

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

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

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

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

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

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

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

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung: Frederike Emme

Internetauftritt: René Grellert

ISSN: 1865-6331

Inhalt

AKTUELLE BEITRÄGE ANLÄSSLICH DER COVID-19-PANDEMIE

Das Allgemeine Vertragsrecht in den Zeiten der Corona-Pandemie

Von Prof. Dr. Constantin Willems, Marburg 183

Coronavirus: Körperverletzung ohne Symptome?

Von Wiss. Mitarbeiter Johannes Makepeace, Regensburg 189

Fortgeschrittenenklausur: Das Restaurant in der Corona-Krise

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas David Brinkmann, Bielefeld 195

Das Coronavirus – eine Herausforderung für die Justizprüfungsämter?

Von Stud. iur. Marc Castendiek, Köln 209

Universitäre Lehre in Zeiten von Corona – ein Erfahrungsbericht aus Leipzig

Von Wiss. Mitarbeiterin Veronika Schultze, Wiss. Mitarbeiter Marius Riebel, Leipzig 215

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Die Patentierbarkeit künstlicher Intelligenz

Von Dr. Matthias Bolz, Hamburg 218

Öffentliches Recht

Demokratie und Klimawandel – Kann die freiheitliche demokratische Grundordnung globale Probleme lösen?

Von Stud. iur. Clara Labus, Frankfurt am Main 228

Anhörungspflicht und Fehlerfolgen bei belastendem staatlichem Handeln abseits des Verwaltungsakts

Von Stud. iur. Rudi Lang, Diplom-Verwaltungswirt (FH), Bayreuth 234

DIDAKTISCHE BEITRÄGE*Zivilrecht***Schadensbemessung anhand fiktiver Kosten bei Beschädigung einer Sache**

Von Wiss. Mitarbeiterin Jana Abt, Konstanz, Wiss. Mitarbeiter Jakob Lutzenberger, München

242

ÜBUNGSFÄLLE*Öffentliches Recht***(Referendar-)Examensklausur: Haftung für den Ministerpräsidenten?**

Von Diplom-Jurist Arne P. Wegner, B.Sc., CDT, Wiss. Mitarbeiter Til Martin Bußmann-Welsch, Berlin

249

Examensklausur: Parlamentarisches Frage- und Informationsrecht beim Export von Kriegswaffen

Von Wiss. Mitarbeiter Sebastian Theß, Berlin

256

*Strafrecht***Anfängerklausur: Fatale Fehleinschätzungen**

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Sven Großmann, Stud. iur. Jonathan Wehrstein, Augsburg

263

Fortgeschrittenenhausarbeit: Seeteufel à l'ancienne

Von Akad. Mitarbeiterin Dr. Yao Li, Wiss. Hilfskraft Sebastian Kürten, Potsdam

269

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN*Strafrecht***BGH, Beschl. v. 21.3.2019 – 3 StR 333/18****(Strafbarkeit des Eingriffs Unberechtigter in den Auszahlungsvorgang am Geldautomat)**

(Dr. Martin Piazena, Tbilisi/Georgien)

279

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN*Strafrecht***BGH, Beschl. v. 11.2.2020 – 4 StR 652/19****(Brandstiftung zum Zwecke des Versicherungsbetruges in einem gemischt-genutzten Gebäude)**

(Prof. Dr. Janique Brüning, Wiss. Mitarbeiter Lasse Quarck, Kiel)

283

OLG Hamm, Urt. v. 13.2.2018 – 1 RVs 100/17**(Konkurrenzen und Strafklageverbrauch bei gleichzeitig verwirklichten Besitzdelikten)**

(Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Wagner, Gießen)

288

REZENSIONEN

Strafrecht

**Rengier, Rudolf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl.
2020**

(Diplom-Jurist [Univ.] Hao-Hao Wu, München)

295

VARIA

Strafrecht

**Bericht über ein besonderes strafrechtliches
Schwerpunktseminar an der Universität Münster:
„Der NSU-Strafprozess“**

Von Prof. Dr. Jörg Arnold, Münster/Freiburg im Breisgau

298

Das Allgemeine Vertragsrecht in den Zeiten der Corona-Pandemie*

Von Prof. Dr. Constantin Willems, Marburg**

Die Corona-Pandemie bestimmt im Jahr 2020 nicht nur das öffentliche Leben, sondern wirkt sich auch auf privatrechtliche Sachverhalte aus. Der Beitrag will einen Überblick über einige dieser Fälle geben und aufzeigen, wie das Allgemeine Vertragsrecht des BGB auch in Zeiten der Krise Handlungsoptionen und Lösungen bereithält, sodass „virale Anpassungen“¹ grundsätzlich nicht erforderlich sind. Die vom Gesetzgeber mit heißer Nadel gestrickten Sonderregelungen für Dauerschuldverhältnisse in Art. 240 EGBGB sollen dagegen in diesem Beitrag nicht behandelt werden.²

I. Verhältnis von Leistung und Gegenleistung

1. Sittenwidrigkeit und Wucher

Für einige Produkte – etwa Desinfektionsmittel oder Toilettenpapier – ist bei einigen Online-Portalen der Preis in die Höhe geschneit. So wurde etwa auf der Online-Verkaufsplattform Amazon.de das Desinfektionsmittel Sagrotan® für Preise von teilweise über 100 € pro 1,5-Liter-Gebinde angeboten. In bürgerlich-rechtlicher Hinsicht wirft dies die Frage nach dem „gerechten“ Preis und nach dem Verhältnis von Vertragsfreiheit und Privatautonomie auf der einen und vom Äquivalenzprinzip und der Relation zwischen Leistung und Gegenleistung auf der anderen Seite auf. Es stellt sich die Frage, ob ein solcher Kaufvertrag nicht als ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, im Sinne von § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist. Insbesondere könnte der speziellere³ Wucheratbestand des § 138 Abs. 2 BGB einschlägig sein, der Vermögensvorteile für eine Leistung, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen, sowie das Hinzukommen eines der aufgezählten subjektiven Merkmale voraussetzt. Bezüglich letzterem wäre insbesondere an die „Ausbeutung der Zwangslage [...] eines anderen“ zu denken, was etwa dann zu bejahen ist, wenn einem Kranken ein Medikament oder eine andere Sachleistung, die dieser dringend benötigt, für einen unverhältnismäßig hohen Preis verkauft

wird.⁴ Für das Bestehen eines auffälligen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung hat sich der Maßstab des Doppelten bzw. der Hälfte etabliert:⁵ Wird eine Sache etwa für das Doppelte ihres Wertes verkauft, so besteht – wie man schon seit der Antike für richtig erachtet⁶ – eine Diskrepanz, die das Recht grundsätzlich missbilligt. Ein solches auffälliges Missverhältnis muss sich freilich auf den objektiven Marktwert, den Verkehrswert, beziehen, nicht auf den reinen Materialwert oder die Produktionskosten.⁷ Und dies ist im gebildeten Beispielsfall fraglich: Zwar bleiben Materialwert und Produktionskosten des Desinfektionsmittels gleich, die Knappheit auf dem Markt führt jedoch dazu, dass der objektive Marktwert dieses nunmehr knappen Guts ebenfalls in die Höhe schnellt. Insofern kann nicht allein aus dem ungewöhnlich hohen Preis auf ein grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung geschlossen werden, sondern es gilt, dass der Marktpreis eben dort liegt, wo sich die Angebots- und die Nachfragekurve treffen.

2. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Steht auf der Anbieterseite jedoch ein Unternehmen, das seine Marktmacht ausnutzt – wenn etwa der Stückpreis für sogenannte „FFP2-Atmungschutzmasken“ binnen weniger Tage von 0,45 € auf 13,52 €, also um mehr als das Dreißigfache, ansteigt –, könnte ein Verstoß gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 Abs. 1, Abs. 2 lit. a AEUV⁸ bzw. §§ 18, 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 GWB⁹) vorliegen und somit etwa ein kartellrechtlicher Unterlassungsanspruch nach § 33 Abs. 1 GWB¹⁰ gegeben sein.¹¹

* Der Titel des Beitrags spielt auf den Roman „Die Liebe in den Zeiten der Cholera“ („El amor en los tiempos del cólera“) des kolumbianischen Literaturnobelpreisträgers *Gabriel García Márquez* aus dem Jahre 1985 an.

** Der Autor ist Inhaber der Professur für Bürgerliches Recht und Römisches Recht an der Philipps-Universität Marburg.

¹ Vgl. den Titel des Beitrags von *Fuhrlott/Fischer*, NZA 2020, 345: „Corona: Virale Anpassungen des Arbeitsrechts“.

² Zu diesen etwa *Rüfner*, JZ 2020, 443 ff.; *Lorenz*, in: Schmidt (Hrsg.), COVID-19: Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 1 Rn. 41–59; *Tribess*, GWR 2020, 152 ff.; *Lühmann*, NJW 2020, 1321 ff.; *Schmidt-Kessel/Möllnitz*, NJW 2020, 1103 ff.

³ *Schmidt-Ränsch*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2017, § 138 Rn. 39; *Sack/Fischinger*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 138 Rn. 235 f.; zur Relativierung dieser Spezialität durch die Rechtsprechung *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 138 Rn. 142.

⁴ *Schmidt-Ränsch* (Fn. 3), § 138 Rn. 50; *Sack/Fischinger* (Fn. 3), § 138 Rn. 269.

⁵ *Wertenbruch*, BGB Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2017, § 19 Rn. 3; *Sack/Fischinger* (Fn. 3), § 138 Rn. 244; *Armbrüster* (Fn. 3), § 138 Rn. 114.

⁶ Etwa *Göttlicher*, Auf der Suche nach dem gerechten Preis: Vertragsgerechtigkeit und humanitas als Daueraufgabe des römischen Rechts, 2004; *Herrmann*, in: Der gerechte Preis, Beiträge zur Diskussion um das pretium iustum, 1982, S. 9 ff. = *ders.*, in: Schieman (Hrsg.), Johannes Hermann, Kleine Schriften zur Rechtsgeschichte, 1990, S. 384 ff.; *Mayer-Maly*, in: Festschrift für Heinrich Demelius zum 80. Geburtstag, 1973, S. 139 ff.; *Grebieniow*, Rechtsfolgen der Übervorteilung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der modernen Rechtsfiguren der laesio enormis und ihren historischen Grundlagen, 2015; *Forster*, Ona'ah und laesio enormis – Preisgrenzen im talmudischen und römischen Kaufrecht, 2018.

⁷ *Sack/Fischinger* (Fn. 3), § 138 Rn. 244; *Armbrüster* (Fn. 3), § 138 Rn. 113.

⁸ *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 6 Rn. 97–102.

⁹ *Kling/Thomas* (Fn. 8), § 20 Rn. 162–192.

¹⁰ *Kling/Thomas* (Fn. 8), § 23 Rn. 38 f.

¹¹ Vgl. *Kleine/Schaper/Fila/Cyriac*, Newsdienst Compliance 2020, 220006, die aufzeigen, wie die Wettbewerbsbehörden

II. Verstoß gegen ein Verbotsgesetz

1. Exportverbote

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) hat am 4.3.2020 im Einvernehmen mit dem Auswärtigen Amt und dem Bundesministerium der Finanzen auf der Grundlage von § 6 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 5 des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) ein – inzwischen auf Druck aus der Europäischen Union abgeschwächtes¹² – umfassendes Exportverbot für medizinische Schutzausrüstung verhängt.¹³ Nach diesem war die Ausfuhr und die Verbringung bestimmter Güter, namentlich von Schutzanzügen, Handschuhen, Schutzbrillen und Visieren sowie verschiedenen Arten von Schutzmasken untersagt. Ein nach Erlass des Verbotes geschlossener Kaufvertrag, der eine Verpflichtung zur Übereignung derartiger Gegenstände ins Ausland vorsähe und gegen ein solches Ausfuhrverbot verstieße, könnte somit nach § 134 BGB nichtig sein. § 134 BGB bestimmt, dass ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, grundsätzlich nichtig ist. „Gesetz“ im Sinne der Norm meint jegliche Rechtsnorm im Sinne von Art. 2 EGBGB, sodass nicht nur Gesetze in formellem Sinne, sondern auch bloß in materiellem Sinne erfasst sind. Unter „jede generell-abstrakte Rechtsregel mit Außenwirkung, welche verbindliche Vorschriften für das Verhalten der ihr unterworfenen Personen aufstellt“,¹⁴ lässt sich auch die Anordnung von Beschränkungen im Außenwirtschaftsverkehr mit bestimmten Gütern durch das BMWi subsumieren, da es sich nicht um einen bloßen ministeriellen Runderlass¹⁵ handelt, sie also keine reine Verwaltungsvorschrift ist, sondern eine durch höherrangiges Recht (das AWG) gedeckte Regelung, der Außenwirkung zukommt. Ein Kaufvertrag, der gegen ein solches Embargo verstieße, wäre folglich ebenso nach § 134 BGB nichtig wie die auf ihm basierende verbotsgesetzwidrige Übereignung, schließlich würde ein anderes Auslegungsergebnis – nur die Übereignung sei von „Ausfuhr und Verbringung“ erfasst – einen Anreiz für die Vertragsparteien schaffen, den nach dem Abstraktionsprinzip dann wirksamen Kaufvertrag dem Verbotsgesetz zuwider doch zu erfüllen, um vertragliche Schadensersatzansprüche aus den §§ 280 ff. BGB zu vermeiden.¹⁶

Auch auf Ebene der Europäischen Union wurde erwogen, ein Exportverbot für medizinische Schutzkleidung ins außereuropäische Ausland zu verhängen. Wenn ein solches Verbot in Form einer Verordnung im Sinne von Art. 288 Abs. 2 AEUV erlassen würde, stellte diese als unmittelbar in allen Mitgliedstaaten der EU, also auch in Deutschland, geltende

Rechtsnorm im Sinne von Art. 2 EGBGB¹⁷ ebenfalls ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB dar.¹⁸

2. Schließung von Einrichtungen und Betrieben

Die hessische Landesregierung verordnete am 17.4.2020 – wie andere Landesregierungen zur gleichen Zeit – Maßnahmen zur Bekämpfung des Corona-Virus. Aufgrund von § 32 S. 1 Infektionsschutzgesetz (InfSchG) und der Verordnungsermächtigung in § 8 Abs. 1 Nr. 1 des Hessischen Ladenöffnungsgesetzes (hLÖG) wurde verordnet, dass bestimmte, in § 1 dieser Vierten Verordnung zur Bekämpfung des Corona-Virus genannte Einrichtungen und Betriebe wie etwa Bars und Diskotheken (Nr. 2), Kinos (Nr. 5) oder Friseure (Nr. 8c) zu schließen sind. Dass nun jedenfalls ein nach Erlass der Verordnung¹⁹ vereinbarter Friseur-Termin nicht stattfinden kann, könnte juristisch damit begründet werden, dass andernfalls mit einem entsprechenden Werkvertragsschluss und der folgenden Vertragsdurchführung gegen ein Verbotsgesetz verstoßen würde. Da es sich hier um Modifikationen des Ladenöffnungsgesetzes handelt, stellt sich ergänzend die Frage, ob ein Verstoß gegen eine bloße Ordnungsvorschrift vorliegt, das Verbot also nur die äußeren Umstände des rechtsgeschäftlichen Handelns betrifft, wie dies etwa für den Fall des Verkaufs nach Ablauf der gesetzlichen Ladenschlusszeit angenommen wird: In diesem Fall wäre das Rechtsgeschäft regelmäßig gültig.²⁰ In diesem Sinne urteilte bereits das Reichsgericht im Jahr 1921: „die Einführung einer Polizeistunde wendet sich nicht gegen den Abschluß privatrechtlicher Verträge, sie verfolgt den Zweck, die öffentliche Ruhe und Ordnung aufrechtzuerhalten [...]. Mit [...] diese[m] Zweck[k] ist die rechtliche Gültigkeit der von Wirt und Gast abgeschlossenen Verträge durchaus vereinbar.“²¹ Im konkreten Fall soll jedoch nicht nur die öffentliche Sicherheit und Ordnung aufrechterhalten werden, sondern insbesondere der zwischenmenschliche Kontakt eingedämmt werden, der etwa in Bars, Kinos und Friseurläden stattfindet. Vor diesem Hintergrund ist die verordnete Schließung von Betrieben und Einrichtungen nicht als bloße Ordnungsvorschrift zu klassifizieren, sodass verordnungswidrig abgeschlossene Verträge der Nichtigkeitsfolge nach § 134 BGB unterfallen. Wer dies anders sieht, muss die vorübergehende rechtliche Unmöglichkeit erwägen – dazu sogleich.

derzeit verstärkt den Missbrauch von Marktmacht bezogen auf überhöhte Preise für lebenswichtige Güter untersuchen.

¹² BAnz, Amtlicher Teil, vom 12.3.2020, B1.

¹³ BAnz, Amtlicher Teil, vom 4.3.2020, B1.

¹⁴ Vossler, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.3.2020, § 134 BGB Rn. 25.

¹⁵ BGH NJW 2015, 2248 (2255); Sack/Seibl, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 134 Rn. 16.

¹⁶ Wertenbruch (Fn. 5), § 18 Rn. 8.

¹⁷ BGHZ 125, 27 zum Irak-Embargo der EG; Wertenbruch (Fn. 5), § 18 Rn. 4.

¹⁸ Wertenbruch (Fn. 5), § 18 Rn. 2; Arnold, in: Erman, Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2017, § 134 Rn. 11.

¹⁹ Zu einem ähnlichen Fall *Leo/Götz*, NZM 2020, 402 (404).

²⁰ Mansel, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 134 Rn. 9 m.w.N.; generell kritisch hierzu Sack/Seibl (Fn. 15), § 134 Rn. 77.

²¹ RGZ 103, 263 (264 f.).

III. Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit

1. Vorübergehende Unmöglichkeit

a) Vorübergehende rechtliche Unmöglichkeit

Auch das Unmöglichkeitsrecht der §§ 275, 283, 311a, 326 BGB kann im Pandemiefall zum Tragen kommen. Dies kann zum einen Fälle der rechtlichen Unmöglichkeit umfassen. Während etwa die genannte Verordnung zur Schließung von Betrieben und Einrichtungen in Kraft ist, darf der Schuldner, z.B. ein Friseur, seinen Laden nicht öffnen und damit seine Dienstleistung nicht anbieten, sodass ihm die Vertragserfüllung aus rechtlichen Gründen unmöglich ist; gleichzeitig kann dem Friseur, wenn der Friseursalon gemietet ist, sein Vermieter aus rechtlichen Gründen die Mietsache nicht zum geschuldeten Gebrauch, dem Betrieb als Geschäftsraum, zur Verfügung stellen.²² Die gleiche Rechtsfolge greift bei ausländischen Exportverboten für bestimmte Güter.²³ Rechtliche Unmöglichkeit ist nämlich dann gegeben, „wenn die Vornahme der versprochenen Leistung zumindest dem Schuldner verboten oder aus rechtlichen Gründen unmöglich ist“.²⁴

b) Vorübergehende „echte“ Unmöglichkeit

Gleiches gilt etwa für Fälle, in denen die vertraglich geschuldete Leistung aus tatsächlichen Gründen nicht erbracht werden kann, etwa weil das geschuldete Produkt (argentinisches Rindfleisch, brasilianische Mangos o.ä.) pandemiebedingt nicht geliefert werden kann oder wenn ein Arbeitnehmer am Coronavirus erkrankt oder unter Quarantäne gestellt ist. In diesen letztgenannten Fällen ist dem Arbeitnehmer die Erbringung der von ihm geschuldeten Arbeitsleistung objektiv nicht möglich, sodass die Arbeitspflicht nach § 275 Abs. 1 BGB entfällt.²⁵ Während im Beispiel der Arbeitsleistung eine absolute Fixschuld vorliegt,²⁶ diese Leistung also nicht nachgeholt werden kann, ist dies im erstgenannten Beispiel der Lieferstörung anders: Diese ist (hoffentlich!) ein nur vorübergehender Zustand, was die Frage nach der rechtlichen Behandlung eines solchen Falles der „vorübergehenden Unmöglichkeit“ betrifft.²⁷ Eine besondere gesetzliche Regelung für diesen Fall hat der Gesetzgeber im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung bewusst nicht getroffen, sondern die Frage

wurde ausdrücklich²⁸ Rechtsprechung und Rechtswissenschaft überlassen.²⁹ Daher wird vertreten, dass in diesem Fall, da eine Verurteilung des Schuldners zur Leistung jedenfalls derzeit nicht vollstreckbar ist, § 275 Abs. 1 BGB im Hinblick auf die Primärleistungspflicht – und konsequent § 326 Abs. 1 S. 1 BGB mit Bezug auf die Gegenleistungspflicht – angewandt werden sollen: Solange das Leistungshindernis besteht, ist die Durchsetzung der Leistungspflicht gehemmt, eine Leistungsklage wäre als zur Zeit unbegründet abzuweisen.³⁰ Die weiteren Rechtsfolgen, insbesondere die Verpflichtung zur Leistung von Schadens- bzw. Aufwendungsersatz und die Möglichkeit eines Rücktritts vom Vertrag, sollen dagegen nicht dem Unmöglichkeitsrecht (§§ 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB, §§ 280 Abs. 1 und 3, 283 i.V.m. § 284 BGB und § 326 Abs. 5 BGB) entnommen werden, da diese jeweils an die endgültige Unmöglichkeit bzw. Zweckverfehlung anknüpfen. Schadensersatz neben der Leistung soll sich vielmehr aus dem Gesichtspunkt eines Verzögerungsschadens (§§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB) ergeben, Schadensersatz statt der Leistung bzw. ein Rücktritt vom Vertrag nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen von § 281 BGB bzw. § 323 BGB – also nach erfolgter Fristsetzung zur Leistung – möglich sein, wobei jeweils trotz der Anwendung von § 275 BGB von einer fälligen Leistungspflicht ausgegangen werden soll.³¹ Bezüglich der Schadensersatzansprüche ist freilich zu beachten, dass die pandemiebedingte Nichtleistung vom Schuldner regelmäßig nicht zu vertreten ist, da ein Fall der höheren Gewalt vorliegt.³² Insofern ist es also ausnahmsweise so, dass nicht nur der Anspruch auf die Leistung nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist und der Anspruch auf die Gegenleistung nach § 326 Abs. 1 BGB konsequent entfällt, sondern zudem auch keine Schadensersatzpflicht besteht.

²⁸ BT-Drs. 14/6857, S. 11; BT-Drs. 14/7052, S. 185.

²⁹ Arnold, JZ 2002, 866 (867 f.); Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 43. Aufl. 2019, § 22 Rn. 16; Lorenz (Fn. 2), § 1 Rn. 23.

³⁰ Lorenz (Fn. 2), § 1 Rn. 23; Ernst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 275 Rn. 141; Caspers (Fn. 22), § 275 Rn. 48–50; Brox/Walker (Fn. 29), § 22 Rn. 16; Gsell, in: Festschrift für Herbert Buchner zum 70. Geburtstag, 2009, S. 270 ff.; Die Gegenansicht optiert für eine sofortige Verurteilung unter – explizit in den Tenor aufzunehmender – aufschiebender Bedingung durch Ende der vorübergehenden Unmöglichkeit, vgl. Kaiser, in: Festschrift für Walther Hadting zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004, 2004, S. 129 ff.

³¹ Arnold, JZ 2002, 866 (871); Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2018, § 21 Rn. 16; Ernst (Fn. 30), § 275 Rn. 150; a.A. dagegen Harke, ZRG-RA 123 (2006), 102 (148 ff.); Nach Dornis, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.3.2020, § 286 Rn. 20, ist nicht auf §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB, sondern (allein) auf § 280 Abs. 1 BGB zurückzugreifen.

³² Vgl. Lorenz (Fn. 2), § 1 Rn. 15, 18 und 36; Weller/Lieberknecht/Habrich, NJW 2020, 1017 (2019 f.). Näher dazu unten unter V. 1.

²² Vgl. Lorenz (Fn. 2), § 1 Rn. 22; Schall, JZ 2020, 388 (389). Zum Verhältnis von § 134 BGB und § 275 BGB siehe etwa Riehm, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.2.2020, § 275 Rn. 111 f.; Sack/Seibl (Fn. 15), § 134 Rn. 119; Caspers, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 275 Rn. 40; monographisch Jäpel, Rechtliche Unmöglichkeit und gesetzliches Verbot, 2014.

²³ Weller/Lieberknecht/Habrich, NJW 2020, 1017 ff.

²⁴ Medicus/Lorenz, Schuldrecht I AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 406.

²⁵ Sagan/Brockfeld, NJW 2020, 1112 (1113); Falter, BB 2009, 1974 (1979).

²⁶ Vgl. Lorenz (Fn. 2), § 1 Rn. 21; Weller/Lieberknecht/Habrich, NJW 2020, 1017 (2018).

²⁷ Dazu Lorenz (Fn. 2), § 1 Rn. 23; Riehm, in: Effer-Uhe/Mohnert (Hrsg.), Vertragsrecht in der Coronakrise, 2020 (im Erscheinen), Abschnitt D.I.2.; Weller/Lieberknecht/Habrich, NJW 2020, 1017 (2020).

2. Wirtschaftliche Unzumutbarkeit, § 275 Abs. 2 BGB

§ 275 Abs. 2 S. 1 BGB regelt zudem die sogenannte „wirtschaftliche“ Unzumutbarkeit. Der Schuldner kann demnach ein Leistungsverweigerungsrecht geltend machen, soweit die von ihm geschuldete Leistung einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Auch hier könnte man wieder an den eingangs geschilderten Beispielfall denken, dass jemand die Lieferung von Schutzmasken oder Desinfektionsmittel versprochen hat, die Marktpreise für diese Produkte jedoch nach Vertragsschluss um ein Vielfaches gestiegen sind. Hier ist jedoch der Maßstab des § 275 Abs. 2 BGB zu beachten: Maßgeblich ist nicht das nunmehr bestehende Wertverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, sondern die Relation zwischen dem Leistungsaufwand des Schuldners und dem Leistungsinteresse des Gläubigers. Letzteres steigt aber im Fall gestiegener Marktpreise im selben Maße wie der Leistungsaufwand des Gläubigers, sodass § 275 Abs. 2 BGB hier nicht einschlägig sein kann, sondern allenfalls § 313 BGB (Wegfall der Geschäftsgrundlage) greifen kann³³ – dazu später mehr.

3. Persönliche Unzumutbarkeit, § 275 Abs. 3 BGB

Daneben regelt § 275 Abs. 3 BGB Fälle der persönlichen Unzumutbarkeit der Leistung. Auch in diesen Fällen kann der Schuldner die Leistung verweigern, namentlich, „wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann“. Eine persönliche Leistungspflicht besteht nicht nur bei der von Künstlern geschuldeten Darbietungsleistung, sondern im Zweifel generell beim Dienst- und Arbeitsvertrag (§ 613 BGB – Unübertragbarkeit).³⁴ Die Vorschrift des § 275 Abs. 3 BGB erfasst etwa die notwendige Versorgung von schwer erkrankten Angehörigen.³⁵ Für den Fall einer Pandemie ist die Einschätzung in der Literatur umstritten.³⁶ Von Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung ist etwa dann auszugehen, wenn die Arbeitsleistung nur unter Umständen erbracht werden kann, die für den Arbeitnehmer eine erhebliche Gefahr für Leben oder Gesundheit begründen, es sei denn, dieser hat sich – etwa als Ärztin oder Krankenpfleger – vertraglich dazu verpflichtet, diese Rechtsgüter im Rahmen der Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten zu gefährden.³⁷ Teilweise wird vertreten, dass im Fall einer Pandemie mit

gegenüber der „normalen“ Influenza deutlich gesteigerter Letalität wie etwa im Fall von SARS oder Vogelgrippe grundsätzlich von einer Gesundheitsgefährdung am Arbeitsplatz auszugehen ist, sodass z.B. nur Ärzt/-innen, Krankenpfleger/-innen oder Angehörigen ähnlicher Berufsgruppen zugemutet werden kann, die arbeitsvertraglichen Pflichten zu erfüllen.³⁸ Die überwiegend vertretene Gegenansicht setzt dagegen eine tatsächlich bestehende erhebliche Gesundheitsgefährdung auch am konkreten Arbeitsplatz voraus.³⁹ Im Übrigen kann auch, wenn Arbeitnehmer zu Hause ihre Kinder betreuen müssen, weil Kindergärten oder Schulen geschlossen sind, § 275 Abs. 3 BGB einschlägig sein, wenn keine andere im Haushalt lebende Person das Kind betreuen kann und eine Arbeit im Wege des sogenannten „Home Office“ nicht möglich ist.⁴⁰

IV. Störung der Geschäftsgrundlage

Seit der Schuldrechtsreform ist zudem in § 313 BGB die sogenannte „Störung der Geschäftsgrundlage“ geregelt – ein Konzept, das auf der gemeinrechtlichen Lehre von der *clausula rebus sic stantibus*, der impliziten Vertragsbedingung, dass der Vertrag an das Fortbestehen der ihm zugrundeliegenden Sachlage gebunden ist, und auf der später von *Bernhard Windscheid* aufgestellten „Lehre von der Voraussetzung“⁴¹ und deren Weiterentwicklung durch seinen Schwiegersohn *Paul Oertmann*⁴² aus dem Jahr 1921, also im Angesicht der Bewältigung der wirtschaftlichen Folgen des Ersten Weltkriegs, beruht.⁴³ Die Norm behandelt Fälle, in denen es einer Vertragspartei unzumutbar ist, am Vertrag in seiner ursprünglichen Gestalt festzuhalten, da sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten,

³⁸ *Stück/Wein*, AuA 2007, 285; *Stück*, MDR 2009, 1209 (1211).

³⁹ *Falter*, BB 2009, 1974 (1980); *Schmidt/Novara*, DB 2009, 1817 (1820); v. *Steinau-Steinrück/Mosch*, NJW-Spezial 2009, 578.

⁴⁰ *Sagan/Brockfeld*, NJW 2020, 1112 (1114); *Weller/Lieberknecht/Habrich*, NJW 2020, 1017 (2018); *Fuhlrott/Fischer*, NZA 2020, 345 (248). Wenn nicht nach § 616 BGB ein Entgeltfortzahlungsanspruch besteht, gewährt seit dem 30.3.2020 § 56 Abs. 1a InfSchG bei Fällen der Betreuung einen Entschädigungsanspruch.

⁴¹ *Windscheid*, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850.

⁴² *Oertmann*, Die Geschäftsgrundlage, Ein neuer Rechtsbegriff, 1921.

⁴³ Zur Geschichte knapp *Repgen*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte IV, 2012, Sp. 273–275; *Looschelders* (Fn. 31), § 37 Rn. 3 und *Finkenauer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 20–28; *Martens*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.4.2020, § 313 Rn. 12–17; ausführlich *Meyer-Pritzel*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, 2007, §§ 313, 314, Rn. 1 ff.

³³ *Riehm* (Fn. 27), Abschnitt D.I.2.; *Riehm*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.2.2020, § 275 Rn. 225 und 256; *Lorenz* (Fn. 2), § 1 Rn. 24; *Ernst* (Fn. 30), § 275 Rn. 79–81; *Looschelders* (Fn. 31), § 21 Rn. 20 f.; a.A. dagegen *Caspers* (Fn. 22), § 275 Rn. 105: Auch eine geschuldete Gegenleistung muss einbezogen werden.

³⁴ *Lorenz* (Fn. 2), § 1 Rn. 25; *Caspers* (Fn. 22), § 275 Rn. 108.

³⁵ *Brox/Walker* (Fn. 29), § 22 Rn. 24.

³⁶ *Stadler*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 275 Rn. 30.

³⁷ *Falter*, BB 2009, 1974 (1979).

wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten.⁴⁴ Ziel ist primär eine „Rettung“ des Vertrags, getreu dem Grundsatz *pacta sunt servanda*.⁴⁵ Oft liest man, dass § 313 BGB gegenüber dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht und dabei insbesondere dem Regime der Unmöglichkeit grundsätzlich subsidiär sei;⁴⁶ dies kann jedoch jedenfalls dann nicht überzeugen, wenn – wie im Fall der Corona-Pandemie – unerwartet Umstände eintreten, die die Gesamtwirtschaft betreffen und nicht in die Sphäre einer der Vertragsparteien fallen.⁴⁷ Dies gilt insbesondere für Fälle von Äquivalenzstörungen, die ja nicht unter § 275 Abs. 2 BGB fallen,⁴⁸ und für die Fallgruppe der gemeinsamen Fehlvorstellungen beider Parteien.

1. Fälle von Äquivalenzstörungen

Eine wichtige Fallgruppe ist die der sogenannten Äquivalenzstörungen, bei denen nachträgliche Änderungen der tatsächlichen Umstände das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung aus dem Gleichgewicht bringen.⁴⁹ Insbesondere können ausnahmsweise Fälle erfasst sein, in denen es zu einer erheblichen Kostensteigerung für den Schuldner kommt, die bei Vertragsschluss nicht vorhersehbar war.⁵⁰ Wenn sich also jemand vor der Corona-Pandemie zur Lieferung von Schutzausrüstung zu einem bestimmten Preis verpflichtet hat, nun aber der Einkaufspreis für derartige Produkte krisenbedingt um mehr als das Dreißigfache gestiegen ist, ist eine Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB dergestalt vorzunehmen, dass ein angemessener Interessenausgleich zwischen den Parteien⁵¹ fortbesteht. Rechnung getragen werden muss dabei sowohl der Tatsache, dass der Einkaufspreis der Waren gestiegen ist, als auch dem Umstand, dass der Käufer diese zu einem günstigeren Preis erworben hätte – der neue Preis ist also nicht auf den neuen Marktwert festzusetzen, sondern in für beide Parteien akzeptabler Weise auf der Skala zwischen dem alten Kaufpreis und dem neuen Marktwert zu verorten.

⁴⁴ Looschelders (Fn. 31), § 37 Rn. 1; Finkenauer (Fn. 43), § 313 Rn. 1 f.

⁴⁵ Zu diesem Grundsatz Landau, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte IV, 2020 (im Erscheinen), Sp. 301–303; Gsell, in: Stelmach/Schmidt (Hrsg.), Krakauer-Augsburger Rechtsstudien: Die Rolle des Rechts in der Zeit der wirtschaftlichen Krise, 2013, S. 37 ff.

⁴⁶ Etwa BGH NJW-RR 1995, 853 (854); Lorenz (Fn. 2), § 1 Rn. 38.

⁴⁷ Weller/Lieberknecht/Habrich, NJW 2020, 1017 (2021). Zur Frage bald auch Prütting, in: Effer-Uhe/Mohnert (Hrsg.), Vertragsrecht in der Coronakrise, 2020 (im Erscheinen).

⁴⁸ Siehe oben unter II. 2.

⁴⁹ Weller/Lieberknecht/Habrich, NJW 2020, 1017 (2021 f.); Looschelders (Fn. 31), § 37 Rn. 21.

⁵⁰ Lorenz (Fn. 2), § 1 Rn. 39; Looschelders (Fn. 31), § 37 Rn. 24; Finkenauer (Fn. 43), § 313 Rn. 209.

⁵¹ Dazu Martens (Fn. 43), § 313 Rn. 226; Looschelders (Fn. 31), § 37 Rn. 17.

2. Gemeinsame Fehlvorstellungen

In einer weiteren Fallgruppe, der der gemeinsamen Fehlvorstellungen beider Parteien, kann ebenfalls eine Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB vorgenommen werden.⁵² Philipp Fischinger hat dies unlängst für die Frage nach dem Vertragsende befristeter Fußballer-Arbeitsverträge⁵³ in die Diskussion eingebracht.⁵⁴ Viele Profi-Fußballer verfügen über Verträge, die am 30.6.2020 enden – normalerweise schließt mit diesem Tag die Saison und ab dem 1. Juli kann gegebenenfalls mit einem anderen Verein in die Vorbereitung auf die neue Spielzeit gestartet werden. Dies ist 2020 jedoch anders, da damit zu rechnen ist, dass sich die Saison 2019/2020 – so sie überhaupt zu Ende gespielt wird – über den 30.6.2020 hinaus erstrecken wird. Wenn nicht die primär vorzunehmende Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB ergibt, dass der häufig ohne weiteren erklärenden Zusatz als Vertragsende genannte 30.6.2020 im Sinne von „Ende der Saison“ zu verstehen ist, wie dies auch der Mustervertrag des DFB in § 11 insinuiert – „Der Vertrag gilt [...] bis zum 30.6.2020 [...] (Ende des Spieljahres [...])“⁵⁵ – sei sekundär eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB dergestalt vorzunehmen, dass der Vertrag statt bis zum 30.6.2020 „bis zum Ende der Saison“ laufen muss, da beide Parteien irrig von einem Saisonende zum 30.6.2020 ausgingen und diesen Umstand letztlich zur Grundlage für die Befristung machten.

V. Höhere Gewalt

1. Ausschluss des Vertretenmüssens

Sämtliche Schadensersatzansprüche aus den §§ 280 ff. BGB setzen voraus, dass der Schuldner die jeweilige Pflichtverletzung auch zu vertreten hat, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Dies wird widerleglich vermutet. Ist jedoch höhere Gewalt gegeben, fehlt es an einem Verschulden und die Vermutung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB kann widerlegt werden.⁵⁶ Höhere Gewalt meint in den Worten des BGH „ein von außen kommendes, keinen betrieblichen Zusammenhang aufweisendes und auch durch die äußerste vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht abwendbares Ereignis“.⁵⁷ Dass im Fall einer Pandemie von höherer Gewalt gesprochen werden kann, wurde bereits vor der Corona-Pandemie im Rahmen anderer zivilrechtlicher

⁵² Looschelders (Fn. 31), § 37 Rn. 26.

⁵³ Zur generellen Anwendbarkeit von § 313 BGB auf Arbeitsverträge Böttcher, in: Erman, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2017, § 313 Rn. 49.

⁵⁴ So Fischinger im Interview mit dem Fußballmagazin Kicker, abrufbar unter

<https://www.kicker.de/772718/artikel/vertraege-enden-nicht-mit-dem-30-juni-wenn> (21.5.2020);

ferner Fischinger, LTO v. 28.3.2020, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/profi-fussball-corona-krise-vertraege-saison-ende/> (21.5.2020).

Nun auch Fischinger, SpuRt 2020, 112 ff.

⁵⁵ Siehe https://www.dfb.de/fileadmin/dfbdam/37735-Mustervertrag_Vertragsspieler_03_2014.pdf (21.5.2020).

⁵⁶ Stadler (Fn. 36), § 276 Rn. 11.

⁵⁷ BGH NJW 2017, 2677 (2677 Rn. 8).

Fragestellungen, namentlich im Pauschalreise- und im Verjährungsrecht, diskutiert.

2. Rücktritt vom Pauschalreisevertrag

Dass eine Pandemie einen Fall höherer Gewalt darstellen kann, wurde bereits gerichtlich auf dem Gebiet des Pauschalreiserechts festgestellt. Eine Pandemie wie Corona durchkreuzt nämlich auch Urlaubspläne, sodass bereits gebuchte (Pauschal-)Reisen in ihrer Durchführung gefährdet sind. Eine Pandemie stellt wie etwa eine Naturkatastrophe (z.B. ein Vulkanausbruch)⁵⁸ einen Fall der höheren Gewalt dar.⁵⁹ Im Pauschalreiserecht der §§ 651a ff. BGB sah bis zum 30.6. 2018 § 651j BGB (jetzt) a.F. ausdrücklich die „Kündigung wegen höherer Gewalt“ vor, im novellierten § 651h ist heute in Abs. 3 und Abs. 4 S. 1 Nr. 2 BGB für beide Vertragsparteien, den Reisenden und den Reiseveranstalter, der Rücktritt⁶⁰ „wegen unvermeidbarer, außergewöhnlicher Umstände“ vorgesehen. Hierunter werden freilich immer noch Fälle höherer Gewalt wie Naturkatastrophen gerechnet.⁶¹ Zur Epi- bzw. Pandemie im Zusammenhang mit dem SARS-Virus hat das *AG Augsburg* im Jahr 2004 festgestellt, dass nach allgemeiner Ansicht auch derartige Epidemien unter höhere Gewalt fallen, da sie weder zum Betriebsrisiko des Reiseveranstalters, noch zum allgemeinen Lebensrisiko des Reisenden zählen.⁶² Erwägungsgrund 31 der europäischen Pauschalreise-Richtlinie RL (EU) 2015/2302, die der deutsche Gesetzgeber in den §§ 651a ff. BGB umgesetzt hat, führt den „Ausbruch einer schweren Krankheit“ explizit als einen der unvermeidbaren, außergewöhnlichen Umstände auf, die dem Reisenden ein Rücktrittsrecht geben.⁶³ Tritt der Reisende zurück, kann in einem solchen Fall der Reiseveranstalter nach § 651h Abs. 3 S. 1 BGB keine Entschädigung im Sinne von § 651h Abs. 1 S. 3 BGB verlangen. Tritt der Reiseveranstalter zurück, kann der Reisende immerhin die unverzügliche, d.h. bekanntlich „ohne schuldhaftes Zögern“ (§ 121 Abs. 1 S. 1 BGB) erfolgende, Rückerstattung des womöglich bereits (teilweise) gezahlten Reisepreises verlangen (§ 651h Abs. 5 BGB).

3. Hemmung der Verjährung

Der Begriff der höheren Gewalt findet sich ferner explizit im Verjährungsrecht. Nach § 206 BGB ist die Verjährung ge-

hemmt, solange der Gläubiger innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist durch höhere Gewalt an der Rechtsverfolgung gehindert ist. Hierunter soll auch der derzeit ebenfalls viel diskutierte „Stillstand der Rechtspflege“ nach § 245 ZPO,⁶⁴ der z.B. infolge einer Naturkatastrophe,⁶⁵ aber auch einer Seuche⁶⁶ oder Epi-⁶⁷ bzw. Pandemie eintreten kann, gehören – so weit ist es allerdings dem Deutschen Richterbund nach in der gegenwärtigen Situation bislang noch nicht gekommen.⁶⁸

VI. Fazit

Das Vorstehende sollte zeigen, dass die Corona-Pandemie in verschiedenster Weise mit dem Allgemeinen Vertragsrecht des BGB in Berührung kommt. Insbesondere treten „klassische“ Probleme der Sitten- und Verbotswidrigkeit, der Unmöglichkeit, des Wegfalls der Geschäftsgrundlage und der höheren Gewalt auf. Alle geschilderten Probleme bekommt das BGB in den Griff – so wie wir hoffentlich die Corona-Krise.

⁵⁸ OLG Frankfurt NJW-RR 2015, 569 (kein Schadensersatz wegen verspäteter Rückreise, da der Vulkanausbruch, aufgrund dessen der Luftraum gesperrt ist, einen Fall höherer Gewalt darstellt); AG München, Urt. v. 24.5.2018 – 133 C 21869/15 (Vulkanausbruch im Reiseland rechtfertigt als Fall höherer Gewalt die Kündigung eines Reisevertrags).

⁵⁹ Ulrich, GmbHR 2020, R103 (R104).

⁶⁰ Tonner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 651h Rn. 34.

⁶¹ Tonner (Fn. 60), § 651h Rn. 51–53.

⁶² AG Augsburg BeckRS 2004, 16212 Rn. 14 m.w.N.

⁶³ Löw, NJW 2020, 1252 (1253); Harke, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.1.2020, § 651h Rn. 43.

⁶⁴ Vgl. auf der Heiden, NJW 2020, 1023 (1025); Grothe, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 206 Rn. 8; Mansel (Fn. 20), §§ 205–209 Rn. 3.

⁶⁵ Mansel (Fn. 20), §§ 205–209 Rn. 3.

⁶⁶ Meller-Hannich, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.3.2020, § 206 Rn. 5.

⁶⁷ So auf der Heiden, NJW 2020, 1023 (1025); Stadler, in: Musielak/Voit, Kommentar zur ZPO, 17. Aufl. 2020, § 245 Rn. 1; Stackmann, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl. 2016, § 245 Rn. 2.

⁶⁸ Redaktion beck-aktuell, beclink 2015868. Zu den Voraussetzungen eines solchen Stillstandes der Rechtspflege nun Zschieschack, in: Schmidt (Hrsg.), COVID-19: Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 13 Rn. 6–8.

Coronavirus: Körperverletzung ohne Symptome?

Von Wiss. Mitarbeiter **Johannes Makepeace**, Regensburg*

I. Einleitung

Die Corona-Pandemie hält die ganze Welt in Atem. Täglich werden neue Infektionszahlen bekannt und Maßnahmen zur Eindämmung des Virus ergriffen. Geschäfte und Betriebe schließen, viele Menschen werden teils unfreiwillig nach Hause geschickt, um sich in Quarantäne zu begeben. Juristische Beiträge zu dieser Ausnahmesituation ließen nicht lange auf sich warten. Während vor allem verfassungsrechtliche Bedenken gegen die getroffenen staatlichen Anordnungen geäußert wurden und werden, stellen sich jedoch auch strafrechtliche Fragen: Denn wer gegen die Ausgangsbeschränkungen verstößt, macht sich schnell strafbar.

Während in den §§ 73 ff. IfSG eigene Ordnungswidrigkeiten- und Straftatbestände normiert sind, droht auch eine Strafbarkeit nach dem Kernstrafrecht, insbesondere im Hinblick auf den siebzehnten Abschnitt des Strafgesetzbuchs. Infiziert man eine andere Person, besteht – den bislang dazu erschienenen juristischen Beiträgen nach – scheinbar der Konsens, dass der Infizierende zumindest den objektiven Tatbestand einer Körperverletzung erfüllt, ohne dass der Zweitinfizierte tatsächlich an COVID-19 erkranken muss. Der ehemalige Vorsitzende des 2. Strafsenats am Bundesgerichtshof *Thomas Fischer* etwa meint in seiner Spiegel-Kolumne, dass auch wer nur infiziert wird, „nach richtiger Ansicht“ an der Gesundheit beschädigt ist, ohne selbst erkranken zu müssen.¹ Es reiche für eine vollendete Körperverletzung nämlich aus, dass der Zweitinfizierte selbst hochinfektiös werde. In der Praxis problematisch sei allenfalls der Nachweis des Vorsatzes und der Kausalität.² Dieser Ansicht ist jedenfalls bei einer symptomlosen Infektion etwa mit dem Coronavirus zu widersprechen.

II. Die Gesundheitsschädigung nach § 223 Abs. 1 StGB

Eine Gesundheitsschädigung ist nach herrschender Meinung das Hervorrufen, Steigern oder Aufrechterhalten eines krankhaften körperlichen, pathologischen Zustands.³ Einer Gesund-

heitsschädigung steht es weder entgegen, wenn die Gesundheit nach einem bestimmten Zeitablauf wieder vollständig hergestellt ist noch die Schädigung keine weiteren Spuren hinterlässt. Irrelevant ist für das Vorliegen des Merkmals ebenfalls, ob der Heilungsprozess einer ärztlichen oder medikamentösen Behandlung bedarf oder ohne eine solche auskommt. Auch muss die Gesundheitsschädigung nicht mit Schmerzen verbunden sein.⁴ Allerdings muss sich der jeweilige Gesundheitszustand für eine gewisse – wenn auch nur kurze – Zeit *nicht ganz unerheblich* verschlechtert haben.⁵ Somit gibt es auch bei der Gesundheitsschädigung eine immanente Erheblichkeitsschwelle, auch wenn sie – anders als bei der körperlichen Misshandlung – nicht ausdrücklich in der Definition enthalten ist.⁶

So kann grundsätzlich auch eine nur psychische Einwirkung einen krankhaften Zustand im Sinne des § 223 Abs. 1 StGB hervorrufen. Um die Erheblichkeitsschwelle zu überschreiten, müssen psychische Beeinträchtigungen allerdings den Körper in einen pathologischen, somatisch objektivierbaren Zustand versetzen.⁷ Bloß emotionale Reaktionen auf Aufregungen, wie etwa starke Gemütsbewegungen oder andere Erregungszustände, insbesondere Angstzustände, sind zum Beispiel kein pathologischer, somatisch-objektivierbarer Zustand und damit auch keine Gesundheitsschädigung im Sinne des § 223 Abs. 1 StGB.⁸ Mangels Erheblichkeit sollen etwa auch das Versetzen in leichte Trunkenheit oder in Schlaf sowie leichte, schnell vorübergehende Kopfschmerzen, Hautreizungen, Schnupfen, kurzzeitige Schlaflosigkeit, vorübergehender Durchfall, erhöhte Herzrhythmus mit Schweißausbruch *keine* strafrechtlich relevanten Gesundheitsschädigungen sein, selbst wenn das Opfer diese Einschränkungen bemerkt.⁹

Eine erhebliche Verschlechterung des Gesundheitszustands kann somit zumindest dann bejaht werden, wenn nach einer Infektion die körperliche Krankheit auch tatsächlich

* Der Autor ist Rechtsassessor und Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Europäisches Strafrecht an der Universität Regensburg (Prof. Dr. Tonio Walter).

¹ *Fischer*, Spiegel Online v. 9.3.2020, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/coronavirus-und-das-strafrecht-virus-strafbar-kolumne-a-9347f5da-d295-4a67-90b4-3e0362f77089> (18.5.2020); „problematisch“ jedoch noch in seiner Kommentierung zu § 223 StGB: *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 223 Rn. 13; siehe zum aktuellen „Konsens“ auch *Lorenz*, NJW-aktuell 12/2020, 17; kritisch zur objektiven Zurechnung hingegen *Cerny/Makepeace*, KriPoZ 2020, 148 (149 ff.).

² Zu entsprechenden Problemen bei HIV-Infizierungen siehe *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 223 Rn. 7a f.

³ Für die herrschende Meinung *Fischer* (Fn. 1), § 223 Rn. 8.

⁴ Vgl. *Grünwald*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 7, 12. Aufl. 2019, § 223 Rn. 30.

⁵ BGHSt 43, 346 (354) = NJW 1998, 833; *Hirsch*, ZStW 83 (1971), 140 (144); *Wolters*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 9. Aufl. 2017, § 223 Rn. 23.

⁶ *Hardtung*, JuS 2008, 864 (867); *Paeffgen/Böse*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 223 Rn. 16; vgl. zur Definition der körperlichen Misshandlung *Fischer* (Fn. 1), § 223 Rn. 4; konsequenterweise ist daher auch die allgemeine Definition der Gesundheitsschädigung um die Erheblichkeitsschwelle zu ergänzen.

⁷ BGH NStZ 2016, 27; BGH NStZ 1997, 123 (123); BGHSt. 48, 34 (37) = NStZ 2003, 149.

⁸ BGH NStZ 2015, 269 (269).

⁹ *Wolters* (Fn. 5), § 223 Rn. 25; differenzierender *Paeffgen/Böse* (Fn. 6), § 223 Rn. 10, 16.

ausbricht, sich also in einem *nicht nur unerheblichen*, nach außen hin erkennbaren pathologischen Zustand manifestiert.¹⁰ Fraglich ist, ob eine erhebliche Gesundheitsschädigung bejaht werden kann, wenn das „Opfer“ zwar infiziert wird, aber keine Symptome zeigt und die Infizierung nicht einmal spürt.

