁴ EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-65/09 (Weber/Wittmer) und C-87/09 (Putz/Medianess) = Slg I 2011, S. 5257 = NJW 2011, 2269 = JZ 2011, 1000; siehe nachfolgend BGH, Urt. v. 21.12.2011 - VIII ZR 70/08 und BGH, Urt. v. 17.10.2012 - VIII ZR 2226/11; siehe anders noch § 474a BGB-E i.d.F. des Referentenentwurfs vom 19.9.2012.

⁵⁵ Siehe Fn. 33.

⁵⁶ Siehe Fn. 40 und Fn. 46.

⁵⁷ Siehe Fn. 21.

⁵⁸ EuGH, Slg. I 2005, S. 439 (Gruber; wobei Gruber, da das EuZVR betreffend, nie direkt einschlägig war sondern nur als allenfalls parallele Wertung herangezogen wurde).

⁵⁹ Viele andere bleiben leider unbeantwortet, beispielsweise die Fragen zum Verbraucher-/Unternehmerbegriff, nach der Verortung des Existenzgründers, den branchenfremden Nebengeschäften oder der Erforderlichkeit einer Gewinnerzielungsabsicht.

behaltungsrecht), an einigen beibehalten, an anderen Stellen gehoben und an wiederum anderen Stellen wird schlicht das jüngst vom EuGH stark angehobene Verbraucherschutzniveau kodifiziert (wie bei den Hinsendekosten im Zuge der Heine-Rechtsprechung). Dabei fällt auf, dass eine Absenkung des Verbraucherschutzniveaus nicht immer schlecht sein muss und eine Anhebung sicher nicht immer gut ist (Gerade weil die Hebung des Verbraucherschutzniveaus zu Kosten führt, die vom Unternehmer auf den Verbraucher umgelegt werden. So müssen letztlich diejenigen Verbraucher, die ihre Rechte nicht maximal ausnutzen für die anderen mitbezahlen.). Entscheidend ist letztlich die Balance von Verbraucher- und Unternehmerinteressen. Auch wenn einige Neuerungen gewöhnungsbedürftig sind und gerade manche Ausnahmen zu neuen missbräuchlichen Praktiken einladen mögen und wenn andere Neuerungen noch einer genauen Auslotung durch Literatur und Rechtsprechung bedürfen, ist inhaltlich die bisherige Balance von Verbraucher- und Unternehmerinteressen weitgehend beibehalten worden.

Die Verbraucherrechterichtlinie

Einfluss auf das deutsche und europäische Rückabwicklungsrecht

Von Rechtsreferendarin Iliyana Popova, Bielefeld*

Die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie führt zur eigenständigen Regelung der Widerrufsfolgen im deutschen Recht losgelöst vom Rücktrittsrecht und damit zu einer Spaltung der Rückabwicklungsregime. Einige vom Umsetzungsgesetz vorgesehene Änderungen werden im Folgenden kritisch beleuchtet. Die Richtlinie beeinflusst aber auch den Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht in doppelter Hinsicht - im Widerrufsrecht und darüber hinaus im Kapitel über die Rückabwicklung nach Rücktritt und Anfechtung.

I. Einführung

Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge ist nach noch geltendem deutschen Recht zweigeteilt, in Bereicherungs- und Rücktrittsrecht.¹ Der Widerruf² stellt ein besonders ausgestaltetes gesetzliches Rücktrittsrecht mit dem Ziel der Wiederherstellung des status quo ante dar und führt durch Verweisung der §§ 355, 357 BGB ins Rücktrittsfolgenrecht der §§ 346 ff. BGB.³ Betrachtet man die Frage nach einem allgemeinen Rückabwicklungsregime für alle Fälle des Vertrags Scheiterns als Alternative zur jetzigen Kodifikation, so erscheint dies in Bezug auf das Rücktrittsrecht und die Rückabwicklung mittels Leistungskondition aufgrund ihrer einheitlichen Funktion grundsätzlich nicht unmöglich.⁴ Ein solches

einheitliches Regime könnte im allgemeinen Schuldrecht etabliert werden und alle Fälle umfassen, in denen ein Vertrag scheitert, etwa nach Anfechtung, Rücktritt und Widerruf.⁵ Möglicherweise ist der Weg zu einer solchen Regelung nunmehr durch die Verbraucherrechterichtlinie (VRRL) vom 25.10.2011⁶ gesperrt. Ziel der RL ist ein hohes Verbraucherschutzniveau und die Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes durch Vollharmonisierung⁷ auf den Gebieten der Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträge⁸ zu gewährleisten.⁹ Um eine Angleichung der Rechtsvorschriften in Europa und damit den Abbau von Hindernissen für den grenzüberschreitenden Verkehr zu schaffen, sieht die VRRL u.a. in den Artt. 9 bis 16 neu gefasste, eigenständige

* Die Verf. ist Rechtsreferendarin am LG Bielefeld.

¹ Außer Acht gelassen wird bei dieser Frage das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis.

² Das (vom Grundsatz pacta sunt servanda abweichende) Recht bzw. die Option, einen schwebend wirksamen Vertrag innerhalb einer Frist zu widerrufen, wird nicht an einen Grund gebunden und besteht unabhängig von etwaigen Vertragsbrüchen des Unternehmers, vgl. Zimmermann, in: Eidenmüller u.a. (Hrsg.), Revision des Verbraucher-acquis, 2011, S. 167 (S. 168 f.); s.a. zu der Frage eines zwingenden Widerrufsrechts und das optionale Modell befürwortend, ders., in: Begegnungen im Recht, Ringvorlesung der Bucerius Law School zu Ehren von Karsten Schmidt anlässlich seines 70. Geburtstags, 2011, S. 321 (S. 332 ff.); dazu auch Jansen, ZEuP 2012, 741 (768 f.); s.a. Eidenmüller u.a., JZ 2012, 269 (277 f.).

³ Demnach wirkt der Widerruf ex nunc, wie das im Zuge des Rücktritts in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelte Schuldverhältnis, Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 357 Rn. 2 und Einf. v § 346 Rn. 6; Zimmermann (Fn. 2 – Revision), S. 167 (S. 169 ff.); EuGH, Urt. v. 25.10.2005 - C-350/03 (Eheleute Schulte/Badenia Bausparkasse); s.a. Hellwege, JZ 2005, 337 f.

⁴ Ein einheitliches Rückabwicklungsregime würde das Problem bestehender Wertungswidersprüche lösen; als Anknüpfungspunkt sollte nicht die Wirkung der rechtsvernichtenden Einwendung - ex tunc oder ex nunc - herangezogen, sondern auf das gemeinsame Ziel der Rückabwicklung abgestellt werden: die Wiederherstellung des status quo ante, vgl. Zimmermann (Fn. 2 – Revision), S. 167 (S. 170 ff.); ders., ULR 2011,

563; Wendehorst, in: Schulze/v. Bar/Schulte-Nölke (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, 2008, S. 240 (S. 240 f. und 257); Hellwege, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem, 2004, S. 79 ff.; ders., JZ 2005, 337; s.a. Jaeger, ZJS 2013, 327; anders: Kaiser, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2012, Vorb. zu §§ 346-354 Rn. 27.

⁵ Dieses bejahend: Hellwege, JZ 2005, 337 (342 ff.); Zimmermann, in: Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer, 2004, S. 735 (S. 746 ff., 753 f.); ders. (Fn. 2 – Revision), S. 167 (S. 192); Wendehorst (Fn. 4), S. 240 (S. 257); für eine einheitliche, rein vertragsrechtliche Rückabwicklung; Eidenmüller u.a., JZ 2012, 269 (278).

⁶ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG und der Richtlinie 1999/44/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG und der Richtlinie 97/7/EG, ABl. EU 2011 Nr. L 304, S. 64; zur Entstehung siehe Unger, ZEuP 2012, 270; s.a. Schwab/Giesemann, EuZW 2012, 253; Busch/Domröse, EUVR 2012, 48; Hilbig-Lugani, ZJS 2013, 441.

⁷ Abgesehen von einigen Öffnungsklauseln, z.B. Art. 9 Abs. 3 S. 2 RL 2011/83/EU; Staudenmayer, NJW 2011, 3491 f.; Busch/Domröse, EUVR 2012, 48; s.a. Hilbig-Lugani, ZJS 2013, 441 (442 ff.).

⁸ Der Anwendungsbereich wird erheblich über den Wohn- und Arbeitsort des Verbrauchers ausgeweitet, die sog. Verkaufs-Kaffeefahrten sowie öffentliche Plätze und „jegliches Ansprechen“ werden umfasst, auch wenn der Verbraucher den Unternehmer ausdrücklich zu sich bestellt, Unger, ZEuP 2012, 270 (278 ff.); Schulze, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, 2012, S. 151 (S. 154 f.).

⁹ Vgl. Richtlinie 2011/83/EU ErwG. 2 ff.; BT-Drs. 17/12637, S. 33 und 85; Schwab/Giesemann, EuZW 2012, 253 (255); siehe dazu Jansen, ZEuP 2012, 741 (741, 745). Im Folgenden wird nur Bezug auf den Widerruf von Kaufverträgen über Waren genommen.

Regeln des Widerrufsrechts vor.¹⁰ Diese werden auch im deutschen BGB ab dem 13.6.2014 ihren Niederschlag finden.¹¹

II. Umsetzung der VRRRL – neue Widerrufsfolgen für das BGB

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der VRRRL vom 6.3.2013, angenommen im Bundestag durch Gesetzesbeschluss vom 14.6.2013, führt die Neustrukturierung eigenständiger Widerrufsregeln und Rückabwicklungsfolgen ein.¹² Die neu gefassten §§ 355, 357 n.F. BGB¹³ verweisen nicht mehr ins Rücktrittsrecht, sondern regeln die Rechtsfolgen nach dem Widerruf isoliert und abschließend. Gleich bleibend erscheint der Wortlaut des § 355 Abs. 1 BGB, wonach die Pflichten zur Vertragserfüllung nach erklärtem Widerruf entfallen. Die neue Fassung verdeutlicht gegenüber der alten, dass beide Vertragsparteien von dieser Verpflichtung befreit werden¹⁴ und nicht etwa nur der Verbraucher, wie es

¹⁰ Vgl. ErwG. 2, 9, 40, 44, 51 sowie Art. 4 RL 2011/83/EU.

¹¹ BT-Drs. 17/12637 (Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der VRRRL v. 6.3.2013) sowie BT-Drs. 17/13951 (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 12.6.2013). Der Forderung, ein eigenständiges Verbrauchergesetz außerhalb des BGB zu schaffen, wie z.B. vom DAV in seinen Stellungnahmen Nr. 78/2012 von Oktober 2012 sowie 7/2013 von Januar 2013 (S. 4) und Nr. 26/2013 von April 2013 (S. 4) - abrufbar unter:

<http://anwaltverein.de/interessenvertretung/stellungnahmen>

(4.11.2013) -, vertreten, ist der Gesetzgeber zu Recht nicht nachgekommen. Die behauptete „Gefahr einer nicht richtlinienkonformen Umsetzung“ (S. 4 Stellungnahme Nr. 78/2012) wird durch ein Sondergesetz wohl kaum vermieden werden. Gegen diesen Vorschlag zu Recht: *Brönneke/Fezer*, Stellungnahme zu ausgewählten Aspekten des Referentenentwurfs des Bundesministeriums der Justiz für ein Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, zur Änderung des Verbrauchsgüterkaufrechts und zur Änderung des Gesetzes zur Wohnungsvermittlung, S. 1, abrufbar unter:

http://www.verbraucherkommission.de/servlet/PB/show/2931698/VKStellungnahme%20Verbraucherrechterichtlinie%20%20Umsetzung%20Brönneke_Fezer%2005.11 (4.11.2013);

Dem Vorschlag kann entgegengehalten werden, dass frühere Gesetze wie das Haustürwiderrufsgesetz und das Verbraucherkreditgesetz im Zuge der Schuldrechtsmodernisierungsreform 2002 aus guten Gründen Einzug ins BGB fanden; s.a. *Jansen*, ZEuP 2012, 741 (742).

¹² BT-Drs. 17/12637, S. 2, S. 33 ff. sowie BT-Drs. 498/13, S. 11 ff.; vgl. dazu umfassend *Hilbig-Lugani*, ZJS 2013, 441 (442); s.a. *Föhlich/Dyakova*, MMR 2013, 71.

¹³ § 355 n.F. BGB: „Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen“; § 357 n.F. BGB: „Rechtsfolgen des Widerrufs von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen mit Ausnahme von Verträgen über Finanzdienstleistungen“, BT-Drs. 498/13, S. 11 ff.

¹⁴ „[...] so sind der Verbraucher und der Unternehmer an ihre auf den Abschluss des Vertrags gerichteten Willenserklärungen nicht mehr gebunden, wenn der Verbraucher seine Wil-

bisher heißt.¹⁵ Neu ist die in § 355 Abs. 3 n.F. BGB eigenständig statuierte Pflicht zur Rückgabe des Empfangenen¹⁶, dessen Wortlaut sinngemäß § 346 Abs. 1 BGB entspricht. Insofern ändert sich an der primären Folge des Widerrufs nichts.

Zunächst regelt § 355 Abs. 3 n.F. BGB, ab wann die Rückgabefrist für Verbraucher und Unternehmer zu laufen beginnt (bislang so in § 357 Abs. 1 BGB) und weist dem Unternehmer die Gefahr der Rücksendung zu (so auch § 357 Abs. 2 BGB). Sodann konkretisiert § 357 n.F. BGB die Folgen des Widerrufs. Die Rückgewähr der empfangenen Leistungen soll gemäß Abs. 1 beschleunigt und im Idealfall unverzüglich (§ 355 Abs. 3 n.F. BGB), jedoch spätestens 14 Tage nach Widerrufserklärung erfolgen.¹⁷ Unverzüglich erinnert an § 121 Abs. 1 BGB und bedeutet ohne schuldhaftes – vorsätzliches oder fahrlässiges – Zögern¹⁸, die VRRRL selbst definiert den Begriff nicht.¹⁹ Dies gewährt eine angemessene Überlegenszeit sowie die Einholung rechtlichen Rates und die Berücksichtigung der Belange der Parteien im Einzelfall²⁰, und erscheint aufgrund der Höchstfrist von 14 Tagen sachgerecht. Die rasche Rückabwicklung entspricht den Parteiinteressen, den status quo ante ohne unnötiges Abwarten herzustellen und schafft Rechtssicherheit.²¹

Neu ist die Regelung in § 357 Abs. 4 n.F. BGB, wonach der Unternehmer bei einem Verbrauchsgüterkauf die Rückzahlung so lange verweigern kann, bis er die Waren zurück erhalten hat oder der Verbraucher den Nachweis der Absendung erbringt. Dieses Zurückbehaltungsrecht des Verkäufers stellt eine Abkehr von der Zug-um-Zug-Leistung der §§ 348, 320, 322 BGB dar, bei denen Schuldner und Gläubiger zwar nicht in einer synallagmatischen Beziehung stehen, jedoch niemand zur Vorleistung verpflichtet ist.²² Bislang ist der Ver-

lenserklärung fristgerecht widerrufen hat.“ BT-Drs. 498/13, S. 11.

¹⁵ Vgl. ErwG. 37 sowie Art. 12 RL 2011/83/EU; BT-Drs. 17/12637, S. 59 f.

¹⁶ BT-Drs. 498/13, S. 11, § 355 Abs. 3 S. 1 n.F. BGB: „Im Fall des Widerrufs sind die empfangenen Leistungen unverzüglich zurückzugewähren.“

¹⁷ *Unger*, ZEuP 2012, 270 (290); vgl. Art. 13 Abs. 1 VRRRL für die Rückzahlungspflicht des Unternehmers „binnen“ 14 Tagen.

¹⁸ Vgl. *Wendtland*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 28, Stand: 1.8.2013, § 121 Rn. 6.

¹⁹ Der Begriff „unverzüglich“ (in der englischen Fassung „without undue delay“) wird in der VRRRL häufig verwendet, so etwas auch in Art. 18 Abs. 1 hins. der Lieferung, die unverzüglich erfolgen soll, oder in Art. 18 Abs. 3, der im Falle des Rücktritts eine unverzügliche Rückzahlungspflicht vorsieht.

²⁰ *Wendtland* (Fn. 18), § 121 Rn. 7 f.

²¹ So auch *Föhlich/Dyakova*, MMR 2013, 71 (74).

²² Die §§ 348, 320, 322 BGB gelten nur für das durch Rücktritt entstandene Abwicklungsverhältnis (vgl. *Grüneberg* [Fn. 3], § 348 Rn. 1 und § 320 Rn. 1 und 4) und können mangels Verweisung auf § 346 BGB auf die §§ 355, 357 n.F. BGB nicht mehr angewendet werden; BT-Drs. 17/12637, S. 63; *Föhlich*, Das Widerrufsrecht im Onlinehandel, 2009, S. 293 und 296;

braucher durch sein Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB davor geschützt, dass der Unternehmer eine vorzeitige Rücksendung der Ware verlangen kann.²³ Art. 13 Abs. 3 der VRRL und Erwägungsgrund 48 sehen hingegen eine Vorleistungspflicht des Verbrauchers vor und kehren damit die Verhältnisse zu Lasten der Verbraucher um. Ein Grund für diese Pflichtverteilung kann darin gesehen werden, dass der Verkäufer bei bisher in Textform erklärtem Widerruf ohnehin zunächst auf den Eintritt der Ware wartet und wohl kaum selbst in Vorleistung tritt.²⁴ Zudem verteilt der Gesetzgeber bisher auch schon bei der zweiten Variante des § 355 Abs. 1 S. 2 BGB die Leistungspflicht auf den Verbraucher, der auch durch „rechtzeitige Rücksendung der Ware“ den Widerruf erklären kann.²⁵ In dieser Konstellation nimmt der Verbraucher selbst die Vorleistung vor und erklärt sich damit einverstanden, dass der Unternehmer erst daraufhin zahlt. Diese Option steht nunmehr gemäß § 355 Abs. 1 S. 2, 3, 5 n.F. BGB nicht zur Verfügung; der Verbraucher muss zwar den Widerruf nicht in Textform erklären, die bloße Rücksendung der Sache reicht jedoch nicht mehr aus.²⁶ Ob die Abkehr von der Zug-um-Zug-Leistung eine sachgerechte Lösung darstellt, ist zu bezweifeln. Der Verbraucher wird damit schlechter gestellt als bisher, indem ihm ein Druckmittel gegen den Verkäufer genommen wird²⁷, und hierfür bedarf es eines tatsächlichen Bedürfnisses. Statistisch belegt ist, dass 90% der Onlinehändler standardisierte Widerrufsformulare zur Verfügung stellen, die Verbraucher auch nutzen.²⁸ Wenn Unternehmer bisher ohnehin wenig Wert auf den Widerruf „durch Rücksendung der Sache“ legen, dann ist für sie die Vorleistung der Verbraucher kein entscheidendes Argument, denn sie gehen davon aus, dass der widerrufende Verbraucher nicht die Sache, sondern sein Geld haben will und daher jene auch zurückschicken wird. Für Verbraucher hingegen kann die Vorleistungspflicht ein Risiko darstellen: In manchen Fällen wird er durch Vorleistung der Gefahr eines insolventen Verkäufers ausgesetzt²⁹ und zumindest hierfür müsste eine Ausnahme von der Vorleistungspflicht gelten. Es reicht in diesen Fällen auch nicht aus, wenn der Verbraucher durch den Nachweis der Rücksendung der Ware der Vorleistungspflicht genügt (§ 357 Abs. 4 S. 1 Var. 2 n.F. BGB).³⁰ Vorzugswürdig wäre es, keiner Partei eine Vorleistungspflicht aufzuerlegen.³¹

Unger, ZEuP 2012, 270 (290 f.); *ders./Dyakova*, MMR 2013, 71 (74); *Schwab/Giesemann*, EuZW 2012, 253 (256).

²³ *Föhlisch* (Fn. 22), S. 295.

²⁴ Vgl. dazu auch *Föhlisch* (Fn. 22), S. 295.

²⁵ *Schulze*, in: Handkommentar zum BGB, 7. Aufl. 2012, § 355 Rn. 7.

²⁶ BT-Drs. 17/12637, S. 35 f. und 60; *Unger*, ZEuP 2012, 270 (289); kritisch *Föhlisch/Dyakova*, MMR 2013, 71 (74).

²⁷ *Föhlisch* (Fn. 22), S. 295; anders *Unger*, ZEuP 2012, 270 (291); s.a. *Föhlisch/Dyakova*, MMR 2013, 71 (74).

²⁸ BT-Drs. 17/12637, S. 36.

²⁹ *Zimmermann*, (Fn. 2 – Revision), S. 167 (S. 176 f.).

³⁰ Anders *Unger*, ZEuP 2012, 270 (291); *Brönneke/Fezer* (Fn. 11), S. 3.

³¹ Für die Zug-um-Zug-Regelung *Zimmermann* (Fn. 2 – Revision), S. 167 (S. 177 f.).

Hinzu kommt, dass der Verbraucher nunmehr die unmittelbaren Rücksendekosten³² zu tragen hat (§ 357 Abs. 6 n.F. BGB, Art. 14 Abs. 1 VRRL), es sei denn, der Unternehmer erlässt diese oder unterlässt die diesbezügliche Unterrichtung. Hingegen trägt im noch geltenden deutschen Recht der Unternehmer grundsätzlich die Rücksendekosten und kann diese nur bei geringfügigen Sachen (40 Euro-Grenze) auf den Verbraucher abwälzen, § 357 Abs. 2 BGB.³³ Vorzugswürdig erscheint eine Differenzierung nach dem jeweiligen Geschäft: Während der Verbraucher im Fernabsatz eigenmächtig und ohne Druck eine Bestellung vornimmt – und bei ordnungsgemäßer Belehrung zudem im Bewusstsein der Rücksendekostentragungspflicht –, ist der überrumpelte Verbraucher in der Haustürsituation faktisch gezwungen, diese Konsequenz hinzunehmen.³⁴ Fraglich ist, ob diese Regel – Hand in Hand mit der Vorleistungspflicht – den Verbraucher nicht gerade davor abschrecken wird, Gebrauch von seinem Widerrufsrecht zu machen.³⁵ Der „vorsichtige“ Verbraucher wird sich dann manche Waren im Laden anschauen und von einem niedrigen Preis im Internethandel profitieren.³⁶

Bei der Erstattung der vom Verbraucher geleisteten Zahlungen muss der Unternehmer gemäß § 357 Abs. 3 n.F. BGB dasselbe Zahlungsmittel verwenden, das der Verbraucher bei der Zahlung verwendet hat, womit die verwendete Zahlungsart gemeint ist.³⁷ Noch nicht konkretisiert ist die Rückzahlung in Form eines Gutscheins, die in Erwägungsgrund 46 der VRRL ausnahmsweise zugelassen wird.³⁸

Wertersatz hat der Verbraucher nach § 357 Abs. 7 in Verbindung mit § 361 Abs. 1 n.F. BGB nur zu leisten, wenn der Wertverlust auf einen Umgang zurückzuführen ist, der zur Prüfung der Beschaffenheit, der Eigenschaften und der Funktionsweise der Waren nicht notwendig war. Die Formulierung ist konkreter als § 357 Abs. 3 BGB, jedoch wird die Rechtsprechung festzulegen haben, was genau unter dem Ver-

³² In Art. 45 Abs. 2 VGEK auch „direkte Kosten der Rücksendung“ genannt; die Hinsendekosten sind gemäß § 357 Abs. 2 n.F. BGB weiterhin vom Unternehmer zu tragen, vgl. EuGH, Urt. v. 15.4.2010, Rs. C-511/08 (Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH/Verbraucherzentrale NRW e.V.) sowie BGH, Urt. v. 7.7.2010 - VIII ZR 268/07; *Föhlisch/Dyakova*, MMR 2013, 71 (75).

³³ Vgl. *Unger*, ZEuP 2012, 270 (291); *Schwab/Giesemann*, EuZW 2012, 253 (256); jedoch trägt auch jetzt schon der Verbraucher die unmittelbaren Rücksendekosten in den meisten EU-Staaten, Deutschland und Finnland bilden eine Ausnahme, *Föhlisch* (Fn. 22), S. 300 ff. und 320.

³⁴ Vgl. *Zimmermann* (Fn. 2 – Revision), S. 167 (S. 191); *Föhlisch* (Fn. 22), S. 303 f.; anders *Unger*, ZEuP 2012, 270 (292).

³⁵ Vgl. *Zimmermann* (Fn. 2 – Revision), S. 167 (S. 191), dort Fn. 109, 110; *Föhlisch* (Fn. 22), S. 304, 312, 319 f.; s.a. *ders./Dyakova*, MMR 2013, 71 (75).

³⁶ Die Neuregelung als „angemessene Kostenverteilung“ befürwortend: *Föhlisch/Dyakova*, MMR 2013, 71 (75).

³⁷ Siehe dazu *Föhlisch/Dyakova*, MMR 2013, 71 (74).

³⁸ *Föhlisch/Dyakova*, MMR 2013, 71 (74).

schlechterungswerterersatz³⁹ fällt. Insbesondere besteht aber kein Verweis mehr auf § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB, wonach der Wertersatz unter Beachtung der *diligentia quam in suis* (§ 277 BGB) entfällt, wenn der Verbraucher weder über die Wertersatzpflicht ordnungsgemäß belehrt wurde noch anderweitig Kenntnis davon hatte.⁴⁰

Die Ansprüche des Verkäufers in Folge des Widerrufs sind gemäß § 361 Abs. 1 n.F. BGB abschließend geregelt. Insbesondere sind Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Verbraucher ausgeschlossen; ein Nutzungsersatzanspruch wie früher gemäß § 357 Abs. 1 S. 1 in Verbindung mit § 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB besteht nicht.⁴¹ Diesbezüglich entfällt auch § 312e BGB in seiner bisherigen Fassung.⁴²

III. Übertragung des Widerrufsfolgenrechts der VRRL auf den VGEK⁴³

1. Ziel und Anwendungsbereich des VGEK

Am 11.10.2011 wurde der Vorschlag für eine optionale Verordnung zum GEK von der Kommission vorgestellt.⁴⁴ Dieser beruht auf der Machbarkeitsstudie von Mai 2011.⁴⁵ Im Anhang I des VGEK befinden sich an zwei Stellen Regelungen über die Rückabwicklung – Artt. 43 ff. nach Widerruf und Artt. 172 ff. nach Anfechtung und Vertragsbeendigung.⁴⁶ Der

Anwendungsbereich dieses opt in-Instruments (Art. 3 VGEK-VO) umfasst grenzüberschreitende B2C und B2B Geschäfte⁴⁷, wobei bei letzteren mindestens eine Partei ein KMU⁴⁸ sein muss (Artt. 4, 7 VGEK-VO).⁴⁹ Den Mitgliedsstaaten wird aber offen gelassen, dies auch für innerstaatliche Geschäfte oder bei reinen B2B Geschäften ohne KMU abweichend zuzulassen (Art. 13 VGEK-VO).⁵⁰ Der sachliche Anwendungsbereich umfasst Kaufverträge, Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte sowie Verträge über verbundene Dienstleistungen (Art. 5 VGEK-VO). Der Anwendungsbereich wird nun wohl auf Fernabsatzverträge beschränkt.⁵¹ Ein Gemeinsames Kaufrecht soll dem Problem eines Nebeneinander unterschiedlicher Verbraucherschutzordnungen aus 28 EU Staaten nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO⁵² ein Ende setzen und zur Optimierung der grenzüberschreitenden Geschäfte beitragen.⁵³

2. Widerrufsrecht im VGEK

Das Widerrufsrecht und dessen Folgen sind von der VRRL in den VGEK wortgleich mit wenigen Ausnahmen übertragen worden, um Widersprüche zu vermeiden und ebenfalls ein hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten.⁵⁴ Dies ist auf die parallele Entstehungsgeschichte beider Instrumente

meint damit einen Rücktritt, *dies.*, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, 2012, S. 371 f.; vgl. zur getrennten Regelung *Schulze* (Fn. 8), S. 151 (S. 162 ff.).

⁴⁷ Business-to-Consumer und Business-to-Business Geschäfte.

⁴⁸ Kleines und Mittleres Unternehmen, siehe dazu *Staudenmayer*, NJW 2011, 3491 (3497).

⁴⁹ Vgl. zum Anwendungsbereich *Staudenmayer*, NJW 2011, 3491 (3493 f.); *Busch/Domröse*, EUVR 2012, 48 (50 f.).

⁵⁰ Vgl. *Jansen*, ZEuP 2012, 741 (749 f.); *Eidenmüller u.a.*, JZ 2012, 269 (274 f.).

⁵¹ Vgl. Pressemitteilung des Rechtsausschusses v. 17.9.2013: <http://www.europarl.europa.eu/news/de/news-room/content/20130916IPR20025/html/Common-European-Sales-Law-back-ed-by-legal-affairs-MEPs> (4.11.2013);

Berichtsentwurf des Rechtsausschusses vorgelegt am 20.2.2013, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2fNONSGML%2bCOMPARL%2bPE-505.998%2b02%2bDOC%2bPDF%2bV0%2f%2fDE> (4.11.2013), S. 35, 39; s.a. *Mayer/Lindemann*, AnwBl. 2013, 333 (334).

⁵² Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. EU 2008 Nr. L 177/6.

⁵³ Vgl. dazu ausführlich *Busch*, EuZW 2011, 655; *Staudenmayer*, NJW 2011, 3491 (3491 f., 3495); *Jansen*, ZEuP 2012, 741 (747); *Eidenmüller u.a.*, JZ 2012, 269 (270); Pressemitteilung des Rechtsausschusses v. 17.9.2013 (Fn. 51).

⁵⁴ Vgl. *Schulze* (Fn. 8), S. 151 (S. 152 ff. und 158 f.); *Staudenmayer*, NJW 2011, 3491 (3496 f.); *Unger*, ZEuP 2012, 270 (271); kritisch *Eidenmüller u.a.*, JZ 2012, 269 (276 ff.); s.a. zu den Widerrufsfolgen im VGEK *Weller*, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, 2012, S. 147 (S. 163 ff.); *Looschelders*, in: Remien/Herrler/Limmer (Hrsg.), Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?, 2012, S. 107 (S. 137 ff.).

³⁹ Bereits durch die Messner-Entscheidung des EuGH (Urt. v. 3.9.2009 - C-489/07) und BGH-Wasserbett-Urteil (Urt. v. 3.11.2010 - VIII ZR 337/09) größtenteils geklärt, so auch *Schwab/Giesemann*, EuZW 2012, 253 (256); Fragen wirft der in ErwG. 47 RL 2011/83/EU erwähnte Maßstab der Prüfung durch den Verbraucher, der mit den Möglichkeiten im Geschäft gleichgesetzt wird; vgl. zum Wert- sowie Nutzungersatz umfassend *Unger*, ZEuP 2012, 270 (293 ff.); *Föhlisch/Dyakova*, MMR 2013, 71 (75).

⁴⁰ *Föhlisch* (Fn. 22), S. 338 f.; s.a. *Zimmermann* (Fn. 2 - Revision), S. 167 (S. 181 und 185).

⁴¹ BT-Drs. 17/12637, S. 64, sowie BT-Drs. 17/13951, S. 33, 40, 105; zum Verzicht auf eine Regelung zum Nutzungs- und Verwendungersatz s.a. *Zimmermann* (Fn. 2 - Revision), S. 167 (S. 186 ff. und 274 f.).

⁴² Siehe dazu *Föhlisch/Dyakova*, MMR 2013, 71 (75).

⁴³ Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht - KOM (2011) 635 endg., nachfolgend VGEK.

⁴⁴ Vgl. dazu *Staudenmayer*, NJW 2011, 3491; *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, JZ 2012, 269 (269 f., 285).

⁴⁵ Vgl. zur Vorgeschichte *Staudenmayer*, NJW 2011, 3491 (3493); *Schulte-Nölke*, in: *Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze* (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales Europäisches Kaufrecht, 2012, S. 1; *Mayer/Lindemann*, AnwBl. 2013, 333; *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, JZ 2012, 269 (270 f.); s.a. *Koch*, in: *Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg.), Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, 2012, S. 225 (S. 242); *Zimmermann*, ULR 2011, 563 (586 f.).

⁴⁶ Vgl. *Wendehorst*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 28, Stand: 1.8.2013, § 812 Rn. 12; *Beendigung*

zurückzuführen. Anders als in der VRRl – die über den Verschlechterungswertersatz hinausgehende Ansprüche ausschließt (Art. 14 Abs. 5 VRRl) – ist in Art. 45 Abs. 4 VGEK explizit geregelt, dass unbeschadet eines Wertersatzes kein Nutzungswertersatz zu zahlen ist.⁵⁵

3. Rückabwicklung bei Anfechtung oder Beendigung des Vertrages im VGEK

Kapitel 17 VGEK regelt die Rückabwicklung in einem „hinter die Klammer gezogenen“ Teil VII.⁵⁶ Art. 172 VGEK trägt die Überschrift „Rückabwicklung bei Anfechtung oder Beendigung des Vertrages“ und statuiert in Abs. 1 die primäre Pflicht zur Rückgabe erlangter Leistungen.⁵⁷ Diese Norm zur Vertragsrückabwicklung vereint somit aus deutscher Perspektive rücktritts- und bereicherungsrechtliche Regeln zur Rückabwicklung mittels Leistungskondition in einem einheitlichen Rückabwicklungssystem.⁵⁸ Art. 8 Abs. 1 VGEK verdeutlicht daneben, dass die Beendigung des Vertrages die Verpflichtungen der Parteien für die Zukunft entfallen lässt. Folglich wirkt die Beendigung ex nunc und verwandelt den Vertrag in ein auf Rückgewähr gerichtetes Schuldverhältnis.⁵⁹ Daneben werden die Geldwert-Erstattung - welche wahlweise statt Rückgabe der vorhandener Sache wegen unverhältnismäßigen Aufwandes möglich ist (Art. 173 Abs. 1 S. 2 VGEK)⁶⁰ – sowie Ermittlung der Geldwerthöhe (Art. 173 VGEK), Nutzungen und Verzinsung (Art. 174 VGEK) und der Aufwendungsersatz (Art. 175 VGEK) geregelt. Zudem ist eine Abweichung nach Billigkeit möglich (Art. 176 VGEK). Die Tatsache, dass die Anfechtung ex tunc wirkt (Art. 54 Abs. 1 VGEK), führt offensichtlich nicht zwangsläufig zu einer getrennten Regelung der Rückabwicklung.

4. Überarbeitung von Kapitel 17 VGEK

Die Rückabwicklungsregeln in Kapitel 17 VGEK sind viel kritisiert worden und gelten als nicht hinreichend kohärent oder „kaum brauchbar und völlig missglückt“⁶¹, was zu ihrer Überarbeitung geführt hat⁶². Hierfür wurde überwiegend die

Heranziehung des Widerrufsfolgenrechts in zwei Varianten diskutiert: Einerseits mittels Integrierung des Widerrufsfolgenrechts in Kapitel 17 VGEK und gleichzeitiger Aufnahme des Widerrufs in Art. 172 VGEK und andererseits die Übertragung der Prinzipien und der Terminologie des *acquis communautaire* in Kapitel 17 VGEK ohne gleichzeitige Aufnahme des Widerrufsrechts.⁶³ Ein Beispiel für die letztgenannte Ansicht bietet das European Law Institute (ELI).⁶⁴

a) Statement des ELI

In der Stellungnahme vom 17.11.2012⁶⁵ wird die Überarbeitung und Verbesserung von Kapitel 17 VGEK empfohlen und eine neuartige Version angeboten, die für die Rückabwicklung nach Anfechtung und Beendigung gilt.⁶⁶ Grundlage für die Vorschriften über die Rückabwicklung in Kapitel 16 ELI/CESL bilden die dem Bestand des *acquis* entsprechenden Widerrufsregeln und nicht die Muster kontinentaleuropäischer Zivilgesetzbücher.⁶⁷ Diese Regeln seien besser geeignet für die Massengeschäfte im Internet.⁶⁸ Der Vorteil liegt auch darin, dass die Rückabwicklungsregime auf diese Weise besser in Einklang gebracht werden können und Wertungswidersprüche vermieden werden.⁶⁹ Daneben verbleiben jedoch auch bei diesem Vorschlag die Wirkungen des Widerrufs in Kapitel 4 Artt. 43–45 ELI/CESL⁷⁰ deckungsgleich mit denjenigen des VGEK. Die Rückabwicklungsregeln in Kapitel 16 ELI/CESL⁷¹ bringen signifikante Änderungen mit sich. Anders als Art. 172 Abs. 1 VGEK sieht Art. 155 Abs. 1 ELI/CESL nicht nur den Vertrag im Ganzen, sondern auch nur Teile als anfechtbar und beendigungsfähig. Damit wollen die Verfasser verdeutlichen, dass die Rückabwicklung nur die gescheiterten

nachfolgend Proposal; *dies.* (Fn. 58), S. 189 (S. 196 ff. und 201 f.); *Koch* (Fn. 45), S. 225 (S. 242 ff.); *Lehmann* (Fn. 58), Art. 172 Rn. 19 und 61 ff.; Statement of the European Law Institute on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law - COM (2011) 635 final, http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/S-2-2012_Statement_on_the_Proposal_for_a_Regulation_on_a_Common_European_Sales_Law.pdf (4.11.2013), nachfolgend ELI/CESL, S. 28 (2) (37); Berichtsentwurf des Rechtsausschusses (Fn. 51), S. 99; die Kritik umfasst nicht die Entscheidung für eine einheitliche Regelung, diese wird überwiegend begrüßt und beibehalten, so z.B. *Eidenmüller u.a.*, JZ 2012, 269 (278).

⁶³ *Schulze*, in: Common European Sales Law (CESL), Commentary, 2012, Art. 43 Rn. 9; ELI/CESL (Fn. 62), S. 28 f. (2) (38); s.a. *Eidenmüller u.a.*, JZ 2012, 269 (278); *Zimmermann*, ULR 2011, 563 (587); *Koch* (Fn. 45), S. 225 (S. 242).

⁶⁴ Vgl. *Wendehorst* (Fn. 46 – BeckOK), § 812 Rn. 12.

⁶⁵ ELI/CESL (Fn. 62).

⁶⁶ ELI/CESL (Fn. 62), S. 15, 27 ff., 112 ff., 308 ff.

⁶⁷ ELI/CESL (Fn. 62), S. 28 f. (2) (38), 308; s.a. *Wendehorst* (Fn. 62), S. 6.

⁶⁸ *Wendehorst* (Fn. 62), S. 6.

⁶⁹ ELI/CESL (Fn. 62), S. 29.

⁷⁰ ELI/CESL (Fn. 62), S. 69 ff.; kritisch dazu *Zimmermann*, ULR 2011, 563 (587).

⁷¹ ELI/CESL (Fn. 62), S. 112 ff.

⁵⁵ Vgl. dazu *Busch/Domröse*, EUVR 2012, 48 (51).

⁵⁶ *Wendehorst*, in: europäisches Kaufrecht (Fn. 46), S. 371 (S. 392 f.).

⁵⁷ In der Machbarkeitsstudie befand sich noch der Zusatz, dass die Rückgabepflicht reziprok ist, *Koch* (Fn. 45), S. 225 (S. 243).

⁵⁸ Vgl. *Lehmann*, in: Common European Sales Law (CESL) Commentary, 2012, Art. 172 Rn. 1 ff., „Underlying art. 172 (1) is the principle that the status quo ante has to be restored, [...]“, und Rn. 19; *Wendehorst*, in: Remien/Herrler/Limmer (Hrsg.), Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?, 2012, S. 189 (S. 195).

⁵⁹ *Wendehorst* (Fn. 46 – Kaufrecht), S. 371 (S. 372 f.).

⁶⁰ Kritisch: *Wendehorst* (Fn. 46 – Kaufrecht), S. 371 (S. 393).

⁶¹ *Wendehorst* (Fn. 46 – Kaufrecht), S. 371 (S. 392 f., 400).

⁶² *Wendehorst*, Restitution in the Proposal for a Common European Sales Law, Juni 2012, S. 6 ff.,

<http://www.europarl.europa.eu/committees/en/studiesdownload.html?languageDocument=EN&file=75251> (7.11.13),

Teile des Vertrages betrifft.⁷² Gemäß Art. 155 Abs. 3 ELI/CESL sind auch ungültige oder nicht bindende Verträge umfasst. Art. 155 Abs. 2 S. 1 ELI/CESL statuiert - nach dem Muster des Widerrufsrechts - eine 14-tägige Höchstfrist für die Rückgabe der Sache.⁷³ Nach Ansicht der Verfasser sei es nicht gerechtfertigt, eine Rückgabefrist im Widerrufsrecht oder eine Frist für die Leistungserbringung einzuführen, ohne diese auch auf die Rückabwicklung zu erstrecken.⁷⁴ Es obliegt zwar den Parteien selbst, den gescheiterten Vertrag innerhalb einer angemessenen Zeit rückabzuwickeln. An einer möglichst zügigen Durchführung dürften jedoch beide Parteien Interesse haben. Insofern schafft Art. 155 Abs. 2 ELI/CESL Rechtssicherheit und ist legitim. Zudem ist er gemäß Abs. 4 nur für B2C Verträge unabdingbar.

Gleich dem Widerrufsrecht hat der Verkäufer bei der Rückzahlung dasselbe Zahlungsmittel zu verwenden, das der Käufer bei der Zahlung verwendet hat (Art. 156 Abs. 1 ELI/CESL).⁷⁵ Die Rückzahlung beinhaltet - auch bei Anfechtung oder Vertragsbeendigung durch den Käufer - die Lieferkosten und sonstige Kosten und Gebühren, die dieser entrichtet hat (Art. 156 Abs. 2 ELI/CESL).⁷⁶ Eine Vorleistungspflicht des Käufers bei Verträgen über den Kauf von Waren wird in Art. 156 Abs. 3 ELI/CESL - wie im Widerrufsrecht - mit der Begründung vorgesehen, dass Verbraucher sehr leicht und schnell den Vertrag beenden können, ohne dass Unternehmer die Möglichkeit haben, etwaige Mängel festzustellen.⁷⁷ Anders als im VGEK ist der Verkäufer verpflichtet, die Sache zurückzunehmen (Art. 157 Abs. 1 S. 2 ELI/CESL) und trägt die Rücksendekosten (Art. 157 Abs. 2 ELI/CESL).⁷⁸ Zudem kann der Käufer die Rückgabe der Sache vorenthalten, bis der Verkäufer ihm eine kostenlose Rücksendemöglichkeit darlegt, damit er nicht auf eine Rückzahlung auch dieser Kosten angewiesen bleibt.⁷⁹

b) Annahme des Berichtsentwurfs des Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments

Die Überarbeitungsvorschläge des ELI finden sich größtenteils im Berichtsentwurf des Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments der Ko-Berichterstatter *Klaus-Heiner Lehne* und *Luigi Berlinguer* vom 6.3.2013 wieder.⁸⁰ Dieser wurde am 17.9.2013 vom Rechtsausschuss angenommen und konnte sich somit gegenüber anderen Vorschlägen durchsetzen.⁸¹ Die

Draft European Parliament Legislative Resolution (DR) enthält mithin im Kapitel 17 (Rückabwicklung bei Anfechtung, Beendigung oder Ungültigkeit des Vertrages)⁸² eine 14-tägige Rückgabepflicht nach Anfechtung und Rücktritt in Art. 172 Abs. 2a DR entsprechend der VRRL.⁸³ Zudem wird in Art. 172 Abs. 1 DR klargestellt, dass auch Teile des Vertrages vom Anfechtungs- und Beendigungsrecht umfasst sind.⁸⁴ Art. 172 Abs. 2b DR sieht vor, dass der Empfänger die Kosten der Rückgabe des Erlangten trägt und überträgt ebenfalls die Rücksendekostentragungspflicht der VRRL.⁸⁵ Auch statuiert Art. 127 Abs. 2c DR ein Zurückbehaltungsrecht für beide Parteien bei Vorliegen eines legitimen Interesses.⁸⁶

IV. Ausblick

Die VRRL hat signifikante Auswirkungen auf die nationalen Rechte der EU-Mitgliedstaaten sowie auf die Rückabwicklungsregime des VGEK. Für die Frage der Rückabwicklung gescheiterter Verträge führt die durch die VRRL ausgelöste Neustrukturierung des Widerrufsrechts im deutschen Recht zu einer weiteren Differenzierung neben dem Rücktritts- und Bereicherungsrecht und damit zu einer Spaltung der Rückabwicklungsmodalitäten. Gleichwohl ist zu bemerken, dass die neuen Regelungen eher rücktrittsähnlichen Charakter haben, wie dies häufig der Fall im Sekundärrecht der EU ist⁸⁷. In der europäischen Landschaft gehen mit der VRRL auch Änderungen in den anderen 27 Rechtsordnungen einher, gleichzeitig aber wird damit eine europaweite Angleichung der Widerrufsrechte, ihrer Definitionen sowie Informationspflichten erzielt.⁸⁸ Bislang mag damit der Weg zu einer einheitlichen Rückabwicklungsregel für Anfechtung, Beendigung und Widerruf gesperrt sein. Eine getrennte Fassung des Widerrufsrechts bleibt aber sowohl in nationalen⁸⁹ als auch in euro-

Monetary Affairs) und IMCO (Committee on the Internal Market and Consumer Protection).

⁸² Report der Plenarsitzung v. 24.9.2013 beinhaltend die Draft European Parliament Legislative Resolution sowie die Vorschläge des IMCO und ECON, S. 106 ff.

<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/2013/09/20130925ATT71873/20130925ATT71873EN.pdf>

(4.11.2013), nachfolgend Report; vgl. die deutsche Fassung des Berichtsentwurfs (Fn. 51), S. 99 ff.

⁸³ Report (Fn. 82), S. 107.

⁸⁴ Report (Fn. 82), S. 106.

⁸⁵ Report (Fn. 82), S. 107.

⁸⁶ Report (Fn. 82), S. 107; Art. 172 Abs. 2c DR (deutsche Fassung): „Eine Partei kann die Erfüllung der Verpflichtung zur Rückgabe zurückbehalten, wenn sie ein legitimes Interesse daran hat, etwa wenn dies notwendig ist, um das Vorliegen einer Vertragswidrigkeit festzustellen.“

⁸⁷ Vgl. *Wendehorst* (Fn. 46 – BeckOK), § 812 Rn. 12.

⁸⁸ Vgl. zu den Differenzen in Europa: *Zimmermann* (Fn. 2 – Revision), S. 167 (S. 171 f., dort Fn. 33); *Föhlich* (Fn. 22), S. 300; *Schulze* (Fn. 8), S. 151 (S. 157 f.); positiv zur Rechtsangleichung durch die VRRL: *Schwab/Giesemann*, *EuZW* 2012, 253 (254 ff.); s.a. *Busch/Domröse*, *EUVR* 2012, 48 (50).

⁸⁹ Ein einheitliches Regime wird auch im deutschen Recht zunehmend gefordert, (vgl. Fn. 4 und 5).

⁷² ELI/CESL (Fn. 62), S. 309.

⁷³ Art. 155 Abs. 2 S. 1 ELI/CESL (Fn. 62): „Restitution must be made without undue delay and in any event not later than fourteen days from notification of the avoidance or termination.“

⁷⁴ ELI/CESL (Fn. 62), S. 309.

⁷⁵ ELI/CESL (Fn. 62), S. 112 und 310 f.

⁷⁶ ELI/CESL (Fn. 62), S. 112 und 311.

⁷⁷ ELI/CESL (Fn. 62), S. 112 und 311.

⁷⁸ ELI/CESL (Fn. 62), S. 113.

⁷⁹ Art. 157 Abs. 2 ELI/CESL (Fn. 62), S. 312.

⁸⁰ Berichtsentwurf des Rechtsausschusses (Fn. 51), S. 122 I.

⁸¹ Vgl. Pressemitteilung (Fn. 51); insb. gegenüber den Änderungsvorschlägen des ECON (Committee on Economic and

päischen Regelwerken wie dem VGEK nicht zwingend. Das Widerrufsfolgenrecht der Artt. 43 ff. VGEK entspricht demjenigen der VRRRL. Kapitel 17 VGEK über die Rückabwicklung nach Anfechtung und Rücktritt enthält nach dem nun angenommenen Berichtsentwurf neuartige Regelungen, erarbeitet auf Grundlage des Widerrufsfolgenrechts. Damit beeinflusst die VRRRL nunmehr auch die Rückabwicklung nach Anfechtung und Rücktritt. Ob die Übertragung der teilweise nicht wertungswiderspruchsfreien Widerrufsfolgen auf die Rückabwicklung gescheiterter Verträge des VGEK interessengerecht ist, wird noch zu überdenken sein. Die Überarbeitung von Kapitel 17 VGEK auf Grundlage des Widerrufsfolgenrechts könnte aber – auf lange Sicht – nur ein Zwischenschritt zu dessen Implementierung sein.⁹⁰ Es bleibt abzuwarten, welche Änderungen die nachfolgenden Trilogverhandlungen mit sich bringen.⁹¹

⁹⁰ Vgl. etwa ELI/CESL (Fn. 62), S. 28 f. (2) (38); *Eidenmüller u.a.*, JZ 2012, 269 (278); *Zimmermann*, ULR 2011, 563 (587); *Koch* (Fn. 45), S. 225 (S. 242).

⁹¹ Vgl. Pressemitteilung (Fn. 51).

Masernparty – Eine strafrechtliche Betrachtung

Von Rechtsanwalt **Sven Wedlich**, M.mel., Dessau-Roßlau

I. Einleitung

Die jüngst aufgetretenen hohen Maserninzidenzen in Berlin mit 487 Erkrankten und in Bayern mit 768 Erkrankten (Stand 41 KW/2013) haben das Problem der mangelnden Durchimpfung in den Fokus gesundheitspolitischer Betrachtungen treten lassen.¹ Das Auftreten von hohen Maserninzidenzen ist dabei kein neues oder gar unbekanntes Problem. Trotz hoher Durchimpfungsraten im Bundesgebiet und den einzelnen Bundesländern kommt es immer wieder zu lokalen Masernausbrüchen. Im Jahr 2011 wurde für das gesamte Bundesgebiet eine durchschnittliche Durchimpfungsquote von 96,6 % für die erste Impfung und 92,1 % für die zweite Masernimpfung festgestellt.² Die Aussagekraft dieser Zahlen ist jedoch mit Vorsicht zu genießen, da sie nur die Untersuchten berücksichtigt, die bei der Schuleingangsuntersuchung einen Impfausweis vorweisen konnten. Personen ohne Impfausweis, was allein 2011 7,5 % der Untersuchten ausmachte, bleiben hinsichtlich ihres Impfschutzes unberücksichtigt.

Den Durchimpfungsraten standen im Jahr 2011 1.606 Masernerkrankte gegenüber. Diese hohe Maserninzidenz ist insbesondere auf Masernausbrüche in Baden-Württemberg mit 524 Erkrankten, Bayern mit 435 Erkrankten und Berlin mit 160 Erkrankten zurückzuführen. Insbesondere in Bayern, Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen ist es seit 2001 immer wieder zu sehr hohen Maserninzidenzen gekommen (vgl. *Grafik S. 566*).

Diese hohe Inzidenz an Masernerkrankungen ist zum einen auf die hohe Infektiosität des Erregers bereits vor Auftreten eindeutiger klinischer Symptome zurückzuführen und zum anderen auf den Umstand, dass es Populationen gibt, in denen der Virus erregert mangels hinreichender Immunisierung ungehindert zirkulieren kann.³ Hierbei handelt es sich mitunter um sehr regional begrenzte Ausbrüche, die sich auf eine Population beschränkt, in der es zu einer Ballung von nicht geimpften Personen kommt, sogenannten Impfnischen.

Die Masernerkrankung wird in diesen Populationen zum Teil zielgerichtet durch sogenannte Masernpartys herbeigeführt, bei denen nicht immunisierte Kinder durch ihre Eltern

mit erkrankten Kindern zusammengebracht werden, um diese durch eine Ansteckung zu immunisieren. Aber auch Erwachsene setzen sich bewusst erkrankten Kindern aus, um sich mittels einer Ansteckung auf einen für sie natürlichen Weg zu immunisieren. Durch diese unkontrollierte Verbreitung des Virus durch gezieltes Anstecken werden auch Personen im Kontaktumfeld gefährdet, die zum Beispiel trotz bestehender Impfung keinen ausreichenden Immunschutz ausgebildet haben (sog. Impfversager) oder die aufgrund einer Impfstoffunverträglichkeit nicht geimpft werden können und deren Schutz nur durch eine Herdimmunität erreicht werden kann. Herdimmunität bezeichnet eine in einer Population („Herde“) gegen einen Erreger verbreitete Immunität, die eine Zirkulation des Erregers ausschließt.⁴ Die aktuelle und in den letzten Jahren wiederkehrende Problematik der mitunter durch Masernpartys bedingten hohen Inzidenzen bei Masern soll Anlass für eine strafrechtliche Betrachtung sein.

II. Masernerkrankung

Die Masernerkrankung ist eine hoch ansteckende Viruserkrankung, deren Übertragungswahrscheinlichkeit pro potentiellen infizierbaren Kontakt in der medizinischen Literatur mit 90 % bis 100 % angegeben wird.⁵ Die Übertragung erfolgt durch Tröpfcheninfektion. Hierbei dringt der Virus über die Schleimhäute im Bereich der Atemwege in den Körper ein und vermehrt sich in den Lymphknoten.⁶ Von dort verbreitet sich der Virus nach ca. 48 Stunden über die Blutbahn im gesamten Körper des Infizierten.⁷ Die Masernerkrankung verläuft zweiphasig, in dem sogenannten Prodromalstadium und dem darauffolgenden Exanthemstadium.⁸ Bereits vier bis fünf Tage vor Auftreten eindeutiger klinischer Symptome in Form eines über den Körper anwachsenden großfleckigen zusammenfließenden (konfluierenden) Ausschlags (makulopapulösen Exanthems) im Exanthemstadium ist der Erkrankte infektiös.⁹ Diesem eindeutigen Symptom gehen in dem sogenannten Prodromalstadium unspezifische Grippe ähnliche Symptome wie

¹ RKI, Epid. Bulletin 2013 (Nr. 44), 455; DÄBl. 2013, A 1404; <http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/55155/Ruf-nach-Impfpflicht-gegen-Masern-wird-lauter?s=Impfpflicht> (15.7.2013).

² Robert Koch Institut, Epidemiologisches Bulletin Nr. 16, 129 (130). Es wird auf 2011 Bezug genommen, da seitens des Robert Koch Institutes für das Jahr 2012 und 2013 zum Zeitpunkt der Verfassung des Artikels keine gesicherten Zahlen vorlagen.

³ Hierzu vgl. *Arenz*, Abschlussbericht für das Bayerische Staatsministerium für Gesundheit, Ernährung und Verbraucherschutz über die Untersuchung des Masernausbruchs in Stadt und Landkreis Coburg November 2001 bis Juni 2002; RKI, Epid. Bulletin (Nr. 27) 2006; RKI, Epid. Bulletin (Nr. 10) 2009, 88; *Rosian-Schikuta u.a.*, Die Masern-Mumps-Röteln aus gesundheitspolitischer und ökonomischer Sicht, 2007, S. 83 f.

⁴ Eine Herdimmunität bei Masern wird angenommen, wenn 93 % bis 94 % der Bevölkerung einen sicheren Impfschutz aufweisen. In der Fachliteratur wird zumeist eine Durchimpfungsquote von 95 % genannt; hierzu *Kriwy*, Gesundheitsvorsorge bei Kindern, 2007, S. 30 f.

⁵ *Mertens/Klotz*, in: Clasen u.a. (Hrsg.), Innere Medizin, 5. Aufl. 2004, S. 887; *Kriwy* (Fn. 4), S. 30; *Sitzmann*, Pädiatrie, 3. Aufl. 2006, S. 603; *Zelger*, in: Cardesa u.a. (Hrsg.), Pathologie, 2. Aufl. 2009, S. 726.

⁶ *Mertens/Klotz* (Fn. 5), S. 887; *Belohradsky/Weiß*, in: v. Koletzko u.a. (Hrsg.), Kinder- und Jugendmedizin, 13. Aufl. 2007, S. 205; *Goebel/Gürtler*, in: Gerok u.a. (Hrsg.), Die Innere Medizin, 11. Aufl. 2007, S. 1276.

⁷ *Mertens/Klotz* (Fn. 5), S. 887; *Belohradsky/Weiß* (Fn. 6), S. 205; *Goebel/Gürtler* (Fn. 6), S. 1276.

⁸ *Herold*, Innere Medizin, 2012, S. 825; *Belohradsky/Weiß* (Fn. 6), S. 206.

⁹ *Rath*, Erkrankungen in der Schwangerschaft, 2005, S. 446.

Schnupfen, trockener bellender Husten, Entzündung der Bindehaut (Konjunktivitis), Halsschmerzen, Heiserkeit, gedunsenes Gesicht und Fieber voraus. Das Exanthemstadium kennzeichnet sich zudem durch hohes Fieber, nicht selten über 40 °C, Durchfall, Anschwellen der Lymphknoten im Bereich des Halses und in einigen Fällen der Vergrößerung der Milz.¹⁰

Die Masernerkrankung geht mitunter mit sehr schweren Komplikationen, wie der Lungenentzündung (Masernpneumonie), einer virusbedingten Entzündung des Gehirns und der Hirnhäute (Masernenzephalitis) sowie der Entzündung des Gehirns und Entmarkung der Nerven (subakute sklerosierende Panenzephalitis), die wiederum zum Tod führen können, einher.¹¹ Neben diesen schweren Komplikationen werden in der medizinischen Literatur zudem Immunschwäche, Durchfallerkrankungen, Mittelohrentzündung und insbesondere Bronchopneumonie¹² als Komplikation beschrieben.¹³ Demgegenüber können bei der Masernimpfung, deren Ansprechraten mit 95 % angegeben wird,¹⁴ Impfkomplicationen, wie Fieber, in einem von 3.000 Fällen Fieberkrämpfe, schwach ausgeprägte Grippe-symptome und in 5 % der Fälle ein schwach ausgeprägter Ausschlag auftreten.¹⁵

III. Herbeiführen der Infektion durch die Eltern

Bei der Frage nach der strafrechtlichen Verfolgung von Masernpartys ist insbesondere die Strafbarkeit der Eltern zu betrachten, die ihr Kind gezielt einer Infektionsquelle aussetzen, um eine Immunisierung herbeizuführen.

1. Körperverletzungsdelikte

In Abhängigkeit des Vorgehens und der Folgen bei der Infizierung einer anderen Person kommt eine Strafbarkeit wegen gefährlicher Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 und Nr. 5 StGB, schwerer Körperverletzung gemäß §§ 223 Abs. 1, 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB, und Körperverletzung mit Todesfolge gemäß § 227 StGB in Betracht.

a) Körperverletzung

Das Infizieren mit einem Erreger stellt, bei Eintreten eines durch den Erreger verursachten pathologischen Zustandes, ein Hervorrufen eines vom normalen, der körperlichen Funktion nachteilig, abweichenden Zustandes dar, womit das Tatbestandsmerkmal der Gesundheitsschädigung im Sinne des § 223 Abs. 1 StGB bei Ausbruch der Masern unproblematisch

verwirklicht ist.¹⁶ Die Rechtsprechung nimmt zudem bei „gefährlichen“ Infektionskrankheiten, wie der HIV-Infektion, eine Gesundheitsschädigung bereits bei „bloßer Infizierung“ an, auch wenn es noch nicht zum Ausbruch der Krankheit selbst gekommen ist.¹⁷ Hierbei knüpft die Rechtsprechung daran an, ob es bereits durch die Infizierung zu „tiefgreifenden Veränderungen“ kommt.¹⁸

Bereits nach Infektion mit dem Masernvirus dringt der Erreger in die Wirtszellen ein und vermehrt sich in den Lymphknoten und verbreitet sich von dort. Der Infizierte ist bereits vor Auftreten eindeutiger klinischer Symptome ein Überträger des Masernvirus. Demnach kommt es bereits mit Infizierung des Masernerregers auf Zellebene zu einem vom Normalzustand der körperlichen Funktion nachteilig abweichenden Zustand, sodass auch bei der Maserninfektion bereits vor Ausbruch der Erkrankung von einer vollendeten Gesundheitsschädigung auszugehen ist.¹⁹

b) Gefährliche Körperverletzung

Viren als biologisch wirkende infektiöse Partikel gehören zu den anderen Stoffen im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB.²⁰ Fraglich erscheint, ob die Ansteckung mit einem Erreger wie dem Masernvirus ein Beibringen nach § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB darstellt. Beibringen ist das Einführen oder Anwenden des Stoffes in der Gestalt, dass der Stoff im Inneren des Körpers seine gesundheitsschädliche Wirkung entfalten kann.²¹ Demnach wäre zumindest ein Beibringen im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB bei Infizierung durch Körperkontakt, aber auch bei einem unmittelbarem Aussetzen des Opfers mit den Aerosolen des Infektiosen, die unweigerlich das Eindringen des Erregers in den Körper zur Folge hätte, anzunehmen.

Darüber hinaus kommt bei der Ansteckung mit einem Masernerreger der Tatbestand der lebensgefährdenden Behandlung nach § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB in Betracht.

¹⁰ Belohradsky/Weiß (Fn. 6), S. 207; Herold (Fn. 8), S. 825; Hahn, Checkliste Innere Medizin, 6. Aufl. 2010, S. 582; Goebel/Gürtler (Fn. 6), S. 1276 f.

¹¹ Herold (Fn. 8), S. 825 f.

¹² Lungenentzündung, bei der die Entzündung den Bereich der Bronchien betrifft.

¹³ Hahn (Fn. 10), S. 582 f.

¹⁴ Zepp u.a., in: Lentze u.a. (Hrsg.), Pädiatrie, Grundlagen und Praxis, 3. Aufl. 2007, S. 80 (90).

¹⁵ Herold (Fn. 8), S. 826; Heiningen, in: Reinhardt (Hrsg.), Therapie der Krankheiten im Kindes- und Jugendalter, 8. Aufl. 2007, S. 298 (319), Zepp u.a. (Fn. 14), S. 82 (90); Kriwi (Fn. 4), S. 35; RKI, Epid. Bulletin 2007, 209 (219).

¹⁶ BGH, Urt. v. 4.11.1988 – 1 StR 262/88; BGH, Urt. v. 18.10.2007 – 3 StR 248/07 = NStZ 2009, 34; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar 60. Aufl. 2013, § 223 Rn. 13.

¹⁷ BGH, Urt. v. 4.11.1988 – 1 StR 262/88; BGH, Urt. v. 12.10.1989 – 4 StR 318/89; BGH, Urt. v. 18.10.2007 – 3 StR 248/07 = NStZ 2009, 34 (35); Horn/Wolters: in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Lieferung, Stand: August 2003, § 223 Rn. 22a ff.; Fischer (Fn. 16), § 223 Rn. 14.

¹⁸ BGH, Urt. v. 4.11.1988 – 1 StR 262/88; BGH, Urt. v. 12.10.1989 – 4 StR 318/89.

¹⁹ So auch im Ergebnis Esser/Beckert, JA 2012, 590 (591).

²⁰ Fischer (Fn. 16), § 224 Rn. 4; Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 224 Rn. 2c.

²¹ Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 224 Rn. 1b; Horn/Wolters (Fn. 17), § 224 Rn. 8b.

Eine solche ist bei einer objektiven Eignung der Behandlung zur Gefährdung des Lebens anzunehmen.²² Eine konkrete Gefährdung bedarf es zur Verwirklichung des Tatbestandes nicht.²³ Die Masernerkrankung geht mit der Gefahr der Ausbildung einer Masernpneumonie, Masernenzephalitis sowie als Spätkomplikation einer subakuten sklerosierenden Panenzephalitis einher.²⁴ Diese krankheitsspezifischen Komplikationen können zum Tod des Erkrankten führen. Die Letalität der Masernpneumonie wird mit 1 % bis 5 %, bei der Masernenzephalitis mit ca. 30 % und bei der subakuten sklerosierenden Panenzephalitis nach einem jahrelangen Verlauf mit 100 % angegeben.²⁵

Die Ansteckung einer Person mit einem Masernerreger kann demnach bei entsprechendem Krankheitsverlauf zum Tode führen und ist somit objektiv geeignet, das Leben der Person zu gefährden, sodass in der vorsätzlichen Ansteckung einer Person mit dem Erreger eine lebensgefährdende Behandlung zu erkennen ist.

Demnach ist bei Infizierung mit einem Masernerreger durch Aussetzen des solchen der Tatbestand einer gefährlichen Körperverletzung gemäß §§ 223 Abs. 1 in Verbindung mit 224 Abs. 1 Nrn. 1 und 5 StGB erfüllt.

c) Erfolgsqualifizierte Körperverletzungsdelikte

Ferner kommen in Abhängigkeit des Krankheitsverlaufs als erfolgsqualifizierte Delikte die schwere Körperverletzung nach § 226 StGB sowie die Körperverletzung mit Todesfolge nach § 227 StGB in Betracht.

Die subakuten sklerosierenden Panenzephalitis geht immer mit neuronal bedingten Schäden wie psychischen Auffälligkeiten, Bewegungsstörungen, unwillkürliche Muskelkontraktionen, Demenz bis hin zum Wachkoma einher. Ferner führt die Masernenzephalitis in 20% der Erkrankungen zu einer Defektheilung.²⁶ Die Defektheilung drückt sich in Lähmungserscheinungen, Seh- und Sprachstörungen sowie in einer geistigen Behinderung aus.²⁷ Folglich kann es im Einzelfall durch die Infizierung des Masernerregers zur Verwirklichung einer schweren Körperverletzung nach § 226 Abs. 1 Nrn. 1 und 3 StGB kommen. Dabei genügt es, dass die schwere Folge nach § 226 Abs. 1 StGB fahrlässig herbeigeführt wurde, das heißt, dass die Folge für den Täter nach „allgemeiner Lebenserfahrung“ unter Berücksichtigung seiner „konkreten Lage“ und seinen „persönlichen Möglichkeiten“ voraussehbar war.²⁸

²² BGH, Urt. v. 29.2.1952 – 1 StR 767/51; BGH, Urt. v. 4.11.1988 – 1 StR 262/88; *Lackner/Kühl* (Fn. 21), § 224 Rn. 8.

²³ *Lackner/Kühl* (Fn. 21), § 224 Rn. 8.

²⁴ *Herold* (Fn. 8), S. 825.

²⁵ *Herold* (Fn. 8), S. 826; *Hofmann/Tiller*, *Praktische Infektiologie*, 3. Aufl. 2012, S. 148; *Goebel/Gürtler* (Fn. 6), S. 1277.

²⁶ *Herold* (Fn. 8), S. 826; *Goebel/Gürtler* (Fn. 6), S. 1277.

²⁷ *Sonntag*, in: Darai u.a. (Hrsg.), *Lexikon der Infektionskrankheiten des Menschen*, 3. Aufl. 2008, S. 513 f.; *Goebel/Gürtler* (Fn. 6), S. 1277.

²⁸ BGH, Urt. v. 12.12.1992 – 3 StR 481/91 = NStZ 92, 333 (335); *Fischer* (Fn. 16), § 226 Rn. 14.

Zudem kann die Masernerkrankung, wie dargelegt, bei entsprechendem Krankheitsverlauf zum Tode führen, sodass eine etwaige vorsätzliche Ansteckung mit einem Masernerreger, aus welcher der Tod hervorgeht, eine Körperverletzung mit Todesfolge nach § 227 Abs. 1 StGB darstellen kann. Hierbei genügt es wiederum, wenn der Tod fahrlässig verursacht wurde.²⁹

Da in der Gesamtbevölkerung, mangels Konfrontation mit den Folgen einer Masernerkrankung, das Bewusstsein fehlt, dass die Maserninfektion zu schweren Komplikationen, Defektheilungen und auch zum Tode führen kann, ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Folgen im Sinne des § 226 Abs. 1 Nrn. 1 und 3 StGB sowie eine Todesfolge nach den subjektiven Fähigkeiten für den Täter vorhersehbar waren. Eltern, die ihre Kinder bei sogenannten Masernpartys dem Masernerreger zum Zweck der Immunisierung aussetzen, gehen gerade davon aus, dass die Infektion eine schonendere, da natürlichere, Immunisierung ist. Grundsätzlich wird jedoch davon auszugehen sein, dass der Täter, angesichts der einfach zugänglichen Informationen über Notwendigkeit und Nutzen von Impfungen, die Fähigkeiten und die Möglichkeit hat, die mit einer Maserninfektion einhergehenden Komplikationen vorherzusehen.

Eine Strafbarkeit wegen Totschlages nach § 212 Abs. 1 StGB wird mangels nachweisbaren Vorsatzes ausscheiden.

d) Kausalität

Der Nachweis, dass sich das Kind im Rahmen einer Masernparty infiziert hat und somit das zielgerichtete Aussetzen des Kindes kausal für die Erkrankung ist und der Erreger dem Kind beigebracht wurde, kann durch den zeitlichen Zusammenhang zwischen dem zielgerichteten Aussetzen des Kindes mit dem Masernerreger und der Erkrankung unter Berücksichtigung der Inkubationszeit, der Übertragungsfähigkeit und Infektiosität des Erregers in einem dem Maßstab des § 261 StPO ausreichenden Umfang erbracht werden. Behauptungen seitens der Eltern, dass die Erkrankung nicht auf die Masernparty sondern auf ein zufälliges Zusammentreffen des Kindes mit einem Erkrankten in einer Alltagssituation zurückzuführen ist, kann somit in einem ausreichenden Maße entgegengetreten werden.

Sind bei einer Masernparty mehrere Kinder zugegen, an denen sich das Kind angesteckt haben könnte oder haben die Eltern aufeinanderfolgend zwei oder mehrere Masernpartys besucht, bedarf es hinsichtlich der Strafbarkeit der Eltern nicht des Nachweises, durch welches Aussetzen die Infektion kausal herbeigeführt wurde, wenn die Voraussetzungen einer gleichartigen Wahlfeststellung gegeben sind. Eine solche liegt vor, wenn feststeht, dass der Täter gegen ein Strafgesetz verstoßen hat, jedoch offen ist, mit welcher Handlung der Verstoß verwirklicht wurde.³⁰

Sind die Tatalternativen des Aussetzens des Kindes mit dem Masernerreger, die jeweils gegen § 224 Abs. 1 Nr. 1

²⁹ BGH, Urt. v. 22.9.1971 – 3 StR 146/71; BGH NStZ 1992, 333 (335); *Fischer* (Fn. 16), § 227 Rn. 7 f.

³⁰ *Jescheck/Weigend*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, § 16 III. 2. c).

Alt. 2 und Nr. 5 StGB verstoßen, im Einzelnen festgestellt und kommt keine andere Möglichkeit der Infektion in Betracht, sind die Eltern auch in dieser Konstellation wegen vollendeter gefährlicher Körperverletzung strafbar.

Bei Nichtverwirklichung des tatbestandsmäßigen Erfolges durch eine Ansteckungshandlung bzw. der Aussetzung des Kindes mit dem Erreger ist ein strafbarer Versuch zu erwägen.

2. Misshandlung von Schutzbefohlenen

Der Straftatbestand der Misshandlung von Schutzbefohlenen nach § 225 StGB wird durch das Aussetzen des Kindes mit einem Masernerreger grundsätzlich nicht erfüllt sein. Zwar handelt es sich bei dem Kind unproblematisch um einen Schutzbefohlenen der Eltern im Sinne des § 225 Abs. 1 Nr. 1 StGB, jedoch wird durch das Aussetzen und damit das Infizieren mit dem Erreger an sich keine der genannten Tatbestandshandlungen verwirklicht. Die in Betracht zu ziehende Tathandlung der Gesundheitsschädigung durch böswillige Vernachlässigung der Fürsorgepflicht der Eltern wird regelmäßig an dem Tatbestandsmerkmal der Böswilligkeit scheitern. Eine böswillige Vernachlässigung ist nur dann anzunehmen, wenn die Eltern aus verwerflichen, eigensüchtigen Beweggründen handeln.³¹ Die Eltern dieser Kinder handeln aus der Überzeugung heraus, dass die Infektion die schonendere Immunisierung für ihr Kind ist oder aus dem Misstrauen gegenüber Impfungen. Die Motivation der Eltern rührt somit aus der Überzeugung her, zum Wohl des Kindes zu handeln und kann daher nicht als verwerflich angesehen werden.³²

Ein Quälen im Sinne des § 225 Abs. 1 StGB ist jedoch nach der Infektion des Kindes zu erwägen, wenn bei Eintritt der Erkrankung es die Eltern unterlassen, trotz andauernder Symptome, wie Schmerzen und hohem Fieber, einen Arzt hinzuzuziehen, um die Symptome zu lindern.³³

3. Objektive Zurechnung

Ferner ist zu betrachten, ob den Tätern die Infektion objektiv zurechenbar ist.

Eine strafbare Handlung aufgrund fehlender objektiver Zurechnung ist nicht gegeben, wenn es sich bei der Ansteckungshandlung um ein sozialadäquates Verhalten bzw. erlaubtes Risiko handelt.³⁴ Das Verhalten ist objektiv zurechenbar, wenn durch das Verhalten eine rechtlich missbilligte Gefahr für ein Rechtsgut herbeigeführt wurde und sich diese Gefahr in einer Rechtsgutverletzung und einem tatbestandsmäßigen Erfolg realisiert hat.³⁵ Die objektive Zurechnung

knüpft neben Schaffung einer Gefahr und Realisierung dieser an die Sozialadäquanz des Verhaltens an.³⁶

Ein erlaubtes Risiko oder sozialadäquates Verhalten liegt vor, wenn zwar eine Gefahr geschaffen wurde, diese jedoch von der Rechtsordnung hinzunehmen ist, um ein gedeihliches menschliches Zusammenleben überhaupt erst zu ermöglichen.³⁷

Ob ein solches erlaubtes Risiko vorliegt, bedarf der Betrachtung des Einzelfalls. Ein erlaubtes Risiko oder sozialadäquates Verhalten ist jedoch nur anzunehmen, wenn eine Ansteckung in einer Alltagssituation erfolgt, wie dem Besuch einer Arztpraxis oder Gemeinschaftseinrichtung. Eine andere Beurteilung kommt in Betracht, wenn die Person trotz ärztlichen Hinweises, Gemeinschaftseinrichtungen auf Grund der Gefährdung anderer Personen zu meiden, diesem nicht nachkommt, obwohl ihr dies möglich gewesen wäre und dadurch weitere Personen ansteckt. Ein solches Verhalten wäre von der Rechtsordnung nicht hinnehmbar, da es der sozialen Verantwortung des Einzelnen gegenüber der Gemeinschaft aufgrund der bewussten Aussetzung Anderer mit einem Infektionserreger nicht gerecht wird und damit einem gedeihlichen menschlichen Zusammenleben entgegensteht.

4. Selbstgefährdung/Fremdgefährdung

Setzt sich der Infizierbare selbst der Gefahr einer Ansteckung aus, indem er sich bewusst mit einem Erkrankten konfrontiert, um selbst zu erkranken, zum Beispiel im Rahmen einer sog. Masernparty, kann es sich um eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung oder einverständliche Fremdgefährdung handeln. Entgegen der grundsätzlich straflosen Mitwirkung an einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung ist die einverständliche Fremdgefährdung strafbar, soweit sie nicht durch Einwilligung gerechtfertigt ist.³⁸

Eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung charakterisiert sich dadurch, dass das Opfer bewusst eine frei verantwortliche Handlung vornimmt, durch die eine konkrete Gefahr für das eigene Rechtsgut geschaffen wird, unabhängig davon, ob sich das mit der Gefährdung einhergehende Risiko verwirklicht hat.³⁹ Bei der einverständlichen Fremdgefährdung hingegen ist der Täter Herr über die Verletzung des Rechtsgutes.⁴⁰ Eine Abgrenzung von eigenverantwortlicher Selbstgefährdung und einverständlichen Fremdgefährdung erfolgt am Kriterium der Tatherrschaft.⁴¹ Eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung liegt demnach vor, wenn das Opfer das Geschehen selbst

³⁶ Lenckner/Eisele (Fn. 34), Vor § 13 Rn. 92.

³⁷ Vgl. BGHSt 23, 226 (228); Lenckner/Eisele (Fn. 34), Vor § 13 Rn. 92.

³⁸ BGH, Urt. v. 14.2.1984 – 1 StR 808/83; BGH, Urt. v. 11.12.2003 – 3 StR 120/03, BGH, Urt. v. 20.11.2008 – 4 StR 328/08; Lason, ZJS 2009, 359.

³⁹ BGH, Urt. v. 14.02.1984 – 1 StR 808/83; BGH, Urt. v. 11.12.2003 – 3 StR 120/03; BGH, Beschl. v. 11.1.2011 – 5 StR 491/10; LG Kempten, Urt. v. 20.1.1989 – Ns 11 Js 393/88.

⁴⁰ BGH, Beschl. v. 11.1.2011 – 5 StR 491/10

⁴¹ BGH, Urt. v. 11.12.2003 – 3 StR 120/03; BGH, Beschl. v. 11.1.2011 – 5 StR 491/10

³¹ Fischer (Fn. 16), § 225 Rn. 11; Stree/Sternberg-Lieben (Fn. 19), § 225 Rn. 14.

³² Vgl. Stree/Sternberg-Lieben (Fn. 19), § 225 Rn. 14.

³³ BGH, Urt. v. 6.12.1995 – 2 StR 465/95; OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.1.1989 – 2 Ss 302/88 – 266/88 II; Fischer (Fn. 16), § 225 Rn. 8.

³⁴ BGH, Urt. v. 18.2.1970 – 3 StR 2/69; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 19), Vor § 13 Rn. 92.

³⁵ Fischer (Fn. 16), Vor § 13 Rn. 25; Jescheck/Weigend (Fn. 30), § 28 IV.

beherrscht oder sich bewusst in eine bestehende Gefahr hineinbegibt.⁴² Eine einverständliche Fremdgefährdung liegt hingegen vor, wenn der Täter das Geschehen in den Händen hält und die Ursache für die Schädigung setzt, wobei das Opfer sich im Bewusstsein des Risikos der gefährlichen Täterhandlung aussetzt.⁴³

Eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung ist daher regelmäßig anzunehmen, wenn sich eine potentiell infizierbare Person in Kenntnis der vom Infizierten ausgehenden Gefahr dieser bewusst aussetzt, um selbst zu erkranken. Zwar geht von dem Erkrankten im medizinisch-virologischen Sinn die Gefahr einer Ansteckung aus, jedoch ist dies für die Beurteilung der Tatherrschaft nicht von entscheidender Bedeutung.⁴⁴ Ausschlaggebend ist, ob sich das „Opfer“ in Kenntnis der Gefahr einer möglichen Ansteckung selbst in diese Gefahr begibt und die Möglichkeit hat, jederzeit steuernd in den Geschehensablauf einzugreifen bzw. sich der Gefahr zu entziehen.

Die eigene Verantwortung eines Betroffenen begrenzt den Schutzbereich der Norm.⁴⁵ So ist bei einer frei verantwortlich gewollten und verwirklichten Selbstgefährdung durch den Infizierbaren das Veranlassen, Ermöglichen oder Erleichtern der Selbstgefährdung durch den Infizierten nicht strafbar.⁴⁶

Anderes beurteilt sich der Sachverhalt, wenn Kraft überlegenden Sachwissens das Risiko durch denjenigen, der den Akt der Selbstgefährdung veranlasst, ermöglicht oder erleichtert, besser erfasst wird als von der sich selbst gefährdenden Person, oder derjenige erkennt, dass der Selbstgefährdende die Tragweite seines Entschlusses nicht überblickt.⁴⁷ In diesen Fällen, in denen die Eigenverantwortlichkeit derart mangelbehaftet ist, ist die Strafbarkeit zu bejahen.⁴⁸ Der eigenverantwortlichen Selbstschädigung steht jedoch nicht entgegen, dass das „Opfer“ nicht alle Risiken der Infektion kannte.⁴⁹

Eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung kann bei (Klein-)Kindern bereits wegen mangelnder Einsichtsfähigkeit nicht angenommen werden. Voraussetzung für die Annahme

einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung ist, dass die Person die Fähigkeit besitzt, die Bedeutung und die Risiken seines Handelns sowie die daraus erwachsenden Folgen für das gefährdete Rechtsgut zu erkennen.⁵⁰ Wann die notwendige geistige und sittliche Reife besteht, bedarf immer der Einzelfallprüfung. Eine starre Altersgrenze, wann eine geistige und sittliche Reife vorliegt, bei welcher von einer notwendigen Einsichtsfähigkeit auszugehen ist, kann nicht gezogen werden.⁵¹ Jedoch kann bei Kindern von unter 14 Jahren grundsätzlich vom Nichtbestehen dieser Einsichtsfähigkeit ausgegangen werden. Ab einem Alter von 16 Jahren wird jedoch grundsätzlich die notwendige Einsichtsfähigkeit bestehen.

5. Einwilligung

Darüber hinaus ist zu prüfen, ob eine Infizierung mit dem Masernerreger zum Zweck der Immunisierung durch eine Einwilligung der Eltern nach § 228 StGB in Verbindung mit § 1629 Abs. 1 BGB gerechtfertigt werden kann. Grundsätzlich obliegt es den sorgeberechtigten Eltern nach § 1629 Abs. 1 BGB, gemeinsam stellvertretend für ihr einwilligungsunfähiges minderjähriges Kind die Einwilligung in Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit zu erteilen.⁵² Dieses nach Art. 6 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich verbürgte Recht der Eltern, im Rahmen der Sorge für das körperliche Wohl des Kindes frei für das Kind zu entscheiden, findet seine Grenzen dort, wo Entscheidungen nicht zum körperlichen Wohl des Kindes erfolgen.⁵³ Dass sich das körperliche Wohl des Kindes nicht einfach paternalistisch bestimmen lässt, sondern einer Abwägung zwischen der Schutzdimension der körperlichen Unversehrtheit des Kindes und dem Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG bedarf, wurde mit der jüngst geführten Debatte um die männliche Beschneidung (Zirkumzision) deutlich.⁵⁴ Die Bestimmung, was dem Wohl des Kindes dient, obliegt der Eigenverantwortung der Eltern und nicht dem Staat.⁵⁵ Eine vom Staat vorgegebene Definition des Kindeswohles würde zum einen nicht den unterschiedlichen Ansprüchen von Kindern ge-

⁴² LG Kempten, Urt. v. 20.1.1989 – Ns 11 Js 393/88; BayObLG, Urt. v. 15.9.1989 – RReg. 1 St 126/89 = NJW 1990, 131 (132).

⁴³ BGH, Urt. v. 11.12.2003 – 3 StR 120/03; BayObLG, Urt. v. 15.9.1989 – RReg. 1 St 126/89 = NJW 1990, 131 (132); Prittwitz, NJW 1988, 2942 (2943); Renzikoski, HRRS 2009, 347.

⁴⁴ BayObLG, Urt. v. 15.9.1989 – RReg. 1 St 126/89 = NJW 1990, 131 (132); Prittwitz, NJW 1988, 2942 (2943).

⁴⁵ Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 42. Aufl. 2012, § 6 Rn. 186.

⁴⁶ BGH, Urt. v. 14.2.1984 – 1 StR 808/83 = NJW 1984, 1469; BGH, Urt. v. 11.12.2003 – 3 StR 120/03; BGH, Urt. v. 11.4.2000 – 1 StR 638/99 = NJW 2000, 2286 (2287).

⁴⁷ BGH, Urt. v. 11.4.2000 – 1 StR 638/99 = NJW 2000, 2286 (2287); BGH, Urt. v. 27.11.1985 – 3 StR 426/85 = NStZ 1986, 266; BGH, Beschl. v. 11.01.2011 – 5 StR 491/10; Frisch, NStZ 1992, 62 (64); LG Kempten, Urt. v. 20.1.1989 – Ns 11 Js 393/88; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 45), § 6 Rn. 187.

⁴⁸ Lason, ZJS 2009, 359 (363)

⁴⁹ Vgl. BGH, Beschl. v. 11.1.2011 – 5 StR 491/10.

⁵⁰ BGH, Urt. v. 7.8.1984 – 1 StR 200/84.

⁵¹ Hierzu Wedlich, ZfMER 1/2013, 68 (69 f.).

⁵² Vgl. Wagener, ZfMER 1/2013, 49 (50 f.); Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl. 2008, Rn. 793 f.

⁵³ Radtke, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 17/11295, 2012, S. 7; Walter, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 17/11395, 2012, S. 2; Germann, MedR 2013, 413 (414 f.); Hahn, 1/2013, 33; Badura, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 69. Lieferung, Stand: Mai 2013, Art. 6 Rn. 110, 115; Gröschner, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 1996, Art. 6 Rn 87.

⁵⁴ Hierzu LG Köln, Urt. v. 7.5.2012 – 151 Ns 169/11; BT-Drs. 17/11295; BT-Drs. 17/11430; Radtke, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 17/11295, 2012; Walter, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 17/11395, 2012; Heinig, Stellungnahme zu den Gesetzesentwürfen BT-Drs. 17/11295 und 17/11430, 2012; Germann, MedR 2013, 413; Hahn, 1/2013, 33; Kienemund, ZfMER 1/2013, 39; Müller, ZfMER 1/2013, 55.

⁵⁵ Hahn, ZfMER 1/2013, 33 (34).

recht und zum anderen die Schranken des verfassungsrechtlichen Elternrechts unterlaufen.⁵⁶

Das Sorgerecht der Eltern umfasst somit nicht nur das Recht der Einwilligung in das Infizieren des Kindes mit einem Erreger, soweit es dem Kindeswohl dient, sondern ebenso die Entscheidung, ob das Aussetzen und Infizieren mit dem Masernvirus dem Wohl des Kindes entspricht.⁵⁷ Die elterliche Bestimmung des Kindeswohles kann nur durch „gewichtige Gründe überwunden“ werden, die mit hoher Wahrscheinlichkeit auf eine Gefährdung des Kindeswohls schließen lassen.⁵⁸ Dies ist dann anzunehmen, wenn die der Einwilligung zugrunde liegenden Einschätzungen über die Folgen für die körperliche Unversehrtheit des Kindes durch sichere Erkenntnisse oder mit hoher Wahrscheinlichkeit widerlegt sind bzw. die der Entscheidung zugrunde liegenden Beweggründe, in Abwägung mit dem Nutzen-Risiko-Verhältnis der Maßnahme für das Kind, nach allgemeiner gesellschaftlicher Auffassung nicht nachvollziehbar sind.⁵⁹

Mit der Ansteckung des Kindes mit einem Masernvirus setzen die Eltern das Kind, nach gesicherten medizinischen Erkenntnissen, neben der Gefahr der Erkrankung auch der Gefahr schwerster körperlicher Schäden und sogar des Todes aus.

Das bewusste Aussetzen des Kindes einer Masernerkrankung und der damit verbundenen Gefahr einer bleibenden Schädigung oder sogar des Todes zum Zweck der Immunisierung erfolgt, insbesondere in Anbetracht der möglichen schonenden Immunisierung, durch eine aktive Masernimpfung, nicht zum Wohle des Kindes. Die Entscheidung der Eltern zu einem solchen Handeln beruht zumeist auf einer fehlerhaften Einschätzung, dass es sich bei der Infektion um eine schonendere, da natürliche Immunisierung handelt und der Angst vor Impfkomplicationen. Es gibt jedoch auch Eltern, die in einer allgemein kritischen Haltung gegenüber der Schulmedizin Impfungen gänzlich ablehnen. Anders als bei der *lege artis* ausgeführten Zirkumzision, bei der nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht mit einer hohen Wahrscheinlichkeit auf eine schweren Gesundheitsschädigung geschlossen werden muss,⁶⁰ führt die Infektion, wie die Beschneidung von Frauen oder die Ablehnung von absolut indizierten Bluttransfusionen, immer zu einer erheblichen nachteiligen körperlichen Veränderung und kann auch unter Berücksichtigung des Elternrechts oder einer religiös oder kulturell körperbezogenen Vorstellungen nicht zum Wohl des Kindes gerechtfertigt sein. Eine entsprechende Einwilligung in eine Verletzungshandlung, wie der gezielten Ansteckung mit einem Masernerreger, ist in Anbetracht des zu schützenden Kindeswohles nicht möglich.

⁵⁶ *Germann*, MedR 2013, 413 (414 f.); *Hahn*, ZfMER 1/2013, 33 (34).

⁵⁷ Vgl. *Germann*, MedR 2013, 413 (415).

⁵⁸ *Germann*, MedR 2013, 413 (416).

⁵⁹ *Germann*, MedR 2013, 413 (416); *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 52), Rn. 795.

⁶⁰ So auch *Hahn*, ZfMER 1/2013, 33 (37).

6. Erlaubnisirrtum/Verbotsirrtum

Ferner ist zu erwägen, ob die Personen, die das Bestehen einer wirksamen Einwilligung, in eine das Wohl des Kindes gefährdende Handlung, nach § 228 StGB in Verbindung mit § 1629 Abs. 1 BGB annehmen, einem Erlaubnisirrtum unterliegen, indem sie sich einen Rechtfertigungsgrund vorstellen bzw. annehmen, der tatsächlich nicht oder nicht in angemessener bzw. vermuteter Form existiert.⁶¹ Die Beurteilung eines solchen Erlaubnisirrtums folgt dem § 17 StGB. Neben den Erlaubnisirrtum könnte zudem bei den Eltern ein Verbotsirrtum im Sinne des § 17 StGB gegeben sein, wenn diese irrigerweise davon ausgehen, dass das bewusste Infizieren ihres Kindes mit einem Masernerreger ein rechtlich zulässiges Verhalten darstellt. Ausschlaggebend für die Beurteilung eines die Schuld ausschließenden, bestehenden Erlaubnisirrtums oder Verbotsirrtums ist die Vermeidbarkeit des Irrtums.

Hinsichtlich der Vermeidbarkeit ist in erster Linie darauf abzustellen, ob der Täter die gehörige Gewissensanspannung unterlassen und dadurch das Erkennen des Nichtbestehens eines Rechtfertigungsgrundes versäumt hat.⁶²

Der Täter hat hierbei all seine intellektuellen Erkenntnisinstrumente und sittlichen Wertvorstellungen einzusetzen und gegebenenfalls sein Verhalten entgegen eigener Überzeugung nach den Wertvorstellungen seiner Umwelt auszurichten.⁶³ Der Irrtum ist als vermeidbar anzusehen, wenn der Täter unter Berücksichtigung seiner Kenntnisse und Fähigkeiten oder durch Erkundigungen zur Einsicht hätte gelangen müssen, dass der angenommene Rechtfertigungsgrund oder die angenommenen Grenzen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes nicht bestehen. Der Vermeidbarkeit steht dabei auch nicht entgegen, dass die Eltern aufgrund einer inneren Überzeugung handeln, ihrem Kind etwas Gutes zu tun. Es bedarf gerade keiner inneren Bindung oder Beteiligung an dem bestehenden Recht. Angesichts der leicht zugänglichen Informationen über die Notwendigkeit und den Nutzen des Impfens wird sich ein solcher Irrtum grundsätzlich als vermeidbar darstellen.

7. Erlaubnistatbestandsirrtum

Darüber hinaus ist bei Vorliegen einer irrigen Annahme, dass die natürliche Infektion eine für das Kind gesündere Immunisierung darstellt und daher im Wohl des Kindes steht, ein Erlaubnistatbestandsirrtum in Betracht zu ziehen. Entgegen dem Erlaubnisirrtum, welchem ein Irrtum hinsichtlich der rechtlichen Wertung zugrunde liegt, irrt der Täter beim Erlaubnistatbestandsirrtum über das Vorliegen von Umständen, die bei tatsächlichem Vorliegen einen anerkannten Rechtfertigungsgrund erfüllen würden. Die irrige Annahme, dass das Infizieren mit dem Masernerreger eher dem Wohl des Kindes dient und damit die Voraussetzungen für eine rechtfertigende Einwilligung nach § 228 StGB in Verbindung mit § 1629 Abs. 1 BGB bestehen, begründet einen Erlaubnistatbestands-

⁶¹ BGH, Urt. v. 10.2.2000 – 4 StR 558/99.

⁶² *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 19), § 17 Rn. 14; *Fischer* (Fn. 16), § 17 Rn. 7 f.

⁶³ BGH, Urt. v. 23.12.1952 – 2 StR 612/52; *Fischer* (Fn. 16), § 17 Rn. 7 f.

irrtum. In diesen Fällen würde nach ständiger Rechtsprechung unter Anwendung des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB analog die Vorsatzschuld entfallen.⁶⁴ Ist der Irrtum vermeidbar, liegt eine fahrlässige Tatbegehung der Körperverletzung vor.

meldepflichtigen Masernerreger vorsätzlich nicht meldet und sich der Krankheitserreger dadurch verbreitet.

IV. Strafbarkeit der Eltern des infizierten Kindes

Neben den Eltern, die ihr Kind dem Masernerreger zum Zweck der Ansteckung aussetzen, darf die Strafbarkeit der Eltern, die ihr bereits erkranktes Kind als Infektionsquelle zur Verfügung stellen, nicht unberücksichtigt bleiben.

Auch diese Eltern können sich in Abhängigkeit ihres kausalen Tatbeitrages in Mittäterschaft zu den Eltern des zu infizierenden Kindes derselben dargelegten Straftatbestände strafbar machen.

Sind jedoch auf einer Party mehrere Eltern mit erkrankten Kindern anwesend, wird ihnen gegenüber schwer der Nachweis zu erbringen sein, dass ihr Kind ursächliche Infektionsquelle war. Mangels dieses Nachweises des ursächlichen Tatbeitrages werden sich die Eltern der erkrankten Kinder in diesen Konstellationen grundsätzlich nur des Versuchs der gefährlichen Körperverletzung strafbar machen. Ein Nachweis, welches Kind die kausale Infektionsquelle gewesen ist, könnte lediglich über die Bestimmung des Genotyps des Virus erbracht werden. Von dem Masernvirus sind 23 Genotypen registriert.⁶⁵ Dies setzt jedoch voraus, dass die erkrankten Kinder an Maserviren mit unterschiedlichen Genotypen erkrankt sind.

V. Strafbarkeit eines beteiligten Arztes

Auch Ärzte können sich in Abhängigkeit ihres Tatbeitrages und den eintretenden Folgen nach den genannten Straftatbeständen strafbar machen.

Rät ein Arzt den Eltern anstelle einer Impfung zum Besuch einer Masernparty und fassen die Eltern aufgrund dieses Rates den Schluss, ihr Kind auf diesem Weg zu immunisieren, ist eine Anstiftung zur realisierten Haupttat zu erwägen. Sehen die Eltern trotz des Rates ab, eine solche Masernparty aufzusuchen, ist zumindest eine versuchte Anstiftung verwirklicht. Vermittelt der Arzt auf Nachfrage der Eltern eine Masernparty, so macht sich der Arzt der Beihilfe strafbar. Ist der Arzt selbst an der Masernparty beteiligt, in dem er zum Beispiel auf einer solchen dafür Sorge trägt, dass die Kinder in einem entsprechenden Kontakt zueinander treten, um damit eine Infektion sicherzustellen, wird er der gefährlichen Körperverletzung oder gar der schweren Körperverletzung oder Körperverletzung mit Todesfolge in Mittäterschaft strafbar sein. Ein Strafbarkeit des Arztes nach § 75 Abs. 3 IfSG kommt grundsätzlich nicht in Betracht, da es wohl an einer Verbreitung des Erregers durch eine in § 75 Abs. 1 IfSG bezeichnete Handlung fehlt. Jedoch ist eine Strafbarkeit des Arztes nach § 74 IfSG in Verbindung mit § 73 Abs. 1 IfSG anzunehmen, wenn der Arzt die Infektion mit dem nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 lit. h in Verbindung mit § 8 Abs. 1 Nr. 1 IfSG für ihn

⁶⁴ BGH, Urt. v. 6.6.1952 – 1 StR 708/51.

⁶⁵ Herold (Fn. 8), S. 825.

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013 44. KW
Baden-Württemberg	698	42	30	15	22	120	18	383	67	149	524	19	61
Bayern	2.116	1.604	45	16	324	68	167	306	45	204	435	64	768
Berlin	49	24	2	11	39	57	8	29	33	91	160	17	487
Brandenburg	11	4	6	2	8	9	1	5	4	15	27	0	59
Bremen	4	4	34	0	1	2	1	6	0	1	2	2	7
Hamburg	5	15	5	2	10	15	3	3	212	16	48	3	17
Hessen	122	92	17	21	259	63	13	38	18	27	122	17	13
Mecklenburg- Vorpommern	2	4	6	1	1	2	1	6	0	0	3	0	1
Niedersachsen	712	851	241	10	35	72	33	14	72	15	55	7	24
Nordrhein-Westfalen	1.539	1.592	306	28	34	1.747	250	49	76	178	101	17	124
Rheinland-Pfalz	184	309	40	5	19	57	7	37	15	26	29	4	11
Saarland	14	6	1	1	0	0	0	10	1	1	36	0	0
Sachsen	28	14	2	2	16	1	1	3	2	4	23	0	54
Sachsen-Anhalt	35	12	8	2	3	6	2	1	1	4	0	0	30
Schleswig-Holstein	231	42	24	5	6	69	10	7	23	20	28	2	10
Thüringen	18	21	6	1	1	7	0	14	1	1	11	0	21
Gesamt	5.768	4.636	773	122	778	2.295	515	911	570	752	1.606	152	1.687

Masernerkrankungen 2001-2013 (Stand: November 2013)

Quelle: Robert-Koch-Institut (RKI), Erg. z. Epid. Bulletin Nr. 50, 27.12. 2002, S. 2; RKI, Erg. z. Epid. Bulletin Nr. 50, 31.12. 2003; S. 2; RKI, Erg. z. Epid. Bulletin Nr. 50, 29.12. 2004, S. 2; RKI, Epid. Bulletin (Nr. 13) 2006, S. 102; RKI, Epid Bulletin (Nr. 50) 2007, S. 483; RKI, Epid. Bulletin (Nr. 50), 2008, S. 453; RKI, Erg. z. Epid. Bulletin (Nr. 50) 04.01.2010, S. 2; RKI, Erg. z. Epid. Bulletin Nr. 50, 29.12. 2010; RKI, Erg. z. Epid. Bulletin Nr. 50, 28.12.2011, S. 2; RKI, Erg. z. Epid. Bulletin Nr. 50, 26.12.2012, S. 2; RKI, Epid. Bulletin (Nr. 44) 2013, S. 45.

Mord im deutschen und französischen Strafrecht

Von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Wiss. Hilfskraft Alix Giraud, LL.M. und Master en droit, Potsdam*

I. Einleitung

Die Fähigkeit, juristisches Wissen und Methodenkompetenz im Kontext einer ausländischen Rechtsordnung zur Entfaltung zu bringen, hat für heutige Generationen angehender und junger Juristen – wie die *Ko-Autorin* – in der Ausbildungsphase eine weitaus größere Bedeutung als für Nachwuchsjuristen, die – wie der *Ko-Autor* – in den 50er oder 60er Jahren des vergangenen Jahrhunderts geboren wurden.¹ Lange Zeit konnten Spezialisten des Strafrechts ihr Desinteresse an Rechtsentwicklungen jenseits der Landesgrenzen mit dem Hinweis darauf erklären, dass das Strafrecht eine ureigene Domäne des nationalen Rechts sei und niemals dem Zugriff europäischer Integrationsbestrebungen ernsthaft ausgesetzt sein würde. Indessen ist das eine inzwischen von der Rechtswirklichkeit überholte Vorstellung, von der man sich ein für alle Mal verabschieden muss.² Auch für den Strafrechtler ist es heutzutage unabdingbar, der supra- und internationalen Dimension dieses Rechtsgebiets aufgeschlossen zu begegnen und den sachkundigen Umgang damit in sein Repertoire aufzunehmen.³ Dazu gehört unter anderem die Bereitschaft zu einer rechtsvergleichenden Betrachtung, mit der man erfährt, wie Strafrecht in einem anderen Land funktioniert und wie bestimmte Themen vom dortigen Strafrecht behandelt werden.⁴ Manchmal kann dieser Blick über den Tellerrand der nationalen Rechtsordnung Impulse verschaffen für eine kritische Hinterfragung des eigenen – deutschen – Strafrechts und inhaltliche Anregungen geben für eine Umgestaltung eben dieses Rechts,⁵ das gewiss einige Vorschläge für Verbesserungen vertragen könnte.⁶ Ein Teilbereich des deutschen Strafrechts, auf dem seit langem eine durchgreifende gesetzgeberische Reform gefordert wird, ist die Regelung der Tötungsdelikte,

insbesondere des Mordtatbestandes § 211 StGB.⁷ Während nun über die Mängel der geltenden Regelung weitgehend Konsens besteht,⁸ ist hinsichtlich der Inhalte einer besseren Neugestaltung dieses Themas eine einheitliche Auffassung nicht zu verzeichnen. Vor diesem Hintergrund ist es gewiss hilfreich zu erfahren, wie das Strafrecht eines anderen Landes den Fall einer Tat mit tödlichem Ausgang bewerten würde,⁹ der nach den Maßstäben des deutschen Strafrechts als Mord (§ 211 StGB) mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu ahnden ist.

II. Der Fall

Im Mai 2013 verurteilte das Landgericht Potsdam einen 59-jährigen Mann wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe, weil er seine Ehefrau vorsätzlich getötet haben soll. Der Angeklagte (A) war in der Nachwendzeit lange Jahre ein in der Bevölkerung hochgeschätzter Bürgermeister einer brandenburgischen Kleinstadt südlich von Berlin. Dem politisch und gesellschaftlich sehr erfolgreichen Teil seiner Existenz stand ein eher deprimierend freudloses und unharmonisches Privatleben gegenüber, das vor allem von der Zerrüttung des Verhältnisses zu seiner Ehefrau überschattet war. Diese behandelte ihren wegen geringer Körpergröße (1,59 m) physisch gehandicapten Ehemann in erniedrigender, bössartiger und demütigender Weise, was dazu führte, dass der A eine außereheliche Beziehung mit einer wesentlich jüngeren Frau einging und aus dem ehelichen Haus auszog. Nachdem die Lebensgemeinschaft mit der Geliebten gescheitert war, kehrte der A in das eigene Haus zurück, durfte dort aber auf Anweisung der Gattin nicht mehr im ehelichen Schlafzimmer, sondern nur in einem Kellerraum schlafen. Das Ehebett teilte die Gemahlin – das spätere Opfer – mit ihrem Hund.

Auf einem gemeinsamen Waldspaziergang mit seiner Frau soll der A den Tötungsgedanken in die Tat umgesetzt haben. Nach der Überzeugung der Strafkammer schlug der A seine Frau plötzlich nieder, setzte sich dann auf sie und erdrosselte sie mit einem Schnürsenkel, den er eigens für diese Tat auf den Spaziergang mitgenommen habe. Danach habe er auch noch den Hund seiner Ehefrau getötet. Anschließend habe er noch die Leiche der Getöteten mit Laub bedeckt sowie sie teilweise entkleidet, um ein Sexualdelikt vorzutäuschen.

* Der Autor *Mitsch* ist Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam, die Autorin *Giraud* ist Doktorandin und Wissenschaftliche Assistentin ebenda.

¹ *Jung*, JuS 2000, 417.

² *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 5; *Zulleeg*, in: Sieber (Hrsg.), Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, 1993, S. 41 (S. 58).

³ *Rotsch*, in: Meyer-Pritzl u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Jörn Eckert, 2008, S. 711.

⁴ *Jung*, JuS 1998, 1.

⁵ *Eser*, in: H. J. Albrecht (Hrsg.), Festschrift für Günther Kaiser, 1998, S. 1499 (S. 1510, 1516); *ders.*, in: Freund u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Frisch, 2013, S. 1441 (S. 1454); *Jescheck*, Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung, Recht und Staat, 1955, S. 29; *Jung*, JuS 1998, 1 (6); *Kaiser*, in: Kaiser/Vogler (Hrsg.), Strafrecht, Strafrechtsvergleichung, Kolloquium im Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Freiburg i. Br., aus Anlass des 60. Geburtstages des Direktors Prof. Dr. Hans-Heinrich Jescheck, 1975, S. 79 (S. 83); *Koch*, in: Freund u.a. (a.a.O.), S. 1483 (S. 1496).

⁶ *Rotsch* (Fn. 3), S. 716: deutsche Strafrechtsdogmatik taugt nicht als Maßstab für ein Europäisches Strafrecht.

⁷ *Kubik/Zimmermann*, StV 2013, 582.

⁸ *Arzt*, ZStW 83 (1970), 1 (12); *Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, vor § 211 Rn. 169.

⁹ Die Bearbeitung von Fällen in unterschiedlichen Rechtsordnungen zählt zu den vielfältigen Methoden der Strafrechtsvergleichung, vgl. *Hilgendorf*, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, 2011, S. 19 (S. 21, 22); *Jung*, JuS 1998, 1 (3); *Perron*, ZStW 109 (1997), 289 (291-293); *Sieber*, in: Sieber/Albrecht (Hrsg.), Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach, Kolloquium zum 90. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck, 2006, S. 118; *Vogel*, JZ 2012, 29 (30).

III. Bewertung nach deutschem Strafrecht

1. Allgemeines zu § 211 StGB

§ 211 StGB definiert als Mord eine vorsätzliche Tötung, bei der der Täter wenigstens eines der in § 211 Abs. 2 StGB beschriebenen Mordmerkmale erfüllt. Dabei spielt es dann keine Rolle, ob die Tat auch auf der Grundlage einer „Gesamtwürdigung“ – in die alle relevanten mildernden Umstände einzubeziehen sind – als höchststrafwürdiges, die lebenslange Freiheitsstrafe verdienendes Unrecht erscheint. Die Tat verliert ihre Qualität als Mord also nicht dadurch, dass ihre Begehung von gewichtigen unrechts- oder/und schuld mindernden Umständen begleitet wurde. Insbesondere vermögen diese Umstände dem Angeklagten keine Sanktionsmilderung auf der Rechtsfolgenseite zu verschaffen. Der § 211 Abs. 1 StGB droht die lebenslange Freiheitsstrafe „absolut“ an und schließt damit eine Strafmilderung für „minder schwere Fälle“ kategorisch aus. Genau das ist das Hauptgebrechen der geltenden Regelung des § 211 StGB.¹⁰ Sie ist starr und unflexibel, weil sie im Falle der Verwirklichung auch nur eines Mordmerkmals keine Berücksichtigung mildernder Umstände mehr zulässt. An der lebenslangen Freiheitsstrafe führt dann kein Weg mehr vorbei. Das kann im Einzelfall zu unverhältnismäßigen und ungerechten Verurteilungen führen. Zwar hat der Gesetzgeber durch die Einführung des § 57a StGB im Jahr 1981 eine gewisse Auflockerung dieses starren Regimes gebracht, indem er unter bestimmten Voraussetzungen eine vorzeitige Entlassung aus dem Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe ermöglicht. Dennoch ist das Erscheinungsbild des § 211 StGB unbefriedigend und reformbedürftig.¹¹

2. Heimtückische Tötung

In dem Fall des ehemaligen Bürgermeisters hat die Strafkammer ihrem Urteil den § 211 StGB zugrunde gelegt, weil sie von einer heimtückischen Tötung ausging. Heimtückisch tötet, wer bei der Tat die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers ausnutzt.¹² Nur in seltenen Ausnahmefällen kann Heimtücke ausgeschlossen sein, wenn der Täter ohne „feindselige Willensrichtung“ vorgeht.¹³ Aus einer Vielzahl von Indizien schlossen die Richter der Schwurgerichtskammer (vgl. §§ 74 Abs. 2 S. 1 Nr. 4, 76 Abs. 1 S. 1 GVG), dass der A die Tötung seiner Ehefrau schon vor der Tatausführung geplant und vorbereitet und den gemeinsamen Waldspaziergang als Tatgelegenheit gewählt habe, weil das Opfer dabei nicht mit einem Angriff auf sein Leben rechnen würde. Für diese Einschätzung spricht der Umstand, dass der A die zur Tat bestimmten Schnürsenkel sowie diverse Plastiktüten mitnahm, die später bei der Tötung ebenfalls eine Funktion haben sollten. Auf der Grundlage dieses Sachverhalts hat die Strafkammer nachvollziehbar entschieden, dass der Angeklagte die

Arg- und Wehrlosigkeit seines Opfers in feindlicher Willensrichtung ausgenutzt habe. Selbst das in der Literatur zur Einschränkung des Mordmerkmals geforderte Kriterium des „verwerflichen Vertrauensbruchs“ ist gegeben.¹⁴ Denn eine Ehefrau würde sich nicht mit ihrem Ehemann auf einen Spaziergang im Wald begeben, wenn nicht noch ein beachtlicher Rest von Vertrauen dem Gatten gegenüber vorhanden wäre, dass dieser ungeachtet aller Probleme in der ehelichen Beziehung niemals auf die Idee kommen würde, seiner angetrauten Lebensgefährtin etwas anzutun. Nachdem somit für das Gericht der Tatbestand heimtückisch begangenen Mordes feststand, waren auch die Weichen für die Sanktionsentscheidung gestellt: Etwas anderes als eine lebenslange Freiheitsstrafe kam nach der Gesetzeslage nicht in Betracht. Daher konnten die Umstände des Falls, die die Tat des A in einem milderen Licht erscheinen ließen, keine strafmaßelevante¹⁵ Berücksichtigung finden. Solche Umstände waren hier aber in großer Zahl vorhanden.

Insbesondere die erniedrigende – teilweise als menschenverachtend zu bezeichnende – Behandlung durch die Ehefrau lässt die Reaktion des Angeklagten als verständlich erscheinen.¹⁶ Mit der wachsenden angestauten Wut dürfte ein allmählicher Schwund des Hemmungsvermögens einhergegangen sein, der zwar die strafbarkeitsbegründende Vorwerfbarkeit (Schuldhaftigkeit)¹⁷ der Tat nicht beseitigen kann, jedoch die sanktionsmaßelevante Schwere der Schuld gewiss nicht ganz unbeträchtlich verminderte. Wäre die Tötung eine affekthafte Spontanreaktion gewesen, hätte sogar eine Anwendung des § 213 Alt. 1 StGB in Erwägung gezogen werden dürfen.¹⁸ Tatsächlich kam dies zwar nicht in Frage, weil A nicht „auf der Stelle zur Tat hingerissen“ wurde, sondern planmäßig – mit Vorbedacht¹⁹ – vorging. Jedoch sind die in § 213 Alt. 1 StGB beschriebenen affektauslösenden Umstände (Misshandlung, schwere Beleidigung) schon per se zur Schuld minderung geeignet und wären daher bei der Strafzumessung gem. § 46 Abs. 2 StGB zu berücksichtigen.²⁰ Aber eine Strafzumessung findet bei der Verurteilung aus § 211 Abs. 1 StGB nicht statt, weil das Gesetz – anders als z. B. in § 251 StGB oder § 239a Abs. 3 StGB – zur lebenslangen Freiheitsstrafe keine Alternative (zeitige Freiheitsstrafe) zulässt. Die Berücksichtigung mildernder Umstände ist hier weder auf der Tatbestandsseite noch auf der Rechtsfolgenseite möglich. Die Aufnahmefähigkeit des Merkmals „Heimtücke“ für strafbarkeitseinschränkende Gesichtspunkte ist mit der Forderung nach einer „feind-

¹⁰ Neumann (Fn. 8), vor § 211 Rn. 157.

¹¹ Neumann (Fn. 8), vor § 211 Rn. 158.

¹² BGHSt 2, 251 (254); Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht Besonderer Teil 1, 15. Aufl. 2012, Rn. 29.

¹³ BGHSt 9, 385; Krey/Hellmann/Heinrich (Fn. 12), Rn. 48; Wessels/Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil 1, 37. Aufl. 2013, Rn. 107.

¹⁴ Krey/Hellmann/Heinrich (Fn. 12), Rn. 65; Wessels/Hettinger (Fn. 13), Rn. 122.

¹⁵ Zur vollstreckungsrechtlichen Berücksichtigung bei § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB siehe unter 3.

¹⁶ Frister, Die Struktur des „voluntativen Schuldelements“, 1993, S. 223 f.

¹⁷ Gropp, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005, § 7 Rn. 1.

¹⁸ Zur – von der h.M. ablehnten – Anwendbarkeit des § 213 StGB bei Mord Neumann (Fn. 8), § 213 Rn. 4.

¹⁹ Zum Merkmal „avec préméditation“ des französischen Mordtatbestandes, Art. 221-3 CP.

²⁰ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 60. Aufl. 2013, § 46 Rn. 60.

lichen Willensrichtung“ des Täters sowie eines „verwerflichen Vertrauensbruchs“ erschöpft. Da aber selbst diese Voraussetzungen erfüllt sind, hat A heimtückisch getötet.

3. Sanktionsentscheidung

Mit der Erfüllung des Mordmerkmals „Heimtücke“ steht nicht nur fest, dass die Tat des A ein Mord gem. § 211 StGB ist, sondern auch, dass diese Tat mit lebenslanger Freiheitsstrafe geahndet werden muss. Eine Strafmaßreduzierung gem. § 49 Abs. 1 StGB ist nicht möglich, da keine der auf § 49 Abs. 1 StGB verweisenden Vorschriften (z.B. §§ 17 S. 2, 21 StGB) erfüllt ist. Auch die hochumstrittene vom *Großen Senat* des BGH für Strafsachen (vgl. § 132 GVG) kreierte „Rechtsfolgenlösung“²¹ kommt nicht in Betracht. Vergleicht man den vorliegenden Fall mit dem Sachverhalt, der den *Großen Senat* zu seiner rechtsfortbildenden Entscheidung inspirierte, findet man zwar einige Parallelen. Insgesamt betrachtet hatten die erforderlichen „außergewöhnlichen Umstände“²² in dem „Türken-Fall“²³ deutlich mehr Gewicht als in dem „Bürgermeister-Fall“ des Landgerichts Potsdam.

Allerdings bedeutet das „lebenslang“ im Strafurteil nicht zwangsläufig Aufenthalt im Strafvollzug bis an das Lebensende. Durch die Einführung des § 57a StGB hat der Gesetzgeber dem zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten die Aussicht auf vorzeitige Entlassung aus der Haft nach einer Mindestverbüßungsdauer von wenigstens 15 Jahren (§ 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB) verschafft. Verhindert oder erheblich verzögert wird die Aussetzung des Strafrestes jedoch, wenn das Gericht die „besondere Schwere der Schuld“ festgestellt hat, § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB. Für diese Feststellung ist bei Verurteilung wegen Mordes nicht die Strafvollstreckungskammer,²⁴ sondern das Schwurgericht zuständig.²⁵

Wenn also der Tenor des Strafurteils, in dem der Angeklagte zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt wurde, keine Aussage zu § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB enthält, bedeutet dies, dass „besondere Schwere der Schuld“ nicht vorliegt und daher eine Aussetzung des Strafrestes nach – im günstigsten Fall – 15 Jahren Strafverbüßung möglich ist.²⁶ Das LG Potsdam hat in seinem Urteil besondere Schwere der Schuld nicht festgestellt. Dies beruht gewiss auf den oben beschriebenen Milderungsgründen, für die vornehmlich das Verhalten des getöteten Opfers verantwortlich ist. Daran erkennt man, dass schuldmindernde Umstände, die bei der Verurteilung zu zeitiger Freiheitsstrafe oder Geldstrafe schon im Rahmen der Strafzumessung gem. § 46 Abs. 2 StGB zu berücksichtigen sind, bei einer Verurteilung wegen Mordes erst in eine Entscheidung einfließen können, die rechtsdogmatisch keine

Sanktionsfindungsentscheidung, sondern eine Sanktionsvollstreckungsentscheidung ist.²⁷

IV. Bewertung nach französischem Strafrecht

1. Allgemeines zu den Tötungsdelikten (Art. 221-1 ff. CP)

Der 1994 in Kraft getretene neue Code pénal (CP) normiert die Straftaten gegen das Leben in seinem zweiten Buch. Die Tötungsdelikte sind im Abschnitt „Des atteintes volontaires à la vie“ (Angriffe gegen das Leben) unmittelbar nach den Normen über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit (crimes contre l'humanité) und gegen die Menschheit (crimes contre l'espèce humaine) geregelt; sie stehen also im Vordergrund des Besonderen Teils.

a) Auf Tatbestandsseite

Zwei eigenständige Tatbestände, die mit einer Reihe von gesetzlich festgelegten strafscharfenden Merkmalen kombiniert werden können, stehen nebeneinander: der Totschlag (meurtre simple, Art. 221-1 CP) ist der Grundtatbestand der vorsätzlichen Tötung; die Vergiftung (empoisonnement, Art. 221-5 CP) stellt einen separaten Tatbestand für Anschläge auf das Leben durch die Anwendung oder die Verabreichung von tötungstauglichen Substanzen dar. Beide Straftatbestände drohen 30 Jahre Freiheitsstrafe an. Bei der Verwirklichung eines strafscharfenden Merkmals erhöht sich die Strafe zu lebenslanger Freiheitsstrafe. Die strafscharfenden Merkmale sind in Art. 221-2, 221-3 und 221-4 CP normiert und finden Anwendung sowohl bei der vorsätzlichen Tötung als auch bei der Vergiftung (Art. 221-5 Abs. 3 CP).

Für den Mord, der im französischen Strafrecht als strafscharfende Tötung definiert werden kann, kennt die französische Rechtssprache zwei unterschiedliche Termini: assassinat oder meurtre aggravé, wobei der assassinat ein spezifischer meurtre aggravé ist.²⁸ Als assassinat bezeichnet das französische Strafrecht die vorsätzliche Tötung eines anderen Menschen, die mit Vorbedacht (avec préméditation) oder aus einem Hinterhalt (guet-apens) begangen wird. Weitere qualifizierende Tötungsmerkmale normiert der Code pénal in Art. 221-2 und Art. 221-4. Die qualifizierenden Umstände haben zum Teil selbst den Charakter strafbaren Verhaltens, zum anderen Teil sind sie isoliert betrachtet per se strafrechtlich neutral. Der im Art. 221-4 CP vorgesehene Katalog ist regelmäßig ergänzt worden. Die Einführung von einzelnen strafscharfenden Merkmalen in den Code pénal widerspiegelt die Reaktion der Gesetzgebung auf die Entwicklung der Kriminalitätswirklichkeit und ermöglicht die verschärfte Sanktionierung von Verhaltensweisen, die als besonders verwerflich angesehen und als Schwerpunkte der Kriminalpolitik ausgemacht sind: erwähnenswert ist insbesondere der durch das Gesetz zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität vom 9.3.2004 eingeführte Umstand der organisierten Bande (bande organisée) in

²¹ BGHSt 30, 105.

²² BGHSt 30, 105 (119).

²³ Zu einem zweiten Fall, in dem die Beteiligten ebenfalls Türken oder türkischstämmig waren, vgl. BGH NSTZ 1982, 69.

²⁴ Diese ist für die Entscheidung über die Aussetzung des Strafrestes zuständig, §§ 454, 462a StPO, § 78a GVG.

²⁵ Fischer (Fn. 20), § 57a Rn. 14.

²⁶ Fischer (Fn. 20), § 57a Rn. 27.

²⁷ Kett-Straub, Die lebenslange Freiheitsstrafe, 2011, S. 95.

²⁸ Ein Teil der Lehre bezeichnet den „assassinat“ als „meurtre spécifié“, so Rassat, Droit pénal spécial, 2006, Rn. 274.

Art. 221-4 Nr. 8 CP.²⁹ Demgegenüber ist der Umstand des Vorbedachts (*préméditation*) ein sehr altes Merkmal,³⁰ das auch den deutschen Gesetzgeber bei der Schaffung des Reichsstrafgesetzbuches von 1871 inspiriert hatte.³¹

Bemerkenswert ist im Übrigen, dass der Code pénal im Unterschied zum deutschen Strafgesetzbuch keinen privilegierten Tötungstatbestand kennt; es gibt insbesondere keine Parallele zu § 216 StGB.

b) Auf Rechtsfolgeseite

Innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens kann das Gericht die Strafe flexibel und individuell der konkreten Tatschwere anpassen, sei es zu Gunsten des Verurteilten oder seinem Ungunsten: „Das Gericht verhängt die Strafen und legt ihre Ausgestaltung in den gesetzlich festgelegten Grenzen nach den Umständen der Straftat und der Persönlichkeit des Täters fest“ (Art. 132-24 CP). In Verbrechenfällen sind Mindeststrafen zu berücksichtigen (Art 132-18 CP). Ein Jahr ist die Mindeststrafe für Verbrechen, die mit einer zeitigen Freiheitsstrafe (bis zu 30 Jahren, so bei *meurtre*, s.o.) geahndet sind. Darüber hinaus ist eine zweijährige Mindeststrafe für Verbrechen vorgesehen, die mit der lebenslangen Freiheitsstrafe geahndet sind (Art. 132-18 Abs. 2 CP). Das französische Strafrecht stellt also auch für den Mord (*meurtre aggravé* bzw. *assassinat*) einen sehr weit in den Bereich relativ kurzer Freiheitsstrafen reichenden Strafrahmen auf: mildernde Umstände können vom Richter innerhalb dieses Rahmens berücksichtigt werden.

2. Methodologische Vorgehensweise

a) Prüfungsaufbau

Die französische Vorgehensweise weicht vom deutschen Straftat- und Prüfungsaufbau Tatbestand (objektiv/subjektiv) – Rechtswidrigkeit – Schuld ab, der an der deutschen Universität gelehrt wird. Insoweit gibt es in Frankreich verschiedene Ansätze.³² An der Universität werden Fälle in der Regel an Hand der folgenden Struktur bearbeitet: *élément légal* (gesetzliches Element) – *élément matériel* (materielles Element) – *élément moral* (subjektives Element) – *répression* (Ahndung) – *moyens de défense* (Verteidigungsmittel). Das *élément légal* ist eine Vorbedingung (*préalable*) für die Straftat, die auf das Gesetzlichkeitsprinzip zurückzuführen ist; die Straftat muss gesetzlich normiert sein.³³ Das *élément matériel* ist mit dem deutschen objektiven Tatbestand vergleichbar. Im

Bereich des *élément moral* besteht kein Konsens.³⁴ Einer Auffassung zu Folge sind die *culpabilité* (Schuld) und die *imputabilité* (Schuldfähigkeit) Komponenten des *élément moral*; die *culpabilité* setzt nämlich die *imputabilité* voraus.³⁵ Die *culpabilité* bedeutet etymologisch betrachtet „faute“ (culpa – Schuld). Ihr strafrechtlich relevanter Bedeutungsgehalt lässt sich aus dem Wortlaut des Art. 121-3 CP bestimmen, der verschiedene Absichtsgrade vorsieht.³⁶ Die *imputabilité*, die mit „Zurechenbarkeit“ übersetzt werden kann, ist „die Fähigkeit zu verstehen und zu wollen“.³⁷ *Imputabilité* heißt, dass die Tat dem Täter aufgrund seiner Schuldfähigkeit zurechenbar ist. Aus der Existenz von *causes de non-imputabilité* (vgl. Entschuldigungsgründe im deutschen Recht) ist zu schließen, dass die *imputabilité* eigentlich vermutet wird. Die *causes de non-imputabilité*, die strafbarkeitsausschließend (als auch – mildernd, vgl. Art. 122-1 Abs. 2 CP) wirken, können im Rahmen einer Fallbearbeitung als Verteidigungsmittel – also außerhalb der Straftatprüfung als solcher – eingreifen, wobei sie theoretisch Teil des *élément moral* sind.³⁸ Die sog. *faits justificatifs* (vgl. Rechtfertigungsgründe) schließen auch die Strafbarkeit aus; in der Fallbearbeitung kann die Prüfung solcher Verteidigungsmittel dementsprechend auch außerhalb der Straftatprüfung erfolgen, wobei sie theoretisch anhand des *élément légal* analysiert werden können.³⁹ Die Prüfung der *circonstances aggravantes* (strafschärfende Umstände), die von den Tatbestandsmerkmalen strikt zu trennen sind⁴⁰, ist Teil der Prüfung der *répression*; sie dienen nämlich der Strafschärfung.

Für die Totschlags- und Mordprüfung muss im Allgemeinen folgendes beachtet werden. Beim *élément matériel*: Die vorsätzliche Tötung setzt immer ein positives Tun voraus.⁴¹ Beim *élément moral*: Der *meurtre* verlangt einen *dol spécial* über den *dol général* (Vorsatz) hinaus: die Tötungsabsicht (*animus necandi*, *intention meurtrière*).⁴² Bei der *répression*: Der Mord ist im französischen Strafrecht ein *meurtre* – die vorsätzliche Tötung eines anderen Menschen (Art. 221-1 CP) –, der unter den in Art. 221-2, 221-3 und 221-4 CP aufgelisteten Umständen begangen wurde. Es handelt sich dabei um strafschärfende Umstände, die keine Tatbestandsmerkmale sind. Die französischen „Mordmerkmale“ lassen sich demnach methodologisch anders klassifizieren als im deutschen Recht. Zum Beispiel ist der Vorbedacht kein Tatbestandsmerkmal des *assassinat*, sondern ein strafschärfendes Merkmal

²⁹ Loi n° 2004-204 du 9. mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF v. 10.3.2004, S. 4567.

³⁰ Im Ancien droit wurde der Täter, der mit Vorbedacht gehandelt hatte, schärfer bestraft und der 1810 Code pénal hatte die *préméditation* als strafschärfender Umstand beibehalten (Art. 297), *Angevin*, *JurisClasseur Pénal Code*, Art. 132-71 zu 132-80, Heft 20, 2006, Rn. 61-62.

³¹ *Volk*, *JuS* 1991, 281; *Koch* (Fn. 5), S. 1487.

³² Siehe ferner Beiträge auf Deutsch: *Manacorda*, GA 1998, 124; *Vogel*, GA 1998, 127.

³³ *Pereira*, *Responsabilité pénale*, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2012, Rn. 61 ff.

³⁴ *Pereira* (Fn. 33), Rn. 62; *Manacorda*, GA 1998, 124 (125).

³⁵ *Pradel*, *Manuel de droit pénal général*, 2004, Rn. 462, 500.

³⁶ *Pereira* (Fn. 33), Rn. 28.

³⁷ *Merle/Vitu*, *Traité de droit criminel*, Bd. 1, 1978, Rn. 563.

³⁸ *Desportes/Le Gunehec*, *Droit pénal général*, 2009, Rn. 627; *Pereira* (Fn. 33), Rn. 59.

³⁹ So *Desportes/Le Gunehec* (Fn. 38) Rn. 627; vgl. *Manacorda*, GA 1998, S. 126.

⁴⁰ *Mayaud*, *Recueil Dalloz* 1999, 75 ff.

⁴¹ *Angevin*, *JurisClasseur Pénal Code*, Art. 221-1 zu 221-5-3, Heft 20, 2007, Rn. 31; *Mayaud*, *Meurtre*, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2013, Rn. 23 ff. (krit.).

⁴² Cass. Crim., Urt. v. 8.1.1991 – 90-80075 = *Bull. Crim.* 1991 Nr. 14, S. 40.

des meurtre. Weil der assassinat keinen selbständigen Tatbestand bildet,⁴³ findet die Prüfung des Vorbedachts akzessorisch erst nach der Feststellung des Vorliegens des meurtre statt.⁴⁴

b) Prozessuale Umsetzung

Einen Mordfall behandelt die Cour d'assises, die das zuständige Gericht für Verbrechen ist, Art. 231 in Verbindung mit Art. 181 Code de procédure pénale (CPP)⁴⁵. Die Cour d'assises besteht aus der Cour (einem Vorsitzenden und zwei beisitzenden Richtern) und der Jury, Art. 240 CPP. Seit dem Gesetz vom 10.8.2011⁴⁶ nehmen nur noch sechs Geschworene an der Urteilsfindung in der ersten Instanz teil (neun in der zweiten Instanz), Art. 296 CPP. Die Cour d'assises hat allein das Ermessen, über die genaue Benennung (qualification) der Tat zu entscheiden, solange es sich um ein Verbrechen handelt.⁴⁷ Am Ende der Hauptverhandlung beantwortet die Cour d'assises präzise Fragen mit „ja“ oder „nein“. So muss in einem Tötungsfall beantwortet werden, ob der Angeklagte „dafür schuldig ist, die Tötung vorsätzlich herbeigeführt zu haben“.⁴⁸ Die Tatbestandsmerkmale des Totschlags sind Gegenstand einer Hauptfrage, Art. 349 Abs. 1 CPP. Gem. Art. 349 Abs. 3 CPP müssen die circonstances aggravantes Gegenstand einer separaten Frage sein.⁴⁹ Die Abstimmung der Berufsrichter und der Geschworenen erfolgt schriftlich und separat für jede Frage zuerst zur Haupttat (ggf. zu den Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen) und zu den strafscharfenden Umständen, Art. 356 CPP.

3. Beurteilung des Falles nach französischem Recht

a) Vorsätzliche Tötung (Art. 221-1 CP)

Aus den Feststellungen, die dem Urteil des LG Potsdam zugrunde liegen, ergibt sich, dass A seine Ehegattin vorsätzlich getötet haben soll. In der strafrechtlichen Bewertung dieses Sachverhalts weicht das französische Strafrecht vom deutschen nicht ab. Der meurtre-Tatbestand (Art. 221-1 CP) entspricht nämlich der deutschen Totschlagsregelung in § 212 Abs. 1 StGB, soweit es sich um ein positives Tun handelt. Der animus necandi (Tötungsabsicht als dolus specialis) wäre zu bejahen.