III. Keine vollendete Körperverletzung ohne Symptome

Nach der wohl herrschenden Meinung reichen die bloße Infizierung und Übertragung der Krankheitserreger aus, um den objektiven Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB in der Variante der Gesundheitsschädigung zu erfüllen. Diese wird im Schrifttum unter anderem bei Masern,¹¹ vor allem aber im Zusammenhang mit HIV vertreten.¹² Zu einem Ausbruch der Krankheit selbst müsse es nicht kommen. Bereits nach Infektion mit einem Virus dringe der Erreger in die Wirtszellen ein und breite sich im Körper aus. Der Infizierte sei ungeachtet eindeutiger Symptome ein Überträger des Virus. Bereits mit Infizierung komme es auf Zellebene zu einem vom Normalzustand der körperlichen Funktion nachteilig abweichenden Zustand.¹³ Damit liege auch ohne Ausbruch der Krankheit eine Gesundheitsschädigung vor, da der körperliche Zustand des Betroffenen bereits tiefgreifend verändert werde.¹⁴

Diese Auffassung beruft sich ausschließlich auf die „HIV-Rechtsprechung“ des Bundesgerichtshofs aus den Jahren 1988 und 1989.¹⁵ Diese nicht unumstrittene¹⁶ Rechtsprechung ist aber nicht ohne Weiteres auf andere Infektionskrankheiten anwendbar, wie Masern oder eben das Coronavirus. Dies ergibt sich schon aus einem genaueren Lesen des Urteils:

1. Zur HIV-Rechtsprechung

Der BGH hatte zu entscheiden, ob eine (noch) symptomfreie Infizierung mit HIV den objektiven Tatbestand der Körperverletzung verwirklicht. Laut BGH erfüllt bereits die bloße Ansteckung mit dem die Immunschwächekrankheit AIDS hervorrufenden Humanen-Immunmangel-Virus (HIV) den objektiven Tatbestand einer Körperverletzung. Es sei anerkannt, dass die Ansteckung eines anderen mit einer nicht ganz unerheblichen Krankheit – auch und insbesondere mit einer Geschlechtskrankheit – eine Verschlechterung der Gesundheit darstelle. In Anbetracht dessen, dass ein HIV-Infizierter mit dem Eintritt des Virus in den Organismus *seinerseits infektiös* werde und dies *für die gesamte Dauer seines weiteren Lebens* bleibe, müsse dies in gleicher Weise und erst recht für die

Ansteckung mit der – bislang *nicht heilbaren* und bei Ausbruch *regelmäßig tödlich* verlaufenden – Immunschwächekrankheit AIDS gelten. Hinzu komme, dass bei vielen HIV-Infizierten einige Wochen nach der Infizierung ein flüchtiges grippeähnliches Bild auftrete. Zudem könne schon die *psychische Situation*, in der sich eine HIV-infizierte Person befindet, eine Gesundheitsschädigung darstellen (*Hervorhebungen* nicht im Original).¹⁷

Aus den Entscheidungsgründen wird einerseits deutlich, weshalb das Ergebnis, dass eine HIV-Infizierung stets eine vollendete Körperverletzung sei, nicht pauschal auf andere Infektionskrankheiten übertragen werden kann: Weder ein mit Masern¹⁸ oder mit dem Coronavirus¹⁹ Infizierter bleibt wie bei HIV „für die gesamte Dauer seines weiteren Lebens“ infiziert, und die Infektion führt auch nicht zu einer *dauerhaften* Infektiosität der geschädigten Person selbst; die Dauer der Infektiosität ist sowohl bei Masern als auch beim Coronavirus zeitlich begrenzt.

Zudem beantwortet der BGH nicht die Frage, wie zu verfahren ist, wenn Symptome überhaupt nicht auftreten.²⁰ Der BGH geht bei HIV nämlich davon aus, dass zumindest irgendwann („grippeähnliche“) Symptome auftreten, sich also ein pathologischer Zustand manifestiert.²¹ Da dem HIV-Infekt „mit naturgesetzlicher Regel“ der Krankheitsausbruch folgt, mag im Falle von HIV eine vollendete Gesundheitsschädigung bereits mit Infizierung zwar noch vertretbar sein.²² Dieser „Kunstgriff“ lässt sich aber nicht auf andere Infektionskrankheiten anwenden, bei denen eine solche „naturgesetzliche Regel“ fehlt. Somit bedarf es anderer Gründe, die eine Strafbarkeit nach § 223 Abs. 1 StGB bei einer symptomfreien oder unerheblichen Infektion rechtfertigen.

2. § 223 StGB als Erfolgsdelikt

Wedlich etwa stellt auf die Infizierung auf Zellebene ab und geht aus diesem Grund von einer vollendeten Gesundheitsschädigung aus, ohne dass die Krankheit ausbrechen muss.²³ Ob diese Begründung ausreicht, die Erheblichkeitsschwelle des § 223 Abs. 1 StGB zu überschreiten, ist zweifelhaft. Sie lässt nämlich unberücksichtigt, dass es bei § 223 StGB in der

¹⁰ Fischer (Fn. 1), § 223 Rn. 13; die Symptome dürfen jedoch auch in einem solchen Fall nicht ganz unerheblich sein.

¹¹ Ellbogen, medstra 2016, 273 (274); Esser/Beckert, JA 2012, 590 (591); Wedlich, ZJS 2013, 559 (560).

¹² Eberbach, JR 1986, 230 (231 f.); Grünwald (Fn. 4), § 223 Rn. 31; Sternberg-Lieben (Fn. 2), § 223 Rn. 7.

¹³ Ellbogen, medstra 2016, 273 (274); Wedlich, ZJS 2013, 559 (560).

¹⁴ So auch BGHSt 43, 346 (354) = NJW 1998, 833.

¹⁵ BGHSt 36, 1 = NJW 1989, 781; siehe auch BGHSt 36, 262 = NJW 1990, 129.

¹⁶ Kritisch etwa AG Kempten NJW 1988, 2313 (2314); Prittwitz, StV 1989, 123.

¹⁷ BGHSt 36, 1 (6 f.) = NJW 1989, 781; BGHSt 36, 262 (264 f.) = NJW 1990, 129.

¹⁸ Siehe Robert Koch Institut, Masern RKI-Ratgeber, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Merkblaetter/Ratgeber_Masern.html (18.5.2020).

¹⁹ Siehe Robert Koch Institut, Steckbrief zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19), abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html?nn=13490888 (18.5.2020).

²⁰ Bei anderen Entscheidungen, auf die teilweise verwiesen wird, handelt es sich um Fälle, in denen es auch zu einem Krankheitsausbruch kam, vgl. Nachweise bei AG Kempten NJW 1988, 2313 (2314).

²¹ Vgl. BGHSt 36, 1 (7) = NJW 1989, 781.

²² Vgl. Paeffgen/Böse (Fn. 6), § 223 Rn. 25; anderer Ansicht zu Recht Prittwitz, StV 1989, 123 (127).

²³ Wedlich, ZJS 2013, 559 (560).

Regel auf eine für das Opfer *spürbare* – wenn auch nicht schmerzbehaftete – negative Veränderung des Gesundheitszustands ankommt. Ohne eine spürbare Verschlechterung des körperlichen Wohls des Infizierten, ist nämlich das Schutzgut in beiden Varianten des § 223 Abs. 1 StGB nicht beeinträchtigt.²⁴ Wenn selbst nach außen hin erkennbare, unwesentliche Beeinträchtigungen mangels Erheblichkeit aus dem Körperverletzungstatbestand ausgeklammert werden,²⁵ muss dies erst recht für solche gelten, die der Betroffene nicht bemerkt; denn krank oder in seiner Gesundheit beschädigt ist nur, wer sich auch krank und nicht völlig gesund fühlt.²⁶ Dies entspricht auch der eingangs zitierten Rechtsprechung zu psychischen Beeinträchtigungen, die die Erheblichkeitsschwelle erst überschreiten, sobald sie nach außen erkennbar sind im Sinne eines pathologischen, somatisch objektivierbaren Zustands.

Das Gesetz fordert ausdrücklich eine *Schädigung* der Gesundheit. § 223 StGB ist daher nach herrschender Meinung ein Erfolgsdelikt.²⁷ Von einem Erfolg kann jedoch erst bei einer Beeinträchtigung des körperlichen Wohls des Betroffenen die Rede sein. Und das körperliche Wohl ist erst dann beeinträchtigt, wenn das Opfer eine negativ abweichende Veränderung empfindet. Bereits die Infizierung mit einem Virus unabhängig des Auftretens von Symptomen genügen zu lassen, würde das Körperverletzungsdelikt daher contra legem zum abstrakten Gefährdungsdelikt machen.²⁸

Ist und bleibt der Infizierte symptomfrei, so dass er eine etwaige Beschädigung nicht einmal bemerkt, ist dessen körperliches Wohlbefinden nicht eingeschränkt.²⁹ Eine symptomlose Infizierung bleibt daher unterhalb der § 223 Abs. 1 StGB immanenten Erheblichkeitsschwelle. Ein anderes Ergebnis würde den Begriff der Gesundheitsschädigung uferlos ausweiten.³⁰ Dass das symptomfreie Opfer selbst infektiös wird und andere anstecken kann, macht ihn nicht krank, sondern

gefährlich.³¹ Eine solche Gefährlichkeit reicht aber nicht aus, um den objektiven Körperverletzungstatbestand zu bejahen.

Unberührt bleibt selbstverständlich die Möglichkeit einer Versuchsstrafbarkeit. Nimmt ein Infizierter – oder ein Täter, der nur *meint* infiziert zu sein (§ 23 Abs. 3 StGB) – die Infizierung einer anderen Person *und* deren Erkrankung zumindest billigend in Kauf, kommt unter Umständen eine Strafbarkeit mindestens wegen versuchter Körperverletzung in Betracht. Nach herrschender Meinung gilt dies allerdings nicht für alltägliche Infekte und weniger gravierende Krankheitserreger, die praktisch kaum abschirmbar sind, ohne die für das Gesellschaftsleben notwendige Freiheit weitgehend einzuschränken. Es gilt daher als sozialadäquat, etwa mit einer gewöhnlichen Erkältung öffentliche Räume zu betreten oder Veranstaltungen zu besuchen. Eine Strafbarkeit scheitert in diesen für sich genommen neutralen Fällen an der objektiven Zurechnung.³² Umgekehrt besteht aber gerade aufgrund der 1998 eingeführten Versuchsstrafbarkeit in § 223 Abs. 2 StGB kein Bedarf (mehr), eine symptomlose und unerhebliche Infektion unter den objektiven Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB zu subsumieren.³³

IV. Qualifikation trotz ungefährlicher Körperverletzung?

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass unter Umständen lediglich eine Versuchsstrafbarkeit in Betracht kommt, wenn die Krankheit nach einer Infektion wider Erwarten nicht ausbricht. Die scheinbar herrschende Meinung macht jedoch nicht bei § 223 Abs. 1 StGB Halt; vielmehr liege bei einer Infizierung auch eine gefährliche Körperverletzung gemäß § 224 Abs. 1 StGB vor.³⁴ Jedoch ist zweifelhaft, ob eine Infizierung stets und ausnahmslos den Qualifikationstatbe-

²⁴ Vgl. *Paeffgen/Böse* (Fn. 6), § 223 Rn. 2; *Sternberg-Lieben* (Fn. 2), § 223 Rn. 1.

²⁵ *Wolters* (Fn. 5), § 223 Rn. 25.

²⁶ AG Kempten NJW 1988, 2313 (2314).

²⁷ *Grünwald* (Fn. 4), § 223 Rn. 1; *Wolters* (Fn. 5) § 223 Rn. 23; „Verletzungstatbestand“ *Götz/Hinrichs/Seibert/Sommer*, MedR 1998, 505 (510).

²⁸ Ähnlich kritisch *Prittwitz*, StV 1989, 123 (127); *Wolfslast*, NSTZ 1999, 133 (134); siehe auch *Grünwald* (Fn. 4), § 223 Rn. 32; *Wolters* (Fn. 5), § 223 Rn. 26; jeweils zu BGHSt 43, 346 (353 f.) = NJW 1998, 833; der BGH bejahte eine Körperverletzung durch medizinisch nicht indizierte Röntgenbestrahlungen, ohne dass konkrete Schäden erkennbar sein müssen.

²⁹ Ähnlich zur Entscheidung zur Röntgenbestrahlung *Götz/Hinrichs/Seibert/Sommer*, MedR 1998, 505 (510).

³⁰ Zu Recht auch im Falle von HIV AG Kempten NJW 1988, 2313 (2314 f.) mit der Ausnahme, dass eine psychische, objektivierbare Körperverletzung etwa angenommen werden kann, wenn der Infizierte bei Kenntniserlangung der Infizierung in eine Depression verfällt; in diesem Sinne auch BGHSt 36, 262 (265) = NJW 1990, 129.

³¹ *Prittwitz*, StV 1989, 123 (127).

³² Vgl. BGHSt 36, 1 (16) = NJW 1989, 781; *Grünwald* (Fn. 4), § 223 Rn. 31; *T. Walter*, in: *Cirener u.a.* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, Vor § 13 Rn. 91; differenzierend auch im Falle einer Infizierung mit dem Coronavirus *Cerny/Makepeace*, KriPoZ 2020, 148 (149 ff.).

³³ Versuchsstrafbarkeit erst seit dem 1.4.1998 aufgrund des 6. StrRG – und damit nach der „HIV-Rechtsprechung“; siehe auch *Paeffgen/Böse* (Fn. 6), § 223 Rn. 25: es bestehe nunmehr kein kriminalpolitisch motivierter psychologischer Zwang, den objektiven Tatbestand auszudehnen; bricht nach einem rechtskräftigen Urteil die Krankheit tatsächlich aus oder kommt es gar zum Tode, kommt nach herrschender Meinung zu Recht kein erneutes Verfahren in Betracht; einem solchen steht die Sperrwirkung der Rechtskraft entgegen, vgl. BVerfG NJW 1984, 604 (605); *Kühne*, in: *Erb u.a.* (Hrsg.), *Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, 27. Aufl. 2016, Einl. K Rn. 90; *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, 29. Aufl. 2017, § 52 Rn. 16; man mag dieses Ergebnis unbillig finden, dies berechtigt aber nicht ein Erfolgsdelikt in ein Gefährdungsdelikt umzuwandeln.

³⁴ *Ellbogen*, medstra 2016, 273 (274 f.); *Wedlich*, ZJS 2013, 559 (560 f.).

stand des § 224 Abs. 1 StGB erfüllt und eine Freiheitsstrafe von immerhin bis zu zehn Jahren zu rechtfertigen vermag.

1. Körperverletzung durch Beibringung von gesundheitlichen Stoffen (§ 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB)

Zu den gesundheitsschädlichen Stoffen im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StGB zählen neben mechanisch oder thermisch wirkenden Substanzen auch krankheitserregende Mikroorganismen und Viren.³⁵ Bejahen lässt sich auch das Tatbestandsmerkmal des „Bebringens“, da grundsätzlich jede Art des Einführens oder Anwendens genügt, durch die der Stoff seine gesundheitsschädigende Wirkung im Inneren des Körpers entfalten kann. Dies ist stets der Fall, wenn der Stoff ins Körperinnere gelangt.³⁶ Darunter fällt auch das Infizieren durch Körperkontakt.³⁷

Fraglich ist, ob eine unwesentliche oder symptomlose Infektion gesundheitsschädlich sein kann im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StGB. Nach dem Wortlaut genügt zwar für eine Gesundheitsschädlichkeit jede noch so geringe Schädlichkeit. Jedoch setzt § 223 Abs. 1 Var. 2 StGB schon eine „allgemeine“, nicht unerhebliche Gesundheitsschädigung voraus. Würde für § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB nun jede Körperverletzung ausreichen, die durch die Beibringung eines Stoffes herbeigeführt wird und die die Erheblichkeitsschwelle gerade überschreitet, ließen sich Grund- und Qualifikations tatbestand nicht mehr voneinander abstufen. Der erhöhte Strafrahmen wäre nicht gerechtfertigt.³⁸

Die herrschende Meinung fordert daher, dass durch die Beibringung des Giftes oder der anderen gesundheitsschädlichen Stoffe die Gefahr *erheblicher* Verletzungen besteht. Die Substanz müsse nach ihrer Art und dem konkreten Umständen des Einzelfalls geeignet sein, die Gesundheit in erheblichem Maße zu schädigen.³⁹ Im Kern gehe es um einen mittleren Schweregrad von Gefahren für das Rechtsgut, der zwischen der einfachen Körperverletzung und einer schweren Gesundheitsschädigung anzusiedeln sei.⁴⁰ Nicht erforderlich sei, dass der abstrakt gesundheitsschädliche Stoff das Opfer tatsächlich konkret in eine entsprechende Gefahr bringe. Somit wird lediglich *irgendeine* Eignung zur Schädlichkeit für die Gesundheit vorausgesetzt. Nach der herrschenden Meinung sind – (scheinbar) in Übereinstimmung mit der Auslegung des Begriffs des gefährlichen Werkzeugs im Sinne von § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB – auch die besonderen und konkreten Umstände der Tatbegehung im Einzelfall zu berücksichti-

gen, insbesondere die Menge und die Konzentration des zugeführten Stoffes aber auch die Konstitution und das Alter des Opfers.⁴¹

Da das Coronavirus – wie die meisten Viren – erwiesenermaßen sogar tödlich sein kann, liegt jedenfalls eine solche *abstrakte* Gesundheitsschädlichkeit vor. Zwar nimmt die Wahrscheinlichkeit für schwere Krankheitsverläufe mit zunehmendem Alter und bestehenden Vorerkrankungen zu. Schwere Verläufe treten jedoch vereinzelt auch bei Personen ohne Vorerkrankungen und bei Jüngeren auf, so dass eine Eignung zu einer erheblichen Gesundheitsschädigung nicht abgesprochen werden kann.⁴²

Dennoch greift diese Auslegung zu kurz. Um dem erhöhten Strafrahmen gerecht zu werden, muss die Beibringung des gesundheitsschädlichen Stoffes vielmehr einen erheblichen Körperverletzungserfolg herbeiführen, der über den einer einfachen Körperverletzung hinausgeht.⁴³ Auf die unter Umständen abstrakt bestehende Möglichkeit eines schweren Krankheitsverlaufs zu verweisen, genügt jedenfalls dann nicht, wenn der Infizierte keine Beschwerden hat.

Für – und nicht wie angenommen gegen⁴⁴ – diese restriktive Auffassung spricht ein Vergleich des § 224 Abs. 1 Nr. 1 mit § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB: Zwar ist laut allgemeiner Definition ein gefährliches Werkzeug jeder Gegenstand, der aufgrund seiner Beschaffenheit und der konkreten Art der Anwendung *geeignet* ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen. In § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB beurteilt die herrschende Meinung die Gefährlichkeit des Werkzeugs jedoch (mittlerweile) nach Maßgabe der Erheblichkeit der konkreten Verletzung im Einzelfall, die der Täter durch den Einsatz *verursacht* hat.⁴⁵ So wurde etwa einem Ledergürtel seine sicherlich abstrakte Eignung als gefährliches Werkzeug aberkannt, dessen konkrete Verwendung aber zu lediglich geringfügigen Verletzungen führte.⁴⁶ Auch eine Plastiktüte, die im konkreten Fall nur bis zur Nase über den Kopf gestülpt wurde, ist laut BGH kein gefährliches Werkzeug – obwohl die allge-

⁴¹ BGHSt 51, 18 (22 f.) = NJW 2006, 1822; Grünwald (Fn. 4), § 224 Rn. 10.

⁴² Siehe Robert Koch Institut, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html (18.5.2020); ob aber eine „generelle“ Eignung bejaht werden kann, wenn die Mehrzahl der Infektionen symptomlos oder unerheblich verlaufen, ist zumindest zweifelhaft; dazu sogleich zu § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB, wo die herrschende Meinung eine solche generelle Eignung fordert; bei § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB genügt hingegen jede beliebige Eignung.

⁴³ Ähnlich Fischer (Fn. 1), § 224 Rn. 6 f.; Kühl (Fn. 37), § 224 Rn. 1a; Küper/Zopfs, Strafrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl. 2018, Rn. 116; Paeffgen/Böse (Fn. 6), § 224 Rn. 11; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 42. Aufl. 2018, Rn. 290.

⁴⁴ So aber Grünwald (Fn. 4), § 224 Rn. 10.

⁴⁵ Vgl. nur BGH NSTZ 2007, 95 (95); BGH NSTZ-RR 2010, 205 (205 f.); siehe auch Fischer (Fn. 1), § 224 Rn. 14; Sternberg-Lieben (Fn. 2), § 224 Rn. 4.

⁴⁶ BGH NSTZ 2007, 95.

³⁵ Fischer (Fn. 1), § 224 Rn. 5; Rengier, ZStW 111 (1999), 1 (9).

³⁶ Grünwald (Fn. 4), § 224 Rn. 11; Jäger, JuS 2000, 31 (35).

³⁷ Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 224 Rn. 1b; Wedlich, ZJS 2013, 559 (560).

³⁸ Grünwald (Fn. 4), § 224, Rn. 4; Hardtung, JuS 2008, 960 (964); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 21. Aufl. 2020, § 14 Rn. 15 ff.

³⁹ BGHSt 51, 18 (22) = NJW 2006, 1822; Hardtung, JuS 2008, 960 (964); Krüger/Maurer, JA 2018, 321 (322).

⁴⁰ Grünwald (Fn. 4) § 224 Rn. 10; Wolters (Fn. 5), § 224 Rn. 9, fordert hingegen mindestens die Eignung zur Herbeiführung von schwerwiegenden Gesundheitsschäden im Sinne von § 226 Abs. 1 StGB.

meine Gefährlichkeit auf der Hand liegt, sobald dieselbe Tüte auch über den Mund gezogen wird.⁴⁷ Bei § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB den konkreten Einzelfall, das heißt auch hier die konkreten Verletzungsfolgen, außer Acht zu lassen, liefe aufgrund desselben Straffrahmens – von immerhin bis zu zehn Jahren – auf eine nicht zu erklärende Ungleichbehandlung hinaus. Dass einerseits die Gefährlichkeit einer Plastiktüte davon abhängen soll, wie weit sie über das Gesicht des Opfers gezogen wird, andererseits eine Infektionskrankheit stets und ohne Differenzierung den Qualifikationstatbestand erfüllen soll, leuchtet nicht ein. Bleiben jegliche Symptome aus, kann daher jedenfalls keine (vollendete) gefährliche Körperverletzung bejaht werden.

2. Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdeten Behandlung (§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB)

Schwieriger gestaltet sich die Frage, ob der Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB bereits bejaht werden kann, wenn die Infizierung zu keinen erheblichen Folgen führt.⁴⁸ Zwar ist die Infektion mit dem Coronavirus trotz unter Umständen durchaus bestehender Lebensgefahr kein automatisches „Todesurteil“.⁴⁹ Die Zahl der bestätigten Fälle der Lungenkrankheit COVID-19 belief sich bis zum 18.5.2020 weltweit auf mehr als 4,5 Millionen Infektionsfälle. Die Zahl der Todesfälle in Zusammenhang mit dem Coronavirus stieg bis zu diesem Tag auf über 310.000; das entspricht fast sieben Prozent.⁵⁰

Zwar genügt nach der herrschenden Meinung die (auch beim Coronavirus grundsätzlich gegebene) *generelle* Eignung, eine Lebensgefahr herbeizuführen. Zu einer konkreten Lebensgefahr müsse es nicht kommen.⁵¹ Um die abstrakte Lebensgefahrlichkeit jedoch zu beurteilen, seien auch hier die Tatumstände des Einzelfalls einzubeziehen.⁵² Dazu gehören etwa die Konstitution des Opfers – ältere und vorerkrankte oder gesunde und robuste Person – sowie die Intensität der Behandlung.⁵³ Das heißt aber umgekehrt auch, dass die Lebens-

gefahr im konkreten Einzelfall nicht ausgeschlossen sein darf.⁵⁴

Wann genau eine Behandlung „generell geeignet“ ist, eine Lebensgefahr zu begründen, lässt sich nach herrschender Meinung anhand einer Ex-ante-Prognose über die Lebensgefahrlichkeit der Handlung im konkreten Einzelfall bestimmen.⁵⁵ Fraglich ist jedoch, welche Faktoren in die Prognose einfließen dürfen. In Betracht kommen jedenfalls denkgesetzliche und empirische Erkenntnisse.⁵⁶ Aufgrund unzähliger alltäglicher Verhaltensweisen, die ein gewisses Lebensrisiko beinhalten, kann aber nicht jedes potentielle Lebensrisiko unter § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB subsumiert werden.⁵⁷ § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB ist aufgrund der hohen Strafandrohung restriktiv auszulegen.⁵⁸ Die strafrechtliche Gefahrprognose lässt sich daher nur nach der Art des drohenden Schadens und der Wahrscheinlichkeit seines Eintritts treffen. Da es bei § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB ausschließlich um Lebensgefahren geht, ist allein die Wahrscheinlichkeit eines letalen Schadenseintritts ausschlaggebend. Eine nur geringe statistische Lebensgefahr kann daher nicht als *generell*⁵⁹ zur Lebensgefährdung geeignet bezeichnet werden und muss daher tatbestandslos bleiben, wenn nicht weitere konkrete Umstände hinzutreten.⁶⁰

⁵⁴ *Hardtung*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 224 Rn. 42.

⁵⁵ Anderer Ansicht ex post („konkretes Gefährdungsdelikt“) – und damit auch entgegen der Erwägungen des Gesetzgebers (Fn. 51) – *Paeffgen/Böse* (Fn. 6), § 224 Rn. 27 f.; „vermittelnd“ *Beck*, ZIS 2016, 692 (697 ff.), nach der neben eine abstrakt lebensgefährliche Handlung zusätzlich ein Erfolg in Form einer konkreten Gefahr einer „erheblichen“ Körperverletzung treten muss (abstrakte Eignung mit „Außenwirkung“).

⁵⁶ Vgl. *Paeffgen/Böse* (Fn. 6), § 224 Rn. 28.

⁵⁷ *Prittwitz/Scholderer*, NSTZ 1990, 385 (387).

⁵⁸ *Beck*, ZIS 2016, 692 (697).

⁵⁹ Dies ergibt sich aus dem Wort selbst: laut *Duden* bedeutet „generell“ für die meisten oder alle Fälle derselben Art, das heißt *mindestens* mehr als die Hälfte aller Fälle.

⁶⁰ In diesem Sinne *Prittwitz/Scholderer*, NSTZ 1990, 385 (387); anders aber *Eschelbach*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, 45. Ed., Stand: 1.2.2020, § 224 Rn. 41; kritisch zur Einordnung einer HIV-Infektion als „regelmäßig tödlich“ aufgrund der medizinischen Erfolge bei der Behandlung HIV-Infizierter *Grünwald* (Fn. 4), § 224 Rn. 35, so dass sich die „HIV-Rechtsprechung“ erst recht nicht auf den Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB übertragen lässt; differenzierend (aber widersprüchlich) hingegen *Paeffgen/Böse* (Fn. 6), § 224 Rn. 30, die angesichts des „exorbitanten Strafmaß-Sprungs“ verlangen, dass das Opfer in eine „konkrete Lebensgefahr“ gebracht werden muss, *Paeffgen/Böse* (Fn. 6), § 224 Rn. 27 f.; zugegeben liegen nicht für jede denkbare Behandlung im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB entsprechende Statistiken und Zahlen vor; soweit vorhanden müssen empirische wie statistische Erkenntnisse aber zwingend berücksichtigt werden, um die generelle Eignung zur Lebensgefahrlichkeit zu beurteilen.

⁴⁷ BGH NSTZ 2002, 594.

⁴⁸ So aber *Wedlich*, ZJS 2013, 559 (561).

⁴⁹ Dies gilt (mittlerweile) auch für eine HIV-Infektion, *Grünwald* (Fn. 4), § 224 Rn. 35 m.w.N.

⁵⁰ Siehe World Health Organization, abrufbar unter <https://who.sprinklr.com/> (18.5.2020); die Zahlen betreffen jedoch ausschließlich das Hellfeld; die Dunkelziffer wird um einiges höher geschätzt; die Letalitätsrate dürfte daher deutlich unter sieben Prozent liegen.

⁵¹ BGHSt 2, 160 (163); 36, 1 (9) = BGH NJW 1989, 781; BGH NSTZ-RR 2016, 81 (81 f.); BGH NSTZ-RR 2010, 176 (177); *Grünwald* (Fn. 4), § 224 Rn. 34; *Hardtung*, JuS 2008, 960 (965); *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, § 14 Rn. 50; der Gesetzgeber hat sich der herrschenden Meinung ausdrücklich angeschlossen, vgl. BT-Drs. 13/8587, S. 83.

⁵² Missverständnis „konkrete Schädlichkeit“, BGH NSTZ-RR 2013, 342.

⁵³ BGH NSTZ 2013, 345 (345 f.); *Beck*, ZIS 2016, 692 (694); *Grünwald* (Fn. 4), § 224 Rn. 34; *Sternberg-Lieben* (Fn. 2), § 224 Rn. 12.

Ist eine Tathandlung – das Infizieren einer anderen Person etwa mit dem Coronavirus – zwar zu sieben Prozent tödlich, heißt das umgekehrt auch, dass ein und dieselbe Behandlung zu 93 Prozent keine Lebensgefahr begründen kann. Somit kann nicht ohne Weiteres auf den Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB geschlossen werden.⁶¹ Zudem variiert diese Wahrscheinlichkeit in Korrelation mit anderen Faktoren des Einzelfalls, wie das Alter und die gesundheitliche Konstitution des Opfers. So ist etwa bei jungen und nicht vorerkrankten Personen die Lebensgefahr deutlich geringer, bei älteren und vorerkrankten Personen (sogenannte Risikogruppe) wiederum höher.⁶²

Bei einer nur selten tödlich endenden Infektion wie dem Coronavirus verbietet sich daher ein voreiliger Schluss auf § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB. Liegen im konkreten Fall keine besonderen Umstände vor, muss umgekehrt – und zwingend zu Gunsten des Infizierenden – von einer nur geringen Lebensgefahrlichkeit ausgegangen werden.⁶³ Dies muss erst recht gelten, wenn die Infizierung symptomfrei und folgenlos bleibt.⁶⁴

V. Fazit: Die Strafwürdigkeit der Gefährdung im Infektionsschutzgesetz

Mit einer Infizierung einer anderen Person schafft der Infizierende zwar grundsätzlich das unerlaubte Risiko, diese in ihrer Gesundheit zu schädigen. Im Sinne von § 223 Abs. 1 StGB verwirklicht sich dieses Risiko aber nur dann, wenn die Krankheit auch tatsächlich ausbricht. Dass man das Schaffen dieses Risikos – also die bloße *Gefährdung* – für strafwürdig

halten mag, leuchtet ein. Jedoch ist es Aufgabe des Gesetzgebers, diese bloße Gefährlichkeit unter Strafe zu stellen – und der Gesetzgeber hat dies im Infektionsschutzgesetz getan, welches auch Grundlage der verschiedenen Verfügungen und Verordnungen in Zeiten der Corona-Pandemie ist.

Um die Gefahr einer Ausbreitung von Infektionskrankheiten zu unterbinden – so der in § 1 Abs. 1 IfSG ausdrücklich normierte Gesetzeszweck –, kommen insbesondere der Ordnungswidrigkeitstatbestand des § 73 IfSG und der Straftatbestand des § 75 Abs. 1 IfSG in Betracht, ohne dass es zu einem Verbreitungserfolg kommen muss.⁶⁵ Verstößt der Täter vorsätzlich gegen die in § 73 IfSG genannten Verbote und verbreitet er vorsätzlich eine in § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG genannte Krankheit oder einen in § 7 IfSG genannten Krankheitserreger, kommt gar der Straftatbestand des § 74 IfSG in Betracht. Auch hier muss es nicht zwingend zu einem konkreten Krankheitsausbruch kommen; die Verbreitung, also Ansteckung genügt.⁶⁶ Das Coronavirus ist bislang nicht in §§ 6 f. IfSG aufgelistet. Jedoch erweiterte das Bundesministerium für Gesundheit am 30.1.2020 durch Rechtsverordnung aufgrund § 15 Abs. 1 und Abs. 2 IfSG die Meldepflichten nach § 6 Abs. 1 IfSG und § 7 Abs. 1 S. 2 IfSG um den Coronavirus.⁶⁷

Wer gegen die Vorgaben der landesspezifischen Anordnungen verstößt und damit eine Infektionsgefahr schafft, kann sich also durchaus strafbar machen – aber nach dem Infektionsschutzgesetz und nicht nach den §§ 223 ff. StGB, wenn das Opfer nicht im Sinne eines pathologischen, somatisch-objektivierbaren Zustands erkrankt. Bricht die Krankheit für den Infizierten nicht nach außen erkennbar aus, ist dieser nicht in seinem körperlichen Wohlbefinden beeinträchtigt. Ein vorschneller Rückgriff auf die Körperverletzungsdelikte mag zwar kriminalpolitisch einleuchten, scheitert aber jedenfalls am Sinn und Zweck der §§ 223 StGB: denn die Gefährdung allein reicht nicht aus, die zwingende Erheblichkeitsschwelle zu überschreiten.

⁶¹ Vgl. aber BGHSt 36, 1 (15) = NJW 1989, 781; bei Masern *Ellbogen*, medstra 2016, 273 (275); *Wedlich*, ZJS 2013, 559 (561).

⁶² Siehe Robert Koch Institut, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikogruppen.html (4.5.2020); betont sei erneut, dass die Zahlen – zehn und 90 Prozent – lediglich das Hellfeld betreffen.

⁶³ Genau genommen kann von einer generellen Eignung zur Lebensgefährdung nur gesprochen werden, wenn die Wahrscheinlichkeit einer letalen Folge über 50 Prozent liegt (vgl. Fn. 59); ansonsten muss in dubio pro reo davon ausgegangen werden, dass die Handlung nicht abstrakt und generell lebensgefährlich ist, wenn nicht andere Umstände hinzutreten; *Schramm*, JuS 1994, 405 (406) mag diese, auf einem Wahrscheinlichkeitsurteil beruhende Prognose der Lebensgefahrlichkeit für praktisch nicht durchführbar halten; „systemwidrig“ ist sie hingegen nicht, wenn man mit der herrschenden Meinung eine abstrakte und keine konkrete Gefährlichkeit fordert und dem strafrechtlichen Zweifelssatz Rechnung tragen möchte.

⁶⁴ Zum selben Ergebnis müsste auch *Beck* kommen, die aufgrund einer teleologischen Reduktion zwischen einer Ex-ante-Betrachtung der Handlung und einer Ex-post-Betrachtung des Handlungserfolgs unterscheidet, *Beck*, ZIS 2016, 692 (698); ein symptomfreier, völlig unerheblicher „Erfolg“ erreicht jedenfalls nicht die von ihr geforderte „konkrete Gefahr einer erheblichen Körperverletzung“.

⁶⁵ Vgl. *Häberle*, in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), *Strafrechtliche Nebengesetze*, 220. Aufl. 2018, IfSG § 75 Rn. 1; *Joecks (Hardung)*, in: Joecks/Miebach (Fn. 54), Vor § 223 Rn. 41 ff.; zur Strafbarkeit nach dem IfSG siehe auch *Lorenz/Oğlacioğlu*, KriPoZ 2020, 108 (110).

⁶⁶ *Häberle* (Fn. 65), IfSG § 74 Rn. 4.

⁶⁷ Die Verordnung ist abrufbar unter <https://www.gesetze-im-internet.de/coronavmeldev/CoronaVMeldeV.pdf> (18.5.2020).

Fortgeschrittenenklausur: Das Restaurant in der Corona-Krise*

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas David Brinkmann, Bielefeld**

Bei der Klausur handelt sich um eine sehr anspruchsvolle Aufgabe, deren Lösung sowohl gute Kenntnisse des Mietrechts als auch des allgemeinen Schuldrechts sowie die Fähigkeit im Umgang mit unbekannten (weil neuen) Vorschriften erfordert. Zudem handelt es sich um einen komplexen Sachverhalt. Vor diesem Hintergrund ist auch der unten folgende Lösungsvorschlag zu sehen. Von den Kandidaten kann eine derart umfassende und detaillierte Aufarbeitung des Falls keineswegs erwartet werden. Dies gilt insbesondere mit Blick auf einige der im Folgenden dargestellten Streitfragen, bei denen weder eine Kenntnis der Streitstände verlangt werden kann, noch die hier vorgeschlagene Lösung als einzig Richtige anzusehen wäre. Vielmehr sind an vielen Stellen abweichende Ansichten sehr gut vertretbar. Für eine gute Arbeit sollte vielmehr eine in sich schlüssige Lösung unter Berücksichtigung aller im Fall aufgeworfenen Probleme mit Hilfe des grundlegenden juristischen Handwerkszeugs ausreichen – also eine Arbeit, die eine nachvollziehbare Struktur, ein gutes Problembewusstsein und eine überzeugende Argumentation darbietet.

Sachverhalt

Am 1.10.2014 haben M und V einen schriftlichen Mietvertrag über Räume in der Bielefelder Innenstadt geschlossen, in denen M ein Restaurant betreiben wollte. In dem Mietvertrag heißt es unter anderem:*

§ 1 Mietgegenstand

Der Vermieter vermietet an den Mieter die in [...] belegenen Räume, bestehend aus einem Schankraum (200 qm), einer Küche (25 qm) und einem Lagerraum (25 qm). [...].

§ 2 Mietzweck

Das Mietobjekt wird zum Zwecke des Betriebes einer Gaststätte vermietet. Der Mieter wird das Mietobjekt ausschließlich zur Erwirtschaftung von Erträgen aus der Schank- und Speisewirtschaft nutzen. Der Mieter ist nicht befugt, den gewerblichen Charakter des Mietobjektes zu ändern.

* Die Klausur wurde im Mai 2020 im Bielefelder Klausurenkurs zur Examensvorbereitung gestellt. Die behandelten Probleme und der Lösungsvorschlag basieren auf einem Vortrag, den der Autor im Rahmen der Online-Tagung „Vertragsrecht in der Corona-Krise“ gehalten hat. Der Vortrag ist abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=IHXWNMsBjWk&feature=youtu.be> (26.5.2020).

** Der Autor ist Habilitand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Markus Artz an der Universität Bielefeld.

§ 3 Mietzeit

Das Mietverhältnis wird auf die Dauer von 10 Jahren fest abgeschlossen; es beginnt am 1.1.2015 und endet am 31.12.2025.

§ 4 Miete, Zahlungsweise

(1) Es wird eine monatliche Miete i.H.v. 2.500 € vereinbart.

(2) Der Mieter trägt zudem alle verbrauchsabhängigen Betriebskosten; diese sind in der Anlage 3 (Betriebskosten) genauer bezeichnet. Hierfür entrichtet der Pächter monatlich einen Vorauszahlungsbetrag i.H.v. 833 €. Die übrigen Betriebskosten sind in der Miete enthalten. [...].

(3) Die Miete ist monatlich im Voraus, bis spätestens zum dritten Werktag eines jeden Monats auf das Konto des Vermieters [...] zu überweisen. [...].

§ 9 Kautions

Der Mieter leistet an den Vermieter eine Kautions zur Sicherung aller Verpflichtungen aus dem Mietverhältnis. Die Kautions ist vor Übergabe der Mietsache zu entrichten. Die Kautions ist als Barkautions, auf Wunsch des Pächters auch als Bankbürgschaft eines in Deutschland zum Bankgeschäftsbetrieb zugelassenen Kreditinstituts zu erbringen. Die Kautions beträgt 3.000 €. [...].

§ 21 Sonstiges

Abweichend von § 367 BGB wird eine zur Tilgung der ganzen Schuld nicht ausreichende Leistung zunächst auf die Hauptleistung, dann auf die Kosten und schließlich auf die Zinsen angerechnet. [...].

Jahrelang lief das Mietverhältnis zwischen M und V ohne Zwischenfälle. Anfang 2020 kam es jedoch unerwartet zu einer weltweiten Pandemie eines Coronavirus (SARS-CoV-2-Virus), der die mitunter lebensgefährliche Lungenkrankheit COVID-19 verursacht. Aus diesem Grund wurde in NRW die CoronaSchVO-NRW erlassen, die am 16.3.2020 in Kraft trat und in der es unter anderem heißt:

§ 9 Gastronomie

(1) Der Betrieb von Restaurants, Gaststätten, Imbissen, Mensen, Kantinen, Kneipen, (Eis-)Cafés und anderen gastronomischen Einrichtungen ist untersagt. [...]

(2) Abweichend von Absatz 1 sind die Belieferung mit Speisen und Getränken sowie der Außer-Haus-Verkauf durch Restaurants, Gaststätten, Imbisse, Mensen, (Eis-)Cafés und Kantinen zulässig. Für den Außer-Haus-Verkauf gilt dies nur, wenn geeignete Vorkehrungen zur Hygiene, zur Steuerung des Zutritts, zur Vermeidung von Warteschlangen und zur Gewährleistung eines Mindestabstands von 1,5 Metern gewährleistet sind. Der Verzehr in der gastronomischen Einrichtung und in einem Umkreis von 50 Metern um die gastronomische Einrichtung ist untersagt. [...].

M traf die Schließung seines Restaurants wirtschaftlich sehr. Ohne die Einnahmen aus dem Betrieb musste er zur Lebenshaltung auf seine Rücklagen zurückgreifen, welche allerdings schon Ende März aufgebraucht waren. M überlegte sogar seine als Altersvorsorge gedachte Kapitallebensversicherung zu kündigen – was jedoch nur mit einem erheblichen Verlust möglich wäre. Er entschied sich allerdings letztlich dagegen und ließ sich etwas Geld von einem Freund, um die nächsten Monate „zumindest nicht verhungern zu müssen“. Nachdem M Ende März in der Tagespresse gelesen hatte, dass Mieter wegen des sog. „Corona-Rettungsgesetzes“¹ keine Miete mehr zahlen müssten, stellte er die Mietzahlung an V ab April 2020 ein.

Mitte Mai erklärte V gegenüber M wegen des Zahlungsverzugs telefonisch die außerordentliche fristlose, hilfsweise die ordentliche Kündigung und verlangte Räumung des Restaurants. M erklärte, er sei gar nicht verpflichtet die Miete zu zahlen und verwies auf das „Corona-Rettungsgesetz“ sowie auf „das allgemeine Zivilrecht“. V habe versprochen ihm (M) Räume für den Betrieb einer Gaststätte zu überlassen – hierzu seien die Räume aber wegen der CoronaSchVO-NRW derzeit nicht geeignet. Dass die Räume derzeit wirtschaftlich wertlos seien, sei allein Vs Problem. Selbst wenn das anders sein sollte, hätte er (M), wenn er die Pandemie bei Vertragsschluss vorhergesehen hätte, den Vertrag sicherlich so nicht abgeschlossen. V hätte sich redlicher Weise – wäre ihnen beiden bei Vertragsschluss die Möglichkeit einer solchen Situation in den Sinn gekommen – auf eine entsprechende Vertragsanpassungsklausel einlassen müssen.

V erwidert, aufgrund des Corona-Rettungsgesetzes könne M die Mietzahlung nicht verweigern. Und auch sonst gäbe es keinen Grund, warum M nicht die volle Miete zahlen müsse. In dem durch das Corona-Rettungsgesetz eingeführten Art. 240 § 2 EGBGB werden die Interessen zwischen Mietern und Vermietern abschließend geregelt, sodass ein Rückgriff auf das „allgemeine Zivilrecht“ nicht in Betracht kommt. Zudem habe er (V) dem M nur die Überlassung von Räumen versprochen und diese hätte M ja auch zum Gebrauch bekommen. An den Räumen selbst sei (was zutrifft) schließlich nichts auszusetzen. Ob M mit den Räumen wie erhofft Gewinn machen kann, sei nicht sein (Vs) Problem, sondern das Risiko des M. Zudem könne er (V) ja nichts für die Schließung des Restaurants – ihm sei auch gar nicht möglich dafür zu sorgen, dass M das Restaurant wieder öffnen könne. Er wird wohl kaum zu etwas verpflichtet sein, was ihm nicht möglich ist. Und auf etwaige wirtschaftliche Schwierigkeiten wegen der Corona-Pandemie hätte M ihn (V) schon vor der Kündigung hinweisen müssen – auf die erfolgte Kündigung könne das keine Auswirkungen mehr haben. Zudem könne er (V) nicht glauben, dass M nicht irgendwie Mittel hätte beschaffen können, um die Miete zu zahlen.

M entgegnet, dass er das Risiko, mit den Räumen Gewinn zu erwirtschaften, wohl kaum selbst bei einer Pandemie wie der derzeitigen vollständig allein tragen müsse. Ferner könne

es nicht sein, dass er für etwas zahlen müsse dessen Erbringung, wie V schließlich selbst festgestellt habe, unmöglich sei. Er (M) sei zwar überzeugt, nichts zahlen zu müssen, er sei aber bereit, über die Vertragsmodalitäten zu reden. V lehnt das wütend ab, kündigt an, dass M von seinem Anwalt hören werde, und legt auf.

Nach dem Telefonat ist M unsicher, ob es so eine gute Idee war, seinen Laden vollständig zu schließen. Um zumindest etwas zu verdienen, stellt M das Geschäftsmodell auf einen Außer-Haus-Lieferdienst um. Dafür ist zwar der Schankraum überflüssig, aber immerhin die Küche und der Abstellraum werden genutzt. Während sich der Lieferdienst zunächst noch zögerlich entwickelt, kommt das Geschäft ab Mitte Juni richtig in Fahrt. Deshalb kann M ab Juli 2020 auch wieder etwas Miete bezahlen und nimmt die Zahlungen „unter Vorbehalt“ in Höhe von 2.000 € für Miete und weiterer 500 € als Betriebskostenvorauszahlung pro Monat wieder auf. Mit Wirkung zum 16.9.2020 wird § 9 CoronaSchVO-NRW außer Kraft gesetzt und M nimmt den normalen Geschäftsbetrieb wieder auf. Ab Oktober 2020 zahlt M wieder die volle Miete in Höhe von 3.333 € pro Monat.

Mitte Oktober erklärt V gegenüber M, dass er (V) sich mit Blick auf die ausstehende Grundmiete soweit wie möglich „aus der geleisteten Barkaution befriedigt“ und fordert M zur Zahlung „der restlichen 9498 €“ sowie „zur Wiederauffüllung der Kautions“ auf. Nachdem M der Zahlungsaufforderungen des V in den Folgemonaten nicht nachgekommen ist, kündigt V dem M am 1.12.2020 außerordentlich und fristlos wegen Verletzung der Pflicht zur Kautionsauffüllung. Obwohl M nicht glaubt, dass der Mieterschutz des Corona-Rettungsgesetzes über einen solchen Trick ausgehebelt werden kann, überweist er dem V am 15.12.2020 die 3.000 € „zur Wiederauffüllung der Kautions“. Am 10.10.2021 erhält M eine ordnungsgemäße Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2020, welche einen Soll von 1.000 € ausweist. M überweist den Betrag noch im selben Monat an V. Im Übrigen zahlt M weiterhin lediglich die vereinbarten 3.333 € monatlich. Am 1.7.2022 fordert V den M abermals zur Zahlung von „offenen Beträgen i.H.v. 6.000 €“ auf. M erwidert, er finde man müsse doch jetzt quitt sein. Als M in den Folgemonaten weiter nur die Miete i.H.v. jeweils 3.333 € überweist, erklärt V am 5.9.2022 gegenüber M erneut wegen Zahlungsverzugs die außerordentliche fristlose Kündigung. V verlangt von M die Räumung des Restaurants sowie die Zahlung von 6.000 €.

Fallfrage 1

Kann V von M die Zahlung von 6.000 € verlangen?

Fallfrage 2

Unterstellen Sie, dass M im Zeitraum vom 16.3. bis zum 16.9.2020 nur zur Zahlung einer um 40 % reduzierten Miete verpflichtet war. Kann V von M die Räumung des Restaurants verlangen?

¹ Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht v. 27.3.2020 = BGBl. I 2020, S. 569 ff. (s.u.).

Hinweise zur Bearbeitung

Prüfen Sie die Fragen gutachterlich und gehen sie auf alle aufgeworfenen Rechtsprobleme – ggf. hilfsgutachterlich – ein. Gehen Sie dabei von einem Bearbeitungsstand am 6.9.2022 aus.

Anlage 3 des Mietvertrags ist nicht abgedruckt. Auf § 240 BGB wird hingewiesen.

Durch Art. 5 i.V.m. Art. 6 Abs. 5 des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht (Corona-Rettungsgesetz) wurde (soweit für diesen Fall relevant) mit Wirkung zum 1.4.2020 ein neuer Art. 240 in das EGBGB eingeführt, der wie folgt lautet:

Art. 240 EGBGB*§ 1 Moratorium*

(1) Ein Verbraucher hat das Recht, Leistungen zur Erfüllung eines Anspruchs, der im Zusammenhang mit einem Verbrauchervertrag steht, der ein Dauerschuldverhältnis ist und vor dem 8. März 2020 geschlossen wurde, bis zum 30. Juni 2020 zu verweigern, wenn dem Verbraucher infolge von Umständen, die auf die Ausbreitung der Infektionen mit dem SARS-CoV-2-Virus (COVID-19-Pandemie) zurückzuführen sind, die Erbringung der Leistung ohne Gefährdung seines angemessenen Lebensunterhalts oder des angemessenen Lebensunterhalts seiner unterhaltsberechtigten Angehörigen nicht möglich wäre. Das Leistungsverweigerungsrecht besteht in Bezug auf alle wesentlichen Dauerschuldverhältnisse. Wesentliche Dauerschuldverhältnisse sind solche, die zur Eindeckung mit Leistungen der angemessenen Daseinsvorsorge erforderlich sind.

(2) Ein Kleinunternehmen im Sinne der Empfehlung 2003/361/EG der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (ABl. L 124 vom 20.5.2003, S. 36) hat das Recht, Leistungen zur Erfüllung eines Anspruchs, der im Zusammenhang mit einem Vertrag steht, der ein Dauerschuldverhältnis ist und vor dem 8. März 2020 geschlossen wurde, bis zum 30. Juni 2020 zu verweigern, wenn infolge von Umständen, die auf die COVID-19-Pandemie zurückzuführen sind,

1. das Unternehmen die Leistung nicht erbringen kann oder
2. dem Unternehmen die Erbringung der Leistung ohne Gefährdung der wirtschaftlichen Grundlagen seines Erwerbsbetriebs nicht möglich wäre.

Das Leistungsverweigerungsrecht besteht in Bezug auf alle wesentlichen Dauerschuldverhältnisse. Wesentliche Dauerschuldverhältnisse sind solche, die zur Eindeckung mit Leistungen zur angemessenen Fortsetzung seines Erwerbsbetriebs erforderlich sind.

(3) [...].