⁴³ *Mayaud* (Fn. 41), Rn. 166.

⁴⁴ Vgl. Cass. Crim., Urt. v. 30.10.1996 – 96-80541 = Bull. Crim. 1996 Nr. 384, S. 1118.

⁴⁵ Französische Strafprozessordnung.

⁴⁶ Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, JORF Nr. 0185 v. 11.8.2011, S. 13744.

⁴⁷ Vgl. Cass. Crim., Urt. v. 30.1.1975 – 74-90596 = Bull. Crim. Nr. 35, S. 93.

⁴⁸ Cass. Crim., Urt. v. 11.2.1998 – 97-80427 = Bull. Crim. 1998 Nr. 54, S. 147.

⁴⁹ Cass. Crim., Urt. v. 7.11.2007 – 07-80628.

b) Ahndung: Berücksichtigung von strafscharfenden Umständen (circonstances aggravantes)

aa) Préméditation (Art. 221-3 CP)

Nach Überzeugung der Potsdamer Strafrichter soll der A die Tatausführung geplant und vorbereitet haben, indem er einen Schnürsenkel und Plastiktüten auf dem gemeinsamen Waldspaziergang mit seiner Ehefrau mitgenommen hat, um sie im Laufe der Tathandlung zu benutzen. Auf der Basis dieses Sachverhalts denkt der französische Strafrechtler gleich an Art. 221-3 CP, der die Strafbarkeit des assassinat in der Form einer mit Vorbedacht (préméditation) begangenen Tötung vorsieht. Der Vorbedacht, der nach Art. 132-72 CP „vor der Handlung gefasste Plan, ein bestimmtes Verbrechen oder Vergehen zu begehen“ ist, meint eine Intention, die der Tatbegehung vorgelagert ist. Demgegenüber ist der animus necandi eine tatbegleitende – also tathandlungssynchrone – Absicht entsprechend dem Koinzidenzprinzip.⁵⁰ Der Vorbedacht ist ein zusätzlicher Absichtsgrad⁵¹ („dol aggravé“)⁵². Dabei soll es mehr um die Intensität in der Absicht gehen, welche auf eine gewisse Vorbereitung oder zumindest eine „psychische Abgrenzung“ mit der Umsetzung, mit dem Wollen umzugehen, zurückführt.⁵³ Die im Fall von der Strafkammer festgestellten Indizien für die Vorbereitung der Tat (Schnürsenkel und Plastiktüten)⁵⁴ könnten der Cour d'assises die Überzeugung verschaffen, dass der A mit Vorbedacht gehandelt hat. Somit wäre eine Verurteilung wegen assassinat gem. Art. 221-3 CP konsequent zu erwarten.

bb) Opfereigenschaft (Art. 221-4 Nr. 9 CP)

Alternativ würde der strafscharfende Umstand der Opfereigenschaft „Ehegatte“ zur Strafbarkeit wegen meurtre aggravé führen. In Art. 221-4 enthält der Code pénal eine Reihe von Merkmalen, die auf besondere Opfereigenschaften abstellen. Durch das Gesetz vom 4.4.2006,⁵⁵ das die Prävention und die Strafbarkeit häuslicher Gewalt bezweckt, wurde in Art. 221-4

⁵⁰ *Levasseur*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1990, 337; *Angevin*, *JurisClasseur Pénal Code*, Art. 132-71 zu 132-80, Heft 20, 2006, Rn. 68.

⁵¹ *Merle/Vitu* (Fn. 37), Rn. 910.

⁵² *Desportes/Le Gunehec* (Fn. 38), Rn. 479; *Angevin*, *JurisClasseur Pénal Code*, Art. 132-71 zu 132-80, Heft 20, 2006, Rn. 67.

⁵³ „Der Vorbedacht stellt weniger eine zeitliche Dimension in der Tatausführung dar, als eine Intensitätsfrage in der Absicht. [...] Der Vorbedacht geht über die Absicht hinaus und ist – in Einklang mit seiner Etymologie – eine ‚méditation préalable‘ (‚Vor-Meditation‘)“, *Mayaud* (Fn. 41) Rn. 171; so auch *Garçon*, *Code pénal annoté*, Bd. 2, 1956, Art. 296 zu 298, Rn. 12.

⁵⁴ Entscheidend ist die Feststellung von übereinstimmenden Indizien („réunion d'indices concordants“): *Angevin*, *JurisClasseur Pénal Code*, Art. 132-71 zu 132-80, Heft 20, 2006, Rn. 80-81.

⁵⁵ Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, JORF Nr. 81 v. 5.4.2006, S. 5097.

CP eine 9. Alternative eingeführt.⁵⁶ Ein Täter, der seinen Ehegatten tötet, macht sich wegen meurtre aggravé gem. Art. 221-4 Nr. 9 CP strafbar, was zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe führen kann. A hätte also nach französischem Strafrecht wegen Tötung seiner Gemahlin auch eine Verurteilung wegen meurtre aggravé gem. Art. 221-4 Nr. 9 CP zu erwarten.

c) Verteidigungsmittel

Da nach dem ermittelten Sachverhalt das Opfer den Täter in erniedrigender, bösartiger und demütigender Weise behandelt hat, ist an dieser Stelle der Hinweis darauf angebracht, dass das französische Strafrecht die „contrainte“ (unwiderstehlicher Zwang) als Strafausschließungsgrund (cause d'irresponsabilité) gem. Art. 122-2 CP anerkennt. Die contrainte hat verschiedene Ausprägungen (physique oder morale), die jeweils mit zwei weiteren Erscheinungsformen (externe oder interne) dekliniert werden können. Die contrainte morale kann als „ein Druck auf den Willen einer Person, die so dazu gebracht wurde, die verbotene Tat zu begehen“,⁵⁷ definiert werden. Allerdings ist sie als Strafausschließungsgrund restriktiv anzuwenden. Sei sie „interne“, d.h. in der Form eines gewaltsamen Affekts („passion violente“)⁵⁸ bzw. einer gewaltsamen Wut („violente colère“) oder Müdigkeit („fatigue“)⁵⁹ entstanden, soll sie nicht straffausschließend wirken;⁶⁰ vielmehr können diese Umstände im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden.

d) Strafzumessung

Nach dem Sachverhalt, von dem die Richter des LG Potsdam bei ihrer Urteilsfindung ausgingen, war A von seiner Frau – dem Tatopfer – in erniedrigender, bösartiger und demütigender Weise behandelt worden. Es ist naheliegend, dass die Cour d'assises diese Umstände zu Gunsten des A im Rahmen der Personalisierung der Strafe (personnalisation de la peine) berücksichtigen würde.⁶¹ Somit wäre die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe vom französischen Gericht nicht zu erwarten.

4. Prozessuale Besonderheit: Möglichkeit einer zweiten Tatsachenprüfung

Der A, der vom Schwurgericht gem. § 211 StGB zur lebenslangen Haft verurteilt wurde, hat gem. § 333 StPO vor dem Bundesgerichtshof (§ 135 Abs. 1 GVG) Revision eingelegt. Die Revision entspricht dem pourvoi en cassation im französischen Verfahrensrecht. Es handelt sich um ein Rechtsmittel,

das ausschließlich zu einer rechtlichen Prüfung führt. Statthaft ist es allerdings nur gegen eine Entscheidung der Cour d'assises in letzter Instanz, Art. 567 CPP, d.h. erst im Anschluss an die Entscheidung einer Cour d'assises d'appel. In Frankreich besteht seit dem 1.1.2001 die Möglichkeit einer neuen Tatsachenprüfung vor einer verstärkten Cour d'assises (mit neun Geschworenen), die durch das Gesetz vom 15.6.2000⁶² eingeführt wurde (Art. 380-1 ff. CPP). Art. 2 Abs. 1 des Protokolls Nr. 7 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in der Fassung des Protokolls Nr. 11 sieht in Strafsachen ein Recht auf Nachprüfung des Urteils vor. Die französische Rechtslage stand schon vor der Reform mit dem Protokoll in Einklang, weil die Möglichkeit, Revision einzulegen, gewährleistet war.⁶³ Dennoch setzte sich die Auffassung durch, dass die Möglichkeit einer bloßen rechtlichen Prüfung nicht ausreichend war und dass ein Recht auf eine zweite Tatsachenprüfung Bestandteil der Verteidigungsrechte wäre.⁶⁴ Die Berufung in Vergehenssachen, d.h. gegen Entscheidungen des Tribunal correctionnel – das zuständige Gericht für Vergehen (délits) – war bereits möglich, so dass ein gravierender Unterschied der Rechte eines Angeklagten hinsichtlich der Rechtsmittel in Vergehenssachen und in Verbrechenssachen bestand.⁶⁵

V. Rechtsvergleichende Analyse

Von einer rechtsvergleichenden Untersuchung des Mordes wird man das Aufdecken erheblicher transnationaler Differen-

⁶² Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, JORF Nr. 0138 v. 16.6.2000, S. 9038.

⁶³ „Si l'article 2-1 du protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme reconnaît à toute personne déclarée coupable d'une infraction pénale le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation, les réserves formulées par la France, lors de la ratification dudit protocole, prévoient que l'examen de la décision de condamnation par une juridiction supérieure peut se limiter à un contrôle de l'application de la loi, tel que le recours en cassation“: Cass. Crim., Urt. v. 23.6.1999 – 98-80561, 98-80571, 98-80573 = Bull. crim. 1999 Nr. 147, S. 399.

⁶⁴ Pradel, Recueil Dalloz 2001, 1964 ff.; Angevin, La Semaine Juridique Edition Générale Nr. 40, 2000, Abschnitt I, 260; „[...] le droit du condamné à une deuxième chance, tout au moins en matière criminelle, n'est-il pas, aujourd'hui bien plus qu'en 1791, ressenti comme éminemment souhaitable, voire comme une composante des droits de la défense? [...] l'esprit des engagements internationaux de la France exige d'aller au-delà de la simple faculté, pour la personne condamnée par une cour d'assises, de se pourvoir en cassation. A cet égard, l'institution d'un appel constitue une obligation morale sinon juridique [...]“: Rapport n° 275: Réforme de la procédure criminelle, Commission des Lois – Rapport 275 – 1996/1997. Abrufbar unter http://www.senat.fr/rap/196-275/196-275_mono.html#RTFTOC348 (11.11.2013).

⁶⁵ Pradel, Recueil Dalloz 1999, 327 ff.

⁵⁶ Art. 221-4: „Le meurtre est puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il est commis: [...] 9° Par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité“.

⁵⁷ Pereira (Fn. 33), Rn. 68.

⁵⁸ Pereira (Fn. 33), Rn. 68.

⁵⁹ Rassat, JurisClasseur Pénal Code, Art. 122-1 u. 122-2, Heft 20, 2011, Rn. 77.

⁶⁰ Rassat, JurisClasseur Pénal Code, Art. 122-1 u. 122-2, Heft 20, 2011, Rn. 77.

⁶¹ Pereira (Fn. 33), Rn. 68.

zen im Grundsätzlichen nicht erwarten. Leben ist ein universell geschütztes Rechtsgut, dessen vorsätzliche Verletzung in anderen Staaten ebenso streng kriminalisiert und pönalisiert ist wie in Deutschland. Jedoch stellt sich die Systematik der Tötungsdelikte im Lichte eines deutsch-französischen Rechtsvergleichs sehr variabel dar. Zwar bringt der Tatbestand der vorsätzlichen Tötung im deutschen und französischen Strafrecht (Totschlag und meurtre) wenige Unterschiede zutage, doch besteht auf der Rechtfolgenreise schon ein gravierender Unterschied: Art. 221-1 CP pönalisiert den Totschlag mit maximal 30 Jahren Zuchthaus, während in Deutschland die Höchststrafe für einen Totschlag, der kein besonders schwerer Fall ist, gem. § 212 Abs. 1 in Verbindung mit § 38 Abs. 2 StGB 15 Jahre beträgt. Noch größer sind – wie gesehen – die Unterschiede im Bereich der Modalitäten, die zu einer der Strafschärfung führen.

1. Erhöhung der zeitigen Freiheitsstrafe auf die lebenslange Freiheitsstrafe

a) Deutschland

Das deutsche Strafrecht kommt bei Tötungsdelikten auf zwei Spuren zur Höchststrafe „lebenslang“: Erstens im Rahmen des Mordtatbestands (§ 211 StGB), zweitens im Rahmen des Totschlagtatbestands (§ 212 Abs. 2 StGB). § 211 und § 212 Abs. 2 StGB unterscheiden sich insofern, dass die Mordmerkmale, die im § 211 Abs. 2 StGB normiert sind, zum Tatbestand gehören, während § 212 Abs. 2 (genauso wie § 213 StGB für minder schwere Fälle des Totschlags) eine Strafzumessungsvorschrift ist. Darüber hinaus unterscheiden sich § 211 und § 212 Abs. 2 StGB auch dadurch, dass mildernde Umstände im Rahmen einer Gesamtwürdigung beim § 212 Abs. 2 StGB in Betracht kommen, um den besonders schweren Fall des Totschlags zu bemessen. Solche mildernde Umstände sind in einem Mordfall in der Regel nicht berücksichtigungsfähig. Dies führt zu einer problematischen Ungleichbehandlung.⁶⁶

b) Frankreich

Eine unbestimmte Strafschärfungsvorschrift nach dem Muster des § 212 Abs. 2 StGB gibt es in Bezug auf Art. 221-1 CP nicht. In Frankreich sind alle strafschärfenden Umstände durch das Gesetz genau bestimmt (Art. 221-2 bis Art. 221-4 CP) und stehen demnach mit dem Gesetzlichkeitsprinzip in Einklang (Art. 8 Menschenrechtserklärung 1789). Es wäre für den französischen Juristen unvorstellbar, „in besonders schweren Fällen“ (§ 212 Abs. 2 StGB)⁶⁷ die Strafe zu erhöhen, ohne dass das entscheidende Kriterium für eine schärfere Strafe gesetzlich normiert ist.⁶⁸

⁶⁶ Mitsch, JZ 2008, 338.

⁶⁷ In Deutschland hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass § 212 Abs. 2 StGB gegen das Gesetzlichkeitsprinzip nicht verstoße und demnach mit dem Grundgesetz vereinbar sei; vgl. BVerfG JR 1979, 28 m. krit. Anm. Bruns.

⁶⁸ Vgl. Dalloz, Circonstances aggravantes, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, 2001, Rn. 3.

Darüber hinaus müssen die „gesetzlichen strafschärfenden Umstände“ (circonstances aggravantes „légales“) von den „gerichtlichen Umständen“ (circonstances „judiciaires“)⁶⁹ unterschieden werden. Die ersten eröffnen die Straf Grenzen; im Fall einer vorsätzlichen Tötung erhöhen die circonstances aggravantes légales die zeitige Freiheitsstrafe auf die lebenslange Freiheitsstrafe. Die zweiten wirken innerhalb der Straf Grenzen im Rahmen der Strafzumessung; der Richter verhängt demnach die Strafe zu Gunsten (circonstances atténuantes judiciaires) oder zum Nachteil (circonstances aggravantes judiciaires) der schuldig gesprochenen Person in den schon durch das Gesetz festgelegten Straf Grenzen. Die Umstände, die in Art. 221-2, 221-3 und 221-4 CP aufgelistet sind, sind gesetzlich vorgesehene Umstände, die auf die culpabilité⁷⁰ in der Form eines Schuldspruchs wegen meurtre aggravé oder assassinat wirken. Sie sind von den weiteren Umständen zu unterscheiden, die dem Gericht dabei helfen, die Strafe zu personalisieren, und in diesem Sinne ausschließlich auf die Strafzumessung wirken.⁷¹

Der Code pénal sieht keinen minder schweren Fall des meurtre ausdrücklich vor. Die Anerkennung strafmindernder Umstände steht also allein im freien Ermessen des Richters, sowohl für den meurtre als auch für den meurtre aggravé bzw. assassinat.

2. Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe

a) Absolutheit der lebenslangen Freiheitsstrafe: eine deutsche Problematik

Beim Mord (§ 211 StGB) ist die lebenslange Freiheitsstrafe „absolut“.⁷² Nur in „Grenzfällen“, also bei außergewöhnlichen Umständen, könnte § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB Anwendung finden⁷³, um einen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu vermeiden.⁷⁴ Dadurch wurde aber „nicht allgemein ein Sonderstrafrahmen für minder schwere Fälle eingeführt“:⁷⁵ jahrelange Gewalttätigkeiten und Demütigungen durch den Ehemann („Haustyrann“) haben sich in der BGH-Rechtsprechung nicht immer als ausreichend erwiesen.⁷⁶

Eine Alternative zur lebenslangen Freiheitsstrafe ist also bei Mord nicht einmal für „minder schwere Fälle“ vorgesehen. Akzeptabel wäre dies, wenn es keinen tatbestandsmäßigen Mord geben könnte, dessen Unrechts- und Schuldgehalt diese maximale Bestrafung nicht rechtfertigt. Indessen ist das zweifelsfrei nicht der Fall.⁷⁷ Mord ist eine vorsätzliche Tötung

⁶⁹ Für die Benutzung dieser Begriffe, siehe Dalloz (Fn. 68), Rn. 3.

⁷⁰ Die culpabilité hat hier eine breitere Akzeptanz (einen materiellen und einen subjektiven Gesichtspunkt): Merle/Vitu (Fn. 37), Rn. 468.

⁷¹ Dalloz (Fn. 68), Rn. 3.

⁷² Kett-Straub (Fn. 27), S. 7, 68, 69.

⁷³ BGHSt 30, 105 (119).

⁷⁴ BVerfGE 45, 187.

⁷⁵ BGH NSTZ 1984, 20.

⁷⁶ BGH NSTZ 1984, 20.

⁷⁷ Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, Rn. 66.

bereits dann, wenn der Täter ein einziges Mordmerkmal im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB verwirklicht. Eine solche Tat kann jedoch von gewichtigen mildernden Umständen begleitet sein, die den Gesamtunrechts- und -schuldgehalt der Tat deutlich unter das Niveau senken, dem die lebenslange Freiheitsstrafe angemessen wäre. Tatsächlich gibt es also Tötungen, die tatbestandsmäßig Mord und dennoch „minder schwer“ sind, also tatbestandlich eigentlich Totschlag sein müssten. Die mindernden Umstände können jedoch weder auf der Ebene der Strafbarkeitsvoraussetzungen noch im Bereich der Sanktionierung berücksichtigt werden. Solche Taten müssen nach geltendem Recht mit lebenslanger Freiheitsstrafe geahndet werden. Zwar ermöglicht § 57a StGB eine vorzeitige Entlassung aus der lebenslangen Strafhaft im Wege der Aussetzung der Vollstreckung des Strafrestes zur Bewährung.⁷⁸ Aber ein vollwertiger Ersatz für eine notwendige gesetzliche Korrektur, die von vornherein eine klare Ausgrenzung der minder strafwürdigen Fälle vorsätzlicher Tötung aus dem Anwendungsbereich der lebenslangen Freiheitsstrafe gewährleisten würde, ist das nicht. Erforderlich ist aber eine Umgestaltung des § 211 StGB, die entweder bereits tatbestandlich die Fälle mit vermindertem Strafwürdigkeitsgehalt ausgrenzt oder eine Sanktionierung mit zeitiger Freiheitsstrafe ermöglicht.

Darüber hinaus ergibt sich aus der Innengestaltung des § 211 Abs. 2 StGB ein Paradox: die Absolutheit der zu verhängenden lebenslangen Freiheitsstrafe ist schon aus dem Grund entkräftet, dass die Unbestimmtheit der niedrigen Beweggründe die Berücksichtigung strafmildernder Umstände im Rahmen der durch das Gericht durchgeführten Gesamtwürdigung der einzelnen Tatumstände erfordert.

b) Personalisierung der Strafe: das Beispiel des französischen Strafrechts

Dem modernen französischen Strafrecht ist die Absolutheit der (lebenslangen) Freiheitsstrafe ein fremdes Phänomen.⁷⁹ Art. 362 CPP sieht vor, dass im Fall eines Schuldspruchs der vorsitzende Richter der Cour d'assises den Geschworenen Art. 132-18 und 132-24 CP vorliest. Die Strafzumessung muss mit absoluter Mehrheit erfolgen und die für die jeweiligen Straftaten vom Gesetz vorgesehene Höchststrafe darf nur mit einer Mehrheit von mindestens sechs Stimmen verhängt werden. Wenn diese Mehrheit nicht erreicht ist, darf die Freiheitsstrafe, die verhängt wird, im Fall der lebenslangen Freiheitsstrafe nunmehr 30 Jahre nicht überschreiten und im Fall einer 30-Jahre-Freiheitsstrafe 20 Jahre nicht überschreiten (Art. 362 Abs. 2 CPP). Darüber hinaus können strafmildernde Umstände

⁷⁸ Hilgendorf, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 2 Rn. 11 ff.

⁷⁹ Unter dem 1791 Code pénal der Revolutionszeit musste der Richter bereits vom Gesetz festgelegte Strafen verhängen. Allerdings hat sich dies als eine negative Erfahrung gezeigt. Der Richter war wie ein „Strafenautomat“ geworden („distributeur automatique“ bzw. „distributeur mécanique de peines fixes“), siehe ferner Saleilles, L'individualisation de la peine, Etude de criminalité sociale, 1927, S. 53; Merle/Vitu (Fn. 37), Rn. 576.

de in Betracht kommen. Seit der Reform des Code pénal sind grundsätzlich keine Mindeststrafen mehr gesetzlich vorgegeben, außer den von Art. 132-18 CP vorgesehenen Mindeststrafen für Verbrechen. Darüber hinaus ist das Gericht so frei, dass es nicht einmal die Pflicht hat, die Entscheidung über die Strafzumessung zu begründen.⁸⁰ Dies hat verständliche Kritik ausgelöst.⁸¹

VI. Schluss

An § 211 StGB wird in Deutschland seit langem Kritik geübt; insgesamt ist das Reglement der Tötungsdelikte reformbedürftig.⁸² Das Erscheinungsbild des Gesetzes gilt als unbefriedigend und die Appelle an den Gesetzgeber sind zahlreich und anhaltend. Bewirkt haben sie nichts.⁸³ Den Forderungen nach einer Reform kann dadurch mehr Nachdruck verliehen werden, dass Einblick genommen wird in ausländische Rechtssysteme. Transnationaler Rechtsvergleich sollte auch im Bereich des Strafrechts eine bedeutende Rolle spielen, insbesondere zur inhaltlichen Anreicherung der Kriminalpolitik.⁸⁴ In Frankreich wird öfters mit Blick in die Strafsysteme der Nachbarländer eine Reform entwickelt bzw. ein Gesetzentwurf vorbereitet.⁸⁵ Der Sénat widmet sich strafrechtlichen Themen zu informativen Zwecken durch die Vorbereitung einer Reihe rechtsvergleichender Studien in allen politischen Bereichen und darunter der Justiz.⁸⁶ Die Rechtslage ausländischer Länder wird aber auch als politisches Argument genutzt.⁸⁷ Straf-

⁸⁰ Siehe u.a. Cass. Crim., Urt. v. 11.10.2000 – 00-81387 = JurisData Nr. 2000-006694. Darüber hinaus beschränkt sich die Begründung der Cour d'assises-Entscheidungen auf die Belastungselemente, die das Gericht von der Schuld des Täters überzeugen. Siehe Art. 365-1 Abs. 2 CPP: „En cas de condamnation, la motivation consiste dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises. Ces éléments sont ceux qui ont été exposés au cours des délibérations menées par la cour et le jury en application de l'article 356, préalablement aux votes sur les questions“.

⁸¹ Leblois-Happe, JurisCasseur Pénal Code, Art. 132-24 zu 132-26, Heft 20, 2012, Rn. 24; ders., Droit pénal 2003, Chronik 11.

⁸² Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, vor § 211 Rn. 25.

⁸³ Grünwald, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 1 ff.; Kett-Straub (Fn. 27), S. 4; Müssig, Mord und Totschlag, 2005, S. 1; Steinhilber, Mord und Lebenslang, 2012, S. 19; Wilms, Die Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln, 2011, S. 19.

⁸⁴ Eser (Fn. 5 – FS Kaiser), S. 1517.

⁸⁵ In diesem Sinne verallgemeinernd Eser (Fn. 5 – FS Kaiser), S. 1517.

⁸⁶ <http://www.senat.fr/legislation-comparee-theme/lc-justice.html> (11.11.2013).

⁸⁷ Beispiele: zur Einführung einer zweiten Tatsachenprüfung in Verbrechenssachen: „[...] de nombreux Etats, y compris parmi ceux qui ont adopté le jury, offrent d'ores et déjà une ‚deuxième chance‘ à la personne condamnée pour crime. Tel est notamment le cas au Royaume-Uni, en Espagne, en Grèce, en Suède ou en Italie“, Rapport n° 275: Réforme de la

rechtsvergleichung ist aber nicht nur ein Instrument im politischen Wettstreit um die besten Lösungen gesellschaftlicher Probleme. Strafrechtsvergleichung ist auch ein Feld wissenschaftlicher Betätigung.⁸⁸ Spezifisch ist die Komplexität der Rechtsvergleichung im Gebiet des Strafrechts gegenüber anderen Rechtsgebieten, denn die ausländischen Strafrechtsmechanismen lassen sich nur verstehen, wenn der Vergleich sich mit den kulturellen Angaben befasst; darunter können die nationale Mentalität bzw. das nationale Temperament, philosophische und moralische Angaben, die Lehre und auch noch die politischen und sozialen Zusammenhänge aufgezählt werden.⁸⁹ Die kulturelle Dimension der Strafrechtsvergleichung⁹⁰ eröffnet neue Wege für die Juristenausbildung. Als Hochschulfach soll die Strafrechtsvergleichung für den Student bereichernd wirken und einer besseren Kenntnis und einem besseren Verständnis des Rechts dienen.⁹¹ Dass der nationale Strafrechtler Kontakt zu anderen Strafkulturen immer mehr aufnimmt, sollte sich auch in Deutschland in Studium und Lehre bemerkbar machen.⁹²

procédure criminelle, Commission des Lois – Rapport 275 – 1996/1997. Abrufbar unter http://www.senat.fr/rap/196-275/196-275_mono.html#RTFTOC348 (11.11.2013); zur Einführung der Sicherungsverwahrung („rétention de sûreté“ im französischen Recht): „La plupart des démocraties occidentales comptent dans leur arsenal législatif un dispositif destiné à protéger la société des personnes considérées comme les plus dangereuses. [...] [L]e régime de la détention de sûreté applicable après l'exécution de la peine en vigueur en Allemagne est celui dont le projet de loi s'inspire directement“, Rapport n° 174 (2007-2008) de M. Jean-René Lecerf, fait au nom de la commission des lois, déposé le 23 janvier 2008, S. 27.

⁸⁸ Eser (Fn. 5 – FS Kaiser), S. 1515 ff.

⁸⁹ Ancel, *Revue internationale de droit comparé* 1949, 511, 513; Herzog, *Revue internationale de droit comparé* 1957, 340 ff.

⁹⁰ Siehe ferner Beck, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam (Fn. 9), S. 65 ff.

⁹¹ Ancel, *Utilité et méthodes du droit comparé*, 1971, S. 10: „Le rôle formateur du droit comparé n'a plus à être souligné. Il donne à l'étudiant des ouvertures nouvelles, en lui faisant connaître d'autres règles et d'autres systèmes que les siens propres. Il permet au juriste une meilleure connaissance et une meilleure compréhension de son droit, dont les caractères particuliers se dégagent mieux encore d'une comparaison avec l'étranger. Il enrichit le bagage du juriste même le mieux formé; car il lui fournit des aperçus, des idées, des arguments que la seule connaissance de son propre droit ne lui offrirait pas“.

⁹² Jung, *JuS* 1998, 1 (6); ders., *JuS* 2000, 417 (424).

Schwerpunktbereichsklausur Arbeitsrecht: Streit um neue Arbeitszeiten*

Von Prof. Dr. Markus Stoffels, Wiss. Mitarbeiterin Diana Buntner, Heidelberg**

Sachverhalt Teil 1

Die A GmbH (A) ist die deutsche Tochtergesellschaft eines internationalen Konzerns und hat ihre Verwaltung in Hamburg. Sie vertreibt und montiert medizinisch-technische Geräte und ist Mitglied des Arbeitgeberverbandes Nordmetall (NM). Die A besitzt einen ordnungsgemäß gebildeten Betriebsrat B. Die Gewerkschaft IG Metall (IGM) ist im Betrieb der A vertreten. Die A wandte in ihrem Betrieb die zwischen dem NM und der IGM abgeschlossenen Tarifverträge an, u.a. einen unbefristeten Manteltarifvertrag (MTV). Nach dem MTV beträgt die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit 35 Stunden und es gilt der Grundsatz, dass geleistete Arbeit zu vergüten ist. Eine Öffnungsklausel gem. § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG ist im MTV nicht vorgesehen.

Angesichts der zunehmend schwierigen Wettbewerbssituation sah sich A dazu veranlasst, erhebliche dauerhafte Einsparungen vorzunehmen. Zu diesem Zweck schloss sie u.a. Ende 2009 mit dem B eine für alle Arbeitnehmer des Bereichs „technischer Außendienst“ geltende Betriebsvereinbarung mit Wirkung ab dem 1.1.2010 ab. Von den im technischen Außendienst beschäftigten 1.500 Arbeitnehmern sind 1.200 Mitglieder der IGM. Die Betriebsvereinbarung weist auszugsweise folgenden Wortlaut auf:

Arbeitszeitregelung für den technischen Außendienst

1. Geltungsbereich

1.1 Persönlich

Diese Betriebsvereinbarung gilt für alle nachfolgenden Mitarbeiter/innen des technischen Außendienstes, d.h.

- Service-Techniker (SVT)
- Technische Support-Ingenieure (TSI)
- Anwendungstrainer (SAT) [...]

2. Arbeitszeit

2.1 Dauer der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit

Die Dauer der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit beträgt 35 Stunden pro Woche, zusätzlich werden ab dem 1. Januar 2010 regelmäßig 5 Stunden pro Woche gearbeitet. Daraus ergibt sich eine Wochenarbeitszeit von 40 Stunden. Hinsichtlich der Vergütung dieser Stunden wird eine gesonderte Regelung getroffen. [...]

3. Zeitkonten

3.1 Persönliches Zeitkonto

Zeitguthaben und Zeitunterschreitungen, die sich aus der Saldierung von Ist- und Sollarbeitszeit am Ende des Monats unter Verrechnung des Übertrags aus dem Vormonat ergeben, dürfen 40 Minusstunden nicht unter- und 150 Plusstunden nicht überschreiten. Über diese Grenze hinausgehende Zeitguthaben verfallen, diese können weder vergütet noch ausgeglichen werden. [...]

4. Bonus

Als Ausgleich für die Erhöhung der Wochenarbeitszeit im unter 2. dieser Betriebsvereinbarung genannten Umfang erhalten die Mitarbeiter/innen anstelle etwaiger anderer Vergütungsansprüche einen leistungs- bzw. erfolgsabhängigen Bonus, dessen Zahlung an die Erreichung spezifischer Parameter gebunden ist und dessen Verteilung in einer gesonderten Protokollnotiz zu dieser Betriebsvereinbarung geregelt wird. [...]

Hinweis: Vom Abdruck der Protokollnotiz wird zur Vereinfachung des Sachverhalts abgesehen.

Die Bonuszahlung unter Ziffer 4 der Betriebsvereinbarung lag deutlich unter dem mit der IGM im MTV vereinbarten geschuldeten Entgelt. Darüber sowie über die erhöhte Arbeitszeit und die Bestimmungen zum Verfall von Zeitguthaben beschwerten sich viele der betroffenen Arbeitnehmer massiv beim B. Um den Betriebsfrieden zu wahren, verständigten sich die A und der B, die Betriebsvereinbarung mit sofortiger Wirkung zum 31.12.2011 aufzuheben.

Die IGM fühlt sich durch die gegenständliche Betriebsvereinbarung in ihrer Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG verletzt und möchte dies nicht auf sich beruhen lassen, auch wenn diese Ende 2011 aufgehoben worden ist. Sie ist der Auffassung, die A habe sich tarifwidrig verhalten und ihr stehe daher gegen die A ein Folgenbeseitigungsanspruch zu.

Sie leitet daher im Januar 2012 gerichtliche Schritte gegen die A ein und beantragt beim Arbeitsgericht Hamburg, die A zu verurteilen, den Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen, die von der Arbeitszeitregelung für den technischen Außendienst erfasst werden, für die in der Zeit vom 1.1.2010 bis 31.12.2011 über 35 Stunden pro Woche hinausgehenden Mehrarbeitsstunden anzubieten, die Zeitguthaben durch Bezahlung oder in Freizeit abzugelten.

Die A hingegen ist der Meinung, dass der Antrag bereits unzulässig sei, da er mangels Benennung der Mitglieder der IGM nicht hinreichend bestimmt sei. Ebenfalls sei dem Antrag nicht eindeutig zu entnehmen, zu welcher Leistung die A verurteilt werden sollte. Aber auch in der Sache könne die IGM nicht Recht bekommen. Die Betriebsvereinbarung verstoße nicht gegen den MTV, weil sie die regelmäßige Arbeitszeit nicht dauerhaft erhöhe, sondern lediglich vorübergehende Mehrarbeit anordne. Außerdem fehle es an einer Anspruchsgrundlage für den von der IGM geltend gemachten Anspruch.

* Die Klausur wurde im März 2013 im Rahmen der Universitätsprüfung im Schwerpunktbereich Arbeits- und Sozialrecht gestellt (Bearbeitungszeit 5 Stunden). Teil 1 der Klausur in vereinfachter Form nach BAG NZA 2011, 1169.

** Der Verf. Prof. Dr. Markus Stoffels ist Inhaber eines Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Unternehmensrecht an der Universität Heidelberg. Die Verf. Diana Buntner ist Wiss. Mitarbeiterin an diesem Lehrstuhl.

Sie mache hier letztlich individuelle Ansprüche der betroffenen Mitarbeiter geltend, wozu sie jedoch nicht befugt sei. Einen eigenen Schaden habe die IGM nicht substantiiert dargelegt.

Frage zu Teil 1

Wie wird das Arbeitsgericht entscheiden?

Hinweis

Es ist anzunehmen, dass dem Anspruch der IGM keine etwaigen tariflichen Ausschlussfristen entgegenstehen.

Sachverhalt Teil 2

F ist Betriebsratsmitglied des B der A. Er ist unter seinem vollen Namen registrierter Nutzer der Internetplattform Facebook. Bei der Rubrik Arbeitgeber hat er die A namentlich aufgeführt und seine Position als Betriebsratsmitglied der A. Sein Profil ist nur für seine Facebook Freunde und deren Facebook Freunde sichtbar. Unter seinen 90 Facebook Freunden befinden sich 65 Kollegen aus der A. Bei Facebook gibt es die Möglichkeit, auf seiner eigenen Pinnwand einen sogenannten „Status“ zu posten. Dadurch teilt man denjenigen Nutzern, die Zugriff auf die Pinnwand haben, mit, was man gerade tut oder wie man sich gerade fühlt. Nachdem die „Arbeitszeitregelung für den technischen Außendienst“ einige Monate in Kraft getreten war, „postete“ F auf seiner eigenen Facebook Pinnwand folgenden Status:

„Total entnervt vom Job. Völliges Chaos wegen dieser Betriebsvereinbarung! Jetzt haben wir den Salat mit den aufgebrauchten Leuten vom technischen Außendienst. Unser scheinbar ach so armer Brötchengeber ist doch nichts anderes als ein raffgieriger Halsabschneider!“

Der Inhalt dieses Pinnwandeintrags sprach sich in den darauf folgenden Tagen wie ein Lauffeuer im Betrieb der A herum und entfachte weitere Beschwerden der betroffenen Arbeitnehmer über die gegenständliche Betriebsvereinbarung. Letztlich erfuhr auch die Geschäftsleitung der A von der Äußerung des F auf Facebook. Diese ist empört und fühlt sich vor der Belegschaft bloßgestellt. Sie ist der Auffassung, dass gerade ein Betriebsratsmitglied in einem erhöhten bzw. besonderen Vertrauensverhältnis zum Arbeitgeber stehe. F habe durch seine Aussage im Internet in deutlicher und nicht zu akzeptierender Weise dagegen verstoßen. Ferner habe er bei den Beschäftigten den Eindruck erweckt, der Betriebsrat stehe nicht hinter den aus der Sicht der A erforderlichen und angemessenen Sparmaßnahmen. Damit habe er die ohnehin angespannte Situation beim technischen Außendienst nur noch verschlimmert und den Betriebsfrieden gefährdet. Auch der Betriebsrat heißt das Verhalten des F nicht gut und distanziert sich von seiner Aussage. Schließlich sprach die Geschäftsführung der A dem F form- und fristgerecht mit der nach § 103 BetrVG erforderlichen Zustimmung des Betriebsrats die außerordentliche Kündigung seines Arbeitsverhältnisses aus.

F hingegen verteidigt seine Äußerung. Was er seinen Facebook Freunden mitteile, sei seine Privatangelegenheit und überdies von seinem Recht auf freie Meinungsäußerung aus Art. 5 GG gedeckt. Daran ändere auch seine Stellung als Be-

triebsratsmitglied nichts. Zugegebenermaßen habe er etwas überreagiert, aber das sei dem Druck geschuldet, dem der Betriebsrat zurzeit ausgesetzt sei. Außerdem sei er schon fünfzehn Jahre bei der A beschäftigt und bereits fünf Jahre davon im Betriebsrat gewesen. Die ganze Zeit über habe er sich nie etwas zu Schulden kommen lassen. Die Reaktion der A sei deshalb maßlos überzogen. F erhebt fristgerecht beim zuständigen Arbeitsgericht Klage auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst sei.

Frage zu Teil 2

Ist die Klage des F begründet?

Bearbeitervermerk

Erstellen Sie ein ausführliches Rechtsgutachten zu den oben aufgeführten Fragen, in dem Sie auf alle im Sachverhalt angesprochenen Probleme eingehen, notfalls hilfsgutachtlich. Soweit der Sachverhalt nach Ihrer Auffassung für die anschließende Beantwortung einer Frage nicht ausreicht, ist zu unterstellen, dass eine weitere Aufklärung nicht zu erzielen ist.

Lösung zu Frage 1

Das Arbeitsgericht wird der Klage stattgeben und entsprechend dem Antrag der IGM entscheiden, wenn die Klage zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit der Klage

Die Klage ist zulässig, wenn alle Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind.

I. Sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts

Fraglich ist, ob sich die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts hier aus § 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG oder aus § 2a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG ergibt, mithin, ob vorliegend das Urteilsverfahren oder aber das Beschlussverfahren statthaft ist. Dies ist deshalb problematisch, da zwar einerseits die Rechtmäßigkeit der Betriebsvereinbarung zwischen A und B in Frage steht, die ihre Grundlage im Betriebsverfassungsgesetz findet. Andererseits aber behauptet die IGM aufgrund dieser Vereinbarung eine Verletzung ihrer Koalitionsbetätigung, sodass auch eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit zwischen tariffähigen Parteien aus einer unerlaubten Handlung in Betracht kommt.

1. Beschlussverfahren

Für die Statthaftigkeit des Beschlussverfahrens spricht sich vor allem die höchstrichterliche Rspr. aus.¹ Im Beschlussverfahren sind Streitigkeiten zu entscheiden, die eine Angelegenheit aus dem Betriebsverfassungsgesetz betreffen. Dies ist dann der Fall, wenn die durch das Betriebsverfassungsgesetz geregelte Ordnung des Betriebs und die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Betriebsparteien als Träger dieser Ordnung im Streit sind. Dies gilt nach Auffassung des BAG auch dann, wenn es um Rechte betriebsverfassungsrechtlicher Organe

¹ BAG NZA 1999, 887; BAG NZA 2001, 1037; BAG NZA 2011, 1169.

geht, die sich nicht unmittelbar aus dem Betriebsverfassungsgesetz ergeben, sondern ihre Grundlage in Tarifverträgen oder in anderen Rechtsvorschriften haben.² Auch wenn der betreffende Anspruch nicht auf § 23 Abs. 3 BetrVG gestützt würde, sondern auf §§ 1004 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 GG, betreffe er eine betriebsverfassungsrechtliche Angelegenheit, da er sich gegen die Durchführung von Betriebsvereinbarungen richte. Dies seien normative Regelungen, für die das Betriebsverfassungsgesetz sowohl die rechtliche Grundlage bilde als auch den Vollzug durch den Arbeitgeber fordere. Das Urteilsverfahren komme daher nur dann in Betracht, wenn der Betriebsrat nicht mitgewirkt habe.

2. Urteilsverfahren

Die überwiegende Ansicht im Schrifttum und vereinzelt auch das BAG³ hingegen befürworten die Statthaftigkeit des Urteilsverfahrens. Wehre sich eine Gewerkschaft gegen die Tarifwidrigkeit einer Betriebsvereinbarung und berufe sie sich auf einen Eingriff in ihre Koalitionsbetätigungsfreiheit, so habe solch eine Streitigkeit keinen betriebsverfassungsrechtlichen Charakter mehr, auch wenn der Betriebsrat an der Störung der Koalitionsfreiheit mitgewirkt habe. Dieser nur mittelbare Zusammenhang sei unerheblich.⁴ Im Kern gehe es nämlich um eine unerlaubte Handlung, auf die gerade das Urteilsverfahren gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG zugeschnitten sei. Eine andere Auffassung verstoße gegen den klaren Wortlaut sowie Sinn und Zweck der Zuordnungsvorschriften des Arbeitsgerichtsgesetzes.⁵ Die Antragsberechtigung der Gewerkschaft in § 23 Abs. 3 BetrVG diene nicht der Verfolgung eigener Organisationsinteressen, sondern um die Funktionsfähigkeit der betriebsverfassungsrechtlichen Ordnung zu unterstützen. Dies stelle also eine uneigennützigere Rechtsausübung dar. Im Falle eines Anspruchs aus §§ 1004 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 GG handle es sich jedoch um eine eigennützigere Rechtsausübung der Gewerkschaft zur Wahrung ihrer Betätigungsfreiheit.⁶ Weiterhin sei nicht einzusehen, warum die mit dem Beschlussverfahren verbundenen besonderen Vorteile des Amtsermittlungsgrundsatzes und der Kostenfreiheit den Gewerkschaften bei einer „normalen“ zivilrechtlichen Unterlassungsklage zugutekommen sollten.⁷ Dies gilt umso mehr im vorliegenden Fall, in dem die Gewerkschaft ihren Unterlassungsanspruch hätte im Eilverfahren durchsetzen können. Denn hätte sich im Nachhinein herausgestellt, dass dies zu Unrecht geschah, hätte der Arbeitgeber im Beschlussverfahren keinen Schadensersatzanspruch aus § 945 ZPO gegen die Gewerkschaft gem. § 85 Abs. 2 ArbGG

² BAG NZA 1992, 1135; BAG NZA 1993, 508.

³ BAG NZA 2011, 1037 (1040).

⁴ BAG NZA 2001, 1037 (1040).

⁵ Buchner, NZA 1999, 1897 (1899); Reichold, RdA 2012, 245 f. m.w.N.; Rieble/Klumpp, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 2009, § 185 Rn. 19.

⁶ Buchner, NZA 1999, 897 (899).

⁷ Bauer, NZA 1999, 957 (958); Rieble/Klumpp (Fn. 5), § 185 Rn. 19.

gehabt.⁸ Damit trüge der Arbeitgeber ungerechtfertigt das volle Kostenrisiko.

3. Streitentscheid

Die besseren Argumente sprechen für die Statthaftigkeit des Urteilsverfahrens. Den Schwerpunkt des Rechtsstreits stellt nicht die Wahrung der betrieblichen Ordnung dar, sondern vielmehr der Schutz der Betätigungsfreiheit der Gewerkschaft. Die Störung der Betätigungsfreiheit muss nicht stets und zwingend durch Betriebsvereinbarungen hervorgerufen werden. Auch Regelungsabreden haben z.B. den gleichen Effekt. Die Mitwirkung des Betriebsrats ist mithin eher einzelfallabhängig und stellt so lediglich eine Begleiterscheinung dar. Für den Schutz der Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft ist in der Tat sowohl nach Wortlaut als auch nach Sinn und Zweck § 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG einschlägig.

4. Zwischenergebnis

Die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts ergibt sich demnach aus § 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG.

II. Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts Hamburg könnte sich aus §§ 2 Abs. 5, 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG in Verbindung mit § 17 Abs. 1 ZPO ergeben. Die A als GmbH kann vor Gericht gem. § 13 Abs. 1 GmbHG klagen und verklagt werden. Der allgemeine Gerichtsstand von Gesellschaften, die als solche verklagt werden können, richtet sich nach ihrem Sitz gem. § 17 Abs. 1 S. 1 ZPO. Soweit sich wie vorliegend aus dem Sachverhalt nichts anderes ergibt, gilt gem. § 17 Abs. 1 S. 2 ZPO als Sitz einer Gesellschaft der Ort, wo die Verwaltung geführt wird. Da die A ihre Verwaltung in Hamburg hat, ist also das Arbeitsgericht Hamburg örtlich zuständig.

Hinweis: Bearbeiter, die sich für das Beschlussverfahren ausgesprochen haben, gelangen zum selben Ergebnis über § 82 Abs. 1 S. 1 ArbGG.

III. Parteibezogene Sachurteilsvoraussetzungen

Die IGM ist als Gewerkschaft gem. § 10 S. 1 ArbGG parteifähig. Als nicht rechtsfähiger Verein muss sie durch ihren Vorstand gem. §§ 2 Abs. 5, 46 Abs. 2 ArbGG in Verbindung mit § 51 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit § 26 BGB analog⁹ vertreten werden. Die A ist gem. §§ 2 Abs. 5, 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG in Verbindung mit §§ 50 Abs. 1 ZPO, 13 Abs. 1 GmbHG parteifähig und muss durch ihre Geschäftsführer gerichtlich vertreten werden gem. § 35 Abs. 1 GmbHG.

Fraglich ist aber, ob die IGM auch prozessführungsbefugt ist. Besonders problematisch erscheint dies dann, wenn sie die geltend gemachten Ansprüche nicht als eigene Ansprüche, sondern als Ansprüche der Mitarbeiter der A bzw. ihrer Mitglieder geltend machen würde. Dann müsste entweder eine gesetzliche oder eine gewillkürte Prozessstandschaft der IGM

⁸ Bauer/v. Medem, NJW 2012, 250 (254).

⁹ Reuter, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 26 Rn. 27.

gegeben sein. Dies wird aber vom BAG verneint.¹⁰ Vorliegend stützt sich die IGM zur Begründung der Klage jedoch nicht auf eine Geltendmachung der Individualansprüche ihrer Mitglieder oder sämtlicher Mitarbeiter der A, sondern ausdrücklich auf die ihr gem. Art. 9 Abs. 3 GG zukommende Koalitionsfreiheit. Diese Behauptung der Inhaberschaft eines geltend gemachten Rechts ist für die Bejahung der Prozessführungsbefugnis im Rahmen der Zulässigkeit einer Klage ausreichend.¹¹ Die Frage, ob der behauptete Anspruch materiell rechtlich tatsächlich besteht, ist demgegenüber nicht im Rahmen der Zulässigkeit, sondern der Begründetheit der Klage zu prüfen.

IV. Ordnungsgemäße Klageerhebung

Es ist zu klären, ob die Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Klageerhebung gem. §§ 2 Abs. 5, 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG in Verbindung mit §§ 495, 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO vorliegen.

1. Auslegung des Antrags

Fraglich ist, ob der Antrag der IGM, dass die A den von der Betriebsvereinbarung betroffenen Arbeitnehmern der A ein Angebot zu unterbreiten hat, nach § 894 ZPO oder nach § 888 ZPO zu vollstrecken ist, sodass er der Auslegung bedarf. Bei verständiger Würdigung des Falles geht es der IGM nicht unmittelbar um die Abgabe einer bestimmten Willenserklärung. Vielmehr begehrt sie die Ausarbeitung eines auf die einzelnen Arbeitnehmer zugeschnittenen Angebots, sodass die Vorschrift des § 894 ZPO hier nicht anwendbar ist.

2. Bestimmtheit

Weiterhin müsste der Antrag hinreichend bestimmt sein im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Dadurch werden der Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) abgesteckt und Inhalt und Umfang der materiellen Rechtskraft der begehrten Entscheidung (§ 322 ZPO) festgelegt.

Fraglich ist, ob die IGM in ihrem Klageantrag ihre von der Betriebsvereinbarung betroffenen Mitglieder namentlich hätte benennen müssen. Dies ist in der Tat dann problematisch, wenn über einen Unterlassungsantrag zu entscheiden ist, der nur die bei dem Arbeitgeber beschäftigten Mitglieder der klagenden Gewerkschaft betrifft. So verhielt es sich z.B. im sog. Burda-Beschluss des BAG.¹² In solch einer Konstellation sind nämlich die Verteidigungsmöglichkeiten des Arbeitgebers eingeschränkt, weil er von sich aus die Gewerkschaftszugehörigkeit seiner Arbeitnehmer nicht ermitteln darf, da die Frage danach unzulässig ist.¹³ Im vorliegenden Fall verhält es sich jedoch anders. Aus der Formulierung des Antrags der IGM geht jedenfalls in Verbindung mit dem persönlichen Anwendungsbereich der gegenständlichen Betriebs-

vereinbarung für den technischen Außendienst hinreichend deutlich hervor, dass er sich auf sämtliche Arbeitnehmer bezieht, die in den Anwendungsbereich der Betriebsvereinbarung fallen, und zwar unabhängig von einer etwaigen Gewerkschaftszugehörigkeit. Dies sind gem. Ziffer 1.1 der Betriebsvereinbarung also alle Service-Techniker, Technische Support-Ingenieure und Anwendungstrainer. Für die A wäre daher im Falle einer Verurteilung erkennbar, welchen Mitarbeitern sie ein entsprechendes Angebot zu unterbreiten hätte, sodass sie in ihren Verteidigungsmöglichkeiten nicht beschränkt ist. Die Frage, ob dieser Antrag in Bezug auf Nicht-Mitglieder zu weit gefasst ist, spielt erst bei der Begründetheit der Klage eine Rolle.

Es muss ferner geprüft werden, ob der Antrag der IGM auch hinsichtlich der begehrten Leistung durch die A hinreichend bestimmt ist. Dem könnte entgegenstehen, dass den Arbeitnehmern die Wahl eingeräumt werden soll, sich zwischen Auszahlung der Arbeitsvergütung oder Freizeit entscheiden zu können. Hierbei handelt es sich um eine Wahlschuld im Sinne des § 262 BGB. Eine solche liegt vor, wenn mehrere Leistungen in der Weise geschuldet werden, dass nach späterer Wahl nur eine von ihnen zu erbringen ist. Darin liegt eine bestimmbare Leistung, weil nur ein einheitlicher Anspruch, wenn auch mit alternativem Inhalt, besteht.¹⁴

3. Zwischenergebnis

Der Klageantrag der IGM ist hinreichend bestimmt im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, sodass eine ordnungsgemäße Klageerhebung vorliegt.

V. Zwischenergebnis

Die Klage der IGM ist zulässig.

B. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, wenn der von der IGM behauptete Anspruch besteht.

I. Aktivlegitimation der IGM

Die IGM müsste aktivlegitimiert sein. Aktivlegitimiert ist derjenige, der Inhaber des geltend gemachten Rechts ist.

1. Aktivlegitimation auch in Bezug auf Nicht-Mitglieder?

Fraglich ist, ob die IGM auch einen Anspruch gegen die A hat, soweit er sich auf Nicht-Mitglieder der IGM erstreckt, da die IGM ihren Klageantrag gerade auf sämtliche von der Betriebsvereinbarung betroffenen Arbeitnehmer bezieht. Ein Anspruch auf Beseitigung der geltenden tariflichen Ordnung kann jedoch nur dann verlangt werden, wo diese gilt.¹⁵ Diese gilt aber gerade nicht in Bezug auf nicht tarifgebundene Arbeitsverhältnisse mangels beidseitiger normativer Bindung gem. §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG.¹⁶ Allerdings könnte für eine Ausweitung der Aktivlegitimation der IGM sprechen, dass

¹⁰ BAG NZA 1999, 887.

¹¹ Lindacher, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2013, vor §§ 50 ff. Rn. 42.

¹² BAG NZA 1999, 887.

¹³ BAG NZA 2003, 1221; im Einzelnen str.: vgl. Kocher, NZA 2005, 140 (144); Schwarze, RdA 2005, 159 (160).

¹⁴ Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 262 Rn. 1.

¹⁵ Bauer/v. Medem, NJW 2012, 250 (254).

¹⁶ Reichhold, RdA 2012, 245 (247).

die A selbst nicht nach Tarifbindung differenziert, da die Betriebsvereinbarung ausweislich des Sachverhalts generell auf alle Arbeitnehmer angewendet wird.¹⁷ Dies könnte bedeuten, die A hat ggf. kein Interesse, die Betriebsvereinbarung auf Tarifaußenseiter anzuwenden, wenn sie für die tarifgebundenen Arbeitnehmer nicht gelten sollte. Nach Rspr. des BAG ist dieser Schluss jedoch als Ausnahme zu betrachten. Dem Arbeitgeber steht es grds. frei, mit nicht organisierten Arbeitnehmern untertarifliche Arbeitsbedingungen zu vereinbaren.¹⁸ Anderenfalls würde auch gegen die negative Koalitionsfreiheit der nicht organisierten Arbeitnehmer verstoßen werden. Es besteht daher kein Grund, die Befugnis einer Gewerkschaft zur Durchsetzung von Tarifnormen auf nicht organisierte Arbeitnehmer auszudehnen. Damit besteht die Aktivlegitimation der IGM nur insoweit, als der von ihr geltend gemachte Anspruch ihre Mitglieder betrifft.

2. Umfang der Klageabweisung

Dies bedeutet weiterhin, dass der von der IGM geltend gemachte Anspruch, soweit er sich auf Nicht-Mitglieder bezieht, mangels Aktivlegitimation unbegründet ist. Dies zieht eine lediglich teilweise Klageabweisung nach sich und nicht etwa eine Klageabweisung insgesamt.¹⁹ Der Arbeitgeber kann die Gewerkschaftszugehörigkeit aber nicht von sich aus ermitteln, sodass Voraussetzung für die Vollstreckbarkeit eines solchen Urteils ist, dass die Gewerkschaft im Vollstreckungsverfahren ihre Mitglieder benennt.²⁰

II. Zwischenergebnis

Die Klage ist teilweise unbegründet, soweit die IGM einen Anspruch in Bezug auf Nicht-Mitglieder geltend macht.

III. Anspruch aus §§ 1004 Abs. 1 S. 1, 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 GG

Die IGM könnte einen Folgenbeseitigungsanspruch gegen die A aus §§ 1004 Abs. 1 S. 1, 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 GG haben, der auf die Wiederherstellung des tarifkonformen Zustands im Hinblick auf ihre Mitglieder aus dem Bereich „technischer Außendienst“ gerichtet ist. Die beidseitige Tarifbindung ist gegeben. Weiterhin müsste die Koalitionsfreiheit ein geschütztes Rechtsgut sein, diese müsste verletzt worden sein und die Reichweite des Anspruchs müsste eine Wiederherstellung erfassen.

1. Koalitionsfreiheit als geschütztes Rechtsgut

Zwar ist nach dem eindeutigen Wortlaut des § 1004 BGB als Schutzgut nur das Eigentum umfasst, jedoch kann die Vorschrift nach allgemeiner Auffassung zur Abwehr von Eingriffen in alle nach § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechte, Le-

bensgüter und Interessen herangezogen werden.²¹ Zu diesen Rechten gehört auch die Koalitionsfreiheit. Diese schützt ebenfalls vor Beeinträchtigungen durch Private gem. Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG, sodass sie einem absoluten Recht gleichsteht, dessen Verletzung nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen durch §§ 1004 Abs. 1 S. 2, 823 Abs. 1 BGB abgewehrt werden kann.²²

2. Persönlicher Schutzbereich

Art. 9 Abs. 3 GG schützt nicht nur den Einzelnen in seiner Freiheit, eine Vereinigung zur Wahrung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu gründen, ihr beizutreten oder fernzubleiben oder sie zu verlassen (Individualgrundrecht). Geschützt ist auch die Koalition selbst in ihrem Bestand, ihrer organisatorischen Ausgestaltung und ihren Betätigungen, sofern diese der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen (Kollektivgrundrecht). Die IGM unterliegt als Gewerkschaft demnach dem persönlichen Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG.

3. Sachlicher Schutzbereich

Der Schutz der Koalitionsfreiheit ist nicht von vornherein auf einen Kernbereich koalitionsmäßiger Betätigungen beschränkt, sondern erstreckt sich auf alle koalitionspezifischen Verhaltensweisen, insbesondere den Abschluss von Tarifverträgen. Die Koalitionsfreiheit wird aber nicht erst dann beeinträchtigt, falls es einer Koalition verwehrt wird, Tarifrecht zu schaffen. Eine Einschränkung oder Behinderung dieses Freiheitsrechts liegt nach Rspr. des BAG auch in Abreden oder Maßnahmen, die darauf gerichtet sind, die Wirkung des von Koalitionen geschaffenen Tarifrechts zu vereiteln.²³ Dies spiegelt sich auch im eindeutigen Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG wider, der die „Wahrung“ der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen miteinschließt, was damit auch die Durchsetzung tariflicher Regelungen bedeutet.²⁴ Unschädlich ist, dass entsprechende Abreden nach Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG nichtig sind, also die tarifliche Ordnung nicht in rechtlich erzwingbarer Weise ersetzen können. Die Beeinträchtigung liegt nämlich in der Eignung solcher Absprachen, faktisch an die Stelle der tariflichen Regelung zu treten und somit Tarifnormen als kollektive Ordnung zu verdrängen. Damit ist auch der sachliche Schutzbereich eröffnet.

4. Verletzung der Koalitionsfreiheit

Die Koalitionsfreiheit der A ist dann verletzt, wenn die gegenständliche Betriebsvereinbarung gegen den MTV verstößt

¹⁷ Vgl. Kocher, NZA 2005, 140 (146).

¹⁸ BAG NZA 1999, 887 (893).

¹⁹ Ähnlich genau zu diesem Fall ArbG Hamburg BeckRS 2011, 76375; vgl. BAG NZA 1999, 887 (894); a.A. Bauer/v. Medem, NJW 2012, 250 (254).

²⁰ BAG NZA 1999, 887 (894).

²¹ Baldus, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 1004 Rn. 34 f.

²² BAG NZA 1998, 754; Trappehl/Lambrich, NJW 1999, 3217 (3218); Walker, ZfA 2000, 29 (39).

²³ BAG NZA 1999, 887.

²⁴ Löwisch/Rieble, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 2009, § 155 Rn. 27; a.A. Trappehl/Lambrich, NJW 1999, 3217 (3218); Walker, ZfA 2000, 29 (39 f.).

und dadurch ein erheblicher Eingriff in die Tarifautonomie vorliegt.

a) Eingriff in die Koalitionsfreiheit

aa) Verstoß gegen § 77 Abs. 3 BetrVG

Die gegenständliche Betriebsvereinbarung könnte gegen § 77 Abs. 3 BetrVG verstoßen. Nach dieser Bestimmung können Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Dies gilt nicht, wenn ein Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt. Eine solche Öffnungsklausel enthält der hier maßgebende MTV ausweislich des Sachverhalts allerdings nicht. Die Betriebsparteien haben gem. Ziffer 2.1 der Betriebsvereinbarung die tarifvertraglich geregelte regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 35 auf 40 Stunden erhöht und hierfür gem. Ziffer 4 ein eigenständiges Vergütungsregime in Form von Bonuszahlungen errichtet. Darüber hinaus haben sie in Ziffer 3.1. vereinbart, dass geleistete Arbeit, die 150 Plusstunden überschreitet, weder vergütet noch ausgeglichen werden kann. Damit handelt es sich gerade um tariflich geregelte Arbeitsbedingungen im Sinne des § 77 Abs. 3 BetrVG. Nach Rspr. des BAG könnte die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG jedoch entfallen, falls es sich hier um eine Angelegenheit handelt, die nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegt. Dann müsste die Verlängerung der Arbeitszeit lediglich vorübergehender Natur sein. Vorübergehend ist eine Verlängerung der Arbeitszeit, wenn für einen überschaubaren Zeitraum von deren regulärem Volumen abgewichen wird, um anschließend zum betriebsüblichen Umfang zurückzukehren. Der vorübergehende Charakter einer Veränderung der Arbeitszeit wird insbesondere dann deutlich, wenn diese Maßnahme bis zu einem bestimmten Zeitpunkt oder bis zur Erreichung eines bestimmten Zwecks befristet wird.²⁵ Für eine nur vorübergehende Verlängerung der regelmäßigen Arbeitszeit gibt es in Ziffer 2.1 der Betriebsvereinbarung keine objektiven Anhaltspunkte. Die Klausel ist weder auf einen bestimmten Zeitpunkt oder bis zur Erreichung eines bestimmten Zwecks befristet. Auch der Gesamtzusammenhang der getroffenen Vereinbarungen weist nicht auf eine mitbestimmungspflichtige Änderung der Arbeitszeit hin. Denn ausweislich des Sachverhalts möchte die A dauerhafte Einsparungen vornehmen. Auch dies spricht für eine unbefristete Regelung. Damit verstößt die gegenständliche Betriebsvereinbarung gegen die Regelungssperre aus § 77 Abs. 3 BetrVG und ist deshalb unwirksam.

Hinweis: Angesichts dieses Befundes - Verstoßes gegen die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG - waren Ausführungen zu einem Günstigkeitsvergleich nicht mehr angezeigt. Falls Bearbeiter zusätzlich oder alternativ doch darauf zu sprechen kommen, wäre an folgende Punkte zu denken gewesen:

²⁵ BAG NZA 2007, 818.

bb) Günstigkeitsvergleich

Ein Günstigkeitsvergleich gem. § 4 Abs. 3 Var. 2 TVG kann im Verhältnis zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung Anwendung finden.²⁶ Dabei gilt es zunächst diejenigen Regelungen im Tarifvertrag und in der Betriebsvereinbarung herauszuarbeiten, die miteinander verglichen werden sollen, den sog. Vergleichsgegenstand. In einem zweiten Schritt ist der Vergleichsmaßstab zu bestimmen.

(1) Vergleichsgegenstand

Es gibt grds. drei Möglichkeiten, wie die zu vergleichenden Regelungen bestimmt werden könnten. Denkbar wäre, die jeweiligen Einzelregelungen aus den Vereinbarungen aneinander zu messen. Dies würde jedoch den Nachteil mit sich bringen, dass sich der Arbeitnehmer aus jeder Vereinbarung die jeweils günstigste Variante aussuchen könnte, was einem „Rosinenpicken“ gleichkäme.²⁷ Würde man jedoch genau gegenteilig die Gesamtheit aller Regelungen miteinander vergleichen, liefe man Gefahr, tarifpolitische Ziele zu konterkarieren, weshalb diese Möglichkeit auch nicht empfehlenswert erscheint.²⁸ Vorzugswürdig ist daher nach überwiegender Ansicht ein Vergleich von Regelungen, die zueinander in einem sinnvollen Sachzusammenhang stehen.²⁹ Vorliegend sind jedoch lediglich die Regelungen zur Arbeitszeit und Vergütung bekannt. Folglich können auch nur diese Regelungen miteinander verglichen werden. Zwar ist umstritten, ob Arbeitsplatzertand und untertarifliche Arbeitsbedingungen miteinander verglichen werden können, jedoch spielt dies hier keine Rolle, da die A zwar laut Sachverhalt Sparmaßnahmen vornimmt, dies aber nicht ausdrücklich zum Erhalt von Arbeitsplätzen tut.

(2) Vergleichsmaßstab

Hinsichtlich des Vergleichsmaßstabs wird sowohl eine subjektive als auch eine objektive Sichtweise vertreten. In Rspr. und Lit. hat sich insoweit eine vermittelnde Auffassung etabliert, wonach darauf abzustellen sei, wie ein verständiger Arbeitnehmer unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls die jeweilige Regelung im Vergleich zu der des Kollektivvertrags einschätzen würde.³⁰ Legt man diesen Maßstab zugrunde, so fällt die gegenständliche Betriebsvereinbarung im Vergleich zum MTV offensichtlich ungünstiger aus, da sich gemäß der Betriebsvereinbarung die wöchentliche Arbeitszeit um fünf Stunden erhöht, aber schlechter entlohnt wird als der MTV es festlegt.

²⁶ Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 14. Aufl. 2014, § 4 TVG Rn. 32.