(4) Die Absätze 1 und 2 gelten ferner nicht im Zusammenhang

1. mit Miet- und Pachtverträgen nach § 2, mit Darlehensverträgen sowie
 2. mit arbeitsrechtlichen Ansprüchen.
- [...].

§ 2 Beschränkung der Kündigung von Miet- und Pachtverhältnissen

(1) Der Vermieter kann ein Mietverhältnis über Grundstücke oder über Räume nicht allein aus dem Grund kündigen, dass der Mieter im Zeitraum vom 1. April 2020 bis 30. Juni 2020 trotz Fälligkeit die Miete nicht leistet, sofern die Nichtleistung auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht. Der Zusammenhang zwischen COVID-19-Pandemie und Nichtleistung ist glaubhaft zu machen. Sonstige Kündigungsrechte bleiben unberührt.

(2) Von Absatz 1 kann nicht zum Nachteil des Mieters abgewichen werden.

(3) Die Absätze 1 und 2 sind auf Pachtverhältnisse entsprechend anzuwenden.

(4) Die Absätze 1 bis 3 sind nur bis zum 30. Juni 2022 anzuwenden.

§ 3 Regelungen zum Darlehensrecht

[...].

Von der Möglichkeit zur Verlängerung des Zeitraums von Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB nach Art. 5 § 4 des Corona-Rettungsgesetzes hat die Bundesregierung keinen Gebrauch gemacht.

Lösungsvorschlag zu Fallfrage 1**I. Anspruch entstanden**

Nach § 535 Abs. 2 BGB ist der Mieter verpflichtet dem Vermieter die vereinbarte Miete zu zahlen. V und M haben am 1.10.2014 einen Mietvertrag geschlossen, indem sich M zur Zahlung von 3.333 € Miete pro Monat verpflichtet hat. In den Monaten April–Juni 2020 hat M allerdings keine Miete gezahlt und in den Monaten Juli, August und September erfolgten nur Zahlungen i.H.v. 2.500 €. Somit könnten am 4.9.2020 Mietrückstände des M i.H.v. insgesamt 12.498 € angelaufen sein. M glaubt allerdings wegen der Untersagung seines Betriebs nach § 9 CoronaSchVO-NRW gar nicht zur Zahlung von Miete verpflichtet gewesen zu sein. Es stellt sich also die Frage, ob die Pflicht des M zur Zahlung der Miete unter Berücksichtigung der behördlichen Schließung des Restaurants entfallen oder zumindest reduziert wurde.

1. Befreiung von der Mietzahlungspflicht nach Art. 240 EGBGB

M meint, schon aus dem sog. Corona-Rettungsgesetzes ergäbe sich, dass er nicht zur Zahlung der Miete verpflichtet sei. Aus der einschlägigen Regelung – nämlich dem neu eingeführten Art. 240 EGBGB – folgt jedoch kein Erlöschen oder eine Stundung der Zahlungspflichten des M gegenüber V. Nach Art. 240 § 1 Abs. 4 EGBGB gilt das Moratorium in Art. 240 § 1 Abs. 1 bzw. 2 EGBGB nicht für Mietverhältnisse. Art. 240 § 2 Abs. 1 EGBGB begründet seinem Wortlaut nach kein Leistungsverweigerungsrecht für Mieter, sondern schließt lediglich das Zahlungsverzugskündigungsrecht in be-

stimmten Konstellationen aus.² Aus Art. 240 EGBGB ergibt sich somit keine Befreiung des M von seiner Pflicht zur Mietzahlung.

2. Befreiung bzw. Reduzierung der Mietzahlungspflicht nach den allgemeinen Regeln des BGB

M könnte jedoch auf Grundlage der allgemeinen Bestimmungen des BGB von der Pflicht zur Mietzahlung befreit bzw. nur zur Zahlung einer reduzierten Miete verpflichtet sein. In Betracht kommen insoweit die Minderung nach § 536 BGB, die Befreiung von der Gegenleistungspflicht wegen Unmöglichkeit nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 275 BGB sowie die Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB.

a) Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts?

Voraussetzung für einen Rückgriff auf die allgemeinen Regelungen des Zivilrechts ist jedoch zunächst, dass Art. 240 § 2 EGBGB diesbezüglich keine Sperrwirkung entfaltet. V wendet ein, dass es sich bei der Vorschrift um eine abschließende Regelung hinsichtlich des Interessenausgleichs zwischen Vermietern und Mietern wegen der Beeinträchtigungen durch die Corona-Pandemie handelt. Ihrem Wortlaut nach regelt die Bestimmung allerdings nur Fälle, in denen der Mieter eine fällige Miete nicht zahlt.³ Es wird also eine Pflicht zur Mietzahlung vorausgesetzt.⁴ Die Frage, inwieweit überhaupt eine Pflicht zur Zahlung der Miete besteht, regelt Art. 240 § 2 EGBGB jedoch nicht. Zwar ging der Gesetzgeber offensichtlich davon aus, dass die Pflicht zur Mietzahlung wegen der Corona-Pandemie nicht per se entfällt, sonst wäre die Regelung letztlich überflüssig gewesen.⁵ Daraus folgt aber nicht, dass Art. 240 § 2 EGBGB einem Rückgriff auf das allgemeine Zivilrecht entgegensteht.⁶ Offensichtlich dient die Bestimmung primär dem Schutz von Mietern vor dem Verlust der Mieträume wegen pandemiebedingten Zahlungsverzugs. Eine Besserstellung der Vermieter wird durch die Regelung soweit erkennbar jedoch nicht beabsichtigt. Wenn also aus den Vorschriften des allgemeinen Zivilrechts ein Ausschluss oder eine Reduzierung der Pflichten des Mieters zur Zahlung der Miete folgt, steht Art. 240 § 2 EGBGB dem nicht entgegen.⁷

Hinweis: A.A. vertretbar.⁸

b) Minderung

M könnte in der Zeit vom 16.3.2020 bis zum 16.9.2020 wegen einer Mietminderung nach § 536 Abs. 1 BGB ganz oder

zumindest teilweise von der Pflicht zur Mietzahlung befreit gewesen sein. Nach § 536 Abs. 1 S. 2 BGB hat der Mieter für die Zeit, während der die Tauglichkeit gemindert ist, nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu zahlen. Wenn die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch vollständig aufgehoben ist, entfällt die Pflicht zur Mietzahlung nach § 536 Abs. 1 S. 1 BGB sogar komplett. Voraussetzung für die Minderung ist allerdings, dass die Mietsache einen Mangel hat. Der BGH definiert den Mangel der Mietsache in ständiger Rechtsprechung als „für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustands der Mietsache von dem vertraglich geschuldeten Zustand“.⁹ Fraglich ist, ob die Beschränkungen des Restaurantbetriebs des M durch § 9 CoronaSchVO-NRW einen solchen Mangel begründen. Zum Zustand der Mietsache zählen dabei neben ihrer physischen Beschaffenheit alle tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, sofern diese mit der Sache zusammenhängen.¹⁰ Der Zustand erfasst somit nicht nur physische Eigenschaften der Mietsache, sondern auch Umweltbeziehungen.¹¹ So folgt aus § 536 Abs. 3 BGB, dass sogar Störungen des Mieters durch bloße Rechte Dritter einen Mangel begründen können. Allerdings setzt auch der sog. Umweltmangel einen Zusammenhang mit der Mietsache voraus.¹² Ob ein solcher Zusammenhang zur Mietsache mit Blick auf die Einschränkungen durch § 9 CoronaSchVO-NRW gegeben ist, scheint indes fraglich.

M macht geltend, V schulde die Überlassung von Räumen für den Betrieb einer Gaststätte und sei seiner diesbezüglichen Pflicht nicht nachgekommen, weil die überlassenen Räume vom 16.3.–16.9.2020 wegen der CoronaSchVO-NRW nicht zum Betrieb einer Gaststätte geeignet waren. Dass die Räume in dieser Zeit „wirtschaftlich wertlos“ gewesen sind, sei allein Vs Problem.

V hingegen ist der Auffassung, er schulde lediglich die Überlassung der vereinbarten Räume und wäre insofern seiner Pflicht nachgekommen. Ob M mit den Räumen wie erhofft Gewinn machen kann, sei das Risiko des M.

Die Beurteilung, wer Recht hat, richtet sich letztlich danach, worin der von V geschuldete Leistungserfolg besteht.¹³ Schuldet der V dem M – wie V meint – lediglich die Überlassung von Räumen, die aufgrund ihrer Beschaffenheit für den vertragsgemäßen Gebrauch geeignet sind? Oder schuldet der V dem M – wie M glaubt – darüber hinaus auch generell die Ermöglichung des vertragsgemäßen Gebrauchs?

Die Bestimmung des geschuldeten Leistungserfolgs ist letztlich eine Frage der Vertragsauslegung. Nach § 1 des Mietvertrags wird das Mietobjekt „zum Zwecke des Betriebes einer Gaststätte vermietet“. Aus der Formulierung „zum Zwecke“ scheint sich zu ergeben, dass V lediglich die Überlassung von Räumen schuldet, die aufgrund ihrer Beschaf-

² Börstinghaus, ZAP 2020, 411 (413); Lindner, AnwZert MietR 6/2020 Nr. 2.

³ Streyl, in: Schmidt, COVID-19: Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 3 Rn. 88.

⁴ Streyl (Fn. 3), § 3 Rn. 88.

⁵ Streyl (Fn. 3), § 3 Rn. 88.

⁶ Streyl (Fn. 3), § 3 Rn. 88.

⁷ Wie hier: Weller/Thomale, BB 2020, 962; Warmuth, Co-VuR 2020, 16 (17).

⁸ So z.B. Drygala, LTO v. 30.3.2020, abrufbar unter www.lto.de/persistent/a_id/41145/ (1.5.2020).

⁹ BGH NJW-RR 1991, 204.

¹⁰ Häublein, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 573 Rn. 18.

¹¹ Weller/Thomale, BB 2020, 962.

¹² BGH NJW 2013, 680 (680 Rn. 8).

¹³ Streyl (Fn. 3), § 3 Rn. 67.

fenheit für den Betrieb einer Gaststätte geeignet sind und nicht auch die Ermöglichung des Betriebs selbst schuldet.

Hinweis: A.A. wohl ebenfalls vertretbar.

Geht man davon aus, dass sich dem Vertrag keine ausreichend eindeutigen Absprachen mit Blick auf den konkreten Leistungserfolg entnehmen lassen, käme es maßgeblich darauf an, was für die Vermieterleistung typisch ist.

Der BGH scheint insoweit davon auszugehen, dass Vermieter auch allgemein nur zur Überlassung von Räumen verpflichtet sind, die aufgrund ihrer Beschaffenheit für den vertragsgemäßen Gebrauch geeignet sind – also grds. die Ansicht des V zutreffend ist. Der BGH hat nämlich entschieden, dass öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und Gebrauchsbeschränkungen, die dem vertragsgemäßen Gebrauch entgegenstehen, nur dann einen Sachmangel im Sinne der §§ 536 ff. BGB begründen, wenn sie auf der konkreten Beschaffenheit der Sache beruhen und nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Vertragspartners ihre Ursache haben.¹⁴ Und weiter heißt es in der Entscheidung: „Ergeben sich auf Grund von gesetzgeberischen Maßnahmen während eines laufenden [Verhältnisses] Beeinträchtigungen des vertragsgemäßen Gebrauchs eines gewerblichen [Objekts], kann dies nachträglich einen Mangel [...] begründen. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die durch die gesetzgeberische Maßnahme bewirkte Gebrauchsbeschränkung unmittelbar mit der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage des [Objekts] in Zusammenhang steht. Andere gesetzgeberische Maßnahmen, die den geschäftlichen Erfolg beeinträchtigen, fallen dagegen in den Risikobereich des [Vertragspartners].“¹⁵

Der Vermieter von Gewerberäumen schuldet grds. nicht die Überlassung des Gewerbebetriebs, sondern nur die Überlassung der dazu notwendigen Räume. Deshalb beschränkt sich der Leistungserfolg des Vermieters auch in der Regel auf die rechtlichen Umstände, die unmittelbar mit der körperlichen Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage der Mietsache in Zusammenhang stehen.

Die Beschränkungen des Betriebs des M aus § 9 CoronaSchVO-NRW stehen jedoch nicht in einem Zusammenhang mit der Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage der Räume, sondern betreffen vielmehr den Geschäftszweck – nämlich den Betrieb eines Restaurants.¹⁶ Allenfalls mit Blick auf die Lage der Räume könnte man von einem „Zusammenhang“ zu der CoronaSchVO-NRW ausgehen – denn wenn diese nicht in Bielefeld belegen wären, sondern an einem Ort außerhalb von NRW, wären sie nicht in den Anwendungsbereich der CoronaSchVO-NRW gefallen.¹⁷ So wollte der BGH in seiner Rechtsprechung den Zusammenhang zur Lage der Sache jedoch nicht verstanden wissen. Denn im dort entschiedenem Fall ging es um eine Beschränkung einer Gaststätte aufgrund einer rheinland-pfälzischen Nichtraucher-

schutz-Verordnung. Auch hier hätte man also einen Zusammenhang zwischen der Verordnung und der Belegenheit sehen können, weil die Verordnung nicht gegriffen hätte, wenn die Räume außerhalb von Rheinland-Pfalz belegen gewesen wären. Gleichwohl hat der BGH einen Mangel abgelehnt.

Somit stellen die Beschränkungen des Restaurantbetriebs durch § 9 CoronaSchVO-NRW keinen Mangel im Sinne des § 536 BGB dar.¹⁸

Hinweis: A.A. vertretbar.¹⁹

Eine Minderung der Miete für den Zeitraum vom 16.3. bis zum 16.9.2020 kommt somit nicht in Betracht.

Hinweis: Sollte man an dieser Stelle einen Mangel annehmen (was vertretbar wäre), wird man bei der Beurteilung des Minderungsumfangs jedoch beachten müssen, dass M offensichtlich auch unter Geltung des § 9 CoronaSchVO-NRW sowohl die Küche als auch den Abstellraum nutzen konnte. Eine vollständige Aufhebung der Gebrauchstauglichkeit dürfte deshalb nicht gegeben sein. Dabei kommt es auch nicht darauf an, dass M die Küche und den Abstellraum tatsächlich erst ab Mitte Mai genutzt hat. Die Nutzbarkeit für einen Lieferservice war jedenfalls von Anfang an vorhanden (etwas anderes würde nur dann gelten, wenn man § 2 des Mietvertrags restriktiv versteht und den Betrieb eines Lieferdienstes nicht als vom vertragsgemäßen Gebrauch erfasst ansieht. Insoweit käme dann jedoch ein Anspruch auf entsprechende Vertragsanpassung nach § 313 BGB in Betracht; zu § 313 BGB siehe unten).

Geht man davon aus, dass der Betrieb eines Lieferdienstes vom vertragsgemäßen Gebrauch umfasst war, hätte die Gebrauchsbeeinträchtigung durch die CoronaSchVO-NRW nur den Schankraum (also 200 von insgesamt 250 qm). Damit wäre wohl maximal eine Minderung von $\frac{4}{5}$ (= 80 %) angezeigt. Grds. ist bei der Minderung zwar die Gesamtmiete (also inklusive Betriebskosten) zugrunde zu legen. Da M allerdings am 10.10.2021 eine ordnungsgemäße Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2020 erhalten hat und das diesbezügliche Soll i.H.v. 1.000 € beglichen wurde, können die Betriebskosten mit Blick auf die Frage nach etwaigen Mietrückständen am 5.9.2022 vernachlässigt werden.

Die eigentliche Miete betrug vereinbarungsgemäß 2.500 €. Eine Minderung um $\frac{4}{5}$ hätte eine Reduzierung um 2000 € auf 500 € zur Folge. Somit wäre M verpflichtet gewesen, im Zeitraum 16.3.–16.9.2020 (genau sechs Monate) ohne Betriebskosten 3.000 € zu zahlen. Tatsächlich hat M in dieser Zeit jedoch dreimal 2.000 € (sowie die hier nicht weiter zu berücksichtigenden Betriebskosten), also 6.000 € an Miete gezahlt. Versteht man Erklärung des M, „man sei doch jetzt quitt“, als Aufrechnungserklärung im Sinne

¹⁴ BGH NJW 2011, 3151 (3151 Rn. 8).

¹⁵ BGH NJW 2011, 3151 (3151 Rn. 9).

¹⁶ Lützenkirchen, MietRB 2020, 1 (2).

¹⁷ Drygala (Fn. 8).

¹⁸ Wie hier: Strey (Fn. 3), § 3 Rn. 72; Lützenkirchen, MietRB 2020, 1; Schall, JZ 2020, 288 (389); Warmuth, CoVuR 2020, 16 (17).

¹⁹ So etwa Weller/Thomale, BB 2020, 962; Drygala (Fn. 8).

der §§ 387 ff. BGB wären die Rückstände aus den Monaten April, Mai und Juni i.H.v. 1.500 € mit den überbezahlten 4.500 € aus den Monaten Juli, August und zu Teilen März und September zu saldieren. M hätte sich demnach bereits am 4.7.2020 nicht in Zahlungsrückstand befunden. Ab dem 16.9.2020 hätte er sogar einen Anspruch auf Rückzahlung von insgesamt 3.000 € aus § 812 BGB gehabt. Hinzu käme ein weiterer Anspruch aus § 812 BGB auf Rückzahlung der 3.000 €, die M dem V zur „Auffüllung der Kautions“ überwiesen hat.

Allerdings wird mitunter selbst von denjenigen, die mit Blick auf die Corona-Erlasse der Länder einen Mietmangel annehmen, eine vollständige Überbürdung der wirtschaftlichen Nachteile wegen der coronabedingten Gebrauchsbeeinträchtigungen auf den Vermieter für ungerecht empfunden und eine per capita-Aufteilung des Lebens- und Zufallsrisikos als universelles Gerechtigkeitsprinzip bei Beeinträchtigungen, an denen beide Parteien „gleich nah dran“ sind, propagiert.²⁰ Daraus wird geschlossen, dass in den Fällen der Gebrauchsbeeinträchtigung durch die Corona-Erlasse lediglich eine 50%ige Mietminderung nach § 536 BGB erfolgen sollte.²¹ Auch hier dürfte sich die Minderung generell nur auf solche Bereiche beziehen, deren Gebrauchsbeeinträchtigung tatsächlich eingeschränkt ist, was im vorliegenden Fall zur Folge hätte, dass die Minderung im Zeitraum der Geltung von § 9 CoronaSchVO-NRW statt $\frac{4}{5}$ lediglich $\frac{2}{5}$ beträgt. Auch insoweit könnten die Betriebskostenvorauszahlungen außer Acht gelassen werden, da über diese ja abgerechnet wurde (siehe oben). In diesem Fall wäre die Grundmiete um $\frac{2}{5}$ von 2.500 €, also um 1.000 € pro Monat auf dann 1.500 € pro Monat gemindert gewesen. M wäre somit zur Zahlung von insgesamt (6 mal 1.500 € =) 9.000 € für die Grundmiete verpflichtet gewesen. In dem Zeitraum hat M jedoch nur 6.000 € gezahlt hat. Damit wäre selbst nach Saldierung der „Überzahlung“ in den Monaten März, Juli, August und September ein Rückstand i.H.v. 3.000 € entstanden. Dieser wäre jedoch durch die Aufrechnung des V mit der Kautions Mitte Oktober nach § 389 BGB erloschen. Geht man also von einer 50%igen Minderung mit Blick auf den Speisesaal aus, wären die Zahlungsrückstände des M mit dem Ausgleich der Forderungen aus der Betriebskostenabrechnung am 15.12.2020 erloschen. Zahlungsansprüche des V gegen M bestehen am 6.9.2022 damit nicht.

c) Wegfall der Leistungspflicht nach §§ 326, 275 BGB

M macht geltend, dass es nicht sein könne, dass er eine Gegenleistung für eine unmögliche Leistung erbringen müsse. Nach § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung, wenn der Schuldner nicht zu leisten braucht. Insofern könnte M von der Pflicht zur Mietzahlung befreit sein, wenn dem V die geschuldete Gebrauchsgewährung der Räume in einem vertragsgemäßen Zustand unmöglich wäre. Gegen eine Unmöglichkeit der Erfüllung durch V

könnte sprechen, dass wie zuvor festgestellt bereits kein Mangel durch § 9 CoronaSchVO-NRW begründet wird. Nach teilweise vertretener Ansicht begründen coronabedingte Schließungen zwar kein Mangel, führen jedoch gleichwohl zu einer Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB, wegen der auch die Pflicht des Mieters zur Mietzahlung gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB entfällt. Den Vertretern dieser Ansicht nach müsse zwischen der Nichterfüllung der vertraglichen Pflicht – diese sei mit Blick auf den Vermieter bei coronabedingten Geschäftsschließungen gegeben, weil sie in ihrer inhaltlichen Dimension auch die Art und Weise der vertraglichen Nutzung etwa als Geschäftsbetrieb umfasse – und einem Mangel differenziert werden – an Letzterem fehle es insoweit, weil die Nutzungsuntersagung ihren Grund nicht in der Mietsache habe.²²

Einem Rückgriff auf §§ 326, 275 BGB steht mit Blick auf den hier interessierenden Fall allerdings entgegen, dass das mietrechtliche Gewährleistungsrecht in seinem Anwendungsbereich das allgemeine Leistungsstörungenrecht verdrängt,²³ da andernfalls die Wertentscheidungen und Voraussetzungen der §§ 536 ff. BGB unterlaufen werden.²⁴ Denn zwar hat das RG in einem Urteil aus dem Jahre 1917 festgestellt, dass eine Anwendbarkeit des allgemeinen Leistungsstörungenrechts – nämlich §§ 275, 326 BGB – nicht ausgeschlossen sein muss, wenn man einen Mangel bejaht.²⁵ Dabei hatte sich das RG allerdings auf die Erkenntnis gestützt, dass die Ergebnisse des allgemeinen Schuldrechts im konkreten Fall im Wesentlichen mit denjenigen des besonderen Mangelgewährleistungsrechts übereinstimmen.²⁶ Lehnt man allerdings mit der hier vertretenen Ansicht einen Mangel ab, würde man bei Anwendung der §§ 326, 275 BGB jedoch über das allgemeine Leistungsstörungenrecht zu Ergebnissen kommen, die das besondere Mangelgewährleistungsrecht gerade nicht vorsieht und somit die Wertungen der §§ 536 ff. BGB unterlaufen. Eine Anwendung von §§ 326, 275 BGB ist damit abzulehnen.

Hinweis: Nach der erwähnten Rechtsprechung des RG käme eine Anwendung der §§ 326, 275 BGB allerdings in Betracht, wenn man einen Mangel annähme – für das Ergebnis wäre jedoch ein Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften nicht nötig. Die Ergebnisse der Anwendung der §§ 326, 275 BGB würden ohnehin denjenigen des § 536 BGB entsprechen.

Würde man einen Mangel ablehnen, aber einen Rückgriff auf §§ 326, 275 BGB für möglich halten (was mit einigem argumentativen Aufwand sicherlich vertretbar wäre), müsste man sich mit der Frage auseinandersetzen, welche Auswirkungen es hat, dass M ja die Küche und den Abstellraum noch nutzen konnte. Man wird insofern wohl von einer Teilunmöglichkeit nach § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB ausgehen müssen und dem V unter entsprechender

²⁰ Weller/Thomale, BB 2020, 962 ff.

²¹ Weller/Thomale, BB 2020, 962 ff.

²² Schall, JZ 2020, 388 (389).

²³ Bieder, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.4.2020, § 536 Rn. 4; Streyll (Fn. 3), § 3 Rn. 58.

²⁴ So im Ergebnis auch Weller/Thomale, BB 2020, 962 ff.

²⁵ RGZ 89, 203.

²⁶ RGZ 89, 203.

Anwendung des § 441 Abs. 3 BGB zumindest einen Teilbetrag der Miete zusprechen müssen.

d) Störung der Geschäftsgrundlage gem. 313 BGB

Nach § 313 BGB kann eine Vertragsanpassung verlangt werden, wenn sich die Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben (sog. reales Element), die Parteien den Vertrag, wenn sie dies vorhergesehen hätten, nicht oder mit anderem Inhalt abgeschlossen hätten (so. hypothetisches Element) und einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann (sog. normatives Element).²⁷

aa) Reales Element

V und M dürften bei Abschluss des Mietvertrags im Jahre 2014 nicht damit gerechnet haben, dass es einmal zu bundesweiten Schließungsanordnungen für Restaurants wegen einer Pandemie kommen wird. Die Schließungsanordnung galt für sechs Monate und war damit in ihrer Eingriffsintensität auch schwerwiegend.²⁸ Somit stellt die pandemiebedingte Schließung von Restaurants nach § 9 CoronaSchVO-NRW mit Blick auf den Mietvertrag zwischen V und M eine schwerwiegende Veränderung der Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, dar.²⁹ Das reale Element ist somit gegeben.

bb) Hypothetisches Element

Soweit M geltend macht, dass er den Vertrag, wenn er die pandemiebedingte Schließung vorhergesehen hätte, so nicht abgeschlossen hätte und V sich unter diesen Umständen redlicher Weise auf eine entsprechende Anpassungsklausel eingelassen hätte, ist dem zuzustimmen. Auch unter objektiver Betrachtung wäre unter Berücksichtigung von Treu und Glauben davon auszugehen, dass redliche Vertragsparteien, hätten sie mit einer derartigen Situation gerechnet, den Vertrag mit einem anderen Inhalt abgeschlossen hätten.³⁰ Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass V unter der Geltung von § 9 CoronaSchVO-NRW wohl auch nicht in der Lage gewesen die Räume zu den mit M vereinbarten Konditionen an einen anderen Mieter zu vermieten.³¹ Auch das hypothetische Element liegt demnach vor.³²

cc) Normatives Element

Fraglich ist allerdings, ob M unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen

oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Zwar haben M und V keine vertragliche Risikoverteilung – etwa in Form einer force-majeur-Klausel – vorgenommen. Aber nach der gesetzlichen Risikoverteilung trägt der Mieter bei Gewerberaummietverträgen grds. das Risiko mit den gemieteten Räumen Gewinn zu erzielen.³³ Daraus wird teilweise geschlossen, dass dem Mieter wegen Beschränkungen durch die Corona-Erlasse ein Festhalten am unveränderten Vertrag wegen der gesetzlichen Risikoverteilung nicht unzumutbar sei – es also am normativen Element fehle.³⁴

Diese Auffassung ist indes abzulehnen. Denn die Risikozuweisung, dass den Mieter das Verwendungsrisiko bzgl. der Mietsache trifft, dürfte nur mit Blick auf „normale“ wirtschaftliche Verhältnisse gelten.³⁵ Die Corona-Krise allerdings betrifft die sog. „große Geschäftsgrundlage“³⁶ – also das Grundvertrauen in den Bestand der wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen.³⁷ Derart fundamentale Änderungen sind im Rahmen der Zuweisung des Verwendungs- und Gewinnrisikos zum Mieter nicht erfasst.³⁸ Somit dürfte mit Blick auf den hier relevanten Fall keine gesetzliche Risikoverteilung bestehen, die einem Rückgriff auf § 313 BGB entgegensteht.³⁹

Hinweis: A.A. vertretbar.

Wegen der Beschränkungen durch § 9 CoronaSchVO-NRW und der damit einhergehenden Unmöglichkeit einen normalen Restaurantbetrieb in den gemieteten Räumen durchzuführen, ist M somit auch unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nicht zuzumuten am unveränderten Vertrag festzuhalten.⁴⁰

dd) Rechtsfolgen des § 313 BGB

Im Falle der Störung der Geschäftsgrundlage haben die Parteien einen Anspruch auf Anpassung des Vertrags. Die Vertragsanpassung tritt also nicht ipso iure bzw. durch gerichtliche Anpassung von Amts wegen ein.⁴¹ Vielmehr bedarf es einer Einigung der Parteien oder einer richterlichen Gestaltung die durch eine entsprechende Klage durchgesetzt werden muss.⁴² Eine Einigung zwischen M und V ist – trotz eines entsprechenden Angebots des M nicht zustande gekommen.

³³ BGH NJW 2006, 899 (901 Tz. 30).

³⁴ Lützenkirchen, MietRB 2020, 1 (4).

³⁵ Krebs/Jung, in: Nomos Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2016, § 313 Rn. 70; Streyl (Fn. 3), § 3 Rn. 81.

³⁶ Finkenauer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 17.

³⁷ Schall, JZ 2020, 388 (391); Weller/Lieberknecht/Habrich, NJW 2020, 1017 (1021).

³⁸ Streyl (Fn. 3), § 3 Rn. 81.

³⁹ Schall, JZ 2020, 388 (391 f.).

⁴⁰ In diesem Sinne auch Streyl (Fn. 3), § 3 Rn. 93; Schall, JZ 2020, 388 (391); Warmuth, CoVuR 2020, 16 (19).

⁴¹ Böttcher, in: Erman, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2017, § 313 Rn. 40.

⁴² Böttcher (Fn. 41), § 313 Rn. 40.

²⁷ Instrukтив zur Anwendbarkeit von § 313 BGB mit Blick auf die Corona-Krise: Schall, JZ 2020, 388 ff.

²⁸ Warmuth, CoVuR 2020, 16 (18).

²⁹ Streyl (Fn. 3), § 3 Rn. 76; Warmuth, CoVuR 2020, 16 (17).

³⁰ In diesem Sinne auch Weller/Lieberknecht/Habrich, NJW 2020, 1017 (1021).

³¹ Streyl (Fn. 3), § 3 Rn. 86.

³² Streyl (Fn. 3), § 3 Rn. 77.

Auch eine richterliche Gestaltung ist nicht erfolgt. Demnach ergibt sich aus § 313 BGB keine unmittelbare Reduktion der Mietzahlungspflicht des M.

Allerdings begründet der Anspruch aus § 313 BGB eine Einrede der benachteiligten Seite nach § 242 BGB (so die h.M.) bzw. § 273 BGB (so die Mindermeinung) gegen die Inanspruchnahme aus dem nicht geänderten Vertrag.⁴³ Geht man mit der h.M., folgt die Einrede aus dem Grundsatz *dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est* (treuwidrig handelt wer etwas verlangt, dass er unmittelbar wieder herausgeben müsste). Dementsprechend dürfte sich die Einrede von ihrem Umfang her auf denjenigen Teil beschränken, der nach einer Vertragsanpassung nicht geschuldet wäre.

In diesem Zusammenhang stellt sich allerdings die Frage, ab wann der Anspruch auf Vertragsanpassung wirksam ist – ob also eine nachträgliche Anpassung ab dem Zeitpunkt des Eintritts der Störung der Geschäftsgrundlage (hier ab dem 16.3.2020) erfolgt, oder der Anpassungsanspruch erst ab dem Zeitpunkt des erstmaligen Anpassungsbegehrens des Berechtigten wirkt.⁴⁴ Für Letzteres könnte ein schutzwürdiges Interesse des Anpassungsgegners sprechen.⁴⁵ Erstmalig hat M Mitte Mai gegenüber V eine Anpassung des Vertrags ins Spiel gebracht. Demnach würde der Anpassungsanspruch nur die Monate Mai (teilweise), Juni, Juli, August und September (teilweise) betreffen. Letztlich ist der Zeitpunkt, auf den sich die Vertragsanpassung bezieht anhand einer umfassenden Bewertung der Interessen der Parteien zu bestimmen.⁴⁶ Dabei gilt, dass eine Anpassung für die Vergangenheit desto weniger in Betracht kommt, je stärker und unerwarteter die Rückwirkungen durch die Anpassung die hierdurch benachteiligte Partei trifft.⁴⁷ V ist hier insofern allerdings wohl nicht besonders schutzwürdig – nicht nur dürfte er bereits mit Inkrafttreten der CoronaSchVO-NRW von der schwerwiegenden Änderung der Umstände mit Blick auf den Mietvertrag gewusst haben, auch hat M bereits ab April keine Miete gezahlt, sodass mit Blick auf etwaige überzahlte Miete zunächst keine schutzwürdigen Dispositionen des V in Betracht kommen. Somit ist eine Rückwirkung des Vertragsanpassungsanspruchs anzunehmen.

Mit Blick auf eine nach Treu und Glauben vorgenommene Vertragsanpassung scheint im vorliegenden Fall eine hälftige Aufteilung des Verwendungsrisikos bzgl. des nicht nutzbaren Schankraums angemessen.⁴⁸ Da der Schankraum mit 200 qm ^{4/5} der Gesamtfläche des Restaurants umfasst, wäre bei einer hälftigen Aufteilung des Verwendungsrisikos zwischen M und V eine Reduktion der Grundmiete i.H.v. 2.500 € um 1.000 € angemessen. Ob auch eine Anpassung der Betriebskostenvorauszahlung nach § 313 BGB verlangt werden kann, scheint indes fraglich, da diese ohnehin verbrauchsabhängig abgerechnet wird und insofern keine ausreichend

schwerwiegende Änderung vorliegt, die ein unverändertes Festhalten am Vertrag unzumutbar erscheinen lässt – dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Küche, als Ort an dem wahrscheinlich die meiste Energie und das meiste Wasser verbraucht werden, weiterhin ohne Einschränkungen benutzbar waren. Somit steht dem M grds. ein Zurückbehaltungsrecht mit Blick auf 1.000 € pro Monat während der Geltung des § 9 CoronaSchVO-NRW zu.

Hinweis: A.A. vertretbar; die Ausführungen zum Bestehen und zum Umfang der Einrede aus § 313 BGB sind an dieser Stelle nicht zwingend erforderlich. Es reicht insofern festzustellen, dass eine Reduktion der Miete sich nicht unmittelbar aus § 313 BGB ergibt. Da allerdings an späterer Stelle auf die Einrede zurückzukommen ist, scheint es angebracht die Ausführungen schon im Zusammenhang mit der Prüfung der Voraussetzungen des § 313 BGB vorzunehmen.

3. Zwischenergebnis

Im Zeitraum April bis September ist ein Anspruch des V gegen K auf Zahlung von 12.498 € entstanden.

II. Anspruch untergegangen

1. Durch Verrechnung mit Kautions i.H.v. 3.000 €

Mitte Oktober hat V gegenüber M erklärt, er befriedige sich mit Blick auf die ausstehende Grundmiete soweit wie möglich aus der Kautions. Darin könnte eine Aufrechnungserklärung des V liegen und die offenen Mietforderungen i.H.v. 3.000 € erloschen sein. Hierzu müssten jedoch auch die Aufrechnungsvoraussetzungen nach § 387 BGB erfüllt sein.

a) Gegenseitigkeit und Gleichartigkeit der Forderungen

Es müssten gegenseitige und gleichartige Forderungen vorliegen. Aufrechnungsgegner und Aufrechnungserklärender müssten jeweils Gläubiger und Schuldner des anderen sein. M schuldete dem V Mitte Oktober wie festgestellt Miete in Höhe von 12.498 €. V hatte von M zum Beginn des Mietverhältnisses eine Kautions i.H.v. 3.000 € bekommen. Mit der Zahlung der Kautions entsteht bereits ein Anspruch auf Rückzahlung aus der Sicherungsabrede.⁴⁹ Er ist lediglich aufschiebend bedingt durch die Beendigung des Mietverhältnisses einerseits und die Rückgabe der Mietsache andererseits.⁵⁰ Somit hat auch M gegen V grds. einen Anspruch auf Zahlung von 3.000 €. Gegenseitige Forderungen lagen somit vor. Da es sich bei beiden Forderungen um Geldforderungen handelte, waren diese auch gleichartig.

Hinweis: Es wird nur von überdurchschnittlich guten Kandidaten erwartet werden können, dass Erkennen, dass bereits mit der Kautionsleistung (einer Sicherheit) ein bedingter Rückzahlungsanspruch entsteht. Allgemein dürfte es dementsprechend ausreichen, wenn Kandidaten sich mit der Frage auseinandersetzen, welche Konsequenz die

⁴³ Martens, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.4.2020, § 313 Rn. 155.

⁴⁴ Warmuth, CoVuR 2020, 16 (18).

⁴⁵ Finkenauer (Fn. 36), § 313 Rn. 97.

⁴⁶ Finkenauer (Fn. 36), § 313 Rn. 98.

⁴⁷ Finkenauer (Fn. 36), § 313 Rn. 98.

⁴⁸ Warmuth, CoVuR 2020, 16 (20).

⁴⁹ Flatow, NZM 2020, 1 (5).

⁵⁰ Flatow, NZM 2020, 1 (5).

Erklärung des V hat, dass er sich Blick auf die ausstehende Grundmiete soweit wie möglich „aus der Kautionsbefriedigung“ und hierbei zu einem nachvollziehbaren Ergebnis kommen.

b) Wirksamkeit, Fälligkeit und Durchsetzbarkeit der Gegenforderung

Die Gegenforderung – also die Forderung des V gegen M – müsste wirksam, fällig und durchsetzbar sein. Mit Blick auf die oben erfolgten Ausführungen zur Einrede nach §§ 242, 313 BGB dürfte die Mietforderung des V gegen M zwar teilweise einredebehaftet und damit in ihrer Durchsetzbarkeit gehemmt sein. Allerdings dürfte sich dies auf einen Teil i.H.v. 6.000 € beschränken. Dementsprechend bestand jedenfalls i.H.v. 6.498 € ein wirksamer, einredefreier, fälliger und durchsetzbarer Zahlungsanspruch des V gegen M. Selbst wenn man mit Blick auf etwaige Unsicherheiten bzgl. der Vertragsanpassung nach § 313 BGB einen größeren Betrag als einredebehaftet ansieht, würde es jedenfalls zu weit gehen, wenn man die vollen 12.498 € als einredebehaftet ansieht, sodass mit Blick auf die hier relevanten 3.000 € eine Einredefreiheit anzunehmen wäre.

c) Wirksamkeit und Erfüllbarkeit der Hauptforderung

Der Anspruch des M auf Rückzahlung der Kautionskaution war zwar noch nicht fällig, allerdings war er wirksam und grds. auch erfüllbar.

d) Kein Ausschluss der Aufrechnung

Nach teilweise vertretener Ansicht ist der Vermieter im laufenden Mietverhältnis nur dann zum Zugriff auf die Kautionskaution berechtigt, wenn dies der Befriedigung einer unstreitigen, rechtskräftig festgestellten oder unmittelbar liquiden Forderung dient.⁵¹ Nach anderer Ansicht ist der Zugriff des Vermieters auf die Kautionskaution auch mit Blick auf bestrittene Forderungen gegen den Mieter zulässig.⁵² Nach der ersten Auffassung wäre im vorliegenden Fall eine Aufrechnung des V mit der Kautionsforderung hier ausgeschlossen, da die Hauptforderung nicht unbestritten war – schließlich vertrat M die Auffassung, dass er keine Miete schulde. Nach der zweiten Ansicht wäre die Aufrechnung hingegen wirksam. Für die erste Ansicht wird angeführt, dass der Zweck der Kautionskaution in der materiellen Absicherung und nicht in der Ermöglichung einer einfachen Rechtsdurchsetzung besteht.⁵³ Für die zweite Ansicht wird angeführt, dass die Beschränkung des Zugriffs auf unstreitige, rechtskräftig festgestellte oder unmittelbar liquide Forderungen dem Sicherungsinteresse des Vermieters nicht gerecht werde und auch eine Benachteiligung des Mieters nicht erkennbar sei, weil dieser damit rechnen müsse,

dass der Vermieter im behaupteten Sicherungsfall auf die Kautionskaution zurückgreife.⁵⁴ Die zweite Auffassung überzeugt.

Hinweis: A.A. vertretbar. Die Kenntnis dieses Streits kann nicht erwartet werden. Für welche Auffassung man sich entscheidet dürfte im Ergebnis auch nicht erheblich sein. Denn selbst wenn man die Aufrechnung des V für unwirksam hält, wäre die Forderung des V gegen M i.H.v. 3.000 € erloschen. Denn dann hätte M die Zahlung „zur Auffüllung der Kautionskaution“ ohne Rechtsgrund geleistet und deshalb einen Rückgewähranspruch i.H.v. 3.000 € nach § 812 BGB gehabt. Spätestens durch die Erklärung des M am 1.7.2022, er finde „man sei jetzt quitt“ wäre es insofern zur Aufrechnung des Rückzahlungsanspruchs gegen V mit den Mietrückständen des M gekommen und Letztere wären in Höhe von 3.000 € erloschen.

e) Zwischenergebnis

Durch die Verrechnung mit der Kautionskaution i.H.v. 3.000 € haben sich die Mietrückstände des M auf 9.498 € reduziert.

2. Ausgleich des Saldos für die Betriebskosten

Ein Teil der offenen Forderungen des V gegen M bestand aus Betriebskostenvorauszahlungen. M ist seiner Pflicht zur Leistung von Betriebskostenvorauszahlungen in Höhe von monatlich 833 € in den Monaten April, Mai und Juni nicht und in den Monaten Juli, August und September nur in Höhe von jeweils 500 € nachgekommen, sodass sich insoweit ein Rückstand in Höhe von 3.498 € aufgelaufen ist. Im Rahmen der Betriebskostenabrechnung von Oktober 2021 stellt sich gleichwohl heraus, dass nur ein Betrag von 1.000 € für die Betriebskosten des Jahres 2020 noch offen war. Diesen Betrag hat M noch im Oktober an V überwiesen, sodass V keine Ansprüche wegen rückständiger Betriebskostenvorauszahlungen geltend machen kann. Damit bestand nach Begleichung der offenen Betriebskostenforderung nur noch ein Zahlungsrückstand von 6.000 €.

3. Zwischenergebnis

Der Anspruch des V gegen M auf Zahlung von Miete ist bis auf 6.000 € erloschen.

III. Anspruch durchsetzbar

Wie bereits dargelegt folgt aus §§ 242 BGB i.V.m. dem Anspruch des M auf Vertragsanpassung aus § 313 BGB eine Einrede, die den M berechtigt Mietzahlungen i.H.v. 6.000 € zurückzubehalten. Hierbei handelt es sich um eine dilatorische Einrede, die bis zur Vornahme der (rückwirkenden) Vertragsanpassung zwischen M und V wirkt.⁵⁵ Somit ist der Anspruch des V gegen M auf Zahlung von 6.000 € aus dem Mietvertrag nicht durchsetzbar.

Hinweis: Kandidaten sollten erkennen, dass nach dem Wortlaut des § 313 BGB aus der Störung der Geschäfts-

⁵¹ Blank, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl. 2019, BGB § 551 Rn. 91.

⁵² Bieber, in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2020, § 551 Rn. 14.

⁵³ Blank (Fn. 51), § 551 Rn. 91.

⁵⁴ Bieber (Fn. 52), § 551 Rn. 14.

⁵⁵ Finkenauer (Fn. 36), § 313 Rn. 125.

grundlage keine automatische Reduzierung der Miete folgt, sondern die Rechtsfolge sich auf einen Anpassungsanspruch beschränkt. Sodann müssten sich Kandidaten mit der Frage beschäftigen, welche Konsequenzen es im vorliegenden Fall hat, dass V sich einer Verhandlung über die Vertragskonditionen versperrt. Es scheint eine naheliegende Erkenntnis zu sein, dass es nicht gerecht wäre, wenn V, indem er sich einer Anpassung des Vertrags verschließt, den Vorteil hat weiterhin die volle Miete verlangen zu können. Wie die Kandidaten jedoch das Ergebnis, dass V (eine Störung der Geschäftsgrundlage unterstellt) die volle Miete nicht verlangen kann, rechtfertigen, dürfte grds. von geringerem Gewicht sein. Wichtiger ist vielmehr das Problem zu erkennen und überhaupt eine nachvollziehbare Lösung zu bieten.

IV. Antwort auf Frage 1

V kann von M am 6.9.2022 nicht die Zahlung von 6.000 € verlangen.

Lösungsvorschlag zu Fallfrage 2

V könnte einen Anspruch gegen M auf Räumung des Restaurants haben. Unter Räumung versteht man die Rückgabe von Räumen unter der Entfernung der vom Mieter eingebrachten Sachen.

I. Räumungsanspruch aus § 546 BGB

Ein Räumungsanspruch des V gegen M könnte sich aus § 546 Abs. 1 BGB ergeben. Demnach ist der Mieter verpflichtet die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses zurückzugeben. Die Rückgabe von Räumen erfolgt grds. dadurch, dass diese geräumt – also unter Entfernung der vom Mieter eingebrachten Sachen – an den Vermieter übergeben werden.⁵⁶ Voraussetzungen für einen Räumungsanspruch des V gegen M aus § 546 BGB ist die Beendigung des Mietvertrags.

M und V haben den Mietvertrag nach § 2 für eine Dauer von zehn Jahren fest abgeschlossen, wobei als Vertragsbeginn der 1.1.2015 und als Vertragsende der 31.12.2025 vereinbart wurde. Der Vertrag könnte jedoch wegen einer Kündigung vorzeitig beendet worden sein.

1. Außerordentliche fristlose Kündigung von Mitte Mai 2020 wegen Zahlungsverzugs

V könnte den Mietvertrag wirksam gekündigt haben, als er Mitte Mai bei M angerufen hat und diesem wegen Zahlungsverzugs die außerordentliche fristlose Kündigung erklärt hat.

a) Formell wirksame Kündigungserklärung

Es müsste eine formell wirksame Kündigungserklärung vorliegen. Bei der Kündigung handelt es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung. V hat M Mitte Mai per Telefon die Kündigung erklärt. Die Erklärung ist dem M auch zugegangen. Fraglich ist jedoch, ob eine telefonische Kündigung zulässig war. Nach § 568 BGB bedarf die Kündigung des

Mietverhältnisses der Schriftform. Diese Vorschrift befindet sich allerdings in Untertitel 2 von Titel 5 des Abschnitts 8 des 2. Buchs des BGB, der nur für Mietverhältnisse über Wohnraum gilt.⁵⁷ Eine entsprechende Anwendbarkeit auf Gewerberaummietverträge wird in § 578 Abs. 2 BGB nicht angeordnet. Somit sind Kündigungserklärungen in Gewerberaummietverträgen formlos möglich. Formvorschriften stehen einer telefonischen Kündigung also nicht entgegen.⁵⁸ Eine formell wirksame Kündigungserklärung liegt damit vor.

b) Kündigungsgrund

V müsste zudem zur außerordentlichen fristlosen Kündigung berechtigt gewesen sein. Nach § 543 Abs. 1 S. 1 BGB kann jede Vertragspartei das Mietverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich fristlos kündigen. Nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 lit. a BGB liegt ein wichtiger Grund insbesondere vor, wenn der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung der Miete oder eines nicht unerheblichen Teils der Miete in Verzug ist. § 543 Abs. 2 Nr. 3 lit. a, 1. Var. BGB setzt zunächst voraus, dass der Mieter an zwei aufeinanderfolgenden Terminen überhaupt keine Miete zahlt. Als V dem M Mitte Mai 2020 die außerordentliche fristlose Kündigung erklärte, war M in Rückstand mit der Miete für April und für Mai. M müsste sich auch in Verzug im Sinne des § 286 BGB befunden haben. Eine Mahnung des V war nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich, weil die Leistungszeit nach dem Kalender bestimmt war (spätestens dritter Werktag).⁵⁹

Fraglich ist jedoch, ob die Zahlung nicht infolge eines Umstands unterblieben ist, den M nicht zu vertreten hat und er deshalb nach § 286 Abs. 4 BGB nicht in Verzug gekommen ist. Zunächst kommt subjektive Unmöglichkeit der Mietzahlung mangels liquider Mittel in Betracht. Generell scheitert subjektive Unmöglichkeit bei Zahlungspflichten bereits an dem Grundsatz „Geld hat man zu haben“. Ob dieser Grundsatz allerdings auch noch mit Blick auf die Coronapandemie seine Gültigkeit hat, wird teilweise bezweifelt.⁶¹ Im vorliegenden Fall dürfte subjektive Unmöglichkeit jedoch bereits deshalb abzulehnen sein, weil M seine Lebensversicherung hätte auflösen können, um so an Geld für die Miete zu kommen. Allerdings könnte ein Verschulden des M an einem schuldausschließenden Rechtsirrtum scheitern. M hat in der Tagespresse gelesen, Mieter seien wegen des Corona-Rettungsgesetzes nicht zur Zahlung der Miete verpflichtet. Ein schuldausschließender Rechtsirrtum soll jedenfalls dann angenommen werden können, wenn der Mieter unter Ausschöpfung aller Erkenntnisquellen davon ausgehen darf, dass er zur Minderung bzw. Zurückhaltung in der vorgenommenen

⁵⁷ Blank (Fn. 56) § 568 BGB Rn. 2.

⁵⁸ Tiedemann, in: juris-Praxiskommentar zum BGB, 9. Aufl. 2020, § 568 Rn. 10.

⁵⁹ Lützenkirchen, MietRB 2020, 1 (2).

⁶⁰ Schall, JZ 2020, 388 (391); in diesem Sinne auch Lützenkirchen, MietRB 2020, 1 (2).

⁶¹ Börstinghaus, ZAP 2020, 411 (413); keine entsprechenden Zweifel hat hingegen Schall, JZ 2020, 388 (391).

Höhe berechtigt ist.⁶² Hier hätte der berühmte „Blick in das Gesetz“ gereicht um zu erkennen, dass das Corona-Rettungsgesetz kein Recht begründet, die Miete nicht zu zahlen. Dementsprechend liegt auch kein schuldausschließender Rechtsirrtum vor.

M befand sich also ab dem 4. Mai für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung der Miete in Verzug. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 lit. a BGB lagen somit grds. vor.

Hinweis: Auf die Frage, ob möglicherweise ein schuldausschließender Rechtsirrtum des M vorliegen könnte und deshalb kein Verzug gegeben ist, dürften nur überdurchschnittlich gute Kandidaten eingehen.

c) Ausschluss der Kündigung nach Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB

Das Kündigungsrecht des V könnte jedoch nach Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB ausgeschlossen gewesen sein. Demnach kann ein Vermieter ein Mietverhältnis über Räume nicht allein aus dem Grund kündigen, dass der Mieter im Zeitraum vom 1.4.2020 bis zum 30.6.2020 trotz Fälligkeit die Miete nicht leistet, sofern die Nichtleistung auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht. Die Regelung schließt, sofern ihre Voraussetzungen erfüllt sind, die ordentliche und die außerordentliche Kündigung aus.

aa) Zahlungsverzug im „Krisenzeitraum“

Der Zahlungsverzug, auf den V seine fristlose Kündigung im Mai stützt, lag in den Monaten April und Mai und somit im „Krisenzeitraum“ zwischen 1.4. und 30.6.

bb) Beruhen der Nichtleistung auf der Pandemie

Die Nichtleistung des M müsste auch im Sinne des Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB auf der Pandemie beruhen haben. Wegen der Pandemie wurde § 9 CoronaSchVO-NRW erlassen, durch den M sein Restaurant schließen musste und deshalb wirtschaftlich schwer getroffen wurde. Fraglich ist allerdings, ob die bloße wirtschaftliche Betroffenheit insofern bereits ausreicht. Nach teilweise vertretener Ansicht ist die Voraussetzung des Beruhens der Nichtleistung auf der Pandemie erst bei tatsächlicher subjektiver Unmöglichkeit gegeben.⁶³ Das Vorliegen einer subjektiven Unmöglichkeit des M die Miete zu zahlen wäre hier jedoch mit Blick auf die Möglichkeit der Auflösung der Lebensversicherung abzulehnen (siehe oben). Indes dürfte die Regelung wohl von ihrem Sinn und Zweck nicht so streng zu verstehen sein.⁶⁴ Vielmehr dürfte ein Beruhen der Nichtleistung auf der Pandemie bereits dann vorliegen, wenn dem Betroffenen ausreichende

liquide Mittel zur Zahlung der Miete fehlen.⁶⁵ Von Mietern zu verlangen unter Verlust illiquide Reserven zu verflüssigen, widerspricht dem Schutzzweck der Vorschrift. Da M wegen der Schließung seines Restaurants ab April keine ausreichenden liquiden Mittel zur Zahlung der Miete hatte, beruht die Nichtleistung also auf der Pandemie.