²⁷ Franzen (Fn. 26), § 4 TVG Rn. 36; Rieble/Klumpp (Fn. 5), § 183 Rn. 46.

²⁸ Rieble/Klumpp (Fn. 5), § 183 Rn. 45.

²⁹ BAG AP Nr. 89 zu Art. 9 GG; Löwisch/Rieble, in: Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl. 2012, § 4 Rn. 532; Rieble/Klumpp (Fn. 5), § 183 Rn. 47.

³⁰ Rieble/Klumpp (Fn. 5), § 183 Rn. 52 m.w.N.

(3) *Zwischenergebnis*

Die Betriebsvereinbarung für den technischen Außendienst erweist sich nicht günstiger als der MTV und ist demnach auch nicht wirksam gem. § 4 Abs. 3 Var. 2 TVG.

b) *Erheblichkeit des Eingriffs*

Die Koalitionsfreiheit ist aber nur dann verletzt, wenn der Eingriff durch Anwendung einer nicht günstigeren Regelung von einem gewissen Ausmaß ist. Vorliegend ist eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen betroffen, da 1.200 von 1.500 im Bereich technischer Außendienst beschäftigten Arbeitnehmern Mitglieder der IGM sind. Die Abweichung vom Tarifvertrag betrifft somit nicht nur Einzelfälle und greift nicht unerheblich in die Koalitionsfreiheit der tarifschließenden Gewerkschaft IGM ein.

c) *Rechtswidrigkeit des Eingriffs*

Die Rechtswidrigkeit des Eingriffs in die Koalitionsfreiheit ist wie bei jedem Rahmenrecht erst positiv durch eine Güter- und Interessenabwägung festzustellen. Die Rechtswidrigkeit ist dann zu verneinen, wenn das tarifnormgemäße Verhalten unzumutbar ist, etwa wenn die Kooperation zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat zur Sicherung der Existenz des Unternehmens erforderlich ist. Der Sachverhalt gibt jedoch für solch eine Notsituation der A keine Hinweise. Allein wirtschaftliche Schwierigkeiten, wie A sie hat, sind nicht ausreichend.³¹ Damit ist der Eingriff auch rechtswidrig.

d) *Zwischenergebnis*

Durch die Anwendung der gegenüber dem MTV wesentlich ungünstigeren Betriebsvereinbarung hat die A die Koalitionsfreiheit der IGM verletzt.

5. *Anspruch auf Folgenbeseitigung?*

Fraglich ist aber, ob die IGM die Wiederherstellung der tariflichen Ordnung durch Nachzahlung oder Gewährung von Freizeit für die betroffenen Mitglieder verlangen kann. Nach Ansicht des BAG und vielen Stimmen in der Literatur ist zwar in solch einer Fallkonstellation ein Unterlassungsanspruch der Gewerkschaft gegen die weitere Durchführung der gegen den Tarifvertrag verstößenden Vereinbarung gegeben,³² nicht jedoch ein Anspruch auf Folgenbeseitigung³³.

Teile der Lehre hingegen befürworten solch einen Anspruch.³⁴ Die Koalition verfüge nämlich im Gegensatz zum einzelnen Arbeitnehmer über die soziale Mächtigkeit, der Tarifordnung Geltung zu verschaffen. Wäre der Arbeitnehmer

³¹ Nach *Robert*, NZA 2004, 633 (638), nur die drohende Insolvenz.

³² BAG NZA 1999, 887; u.a. *Berg/Platow*, DB 1999, 2362 (2366); zum allgemeinen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats und dessen dogmatischer Herleitung *Lobinger*, ZfA 2004, 101.

³³ BAG NZA 2011, 1169.

³⁴ *Däubler*, Arbeitsrecht im Betrieb 1999, 481 (483); *Deinert*, in: Kündigungsschutzrecht, Kommentar für die Praxis, 6. Aufl. 2011, § 10 Rn. 181; *Walker*, ZfA 2000, 29 (38).

hier auf sich allein gestellt, drohten ihm nach einer entsprechenden Klage gegen den Arbeitgeber auf Nachzahlung des tariflichen Lohns empfindliche Konsequenzen. Auch sei die in der juristischen Diskussion vielfach bemühte Einwirkungsklage der Gewerkschaft gegen den tarifvertragsschließenden Arbeitgeberverband kein wirklich durchgreifendes Rechtsschutzmittel gegen den Tarifbruch. Würde man also einer Koalition den Folgenbeseitigungsanspruch verwehren, würde man letztlich ihre Koalitionsfreiheit nicht effektiv schützen.

Nach anderer Ansicht zielt die nachträgliche Erbringung der tariflichen Leistungen auf einen individualrechtlichen Ausgleich der den Arbeitnehmern durch die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen entstandenen wirtschaftlichen Nachteile und nicht auf die Beseitigung fortwirkender kollektivrechtlicher Störungen. Die Beeinträchtigung der kollektiven Koalitionsfreiheit liege nicht in der Nichtzahlung der tariflichen Leistungen für tarifwidrig geleistete Arbeitszeit, sondern in der Vereinbarung einer tarifwidrigen betrieblichen Regelung, welche die tariflichen Vorschriften als kollektive Ordnung im Betrieb zu verdrängen versuche. Diese Beeinträchtigung könne durch die Nichtanwendung der (ohnehin rechtsunwirksamen) Regelung und auf eine darauf gerichtete, gegenüber den Arbeitnehmern abzugebende ausdrückliche Erklärung des Arbeitgebers beseitigt werden. Ein Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB sei auf die Aufhebung fortdauernder Beeinträchtigungen gerichtet. Dies umfasse zwar auch die Beseitigung solcher Beeinträchtigungen, die zwangsläufig durch die primäre Störung entstünden. Beeinträchtigungen, die aber als weitere Folge dieser Störung entstünden, könnten nur im Wege eines auf Naturalrestitution gerichteten Schadensersatzes nach § 823 Abs. 1 BGB ausgeglichen werden.

Die letztere Meinung erscheint vorzugswürdig. Würde man einer Gewerkschaft einen Folgenbeseitigungsanspruch zugestehen, würde man letztlich die Unzulässigkeit der Prozessstandschaft für ihre Mitglieder unterlaufen. § 1004 BGB gewährt gerade keinen Schadensersatz, sodass auch rechtsdogmatisch betrachtet die letztgenannte Ansicht die richtige ist. Darüber hinaus besteht kein Bedürfnis, den Anspruch aus § 1004 BGB derart weit zu fassen. Die Gewerkschaft kann ihren Unterlassungsanspruch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes durchsetzen. So kann sie gewährleisten, dass ihre Mitglieder zumindest vorläufig unter den tariflich vereinbarten Bedingungen arbeiten und keine Gehaltseinbußen erfahren.³⁵

6. *Zwischenergebnis*

Die IGM hat gegen die A keinen Folgenbeseitigungsanspruch aus §§ 1004 Abs. 1 S. 1, 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 GG, der auf die Wiederherstellung des tarifkonformen Zustands im Hinblick auf ihre Mitglieder aus dem Bereich „technischer Außendienst“ gerichtet ist.

IV. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

Die IGM könnte gegen die A einen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB haben. Dies setzt jedoch einen Schaden

³⁵ Vgl. BAG NZA 2011, 1169.

der IGM voraus. Hierzu hat sie aber ausweislich des Sachverhalts nicht substantiiert vorgetragen. Durch die Verletzung ihrer Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG ist ihr bei normativer Betrachtung ebenfalls kein immaterieller Schaden der geltend gemachten Art entstanden, dessen Höhe sich nach den Verdiensteinbußen der betroffenen Arbeitnehmer richtet. Somit hat die IGM auch keinen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB.

V. Anspruch aus § 23 Abs. 3 BetrVG

Die IGM könnte gegen A einen Anspruch aus § 23 Abs. 3 BetrVG haben. Dazu müsste eine grobe Pflichtverletzung der A gegen das Betriebsverfassungsgesetz vorliegen. Durch den Abschluss der gegenständlichen Betriebsvereinbarung hat die A gegen § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG verstoßen.³⁶ Jedoch ist der Schutzzweck des § 23 Abs. 3 BetrVG die Sicherung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates gegenüber dem Arbeitgeber, nicht der Schutz der Koalitionsbetätigungsfreiheit. Außerdem gibt die Betriebsverfassung dem Betriebsrat – entsprechend wie den Gewerkschaften bei Tarifverstößen, die sich individuell auswirken – nicht das Recht, Ansprüche einzelner Belegschaftsmitglieder zu verfolgen. Darüber hinaus zielt § 23 Abs. 3 BetrVG auf das künftige Verhalten des Arbeitgebers ab und nicht auf eine ausschließlich vergangenheitsbezogene Restitution. Zudem stellt die Norm keine Schadensersatzregelung dar. Damit kommt auch kein Anspruch aus § 23 Abs. 3 BetrVG in Betracht.

VI. Zwischenergebnis

Für das Begehren der IGM fehlt es an einer Anspruchsgrundlage. Damit ist die Klage unbegründet.

C. Endergebnis zu Frage 1

Die Klage der IGM ist zwar zulässig, aber unbegründet. Das Arbeitsgericht Hamburg wird die Klage daher abweisen.

Lösung zu Frage 2

Die Kündigungsschutzklage des F ist begründet, wenn die die ihm gegenüber ausgesprochene Kündigung unwirksam ist.

I. Ordnungsgemäße Kündigungserklärung

Eine schriftliche (§ 623 BGB) Kündigungserklärung ist vom vertretungsberechtigten Organ (Geschäftsführer = Geschäftsführung) ausgesprochen worden und dem F auch zugegangen.

II. Beachtung der dreiwöchigen Klagefrist

Gem. §§ 13 Abs. 1 S. 2, 4 S. 1, 7 KSchG gilt auch bei außerordentlichen Kündigungen – wie der vorliegenden – eine materiell rechtliche Ausschlussfrist von drei Wochen nach Zugang der Kündigung. Innerhalb dieser Frist ist Klage beim Arbeitsgericht zu erheben, sonst gilt die Kündigung als von Anfang an wirksam. F hat die Klage laut Sachverhalt fristgerecht erhoben.

III. Zustimmung des Betriebsrats

Die nach § 103 BetrVG erforderliche Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung des F liegt vor.

IV. Rechtfertigung der außerordentlichen Kündigung

Die Kündigung ist gerechtfertigt und damit wirksam, wenn sie den Voraussetzungen des § 626 BGB entspricht.

1. Verwertbarkeit des Facebookeintrags

Zunächst ist jedoch zu prüfen, ob die A die gegenständliche Aussage des F auf der Internetplattform Facebook überhaupt zur außerordentlichen Kündigung verwerten durfte. Insoweit könnte nämlich die Rechtsprechung des BAG zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Beleidigungen des Arbeitgebers in vertraulichen Gesprächen mit Arbeitskollegen oder Freunden entgegenstehen.

a) Die Rspr. des BAG zur Vertraulichkeit der Kommunikation

Fallen in vertraulichen Gesprächen mit Arbeitskollegen oder Freunden ehrverletzende Äußerungen über den Arbeitgeber oder Vorgesetzte, so ist eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach Ansicht des BAG nicht ohne weiteres zu rechtfertigen. Der Arbeitnehmer dürfe anlässlich solcher Gespräche regelmäßig darauf vertrauen, seine Äußerungen würden nicht nach außen getragen. Die vertrauliche Kommunikation in der Privatsphäre sei Ausdruck der Persönlichkeit und grundrechtlich gewährleistet. Äußerungen, die gegenüber Außenstehenden oder der Öffentlichkeit wegen ihres ehrverletzenden Gehalts nicht schutzwürdig wären, würden in Vertraulichkeitsbeziehungen als Ausdruck der Persönlichkeit und Bedingung ihrer Entfaltung verfassungsrechtlichen Schutz genießen, der dem Schutz der Ehre des durch die Äußerung Betroffenen vorgeht.³⁷

b) Vertraulichkeit der Kommunikation auf Facebook

Ob Äußerungen von Arbeitnehmern auf der Internetplattform Facebook als vertraulich im Sinne der Rspr. des BAG gelten, wird in der aktuellen Rechtsprechung kontrovers diskutiert.³⁸ Dagegen spricht sicherlich zum einen, dass viele der sog. Freunde auf Facebook nicht alle in dem Maße vertrauenswürdig sind wie echte Freunde. Dadurch kann der Nutzer die Kontrolle darüber verlieren, ob seine Äußerungen veröffentlicht werden oder nicht. Zum anderen ist eine schriftliche Äußerung gerade im Internet von der Intensität her nicht mit einer lediglich wörtlichen Äußerung im engen Kollegenkreis zu vergleichen.³⁹ Nach der hier vertretenen Ansicht ist eine Übertragung der BAG Rspr. zur Vertraulichkeit der Kommunikation auf Dialoge im Internet jedoch zumindest grundsätzlich zu befürworten. Aufgrund des technischen Wandels ersetzen Äußerungen im Internet immer häufiger das persönlich

³⁷ Vgl. BAG NZA 2010, 698.

³⁸ Bejahend BayVGH NZA-RR 2012, 302; tendenziell LAG Hamm BB 2012, 2688; ArbG Bochum BeckRS 2012, 68181; verneinend ArbG Dessau-Roßlau BeckRS 2012, 6909.

³⁹ ArbG Duisburg BB 2012, 2752.

³⁶ S.o. B. III. 4. a) aa).

gesprochene Wort.⁴⁰ Würde man die Vertraulichkeit der Kommunikation also nicht einmal im Ansatz in Betracht ziehen, würde man die grundrechtlich geschützte Meinungsäußerungsfreiheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht des betreffenden Arbeitnehmers unangemessen beschneiden.

c) Konkrete Einzelfallbetrachtung

Facebook kennt probate Mittel, die Privatsphäre des Nutzers vor der Öffentlichkeit zu schützen und ihm somit die Kontrolle zu erhalten, welche seiner Aussagen publik wird. So kann der Nutzer die Lesbarkeit seiner Pinnwand dadurch beschränken, dass er nur seine Freunde dafür zulässt und zusätzlich deren Freunde (sog. Freundes-Freunde) ausschließt. Weiter besteht die Möglichkeit, Aussagen als „benutzerdefiniert“ zuzulassen, sodass diese z.B. nur von „engen Freunden“ gelesen werden können.⁴¹ Somit ist es durchaus möglich, prekäre Äußerungen über den Arbeitgeber auch auf Facebook nur einem ausgewählten Adressatenkreis zugänglich zu machen.⁴² Daher wird eine vermittelnde Position, die die Vertraulichkeit dieses sozialen Netzwerks weder pauschal ablehnt oder annimmt, sondern den jeweiligen Einzelfall betrachtet, den Interessen der Beteiligten am ehesten gerecht. Entscheidend sollte sein, wie viele und welche Nutzer von dem jeweiligen Beitrag Kenntnis erlangen konnten.⁴³ Im vorliegenden Fall hat F die Lesbarkeit seiner Pinnwand zwar auf seine Facebook Freunde eingeschränkt. Allerdings sind es ausweislich des Sachverhalts neunzig und zusätzlich haben noch die Freundes-Freunde Zugriff auf die Pinnwand des F. Damit wird der Kreis der Personen, die die gegenständliche Äußerung des F lesen konnten, auf eine ungewisse und wohl nicht gerade unerhebliche Anzahl erweitert. Erschwerend kommt hier hinzu, dass fünfundsechzig der neunzig Facebook Freunde des F im Betrieb der A arbeiteten. Zudem ist der F unter seinem vollen Namen und nicht etwa unter einem Pseudonym in Facebook angemeldet und hat sowohl die A als Arbeitgeberin als auch seine Stellung als Betriebsratsmitglied dort angegeben. Damit hat der F seinen Eintrag quasi betriebsöffentlich gemacht. In Anbetracht all dieser Umstände kann die Äußerung des F über die A aber nicht mehr als vertraulich im Sinne der Rspr. des BAG gewertet werden.

d) Zwischenergebnis

Der F kann hier sich hier nicht auf die Vertraulichkeit der Kommunikation im Sinne der Rechtsprechung des BAG be-

rufen. Mithin konnte die A seine Äußerung auf Facebook verwenden.

2. An-Sich-Eignung als wichtiger Grund i.S.d. § 626 BGB

Nach § 626 BGB kann ein Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Anlauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Im Falle einer außerordentlichen Kündigung eines Betriebsratsmitglieds muss jedoch genau unterschieden werden, ob es sich um eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung oder um eine Amtspflichtverletzung handelt. Falls nur Letztere gegeben ist, ist lediglich der Ausschluss aus dem Betriebsrat gem. § 23 Abs. 1 BetrVG die richtige Sanktion. Ist jedoch eine reine Verletzung einer Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis gegeben, so gilt der gleiche Bewertungsmaßstab wie bei anderen Arbeitnehmern. Liegt in einer Amtspflichtverletzung aber zugleich eine schwere Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten, muss an den wichtigen Grund ein strengerer Maßstab als gegenüber anderen Arbeitnehmer angelegt werden.⁴⁴ Um den hier einschlägigen Prüfungsmaßstab zu bestimmen, muss daher zunächst geprüft werden, welche Art von Pflichtverletzung der F begangen hat.

a) Arbeitsvertragliche Pflichtverletzung

Der F könnte mit seiner abschätzigen Äußerung gegen seine Rücksichtspflicht gegenüber seiner Arbeitgeberin A aus § 241 Abs. 2 BGB in ganz erheblichem Maß verstoßen haben. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass grobe Beleidigungen insbesondere des Arbeitgebers, die nach Form und Inhalt eine erhebliche Ehrverletzung für den bzw. die Betroffene bedeuten, eine außerordentliche, fristlose Kündigung ohne vorhergehende Abmahnung rechtfertigen können. Für die Bewertung, was als grobe Beleidigung anzusehen ist, kommt es auf alle Umstände des Einzelfalles an. Das Grundrecht auf Meinungsfreiheit hat regelmäßig zurückzutreten, wenn sich die beleidigende Äußerung als Angriff auf die Menschenwürde, als eine Formalbeleidigung oder eine Schmähung darstellt.⁴⁵

Vorliegend bezeichnete F seinen Arbeitgeber in seinem Facebook Status als „scheinbar ach so armen [...] raffgierigen Halsabschneider“. Dieser Ausdruck hat äußerst ehrverletzenden Charakter und stellt eine kaum noch steigerungsfähige Schmähkritik an der A dar. Zwar benennt F in seiner Äußerung die A nicht namentlich, jedoch hat er sie unter der Rubrik Arbeitgeber angegeben, sodass für jedermann erkennbar war, wen er mit „Brötchengeber“ gemeint hat. Bei dieser Art von herabsetzender Schmähkritik kann sich der F jedoch

⁴⁰ ArbG Bochum BeckRS 2012, 68181.

⁴¹ Zu all diesen und weiteren Fallgruppen *Wahlers*, jurisPR-ITR 8/2012 Anm. 2, S. 5 f.

⁴² *Wahlers*, jurisPR-ITR 12/2012 Anm. 2, S. 5.

⁴³ So auch zutreffend *Bissels*, jurisPR-ArbR 37/2012 Anm. 1, S. 4; *Braun*, jurisPR-ITR 20/2012 Anm. 5, S. 2; *Stoffels*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 29, Stand: 1.9.2013, § 626 Rn. 106a; *Wahlers*, jurisPR-ITR 12/2012 Anm. 2, S. 6; *ders.*, jurisPR-ITR 8/2012 Anm. 2, S. 5; vgl. *Bauer/Günther*, NZA 2013, 67; *Kort*, NZA 2012, 1321 (1324); *Oberwetter*, NJW 2011, 417 (419).

⁴⁴ BAG AP Nr. 95 zu § 626 BGB; LAG Hamburg BeckRS 1996, 30940023; *Wank*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2009, § 98 Rn. 67; a.A. *Berkowsky*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2009, § 135 Rn. 41.

⁴⁵ BAG DB 2003, 1797 f.; BAG NZA 2006, 650.

nicht mehr auf seine Meinungsäußerungsfreiheit aus Art. 5 GG berufen. Diese muss vielmehr hinter dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der A aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG sowie der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der A aus Art. 12 GG, die durch eine Störung des Betriebsfriedens berührt wurde, zurücktreten. Zudem könnte es sich bei der Äußerung des F auch um eine Beleidigung im strafrechtlichen Sinne gem. § 185 StGB handeln. Eine Beleidigung im Sinne der Vorschrift ist dann gegeben, wenn die Kundgabe der Missachtung oder Nichtachtung einer Person durch ehrverletzende Äußerungen zur Kenntniserlangung des Beleidigten (Ehrenträgers) oder Dritter erfolgt.⁴⁶ Dies ist vorliegend dadurch erfolgt, dass F die oben angeführten, äußerst ehrverletzenden Äußerungen an seine Pinnwand bei Facebook gepostet hat, wodurch seine „Facebook-Freunde“ und deren „Facebook-Freunde“ hiervon Kenntnis erlangen konnten. Dies wiegt dadurch umso schwerer, dass darunter fünf- undsechzig Beschäftigte der A die abstrakte Möglichkeit hatten, den Eintrag zu lesen. F hat also eine Beleidigung im Sinne des § 185 StGB begangen.

Somit hat F durch sein die A herabwürdigendes Facebook „Posting“ eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung begangen, die eine außerordentliche Kündigung an sich rechtfertigt. Aufgrund des deutlich ehrverletzenden Charakters der Äußerung war eine Abmahnung des F auch entbehrlich.

b) Amtspflichtverletzung

aa) Beleidigung des Arbeitgebers

Ferner könnte in der beleidigenden Äußerung des F gleichzeitig eine grobe Verletzung von gesetzlichen Pflichten im Sinne des § 23 Abs. 1 BetrVG vorliegen. In Rspr. und Schrifttum ist anerkannt, dass Diffamierungen und grobe Beschimpfungen des Arbeitgebers als grobe Pflichtverletzung in Betracht kommen.⁴⁷ Fraglich ist, ob dies vorliegend auch unter Berücksichtigung aller Umstände anzunehmen ist. Zwar gilt der Schutz von Art. 5 GG entgegen der Auffassung der A für Arbeitnehmer mit Betriebsamt ebenso uneingeschränkt wie für Arbeitnehmer ohne Betriebsamt.⁴⁸ Jedoch muss die Meinungsfreiheit des F aufgrund seiner eindeutig entwürdigenden Schmähkritik an A hinter deren allgemeinem Persönlichkeitsrecht und ihrer wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit zurücktreten. Die Arbeitgeberin gab dem F vorliegend keinen Anlass, sie derart zu beleidigen. Die A hatte keinen Einfluss darauf, dass der Betriebsrat massiv mit den Beschwerden der Arbeitnehmer aus dem technischen Außendienst konfrontiert wurde. Vor allem aber ist zu berücksichtigen, dass der Betriebsrat selbst an der gegenständlichen Betriebsvereinbarung mitgewirkt hat. F befindet sich somit in einem Widerspruch zu seinem eigenen Verhalten. Mithin ist auch unter Berück-

sichtigung aller Umstände eine grobe Pflichtverletzung im Sinne des § 23 Abs. 1 BetrVG gegeben.

bb) Gefährdung des Betriebsfriedens

Weiterhin könnte der F durch seinen Facebookeintrag gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit gem. § 74 Abs. 2 S. 2 BetrVG verstoßen haben. Auch eine Verletzung dieses Grundsatzes kann eine grobe Amtspflichtverletzung im Sinne des § 23 Abs. 1 BetrVG darstellen. Dafür spricht hier die Tatsache, dass sich nach der Veröffentlichung des „Postings“ des F die Beschwerden der Arbeitnehmer nachweislich vermehrt haben. Damit aber wurde zusätzlicher Druck auf die Geschäftsleitung der A ausgeübt, ihre mit B geschlossene Betriebsvereinbarung aufzuheben, wie es ausweislich des Sachverhalts letztlich auch geschah.

c) Zwischenergebnis

Der F hat mit seinem die A beleidigenden Facebook Eintrag eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung im Sinne des § 626 BGB begangen und zugleich eine damit im Zusammenhang stehende grobe Amtspflichtverletzungen im Sinne des § 23 Abs. 1 BetrVG. Damit muss der Prüfungsmaßstab für den wichtigen Grund im Sinne des § 626 BGB strenger ausfallen als gegenüber Arbeitnehmern ohne Betriebsamt. Aber auch unter Berücksichtigung dieses strengen Prüfungsmaßstabs ist ein wichtiger Grund zu bejahen. Die ehrverletzende Schmähkritik an der A erreicht ein Ausmaß, das nicht mehr von der Meinungsäußerungsfreiheit des F gedeckt werden kann.

3. Umfassende Interessenabwägung

Im Rahmen einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung aller Beteiligten ist zu prüfen, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des nach § 15 Abs. 1 KSchG ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers bis zum Ablauf der fiktiven Kündigungsfrist unzumutbar wäre.⁴⁹

Vorliegend spricht gegen den F, dass er seine beleidigende Äußerung zu einem Zeitpunkt aussprach, in dem ohnehin Spannungen im Betrieb der A herrschten und diese durch seinen Interneteintrag noch zusätzlich verschlimmert wurden. Damit hat er zugleich zwei grundrechtlich geschützte Rechtsgüter der A angegriffen, zum einen ihre persönliche Ehre und zum anderen ihre wirtschaftliche Betätigungsfreiheit. Damit ist aber auch das Vertrauen der A in den F nachhaltig erschüttert worden. Andererseits sollte dem F zugutegehalten werden, dass er sich während seiner beträchtlich langen Betriebszugehörigkeit von fünfzehn Jahren niemals hat etwas zu Schulden kommen lassen. Zudem hat er eingeräumt, seine Äußerung sei übertrieben gewesen und seiner momentanen Drucksituation geschuldet. Daher liegt die Annahme nahe, dass der F solch ein Verhalten in der Zukunft unterlassen wird. Auch ist zu vermuten, dass seine Äußerung deshalb solche Wellen im Betrieb der A geschlagen hat, weil er dem Betriebsrat angehört und die Arbeitnehmer vom technischen Außendienst sich gerade deshalb in ihrer Position besonders gestärkt sahen. Daher ist nach dem ultima ratio-Prinzip jedoch anzunehmen,

⁴⁶ Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2010, § 185 Rn. 1 ff.

⁴⁷ BVerwG EzA Nr. 30 zu § 23 BetrVG 1972; ArbG Marburg NZA-RR 2001, 372; Fitting, Kommentar zum BetrVG, 26. Aufl. 2012, § 23 Rn. 19.

⁴⁸ LAG Berlin-Brandenburg BeckRS 2009, 55187.

⁴⁹ BAG NZA 2008, 777; BAG NZA 1999, 708.

dass ein Ausschluss des F aus dem Betriebsrat (ggf. kombiniert mit einer Abmahnung) hier gegenüber einer außerordentlichen Kündigung das mildere Mittel darstellt.

4. Zwischenergebnis

Nach einer umfassenden Interessen- und Güterabwägung erscheint eine außerordentliche Kündigung des F unverhältnismäßig und somit nicht gerechtfertigt. Damit ist die Kündigung unwirksam.

V. Endergebnis

Die Klage des F ist begründet, da die außerordentliche Kündigung der A unwirksam ist.

Examensklausur: Weniger ist nicht immer schlechter

Leistungsstörungenrecht und Kaufrecht

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Abbas Samhat**, Berlin*

Die Klausur beschäftigt sich im ersten Teil mit dem Leistungsort der kaufrechtlichen Nacherfüllung, allerdings in einer anspruchsvollen Konstellation, nämlich im Rahmen des § 323 Abs. 6 Var. 1 BGB in Verbindung mit § 447 Abs. 1 BGB. Die Probleme des zweiten und dritten Teils der Klausur sind - nach Einschätzung des Autors - vielen Studierenden nicht hinreichend bekannt. Zum einen geht es um die Frage, wer das Wahlrecht innerhalb der Nachbesserungsvariante des § 439 Abs. 1 Var. 1 BGB hat, zum anderen, wie die Zulieferung im allgemeinen Leistungsstörungenrecht zu behandeln ist. Die Studierenden können die umfangreiche Klausur in fünf Stunden lösen, wenn sie die Schwerpunkte im Gutachtenstil und das Unproblematische im Urteilsstil darstellen.

Sachverhalt Teil 1

H betreibt ein Computerfachgeschäft mit integrierter Werkstatt in Potsdam. Er verkauft dem K, Inhaber eines Restaurants, den letzten gebrauchten, aber neuwertigen Laptop in seinem Sortiment. K möchte den Laptop beruflich nutzen. H lässt das Gerät auf Verlangen des K an dessen Sitz in Berlin liefern. Den Transport übernimmt der zuverlässige Frachtführer F. Da K bereits bei dem ersten Gebrauch des Laptops einen Defekt vermutet, bringt er ihn zu H und bittet um Reparatur. H findet den Fehler, erledigt die Reparatur und teilt dem K mit, er könne das Gerät sofort abholen. K erwidert, da er beruflich stark eingebunden sei, freue er sich über eine erneute Lieferung des Gerätes. H erklärt, er stimme einer erneuten Lieferung aus Kulanz zu. Mit dem Transport des nunmehr mangelfreien Laptops wird wieder F beauftragt. Auf dem Weg zu K kommt es zu einem Verkehrsunfall, den niemand zu verschulden hat. Da der Laptop infolge des Unfalls zerstört wird, erklärt K gegenüber H, er sei nicht mehr zur Kaufpreiszahlung verpflichtet, hilfsweise nehme er vom Kaufvertrag Abstand. H besteht aber weiterhin auf Kaufpreiszahlung.

Sachverhalt Teil 2

Die 19-jährige Tochter (T) des K bezieht ihre erste eigene Wohnung. Sie kauft im Geschäft des Kühlschrankschändlers L einen neuen Kühlschrank der Marke „XY“ zum Preis von brutto 1000 EUR. L, der vertraglich die Pflicht zum Transport des Kühlschranks übernommen hat, liefert fristgerecht. Vier Wochen später stellt T fest, dass das Gerät nicht mehr kühlt. Sie ruft L an und bittet um Abholung und Reparatur. L holt den Kühlschrank ab und stellt fest, dass der Kompressor defekt ist. Er schreibt der T eine E-Mail: „Sehr geehrte Frau T, der Kompressor ist defekt. Ich entscheide in den nächsten Tagen, ob der Kompressor ausgetauscht oder repariert wird,

und werde das Gerät selbstverständlich liefern, und zwar am 28.10.13 um 15 Uhr. Passt Ihnen der Termin? Beste Grüße! L“.

T schreibt zurück: „Sehr geehrter Herr L, vielen Dank für die Information. Lassen Sie bitte den Kompressor austauschen. Ich erwarte Sie dann am 28.10.13 um 15 Uhr. Viele Grüße! T“.

Die Mitarbeiter des L klingeln zum vereinbarten Termin bei T und berichten ihr wahrheitsgemäß, der defekte Kompressor sei fachgerecht repariert worden. T lehnt jedoch die Abnahme des Kühlschranks und die Zahlung des Kaufpreises mit der Begründung ab, sie habe einen Austausch des Kompressors verlangt. Die Mitarbeiter des L fahren enttäuscht zum Lager zurück. Am nächsten Tag fordert L die T schriftlich auf, den Kaufpreis umgehend zu bezahlen und die Kosten für den erfolglosen Transport in Höhe von 50 EUR zu erstatten; sobald T dem nachkommt, werde der für Sie aufbewahrte Kühlschrank geliefert. T bleibt vom Schreiben unbeeindruckt und macht mit einer Freundin erst einmal vier Wochen Urlaub. Kaum wieder in Berlin angekommen, erhält T erneut einen Brief von L, in dem er erklärt, er bestehe weiterhin auf seine Forderungen und verlange nunmehr Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz.

Sachverhalt Teil 3

K bestellt für sein Restaurant beim Händler S 100 Weingläser des Herstellers „CW“ zu je 10 EUR. Der überarbeitete S liefert zum vereinbarten Termin nur 75 Weingläser; legt jedoch eine Rechnung über 100 Gläser bei. Da S nicht innerhalb der von K gesetzten angemessenen Nachlieferungsfrist die fehlenden 25 Gläser liefert, erklärt K den Rücktritt vom Vertrag und kauft daraufhin 100 Gläser desselben Herstellers und desgleichen Modells beim Händler D zu je 12 EUR. K verlangt von S Rückzahlung des Kaufpreises sowie den Differenzbetrag von 200 EUR, den er an D zahlen musste. S meint, der von K erklärte Rücktritt sei nicht rechtmäßig, deshalb könne K auch nicht Rückzahlung des gesamten Kaufpreises beanspruchen. Selbst wenn dies möglich sein sollte, müsse K im Gegenzug neben der Herausgabe der 75 Gläser auch den üblichen Nutzungsersatz von täglich 10 Cent pro Glas entrichten, weil er die gelieferten Gläser 14 Tage genutzt habe; dies entspreche einem Nutzungsersatz von 105 EUR.

Aufgabenstellung

Teil 1: Darf H von K den Kaufpreis beanspruchen?

Teil 2: Stehen L die geltend gemachten Ansprüche zu?

Teil 3: Hat K gegen S einen durchsetzbaren Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises und des Differenzbetrages in Höhe von 200 EUR?

* Der Autor verantwortet als Wiss. Mitarbeiter den zivilrechtlichen Bereich des Universitätsrepetitoriums an der Freien Universität Berlin. Er stellte die Klausur im Jahre 2012 im Klausurenkurs des Universitätsrepetitoriums (Durchfallquote: 34 %, Notendurchschnitt: 4, 9 Punkte).

Lösungsvorschlag

Teil 1: Anspruch H gegen K auf Kaufpreiszahlung

H könnte gegen K einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises aus Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 2 BGB haben.

I. Anspruch entstanden

Der Kaufpreisanspruch ist entstanden, weil zwischen H und K ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen ist.

II. Anspruch erloschen

1. Untergang des Kaufpreisanspruchs gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 BGB

Möglicherweise ist der Kaufpreiszahlungsanspruch des H gegen K nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeschlossen. Das setzt voraus, dass die Vorschrift anwendbar ist. Das ist nicht der Fall, wenn § 326 Abs. 1 S. 2 BGB greift. Nach dieser Vorschrift gilt § 326 Abs. 1 S. 1 BGB nicht, wenn der Schuldner im Falle der nicht vertragsgemäßen Leistung die Nacherfüllung nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB nicht zu erbringen braucht.¹

H war im Zuge der Nachbesserung dazu verpflichtet, das Gerät zu reparieren und es dem K zu übergeben. H hat also mit der Reparatur des Laptops und der Aufforderung gegenüber K, das Gerät abzuholen, seine Nachbesserungspflicht nicht gemäß § 362 BGB erfüllt. Zur Bewirkung der Nachbesserung war darüber hinaus erforderlich, dass die reparierte Sache dem K übergeben² wird. Die Übergabe des reparierten Laptops ist wegen des Unfalls beim Transport ausgeschlossen, sodass die Nacherfüllung nicht mehr erbracht werden kann (§ 275 Abs. 1 BGB). Auch eine Ersatzlieferung gemäß § 439 Abs. 1 Var. 2 BGB, die nach herrschender, aber nicht überzeugender Ansicht auch beim Stückkauf nicht von vornherein ausgeschlossen ist³, scheidet vorliegend aus, weil es sich beim Laptop um eine gebrauchte Sache handelte, die weder vertretbar nach § 91 BGB noch nach dem Parteiwillen ersetzbar war; im Übrigen verlangte K ausschließlich Reparatur des Laptops, keine Ersatzlieferung.

Da die Nacherfüllung gemäß § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist, erlischt wegen § 326 Abs. 1 S. 2 BGB die Kaufpreiszahlungspflicht des K nicht nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB.⁴ Vielmehr greift insoweit das besondere Kaufgewährleistungsrecht, das dem K unter den Voraussetzungen der

¹ § 326 Abs. 1 S. 2 BGB wurde in der Klausur sehr häufig übersehen.

² Nicht Übereignung (!), weil K schon Eigentümer des Laptops war. Im Sachverhalt bestehen keine Anhaltspunkte für einen Eigentumsvorbehalt.

³ Vgl. zum Problem „Ersatzlieferung beim Stückkauf“ BGH NJW 2006, 2839 (2840 ff.); *Huber/Bach*, Besonderes Schuldrecht 1, 3. Aufl. 2011, Rn. 102 ff., insbesondere Rn. 105 ff.; *Looschelders*, Schuldrecht BT, 8. Aufl. 2013, Rn. 89; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II BT, 16. Aufl. 2012, Rn. 127; *Musielak*, NJW 2008, 2801.

⁴ In der Sache ebenso *Faust*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 28, Stand 2011, § 439 Rn. 23; *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 439 Rn. 14b.

§§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB die Möglichkeit eröffnet, ohne vorherige Fristsetzung zurückzutreten.

2. Untergang des Kaufpreisanspruchs nach § 346 Abs. 1 BGB

Der noch nicht erfüllte Kaufpreisanspruch des H ist fortgefallen, wenn K wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten ist.⁵

a) Rücktrittserklärung nach § 349 BGB

Die Erklärung des K gegenüber H, er nehme vom Kaufvertrag Abstand, falls er trotz des Untergangs der Sache weiterhin zur Kaufpreiszahlung verpflichtet sein sollte (Rechtsbedingung), ist eine konkludente Rücktrittserklärung nach § 349 BGB. Sie ist nicht deshalb unwirksam, weil K sie nur hilfsweise erklärt hat. Der Grundsatz, dass Gestaltungserklärungen nicht unter einer Bedingung erklärt werden dürfen, gilt nicht für Rechtsbedingungen.⁶

b) Rücktrittsgrund gemäß §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB

Tatbestandlich besteht zugunsten des K ein Rücktrittsgrund ohne vorherige Fristsetzung gemäß §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB, weil es für H wegen des Untergangs des Laptops unmöglich ist, die Nachbesserungsleistung zu erbringen.

Systematischer Hinweis: Da § 326 Abs. 5 BGB bereits den Fall der Unmöglichkeit der Nacherfüllung erfasst, bedarf es nicht des Rückgriffs auf § 440 BGB (Fehlschlagen der Nacherfüllung).⁷

c) Ausschluss des Rücktritts nach § 323 Abs. 6 Var. 1 BGB

Möglicherweise ist das Rücktrittsrecht des K ausgeschlossen. Ist die Nacherfüllung (wie hier) gemäß § 275 BGB unmöglich, darf der Ausschluss des Rücktritts nicht mit § 326 Abs. 2 S. 1 BGB begründet werden.⁸ § 326 Abs. 2 S. 1 BGB formuliert eine Ausnahme vom Grundsatz des § 326 Abs. 1 S. 1 BGB und setzt damit dessen Anwendbarkeit voraus. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB ist aber nach § 326 Abs. 1 S. 2 BGB nicht anwendbar, wenn die Erbringung der Nacherfüllung unmöglich ist.

In Betracht kommt aber ein Ausschluss des Rücktrittsrechts nach § 323 Abs. 6 Var. 1 BGB. Das ist der Fall, wenn K für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist. Die Verantwortlichkeit im Sinne des § 323 Abs. 6 BGB setzt nicht zwingend ein Verschulden des Gläubigers, also des K, voraus. Allein oder weit überwiegend verantwortlich ist zum Beispiel

⁵ Der Gesetzgeber hielt es für nicht erforderlich, diese Befreiungswirkung ausdrücklich im Gesetzeswortlaut des § 346 BGB hervorzuheben, vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 194 li. Sp.

⁶ Vgl. nur *Westermann* (Fn. 4), § 158 Rn. 29 i.V.m. Rn. 54.

⁷ Siehe *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 440 Rn. 17.

⁸ Dies wird bei *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 323 Rn. 258, nicht deutlich, wenn er formuliert, bei Unmöglichkeit der (Nach-)Leistung gemäß § 275 BGB gelte nicht § 323 Abs. 6 BGB, sondern die Bestimmung des § 326 Abs. 2 BGB.

auch der Gläubiger, der das Transportrisiko (zumindest konkludent) übernommen hat.⁹ K ist in diesem Sinne für die Zerstörung des Laptops und damit für den Rücktrittsgrund verantwortlich, wenn er das Risiko des zweiten Transports übernommen hat. Dies wiederum ist der Fall, wenn bezüglich des zweiten Transports die Voraussetzungen des § 447 Abs. 1 BGB erfüllt sind. K muss dann den Kaufpreis bezahlen, ohne die Sachleistung beanspruchen zu dürfen. Mit dem Übergang der Preisgefahr nach § 447 Abs. 1 BGB geht zugleich der Ausschluss des Rücktritts einher. K darf sich nämlich seiner Zahlungspflicht nicht dadurch entziehen, dass er im Nachhinein den Rücktritt wegen Unmöglichkeit der Sachübergabe erklärt. Anderenfalls liefe die Gefahrtragungsregel des § 447 BGB leer.

aa) Anwendbarkeit des § 447 BGB

Da K, der den Laptop beruflich nutzen wollte, und H den Kaufvertrag als Unternehmer im Sinne des § 14 BGB abgeschlossen haben, liegt kein Verbrauchsgüterkauf gemäß § 474 BGB vor, sodass die Anwendbarkeit des § 447 BGB nicht nach § 474 Abs. 2 S. 2 BGB ausgeschlossen ist.

bb) Versendung „nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort“

Fraglich ist, ob der zweite Transport „nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort“ im Sinne des § 447 Abs. 1 BGB erfolgte. Mit Erfüllungsort meint die Vorschrift den Leistungsort, also den Ort, an dem der Schuldner die Leistungshandlung (z.B. Versendung der Sache) vorzunehmen hat, und nicht den Erfolgsort, an dem der Leistungserfolg (z.B. Übergabe und Übereignung der Sache) eintreten soll.¹⁰ Leistungs- und Erfolgsort fallen bei § 447 Abs. 1 BGB, der eine Schickschuld voraussetzt, auseinander. Bei der Schickschuld ist der Leistungsort am Sitz des Schuldners/Verkäufers, der Erfolgsort am Sitz des Gläubigers/Käufers.¹¹ Der Tatbestand des § 447 BGB ist also nicht erfüllt, wenn zwischen K und H bezüglich des zweiten Transports eine Bringschuld, bei der Leistungs- und Erfolgsort am Sitz des Gläubigers/Käufers zusammenfallen, bestand. Im Falle einer Bringschuld geht die Preisgefahr erst mit der Übergabe der Sache an den Käufer oder dessen Annahmeverzug über (§ 446 BGB). Unter dem letztgenannten Gesichtspunkt ist der Rücktritt des K nicht ausgeschlossen, weil ihm die reparierte Sache nicht übergeben worden ist.

Angesichts dessen kommt der Frage eine entscheidende Bedeutung zu, wo der Leistungsort der Nacherfüllung ist. § 439 BGB regelt diese Frage nicht ausdrücklich. Die Formulierung „Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache“ in § 439 Abs. 1 BGB, die Kostentransportpflicht des Verkäufers nach § 439 Abs. 2 BGB sowie der Verweis in § 439 Abs. 4 BGB auf die Rücktrittsvorschrift

(§§ 346-348 BGB) sagen nichts darüber aus, an welchem Ort die Nacherfüllungspflicht zu erfüllen ist.¹² Deshalb wird die Frage nach dem Nacherfüllungsort unterschiedlich beantwortet.¹³

(1) Nacherfüllungsort ist der ursprüngliche Leistungsort

Man kann den Standpunkt vertreten, der ursprüngliche Leistungsort sei auch der Nacherfüllungsort.¹⁴ Dafür spricht, dass der Nacherfüllungsanspruch der modifizierte Erfüllungsanspruch ist, sodass auch hinsichtlich des Leistungsortes auf den primären Erfüllungsanspruch abgestellt werden darf. Dieser ist ausweislich des § 269 Abs. 1 BGB im Zweifel am Sitz des Schuldners/Verkäufers.

Ausgehend davon schuldete H (da ursprünglich allenfalls eine Schickschuld vereinbart war) nur Reparatur und gegebenenfalls Absendung des Laptops, nicht aber den Transport zu K. Da K um Versendung der reparierten Sache im Sinne einer Schickschuld (siehe insoweit die Zweifelsregelung in § 269 Abs. 3 BGB) bat, ging gemäß § 447 Abs. 1 BGB mit der Übergabe der reparierten Sache an F das Transportrisiko auf K über.

(2) Leistungsort der Nacherfüllung ist der Belegenheitsort der Sache

Es lässt sich aber auch die Ansicht vertreten, dass der Leistungsort der Nacherfüllung der (vertragsgemäße) Belegenheitsort der Sache ist.¹⁵ Dies ist regelmäßig der Sitz des Käufers, sodass nach diesem Ansatz die Nacherfüllungsschuld, soweit nichts anderes vereinbart, stets eine Bringschuld ist.¹⁶ Für diese Auffassung lassen sich folgende Argumente vortragen: Die Abweichung von § 269 Abs. 1 BGB ist geboten, weil der Verkäufer durch die Übergabe einer mangelhaften Sache seine Pflicht aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB verletzt. Dies ist dem Verkäufer auch deshalb zuzumuten, weil er ausreichend über § 439 Abs. 3 BGB geschützt ist. Im Übrigen ist diese Ansicht am ehesten vereinbar mit den Vorgaben des Art. 3 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, wonach die Nacherfüllung unentgeltlich und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen muss. Da der Gesetzgeber mit der Schuldrechtsreform (jenseits des Verbrauchsgüterkaufs) grundsätzlich eine einheitliche Regelung des Kaufrechts vor dem Hinter-

¹² Insoweit zutreffend BGH NJW 2011, 2278 (2279 Rn. 22 ff.).

¹³ Ausführlich zum Streitstand BGH NJW 2011, 2278 Rn. 15 ff.; Artz, ZJS 2011, 274; Gsell, JZ 2011, 988; Ringe, NJW 2012, 3393. Eine Hausarbeit zu dieser Problematik findet sich bei Schlinkmann/Abeling, ZJS 2011, 342.

¹⁴ Dafür etwa Gsell, JZ 2011, 988 (989 f.); Lorenz, NJW 2009, 1633 (1635); wohl auch, allerdings nicht bei eingebauten Sachen, Weidenkaff, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 439 Rn. 3a; Grüneberg, Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 269 Rn. 15.

¹⁵ Dafür eine starke Lehrmeinung: Huber/Bach (Fn. 3), Rn. 110-131; Westermann (Fn. 4), § 439 Rn. 7; Grunewald, in: Erman, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2011, § 439 Rn. 6: „Im Zweifel hat der Verkäufer an dem Ort nachzuerfüllen, an dem die Sache sich befindet.“

¹⁶ Ausdrücklich Westermann (Fn. 4), § 439 Rn. 7.

⁹ Siehe nur Ernst (Fn. 8), § 326 Rn. 52.

¹⁰ Siehe Looschelders, Schuldrecht AT, 11. Aufl. 2013, Rn. 269; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I AT, 20. Aufl. 2012, Rn. 166 f.

¹¹ Vgl. Looschelders (Fn. 10), Rn. 270; Medicus/Lorenz (Fn. 10), Rn. 166.

grund der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bezweckt (sog. „große Lösung“)¹⁷, kann im gesamten Kaufrecht der Leistungsort am Belegenheitsort der Sache angesiedelt werden. Das ist zulässig, weil die in der Richtlinie vorgegebenen Mindestanforderungen (vgl. Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie) nicht verletzt werden.

Ausgehend davon ist die Nacherfüllungsschuld des H eine Bringschuld. H hatte also die Pflicht, die reparierte Sache dem K an dessen Sitz zu übergeben. Da insoweit § 447 Abs. 1 BGB ausscheidet, muss K mangels Übergang der Preisgefahr (also des Transportrisikos) auch nicht für den Untergang der Sache einstehen. Danach ist K zurückgetreten und muss an H keinen Kaufpreis entrichten.

(3) *BGH: Nacherfüllungsort sei gemäß § 269 BGB zu bestimmen*

Der BGH lehnt die genannten Ansichten ab. Nach seiner Auffassung beurteilt sich der Leistungsort der Nacherfüllung nach der allgemeinen Vorschrift des § 269 BGB.¹⁸ Danach seien zunächst etwaige Parteiabreden maßgebend. Fehle eine Parteivereinbarung über den Nacherfüllungsort, sei auf die jeweiligen Einzelfallumstände abzustellen. Erst wenn sich auch hieraus keine eindeutige Lösung ergebe, sei gemäß § 269 Abs. 1, Abs. 2 BGB auf den Sitz des Schuldners/Verkäufers zum Entstehungszeitpunkt des Kaufvertrags abzustellen. Auf den Sitz des Verkäufers sei bei einem Geschäft des täglichen Lebens abzustellen, das in seinem Ladengeschäft abgeschlossen werde und eine Kaufsache zum Gegenstand habe, die nicht an einem bestimmten Ort ein- oder aufgebaut werden müsse.¹⁹ Dafür spreche die Verkehrsauffassung, weil der Kunde die mangelhafte Ware regelmäßig zum Verkäufer bringe²⁰, und der Umstand, dass der Verkäufer an seinem Sitz die materiellen und personellen Möglichkeiten habe, die technisch aufwändigen Diagnose- oder Reparaturarbeiten durchzuführen; hinzu komme, dass der Belegenheitsort bei einer Sache, die nicht beim Käufer auf- oder eingebaut werde, variabel sein könne.²¹ Abweichend davon sei der Sitz des Käufers der Leistungsort der Nacherfüllung, wenn es um Gegenstände gehe, die „der Käufer an ihrem Bestimmungsort auf- oder eingebaut hat, oder in denen ein Rücktransport aus anderen Gründen nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen zu bewerkstelligen wäre.“²²

Hinweis: Der BGH möchte mit dieser Einschränkung offensichtlich eine Kollision mit der EuGH-Rechtsprechung (BeckRS 2011, 80988 = NJW 2012, 1073) zu der Ein- und Ausbauproblematik beim Nacherfüllungsanspruch des Verbrauchers gegen den unternehmerischen Verkäufer vermeiden. Gleichwohl hätte der BGH die Frage nach dem Leistungsort der Nacherfüllung dem EuGH zur Entschei-

dung vorlegen müssen, weil im konkreten Fall ein Verbrauchsgüterkauf vorlag und eine erhebliche Unannehmlichkeit für den Verbraucher, die die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie verbietet, auch darin bestehen kann, dass er eine Sache, die nicht zum Einbau bestimmt ist, zum Verkäufer bringen muss.²³

Ausgehend von diesen Kriterien sprechen die Einzelfallumstände für einen Leistungsort der Nacherfüllung am Sitz des Verkäufers: H verfügt über eine eigene Werkstatt, um notwendige Reparaturarbeiten an seinem Sitz durchführen zu können. K hat – entsprechend der vom *BGH* erwähnten Verkehrssitte – den Laptop, der nicht zum Einbau bestimmt war, zwecks Reparatur zu H gebracht. Eine Versendung des reparierten Laptops erfolgte nur, weil K beruflich verhindert war, das Gerät persönlich abzuholen.

(4) *Stellungnahme*

Es kann dahinstehen, ob beim Verbrauchsgüterkauf wegen der Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie allein die Ansicht überzeugt, der Nacherfüllungsort sei am Belegenheitsort der Sache, also in aller Regel am Sitz des Käufers. Der Geltungsbereich dieser Richtlinie ist nämlich nicht eröffnet, weil zwischen H und K ein Kaufvertrag zwischen Unternehmern (§ 14 BGB) besteht. Es kann auch nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, der Gesetzgeber habe richtlinienüberschießend im gesamten Kaufrecht den Belegenheitsort der Sache als Nacherfüllungsort festgelegt, sodass insoweit eine einheitliche Auslegung des deutschen Kaufrechts vorzunehmen sei.²⁴ Dagegen spricht zum einen, dass das Kaufgewährleistungsrecht überhaupt keine ausdrückliche Regelung zum Leistungsort der Nacherfüllung enthält. Zum anderen ist selbst beim Verbrauchsgüterkauf ungewiss, ob die Ermittlung des Nacherfüllungsortes gemäß § 269 BGB richtlinienwidrig ist. Die Bejahung der Richtlinienwidrigkeit würde fernab des Verbrauchsgüterkaufs nicht ausschließen, den Nacherfüllungsort mithilfe des § 269 BGB zu ermitteln. Dass der Gesetzgeber mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (jenseits des Verbrauchsgüterkaufs) grundsätzlich eine einheitliche Regelung des Kaufrechts vor dem Hintergrund der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bezweckte²⁵, führt nicht zwingend zu der Verpflichtung, eine einheitliche Auslegung des nationalen Rechts vorzunehmen.²⁶ Es kommt vielmehr darauf an, ob im konkre-

¹⁷ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 2 sowie S. 211; BGH NJW 2011, 2278 (2283 Rn. 47).

¹⁸ BGH NJW 2011, 2278 (2280 Rn. 29 ff.).

¹⁹ BGH NJW 2001, 2278 (2281 Rn. 33).

²⁰ Berechtigte Kritik gegen das Abstellen auf die Verkehrssitte äußert Artz, ZJS 2011, 274 (275).

²¹ BGH NJW 2011, 2278 (2281 Rn. 33).

²² BGH NJW 2011, 2278 (2281 Rn. 34 ff.).

²³ Ebenso etwa: Artz, 2011, 274 (275); Faust, JuS 2011, 748 (750); Gsell, JZ 2011, 988 (995 ff.); Staudinger/Artz, NJW 2011, 3121 (3122 f.); demgegenüber hält Looschelders, JA 2011, 783 (785), das Vorgehen des BGH für richtliniengemäß.

²⁴ Zur einheitlichen und gespaltenen Auslegung im Bereich der richtlinienüberschießenden Umsetzung *Habersack/Mayer*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. 2010, § 15 Rn. 18 ff.; Leenen, Jura 2012, 753 (754 f.).

²⁵ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 2 sowie S. 211; BGH NJW 2011, 2278 (2283 Rn. 47).

²⁶ Statt vieler BGH NJW 2013, 220 (221 Rn. 17 ff.); *Habersack/Mayer* (Fn. 24), § 15 Rn. 36 ff.; Leenen, Jura 2012, 753 (754).

ten Zusammenhang ein Wille des deutschen Gesetzgebers zur einheitlichen Regelung vorliegt.²⁷

Bezogen auf den Nacherfüllungsort sprechen - außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs - die besseren Argumente dafür, diesen mithilfe des § 269 BGB zu ermitteln und nicht stets am Belegenheitsort der Sache anzusiedeln. Der im gesamten Kaufrecht geltende Grundsatz, die Nacherfüllung müsse unentgeltlich erfolgen, bleibt auch dann erhalten, wenn man gemäß § 269 BGB den Leistungsort der Nacherfüllung am Sitz des Verkäufers ansiedelt. Gemäß § 439 Abs. 2 BGB trägt der Verkäufer die Transportkosten. Dem Argument, der Käufer bleibe auf den Transportkosten sitzen, wenn sich später herausstellt, dass kein Sachmangel vorlag²⁸, ist entgegenzuhalten, dass dies auch gilt, wenn man den Nacherfüllungsort am Sitz des Käufers ansiedelt, weil dann der Verkäufer die Transportkosten vom Käufer ersetzt verlangen darf, entweder über §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB (bei Vertretenmüssen des Käufers) oder verschuldensunabhängig über die Geschäftsführung ohne Auftrag oder das Bereicherungsrecht.²⁹ Legte man den Leistungsort der Nacherfüllung stets am Sitz des Käufers fest, würde dies nicht nur zu einer Modifizierung der Leistungshandlung führen, sondern auch zu einer Veränderung des Leistungserfolges, was einen erheblichen Eingriff in das von den Parteien festgelegte Leistungsprogramm darstellte und eine Verschiebung des Maßstabs der §§ 275 Abs. 2, 439 Abs. 3 BGB zu Lasten des Verkäufers zur Folge hätte.³⁰ Zuzugeben ist zwar, dass das Abstellen auf die Einzelfallumstände die Rechtssicherheit tangieren kann. Dies ist aber nicht nur deshalb hinzunehmen, weil die Berücksichtigung der Einzelfallumstände der Grundkonzeption des § 269 Abs. 1 BGB entspricht³¹, sondern auch, weil der Rechtsicherheit durch Bildung von Fallgruppen seitens der Rechtsprechung Rechnung getragen werden kann.³² Jedenfalls für Kaufverträge, die keine Verbrauchsgüterkaufverträge sind, hat die Entscheidung des BGH bezüglich des Leistungsorts der Nacherfüllung Klarheit gebracht.

Ausgehend von diesen Überlegungen befand sich im vorliegenden Fall der Erfüllungsort der Nacherfüllung am Sitz des H, der Erfolgsort am Sitz des K. Mithin erfolgte der Transport des reparierten Laptops nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort.

cc) Die übrigen Voraussetzungen des § 447 Abs. 1 BGB

Die übrigen Voraussetzungen des § 447 Abs. 1 BGB sind erfüllt. Die zweite Versendung des Laptops erfolgte auf Verlangen des K. Der Laptop wurde zwecks Transports dem Frachtführer F übergeben. § 447 Abs. 1 BGB setzt als Ge-

fahrtragungsregel den zufälligen Untergang der Ware voraus, sodass der Tatbestand bei Vertretenmüssen des Verkäufers nicht erfüllt ist.³³ Die Zerstörung des Laptops erfolgte zufällig, weil niemand den Unfall verschuldete.

dd) Zwischenergebnis

K ist für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde (= Unmöglichkeit wegen des Untergangs der reparierten Sache), allein verantwortlich. Deshalb ist der Rücktritt gemäß § 323 Abs. 6 Var. 1 BGB ausgeschlossen.

3. Zwischenergebnis

Der Kaufpreisanspruch des H ist nicht erloschen.

III. Kaufpreisanspruch durchsetzbar

Der Kaufpreisanspruch des H ist durchsetzbar, weil dem K keine Einrede zusteht. Die in Betracht kommende Einrede des K gemäß § 273 Abs. 1 BGB wegen eines Surrogationsanspruchs des K gegen H analog § 285 Abs. 1 BGB³⁴ auf Abtretung eines Schadensersatzanspruchs H gegen F aus § 425 HGB scheidet aus. H hat gegen F keinen Anspruch aus § 425 HGB, weil F den Unfall nicht zu vertreten hat (vgl. § 426 HGB). Es besteht also kein Schadensersatzanspruch des H, den er an K abtreten könnte.

Zudem ist zwar eine Einrede gemäß § 273 Abs. 1 BGB wegen eines Schadensersatzanspruchs K gegen H nach § 823 Abs. 1 BGB denkbar, weil K während des zweiten Transports Eigentümer des Laptops war. Allerdings scheidet auch dieser Anspruch am fehlenden Verschulden des H.

IV. Ergebnis zu Teil 1

H hat gegen K einen durchsetzbaren Anspruch auf Kaufpreiszahlung.

Teil 2: Ansprüche L gegen T

I. Anspruch auf Kaufpreiszahlung aus Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 2 BGB

Da zwischen L und T ein wirksamer Kaufvertrag besteht, ist der Kaufpreisanspruch entstanden. Der Anspruch ist nicht erloschen. Fraglich ist allein, ob der Anspruch durchsetzbar ist. Der Durchsetzbarkeit des Anspruchs könnte die Einrede des nichterfüllten Vertrages nach § 320 Abs. 1 BGB entgegenstehen. L hat der T zu keinem Zeitpunkt eine mangelfreie Sache verschafft. Daran ändert auch das Übergabeangebot bezüglich der reparierten Sache nichts; insoweit bleibt L zur Übergabe der reparierten Sache verpflichtet.

1. Vorleistungspflicht der T

T steht die Einrede des § 320 Abs. 1 BGB nicht zu, wenn sie bezogen auf die Zahlung des Kaufpreises vorleistungspflicht-

²⁷ Vgl. nur BGH NJW 2013, 220 (221 f. Rn. 20 ff.).

²⁸ In diese Richtung (allerdings zum Verbrauchsgüterkauf) Artz, ZJS 2011, 274 (276).

²⁹ Siehe dazu Medicus/Lorenz (Fn. 3), Rn. 145; vgl. auch Staudinger/Artz, NJW 2011, 3121 (3123).

³⁰ Überzeugend Gsell, JZ 2011, 988 (989 f.).

³¹ Im Übrigen ist es nicht ungewöhnlich, dass im BGB auf Umstände des Einzelfalls abgestellt wird, siehe nur: § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB, § 281 Abs. 2 BGB.

³² In diese Richtung auch Looschelders, JA 2011, 783 (785).

³³ Statt vieler Huber/Bach (Fn. 3), Rn. 312; Weidenkaff (Fn. 14), § 447 Rn. 15.

³⁴ Der in Betracht kommende Surrogationsanspruch aus § 285 BGB steht nicht im Synallagma zum Lieferungsanspruch, so zutreffend Huber/Bach (Fn. 3), Rn. 316 f.

tig ist. Ursprünglich schuldeten L und T die Erfüllung ihrer Primärpflichten Zug-um-Zug. Möglicherweise ist T aufgrund der Nichtannahme der reparierten Sache vorleistungspflichtig geworden. Dies ist der Fall, wenn T durch die Nichtannahme der Leistung in Gläubigerverzug gemäß §§ 293 ff. BGB geraten ist.³⁵ Dieser Ausschluss des § 320 BGB ist gerechtfertigt, weil T in diesem Fall gegen ihre eigene Vertragstreue verstößt.³⁶

2. Annahmeverzug der T nach §§ 293 ff. BGB

a) Tatsächliches Angebot gemäß § 294 BGB

Zunächst müsste L der T die Leistung, so wie sie zu bewirken war, tatsächlich angeboten haben (§ 294 BGB). L bot der T die verkaufte Sache nach der Reparatur tatsächlich an. Ob er damit seine Leistung, so wie geschuldet, angeboten hat, hängt davon ab, ob ihm das Wahlrecht innerhalb der Nachbesserungsvariante des § 439 Abs. 1 Var. 1 BGB zustand. Konkret geht es um die Wahl zwischen dem Austausch des defekten Kompressors und dessen Reparatur. Stünde diese Wahl der T zu, dann hätte L, der den Kompressor nur repariert hat, die Leistung nicht so angeboten, wie sie zu bewirken war, weil T in der E-Mail ausdrücklich den Austausch des Kompressors wählte. Insoweit ist klarzustellen, dass der Austausch eines mangelhaften Teils einer Kaufsache eine Nachbesserung im Sinne des § 439 Abs. 1 Var. 1 BGB ist und nicht etwa eine Neulieferung eines mangelfreien Teils nach § 439 Abs. 1 Var. 2 BGB. Das Wahlrecht innerhalb der Nachbesserung wird von § 439 Abs. 1 BGB nicht geregelt. Dort geht es vielmehr um das Wahlrecht zwischen der Nachbesserung und der Ersatzlieferung. Insoweit liegt die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke nahe.

Deshalb wird vereinzelt vorgeschlagen, § 439 Abs. 1 BGB analog anzuwenden und dem Käufer diese Wahlmöglichkeit zu geben.³⁷ Insbesondere spreche die Sachnähe des Verkäufers nicht gegen die Wahl des Käufers, weil der Gesetzgeber diesen Aspekt bereits bei der Zuweisung des Wahlrechts zwischen Nachbesserung und Neulieferung für grundsätzlich unbeachtlich gehalten habe; dies müsse auch innerhalb der Nachbesserung gelten.³⁸ Schließlich sei der Verkäufer ausreichend über § 439 Abs. 3 BGB geschützt.³⁹

Diese Analogie ist abzulehnen. Die Wahlmöglichkeit innerhalb der Nachbesserung steht dem Verkäufer (also dem

Schuldner) zu.⁴⁰ Eine Gesetzesanalogie ist nämlich nur dann zulässig, wenn neben einer planwidrigen Regelungslücke eine vergleichbare Interessenlage vorliegt. Gerade letzteres ist hier nicht der Fall. Gegen eine vergleichbare Interessenlage spricht vor allem, dass der Verkäufer nicht nur das Kostenrisiko der Nachbesserung trägt, sondern auch die größere Sachnähe aufweist. Wie der Verkäufer die sachmangelfreie Reparatur erreicht, kann dem Käufer, der meist nicht einmal die verschiedenen Modalitäten kennt, gleichgültig sein.⁴¹ Hierfür spricht auch der Vergleich zur Wahlmöglichkeit des Werkunternehmers in § 635 Abs. 1 BGB, der ebenfalls ausschließlich den Erfolg der Mangelbeseitigung schuldet, nicht aber eine bestimmte Art derselben.⁴² Der Käufer ist über § 440 BGB ausreichend vor einer unzumutbaren Nachbesserungsart geschützt.⁴³ Eine anderslautende Beurteilung ergibt sich auch nicht aus der Gesetzesbegründung. Der Gesetzgeber hat in § 439 Abs. 1 BGB dem Käufer das Wahlrecht in erster Linie deshalb zugesprochen, um der Vorgabe des Art. 3 Abs. 3 S. 1 in Verbindung mit dem 10. Erwägungsgrund der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, die ein Käuferwahlrecht zwischen Nachbesserung und Nachlieferung beim Verbrauchsgüterkauf zwingend vorsieht, gerecht zu werden.⁴⁴ Für die Wahl innerhalb der Nachbesserung gibt die Richtlinie nichts her. Schließlich spricht für die hier vertretene Ansicht der allgemeine Grundsatz, dass im Zweifel der Schuldner (hier der Verkäufer) die Art und Weise der Leistung bestimmen darf, soweit es an einer besonderen vertraglichen oder gesetzlichen Bestimmung fehlt.⁴⁵ Gerade dieser Grundsatz zeigt, dass die Annahme einer Wahlmöglichkeit des Verkäufers keinen Systembruch darstellt, sondern Ausdruck der gängigen Dogmatik ist. Im Lichte dieser Erkenntnis stellt sich das Käuferwahlrecht in § 439 Abs. 1 BGB eher als gesetzliche Ausnahmeregelung dar.