Hinweis: A.A. wohl vertretbar.

cc) Glaubhaftmachung als materielle Voraussetzung?

V macht geltend, M hätte den Zusammenhang zwischen der Nichtleistung und der Pandemie ihm gegenüber vor dem Ausspruch der Kündigung geltend machen müssen, damit die Wirkung der Kündigung nicht eintritt. Nach Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 2 EGBGB hat der Mieter den Zusammenhang zwischen der Nichtleistung und der Pandemie geltend zu machen. Es stellt sich insofern die Frage, welche Bedeutung diese Vorgabe hat. Es könnte sich hierbei um eine materielle Voraussetzung für den Kündigungsschutz handeln. In diesem Fall würde sich in der Tat die Frage stellen, ob eine Glaubhaftmachung des Zusammenhangs zwischen Nichtleistung und Pandemie nach der Kündigung geeignet ist, die Kündigungswirkung nachträglich wieder zu beseitigen. Nach wohl zutreffender Ansicht handelt es sich bei der Vorschrift allerdings um eine bloße prozessuale Erleichterung für den Mieter – diese soll im streitigen Verfahren nicht gezwungen sein, den Zusammenhang zwischen Nichtleistung und Pandemie im Einzelnen zu beweisen, sondern sich darauf beschränken können den Zusammenhang im Sinne des § 294 ZPO glaubhaft zu machen.⁶⁶ Dafür spricht bereits, dass der Gesetzgeber hier mit Glaubhaftmachung einen feststehenden Rechtsbegriff des Prozessrechts verwendet. Insofern handelt es sich bei der Glaubhaftmachung nicht um eine materielle Voraussetzung des Kündigungsschutzes, sodass das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB bereits ausreicht, damit der Mieter vor Kündigungen des Vermieters geschützt ist. Dass M den Zusammenhang zwischen der Nichtleistung und der Pandemie erst nach dem Ausspruch der Kündigung gegenüber dem V geltend gemacht hat, ändert insofern also nichts.

Hinweis: A.A. vertretbar. Grds. dürfte es genügen, wenn Kandidaten sich unter Bezugnahme auf Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 2 EGBGB überhaupt mit der im Sachverhalt aufgeworfenen Frage beschäftigen, ob M dem V schon vor der Kündigung hätte mitteilen müssen, wegen der Corona-Krise nicht leisten zu können.

⁶² Lützenkirchen, in: Erman, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2017, § 543 Rn. 28.

⁶³ Walther, Interview in der Süddeutschen Zeitung (online) v. 17.4.2020, abrufbar unter www.sueddeutsche.de/geld/rechtsanwalt-ein-wahres-auslegungswirrwarr-1.4877906 (1.5.2020).

⁶⁴ A.A. Tiedemann (Fn. 58), § 573 Rn. 78.3.

⁶⁵ In diesem Sinne auch Streyll (Fn. 3), § 3 Rn. 103; wohl noch weiter (bereits Betroffenheit von behördlichen Schließungsverfügungen führt dazu, dass die Nichtleistung auf der Pandemie beruht, selbst wenn Rücklagen vorhanden sind) Böstinghaus, ZAP 2020, 411 (414).

⁶⁶ Artz, in: Schmidt, COVID-19: Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 3 Rn. 43.

dd) Wirkung nach dem 3.7.2020

Fraglich ist, ob die Zahlungsverzugskündigung des V von Mitte Mai mit Wirkung zum 4.7.2020 nachträglich wirksam geworden ist. Zwar ist die Bestimmung in Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB grds. nicht so zu verstehen, dass eine Kündigung wegen Zahlungsrückständen aus dem Krisenzeitraum nach dem 30.6.2020 zulässig ist. Vielmehr folgt aus Art. 240 § 2 Abs. 4 EGBGB, wonach die Abs. 1 bis 3 bis zum 30.6.2022 anzuwenden sind, dass die Mieter grds. fast über Jahre Zeit zum Ausgleich der Rückstände aus dem Krisenzeitraum haben.⁶⁷

Allerdings ist der Kündigungsschutz des Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB seinem Wortlaut („alleine“) nach nur in solchen Fällen anwendbar, in denen der Mieter nicht auch außerhalb des Krisenzeitraums Zahlungsrückstände hat.⁶⁸ Im vorliegenden Fall hat M auch in den Monaten Juli, August und September statt der vereinbarten 3.333 € nur 2.500 € Miete gezahlt. Insofern könnte M auch außerhalb des Krisenzeitraums Zahlungsrückstände angehäuft haben. Laut Sachverhalt war die Miete in der Zeit von 16.3.–16.9.2020 indes um 40 % reduziert, sodass M in dieser Zeit nur zur Zahlung von Miete in Höhe von 1.999,80 € verpflichtet gewesen ist. Ein Mietrückstand bestand im Zeitraum nach dem 30.6.2020 somit nicht. Zudem dürfte ein nachträglicher zusätzlicher Mietrückstand wohl nicht zur nachträglichen Wirksamkeit einer im Krisenzeitraum erklärten Kündigung führen, sondern allenfalls dazu führen, dass der Kündigungsschutz gem. Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB einer späteren Kündigung nach einem zusätzlichen Rückstand nicht im Wege steht.

Hinweis: Die Behandlung dieses Problems wird man nur in überdurchschnittlich guten Arbeiten erwarten können.

ee) Wirkung nach dem 30.6.2022

Es könnte jedoch zu einem „Wiederaufleben“ der Kündigung von Mitte Mai 2020 nach dem 30.6.2022 kommen. Zu diesem Zeitpunkt ist Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB gem. Art. 240 § 2 Abs. 4 EGBGB nicht mehr anzuwenden. Fraglich ist jedoch, welche Konsequenz die Unanwendbarkeit hat. Dies hängt maßgeblich von der dogmatischen Wirkung des Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB ab. Nach teilweise vertretener Auffassung verhindert die Regelung nicht die Entstehung eines Verzugskündigungsrechts, sondern begründet lediglich eine Sperrwirkung bzgl. der Ausübung durch den Vermieter.⁶⁹ Nach dieser Auffassung wäre also ein „Wiederaufleben“ der Kündigung mit Wegfall der Sperrwirkung ab dem 30.6.2022 grds. möglich.⁷⁰ Nach der Gegenauffassung verhindert Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB bereits die Entstehung eines Zahlungsverzugskündigungsrechts.⁷¹ Demnach wäre

reine während der Geltung des Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB ausgesprochene Kündigung mangels Kündigungsrecht unwirksam und würde auch nach dem 30.6.2022 nicht wirksam werden. Es bedürfte vielmehr einer erneuten Kündigung nach dem 30.6.2022 – sofern zu diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen für eine Zahlungsverzugskündigung noch gegeben wären. Für diese zweite Ansicht spricht insbesondere die Gesetzesbegründung zu Art. 240 § 2 EGBGB, nach der Zahlungsrückstände im Krisenzeitraum weder einen wichtigen Grund im Sinne des § 543 BGB noch ein berechtigtes Interesse im Sinne des § 573 BGB begründen sollen.⁷²

Mit Blick auf den vorliegenden Fall könnte ein Streitentscheid jedoch entbehrlich sein. Davon ausgehend, dass M im Zeitraum zwischen 16.3. und 16.9.2020 nur zur Zahlung einer um 40 % reduzierten Miete (also einer Miete von ca. 2.000 € pro Monat) verpflichtet war, wären die Rückstände des M spätestens zum 1.7.2022, als M erklärt man sei jetzt quitt, erloschen: Bzgl. der ausstehenden Grundmiete in Höhe von 4.500 € für die Monate April bis Mai und Juni kam es einerseits zu einer Aufrechnung i.H.v. 3.000 € aus der Kautionszahlung (siehe oben) und andererseits zur Aufrechnung mit 1.500 € als „überbezahlte Miete“ aus den Monaten Juli, August und September durch Erklärung vom 1.7.2022. Die offenen Betriebskostenforderungen sind im Rahmen der Begleichung des Saldos aus der Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2020 erloschen. Nach § 543 Abs. 2 S. 2 BGB ist die Kündigung wegen Zahlungsverzugs ausgeschlossen, wenn der Vermieter vorher befriedigt wird. Dies gilt indes nur für Fälle, in denen die Mietrückstände vor Zugang der Kündigungserklärung ausgeglichen werden.⁷³ Geht man davon aus, dass auch im Anwendungsbereich des Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB ein Kündigungsrecht entsteht und die Vorschrift lediglich eine Sperrwirkung mit Blick auf die Wirksamkeit der Kündigung entfaltet, käme eine unmittelbare Anwendung des § 543 Abs. 2 S. 2 BGB hier also nicht in Betracht. Denn der Zugang der Kündigungserklärung Mitte Mai liegt vor dem Zeitpunkt, ab dem die offenen Beträge beglichen wurden (Mitte Oktober 2020 bzw. 1.7.2022). Allerdings wäre eine analoge Anwendung denkbar. Fälle einer Sperrwirkung, wie sie evtl. in Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB vorgesehen ist, hatte der Gesetzgeber zum Zeitpunkt der Schaffung des § 543 Abs. 2 S. 2 BGB möglicherweise nicht bedacht. Auch scheint die Interessenlage der Fälle im Anwendungsbereich des Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB mit denjenigen des § 543 Abs. 2 S. 2 BGB vergleichbar. In beiden Konstellationen liegt noch keine wirksame Kündigung durch den Vermieter vor und sein Anspruch wurde unterdessen befriedigt, sodass kein Grund besteht, die Vertragsbeendigung nachträglich wirksam werden zu lassen.

Hinweis: A.A. vertretbar.

Somit ist es auch nach dem 30.6.2022 nicht zu einem „Wiederaufleben“ der Kündigung von Mitte Mai 2020 kommen.

⁶⁷ BT-Drs. 19/18110, S. 37.

⁶⁸ Artz (Fn. 66), § 3 Rn. 41; Tiedemann (Fn. 58), § 573 Rn. 78.3; Lindner, AnwZert MietR 6/2020 Nr. 2; a.A. Börstinghaus, ZAP 2020, 411 (414).

⁶⁹ Artz (Fn. 66), § 3 Rn. 37.

⁷⁰ Artz (Fn. 66), § 3 Rn. 42.

⁷¹ Börstinghaus, ZAP 2020, 411 (414).

⁷² BT-Drs. 19/18110, S. 36.

⁷³ Blank (Fn. 56), BGB § 543 Rn. 175.

Hinweis: A.A. vertretbar. Nur überdurchschnittlich gute Kandidaten dürften sich mit der Frage beschäftigen, welche dogmatische Wirkung die Regelung in Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB eigentlich hat und welche Auswirkungen dementsprechend mit dem Wegfall der Anwendbarkeit am 30.6.2022 einhergehen.

2. Hilfsweise ordentliche Kündigung von Mitte Mai

Das Mietverhältnis zwischen V und M könnte durch die hilfsweise ordentliche Kündigung von Mitte Mai erloschen sein. Auch insofern bestehen keine Bedenken in formeller Hinsicht. Auch hier gilt das Schriftformgebot nach § 568 BGB nicht.

Fraglich ist allerdings, ob vorliegend überhaupt eine ordentliche Kündigung in Betracht kommt. Eine ordentliche Kündigung ist bei Zeitmietverträgen ausgeschlossen.⁷⁴ V und M haben eine Mietdauer von zehn Jahren vom 1.1.2015–31.12.2025 vereinbart. Somit könnte ein Zeitmietvertrag vorliegen und eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen sein. Nach § 550 BGB bedarf ein Zeitmietvertrag mit einer Dauer von über einem Jahr der Schriftform. Andernfalls gilt er als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Diese Vorschrift gilt nach § 578 Abs. 2 BGB auch für Gewerberaummietverträge, wie dem Vertrag zwischen M und V. Der Mietvertrag zwischen M und V wurde schriftlich geschlossen. Somit ist die Schriftform gewahrt. Die Vorgaben des § 575 BGB, wonach der Vermieter besondere Gründe für den Abschluss eines Zeitmietvertrags haben muss und andernfalls ein Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit vorliegt, ist hingegen nicht auf Gewerberaummietverträge anwendbar,⁷⁵ sodass es hier nicht schädlich ist, dass keine Informationen über besondere Gründe für den Abschluss eines Zeitmietvertrags vorliegen.

Zwischen M und V wurde wirksam ein Zeitmietvertrag vereinbart, sodass eine ordentliche Kündigung nicht möglich ist. Durch die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung des V von Mitte Mai wurde der Mietvertrag zwischen M und V also nicht beendet.

Hinweis: Die Kenntnis, dass ein Zeitmietvertrag nicht ordentlich gekündigt werden kann, ist zu erwarten. Die vertiefte Diskussion, ob hier tatsächlich ein Zeitmietvertrag vorliegt, wird allerdings wohl nur in überdurchschnittlich guten Arbeiten erfolgen.

3. Außerordentliche fristlose Kündigung vom 1.12.2020 wegen Verletzung des Auffüllungsanspruchs bzgl. der Kautions

Der Mietvertrag zwischen M und V könnte aufgrund der außerordentlichen fristlosen Kündigung des V vom 1.12.2020 beendet worden sein. Auch insoweit liegt eine formell wirksame Kündigungserklärung vor. Fraglich ist jedoch, ob ein Kündigungsrecht bestand. V hat die Kündigung auf die Verletzung eines Wiederauffüllungsanspruchs bzgl. der Kautions

durch M gestützt. Wie oben erläutert, ist bereits fraglich, ob V sich mit Blick auf die Zahlungsrückstände im vorliegenden Fall überhaupt aus der Kautions befriedigen durfte, weil die Forderungen von M bestritten wurden. Wenn man mit der zuvor vertretenen Ansicht davon ausgeht, dass dem Vermieter auch bei streitigen Forderungen ein Rückgriff auf die Kautions zur Befriedigung möglich ist, könnte der M nach § 240 BGB zur Auffüllung der Kautions, mithin eine Sicherheit, verpflichtet gewesen sein. Indem sich V aus der Kautions befriedigt hat, ist die Kautions als Sicherheit erloschen und damit unzureichend geworden. Die berechnete Verwertung der Sicherheit stellt grds. auch kein Verschulden des V dar.⁷⁶ Somit war M nach § 240 BGB zur Wiederauffüllung der Kautions verpflichtet.⁷⁷

Fraglich ist jedoch, ob die Nichterfüllung des Wiederauffüllungsanspruchs durch M, den V am 1.12.2020 zur außerordentlichen Kündigung berechnigt hat. Hierzu müsste die Verletzung der Pflicht zur Wiederauffüllung der Kautions einen wichtigen Grund im Sinne des § 543 Abs. 1 BGB darstellen. Nach § 569 Abs. 2a BGB kann ein wichtiger Grund zur Kündigung darin bestehen, dass der Mieter mit einer Sicherheitsleistung nach § 551 BGB in Höhe eines Betrags in Verzug ist, der der zweifachen Monatsmiete entspricht. Miete meint in diesem Zusammenhang Monatskaltmieten.⁷⁸ M und V haben eine Grundmiete von 2.500 € pro Monat vereinbart. Zwei Monatskaltmieten entsprechen somit 5.000 €. Der Wiederauffüllungsanspruch des V belief sich auf 3.000 €. Insofern wären bereits die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 569 Abs. 2a BGB nicht erfüllt. Ob § 569 Abs. 2a BGB überhaupt für Wiederauffüllungsansprüche gilt könnte offenbleiben.⁷⁹

Allerdings ist § 569 Abs. 2a BGB nur auf Wohnraummietverträge und nicht auf Gewerberaummietverträge anwendbar. Hier wäre damit also unmittelbar § 543 Abs. 1 BGB anzuwenden.⁸⁰ Die Nichtwiederauffüllung des Kautionsanspruchs durch M müsste also generell einen Umstand darstellen, der die Vertragsfortsetzung für V unzumutbar macht. Bei der Frage, welche Höhe ein Kautionsrückstand haben muss, um eine Unzumutbarkeit in diesem Sinne zu begründen, könnte man auf die Vorgaben in § 569 Abs. 2a BGB zurückgreifen und mindestens zwei Monatskaltmieten fordern.⁸¹ In diesem Fall wäre die Schwelle vorliegend nicht überschritten und ein besonderer Grund abzulehnen. Andererseits handelt es sich bei der Regelung um eine Bestimmung aus dem besonders mieterfreundlichen Wohnraummietrecht, sodass man die Anforderungen im Bereich des Gewerberaummietrechts auch geringer ansetzen kann. Zwar ist letztlich eine Einzelfallbewertung vorzunehmen, nach der teilweise vertretener Auffassung wird jedoch davon ausgegangen,

⁷⁴ Börstinghaus, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl. 2019, BGB § 557 Rn. 49.

⁷⁵ Hoffmann, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand 1.4.2020, § 575 Rn. 6.

⁷⁶ Bach, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand 1.1.2020, § 240 Rn. 8.

⁷⁷ Lindner, AnwZert MietR 6/2020 Nr. 2.

⁷⁸ Häublein, in: Münchner Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 569 Rn. 35.

⁷⁹ Zum Streit vgl. Lindner, AnwZert MietR 6/2020 Nr. 2.

⁸⁰ Lindner, AnwZert MietR 6/2020 Nr. 2.

⁸¹ Der Vorschrift zumindest Anhaltspunkte entnehmend, Tiedemann (Fn. 58), § 573 Rn. 78.

dass der Kautionsrückstand regelmäßig mindestens eine Monatsmiete übersteigen müsse.⁸² Es stellt sich allerdings die Frage, ob insoweit ebenfalls – wie bei § 569 Abs. 2a BGB – auf die Monatskaltmiete abzustellen ist, oder wie bei § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a BGB auf die Gesamtmiete. Wäre ersteres der Fall, würde der Kautionsrückstand i.H.v. 3.000 € die maßgebliche Schwelle von 2.500 € überschreiten und damit grds. einen wichtigen Grund rechtfertigen. Nach der zweiten Interpretationsmöglichkeit wäre die maßgebliche Schwelle bei über 3.333 € anzusetzen und damit nicht überschritten, sodass ein wichtiger Grund zu verneinen wäre.

Aber selbst wenn man annimmt, dass die grds. maßgebliche Schwelle hier überschritten wurde, könnte die Kündigung des V als Umgehung des Schutzes von Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB unwirksam sein. Dagegen könnte man zwar den Wortlaut von Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 3 EGBGB anführen, wonach sonstige Kündigungsrecht – also Kündigungsrechte, die nicht auf den Verzug des Mieters mit Zahlung der Miete beruhen – nicht von der Bestimmung berührt werden.⁸³ Die Kündigung des V vom 1.12.2020, so mag man argumentieren, stützt sich nicht auf den Verzug des M mit der Zahlung der Miete, sondern auf den Verzug mit der Wiederauffüllung der Kaution und werde deshalb nicht von Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB ausgeschlossen. Indes vermag diese formalistische Sichtweise im Ergebnis nicht zu überzeugen. Denn der Kautionsauffüllungsanspruch des V ist ja nur deshalb entstanden, weil V sich bzgl. des Zahlungsrückstands wegen dessen er nach Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB nicht kündigen durfte, mit der Kaution befriedigt hat. Würde nun der Verzug des damit entstandene Kautionsauffüllungsanspruchs zur Kündigung berechtigen, würde V den Schutzmechanismus des Art. 240 § 2 EGBGB unterlaufen, der M eigentlich bis zum 30.6.2022 vor Kündigungen wegen der Nichtleistung im Krisenzeitraum schützen sollte. Eine derartige Umgehung dürfte treuwidrig sein und ist deshalb nach § 242 BGB unwirksam.⁸⁴

Hinweis: A.A. vertretbar.

Die außerordentliche fristlose Kündigung des V vom 1.12.2020 hat somit nicht zur Beendigung des Mietvertrags zwischen M und V geführt.

Hinweis: An dieser Stelle kann lediglich erwartet werden, dass die Kandidaten sich auf Grundlage der entsprechenden Ausführungen und Hinweise im Sachverhalt mit dem Problem beschäftigen und eine vertretbare Lösung entwickeln. Inhaltlich dürfte insoweit viel vertretbar sein.

4. Außerordentliche fristlose Kündigung vom 5.9.2022

V könnte den Mietvertrag wirksam gekündigt haben, als er am 5.9.2022 wegen Zahlungsverzugs gegenüber M erneut die

außerordentliche fristlose Kündigung erklärt hat. Eine formell ordnungsgemäße Kündigungserklärung liegt vor. Fraglich ist allerdings, ob ein Kündigungsgrund in Form eines wichtigen Grundes bestand. V hat die Kündigung mit einem Zahlungsverzug des M begründet. Wie zuvor bereits dargestellt, war M jedoch spätestens ab dem 1.7.2022 nicht mehr im Rückstand mit der Miete. Etwaige Rückstände bzgl. der Grundmiete aus den Monaten April, Mai und Juni sind zwischenzeitlich durch Aufrechnung erloschen. Die offenen Betriebskostenforderungen sind im Rahmen der Begleichung des Saldos aus der Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2020 erloschen. Die außerordentliche fristlose Kündigung des V vom 5.9.2022 hat somit ebenfalls nicht zur Beendigung des Mietvertrags zwischen M und V geführt.

5. Zwischenergebnis

Das Mietverhältnis zwischen M und V besteht fort und ist nicht beendet.

II. Räumungsanspruch aus § 985 BGB

Ein Räumungsanspruch des V gegen M aus § 985 BGB, der selbstständig neben § 546 BGB stehen kann, scheitert am Recht zum Besitz des M an den Räumen. Dieses steht dem M auf Grund des nicht beendeten Mietvertrags (siehe oben) zu.

Hinweis: Auch einen Räumungsanspruch aus § 985 BGB kurz anzusprechen wird nur bei überdurchschnittlich guten Arbeiten zu erwarten sein.

III. Antwort auf Frage 2

Ein Räumungsanspruch des V besteht mit Blick auf die Räume des Restaurants gegen M nicht.

Endergebnis

V kann von M weder die Zahlung von 6.000 € noch die Räumung des Restaurants verlangen.

⁸² Lindner, AnwZert MietR 6/2020 Nr. 2; Tiedemann (Fn. 58), § 573 Rn. 78.

⁸³ Lindner, AnwZert MietR 6/2020 Nr. 2; Tiedemann (Fn. 58), § 573 Rn. 77.1.

⁸⁴ Streyl (Fn. 3), § 3 Rn. 105.

Das Coronavirus – eine Herausforderung für die Justizprüfungsämter?

Von Stud. iur. **Marc Castendiek**, Köln*

Mit dem Ausbruch des Coronavirus im Frühjahr 2020 kam es zu bis dato unbekannten Einschränkungen und Absagen im juristischen Prüfungsbetrieb. Der folgende Beitrag schildert die Situation der Prüflinge und stellt die Reaktionen der Justizprüfungsämter auf die durch das Coronavirus veränderte Situation dar. Anschließend erfolgt eine kritische Würdigung der getroffenen Maßnahmen, wobei insbesondere auf Gemeinsamkeiten und Unterschiede der einzelnen Bundesländer eingegangen wird.

I. Ein radikaler Wandel für Prüflinge

Die Examensvorbereitung bildet ein Alleinstellungsmerkmal des Jurastudiums und stellt eine große Herausforderung für jeden Prüfling dar. Über 10–18 Monate¹ hinweg wird das in den vorherigen Semestern Erlernte – weitgehend im Selbststudium² – zur Prüfungsreife hin vertieft. Ein frühzeitig erstellter Gesamtplan und ein effektives Zeitmanagement stellen in dieser Zeit essenzielle Faktoren dar.³ All dies basiert auf der frühzeitigen Festlegung auf einen bestimmten Prüfungstermin.⁴

Im März 2020 stellte das Coronavirus das tägliche Leben und damit auch diese Planungen auf den Kopf. Die besonders im Laufe der 12. Kalenderwoche (16.–22.3.2020) zu beobachtenden Veränderungen gingen auch an den Prüflingen nicht spurlos vorbei. Ohne Vorlauf wurden sie von einer neuen Realität eingeholt. Die schriftlichen Staatsexamensklausuren des Monats April wurden binnen weniger Tage bundesweit⁵ abgesagt und auf zunächst unbestimmte Zeit verschoben. In den meisten Ländern entfielen auch die bereits terminierten mündlichen Prüfungen,⁶ mitunter erfolgte die Absage erst am Vortag der Prüfung.⁷ Einen bemerkenswerten

Sonderweg ging Hessen, das trotz Kontaktverboten⁸ an seinen mündlichen Prüfungen festhielt, das wiederholte Nichteinhalten des Mindestabstands jedoch als erheblichen Ordnungsverstoß gemäß §§ 17 Abs. 1, 47 Abs. 2 HessJAG einstuft.⁹

Mit der Absage des geplanten Examenstermins war der Studienplanung die Grundlage entzogen, infolge ungewisser Nachholtermine konnte auch kein anderweitiger Lernplan erstellt werden. Dies galt nicht nur für März und April: Auch Prüflinge der Folgemonate wussten nicht, ob die notwendig werdenden Verschiebungen auch den eigenen Termin betreffen würden. Die gleichzeitige Schließung von Hochschulen und Bibliotheken nahm etlichen Studierenden ihre bevorzugten Lernräume.¹⁰ In einem Studium, in dem die Angst vor der Abschlussprüfung Gegenstand vieler Diskussionen ist und ganze Kapitel von Ratgebern füllt,¹¹ erhöhte der Verlust des Lernumfelds und die fehlende zeitliche Zielvorstellung den Druck noch weiter. Die Aufrechterhaltung der notwendigen Selbstdisziplin fiel den Studierenden zunehmend schwer.¹²

II. Die Wochen nach der Examensabsage

Trotz dieser massiven Belastungssituation blieb die Notwendigkeit der Absagen nahezu unbestritten. So unterstützte die bundesweite Studierendenvertretung die Absage in seiner ersten Stellungnahme, verwies aber auf das Bedürfnis einer

* Der Autor ist Vorsitzender des Bundesverbands rechtswissenschaftlicher Fachschaften e.V. (BRF) und studiert an der Universität zu Köln.

¹ *ter Harr/Lutz/Wiedenfels*, Prädikatsexamen, 4. Aufl. 2016, S. 23.

² Auch ein Repetitorium dient lediglich dazu, das Eigenstudium zu unterstützen, vgl. *Lange*, Jurastudium erfolgreich, 8. Aufl. 2015, S. 143.

³ Zur Zeitplanung detailliert *Lange* (Fn. 2), S. 161 ff., 365 ff.

⁴ *ter Harr/Lutz/Wiedenfels* (Fn. 1), S. 22 f.

⁵ Klausuren zum Ersten Staatsexamen hätten im April in Berlin, Brandenburg, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen stattfinden sollen.

⁶ Ein Gesamtbild findet sich bei

<https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/news/coronavirus-examen> (16.5.2020)

sowie bei *Schneider*, LTO v. 17.3.2020, abrufbar unter

https://www.lto.de/persistent/a_id/40889/ (16.5.2020).

Die Absagehinweise auf den Internetseiten der (Landes-)Justizprüfungsämter wurden mittlerweile durch neuere Hinweise ersetzt.

⁷ Zu den nordrhein-westfälischen Absagen am Vortag der mündlichen Prüfung s. *Schneider* (Fn. 6).

⁸ § 1 der Dritten Verordnung zur Bekämpfung des Coronavirus in der Fassung vom 22.3.2020, Hess. GVBl. 2020, S. 183. § 1 Abs. 3 Nr. 4 enthielt eine Ausnahme insbesondere für Staatsprüfungen.

⁹ Die verschiedenen Hinweise des JPA Hessen sind abrufbar unter

<https://justizpruefungsamt.hessen.de/juristenausbildung/pflichtfachpr%C3%BCfung> (16.5.2020).

Eine Bewertung findet sich bei *Schneider*, LTO v. 2.4.2020, abrufbar unter

https://www.lto.de/persistent/a_id/41191/ (16.5.2020),

mit dem Aspekt, dass eine überwältigende Mehrheit sich trotz Wahlmöglichkeit gegen eine Absage des Prüfungstermins entschieden hat.

¹⁰ Zur Auswahl des richtigen Lernraums *ter Harr/Lutz/Wiedenfels* (Fn. 1), S. 139. Viele Studierende geben an, sich zu Hause nicht konzentrieren zu können, vgl. *Dauner-Lieb/Sanders*, Lernen in der Krise für ExamenskandidatInnen, 10. Fassung, 11.5.2020, abrufbar unter

http://www.jura.uni-bielefeld.de/lehrstuehle/sanders/Lernen_in_der_Krise.pdf (16.5.2020), S. 2.

¹¹ *ter Harr/Lutz/Wiedenfels* (Fn. 1), S. 47 ff.; siehe auch *Dauner-Lieb/Sanders*, JuS 2013, 380 (384) m.N. Gegen den Vorwurf einer nicht gerechtfertigten und künstlich geschürten Examensfurcht siehe *Kudlich*, JuS 2002, 413 (414).

¹² Eine entsprechende Zusammenstellung studentischer Zitate findet sich bei *Dauner-Lieb/Sanders* (Fn. 10).

zeitnahen und sicheren Alternativplanung.¹³ Einzelne Professorinnen und Professoren bemühten sich, den Studierenden für die entstandene Situation Handlungsleitfäden zum Umgang mit der Unsicherheit zur Verfügung zu stellen.¹⁴ Erfreulich schnell gelang den meisten universitären Klausurenkursen die Umstellung auf einen Online-Betrieb und somit die Aufrechterhaltung der Trainingsmöglichkeiten für die Studierenden.

1. Lösungen der Justizprüfungsämter

Das Kernproblem der Planungsunsicherheit konnte nur durch die Justizprüfungsämter gelöst werden. Diese standen somit vor der Herausforderung, nicht nur eine zeitnahe Planung vorzulegen, sondern auch möglichst einheitlich zu reagieren und Unterschiede zwischen den Bundesländern zu verhindern. Relativ kurzfristig erfolgten Reaktionen aus Hamburg,¹⁵ Niedersachsen¹⁶ und Mecklenburg-Vorpommern,¹⁷ Berlin und Brandenburg reagierten wenig später.¹⁸ Trotz der zeitnahen Reaktion konnte eine weitgehend einheitliche Linie erreicht werden:¹⁹ Überall sollten die schriftlichen Prüfungen aus April im Juni bzw. Juli 2020 nachgeholt werden. Niedersachsen konnte eine Entwertung der – von den genannten Ländern nur dort bestehenden – Abschichtungsmöglichkeit (§ 4 Abs. 2

¹³ Bundesverband rechtswissenschaftlicher Fachschaften, Pressemitteilung zur Verlegung der Examenstermine, 23.3.2020, https://bundesfachschaft.de/wp-content/uploads/2020/03/2020-03_PM-Examenstermine.pdf (16.5.2020).

¹⁴ Exemplarisch Dauner-Lieb/Sanders (Fn. 10); Gössl, Tipps & Tricks fürs Studium im Home Office, abrufbar unter <https://www.goessler.jura.uni-kiel.de/de/selbststudium/tipps-und-tricks> (16.5.2020).

¹⁵ Sachstand vom 26.3.2020 abrufbar unter <https://justiz.hamburg.de/contentblob/13764400/e16451e3ed8bc30fdbb32207f06ac4b2/data/aktuelle-bekanntmachung-zu-dem-meldetermin-mai-2020.pdf> (16.5.2020).

¹⁶ Alternativplanung seit dem 30.3.2020, im Stand 14.5.2020 abrufbar unter https://justizportal.niedersachsen.de/startseite/karriere/landesjustizpruefungsamt/aktuelles_in_folge_der_covid_19_massnahmen/aktuelles-in-folge-der-covid-19-massnahmen-186248.html (16.5.2020).

¹⁷ Sachstand vom 31.3.2020 abrufbar unter https://www.regierung-mv.de/Landesregierung/jm/karriere_justizministerium/Juristische-Pr%C3%BCfungen-und-Rechtspflegerpr%C3%BCfung/ (16.5.2020).

¹⁸ Die Meldung vom 3.4.2020 ist aufgegangen in den Sachständen vom 11.5.2020, abrufbar unter <https://www.berlin.de/sen/justiz/juristenausbildung/> (16.5.2020). Berlin und Brandenburg teilen sich ein Prüfungsamt.

¹⁹ Das GJPA Berlin-Brandenburg verwies in seiner Antwort auf häufig gestellte Fragen vom 4.5.2020, S. 2 f., ausdrücklich auf einen Beschluss der Prüfungsämter mehrerer Bundesländer, abrufbar unter <https://www.berlin.de/sen/justiz/juristenausbildung/> (16.5.2020).

NJAG) durch eine Wahlmöglichkeit für die betroffenen Prüflinge ausgleichen.²⁰

Bei den mündlichen Prüfungen zeigte sich keine einheitliche Praxis: Neben dem „hessischen Weg“, die Prüfungen unter Einhaltung der Abstandsregeln unverändert fortlaufen zu lassen, zeigten sich große Unterschiede. Berlin und Brandenburg begannen ab dem 21. April anstelle der Gruppenprüfungen nunmehr Einzelprüfungen durchzuführen. Hamburg halbierte die Gruppengröße und führte ab dem 8.5.2020 Zweierprüfungen durch.²¹ In Niedersachsen sollte der Prüfungsbetrieb erst ab dem 22.5.2020, dafür in unveränderter Form, wieder aufgenommen werden. Zu beobachten ist, dass die Wiederaufnahme der Prüfungen mit steigender Gruppengröße später erfolgte. Eine weitere Besonderheit schuf Bremen, das als einziges Bundesland nach der Wiederaufnahme der Prüfungen Zuhörer zulassen will.²²

2. Sonderfall Nordrhein-Westfalen

In Nordrhein-Westfalen ist die Zuständigkeit für die Erste Juristische Prüfung abweichend von den anderen Bundesländern nicht einheitlich, sondern auf die Oberlandesgerichte in Düsseldorf, Hamm und Köln verteilt. Prüfungen erfolgen nahezu jeden Monat, sodass für Mai und Juni geplante Prüfungen den Handlungsspielraum verringerten. Diese besonderen Herausforderungen führten dazu, dass länger auf eine Reaktion gewartet werden musste. So konnte das für die staatliche Pflichtfachprüfung unzuständige Landesjustizprüfungsamt am 24.3.2020 nur eine Verschiebung der Prüfungstermine der Zweiten Juristische Prüfung, verbunden mit einer einmonatigen Verlängerung des Referendariats, verlautbaren.²³ Für die Erste Juristische Prüfung wurde am 9.4.2020 seitens der drei Justizprüfungsämter zunächst angekündigt, die abgesagten Prüfungen vor später anstehenden Prüfungen nachzuholen, eine endgültige Entscheidung erfolgte erst am 20.4.2020. Diese sah die Wiederaufnahme des schriftlichen Prü-

²⁰ Die betroffenen Studierenden wurden postalisch informiert. Sie mussten den ersten Klausurenblock im Juni ablegen, für den zweiten Klausurenblock konnten sie angeben, anstelle im Juli erst im Oktober schreiben zu wollen.

²¹ Hinweise zur mündlichen Prüfung vom 24.3.2020 abrufbar unter <https://justiz.hamburg.de/contentblob/13844100/b1c98fe72a2464cdb83ace2e8a5474f1/data/aktuelle-informationen-zu-den-muendlichen-pruefungen-im-mai-juni-2020.pdf> (16.5.2020).

²² Maximal zwei Zuhörer pro Prüfung, Hinweise abrufbar unter <https://www.oberlandesgericht.bremen.de/informationen/justizpruefungsamt-1599> (16.5.2020).

²³ Aktuelle Hinweise des Landesjustizprüfungsamts vom 24.3.2020, abrufbar unter https://www.justiz.nrw.de/Gerichte_Behoerden/landesjustizpruefungsamt/2_jur_staatspr/Hinweis24_03_20Neu.pdf (16.5.2020). In der Folge wurden im April keine Referendar*innen eingestellt. Zur Kritik Schneider, LTO v. 24.3.2020, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/41049/ (16.5.2020).

fungsbetriebs im Mai vor, mündliche Prüfungen sollten zum 13.5.2020 beginnen.²⁴

3. Rücktrittsrechte von Prüfungen

Die Länder Berlin, Brandenburg, Hessen und Nordrhein-Westfalen erkannten die mit der Schließung der Universitäten verbundenen verringerten Konzentrationsmöglichkeiten sowie psychischen Belastungen als ausreichenden Verhinderungsgrund an und räumten ihren Studierenden die Möglichkeit ein, auch ohne (amts-)ärztliches Attest von den Prüfungen zurückzutreten. Es entstand in diesen Bundesländern so eine faktische Wahlfreiheit über die Teilnahme. Diese Möglichkeit soll in Berlin für Prüfungen bis Juli fortgelten,²⁵ wohingegen sie in Nordrhein-Westfalen bereits für die Prüfungen im Juni revidiert wurde.²⁶

Nordrhein-Westfalen schuf zudem die Möglichkeit, freigeordnete Examensplätze in einem Nachrückverfahren kurzfristig zu übernehmen.²⁷ Dies mutet zunächst seltsam an, erklärt sich aber durch die Tatsache, dass schon in „normalen Jahren“ die Schreibplätze im Mai nicht ausreichen und Prüflinge in den Juni-Termin geschoben werden müssen. Infolge der ausgefallenen April-Klausuren verschärfte sich diese Situation weiter, sodass die nordrhein-westfälischen Prüfungsämter vermutlich bis August 2020 mit Verschiebungen zu kämpfen haben werden.

4. Bewertung

Das Erfordernis einer zeitnahen Neuansetzung unter gleichen Prüfungsbedingungen war unter den Studierenden der Rechtswissenschaft – anders als etwa im medial groß diskutierten Abitur²⁸ – weitgehend unbestritten.²⁹ Dies erklärt sich durch

die besondere Wiederholungslast, die nach geraumer Zeit einen „Kampf gegen das Vergessen“ mit sich bringt.³⁰ Somit ging es für eine Vielzahl der Prüflinge darum, die Prüfung zeitnah zu absolvieren.³¹

Die Mehrzahl der Prüfungsämter konnte bereits in den ersten Wochen eine Lösung vorlegen. Eine längere Phase der Unsicherheit gab es lediglich in Nordrhein-Westfalen. Dies ist auf die Struktur mit drei parallel arbeitenden Justizprüfungsämtern und die Tendenz, die Examensklausuren möglichst an den Oberlandesgerichten abzuhalten, die selbst in „normalen“ Jahren eine Raumknappheit nach sich zieht, zurückzuführen. Der Spielraum zur Schaffung neuer Lösungen ist in einem solch komplexen System mit einer Vielzahl von Abhängigkeiten stark verringert. Als Schlussfolgerung aus dem Coronavirus kann hier eine Verschlankung der Strukturen stehen.

Verbesserungsbedarf besteht ferner bei der Außenkommunikation. So wirken viele Prüfungsämter bereits im Regelfall auf Prüflinge wie eine „Blackbox“, was sich in Krisenzeiten noch verstärkt. Die Frustration und Unsicherheit der Betroffenen entlud sich insbesondere in den sozialen Netzwerken. Dabei vermag ein intensiver Kontakt zu den Studierenden bereits vor der Meldung zur Prüfung nicht nur in ungewohnten Situationen Klarheit zu schaffen, sondern verringert auch unter „Regelbedingungen“ die Furcht vor dem Unbekannten.

Die Verlegung der schriftlichen Klausuren erfolgte meist zeitnah und relativ einheitlich. Bei den mündlichen Prüfungen ist hingegen ein Wildwuchs der Lösungsmodelle festzustellen. Unverkennbar ist das Erfordernis, Absageentscheidungen je nach lokaler Lage individuell zu treffen – oder in Hessen eben nicht zu treffen. Unterschiedliche Prioritätensetzungen in der notwendigen Abwägung zwischen zeitnaher Fortsetzung der Prüfungen und Beibehaltung der üblichen Bedingungen erklären die Unterschiede in Prüfungstermin und Gruppengröße. Gleichwohl lagen zwischen den Einzelprüfungen in Berlin und Brandenburg und den Gruppenprüfungen in Nordrhein-Westfalen nur drei Wochen. Ob diese geringe Differenz die Einführung der bis dato ungewohnten Einzelprüfungen rechtfertigte, ist anzuzweifeln.

Mit dem faktischen Wahlrecht schufen einige Bundesländer eine besondere Maßnahme. Dieses stellt eine geeignete Möglichkeit dar, die eingeschränkten Lernmöglichkeiten

²⁴ Als Beispiel dient die Meldung des JPA Hamm vom 20.4.2020, abrufbar unter

https://www.olg-hamm.nrw.de/aufgaben/justizpruefungsamt/09_sammlung/Wiedereinstieg-Mai-2020-Schutz-Entschuldigungen-EF-002.pdf (16.5.2020). Ähnliche Meldungen erfolgten seitens der Justizprüfungsämter Düsseldorf und Köln.

²⁵ Häufig gestellte Fragen vom 4.5.2020, abrufbar unter

<https://www.berlin.de/sen/justiz/juristenausbildung/> (16.5.2020), S. 3.

²⁶ Dies zeigt sich im Vergleich von Punkt IV.3. der Meldung des JPA Hamm vom 12.5.2020, abrufbar unter

https://www.olg-hamm.nrw.de/aufgaben/justizpruefungsamt/09_sammlung/008_Aktuelle-Hinweise-zum-Pruefungsbetrieb-im-Juni-2020/index.php (16.5.2020), im Vergleich zu der in Rn. 25.

²⁷ Meldung des JPA Hamm (Fn. 24), Punkt V. Im Detail unterschieden sich die Regelungen in Düsseldorf, Hamm und Köln, was durch die unterschiedliche Zahl angemeldeter Prüflinge bedingt ist.

²⁸ *Thurau*, Deutsche Welle vom 17.4.2020, abrufbar unter

<https://www.dw.com/de/schwierige-abiturpr%C3%BCfungen-in-corona-zeiten/a-53162570>

(16.5.2020), zur verbreiteten Forderung nach einem „Durchschnittsabitur“ fand sich die wohl deutschlandweit erfolgreichste Petition unter

<https://www.change.org/p/peter-tschentscher-abi-2020-umdenken> (16.5.2020).

²⁹ Zur einzig bekannten Gegeninitiative *Walbroel*, General-Anzeiger Bonn v. 31.3.2020,

https://www.general-anzeiger-bonn.de/news/wissen-und-bildung/regional/jura-pruefungen-in-zeiten-von-corona_aid-49841335 (16.5.2020). Die genannte Petition konnte Ende April gerade einmal 80 Unterschriften vorweisen.

³⁰ *ter Harr/Lutz/Wiedenfels* (Fn. 1), S. 23.

³¹ So auch zur Nutzung des Wahlrechts in Hessen *Schneider* (Fn. 9).

der – mitunter bereits vor dem Höhepunkt der Pandemie für das Examen gemeldeten – Studierenden zu berücksichtigen und mit dem genannten Wunsch nach einer zeitnahen Prüfung durch eine jeweils individuelle Abwägung aufzulösen.³² Infolge der weiterhin geschlossenen Universitäten kann trotz weitreichender Lockerungen der Wirtschaft von einer „Normalität“ in der Prüfungsvorbereitung nicht die Rede sein, sodass die Aufhebung der nordrhein-westfälischen Regelung zum Juni nicht nachvollziehbar ist. Indes verlaublich viele andere Bundesländer mit anstehenden Prüfungen keine Regelungen oder kündigten an, die Prüfungen „wie geplant“ stattfinden zu lassen.³³ Die unterschiedliche Berücksichtigung der beeinträchtigten Prüfungsvorbereitung schafft so eine erhebliche Ungleichheit der Prüfungsbedingungen zwischen den Ländern.

III. Abbruch von Praktika

1. Ausgangslage

Viele Studierende befanden sich im März 2020 im Praktikum, als die Pandemie zu Einschränkungen des täglichen Lebens zwang. Zumeist entschieden die Praktikumsstellen, die Praktika nicht im Home Office fortzusetzen, sondern ganz abzubrechen. In der Folge mussten die Justizprüfungsämter entscheiden, unter welchen Bedingungen gleichwohl eine Anrechnung erfolgen konnte.

2. Lösung der Justizprüfungsämter

Die Bekanntgabe der Anrechnungspraxis erfolgte nur schleppend, sodass selbst Ende April bei einigen Justizprüfungsämtern keine Informationen über die Anrechnung abgebrochener Praktika öffentlich zugänglich waren. Wo sie zugänglich waren, gab es teils massive Unterschiede: Während Rheinland-Pfalz unter Verweis auf § 2 Abs. 3 Satz 2 RhPf-JAG eine mindestens dreiwöchige tatsächliche Dauer für die Anerkennung forderte,³⁴ rechneten Baden-Württemberg³⁵ und das GJPA Berlin-Brandenburg³⁶ alle begonnenen Praktika für

die Dauer der geplanten Zeit, maximal aber einen Monat, an. In Extremfällen konnten somit in Rheinland-Pfalz knapp drei Wochen verloren gehen, in Berlin die gleiche Zeit gewonnen werden. Der am häufigsten gewählte „Mittelweg“ war es, ein unterbrochenes Praktikum fortsetzen zu können bzw. nur die tatsächlich geleistete Zeit anzurechnen.³⁷

3. Bewertung und Ausblick

Im Rahmen der Praktika zeigen sich stark divergierende Lösungen in der Anrechnungspraxis, sodass erheblicher Bedarf an einer weiteren Abstimmung besteht. Dabei ist auch ein Blick in die Zukunft zu werfen: So ist das Ausmaß der Einschränkungen in der vorlesungsfreien Zeit nach dem Sommersemester nicht vorhersehbar. Eine zeitnahe Wiederaufnahme von Praktika scheint gleichwohl unwahrscheinlich: Eine Abkehr von Home Office-Empfehlungen würde zunächst für die Stammebelegschaft gelten, Kurzzeitpraktikant*innen wie Jurastudierende nehmen hingegen denklogisch keine essenzielle Rolle bei der Wiederaufnahme des Präsenzbetriebs ein. Problematiken zeigen sich zudem bereits für das kommende Frühjahr: Sollte das Wintersemester 2020/21 erst am 1.11.2020³⁸ beginnen, dürfte sich auch das Ende der Vorlesungszeit verschieben und eine Lösung erst kurzfristig bekannt werden. § 5a Abs. 3 Satz 2 DRiG fordert indes Praktika in der vorlesungsfreien Zeit. Eine Praktikumsplanung wird durch die mögliche Verschiebung erschwert.

Erschwernisse bei der Praktikumsplanung werden die Studierenden bis in das Jahr 2021 hinein begleiten. Gleichwohl setzt der Beginn der Examensvorbereitung möglichst eine Scheinfreiheit voraus.³⁹ Ein nicht absolviertes mehrwöchiges Vollzeitpraktikum schafft ein massives Hemmnis für eine gelungene Zeitplanung und beeinträchtigt so den Studienverlauf. Eine Flexibilisierung der derzeit starren Praktikumsregeln ist daher unumgänglich, sollen Nachteile für die Examensvorbereitung der Prüfungsjahre 2021 und 2022 verhindert werden.⁴⁰ Es besteht somit Handlungsbedarf, sowohl bei der Vereinheitlichung in der Anerkennung abgebrochener

³² So auch Bundesverband rechtswissenschaftlicher Fachschaften, Coronavirus – Notwendige Anpassungen der staatlichen Prüfungsbedingungen, abrufbar unter https://www.bundesfachschaft.de/Stellungnahme_Coronavirus (16.5.2020).

³³ So z.B. Sachsen für die schriftlichen Prüfungen, Hinweis unter <https://www.justiz.sachsen.de/content/6809.htm> (16.5.2020).

³⁴ Hinweis unter <https://jm.rlp.de/de/service/landespruefungsamt-fuer-juristen/coronavirus-covid-19/> (16.5.2020).

³⁵ Informationen zum Coronavirus v. 29.4.2020, abrufbar unter <https://www.justiz-bw.de/site/jum2/get/documents/jum1/JuM/Justizministerium%20NEU/Pr%C3%BCfungsamt/Hinweise%20zur%20Staatspr%C3%BCfung%20in%20der%20Ersten%20juristischen%20Pr%C3%BCfung/Hinweis%2520Homepage%2520Coronavirus%252029-04-20.docx.pdf> (16.5.2020).

³⁶ Häufig gestellte Fragen vom 4.5.2020, abrufbar unter <https://www.berlin.de/sen/justiz/juristenausbildung/>

(16.5.2020), S. 2.

³⁷ Eine solche Regelung trafen z.B. Bayern, abrufbar unter https://www.justiz.bayern.de/media/pdf/ljpa/ejs/prakische_studienzeiten_und_coronavirus-pandemie.pdf (16.5.2020);

Hessen, abrufbar unter https://justizpruefungsamt.hessen.de/sites/justizpruefungsamt.hessen.de/files/Aktuelle%20Hinweise%20im%20Zusammenhang%20mit%20der%20Corona-Pandemie_0.pdf (16.5.2020) und Niedersachsen (Fn. 16).

³⁸ Kultusministerkonferenz, KMK: Sommersemester 2020 findet statt, Pressemitteilung vom 3.4.2020, abrufbar unter <https://www.kmk.org/presse/pressearchiv/mitteilung/kmk-sommersemester-2020-findet-statt.html> (16.5.2020).

³⁹ *ter Harr/Lutz/Wiedenfels* (Fn. 1), S. 22. *Lange* (Fn. 2), S. 51, empfiehlt eine Ablegung zwischen dem 3. und 6. Fachsemester.

⁴⁰ Der Vorschlag, Praktika für eine Übergangszeit erst nach den Klausuren der staatlichen Pflichtfachprüfung abzuleisten, findet sich bei Bundesverband rechtswissenschaftlicher Fachschaften (Fn. 32), S. 2 ff.

Praktika, als auch bei einer zukunftsorientierten Flexibilisierung.

IV. Sommersemester 2020 – ein Freisemester?

Die Entscheidung der Kultusministerkonferenz, das Sommersemester 2020 zwar abzuhalten, jedoch nicht auf die Regelstudienzeit anzurechnen,⁴¹ führte zu einer Diskussion über die Nichtanrechnung des Semesters für laufende Freiversuchsfristen. Noch im April 2020 erfolgten Ankündigungen zur Nichtanrechnung in Bayern,⁴² Hessen⁴³, dem Saarland⁴⁴ und Thüringen⁴⁵. Rheinland-Pfalz verwies hingegen noch am 7.5.2020 auf das online gestartete Sommersemester und die fortbestehende Möglichkeit eines planmäßigen Studiums,⁴⁶ um eine Woche später gemeinsam mit einer Vielzahl anderer Bundesländer letztlich doch ein Freisemester einzuführen.⁴⁷ Die erste gesetzliche Regelung traf Niedersachsen mit der Einfügung des neuen § 17 Nr. 5 NJAVO.⁴⁸ Nordrhein-Westfalen verkündete, das Zeitfenster der dortigen Abschichtung (§ 12 JAG NRW) entsprechend zu verlängern.⁴⁹

⁴¹ Kultusministerkonferenz (Fn. 38). Eine Umsetzung findet sich z.B. in § 10 Abs. 1 Corona-Epidemie-Hochschulverordnung NRW, GV. NRW. 2020, S. 298.

⁴² Informationen vom 29.4.2020, abrufbar unter https://www.justiz.bayern.de/media/pdf/ljpa/ejs/nichtanrechnung_des_sommersemesters_2020_-_freiversuch.pdf (16.5.2020).

⁴³ Siehe Fn. 37.

⁴⁴ Pressemitteilung vom 28.4.2020, abrufbar unter https://corona.saarland.de/DE/service/medieninfos/_documents/pm_2020-04-28-freischussregelung.html (16.5.2020).

Die saarländische Regelung lässt allerdings – ebenso wie die schleswig-holsteinische Regelung vom 15.5.2020 – unklar, ob auch Studierende einbezogen sind, die das Sommersemester 2020 in einem anderen Bundesland ablegen. Aufgrund der bundesweiten Einschränkungen ist hier eine sprachliche Erweiterung notwendig.

⁴⁵ Hinweise zum Meldetermin 2/2020, Teil B, abrufbar unter https://justiz.thueringen.de/fileadmin/TMMJV/jpa/1.Examen/2020-04-24_Aushang_Meldetermin_2_2020_Stand_24.04..pdf (16.5.2020).

⁴⁶ Nach *Schneider*, LTO vom 7.5.2020, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/studium-referendariat/s/freischuss-verlaengerung-anrechnung-sommersemester-2020-coronakrise-mehr-zeit/> (16.5.2020).

⁴⁷ Speziell zu Rheinland-Pfalz siehe Fn. 34. Ein laufend aktualisierter Überblick der anderen Bundesländer findet sich bei *Schneider* (Fn. 46).

⁴⁸ Verordnung vom 14.5.2020, Nds. GVBl. 2020, S. 126.

⁴⁹ Als Beispiel die Meldung des JPA Hamm vom 19.5.2020, abrufbar unter https://www.olg-hamm.nrw.de/aufgaben/justizpruefungsamt/09_sammlung/Hinweis-Freiversuch-Stand-19_05_2020.pdf (22.5.2020). Ähnliche Meldungen erfolgten seitens der Justizprüfungsämter Düsseldorf und Köln.

Berücksichtigt man die Bedeutung des Freiversuchs für das Stressniveau der Studierenden,⁵⁰ ist die Nichtanrechnung des Semesters auf Freiversuchsfristen eine folgerichtige Umsetzung der von der Kultusministerkonferenz getroffenen Maßnahmen. Eine sachliche Rechtfertigung findet sie in einer beschränkten Studierbarkeit im Sommersemester 2020, die sich in mehreren Aspekten äußert: So können bereits Probleme in der Finanzierung des Studiums, etwa durch den Verlust des eigenen Nebenjobs oder Jobverluste der Eltern, ein Studium im Sommersemester beeinträchtigen. Fehlende Betreuungsangebote für eigene Kinder können die Nutzbarkeit von Lernmöglichkeiten einschränken, Angehörigen der Risikogruppen ist von einer Teilnahme an Präsenzprüfungen abzuraten.

Über allem steht die Besorgnis, dass eine Online-Lehre immer mit Einschränkungen verbunden sein wird. Noch vor wenigen Monaten wurde festgestellt, dass sich digitalisierte Lehre in der juristischen Ausbildung noch in einem „Nischenbereich“ abspiele.⁵¹ Die Implementierung digitaler Angebote steht somit erst am Anfang, das Know-How zu effizienten digitalen Lehrveranstaltungen ist – anders als bei den langjährig erprobten Präsenzveranstaltungen – nicht vorhanden. Aus dem Sommersemester 2020 werden sicherlich wichtige Impulse für die Digitalisierung der Lehre folgen. Binnen weniger Wochen mit heißer Nadel gestrickte Angebote sind jedoch ungeeignet, einen adäquaten Ersatz der gewohnten Präsenzformate zu schaffen. Fakultäten wie Studierende befinden sich im Sommersemester 2020 in einem großen, digitalen Experiment. Diese Erkenntnis zeigt, dass es sich um ein nicht vergleichbares Semester handelt und eine Nichtanrechnung auf den Freiversuch die konsequente Folge ungleicher Lehr- und Lernbedingungen darstellt.

V. Fazit

Das Frühjahr 2020 brachte unbekannte Herausforderungen mit sich. Trotz Selbststudium ergaben sich durch den Wegfall von Lernort und Zeitplan erhebliche Belastungen für Prüflinge. Arbeitsabläufe und Reaktionsmöglichkeiten der Justizprüfungsämter wurden einem ungeplanten und umfassenden Stresstest unterzogen. Während im schriftlichen Examen eine schnelle und bundesweit weitgehend einheitliche Lösung erreicht werden konnte, gab es bei den mündlichen Prüfungen bereits Unterschiede, die allerdings keine nennenswerten Gefahren für die Vergleichbarkeit nach sich ziehen.

Mittelfristiger Handlungsbedarf zeigt sich im Bereich der Praktika. So sollte ein Start in die Examensvorbereitung im Idealfall erst bei Erfüllung aller Meldevoraussetzungen und damit nach Abschluss der Praktika erfolgen. Diese sind jedoch nach § 5a Abs. 3 Satz 2 DRiG auf die vorlesungsfreie Zeit fixiert und können daher nur schwierig verschoben werden. Erschwerend kommt hinzu, dass sich die Vorlesungszeit im Wintersemester 2020/21 höchstwahrscheinlich nach hin-

⁵⁰ So z.B. ein Zitat bei *Dauner-Lieb/Sanders*, JuS 2013, 380 (382).

⁵¹ *Zwickel*, JA 2018, 881 (884 f.). Zum Stand der Digitalisierung in der juristischen Ausbildung siehe auch *Spektor/Yuan*, NJW 2020, 1043.

ten verschiebt. Eine verlässliche Planung von Praktika ist unter diesen Umständen derzeit nicht möglich. Zur Ermöglichung eines ungestörten Studiums müssen auch diese langfristigen Punkte in den Blick genommen. Es gilt zu verhindern, dass Studierende sich dazu entschließen, ihr Examen bloß wegen im Zuge der Pandemie abgebrochener Praktika um ein volles Semester nach hinten zu verschieben.

Von größter Bedeutung für bundesweit einheitliche Prüfungsbedingungen ist zunächst die Nichtberücksichtigung des Sommersemesters 2020. Nach mehreren Wochen der Unsicherheit scheint hier eine einheitliche Linie gefunden zu sein, die die von den Kultusministerien getroffenen Maßnahmen folgerichtig auf das juristische Studium überträgt. Die Möglichkeit, die Examensprüfungen infolge der Pandemie zu verschieben, wirkt sich indes ähnlich gravierend aus. Obgleich sich dabei die äußeren Bedingungen zwischen Examensmeldung und Examenstermin massiv geändert haben, gewähren nur wenige Bundesländer die Möglichkeit, ihre Selbsteinschätzung als „examensreif“ zu korrigieren. Ein Grund für diese – mitunter sogar im selben Land – ungleiche Behandlung ist nicht nachvollziehbar. Vielmehr sollte der Wegfall der Lernplätze bundesweit als erhebliche Änderung der äußeren Umstände zu der Möglichkeit führen, die erfolgte Examensmeldung wieder zurückzuziehen.

Universitäre Lehre in Zeiten von Corona – ein Erfahrungsbericht aus Leipzig

Von Wiss. Mitarbeiterin **Veronika Schultze**, Wiss. Mitarbeiter **Marius Riebel**, Leipzig*

Die SARS-CoV-2-Pandemie bestimmt zurzeit das Leben aller Menschen in nahezu allen Alltagssituationen. Auch Universitäten sehen sich massiven Einschränkungen ausgesetzt. An der Universität Leipzig wurde Mitte März der Beginn der Präsenzveranstaltungen zunächst verschoben und die Schließung sämtlicher universitärer Einrichtungen schrittweise vollzogen. Diese für die Eindämmung der Pandemie notwendigen Schritte trafen auch die Juristenfakultät. Innerhalb weniger Wochen musste ein einheitliches Konzept für alle Lehrveranstaltungen und Prüfungsleistungen erstellt werden. Dabei zeigte sich schnell, wie wenig die Digitalisierung, die mittlerweile unser Leben in fast allen Lebensbereichen prägt, im Jurastudium und in der juristischen Arbeitsweise angekommen ist: Alle Veranstaltungen fanden bisher ausschließlich als Präsenzveranstaltungen ohne Aufzeichnungen in Video- oder Tonformaten statt und die juristische Literatur ist zum Großteil nur analog in der Bibliothek zugänglich. Erschwerend kam hinzu, dass die Lehrformate im Jurastudium unterschiedlicher nicht sein könnten. Für Vorlesungen mit über 600 Studierenden, Arbeitsgemeinschaften mit bis zu 30 Personen, Veranstaltungen des universitären Examenstutoriums mit etwa 100 Studierenden, Kleingruppenseminare mit ca. 20 Teilnehmenden und für ein internationales Austauschseminar mit Gästen aus den USA mussten an unserem Lehrstuhl Lösungen gefunden werden. Schnell wurde klar, dass es nicht das eine Konzept für sämtliche Lehrformate geben kann. Dennoch haben wir versucht, den Herausforderungen mit adäquaten Lösungen gerecht zu werden und für die einzelnen Veranstaltungen unterschiedliche Konzepte entwickelt. Diese haben wir versucht gezielt an die jeweiligen Eigenarten der Veranstaltungen anzupassen.

I. Vorlesungen in großem Format

Bei der anstehenden Vorlesung mit circa 600 Studierenden des zweiten Semesters war uns bewusst, dass die Präsenzveranstaltung einen stark frontalen Charakter aufweist. Auch die Dauer von 90 Minuten ist für die Konzentration der Studierenden problematisch. Die Nachteile eines solchen Großformates können allerdings bei einer Lehre im Hörsaal durch gezielte und pointierte Exkurse, das Arbeiten mit audiovisuellen Materialien und das Eingehen auf Anmerkungen von Studierenden zumindest zum Teil ausgeglichen werden. Eine gute Vorlesung in der Größe muss aus diesem Grund zwei Dinge bieten: Information und Unterhaltung. Diese Punkte versuchten wir bei der Ausarbeitung einer Lösung zu berücksichtigen. Die Aufnahme von 90-minütigen Audiodateien zu einer Präsentation ohne visuelle Unterstützung kann dabei zwar in einer komprimierten Form ohne Zwischenbemerkungen und spontane Einwände aus dem Publikum vor allem viele Informationen vermitteln. Derartige Aufnahmen bergen

allerdings das Risiko, dass die Studierenden bereits von der Aussicht, 90 Minuten einer Bildschirmpräsentation mit ein und derselben Stimme folgen zu müssen, abgeschreckt werden und gar nicht erst das Video anklicken.

Wir haben versucht, diesem Problem entgegenzuwirken und uns für die Aufnahme von Videosequenzen entschieden, die wir den Studierenden bereitstellen. Dabei hält die Lehrkraft ihre Vorlesung ähnlich wie im Hörsaal unter Nutzung einer Präsentation und ist dabei im Video zu sehen. Die Veranstaltung wird dann mit einer zweiten Person zusammen abgehalten, sodass durch die verschiedenen Stimmen eine konzentrationsfördernde Dynamik entsteht. Die Videos haben zusätzlich nur eine Dauer von circa 30 Minuten, wobei wöchentlich meist zwei Sequenzen zur Verfügung gestellt werden. So sehen sich die Studierenden keiner großen Kompaktdatei ausgesetzt und können nach den einzelnen Videos Pausen einlegen und auf diese Weise angepasst an ihr Konzentrationsvermögen den Inhalten folgen.

Für Lehrende ist die Möglichkeit der Datenanalyse der einzelnen Videos interessant. Hier konnten wir Auffälligkeiten bei der Absprungrate („Bounce-Rate“) feststellen. Während der gesamten online-Veranstaltung gibt es einen leichten Rückgang der Zuschauer*innenzahl. Das steht den Erfahrungen aus den Präsenzveranstaltungen entgegen, in denen nur wenige Personen gegen Ende die Vorlesung vorzeitig verlassen. Begünstigend sind hier die Einfachheit und Anonymität, mit der man sich aus dem virtuellen Hörsaal verabschieden kann. Ein einfacher Klick genügt, wohingegen in einer Präsenzveranstaltung die Hemmschwelle besteht, unter den Augen der übrigen Studierendenschaft und der Lehrkraft den Hörsaal zu verlassen. Die Statistiken des Videoportals zeigen jedoch auch, dass die Videos teilweise doppelt so oft aufgerufen werden, wie es Teilnehmende der zugehörigen Veranstaltung gibt. Das spricht dafür, dass die Studierenden sich das aufgezeichnete Videomaterial mehrfach, eventuell nur abschnittsweise zur Vertiefung eines bestimmten Lehrinhalts ansehen. Ein solches Wiederholen des Stoffes ist für den Lernprozess sehr förderlich und bietet einen Vorteil gegenüber der Präsenzvorlesung, die nicht Zuhause nochmals abgespielt werden kann. Ein weiterer großer Vorteil der Videos ist, dass Studierende, die sonst wegen eines Nebenjobs oder aus privaten Gründen nicht physisch an der Vorlesung teilnehmen hätten können, durch die neue Flexibilität zu den ihnen passenden Zeiten die Lehrinhalte betrachten können. Der Zugang zum Studium wird auf diese Weise für einen größeren Personenkreis ermöglicht. Auch die Reduktion des Stoffes auf Formate von circa 30 Minuten kommt der durchschnittlichen Konzentrationsfähigkeit zugute.

Auch ist klar, dass durch diese komprimierten Videos nicht alle Inhalte in der Tiefe besprochen werden können, in der es die Präsenzveranstaltung zugelassen hätte. Das kann nur durch ein Mehr an Materialien und Literaturempfehlungen ausgeglichen werden. Aus unserer Sicht ist es vor allem bei Veranstaltungen für die ersten Semester die Aufgabe der Lehrenden, eine Lotsenfunktion hinsichtlich vertiefender Literatur zu übernehmen. Am Anfang des Studiums sind die

* Die Autor*innen sind Wiss. Mitarbeiter*innen am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie, Jugendstrafrecht und Strafvollzugsrecht von Herrn Prof. Dr. Hendrik Schneider an der Universität Leipzig.

Erfahrungen in der juristischen Quellensuche mitunter noch sehr begrenzt. Auf Grund der Bibliotheksschließungen wegen der Corona-Pandemie bestehen zudem nur eingeschränkte Recherchemöglichkeiten. Durch die angesprochene Unterstützung sollte den noch weniger erfahrenen Studierenden das Heimstudium erleichtert werden.

II. Examensrepetitorium und Arbeitsgemeinschaften

Eine weitere Veranstaltung, für die es einen adäquaten Ersatz geben muss, ist das universitäre Examensrepetitorium mit circa 100 Teilnehmenden. Im Gegensatz zur großformatigen Vorlesung lebt das Repetitorium von einer Mischung aus der frontalen Vermittlung von Inhalten und dem gemeinsamen Anwenden des Erlernten auf Examensfälle. Das Äquivalent zu dieser Vorbereitung für die niedrigeren Semester sind die Arbeitsgemeinschaften bei denen die wissenschaftlichen Mitarbeiter*innen die Lerninhalte in Gruppen bis circa 30 Personen fallbezogen repetieren. Beide Veranstaltungsformate eint die notwendige Interaktion zwischen den Beteiligten, die essenziell für den Lernerfolg ist. Aus diesem Grund bot sich das für die Großveranstaltung gewählte Videoformat nicht an. Ausgewichen sind wir auf eine Plattform, die die Abhaltung von Webinaren zulässt.

Die Lehre in diesem Format stellt für alle eine neue Erfahrung dar. Wichtig bei der Nutzung mit vielen Teilnehmenden ist, dass alle ihr Mikrofon ausschalten und nur während eines Redebeitrags freigeschalten. Andernfalls kommt es zu störenden Überlagerungen der Tonspuren aller Nutzer*innen. Spannend ist das Verhalten der Studierenden in Bezug auf die Freischaltung ihres Videos. Ein Teil der Teilnehmenden macht dabei Gebrauch von der Möglichkeit nahezu anonym an der Veranstaltung teilzunehmen, indem sie ihr Bild nicht freigeben. Der Wunsch, während einer Lehrveranstaltung nicht gefilmt zu werden könnte darin begründet sein, dass die Veranstaltung quasi bei ihnen Zuhause stattfindet. Insofern ist das Webinar, obwohl sich alle Beteiligten bei den Präsenzveranstaltungen räumlich näher sind, deutlich privater. Nicht jede*r hat einen für eine universitäre Veranstaltung geeigneten Arbeitsplatz oder möchte Einblicke in das WG-Zimmer geben. Die Schattenseite dieser Anonymität erleben wir als Dozent*innen darin, dass jegliche nonverbale Kommunikation in einer Lehrveranstaltung zu diesem Teil der Studierendenschaft „ausgeschaltet“ ist. Teilweise entsteht bei der Lehrperson der Eindruck nur eine sehr kleine Anzahl an Studierenden zu unterrichten. Denn nur diejenigen, die ihr Video eingeschaltet haben und dann auf eine Frage reagieren, sind im Bildschirm des „Hosts“ angezeigt. Inwiefern der andere Teil der Studierenden dem Lehrinhalt folgen kann, ist ungewiss. Einzuschätzen, ob das Tempo der Wissensvermittlung und der Schwierigkeitsgrad der Fragen dem Wissensstand und der Konzentrationsfähigkeit der Studierenden angemessen ist, halten wir auch in einer Präsenzveranstaltung für eine der größten Herausforderungen. Diese vervielfacht sich in einem solch anonymen Onlineformat, wobei das wichtige nonverbale Feedback nur von einem geringen Teil der Teilnehmenden wahrgenommen werden kann und durch die technischen Voraussetzungen teilweise verzerrt wird. Hier sind die Lehrenden auf das Aktivwerden der Studierenden

angewiesen, die über andere Kommunikationswege Hinweise und Kritik kundtun müssen.

Dazu kann allerdings eine weitere Funktion des Programmes genutzt werden, die über die Möglichkeiten von Präsenzveranstaltungen hinaus geht. Über die Chatfunktion können neben für alle sichtbare Nachrichten auch Privatnachrichten von den Studierenden an den Lehrenden versendet werden. Personen, die sonst zögern vor allen Teilnehmenden Wortmeldungen vorzunehmen, können auf diese Weise ihre Anmerkungen kundtun. So groß die negativen Folgen der Anonymität für den Lehrenden auch sind, konnte zum Teil festgestellt werden, dass Studierende die bei den Präsenzveranstaltungen eher zurückhaltend gewesen sind, teilweise „auftauen“ und die Anonymität zur Mitarbeit nutzen. Hier zeigen sich schon nach wenigen Wochen der Nutzung der Online-Formate Vorteile gegenüber einer klassischen Präsenzlehre.

Rückmeldungen von Seiten der Studierenden haben das eher positive Bild dieser Ersatzveranstaltung unterstützt. Viele sehen in diesem Veranstaltungsformat die Möglichkeit mit anderen Menschen zu interagieren. Das stellt eine Abwechslung zu dem aktuell von der alleinigen Arbeit in den eigenen vier Wänden geprägten Studienalltag dar.

III. Seminarveranstaltungen

Den dritte großen Veranstaltungsbereich stellen die angebotenen Seminarveranstaltungen des Lehrstuhls dar. Das Austauschseminar mit den Studierenden aus Miami musste leider ersatzlos gestrichen werden, weil die Zeitumstellung einen sicheren Onlineersatz nicht zu ließ. Das andere angebotene Seminar findet wöchentlich mit circa 20 Personen statt. Bei jeder Veranstaltung hält eine Person einen Vortrag, wobei zu dem jeweiligen Thema im Anschluss diskutiert wird. Auch hier sind wir auf die Lösung einer Videokonferenz ausgewichen. Durch die Bildschirmfreigabe können Inhalte geteilt werden, sodass eine Visualisierung des Referats möglich ist. Weiterhin kommt auch hier die Chatfunktion zum Einsatz, um Diskussionsbeiträge anzumelden und zu moderieren. Die Diskussion in diesem Seminar ist von einer hohen wissenschaftlichen Qualität geprägt und scheint durch die guten Moderationsmöglichkeiten der Chatfunktion gegenüber dem Präsenzseminar sogar noch zu gewinnen.

IV. Prüfungen

Ein mit den Veranstaltungen zusammenfallendes Problem stellen die jeweiligen Abschlussprüfungen dar. Hier sind zum einen die Seminarvorträge der Examenskandidat*innen im Rahmen des Prüfungsseminars und die große Abschlussklausur zur Vorlesung zu nennen. Während die Prüfungsseminarvorträge ähnlich einer mündlichen Examensprüfung lediglich zwischen den Prüfer*innen und dem*der Vortragenden als Präsenzveranstaltung abgehalten werden können, ist das Schreiben einer Klausur durch circa 600 Personen in Hörsälen aus Gründen des Infektionsschutzes nicht denkbar. Unsere Fakultät hat sich aus diesem Grund dazu entschlossen, Online-Klausuren anzubieten, wobei die Studierenden den Klausursachverhalt zu einem bestimmten Zeitpunkt auf einer zentralen Plattform der Universität bereitgestellt bekommen

und diese dann mit Hilfsmitteln lösen können. Hier rückt die Arbeitsweise näher an die Vorgaben des zweiten juristischen Staatsexamens heran, bei dem ebenso über den Gesetzestext hinausgehende Hilfsmittel zugelassen sind. Die Bearbeitungszeit wird zum Ausgleich von technischen Problemen um eine Stunde verlängert. Diese Lösung hat den Vorteil, dass die Studierenden trotz der widrigen Umstände Prüfungsleistungen erbringen können und sich das Studium durch die Krise nicht zwangsläufig verlängern muss. Probleme sehen wir allerdings in der Chancengleichheit. Zwar sind für alle Studierenden sämtliche Hilfsmitteln zugelassen, allerdings kann es hier auf Grund von unterschiedlichen technischen Voraussetzungen (insbesondere Internetverbindung und Leistung des jeweiligen Laptops oder Computers) zu einer unterschiedlichen Wahrnehmbarkeit eben jener Hilfsmittel kommen. Studierende, die über gute technische Voraussetzungen verfügen, dürften dabei Vorteile bei der Bearbeitung haben. Es besteht das Risiko, dass Personen mit größeren finanziellen Ressourcen bessere Klausurleistungen erbringen. Studierenden mit schlechteren Voraussetzungen wird der erfolgreiche Studienverlauf unter Umständen erschwert. Außerdem kann die Konzentrationsleistung bei den Online-Klausuren von den jeweiligen Wohnsituationen abhängig sein. Personen, die allein wohnen, werden mit einer größeren Ruhe arbeiten können als solche, die mehrere Mitbewohner*innen oder Kinder haben. Ein Ersatz der Präsenzklausuren kann in den Online-Klausuren folglich nicht gesehen werden. Diese Nachteile können auch über die Zeitverlängerung nur begrenzt ausgeglichen werden, da Internetverbindungen auch über eine längere Zeit abreißen können und nicht von allen das Vorhandensein einer privaten rechtswissenschaftlichen Bibliothek verlangt werden kann. Aus unserer Sicht können die Nachteile lediglich durch die Aufhebung des verpflichtenden Charakters der Prüfungsleistungen in diesem Semester kompensiert werden. Eine bessere Lösung wäre die freiwillige Entscheidung über die Teilnahme an den Klausuren durch die Studierenden ohne Anrechnung auf deren Regelstudienzeit.

V. Fazit und Ausblick

Die Herausforderungen der neuen Lehrsituation betreffen dementsprechend sowohl die Studierenden als auch die Lehrenden. Doch so herausfordernd die Situation für die universitäre Lehre auch ist, sind letztendlich die Studierenden die Leidtragenden dieser Situation. Die Erbringung von Studienleistungen wird u.a. durch den geringen direkten Kontakt zu Lehrenden, den nur eingeschränkte Zugriff auf juristische Literatur und die noch größere Bedeutung des Selbststudiums erschwert. Insofern ist es die Aufgabe eines*r jeden Lehrenden, neue Lehrkonzepte zu entwickeln, die dieser veränderten Situation angemessen sind. Diese müssen immer wieder hinterfragt und evaluiert werden, um sie zu verbessern. Nur so kann es ein geregeltes Sommersemester mit angemessenem inhaltlichem Niveau für die Studierenden geben. Das sollte Ziel von allen Lehrenden sein. Auch das aufgeworfene Problem der Chancengleichheit muss von allen Akteur*innen in den Blick genommen werden, wobei jede Entscheidung im Zweifel zu Gunsten der Studierenden ausfallen sollte. Denn sie sind die Versuchskaninchen für die ersten Versuche einer

Online-Lehre, deren Einrichtung und Umsetzung unter normalen Umständen Jahre in Anspruch genommen hätte. In der Etablierung ergänzender Online-Angebote sehen wir allerdings auch die Chance, den Zugang zum Studium insbesondere für anderweitig eingebundene Personen zu verbessern und somit im Sinne der Chancengleichheit zu agieren. Für die Zeit nach der Corona-Krise sollten daher die Vorteile im Blick behalten und die klassischen Lehrkonzepte mit digitalen Angeboten kombiniert werden. Insbesondere dort, wo die digitalen Formate bereits nach einigen Wochen Vorteile gegenüber einer klassischen Präsenzlehre zeigen, könnte eine Erweiterung stattfinden, um die bestmögliche Lehre für alle Studierenden zu bieten. Die digitale Lehre ist also mehr als nur ein Abbild der Präsenzlehre. Die Erfahrungen aus der jetzigen Zeit sind dabei wichtige Grundlagen, um den bereits angestoßenen notwendigen Digitalisierungsprozess zu beschleunigen.

Die Patentierbarkeit künstlicher Intelligenz

Von Dr. Matthias Bolz, Hamburg*

I. Einleitung

Künstliche Intelligenz („KI“) ist als wissenschaftliche Disziplin erst wenige Jahrzehnte alt¹ und damit deutlich jünger als die klassischen Naturwissenschaften. Dennoch beansprucht sie zu Recht den Rang eines eigenen wissenschaftlichen Sektors.² Ihr Gegenstand übt eine besondere Faszination aus. Der Grund dafür mag darin liegen, dass abstraktes Denken, Kreativität und erst recht Bewusstsein weithin als generisch menschliche Fähigkeiten angesehen werden. Dass KI-Systeme diese Fähigkeiten zunehmend zu erlangen oder zumindest zu imitieren scheinen³ und den Menschen darin möglicherweise bald übertreffen, ist als Paradigmenwechsel nicht weniger einschneidend als die Entdeckung des heliozentrischen Weltbilds oder der biologischen Evolution.⁴

KI spielt auch eine immer bedeutendere Rolle in der technologischen Weiterentwicklung, und nichts deutet darauf hin, dass dieser Trend in absehbarer Zeit enden sollte. Es ist daher eine Frage von hoher Aktualität, wie sich KI aus Sicht des Patentrechts – des Rechtsinstituts, dessen Zweck in der Förderung technologischer Innovation liegt – darstellt, d.h. im Speziellen, ob KI-Erfindungen patentierbar sind und wonach sich dies beurteilt.

Entscheidend für den Zugang zum Patentschutz ist das Merkmal der Technizität einer Erfindung. Ob Erfindungen wie ein Computerprogramm zur maschinellen Übersetzung oder zur Textverarbeitung⁵, zur Bilderkennung auf Satellitenaufnahmen, ein computerbasiertes medizinisches Diagnosesystem oder ein Lehrtutorial zum Erlernen einer Fremdsprache⁶, ein Legal-Tech⁷ oder autonomes Fahrsystem⁸, eine Spracherkennungs-Software oder ein Schachcomputer⁹ als technisch anzusehen sind oder nicht, ist nicht offensichtlich. Dennoch hat die in ihren Details von der Rechtsprechung entwickelte Unterscheidung nach technischen und nicht-technischen Erfindungen auch für den neuen und dynamischen Sektor der KI eine Funktion von zentraler Wichtigkeit für die Innovationsförderung durch Patente: Sie verhindert eine überschießende Privatisierung von neuem Wissen, die ihrerseits wiederum innovationshemmend wäre.

II. Das Konzept des rationalen Agenten

Folgt man einer in der Wissenschaft gängigen Definition von KI, so lässt sich der Gegenstand der vorliegenden Betrachtung in seiner allgemeinsten Form fassen als „rationaler Agent“¹⁰. Dabei ist unter einem Agenten ein System zu verstehen, das einerseits seine Umwelt, in die es gemäß seiner Bestimmung gestellt ist, in mindestens einem Teilaspekt wahrnimmt und andererseits auf seine Umwelt in irgendeiner Weise einwirkt¹¹; eine Wirkung liegt auch dann schon vor, wenn die Umwelt z.B. eine Information, die der Agent anzeigt, ihrerseits wahrnehmen kann. Rational ist ein Agent dann, wenn die tatsächlich vom Agenten erzeugte Wirkung im Vergleich mit allen anderen möglichen Wirkungen das optimale Ergebnis liefert¹². Was dabei als optimal bzw. suboptimal zu gelten hat, wird durch eine Bewertungsfunktion¹³ spezifiziert.

Die konkrete Erscheinungsform eines rationalen Agenten zerfällt konzeptionell in seine Architektur und sein Programm:¹⁴ Unter Architektur fallen alle Bestandteile, die tatsächlich körperlich-gegenständlich sind, aber auch nicht anders gedacht werden können, d.h. insbesondere Sensoren, die der Wahrnehmung der Umwelt dienen, und Aktuatoren, mit denen der Agent auf die Umwelt einwirkt, aber auch beispielsweise ein physischer Computer, auf dem ein Computerprogramm läuft. Dagegen ist das Agentenprogramm der Inbegriff der nicht-gegenständlichen Bestandteile des Agenten, d.h. die Entscheidungslogik, die aus einer Serie von Wahrnehmungen unter Berücksichtigung der Bewertungsfunktion diejenige Wirkung ableitet, die der Agent dann tatsächlich erzeugt; es kann, muss aber nicht in Form eines Computerprogramms realisiert sein. Auch ein Agentenprogramm kann z.B. in Form magnetischer Muster auf einem Datenträger, einer Aminosäuresequenz in einem Gen oder einer bioorganischen Gewebestruktur, ja sogar implizit in der spezifischen Konstruktion einer mechanischen oder der spezifischen Verschaltung einer elektronischen Rechenmaschine verkörpert sein; entscheidend für die Abgrenzung zur Architektur ist jedoch, dass das Agentenprogramm seinem wesentlichen Gehalt nach gedanklicher und eben nicht körperlicher Natur ist.

Das Konzept des maschinellen Lernens schließlich zeichnet sich dadurch aus, dass die Grenze zwischen Agent und Umwelt aufgehoben ist, d.h. es ist dem Agenten erlaubt, auch auf sich selbst einzuwirken, insbesondere auf sein Agentenprogramm einschließlich der Bewertungsfunktion.

Die hiermit eingeführten Begrifflichkeiten des rationalen Agenten, der Wahrnehmung und Wirkung, des Sensors und Aktuators, der Architektur, des Agentenprogramms, der Bewertungsfunktion und des maschinellen Lernens erlauben eine Systematisierung der vielfältigen Erscheinungsformen von

* Der Autor ist promovierter Physiker und im Zweitstudium Student der Rechtswissenschaften an der FernUniversität in Hagen.

¹ Russel/Norvig, Artificial Intelligence – A Modern Approach, 3. Aufl. 2016, S. 16 ff.

² Bibel, Proc. 27th IJCAI/Int. Joint Conf. AI 2018, 5143 (5144 ff.).

³ Vgl. Schönberger, ZGE 10 (2018), 35 (40 f., 48 f.).

⁴ Russel/Norvig (Fn. 1), S. 1035.

⁵ Nack, GRUR Int. 2004, 771 (774).

⁶ Russel/Norvig (Fn. 1), S. 42.

⁷ Fries, ZRP 2018, 161 (161 f.).

⁸ Ensthaler, InTeR 2017, 121 (121).

⁹ Russel/Norvig (Fn. 1), S. 28 f.

¹⁰ Russel/Norvig (Fn. 1), S. 4 („rational agent“).

¹¹ Russel/Norvig (Fn. 1), S. 34.

¹² Russel/Norvig (Fn. 1), S. 4 f., S. 36 f.

¹³ Russel/Norvig (Fn. 1), S. 37 („performance measure“).

¹⁴ Russel/Norvig (Fn. 1), S. 46.

KI¹⁵ und sind dabei verträglich auch mit alternativen Definitionen des Gegenstands aus KI-Forschung und Rechtswissenschaft bzw. -praxis.¹⁶ Diese Systematik eignet sich auch dazu, nun die juristischen Kategorien des Patentrechts auf sie anzuwenden. Dabei kann es Innovation nicht nur auf Ebene eines Gesamt-Agenten, sondern auch oder sogar gerade auf Ebene einzelner Komponenten eines rationalen Agenten geben, also z.B. bei der Hard- oder Software von Sensoren oder Aktuatoren oder auch bei der Implementierung der Bewertungs-, Lern- oder Programmfunktion, so dass sich die Frage der Patentierbarkeit daher auch hinsichtlich dieser „Unter-Gegenstände“ stellt.

III. Die technische Erfindung

Eine Erfindung ist nach deutschem bzw. EU-Recht grundsätzlich dann patentierbar, wenn sie auf einem Gebiet der Technik liegt, neu ist, auf einer erfinderischen Tätigkeit beruht und gewerblich anwendbar ist, § 1 Abs. 1 PatG bzw. Art. 52 Abs. 1 EPÜ. Die konkrete Bedeutung dieser Norm mit ihren vier materiellen Patentierbarkeitsvoraussetzungen ist durchaus nicht unstrittig; insbesondere wenden BGH und EPA sie teilweise unterschiedlich an,¹⁷ und die Rechtsanwendung hat sich im Lauf der Zeit auch verändert.¹⁸ Gegenstand der Prüfung ist der in der eingereichten Patentanmeldung formulierte Patentanspruch, dessen Sinngehalt ebenfalls durch Auslegung im Kontext der gesamten Patentschrift zu ermitteln ist.¹⁹

Während nun die Kriterien der Neuheit und der erfinderischen Tätigkeit im Vergleich mit dem sich schnell entwickelnden Stand der Technik beurteilt werden und die gewerbliche Anwendbarkeit in der Regel unproblematisch gegeben ist, kommt der materiellen Patentierbarkeitsvoraussetzung der Technizität eine herausgehobene Stellung zu: Als eine absolute Hürde für die Gewährung von Patentschutz definiert sie den Kreis der patentierbaren Lehren.²⁰ Dabei unterliegt auch ihr Verständnis einem – wenn auch langsamen – Wandel.

¹⁵ Vgl. *Russel/Norvig* (Fn. 1), S. 42, wo beispielhaft einige KI-Systeme nach Bewertungsfunktion, Einsatz-Umgebung sowie Art ihrer Aktuatoren und Sensoren klassifiziert werden.

¹⁶ Z.B. *Martínez-Plumet u.a.*, Proc. 27th IJCAI/Int. Joint Conf. AI 2018, 5180 (5180); *Ménière/Pihlajamaa*, GRUR 2019, 332 (333 f.); *Herberger*, NJW 2018, 2825 (2825 ff.); *Pieper*, InTeR 2018, 9 (11); entschieden umfassender dagegen *Bibel*, Proc. 27th IJCAI/Int. Joint Conf. AI 2018, 5143 (5144 ff.).

¹⁷ So hat sich z.B. das EPA nie die sogenannte Kerntheorie zu eigen gemacht, EPA GRUR Int. 1988, 585 (586 Tz. 3.4) – Röntgeneinrichtung/KOCH & STERZEL; *Kraßer/Ann*, Patentrecht, 7. Aufl. 2016, § 12 Rn. 68.

¹⁸ *Pesch*, MMR 2019, 14 (15).

¹⁹ BGHZ 172, 108 (112 Rn. 13) – Informationsübermittlungsverfahren; *Haedicke*, Patentrecht, 4. Aufl. 2018, Kap. 6 Rn. 1.

²⁰ Vgl. *Nack*, Die patentrechtliche Erfindung unter den sich wandelnden Bedingungen von Wissenschaft und Technologie, 2002, S. 155 ff.

Das Gebiet der KI erweist sich bei der Frage, ob eine konkrete Erfindung auf ihrem Gebiet technisch ist oder nicht, als besonders schillernd. Die Diskussion des Technikbegriffs auf dem Gebiet der KI war und ist daher auch in besonderer Weise geeignet, diesen zentralen Begriff des Patentrechts zu hinterfragen und weiterzuentwickeln.²¹

1. Wortsinn des Technikbegriffs

Dem reinen Wortlaut nach erscheint die Bedeutung von „auf allen Gebieten der Technik“ zwar einerseits uferlos, wie man sich an Beispielen wie Lerntechnik, Sortiertechnik, Kampfsporttechnik oder Erzähltechnik vor Augen führen kann.²² Andererseits lassen sich damit für den Bereich der KI doch bereits einige mögliche Erfindungsgegenstände als technisch qualifizieren: Herkömmlich werden die Gegenstände der Physik, der Chemie, der Biologie und der Ingenieurwissenschaften als technisch verstanden.²³ Darunter fällt nicht zuletzt das Erfassen physikalischer Größen wie Temperatur, Gewicht, Bewegung, (Schall-)Druck, Farbe, Position und Form oder das Bestimmen chemischer Eigenschaften, d.h. insbesondere der stofflichen Identität einer Substanz. Dies ist aber nichts anderes als Wahrnehmung der Umwelt, wie sie der Sensor eines rationalen Agenten vornimmt, selbst dann, wenn die Wahrnehmung in der Form erfolgt, dass dieser Sensor gedrückte Tasten einer Computertastatur registriert, eine Straßenverkehrssituation mit einer Digitalkamera erfasst, von Menschen gesprochene Worte in digitale Spannungssignale umwandelt oder eine bestimmte Wischbewegung auf der berührungsempfindlichen Oberfläche eines Touchscreens von einer anderen Wischbewegung unterscheidet.²⁴ Die bloße Wahrnehmung, die noch keine Interpretation beinhalten muss, liegt also jedenfalls auf dem Gebiet der Technik.

Die Wahrnehmung kann im Einzelfall, wie etwa bei einer Texteingabe über eine Computertastatur, einen Sinngehalt²⁵ haben, der über den technischen Aspekt der Folge von mechanischen Tastenbewegungen weit hinausgeht und die Wahrnehmung sogar schwerpunktmäßig prägt. Im Hinblick auf das Modell des rationalen Agenten ist der Umgang mit einem solchen Sinngehalt jedoch der Sphäre des Agentenprogramms und nicht der des Sensors zuzurechnen, so dass sich als Ergebnis festhalten lässt: Eine Erfindung, die die Wahrnehmungsfunktion eines Sensors eines rationalen Agenten betrifft, wird in aller Regel technisch sein.

Dasselbe lässt sich über einen Aktuator sagen, der auf seine Umwelt wirkt, selbst wenn sich diese Wirkung im bloßen Bereitstellen eines gedanklichen Ergebnisses z.B. in Form der Anzeige oder des Abspeicherns erschöpft: Die Anzeige- oder Abspeichereinrichtung selbst wird technisch

²¹ Vgl. bereits v. *Hellfeld*, GRUR 1989, 471 (483); *Beier*, GRUR 1972, 214 (218 f.).

²² *Haedicke* (Fn. 19), Kap. 6 Rn. 5; *Nack* (Fn. 20), S. 169 ff., arbeitet die allgemeinsprachliche Bedeutung von „Technik“ als „Mittel zu einem bestimmten Zweck“ heraus.

²³ BGHZ 149, 68 (74) – Suche fehlerhafter Zeichenketten.

²⁴ Vgl. BGH GRUR 2015, 1184 (1186 Rn. 20) – Entsperrbild.

²⁵ *Beyer*, in: Festschrift 25 Jahre Bundespatentgericht, 1986, S. 189 (193 ff.), spricht von „Information“.

sein, erst recht eine Vorrichtung zum Bewegen, Erhitzen, Beleuchten, zur Schallerzeugung etc.

Schließlich ist auch die übrige Architektur eines KI-Systems nicht anders als technisch vorstellbar, denn sie ist per definitionem eine zur Ausführung des Agentenprogramms bestimmte Vorrichtung, mithin ein Gegenstand der Technik.²⁶ Allein zweifelhaft bleibt also die technische Natur des Agentenprogramms und im Speziellen der Bewertungsfunktion und des Verfahrens zum maschinellen Lernen, die sich nicht zwingend, in der Praxis aber ganz überwiegend in der Erscheinungsform von computerimplementierten Erfindungen (computer implemented inventions, „CII“) präsentieren werden. Ob CII aber als technisch oder nicht-technisch anzusehen sind, lässt sich allein dem Wortsinn nach nicht entscheiden.²⁷

2. Patentausschlussgründe

Das Gesetz zieht zwar diesbezüglich, ohne ausdrücklich auf den Technikbegriff Bezug zu nehmen, mehrere Schranken: Gem. § 1 Abs. 3, 4 PatG²⁸ sind bestimmte Gegenstände oder Tätigkeiten nicht patentierbar, soweit für sie „als solche“ Schutz begehrt wird. Für den Bereich der KI relevant sind unter diesen ausgeschlossenen Gegenständen und Tätigkeiten insbesondere mathematische Methoden (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 Alt. 2 PatG), Pläne, Regeln und Verfahren für gedankliche Tätigkeiten, für Spiele oder für geschäftliche Tätigkeiten sowie Programme für Datenverarbeitungsanlagen (§ 1 Abs. 3 Nr. 3 PatG) und die Wiedergabe von Informationen (§ 1 Abs. 3 Nr. 4 PatG). Es kann dahinstehen, ob das Gesetz insoweit implizit den patentrechtlichen Technizitätsbegriff präzisiert²⁹ oder ob die Ausschlussgründe eine sozusagen negative fünfte materielle Patentierbarkeitsvoraussetzung darstellen³⁰; in jedem Fall handelt es sich dabei um absolute Hürden der Patentierbarkeit, die sinnvollerweise im Zusammenhang mit dem Technizitätserfordernis zu betrachten sind. Allerdings sind diese Ausschlussvorschriften ihrem reinen Wortlaut nach nur begrenzt hilfreich. Ihre Interpretation im Hinblick auf CII ist umstritten,³¹ dem in § 1 Abs. 4 PatG normierten Patentierungsausschluss der genannten Gegenstände

oder Tätigkeiten als solcher wird teilweise gar ein eigener Regelungsgehalt gänzlich abgesprochen.³²

3. Historische Betrachtung des gesetzgeberischen Willens

Erforscht man den historischen Willen des Gesetzgebers, so stellt sich heraus, dass das Technizitätserfordernis zwar dem Wortlaut nach erst Ende 2007 ausdrücklich in den Gesetzestext von § 1 Abs. 1 PatG aufgenommen wurde,³³ vor dieser Zeit jedoch durchgehend in den auf die industrielle Gütererzeugung ausgerichteten³⁴ Rechtsbegriff der Erfindung hineingedeutet worden³⁵ und dadurch bereits seit Einführung des PatG im ausgehenden 19. Jahrhundert vorhanden war.³⁶ Der Gesetzgeber sah durch die Aufnahme der Wendung „auf allen Gebieten der Technik“ in den Gesetzestext die Rechtslage im Hinblick auf das Technizitätserfordernis ausdrücklich nicht verändert; nach welchen Kriterien über die Patentierbarkeit von Computersoftware zu entscheiden ist, wollte er weiterhin der Rechtsprechung überlassen.³⁷

Die Aufnahme von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen in den Katalog der nicht patentierbaren Lehren (zunächst in Art. 52 Abs. 2 lit. c EPÜ, später in den heutigen § 1 Abs. 3 Nr. 3 PatG) in den 1970er Jahren³⁸ wiederum basierte darauf, dass einerseits der Gesetzgeber dem EPA den damals schwer abzuschätzenden Prüfungsaufwand für fachlich neuartige CII ersparen wollte und andererseits die Industrie kein dringendes Bedürfnis geltend machte, Computersoftware in breitem Umfang patentierbar zu machen, wobei auch hier der Rechtsprechung die weitere Ausdetaillierung überlassen bleiben sollte.³⁹ Die „als solche“-Klausel (Art. 52 Abs. 3 EPÜ, § 1 Abs. 4 PatG) geht namentlich auf deutsche Initiative zurück und sollte einen völligen Ausschluss von Computersoftware von der Patentierbarkeit verhindern.⁴⁰

In der jüngeren Vergangenheit gab es auf europäischer und auf bundesdeutscher Ebene je eine Initiative zur weiteren Normsetzung für CII, die jedoch beide bislang nicht zu einer Normänderung geführt haben: Ein Entwurf für eine EU-Richtlinie über die Patentierbarkeit von CII, die deren patentrechtliche Behandlung hätte harmonisieren sollen, scheiterte

²⁶ Vgl. *Pesch*, MMR 2019, 14 (16).

²⁷ Vgl. *Haedicke* (Fn. 19), Kap. 10 Rn. 5.

²⁸ Auf das Zitieren der gleich lautenden Normen Art. 52 Abs. 2, 3 EPÜ wird hier und im Folgenden der Einfachheit halber verzichtet.

²⁹ So *Haedicke* (Fn. 19), Kap. 6 Rn. 4, 19, 26; *Moufang*, in: Schulte, Kommentar zum PatG mit EPÜ, 8. Aufl. 2008, § 1 PatG Rn. 116 f.; *Nack* (Fn. 20), S. 271, interpretiert auch die BGH-Rspr. dahingehend.

³⁰ So im Ergebnis *Keukenschrijver*, in: Busse/Keukenschrijver, Kommentar zum PatG, 8. Aufl. 2016, § 1 PatG Rn. 43; offenlassend *Bacher*, in: Benkard, Kommentar zum PatG, 11. Aufl. 2015, § 1 PatG Rn. 95b.

³¹ *Keukenschrijver* (Fn. 30), § 1 PatG Rn. 46; *Bacher* (Fn. 30), § 1 PatG Rn. 105; *Nack* (Fn. 20), S. 269 ff.

³² *Haedicke* (Fn. 19), Kap. 6 Rn. 26; Kap. 10 Rn. 20; *Nack* (Fn. 20), S. 271; v. *Hellfeld*, GRUR 1989, 471 (475 ff.); dagegen besteht nach *Moufang* (Fn. 29), § 1 PatG Rn. 118 f., ein Regelungsgehalt dahingehend, dass die Ausschlussstatbestände eng auszulegen sind.

³³ Gesetz zur Umsetzung der Akte vom 29.11.2000 zur Revision des Übereinkommens über die Erteilung europäischer Patente vom 24.8.2007, BGBl. I 2007, S. 2166.

³⁴ Vgl. *Kolle*, GRUR 1977, 58 (61).

³⁵ BGHZ 52, 74 (77) – Rote Taube; *Kraßer/Ann* (Fn. 17), § 12 Rn. 2; *Kolle*, GRUR 1977, 58 (61), spricht von Gewohnheitsrecht.

³⁶ *Nack* (Fn. 20), S. 162 f., zeichnet nach, wie die Technizität unter weiteren Merkmalen der patentrechtlichen Erfindung immer größere Bedeutung erlangt hat.

³⁷ BT-Drs. 16/4382, S. 10, zu Art. 2 Nr. 1.

³⁸ *Nack* (Fn. 20), S. 262 ff.

³⁹ *Kraßer/Ann* (Fn. 17), § 12 Rn. 22.

⁴⁰ *Nack* (Fn. 20), S. 266 f.

nach äußerst kontroverser auch öffentlicher Diskussion durch Ablehnung im EU-Parlament im Jahr 2005.⁴¹ Im Jahre 2013 wurde ein interfraktioneller Antrag zur Begrenzung der Patentierbarkeit von CII⁴² mit überwältigender Mehrheit im deutschen Bundestag angenommen.⁴³ Seither hat er jedoch, soweit ersichtlich, keine weiteren gesetzgeberischen Wirkungen gezeigt, wohl auch wegen der wiederum sehr kontroversen Kommentare, die die betroffene Fachwelt dazu seinerzeit abgegeben hatte.⁴⁴

Vor diesem historischen Hintergrund lässt sich zusammenfassend feststellen, dass die Rechtsprechung seit Jahrzehnten sowohl vom europäischen als auch vom deutschen Gesetzgeber mit einem weitreichenden Auftrag zur Rechtsfortbildung⁴⁵ hinsichtlich der Patentierbarkeit von CII versehen ist.

4. Technizität in der Rechtsanwendungspraxis

Der BGH als oberste deutsche gerichtliche Instanz hatte bereits 1969 in der grundlegenden⁴⁶ Entscheidung „Rote Taube“ darauf hingewiesen, dass die historische Auslegung des Begriffs der patentierbaren Erfindung nicht zielführend sei, dass bei seiner Auslegung vielmehr gerade der aktuelle Stand der Naturwissenschaften berücksichtigt werden müsse.⁴⁷ In einer Entscheidung aus dem Jahr 1999 führte er weiter aus, dass „der Technikbegriff des Patentrechts nicht statisch, das heißt ein für alle Mal feststehend verstanden werden“ könne. Er sei „Modifikationen zugänglich, sofern die technologische Entwicklung und ein daran angepasster effektiver Patentschutz dies erforder[te]n.“⁴⁸

a) Die Entscheidung „Rote Taube“

In der Rote-Taube-Entscheidung hatte der BGH definiert, eine Lehre „zum planmäßigen Handeln unter Einsatz beherrschbarer Naturkräfte zur Erreichung eines kausal übersehbaren Erfolges“ sei – entweder unmittelbar oder zumindest entsprechend – technisch im Sinne des PatG,⁴⁹ wobei in weiteren Entscheidungen die beherrschbaren Naturkräfte insbesondere von der menschlichen Verstandestätigkeit abgegrenzt worden waren.⁵⁰ Daraus durfte man zunächst schließen, dass auch Computersoftware als Lehre einer nicht-menschlichen verstandesähnlichen Tätigkeit nicht patentierbar sein könne.⁵¹ Noch verschärfend wirkte in diesem Sinne die Kerntheorie, die der BGH vorübergehend anwandte und gemäß der selbst einer auch-technischen Lehre der Patentschutz versagt wurde, wenn sie schwerpunktmäßig nicht-technisch war.⁵²

b) Die Entscheidung „Logikverifikation“

Mit der Entscheidung „Logikverifikation“ modifizierte der BGH jedoch die von „Rote Taube“ herrührende Grenzziehung der Patentierbarkeit, weil er sie insbesondere für CII als zu eng empfand,⁵³ und hat seither, basierend auf Erwägungen über den Sinn und Zweck des Patentschutzes,⁵⁴ in erster Linie darauf abgestellt, ob eine Lehre zur Lösung eines konkreten technischen Problems⁵⁵ mit technischen Mitteln⁵⁶ vorliegt. Soweit dies der Fall ist, kann selbst eine mathematische Methode als technisch anzusehen sein, und der Patentierungsausschluss gem. § 1 Abs. 3 Nr. 1 Alt. 2, Abs. 4 PatG ist dann nicht einschlägig.⁵⁷ Der gesetzlich normierte Patentierbarkeitsausschluss von Computersoftware und anderen Gegenständen „als solchen“ wird von der Rechtsprechung also nur angewandt, wenn die Lehre unter keinem Gesichtspunkt einen technischen Charakter hat, so dass teilweise den Aus-

⁴¹ *Kraßer/Ann* (Fn. 17), § 7 Rn. 119 f.; ausführlich *Schrader*, *Technizität im Patentrecht – Aufstieg und Niedergang eines Rechtsbegriffs*, 2007, Rn. 214 ff.