Demzufolge durfte L im Zuge der Nachbesserung entscheiden, ob er den mangelhaften Kompressor austauscht oder repariert, sodass die Aufforderung der T, L solle den Kompressor austauschen, rechtlich ins Leere ging. L hat den Kompressor ordnungsgemäß repariert und damit der T zum vereinbarten Anlieferungszeitpunkt einen mangelfreien Kühlschrank angeboten.

b) Die übrigen Voraussetzungen des Annahmeverzugs

Die übrigen Voraussetzungen des Annahmeverzugs sind erfüllt. L war zur Leistung berechtigt, weil die Nacherfüllungsleistung spätestens zum vereinbarten Termin fällig war (vgl. § 271 BGB). L war auch zur Bewirkung der Leistung bereit und imstande, sodass kein Unvermögen nach § 297 BGB vor-

³⁵ Da T gemäß § 433 Abs. 2 BGB auch die Annahme der mangelfreien Sache schuldet, läge zugleich ein Schuldnerverzug (ohne Mahnung, vgl. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB) vor; das Vertretenmüssen wird nach § 286 Abs. 4 BGB vermutet.

³⁶ Siehe zu dieser Wertung nur *Westermann*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2011, § 320 Rn. 7 sowie Rn. 23 f.

³⁷ *Jacobs*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2002, S. 371 (377); *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2007, § 2 Rn. 139.

³⁸ Nach *Oechsler* (Fn. 37), § 2 Rn. 139, begründe die Sachnähe des Verkäufers eher eine Pflicht, den Käufer über die verschiedenen Möglichkeiten aufzuklären.

³⁹ *Jacobs* (Fn. 37), S. 371, 377.

⁴⁰ So auch die h.M.: *Faust* (Fn. 4), § 439 Rn. 26; *Grunewald* (Fn. 15), § 439 Rn. 3; *Huber*, NJW 2002, 1004 (1006); *Tiedtke/Schmitt*, 40 Probleme aus dem BGB – Kaufrecht, 2005, S. 115.

⁴¹ *Grunewald* (Fn. 15), § 439 Rn. 3.

⁴² In diese Richtung *Faust* (Fn. 4), § 439 Rn. 26.

⁴³ *Huber*, NJW 2002, 1004 (1006).

⁴⁴ Vgl. BT-Drs. 14/6040 S. 231 li. Sp.

⁴⁵ Vgl. *Tiedtke/Schmitt*, DStR 2004, 2016 (2018); näher *Samhat*, Die Abgrenzung der Wahlschuld von der elektiven Konkurrenz nach dem BGB, 2012, S. 93 f.

lag. Da bezüglich der Nacherfüllung eine Leistungszeit zwischen L und T vereinbart war, liegt auch keine vorübergehende Annahmeverhinderung der T gemäß § 299 BGB vor. Dass T davon ausging, nicht zur Annahme verpflichtet zu sein, weil ihr das Wahlrecht zwischen dem Austausch des Kompressors und dessen Reparatur zustehe, ist bereits deshalb irrelevant, weil der Annahmeverzug nach §§ 293 ff. BGB kein Vertretenmüssen des Gläubigers voraussetzt.

3. Ergebnis

Durch die Nichtannahme der Nacherfüllungsleistung ist T in Annahmeverzug geraten, sodass sie bezüglich des Kaufpreises vorleistungspflichtig ist. Eine Einrede des § 320 Abs. 1 BGB steht ihr nicht zu.

II. Ersatz der Transportkosten in Höhe von 50 EUR gemäß § 304 BGB

L musste für das erfolglose Angebot des mangelfreien Kühlschranks Transportkosten in Höhe von 50 EUR aufwenden. Diese Kosten kann er von T nach § 304 BGB ersetzt verlangen, weil T mit der Nichtannahme des mangelfreien Kühlschranks in Annahmeverzug geriet.

III. Anspruch auf Zahlung von 50 EUR wegen Nichtannahme gemäß §§ 433 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch L gegen T auf Zahlung von 50 EUR wegen der Nichtannahme des reparierten Kühlschranks gemäß §§ 433 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB scheidet aus. Durch die Nichtannahme verletzte T zwar schuldhaft eine Nebenleistungspflicht aus dem Kaufvertrag. Jedoch ist dem L daraus kein kausaler Schaden entstanden, weil die besagten Transportkosten auch entstanden wären, wenn T den Kühlschrank angenommen hätte.

IV. Anspruch auf Zinsen gemäß §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286, 288 Abs. 1 BGB

Schließlich kann L von T eine Zinszahlung nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286, 288 Abs. 1 BGB beanspruchen. T verletzte nämlich durch die Nichtannahme des reparierten Kühlschranks ihre Abnahmepflicht aus § 433 Abs. 2 BGB. Insofern wird das Vertretenmüssen der T nach § 286 Abs. 4 BGB vermutet, weil sie sich durch ihren Rechtsirrtum, sie sei zur Wahl innerhalb der Nachbesserung berechtigt, nicht entlasten kann. Eine ordnungsgemäße Mahnung des L gegenüber T ist einen Tag nach der erfolglosen Anlieferung erfolgt, sodass T seit dem Zugang der Mahnung in Schuldnerverzug mit der Begleichung der Kaufpreisforderung in Höhe von 1000 EUR und der Transportkosten in Höhe von 50 EUR ist. Die Höhe des Zinsanspruchs beträgt nach § 288 Abs. 1 S. 2 BGB fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.

V. Ergebnis zu Teil 2

L stehen gegen T die geltend gemachten Ansprüche zu.

Teil 3: Ansprüche K gegen S

I. Anspruch auf Rückzahlung des gesamten Kaufpreises gemäß § 346 Abs. 1 BGB

K könnte gegen S einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 1000 EUR gemäß § 346 Abs. 1 BGB⁴⁶ haben. Dann müsste K wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten sein.

1. Rücktrittserklärung

K hat gegenüber S den Rücktritt vom Vertrag gemäß § 349 BGB erklärt.

2. Rücktrittsgrund gemäß §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 Var. 1 BGB

Dem K könnte ein Rücktrittsgrund gemäß §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 Var. 1 BGB zustehen. Der Kaufvertrag zwischen K und S ist ein gegenseitiger Vertrag im Sinne des § 323 Abs. 1 BGB. Die Leistung des S zur Lieferung der von K gekauften 100 Gläser ist fällig. Zudem ist die von K dem S gesetzte angemessene Nacherfüllungsfrist erfolglos abgelaufen.

Zweifelhaft ist allein, ob die Lieferung der 75 Gläser, also die Zuweniglieferung, eine teilweise Nichtleistung im Sinne der ersten Variante des § 323 Abs. 1 BGB ist. Insofern kommt nämlich auch eine Schlechtleistung in Betracht, also eine nicht vertragsgemäße Leistung im Sinne der zweiten Variante des § 323 Abs. 1 BGB. Die Zuweniglieferung, die in Erfüllung des Kaufvertrags erfolgt, stellt im Kaufgewährleistungsrecht unstreitig einen Sachmangel nach § 434 Abs. 3 Var. 2 BGB dar. Die herrschende Meinung fordert bei § 434 Abs. 3 BGB einen für den Käufer erkennbaren Zusammenhang zwischen der Leistung des Verkäufers und dessen Verpflichtung, also eine Tilgungsbestimmung des Verkäufers.⁴⁷ Da der überarbeitete S ausweislich der Rechnung über 100 Gläser davon ausging, er erfülle mit der Lieferung seine kaufvertragliche Verpflichtung, stellt die Lieferung von lediglich 75 Gläser einen Sachmangel nach § 434 Abs. 3 Var. 2 BGB dar.

§ 437 Nr. 2 BGB nimmt diesen Sachmangel in Bezug und gestattet dem Käufer unter anderem den Rücktritt vom Vertrag nach § 323 BGB. Auf den ersten Blick scheint die (unbewusste) Zuweniglieferung eine Schlechtleistung nach § 323 Abs. 1 Var. 2 BGB zu sein, also keine Teilleistung gemäß § 323 Abs. 1 Var. 1 BGB. Ausgehend davon ist der Rücktritt vom ganzen Vertrag ausgeschlossen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist (vgl. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB); ob der Käufer ein Interesse an der bereits erhaltenen Teilleistung hat, ist dann irrelevant.

Indes: Die kaufrechtliche Gleichstellung von Zuweniglieferung und Sachmangel in § 434 Abs. 3 Var. 2 BGB ist nicht mit dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht abgestimmt, das

⁴⁶ Die Anspruchsgrundlage ist § 346 Abs. 1 BGB. In der Ausbildungsliteratur werden häufig die §§ 433, 434, 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB mitzitiert. Das ist aber nicht erforderlich.

⁴⁷ Vgl. *Westermann* (Fn. 4), § 434 Rn. 45; *BT-Drs.* 14/6040, S. 216 re. Sp.; *Tiedtke/Schmitt*, JZ 2004, 1092 (1095 ff.), weisen deshalb zu Recht darauf hin, dass bei § 434 Abs. 3 BGB nicht die herrschende Theorie der realen Leistungsbewirkung gilt, sondern die Theorie der finalen Leistungsbewirkung.

in § 323 Abs. 5 S. 1, 2 BGB eindeutig zwischen Teil- und Schlechtleistung differenziert. Nach § 323 Abs. 5 S. 1 BGB kommt bei einer Teilleistung ein Rücktritt vom ganzen Vertrag nur dann in Betracht, wenn der Gläubiger darlegt, dass er an der Teilleistung kein Interesse mehr hat. Die Anforderungen sind also deutlich höher als bei der Schlechtleistung. Mit anderen Worten: Die Lossagung vom ganzen Vertrag ist bei Zugrundelegung einer Schlechtleistung sehr viel leichter als bei Zugrundelegung einer Teilleistung.

Es ist umstritten, ob die Gleichstellung von Zuweniglieferung und Sachmangel nach § 434 Abs. 3 Var. 2 BGB auch auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht (§§ 323, 281 BGB) durchschlägt.⁴⁸

a) Zuweniglieferung ist eine Schlechtleistung nach § 323 Abs. 1 Var. 2 BGB

Man könnte die Ansicht vertreten, die Zuweniglieferung sei nicht nur ein Sachmangel nach § 434 Abs. 3 BGB, sondern auch eine Schlechtleistung gemäß § 323 Abs. 1 Var. 2 BGB. Dafür sprechen folgende Argumente: § 434 Abs. 3 Var. 2 BGB fingiert eine Gleichstellung von Zuweniglieferung und Sachmangel, ohne eine Einschränkung bezogen auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht vorzunehmen. Wenn die Zuweniglieferung beim Kauf einen Sachmangel darstellt, kann sie im allgemeinen Leistungsstörungenrecht keine Teilleistung sein. § 323 Abs. 1 BGB gilt nämlich nicht originär, sondern nur aufgrund der Verweisung in § 437 Nr. 2 BGB. Diese Vorschrift verweist aber nur im Falle eines Sachmangels auf § 323 BGB. Im Übrigen ist die Interessenlage beim Sachmangel und bei der Zuweniglieferung gleich, weil es für den Käufer keinen Unterschied macht, ob von den 100 gekauften Weingläsern nur 75 geliefert werden, oder ob er zwar 100 Gläser erhält, von denen aber 25 unbrauchbar sind. In beiden Fällen bekommt er nur 75 brauchbare Gläser.

b) Zuweniglieferung ist eine Teilleistung nach § 323 Abs. 1 Var. 1 BGB

Die genannte Ansicht ist – trotz stichhaltiger Argumente – abzulehnen. Vorzugswürdig ist vielmehr die Auffassung, die zwar bei einer Zuweniglieferung einen Sachmangel nach § 434 Abs. 3 Var. 2 BGB annimmt, aber bei der Anwendung des § 323 Abs. 1 BGB eine Teilleistung bejaht. § 323 Abs. 1 BGB stellt nämlich nicht auf den Begriff des Sachmangels ab, sondern knüpft an die „nicht vertragsgemäße“ oder „nicht wie geschuldete“ Leistung an. Der Wortlaut des § 434 Abs. 3 Var. 2 BGB erlaubt daher eine Auslegung, die die Gleichstellung zwischen Zuweniglieferung und Sachmangel ausschließlich auf die besonderen kaufrechtlichen Vorschriften bezieht, die tatsächlich an den Begriff des Sachmangels anknüpfen. Von „einer“ mangelhaften Kaufsache kann angesichts der Lieferung von einzelnen Gegenständen kaum die Rede sein; insoweit liegt die Annahme einer Teilleistung näher. Die systematische Stellung des § 434 Abs. 3 BGB zeigt, dass es sich

dogmatisch um eine spezifisch kaufgewährleistungsrechtliche Gleichstellung handelt. Der *lex specialis*-Grundsatz kann nicht herangezogen werden, weil die Regelungen des besonderen Kaufrechts gegenüber dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht nur insoweit vorrangig sind, als eine eigenständige Regelung getroffen wird. Das ist in diesem Kontext jedoch nicht der Fall, weil die Frage nach der Voll- oder Teilabwicklung des Vertrages durch die Verweisung in § 437 Nr. 2 BGB gerade dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht überlassen wird. Daher kann in dieser Frage der § 323 Abs. 1, Abs. 5 BGB auch als Sondervorschrift gegenüber dem § 434 Abs. 3 BGB verstanden werden. Hätte der Gesetzgeber die Zuweniglieferung auch bei § 323 BGB als Schlechtleistung werten wollen, hätte er § 323 Abs. 5 BGB von der Verweisung des § 437 Nr. 2 BGB auf der Rechtsfolgenseite ausnehmen müssen.⁴⁹ Dies hat der Gesetzgeber aber nicht getan. Für die Anwendung der Teilleistungsvariante des § 323 Abs. 1 BGB spricht vor allem der Grundsatz *pacta sunt servanda*, weil das Vertragsverhältnis aufrechtzuerhalten ist, solange der Gläubiger ein Interesse an der Teilleistung hat; in diesem Fall ist ihm das Festhalten am Vertrag zuzumuten.⁵⁰

c) Zwischenergebnis

Die Zuweniglieferung stellt eine Teilleistung nach § 323 Abs. 1 Var. 1 BGB dar.

3. Ausschluss des Rücktritts gemäß § 323 Abs. 5 S. 1 BGB

Der Rücktritt vom ganzen Vertrag ist gemäß § 323 Abs. 5 S. 1 BGB ausgeschlossen, wenn K an der bereits erhaltenen Teilleistung noch ein Interesse hat. K hat nicht substantiiert dargelegt, dass er kein Interesse an den erhaltenen 75 Weingläsern hat. Für sein fortbestehendes Interesse spricht insbesondere, dass er identische Weingläser desselben Herstellers bei D erwarb. Da die erhaltenen 75 Gläser mangelfrei sind und somit ihren Zweck erfüllen, scheidet ein Rücktritt von dem ganzen Vertrag aus.

Hinweise zur Alternativlösung: Wer bei der Zuweniglieferung eine Schlechtleistung nach § 323 Abs. 1 Var. 2 BGB bejaht, wird keinen Ausschluss des Rücktritts gemäß § 323 Abs. 5 S. 2 BGB annehmen, weil eine Zuweniglieferung von 25 % keinesfalls unerheblich ist. Ausgehend davon ist K von dem ganzen Vertrag zurückgetreten, sodass er gemäß § 346 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Rückzahlung des gesamten Kaufpreises hat. Dieser Anspruch ist jedoch einredebehaftet⁵¹, weil die sich aus dem Rücktritt ergebenden Verpflichtungen Zug-um-Zug zu erfüllen sind (§ 348 BGB). Die Pflicht des K, die 75 Weingläser dem S zurückzugewähren *und* einen entsprechenden Ersatz für die zweiwöchige Nutzung der Gläser zu entrichten, ergibt

⁴⁸ Ausführlich zum Problem *Tiedtke/Schmitt* (Fn. 40), S. 91 ff.; die hiesige Streitdarstellung orientiert sich im Wesentlichen daran.

⁴⁹ Vgl. *Schwab*, AGB-Recht, 2008, Rn. 662.

⁵⁰ Richtig *Schwab* (Fn. 49), Rn. 662.

⁵¹ Gegebenenfalls gemäß § 389 BGB teilweise erloschen, wenn man im Wege der Auslegung hinsichtlich des Nutzungersatzanspruchs des S gegen K in Höhe von 105 EUR zu einer Aufrechnung des S gelangt.

sich unproblematisch aus § 346 Abs. 1 BGB. Wer hier den Nutzungersatzanspruch mit dem Hinweis auf § 474 Abs. 2 S. 1 BGB ablehnt, begeht einen Fehler.

4. Rechtsfolge und Ergebnis

K kann nicht von dem ganzen Vertrag zurücktreten und hat demzufolge auch keinen Anspruch auf Rückzahlung des gesamten Kaufpreises. Vielmehr ist nur ein Teilrücktritt hinsichtlich der nicht gelieferten 25 Gläser erfolgt mit der Folge, dass K von S Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 250 EUR verlangen kann.

Hinweis zum Prüfungsaufbau: Den aus dem Teilrücktritt resultierenden Anspruch aus § 346 Abs. 1 BGB in Höhe von 250 EUR kann man freilich auch in einem separaten Gliederungspunkt prüfen.

II. Anspruch auf Rückzahlung von 1000 EUR aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB (Schadensersatz statt der ganzen Leistung)

K darf die Rückzahlung des gesamten Kaufpreises auch nicht über den sogenannten großen Schadensersatz gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB beanspruchen. Denn nach § 281 Abs. 1 S. 2 BGB kann der Gläubiger (also K) im Falle einer Teilleistung des Schuldners, wie hier der Fall (s.o.⁵²), Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur dann verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. K hat aber an der von S erbrachten Teilleistung weiterhin ein Interesse.

Hinweis zur Alternativlösung: Wer hier eine Schlechtleistung nach § 281 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB annimmt, muss den Schadensersatz statt der ganzen Leistung bejahen, weil die Pflichtverletzung nicht gemäß § 281 Abs. 1 S. 3 BGB unerheblich ist.

III. Anspruch auf Rückzahlung von 250 EUR aus Schadensersatz statt der Nacherfüllungsleistung gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB

Allerdings kann K von S die Rückzahlung des bereits geleisteten Kaufpreises in Höhe von 250 EUR als „Mindestschaden“ auch auf einen Schadensersatzanspruch statt der Nacherfüllungsleistung (also statt der Lieferung von 25 Gläsern) gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB stützen. Dies ist nach § 325 BGB trotz des erfolgten Teilrücktritts möglich.⁵³

IV. Anspruch auf Ersatz der an D gezahlten 50 EUR gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB

K war berechtigt, nach dem erfolglosen Ablauf der dem S gesetzten Frist bei D 25 Weingläser zu erwerben. Hierfür musste er pro Glas einen Differenzbetrag von 2 EUR zahlen, also insgesamt 50 EUR. Diesen Betrag kann er von S als Schadensersatz statt der Nacherfüllungsleistung gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB ersetzt verlangen. S verletzte eine Pflicht aus dem Kaufvertrag, weil er die geschuldeten 25 Gläser trotz Fälligkeit und angemessener Fristsetzung nicht lieferte. Das Vertretenmüssen des S ist gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zu vermuten. K ist wirtschaftlich so zu stellen, wie er stünde, wenn S ordnungsgemäß erfüllt hätte. Hätte S vertragsgemäß geleistet, hätte K keinen Deckungskauf bezüglich der 25 fehlenden Gläser zum Preis von 50 EUR vornehmen müssen.

IV. Ergebnis zu Teil 3

K ist nur hinsichtlich der noch nicht gelieferten 25 Weingläser zurückgetreten und kann hierfür den bereits geleisteten Kaufpreis in Höhe von 250 EUR zurückverlangen. Zudem steht ihm gegen S ein Schadensersatzanspruch statt der Nacherfüllungsleistung bezüglich der an D gezahlten 50 EUR zu. Insgesamt kann K von S 300 EUR beanspruchen.

⁵² Das oben bei § 323 BGB ausgeführte Problem stellt sich auch beim Schadensersatz statt der ganzen Leistung gemäß § 281 BGB; insoweit darf hinsichtlich der Streitentscheidung und der Argumentation nach oben verwiesen werden.

⁵³ So auch *Grüneberg* (Fn. 14), § 281 Rn. 23; *Schmidt*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 28, Stand: 1.8.2013, § 325 Rn. 13; eine andere Ansicht vertritt *Gsell*, JZ 2004, 643 (647): Kaufpreistrückzahlung nur über § 346 BGB.

Schwerpunktbereichsklausur Völkerrecht: Menschenrechtsverletzungen durch eingeladene Soldaten

Von Wiss. Mitarbeiterin **Sarah Schadendorf**, Wiss. Mitarbeiter **Julian Udich**, Hamburg*

Die Klausur wurde an der Bucerius Law School im Examen des Schwerpunktbereichs „Europäisches und Internationales Recht“ im Wintersemester 2012 gestellt. Die Bearbeiter erreichten im Durchschnitt 10,00 Punkte. Die Klausur gliedert sich in einen menschenrechtlichen und einen allgemein völkerrechtlichen Teil. Im ersten Aufgabenkomplex sind Verletzungen mehrerer Rechte der EMRK im Rahmen einer Individualbeschwerde vor dem EGMR zu prüfen. In der Zulässigkeitsprüfung muss die extraterritoriale Anwendbarkeit der EMRK anhand der Rechtsprechung des EGMR dargestellt werden. Die Begründetheitsprüfung erfordert insbesondere eine Auseinandersetzung mit den Art. 3, 5, 6 und 8 EMRK sowie mit Art. 2 EMRK. Im zweiten Aufgabenkomplex sind im Verfahren vor dem IGH Probleme zur Jurisdiktion und Kündigung von Verträgen zu erörtern. Einen zweiten Schwerpunkt bilden die Ausübung von diplomatischem Schutz durch einen Drittstaat sowie Belehrungspflichten aus dem Wiener Konsularrechtsübereinkommen.

Sachverhalt

Der europäische Staat A hat im Rahmen einer Aktion des Militärbündnisses NETA, dessen Mitglied er ist, eigene Soldaten und Polizisten in den afrikanischen Staat C entsandt, wo sie nach einem lange währenden Bürgerkrieg zum Aufbau von Polizei und Justiz tätig werden sollen. Die Entsendung erfolgte auf Einladung der Regierung von C und wurde vom UN-Sicherheitsrat durch eine Resolution gebilligt.

Im Oktober 2012 kommt es vor einer in C gelegenen Chemiefabrik, die von einem Unternehmen U aus dem Staat B betrieben wird, wegen der angeblich unsicheren Arbeitsbedingungen zu einer Demonstration der rund 500 Personen umfassenden Belegschaft. Wegen befürchteter Ausschreitungen halten sich Militäreinheiten von A vor Ort bereit. Ihre Tätigkeit wird durch die Rules of Engagement und das Stationierungsabkommen erfasst, die auch polizeiliche Kompetenzen definieren und den Waffeneinsatz regeln. Die Proteste werden des Weiteren von zwei Mitarbeitern der in B ansässigen und in C akkreditierten und zugelassenen NGO Human Rights Monitor (HRM), X und Y, beobachtet und mit einer Videokamera dokumentiert. X und Y, beide Staatsangehörige von B, halten 20 bis 30 Meter Abstand zu den Sicherheitskräften und Demonstranten.

Als die Demonstranten und der Werkschutz von U aneinander geraten, kommt es zu unübersichtlichen Tumulten. Die Soldaten von A geben zunächst Warnschüsse ab und versuchen, die Demonstranten zu zerstreuen. Als einige Demonstranten das Werkgelände zu stürmen versuchen, eröffnen die Soldaten das Feuer und entfernen Demonstranten gewaltsam

von der Fabrik. Ein Offizier aus A untersagt X und Y, die Szenen zu filmen, und versucht, als sie die Aufzeichnung nicht stoppen, ihnen die Videokamera zu entreißen. Ohne dass X und Y selbst tötlich gegen Soldaten werden, kommt es daraufhin abseits der Demonstration zu einem Handgemenge zwischen den beiden NGO-Mitarbeitern, mehreren Soldaten und einigen hinzugekommenen Demonstranten. Als ein Soldat von Schlägen einiger Demonstranten getroffen zu Boden geht und dort weiter mit brutalen Tritten angegriffen wird, schießen zwei Soldaten mit ihren Schnellfeuerwaffen mehrmals in die Runde. Es ist dabei weder erkenn- noch aufklärbar, ob diese Schüsse gezielt erfolgten oder nicht.

X stirbt unmittelbar an seinen Schussverletzungen, während die schwer verletzte Y von den Soldaten unter Einhaltung der Rules of Engagement und auf Basis des anwendbaren Rechts von A in Gewahrsam genommen wird. Erst im Laufe des nächsten Tages werden die Wunden der angeschossenen Y verbunden, aber nicht weiter ärztlich versorgt. Stattdessen wird die bereits sehr geschwächte Y durch Personal von A verhört und beschuldigt, gemeinsam mit X die Arbeit der Sicherheitskräfte behindert und die Demonstranten zusätzlich aufgewiegelt zu haben. Ihr wird mitgeteilt, dass A erwägt, unter dem eigenen (aufgrund des Stationierungsabkommens anwendbaren) Strafrecht Anklage gegen Y zu erheben. Konsularischer Besuch oder Beistand werden ihr in dieser Zeit nicht angeboten. Als sich nach drei Tagen die nur notdürftig versorgten Wunden der Y entzünden und sie während der Verhöre zunehmend in einen Dämmerzustand verfällt, wird sie von einem Arzt untersucht. Dieser stellt fest, dass eine Operation in einem speziell ausgestatteten Krankenhaus zur Vermeidung von dauerhaften Schädigungen dringend notwendig ist, was der zuständige Offizier aus A jedoch verweigert.

Die NGO HRM hat inzwischen Kontakte zur Regierung von B hergestellt und in ordnungsgemäßer Vertretung für Y Beschwerden in A und C gegen ihre Haftbedingungen eingereicht. Die Bemühungen der Regierung von B, auf diplomatischem Wege die Freilassung oder Verlegung der Y zu erreichen, bleiben wegen der ablehnenden Haltung der Regierung von A erfolglos. Die Beschwerde in C wird im Dezember 2012 bis in die letzte Instanz abgelehnt, die Beschwerde in A von einer militärischen Beschwerdekommision für unbegründet gehalten.

Schließlich erheben bereits im Dezember 2012 ein von der NGO HRM für die Y engagierter Anwalt sowie die Angehörigen von X in der notwendigen Form Klagen vor dem EGMR. Ys Anwalt trägt vor, dass die Y in ihren Rechten aus der EMRK verletzt sei: Die Beibringung von Schusswunden und die Inhaftierung stellten Eingriffe in Ys körperliche Unversehrtheit bzw. ihre Freiheit dar. Die Verweigerung medizinischer Behandlung seitens A sei inhuman gewesen. Dass eine entsprechende Beschwerde in A nur durch eine mit Militärs besetzte Kommission überprüft werden kann, sei unzureichend. Die Angehörigen des X argumentieren, die tödlichen Schüsse hätten den X in seinem Konventionsrecht auf

* Die Autorin und der Autor sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Claussen-Simon-Stiftungslehrstuhl für Internationales Recht (Prof. Dr. Doris König) an der Bucerius Law School, Hamburg. Die Autoren danken Maximilian Eitelbuß für redaktionelle Unterstützung.

Leben verletzt. Selbst wenn der gezielte Einsatz von Schusswaffen in dem Handgemenge gar nicht mehr möglich gewesen wäre, so hätten die Soldaten im Polizeieinsatz jedenfalls auch mit nicht-tödlichen Waffen wie Knüppeln, Tränengas oder nicht-tödlicher Munition ausgestattet werden müssen. Die Soldaten hätten – was zutrifft – nur Schusswaffen und Handgranaten zu ihrer Verfügung gehabt. Darüber hinaus habe A – was ebenfalls zutrifft – keinerlei Untersuchungen hinsichtlich der Verantwortlichkeit seiner Soldaten für die tödlichen Schüsse angestellt.

A streitet alle Vorwürfe ab und hält schon die EMRK für nicht anwendbar, weil die Soldaten in einem Nicht-Vertragsstaat operierten und zudem im Auftrag des Sicherheitsrates dort seien. Außerdem könne bei einem militärischen Einsatz und insbesondere bei Massendemonstrationen mit Gewaltpotenzial kein „allzu zimperliches Vorgehen“ erwartet werden. A habe jedenfalls keine menschenrechtlichen oder anderen Verpflichtungen verletzt.

Ebenfalls im Dezember 2012 wendet sich der Staat B mit einer Klage an den IGH, in der er vorbringt, dass A die Rechte von Y verletzt habe und B nun diplomatischen Schutz zugunsten seiner Staatsbürgerin ausüben wolle. Nur Staat A hat 2008 eine Unterwerfungserklärung nach Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut abgegeben. Außerdem gibt es einen Freundschaftsvertrag zwischen A und B von 1953, der bestimmt, dass „alle Streitigkeiten zwischen den Staaten A und B einseitig dem IGH vorgelegt werden dürfen.“ (Art. 10 des Freundschaftsvertrages).

Staat B behauptet, dass der IGH bereits wegen der Unterwerfungserklärung von A zuständig sei, jedenfalls aber wegen der Klausel im Freundschaftsvertrag. A bestreitet die Zuständigkeit des IGH nach Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut. Außerdem habe A, was zutrifft, den Freundschaftsvertrag gegenüber B durch förmliche diplomatische Note, die vom Außenminister unterzeichnet war, bereits im Juni 2012 gekündigt. B meint, der Vertrag sehe keine Kündigung vor, daher sei diese unwirksam und der IGH somit ohne weiteres zuständig.

Darüber hinaus trägt A vor, die Klage sei unbegründet, weil sich aus der EMRK gar keine Verpflichtungen zwischen A und B ergäben. Auch im Übrigen habe A keine Vorschriften verletzt. Selbst wenn Verletzungen festgestellt werden sollten, so läge die Verantwortlichkeit jedenfalls nicht bei A, sondern bei der NETA oder der UN. Des Weiteren lehnt A ein Recht auf diplomatischen Schutz durch B ab, weil Y erst vor sechs Monaten in B eingebürgert worden und die Verbindung der Y zu B viel zu schwach sei. Ein Recht auf diplomatischen Schutz stehe daher höchstens C zu, dessen Staatsangehörigkeit die Y vorher hatte. A führt aus – was ebenso wie das genannte Einbürgerungsdatum zutrifft –, dass Y zwar die Sprache von B beherrsche und seit zehn Jahren für eine NGO mit Sitz in B gearbeitet habe, davon aber nur fünf Jahre in B selbst und die letzten drei Jahre ununterbrochen in C. Nur ihr Ehemann, der vor vier Jahren in B eingebürgert wurde, habe zur gleichen Zeit mit ihr in B gelebt, während sich die gemeinsamen Kinder in Internaten in Drittstaaten befänden. Weitere familiäre Bindungen zu B beständen nicht.

Aufgabe 1

Prüfen Sie die Erfolgsaussichten der Klage von Y gegen A vor dem EGMR.

Aufgabe 2

Prüfen Sie die Begründetheit der Klage von Angehörigen des X gegen A vor dem EGMR.

Aufgabe 3

Prüfen Sie die Erfolgsaussichten der Klage des Staates B gegen A vor dem IGH. Unterstellen Sie dafür, unabhängig von Ihrem Ergebnis in Aufgabe 1, dass die EMRK auf den Sachverhalt Anwendung findet.

Gehen Sie jeweils auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen, ggf. hilfsgutachterlich, ein.

Hinweise

Staat A ist Vertragspartei der EMRK und ihrer Zusatzprotokolle. Die Staaten A, B und C sind allesamt Mitglieder der UN, der Konsularrechtskonvention und der Wiener Vertragsrechtskonvention. Andere möglicherweise verletzte Konventionen sind nicht zu prüfen.

Lösung

Aufgabe 1: Individualbeschwerde der Y vor dem EGMR

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit des EGMR, Art. 1 EMRK

Der EGMR müsste in örtlicher und persönlicher Hinsicht zuständig sein. Mangels entgegenstehender Angaben ist davon auszugehen, dass die Handlungen nach Inkrafttreten der EMRK für A erfolgt sind (zeitlicher Geltungsbereich).

1. Örtlicher Geltungsbereich (*ratione loci*)

Der Geltungsbereich der EMRK erstreckt sich gem. Art. 1 EMRK auf alle der Hoheitsgewalt der Vertragsstaaten unterstehenden Personen. Trotz dieses personellen Anknüpfungspunktes wird die Hoheitsgewalt grundsätzlich territorial ausgeübt.¹ Da nur A, nicht aber C Vertragspartei der EMRK ist, stellt sich die Frage der extraterritorialen Anwendbarkeit der EMRK. Nach Rechtsprechung des EGMR steht die EMRK in einem im Wesentlichen regionalen Kontext und betrifft den „Rechtsraum“ der Vertragsparteien.² Akte von Vertragsparteien, die außerhalb ihres Territoriums ausgeführt werden oder Auswirkungen haben, können deshalb nur in besonderen Fällen eine Ausübung von Hoheitsgewalt im Sinne des Art. 1 EMRK darstellen.³ Dazu gehören unter anderem die Ausübung hoheitlicher Funktionen mit Zustimmung oder Duldung oder auf Einladung des Territorialstaates sowie die tat-

¹ EGMR, Urt. v. 12.11.2001 – 52207/99 (Bankovic), Rn. 59 ff.; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, § 17 Rn. 11.

² EGMR, Urt. v. 12.11.2001 – 52207/99 (Bankovic), Rn. 80.

³ Vgl. EGMR, Urt. v. 12.11.2001 – 52207/99 (Bankovic), Rn. 61, 67; Urt. v. 7.7.2011 – 55721/07 (Al-Skeini u.a. v. Vereinigtes Königreich), Rn. 131 f.

sächliche physische Kontrolle über Personen, insbesondere bei Gewahrsamssituationen wie Haft.⁴

Die Soldaten und Polizisten von A leisteten im afrikanischen Staat C auf dessen Einladung Unterstützung beim Aufbau von Polizei und Justiz und bei der Wiederherstellung der Ordnung und führten bei der Sicherung der Demonstration vor der Fabrik das Kommando. Sie übten insofern mit Einverständnis von C hoheitliche Funktionen auf dessen Territorium aus. Darüber hinaus könnte eine tatsächliche physische Kontrolle über die Demonstranten angenommen werden. Die Situation fällt daher unter (zumindest) eine vom EGMR anerkannte Fallgruppe der extraterritorialen Anwendbarkeit der EMRK.

2. Persönlicher Geltungsbereich (*ratione personae*)

Die Handlungen der Soldaten müssen dem Staat A zurechenbar sein. Die Konventionsstaaten können sich ihren Verpflichtungen aus der EMRK grundsätzlich nicht durch Übertragung von Hoheitsgewalt auf eine Internationale Organisation entziehen.⁵ Diese Garantstellung könnte jedoch entfallen, wenn die Maßnahme Resolutionen des Sicherheitsrates umzusetzen diente.⁶ Dies gilt nach bisheriger EGMR-Rechtsprechung aber nicht, wenn durch die Resolution nur die Autorität der anwesenden Besatzungsmächte bestätigt wurde und die UN somit keine „effective control“ oder „ultimate authority“ haben.⁷

Die Soldaten von A waren aufgrund der Einladung der Regierung in C tätig, welche später durch den Sicherheitsrat lediglich bestätigt wurde. Es bestehen keine Hinweise für eine Kontrolle durch die UN oder die NETA. Somit sind die Handlungen allein dem Staat A zurechenbar.

II. Beschwerdefähigkeit, Art. 34 EMRK

Y ist als natürliche Person gem. Art. 34 EMRK beschwerdefähig.

III. Beschwerdegegenstand, Art. 34 EMRK

Die Handlungen der Soldaten gegenüber Y sowie die Einrichtung einer Militärkommission für Beschwerden über die Haft sind A zurechenbare Akte und damit taugliche Beschwerdegegenstände.

IV. Beschwerdebefugnis, Art. 34 EMRK

Y macht geltend, in ihren Konventionsrechten, insbesondere Art. 3, 5, 6, und 8 EMRK, verletzt zu sein, und ist somit als Opfer beschwerdebefugt.

⁴ Vgl. EGMR, Urt. v. 7.7.2011 – 55721/07 (Al-Skeini u.a. v. Vereinigtes Königreich), Rn. 133-140; *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 1), § 17 Rn. 13 ff.; v. *Arnauld*, *Völkerrecht*, 2012, Rn. 633.

⁵ V. *Arnauld* (Fn. 4), Rn. 637.

⁶ EGMR, Urt. v. 2.5.2007 – 71412/01 (Behrami u.a. v. Frankreich u.a.), insb. Rn. 146 ff.

⁷ Vgl. EGMR, Urt. v. 7.7.2011 – 27021/08 (Al-Jedda v. Vereinigtes Königreich), Rn. 77-80, 83 f.

V. Rechtswegerschöpfung, Art. 35 EMRK

Der EGMR gewährt nur subsidiären Rechtsschutz nach Erschöpfung aller innerstaatlichen Rechtsbehelfe. Die NGO HRM hat in Vertretung für Y Beschwerde bei der Militärkommission in A eingelegt, die für unbegründet gehalten wurde. Diese Beschwerde stellt laut Sachverhalt den einzigen Rechtsbehelf dar, sodass der nationale Rechtsweg erschöpft ist.

VI. Form und Frist

Von der Einhaltung der Schriftform (Art. 45 VerFO), der namentlichen Beschwerde (Art. 35 Abs. 2 lit. a EMRK) und der Frist (Art. 35 Abs. 1 EMRK) ist auszugehen.

VII. Rechtsschutzbedürfnis

Nach Art. 35 Abs. 2 lit. b EMRK darf die Sache nicht anderweitig rechtshängig sein. Dies kann nur bei Identität von Beschwerdeführer, Beschwerdegegenstand und -gegner der Fall sein.⁸ Da in dem gleichzeitigen Verfahren vor dem IGH nicht Y, sondern Staat B Beschwerdeführer bzw. Kläger ist, ist Y mangels anderweitiger Rechtshängigkeit rechtsschutzbedürftig.

VIII. Zwischenergebnis

Die Beschwerde von Y ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Beschwerde ist begründet, soweit Y durch die Schüsse, durch die Festnahme und die Haftbedingungen oder durch die Überprüfung ihrer Beschwerde durch eine Militärkommission in einem ihrer Rechte aus der EMRK verletzt wurde.

I. Verletzungen der EMRK durch die Schüsse der Soldaten auf Y

1. Verletzung von Art. 2 EMRK

Zwar kann Art. 2 EMRK nach EGMR-Rechtsprechung je nach Art, Ausmaß und Absicht der Gewaltanwendung nicht nur bei tödlichem Ausgang, sondern auch bei Lebensgefahr zur Anwendung kommen. Um die Grenzen zwischen Art. 2 und 3 EMRK nicht zu verwischen, sollten Gewalttaten von staatlichen Repräsentanten aber grundsätzlich nur nach Art. 3 und 8 EMRK beurteilt werden.⁹

2. Verletzung von Art. 8 EMRK

a) Eingriff in den Schutzbereich

Da Art. 3 EMRK nur vorsätzliche Handlungen erfasst (s.u.) und die Zielgerichtetheit der Schüsse hier nicht ermittelt werden konnte, kommt das Auffanggrundrecht des Art. 8 EMRK in Betracht. Der EGMR fasst unter den Schutz des Privatlebens auch den Schutz der physischen und psychischen Integrität und schützt somit über Art. 2 und Art. 3 EMRK hinaus

⁸ *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 1), § 13 Rn. 59.

⁹ *Meyer-Ladewig*, EMRK Handkommentar, 3. Aufl. 2011, Art. 2 Rn. 4 f.

auch die körperliche Unversehrtheit des Einzelnen.¹⁰ Art. 8 EMRK ist nur dann verletzt, wenn die Schwelle der „ausreichenden nachteiligen Auswirkungen“ erreicht wird.¹¹ Die Soldaten von A haben Y schwere Schussverletzungen beigebracht, die zumindest ihre physische Integrität erheblich beeinträchtigen. Ein Eingriff liegt damit vor.

b) Rechtfertigung

Der Eingriff kann gerechtfertigt sein, wenn er gesetzlich vorgesehen und zur Verfolgung eines der in Art. 8 Abs. 2 genannten Ziele notwendig ist. Das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage wird materiell verstanden, sodass auch untergesetzliches hinreichend bestimmtes Recht erfasst ist.¹² Die Rules of Engagement in Verbindung mit dem Stationierungsabkommen, die den Waffeneinsatz regeln, genügen demnach als Grundlage. Die Schüsse dienten hier zumindest zur Verteidigung der Soldaten selbst und der Beendigung des Handgemenges, so dass der erforderliche Bezug zu den in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Zielen (Aufrechterhaltung der Ordnung, Schutz der Rechte und Freiheiten anderer) vorliegt. Die Formel „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ inkorporiert eine Verhältnismäßigkeitsprüfung.¹³ Da sich hier auf beiden Seiten Schutzgüter von höchstem Rang, namentlich Leib und Leben, gegenüberstehen, ist ein strenger Maßstab anzulegen. Tödliche Waffen sind letztes Mittel, daher ist regelmäßig eine Warnung in Gestalt eines Warnschusses oder durch das Zeigen und Drohen mit der Waffe erforderlich.¹⁴ Die Soldaten von A haben mit Schnellfeuerwaffen in eine Menschenmenge geschossen, um körperliche Angriffe von Unbewaffneten abzuwehren. Warnschüsse haben sie nur vor dem Beschuss der Masse der Demonstranten, nicht vor den Schüssen im konkreten Handgemenge abgegeben. Sie hätten zunächst mildere Mittel anwenden müssen, sodass der Eingriff wegen Unverhältnismäßigkeit nicht gerechtfertigt werden (a.A. wohl vertretbar). Y wurde durch die Schüsse der Soldaten in ihrem Recht aus Art. 8 EMRK verletzt.

II. Verletzungen der EMRK durch die Festnahme und Inhaftierung der Y

1. Verletzung von Art. 5 Abs. 1 EMRK

a) Eingriff in den Schutzbereich

Art. 5 EMRK verbietet willkürliche Festnahme und Freiheitsentziehung, also jedenfalls Maßnahmen der staatlichen Gewalt, durch die jemand gegen oder ohne seinen Willen an

einem bestimmten begrenzten Ort für gewisse Dauer festgehalten wird.¹⁵ Y wurde festgenommen und mehrere Tage lang inhaftiert, sodass eine Freiheitsentziehung vorliegt.

b) Rechtfertigung

Eine Freiheitsentziehung ist gem. Art. 5 Abs. 1 EMRK zulässig, wenn sie nach innerstaatlichem Recht rechtmäßig, auf die im Gesetz vorgesehene Weise vorgenommen wurde und einer der Haftgründe der lit. a bis f vorliegt. Y wurde unter Einhaltung der Rules of Engagement und auf Basis des anwendbaren Rechts von A in Gewahrsam genommen. Als Haftgrund kommt lit. c Var. 1, Untersuchungshaft wegen hinreichenden Verdachts auf Begehung einer Straftat mit dem Ziel der Vorführung vor die Gerichtsbehörde, in Betracht. Für die Feststellung und Wertung des Tatverdachts und seines Fortbestehens während der U-Haft sind primär die innerstaatlichen Behörden und Gerichte zuständig, der EGMR beschränkt sich auf eine Willkürkontrolle und lässt jede Verbindung zwischen Verhaftetem und Tat ausreichen.¹⁶ Die Anwesenheit und die filmischen Aufnahmen in der Nähe der Demonstration sowie die Beteiligung am Handgemenge genügen für den Verdacht, dass Y die Arbeit der Sicherheitskräfte behindert und die Demonstranten aufgewiegelt habe (a.A. vertretbar). Y ist daher nicht in ihrem Recht aus Art. 5 Abs. 1 EMRK verletzt.

2. Verletzung von Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 EMRK

Die festgenommene Person muss gem. Art. 5 Abs. 2 EMRK über die Gründe und die erhobenen Beschuldigungen zum Zeitpunkt der Festnahme oder im unmittelbaren Anschluss daran, d.h. bei der ersten Vernehmung, informiert werden¹⁷, was gegenüber Y eingehalten wurde.

In den Fällen des Art. 5 Abs. 1 lit. c muss gem. Art. 5 Abs. 3 EMRK zudem jede in Haft gehaltene Person unverzüglich, regelmäßig innerhalb von 48 Stunden,¹⁸ einem Richter vorgeführt werden. Da Y bereits seit mehreren Tagen ohne Vorführung vor einen Richter in Haft ist, wurde sie somit in ihrem Recht aus Art. 5 Abs. 3 EMRK verletzt.

III. Verletzungen der EMRK durch die Behandlung in der Haft

1. Verletzung von Art. 3 EMRK

a) Negative Dimension und Schutzpflichtdimension

Nach Art. 3 EMRK sind solche Eingriffe in die physische und psychische Integrität durch Misshandlung verboten, die eine bestimmte Schwere erreichen und eine Missachtung der Person in ihrem Menschsein zum Ausdruck bringen.¹⁹ Unmenschlich ist eine Behandlung, die absichtlich schwere physische oder psychische Leiden hervorruft.²⁰ Wann Ausmaß

¹⁰ Uerpmann-Witzack, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 3 Rn. 3.

¹¹ EGMR, Urt. v. 25.3.1993 – 13134/87 (Costello-Roberts v. Vereinigtes Königreich), Rn. 36; EGMR, Urt. v. 6.2.2001 – Nr. 44599/98 (Bensaid v. Vereinigtes Königreich), Rn. 46.

¹² Meyer-Ladewig (Fn. 9), Art. 8 Rn. 100, 104.

¹³ Meyer-Ladewig (Fn. 9), Art. 8 Rn. 109.

¹⁴ EGMR, Urt. v. 24.3.2011 – 23458/02 (Giuliani u. Gaggio v. Italien), Rn. 176 f. (mit Verweis auf die UN Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials), Rn. 190; vgl. auch Uerpmann-Witzack (Fn. 10), § 3 Rn. 59; Meyer-Ladewig (Fn. 9), Art. 2 Rn. 46.

¹⁵ Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009, Art. 5 Rn. 10.

¹⁶ Grabenwarter/Pabel (Fn. 1), § 21 Rn. 18.

¹⁷ Frowein/Peukert (Fn. 15), Art. 5 Rn. 99.

¹⁸ Grabenwarter/Pabel (Fn. 1), § 21 Rn. 29.

¹⁹ Grabenwarter/Pabel (Fn. 1), § 20 Rn. 27.

²⁰ V. Arnould (Fn. 4), Rn. 663; Meyer-Ladewig (Fn. 9), Art. 3 Rn. 22.

und Intensität für eine unmenschliche Behandlung erreicht sind, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere von der Dauer des Eingriffs, den physischen und psychischen Folgen und auch dem Gesundheitszustand des Betroffenen.²¹ Aus der Schutzpflichtdimension folgt, dass eine sofortige und wirksame ärztliche Behandlung sichergestellt sein muss.²² In Ausnahmefällen, wenn der Gesundheitszustand mit der Haft unvereinbar ist, besteht eine Pflicht zur Entlassung oder Überweisung in ein Krankenhaus.²³ Y hat Schusswunden davongetragen, die mehrere Tage nahezu unbehandelt blieben und zumindest den physischen Zustand der Y gravierend verschlechterten. Eine ärztlich als erforderlich diagnostizierte Behandlung in einem Krankenhaus wurde ihr verweigert. Damit liegt eine unmenschliche Behandlung vor.

Da die Gewährleistungen des Art. 3 EMRK keinen Einschränkungen oder Ausnahmen unterliegen, ist Y damit in ihrem Recht aus Art. 3 EMRK verletzt.

b) Verfahrensrechtliche Dimensionen

Der EGMR prüft bisweilen eine eigenständige verfahrensrechtliche Dimension aus Art. 3 in Verbindung mit Art. 13 EMRK, wonach ein Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf möglich sein muss.²⁴ Die Wirksamkeit hängt davon ab, wie die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der militärischen Beschwerdekommision beurteilt wird (s.u., Prüfung des Art. 6 Abs. 1 EMRK).

Darüber hinaus entnimmt der EGMR Art. 3 bei Verletzung desselben eine staatliche Ermittlungspflicht zur Strafverfolgung der Handelnden.²⁵ Mangels strafrechtlicher Ermittlungen ist Art. 3 EMRK somit auch in seinem verfahrensrechtlichen Gehalt verletzt.

2. Verletzung von Art. 8 EMRK

Da die Misshandlung in der Haft eine unmenschliche Behandlung im Sinne des Art. 3 EMRK darstellt (s.o.), wird Art. 8 EMRK verdrängt.²⁶

IV. Verletzung der EMRK durch die Überprüfung der Beschwerde durch eine Militärkommission

1. Verletzung von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK

Y könnte ihrem Recht auf Zugang zu einem Gericht aus Art. 6 Abs. 1 EMRK verletzt sein, da ihre Beschwerde über die Haftbedingungen nur von einer militärischen Beschwerdekommision überprüft wurde.

²¹ EGMR, Urt. v. 18.2.1978 – 5310/71 (Irland v. Vereinigtes Königreich) = EuGRZ 1979, 149.

²² EGMR, Urt. v. 28.1.1994 – 17549/90 (Hurtado v. Schweiz), Rn. 12; EGMR, Urt. v. 26.10.2000 – 30210/96 (Kudla v. Polen), Rn. 94; EGMR, Urt. v. 29.4.2002 – 2346/02 (Pretty v. Vereinigtes Königreich), Rn. 51.

²³ EGMR, Urt. v. 15.11.2007 – 30983/02 (Grishin v. Russland), Rn. 71.

²⁴ *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 1), § 24 Rn. 181.

²⁵ *Meyer-Ladewig* (Fn. 9), Art. 3 Rn. 15-17.

²⁶ *Peters/Altwickler*, Einführung in die EMRK, 2. Aufl. 2012, § 26 Rn. 4.

a) Zivilrechtliche Streitigkeit

Bei der autonomen Auslegung des Begriffs der zivilrechtlichen Streitigkeit stellt der EGMR darauf ab, ob der Ausgang eines Verfahrens für zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen unmittelbar entscheidend ist.²⁷ Ausgenommen sind Bereiche, die dem Kernbereich des öffentlichen Rechts zuzuordnen sind, wie beispielsweise die Wehrpflicht, Ausländer- und Asylrecht und Steuerverfahren.²⁸ Der EGMR hat Beschränkungen für Inhaftierte bezüglich Familienbesuchen und Finanzen als zivilrechtliche Angelegenheit qualifiziert und schreibt der persönlichen Freiheit einen zivilrechtlichen Charakter zu.²⁹ Da Y sich nicht über die Freiheitsentziehung als solche, sondern über die Bedingungen der Haft beschwert, lässt sich die Streitigkeit als zivilrechtliche einordnen (a.A. vertretbar, dann nur Art. 13 EMRK zu prüfen).

b) Gericht

Verfahren müssen von unabhängigen und unparteiischen und auf Gesetz beruhenden Gerichten entschieden werden.³⁰ Eine Militärkommission mit Rechtsprechungsfunktion kann daher grundsätzlich unter den Gerichtsbegriff des EGMR fallen.

Das Gericht muss unabhängig von den anderen Gewalten und den Parteien sein, entscheidend ist insbesondere, dass weder eine Weisungsgebundenheit noch eine Rechenschaftspflicht besteht.³¹ Der Sachverhalt enthält keine Angaben dazu, wer die Mitglieder der Militärkommission ernannt oder inwiefern sie noch in die militärische Hierarchie eingebunden sind und daher Weisungen unterliegen.

Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung könnte jedoch die Tatsache, dass Militärs über Handlungen von Soldaten befinden, die keine rein internen Angelegenheiten der Streitkräfte darstellen, Zweifel an der Unabhängigkeit der Kommission oder der objektiven Unparteilichkeit der Richter gegenüber den Außenstehenden aufkommen lassen: So hat der EGMR in mehreren Urteilen hinsichtlich staatlicher Sicherheitsgerichte in der Türkei entschieden, dass die Beteiligung von Militärrichtern in Verfahren gegenüber Zivilisten berechtigte Zweifel an deren Unparteilichkeit aufwirft.³² In Anlehnung an diese Position können Militärangehörige, die – wie hier – über Menschenrechtsverletzungen entscheiden, die von Soldaten gegenüber Dritten begangen wurden, als parteiisch angesehen werden (a.A. vertretbar).³³

²⁷ EGMR, Urt. v. 27.7.2000 – 33379/96 (Klein v. Deutschland), Rn. 28.

²⁸ *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 1), § 24 Rn. 7, 13; *Peters/Altwickler* (Fn. 26), § 19 Rn. 7-9.

²⁹ *M.w.N. Meyer-Ladewig* (Fn. 9), Art. 6 Rn. 17.

³⁰ *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 1), § 24 Rn. 27.

³¹ *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 1), § 24 Rn. 32, 35.

³² EGMR, Urt. v. 9.6.1998 – 22678/93 (Incal), Rn. 72; vgl. auch EGMR, Urt. v. 21.9.2006 – 59892/00 (Maszni v. Rumänien), Rn. 42 ff.; *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 1), § 24 Rn. 36, 47.

³³ Die Frage, ob sich die Zuständigkeit der Militärgerichtsbarkeit überhaupt auf Menschenrechtsverletzungen durch Soldaten erstrecken darf, könnte auch als Problem des Rechts auf einen *zuständigen* Richter formuliert werden, vgl. *Buche-*

c) *Zwischenergebnis*

Y ist in ihrem Recht auf ein unparteiisches Gericht aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK verletzt.

2. *Verletzung von Art. 13 EMRK*

Art. 6 Abs. 1 EMRK ist grundsätzlich *lex specialis* gegenüber dem Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf gem. Art. 13 EMRK, sodass letzterer nicht gesondert geprüft wird.³⁴ Selbst wenn man Art. 13 EMRK vorliegend auf die Unabhängigkeit des Gerichts nach Art. 6 Abs. 1 EMRK bezöge,³⁵ so wird das akzessorische Verfahrensgrundrecht vom EGMR regelmäßig nicht selbstständig geprüft, wenn die Verletzung eines materiellen Konventionsrechts – wie hier – bereits festgestellt wurde. Wie im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 EMRK würde sich die Militärkommission jedenfalls wegen ihrer Besetzung als abhängig bzw. parteiisch erweisen (s.o.).

V. **Ergebnis**

Der EGMR wird feststellen, dass die Rechte der Y aus Art. 3, 5 Abs. 3, 6 Abs. 1 und 8 EMRK verletzt wurden (a.A. vertretbar). Nach Art. 41 EMRK kann der Gerichtshof eine gerechte Entschädigung zusprechen.

Aufgabe 2: Individualbeschwerde der Angehörigen des X vor dem EGMRA. **Begründetheit**

Die Individualbeschwerde der Angehörigen des X ist begründet, wenn Staat A dessen Recht auf Leben aus Art. 2 EMRK verletzt hat.

I. **Verletzung von Art. 2 EMRK (negative Dimension)**1. *Eingriff in den Schutzbereich*

X ist durch die Schüsse der Soldaten von A tödlich verletzt worden. Eine Tötungsabsicht ist aus teleologischen Gründen nicht erforderlich, auch ungewollte Todesfolgen sind erfasst.³⁶ Dass vorliegend die Zielgerichtetheit der Schüsse nicht aufgeklärt werden kann, ist daher unerheblich, es liegt ein Eingriff in Art. 2 EMRK vor.

2. *Rechtfertigung*

Der Eingriff ist gerechtfertigt, wenn einer der drei Rechtfertigungsgründe des Absatzes 2 gegeben ist und die Maßnahme „unbedingt notwendig“ war.

Die Schüsse könnten gem. Art. 2 Abs. 2 lit. c EMRK der Niederschlagung von Aufruhr, also einer Situation, in der eine Menschenmenge Gewalttaten in größerem Umfang begeht

oder zu begehen droht,³⁷ gedient haben. Gewalttätige Demonstrationen fallen grundsätzlich darunter.³⁸ Das Handgemenge mit mehreren Personen, gegen das sich die Schüsse richteten, befand sich jedoch abseits der Demonstration und stellt für sich betrachtet keine Gewalttat von großem Umfang und damit keinen Aufruhr dar.

Weiterhin könnten die Schüsse zur Verteidigung des zu Boden gegangenen Soldaten gem. Art. 2 Abs. 2 lit. a EMRK eingesetzt worden sein. Hierfür ist wohl eine gesetzliche Regelung erforderlich,³⁹ die mit den Rules of Engagement und dem Stationierungsabkommen, die Vorschriften zum Waffeneinsatz beinhalten, vorliegt. Da der Rechtfertigungsgrund auch für absichtliche Tötungen gelten sollte,⁴⁰ schadet eine – hier möglicherweise bestehende Tötungsabsicht – nicht.

Bei tödlicher Gewaltanwendung gelten gesteigerte Rechtfertigungs-, d.h. strenge Verhältnismäßigkeitsanforderungen. Da vor dem Einsatz tödlicher Waffen regelmäßig eine Warnung in Gestalt eines Warnschusses oder durch das Zeigen und Drohen mit der Waffe erforderlich ist (s.o.), die Soldaten von A aber keine Warnschüsse vor den Schüssen im konkreten Handgemenge abgegeben haben, war der Beschuss (noch) nicht unbedingt erforderlich. Mangels Rechtfertigung wurde X mithin in seinem Recht auf Leben verletzt.

II. **Verletzung von Planungs-/Organisationspflichten aus Art. 2 EMRK (positive Dimension)**

Aus Art. 2 EMRK ergibt sich auch eine positive Verpflichtung zum Schutz des Lebens, die in erster Linie eine präventive organisatorische Pflicht ist.⁴¹ Da bei Massendemonstrationen keine absolute Garantie der Sicherheit aller Demonstranten möglich ist, gilt ein weiter Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Wahl der Mittel; es handelt sich um eine Tätigkeits-, nicht um eine Ergebnispflicht.⁴² Die Planung und Organisation eines Polizeieinsatzes müssen darauf ausgerichtet sein, jede Lebensgefahr für die Beteiligten und jeden Rückgriff auf tödliche Waffen soweit wie möglich verringern und alle notwendigen Vorkehrungen für die Wahl der Mittel zu treffen.⁴³ Zumindest bei potentiell gewalttätigen Demonstrationen gehört zu dieser Organisationspflicht auch die Ausstat-

³⁷ *Frowein/Peukert* (Fn. 15), Art. 2 Rn. 15.

³⁸ EGMR, Ur. v. 27.7.1998 – 21593/93 (*Güleç v. Türkei*), Rn. 71; EGMR, Ur. v. 26.7.2005 – 35072/97 (*Şimşek u.a. v. Türkei*), Rn. 107 f.

³⁹ *Uerpmann-Witzack* (Fn. 10), § 3 Rn. 58; *Peters/Altwicker* (Fn. 26), § 5 Rn. 15.

⁴⁰ EGMR, Ur. v. 27.9.1995 – 18984/91 (*McCann u.a. v. Vereinigtes Königreich*), Rn. 148; vgl. *Frowein/Peukert* (Fn. 15), Art. 2 Rn. 11; *Uerpmann-Witzack* (Fn. 10), § 3 Rn. 58.

⁴¹ *Dröge*, Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2003, S. 45.

⁴² EGMR, Ur. v. 24.3.2011 – 23458/02 (*Giuliani u. Gaggio v. Italien*), Rn. 251.

⁴³ St. Rspr., vgl. EGMR, Ur. v. 27.9.1995 – 18984/91 (*McCann u.a. v. Vereinigtes Königreich*), Rn. 194; Ur. v. 24.3.2011 – 23458/02 (*Giuliani u. Gaggio v. Italien*), Rn. 249; EGMR, Ur. v. 4.6.2012 – 18299/03 u. 27311/03 (*Finogenov u.a. v. Russland*), Rn. 208.

rer, Die Vereinbarkeit von Militärgerichten mit dem Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 I EMRK, Art. 8 I EMRK und Art. 14 I IPbPr, 2005, S. 104 ff.

³⁴ *Meyer-Ladewig* (Fn. 9), Art. 13 Rn. 15.

³⁵ Vgl. *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 1), § 24 Rn. 172 f.

³⁶ Vgl. EKMR Nr. 10444/82 = DR 39 (1984), 162 (170 f.); vgl. dazu *Frowein/Peukert* (Fn. 15), Art. 2 Rn. 5; *Harris*, Maastricht J. Eur. & Comp. L., 1 (1994), 122 (132 f.).

tung mit nicht-tödlichen Waffen, um die Demonstranten zu zerstreuen oder unter Kontrolle zu bringen, z.B. mit Tränengas, Wasserwerfern oder nicht-tödlicher Munition.⁴⁴

Vorliegend handelt es sich beim beanstandeten Verhalten nicht um einen Waffeneinsatz gegen die gesamte Demonstration, sondern um eine Gegenmaßnahme, die das Handgelenge abseits der Demonstration bewältigen soll, in dessen Verlauf eine konkrete Gefahr für das Leben eines der Soldaten entsteht. Es kommt daher nicht auf die Frage der Ausrüstung mit nicht-tödlichen Waffen zur Zerstreung oder Beherrschung der Demonstration an, sondern auf die Ausstattung mit nicht-tödlichen Waffen gegen einzelne Angriffe, wie beispielsweise Schlagstöcke oder Knüppel. Die Verfügbarkeit tödlicher Waffen gegen solche plötzlich auftretenden Einzelangriffe ist nicht grundsätzlich zu beanstanden.⁴⁵ Die mangelhafte Ausstattung mit nicht-tödlichen Mitteln für die Auseinandersetzung mit Gewalttätigkeiten geringeren Umfangs verletzt aber die Organisationspflicht aus Art. 2 EMRK (a.A. vertretbar).

III. Verletzung von Aufklärungs- und Untersuchungspflichten aus Art. 2 EMRK (positive verfahrensrechtliche Dimension)

Aus der Pflicht, das Recht auf Leben zu schützen, folgt in Verbindung mit Art. 1 EMRK auch eine verfahrensrechtliche Dimension, namentlich die Pflicht, wirksame amtliche Ermittlungen zur Todesursache und den für den Tod verantwortlichen Personen durchzuführen.⁴⁶ Die Untersuchung muss von Amts wegen in Gang gesetzt werden.⁴⁷ Staat A hat gar keine Untersuchungen eingeleitet und somit seine Pflicht aus Art. 2 in Verbindung mit Art. 1 EMRK verletzt.

B. Ergebnis

Staat A hat seine materiellen, organisations- und verfahrensrechtlichen Pflichten aus Art. 2 EMRK verletzt. Der EGMR wird dies feststellen und ggf. eine gerechte Entschädigung nach Art. 41 EMRK zusprechen.

Aufgabe 3: Verfahren vor dem IGH

A. Zulässigkeit

I. Parteifähigkeit, Art. 34 IGH-Statut

Als Staaten sind A und B sind als Mitglieder der UN auch Mitglieder des IGH-Statuts, Art. 93 UNC in Verbindung mit

Art. 35 Abs. 1 IGH-Statut und nach Art. 34 IGH-Statut parteifähig.

II. Zuständigkeit des IGH

Eine Zuständigkeit nach Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut scheidet aus, da nur A eine Unterwerfungserklärung abgegeben hatte; es ist jedoch ausdrücklich Reziprozität erforderlich.

Der IGH könnte jedoch nach Art. 36 Abs. 1 in Verbindung mit der Klausel im Freundschaftsvertrag zwischen A und B zuständig sein. Dafür müsste der Vertrag allerdings im Zeitpunkt der Klageerhebung noch in Kraft sein, A dürfte ihn also nicht wirksam zum Juni 2012 gekündigt haben. Die erforderliche Schriftform, analog zu Art. 65 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 67 Abs. 1 WVK⁴⁸ war zwar eingehalten. Es müsste jedoch eine Kündigungsmöglichkeit bestehen.

Eine wirksame Kündigung des Vertrages analog zu Art. 54 WVK kommt mangels einer Kündigungsklausel im Vertrag oder einer Einigung zwischen A und B nicht in Betracht. Somit wäre nur eine Kündigung analog Art. 56 Abs. 1 WVK möglich. Grundsätzlich besteht danach eine Vermutung, dass ein Vertrag nicht kündbar ist,⁴⁹ außer wenn der Parteiwille (lit. a), oder die Natur des Vertrages eine Kündigungsmöglichkeit nahelegen (lit. b). Bei Verträgen mit einer Streitbeilegungsklausel soll grundsätzlich die souveräne Entscheidung eines Staates, sich für die Streitbeilegung zu entscheiden, reversibel bleiben, so dass eine Kündigung möglich wäre.⁵⁰ Das kann jedoch dahinstehen, weil die Frist zur Kündigung nach Art. 56 Abs. 2 WVK nicht eingehalten worden ist.

Entsprechend zu Art. 56 Abs. 2 WVK gilt für die Kündigung eines Vertrages ohne Kündigungsklausel eine Frist von mindestens 12 Monaten. A hatte die Kündigung erst im Juni 2012 erklärt, so dass diese Frist noch nicht abgelaufen wäre: somit könnte die Kündigung bei einer fehlerhaften Zeitangabe entweder nichtig sein, oder die Zeit auf Juni 2013 korrigiert werden.⁵¹ In jedem Fall wäre die Kündigung daher zum Zeitpunkt der Klageerhebung im Dezember 2012 noch nicht wirksam und der Vertrag in Kraft.

Der IGH ist daher aufgrund der Klausel im Freundschaftsvertrag zuständig.

III. Klagegegenstand

Nach Art. 36 Abs. 1 IGH-Statut erstreckt sich die Jurisdiktion des IGH auf völkerrechtliche Rechtssachen, also keine allein politischen oder abstrakten Fragen. Die Ausübung diplomatischen Schutzes erfüllt diese Voraussetzungen.

⁴⁴ EGMR, Urt. v. 27.7.1998 – 21593/93 (Güleç v. Türkei), Rn. 71, 73; EGMR, Urt. v. 26.7.2005 – 35072/97 (Şimşek u.a. v. Türkei), Rn. 108, 111; EGMR, Urt. v. 24.3.2011 – 23458/02 (Giuliani u. Gaggio v. Italien), Rn. 216; vgl. auch UN Basis Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, Provision 2.

⁴⁵ Vgl. EGMR, Urt. v. 24.3.2011 – 23458/02 (Giuliani u. Gaggio v. Italien), Rn. 216.

⁴⁶ EGMR, Urt. v. 27.9.1995 – 18984/91 (McCann u.a. v. Vereinigtes Königreich), Rn. 161; vgl. *Chevalier-Watts*, EJIL 21 (2010), 701.

⁴⁷ EGMR, Urt. v. 14.3.2002 – 46477/99 (Edwards v. Vereinigtes Königreich), Rn. 69.

⁴⁸ Die WVK ist nicht direkt anwendbar, vgl. Art. 4, der retroaktive Anwendung ausschließt; Artikel der WVK sind also jeweils als Referenz auf paralleles Gewohnheitsrecht zu lesen.

⁴⁹ *Giegerich*, in: Dörr/Schmalenbach (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary, 2012, Art. 56 Rn. 19.

⁵⁰ Vgl. dazu *Giegerich* (Fn. 49), Art. 56 Rn. 5-8.

⁵¹ Vgl. ähnlich IGH ICJ Reports 1984, 392, Rn. 66 ([Nicaragua v. USA] – Jurisdiktion).

IV. Klagebefugnis⁵²*1. Staatsangehörigkeit der Y*

Diplomatischer Schutz darf grundsätzlich nur zugunsten eigener Staatsangehöriger ausgeübt werden.⁵³ Bis 2012 war Y Staatsbürgerin von C, wurde jedoch von B 2012 eingebürgert.

Die Verleihung der Staatsangehörigkeit richtet sich nach nationalem staatlichen Recht⁵⁴ und ist somit grundsätzlich anzuerkennen. Die Anerkennung gilt allerdings nicht unbegrenzt, so nimmt Art. 4 ILC-DP⁵⁵ beispielsweise Fälle aus, die „inconsistent with international law“ seien. Der entgegenende Staat muss jedoch das Fehlen der Voraussetzungen der Einbürgerung beweisen.⁵⁶ Das weitestgehend etablierte Kriterium, im Anschluss an die Entscheidung des IGH im Fall Nottebohm, ist das Erfordernis eines „genuine link“.⁵⁷

Unter Berufung darauf ging die ILC jedoch davon aus, das Gericht habe keine „general rule“ etablieren wollen, sondern nur eine Regel für Fälle, in denen diplomatischer Schutz gegenüber dem Staat vorgenommen wurde, zu dem eine möglicherweise engere Verbindung besteht.⁵⁸ Außerdem würde die Einhaltung der Nottebohm-Anforderungen heutzutage eine große Zahl von Personen vom diplomatischen Schutz ausschließen, weil die Anforderungen von 1955 den heutigen Lebensverhältnissen nicht mehr entsprechen,⁵⁹ und diskriminierende Eingebürgerte gegenüber Bürgern qua Geburt.⁶⁰

Somit bestehen berechtigte Zweifel an der Notwendigkeit des genuine link, die jedoch offen bleiben können, wenn zu Y tatsächlich ein genuine link besteht. Zu den Anforderungen formulierte der IGH: „nationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments“.⁶¹ Y lebte zeitweise in B, ihr Mann ist Staatsbürger in B und ihr Arbeitgeber entstammt diesem Staat, so dass Hinweise auf eine Integration in die Gesellschaft vorliegen. Demgegenüber hat Y jedoch die letzten Jahre in anderen Staaten gelebt und die Kinder sind in Drittstaaten untergebracht.

⁵² Aufbau nach v. *Arnauld*, Klausurenkurs im Völkerrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 210 ff.

⁵³ *Dugard*, Diplomatic Protection, MPEPIL, 05.2009, Rn. 19; Art. 3 ILC-DP.

⁵⁴ PCIJ, Gutachten v. 7.2.1923, Nationality Decrees issued in Tunis and Morocco (French Zone), PCIJ Reports, Series B, Nr. 4, S. 24.

⁵⁵ ILC, Draft articles on Diplomatic Protection, Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement Nr. 10 (A/61/10).

⁵⁶ ILC (Fn. 55), Art. 4 Rn. 7.

⁵⁷ IGH ICJ Reports 1955, 4 (23) – Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala).

⁵⁸ ILC (Fn. 55), Art. 4 Rn. 5.

⁵⁹ ILC (Fn. 55), Art. 4 Rn. 5.

⁶⁰ *Dörr*, Nationality, MPEPIL, 11.2006, Rn. 54.

⁶¹ IGH ICJ Reports 1955, 4 (23) – Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala). Diese Anforderung ist von Bearbeitern nicht im Wortlaut, aufgrund ihrer allgemeinen Verbreitung jedoch im Grundsatz zu erwarten.

Allerdings darf man, vor dem Hintergrund der modernen, mobileren Lebenswirklichkeit, die Anforderungen an die Verbindung nicht zu streng gestalten.⁶² Die bewusste Entscheidung von Y, die Staatsangehörigkeit in B zu erwerben, spricht für ein dauerndes Gefühl der Verbundenheit zu Staat wie Gesellschaft in B. Somit liegt in der Gesamtschau ein genuine link vor. Y ist als Staatsbürgerin anzuerkennen (a.A. vertretbar).

2. Exhaustion of local remedies

Diplomatischer Schutz ist nur zulässig, wenn der Staat, dem eine Verletzung vorgeworfen wird, von sich aus den Forderungen des Verletzten nicht nachkommt⁶³, weshalb dieser zuerst alle verfügbaren Rechtsmittel nach nationalem Recht erschöpfen muss.⁶⁴

Die HRM hatte in – ordnungsgemäßer – Vertretung für Y den Rechtsweg in A und C erschöpft. Auf das noch laufende Strafverfahren in A kommt es nicht an, da ein Strafverfahren typischerweise keine Überprüfung der Haftumstände an sich erlaubt und somit nicht hinreichend effektiv wäre.⁶⁵

Auch die beim EGMR anhängige Beschwerde ist nicht abzuwarten, da es sich um keine nationale Instanz handelt, die eine Selbstkontrolle ermöglichte,⁶⁶ und die Urteile aufgrund rein feststellender Wirkung, Art. 46 EMRK, möglicherweise nicht ausreichend effektive Abhilfe versprechen.

3. Kein Verzicht

Unabhängig davon, ob ein Verzicht zulässig ist, hatte Y nicht auf diplomatischen Schutz verzichtet.

V. Form

Art. 40 IGH-Statut ist zu beachten.

B. Begründetheit

Die Klage von B gegen A ist begründet, wenn A durch zurechenbares Verhalten gegenüber Y einen Völkerrechtsverstoß begangen hat, für das B diplomatischen Schutz ausüben kann.

I. Inhaltliche Voraussetzungen für diplomatischen Schutz*1. Zurechenbare Völkerrechtsverletzung durch A*

Staat A müsste zurechenbar gegen Völkerrecht verstoßen haben. Dafür kann auf das Recht der Staatenverantwortlichkeit zurückgegriffen werden⁶⁷, wie es in den ILC-Artikeln zur Staatenverantwortlichkeit verschriftlicht wurde.

a) Verletzung der EMRK

Staat A hat Pflichten aus der EMRK gegenüber Y verletzt, (s.o.), die als zwischenstaatlicher Vertrag Völkerrecht darstellt. Allerdings versucht vor dem IGH nicht Y ihre Verletzung

⁶² ILC (Fn. 55), Art. 4 Rn. 5.

⁶³ *V. Arnauld* (Fn. 52), Rn. 212.

⁶⁴ *Dugard* (Fn. 53), Rn. 53 f.

⁶⁵ *Dugard* (Fn. 53), Rn. 58 f.

⁶⁶ *Dugard* (Fn. 53), Rn. 58.

⁶⁷ ILC (Fn. 55), Art. 1 Rn. 6.

geltend zu machen, sondern ihr Heimatstaat B, der selbst nicht an die EMRK gebunden ist.

Zweifelhaft ist daher, ob ein Völkerrechtsverstoß im Verhältnis zwischen B und A vorliegt, denn Staatenverantwortlichkeit erfordert Handeln, das eine völkerrechtliche Pflicht verletzt (vgl. Art. 2 lit. b ILC-SR). A hat als Mitgliedstaat der EMRK Verpflichtungen gegenüber den anderen Mitgliedern der EMRK und den Individuen in seiner Hoheitsgewalt (Art. 1) übernommen, nicht aber direkt gegenüber B. Auch die Voraussetzungen von Art. 48 ILC-SR liegen nicht vor.

Somit müsste B entweder aus der Verpflichtung von A gegenüber Y eine ableitbare eigene Berechtigung begründen, oder ausnahmsweise die Rechte von Y in Prozessstandschaft geltend machen dürfen. Gegen abgeleitete Rechte von B aufgrund der subjektiven Rechte von Y scheinen die Art. 34, 36 WVK zu sprechen, wonach für einen Staat auch Rechte nur mit dessen Zustimmung *begründet* werden dürfen.

Umgekehrt spricht der nach Art. 31 WVK beachtliche Telos der Konvention, also das Bedürfnis nach einer möglichst effektiven Anwendung der menschenrechtlichen Garantien, dafür, eine Durchsetzungsmöglichkeit zu eröffnen: Strukturell übernimmt ein durch die EMRK verpflichteter Staat keine neuen Pflichten – denn der jeweiligen Person ist er ohnehin verpflichtet, soweit Art. 1 EMRK erfüllt ist – indem der diplomatische Schutz zugelassen wird, sondern erweitert höchstens den Kreis der Durchsetzungsbefugten; bei dem verpflichtenden Individualverfahren wie im Rahmen der EMRK kann darin keine wesentliche zusätzliche Belastung gesehen werden. Der berechtigte Staat könnte der Einräumung von Durchsetzungsrechten zumindest dann ad hoc zustimmen, wenn er sie geltend machen will.

Auch die ILC hat bewusst offen gelassen, ob beim diplomatischen Schutz ein staatliches Recht oder ein individuelles Recht in Prozessstandschaft durchgesetzt wird.⁶⁸ Daher ist es nach geltendem Gewohnheitsrecht nicht ausgeschlossen, dass ein Drittstaat im diplomatischen Schutz berechtigt sein soll, ein nur gegenüber dem Individuum bestehendes Recht durchzusetzen.

b) Verletzung von Art. 36 Abs. 1 WÜK

Y wurde weder konsularischer Beistand angeboten, noch wurde sie darüber informiert, worin ein Verstoß gegen Art. 36 Abs. 1 WÜK liegen könnte. (Vertretbar ist auch, die Rechte aus Art. 36 Abs. 1 lit. a/b WÜK anzusprechen.)⁶⁹

Wäre damit allein ein Recht des Staates B verknüpft, könnte eine Verletzung noch vermieden werden, weil es nach wie vor möglich ist, Y zu besuchen. Ein Verstoß gegen lit. c scheidet dann aus, während A nur durch die ursprünglich unterlassene Information über die Festnahme an B die Konvention verletzt hatte – die jedoch auch nachgeholt wurde.

Somit liegt ein Verstoß nur vor, wenn der Y selbst subjektive Rechte auf Information und Umgang zustehen, wofür Art. 36 Abs. 1 lit. c WÜK entsprechend den Regeln aus Art. 31 WVK auszulegen ist:

⁶⁸ ILC (Fn. 55), Art. 1 Rn. 5.

⁶⁹ Vgl. IGH ICJ Reports 2001, 466, Rn. 77 – LaGrand (Germany v. USA).

Der Wortlaut von Art. 36 Abs. 1 lit. c WÜK ist unergiebig, systematisch spricht die Formulierung „seine Rechte“ in lit. b für ein individuelles Recht, was sich auf lit. c ausdehnen lässt. Der Telos bestätigt das: die Vertretung der eigenen Staatsangehörigen ist kein Selbstzweck, sondern dient letztlich deren Schutz – so dass auch der Schutz des Individuums erst Recht ein Zweck des Art. 36 WÜK ist.⁷⁰ Insofern steht dem Einzelnen ein subjektive Recht zu, über seine Rechte aus Art. 36 Abs. 1 lit. b/c WÜK informiert zu werden und diese zu nutzen⁷¹, wogegen hier verstoßen wurde.

c) Zurechnung

Alle Handlungen durch Soldaten sind A als Handeln eigener Organe zurechenbar, vgl. Art. 4 ILC-SR.

2. Rechtfertigung

Eine Rechtfertigung im Sinne der Staatenverantwortlichkeit ist nicht ersichtlich.

II. Rechtsfolgen

Zunächst kann B von A verlangen, die Verstöße gegen die EMRK abzustellen, vgl. Art. 30 ILC-SR. Hinweise für eine Wiederholungsgefahr, die Garantien der Nichtwiederholung laut dem IGH rechtfertigten⁷² sind hier nicht ersichtlich ist (a.A. vertretbar).

Zudem muss ein Staat Wiedergutmachung für materielle und immaterielle Nachteile leisten (vgl. Art. 31 Abs. 1, 2 ILC-SR). Die Verletzung der EMRK-Rechte und WÜK ist soweit möglich durch Naturalrestitution zu kompensieren. Mangels Hinweisen für einen finanziellen Schaden bei Y kommt Schadensersatz – außer eventuellen Rechtsverfolgungskosten – nicht in Betracht.

Allerdings kommt im Übrigen Genugtuung in Betracht, die in einer Entschädigung in Geld bestehen kann, allerdings nicht muss, vgl. Art. 37 Abs. 2 ILC-SR. Möglich sind alternativ eine förmliche Entschuldigung oder ein Geständnis der Verletzung (jede Lösung vertretbar).

Gegen finanzielle Kompensation spricht hier allerdings die Begrenzung, dass die Kompensation nicht außer Verhältnis zur Verletzung stehen darf, vgl. Art. 37 Abs. 3 ILC-SR, denn der EGMR kann nach Art. 41 EMRK Kompensation zusprechen, so dass eine Doppelkompensation möglich ist (a.A. gut vertretbar).

Außerdem dürfte es aus Erwägungen eines effektiven Schutzes durch die Belehrung unzureichend sein, diese einfach nachzuholen, wenn bereits gerichtliche oder andere Verfahren unter Nichteinhaltung von Art. 36 WÜK stattgefunden hatten, weshalb der IGH in den Fällen LaGrand und Avena forderte, dass jede bereits ergangene Entscheidung „review and reconsideration“ unterzogen werden müsse.⁷³ Diese dürfte

⁷⁰ Siehe zur Auslegung ähnlich IGH ICJ Reports 2001, 466, Rn. 75 – LaGrand.

⁷¹ IGH ICJ Reports 2001, 466, Rn. 77 – LaGrand.

⁷² Vgl. IGH, Urt. v. 5.12.2011 (EJRM v. Griechenland), Rn. 168.

⁷³ IGH ICJ Reports 2001, 466, Rn. 125 – LaGrand.

grundsätzlich durch Mittel nach Wahl des Verletzerstaates erfolgen, müsse aber die Schwere der Verletzung der WÜK adäquat berücksichtigen.⁷⁴

Daher sind die bisherigen Verfahrensschritte gegen Y darauf zu überprüfen, ob sie gerade wegen der unterbliebenen Belehrung für Y nachteilig waren, was A beispielsweise in der Hauptverhandlung prüfen und ausgleichen müsste.

III. Ergebnis

Der IGH wird die Verpflichtung zur Wiedergutmachung und ggf. Schadensersatz feststellen.

C. Ergebnis zur Klage vor dem IGH

Die Klage von B gegen A ist zulässig und begründet.

⁷⁴ IGH ICJ Reports 2004, 12, Rn. 131 – Avena (Mexiko v. USA).

Übungsfall: Aus dem Ruder gelaufen

Von Prof. Dr. Georg Steinberg, Ass. iur. Christoph Wolf, stud. iur. Carolin Langlitz, Wiesbaden*

Diese Aufgabe wurde im Frühjahrstrimester 2013 als Klausur in der Kleinen Übung (2. Trimester) im Strafrecht gestellt. Die Bearbeitungszeit betrug 120 Minuten. Von den 96 Teilnehmerinnen und Teilnehmern haben 42,7% die Klausur bestanden; der Notendurchschnitt lag bei 5,52 Punkten; bestes Ergebnis: 17 Punkte.

Sachverhalt

A und B wollten gemeinsam den O verprügeln, vereinbarten aber, alles zu vermeiden, was für den O lebensgefährlich sein könnte. Als sie ihn dann wie geplant attackierten – A hielt ihn von hinten fest, während B dem O Boxhiebe in die Magen-grube verpasste –, wehrte sich O wider. Es entstand eine wüste Prügelei, in der O dem B mittels eines heftigen Faustschlags ins Gesicht das Nasenbein brach und ihn dadurch außer Gefecht setzte.

Um den B zu rächen, attackierte A den O nun äußerst brutal, schlug ihn nämlich zusammen und trat dem dann zu Boden Gegangenen immer wieder in den Unterleib, wobei ihm völlig gleichgültig war, ob O an den zugefügten Verletzungen sterben würde.

Von dieser Attacke des A hatte B nichts mitbekommen, weil er sich von der Szene abgewandt und versucht hatte, die heftige Blutung in seinem Gesicht zu stillen.

Als er nun sah, wie der O übel zugerichtet und ächzend am Boden lag, schrie er den A an: „Das war gegen die Vereinbarung! Und es ist ganz allein dein Problem, was jetzt mit O passiert, nicht meines!“ Daraufhin lief B eilig davon.

A war verzweifelt. Er rief per Handy seine Freundin F an, schilderte ihr das Geschehen und bat sie um Rat. Sie riet ihm, schnell zu flüchten. Das tat er dann auch. O erlag den inneren Verletzungen, die ihm A mittels der Tritte in den Unterleib zugefügt hatte.

Bei alledem hatten A, B und F erkannt, dass der verletzt am Boden liegende O noch zu retten gewesen wäre, wenn man ärztliche Hilfe herbeigeholt hätte.

Prüfen Sie die Strafbarkeit von A, B und F nach § 212 StGB.

Lösungsvorschlag

A. Strafbarkeit des A

I. § 212 Abs. 1 StGB

A könnte sich, indem er dem O mehrfach in den Unterleib trat, nach § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Dazu müsste er zunächst den objektiven Tatbestand erfüllt, also einen anderen Menschen getötet haben. Der tatbestands-

mäßige Erfolg ist mit dem Tod des O eingetreten. Die Handlung des A müsste äquivalent erfolgskausal gewesen sein, das heißt, sie dürfte nicht hinweggedacht werden können, ohne dass der konkrete Erfolg entfiel (Conditio sine qua non-Formel).¹ Hätte A dem O nicht mehrfach in den Unterleib getreten, wäre O nicht an den ausgelösten inneren Verletzungen gestorben. Die Handlung des A war also erfolgskausal.

Der Erfolg müsste ihm auch objektiv zurechenbar sein. Dazu müsste A durch seine Handlung eine rechtlich missbilligte Gefahr gesetzt haben, die sich im konkreten tatbestandsmäßigen Erfolg realisierte.² Tritte in den Unterleib sind, als direkte Attacke auf die körperliche Unversehrtheit, rechtlich missbilligt. Sie bergen zudem die Gefahr, dass innere Organe beschädigt werden, welche zum Tod des Opfers führen können. Diese Gefahr hat sich mit dem Tod des O verwirklicht, so dass dem A dieser objektiv zuzurechnen ist. Folglich erfüllte A den objektiven Tatbestand.

Hinweis: Dass das spätere Unterlassen des A zurechnungsunterbrechend bezogen auf die Ersthandlung wirken könnte, liegt fern, so dass dieser Gedanke nicht angesprochen werden muss.

2. Subjektiver Tatbestand

A müsste auch subjektiv tatbestandsmäßig, also vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz ist Wissen und Wollen bezogen auf die Merkmale des objektiven Tatbestands.³ Dem A war es, während er den O trat, „völlig gleichgültig“, ob dieser an den Verletzungen sterben würde. Fraglich ist, ob dies ausreicht. Folgt man der Wahrscheinlichkeitstheorie, so hätte A den Eintritt des Todes des O für wahrscheinlich halten müssen. Das ist nicht der Fall, so dass hiernach kein Vorsatz vorläge. Diese Theorie ist aber aufgrund der allzu starken Gewichtung des kognitiven Elements im Verhältnis zum volitiven sowie aufgrund der unsicheren Grenzziehung abzulehnen.⁴ Nach der Möglichkeitstheorie und den volitiven Theorien (Ernstnahme- und Billigungstheorien)⁵ hatte A, der die Möglichkeit des Erfolgseintritts erkannte und dem dieser gleichgültig war, jedoch Vorsatz (dolus eventualis), weshalb er auch den subjektiven Tatbestand erfüllte.

¹ Vgl. *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 4 Rn. 8 f.; statt der Conditio sine qua non-Formel können Sie ebenso gut die Formel der gesetzmäßigen Bedingung verwenden. Eine Begründung Ihrer Wahl ist nicht erforderlich, wenn beide Ansätze, wie hier, offensichtlich zum selben Ergebnis führen.

² Vgl. *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 60. Aufl. 2013, Vor. § 13 Rn. 25.

³ *Kühl* (Fn. 1), § 5 Rn. 6.

⁴ *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2012, § 14 Rn. 20; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 43. Aufl. 2013, Rn. 218.

⁵ Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 217, 221; *Fischer* (Fn. 2), § 15 Rn. 9e, 9g.

* Prof. Dr. Georg Steinberg ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht an der EBS – Universität für Wirtschaft und Recht, Wiesbaden; Christoph Wolf ist wissenschaftlicher Mitarbeiter, Carolin Langlitz ist studentische Hilfskraft ebenda.

3. Rechtswidrigkeit

A handelte mangels entgegenstehender Rechtfertigungsgründe rechtswidrig.

4. Schuld

Er handelte zudem schuldhaft.

5. Ergebnis

A hat sich folglich gemäß § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. §§ 212 Abs. 1, 13 StGB

A könnte sich nach §§ 212 Abs. 1, 13 StGB strafbar gemacht haben, indem er keine ärztliche Hilfe für den Verletzten O herbeiholte.

1. Objektiver Tatbestand

a) (Quasi-)kausal und objektiv zurechenbar herbeigeführter Erfolg

Der Tod des O ist der tatbestandsmäßige Erfolg. Die Handlung besteht hier darin, dass A keine ärztliche Hilfe gerufen hat, also in einem Unterlassen. Das Unterlassen müsste quasiauslösend für den Eintritt des Erfolgs gewesen sein, das heißt, bei Hinzudenken der Handlung müsste der Erfolg mit einer Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfallen.⁶ O hätte bei Verständigung des Arztes mit Sicherheit noch gerettet werden können, der Erfolg wäre also bei einem Tun des A ausgeblieben. Somit war das Unterlassen quasiauslösend.

Der Erfolg ist dem A auch objektiv zurechenbar.

Hinweis: Die objektive Zurechenbarkeit ist hier evident, so dass sie nicht ausgeführt werden muss. Dies wäre aber nicht falsch.

b) Garantenstellung gemäß § 13 Abs. 1 StGB

A müsste zudem eine Garantenpflicht bezogen auf das Leben des O gehabt haben. Eine solche könnte sich aus Ingerenz ergeben. Dazu müsste A im Vorfeld pflichtwidrig gehandelt haben.⁷ Die Tritte in den Bauch waren als Tötungshandlung pflichtwidrig und könnten, da lebensgefährlich, eine Garantenpflicht bezogen auf das Leben des O ausgelöst haben.

Argumentiert wird aber, dass jemand, der einen bestimmten Erfolg vorsätzlich verursacht und dafür strafrechtlich belangt wird, nicht dazu verpflichtet sei, eben diesen Erfolg noch abzuwenden. Denn bei einem fahrlässig Handelnden könne immer noch darauf vertraut werden, dass dieser, falls möglich, den Erfolgseintritt abzuwenden versuche. Derjenige jedoch, der vorsätzlich handle, also auf den Erfolgseintritt hin, besitze einen solchen Gefahrenabwendungswillen von vornherein nicht. Dementsprechend könne ihn auch nicht die Pflicht treffen, eben diese Gefahr abzuwenden.⁸

⁶ Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 711.

⁷ Vgl. Kühl (Fn. 1), § 18 Rn. 91, 93.

⁸ Fischer (Fn. 2), § 13 Rn. 31; Hillenkamp, in: Dannecker (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am

Eine solche Pflicht könnte des Weiteren angezweifelt werden, weil das Vorverhalten des A schon auf den Tötungserfolg gerichtet war und sich durch die Interpretation als Ingerenz eine materielle Doppelbestrafung ergeben könnte. Hier hat sich A nämlich schon wegen Totschlags durch aktives Tun strafbar gemacht (siehe oben). Die daraus resultierende materielle Doppelbestrafung könnte dem Grundsatz, dass jeder für begangenes Unrecht nur einmal belangt werden kann, widersprechen.⁹ Dem ist aber entgegenzuhalten, dass die durch die Garantenpflicht entstehende Doppelbestrafung auf Konkurrenzebene vermieden werden kann. Demnach tritt ein Totschlag durch Unterlassen, sollte im Unterlassen kein Taterschwerpunkt liegen, als subsidiär hinter dem Totschlag durch aktives Tun zurück, wobei aber die Möglichkeit der Beteiligung an der Unterlassungstat bestehen bleibt, was nicht der Fall wäre, wenn man eine Garantenpflicht hier verneint.

Zweifelhaft ist es auch, an die subjektive Sichtweise des Täters als Differenzierungskriterium anzuknüpfen. Hiergegen spricht, dass jeder Täter wegen des Lebensschutzes die Pflicht hat, wieder in die Legalität zurückzukehren. Zudem ist die Gefahr des Erfolgseintritts bei einer vorsätzlichen Tat, also bei einem Täter, der auf einen bestimmten Schaden hinarbeitet, typischerweise größer, so dass, wenn für den fahrlässig Handelnden eine Pflicht zur Rettung besteht, diese erst recht beim vorsätzlich Handelnden zu postulieren ist. Er darf nicht besser gestellt sein. Nach alledem ist also auch vorsätzliches Vorverhalten tauglich für das Auslösen einer Garantenpflicht.¹⁰ Folglich war A Garant für das Leben des O im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB.

Hinweis: Wie intensiv diese erste dogmatische Problemstellung erörtert wird, ist für die Bewertung des Gutachtens (mit) maßgeblich.

c) Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen

Auch ist das Unterlassen einem aktiven Tun gleichzustellen im Sinne von § 13 Abs. 1 a.E. StGB. A erfüllte also den objektiven Tatbestand.

2. Subjektiver Tatbestand

A müsste vorsätzlich gehandelt haben. A hatte zur Kenntnis genommen, dass O lebensbedrohlich verletzt war und durch ärztliche Hilfe noch hätte gerettet werden können. Er nahm die quasiauslösende und zurechenbare Erfolgsherbeiführung in Kauf (dolus eventualis). Zudem war sich A bewusst, dass er

1. April 2007, 2007, S. 287 (S. 300 f.); BGH NSStZ-RR 1996, 131; BGH JR 1999, 294.

⁹ Vgl. zu diesem Grundsatz: v. Heintschel-Heinegg, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, Vor § 52 Rn. 16.

¹⁰ Kühl (Fn. 1), § 18 Rn. 105a; Rengier (Fn. 4), § 50 Rn. 76; Freund, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 13 Rn. 130, 133, 138 ff.; Gaede/Wohlens, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 13 Rn. 44; Sowada, Jura 2003, 236 (245 f.).

selbst den O lebensgefährlich verletzt hatte. Er hatte folglich auch Vorsatz bezogen auf die garantenstellungsbegründenden Umstände. Somit erfüllte er den subjektiven Tatbestand.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

A hat sich folglich nach §§ 212 Abs. 1, 13 StGB strafbar gemacht.

III. Konkurrenzen und Ergebnis¹¹

Fraglich ist, wie das Konkurrenzverhältnis zwischen dem Totschlag des A durch aktives Tun und dem durch Unterlassen zu beurteilen ist. Dazu ist zunächst zu prüfen, ob Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit vorliegt. Eine Handlungseinheit kommt hier allenfalls unter dem Aspekt der natürlichen Handlungseinheit in Betracht. Der Annahme dieser ohnehin nur zurückhaltend anzuwendenden Rechtsfigur steht bereits entgegen, dass A vorliegend einen neuen Tatentschluss fasste und demnach ein beide Taten verbindender einheitlicher Willen fehlt.¹² Somit stehen beide Taten in Handlungsmehrheit zueinander.¹³ Fraglich ist des Weiteren, ob § 53 StGB zur Anwendung kommt oder Gesetzeskonkurrenz vorliegt. Der Totschlag durch aktives Tun könnte als mitbestrafte Nachtat konsumiert werden. Eine mitbestrafte Nachtat liegt vor, wenn die durch die Vortat erlangte Position durch die Nachtat erhalten wird und sich kein über die Vortat hinausgehender Schaden realisiert hat. Zudem muss dasselbe Rechtsgut bzw. derselbe Rechtsgutsträger betroffen sein, so dass die Nachtat keinen eigenen Unrechtsgehalt aufweist.¹⁴ Indem sich beide Taten gegen das Leben des O, also gegen dasselbe Rechtsgut und denselben Rechtsgutsträger richteten und durch den Totschlag durch Unterlassen kein über den Totschlag durch aktives Tun hinausgehender Schaden verwirklicht wurde, kommt ihm kein eigener Unrechtsgehalt zu. Der Totschlag durch Unterlassen ist eine typische Folgetat des Totschlags durch aktives Tun. Das Unrecht des aktiven Tuns wiegt, was sich nicht zuletzt aus der fakultativen Strafmilderung in der Strafzumessung der Tötung durch Unterlassen (§ 13 Abs. 2 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB) ergibt, schwerer, so dass das Unterlassen als mitbestrafte Nachtat zurücktritt.

¹¹ Konkurrenzen sind wichtig für die Falllösung, denn sie sind in fast jeder strafrechtlichen Klausur zu erörtern und für das Ergebnis von enormer Bedeutung: Sie bestimmen die aus dem begangenen Unrecht gerechterweise resultierenden Folgen und die wesentliche Festsetzung der Strafe. Zum Einstieg *Steinberg/Bergmann*, Jura 2009, 905.

¹² Vgl. *Rengier* (Fn. 4), § 50 Rn. 69; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 764.

¹³ Vgl. hierzu und zu den weiteren Voraussetzungen einer Handlungsmehrheit in Fällen dieser Art: *Schneider*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 212 Rn. 88 ff.

¹⁴ *Rengier* (Fn. 4), § 56 Rn. 45; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 795.

Hinweis: Die Ausführungen zum Konkurrenzverhältnis konnten angesichts des letztlich wenig strittigen Ergebnisses auch kürzer gefasst werden.

A ist folglich nur nach § 212 Abs. 1 StGB strafbar.

B. Strafbarkeit des B

I. §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

B könnte sich, indem er den O schlug, gemäß §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Erfolgsherbeiführung seitens des A

Der tatbestandsmäßige Erfolg ist mit dem Tod des O eingetreten. A hat diesen (wie oben ausgeführt) durch seine Tritte auch kausal herbeigeführt.

b) Zurechnung zu Lasten des B gemäß § 25 Abs. 2 StGB

B müsste, damit ihm dies zugerechnet werden kann, Mittäter im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB gewesen sein. Mittäterschaft bedeutet arbeitsteiliges Zusammenwirken aufgrund gemeinsamen Tatplans.¹⁵ Zunächst müssten A und B also einen gemeinsamen Tatplan gefasst haben. Ihr ursprünglicher Plan, den O zu verprügeln, beinhaltete jedoch nicht, diesem lebensgefährlicher Verletzungen zuzufügen. Denkbar wäre allenfalls, dass sie den Tatplan während der Tat einvernehmlich änderten. Allerdings nahm B die tödlichen Attacken des A nicht zur Kenntnis und nahm keinen intellektuellen Kontakt zu ihm auf. Folglich lag auch zu diesem Zeitpunkt kein gemeinsamer Tatplan zur Tötung vor. Die lebensgefährlichen Handlungen des A bildeten vielmehr einen Mittäterexzess. Hinsichtlich eines solchen scheidet die Zurechnung nach § 25 Abs. 2 StGB.

Hinweis: Es bietet sich an, in der Prüfung mit dem gemeinsamen Tatplan als Zurechnungsvoraussetzung hinsichtlich § 25 Abs. 2 StGB zu beginnen, da dieser offensichtlich fehlt. Aber auch jeder andere Prüfungsaufbau zur Mittäterschaft, der in sich schlüssig und gängig ist, ist korrekt.

2. Ergebnis

B hat sich folglich nicht nach §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

II. §§ 212 Abs. 1, 13 StGB

Jedoch könnte sich B gemäß §§ 212 Abs. 1, 13 StGB strafbar gemacht haben, indem er keine ärztliche Hilfe für den verletzten O holte.

¹⁵ *Kühl* (Fn. 1), § 20 Rn. 98 f.

*1. Objektiver Tatbestand**a) Quasikausale und objektiv zurechenbare Erfolgsherbeiführung*

Den Tod des O verursachte B quasikausal durch ein Unterlassen. Dieser Erfolg ist ihm auch objektiv zurechenbar.

b) Garantenstellung, § 13 Abs. 1 StGB

Zudem müsste B Garant für das Leben des O gewesen sein. Fraglich ist, ob B als Ingerenzgarant zum Handeln verpflichtet war.

aa) Ingerenz durch Boxhiebe des B

Eine Garantenpflicht durch Ingerenz könnte durch die Boxhiebe, die B dem O zufügte, entstanden sein. Jedoch müsste dieses Verhalten die naheliegende Gefahr des Eintritts des konkreten Erfolges, also des Todes des O, begründet haben.¹⁶ Die Boxhiebe des B waren aber nicht lebensgefährlich für O, so dass sich eine Garantenpflicht für dessen Leben daraus nicht ableiten lässt.

bb) Ingerenz durch Exzesshandlungen des A

Jedoch könnte das Verhalten des B in Verbindung mit den lebensgefährlichen Schlägen und Tritten des A eine Garantenstellung bei B ausgelöst haben. Problematisch ist, dass das Verhalten des A, wie oben festgestellt, eine gemäß § 25 Abs. 2 StGB nicht zurechenbare Exzesshandlung war. Man könnte daher argumentieren, dass B auch nicht im Rahmen des Unterlassungsdelikts über die Konstruktion einer Ingerenzgarantenpflicht für das über den Tatplan hinausgehende Tun des A strafrechtlich einzustehen hat, da es an einer hinreichenden Nähe zum entsprechenden Erfolg fehlt. Dieses Ergebnis würde sich – zumindest auf den ersten Blick – auch mit dem Prinzip strafrechtlicher Eigenverantwortung decken, wonach jeder nur für sein eigenes Handeln einzustehen hat.¹⁷

Hiergegen ist aber einzuwenden, dass bereits die Absprache und Ausführung einer gemeinschaftlichen Körperverletzung auch die Gefahr des konkreten Erfolges, also des Todes, in sich birgt. Auf dieser Erwägung beruht etwa auch § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB, der eine gemeinschaftliche Begehung aufgrund des Eskalationsrisikos als besonders gefährlich einstuft. Außerdem bedeutet ein Entfall der Zurechnung nach § 25 Abs. 2 StGB nicht dogmatisch zwingend, dass auch eine Garantenstellung zu verneinen ist. Denn § 25 Abs. 2 StGB stellt auf die Zurechnung fremder Tatbeiträge ab, die Garantenstellung aber auf die eigene Pflicht zur Erfolgsabwendung.¹⁸ B war also aufgrund seiner eigenen Beteiligung an der Prügelei Garant für dieses Rechtsgut.

¹⁶ Vgl. Rengier (Fn. 4), § 50 Rn. 96; Kudlich, JA 2010, 151 (152); BGH NSTZ-RR 2009, 366.

¹⁷ Vgl. Rengier (Fn. 4), § 50 Rn. 62; Gaedel/Wohlers (Fn. 10), § 13 Rn. 51; Kindhäuser, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxis-Kommentar, 5. Aufl. 2013, § 13 Rn. 56; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 13 Rn. 11; Jasch, NSTZ 2005, 8 (11); BGH NSTZ-RR 1997, 292 f.

¹⁸ Hardtung, in: Joecks/Miebach (Fn. 13), § 224 Rn. 32; Bosch, JA 2009, 655 (657).

Hinweis: Dies ist die zweite wichtige dogmatische Problemstellung des Falles; die Qualität ihrer Bewältigung war ebenfalls (mit) maßgeblich für die Gesamtbewertung.

c) Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen

Das Unterlassen war aktivem Tun gleichzustellen im Sinne des § 13 Abs. 1 a.E. StGB. B hat demnach objektiv tatbestandsmäßig gehandelt.

2. Subjektiver Tatbestand

B müsste zudem den subjektiven Tatbestand erfüllt, also Vorsatz gehabt haben. B hatte erkannt, dass O durch Herbeirufen ärztlicher Hilfe noch hätte gerettet werden können, sonst aber seinen Verletzungen erliegen würde. B könnte sich allerdings in einem vorsatzausschließenden Irrtum nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB hinsichtlich seiner Garantenstellung befunden haben. B glaubte, er sei nicht für den verletzten O verantwortlich. Damit irrt er sich über die rechtlichen Folgen seines Handelns, nämlich seine *Garantenpflicht*, nicht aber über einen Umstand des Geschehens, nämlich eine Sachvoraussetzung seiner Garantenstellung. Folglich liegt kein vorsatzausschließender Tatumsstandsirrtum gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 StGB vor. Demnach hatte B Vorsatz bezogen auf die Merkmale des objektiven Tatbestands und erfüllte folglich den subjektiven Tatbestand.

3. Rechtswidrigkeit

B handelte rechtswidrig.

4. Schuld

Die Schuld könnte gemäß § 17 S. 1 StGB ausgeschlossen sein. Dies setzt zunächst voraus, dass B aufgrund eines Irrtums über rechtliche Wertungen die Unrechtmäßigkeit seines Handelns verkannte.¹⁹ Infolge Irrtums über die ihn treffende Garantenpflicht verkannte B – bei voller Sachverhaltskenntnis – seine Verpflichtung, den O zu retten, mit der Folge, dass ein Verbotsirrtum gemäß § 17 StGB vorliegt. Dieser müsste zudem unvermeidbar gewesen sein. Unvermeidbar ist ein Irrtum dann, wenn der Täter bei Anstrengung seines Gewissens und aller seiner Erkenntniskräfte und Einholung von Rechtsrat zum Zeitpunkt der Tathandlung nicht dazu in der Lage ist, das Unrecht der Tat zu erkennen.²⁰ Der am Überfall auf den O beteiligte B hätte bei Anspannung seines Gewissens aber erkennen können, dass ihn eine Verpflichtung zur Lebensrettung des O traf. Der Irrtum war somit vermeidbar. B handelte schuldhaft.

5. Ergebnis

B hat sich also gemäß §§ 212 Abs. 1, 13 StGB strafbar gemacht. Zu beachten ist die fakultative Strafmilderung nach § 17 S. 2 in Verbindung mit § 49 Abs. 1 StGB.

¹⁹ Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 732, 738.

²⁰ Fischer (Fn. 2), § 17 Rn. 7.

C. Strafbarkeit der F nach §§ 212 Abs. 1, 13, 26 StGB

F könnte sich, indem sie dem A riet wegzulaufen, gemäß §§ 212 Abs. 1, 13, 26 StGB strafbar gemacht haben.

*1. Objektiver Tatbestand**a) Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat des A*

Eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat liegt, wie oben unter A. II. ausgeführt, im Totschlag durch Unterlassen seitens des A.

b) Bestimmen

F müsste den A zu dieser Tat bestimmt, also den Tatentschluss bei ihm hervorgerufen haben.²¹ A war nach seiner Attacke auf den O noch nicht entschieden, was er tun sollte. Durch den Rat der F, schnell zu flüchten, fasste er den Entschluss, keine ärztliche Hilfe für den O zu verständigen, mithin den Entschluss zur Begehung der Haupttat. F bestimmte ihn also im Sinne des § 26 StGB zur Tat, erfüllte mithin den objektiven Tatbestand.

2. Subjektiver Tatbestand

F müsste zudem Vorsatz hinsichtlich der Haupttat und ihrer Bestimmungshandlung gehabt haben. Indem F dem A den Rat erteilen wollte und dazu den Tod des O in Kauf nahm, hatte sie diesen Vorsatz, erfüllte folglich auch den subjektiven Tatbestand.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

F handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Strafzumessung gemäß § 28 Abs. 1 StGB

Fraglich ist, ob die Strafe der F nach § 28 Abs. 1 StGB zu mildern ist. Dies könnte sich daraus ergeben, dass der F im Gegensatz zu A die Garantenpflicht bezogen auf das Leben des O fehlte. Fraglich ist, ob die Garantenstellung ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 14 Abs. 1 StGB ist. Gegen eine solche Annahme spricht, so kann man argumentieren, dass sich das Unrecht der Tat nicht allein dadurch mindert, dass hier nur zu einer *Unterlassungstat* angestiftet wird. Demnach dürfe die Garantenstellung als Bedingung für die Unterlassungstat nicht zu einer Strafmilderung führen.²² Dem ist aber entgegenzuhalten, dass die Garantenstellung als besonderes persönliches Merkmal vom Wortlaut des § 14 Abs. 1 StGB umfasst ist. Den Garanten trifft eine besondere Rettungspflicht hinsichtlich der Rechtsgüter des Opfers, so dass er eine besondere persönliche Pflicht hinsichtlich eines bestimmten Aufgabenbereiches innehat. Folglich muss die bei F fehlende Garantenstellung zu einer Strafmilderung nach § 28 Abs. 1 in Verbindung mit § 49 Abs. 1 StGB führen.²³

5. Ergebnis

F hat sich nach §§ 212 Abs. 1, 13, 26 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: Die Annahme einer Strafbarkeit der F gem. §§ 212 Abs. 1, 27 StGB ist demgegenüber auch vor dem Hintergrund der Entscheidung BGH NStZ 2008, 280 nicht vertretbar, da es sich dort um eine anders gelagerte – und zudem sachlich überaus zweifelhafte – Einzelfallentscheidung handelt.

D. Gesamtergebnisse

A ist strafbar nach § 212 Abs. 1 StGB. B ist strafbar nach §§ 212 Abs. 1, 13 StGB. F ist strafbar nach §§ 212 Abs. 1, 13, 26 StGB.

²¹ Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 568.

²² Vgl. *Heine*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 28 Rn. 18 f.

²³ Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 558; *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 10), § 28 Rn. 32 ff.

Übungsfall Ordnungswidrigkeitenrecht: Zwei Revoluzzer wider den „gläsernen Menschen“

Von Rechtsanwalt Dr. **Torsten Noak**, LL.M., Rostock*

Der Fall war in anderer Fassung Bestandteil der Modulprüfung „Ordnungswidrigkeitenrecht“ an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung, Polizei und Rechtspflege Mecklenburg-Vorpommerns. Er setzt Kenntnisse des Ordnungswidrigkeiten- und Straßenverkehrsrechts voraus.

Sachverhalt

Xaver (X) und Yves (Y), beide glühende Verehrer des frühen und aufmüpfigen Bob Dylan, wohnen in einer Wohngemeinschaft in Rostock zusammen. Y kommt die Idee, gegen die Ausweitung staatlicher Datensammelwut anzukämpfen. Dabei schwebt ihm vor, die Bevölkerung anzuspornen, für eine bestimmte Zeit die amtlichen Kennzeichen ihrer Fahrzeuge so zu verdecken, dass diese nicht lesbar und deshalb von den Ordnungsbehörden nicht erfassbar sind. Von Natur aus faul, will Y die Ausführung der Aktion allerdings lieber einem anderen überlassen und wendet sich am 23.5.2012 an X, den er über den Plan informiert und bittet, das Erforderliche in die Wege zu leiten.

X ist sofort hellauf begeistert und nimmt die Sache (allein) in die Hand: Er entwirft ein anonymes Flugblatt, in dem an die Bürger Rostocks appelliert wird, am 2.6.2012 von 9 bis 18 Uhr die amtlichen KFZ-Kennzeichen ihrer PKW durch Verkleben oder Übermalen unleserlich zu machen. Sodann druckt er 200 Schreiben aus und legt sie am Abend des 25.5.2012 in vielen Kneipen und Restaurants Rostocks aus. Während Y bewusst ist, dass die Aktion mit deutschen Gesetzen nicht konform geht, handelt X in dem Glauben, sie sei gestattet, weil man der Etablierung des „gläsernen Menschen“ auch mal provokant entgegentreten dürfe. Nach Abschluss der Aktion fährt X spät an demselben Abend – stolz auf seine revolutionäre Kraft – mit dem von seinen Eltern bezahlten Golf durch Rostock, wobei er unaufhörlich hupt. Von dem Flugblatt lässt sich niemand zu der angedachten „Maßnahme“ inspirieren.

Frage 1

Haben X und Y sich ordnungswidrig verhalten?

Frage 2

Sind Ordnungswidrigkeiten verwirklicht, wenn X keine anonymen Flugblätter auslegt, sondern persönliche Anschreiben an vorher ausgewählte Personen per Post versendet?

Hinweis: §§ 117, 118 OWiG sind nicht zu prüfen.

* Der Autor ist Rechtsanwalt in Rostock und Lehrbeauftragter für Verwaltungsrecht und Strafrecht an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung, Polizei und Rechtspflege Mecklenburg-Vorpommerns in Güstrow. Für vielfältigen Beistand gilt Dank Frau J.h.c.u.d.H Doris Kürstner.

Stellen Sie sich vor, im Ausgangsfall ermittelt die zuständige Verwaltungsbehörde gegen Unbekannt und führt im April 2013 mündliche Befragungen in dem Mietshaus durch, in dem X und Y wohnen. Als die Mitarbeiter der Behörde bei ihnen vorstellig werden, zeigen sich X und Y sehr nervös und verstricken sich in Widersprüche, weshalb man sich später in der Behörde entschließt, sie offiziell als Betroffene schriftlich an-zuhören. Der zuständige Mitarbeiter unterzeichnet die Anhörungsbögen am 15.5.2013, lässt sie wegen eines Versehens jedoch bis zum 20.5.2012 auf seinem Schreibtisch liegen, bevor er sie zur Poststelle gibt. Die Schreiben werden X und Y am 27.5.2013 zugestellt; sie reagieren nicht darauf. Anfang Juli 2013 entschließt sich die Behörde, Maßnahmen zu ergreifen.

Frage 3

Dürfen im Juli 2013 Bußgeldbescheide gegen X und Y erlassen werden?

Stellen Sie sich des Weiteren vor, die zuständige Behörde erlässt Bußgeldbescheide gegen X und Y im Zusammenhang mit dem Verteilen der Flugblätter. Beide legen form- und fristgerecht Einspruch ein, werden jedoch in der anberaumten Hauptverhandlung am 9.1.2014 vom zuständigen Amtsgericht Rostock zu Geldbußen von jeweils 300 EUR verurteilt. Dagegen gehen sie in Rechtsbeschwerde, die das zuständige Oberlandesgericht Rostock längere Zeit nicht bearbeitet. Im August 2014 schreiben die Prozessbevollmächtigten von X und Y das Oberlandesgericht an und weisen darauf hin, dass nach ihrer Auffassung das Verfahren nun eingestellt werden müsse, weil nach der extrem langen Zeit endgültig ein Verfahrenshindernis bestehe.

Frage 4

Ist die Rechtsauffassung der Prozessbevollmächtigten zutreffend?

Lösungsvorschlag

Frage 1

A. Ordnungswidrigkeiten des X

I. Auslegen der Flugblätter: § 116 Abs. 1 OWiG

X könnte durch das Auslegen der Flugblätter in den Kneipen und Restaurants in Rostock eine öffentliche Aufforderung zu Ordnungswidrigkeiten gemäß § 116 Abs. 1 OWiG begangen haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Aufforderung zu einer mit Geldbuße bedrohten Handlung

In § 23 Abs. 1 S. 3 StVO ist die Pflicht des Fahrzeugführers statuiert, dafür zu sorgen, dass die vorgeschriebenen Kennzeichen stets gut lesbar sind. Wer dem vorsätzlich zuwider-

handelt und sein KFZ-Kennzeichen unkenntlich macht, begeht eine Ordnungswidrigkeit nach § 24 StVG in Verbindung mit §§ 49 Abs. 1 Nr. 22, 23 Abs. 1 S. 3 StVO,¹ eine „mit Geldbuße bedrohte Handlung“ (§ 1 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 OWiG). Dazu hat X aufgefordert, denn er hat in den Flugblättern an die Fahrzeugführer Rostocks appelliert, ihre KFZ-Zeichen zu verdecken, somit eine an die Motivation der Fahrzeugführer Rostocks gerichtete Erklärung abgegeben, mit der den Adressaten „die Begehung der Ordnungswidrigkeit angesonnen wurde“².

bb) Durch Verbreiten von Schriften

Darüber hinaus müsste X die Aufforderung durch eine der in § 116 Abs. 1 OWiG beschriebenen Handlungsformen – öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten eines der genannten Informationsträger – verwirklicht haben. In Betracht kommt „Verbreiten von Schriften“. Unter „Schrift“ versteht man eine der sinnlichen Wahrnehmung zugängliche Zusammenstellung von verkörperten Gedankenerklärungen, die geeignet und da-zu bestimmt ist, die Vorstellung eines Sinnzusammenhangs zu vermitteln.³ Darunter fallen auch die Flugblätter.

Diese müsste X durch das Auslegen „verbreitet“ haben. Hier ist das Verhältnis zu § 14 OWiG anzusprechen, der ebenfalls bestimmte Fälle des Aufforderns zu Ordnungswidrigkeiten erfasst, und zwar als Beteiligung an der Ordnungswidrigkeit desjenigen, der aufgefordert wurde. Das maßgebliche Kriterium zur Abgrenzung liefert der zentrale Begriff des § 116 Abs. 1 OWiG der „Öffentlichkeit“, dem zu entnehmen ist, dass die Aufforderung sich an einen unbestimmten Kreis von Adressaten richten muss.⁴ Es ist das Anliegen des § 116 Abs. 1 OWiG, Verhaltensweisen zu unterbinden, deren Auswirkungen vom Täter weder gänzlich erfasst noch gesteuert werden können und somit, sei es ungewollt oder – wie hier – sogar gewollt, die Gefahr von Massendelinquenz in sich tragen.⁵ Ist die Aufforderung an einen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis gerichtet, scheidet § 116 Abs. 1 OWiG aus, und es kommt – falls die Aufforderung Erfolg hat – eine Ahndung wegen Beteiligung an Ordnungswidrigkeiten gemäß § 14 OWiG in Betracht, zu deren Begehung aufgefordert wurde.⁶

An diesen Vorgaben ist das Merkmal „verbreiten“ zu messen: „Verbreitet“ werden Schriften, wenn der Täter diese körperlich, d.h. ihrer Substanz nach und nicht durch bloße Be-

kanntgabe ihres Inhalts,⁷ einem größeren, individuell nicht feststehenden und für ihn nicht kontrollierbaren Personenkreis zugänglich macht.⁸ So lag es hier, denn X legte die Flugblätter in öffentlichen Kneipen und Restaurants aus, sodass er bereits unmittelbar nach Verlassen der Lokalitäten nicht mehr nachvollziehen konnte, wer von den Schreibern Kenntnis nehmen und sich eventuell angesprochen fühlen würde. Die Voraussetzung ist erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

X kannte alle Umstände, die den objektiven Tatbestand des § 116 Abs. 1 OWiG erfüllen, und wollte deren Verwirklichung. Er handelte somit vorsätzlich, genauer gesagt: absichtlich.⁹

2. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit unterliegt keinen Zweifeln.

3. Vorwerfbarkeit¹⁰

Möglicherweise fehlte X die Vorwerfbarkeit, weil er ohne Unrechtsbewusstsein und deshalb in einem sog. Verbotsirrtum gehandelt hat (§ 11 Abs. 2 OWiG). Dazu bedarf es zweierlei: Zunächst muss dem Täter die Einsicht fehlen, Unrecht zu tun. Dies war hier der Fall, denn X war der Auffassung, wegen des hinter der Aktion stehenden Anliegens – Protest gegen die „Datensammelwut“ des Staates – provozieren und die Bürger zur Verdeckung ihrer Kennzeichen auffordern zu dürfen. Zweitens darf der Irrtum nicht vermeidbar gewesen sein. Für eine Unvermeidbarkeit wird vom Täter einiges verlangt: Er muss all seine geistigen Erkenntniskräfte einsetzen und eventuell auftauchende Unrechtszweifel mit Nachdenken und – falls erforderlich – der Einholung sachkundigen Rechtsrates aufzuklären versuchen.¹¹ Hätte X diese Vorgaben umgesetzt, wäre er zu dem Schluss gelangt, dass sein Handeln nicht erlaubt sein konnte. Denn auch unter Berücksichtigung des grundgesetzlich verbürgten Rechts, Meinungen frei äußern und verbreiten zu dürfen (Art. 5 Abs. 1 GG), und der Tatsache, dass der Staat Kritik auch ertragen können muss, wenn sie polemisch und überspitzt formuliert ist,¹² geht es über die Grenzen des Erlaubten hinaus, die Bevölkerung zur massenhaften Begehung von Rechtsbrüchen anzuspornen und auf

¹ Zum „Hangeln“ von Vorschrift zu Vorschrift im Ordnungswidrigkeitenrecht siehe Noak, ZJS 2012, 175.

² Rogall, in: Senge (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl. 2006, § 116 Rn. 9, sich BGHSt 32, 310 anschließend.

³ BGHSt 13, 375 (376); Rogall (Fn. 2), § 116 Rn. 23 m.w.N.

⁴ BayObLGSt 1992, 15 (18); BayObLG NJW 1994, 396; Bohnert, Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2010, § 116 Rn. 6.

⁵ Rogall (Fn. 2), § 116 Rn. 23; Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 111 Rn. 2.

⁶ So auch Bohnert (Fn. 4), § 116 Rn. 6.

⁷ BGHSt 18, 63 (64); BayObLG NJW 1979, 2162; OLG Hamburg NStZ 1983, 127; Gürtler, in: Göhler (Hrsg.), Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar, 16. Aufl. 2012, § 116 Rn. 7.

⁸ BGHSt 13, 257 (258); LG Dortmund NStZ-RR 1998, 139; Walther, NStZ 1990, 524 f.

⁹ Näheres zum Vorsatz bei Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 15 Rn. 64 ff., insb. 65, 69 und 88; Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 42. Aufl. 2012 Rn. 133.

¹⁰ Näher zur Abweichung des Begriffs von der Terminologie im Strafrecht, das von „Schuld“ spricht, Gürtler (Fn. 7), Vor § 1 Rn. 30.

¹¹ Siehe BGHSt 21, 18 (20); instruktive Zusammenfassung bei Rengier, in: Senge (Fn. 2), § 11 Rn. 57 ff.

¹² Zur Straflosigkeit eines „Denkzettel(s) für strukturellen und systeminternen Rassismus“ siehe jüngst BVerfG, Beschl. v. 24.7.2013 – 1 BvR 444/13, 1 BvR 527/13.

diese Weise den Ordnungsbehörden Gefahrenabwehr und Deliktshandlung im Bereich des Straßenverkehrs zu erschweren. Dies hätte X erkennen und einen anderen Weg einschlagen müssen, um seinen Unmut gegen die „Datensammelleiden-schaft“ des Staates kundzutun. Der Irrtum war also vermeidbar.

4. Ergebnis

X hat durch das Auslegen der Flugblätter eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 116 Abs. 1 OWiG verwirklicht.

II. Unaufhörliches Hupen während des Umherfahrens

1. § 24 StVG i.V.m. §§ 49 Abs. 1 Nr. 16, 16 Abs. 1 StVO

X hat den objektiven Tatbestand der Ordnungswidrigkeit erfüllt, denn aus § 16 Abs. 1 StVO ergibt sich, dass Hupen nur darf, wer außerhalb geschlossener Ortschaften überholt (Nr. 1) oder sich oder andere gefährdet sieht (Nr. 2).¹³ Beides ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. X handelte auch vorsätzlich; an Rechtswidrigkeit und Vorwerfbarkeit ist nicht zu zweifeln. Somit kann sein Verhalten als Ordnungswidrigkeit gemäß § 24 StVG in Verbindung mit §§ 49 Abs. 1 Nr. 16, 16 Abs. 1 StVO geahndet werden.

2. § 24 StVG i.V.m. §§ 49 Abs. 1 Nr. 25, 30 Abs. 1 S. 1, S. 3 StVO

a) § 24 StVG i.V.m. §§ 49 Abs. 1 Nr. 25, 30 Abs. 1 S. 1 StVO
Dieser Tatbestand ist ebenfalls erfüllt: X hat durch das Umherfahren und Hupen sein Fahrzeug benutzt. Zudem hat er „unnötigen Lärm“ erzeugt, denn Geräusche, die eine Hupe macht, sind zum einen eine belästigende Geräuschimmission, also „Lärm“,¹⁴ weil sie aufgrund ihrer Frequenz und Lautstärke den „normal lärmempfindlichen Menschen“¹⁵ nachts aus dem Schlaf holen. Das Merkmal „unnötig“ lässt sich deuten wie der in § 117 Abs. 1 OWiG genannte Terminus „ohne berechtigten Anlass“: jemand handelt ohne vernünftigen, anzuerkennenden Grund für die Lärmerregung.¹⁶ Dies ist hier ebenfalls zu bejahen, denn das Hupen des X ging über die sachgemäße Benutzung hinaus und war allein dadurch motiviert, seiner Zufriedenheit mit der Flugblattaktion Ausdruck zu verleihen. X handelte vorsätzlich, wobei mit Blick auf die Deutung des Merkmals „unnötig“ davon auszugehen ist, dass

¹³ In besonderen Einzelfällen – etwa bei einer tagsüber nach der Trauung durch die Gemeinde fahrenden Hochzeitskolonne – mag auch der Gesichtspunkt der Sozialadäquanz zu einem Tatbestandsausschluss führen. Zu prüfen wäre dies im Rahmen der auch im Ordnungswidrigkeitenrecht geltenden Lehre von der objektiven Zurechnung im objektiven Tatbestand. Siehe dazu *Mitsch*, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl. 2005, § 7 Rn. 16; *Rengier* (Fn. 11), Vor § 15 Rn. 35 ff.

¹⁴ Siehe dazu *Rogall* (Fn. 2), § 117 Rn. 13.

¹⁵ Der nach h.M. als Bezugsobjekt für die Belästigungswirkung fungiert, siehe etwa *Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 325a Rn. 3; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 325a Rn. 5.

¹⁶ *Bohnert* (Fn. 4), § 117 Rn. 13; *Gürtler* (Fn. 7), § 117 Rn. 5.

ihm nach „Parallelwertung in der Laiensphäre“¹⁷ bewusst war, dass Lärm nur aufgrund eines vernünftigen nachvollziehbaren Grundes erregt werden darf. Rechtswidrigkeit und Vorwerfbarkeit sind gegeben und somit die Voraussetzungen der Ordnungswidrigkeit erfüllt.

b) § 24 StVG i.V.m. §§ 49 Abs. 1 Nr. 25, 30 Abs. 1 S. 3 StVO

Die Verfassungsgemäßheit des § 30 Abs. 1 S. 3 StVO zugrunde gelegt,¹⁸ scheidet der objektive Tatbestand an der vorausgesetzten nachzuweisenden Belästigung eines anderen.¹⁹ Diese ist im Sachverhalt nicht ersichtlich.

III. Konkurrenzen

Mag man das Auslegen der Flugblätter in jeder einzelnen Lokalität als selbstständiges „Verbreiten“ ansehen, ist dennoch auf Tateinheit (§ 19 OWiG) zu erkennen, weil die einzelnen Tätigkeitsakte gleichartig waren, von einem einheitlichen Willen getragen wurden und aufgrund ihres räumlich-zeitlichen Zusammenhangs bei natürlicher Betrachtungsweise als einheitliches, zusammengehöriges Geschehen erschienen.²⁰ Zu den Verkehrsordnungswidrigkeiten steht das Geschehen um die Flugblätter im Verhältnis der Tatmehrheit (§ 20 OWiG).

Zwischen den verwirklichten § 24 StVG in Verbindung mit §§ 49 Abs. 1 Nr. 16, 16 Abs. 1 StVO und § 24 StVG in Verbindung mit §§ 49 Abs. 1 Nr. 25, 30 Abs. 1 S. 1 StVO besteht Tateinheit (§ 19 OWiG). Die Vorschriften haben unterschiedliche Schutzrichtungen: § 16 Abs. 1 StVO grenzt den Anwendungsbereich von Schall und Leuchtzeichen ein auf gefahrträchtige Situationen (Nr. 1) und solche, in denen der Kraftfahrer Gefahren für sich oder Dritte bereits subjektiv diagnostiziert hat (Nr. 2); Warnzeichen sind also nur aus triftigem Grund zu verwenden, damit andere Verkehrsteilnehmer nicht ohne Not verunsichert werden.²¹ Demgegenüber hat § 30 Abs. 1 StVO den Schutz der Allgemeinheit vor unnötigen und vermeidbaren Immissionen vor Augen.²²

¹⁷ Siehe BayObLG wistra 1995, 158 (159); *Mitsch* (Fn. 13), § 8 Rn. 10.

¹⁸ Anders AG Cochem NJW 1986, 3218, das die Vorschrift von § 6 StVG und damit der verfassungsmäßigen Ordnung nicht gedeckt sieht. An der hinreichenden Bestimmtheit des § 30 Abs. 1 S. 3 StVO zweifelt *König*, in: Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, Kommentar, 41. Aufl. 2011, § 30 StVO Rn. 14.

¹⁹ Siehe dazu Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen DAR 1997, 282.

²⁰ Siehe zur sog. natürlichen Handlungseinheit BGHSt 10, 230; 43, 312 (314); OLG Brandenburg NZV 2006, 109; kritisch *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 33 Rn. 53 ff.; *Sowada*, NZV 1995, 465.

²¹ *Janker*, in: Burmann/Heß/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, Kommentar, 22. Aufl. 2012, § 16 StVO Rn. 1.

²² Dazu *Janker* (Fn. 21), § 30 StVO Rn. 1.