⁴² BT-Drs. 17/13086 „Wettbewerb und Innovationsdynamik im Softwarebereich sichern – Patentierung von Computerprogrammen effektiv begrenzen“.

⁴³ BT-Pl.-Prot. 17/234, S. 29318 (C); BT-Pl.-Prot. 17/244, S. 30309 ff.

⁴⁴ Ablehnend *Haedicke/Zech*, GRUR-Beilage 2014, 52 (54 und Fn. 13); *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2013, 704 (704 f.); *Ensthaler*, GRUR 2013, 666 (669); dagegen mehrheitlich zustimmend die mittelständische IT-Industrie, vgl. beclink 1026492 v. 15.5.2013 „Anhörung: Experten mehrheitlich für Begrenzung von Software-Patenten“; Wortprotokoll der 130. Sitzung des BT-Rechtsausschusses vom 13.5.2013.

⁴⁵ Im Sinne von *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, 10. Aufl. 2018, Rn. 813, betreiben BGH und EPA-Beschwerdekammern in einem Fall wie diesem, in dem der Gesetzgeber von seiner Regelungskompetenz ausdrücklich keinen Gebrauch gemacht hat, eindeutig Rechtsfortbildung und nicht mehr bloße Auslegung.

⁴⁶ *Bunke*, Mitt. 2009, 169 (169).

⁴⁷ Vgl. BGHZ 52, 74 (76) – Rote Taube.

⁴⁸ BGHZ 143, 255 (266) – Logikverifikation.

⁴⁹ BGHZ 52, 74 (79) – Rote Taube; *Bunke*, Mitt. 2009, 169 (171), weist darauf hin, dass der BGH hier sogar die Möglichkeit geschaffen, jedoch später nie darauf zurückgegriffen hat, auf das unmittelbare Vorliegen von Technizität gänzlich zu verzichten.

⁵⁰ BGHZ 115, 23 (30 f.) – Chinesische Schriftzeichen; initial prägend insoweit BGHZ 67, 22 (26 f.) – Dispositionsprogramm; vgl. *Bunke*, Mitt. 2009, 169 (173).

⁵¹ *Kolle*, GRUR 1977, 58 (74).

⁵² Vgl. BGH GRUR 1986, 531 (533 f. Tz. II) – Flugkostenminimierung; *Kraßer/Ann* (Fn. 17), § 12 Rn. 58 ff. Die Kerntheorie gab der BGH 1992 auf, BGH GRUR 1992, 430 (431 f. Tz. II. 5) – Tauchcomputer; rückblickend BGH GRUR 2009, 479 (480 Rn. 10) – Steuerungseinrichtung für Untersuchungsmodalitäten; *Bacher* (Fn. 30), § 1 PatG Rn. 45b.

⁵³ BGHZ 143, 255 (266 f.) – Logikverifikation.

⁵⁴ BGHZ 149, 68 (76 f.) – Suche fehlerhafter Zeichenketten.

⁵⁵ BGHZ 149, 68 (74) – Suche fehlerhafter Zeichenketten.

⁵⁶ BGH GRUR 2017, 57 (60 Rn. 30) – Datengenerator; vgl. auch BGHZ 149, 68 (75) – Suche fehlerhafter Zeichenketten; BGHZ 143, 255 (265 f.) – Logikverifikation.

⁵⁷ BGH GRUR 2015, 983 (985 Rn. 27) – Flugzeugzustand; in diesem Sinne auch bereits EPA BeckRS 2012, 213594, Rn. 36.

schlussstatbeständen eine spürbare rechtspraktische Auswirkung gänzlich abgesprochen wird.⁵⁸ Bei der Feststellung der Technizität sieht sich der BGH in einzelnen Grenzfällen dem Vorwurf der Inkonsistenz⁵⁹ bzw. zumindest der Unschärfe und Intransparenz⁶⁰ ausgesetzt.

c) Die Rechtsprechung des EPA

Auch in der Rechtsprechung des EPA ist für die Gewährung von Patentschutz für CII letztendlich entscheidend, ob ein technisches Problem mit technischen Mitteln gelöst wird. Allerdings hat das EPA diese Beurteilung verfahrensmäßig in die Prüfung der Neuheit und erfinderischen Tätigkeit verlagert.⁶¹ Gab es früher noch vereinzelt Ablehnungen aufgrund fehlenden technischen Charakters,⁶² so wird Technizität der Erfindung vom EPA inzwischen für sämtliche CII schon allein deshalb bejaht, weil eine solche Lehre die Nutzung eines Computers erfordert, welcher ein technisches Mittel ist.⁶³ Dies kann man als beispielhaft für die generelle Tendenz des EPA sehen, bei der Gewährung von Patentschutz für CII eher großzügig zu sein; dieser Tendenz ist die deutsche Rechtsprechung bisher nach und nach gefolgt.⁶⁴ Andererseits genügt auch dem EPA die bloße Nutzung eines Computers nicht mehr, wenn es die Technizität effektiv ein zweites Mal bei der Beurteilung der erfinderischen Höhe prüft (siehe unten IV. 2. b).

5. Zwischenergebnis

Entscheidend für die Patentierbarkeit von CII unter dem Aspekt der Technizität ist aus BGH-Sicht demnach ihr Gegenstand. Daraus lässt sich ableiten, dass beispielsweise ein Softwareprogramm zum autonomen Fahren als technisch anzusehen ist, denn das Programm löst ein technisches Problem mit technischen Mitteln in der Weise, dass mit seiner Hilfe die beherrschbaren Naturkräfte der Mechanik so eingesetzt werden, dass der Erfolg einer planmäßigen maschinellen Fortbewegung unter Vermeidung von Unfällen kausal eintritt. Ebenso verhält es sich mit jedem anderen Computer-

programm, das eine Maschine steuert,⁶⁵ selbst wenn das Programm lediglich Steuerparameter oder sonstige technische Werte berechnet und anzeigt.⁶⁶ Die zu steuernde Maschine kann sogar die Architektur des Agentenprogramms selbst sein, so dass eine Lehre als unter dem Aspekt der Technizität patentierbar anzusehen ist, wenn sie in einer ansonsten untechnischen Computeranwendung in besonderer Weise von der Computerhardware Gebrauch macht, also die „Funktionsfähigkeit der Datenverarbeitungsanlage als solche betrifft“.⁶⁷

Wegen Mangels an Technizität vom Patentschutz ausgeschlossen sind dagegen beispielsweise CII zur Textverarbeitung⁶⁸ oder im Bereich von Logistik-, Datenbank- oder sonstigen betriebswirtschaftlichen Anwendungen.⁶⁹ Dasselbe dürfte gelten für ein Lehrtutorial zum Erlernen einer Fremdsprache, für ein Legal-Tech-System und für einen Schachcomputer. Ein System zur Sprach- oder Bilderkennung schließlich könnte, muss aber nicht technisch sein.

IV. Weitere Voraussetzungen der Patentierbarkeit

Hat eine Lehre die Hürde der Technizität genommen, so muss sie außerdem noch neu, erfinderisch und gewerblich anwendbar sein, damit ihr Erfinder für sie Patentschutz erlangen kann.

1. Neuheit

Was im Sinne des Patentrechts als neu gilt, normiert § 3 PatG (bzw. – in einzelnen Details nicht ganz wortgleich – Art. 54 EPÜ): Eine Erfindung gilt als neu, wenn sie nicht zum Stand der Technik gehört (§ 3 Abs. 1 S. 1 PatG, Art. 54 Abs. 1 EPÜ). Der Stand der Technik umfasst gem. § 3 Abs. 1 S. 2 PatG, Art. 54 Abs. 2 EPÜ alle Kenntnisse, die der Öffentlichkeit zum maßgeblichen Stichtag zugänglich waren. Dazu gehören insbesondere die Inhalte von Veröffentlichungen in Schriften und in elektronischen Medien⁷⁰ ohne räumliche oder sachliche Eingrenzung,⁷¹ von mündlichen Beschreibungen und die öffentliche Vorbenutzung jeweils in dem Sinnumfang, wie sie der Durchschnittsfachmann⁷² zur Kenntnis nehmen würde.

Für die Frage, ob eine Information bereits die Öffentlichkeit erreicht hat oder als ausschließlich im vertraulichen Umfeld des Erfinders verbreitet und daher nicht veröffentlicht zu gelten hat, ist entscheidend, ob der Kreis derjenigen, die Kenntnis erlangt haben, noch als kontrollierbar angesehen werden kann.⁷³ Auch zum Stand der Technik zählt der Inhalt

⁵⁸ *Kraßer/Ann* (Fn. 17), § 12 Rn. 57, 147; BGH GRUR 2011, 610 (612 Rn. 14) – Webseitenanzeige, erscheint auf den ersten Blick als Gegenbeispiel, in Rn. 19 ff. wird dann aber wieder ausschließlich darauf abgestellt, ob die Lehre ein technisches Problem mit technischen Mitteln löst.

⁵⁹ *Kraßer/Ann* (Fn. 17), § 12 Rn. 89 ff.; erheblich kritischer *Bunke*, Mitt. 2009, 169 (176).

⁶⁰ *Haedicke* (Fn. 19), Kap. 6 Rn. 13.

⁶¹ *Moufang*, GRUR Int. 2018, 1146 (1147); *Kraßer/Ann* (Fn. 17), § 12 Rn. 115.

⁶² *Kraßer/Ann* (Fn. 17), § 12 Rn. 7.

⁶³ *Ménière/Pihlajamaa*, GRUR 2019, 332 (334); EPA, Richtlinien für die Prüfung im Europäischen Patentamt, November 2018, Teil G Kap. II S. 19 f. (beachte die Unterscheidung zwischen CII und Computerprogrammen; nur für letztere wird eine „weitere technische Wirkung“ verlangt).

⁶⁴ *Keukenschrijver* (Fn. 30), § 1 PatG Rn. 60; *Kraßer/Ann* (Fn. 17), § 12 Rn. 24 ff.

⁶⁵ BGH GRUR 2009, 479 (480 Rn. 12) – Steuerungseinrichtung für Untersuchungsmodalitäten.

⁶⁶ Vgl. BGH GRUR 1992, 430 (432 Tz. II. 5. c) – Tauchcomputer.

⁶⁷ BGHZ 115, 11 (20 f. Tz. II. 5. d) – Seitenpuffer.

⁶⁸ Vgl. BGHZ 149, 68 (77) – Suche fehlerhafter Zeichenketten.

⁶⁹ Vgl. *Bacher* (Fn. 30), § 1 PatG Rn. 127.

⁷⁰ *Mellullis*, in: Benkard, Kommentar zum PatG, 11. Aufl. 2015, § 3 PatG Rn. 141 f.

⁷¹ *Kraßer/Ann* (Fn. 17), § 16 Rn. 18.

⁷² BGHZ 128, 270 (276 f.) – Elektrische Steckverbindung; *Haedicke* (Fn. 19), Kap. 6 Rn. 38 f.

⁷³ *Mellullis* (Fn. 70), § 3 PatG Rn. 77.

von Patentschriften mit älterem Zeitrang, selbst wenn er zum maßgeblichen Stichtag nicht veröffentlicht ist (§ 3 Abs. 2 S. 1 PatG, Art. 54 Abs. 3 EPÜ). Man spricht insoweit vom erweiterten Neuheitsbegriff.⁷⁴

Charakteristisch für die Neuheitsprüfung einer Erfindung ist der Einzelvergleich: Jede mögliche Entgeghaltung wird einzeln mit der angemeldeten Erfindung verglichen. Ihre Neuheit wird nur dann verneint, wenn die komplette Erfindung mit all ihren Merkmalen bereits in der einzelnen Entgeghaltung enthalten ist. Nicht neuheitsschädlich ist es dagegen, wenn sich die Erfindung mosaikartig aus mehreren Entgeghaltungen aus dem Stand der Technik ableiten lässt.⁷⁵ Jedoch wird in solch einem Fall nicht selten die erfinderische Tätigkeit zweifelhaft sein.

Die Neuheitsprüfung für eine Lehre aus dem Bereich der KI entspricht dem patentrechtlichen Standard; sie bietet konzeptionell keine besonderen Herausforderungen, die spezifisch für KI wären.

2. Erfinderische Tätigkeit

Das Merkmal „auf erfinderischer Tätigkeit beruhend“ wird im Gesetz so definiert, dass sich die Lehre für den Fachmann nicht in naheliegender Weise aus dem Stand der Technik ergeben darf, § 4 S. 1 PatG, Art. 56 S. 1 EPÜ. Wie bei der Neuheitsprüfung ist der Stand der Technik stichtagsbezogen aus Sicht des Durchschnittsfachmanns zu ermitteln, anders als dort wird jedoch der Inhalt von unveröffentlichten Patentanmeldungen ausgeklammert, § 4 S. 2 PatG, Art. 56 S. 2 EPÜ.

Stellt die Neuheitsprüfung einen (weitgehend) wertungsfreien Erkenntnisakt dar, so soll im Gegensatz dazu die Erfindungshöhe in einem „Akt wertender Entscheidung“⁷⁶ geprüft werden, dessen Einzelheiten sich jedoch nicht in wenigen Sätzen allgemeingültig umreißen lassen.⁷⁷ Unter anderem findet im Unterschied zur Neuheitsprüfung kein Einzelvergleich statt. Gefordert wird stattdessen eine Mosaikbetrachtung, d.h. die gesamthafte Betrachtung von möglichen Entgeghaltungen. Wenn diese zusammengekommen alle Merkmale einer neuen Lehre offenbaren, so kann sich daraus ergeben, dass die Lehre naheliegend ist, dies ist allerdings kein zwingender Schluss.⁷⁸

a) Ein zweites Mal Technizität

Zentral für eine Diskussion der Patentierbarkeit von KI sind hier indessen nicht die Details der Kriterien, nach denen der Abstand zum Stand der Technik bestimmt wird. Wesentliche Bedeutung kommt vielmehr der Frage zu, was genau der Gegenstand dieser Prüfung ist. Für solche CII, die die Tech-

nizitätsprüfung als auch-technisch passiert haben, stellt sich hier ein zweites Mal die Frage nach dem technischen Charakter,⁷⁹ und zwar nun nicht mehr auf Ebene der gesamten Erfindung, sondern auf Ebene der einzelnen Erfindungsmerkmale.⁸⁰ Da eine Erfindung „auf einem Gebiet der Technik“ liegen muss, muss auch die erfinderische Tätigkeit, d.h. der Abstand zum Stand der Technik, auf technischem Gebiet liegen; dazu tragen nicht zwingend alle Merkmale bei.⁸¹ Für die Berücksichtigung bei der Prüfung der Erfindungshöhe ist aus BGH-Sicht allerdings nicht entscheidend, ob das Merkmal für sich genommen technisch ist oder nicht, sondern ob es die Lösung des technischen Problems bestimmt oder zumindest beeinflusst.⁸² Wenn dies der Fall ist, d.h. wenn das Merkmal der Lösung eines konkreten technischen Problems mit technischen Mitteln dient, dann kommt es für die Prüfung, ob sein Beitrag nicht naheliegend war, in Betracht. Andernfalls trägt das Merkmal nichts zur Patentierbarkeit der zu prüfenden Lehre bei.⁸³

b) Der Aufgabe-Lösungs-Ansatz des EPA

Eine Besonderheit im Prüfverfahren des EPA ist der Aufgabe-Lösungs-Ansatz: Durch Vergleich der angemeldeten Lehre mit dem nächstkommen Stand der Technik wird die technische Aufgabe bestimmt, die die Lehre objektiv löst; anschließend werden die technischen Merkmale, die die Lösung ausmachen, daraufhin untersucht, ob sie naheliegend waren.⁸⁴ Einerseits schafft dieses einheitliche Verfahren Rechtssicherheit, andererseits birgt es die Gefahr, dass durch die Formulierung der Aufgabe ex post Teile der Lösung schon vorweggenommen werden.⁸⁵ Aus Sicht des EPA ist eine derartige Vorwegnahme durch Aufnahme in die Aufgabenformulierung für technische Merkmale nicht zulässig, für nicht-technische Merkmale ggf. aber sogar geboten.⁸⁶ Dadurch wird automatisch sichergestellt, dass die Lösung einer nichttechnischen

⁷⁴ Haedicke (Fn. 19), Kap. 6 Rn. 35.

⁷⁵ Haedicke (Fn. 19), Kap. 6 Rn. 37; Keukenschrijver (Fn. 30), § 3 PatG Rn. 85 ff.

⁷⁶ BGHZ 128, 270 (274 f.) – Elektrische Steckverbindung.

⁷⁷ Haedicke (Fn. 19), Kap. 6 Rn. 53; Kraßer/Ann (Fn. 17), § 18 Rn. 38 ff.; Götting/Hetmank/Schwipps, Patentrecht, 2014, Rn. 167.

⁷⁸ Haedicke (Fn. 19), Kap. 6 Rn. 62 ff.; Kraßer/Ann (Fn. 17), § 18 Rn. 86 ff.

⁷⁹ Aus diesem Grund kann das EPA die Technizitätsprüfung verfahrensmäßig in die Prüfung der Erfindungshöhe verlagern und dennoch zu vergleichbaren Ergebnissen kommen wie der BGH. Zur nicht immer ganz geradlinigen Entwicklung der EPA-Sprachpraxis vgl. Schrader (Fn. 41), Rn. 188 ff.

⁸⁰ BGHZ 159, 197 (205) – Elektronischer Zahlungsverkehr, spricht von „prägenden Anweisungen“.

⁸¹ Haedicke (Fn. 19), Kap. 6 Rn. 56; Kraßer/Ann (Fn. 17), § 12 Rn. 107 ff.; Asendorf/Schmidt, in: Benkard, Kommentar zum PatG, 11. Aufl. 2015, § 4 PatG Rn. 62 f.; Anders, GRUR 2004, 461 (464 f.).

⁸² BGH GRUR 2017, 57 (60 Rn. 30 m.w.N.) – Datengenerator; BGH GRUR 2015, 983 (984 f. Rn. 24 f.) – Flugzeugzustand; Haedicke (Fn. 19), Kap. 6 Rn. 56.

⁸³ BGH GRUR 2015, 1184 (1186 Rn. 21) – Entsperrbild; BGH GRUR 2011, 125 (127 Rn. 30) – Wiedergabe topografischer Informationen.

⁸⁴ EPA GRUR Int. 2003, 852 (853 f. Tz. 5) – Zwei Kennungen/COMVIK; Lederer, GRUR-Prax 2019, 152 (153).

⁸⁵ Haedicke (Fn. 19), Kap. 6 Rn. 68 f.

⁸⁶ EPA GRUR Int. 2003, 852 (854 Tz. 7) – Zwei Kennungen/COMVIK.

(Teil-)Aufgabe bei der für die Patentierbarkeit maßgeblichen Beurteilung der Erfindungshöhe keine Rolle spielt.⁸⁷

An der gesetzgeberischen Regelungssystematik wird kritisiert, dass der Prüfer „die gleiche Arbeit eigentlich zweimal machen“ solle.⁸⁸ Die Voraussetzung „auf allen Gebieten der Technik“ (Art. 52 Abs. 1 EPÜ) sei bereits in der Voraussetzung des Nicht Naheliegens gegenüber dem Stand der Technik gem. Art. 56 S. 1 EPÜ enthalten. Daher sei die Verlagerung der Technizitätsprüfung in die Prüfung der erfinderischen Höhe durch das EPA nur folgerichtig. In der Tat spricht einiges dafür, dass die Regelung zu einem redundanten Prüfungsaufbau führt: Eine Erfindung wird immer jedenfalls insoweit auf technischem Gebiet liegen, als sie dem Stand der Technik etwas nicht naheliegendes Technisches hinzufügt.⁸⁹

Auch beim EPA ist also die Interpretation und Weiterentwicklung des Technizitätsbegriffs, der verfahrensmäßig bei der Prüfung der erfinderischen Höhe zum Tragen kommt, entscheidend für die Patentierbarkeit von CII. Vergleichbar mit der BGH-Entscheidung „Logikverifikation“ hat das EPA sich in der Entscheidung „Schaltkreissimulation“ von der bis dahin in seiner Rechtsprechung vertretenen Ansicht gelöst, dass ein angemeldetes Verfahren noch nicht technisch sei, wenn es ein technisches Bauteil lediglich entwerfe oder simuliere.⁹⁰ Auch weiterhin nicht patentierbar sind dagegen CII zur Simulation nichttechnischer Gegenstände, Verfahren und Systeme⁹¹ sowie die typische KI-„Kerntechnologie“, die ein System in die Lage versetzt, Daten zu klassifizieren, da dies nicht-technische mathematische Algorithmen im Sinne von Art. 52 Abs. 2 lit. a Var. 3 EPÜ sind.⁹²

3. Gewerbliche Anwendbarkeit

Nach der gesetzlichen Definition in § 5 PatG, Art. 57 EPÜ ist eine Erfindung gewerblich anwendbar, wenn ihr Gegenstand auf irgendeinem gewerblichen Gebiet einschließlich der Landwirtschaft hergestellt oder benutzt werden kann.

Das Erfordernis der gewerblichen Anwendbarkeit einer Erfindung diene seinem Sinn und Zweck nach ursprünglich der Begrenzung des Schutzgegenstandes auf konkrete An-

wendungen im Gegensatz zu Grundlagenwissen,⁹³ das frei benutzbar bleiben sollte. Diese Funktion hat die Vorschrift heute praktisch vollkommen verloren; sie wird an ihrer Stelle von der Voraussetzung des technischen Charakters übernommen.⁹⁴

Stellt man auf das handelsrechtliche Gegensatzpaar gewerbliche Betätigung – freie Berufe ab, so ergibt sich ein Rest-Regelungsgehalt dahingehend, dass solche Verfahrenserfindungen von der Patentierbarkeit ausgeschlossen sind, welche ausschließlich in den Zuständigkeitsbereich der freien Berufe fallen. Als KI könnten dies beispielsweise Legal-Tech-Systeme, CII zur Hervorbringung künstlerischer oder architektonischer Schöpfungen oder medizinische Diagnosesysteme⁹⁵ sein. Ein solcher Regulationsgehalt wird teilweise bejaht,⁹⁶ teilweise als unsinnig abgelehnt.⁹⁷ Nach dem heutigen Technizitätsverständnis dürfte es kaum Beispiele geben, die zwar auf einem Gebiet der Technik liegen, jedoch in keiner Weise gewerblich anwendbar sind, daher ist die Betrachtung rein theoretischer Natur. Sie müsste jedoch ggf. bei einer zukünftigen Erweiterung des Technizitätsverständnisses berücksichtigt werden. In der Praxis ist die gewerbliche Anwendbarkeit einer Erfindung äußerst selten problematisch.⁹⁸

4. Zwischenergebnis

Für das Agentenprogramm als KI-typische Kategorie möglicher Erfindungen sowie die Bewertungsfunktion und das Verfahren zum maschinellen Lernen als charakteristische Subsysteme ergibt sich aus der bisherigen Darstellung, dass sie patentrechtlich nicht anders zu behandeln sind als die im Gesetz benannten Programme für Datenverarbeitungsanlagen.⁹⁹ „Als solche“ sind sie nicht patentierbar, für Patentschutz kommen sie jedoch dann in Betracht, wenn sie nach den richterrechtlich geprägten, sich dynamisch weiterentwickelnden Kriterien technisch sind.

V. Bewertung der bestehenden Rechtsanwendungspraxis

Das praktische Resultat der Art und Weise, nach der die Rechtsprechung den Begriff der Technizität anwendet und

⁸⁷ Vgl. *Moufang*, GRUR Int. 2018, 1146 (1147); noch skeptisch *Moufang* (Fn. 29), § 4 PatG Rn. 10.

⁸⁸ *Nack*, GRUR 2014, 148 (149); *ders.*, GRUR Int. 2004, 771 (771 f.).

⁸⁹ *Ensthaler*, GRUR 2015, 150 (150 ff.), der die gesetzliche Regelung verteidigt, geht auf diesen Aspekt der Redundanz leider nicht ein.

⁹⁰ EPA GRUR Int. 2008, 59 (61 f. Tz. 3.4) – Schaltkreissimulation I/INFINEON TECHNOLOGIES; *Moufang*, GRUR Int. 2018, 1146 (1149).

⁹¹ *Moufang*, GRUR Int. 2018, 1146 (1151 f.).

⁹² EPA BeckRS 2014, 118277, Rn. 24 f. – Classification/BDGB ENTERPRISE SOFTWARE; *Lederer*, GRUR-Prax 2019, 152 (152 f.); *Moufang*, GRUR Int. 2018, 1146 (1152), weist auf eine ausstehende EPA-Entscheidung hin, die die Abgrenzung für Simulationsverfahren weiter ausdifferenzieren dürfte.

⁹³ *Kraßer/Ann* (Fn. 17), § 10 Rn. 3; *Moufang* (Fn. 29), § 3 PatG Rn. 6.

⁹⁴ *Kraßer/Ann* (Fn. 17), § 13 Rn. 1; *Nack* (Fn. 20), S. 153 f.; *Beier*, GRUR 1972, 214 (216).

⁹⁵ Medizinische Diagnoseverfahren sind freilich schon gem. § 2a Abs. 1 Nr. 2 PatG vom Patentschutz ausgeschlossen.

⁹⁶ *Kraßer/Ann* (Fn. 17), § 13 Rn. 3; wohl auch *Moufang* (Fn. 29), § 5 PatG Rn. 10.

⁹⁷ *Haedicke* (Fn. 19), Kap. 6 Rn. 77.

⁹⁸ *Götting/Hetmank/Schwiipps* (Fn. 77), Rn. 195; drei exotische Beispiele bei *Moufang* (Fn. 29), § 5 PatG Rn. 9.

⁹⁹ Soweit Agentenprogramme betrachtet werden, die keine Programme für Datenverarbeitungsanlagen sind, beruht diese Feststellung auf der analogen Anwendung der richterrechtlichen Grundsätze zur Technizität von CII. Die Voraussetzungen einer Analogie, insbesondere Gleichheit der Interessenlage, müssten im Einzelfall überprüft werden, dürften für aus heutiger Sicht vorstellbare Fälle jedoch regelmäßig erfüllt sein.

sein Verständnis weiterentwickelt und ausdifferenziert, soll nun abschließend im Hinblick darauf bewertet werden, ob es im Lichte der gesetzessystematischen Stellung und der Teleologie des Patentrechts sinnvoll und zweckmäßig ist.

1. Systematischer Kontext des Patentschutzes für KI

Seiner Rechtsnatur nach gehört der Patentschutz zur Materie des gewerblichen Rechtsschutzes. Als verwandte rechtliche Schutzinstitute kommen für eine KI-Lehre neben dem Patentschutz grundsätzlich auch der Urheberrechtsschutz sowie wettbewerbsrechtlicher Schutz von Geschäftsgeheimnissen in Frage,¹⁰⁰ die wie auch der Patentschutz für den Rechtsinhaber Ansprüche auf Unterlassung bzw. Schadensersatz gegen den unberechtigten Nutzer vorsehen.

a) Urheberrechtlicher Schutz für KI

Liegt KI in Form einer CII vor, so unterfällt ihr Computerprogramm als geistige Schöpfung in Form eines Sprachwerks oder als Darstellung wissenschaftlicher oder technischer Art automatisch dem urheberrechtlichen Schutz (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 3, Nr. 7 UrhG).¹⁰¹ Den besonderen Bestimmungen für Computerprogramme ist sogar ein eigener Gesetzesabschnitt gewidmet (§§ 69a–69g UrhG). Der Schutz entsteht ipso iure mit dem Programm selbst, weder bedarf es einer Anmeldung oder Prüfung noch einer besonderen Erfindungshöhe oder eines technischen Charakters wie beim Patentschutz, solange eine eigene geistige Schöpfung vorliegt (§ 69a Abs. 3 S. 2 UrhG).¹⁰² Die Schutzdauer beträgt 70 Jahre.

Den niedrigen Zugangshürden und dem umfassenden Anwendungsbereich steht allerdings eine geringe Schutzhöhe gegenüber: Geschützt werden nur die (konkreten) Ausdrucksformen (§ 69a Abs. 2 S. 1 UrhG), jedoch nicht die zugrunde liegenden Ideen und Grundsätze des Computerprogramms (§ 69a Abs. 2 S. 2 UrhG). Daraus folgt, dass neue Ideen und Grundsätze im Bereich der KI, wenn sie erst einmal in Form einer spezifischen Programmversion veröffentlicht sind, zwar in dieser Form geschützt sind, jedoch von Nachahmern unter Umgehung des Urheberrechtsschutzes leicht in anderer Form nachprogrammiert werden können;¹⁰³ diese können aus den derart plagiierten Konzepten somit uneingeschränkten Nutzen ziehen. Der Urheberrechtsschutz berücksichtigt nicht die Verwirklichung einer Idee mit gleichwirkenden Mitteln, die dem Patentschutz mit seiner Äquivalenzlehre eigentümlich ist,¹⁰⁴ er entspricht daher allenfalls eingeschränkt dem sogleich zu diskutierenden Zweck, dem Erfinder einen Anreiz zur Veröffentlichung seiner Erfindung zu geben.

b) Wettbewerbsrechtlicher Schutz für KI

Möchte ein Erfinder seine Lehre nicht veröffentlichen, sondern geheim halten, so wird sie in der Regel dem wettbewerbsrechtlichen Schutz von Geschäftsgeheimnissen unterfallen. Ausgestaltet war dieser bisher in den §§ 17–19 UWG a.F.¹⁰⁵ i.V.m. §§ 823, 826, 1004 BGB. Aufgrund einer EU-Richtlinie¹⁰⁶ waren jedoch grundlegende Erweiterungen erforderlich geworden, so dass eine Zuordnung zu den Marktverhaltensregeln des UWG als nicht mehr passend erschien,¹⁰⁷ daher wird er neuerdings in einem eigenen Stammgesetz, dem GeschGehG¹⁰⁸, geregelt.

Auch dieser Schutz entsteht ipso iure ohne formelle Anmeldung und erstreckt sich auf sämtliche nicht offenkundigen Informationen von wirtschaftlichem Wert, bezüglich der der Informationsinhaber ein Geheimhaltungsinteresse und Geheimhaltungswillen hat; darunter fallen auch Verfahren und Algorithmen.¹⁰⁹ Die bisher bestehende Anforderung eines Unternehmensbezugs ist weggefallen, dafür gelten nunmehr erhöhte Anforderungen an die Maßnahmen zum Geheimnisschutz und an das berechtigte Interesse an der Geheimhaltung.¹¹⁰ Geschützt wird allerdings nicht die geheime Information als solche, sondern deren Geheimhaltung; es besteht Schutz gegen unlauteren Geheimnisbruch.¹¹¹ Wird eine geschützte Lehre auf lautere Art und Weise offenkundig, z.B. infolge nachlässiger Geheimhaltung oder weil ein Dritter sie selbständig erfindet und zum Patent anmeldet, das dann veröffentlicht wird, so endet der Schutz.¹¹² Mithin ist das Schutzregime des Geschäftsgeheimnisses nur alternativ zum Patentrechtsschutz erreichbar, während Patent- und Urheberrechtsschutz für eine Schutzmaterie im Einzelfall parallel vorliegen können.

Die gesetzessystematische Betrachtung offenbart, dass die Technizität als inhaltlich-thematische Anforderung an das Schutzgut eine Besonderheit des Patentrechts¹¹³ darstellt, die in verwandten Schutzinstituten keine direkte Entsprechung hat. Ihr Funktionssinn erschließt sich aus dem Zweck des Patentrechts.

¹⁰⁰ Vgl. *Keukenschrijver* (Fn. 30), Einleitung Rn. 48; *Kraßer/Ann* (Fn. 17), § 2 Rn. 48 ff, 77 ff.

¹⁰¹ BGH GRUR 1985, 1041 (1046 ff.) – Inkasso-Programm; *Kilian*, GRUR Int. 2011, 895 (897); *Schickedanz*, Mitt. 2000, 173 (176).

¹⁰² *Haedicke* (Fn. 19), Kap. 10 Rn. 2.

¹⁰³ *Basinski u.a.*, GRUR Int. 2007, 44 (45).

¹⁰⁴ *Haedicke* (Fn. 19), Kap. 10 Rn. 5 f.

¹⁰⁵ Die Gültigkeit der §§ 17–19 UWG endete zum 25.4.2019.

¹⁰⁶ Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 8.6.2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung.

¹⁰⁷ BT-Drs. 19/4724, S. 20 Tz. III.

¹⁰⁸ Geschäftsgeheimnisgesetz, in Kraft getreten am 26.4.2019.

¹⁰⁹ *Ohly*, GRUR 2019, 441 (442); *Ann*, GRUR 2007, 39 (41).

¹¹⁰ *Ohly*, GRUR 2019, 441 (442); *Hauck*, GRUR-Prax 2019, 223 (224).

¹¹¹ Vgl. BT-Drs. 19/4724, S. 26 zu § 4; *Hauck*, GRUR-Prax 2019, 223 (223).

¹¹² *Ann*, GRUR 2007, 39 (40 f.).

¹¹³ Strenggenommen auch des Gebrauchsmusterrechts, das aber im weiteren Sinne zum Patentrecht zählt.

2. Sinn und Zweck von Patentschutz für KI

Als Sinn und Zweck des Patentrechts gilt die Förderung von Innovation.¹¹⁴ Das Patentrecht soll Anreize schaffen, Innovationen zu entwickeln und diese auch öffentlich zugänglich zu machen, damit daraus weitere Innovationen entstehen können.¹¹⁵ Der öffentliche Zugang wird freilich durch die Gewährung des Patents als eines zeitlich befristeten Ausschließlichkeitsrechts beschränkt, und eben diese Beschränkung kann im Einzelfall auch innovationshemmend wirken, insbesondere wenn sie in neuen Technologiegebieten uferlos wird.¹¹⁶ Ein zweckmäßiges Patentrecht schafft also einen fairen, an einer optimalen Förderung von Innovation ausgerichteten Ausgleich zwischen dem Interesse des Erfinders, im Gegenzug für die Veröffentlichung seiner Erfindung diese exklusiv nutzen zu können, und dem Interesse der Allgemeinheit an freier Nutzung des gesamten verfügbaren Wissens, dem sogenannten Freihaltungsinteresse.¹¹⁷

Alle Immaterialgüterschutzrechte müssen auf die eine oder andere Weise einen solchen Ausgleich vornehmen: Im Urheberrecht, dessen Schutzvoraussetzungen relativ leicht zu erfüllen sind, erfolgt er über weitreichende Privilegierungen z.B. für bestimmte nichtkommerzielle Nutzungen im Allgemeininteresse,¹¹⁸ beim Schutz von Geschäftsgeheimnissen unter anderem über die neuerdings erhöhten Anforderungen an berechtigtes Schutzinteresse und angemessenen Geheimnisschutz,¹¹⁹ also über nicht-inhaltsbezogene Schutzvoraussetzungen, und im Patentrecht traditionell über die inhaltsbezogene Schutzvoraussetzung der Technizität. Allen diesen Grenzziehungen ist gemeinsam, dass ihre Ausgestaltung mit der dynamischen Weiterentwicklung ihrer Regelungsmaterie permanent Schritt halten muss, gleichzeitig soll sie für die betroffene Fachwelt, Allgemeinheit und Rechtsprechung transparent und praktisch handhabbar sein. Angesichts der massiven Interessen, die durch diese Grenzziehungen betroffen sind, überrascht es nicht, dass sie höchst kontrovers diskutiert werden und dass der Gesetzgeber gelegentlich zögert, neue Regelungen zeitlich unbeschränkt¹²⁰ oder überhaupt (siehe oben III. 3.) zu erlassen.

¹¹⁴ Haedicke (Fn. 19), Kap. 1 Rn. 17; *Keukenschrijver* (Fn. 30), Einleitung Rn. 62; zum Nutzen speziell von CII-Patenten in den USA *Basinski u.a.*, GRUR Int. 2007, 44 (48 f.).

¹¹⁵ Diese Gedanken sind auch in den klassischen Patentrechtstheorien – mit Ausnahme der Eigentumstheorie – enthalten, vgl. *Keukenschrijver* (Fn. 30), Einleitung Rn. 65 ff.; *Schrader* (Fn. 41), Rn. 9 ff.

¹¹⁶ BGHZ 149, 68 (76) – Suche fehlerhafter Zeichenketten; vgl. auch *Peukert*, RabelsZ 81 (2017), 158 (188), mit einer globalen Perspektive.

¹¹⁷ *Kraßer/Ann* (Fn. 17), § 10 Rn. 1; § 12 Rn. 123; *Ensthaler*, InTeR 2013, 34 (35); *Ensthaler*, GRUR 2010, 1 (6); *Schrader* (Fn. 41), Rn. 264 ff.

¹¹⁸ Diese unterliegen in ihrer Ausgestaltung Veränderungen und sind Gegenstand kontroverser Diskussion, vgl. *Obergfell*, ZGE 10 (2018), 261 (267 ff.); *Schrader* (Fn. 41), Rn. 417 ff.

¹¹⁹ *Ohly*, GRUR 2019, 441 (443 ff.).

¹²⁰ *Obergfell*, ZGE 10 (2018), 261 (263).

Ist nun die Technizität, wie sie von der Rechtsprechung definiert wird, ein taugliches Konzept, um eine sach- und interessengerechte Grenzziehung für den Patentschutz von KI zu erreichen? Ein tauglicher Ausgleichsmechanismus soll genau diejenigen Lehren, die unter dem schwerpunktmäßig volks- bzw. betriebswirtschaftlichen Blickwinkel optimaler Innovationsförderung patentwürdig sind, auf reproduzierbare Weise als patentierbar im juristischen Sinne identifizieren.¹²¹ Dies sind bei genauer Betrachtung zwei Ziele: Erstens Treffsicherheit hinsichtlich Patentwürdigkeit und zweitens Reproduzierbarkeit im Sinne von Rechtssicherheit, da auch der Mangel an Rechtssicherheit Innovation hemmen kann.

Während nun an die Rechtssicherheit als Voraussetzung für den Rechtsfrieden hohe Anforderungen zu stellen sind,¹²² genügt nach hier vertretener Auffassung für die Treffsicherheit bereits eine ungefähre Tauglichkeit, denn eine exakte Eingrenzung patentwürdiger Lehren war und ist ohnehin praktisch nie möglich.¹²³ Mit dem Kriterium der Technizität war einerseits von Anfang des heutigen Patentrechts an der Kernbestand patentwürdiger Lehren charakterisiert,¹²⁴ andererseits waren einige eindeutig nicht patentwürdige Gegenstände (Entdeckungen, Theorien etc. ohne Anwendungsbezug) benannt. Für Lehren im Grenzbereich dazwischen ist die objektive Patentwürdigkeit aber schon immer heftig umstritten gewesen: Biologische Erfindungen waren, vom Standpunkt der Innovationsförderung aus betrachtet, vor „Rote Taube“ nicht weniger patentwürdig als danach. Aus Gründen, die uns heute fragwürdig erscheinen, war Stoffschutz für Medikamente oder andere Chemikalien fast ein Jahrhundert lang ausgeschlossen.¹²⁵ Andererseits deutet einiges darauf hin, dass sogenannte (in der Regel eindeutig technische und auch durchaus anwendungsnahe) standardessenzielle Patente im Bereich der Informations- und Telekommunikationstechnologie eher eine innovationshemmende Wirkung entfalten;¹²⁶ hier ist der Patentschutz wahrscheinlich überschießend.

3. Verdienst des Technizitätskonzepts

Gleichwohl scheint es so, dass die praktisch nicht exakt bestimmbare Grenzlinie, auf der die Interessenbilanz für oder gegen die Gewährung eines Schutzrechts für eine Erfindung kippt, ungefähr übereinstimmt mit dem Verlauf der begriffli-

¹²¹ Technizität spielt somit neben den mehr oder weniger selbstverständlichen Voraussetzungen der Neuheit und der erfinderischen Höhe (im Sinne von Nicht-Trivialität) die Rolle einer „Patentwürdigkeit im Übrigen“.

¹²² Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 45), Rn. 76 f., 79; *Schrader* (Fn. 41), Rn. 339.

¹²³ Vgl. zu Versuchen einer volks- und betriebswirtschaftlichen Betrachtung *Nack* (Fn. 20), S. 325 ff. m.w.N.; v. *Hellfeld*, GRUR 1989, 471 (483 ff.), stellte sich die Eingrenzung zu einfach vor.

¹²⁴ *Haedicke* (Fn. 19), Kap. 6 Rn. 6.

¹²⁵ *Haedicke* (Fn. 19), Kap. 11 Rn. 3; *Nack*, GRUR Int. 2004, 771 (775 f.).

¹²⁶ *Ensthaler*, InTeR 2017, 121 (121); *Papier*, ZGE 8 (2016), 431 (442 f.).

chen Grenze, innerhalb der eine Erfindung nach einem stetig weiterzuentwickelnden, jedoch nachvollziehbar am Wortsinn orientierten Verständnis noch als technisch zu gelten hat. Folgerichtig ist das Technizitätskriterium als solches im Schrifttum auch weitgehend akzeptiert,¹²⁷ gestritten wird hingegen über sein Begriffsverständnis. Hierbei vermögen die extremen Varianten, d.h. kompletter bzw. weitgehender Ausschluss der Patentierbarkeit von CII¹²⁸ oder pauschale Bejahung von Technizität für alle CII,¹²⁹ nicht zu überzeugen. Die differenzierenden Modelle dagegen müssen auch nach ihrer vergleichsweise gut überprüfbaren Eignung beurteilt werden, die Rechtssicherheit zu erhöhen.

VI. Fazit

Wie jede Erfindung kommt auch eine Erfindung auf dem Gebiet der KI dann für Patentschutz in Betracht, wenn sie technisch ist.

Nach dem Maßstab der Voraussagbarkeit bzw. Rechtssicherheit darüber, ob eine Erfindung technisch ist, erscheint die Entwicklung der Rechtsprechung – bei aller berechtigten Kritik – in den letzten Jahren positiv.¹³⁰ Die richterrechtliche Weiterentwicklung des Technizitätsbegriffs leistet einen konstruktiven Beitrag für ein zweckmäßiges Patentrecht; ihre weitere Ausdifferenzierung ist wünschenswert. Ein Teil der KI-Erfindungen ist demnach technisch und somit patentierbar.

Hohe Erwartungen an die Bestimmung der Patentwürdigkeit im Sinne einer optimalen Innovationsförderung, d.h. an eine zutreffendere Abgrenzung von Lehren, für die das Freihaltungsinteresse der Allgemeinheit das Schutzinteresse des Erfinders überwiegt, sind dagegen nicht realistisch. Diese Abgrenzung, die Prognosen über die zukünftige Bedeutung völlig neuartiger Verfahren und Technologien erfordert, ist nur annäherungsweise möglich, als solche in ihrer praktizierten Form aber auch hinreichend für die Zweckerfüllung des Patentwesens.

¹²⁷ Haedicke (Fn. 19), Kap. 10 Rn. 41; Kraßer/Ann (Fn. 17), § 12 Rn. 116; Schwarz, GRUR 2014, 224 (225); im Hinblick auf das grundgesetzliche Gleichheitsgebot a.A. Schrader (Fn. 41), Rn. 383 ff.

¹²⁸ Haedicke (Fn. 19), Kap. 10 Rn. 12; Kunz-Hallstein/Loschelder, GRUR 2013, 704 (704 f.).

¹²⁹ BGHZ 149, 68 (76) – Suche fehlerhafter Zeichenketten; Haedicke (Fn. 19), Kap. 10 Rn. 9 f.; Ohly, CR 2001, 809 (816 ff.); a.A. Bunke, Mitt. 2009, 169 (177).

¹³⁰ Lederer, GRUR-Prax 2019, 152 (154); Nemethova/Peters, InTeR 2018, 67 (70); Ensthaler, GRUR 2013, 666 (668).

Demokratie und Klimawandel – Kann die freiheitliche demokratische Grundordnung globale Probleme lösen?

Von Stud. iur. **Clara Labus**, Frankfurt am Main*

I. Einleitung

„No national community is, metaphorically speaking, an island.“¹

Deutschland, 1949: Es galt, nach den Schrecken der nationalsozialistischen Diktatur eine Grundlage für eine zukunftsfähige, wehrhafte Demokratie zu entwickeln. In das neue Grundgesetz fand die Überlegung Eingang, die Demokratie müsse sich selbst schützen können. Dies war die Geburtsstunde der freiheitlichen demokratischen Grundordnung.

Deutschland, 2020: Mehr als 70 Jahre später hat sich die gesellschaftliche und politische Lage in der Bundesrepublik und der Welt verändert. Es gibt neue Herausforderungen, die die Demokratie beschäftigen, wie etwa Pandemien, Terrorismus, Migrationsbewegungen, Klimawandel. Das Charakteristische an diesen Phänomenen ist, dass ihre Ursprünge nicht in einem einzigen Land verortet werden können, ihre Effekte nicht nur eine Nation betreffen und ihre Lösung nicht von einem Staat allein abhängt. Es handelt sich vielmehr um globale Probleme.

Die noch Mitte des 20. Jahrhunderts als quasi unumstößlich geltenden staatlichen Grenzen politischer Debatten verschwimmen immer mehr oder lösen sich gar gänzlich auf: „Die Globalisierung der Problemlagen führt zu einer Entgrenzung der Politik.“² Das Verständnis von Demokratie, Souveränität und Staatlichkeit muss sich vielleicht im Angesicht dieser Entwicklungen wandeln. Daher stellt sich die Frage: Wie kann die freiheitliche demokratische Grundordnung als nationales Konzept globale Probleme lösen?

II. Hintergrund

1. Die freiheitliche demokratische Grundordnung als nationales Konzept

Die freiheitliche demokratische Grundordnung, der Prototyp eines unbestimmten Rechtsbegriffs, umfasst nicht das gesamte Grundgesetz, sondern nur dessen oberste Grundsätze³. Sie findet Erwähnung u.a. in Art. 10 Abs. 2 S. 2, 11 Abs. 2, 18 S. 1, 21 Abs. 2 und 3 S. 1 GG. Das BVerfG beschreibt sie als eine Ordnung, „die unter Ausschluss jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt. Zu den grundlegenden Prinzipien dieser Ordnung sind mindestens zu rechnen: die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten [...], die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und

die Chancengleichheit für alle politischen Parteien [...]“.⁴ Diese Aufzählung ist als Mindestkanon zu verstehen, eine abschließende Definition existiert nicht.⁵ Die freiheitliche demokratische Grundordnung muss nämlich für Veränderungen offenbleiben, da sie das „Ergebnis einer geistig-gesellschaftlichen Entwicklung“ ist, welche mit dem beständigen Wertewandel nie vollständig abgeschlossen sein wird.⁶ Dies bedeutet jedoch keinesfalls Beliebigkeit, vielmehr muss die freiheitliche demokratische Grundordnung stets als Gegenmodell zum Totalitarismus verstanden werden.⁷ Wie alle Normen des Grundgesetzes ist sie territorial auf Deutschland beschränkt.⁸

2. Globalisierung

Globalisierung ist ein vor allem in den letzten 30 Jahren oft verwendeter, polarisierender Begriff. „Ganz allgemein kann Globalisierung als komplexer und vielschichtiger Prozess bezeichnet werden, in dessen Rahmen sich menschliche Aktivitäten einerseits auf den gesamten Globus erstrecken, andererseits ihrerseits von Ereignissen weltweit beeinflusst werden.“⁹ Es geht bei der Globalisierung um „Prozesse, in deren Folge die Nationalstaaten und ihre Souveränität durch transnationale Akteure [...] und Netzwerke unterlaufen und querverbunden werden.“¹⁰ Die Vernetzungen zwischen Staaten werden sowohl in der Anzahl mehr als auch in der Tiefe und Wirkung intensiver, es handelt sich also sowohl um eine quantitative als auch eine qualitative Erhöhung.¹¹ Diese Prozesse verlaufen reziprok, vielschichtig, ungleichmäßig und teilweise in widersprüchliche Richtungen.¹² Es geht um wechselseitige politische Beeinflussungen von Staaten untereinander, aber auch um eine Vernetzung in den Bereichen Umwelt, Gesundheit, Wirtschaft, Kommunikation, Recht und Gesellschaft.¹³

* Die Verf. ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main.

¹ Domingo, *The New Global Law*, 4. Aufl. 2011, S. 87.

² Klein, ZG 12 (1997), 209 (223).

³ Butzer, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG, 42. Ed., Stand: 1.12.2019, Art. 18 Rn. 8.

⁴ BVerfGE 2, 1 (12 f.); siehe auch Carlo Schmid's Ausführungen in der 2. Sitzung des Plenums (8.9.1948), zitiert nach Werner, *Der Parlamentarische Rat 1948–1949 – Akten und Protokolle*, Bd. 9 – Plenum, 1996, S. 36 ff.

⁵ Droste, *Handbuch des Verfassungsschutzrechts*, 2007, S. 201.

⁶ Droste (Fn. 5), S. 201; ähnlich Dürig/Klein, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, 88. Aufl., Stand: August 2019, Art. 18 Rn. 62; Warg, NVwZ-Beilage 2017, 42 (42).

⁷ Warg, NVwZ-Beilage 2017, 42 (43 f.).

⁸ Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, *Kommentar Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 15. Aufl. 2018, Präambel, Rn. 8, 10.

⁹ Puttler, in: Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. XI – Internationale Bezüge, 3. Aufl. 2013, § 234 Rn. 1.

¹⁰ Beck, *Was ist Globalisierung?*, 2. Aufl. 2007, S. 28 f.