B. Ordnungswidrigkeiten des Y**I. Beteiligung am Auslegen der Flugblätter: §§ 116 Abs. 1, 14 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 OWiG**

Y könnte sich durch das Gespräch, in dem er X seinen Plan mitteilte, an dessen öffentlicher Aufforderung zu Ordnungswidrigkeiten beteiligt und somit selber ordnungswidrig gehandelt haben (§ 14 Abs. 1 S. 1 OWiG).²³

*1. Tatbestand**a) Objektiver Tatbestand**aa) Bezugstat*

§ 14 Abs. 2 OWiG verlangt die rechtswidrige Verwirklichung des Tatbestandes eines Gesetzes, das die Ahndung mit einer Geldbuße zulässt. Eine solche liegt vor, denn X hat, wie gesehen, durch Verteilen der Flugblätter den Tatbestand des § 116 Abs. 1 OWiG (vorsätzlich²⁴ und) rechtswidrig erfüllt.

bb) Beteiligung

Daran müsste Y sich beteiligt haben. Zwar kennt das Ordnungswidrigkeitenrecht im Gegensatz zum Strafrecht kein dualistisches Beteiligungssystem, also die Unterscheidung zwischen Tätern auf der einen und Teilnehmern (Anstifter, Gehilfen) auf der anderen Seite. Es gilt die Einheitstäterschaft: Alle sollen Täter sein, unabhängig davon, welches Ausmaß ihr jeweiliger Beitrag hat.²⁵ Gleichwohl kommt auch das Einheitstäterprinzip nicht ohne die Kategorien von Täterschaft und Teilnahme aus. Denn um Wertungswidersprüche zum Strafrecht zu vermeiden, soll ein „Beteiligen“ im Sinne von § 14 Abs. 2 OWiG nur bejaht werden, wenn der Täter einen Beitrag zu der Bezugstat leistet, der im Strafrecht Mittäterschaft, Anstiftung oder Beihilfe begründen würde.²⁶ Der Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB) begeht die Tat mit anderen gemeinschaftlich, der Anstifter (§ 26 StGB) weckt im Täter den Tatentschluss, der Gehilfe (§ 27 StGB) fördert die Tat.²⁷ Denkbar ist die Beteiligung in zwei Varianten: Entweder verwirklicht keiner der möglichen Beteiligten durch sein Verhalten allein den Tatbestand, alle zusammen hingegen schon; oder ein Beteiligter verwirklicht den Tatbestand allein und

schaft so die Voraussetzung, dass das Verhalten der anderen, das den Tatbestand nicht erfüllt, ahndbar wird.²⁸

Hier liegt letztgenannte Variante vor: X hat die Voraussetzungen der Bezugstat des § 116 Abs. 1 OWiG gesondert erfüllt. Der Beitrag des Y bestand darin, im Gespräch mit X in diesem den Tatentschluss hervorgerufen, diesen also im Sinne des § 26 StGB „bestimmt“ zu haben. Im Strafrecht wäre er Anstifter, was den genannten Anforderungen der Beteiligung im Sinne des § 14 Abs. 2 OWiG genügt.

b) Subjektiver Tatbestand

Y handelte mit Blick auf die Verwirklichung der Begehung der Ordnungswidrigkeit seitens X und seine eigene Beteiligung durch Hervorrufen des Tatentschlusses vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit

Mangels Rechtfertigungsgründen ist an der Rechtswidrigkeit nicht zu zweifeln.

3. Vorwerfbarkeit

Auch die Vorwerfbarkeit ist zu bejahen. Y war (anders als X) bewusst, dass das Auslegen der mit dem Appell bedruckten Schreiben gegen deutsches Recht verstößt, befand sich also nicht in einem Verbotsirrtum.²⁹

II. Beteiligung am Hupen des X während des Umherfahrens: § 24 StVG i.V.m. §§ 49 Abs. 1 Nr. 16, 16 Abs. 1 StVO; § 24 StVG i.V.m. §§ 49 Abs. 1 Nr. 25, 30 Abs. 1 S. 1 StVO; § 14 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 OWiG

Eine Beteiligung des Y an den Straßenverkehrsordnungswidrigkeiten des X ist nicht erkennbar. Zwar hat X die genannten Tatbestände rechtswidrig verwirklicht, einen Beitrag des Y, der in irgendeinem Zusammenhang mit diesen Delikten steht, lässt sich dem Sachverhalt jedoch nicht entnehmen.

Frage 2

In dieser Fallvariante hat X sich keiner Ordnungswidrigkeit schuldig gemacht. Wie oben³⁰ erörtert, ist für die Verwirklichung des § 116 Abs. 1 OWiG vonnöten, dass die Handlung des Auffordernden sich objektiv an einen unbestimmten Kreis von Adressaten richtet. Dies war in der Abwandlung nicht der Fall, denn die Empfänger der Postsendungen wurden laut Sachverhalt vorher ausgewählt und persönlich angeschrieben. Die Adressaten waren also klar und eindeutig erkennbar. Auch die Ahndung eines Versuchs (§ 13 OWiG) des § 116 OWiG kommt nicht in Betracht. Denn davon abgesehen, dass es bereits an der „gesetzlichen Bestimmung“ (§ 13 Abs. 2 OWiG) mangelt, fehlt auch die von § 13 Abs. 1 OWiG vorausgesetzte

²³ Siehe auch Noak, ZJS 2012, 175 (182 ff.).

²⁴ Zwar verlangt der Wortlaut des § 14 Abs. 2 OWiG keinen Vorsatz des „Haupttäters“, gleichwohl wird ein solcher von der h.M. (etwa BGHSt 31, 309; Kleszczewski, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2010, Rn. 423) verlangt, weil sonst – so wird geltend gemacht – ein Ungleichgewicht im Verhältnis zum Strafrecht entstünde, das nur die Beteiligung an Vorsatztaten unter Strafe stellt. Dagegen argumentiert überzeugend Mitsch (Fn. 13), § 13 Rn. 53 ff.; ders., NZV 2011, 281 (284).

²⁵ Ausführlich Rengier (Fn. 11), § 14 Rn. 4 ff.

²⁶ Siehe BGHSt 31, 309 (312); Gürtler (Fn. 7), § 14 Rn. 5c. Auf Fälle der mittelbaren Täterschaft (§ 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB) ist § 14 OWiG nicht anwendbar, denn diese stellt eine von § 14 OWiG unabhängige Täterschaftsform dar, siehe BGHSt 31, 309; Bohnert, Ordnungswidrigkeitenrecht, 4. Aufl. 2010, Rn. 109; Rengier (Fn. 11), § 14 Rn. 87.

²⁷ Näheres bei Wessels/Beulke (Fn. 9), Rn. 504 ff.

²⁸ Siehe auch Bohnert (Fn. 26), Rn. 107, 111.

²⁹ Hätte man X, wie es einige Bearbeiter der Klausur für richtig hielten, einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zugutegehalten, wäre das Verhalten des Y gleichwohl „bußgeldfähig“ gewesen, denn gemäß § 14 Abs. 3 S. 1 OWiG wird die Möglichkeit der Ahndung nicht dadurch ausgeschlossen, dass einer der Beteiligten nicht vorwerfbar handelt.

³⁰ Siehe Punkt A. I. 1. a) bb).

„Vorstellung von der Tat“³¹: X hatte keinen Vorsatz dahingehend, die objektiven Umstände des § 116 Abs. 1 OWiG zu verwirklichen, denn er wusste, dass die Aufforderung sich nicht an einen unbestimmten Kreis von Adressaten richtet, sondern eine definierte Gruppe von Personen.

Was phänomenologisch bleibt, ist ein Versuch der Beteiligung. X beabsichtigte, in den angeschriebenen Personen den Entschluss hervorzurufen, Ordnungswidrigkeiten gemäß § 24 StVG in Verbindung mit §§ 49 Abs. 1 Nr. 22, 23 Abs. 1 S. 3 StVO zu begehen. Dies hätte man aber erst ahnden können, wenn wenigstens ein Adressat die Verkehrsordnungswidrigkeit tatbestandsmäßig und rechtswidrig verwirklicht hätte, was aber nicht geschehen ist. Die versuchte Beteiligung – bezüglich Verbrechen (§ 12 Abs. 1 StGB) in § 30 StGB unter Strafe gestellt³² – kann im Ordnungswidrigkeitenrecht nicht geahndet werden.³³

Frage 3

Dem Erlass der Bußgeldbescheide könnte das Verfahrenshindernis³⁴ der Verjährung entgegenstehen. Wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, orientiert die Verjährungsfrist sich am Höchstmaß der Geldbuße, die der Ordnungswidrigkeitentatbestand androht (§ 31 Abs. 2 OWiG). Es ist hier zu unterscheiden zwischen der öffentlichen Aufforderung zu Ordnungswidrigkeiten, die X und Y als Beteiligte begangen haben (sogleich Punkt A.), und den Verkehrsordnungswidrigkeiten des X (sodann Punkt B.).

A. Öffentliche Aufforderung zu Ordnungswidrigkeiten (X und Y)

Das Höchstmaß der Geldbuße richtet sich bei § 116 Abs. 1 OWiG nach der Ordnungswidrigkeit, zu der aufgefordert wird (§ 116 Abs. 2 S. 2 OWiG). Dies war der Tatbestand des § 24 StVG in Verbindung mit §§ 49 Abs. 1 Nr. 22, 23 Abs. 1 S. 3 StVO, der als Höchstbetrag eine Geldbuße von 2.000 EUR vorsieht (§ 24 Abs. 2 StVG). Somit verjähren die Taten von X und Y gemäß § 31 Abs. 1 Nr. 3 OWiG grundsätzlich in einem Jahr.

Ließe man die Besonderheiten des Falles außer Betracht, gälte Folgendes: Laut § 31 Abs. 3 S. 1 OWiG fällt der Verjährungsbeginn auf den Tag, an dem die Handlung beendet ist. Das ist bei X der 25.5.2012, weil er an dessen Abend die Flugblätter ausgelegt hat. Für Y könnte anderes gelten, weil sein Beitrag bereits am 23.5.2012 erfolgt ist; jedoch beginnt in Fällen der Beteiligung die Verjährungsfrist für alle Beteiligten erst zu laufen, wenn sämtliche Voraussetzungen der Ahndbarkeit erfüllt sind. Denn erst dann ist die Verfolgung

der Ordnungswidrigkeit überhaupt möglich.³⁵ Folglich ist auch für Y der 25.5.2012 maßgebend, weil erst mit Verteilen der Flugblätter seitens X aus dem Geschehen eine ahndungsrechtlich relevante Angelegenheit wurde. Die Frist endet nach Ablauf der gesetzlich angeordneten Zahl von Jahren oder Monaten, und zwar konkret am Schluss des Tages, der im Kalender dem Beginn der Verjährung vorausgeht.³⁶ Dies bedeutet für den vorliegenden Fall: Die Frist für X und Y begann – wie gesagt – am 25.5.2012 und betrug ein Jahr. Somit war der letzte Tag, an dem die Ordnungswidrigkeit noch geahndet werden konnte, weil die Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen war, der 24.5.2013. Am 25.5.2013 um 0.00 Uhr ist Verjährung eingetreten.

Der Sachverhalt enthält jedoch einige Angaben, die an eine Unterbrechung der Verfolgungsverjährung gemäß § 33 Abs. 1 Nr. 1 OWiG denken lassen. Die erste Befragung von X und Y im April 2013 ist noch nicht von Relevanz, denn dabei wurden sie nicht als Betroffene im Sinne des § 33 Abs. 1 Nr. 1 OWiG vernommen, sondern rein informatorisch befragt, was die Verjährung nicht unterbricht.³⁷ Worin aber eine unterbrechende Maßnahme zu sehen sein könnte, ist die Unterzeichnung der Anhörungsbögen seitens des zuständigen Mitarbeiters am 15.5.2013. Darin bestand zwar keine Bekanntgabe, dass ein Ermittlungsverfahren gegen X und Y eingeleitet ist, wohl aber die Anordnung einer solchen Bekanntgabe.³⁸ Eine schriftliche Anordnung unterbricht die Verjährung im Zeitpunkt der Unterzeichnung, wenn das Schriftstück „alsbald nach der Unterzeichnung in den Geschäftsgang gelangt“ (§ 33 Abs. 2 OWiG). Vorliegend wurden die Anhörungsbögen aufgrund eines Versehens erst am 20.5.2013 zur Poststelle gegeben, jedoch ist der Begriff „alsbald“ nicht mit „unverzüglich“, d.h. ohne schuldhaftes Zögern,³⁹ gleichzusetzen.⁴⁰ Vielmehr genügt es, dass die Weitergabe innerhalb des normalen Geschäftsbetriebes erfolgt, weshalb es nicht schadet, dass das Dokument einen gewissen Zeitraum unbearbeitet liegen bleibt.⁴¹ Somit wurde hier die Verjährung im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Anhörungsbögen am 15.5.2013 rechtzeitig unterbrochen; die Zustellung der Schreiben am 4.6.2013 spielt dafür keine Rolle mehr.

Die Unterbrechung der Verjährung bewirkt, dass die Verjährung von neuem beginnt (§ 33 Abs. 3 S. 1 OWiG), d.h. ab dem Tag der Unterbrechungshandlung wieder eine volle Ver-

³¹ Gesetzesferner auch zuweilen „Tatentschluss“ genannt. Zum subjektiven Tatbestand des Versuchs deutlich und instruktiv *Putzke*, JuS 2009, 894 (896 ff.).

³² Lehrreich *Hinderer*, JuS 2011, 1072.

³³ Siehe *Bohnert* (Fn. 4), § 116 Rn. 6.

³⁴ Anerkannt, siehe BVerfGE 25, 269 (287); BGHSt 29, 168; *Noak*, Jura 2004, 539 (540).

³⁵ Siehe *Schwacke*, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 4. Aufl. 2006, S. 99 f.

³⁶ OLG Karlsruhe VRS 57, 115; OLG Zweibrücken VRS 61, 370; *Weller*, in: *Senge* (Fn. 2), § 31 Rn. 35.

³⁷ Siehe dazu BGHSt 42, 283 (290); OLG München DAR 2005, 525; OLG München NZV 2006, 107; *Rosenkötter/Louis*, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 7. Aufl. 2011, Rn. 592 ff.

³⁸ BGHSt 25, 6; OLG Frankfurt NStZ-RR 1998, 346; *Bohnert* (Fn. 4), § 33 Rn. 24 f.

³⁹ Siehe § 121 BGB.

⁴⁰ OLG Stuttgart Justiz 1976, 524; *Bohnert* (Fn. 4), § 33 Rn. 90.

⁴¹ *Weller* (Fn. 36), § 33 Rn. 12, mit z.T. erstaunlichen Beispielen aus der Judikatur.

jährungsfrist zu laufen beginnt.⁴² Die Behörde hat also ab dem 15.5.2013 wieder ein Jahr Zeit bis zum Verjährungseintritt, sodass im Juli 2013 Bußgeldbescheide wegen der öffentlichen Aufforderung zu Ordnungswidrigkeiten erlassen werden durften.

B. §§ 24 StVG i.V.m. §§ 49 Abs. 1 Nr. 16, 16 Abs. 1 StVO, § 24 StVG i.V.m. §§ 49 Abs. 1 Nr. 25, 30 Abs. 1 S. 1 StVO; 19 OWiG (X)

Die am 25.5.2012 begangenen Verkehrsordnungswidrigkeiten des X sind hingegen verjährt: In § 26 Abs. 3 StVG hat der Gesetzgeber im Sinne des § 31 Abs. 2 OWiG etwas „anderes bestimmt“, denn er hat dort angeordnet, dass Ordnungswidrigkeiten nach § 24 StVG in drei Monaten verjähren, wenn bis dahin weder ein Bußgeldbescheid ergangen noch eine öffentliche Klage erhoben ist.⁴³ Beides ist nicht zu erkennen; Unterbrechungshandlungen ebenfalls nicht. Somit besteht für die Ordnungswidrigkeiten des X gemäß §§ 24 StVG in Verbindung mit §§ 49 Abs. 1 Nr. 16, 16 Abs. 1 StVO bzw. § 24 StVG in Verbindung mit §§ 49 Abs. 1 Nr. 25, 30 Abs. 1 S. 1 StVO ein Verfahrenshindernis.

Frage 4

Die Bemerkung der Prozessbevollmächtigten von X und Y zielt ebenfalls auf das Verfahrenshindernis der Verjährung ab. Denn auch wenn die Verjährung durch allerlei Maßnahmen gemäß § 33 Abs. 1 OWiG unterbrochen werden kann, ist stets die sog. absolute Verjährungsfrist im Blick zu behalten: § 33 Abs. 3 S. 2 OWiG ordnet an, dass die Verfolgung spätestens verjährt, wenn seit dem erstmaligen Beginn der Verjährung das Doppelte der gesetzlichen Verjährungsfrist, mindestens jedoch zwei Jahre, verstrichen sind. Das Doppelte der gesetzlichen Verjährungsfrist beträgt hier zwei Jahre, so dass Verjährung mit Ablauf des 24.5.2014 eingetreten sein könnte. Liest man § 33 Abs. 3 OWiG indes weiter, stößt man auf S. 4, der erklärt, dass § 32 OWiG unberührt bleibt. Aus dessen Abs. 2 folgt wiederum, dass ein Urteil des ersten Rechtszuges⁴⁴, wie es vorliegend am 9.1.2014 ergangen ist, bewirkt, dass die Verjährungsfrist nicht vor dem Zeitpunkt abläuft, in dem das Verfahren durch eine Entscheidung rechtskräftig abgeschlossen wird. Möge auch noch so viel Zeit ins Land ziehen und die Frist des § 33 Abs. 3 S. 2 OWiG formal ablaufen.⁴⁵ Deshalb ist die Rechtsauffassung der Prozessbevollmächtigten von X und Y unzutreffend: Das Verfahren muss nicht wegen des Verfahrenshindernisses der Verjährung eingestellt werden.

⁴² Siehe OLG Bremen NZV 1998, 170; *Weller* (Fn. 36), § 33 Rn. 115.

⁴³ Näher zur Problematik KG Berlin VRS 120, 31; *Hufnagel*, NJW 2011, 3075.

⁴⁴ Gleiches gilt für den Beschluss nach § 72 OWiG (zu ihm *Noak*, ZJS 2012, 458 [464 f.]). Strafbefehle oder andere dem Urteil entsprechende Entscheidungen genügen nicht, was sich aus dem eindeutigen Wortlaut des § 32 Abs. 2 OWiG und einem Umkehrschluss aus § 33 Abs. 1 Nr. 15 OWiG ergibt.

⁴⁵ *Bohnert* (Fn. 4), § 33 Rn. 96.

Entscheidungsanmerkung

Keine Mängelansprüche bei Schwarzarbeit

1. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG enthält das Verbot zum Abschluss eines Werkvertrages, wenn dieser Regelungen enthält, die dazu dienen, dass eine Vertragspartei als Steuerpflichtige ihre sich aufgrund der nach dem Vertrag geschuldeten Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt.

2. Das Verbot führt jedenfalls dann zur Nichtigkeit des Vertrages gemäß § 134 BGB, wenn der Unternehmer vorsätzlich hiergegen verstößt und der Besteller den Verstoß des Unternehmers kennt und bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt.

**3. Mängelansprüche des Bestellers bestehen in diesem Fall grundsätzlich nicht.
(Amtliche Leitsätze)**

BGB §§ 134, 242
SchwarzArbG § 1
UStG § 14

BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13 (OLG Schleswig, LG Kiel)¹

I. Sachverhalt

Die Klägerin und der Beklagte vereinbarten, dass der Beklagte die etwa 170 m² große Auffahrt auf dem Grundstück der Klägerin neu pflastern sollte. Es war hierbei ein Werklohn von 1.800 € vereinbart worden, der in bar ohne Rechnung und ohne Abführung von Umsatzsteuer gezahlt werden sollte. Der Beklagte führte die Arbeiten aus. Kurz darauf traten Unebenheiten auf. Die Klägerin forderte den Beklagten zur Nachbesserung auf. Daraufhin bearbeitete der Beklagte die Fläche mit einem Rüttler, ohne aber die Unebenheiten beseitigen zu können. Die Klägerin forderte den Beklagten unter Fristsetzung zur Beseitigung der Unebenheiten auf. Im Anschluss daran leitete sie ein selbständiges Beweisverfahren vor dem Landgericht Kiel ein. Der dort eingesetzte Sachverständige kam zu dem Ergebnis, dass Ursache für die Unebenheiten eine von dem Beklagten zu dick ausgeführte Sandschicht unterhalb der Pflastersteine war. Zur Beseitigung der Unebenheiten seien voraussichtlich Kosten in Höhe von 6.069,00 € brutto notwendig. Die Klägerin begehrte mit ihrer Klage die Zahlung von 6.069,00 € nebst Zinsen und Kosten durch den Beklagten sowie die Feststellung, dass dieser auch die weiteren Mängelbeseitigungskosten und Schäden zu ersetzen habe.

Das Landgericht Kiel hatte den Beklagten, der sich trotz Aufforderung und Fristsetzung weigerte, Mängel zu beseitigen, u.a. zur Zahlung eines Kostenvorschusses in Höhe von 6.096,00 € verurteilt, da das Pflaster nicht die notwendige Festigkeit aufweise.

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=65097&pos=0&anz=1>
(6.11.13).

Auf die Berufung des Beklagten hatte das Oberlandesgericht Schleswig die Klage abgewiesen.

Die Revision der Klägerin hatte vor dem BGH keinen Erfolg.

II. Einführung in die Probleme

Die BGH-Entscheidung befasst sich mit dem Grundsatz, dass die Nichtigkeit eines Werkvertrages zum Ausschluss von gewährleistungsrechtlichen Mängelansprüchen des Bestellers führt, wenn umsatzsteuerliche Pflichten verletzt werden. Ein Korrektiv über § 242 BGB zugunsten des Bestellers sowie die isolierte Betrachtung von „Ohne-Rechnung-Abrede“ und Restvertrag wird aufgegeben.

Damit beruft sich der *Senat* erstmals auf das Gesetz zur Bekämpfung von Schwarzarbeit aus dem Jahr 2004. Nach Auffassung des BGH ist der zwischen den Parteien geschlossene Werkvertrag wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB nichtig. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG enthalte das Verbot zum Abschluss eines Werkvertrages, wenn dabei vorgesehen sei, dass eine Vertragspartei als Steuerpflichtige ihre sich aufgrund der nach dem Vertrag geschuldeten Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt. Das Verbot führe jedenfalls dann zur Nichtigkeit, wenn der Unternehmer vorsätzlich hiergegen verstößt und der Besteller den Verstoß des Unternehmers kennt und bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt.²

Dies entsprach der Situation im vorliegenden Fall. Der beklagte Handwerker hat gegen seine steuerliche Pflicht aus § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UStG in der Fassung v. 13.12.2006 verstoßen, weil er nicht innerhalb von sechs Monaten nach Ausführung der Leistung eine Rechnung ausgestellt hat. Er hat außerdem eine Steuerhinterziehung gem. § 370 AO begangen, weil er die Umsatzsteuer nicht abgeführt hat.³ Die Klägerin ersparte auf diese Weise einen Teil des Werklohns in Höhe der anfallenden Umsatzsteuer.⁴

III. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

1. Rechtslage vor dem 1.8.2004

Der BGH hatte zu den vor dem 1.8.2004 geltenden Fassungen des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit angenommen, dass Verstöße gegen dieses Gesetz zur Nichtigkeit der Werkverträge führen, wenn beide Parteien dagegen verstoßen hatten.⁵

Bereits zu diesem Zeitpunkt entsprach es der Auffassung des BGH, dass die dort aufgeführten Ordnungswidrigkeitstatbestände Verbotsgesetze im Sinne von § 134 BGB darstellen. Um einen beiderseitigen Verstoß gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit anzunehmen, hat der BGH

² BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13, Rn. 13.

³ BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13, Rn. 21.

⁴ BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13 Rn. 23.

⁵ BGH, Urt. v. 23.9.1982 – VII ZR 183/ 80 = BGHZ 85, 39 (44) m.w.N.; BGH, Urt. v. 19.1.1984 – VII ZR 121/83 = BGHZ 89, 369 (372); BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13, Rn. 14; Bei einseitigen Verstößen wird man grds. keine Nichtigkeit annehmen können, vgl. BGH NJW 2000, 1186 (1187).

diese sogar auch, obwohl nach der alten Fassung die Vorschriften nur an den Auftraggeber gerichtet waren, gegen die Erbringer der Werksleistung herangezogen.⁶

Sinn und Zweck sowie die in den Vorschriften der alten Fassung enthaltene Androhung von Geldbußen sprechen für die Annahme eines Verbotsgesetzes im Sinne von § 134 BGB. Ein gegen das Gesetz verstoßendes Rechtsgeschäft müsse konsequenterweise als nichtig anzusehen sein.⁷ Zwar enthalte das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit kein ausdrückliches Verbot der Schwarzarbeit. Jedoch bezwecke die Vorschrift, im Interesse der wirtschaftlichen Ordnung, den zugrunde liegenden Rechtsgeschäften die rechtliche Wirkung zu versagen, weil nur so das Ziel erreicht werden könne, nämlich Schwarzarbeit tatsächlich zu verhindern.⁸ Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit wolle die Schwarzarbeit schlechthin verbieten und den Leistungsaustausch zwischen den Vertragsparteien unterbinden.⁹

Ebenso wurden Fälle beurteilt, in denen der Auftraggeber zwar nicht selbst verbotswidrig handelte, aber den Gesetzesverstoß des Vertragspartners kannte und diesen bewusst für eigene Vorteile ausnutzte.¹⁰

2. Rechtslage nach dem 1.8.2004

Der BGH hält dem Grunde nach an seiner bisherigen Rechtsprechung auch für das seit dem 1.8.2004 geltende Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz fest. Vordergründig bezwecke nämlich die Novellierung des SchwarzArbG, die Verschärfung der gesetzlichen Maßnahmen. Da bereits nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH – in Übereinstimmung mit der ganz herrschenden Meinung¹¹ – die frühere Fassung zur Bekämpfung der Schwarzarbeit erforderte, dass Verträge, die den Ordnungswidrigkeitstatbeständen zugrunde lagen, bei bestimmter Beteiligung beider Vertragsparteien, nichtig waren, gebe es keinen Anhaltspunkt dafür, dass diese Rechtsfolge nunmehr mit dem neuen Gesetz nicht mehr eintreten soll.¹²

Denn § 1 Abs. 2 SchwarzArbG definiere erstmals den Begriff der Schwarzarbeit. In diesem Zusammenhang solle die klare Beschreibung des Schwarzarbeitsbegriffs einen Beitrag zur Stärkung des Unrechtsbewusstseins in der Bevölkerung

leisten und damit präventiv der Schwarzarbeit entgegenwirken.¹³

Nach § 1 Abs. 2 SchwarzArbG „leiste“ nunmehr auch derjenige Schwarzarbeit, der Dienst- oder Werksleistungen „ausführen lässt“.¹⁴

Außerdem zähle zur Schwarzarbeit gem. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG auch die Erbringung oder Ausführung von Dienst- oder Werkleistungen, wenn dabei von einem Steuerpflichtigen eine sich aufgrund der Dienst- und Werkleistungen ergebende steuerliche Pflicht nicht erfüllt werde. Im Falle der Entlohnung eines selbstständigen Handwerkers durch den Besteller ohne Rechnungsstellung liege jedenfalls in objektiver Hinsicht regelmäßig ein Verstoß des Unternehmers gegen die Erklärungs- und Anmeldungspflichten gem. § 25 Abs. 3 EStG und § 18 Abs. 1, 3 UStG sowie gegen die Rechnungsstellungspflicht gem. § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UStG vor.¹⁵

Die Einführung des Tatbestandes über die Verletzung steuerlicher Pflichten, um eine Form der Schwarzarbeit zu beschreiben, ist der ausdrückliche Gesetzgeberwille. Bewusst werde auch der Auftraggeber mit dieser Regelung erfasst, der die Schwarzarbeit erst ermöglicht bzw. unterstützt und ohne den die Schwarzarbeit gar nicht möglich wäre. Daher stelle auch § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG ein Verbotsgesetz dar.¹⁶

IV. Bewertung

Die BGH-Entscheidung ist zu begrüßen. Die nunmehr erfolgte Kehrtwende des *Senats* bringt nun Klarheit und Rechtssicherheit hinsichtlich der rechtlichen Folgen – zumindest in Bezug auf die Geltendmachung von vertraglichen Gewährleistungsansprüchen. Das Aufbegehren des Berufungsgerichts gegen die „Ohne-Rechnung-Vertrags-Rechtsprechung“ des BGH hat sich gelohnt.

Der BGH distanziert sich von seiner früheren Rechtsprechung zur alten Gesetzeslage vor 2004. Nach seiner damaligen Rechtsprechung nahm der BGH erst eine (Gesamt-)Nichtigkeit an, wenn nur die Steuerhinterziehung Hauptzweck des Bauvertrags war.¹⁷ Zuvor hatten die höchsten Richter noch einen vertraglichen Gewährleistungsanspruch jeweils über § 242 BGB zuerkannt und damit teilweise heftige Diskussionen ausgelöst.¹⁸ Derartige Billigkeitserwägungen sollen nicht

⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 31.5.1990 – VII ZR 336/89 = BGHZ 111, 308 (310 f.), zu einem Verstoß gegen die Vorschriften in der ab dem 1.1.1082 geltenden Fassung; BGH, Urt. v. 23.9.1982 – VII ZR 183/80, Rn. 33 zu der Fassung des Gesetzes v. 31.5.1974.

⁷ BGH, Urt. v. 23.9.1982 – VII ZR 183/80, Rn. 28.

⁸ BGH, Urt. v. 23.9.1982 – VII ZR 183/80, Rn. 26, 29; BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13, Rn. 15.

⁹ BGH, Urt. v. 31.5.1990 – VII ZR 336/89, Rn. 10.

¹⁰ BGH, Urt. v. 19.1.1984 – VII ZR 121/83, Rn. 24; vgl. auch BGH, Urt. v. 20.12.1984 – VII ZR 388/83 = BauR 1985, 197 (198); BGH, Beschl. v. 25.1.2001 – VII ZR 296/00 = BauR 2001, 632 = NZBau 2002, 149; BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13, Rn. 16.

¹¹ Vgl. die Nachweise bei BGH, Urt. v. 19.1.1984 – VII ZR 121/83, Rn. 24.

¹² BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13, Rn. 17.

¹³ BT-Drs. 15/2573, S. 18; BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13, Rn. 18.

¹⁴ BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13, Rn. 19.

¹⁵ BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13, Rn. 20; vgl. *Bosch*, NJOZ 2008, 3044 (3049).

¹⁶ BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13, Rn. 20; *Bosch*, NJOZ 2008, 3044 (3049); *Fricke*, Zivilrechtliche Folgen von Verstößen gegen das SchwarzArbG, 2005, S. 227; *Stamm*, NZ-Bau 2009, 78 (86); a.A. *Joß*, JR 2009, 397 (398).

¹⁷ BGHZ 136, 125 (132); BGH NJW-RR 2002, 1527; BGH NJW 2003, 2742; BAG NZA 2004, 314: In der Regel ist aber nicht die Steuerhinterziehung Hauptzweck der Abrede, sondern die Werkleistung an sich.

¹⁸ BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13, Rn. 28, mit Verweis auf BGH, Urt. v. 24.4.2008 – VII ZR 42/07 = BGHZ 176, 198; BGH BauR 2008, 1330 = NZBau 2008, 436: Demnach waren nach alter Gesetzeslage die Mängelansprüche des Bestellers,

mehr in Betracht kommen, weil der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG bereits Verstöße gegen steuerliche Pflichten zur Nichtigkeit des gesamten zugrunde liegenden Werkvertrages führen lässt. Auch rückt der BGH von der isolierten Betrachtung von „Ohne-Rechnung-Abrede“ und Restverabredung ab.

Da Schwarzarbeit weiterhin gängig ist und noch häufiger in vielen Branchen vorkommt, hat der BGH nun in aller Klarheit eine Grenze gezogen: Kein Auftraggeber ist schutzbedürftig, wenn er Schwarzarbeit vorsätzlich nutzt, um Kosten durch die Steuerhinterziehung des Vertragspartners zu sparen; dem illegalen Geschäft soll kein Schutz gewährt werden. Damit führt das verbotswidrige Rechtsgeschäft nicht nur zur Nichtigkeit, die Nichtigkeit erstreckt sich endlich auch auf das Rechtsgeschäft im Ganzen, wenn ein beidseitiger Verstoß vorliegt.¹⁹

V. Konsequenzen für andere Fallkonstellationen (Bereicherungsrechtliche Ansprüche)

Der BGH hatte im vorliegenden Fall etwaige Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht zu prüfen.²⁰ Im Ergebnis dürften diese zu verneinen sein.

1. Werklohnforderung

Bislang hatte der Werkunternehmer weder einen vertraglichen Werklohnanspruch aus § 631 BGB, weil dieser an § 134 BGB scheiterte, noch bestand nach überwiegender Ansicht in der Lehre ein bereicherungsrechtlicher Wertersatzanspruch aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB aufgrund von § 814 Fall 1 BGB.²¹ Der BGH konstruierte dennoch – wenig überzeugend – einen Wertersatzanspruch, indem er § 817 S. 2 BGB mittels Billigkeitserwägungen aus § 242 BGB aushöhlte.²² Bei der Bemessung des Wertersatzes musste der Werkunternehmer bisher jedoch einen Abschlag in Kauf nehmen,

trotz des Anwendungsbereichs von § 139 BGB und der damit verbundenen Gesamtnichtigkeit des Vertrags, wegen Treu und Glauben gem. § 242 BGB nicht berührt.

¹⁹ *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 134 Rn. 13.

²⁰ In einer Klausur wäre an dieser Stelle noch die Prüfung von bereicherungsrechtlichen Ansprüchen, sowie davor ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677, 683 S. 1, 670 BGB), notwendig. Der BGH lehnt den Anspruch aus „GoA“ aufgrund des Fehlens von Aufwendungen i.S.v. § 670 BGB ab, siehe BGH NJW 1990, 2542. Im Schrifttum wird teilweise ein objektiv fremdes Geschäft verneint, streitig: vgl. *Kern*, JuS 1993, 194.

²¹ Der BGH bejahte zwar ein Wertersatzanspruch nach §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB, ging aber nicht auf § 814 Fall 1 BGB ein, siehe dazu BGH NJW 1990, 2542.

²² BGH NJW 1990, 2542 (2543); ähnlich BGH NJW 2006, 45 (46) m. Anm. *Möller*, NJW 2006, 268. Bei § 817 S. 1 BGB handelt es sich um eine eigenständige Anspruchsgrundlage, die dann Anwendung findet, wenn § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB durch § 814 BGB ausgeschlossen ist.

da angesichts der Nichtigkeit des Werkvertrages keine Gewährleistungsrechte bestanden.²³

Die höchstrichterliche Jurisdiktion hat in der hier vorliegenden Entscheidung die Chance verpasst, auch in Bezug auf bereicherungsrechtliche Wertersatzansprüche Klarheit zu schaffen. Entscheidend bleibt die konsequente Anwendung des Gesetzes (hier: § 817 S. 2 BGB). Die Vorschrift versagt derjenigen Partei den Rechtsschutz, die sitten- oder verbotswidrig gehandelt hat. Das Recht kann nicht dazu dienen, denen zu helfen, die sich bewusst außerhalb der Rechtsordnung bewegen. Ziel ist damit eine entsprechende abschreckende Wirkung bei den Vertragsparteien zu erwirken. Die Gewährung eines bereicherungsrechtlichen Wertersatzanspruches würde nur bedeuten, dass die vom Gesetzgeber mit dem SchwarzArbG bezweckte Präventivwirkung, nämlich die Verhinderung von „Schwarzarbeit“ und die Steuerabführung zu gewährleisten, untergraben werden würde.²⁴

2. Vorschusszahlungen

Gleiches gilt entsprechend für Vorschusszahlungen. Hat der Besteller den Werklohn bereits entrichtet, dürfte die Rückforderung des Vorschusses mit Blick auf § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen sein.

VI. Auswirkungen und Relevanz

Der „Schwarzarbeiter-Fall“ ist ein echter Examensklassiker im Zivilrecht. Insofern ist die Entscheidung optimal für Klausuren im fortgeschrittenen Studium und im Staatsexamen geeignet. Schnittstellen zwischen dem Allgemeinen und Besonderen Teil des BGB, Bereicherungs- sowie Deliktsrecht²⁵ können wunderbar abgefragt werden. Prüflinge müssen dabei zeigen, dass sie in Kenntnis der aktuellen Rechtsprechung sind.

Abzuwarten bleibt nicht nur, ob den beiden beteiligten Parteien nun auch noch steuerrechtliche Konsequenzen oder Bußgelder drohen, sondern, inwieweit sich die BGH-Rechtsprechung in Bezug auf die (nicht abschließend geklärten) bereicherungsrechtlichen Ansprüche weiterentwickeln wird.

Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. Volkan Güngör, Lüneburg

²³ *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 818 Rn. 22; OLG Düsseldorf BauR 1993, 124 = NJW-RR 1993, 884: mindestens 15 %.

²⁴ Die Bejahung eines Wertersatzanspruches nach §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB oder §§ 817 S. 1, 818 Abs. 2 BGB würde trotz § 817 S. 2 BGB die Folge haben, dass der Wert des Werkes ohne Gewährleistungsansprüche nach Einzelfall gering oder gar wertlos wäre. Das zeigt der aktuelle Fall, in dem das Werk evtl. für den vorgesehenen Zweck nicht geeignet ist und die Beseitigung des Mangels mehr als der Werklohn kostet.

²⁵ Denkbar sind zudem Ansprüche auf Schadenersatz nach §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB bzw. § 826 BGB. Voraussetzung ist jeweils vorsätzliches Verhalten hinsichtlich des Nichtzahlens des vereinbarten Lohnes.

Entscheidungsanmerkung

Rücktritt vom Tötungsversuch bei mehraktigem Tatgeschehen

Zur Beurteilung, ob ein fehlgeschlagener Versuch oder ein freiwilliger Rücktritt vorliegt, kommt es auch bei einem mehraktigen Tatgeschehen auf das Vorstellungsbild des Täters nach der letzten Ausführungshandlung an. Liegt wegen einer oder mehrerer Zäsuren nicht nur eine einzige Tat im Rechtssinne vor, sind die Voraussetzungen des Rücktritts für jeden einzelnen Teilakt gesondert zu prüfen. (Leitsatz des Verf.)

StGB §§ 211, 212 Abs. 1, 24 Abs. 1, 22

BGH, Urt. v. 19.3.2013 – 1 StR 647/12¹

I. Sachverhalt

Nachdem A zu der Erkenntnis gelangt war, dass die von N verkündete Trennung endgültig ist, entschloss er sich, N zu töten. Zuvor hatte A eine Lebensversicherung abgeschlossen und ohne ihr Wissen N als alleinige Versicherungsnehmerin und sich als alleinigen Begünstigten eingetragen. Um den Versicherungsbetrag in Höhe von 500.000 Euro zu erlangen, beabsichtigte er, den Tod der N als häuslichen Unfall darzustellen. Dafür wollte er den „Eindruck erwecken, N sei beim Ausstieg aus der nassen Dusche auf dem Boden des Badezimmers ausgerutscht und mit dem Kopf auf einen harten Gegenstand aufgeschlagen, wobei sie sich tödliche Verletzungen zugezogen habe.“² Als N in der Tatnacht von einem Rendezvous zurückgekehrt war und sich in das trotz der Trennung weiterhin gemeinsam genutzte Bett neben den scheinbar schlafenden A legte und einschief, begann dieser, seinen Plan in die Tat umzusetzen. Zunächst fesselte er N und drohte, um sie einzuschüchtern und in Todesangst zu versetzen, sie mit einer ihr an den Kopf gehaltenen Pistole zu erschießen.

Anschließend brachte er N ins Bad. Dort zog A den Kopf der N „zuerst nach vorne und schleuderte die gefesselte N dann mit aller Kraft nach hinten, um ihr durch den Sturz möglichst tödliche Kopfverletzungen zuzufügen. Die aufgrund der Fesselung völlig wehrlose N stürzte und schlug mit der linken Schulter und dem Hinterkopf auf dem gefliesten Boden auf. Sie blieb zwar auf dem Rücken liegen, war jedoch nicht schwer verletzt.“³

Von diesem vergleichsweise harmlosen Verlauf war A überrascht. Er hatte zumindest damit gerechnet, dass N bewusstlos wird. Daraufhin entschloss er sich, N „durch gewalt-

sames Überdrehen des Kopfes nach hinten“ das Genick zu brechen. Trotz mehrfacher Versuche gelang A dies nicht, weil N ihre Nackenmuskeln anspannen und ihren Körper mitdrehen konnte.

Daraufhin ließ A von N ab und begann, sie zu beschimpfen. Im Anschluss daran versuchte A, Ns Gegenwehr durch Zudrücken von Mund und Nase auszuschalten, wodurch sich jedoch das Klebeband von ihrem Mund löste und es ihr gelang, laut um Hilfe zu schreien. Nun drückte A der N „ein im Badezimmer in unmittelbarer Reichweite befindliches Handtuch tief in den Mund- und Rachenraum und hielt ihr gleichzeitig die Nase zu. Damit gelang es ihm, die Luftzufuhr der N vollständig zu unterbinden, sodass N nicht mehr atmen konnte, ihre Gegenwehr aufgab und dachte, sie werde nun sterben. Erst als sie langsam kraftlos wurde und, wie er erkannte, kurz vor der Bewusstlosigkeit stand, ließ der Angeklagte wortlos von seinem Vorhaben ab und nahm den Knebel aus ihrem Mund, sodass sie schließlich wieder Luft bekam und sich erholte.“⁴

Die noch immer gefesselte N brachte er anschließend zurück ins Bett, wo N ihm aus Angst um ihr Leben eine Übertragung des Sorgerechts für den gemeinsamen Sohn anbot und versprach, nicht zur Polizei zu gehen, wenn er sie freilasse. Im weiteren Verlauf nahm A der N die Fesseln ab und verließ die Wohnung.

Das Landgericht hat einen freiwilligen Rücktritt von einem unbeendeten Versuch bejaht und A lediglich wegen gefährlicher Körperverletzung (in Tateinheit) mit Freiheitsberaubung verurteilt. Der BGH hat das Urteil mitsamt den zugrundeliegenden Feststellungen aufgehoben. Insbesondere rügt der für die Revision zuständige *I. Strafsenat*, dass die Urteilsfeststellungen nur „rudimentäre Rücktrittselemente“ enthalten. Feststellungen dazu seien unerlässlich, weil es bei der Beurteilung, ob ein freiwilliger Rücktritt vom Versuch vorliege, entscheidend auf das Vorstellungsbild des A nach den verschiedenen Tathandlungen ankomme.

II. Konzeption des BGH zu § 24 StGB

In seiner Entscheidung legt der BGH die Eckpunkte der üblichen Rücktrittsprüfung geradezu schulmäßig dar (was keineswegs heißt, dass dieses Vorgehen auch sinnvoll ist für eine gutachterliche Prüfung, siehe dazu unter III.). Demnach erfolgt die Rücktrittsprüfung in drei Schritten: Am Anfang müsse die Frage geklärt werden, ob der Versuch fehlgeschlagen sei (1. Schritt), denn nach einem Fehlschlag scheidet ein Rücktritt vom Versuch nach allen Varianten des § 24 StGB aus. Sodann stelle sich die Frage, welche Rücktrittsleistung (Aufgeben der weiteren Tatausführung oder Verhindern der Tatvollendung) der Täter zur Strafbefreiung zu erbringen habe, was davon abhängt, ob ein unbeendeter oder beendeter Versuch vorliege (2. Schritt). Schließlich müsse das Rücktrittsverhalten freiwillig erfolgen (3. Schritt). Hier sollen allein die ersten beiden Schritte interessieren.

Wann ein Versuch „fehlgeschlagen“ ist, beantwortet der BGH wie folgt: „Fehlgeschlagen ist ein Versuch, wenn die Tat nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaufs mit

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=66c6c41961d85665c3be2c8ac597a209&nr=63716&pos=0&anz=1>

und veröffentlicht in BeckRS 2013, 06118 (gekürzte Fassung in NStZ-RR 2013, 273).

² BGH BeckRS 2013, 06118, Rn. 11.

³ BGH BeckRS 2013, 06118, Rn. 14.

⁴ BGH BeckRS 2013, 06118, Rn. 16.

den bereits eingesetzten oder anderen nahe liegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann und der Täter dies erkennt oder wenn er subjektiv die Vollendung nicht mehr für möglich hält.“⁵ Maßgeblich sei dafür nicht der ursprüngliche Tatplan,⁶ vielmehr komme es an auf das Vorstellungsbild des Täters nach Abschluss der letzten von ihm vorgenommenen Ausführungshandlung, mit anderen Worten auf den sogenannten Rücktrittshorizont.⁷

Nur wenn feststeht, dass der Versuch nicht fehlgeschlagen ist, folgt der 2. Schritt, d.h. die Klärung, ob ein unbeendeter oder beendeter Versuch gegeben ist. Bezogen auf ein Tötungsdelikt liege ein unbeendeter Versuch vor, „wenn der Täter zu diesem Zeitpunkt noch nicht alles getan hat, was nach seiner Vorstellung zur Herbeiführung des Todes erforderlich oder zumindest ausreichend ist.“⁸ Treffe dies zu, sei § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB einschlägig („weitere Ausführung der Tat aufgibt“), weshalb schon der Abbruch der begonnenen Tathandlung und das Nichtweiterhandeln genüge, um die strafbefreiende Wirkung des Rücktritts zu erlangen.⁹

Ein beendeter Tötungsversuch liege hingegen vor, wenn der Täter „den Eintritt des Todes bereits für möglich hält oder sich keine Vorstellungen über die Folgen seines Tuns macht.“¹⁰ Einschlägig ist dann § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB („deren Vollendung verhindert“). Dann reicht kein bloßer Verzicht auf ein Weiterhandeln. Vielmehr muss der Täter den Tod des Opfers durch eigene Rettungsbemühungen verhindern oder sich darum nach § 24 Abs. 1 S. 2 StGB zumindest freiwillig und ernsthaft bemühen.

Abzustellen sei bei der Abgrenzung wiederum auf das Vorstellungsbild des Täters nach dem Abschluss der letzten von ihm vorgenommenen Ausführungshandlung. Dabei sei auch eine „Korrektur des Rücktrittshorizonts“ möglich – sowohl in die eine (vom unbeendeten zum beendeten Versuch) als auch in die andere Richtung (vom beendeten zum unbeendeten Versuch). Rechnet der Täter etwa zunächst irrtümlich mit einem tödlichen Ausgang und erkennt er später seinen Irrtum, wandelt sich der nach seiner Sicht zunächst beendete Versuch in einen unbeendeten, mit der Folge, dass das (freiwillige) Aufgeben der weiteren Tatausführung genügt, um von der Versuchsstrafbarkeit verschont zu bleiben. Möglich

ist aber auch ein erneuter Wechsel, also gewissermaßen eine Korrektur der Korrektur.¹¹

Korrekturen des Rücktrittshorizonts lässt der BGH aber nur „in engen Grenzen“ zu. Innerhalb dieser Grenzen bewege eine Korrektur sich dann, wenn sie „in engstem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang“¹² stattfinde, was jedenfalls der Fall sei bei einem einminütigen und ohne wesentliche Zwischenakte ablaufenden dynamischen Geschehen.¹³ Bei einer Zäsur von zehn oder 15 Minuten hat der BGH einen solchen engen zeitlichen Zusammenhang hingegen verneint.¹⁴

III. Rücktritt vom Versuch (§ 24 StGB) in der Juristenausbildung

1. Gründe für misslungene Rücktrittsprüfungen

Wer in der universitären Ausbildung mit der Korrektur von Klausuren, in denen Rücktrittsprüfungen vorkommen, befasst ist, weiß, dass diese oft misslingen. Das liegt nicht etwa an fehlendem Wissen der Bearbeiter. Viele davon kennen die Definitionen des fehlgeschlagenen, unbeendeten oder beendeten Versuchs und die dazugehörigen Streitstände. Aber es kommt nicht selten vor, dass diese mühsam auswendig gelernten Konkretisierungen von Sekundärbegriffen in einer Stresssituation wild durcheinandergeworfen werden, will heißen: der fehlgeschlagene Versuch geprüft wird mit Kriterien, die zum beendeten gehören usw. Dies alles hat eine Ursache: das gesetzesferne Herangehen, d.h. die Ausrichtung der Prüfung an Begriffen, die das Gesetz nicht kennt.

Eine Mitschuld daran trägt der BGH als strafrechtliche Leitinstanz. Wie oben gezeigt orientiert er sein Vorgehen nicht am Gesetz, d.h. nicht primär an den Merkmalen des § 24 StGB. Die Anwendbarkeit dieser Norm wird vielmehr abhängig gemacht von der Vorfrage, ob ein fehlgeschlagener Versuch vorliegt. „Um festzustellen, ob ein Gesetz auf einen Sachverhalt anwendbar ist“, gibt es freilich „keine bessere Methode, als das Erfülltsein seiner Tatbestandsmerkmale zu prüfen.“¹⁵

Nun hat die Rechtsprechung zugegebenermaßen nicht den Auftrag, juristenausbildungsfreundliche Judikate zu produzieren. Insoweit kann der BGH machen, was er will. Weniger frei ist er allerdings dann, wenn es darum geht, methodisch überzeugende Ergebnisse zu erzielen. Genau diese Präzision gerät aber in Gefahr, wenn – wie etwa ein vom BGH entschiedener Fall zeigt – anstelle des Gesetzes der gesetzesfremde Begriff „fehlgeschlagener Versuch“ ausgelegt wird.¹⁶ Dieses Vorgehen erschwert die Rechtsfindung und kann zu sachlich fragwürdigen Entscheidungen führen. Denn die Straffreiheit bleibt dem Täter nicht wegen „Fehlschlags“ versperrt, sondern weil wegen eines Umstandes, den man „Fehlschlag“

⁵ BGH BeckRS 2013, 06118, Rn. 32; st. Rspr., vgl. nur BGH NStZ 2007, 399; BGH NStZ 2005, 263 (264).

⁶ Die sogenannte „Tatplantheorie“ hat der BGH früher einmal vertreten, inzwischen aber zugunsten des Rücktrittshorizonts aufgegeben; vgl. nur BGH NStZ-RR 2012, 239 (240); BGH BeckRS 2010, 15452, Rn. 28 m. Anm. Jahn, JuS 2011, 78.

⁷ Instruktiv dazu Puppe, ZIS 2011, 524.

⁸ BGH BeckRS 2013, 06118, Rn. 27.

⁹ Vgl. BGH NJW 1993, 2061 (2062). Zutreffend weist der BGH darauf hin, dass auch in den Fällen des § 24 Abs. 2 StGB „sich die (gemeinsame) Verhinderungsleistung von Versuchsmitgliedern in einem einverständlichen Unterlassen des Weiterhandelns erschöpfen kann“, wenn ein unbeendeter Versuch vorliegt.

¹⁰ BGH BeckRS 2013, 06118, Rn. 28.

¹¹ BGH NStZ-RR 2012, 106.

¹² BGH BeckRS 2012, 01703, Rn. 7.

¹³ BGH BeckRS 2012, 01703, Rn. 11.

¹⁴ Vgl. BeckRS 1988, 31095059 bzw. BGH NStZ 2010, 146.

¹⁵ Scheinfeld, JuS 2002, 250 (251).

¹⁶ Vgl. BGHSt 39, 244, 247: es erscheine „bereits vom Wortsinne her [...] befremdlich, ein solches Tatgeschehen als ‚fehlgeschlagener Versuch zu bezeichnen‘; dazu Herzberg, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 1. Aufl. 2003, § 24 Rn. 61.

nennen mag, ein Merkmal des § 24 StGB nicht erfüllt ist:¹⁷ „Jede Loslösung vom Gesetzesterminus [erzeugt] zugleich die Gefahr einer Loslösung vom Gesetzessinn.“¹⁸ Folge eines an Sekundärbegriffen orientierten Vorgehens sind dann inkonsistente Deutungen der Gesetzesmerkmale.¹⁹ Fragen, die der BGH beim „Fehlschlag“ verortet, lassen sich zuverlässig nur klären, wenn man sie mithilfe der gesetzlichen Merkmale zu beantworten versucht. Kurz: Die „Rechtsfigur“ des fehlgeschlagenen Versuchs ist überflüssig und schädlich.²⁰

Vom Gesetz gelöst hat sich überwiegend aber auch die Aufsatz- und Lehrbuchliteratur. Oft ist dort – in Anlehnung an die Konzeption der Rechtsprechung – zu lesen, dass sich die Frage, ob § 24 StGB überhaupt anwendbar ist und, falls ja, welche Alternative, klären lässt, indem man in einer Vorprüfung zunächst den „Fehlschlag“ des Versuchs ausschließt und dann entscheidet, ob ein unbeendeter oder beendeter Versuch gegeben ist.²¹ Die genannten Begriffe sind allerdings weder in § 24 StGB noch im Zusammenhang mit dem Rücktritt an anderer Stelle im geltenden StGB zu finden. Empfohlen wird also ein gesetzefernes Vorgehen.

In einer Falllösung von *Jäger* taucht § 24 StGB genau ein einziges Mal auf, nämlich allgemein im Einleitungssatz zur Rücktrittsprüfung.²² Im Übrigen prägen Sekundärbegriffe (fehlgeschlagener, unbeendeter und beendeter Versuch) die Prüfung, ohne dass auch nur der Versuch unternommen wird, den Sachverhalt den gesetzlichen Merkmalen zu subsumieren. Wer solche Muster liefert, darf sich nicht wundern, wenn Studierende sich danach richten und im oben beschriebenen Sinne frustriert scheitern.

¹⁷ Siehe *Mitsch*, in: *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 27 Rn. 12; *Scheinfeld*, JuS 2002, 250 (251).

¹⁸ *Hardtung*, Die Sprachgestalt der Strafgewalt (unveröffentlicht), 2. Teil (*Hervorhebungen* im Original); siehe auch *Scheinfeld*, Der Tatbegriff des § 24 StGB, 2006, S. 24.

¹⁹ Siehe *Scheinfeld*, NSTZ 2006, 375.

²⁰ Ebenso etwa *Herzberg* (Fn. 16), § 24 Rn. 58 ff.; kritisch auch *Krey/Esner*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2012, Rn. 1274; *Scheinfeld*, JuS 2002, 250; *Schroeder*, NSTZ 2009, 9: „unnötige schwere Last für die Rechtsanwendung, die Lehre und das Studium.“ Zu dieser Einsicht gelangt man vielleicht auch dann, wenn man sich an der Beantwortung der Frage versucht: Was ist eigentlich eine „Rechtsfigur“?

²¹ Exemplarisch hingewiesen sei auf den empfohlenen Prüfungsaufbau bei *Hecker*, JuS 2012, 947 (948); *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2010, Rn. 785; *Jahn*, JuS 2011, 78 (80); *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2013, § 37 Rn. 14; *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 2013, Rn. 229 mit Fn. 31; *Schwabe*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2012, S. 212 und 226; ebenso *Kudlich*, JuS 1999, 240 (241 ff.); *Beulke*, Klausurenkurs im Strafrecht I, Ein Fall- und Repetitionsbuch für Anfänger, 6. Aufl. 2013, Rn. 322; *Valerius*, Einführung in den Gutachtenstil, 3. Aufl. 2009, S. 151 ff.

²² *Jäger*, Examens-Repetitorium Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2013, Rn. 323a.

Beulke hält trotz der immer lauter werdenden Kritik an seiner herkömmlichen Prüfung fest mit der Begründung, dass sie „dem Gesetzeswortlaut nicht widerspricht und für den Anfänger überschaubarer ist“²³. Dem lässt sich leicht widersprechen: Zum einen birgt sein Weg die Gefahr, dass Bearbeiter sich keine Rechenschaft darüber ablegen, inwieweit die Lösung eines Sachproblems mit den gesetzlichen Merkmalen kompatibel ist. Auslegen muss man das Gesetz, nicht Begriffe der Strafrechtsdogmatik!²⁴ Zum andern scheint *Beulke* die Nöte der Studierenden nicht wirklich ernst zu nehmen. So müssten ihm die Anmerkungen in den Berichten der Korrektoren von Examensklausuren doch zu denken geben, die im Zusammenhang mit § 24 StGB – wie der folgende Auszug aus einem Korrekturbericht exemplarisch zeigt – oft wie folgt lauten: „Die Rücktrittsprüfung wird zwar so gut wie immer gesehen, jedoch gelingt ein sauberer Aufbau in mehr als der Hälfte der Klausuren nicht.“ Ein paar Prozent davon mögen entfallen auf weniger fleißige und nicht ganz so verständige Kandidaten – „mehr als die Hälfte“ aber ganz sicher nicht. Wäre die von *Beulke* verteidigte herkömmliche Prüfung wirklich „überschaubarer“, läge die Anzahl misslungener Rücktrittsprüfungen deutlich niedriger. Das Festhalten von *Beulke* an ihm vertrauten Strukturen lässt sich mit Blick auf die Realität in der Juristenausbildung nicht rechtfertigen.

Was würde *Beulke* wohl einem Examenskandidaten raten, der die Begriffe oder ihre Definitionen zwar gelernt, aber – wie dies gar nicht selten geschieht – im Ernstfall vergessen hat und sich trotz intensiven Nachdenkens nicht zu erinnern vermag? Sinnvollerweise müsste er ihm empfehlen, die gesetzlichen Merkmale zu prüfen, also der „Subsumtions- und Auslegungsmethode“²⁵ zu folgen. Schon dadurch wird deutlich, dass die „herkömmliche Prüfung“ ein Umweg ist.

2. Plädoyer für eine gesetzesnahe und methodengerechte Rücktrittsprüfung

Nicht nur in der Praxis, sondern auch in der Juristenausbildung ist stattdessen dringend ein gesetzesnahes Vorgehen anzuraten.²⁶ Erfahrungsgemäß führt dies unmittelbar zu spürbaren Erfolgen bei juristischen Klausurlösungen. Denn zum einen gibt das Gesetz die Prüfstruktur vor, weshalb sich weder ein Bearbeiter mühsam Prüfschemata einprägen noch ein Korrektor sich die Haare raufen muss angesichts chaotischer Rücktrittsprüfungen. Zum andern lassen sich Detailprobleme viel einfacher lernen, wenn sie gesetzlichen Merkmalen zugewiesen und nicht abstrakt in Verbindung mit Sekundärbegriffen gelernt werden müssen, die ihrerseits der Einprägung bedürfen.

Um eine Befürchtung sogleich zu zerstreuen: Ein gesetzesnahes Vorgehen birgt mitnichten das Risiko, von einem Kor-

²³ *Beulke* (Fn. 21), Rn. 179.

²⁴ So auch *Scheinfeld*, JuS 2002, 250 (251).

²⁵ *Scheinfeld*, JuS 2002, 250 (253).

²⁶ Ebenso *Mitsch* (Fn. 17), § 27 Rn. 12; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2011, Kap. 24 Rn. 57; *Scheinfeld*, JuS 2002, 250; mustergültig *Gropp/Küpper/Mitsch*, Fallsammlung zum Strafrecht, 2003, S. 293 f.; dahingehend auch *Bock*, Wiederholungs- und Vertiefungskurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2013, Übungsfall 10, S. 310.

rektor als „falsch“ bewertet zu werden. Niemand darf und wird Kritik daran üben, wenn ein Bearbeiter seine Lösung streng am Gesetz ausrichtet! Freilich empfiehlt es sich, Rücksicht zu nehmen auf Korrektoren, die (noch) die gesetzferne Prüfung gewohnt sind. Das geht leicht, indem man, etwa in Klammerzusätzen, die einschlägigen Sekundärbegriffe benennt.²⁷ Am Ende sind alle Beteiligten zufrieden: Der traditionelle Korrektor bekommt „seine“ Signalwörter und der Bearbeiter selber ist in der Lage, eine strukturierte und solide Rücktrittsprüfung abzuliefern.

3. Beispiel einer gesetzesnahen und methodengerechten Rücktrittsprüfung

Bei einem gesetzesnahen Vorgehen gibt es zwei Möglichkeiten: eine moderate und eine beherzte Variante. Meines Erachtens sollte die Frage, ob von § 24 Abs. 1 StGB die erste Variante (Aufgabe der Tat) oder die zweite (Verhinderung der Vollendung) zur Anwendung kommt, beherzt, d.h. phänomenologisch geklärt werden, also so, wie uns das entsprechende Verhalten in der Welt erscheint: bloßes Aufhören passt besser zum Aufgeben, aktives Abwenden besser zum Verhindern.²⁸

Wer sich mit dieser „Methode“ direkt (und ohne Umweg über gesetzesfremde Begriffe) für den Einstieg bei § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB entscheidet (weil der Täter aktiv etwas zur Vollendungsverhinderung beigetragen oder sich jedenfalls ernsthaft bemüht hat), sollte sodann schlicht die gesetzlichen Voraussetzungen prüfen und die Signalwörter (fehlgeschlagener Versuch) in einem Klammerzusatz nennen. Ein Formulierungsbeispiel, in dem ich die fallkonkreten Darlegungen beiseitelasse, könnte wie folgt lauten:

X könnte nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten sein. Das setzt voraus, dass er die Vollendung der Tat verhindert hat. Verhindert hat X die Vollendung nicht, wenn er den Erfolgseintritt gar nicht mehr für möglich hielt (sog. fehlgeschlagener Versuch).²⁹ [...] Nach seiner Vorstellung³⁰ war der Erfolgseintritt also noch möglich. Eine Vollendungsverhinderung setzt sodann voraus, dass der Täter eine Kausalreihe in Gang setzt, die für die Nichtvollendung der Tat zumindest mitursächlich ist. [...]

Wer nicht phänomenologisch vorgeht (wer sich also trotz aktiver Gegenmaßnahmen des Täters nicht zutraut, direkt § 24

Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB zu prüfen), könnte wie folgt vorgehen und formulieren:³¹

X könnte nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten sein. Dazu müsste er die weitere Ausführung der Tat aufgegeben haben. Das hat er nicht, wenn er die Herbeiführung des Erfolges gar nicht mehr für möglich hielt (sog. fehlgeschlagener Versuch). Denn alles denkbare weitere Verhalten wäre dann nicht mehr von dem Vorsatz getragen, den Mord zu vollenden, wäre also nicht die „weitere Tatausführung“.³² [...] Er hielt den Erfolgseintritt also noch für möglich (kein fehlgeschlagener Versuch). Bloßes Aufhören („aufgibt“) stellt nur dann eine anerkennenswerte Verzichtleistung dar, wenn der Täter davon ausgeht, noch nicht alles zur Verwirklichung des Tatbestandes Erforderliche getan zu haben (sog. unbeendeter Versuch). [...] Er glaubte also, alles getan zu haben, was nach seiner Vorstellung von der Tat zur Herbeiführung des tatbestandlichen Erfolgs ausreicht (sog. beendeter Versuch). Ein Aufgeben der weiteren Tatausführung scheidet damit aus. [...]

An dieser Stelle gelangt man zu dem Prüfungspunkt, wohin die sprachlich unbefangene Betrachtung (eben phänomenologisch) sofort geführt hätte: zu § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB.

IV. Anmerkungen zum Ausgangsfall

Im hier zugrunde liegenden Ausgangsfall ist nach jedem Tötungsakt (gesetzesnah) zu fragen, ob der Versuchstäter A „die weitere Ausführung der Tat“ aufgegeben hat. Wäre das, was A noch ausführen könnte, die Neuausführung einer anderen Tat oder eine Weiterausführung der von ihm vorgestellten und begonnenen Tat und hat A es aufgegeben, diese Tat weiter auszuführen?

Zweifelhaft könnte die Zubilligung eines strafbefreienden Rücktritts deshalb sein, weil A die N ursprünglich töten wollte, um den Versicherungsbetrag in Höhe von 500.000 Euro zu erlangen und er deshalb vorhatte, den Tod der N wie einen häuslichen Unfall aussehen zu lassen. Es ist höchst fraglich, ob dies nach dem ersten misslungenen Tötungsakt und nach dem ebenfalls gescheiterten Versuch, N das Genick zu brechen, überhaupt noch plausibel darstellbar gewesen wäre – erst recht nicht nach allen danach noch folgenden Gewalteinwirkungen. Auch insoweit ist die Vorstellung des A entscheidend.

Wegen der zusätzlichen und von A zunächst nicht eingeplanten Gewalteinwirkung könnte für ihn damit die Tatvollendung sinnlos geworden sein. Der BGH moniert zu Recht, dass das Landgericht dazu keine Feststellungen getroffen hat:

„Die Urteilsgründe lassen weiter nicht eindeutig erkennen, ob der Angeklagte durchgehend davon ausging, den Tod der N (als außertatbestandliches Ziel) als Unfall darstellen zu können oder nur noch ihren gewaltsamen Tod erstrebte, obwohl

²⁷ So auch *Scheinfeld*, JuS 2002, 250 (252).

²⁸ Vgl. *Herzberg* (Fn. 16), § 24 Rn. 147; dahingehend wohl auch *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 43. Aufl. 2013, § 21 Rn. 894.

²⁹ Bei mehraktigem Geschehen ist an dieser Stelle (kurz) einzugehen auf die Einzelaktstheorie und die (herrschende) Gesamtbetrachtungslehre; eine gelungene Darstellung ist zu finden bei *Jäger* (Fn. 22), Rn. 323a; ausführlich *Beulke* (Fn. 21), Rn. 323.

³⁰ In diesem Zusammenhang ist ggf. auf den (korrigierten) Rücktrittshorizont einzugehen.

³¹ Siehe dazu auch die Falllösung bei *Putzke*, ZJS 2011, 522 (524 f.).

³² Hier ist ggf. die Einzelaktstheorie und Gesamtbetrachtungslehre zu behandeln (siehe dazu oben Fn. 29).

dafür das Risiko für ihn größer wurde, als Täter in Verdacht zu geraten und deshalb die Versicherungssumme nicht ausbezahlt zu erhalten. Denn es ist naheliegend, dass bei einem offensichtlich gewaltsamen Tod der N in der Wohnung des Angeklagten kurz nach Abschluss einer entsprechenden Lebensversicherung und bei einem möglichen Sorgerechtsstreit [...] der Tatverdacht auf den Angeklagten fallen würde.“³³

Der Hinweis des BGH lässt aufhorchen. In konsequenter Linie zur Rechtsprechung zum sogenannten Denkkzettel-Fall³⁴ hätte der BGH den von ihm aufgeworfenen Aspekt ignorieren können. Damals hatte der *Große Senat* für Strafsachen entschieden: „Ein strafbefreiender Rücktritt vom unbeeendeten Versuch ist auch in den Fällen möglich, in denen der Täter von weiteren Handlungen absieht, weil er sein außertatbestandsmäßiges Handlungsziel erreicht hat.“ Die Begründung lautete u.a.: „Das Gesetz honoriert den Verzicht auf mögliches Weiterhandeln mit Straffreiheit und erschöpft sich dabei seinem Wortsinn nach in der Forderung, ein bestimmtes äußerliches Verhalten zu erbringen. Für zusätzliche wertende Elemente ist bei diesem objektiven Merkmal des Rücktrittstatbestands kein Raum.“ Umgekehrt ließe sich sagen, dass das Verfehlen des außertatbestandlichen Ziels für die Rücktrittsfrage ebenso unerheblich ist wie das Erreichen.

Allerdings hätte der BGH das Landgericht wohl nicht gerügt, wenn er die Beantwortung der Frage für irrelevant hielt. Möglicherweise nähert er sich damit einem Kriterium, das *Herzberg* das Kriterium der „zweckdienlichen Tatbestandsverwirklichung“³⁵ nennt: „Ist sie dem Täter (nach seiner Sicht) verschlossen, dann ist sein Unterlassen der Deliktvollendung kein Aufgeben der weiteren Ausführung der Tat“³⁶. Möglicherweise setzt der *1. Strafsenat* aber auch nur seine bislang zu solchen Konstellationen vom Einzelfall geprägte uneinheitliche Linie fort.³⁷

Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M., Passau

³³ BGH BeckRS 2013, 06118, Rn. 42.

³⁴ BGHSt 39, 221; dazu *Rengier* (Fn. 21), § 37 Rn. 58 ff.

³⁵ *Herzberg* (Fn. 16), § 24 Rn. 69; zur gesetzessystematischen Herleitung des Kriteriums *Scheinfeld* (Fn. 18), S. 87 ff.

³⁶ *Herzberg* (Fn. 16), § 24 Rn. 94.

³⁷ Vgl. BGH NJW 1984, 1693, im Vergleich zu BGH NSTZ 1989, 317, BGH NSTZ 1990, 30 und BGHSt 39, 221. Eine klare Linie lässt sich dabei nicht erkennen (dazu *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 48 ff.).

Entscheidungsanmerkung

Zur Schadensbemessung beim Eingehungsbetrug

Täuscht der Empfänger einer Sachleistung bei einem Eingehungsbetrug über seine Zahlungsbereitschaft, bedarf es für die Bemessung des Schadens regelmäßig keiner von dem ohne Wissens- und Willensmängel vereinbarten Preis abweichenden Bestimmung des Wertes der Gegenleistung. (Amtlicher Leitsatz)

StGB § 263

BGH, Urt. v. 20.3.2013 – 5 StR 344/12¹

I. Einleitung

Nach der spektakulären Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Schadensbestimmung bei der Untreue² und nachdem der BGH die dort formulierten Leitlinien ausdrücklich auf den Schadensbegriff des Betruges für anwendbar erklärte,³ muss es nicht verwundern, dass die Verteidigung zahlreich den Weg in die Revision gesucht hat. Die Neigung der Gerichte, auf die schadensgleiche Vermögensgefährdung auszuweichen, um einer konkreten Schadensbestimmung mit gutachterlicher Hilfe aus dem Weg zu gehen, mag zwar nicht die Alltagsbetrügereien betroffen haben; innerhalb komplizierter wirtschaftsstrafrechtlicher Fallgestaltungen war sie jedoch deutlich zu erkennen. Auf die vorliegende Fallgestaltung ist im Kern die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts anwendbar, obwohl der 5. Strafsenat dies mit dem Hinweis, es läge ein einfach gelagerter Fall vor, ausdrücklich verneint. Mit dem Urteil (zur Veröffentlichung in BGHSt vorgesehen) entfernt sich der Senat aber von der herkömmlichen Schadensdogmatik, die zum Inhalt hat, dass Leistung und Gegenleistung *wertmäßig* saldiert werden müssen. Für einen vollendeten Eingehungsbetrug soll es genügen, dass der Vertragspartner nie vorhatte, die versprochene Leistung zu erbringen (fehlende Leistungsbereitschaft). Der Schaden soll dann darin liegen, dass der vereinbarte vollständige Preis nicht gezahlt wurde, gleich, ob der objektive Wert der Gegenleistung der geleisteten Teilkaufpreiszahlung entsprochen hatte. Auf den *objektiven Wert* der Gegenleistung soll es also nicht ankommen.

II. Sachverhalt

Nach den Feststellungen war der Angeklagte, ein vermögenger Immobilienkaufmann, Geschäftsführer der B. GmbH (zukünftig: B.). Die B. stand vor der bilanziellen Überschuldung. Dem Angeklagten war über den Zeugen W. zur Kenntnis gelangt, dass die L. GmbH (zukünftig: L.) das ehemalige Rund-

funkgelände der DDR verkaufen wollte. Dieses am Spreerufer in Berlin-Oberschöneweide gelegene Areal steht unter Denkmalschutz, Teile des Rundfunkgeländes sind mit Bodenkontaminationen belastet. Nach dem Einigungsvertrag – so die Urteilsgründe des Landgerichts – fiel das Eigentum an dem Rundfunkgelände den fünf neuen Bundesländern und dem Land Berlin zu, die eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit unterschiedlichen Anteilen bildeten.

Das Grundstück, das nach den Vorstellungen des Landes Berlin weiterhin als Medienstandort genutzt werden sollte, war teilvermietet. Es verursachte aber erhebliche Lasten, die sich auf zwischen 100.000 € und 150.000 € monatlich beliefen. Die von der L. vertretene Eigentümergemeinschaft drängte deshalb auf einen raschen Verkauf des Rundfunkgeländes.

Der Zeuge W. wusste um die Verkaufsbemühungen. Da er aber nicht über die erforderlichen Mittel verfügte, stellte ihm der Angeklagte die von der L. geforderten 350.000 € zur Verfügung, die W. nach einem privatschriftlichen Optionsvertrag hätte aufbringen müssen. Der Angeklagte erreichte, dass er an dessen Stelle für die B. das Rundfunkgelände erwerben konnte. Um den von der L. geforderten Bonitätsnachweis zu erbringen, überwies der Angeklagte kurzfristig auf die Konten der B. einen Betrag von ca. 1 Mio. €, ließ sich über das Guthaben Bankbescheinigungen ausstellen und zog die Beträge sogleich wieder ab.

Im November 2005 kam es dann zum Abschluss des notariellen Kaufvertrages zwischen der B. und der Ländergemeinschaft. In dem Vertrag wurde neben dem bereits vorab gezahlten Kaufpreis von 350.000 €, der dann verrechnet wurde, als Gegenleistung vereinbart, dass der Erwerber schon ab dem 1.12.2005 alle anfallenden Bewirtschaftungskosten und Lasten des Grundstücks tragen musste, auch wenn der Übergang von Nutzen und Lasten erst später erfolgen sollte. Die B. war bis zu diesem Zeitpunkt verpflichtet, die Ländergemeinschaft gegebenenfalls im Innenverhältnis freizustellen. Dieser Verpflichtung ist die B. – wie der Angeklagte von vornherein vorhatte – nie nachgekommen. Nach den Feststellungen des Landgerichts ist der Ländergemeinschaft ein Schaden aus den nicht erstatteten Betriebskosten und Lasten in Höhe von mindestens 290.000 € entstanden. Die Ländergemeinschaft erwirkte zwar gegen die B. im zivilgerichtlichen Verfahren einen Titel, konnte diesen aber nicht vollstrecken, weil die B. zwischenzeitlich vermögenslos geworden war. Bereits vier Wochen nach dem Abschluss des Kaufvertrages wurden die Grundstücke an die N. GmbH i.G. (kaufpreisfrei) übertragen. Etwa acht Monate später wurde ein Teil der Grundstücke für knapp 3,5 Mio. € veräußert.

Das Landgericht hat das Verhalten des Angeklagten als Betrug gewertet. Der Angeklagte habe nie vorgehabt, dass die Betriebskosten und Lasten durch die B. getragen würden. Ihm sei bewusst gewesen, dass dies für die Ländergemeinschaft ein ganz wesentlicher Punkt in den Verhandlungen gewesen sei. Der Angeklagte habe deshalb bewusst den Ankauf über die vermögenslose B. gewählt, die auch die Grundstücke kurz danach weitergegeben habe, um spätere Vollstreckungen ins Leere laufen zu lassen. Die gegenüber der Ländergemeinschaft nicht ausgeglichenen Betriebskosten und Lasten, die in einer sehr restriktiven Berechnung ermittelt worden seien,

¹ Die Entscheidung ist online abrufbar unter: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=21fd5ae9716d916a387c1bfbf1937b&nr=63849&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf> und abgedruckt in NSTz 2013, 404.

² BVerfGE 126, 170.

³ BGH NSTz 2013, 37.

bildeten den Schaden. Auf den objektiven Wert der Grundstücke könne es nicht ankommen. Das Rundfunkgelände stelle ein reines Spekulationsobjekt dar und entzöge sich einer Wertbestimmung im Sinne des § 194 BauGB. Wenn ein Marktpreis fehle, sei der Wert aus der Vereinbarung der Parteien zu entnehmen.

Der Sachverhalt lässt Komplexität vermuten, die sich aber schnell auflösen lässt:

Kaufgegenstand ist ein kontaminiertes Grundstück, für dessen Erwerb es kaum Marktteilnehmer gibt. Die Verkäuferin strebte mit dem Verkauf an, von den hohen monatlichen Lasten und Betriebskosten befreit zu werden. Der Käufer wollte das Areal als Spekulationsobjekt erwerben. Käufer und Verkäufer vereinbarten im Kaufvertrag einen Kaufpreis (350.000 Euro) sowie die Übernahme der monatlichen Lasten und Betriebskosten ab 1.12.2005, also schon vor dem Eigentumsübergang. Der Kaufpreis wurde gezahlt. Die Lasten und Betriebskosten wurden vom Käufer nicht beglichen. Daraus entstand der Verkäuferin ein Verlust in Höhe von 290.000 Euro.

III. Die Entscheidung

Auf die Revision des Angeklagten wurde das Urteil des Landgerichts Berlin im Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben und die weitergehende Revision verworfen. Die Aufhebung im Strafausspruch erfolgte aber nicht etwa wegen der erhobenen Sachrüge hinsichtlich einer rechtsfehlerhaften Feststellung des Vermögensschadens, sondern wegen eines Feststellungsmangels hinsichtlich der ebenfalls dem Angeklagten vorgeworfenen Anstiftung zum Meineid. Dies hatte die Kammer aber strafscharfend berücksichtigt. Mit der Aufhebung des Strafausspruches und den dazugehörigen Feststellungen, so der 5. *Strafsenat*, werde dem neuen Tatrichter ermöglicht, „eine geordnete und nachvollziehbare Schadensberechnung vorzunehmen“.

IV. Würdigung

Wer die Entscheidung liest und analysiert, wird sich mehrmals verwundert die Augen reiben. Nicht nur, dass der 5. *Strafsenat* die tradierten Wege der Schadensberechnung beim Eingehungsbetrug verlässt, dabei die Vorgaben des BVerfG aus dem 126. Band nicht anwendet, ja teilweise für nicht anwendbar erklärt, wird das Urteil des Tatgerichts dennoch aufgehoben, um eine „geordnete und nachvollziehbare Schadensberechnung“ zu ermöglichen, wobei die Feststellungen zum Eingehungsbetrug und zum Schaden (nicht zur Schadenshöhe!) bestehen bleiben sollen. Im Ergebnis bedeutet das eine neue Hauptverhandlung, bei der schon feststeht, dass der Angeklagte ein Betrüger ist, denn dass ein vollendeter Betrug vorliegt, ist nach der Revisionsentscheidung bereits rechtskräftig durch das LG festgestellt. Nicht unerwähnt soll schließlich bleiben, dass neben der Verteidigung auch der Generalbundesanwalt einen *umfassenden* Aufhebungsantrag gestellt hatte (§ 349 Abs. 4 StPO). Der BGH verwirft diese Argumentation und stellt in Abweichung zur herkömmlichen Schadensberechnung allein auf den nicht gezahlten *Preis* bei von vornherein nicht bestehender Zahlungsbereitschaft des Verpflichteten ab.

Es gehört zu den wenigen gesicherten Erkenntnissen der Dogmatik zum Vermögensschaden, dass Leistung und Gegenleistung zu saldieren sind.⁴ Für den Eingehungsbetrug, von dem der Bundesgerichtshof in seinem Urteil ausgeht, bedeutet das: Zu vergleichen sind die durch den Vertragsabschluss eingegangenen gegenseitigen Verpflichtungen. Die Rspr. nimmt dann einen Vermögensschaden an, wenn ein Vergleich der Vermögenslage *vor* und *nach* dem Eingehen der Verpflichtung ergibt, dass der Betroffene durch den Vertrag wirtschaftlich schlechter gestellt ist.⁵ Das soll insbesondere dann der Fall sein, wenn eine Vertragspartei nicht leistungswillig ist. Dabei soll es auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ankommen. Wer dementsprechend einen Kaufvertrag abschließt, ohne liefern oder zahlen zu wollen, der geht eine Verpflichtung ein, die für die Vertragspartei wirtschaftlich wertlos oder jedenfalls wirtschaftlich minderwertig ist. Diese Art der Schadensbestimmung ist scheinbar einleuchtend, weil die Zahlungswilligkeit in einer marktorientierten Gesellschaft ein Wert an sich ist:

Die Marktteilnehmer gehen Verpflichtungen im Vertrauen darauf ein, dass diese erfüllt werden. Der Markt funktioniert auch nur solange, wie dieses Vertrauen nicht nachhaltig erschüttert wird. Störungen im Synallagma werden durch das Zivilrecht behoben. Das bedeutet aber noch nicht, dass nachhaltig Vertrauenseinbußen zu befürchten sind. Erschüttert werden die Erwartungen erst dann *nachhaltig*, wenn ein Vertragspartner den Vertrag von vornherein nicht erfüllen will, das Vertrauen des Partners also von vornherein zur Eingehung der Verpflichtung missbraucht wird. Zwar sieht das Zivilrecht auch in diesen Fällen Möglichkeiten vor, diesen Vertrauensverlust auszugleichen. Es ist aber nicht zu übersehen, dass zwischen einer Störung des Synallagmas und dem Missbrauch des Synallagmas ein erheblicher Unterschied besteht.

Im Bereich des Strafrechts hat sich der Gesetzgeber entschieden, den Missbrauch des Synallagmas nur unter bestimmten Voraussetzungen zu bestrafen. § 263 StGB nennt die dafür erforderlichen Voraussetzungen. Unter anderem muss dieser Missbrauch zu einem Vermögensschaden geführt haben. Bestraft wird also nicht das enttäuschte Vertrauen, mag es auch noch so nachhaltig verletzt worden sein. Vielmehr ist die Strafe an den Verlust einer Vermögensposition (Schaden) gebunden. Das erhellt, dass in einer marktorientierten Gesellschaft zwar das Vertrauen einen Wert an sich hat, aber das Vertrauen als Wert an eine Vermögensposition gebunden sein muss, wenn auf die Enttäuschung dieser Erwartung mit Strafe reagiert werden soll. Wer ein Fahrrad kauft, ohne es bezahlen und abholen zu wollen, der ist ein schlechter Marktteilnehmer, aber noch kein Betrüger. Würde die These des BGH stimmen, so wäre aber jedenfalls die objektive Tatseite des § 263 StGB verwirklicht, denn der Anspruch des Händlers ist mangels Zahlungswilligkeit des Käufers nichts wert.⁶ Übersehen

⁴ Vgl. statt aller *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 263 Rn. 99; BGH NStZ 2013, 404 (405).

⁵ Vgl. schon RGSt 16, 1 (10); BGHSt 16, 220 (221).

⁶ Allein die fehlende Bereicherungsabsicht verhindert, dass ein (versuchter) Betrug anzunehmen wäre.

wird dabei aber, dass dem Verkäufer lediglich ein Geschäft entgeht, er aber keine Vermögenseinbuße an seinem Vermögenbestand erleidet.

Eindrucksvoll hat der BGH im Zellwollhosen-Fall⁷ den Unterschied zwischen enttäuschem Vertrauen und strafbarem Betrug wie folgt dargestellt: „Der Betrug ist kein bloßes Vergehen gegen die Wahrheit und das Vertrauen im Geschäftsverkehr, sondern eine Vermögensstraftat. Nicht die Täuschung an und für sich, sondern die vermögensschädigende Täuschung ist strafbar [...]. Vermögen ist die Summe aller geldwerten Güter nach Abzug der Verbindlichkeiten. Vermögensschaden beim Betrug ist die Vermögensminderung infolge der Täuschung, also der Unterschied zwischen dem Wert des Vermögens vor und nach der Täuschung [...]. Beim Betrug durch Abschluss eines Vertrags, wie er hier in Rede steht, ergibt ein Vergleich der Vermögenslage vor und nach dem Vertragsabschluss, ob ein Vermögensschaden eingetreten ist. Zu vergleichen sind demnach die beiderseitigen Vertragsverpflichtungen [...]. Nur wenn der Anspruch auf die Leistung des Täuschenden in seinem Wert hinter der Verpflichtung zur Gegenleistung des Getäuschten zurückbleibt, ist dieser geschädigt. Entsprechen sich die beiden Werte, dann ist sein Vermögen nur in den Bestandteilen verändert, im Werte aber ausgeglichen [...].“

Dem BGH ist das nicht entgangen. Der Zellwollhosen-Fall sei allerdings nicht einschlägig, weil sich die Täuschung dort auf den Kaufgegenstand bezogen habe.⁸ Auch der 5. *Strafsenat* nimmt eine Gesamtsaldierung vor, aber bei der Schadensbestimmung soll überraschenderweise *nur* noch *bewertet* werden, „inwieweit infolge der Täuschung das vertragliche Synallagma verschoben worden ist“. Die Feststellung eines vom *vereinbarten Preis* abweichenden „objektiven Wertes“ des Vertragsgegenstandes soll damit nicht verbunden sein. Hierin liegt die Kernaussage der Entscheidung: Die Unterscheidung zwischen „Wert“ und „Preis“ und die Gleichsetzung beider im konkreten Fall. In dem zu entscheidenden Fall war gerade umstritten, welchen Marktwert oder „objektiven Wert“ das Grundstück hatte. Auf diesen Wert oder auf eine Feststellung des Wertes soll es nun aber nicht ankommen. Vielmehr hätten die Parteien diesen mit dem Vertrag selbst festgelegt: „Grundsätzlich legen in einem von Angebot und Nachfrage bestimmten marktwirtschaftlichen System die Vertragsparteien den Wert des Gegenstandes fest. [...] Deswegen hat dieser von den Parteien selbst – auf der Grundlage übereinstimmender, von Willens- und Wissensmängeln nicht beeinflusster Vorstellung über Art und Güte des Vertragsgegenstandes – bestimmte Wert grundsätzlich auch die Basis der Schadensfeststellung im Rahmen des Betruges zu sein.“ Übersehen wird freilich, dass es sich bei dem Verkauf des Grundstückes und der vereinbarten Übernahme der Bewirtschaftungskosten um ein Gesamtpaket handelt. Der Kaufpreis und die Bewirtschaftungskosten bilden einen Vermögensposten, der durch die Eingehung des Synallagmas und schadensdogmatisch zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses der Vermögenssphäre der Verkäuferin zuzuordnen war, während der Käuferin der Anspruch auf Übereignung des Grundstückes vermögensrelevant

zufloss. Nun liegt es in der Natur der Sache, dass auf der Seite der Verkäuferin der im Anspruch enthaltene Wert genau zu beziffern ist (als Kaufpreis nebst Bewirtschaftungskosten in Euro), während der Käuferin ein Anspruch auf Übereignung eines schwer am Markt zu positionierenden Grundstückes zufloss. Was dieser Anspruch nun wert sein soll, bestimme, so der BGH, der vereinbarte *Preis*, also genau der Preis, den beide vereinbart hatten. An dieser Stelle zeigt sich noch einmal deutlich die Abkoppelung von dem, was der Vermögensgegenstand *wert* sein soll, und dem, was die Parteien als *Preis* vereinbart hatten. Im Ergebnis findet eine weitere *Vorverlagerung* der Strafbarkeit statt.⁹ Denn selbst wenn Leistung und Gegenleistung ausgetauscht wurden und insoweit also ein Erfüllungsbetrug mit der dann notwendigen beiderseitigen Saldierung des Vermögens stattfinden müsste, kann bei unterstellter fehlender Leistungsbereitschaft zeitlich früher auf den Vertragsschluss abgestellt werden. Das hat zur Folge, die Schadensfeststellung vom objektiven Wert abzukoppeln und den Schaden intersubjektiv auf den Wert der Ansprüche zu stützen, wobei der Wert durch die intersubjektive Perspektive über den Preis bestimmt wird. Wie sich eine solche Vorverlagerung rechtfertigen lässt, beantwortet der BGH nicht. Die Hinweise, es sei „kriminalpolitisch fragwürdig“ und aufwändig, wollte man eine Bestimmung des „objektiven Wertes“ vornehmen und überdies seien sowieso nur schein genaue Wertbestimmungen möglich, zeugen eher von Argumentationsnot. Für Kriminalpolitik ist der BGH nicht zuständig, Aufwand ist kein Maßstab für die Feststellung eines Tatmerkmals und gerade in einer Marktwirtschaft lässt sich alles wertmäßig bestimmen – wenn man will.

Ein weiteres Problem tritt hinzu: Wenn der *Preis* den Schaden bestimmen soll, so ist dieser der *Höhe* nach erst *nach*, oder jedenfalls erst gleichzeitig mit dem Vertragsabschluss feststellbar. Das geschieht dann aber nicht aufgrund einer Saldierung, sondern allein aufgrund der vertraglichen Festlegungen. Das ist *neu*, konnte man doch im Zellwollhosen-Fall noch lesen: „Zum anderen kommt jene Ansicht darauf hinaus, den Preis einer Ware ihrem Wert gleichzusetzen. Das geht nicht an. Beide Begriffe haben zwar manches gemeinsam, sind aber verschieden und folgen auch nicht durchweg gleichen wirtschaftlichen Gesetzen.“¹⁰ Wenn es aber weiterhin richtig sein soll, dass der Vermögensschaden sich auch bei einem Eingehungsbetrug aus einem Vergleich der Vermögenslage *vor* und *nach* dem Eingehen der schuldrechtlichen Verpflichtung errechnen soll,¹¹ so kann diese Formel nicht mehr weiterhelfen. Denn man müsste die Vermögenslage *vor* dem Vertragsabschluss berechnen können, um dann zu saldieren. Das ist unmöglich, weil auf dem Markt unterschiedliche Preise für Waren bezahlt werden. Die Aussicht, ein „gutes Geschäft zu

⁷ BGHSt 16, 220.

⁸ BGH NSStZ 2013, 404 (405 f.).

⁹ Zur Vorverlagerung vgl. *Sinn*, in: Sinn/Gropp/Nagy (Hrsg.), Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht, 2011, S. 13.

¹⁰ BGHSt 16, 220 (224).

¹¹ *Cramer/Perron* (Fn. 4), § 263 Rn. 128; *Tiedemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 160 f.

machen“¹², gehört grundsätzlich gerade nicht zum Vermögen.¹² Wer ein Auto in der Hoffnung verkaufen will, einen guten Preis dafür zu erhalten, der hat in seinem Vermögen vor Vertragsabschluss nicht mehr und nicht weniger als ein Auto, das einen bestimmbaren Wert¹³ hat. Der gezahlte Preis dafür mag davon abweichen, aber vor Vertragsabschluss sind Preis-erwartungen grundsätzlich kein Vermögensbestandteil. Zahlt der Verkäufer den vereinbarten Preis für das Auto nicht, obwohl es bereits an den Käufer herausgegeben wurde, so müsste sich die Saldierung des Vermögens *vor* und *nach* dem Vertragsabschluss auf den Wert des Autos¹⁴ beziehen und nicht auf den Preis, denn vor Vertragsabschluss gab es noch keinen Preis, sondern nur einen Wert. Bei genauerem Hinsehen geht es also bei der *Preisformel* des BGH nicht mehr länger um das tradierte Verständnis vom Vermögensschaden als das Ergebnis einer Saldierung vor und nach dem Eingehen der Verpflichtung, sondern um die Bestrafung einer vorsätzlichen und einseitigen Verletzung des Synallagmas. Ob das noch mit dem Telos des Betrugs in Einklang zu bringen ist, erscheint fraglich. Zwar findet noch eine Saldierung statt, aber die Gegenstände der Saldierung haben sich geändert. Saldiert und bewertet werden die *gegenseitig eingegangenen Verpflichtungen* zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und nicht mehr die Vermögenslage vor und nach dem Eingehen der Verpflichtungen. Wer dementsprechend einen Neuwagen bei einem Autohändler kauft, abholt und nie vorhatte, diesen zu bezahlen, begeht bereits einen Eingehungsbetrag. Die Schadenshöhe richtet sich der Preisformel folgend nach dem nicht gezahlten vertraglich vereinbarten Kaufpreis, obwohl dem Verkäufer tatsächlich „nur“ ein Auto in seinem Vermögen fehlt, für das er einen niedrigeren Einkaufspreis bezahlt hatte. Damit wird entgangener Gewinn – jedenfalls bei der Schadenshöhe – zu einem allein aus dem Verpflichtungsgeschäft resultierenden Vermögenswert.

V. Fazit

Der BGH scheint mit seiner *Preisformel* einen einfachen, praktikablen, kriminalpolitisch wünschenswerten und kosten-senkenden Ausweg aus der Rechtsprechung des BVerfG zur Feststellung des Vermögensschadens gefunden zu haben. Was bleibt ist die Frage, ob die Interpretation des Schadens über den Preis noch mit dem Wortlaut in Einklang zu bringen ist oder ob es sich um eine Analogie handelt.

Prof. Dr. Arndt Sinn, Osnabrück

¹² Cramer/Perron (Fn. 4), § 263 Rn. 99; Tiedemann (Fn. 11), § 263 Rn. 137; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2009, § 41 II. Rn. 103; vgl. auch BGH NJW 2004, 2603.

¹³ „Dieser ist grundsätzlich anhand des Verkaufspreises der betreffenden Umsatzstufe am Markt zu ermitteln.“, so BGH NJW 2004, 2603 (2604).

¹⁴ Es muss weiterhin, weil die Schadensbestimmung beim Betrug einen Gesamtvermögensvergleich voraussetzt, auch der zusätzliche Kostenaufwand mit berücksichtigt werden, der durch den Vertrieb in der nachgelagerten Handelsstufe entsteht (Inseratskosten, erhöhte Vorhaltekosten im Ladenlokal, Vertriebskosten). So vgl. BGH NJW 2004, 2603 (2604).

Buchrezension

Heribert Ostendorf, Strafprozessrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2012, 307 S., € 19,99

Heribert Ostendorf, seit kurzem Emeritus der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, hat im vergangenen Jahr sein Lehrbuch zum Strafprozessrecht veröffentlicht. Im Vorwort umschreibt der *Autor* Adressatenkreis und Zielrichtung seines Werks. Das Lehrbuch soll kein „Wissenschaftsbuch“, sondern ein Leitfaden beim Kennenlernen des Strafverfahrensrechts sein. Insofern wendet es sich an Studenten und Referendare, Laienrichter aber auch Berufsanfänger in der Justiz. Es wäre nicht vermessen gewesen, hier auch den Junganwalt aufzuführen, der seine ersten Schritte auf dem Feld der Strafverteidigung unternimmt. Um es vorwegzunehmen – dem formulierten Anspruch wird das Lehrbuch gerecht. Es informiert und vermittelt Wissen über das deutsche Strafverfahren, ohne dabei den ins Auge gefassten Leser, der sich ohne vertiefte Vorkenntnisse der Materie nähert, zu überfordern. Die Sprache ist klar und schnörkellos. Auf einen umfangreichen Fußnotenapparat wird verzichtet. Die Quellen sind auf die „Basics“ beschränkt; auf die tiefeschürfende Darstellung juristischer Meinungsstreitigkeiten wird verzichtet. Die Verständlichkeit des Lesestoffs steht im Vordergrund.

Der Aufbau des Buchs folgt dem Gang des Strafverfahrens. Nach einleitenden Ausführungen zur Bedeutung des Strafprozesses, dessen Ziele und Grenzen, einer Darstellung der Verfahrensprinzipien und einem Exkurs auf den europäischen und internationalen Strafprozess, innerhalb dessen wichtige Entscheidungen des EGMR Erwähnung finden, stellt *Ostendorf* den Ablauf des klassischen Strafprozesses von den Ermittlungen bis zum Rechtsmittelverfahren dar, wobei auch die Rechtsbehelfe der Verfassungsbeschwerde und der Individualbeschwerde vor dem EGMR behandelt werden. Daran schließt sich ein Kapitel über die vom *Autor* ganz offensichtlich als Fremdkörper im Verfahrensrecht empfundenen Institute der „Ermittlungsabkürzung“ (= Deal) und „Ermittlungshilfe“ (= Kronzeugenregelung) an, bevor sich der *Autor* – wiederum in Form eines Exkurses – der „Perversion“ des Strafverfahrens, nämlich dem Strafprozess im „Dritten Reich“ zuwendet. Hier lässt er geschickt den „Gesetzgeber“ der damaligen Zeit für dessen angerichtetes Unrecht sprechen, indem er etwa das „Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre“ oder die Vorschrift über das freie Ermessen des Gerichts bei der Entscheidung über gestellte Beweisanträge zitiert. Diese Passage beeindruckt, weil sie zeigt, wie sich ein der Rechtsstaatlichkeit dienendes Verfahren durch einige wenige gesetzgeberische „Korrekturen“ missbrauchen lässt. Der darstellende Teil des Buches schließt mit einem Ausblick auf die Zukunft des Strafprozesses, die *Ostendorf* als den ökonomischen Strafprozess bezeichnet. Dieser – so *Ostendorf* – sei geprägt durch einen Verlust an Rechtsstaatlichkeit zu Gunsten eines vom Schuldgedanken sich entfernenden Sicherheitsstrafrechts. Legalität werde bei der Entscheidungsfindung auf Kosten der Opportunität zurückgedrängt. Die Justiz verliere die Hoheit über das Verfahren. Dessen wahrer Herr werde die Polizei. Verständigung und

Kronzeugenregelung führten über kurz oder lang zur Aufgabe des Prinzips der freien Beweiswürdigung und auch die Rechtsicherheit vermittelnde Wirkung der Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen sieht *Ostendorf* in der Zukunft gefährdet. Die vorbehaltene und die nachträgliche Sicherungsverwahrung sowie die Führungsaufsicht seien Vorboten dieser Entwicklung, von der der *Autor* als einer „Mutation des Strafverfahrens“ spricht. *Ostendorfs* Skeptizismus ist nicht unangebracht. Nachdem das Bundesverfassungsgericht erst kürzlich die Regelungen über die Verständigung im Strafverfahren unangestastet gelassen hat, ist – aller gegenteiligen Beteuerungen aus Karlsruhe zum Trotz – endgültig ein Element in den deutschen Strafprozess eingezogen, das sich mit dem ursprünglichen Verständnis vom Strafverfahren im deutschen Rechtsraum seit Inkrafttreten der Reichsstrafprozessordnung nicht mehr vereinbaren lässt. Zu glauben, dass Legalitätsprinzip und Pflicht zu umfassender Sachverhaltsaufklärung zur Wahrung des Schuldprinzips in Fällen einer auf Verständigung beruhenden Verfahrensbeendigung unangestastet bleiben, ist illusorisch. Eine andere Frage ist, ob man an diesen Prinzipien heutzutage noch festhalten sollte. Es ist zumindest überlegenswert, sich von Vorgaben zu trennen, die aus mannigfaltigen Gründen – Personalknappheit, komplexe Kriminalitätsstruktur (Wirtschaftsstrafverfahren, Cybercrime) – nicht eingehalten werden können. Dass diese Fragestellung in *Ostendorfs* Buch nicht vertieft diskutiert wird, ist kein Manko. Dieser Gedankenaustausch hat anderenorts zu erfolgen. An ihm kann nur teilnehmen, wer mit den Grundzügen des Strafverfahrensrechts vertraut ist, und diese Grundzüge vermittelt *Ostendorfs* Werk in exzellenter Weise.

Dabei helfen die in den Text integrierten Schaubilder und Diagramme. So wird etwa der Gang des Strafverfahrens anhand eines „Trichtermodells“ optisch verdeutlicht. Ein breiter Sockel von Sachverhalten angeblich strafrechtlich relevanten Inhalts verschlankt sich über die einzelnen Stufen des Strafverfahrens zu einer – gegenüber dem Ausgangspunkt – geringen Anzahl von Verurteilungen. Äußerst gelungen ist auch die tabellarische Darstellung der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte. Der grafischen Darstellung der Kammer- und Senatsbesetzung werden die einschlägigen Zuständigkeitsnormen des GVG mit ihrem wesentlichen Inhalt gegenübergestellt. Wer Vorlesungen im Strafverfahrensrecht hält, weiß, wie schwer es fallen kann, die Studenten durch das Gewirr dieser Vorschriften zu führen.

Besondere Aufmerksamkeit widmet *Ostendorf* der Untersuchungshaft. Hier sind die von ihm genutzten grafischen Darstellungen und vermittelten Zahlen besonders erhellend. So zeigt eine Aufstellung der Haftzahlen für den Zeitraum 1998-2010 einen begrüßenswerten kontinuierlichen Rückgang der Untersuchungshäftlinge in Deutschland. Ein unmittelbar der Aufstellung angeschlossenes Scheibendiagramm, das den zahlenmäßigen Anteil der einzelnen Haftgründe an dem Gesamtvolumen der Untersuchungshaftfälle verdeutlicht, steuert allerdings der zuvor geweckten leisen Hoffnung, die Praxis könne sich allmählich von der Figur des apokryphen Haftgrundes trennen, entgegen. *Ostendorf* zeigt auf, dass noch im Jahr 2009 Untersuchungshaft in 91 % der Fälle auf den Haftgrund der Flucht oder Fluchtgefahr gestützt wurde, obwohl,

wie er zu Recht anmerkt, vor dem Hintergrund heutiger Fahndungsmaßnahmen eine Flucht kaum erfolgversprechend ist und ohnehin die wenigsten Beschuldigten überhaupt fluchtgeneigt sind. Gerade das Kapitel über die Untersuchungshaft spiegelt deutlich *Ostendorfs* Verständnis vom Strafprozess wider. Für ihn ist das Verfahren Gewährung von Rechtsstaatlichkeit. Nicht-individualbezogene Strafzwecke dürfen nicht zur Vernachlässigung von Beschuldigtenrechten führen.

Mit dieser Feststellung ist im Grunde – um in der Terminologie des Strafverfahrensrechts zu verbleiben – das Urteil über das Werk gefällt; und positiver kann es nicht ausfallen. Es gilt in Zeiten, in denen selbst lediglich regional bedeutsame Strafverfahren mediale Präsenz gewinnen, dem Studierenden und Informationssuchenden die Prinzipien eines aufgeklärten, rechtsstaatlichen Strafverfahrens vor Augen zu führen und zu verdeutlichen, dass es in diesem nicht um Verhängung von Strafen, sondern die Aufarbeitung eines gesellschaftlichen Konflikts in den Grenzen geht, die unsere Verfassung – insbesondere durch die Grundrechte – staatlichem Handeln setzt.

Was gibt es sonst noch über das Werk zu berichten? Wie jedes gute didaktische Lehrbuch arbeitet es mit Fallbeispielen und Zusammenfassungen am Ende der Kapitel. Das Buch schließt mit einem kurzen Repetitorium. Anhand von 99 Fragen kann der Leser überprüfen, was er bei der Lektüre für sein Wissen mitgenommen hat, und dies wird im Zweifel eine Menge sein.

Das Segment der am Markt befindlichen Literatur über das Strafverfahren wird durch *Ostendorfs* Werk – das steht außer Frage – bereichert. Das Buch verbindet gekonnt wissenschaftlichen Anspruch mit Klarheit der Darstellung. Gerade deshalb eignet es sich vorzüglich für die studentische Ausbildung. Wer als Student seinen *Ostendorf* kennt, dem muss vor einem Examen mit Schwerpunkt Strafrecht und Strafverfahrensrecht nicht bang sein.

OSTA Prof. Dr. Georg-Friedrich Güntge, Kiel/Schleswig

B u c h r e z e n s i o n

Tim Charchulla/Marcel Welzel, Referendarausbildung in Strafsachen, Stationspraxis – Klausurtechnik – Aktenvortrag, 3. Aufl., C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2012, 224 S., € 22,95

Die Station in Strafsachen bereitet vielen Referendaren, wenn sie bei der Staatsanwaltschaft durchgeführt wird, ein gewisses Unbehagen, weil sie dort selbständig die Sitzungsververtretung wahrnehmen müssen. Im Nachhinein stellt sie sich aber durchweg als eine der schönsten Phasen der Ausbildung dar. Die Publikation von *Charchulla* und *Welzel* ist eine gelungene Einführung in die Stage (bei Staatsanwaltschaft, Gericht und Strafverteidiger) und erfasst dazu noch sinnvoll die strafrechtliche Klausur und mündliche Prüfung.

Dass beide *Autoren* Praktiker mit viel Erfahrung in Ausbildung und Prüfung, aber auch mit Publikationen sind, wirkt sich nicht nur auf die Themenbereiche, sondern äußerst positiv auch auf die Art der Darstellung aus: Sie ist gut lesbar, keineswegs „kopflastig“ und beschränkt sich auf wenige Fußnoten. Das Verhältnis zwischen Theorie und Praxis, zwischen Erklärung alltäglicher Wendungen der justiziellen Praxis und Examensrelevanz von rechtlichen oder tatsächlichen Problemen ist stimmig. Text, Grafiken, Entscheidungsmuster, konkrete Beispiele und Hinweise stehen in einem angenehmen Verhältnis; das Lesen wird dadurch erleichtert, dass die verschiedenen Aspekte der Darstellung auch optisch unterschiedlich ausgestaltet sind.

Diese Vorzüge zeigen sich besonders deutlich bei der Anklageschrift (Rn. 179-242) und bei der Sitzungstätigkeit (Rn. 249-321). Der Abschnitt: „Die Ausbildung beim Strafrichter“ (Rn. 322-388) interessiert auch die bei der Staatsanwaltschaft tätigen Referendare, weil sie in der Klausur mit dem Urteil konfrontiert werden können; dies berücksichtigt die Publikation durch eine gelungene Einführung in den allgemeinen Aufbau eines strafrechtlichen Urteils und durch die Beifügung eines „Vorstücks“. Wünschenswert wäre zur Abrundung noch ein kurzer Hinweis auf die Struktur des ganz oder teilweise freisprechenden Urteils und des Einstellungsurteils gewesen.

Auch der Abschnitt „Die Ausbildung beim Strafverteidiger“ (Rn. 389-452) ist wegen der guten Mischung von Theorie und Praxis, Hinweisen, Beispielen und sog. Vorstücken sehr gut gelungen. Anfangs hätte vielleicht kurz darauf hingewiesen werden sollen, dass Rechtsanwälte zwar überwiegend als Verteidiger tätig werden, aber auch als Prozessbevollmächtigte des Verletzten bei Anzeigeerstattung, Akteneinsicht, Privat- und Nebenklage sowie bei Adhäsionsanträgen aktiv werden können.

Im nächsten Abschnitt (Rn. 453-621) gehen die *Autoren* auf die strafrechtlichen Klausuren ein, wobei sie entsprechend den tatsächlichen Gepflogenheiten im Examen (auch umfangmäßig) zutreffend zwischen Staatsanwalts-, Anwalts- und Richterklausur unterscheiden: Löblich ist, dass hier kurz auf Verfolgungsverjährung, Strafantragerfordernis und Strafklageverbrauch eingegangen wird, ebenso auf das Problemfeld der Beweisverwertungsverbote. Der Hinweis darauf, dass die Konkurrenzen in den Strafrechtsklausuren „zu nachlässig behan-

delt werden“, ist berechtigt; die Erwähnung der natürlichen Handlungseinheit reicht in diesem Zusammenhang allerdings nicht aus. Vielleicht können die *Autoren* bei der nächsten Auflage eine kurze strukturelle Darstellung der Konkurrenzen beifügen oder zumindest auf die gute Übersicht im Schwerpunkt „Strafrecht AT“ von *Wessels/Beulke/Satzger* hinweisen. Die folgende Darstellung des „prozessualen Gutachtens“ (Rn. 515-540) enthält diverse nützliche Aspekte, die sonst oft vernachlässigt oder gar völlig übersehen werden.

Über die Stoffverteilung zwischen Anwaltsklausur (Rn. 553-616) und Richterklausur (Rn. 617-621) kann man geteilter Meinung sein; vielleicht sollte auch noch das Verhältnis von Richterklausur und „Die Ausbildung beim Strafrichter“ (Rn. 322-388) überdacht werden.

Der Abschnitt „Mündliche Prüfung“ (Rn. 622-640) rundet die Publikation ab und enthält diverse nützliche Hinweise für Kurzvortrag und Prüfungsgespräch aus dem Munde erfahrener Prüfer; er beschränkt sich zu Recht auf das Wesentliche.

Insgesamt kann man die „Referendarausbildung in Strafsachen“ von *Charchulla* und *Welzel* nur jedem Referendar dringend empfehlen: Durch ihre gelungene Mischung von Theorie und Praxis, von Beispielen und Hinweisen sowie durch die Beifügung von sog. Vorstücken erleichtert sie den Wechsel von der universitären in die praktische strafrechtliche Ausbildung erheblich. Zudem weist sie dankenswerterweise auf Problembereiche hin, die entweder an der Universität oft zu kurz gekommen sind, jetzt aber entscheidend sein können (wie etwa die Konkurrenzen) oder die dort (wie etwa die Beweisverwertungsverbote) pädagogisch und rechtlich durchaus exemplarisch breit behandelt worden sind, nunmehr aber in ihrer praktischen Relevanz gesehen werden müssen.

Prof. Dr. Johannes Hellebrand, Goch

Compliance E-lliance - Ein neuer Typus praxisorientierter Lehrveranstaltung im virtuellen Hörsaal

Von Rechtsanwältin **Elena A. Spaeth**, Köln*

Eine neue Dimension der Zusammenarbeit zwischen Universitäten eröffnete das Miami-Leipzig Seminar „Compliance goes worldwide“¹. Es zeigte neue Methoden für einen intensiven und konstruktiven Erfahrungsaustausch zu dem vielfältigen Thema „Compliance“, das mit großem Interesse sowohl von den Studenten als auch den Praxispartnern begleitet wurde. Im Fokus des Seminars stand die internationale Betrachtung einer neuen Form der Unternehmensorganisation.

I. Defizite der gegenwärtigen Juristenausbildung

Trotz verschiedener Reformansätze, zum Beispiel durch das Gesetz zur Reform der Juristenausbildung vom 11.7.2002², ist das Studium der Rechtswissenschaften noch immer weitgehend auf den Richterberuf und die Tätigkeit in Behörde und Staatsanwaltschaft ausgerichtet. Zwar wird mit Seminaren zu den juristischen Schlüsselqualifikation (vgl. § 5d Abs. 1 DRiG) auch das Ziel verfolgt, klassische Kompetenzen des Anwaltsberufs (den der überwiegende Anteil der Absolventen ergreifen wird³), wie Kommunikations- und Teamfähigkeit zu trainieren sowie rechtsgestaltend tätig zu sein. Die entsprechenden Veranstaltungen und Prüfungen operieren aber in einem „künstlichen“ Umfeld, das der Situation in der beruflichen Praxis kaum entspricht. Wie auch in den Kernfächern des Bürgerlichen Rechts, des Öffentlichen Rechts und des Strafrechts erhalten die Studierenden nämlich auch in diesen Veranstaltungen einen aufbereiteten Fall, den Sie zu lösen und Kommilitonen und Prüfern vorzutragen haben. Eine Kommunikation mit zuvor unbekannt Personen in einem beruflichen Umfeld mit unterschiedlichen Kommunikationsmitteln (E-Mail, Brief, Telefonat, Konferenz) und anhand realer Fall- und Beratungsszenarien findet nicht statt. Dabei ist gerade eine zielsichere und effiziente Sachverhaltsermittlung und globales Verständnis der Zusammenhänge in einem oft international agierenden Unternehmen eine unabdingbare Voraussetzung für eine effektive und erfolgreiche Rechtsberatung.

Auch die Kommunikationsfähigkeit in einer Fremdsprache wird gegenwärtig in abstrakter Form auf dem Wege des Frontalunterrichts gelehrt. In der beruflichen Praxis hingegen wird die Besprechung mit einem „Native-Speaker“ im Vordergrund stehen. Schon bei Terminabsprachen sind ggf. unterschiedliche Zeitzonen zu berücksichtigen. Bei der Kommunikation ist auf die jeweiligen Stile und Gepflogenheiten sowie die Terminologie (schon bei der Anrede und Grußformel) zu

achten, und es ist angesichts der hier im Raum stehenden internationalen Rechtsfragen eine gemeinsame Verständigungsbasis zu finden.

Ferner ergibt sich auch hinsichtlich der Inhalte des Jura-Studiums ein ernstzunehmender Innovationsrückstand. In allen Bundesländern dominiert in Ausbildung und Prüfung ein „Säulenmodell“, das auf einer separaten Schulung der drei Rechtsgebiete beruht. Selbst im fortgeschrittenen Studium werden kaum Querverbindungen zwischen den Rechtsgebieten aufgezeigt, die in der Praxis zum Beispiel im Wirtschaftsstraf- und Arbeitsrecht sowie im Steuer- oder Medizinrecht häufig im Mittelpunkt stehen. Auch ein weitergehender interdisziplinärer Bezug wird selten hergestellt, obgleich rechtliche Gestaltungsentscheidungen in der Regel ökonomische oder politische Auswirkungen haben, die in vielen praktischen Berufen sichtbar gemacht oder bei der Abwägung zwischen Handlungsoptionen berücksichtigt werden müssen.

Obwohl die Universität Leipzig in ihrer Leitlinie 4⁴ hervorhebt, sie verstehe sich als „Ort internationaler Zusammenarbeit und Lehre“, werden die internationalen Bezüge des Rechts bislang nur in bestimmten Vertiefungs- (Schwerpunkt-)bereichen, beispielsweise im Schwerpunktbereich „Internationales und Europäisches Recht“ gelehrt. In den Kernfächern (d.h. auch im Strafrecht) kommen die internationalen Regelungen demgegenüber zu kurz. Bestimmte Rechtsmaterien des nichtdeutschen Rechts, zum Beispiel der „Foreign Corrupt Practices Act-FCPA“ (Bundesgesetz der USA) oder der „UK Bribery Act“ (Anti-Korruptionsgesetz des Vereinigten Königreichs) sind aber unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbar auf deutsche natürliche und juristische Personen anwendbar, so dass ein Einbezug in die Ausbildung sinnvoll wäre. Die hier nur exemplarisch angeführten Regelungen sind in der Praxis von erheblicher Bedeutung, denn Unternehmen haben insbesondere dann entsprechenden Beratungsbedarf, wenn sie im Ausland unternehmerisch tätig sind. Nur wenige Unternehmen wissen, dass der Anwendungsbereich des FCPA deutlich weiter gefasst ist, als das bloße Unterliegen der amerikanischen Börsenaufsicht, wenn die Aktien an der amerikanischen Börse gelistet sind.

Die vier angesprochenen Problemebenen, der Schlüsselqualifikationen, Fremdsprachenkompetenz, Interdisziplinarität und Internationalität lassen sich auf den gemeinsamen Nenner eingeschränkter bzw. fehlender „Employability“ der Juristenausbildung an der Universität bringen. Diese aus der Reformdiskussion des Bologna-Prozesses stammende Vokabel bezieht sich allgemein auf die „Arbeitsmarktfähigkeit“ der Absolventinnen und Absolventen, die ohne Preisgabe der Wissenschaft-

* Die Autorin ist Rechtsanwältin und Corporate Compliance Officer in einem führenden Stahl-Service-Center-Unternehmen.

¹ Unter der Leitung von Prof. Dr. H. Schneider und Prof. Dr. B. Boemke, Juristenfakultät der Universität Leipzig sowie Prof. D. Abraham und Prof. Richard L. Williamson, Law School University of Miami.

² BT-Drs. 14/7176; vgl. hierzu näher: Brinktrine/Schneider, Juristische Schlüsselqualifikationen, 2008, S. 5 ff.

³ Schlüter/Dauner-Lieb (Hrsg.), Neue Wege in der Juristenausbildung, 2010, S. 3.

⁴ Leitbild Universität Leipzig, Mai 2005; abrufbar unter: http://www.zv.uni-leipzig.de/fileadmin/user_upload/Service/PDF/Publicationen/leitbild_de.pdf (30.11.2013).

lichkeit auch im Studium der Rechtswissenschaft Berücksichtigung finden sollte.⁵

Die Lehrveranstaltung „Compliance E-lliance“ setzt an dieser Stelle an und versucht, ein neues didaktisches Konzept der Steigerung von Employability im internationalen Kontext exemplarisch umzusetzen. Im Einzelnen werden mit dem neuartigen Lehr- und Prüfungsformat folgende Ziele verfolgt:

- Verbesserung der Schlüsselqualifikationen der Studierenden in einem authentischen Arbeitsumfeld und anhand praxisnaher Beratungsszenarien,
- Steigerung der Fremdsprachenkompetenz durch Teamarbeit mit amerikanischen Studierenden und englischsprachigen „Senior-Partnern“ aus Recht und Wirtschaft,
- Erprobung des berufsbezogenen Umgangs mit neuen Medien und Kommunikationsmitteln wie E-Mail, Web- und Video-Conferencing, Social Media,
- Entwicklung fächerübergreifender und interdisziplinärer Problemlösungsstrategien im internationalen Diskurs,
- Erschließung neuer Fachkenntnisse durch Wissenstransfer und durch Einarbeitung in neue Regelungsmaterien.

II. Gestaltung der Veranstaltung „Compliance E-lliance“

1. Das Konzept „Compliance E-lliance“

Die Lehrveranstaltung wurde in einem in Deutschland völlig neuen Konzept umgesetzt, das sich konzeptionell an das erfolgreiche „Law without walls“⁶ Programm der Law School der Universität Miami anlehnt. Sie fand in Kooperation mit der Universität Miami statt.

Herzstück der Veranstaltung waren die Seminare in einem „virtuellen Hörsaal“, an denen Studierende aus Leipzig und Miami teilnahmen.⁷ Beide Universitäten verfügen über die entsprechende Technologie. Zu vordefinierten Zeitfenstern innerhalb der für beide Seiten akzeptablen Zeitzonen kamen amerikanische und deutsche Teilnehmer in dem hierfür vorgesehenen und entsprechend ausgestatteten Hörsaal zusammen. Über eine Videokonferenz sahen sich die Teilnehmer in Echtzeit an den jeweiligen Tischen in Deutschland und den USA sitzen und konnten sich ohne Qualitätsverlust hören. Parallel konnten Sie an einem zweiten Monitor eine Power-Point Präsentation mitverfolgen. Auf diese Weise wurden in einer ersten Sitzung zunächst die Themen vorgestellt, die so-

⁵ Die Steigerung von Employability gehört zu den allgemeinen Zielvorstellungen der Universität im Rahmen der Verbesserung der Lehre, vgl. *Schücking* im Interview mit der Leipziger Volkszeitung am 6.5.2011, abrufbar unter:

http://www.lvz-online.de/gestaltete-specials/campus_online/koepfe/erste-karrierewoche-reaktorin-schuecking-im-interview-uni-soll-orientierung-und-hilfe-geben-ohne%20leder-studierenden-alles-abzunehmen/r-koepfe-a-87344.html (30.11.2013).

⁶ Für weitere Informationen: <http://www.lawwithoutwalls.org>.

⁷ Daher steht „E“ für die Kommunikation auf elektronischem Wege. „lliance“ für die Allianz und Partnerschaft zwischen den rechtswissenschaftlichen Fakultäten in Miami und Deutschland.

dann in Teamarbeit (jeweils ein deutscher und ein amerikanischer Studierender) zu bearbeiten waren. Da Seminarsprache Englisch ist, war die Quellenliteratur überwiegend englischsprachigen internationalen Journals entnommen.

Die Studierenden erhielten die Gelegenheit, sich auf einer Facebook Plattform untereinander zu vernetzen und ihren Austausch in der Vorbereitungsphase über Skype, E-Mail und andere Medien zu organisieren. Im Rahmen der Vorbereitung wurden sie von den Professoren beider Universitäten und von Repräsentanten aus der Wirtschaft und aus Anwaltskanzleien, den sogenannten „Praxispartnern“, unterstützt. Den Praxispartnern oblag es, den Praxisbezug sicherzustellen und auf die Umsetzbarkeit und Realitätsnähe der erarbeiteten Problemlösungen zu achten. Es handelte sich um Repräsentanten aus ausgewählten international agierenden Unternehmen (Compliance Officer, Leiter Innenrevision), Beratungsgesellschaften (Wirtschaftsprüfer mit Spezialexpertise im Bereich Compliance und Anti-Fraud Management) sowie einschlägig ausgerichtete Rechtsanwälte. Die Kontaktaufnahme mit den Praxispartnern gestalteten die Studierenden eigenverantwortlich. Im virtuellen Hörsaal wurden die erarbeiteten Lösungen sodann in Vorträgen präsentiert.

2. Ablauf der Veranstaltung

Das Blockseminar beinhaltete vier verschiedene Phasen, die sich an dem Grundrhythmus akademischer Lehrveranstaltungen (Einstieg, Erarbeitung, Ergebnissicherung) wie folgt ausrichteten:⁸

- *Einstieg*: In der ersten Phase wurde der Kontakt zwischen Praxispartnern und Studierenden sowie den amerikanischen Partnerstudenten hergestellt. Die Teilnehmer wurden in die Materie Compliance durch den Seminarleiter eingeführt und erwarben (auch anhand eines Readers mit Aufsätzen zu den Themen) die grundlegenden Kenntnisse. In einer ersten Sitzung im virtuellen Hörsaal bildeten sich die Teams (jeweils zwei Studierende), die sich für die zu bearbeitenden Themen entschieden.
- *Erarbeitung*: In der zweiten Phase fertigten die Seminar Teilnehmer eine Präsentation an. Während dieser Phase standen ihnen sowohl die universitären Lehrenden als auch die Praxispartner beratend zur Seite.
- *Erarbeitung*: In der dritten Phase hielten die Studierenden einen englischsprachigen Vortrag zu dem von Ihnen gewählten Thema. Hier wurde den Teilnehmern via Videokonferenz der internationale Austausch mit Lehrenden und Studierenden der Miami University und deren Praxispartnern ermöglicht. Im Anschluss an die Vorträge, die auch schriftlich abzufassen waren, fanden ausführliche Diskussionen zu den jeweiligen Themen aus deutscher und amerikanischer Sicht statt.
- *Ergebnissicherung*: Die letzte Phase diente der Nachbereitung des Seminars. Diese schloss sich unmittelbar an den „Virtual Classroom“ an und diente allen Teilnehmern zum gemeinsamen Erfahrungsaustausch und der Reflekti-

⁸ Meyer, Unterrichtsmethoden, Bd. 2, 13. Aufl. 2006, S. 121.

on. Neben der Leistungsevaluierung der Studierenden wurde an dieser Stelle auch die Sicht der Teilnehmer und Praxispartner bezüglich der Lehrinnovation ermittelt. Bei der Lehrevaluation wurde ein sogenannter formativer Ansatz verwendet.⁹ Der formative Ansatz zielte darauf ab, die Lehrevaluation als Grundlage zur Verbesserung der Qualität der Lehre zu nutzen. Hierzu fanden neben klassischen Methoden der Lehrevaluation auch veranstaltungsspezifische Fragen Eingang in die Untersuchung. Methodisch wurden sowohl standardisierte als auch offene Fragen in dem Messinstrument verwendet.

III. Inhalte der Lehrveranstaltung „Compliance E-lliance“

1. „Corporate Compliance“ als Inhalt der Juristenausbildung

Der aus der angelsächsischen Rechtsterminologie stammende Begriff „Corporate Compliance“ kennzeichnet das Bündel an Maßnahmen, das von einem Unternehmen zur Einhaltung und Befolgung des geltenden Rechts ergriffen wird.¹⁰ Das Thema Compliance ist gegenwärtig noch nicht Gegenstand der Juristenausbildung, obwohl seit 2002 eine erhebliche Nachfrage auf dem Arbeitsmarkt besteht.¹¹ Ein rechtswissenschaftlicher Ausbildungshintergrund ist im Bereich Compliance deshalb förderlich, weil die unternehmensinternen Compliance-Maßnahmen überwiegend auf einer Analyse der bestehenden Rechtsrisiken aufbauen. Diese sind vielfältig (z.B.: wirtschaftsstrafrechtliche Risiken, Umweltschutz, Datenschutz, Kartellbildungs- und Marktmissbrauchsprävention usw.) und branchenspezifisch, so dass die Thematik Compliance im besonderen Maße anschlussfähig für eine fächerübergreifende Betrachtung ist. Neben der Risikoanalyse umfasst das Thema Compliance die unternehmensinternen Anstrengungen zur Errichtung eines Compliance Management Systems. Insofern stellen sich Fragen der arbeitsrechtskonformen Implementierung (z.B. Beteiligung der Arbeitnehmermitverantwortung, Einführung von Verhaltensregeln [„Code of Conduct“] oder etwaiger Sanktionen beim Verstoß gegen diese), der gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten und Grenzen (z.B. Kompetenzverteilung zwischen Aufsichtsrat und Unternehmensleitung, Berichtspflichten usw.), der ökonomischen Effizienz (z.B. Abwägung von Nutzen und Kosten eines Hinweisgeber-systems) und der sozialen Folgen (Problem der neuen „Risikanten Ordnungen“, „Konfliktlösung im Schatten des Leviathan“, „Abschottung des Unternehmens vor den staatlichen

Verfolgungsbehörden“). Zweifelsfrei stellt die Thematik auch eine Herausforderung für ein interdisziplinäres Arbeiten dar. Soweit Unternehmen international tätig sind, müssen die Rechtsordnungen der Länder beachtet und in das Compliance Management System eingebunden werden, in denen das Unternehmen tätig ist. Sind die Unternehmen in den USA oder UK tätig, ergeben sich Besonderheiten, weil das britische und das US-amerikanische Recht spezifische Verpflichtungen zur Implementierung von Compliance Management Systemen vorsehen, die auch dann verbindlich sind, wenn das Unternehmen seinen Hauptsitz in Deutschland hat. Insofern ist bei dieser Thematik von vornherein auch der internationale Bezug gegeben.

Die Pilotveranstaltung hat sich dem Thema Compliance zunächst insbesondere aus strafrechtlicher und kriminologischer Perspektive zugewandt. Dabei wurden folgende Themen erläutert: Auswirkung des amerikanischen Antikorruptionsgesetzes – „Foreign Corrupt Practices Act“ (FCPA) auf US-amerikanische und deutsche Unternehmen, die Rolle von „Compliance Officer“ und „Corporate Council“ innerhalb eines Unternehmens, die Kontroverse um das Thema „Whistleblowing“ in den USA und Deutschland, „Best Practices“ für Selbstregulierungsmethoden im Unternehmen, „Corporate Responsibility“ und Umweltschutz. Auch die psychologische Seite krimineller Handlungen, z.B. die Motivationsaspekte in Bezug auf Wirtschaftskriminalität sog. „white collar crime“ wurde beleuchtet.

Anhand der Praxisbeispiele erörterten die Seminarteilnehmer die komplizierten Fragen nach Anwendbarkeit und Wirkungsstrahlung des FCPA sowie die dadurch entstehenden Herausforderungen an die im internationalen Umfeld agierenden Unternehmen. Wie sehen die gängigen Konstellationen der Strukturierung und des Einbeziehens einer Compliance-Abteilung in die präventiven und repressiven Unternehmenshandlungen zur Einhaltung des geltenden Rechtes und der etablierten Verhaltensregelungen aus? Wie sieht die „ideale“ Ausbildung eines Compliance Beauftragten aus? Welchen Herausforderungen muss sich ein Compliance Officer stellen und welche Rolle spielt ein Compliance Officer im Unternehmen? Braucht man das System des Whistleblowing? Wie weit darf der Schutz für einen Whistleblower gehen? Wie gehen die Unternehmen mit den Aufgaben zum Umweltschutz um? Wie viel darf ein Unternehmen selbst regulieren und was soll durch die Regulierungsbehörde vorgegeben werden? Diese und viele andere Fragen standen drei Tage lang im Fokus der Diskussionen der Teilnehmer. Zum Abschluss der Seminare wurden rechtlich fundierte und praxisorientierte Lösungen herausgearbeitet, die zur erfolgreichen Arbeit und Organisation einer Compliance Tätigkeit beitragen können. Wissenschaftliche Ansätze zur Tätererkennung wurden in eine klare und strukturierte Form gebracht, die von den Compliance Abteilungen mit Erfolg angewendet werden kann. Die Zusammenarbeit zwischen den amerikanischen und deutschen Studierenden beleuchtete die Themenfelder aus zwei unterschiedlichen Rechtsperspektiven und führte zu einem spannenden und konstruktiven Austausch.

⁹ Vgl. Rindermann, Verbesserung der Lehre, Beurteilung von Lehrveranstaltungen durch Studierende; Forschung und Lehre, 2002, 9 (7), 370-372; abrufbar unter:

http://www.forschung-und-lehre.de/wordpress/Archiv/2002/07_2002.pdf; ders., ZFEV 2003, 233.

¹⁰ Hauschka, Corporate Compliance, 2. Aufl 2010, S. 2; Vetter, in: Wecker/Laak (Hrsg.), Compliance in der Unternehmenspraxis, 2009, S. 33; Poppe, in: Inderst/Bannenberg/Poppe (Hrsg.), Compliance, 2. Aufl. 2013, S. 1.

¹¹ Allein der Beck-Stellenmarkt weist derzeit 43 Anzeigen im Fachbereich Compliance auf:

<http://www.beck-stellenmarkt.de/stellenangebote.aspx?tab=2&q=compliance&page=0> (abgerufen am 31.7.2012).

IV. Fazit

Mit Hilfe engagierter Studierender der University of Miami und der Universität Leipzig, der Professoren und der Praxispartner aus den USA und Deutschland konnte die Universität Leipzig eine neue Idee, komplexe juristische Themen mit Hilfe neuer Lehr- und Lernmethoden zu bearbeiten und anschließend zu präsentieren, umsetzen und gleichzeitig zu einer Vernetzung zwischen deutschen und amerikanischen Studierenden beitragen. Die Auswahl der Seminarthemen ermöglichte lebhaft und konstruktive Diskussionen zu den aktuellen Compliance-Themen, die sowohl für die Studierenden als auch für die Praxispartner gleichermaßen lehrreich waren. Das gesamte Seminar war ein exzellentes Beispiel für eine hervorragende internationale Zusammenarbeit zwischen zwei Universitäten. Gleichzeitig war es eine gelungene Vorbereitung der Studierenden auf die Herausforderungen des globalen Berufslebens und führte zu tiefen Einblicken in eine komplexe „Compliance-Welt“.