¹¹ Keohane, in: Held/Koenig-Archibugi, *Taming Globalization: Frontiers of Governance*, 2003, S. 130.

¹² Christoff/Eckersley, *Globalization and the Environment*, 2013, S. 125.

¹³ Keohane (Fn. 11), S. 130.

III. Klimawandel

1. Allgemein

Der Klimawandel gehört zu den größten Herausforderungen des 21. Jahrhunderts. Dieses Thema politisiert große Teile der Bevölkerung weltweit. Auch Deutschland hat seit langem kein so großes und anhaltendes Interesse der Zivilgesellschaft an politischen Themen, keine so regelmäßigen Demonstrationen wie bei „Fridays for Future“ erlebt. Der Klimawandel polarisiert die Gesellschaft.¹⁴ Zudem verändert er den Alltag der Menschen weltweit nachhaltig, meist zum Negativen. Wegen der besonderen Relevanz für das gesellschaftliche und politische Zusammenleben soll hier das Augenmerk daraufgelegt werden, wie der Klimawandel mit der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zusammenhängt.

Als Ausgangspunkt ist festzuhalten, dass es recht einfach zu verstehen ist, dass der Klimawandel negative Auswirkungen auf Mensch und Umwelt hat. Seine genaue Ausgestaltung und (zukünftigen) Implikationen sind deutlich komplexer zu erforschen und zu verstehen.¹⁵

Teilweise hängen nämlich die globalen Probleme miteinander zusammen bzw. beeinflussen sich gegenseitig. So sorgt der Klimawandel etwa dafür, dass viele Menschen zu Klimaflüchtlingen werden, weil sich die Lebensbedingungen in ihrer Heimat aufgrund von Klimaveränderungen verschlechtern oder diese gar aufgrund von Naturkatastrophen unbewohnbar wird.¹⁶ Globale Pandemien wie COVID-19 haben verheerende Folgen für die globale Wirtschaft und die Reisefreiheit, könnten aber positive Nebeneffekte für den Klimaschutz haben.¹⁷

Es ist dementsprechend schwierig, die teilweise unsicheren und sich ständig wandelnden Erkenntnisse zur Grundlage von Politik machen zu wollen. Der politische Umgang mit dem Klimawandel wird dadurch so komplex, dass es sich um eine Querschnittsmaterie und zugleich ein Mehr-Ebenen-System handelt.¹⁸ Es scheint somit sinnvoll, zunächst nach

den Ebenen zu differenzieren, auf denen Klimapolitik betrieben wird.

2. Globale und europäische Lösungsversuche

Wetter und Klima orientieren sich nicht an Staatsgrenzen. Als Grundthese gilt deswegen: Keine Nation kann allein das Gemeingut der Klimastabilität schützen, alle sind auf Kooperation angewiesen.¹⁹ Wenn nicht alle Staaten an einem Strang ziehen, sind die Mühen eines Staates allein vergebens. Doch obwohl der Klimawandel eine einzigartige Tragödie ist, werden anhand dieses Problems doch bereits vorher bestehende strukturelle Probleme deutlich.²⁰ Dazu zählen etwa die allgemeinen Herausforderungen des Multilateralismus: langwierige und oft ineffiziente Verhandlungen, die durch Meinungsverschiedenheiten und Misstrauen zwischen Industriestaaten und Staaten des Globalen Südens zusätzlich verstärkt werden.²¹ Ein weiteres Problem ist, dass das Ausmaß und die Verteilung auf die einzelnen Länder bei negativen Auswirkungen des Klimawandels ungewiss sind.²² Daher kann es, gerade für Industriestaaten aus der nördlichen Hemisphäre, reizvoll sein, als „Veto-Player“ die „Do-Nothing-Alternative“ zu bevorzugen.²³ Hinzu kommt, dass die in der globalen Politik weniger einflussreichen Länder des Globalen Südens am stärksten von den Folgen betroffen sein werden, sich aber nicht von zu rigidem Umweltschutz das mühsam erarbeitete wirtschaftliche Wachstum nehmen lassen wollen.²⁴ Unter anderem aus diesen Gründen wurde lange Zeit wenig erreicht.

Darüber hinaus ist der globale Klimaschutz zwar ein (globales) Gemeingut, Nationalstaaten handeln jedoch in der Regel (gezwungenermaßen) als „self-interested actors“.²⁵ Bei völkerrechtlichen Abkommen gilt oft das nicht das Mehrheits-, sondern das Konsensprinzip.²⁶ Dies bedeutet, dass Abkommen nicht mit einer Mehrheit beschlossen werden und dann für alle Staaten verbindlich gelten, sondern dass nur die Staaten freiwillig dem Abkommen beitreten, die dem Inhalt zustimmen.²⁷ Der Effekt ist, dass bei Verhandlungen zu Klimaabkommen der kleinste gemeinsame Nenner gefunden werden muss, um möglichst alle Staaten zur Zustimmung zu bringen: „Global governance in the Anthropocene is cooperation-hungry, and this increases the price of obtaining coop-

¹⁴ SRU (Sachverständigenrat für Umweltfragen), Demokratisch regieren in ökologischen Grenzen – Zur Legitimation von Umweltpolitik – Sondergutachten, Juni 2019, abrufbar unter

https://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/02_Sondergutachten/2016_2020/2019_06_SG_Legitimation_von_Umweltpolitik.html (25.4.2020) bzw.

https://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/02_Sondergutachten/2016_2020/2019_06_SG_Legitimation_von_Umweltpolitik.pdf?blob=publicationFile&v=13, S. 25 (25.4.2020).

¹⁵ Purdy, Yale Law Journal 119 (2010), 1122 (1201); SRU (Fn. 14), S. 117 ff.; Wiener, in: Schneider/Rosencranz/Niles, Climate Change Policy: A Survey, 2002, S. 151.

¹⁶ Vgl. Duhautoy, Polish Review of International and European Law 3–4/3 (2014), 35 (36); SRU (Fn. 14), S. 23.

¹⁷ <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/klima-energie-und-umwelt/corona-koennt-deutschland-sein-klimaziel-erreichen-lassen-16681473.html> (25.4.2020).

¹⁸ Saurer, NVwZ 2017, 1574 (1579).

¹⁹ Di Paola/Jamieson, University of Miami Law Review 72 (2018), 369 (375).

²⁰ Di Paola/Jamieson, University of Miami Law Review 72 (2018), 369 (404); Wiener (Fn. 15), S. 152.

²¹ Christoff/Eckersley (Fn. 12), S. 131.

²² Purdy, Yale Law Journal 119 (2010), 1122 (1133); Wiener (Fn. 15), S. 160.

²³ Di Paola/Jamieson, University of Miami Law Review 72 (2018), 369 (411); vgl. Tsebelis, Veto Players – How Political Institutions Work, 2002, S. 216.

²⁴ Christoff/Eckersley (Fn. 12), S. 131.

²⁵ Christoff/Eckersley (Fn. 12), S. 130.

²⁶ Christoff/Eckersley (Fn. 12), S. 130 f.; Kempen/Hillgruber, Völkerrecht, 2. Aufl. 2012, § 13 Rn. 14.

²⁷ Saurer, NVwZ 2017, 1574 (1574); SRU (Fn. 14), S. 83.

ration from every country.“²⁸ Dies heißt allerdings zwangsläufig, dass die mühsam gefundenen Lösungen oft nicht besonders effektiv sind, da sie mühsam errungene Kompromisse darstellen. Diese hart erarbeiteten Lösungen werden wiederum oft durch fehlende Umsetzung der bereits beschlossenen Abkommen aufgrund der fehlenden Verbindlichkeit oder nationale Alleingänge wie das Aufkündigen des Pariser Klimaabkommens durch die USA in Frage gestellt und bei ihrer globalen Umsetzung behindert.²⁹

In der öffentlichen Wahrnehmung gelten demokratische Regierungen und der Multilateralismus allgemein daher immer mehr als zu passiv und ineffektiv in Bezug auf den Klimawandel.³⁰ Dies ist durchaus nachvollziehbar, ging doch zuletzt Ende 2019 die Weltklimakonferenz in Madrid weitgehend ergebnislos aus. Es ist nicht so, als würde das Thema politisch ignoriert werden: In Europa wurde etwa 2007 im Vertrag von Lissabon der Klimawandel als Ziel der EU-Politik in Art. 191 Abs. 1 AEUV eingefügt, um dadurch in Zukunft die ehrgeizigen Ziele der EU in diesem Bereich gründen zu können.³¹ Diese Norm verdeutlicht die „notwendig internationale Dimension des Umweltschutzes“³². Zudem gab es verschiedene europäische Gesetze wie etwa die Europäische Klimaschutzverordnung.³³ Global wurden verschiedene internationale Umweltorganisationen wie etwa IPCC (Weltklimarat) und UNEP (Umweltprogramm der Vereinten Nationen) ins Leben gerufen, es gibt zahlreiche Abkommen und jährliche Klimagipfel.³⁴ Und trotzdem: Die Erde erwärmt sich immer weiter, ein „grundlegendes Umsteuern ist bisher nicht gelungen“.³⁵ Können die Nationalstaaten das Problem etwa besser lösen?

3. Nationalstaatliche Lösungsversuche

Die Krux am Klimawandel ist, dass es sich um ein langfristiges Problem handelt, dessen Lösung nicht in wenigen Monaten möglich ist: „Addressing climate change, therefore, means sacrifice today to win uncertain advantages for the strangers who compose future generations.“³⁶ Daher passt es grundsätzlich schlecht in die Agenda für nationale Regierungen, die aufgrund der Legislaturperioden oft innerhalb weni-

ger Jahre neu gewählt werden und daher in kürzeren Zeiträumen denken (müssen).³⁷ Es wird häufig als notwendig erachtet, in einer Regierungsphase schnell vorzeigbare Erfolge zu erzielen, die bei den Wählern möglichst die Motivation zur Wiederwahl bestimmter Parteien bzw. Kandidat/-innen vergrößern sollen.³⁸ Interessen der zukünftigen (und damit noch nicht wahlfähigen) Generationen werden daher oft in der Politik nicht berücksichtigt.³⁹ Dieses Problem, der Antagonismus zwischen Kurzzeitlegitimation und Langzeitverantwortung,⁴⁰ wird teilweise als „short-termism“ bezeichnet.⁴¹ Es erklärt, warum Politiker/-innen oft davor zurückschrecken, langfristige Großprojekte mit ungewissen Erfolgchancen in Angriff zu nehmen.⁴² Bezüglich des Klimawandels etwa „besteht insbesondere im gesellschaftlich polarisierten Klima der letzten Jahre die Gefahr, dass eine zu ambitionierte Umweltpolitik die Wiederwahl gefährden könnte.“⁴³

Dies muss nicht heißen, allen Politiker/-innen Macht- und Desinteresse am Wohl künftiger Generationen zu unterstellen: Auch für Politiker/-innen, die langfristige Projekte verwirklichen wollen, ist eine Wiederwahl unerlässlich und somit das wichtigste Nahziel.⁴⁴ Dies hängt strukturell mit dem Wesen der repräsentativen Demokratie und der Volkssouveränität zusammen.⁴⁵ „Short-termism“ muss nicht immer schlecht sein.⁴⁶ Im Fall des Klimawandels, der unumkehrbare Folgen mit sich bringen kann, die das Leben der Menschen auf diesem Planeten unmöglich machen könnten, ist er jedoch als irrational und moralisch falsch einzustufen.⁴⁷

Ein weiteres Problem an den Lösungsversuchen von globalen Problemen durch Nationalstaaten ist, dass der Staat für jedes Mittel, das er einsetzt, die vollen Kosten tragen muss, allerdings nur einen Bruchteil der daraus potenziellen global verteilten Vorteile erhalten wird.⁴⁸ Das macht es weniger attraktiv, die Lösung dieser Probleme anzugehen.

In Deutschland legt Art. 20a GG den Umwelt- und damit auch den Klimaschutz als Staatsziel fest.⁴⁹ Eine teleologische Interpretation ergibt, dass damit der grenzübergreifende, d.h.

²⁸ *Jamieson/Di Paola*, in: Held/Maffettone, *Global Political Theory*, 2016, S. 282; vgl. *Di Paola/Jamieson*, *University of Miami Law Review* 72 (2018), 369 (405).

²⁹ Vgl. Statement by President Trump on the Paris Climate Accord, 1.6.2017, abrufbar unter <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/statement-president-trump-paris-climate-accord/> (25.4.2020).

³⁰ *Di Paola/Jamieson*, *University of Miami Law Review* 72 (2018), 369 (374); *Boston/Lempp*, *Accounting Auditing & Accountability Journal* 24 (2011), 1000 (1001).

³¹ *Frenz*, *Europarecht*, 2. Aufl. 2015, Rn. 893 ff.

³² *Frenz* (Fn. 31), Rn. 893.

³³ *Effort-Sharing-Verordnung* (EU) Nr. 2018/842.

³⁴ Vgl. etwa *SRU* (Fn. 14), S. 68.

³⁵ *SRU* (Fn. 14), S. 24.

³⁶ *Purdy*, *Yale Law Journal* 119 (2010), 1122 (1134); vgl. *Christoff/Eckersley* (Fn. 12), S. 139; *Di Paola/Jamieson*, *University of Miami Law Review* 72 (2018), 369 (403, 407 ff.).

³⁷ *Franzius*, *EnWZ* 2019, 435 (441).

³⁸ *Di Paola/Jamieson*, *University of Miami Law Review* 72 (2018), 369 (409); vgl. *Christoff/Eckersley* (Fn. 12), S. 144.

³⁹ *SRU* (Fn. 14), S. 71.

⁴⁰ *Franzius*, *EnWZ* 2019, 435 (442).

⁴¹ *Di Paola/Jamieson*, *University of Miami Law Review* 72 (2018), 369 (407).

⁴² Vgl. *Ezzard*, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* 2 (1991), 55 (59 f.).

⁴³ *SRU* (Fn. 14), S. 85.

⁴⁴ *Di Paola/Jamieson*, *University of Miami Law Review* 72 (2018), 369 (409 f.).

⁴⁵ *Di Paola/Jamieson*, *University of Miami Law Review* 72 (2018), 369 (410).

⁴⁶ Vgl. *Di Paola/Jamieson*, *University of Miami Law Review* 72 (2018), 369 (408).

⁴⁷ *Di Paola/Jamieson*, *University of Miami Law Review* 72 (2018), 369 (407).

⁴⁸ *Purdy*, *Yale Law Journal* 119 (2010), 1122 (1132); *Wiener* (Fn. 15), S. 189 f.

⁴⁹ *Maunz/Dürig-Scholz* (Fn. 6) Art. 20a Rn. 36.

globale Klimaschutz gemeint sein muss, da die Umwelt „lokal, regional und global interdependent“ ist.⁵⁰ Es wurden von mehreren Regierungen Gesetze zum Klimaschutz beschlossen, doch diese Maßnahmen haben bisher den Klimaschutz nicht wesentlich vorangebracht.⁵¹ Nur ca. 15 % der befragten Deutschen waren daher 2018 der Ansicht, die Bundesregierung unternehme genug für Umwelt- und Klimaschutz.⁵² 2008 waren es noch fast 50 %.⁵³ Die Zufriedenheit mit der Umweltpolitik der Regierung ist folglich sichtbar gesunken. Diese Unzufriedenheit kann zu Politikverdrossenheit und fehlender Identifikation mit der Regierung führen.⁵⁴

Hingegen muss man sich bei aller Unzufriedenheit immer wieder vor Augen halten, dass Demokratien sich stets zwischen der Scylla einer ineffektiven Politik und der Charybdis der Verletzung des Prinzips der Volkssouveränität befinden.⁵⁵ Wenn die Demokratien es nicht schaffen, effektive Lösungen gegen den Klimawandel zu finden, wird ihre Legitimität nach den Grundsätzen des Gemeinwohls („public utility“) infrage gestellt; finden sie hingegen effektive Lösungen, die für die Bürgern unbequeme Änderungen ihres Lebensstils bedeuten, wird ihre Legitimität nach den Grundsätzen der expressed preference angezweifelt.⁵⁶ Denn es handelt sich hier um eine der „Akteurkonstellationen, die dem Typ eines Dilemmaspiels entsprechen, bei dem zwar unkoordiniertes Vorgehen für alle Beteiligten schädlich wäre, aber jeder für sich noch besser abschneiden könnte, wenn er die von den anderen eingehaltenen Koordinationsregeln verletzt“⁵⁷. Die Bürger/-innen und Unternehmen, die nach ihren expressed preferences handeln wollen, wollen sich nicht in ihrer Handlungsfreiheit einschränken lassen, gleichwohl müssen sie an einer Erhaltung der Allgemeingüter (hier: Klimastabilität) interessiert sein.

Eine für Politiker/-innen attraktive Lösung gibt es folglich nicht. Trotzdem müssen sie handeln. In Deutschland ist etwa in Art. 56 GG die Pflicht der Politiker/-innen verankert, ihre „Kraft dem Wohle des Volkes [zu] widmen, seinen Nutzen mehren [und] Schaden von ihm [zu] wenden [...]“. Dies

bedeutet unter anderem, dass „[d]ie Regierenden [...] die Aufgabe [haben], mit den Mitteln des Herrschaftsverbandes Schaden abzuwenden und den gemeinsamen Nutzen des ‚Volkes‘ zu fördern.“⁵⁸ Die Politiker/-innen dürfen sich folglich nicht von dem Dilemma überwältigen lassen, sondern müssen den einen oder anderen Weg einschlagen.

Somit sind sowohl globale als auch nationale Lösungsversuche des Klimawandels mit Herausforderungen behaftet. Weder die eine noch die andere Ebene kann das Problem allein lösen. Die Entscheidungsfindung gestaltet sich auf beiden Ebenen aus verschiedenen Gründen schwierig. Daher wurden bisher keine ausreichend effektiven politischen und rechtlichen Mittel ergriffen, um den Klimawandel zu stoppen. Dies führt zu einem gewissen Unmut in der Bevölkerung. Denn es besteht dringender Handlungsbedarf: Umweltpolitik ist „centrally about a choice of futures, [...] centrally the choice of ends, of what we value and why“⁵⁹.

IV. Konsequenzen

1. Wiederentdeckung der Souveränität?

Souveränität ist ein Schlüsselbegriff im Umgang mit globalen Problemen. Wie so oft gibt es extreme Ansichten, die entweder à la Trump angesichts der Globalisierung wieder zurück zu einem starken, egoistischen Nationalstaat zurückwollen oder die andererseits den Staat als überholtes Modell sehen⁶⁰. Die Staaten abschaffen zu wollen, ist so etwas wie die ikonoklastische Phase der Umweltrevolution.⁶¹ Im Kontrast dazu könnte man allerdings auch ein adaptiertes Verständnis von Souveränität der vollständigen Ablehnung des Konzepts vorziehen. Man könnte sie beispielsweise statt als weitreichende Ungeundenheit und Entscheidungsfreiheit des Staats als Fähigkeit beschreiben, in einer globalen politischen Wirklichkeit seine Ziele und Interessen am besten verfolgen zu können.⁶²

Vor allem sollte jedenfalls, gerade im Lichte der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, alles dafür getan werden, die bereits eingegangenen Verpflichtungen wie etwa das Pariser Klimaabkommen von 2015 zu erfüllen. „[G]overnments must be able not only to negotiate treaties but also create the capacity to comply with them.“⁶³ Denn gerade das Versagen der Regierungen diesbezüglich schwächt die Legitimität der internationalen Klimapolitik und auch der nationalen Politik.

⁵⁰ Dederer, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 9), § 248 Rn. 69.

⁵¹ SRU (Fn. 14), S. 13.

⁵² Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit (BMU)/Umweltbundesamt (UBA), Umweltbewusstsein in Deutschland 2018 – Ergebnisse einer repräsentativen Bevölkerungsumfrage, 2019, abrufbar unter <https://www.bmu.de/publikation/umweltbewusstsein-in-deutschland-2018/>, S. 23, Abb. 9 (25.4.2020); SRU (Fn. 14), S. 88.

⁵³ BMU/UBA (Fn. 52), S. 23, Abb. 9.

⁵⁴ Di Paola/Jamieson, University of Miami Law Review 72 (2018), 369 (401).

⁵⁵ Di Paola/Jamieson, University of Miami Law Review 72 (2018), 369 (402).

⁵⁶ Di Paola/Jamieson, University of Miami Law Review 72 (2018), 369 (403).

⁵⁷ Scharpf, Legitimationskonzepte jenseits des Nationalstaats, MPIfG Working Paper 04/6, 2004, 2.1 abrufbar unter <http://www.mpiifg.de/pu/workpap/wp04-6/wp04-6.html> (25.4.2020).

⁵⁸ Scharpf (Fn. 57), 2.2.2.

⁵⁹ Purdy, 119 Yale Law Journal 119 (2010), 1122 (1200).

⁶⁰ Domingo (Fn. 1), S. 61.

⁶¹ Sand, in: Winter, Multilevel Governance of Global Environmental Change – Perspectives from Science, Sociology and the Law, 2006, S. 519 (519 f.).

⁶² Chayes/Handler Chayes, The New Sovereignty – Compliance with International Regulatory Agreements, 2. Aufl. 1998, S. 27; Joffe, Rutgers Journal of Law and Public Policy 5 (2007/2008), 89 (104); Slaughter, in: Held/Koenig-Archibugi, Global Governance and Public Accountability, 2005, S. 39 f.

⁶³ Slaughter (Fn. 62), S. 38.

2. Bürgerräte?

Wie diese Arbeit zeigt, ist eine zentrale Frage: Wer entscheidet über den Umgang mit dem Klimawandel? Spätestens seit der Rio-Konferenz 1992 ist Klimapolitik „automatisch Klimadiplomatie“⁶⁴. Dies ist nicht begriffsnotwendig. Denkbar wären auch Lösungen gewesen, die von Anfang an die Zivilgesellschaft oder große Konzerne mit in die Entscheidungsprozesse einbinden.⁶⁵

Eine Idee für die Involvierung der Bevölkerung wäre daher die Einrichtung von sog. Bürgerräten, wie es z.T. von Klimaaktivisten gefordert wird.⁶⁶ Diese sind Gremien, in denen per Los ausgewählte Bürger/-innen in kleinen Gruppen mit fachlichem Input über die Lösung aktueller Probleme beratschlagen und Empfehlungen an das Parlament abgeben. Dies wäre selbstverständlich kein Ersatz für das Parlament, sondern eine „konstruktive Ergänzung unseres parlamentarischen Systems“⁶⁷. In anderen Ländern existieren (zu anderen Themen) bereits ähnliche Einrichtungen.⁶⁸ In Deutschland gibt es seit 2019 das Experiment des Bürgerrats Demokratie des Vereins Mehr Demokratie e.V.⁶⁹ Zunächst wurde regional, dann bundesweit über neue Wege für die Demokratie diskutiert, bevor die Empfehlungen an die Politik übergeben wurden. Viele Teilnehmer/-innen sagten in Interviews, als nächstes Thema für den Bürgerrat biete sich die Klimapolitik an.⁷⁰

Gegen die Bürgerräte sprechen der hohe Organisationsaufwand, die mögliche Ineffektivität und die offene Frage nach der Kostenübernahme für etwaige Verdienstaussfälle, Reisekosten, Informationsmaterial etc. Es ist ebenfalls eine Herausforderung, einen transparenten Auswahlprozess zu erstellen, der die Teilnehmenden zum einen möglichst zufällig auswählt, zugleich jedoch die gesellschaftliche Realität möglichst spiegelbildlich wiedergibt.⁷¹ Zudem kann in den Diskussionsrunden Extremist/-innen eine weitere Plattform geboten werden, um ihre Meinung kundzutun und Falschinformationen zu streuen.⁷²

Andererseits könnten sich auch ungeahnte Chancen ergeben: Durch den persönlichen Austausch könnte man Filterblasen entgegenwirken und somit etwas gegen die Spaltung

der Gesellschaft tun, unabhängig von den Ergebnissen der Versammlung. Durch die Einbindung der Bürger würde sich wohl auch die Unzufriedenheit mit der Regierung vermindern und sich ein besseres Verständnis der Probleme auf sachlicher und politischer Ebene bei den Bürger/-innen entwickeln. Zudem gibt es bereits positive Beispiele, in denen die deliberative Demokratie mit Bürgerräten lange umstrittene gesellschaftliche Probleme lösen konnte: So wurden etwa in Irland auf diese Weise sowohl die Ehe für alle als auch das Recht auf Schwangerschaftsabbruch durchgesetzt.⁷³

Es gibt also zumindest das Potenzial, etwas für den politischen Prozess und die rechtliche Weiterentwicklung zu gewinnen. Die Volkssouveränität ist Grundprinzip des Grundgesetzes und Teil der freiheitlichen demokratischen Grundordnung. Das Grundgesetz schützt sie vornehmlich, aber nicht nur durch Repräsentation: Es kennt vielmehr auch durch direktdemokratische Institute wie Art. 29 und 146 GG.⁷⁴ Zudem sind die Vorschläge der Bürgerversammlungen an das Parlament unverbindlich,⁷⁵ wie etwa die Ergebnisse einer Anhörung von Sachverständigen und Interessenvertretern nach § 70 GOBT, die ebenfalls beim Gesetzgebungsprozess eine Rolle spielen können. Daher würde wohl verfassungsrechtlich grundsätzlich nichts gegen die Einrichtung von Bürgerräten sprechen.

So lässt sich festhalten, dass die Einrichtung von Bürgerräten wohl logistisch aufwendig, jedoch verfassungsrechtlich unbedenklich und gesellschaftlich wünschenswert wäre. Diese Maßnahmen würde die freiheitliche demokratische Grundordnung stärken und gleichzeitig die Lösung globaler Probleme – zunächst auf nationaler, vielleicht in Zukunft auch auf internationaler Ebene – vorantreiben.

V. Fazit

Die demokratische Rettung des Klimas ist keine leichte Aufgabe. Manche behaupten gar, sie sei utopisch. Es führt aber in diesem Fall kein Weg an der Utopie vorbei: Wenn wir versuchen wollen, den Schaden des Klimawandels zu begrenzen, müssen wir neue Wege gehen.

Die freiheitliche demokratische Grundordnung kann allein keine globalen Probleme lösen, wie auch keine andere nationale Verfassungsordnung dies kann. Sie kann zunächst nur auf einer Ebene ansetzen. Deutschland muss in Zusammenarbeit mit anderen Staaten und Institutionen kreative Lösungen erarbeiten und auf mehreren Ebenen ansetzen.⁷⁶ Denn zur Lösung von globalen Problemen gibt es nicht nur ein einzig richtiges Instrument.⁷⁷

Wir müssen uns auf unsere Werte besinnen, sei es als Nation, sei es als Weltgemeinschaft. Was Carlo Schmid 1948 sagte, gilt heute umso mehr: „[I]n dieser Zeit gibt es kein

⁶⁴ Uekötter, APUZ 47–48 (2019), 10 (13).

⁶⁵ Uekötter, APUZ 47–48 (2019), 10 (13).

⁶⁶ <https://extinctionrebellion.de/wer-wir-sind/unsere-forderungen/bv/> (25.4.2020).

⁶⁷ <https://extinctionrebellion.de/wer-wir-sind/unsere-forderungen/bv/> (25.4.2020).

⁶⁸ Pow, Mini-Publics and the Maxi-Public – Investigating the Perceived Legitimacy of Citizens’ Assemblies in a Deeply Divided Place, 2019, S. 32; https://pureadmin.qub.ac.uk/ws/portalfiles/portal/170918633/Thesis_JP_final.pdf (25.4.2020).

⁶⁹ <https://www.buergerrat.de/> (25.4.2020).

⁷⁰ <https://www.youtube.com/watch?v=A2X-vexykMY>, ab Minute 2:30 (25.4.2020).

⁷¹ Vgl. Carnegie/Roth, Health and Human Rights Journal 2/21 (2019), 109 (113).

⁷² Vgl. Carnegie/Roth, Health and Human Rights Journal 2/21 (2019), 109 (113).

⁷³ Vgl. Carnegie/Roth, Health and Human Rights Journal 2/21 (2019), 109 (113 ff.).

⁷⁴ Kost, Direkte Demokratie, 2. Aufl. 2013, S. 67.

⁷⁵ Vgl. Pow (Fn. 68), S. 39;

https://pureadmin.qub.ac.uk/ws/portalfiles/portal/170918633/Thesis_JP_final.pdf (30.4.2020).

⁷⁶ Franzius, EnWZ 2019, 435 (441 f.).

⁷⁷ Franzius, EnWZ 2019, 435 (442).

Problem mehr, das ausschließlich mit nationalen Mitteln gelöst werden könnte. So wie die Ursache aller unserer Nöte übernationale Grundlage hat, so können wir auch die Mittel, dieser Nöte Herr zu werden, nur auf übernationaler Grundlage finden.“⁷⁸

⁷⁸ C. Schmid, 2. Sitzung des Plenums (8.9.1948), zitiert nach Werner (Fn. 4), S. 41; Rensmann, in: Giegerich, Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren, Anspruch und Wirklichkeit einer großen Errungenschaft, 2010, S. 42.

Anhörungspflicht und Fehlerfolgen bei belastendem staatlichem Handeln abseits des Verwaltungsakts

Von Stud. iur. **Rudi Lang**, Diplom-Verwaltungswirt (FH), Bayreuth*

Das Anhörungsrecht¹ nach § 28 VwVfG² ist das bedeutsamste Verfahrensrecht im Verwaltungsverfahren³ und sowohl in der Praxis als auch in Prüfungsarbeiten von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Gleichwohl sind sowohl die verfassungsrechtliche Begründung als auch die genaue Reichweite nach wie vor im Einzelnen Gegenstand des rechtswissenschaftlichen Diskurses. Vor allem die Anwendung des § 28 VwVfG und der damit korrespondierenden Heilungs- und Unbeachtlichkeitsvorschriften (§§ 45 ff. VwVfG) auf staatliches Handeln abseits des Verwaltungsakts wirft einige Fragen auf, deren Beantwortung Gegenstand dieses Beitrags sein soll. Zunächst werden hierzu einige Vorbemerkungen vorangestellt (I.). Im Anschluss wird das Anhörungsrecht an sich (II.) und die damit korrespondierenden Heilungs- (III.) bzw. Unbeachtlichkeitsvorschriften (IV.) auf ihre Anwendbarkeit auf einzelne belastende Handlungsformen außerhalb des Verwaltungsakts untersucht. Eine abschließende Zusammenfassung (V.) rundet den Beitrag ab.

I. Vorbemerkungen

Die Rechtmäßigkeit von behördlichem Handeln ergibt sich nicht bereits aus der inhaltlichen Richtigkeit der abschließenden Entscheidung. Vielmehr unterliegt auch der Weg zu dieser Entscheidung – das Verwaltungsverfahren – einer Rechtmäßigkeitskontrolle.⁴ Freilich impliziert das VwVfG über §§ 45, 46 VwVfG, dass der materiellen Richtigkeit zumindest bezüglich der individuellen Überprüfbarkeit Vorrang gegenüber der formellen Richtigkeit einzuräumen ist.⁵ Man spricht daher von der sog. dienenden Funktion des Verwaltungsverfahrens für die abschließende Entscheidung.⁶

Solche „dienenden“ Verfahrensvorschriften stellen auch §§ 28, 45, 46 VwVfG dar. Deren Anwendungsbereich ist prima facie eindeutig umrissen, sprechen doch alle drei Vorschriften explizit vom Verwaltungsakt (§ 35 S. 1 VwVfG) als Regelungsgegenstand.

* Der Verf. ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Bayreuth und ehemaliger Regierungsinspektor im Sachgebiet Kommunales der Regierung von Oberfranken in Bayreuth.

¹ Bzw. die Anhörungspflicht, je nach eingenommener Perspektive.

² Der folgende Beitrag beschränkt sich auf die Nennung des Bundes-VwVfG, da die Länderregelungen insoweit identisch sind.

³ Kluth, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht, Bd. 1, 13. Aufl. 2017, § 60 Rn. 54.

⁴ Deterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2019, Rn. 940.

⁵ Hierzu nachfolgend unter III. und IV.

⁶ Burgi, DVBl. 2011, 1317 (1317); Groschupf, DVBl. 1962, 627 (630); Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG Kommentar, 20. Aufl. 2019, § 45 Rn. 3; Ossenbühl, NVwZ 1982, 465 (466 f.).

Eine direkte Anwendung der Normen auf staatliche Handlungsformen abseits des Verwaltungsakts scheidet somit folgerichtig von vornherein aus. Darüber hinaus ist jedoch strittig, in welchem Umfang und auf welche staatlichen Handlungsformen die Regelungen analog oder zumindest ihrem Rechtsgedanken nach anzuwenden sind.

Im Rahmen der kaum mehr überschaubaren Kategorisierung der vielfältigen Handlungsformen der Verwaltung⁷ beschränkt sich dieser Beitrag auf die Anwendung auf Realakte und die Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO. Eine weitere Einschränkung erfolgt dahingehend, dass ausschließlich den Betroffenen belastende Realakte betrachtet werden.⁸

II. § 28 VwVfG

1. Verfassungshintergrund und Konzeption

a) Grundsätzliches

Bereits die verfassungsrechtliche Begründung der Anhörung ist umstritten. Einigkeit besteht lediglich darüber, dass eine Anhörung im Verwaltungsverfahren jedenfalls verfassungsrechtlich geboten ist.⁹ Seine Stütze im Verfassungsrecht findet das Anhörungserfordernis nicht explizit in der Verfassung selbst, da der auf das gerichtliche Gehör zugeschnittene Art. 103 Abs. 1 GG weder direkt¹⁰ noch analog¹¹ auf das Verwaltungsverfahren anwendbar ist.

Die h.M. stützt das Erfordernis einer Anhörung im Verwaltungsverfahren auf das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) bzw. das hieraus abzuleitende Recht auf ein faires Verfahren.¹² Weitere Begründungsansätze reichen vom Gebot der

⁷ Überblicksartig Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, Vor § 9; Remmert, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 17 Rn. 5.

⁸ Zur umstrittenen Frage, ob eine Anhörungspflicht auch in Verpflichtungskonstellationen gilt vgl. Ehlers, Jura 1996, 617 (618 f.); Kluth (Fn. 3), § 60 Rn. 60 ff.

⁹ Ramsauer (Fn. 6), § 28 Rn. 3; Maurer/Waldhoff (Fn. 7), § 19 Rn. 28.

¹⁰ BVerfGE 9, 89 (95); Ritgen, in: Knack/Hennecke, VwVfG Kommentar, 11. Aufl. 2020, § 28 Rn. 11.

¹¹ Ramsauer (Fn. 6), § 28 Rn. 3; Degenhart, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 8; es fehlt bereits an einer planwidrigen Regelungslücke, da die Anwendung von Art. 103 Abs. 1 GG auf Verwaltungsverfahren im Parlamentarischen Rat explizit zur Sprache kam, sich aber angesichts der Stellung der Norm im Abschnitt „Die Rechtsprechung“ dagegen entschieden wurde, siehe Remmert, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, 78. Lfg., Stand: September 2016, Art. 103 Abs. 1 Rn. 12.

¹² Erbguth/Guckelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018, § 14 Rn. 18, Fn. 127; J. Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 638; Maurer/Waldhoff

Menschenwürde über materielle Grundrechte bis zu verschiedenen Kombinationsansätzen¹³. Angesichts der marginalen Unterschiede der Auffassungen und der zumeist kumulativen Heranziehung der einzelnen Begründungsstränge¹⁴ kann eine abschließende Entscheidung für eine einzelne Auffassung an dieser Stelle unterbleiben. Zudem können die genannten Ansätze der h.M. nicht erklären, warum nicht bei allen belastenden hoheitlichen Maßnahmen eine Anhörung des Betroffenen zu erfolgen hat, sondern nur bei Verwaltungsakten im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG.¹⁵ Die Stellung des Betroffenen eines behördlichen Eingriffs als Rechtssubjekt und nicht bloßes -objekt ist nicht dem Umstand geschuldet, dass der Staat ihm gegenüber in einer bestimmten Form (Verwaltungsakt) tätig wird, sondern, dass der Staat ihm gegenüber überhaupt in belastender Weise tätig wird. Entscheidend für die Reichweite der verfassungsrechtlich fundierten Anhörungspflicht ist somit die Orientierung an den Wirkungen der Maßnahme für den Betroffenen¹⁶, also wann diese als Eingriff bzw. Belastung ihm gegenüber anzusehen ist. Von dem klassischen Fokus auf den Verwaltungsakt sollte man sich daher auch an dieser Stelle verabschieden.

b) Zusammenhang mit der verfassungsrechtlichen Eingriffsdogmatik

Damit wird der Zusammenhang der Anhörungspflicht mit der Eingriffsdogmatik im Bereich der Grundrechte klar, da diese ja gerade bestimmt, wann ein Eingriff gegenüber dem Betroffenen vorliegt. Dem entspricht auch die historische Konzeption, die § 35 S. 1 VwVfG als Korrelat zum klassischen Eingriffsbegriff in der Grundrechtsdogmatik verstand.¹⁷ Folglich war – historisch betrachtet – der Verwaltungsakt nur die einfachgesetzliche Ausgestaltung des Grundrechtseingriffs. Für die originäre Grundstruktur des § 28 VwVfG bedeutet dies, dass eine Anhörungspflicht immer dann besteht, wenn ein Grundrechtseingriff bevorsteht¹⁸ – und nicht nur, wenn ein Verwaltungsakt vorliegt.

Nun hat sich jedoch der grundrechtliche Eingriffsbegriff grundlegend zugunsten eines modernen, weiteren Verständnisses weiterentwickelt¹⁹, das über das klassische Instrument des Verwaltungsakts hinausgeht und alle dem Staat zurechenbaren Maßnahmen erfasst, die ein grundrechtlich geschütztes Verhalten erschweren oder verunmöglichen²⁰. Die planerische Konzeption des VwVfG-Gesetzgebers in Form von Grundrechtseingriff = Anhörungspflicht geht somit wegen der dadurch nicht mehr erfassten Grundrechtseingriffe – abseits des klassischen Eingriffs in Form des Verwaltungsakts – nicht mehr auf. Damit ist aber der Weg frei für eine der Planwidrigkeit geschuldeten analogen Anwendung von § 28 VwVfG, um dem Willen des Gesetzgebers gerecht zu werden, dass die Behörde imilverwaltungsverfahren für den Regelfall zur Anhörung verpflichtet sein soll.²¹

Im Folgenden wird anhand der eingangs erwähnten Kategorien von behördlichem Handeln abseits des Verwaltungsakts (Realakte, Anordnung der sofortigen Vollziehung) aufgezeigt, dass diese Orientierung am (modernen) grundrechtlichen Eingriffsbegriff in Fortführung der historischen Konzeption der Schlüssel zur korrekten Bestimmung des Anwendungsbereichs von § 28 VwVfG ist.²²

2. Realakte

Realakte unterscheiden sich von Verwaltungsakten dadurch, dass sie keine Regelung enthalten.²³ Sie sind auf die Bewirkung eines tatsächlichen Erfolgs gerichtet und nicht auf das Setzen einer verbindlichen Rechtsfolge.²⁴ Ihnen fehlt somit der einem Verwaltungsakt immanente befehlende Charakter.

Im Rahmen dieser Darstellung wird dabei zwischen „gewöhnlichen“ Realakten im Bereich der Eingriffsverwaltung²⁵ (dazu a) und staatlichem Informationshandeln unterschieden (dazu b).²⁶

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung wird wegen ihrer Eigenheiten gesondert behandelt (dazu 3.).

(Fn. 7), § 19 Rn. 28; *Ritgen* (Fn. 10), § 28 Rn. 12; *Ziekow*, VwVfG Kommentar, 4. Aufl. 2019, § 28 Rn. 1.

¹³ Z.B. *Kallerhoff/Mayen*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 28 Rn. 2: Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.

¹⁴ So vor allem *Grünwald*, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 28 Rn. 2; *Ritgen* (Fn. 10), § 28 Rn. 12 f.; ähnlich *Hochhuth*, NVwZ 2003, 30 (32 f.); *Kallerhoff/Mayen* (Fn. 13), § 28 Rn. 2.

¹⁵ *Hochhuth*, NVwZ 2003, 30 (32 f.).

¹⁶ Eine solche Ergänzung der klassischen Handlungsorientierung des Verwaltungsrechts um eine Folgenorientierung konstatiert *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 2. Kap. Rn. 47.

¹⁷ *Albers*, DVBl. 1996, 233 (234).

¹⁸ In diesem Sinne auch die Gesetzesbegründung zu § 28 VwVfG (§ 24 a.F.), BT-Drs. 7/910, S. 51: „In Anlehnung an das Bestreben des Bundesgesetzgebers, dem rechtsstaatlich ausgerichtetenilverwaltungsverfahren auch eine positive Grundlage zu geben, bestimmt daher § 24, dass die Verwaltung grundsätzlich dem Betroffenen Gelegenheit zur Stel-

lungnahme geben muss, bevor sie durch eine Entscheidung in seine Rechte eingreift.“

¹⁹ *Hochhuth*, NVwZ 2003, 30 (31).

²⁰ Statt vieler *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2009, 313 (313).

²¹ BT-Drs. 7/910, S. 51.

²² In diese Richtung bereits *Hochhuth*, NVwZ 2003, 30 ff.

²³ *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 12), § 12 Rn. 12; *Kahl*, Jura 2001, 505 (508); *Ruffert*, in: Ehlers/Pünder (Fn. 7), § 21 Rn. 26; v. *Alemann/Scheffczyk*, in: Beck'scher-Online Kommentar VwVfG, 46. Ed., Stand: 1.1.2020, § 35 Rn. 145.

²⁴ *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 12), § 12 Rn. 12; *Remmert* (Fn. 7), § 36 Rn. 1; v. *Alemann/Scheffczyk* (Fn. 23), § 35 Rn. 145.

²⁵ Anhörungspflichten im Rahmen der Leistungsverwaltung werden in diesem Beitrag nicht thematisiert, siehe oben I.; zur Unterscheidung von Realakten mit und ohne Eingriffscharakter *Rachor*, in: Liskens/Danninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Kap. E Rn. 37 f.

²⁶ Zu dieser Unterscheidung grundlegend *Schoch*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 37 Rn. 25, 121 ff.

a) Eingriffsverwaltung

*Beispiel 1*²⁷: Das ZDF betreibt eine Fan-Page im sozialen Netzwerk Facebook, bei dem angemeldete Nutzer kommentieren können. Hierbei hat das ZDF ein Regelwerk über die Kommentierung auf ihrer Fan-Page veröffentlicht. Nachdem die Kommentatorin K mehrfach gegen dieses Regelwerk verstieß, wurde sie von einer Moderatorin der Fan-Page gesperrt, womit sie keine weiteren Kommentare auf der Fan-Page des ZDF verfassen kann. War eine vorherige Anhörung der K erforderlich?

*Beispiel 2*²⁸: Nachdem es bereits in der Vergangenheit zu Ausschreitungen im Rahmen von Fußballspielen des Vereins V kam und der Polizei bekannt wird, dass weitere Ausschreitungen geplant sind, richtet sie ein Gefährderschreiben an polizeilich bekannte Mitglieder der Hooliganszene von V, unter anderem den Fußballfan F. Dabei wird auf die Absicht der Ergreifung präventiv- und repressiv-polizeilicher Maßnahmen im Falle von Ausschreitungen hingewiesen und den jeweiligen Adressaten des Schreibens nahegelegt, sich an den Ausschreitungen nicht zu beteiligen. War eine vorherige Anhörung des F erforderlich?

Die analoge Anwendung von § 28 VwVfG auf Realakte ist umstritten. Überwiegend wird sie bejaht, sofern der in Rede stehende Realakt ein funktionales Äquivalent zu einem Verwaltungsakt darstellt und keine spezialgesetzlichen Sonderregelungen bestehen, teils kombiniert mit dem Erfordernis eines Grundrechtseingriffs.²⁹

Doch was ist mit dem Begriffspaar „funktionales Äquivalent“ gemeint? Im Kern zeigt sich bei näherer Betrachtung, dass das Vorliegen eines funktionalen Äquivalents auf Erwägungen gestützt wird, die auch die Annahme eines Grundrechtseingriffs nach neuerer Dogmatik rechtfertigen. Im Ergebnis wird eine analoge Anwendung auf Realakte daher dann anzunehmen sein, wenn der Realakt in Grundrechte des Betroffenen einzugreifen droht.³⁰

Klar wird dies bei Betrachtung der Wesensmerkmale des Verwaltungsakts. Denn der Verwaltungsakt ist vor allem das

einfachgesetzliche Spiegelbild des Grundrechtseingriffs.³¹ Das wesentliche Charakteristikum des Verwaltungsakts ist somit der hoheitliche Eingriff in subjektiv-öffentliche Rechtspositionen. Dies kommt auch bei der Beschreibung der funktionalen Äquivalenz zum Ausdruck, wenn die Vertreter der h.M. mit dem Verweis auf eine vergleichbare Entscheidungssituation zum Verwaltungsakt oder einen in ähnlicher Weise gelagerten Eingriff in Rechtspositionen bejahen.

Aus methodischer Perspektive müssen für die Begründung einer Analogie eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage vorliegen.³²

Eine planwidrige Regelungslücke lässt sich mit der Erwägung bejahen, dass der Gesetzgeber bei Erlass des VwVfG davon ausging, die Anhörungspflicht an den Verwaltungsakt als Ausdruck des Grundrechtseingriffs zu koppeln und sich das Verständnis des Grundrechtseingriffs im Verlaufe der Zeit erweiterte.³³

Auch eine vergleichbare Interessenlage liegt vor. Sofern die behördliche Maßnahme letztlich nur einen gleichwertigen Ersatz für einen Verwaltungsakt (= Grundrechtseingriff) darstellt, erscheint es nicht gerechtfertigt, die Behörde allein aufgrund eines beliebigen Handlungsformenwechsels von der Anhörungspflicht freizustellen.

In *Beispiel 1* stellt die Sperre auf der Fan-Page durch das als öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt grundrechtsgebundene ZDF (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG) einen Eingriff in die Meinungsfreiheit der K aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG dar, da ihr die Möglichkeit genommen wird, auf der Fan-Page ihre Meinung kundzutun und an Diskussionen teilzunehmen.³⁴ Aufgrund dieses bevorstehenden Grundrechtseingriffs als funktionales Äquivalent zu einem Verwaltungsakt (siehe zuvor) war eine Anhörung analog § 28 Abs. 1 VwVfG erforderlich.³⁵

Als schwieriger erweist sich *Beispiel 2*. Man mag geneigt sein, eine Anhörungspflicht schon deswegen zu verneinen, weil das Gefährderschreiben seiner Natur nach letztlich selbst nur einer Anhörung gleichkommt.³⁶ Vorwiegend verfolgt es informative Lenkungszwecke, indem es die Adressaten auf die Möglichkeit polizeilicher Maßnahmen hinweist ohne eine abschließende Entscheidung zu beabsichtigen.

²⁷ Beispiel nach Golla/Milker, ZJS 2019, 396 ff.

²⁸ Siehe die Fallbearbeitung von Schneider, ZJS 2008, 281 ff.

²⁹ Grünwald (Fn. 14), § 28 Rn. 11; Kallerhoff/Mayen (Fn. 13), § 28 Rn. 25; Ramsauer (Fn. 6), § 28 Rn. 4a; Ritgen (Fn. 10), § 28 Rn. 27; tendenziell auch Schwarz, in: Fehling/Kastner/Störmer, HK-VerwR, 4. Aufl. 2016; weitergehend Buchholz, System des Verwaltungsrechts, Bd. 3, 1997, § 1 Rn. 48; Hufen/Siegel, Fehler im Verwaltungsverfahren, 6. Aufl. 2018, Rn. 287, die für eine Anwendung in allen den Einzelnen in seinen Rechten betreffenden Verfahren plädieren; offen gelassen von BVerwG NVwZ 2003, 354 (356).

³⁰ Zutreffend insoweit Grünwald (Fn. 14), § 28 Rn. 11; Pünder, in: Ehlers/Pünder (Fn. 7), § 14 Rn. 32; ähnlich Kingreen, NVwZ 2013, 846 (849), der die Anhörungspflicht jedoch unmittelbar auf Art. 20 Abs. 3 GG stützt.

³¹ Siehe oben II. 1.

³² Statt aller Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 562.

³³ Siehe oben ausführlich zu II. 1.

³⁴ VG Mainz MMR 2018, 556 (557 f.) Rn. 73 ff.; das ZDF handelte dabei auch trotz der Nutzung von Facebook öffentlich-rechtlich, da es sich bei der Fanpage um eine (virtuelle) öffentliche Einrichtung handelt, deren Nutzungsmöglichkeit dem öffentlichen Recht unterliegt, vgl. Golla/Milker, ZJS 2019, 396 (396 f.).

³⁵ Ausnahmen analog § 28 Abs. 2, 3 VwVfG sind nicht ersichtlich.

³⁶ Eine solche Gleichsetzung von Anhörung und Gefährderschreiben annehmend VG Braunschweig BeckRS 2006, 24209 Rn. 18; dagegen zu Recht Kreuter-Kirchhof, AöR 139 (2014), 257 (268).

Gleichwohl wird das Gefährderansprechen überwiegend als Grundrechtseingriff zumindest in Art. 2 Abs. 1 GG eingestuft³⁷, insbesondere, da die Polizei dadurch final die Teilnahme der Adressaten an den Ausschreitungen verhindern will³⁸. Damit ist es nach dem oben Gesagten nur konsequent, auch für das Gefährderansprechen eine Anhörung analog § 28 Abs. 1 VwVfG zu verlangen. Erwägenswert bleibt jedoch eine Ausnahme von der Anhörungspflicht analog § 28 Abs. 2 Nr. 4 Var. 2 VwVfG („gleichartige Verwaltungsakte in größerer Zahl“), je nach Anzahl der Adressaten der Gefährderansprechen.³⁹

b) Staatliches Informationshandeln

Beispiel 3: Bei einer Kontrolle des Betriebs der Lebensmittelunternehmerin L werden verschiedene, erhebliche Hygienemängel festgestellt. Die zuständige Behörde beabsichtigt, die Verstöße gem. § 40 Abs. 1a Nr. 3 LFGB online zu veröffentlichen.⁴⁰ Ist eine vorherige Anhörung der L erforderlich?

Auch im Rahmen staatlichen Informationshandelns ist die Anwendung von § 28 VwVfG umstritten, wobei im Wesentlichen die generell für Realakte herangezogenen Begründungsmuster⁴¹ übertragen werden.

Die h.L. und Teile der Rechtsprechung gehen von einer Anhörungspflicht analog § 28 Abs. 1 VwVfG aus.⁴² Von anderen Teilen der Rechtsprechung wird eine solche Anhörungspflicht hingegen vereinzelt verneint.⁴³

Für viele Bereiche wird es indes schon an einer planwidrigen Regelungslücke fehlen, da spezialgesetzliche Regelungen mit einer Anhörungspflicht bereits zuhauf existieren (z.B. § 40 Abs. 3 LFGB, § 31 Abs. 2 S. 5 ProdSG). In *Beispiel 3* ist eine Anhörung der L gem. § 40 Abs. 3 LFGB erforderlich, ohne dass es eines Rückgriffs auf § 28 VwVfG bedarf.⁴⁴

Sofern es an einer solchen Regelung fehlt, dürfte zumeist die Annahme einer vergleichbaren Interessenlage im Wege eines Erst-Recht-Schlusses naheliegen. Denn vor allem im Bereich produktbezogener Warnungen stehen den Betroffenen sogar „schlimmere“ Folgen bevor, als bei dem Erlass eines Verwaltungsaktes. Denn die – im Gegensatz zu Verwaltungsakten adressatenlose – Öffentlichkeitsinformation entfaltet insbesondere bei Online-Veröffentlichungen eine enorme Breitenwirkung (sog. Prangerwirkung) und ist zudem tatsächlich und rechtlich irreversibel.⁴⁵ Vor diesem Hintergrund erscheint es wenig einsichtig, eine eingriffsintensivere Form hoheitlichen Handelns in subjektive Rechte voraussetzungsärmer auszugestalten.

Dieses Ergebnis entspricht wiederum den grundrechtlichen Wertungen. Denn wie das Bundesverfassungsgericht mit seiner Entscheidung zu § 40 Abs. 1a LFGB⁴⁶ klargestellt hat, können auch mittelbar-faktische Beeinträchtigungen durch staatliches Informationshandeln einen Grundrechtseingriff darstellen. Dann wiederum ist es auch konsequent und gerechtfertigt, eine Anhörung des Betroffenen zu verlangen, wie auch die gesetzgeberische Ausgestaltung – z.B. bei § 40 Abs. 3 LFGB – zeigt.

3. Anordnung der sofortigen Vollziehung, § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO

Beispiel 4: Die zuständige kreisfreie Stadt S erlässt nach vorheriger Anhörung eine Baubeseitigungsanordnung gegenüber Bürger B, da ein in seinem Eigentum befindliches Haus im Gebiet der Stadt S akut einzustürzen droht. Im gleichen Bescheid ordnet sie zudem die – ordnungsgemäß begründete – sofortige Vollziehung der Beseitigungsanordnung an, zu der B jedoch nicht gesondert angehört wurde. Ist die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtmäßig?

Beispiel 5: Ausgangsfall wie *Beispiel 4*. Der Sofortvollzug wird nun jedoch nach Erlass der Baubeseitigungsanordnung in einem gesonderten Schreiben ohne vorherige Anhörung angeordnet. Ist die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtmäßig?

Geradezu klassisch ist die Frage der Anwendbarkeit von § 28 VwVfG auf die behördliche Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO.

Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass es sich bei der Anordnung des Sofortvollzugs nach zutreffender ganz h.M. mangels Regelungswirkung nicht um einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG handelt.⁴⁷ Die Anordnung der

³⁷ OVG Lüneburg NJW 2006, 391 (392); *Hebeler*, NVwZ 2011, 1364 (1365 f.); *Kießling*, DVBl. 2012, 1210 (1211 f.); *Kreuter-Kirchhof*, AöR 139 (2014), 257 (272).

³⁸ Vgl. *Schneider*, ZJS 2008, 281 (289).

³⁹ Zu den Voraussetzungen des § 28 Abs. 2 Nr. 4 Var. 2 VwVfG *Kallerhoff/Mayen* (Fn. 13), § 28 Rn. 59 ff.

⁴⁰ Die (umstrittene) Regelung des § 40 Abs. 1a LFGB erlaubt es den zuständigen Behörden, Verstöße gegen nationale oder unionale lebensmittelrechtliche Vorschriften unter Nennung des Lebensmittelunternehmers und der betroffenen Lebensmittel zu veröffentlichen und wird daher gemeinhin auch als „Internet-Pranger“ bezeichnet.

⁴¹ Siehe oben II. 2. a).

⁴² LG Stuttgart NJW 1989, 2257 (2261); *Engel/Pfau*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG Großkommentar, § 28 Rn. 35; *Käß*, WiVerw 2002, 197 (207); *Schoch*, Jura 2006, 833 (835); v. *Danwitz*, Verfassungsfragen staatlicher Produktempfehlungen, 2003, S. 86 ff.

⁴³ VGH Kassel NVwZ 2003, 1000 ff.

⁴⁴ Dies übersieht VG Würzburg, Beschl. v. 20.1.2020 – W 8 E 19.1661, Rn. 20 (juris).

⁴⁵ v. *Danwitz* (Fn. 42), S. 86 f.; die rechtliche Irreversibilität ergibt sich daraus, dass ein „Ungeschehen-Machen“ wie bei Verwaltungsakten nicht möglich ist, vgl. §§ 48, 49 VwVfG, die nicht angewendet werden können, *Schoch* (Fn. 26), § 37 Rn. 107.

⁴⁶ BVerfGE 148, 40.

⁴⁷ BVerwGE 24, 92 (94); *Gersdorf*, in: Beck'scher-Online Kommentar VwGO, 52. Ed., Stand: 1.10.2019, § 80 Rn. 71;

sofortigen Vollziehung stellt lediglich eine verfahrensrechtliche Nebenentscheidung zum Grund-Verwaltungsakt dar, ohne eine eigene abschließende Rechtsfolge zu setzen.⁴⁸ Zudem schließt sie kein Verwaltungsverfahren ab (vgl. § 9 VwVfG) und kann auch nicht bestandskräftig werden.⁴⁹ Eine direkte Anwendung des § 28 VwVfG auf die Anordnung der sofortigen Vollziehung muss folglich ausscheiden.

Jedoch wird eine analoge Anwendung des § 28 VwVfG auf die Anordnung des Sofortvollzugs erwogen.⁵⁰ Voraussetzung hierfür sind wiederum eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage.

Bereits das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke wird überwiegend verneint, da § 80 Abs. 2 und Abs. 3 VwGO abschließende Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für die Anordnung der sofortigen Vollziehung enthalte.⁵¹ Einer Begründung hierfür bleiben die Vertreter der h.M. jedoch weitestgehend schuldig. Gegen eine abschließende Kodifikation spricht vielmehr, dass die Anforderungen an behördliche Verfahrenshandlungen im VwVfG zur Zeit des Inkrafttretens der VwGO noch gar nicht kodifiziert waren.⁵² Es erscheint fragwürdig, dem Gesetzgeber bei Erlass des § 80 VwGO einen abschließenden Regelungswillen zu unterstellen, wenn ein Nebeneinander verschiedener Regelungen zum Zeitpunkt des Erlasses gar nicht in Betracht kam.⁵³ Ohnehin scheint ein brauchbarer methodischer Ansatz zur Identifikation abschließender Regelungen noch nicht gefunden.

Treffender ist es, die analoge Anwendung von § 28 VwVfG auf die Anordnung der sofortigen Vollziehung an der fehlenden Vergleichbarkeit der Interessenlage scheitern zu lassen. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung setzt nämlich ausweislich des § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung voraus.⁵⁴ Mithin kann eine Anhörung in diesen Fällen ihre grundlegen-

den Funktionen – Sachverhaltsaufklärung und Bildung einer Entscheidungsgrundlage⁵⁵ – angesichts des vorgeprägten besonderen öffentlichen Interesses gar nicht mehr erfüllen.⁵⁶ Zudem bieten § 80 Abs. 4 und Abs. 5 VwGO für den Betroffenen ausreichende Möglichkeiten, vor einem unberechtigten Sofortvollzug bewahrt zu bleiben und rechtliches Gehör zu erlangen.⁵⁷

Bekräftigt wird dieses Ergebnis auch durch die Berücksichtigung grundrechtlicher Wertungen. Die Anordnung des Sofortvollzugs allein erschwert oder verunmöglicht dem Betroffenen kein grundrechtlich geschütztes Verhalten und stellt damit keinen Eingriff in Grundrechte dar. Ohne einen Grundverwaltungsakt ist die Anordnung des Sofortvollzugs vielmehr gegenstandslos, da eine aufschiebende Wirkung nach § 80 Abs. 1 VwGO ohne anfechtbaren Verwaltungsakt denkbare gar nicht eintreten kann. Bei der verfassungsrechtlich und historisch zutreffenden Begründung einer Anhörungspflicht mit dem bevorstehenden Grundrechtseingriff⁵⁸ scheidet eine Anhörungspflicht bei Anordnung des Sofortvollzugs mangels eines solchen Grundrechtseingriffs daher aus.

Im *Beispiel 4* ist die Anordnung der sofortigen Vollziehung somit formell rechtmäßig. Es handelte die zuständige Behörde und auch die Begründung ist ordnungsgemäß, womit den Anforderungen gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4, Abs. 3 VwGO Rechnung getragen wurde. Eine vorherige Anhörung nach § 28 Abs. 1 VwVfG analog ist angesichts der fehlenden vergleichbaren Interessenlage nicht erforderlich.

Etwas anderes gilt auch nicht bei isolierter Anordnung des Sofortvollzugs wie in *Beispiel 5*.⁵⁹ Denn dann könnte die anordnende Behörde im Ergebnis selbst steuern, wann eine Anhörung erforderlich ist und wann nicht. Vielmehr ist eine einheitliche Handhabung angezeigt, die ein Anhörungserfordernis nicht voraussetzt.

III. § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG

1. Grundsätzliches

§ 45 VwVfG regelt gegenüber der Anhörungspflicht die nachgelagerte Ebene der Fehlerfolgen bei Missachtung von § 28 VwVfG oder sonstigen Verfahrensvorschriften.⁶⁰ Sie ist Ausdruck der dienenden Funktion des Verwaltungsverfah-

Schoch, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO Kommentar, 22. Lfg., Stand: September 2011, § 80 Rn. 199; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 13), § 35 Rn. 164; v. Alemann/Scheffczyk (Fn. 19), § 35 Rn. 156.

⁴⁸ Schoch (Fn. 47), § 80 Rn. 199.

⁴⁹ Gersdorf (Fn. 47), § 80 Rn. 80; Müller, NVwZ 1988, 702; W.-R. Schenke, VerwArch 91 (2000), 587 (588 f.).

⁵⁰ Holzner, in: Beck'scher-Online Kommentar Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 11. Ed., Stand: 1.2.2019, Art. 7 LStVG Rn. 55; Müller, NVwZ 1988, 702 ff.

⁵¹ OVG Koblenz NVwZ 1988, 748 (749); Gersdorf (Fn. 47), § 80 Rn. 81; Grünwald (Fn. 14), § 28 Rn. 15; Kluth (Fn. 3), § 60 Rn. 59; Schmaltz, DVBl. 1992, 230 (232); Schoch (Fn. 47), § 80 Rn. 258; Seiler, Examens-Repetitorium Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2017, Rn. 120.

⁵² Müller, NVwZ 1988, 702 (703); das VwVfG ist erst am 1.1.1977 in Kraft getreten, § 103 VwVfG a.F., § 80 VwGO bereits am 1.1.1960, § 195 Abs. 1 VwGO a.F.

⁵³ Einen „fragmentarischen“ Charakter der Verfahrensanforderungen in § 80 VwGO konstatiert auch Hamann, DVBl. 1989, 969 (970).

⁵⁴ Herrmann, in: Beck'scher-Online Kommentar VwVfG, 46. Ed., Stand: 1.1.2020, § 28 Rn. 6; Ritgen (Fn. 10), § 28 Rn. 31.

⁵⁵ Ramsauer (Fn. 6), § 28 Rn. 1 f.; Schoch, Jura 2006, 833 (834).

⁵⁶ Kluth (Fn. 3), § 60 Rn. 59; Schoch (Fn. 47), § 80 Rn. 258.

⁵⁷ VGH Mannheim NVwZ-RR 1990, 561; Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 80 Rn. 81; W.-R. Schenke, VerwArch 91 (2000), 587 (594).

⁵⁸ Siehe dazu ausführlich oben zu II. 1.

⁵⁹ Hamann, DVBl. 1989, 969 (971); Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 13), § 9 Rn. 218; a.A. OVG Lüneburg NVwZ-RR 1993, 585, ähnlich Hufen/Siegel (Fn. 29), Rn. 289.

⁶⁰ Auf materielle Fehler ist § 45 VwVfG nicht anwendbar, Schemmer, in: Beck'scher-Online Kommentar VwVfG, 46. Ed., Stand: 1.1.2020, § 45 Rn. 1; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 13), § 45 Rn. 1.

rens.⁶¹ Da ein Mangel der Anhörung regelmäßig nicht gravierend genug ist, um zur Nichtigkeit (§ 44 VwVfG) der behördlichen Entscheidung zu führen⁶² – gleichwohl aber die (formelle) Rechtswidrigkeit bedeutet⁶³ – stellt sich die Frage nach der Möglichkeit einer Heilung nach § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG, die zur Rechtmäßigkeit der ursprünglich rechtswidrigen behördlichen Entscheidung führt⁶⁴. Die Vorschrift dient der Effizienz des Verwaltungsverfahrens, insbesondere der Verfahrensökonomie.⁶⁵ Angesichts der durch § 45 VwVfG relativierten Folgen von Verfahrensfehlern und der weitreichenden Heilungsmöglichkeit auch noch im Gerichtsverfahren sieht sich die Vorschrift einiger grundsätzlicher Kritik ausgesetzt, auf die hier aus Übersichtlichkeitsgründen nicht näher eingegangen wird.⁶⁶

Entscheidend für das Verständnis des § 45 VwVfG ist das sog. Gebot der realen Fehlerheilung.⁶⁷ Die Anforderungen an die Nachholung der Anhörung entsprechen danach denen der ursprünglich erforderlichen Anhörung nach § 28 Abs. 1 VwVfG.⁶⁸ Der Beteiligte muss im Idealfall so gestellt werden, wie er ohne den Anhörungsverstoß stünde.⁶⁹ Freilich kann eine nachträgliche Anhörung einer vorherigen in ihrer praktischen Wirksamkeit per definitionem nicht gleichkommen.⁷⁰ Ausreichend muss es daher sein, dass dem Betroffenen die Gelegenheit zur Äußerung gegeben wird und die Behörde in der Folge ihre getroffene Entscheidung selbstkritisch überdenkt, also über die Aufrechterhaltung oder Abänderung der Sachentscheidung nachdenkt.⁷¹ Dies setzt voraus, dass eine Abänderung überhaupt möglich ist, die selbstkritische Prü-

fung der Behörde also zu einer nachträglichen Veränderung der Rechtsposition des Betroffenen führen kann.⁷²

Im Folgenden wird gezeigt, dass dies bei behördlichem Handeln abseits des Verwaltungsakts nicht immer der Fall ist.

2. Realakte

Die (analoge) Anwendung von § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG auf Realakte wird kaum thematisiert. Sofern sich überhaupt Stellungnahmen hierzu finden, befürworten diese eine analoge Anwendung, wenn schon analog § 28 Abs. 1 VwVfG eine Anhörung gefordert wird.⁷³ Richtigerweise ist jedoch zu differenzieren. Eine Anhörungspflicht bei Realakten korreliert zwar regelmäßig, aber nicht ausnahmslos in jedem Fall mit einer Heilungsmöglichkeit. Während ein solcher Zusammenhang im Bereich der herkömmlichen Eingriffsverwaltung noch zu bejahen ist (dazu a), ist er für das staatliche Informationshandeln zu verneinen (dazu b).

a) Eingriffsverwaltung

Beispiel 6: Ausgangsfall wie *Beispiel 1*. Die analog § 28 Abs. 1 VwVfG erforderliche Anhörung der K ist unterblieben. Kann der Fehler analog § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG geheilt werden?

Zwar ist in *Beispiel 6* die Sperrung der K von der Fan-Page des ZDF mangels Anhörung analog § 28 Abs. 1 VwVfG formell rechtswidrig. Jedoch kann der Mangel im Wege der analogen Anwendung von § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG geheilt werden.

Die planwidrige Regelungslücke ergibt sich aus dem Umstand, dass hier keine speziellen Heilungsvorschriften für Realakte trotz Grundrechtseingriffs bestehen und der Gesetzgeber konzeptionell die Anhörungspflichten und damit auch die Heilungsvorschriften an das Erfordernis eines Grundrechtseingriffs koppeln wollte.⁷⁴ Auch eine vergleichbare Interessenlage ist gegeben. Die Sperrung der K von der Fan-Page ist ein funktionales Äquivalent zu einem Verwaltungsakt, womit auch das äquivalente Fehlerfolgenregime des § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG greifen muss. Vor allem aber ist eine gleichwertige Nachholung von § 28 Abs. 1 VwVfG im Sinne des Gebots der realen Fehlerheilung auch möglich. Denn zwar ist die behördliche Entscheidung mangels Verwaltungsaktqualität rechtlich irreversibel (§§ 48, 49 VwVfG sind nicht anwendbar), sie bleibt jedoch tatsächlich revisibel.

⁶¹ Siehe oben I., so auch ausdrücklich die Gesetzesbegründung zu §§ 45, 46 VwVfG (§§ 41, 42 VwVfG a.F.), BT-Drs. 7/910, S. 65.

⁶² Guckelberger, JuS 2011, 577 (579); Schoch, Jura 2007, 28 (28).

⁶³ Detterbeck (Fn. 4), Rn. 629; Engel/Pfau (Fn. 42), § 28 Rn. 109; Maurer/Waldhoff (Fn. 7), § 19 Rn. 15.

⁶⁴ Detterbeck (Fn. 4), Rn. 632; W.-R. Schenke, VerwArch 97 (2006), 592 (595); umstritten ist dabei, ob die Rechtmäßigkeit ex nunc oder ex tunc eintritt, siehe Pünder (Fn. 30), § 14 Rn. 80 einerseits und Fremuth, JA 2012, 844 (845) andererseits.

⁶⁵ Guckelberger, JuS 2011, 577 (579); Pünder, Jura 2015, 1307 (1308); Schoch, Jura 2007, 28 (29).

⁶⁶ Siehe beispielsweise ausführlich W.-R. Schenke, VerwArch 97 (2006), 592 (597 ff.).

⁶⁷ Dazu Emmenegger, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Fn. 42), § 45 Rn. 70; Hufen, NJW 1982, 2160 (2165); Schoch, Jura 2007, 28 (29).

⁶⁸ OVG Bremen NVwZ-RR 1994, 189 (191); Ehlers, Jura 1996, 617 (621).

⁶⁹ Zu den Anforderungen im Einzelnen Schemmer (Fn. 60), § 45 Rn. 42.

⁷⁰ BVerwGE 37, 307 (312 f.); Guckelberger, JuS 2011, 577 (579); Schoch, NVwZ 1983, 249 (252); Schoch, Jura 2007, 28 (29).

⁷¹ BVerwG NVwZ-RR 2016, 449 Rn. 17; Guckelberger, JuS 2011, 577 (579); Ramsauer (Fn. 6), § 45 Rn. 26.

⁷² Bei direkter Anwendung von § 45 VwVfG wird daher eine Anwendung verneint, wenn der Verwaltungsakt sich bereits erledigt hat, Guckelberger, JuS 2011, 577 (580); Korte, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth (Fn. 3), § 49 Rn. 60; Ramsauer (Fn. 6), § 45 Rn. 13.

⁷³ Hochhuth, NVwZ 2003, 30 (32); Schmidt, Staatliches Informationshandeln und Grundrechtseingriff, 2004, S. 148; Schmitz (Fn. 59), § 9 Rn. 218 Fn. 531; so wohl auch BVerwGE 82, 76 (96).

⁷⁴ Siehe ausführlich oben II. 1.

Das ZDF kann die K wieder für den Kommentarbereich ihrer Fan-Page entsperren und damit nachträglich die Rechtsposition der K wieder verbessern. Folglich ist dem ZDF auch eine selbstkritische Prüfung ihrer Sperrungsentscheidung möglich, da ihm unterschiedliche Handlungsoptionen zur Verfügung stehen, wovon eine auch eine faktische Abänderung ihrer ursprünglichen Entscheidung beinhaltet.

b) Staatliches Informationshandeln

Beispiel 7: Ausgangsfall wie *Beispiel 3*. Die zuständige Behörde veröffentlicht die Verstöße gem. § 40 Abs. 1a LFGB online, ohne L vorher anzuhören. Kann die Anhörung noch im Verwaltungsprozess vor dem zuständigen VG gem. § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG nachgeholt werden?

Besonderheiten gelten jedoch bei staatlichem Informationshandeln. Kann es angesichts der Irreversibilität staatlichen Informationshandelns⁷⁵ vor allem bei der Nutzung von Online-Medien überhaupt eine reale Fehlerheilung analog § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG nach dem Ergehen der hoheitlichen Maßnahme geben?

Aktuelle Entscheidungen bayerischer Gerichte bejahen dies ohne nähere Begründung.⁷⁶ Richtigerweise muss die analoge Anwendung von § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG auf staatliches Informationshandeln ausscheiden.⁷⁷

Sofern spezialgesetzliche Anhörungspflichten bestehen, ist bereits das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke zu bezweifeln. So könnte man aus der spezialgesetzlichen Anordnung der Anhörungspflicht (z.B. § 40 Abs. 3 LFGB) ohne Heilungsvorschriften folgern, dass ein Unterbleiben der Anhörung im Bereich der Öffentlichkeitsinformation eben stets zur formellen Rechtswidrigkeit führen soll.⁷⁸ Es liegt zudem keine vergleichbare Interessenlage vor. Eine selbstkritische Prüfung der Behörde bezüglich der Aufrechterhaltung oder Abänderung ihrer Entscheidung ist bei staatlichem Informationshandeln unmöglich. Denn die Öffentlichkeitsinformation ist nicht nur wie alle Realakte rechtlich irreversibel⁷⁹, sondern auch tatsächlich. Zwar könnte die Behörde in *Beispiel 7* L nachträglich zur Öffentlichkeitsinformation hören. Jedoch ist wegen der weltweit einsehbaren Online-Veröffentlichung „das Kind schon in den Brunnen gefallen“. Die Belastungswirkung in Form der Rufschädigung der L

lässt sich auch durch eine nachträglich andere Entscheidung nicht mehr beseitigen. Auch eine Berichtigung kann die faktischen Wirkungen nicht umfassend beseitigen.⁸⁰ Damit läuft eine nachträgliche Anhörung mangels wirklicher Handlungsoptionen der Behörde ins Leere.

In *Beispiel 7* scheidet eine Heilung analog § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG somit aus. Die Online-Veröffentlichung ohne vorherige Anhörung ist endgültig formell rechtswidrig.

3. Anordnung der sofortigen Vollziehung, § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO

Mangels Anhörungspflicht analog § 28 Abs. 1 VwVfG⁸¹ scheidet auch eine Heilung nach § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG aus.⁸²

IV. § 46 VwVfG

1. Grundsätzliches

§ 46 VwVfG relativiert die Verfahrensanforderungen im Verwaltungsverfahren noch über § 45 VwVfG hinaus⁸³ und fügt sich somit in das gesetzgeberische Konzept der dienenden Funktion des Verwaltungsverfahrens ein.⁸⁴ Im Gegensatz zu § 45 VwVfG wird der Verwaltungsakt bei Anwendung des § 46 VwVfG jedoch nicht rechtmäßig.⁸⁵ Die Möglichkeit der Aufhebung des Verwaltungsakts wird gleichwohl ausgeschlossen, sofern der Verfahrensfehler die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Damit wird wiederum der Verfahrensökonomie Rechnung getragen. Es erscheint unzumutbar, einen Verwaltungsakt u.U. nach langem Prozess aufzuheben, obwohl im Anschluss ein inhaltlich identischer Verwaltungsakt nach ordnungsgemäßem Verfahren ergehen kann.⁸⁶

Auch § 46 VwVfG sieht sich grundsätzlicher verfassungs- und unionsrechtlicher Bedenken ausgesetzt⁸⁷, auf deren Darstellung in diesem Beitrag verzichtet wird.

Entscheidend für die Bestimmung der Anwendbarkeit von § 46 VwVfG im Kontext dieses Beitrags ist dessen Zusammenhang mit dem Rechtsschutz. Denn Gegenstand des § 46 VwVfG ist der Ausschluss der subjektiven Rechtsverletzung und damit des Aufhebungsanspruchs nach § 113 Abs. 1 S. 1

⁷⁵ Siehe oben II. 2. b).

⁷⁶ BayVGH BeckRS 2019, 31413, Rn. 44; VG Würzburg, Beschl. v. 20.1.2020 – W 8 E 19.1661, Rn. 20 (juris), das jedoch schon die Anhörungspflicht fälschlicherweise auf § 28 Abs. 1 VwVfG und nicht auf § 40 Abs. 3 LFGB als lex specialis stützt, s. o; in diese Richtung auch schon BVerwGE 82, 76 (96).

⁷⁷ Zutreffend Käß, WiVerw 2002, 197 (208).

⁷⁸ So wohl Schoch, NVwZ 2012, 1497 (1503), der ohne Erwähnung einer Heilungsmöglichkeit die formelle Rechtswidrigkeit als Fehlerfolge bei Verstößen gegen § 40 Abs. 3 LFGB ansieht.

⁷⁹ Siehe oben III. 2. a).

⁸⁰ Käß, WiVerw 2002, 197 (208).

⁸¹ Siehe oben II. 3.

⁸² Nach teilweise vertretener Auffassung scheidet eine Heilung darüber hinaus auch bei analoger Anwendung des § 28 Abs. 1 VwVfG aus, vgl. Peuker, in Knack/Hennecke (Fn. 10), § 45 Rn. 37.

⁸³ Pünder, Jura 2015, 1307 (1313).

⁸⁴ Peuker (Fn. 82), § 46 Rn. 11; Ramsauer (Fn. 6), § 46 Rn. 1.

⁸⁵ Baumeister, in: Obermayer/Funke-Kaiser (Fn. 14), § 46 Rn. 3; Ramsauer (Fn. 6), § 46 Rn. 1; W.-R. Schenke, VerwArch 97 (2006), 592 (595).

⁸⁶ Bull/Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl. 2015, Rn. 774; Guckelberger, JuS 2011, 577 (581).

⁸⁷ Dazu ausführlich Baumeister (Fn. 85), § 46 Rn. 7 ff.

VwVfG trotz Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts.⁸⁸ Ein solcher Aufhebungsanspruch muss aber per se existieren, darf also nicht von vornherein ausgeschlossen sein. Mit anderen Worten ist die Aufhebbarkeit der behördlichen Entscheidung neben dem Verwaltungsakt eine zentrale Voraussetzung der Anwendbarkeit von § 46 VwVfG.⁸⁹ Angesichts der rechtlichen Irreversibilität von Realakten⁹⁰ ist damit jedoch klar, dass die analoge Anwendung von § 46 VwVfG jedenfalls nicht frei von Zweifeln sein kann.

2. Realakte

Zur (analogen) Anwendung von § 46 VwVfG auf Realakte finden sich wenige bis keine Stellungnahmen in Literatur und Rechtsprechung. Vereinzelt wird erwähnt, dass mit der Anhörungspflicht analog § 28 Abs. 1 VwVfG auch die analoge Anwendung von § 46 VwVfG korreliert.⁹¹ Dementgegen wird teils vertreten, § 46 VwVfG sei auf staatliche Handlungsformen abseits des Verwaltungsakts nicht anwendbar.⁹² Einer Begründung bleiben beide Auffassungen schuldig.

Ungeachtet der Tatsache, dass die Vorschrift nach teilweise vertretener Ansicht generell für nicht analogiefähig gehalten wird⁹³ muss eine analoge Anwendung von § 46 VwVfG jedenfalls auf Realakte richtigerweise ausscheiden.

Es liegt schon keine planwidrige Regelungslücke vor. Zwar mag allein der Begriff des Verwaltungsakts noch keine abschließende Regelung der staatlichen Handlungsformen begründen.⁹⁴ Die Ausrichtung des § 46 VwVfG auf die Aufhebung rechtswidriger Verwaltungsakte hingegen bringt erkennbar den gesetzgeberischen Willen zum Ausdruck, eine Komplementärregelung zum bereits zuvor (1960) bestehenden § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO zu schaffen, der ebenfalls nahezu wortgleich von der Aufhebung rechtswidriger Verwaltungsakte spricht. Damit soll § 46 VwVfG gerade den Aufhebungsanspruch nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO ausschließen. Die planerische Konzeption des § 46 VwVfG verbietet also eine Anwendung auf andere staatliche Handlungsformen, die gerade nicht mit der Anfechtungsklage angegriffen werden können.

Zudem besteht zumindest hinsichtlich staatlichem Informationshandeln keine vergleichbare Interessenlage. Die generelle Aufhebbarkeit des behördlichen Handelns ist eine Kernvoraussetzung der Anwendung des § 46 VwVfG (s.o.). Staatliches Informationshandeln ist jedoch rechtlich und

tatsächlich irreversibel, so dass eine Aufhebbarkeit im Sinne des § 46 VwVfG von vornherein ausscheidet (es kommen lediglich Sekundäransprüche z. B. in Form eines Anspruchs nach § 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG in Betracht).

Eine analoge Anwendung von § 46 VwVfG kommt somit in den *Beispielen 6* und *7* nicht in Betracht.

3. Anordnung der sofortigen Vollziehung, § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO

Eines Rückgriffs auf § 46 VwVfG bedarf es nicht, da eine Anhörung weder direkt noch analog § 28 Abs. 1 VwVfG erforderlich ist.⁹⁵

V. Zusammenfassung

1. § 28 VwVfG ist analog auf belastende Realakte anwendbar, sofern diese einen (modernen) Grundrechtseingriff zur Folge haben. Dies entspricht der historischen Konzeption des § 28 VwVfG, eine Kopplung von Grundrechtseingriff und Anhörung vorzusehen.

Aus diesem Grund scheidet folgerichtig – mangels eigenem Grundrechtseingriff – eine Anhörungspflicht analog § 28 Abs. 1 VwVfG auf die Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO aus.

2. Bei analoger Anwendung von § 28 VwVfG ist grundsätzlich auch eine Heilung analog § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG möglich. Dies gilt jedoch nicht bei staatlichem Informationshandeln, da dieses grundsätzlich irreversibel und damit einer tatsächlichen Heilung nicht zugänglich ist.

3. Eine analoge Anwendung von § 46 VwVfG auf Realakte kommt ebenso wenig in Betracht wie auf die Anordnung der sofortigen Vollziehung.

4. Insgesamt zeigt sich, dass die Frage nach der analogen Anwendbarkeit von §§ 28, 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, 46 VwVfG differenziert zu beantworten ist. Pauschale Aussagen lassen sich zumeist nicht treffen, vielmehr sind stets die Spezifika der jeweiligen staatlichen Handlungsform und der einzelnen Verfahrensvorschrift zu berücksichtigen.

⁸⁸ Pünder (Fn. 30), § 14 Rn. 84; J. Ipsen (Fn. 12), Rn. 704; Schemmer (Fn. 60), § 46 Rn. 44; Wolff, in Wolff/Decker, VwGO/VwVfG Studienkommentar, 3. Aufl. 2012, § 46 VwVfG Rn. 1.

⁸⁹ Guckelberger, JuS 2011, 577 (582).

⁹⁰ Siehe oben Fn. 45.

⁹¹ Hochhuth, NVwZ 2003, 30 (32); Schmidt (Fn. 73), S. 148; auch nach Sachs (Fn. 60), § 46 Rn. 17 ist eine analoge Anwendung auf einen Verwaltungsakt „ähnliche“ behördliche Regelungen nicht ausgeschlossen.

⁹² Emmenegger (Fn. 67), § 46 Rn. 54.

⁹³ Korte (Fn. 72), § 49 Rn. 58; Pünder (Fn. 30), § 14 Rn. 85; Ramsauer (Fn. 6), § 45 Rn. 9.

⁹⁴ Siehe ausführlich oben II. 1.

⁹⁵ Siehe oben II. 3.

Schadensbemessung anhand fiktiver Kosten bei Beschädigung einer Sache

Von Wiss. Mitarbeiterin **Jana Abt**, Konstanz, Wiss. Mitarbeiter **Jakob Lutzenberger**, München*

Wann kann ein Schaden anhand fiktiver Kosten berechnet werden? Dieser Beitrag soll anhand von Beispielen aufzeigen, in welchen Fällen im Rahmen der Schadensberechnung auf eine Bemessung anhand fiktiver Kosten zurückgegriffen werden kann. Im Anschluss soll eine Lösung aufgezeigt werden, wie die §§ 249 ff. BGB auszulegen sind, um ein einheitliches, konsequentes Ergebnis zu erreichen. Unter Zuhilfenahme der Rechtslage im österreichischen Recht soll die nationale Betrachtungsweise kritisch hinterfragt und demonstriert werden, dass diese nicht zwingend ist. Im Besonderen, dass eine Ungleichbehandlung innerhalb eines werkvertraglichen und kaufvertraglichen Schadensersatzanspruchs nicht überzeugt.

I. Rechtslage in Deutschland

Das Schadensrecht ist in Deutschland einheitlich als allgemeiner Teil in den §§ 249 ff. BGB geregelt. Der Umfang eines jeden Schadensersatzanspruchs bestimmt sich nach diesen Vorschriften, obwohl sich die tatbestandlichen Voraussetzungen für den Schadensersatzanspruch nach dem jeweiligen zugrundeliegenden Schuldverhältnis richten: im Deliktsrecht nach §§ 823 ff. BGB, im allgemeinen Schuldrecht nach §§ 280 ff. BGB, im besonderen Schuldrecht nach §§ 434 ff. BGB, respektive §§ 634 ff. BGB. Abweichende Sonderbestimmungen zur Berechnung des Schadensersatzes gibt es beispielsweise in § 376 Abs. 3 HGB, § 97 Abs. 2 UrhG oder § 42 Abs. 2 DesignG.

Wird eine Sache beschädigt, kommen mitunter (konkurrierende) Ansprüche aus Mängelgewährleistungsrecht, allgemeinem Vertragsrecht und Deliktsrecht in Betracht.¹ Die Schadensberechnung erfolgt dabei grundsätzlich nach der Differenzhypothese. Der Schaden ergibt sich als Wertdifferenz bei einem Vergleich der Vermögenslagen vor und nach dem schädigenden Ereignis.² Bei konsequenter Anwendung, ergibt sich ein ersatzfähiger Schaden zunächst in Höhe des eingetretenen Wertverlusts. Lässt der Geschädigte die beschädigte Sache reparieren, spiegelt sich dieser als ersatzfähiger Schaden in den tatsächlich angefallenen Reparaturkosten wieder. Der Geschädigte hat – jedenfalls im Rahmen der Naturalrestitution – nach § 249 Abs. 2 S. 1 BGB ein Wahlrecht, ob er die Sache wiederherstellen lässt oder den dafür erforderlichen Geldbetrag verlangt. Geschützt wird da-

bei das Erhaltungsinteresse des Schädigers.³ Ist eine Naturalrestitution aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht möglich, ist nach § 251 Abs. 1 BGB grundsätzlich der objektive Wert zu kompensieren;⁴ dafür ist Ersatz in Höhe des Wiederbeschaffungsaufwands (Kosten, die für eine gleichwertige Ersatzsache aufgebracht werden müssen „Wiederbeschaffungswert“⁵, abzüglich des bei einer Veräußerung der beschädigten Sache realistisch erzielbaren Restwerts⁶), zu leisten.⁷

Interessant wird die Bestimmung des ersatzfähigen Schadens in solchen Fällen, in denen die erforderlichen Reparaturkosten den objektiven Wertverlust der Sache übersteigen.

Beispiel 1: Bei einem Unfall wird ein Kraftfahrzeug (Kfz) beschädigt (Restwert 10.000 €, Wiederbeschaffungswert 15.000 €). Die Reparaturkosten belaufen sich in einer Vertragswerkstatt auf 6.000 €. Ein Gutachter schätzt die erforderlichen Reparaturkosten auf 6.500 €.

Lösung: bei strikter Anwendung der Differenzhypothese: Ersatz des Wertverlusts i.H.v. 5.000 € oder Ersatz der tatsächlich angefallenen Reparaturkosten i.H.v. 6.000 €. Grundsätzlich kein Ersatz der geschätzten Kosten i.H.v. 6.500 €.

Wie stellt sich jedoch die Lage dar, wenn der Geschädigte das Kfz nicht reparieren lässt? Grundsätzlich sind nicht tatsächlich angefallene Reparaturkosten kein im Rahmen der Differenzhypothese zu berücksichtigender Schadensposten. Schließlich entspricht in diesem Fall das Delta zwischen Vermögenslage vor und nach schädigendem Ereignis dem erlittenen Wertverlust. Wird eine Reparatur nicht vorgenommen, liegt eine Vermögenseinbuße in Form von Reparaturkosten gerade nicht vor. Will der Geschädigte die potenziellen Reparaturkosten ersetzt bekommen, müsste er das Kfz strenggenommen tatsächlich reparieren. Der Ersatz fiktiver Reparaturkosten scheidet bei strikter Anwendung der Differenzhypothese eigentlich aus.

Dieses restriktive Verständnis steht im Einklang mit dem sog. Bereicherungsverbot, welches als allgemeine Grenze des Schadensumfangs vorgibt, dass der Geschädigte durch den Schadensfall wertmäßig nicht besser stehen darf als ohne.⁸ Dieser Rechtsgedanke kommt beispielsweise in § 255 BGB zum Ausdruck. Es sollen keine Vermögenseinbußen ausgeglichen werden, die nicht tatsächlich angefallen sind. Nähme man nun an, die einzelnen Werte (Wertverlust, tatsächliche

* Die Autorin *Jana Abt* ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für deutsches und Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, Prof. Dr. Jochen Glöckner, LL.M. (USA), der Universität Konstanz. Der Autor *Jakob Lutzenberger* ist Wiss. Mitarbeiter in einer Großkanzlei in München.

¹ BGH NJW 1976, 1505 (1506); BGH NJW 1988, 52 (53); Faust, in: Beck'scher Online Kommentar zum BGB, 53. Ed., Stand: 1.2.2020, § 437 Rn. 206.

² BGH NJW 2018, 541 (542 m.w.N.); Oetker, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 249 Rn. 18.

³ Teichmann, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 249 Rn. 1; Flume, in: Beck'scher Online Kommentar zum BGB, 53. Ed., Stand: 1.2.2020, § 249 Rn. 3.

⁴ Oetker (Fn. 2), § 251 Rn. 4.

⁵ Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 79. Aufl. 2020, § 249 Rn. 16.

⁶ BGH NJW 2009, 1265.

⁷ Teichmann (Fn. 3), § 251 Rn. 3.

⁸ Oetker (Fn. 2), § 249 Rn. 20.

Reparaturkosten, hypothetische Reparaturkosten) stellen jeweils einen ersatzfähigen Mindestschaden dar, den der Geschädigte in jedem Fall beanspruchen kann, bestünde bei Heranziehung fiktiver Schadensposten zur Berechnung des ersatzfähigen Schadens die Gefahr den Geschädigten besser zu stellen, als dieser ohne schädigendes Ereignis stünde.⁹ Besonders deutlich wird dies am obigen *Beispiel* der geschätzten Reparaturkosten. Könnte der Geschädigte die fiktiven Reparaturkosten i.H.v. 6.500 € verlangen, läge eigentlich eine Überkompensation i.H.v. 500 € vor.

Dennoch billigt der BGH – zumindest innerhalb des § 249 Abs. 1 BGB – in gewissen Grenzen die Schadensberechnung anhand fiktiver Kosten.¹⁰ Auch setzt § 249 Abs. 2 S. 2 BGB die Möglichkeit der Schadensberechnung anhand fiktiver Schäden voraus.¹¹ In diesem Sinne lässt sich auch dem Vorwurf, die Berechnung verstoße gegen das Bereicherungsverbot, entgegenstellen, dass ja zumindest am Kfz ein Schaden entstanden sei, also nicht kein Schaden vorläge, es sich mithin hier lediglich um die Bestimmung des Umfangs handelt. Dagegen wird sie innerhalb des § 251 BGB im Rahmen des werkvertraglichen, mangelbedingten Schadensersatzanspruchs abgelehnt.¹²

1. Deliktsrecht – Dispositionsfreiheit über § 249 Abs. 2 BGB begründet

a) Anerkennung der fiktiven Schadensberechnung bis zum Wiederbeschaffungsaufwand

Entwickelt wurde die BGH-Rechtsprechung dabei hauptsächlich in Entscheidungen zu Beschädigungen von Kfz, in denen der Geschädigte das Kfz entweder gar nicht reparieren lassen will¹³ oder die Reparatur selbst vornimmt.¹⁴ Hiernach steht die Art der Schadensberechnung bei der Beschädigung eines Kfz grundsätzlich zur Disposition des Geschädigten. Dabei hat der Geschädigte im Grundsatz die Wahl zwischen einer Abrechnung auf Basis eines tatsächlich angefallenen Aufwands für die Reparatur (konkrete Schadensberechnung) und einer Abrechnung auf Basis der von einem Gutachter geschätzten Reparaturkosten (fiktive Schadensberechnung), exklusive

der bei fiktiver Reparatur entfallenden Umsatzsteuer (§ 249 Abs. 2 S. 2 BGB).¹⁵

Beispiel 2: Bei einem Unfall wird ein Kfz beschädigt (Wiederbeschaffungswert 15.000 €, Restwert 5.000 €). Die Reparaturkosten belaufen sich bei einer Vertragswerkstatt auf 6.000 €. Der Geschädigte entschließt sich dazu, das Kfz nicht reparieren zu lassen oder eine Reparatur selbst vorzunehmen, sondern sich die Kosten für eine fiktive Reparatur auszahlen zu lassen.

Grundsätzlich gilt nach dem Wirtschaftlichkeitsgebot, dass die Möglichkeit der Schadensbeseitigung zu wählen ist, die für den Schädiger mit den geringsten Kosten verbunden ist.¹⁶ Übersteigen die fiktiven Kosten den Aufwand für die Wiederbeschaffung eines gleichwertigen Ersatzfahrzeugs (Wiederbeschaffungswert abzüglich des erzielbaren Erlöses für das beschädigte Kfz¹⁷), sind diese hiernach nicht mehr ersatzfähig.¹⁸

Lösung Beispiel 2: Die fiktive Abrechnung ist bis zur Höhe des Wiederbeschaffungsaufwands (15.000 € – 5.000 € = 10.000 €) ohne Einschränkungen zulässig. Sein Schadensersatzanspruch (§ 249 Abs. 2 S. 1 BGB) beläuft sich folglich auf 6.000 €, exklusive Umsatzsteuer.

b) Reparaturkosten übersteigen den Wiederbeschaffungsaufwand, sind jedoch niedriger als der Wiederbeschaffungswert

Daran anschließend stellt sich die Frage, ob der Geschädigte auch dann eine Schadensberechnung anhand fiktiver Kosten verlangen kann, wenn diese zwar geringer sind als der Wiederbeschaffungswert, jedoch den Wiederbeschaffungsaufwand des Kfz übersteigen.

Beispiel 3: Bei einem Unfall wird ein Kfz beschädigt (Restwert 5.000 €, Wiederbeschaffungswert 15.000 €). Ein unabhängiger Gutachter schätzt die Reparaturkosten auf 14.500 €. Der Wiederbeschaffungsaufwand beträgt 10.000 €. Der Geschädigte möchte das Kfz nicht verkaufen, sondern noch mindestens sechs Monate weiternutzen.

⁹ Vgl. zu § 249 BGB *Oetker* (Fn. 2), § 249 Rn. 373. Diese Gefahr sehend auch BGH NJW 2018, 1463 (1464).

¹⁰ Teilweise wird der Schadensersatzanspruch bei Beschädigung einer Sache anhand des § 251 Abs. 1 BGB bemessen, *Schiemann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 249 Rn. 226; *Medicus*, JuS 1973, 211 (211 ff.). Im Ergebnis findet eine Kontrolle anhand übereinstimmender Maßstäbe statt, entweder im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung bei § 249 BGB oder der Unverhältnismäßigkeitsprüfung bei § 251 BGB.

¹¹ *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 27. Aufl. 2019, Rn. 824.

¹² Zur vergleichbaren Problematik im Werkvertragsrecht BGH NJW 2007, 2697 (2698).

¹³ Vgl. BGH NJW 1976, 1396 (1387).

¹⁴ Vgl. BGH NJW 2005, 1108 (1109).

In dieser Konstellation kann der Geschädigte grundsätzlich Ersatz bis zur Höhe des Wiederbeschaffungswerts verlangen, wenn er das Kfz tatsächlich vollständig und fachgerecht repariert oder das Kfz mindestens sechs Monate weiternutzt (auch ohne, dass er das Kfz reparieren lässt).¹⁹ Das Merkmal tat-

¹⁵ Im Allgemeinen kritisch dazu *Schiemann* (Fn. 10), § 249 Rn. 225.

¹⁶ BGH NJW 1992, 302 (303); BGH NJW 1985, 2469.

¹⁷ BGH NJW 2017, 2401.

¹⁸ BGH NJW 1985, 2469 (2470); *Oetker*, (Fn. 2) § 249 Rn. 373.

¹⁹ Die Rechtsprechung ist hierzu im Laufe der Jahre restriktiver geworden (vgl. insb. weiter noch BGH NJW 1976, 1396). In dieser Entscheidung hat der BGH noch die Auffassung

sächliche Reparatur respektive das Merkmal Weiternutzung muss lediglich alternativ vorliegen, um Ersatz der fiktiven Reparaturkosten in Höhe des Wiederbeschaffungswerts ohne Abzug des Restwerts verlangen zu können.

In *Beispiel 3* ist folglich eine fiktive Schadensberechnung bis zur Höhe des Wiederbeschaffungswerts möglich.²⁰ In dieser Konstellation wird ein besonderes Integritätsinteresse des Kfz-Inhabers als Ausdruck einer besonderen Beziehung des Geschädigten zu seinem Kfz virulent.²¹ Zwar bringt der Geschädigte, lässt er das Kfz entweder tatsächlich reparieren oder nutzt es weiter, nicht in gleicher Weise das besondere Interesse am geschädigten Kfz zum Ausdruck, wie wenn er es repariert und weiternutzt (*Beispiel 4*), allerdings legt er trotz dieser Abschwächung zumindest ein Mindestmaß an besonderem Interesse an den Tag, wogegen sich das Ausmaß der Überschreitung der normalerweise ersatzfähigen Kosten in Grenzen hält. Dies rechtfertigt die Abweichung vom Wirtschaftlichkeitsgebot und ermöglicht die Geltendmachung von (fiktiven) Reparaturkosten, obwohl sie den Wiederbeschaffungsaufwand übersteigen.

Lösung Beispiel 3: Nimmt der Geschädigte eine fachgerechte Reparatur vor, kann er die tatsächlich anfallenden Reparaturkosten verlangen, § 249 Abs. 2 BGB. Nimmt er keine Reparatur vor oder repariert das Kfz selbst, nutzt das Kfz aber mindestens sechs Monate weiter, kann er die fiktiven Reparaturkosten bis zur Höhe des Wiederbeschaffungswerts, also i.H.v. 14.500 € verlangen. Entscheidet er sich gegen eine Reparatur und nutzt das Kfz nicht weiter, bringt er zum Ausdruck, dass er kein besonders Interesse am Kfz hat. Folglich beschränkt sich sein Anspruch auf den Ersatz fiktiver Reparaturkosten bis zur Höhe des Wiederbeschaffungsaufwands i.H.v. 10.000 € (vgl. *Beispiel 2*).

c) Reparaturkosten übersteigen den Wiederbeschaffungswert

Noch weitergehender stellt sich die Frage, ob der Geschädigte auch dann Ersatz fiktiver Reparaturkosten verlangen kann, wenn die diese den Wiederbeschaffungswert des Kfz übersteigen.

Beispiel 4: Bei einem Unfall wird ein Kfz beschädigt (Restwert 5.000 €, Wiederbeschaffungswert 15.000 €).

vertreten, dass auch bei sofortiger Veräußerung der Sache der Geschädigte den Schaden aufgrund fiktiver Reparaturkosten bis zum Zeitwert des Kfz berechnen darf. Zudem war auch die Mehrwertsteuer trotz tatsächlich nicht durchgeführter Reparatur ersetzbar.

²⁰ BGH NJW 2011, 667 (667 f.); BGH NJW 2008, 1941; BGH NJW 2006, 2179 (2180). Weiter wohl noch die ältere Rechtsprechung (vgl. BGH NJW 1976, 1396), nach der der Geschädigte auch bei sofortiger Veräußerung der Sache den Schaden aufgrund fiktiver Reparaturkosten bis zum Zeitwert des Kfz berechnen darf.

²¹ Diese besondere Beziehung liegt darin, dass er mit dem eigenen Kfz vertraut ist, etwa Kenntnis über die bisherige Nutzung oder vorgenommene Reparaturen hat.

Ein unabhängiger Gutachter schätzt die Reparaturkosten auf 19.500 €. Die Reparaturkosten betragen in der Hausvertragswerkstatt des Geschädigten 17.500 €. Der Wiederbeschaffungsaufwand beträgt 10.000 €.

Die Rechtsprechung erkennt ein besonderes, schutzwürdiges Interesse des Geschädigten am Erhalt des eigenen Kfz an (*Beispiel 3*) und beziffert dies mit einem Zuschlag von bis zu 30 % des Wiederbeschaffungswerts.²² Dieser Zuschlag wird jedoch nur gewährt, wenn der Geschädigte das besondere Interesse am Erhalt seines Kfz in zweifacher Hinsicht zum Ausdruck bringt. Einerseits muss das Kfz fachgerecht und vollständig repariert werden²³, andererseits das Kfz mindestens sechs Monate weitergenutzt werden; eine pauschale Ausdehnung der 130 %-Regel auf die fiktive Schadensberechnung erfolgt damit gerade nicht.²⁴ Die Merkmale tatsächliche Reparatur und Weiternutzung müssen kumulativ vorliegen. Lässt der Geschädigte das Kfz fachgerecht reparieren und nutzt es mindestens sechs Monate weiter, kann er, abweichend vom Wirtschaftlichkeitsgebot, auch solche (fiktiven) Reparaturkosten ersetzt verlangen, die den Wiederbeschaffungswert um bis zu 30 % übersteigen. Will der Geschädigte das Kfz nicht reparieren lassen und weiternutzen²⁵, muss er sich mit den Kosten begnügen, die bei einer wirtschaftlich sinnvollen Behebung des Schadens anfallen,²⁶ kann also fiktive Kosten nur bis zur Höhe des Wiederbeschaffungsaufwands verlangen (vgl. *Beispiel 2*).

Lösung Beispiel 4: Nur solange der Geschädigte eine fachgerechte Reparatur vornimmt und das Kfz mindestens sechs Monate weiternutzt, kann er die tatsächlichen Reparaturkosten i.H.v. 17.500 € verlangen, da sie den Aufwand für die Wiederbeschaffung nicht um mehr als 30 % übersteigen. Die vom Gutachter darüberhinausgehend geschätzten fiktiven Reparaturkosten i.H.v. 2000 € (17.500 € – 19.500 €) kann er dagegen nicht verlangen. Diese Mehrkosten sind zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands, wie die tatsächliche Reparatur gezeigt hat, offensichtlich nicht erforderlich und damit nicht ersatzfähig.²⁷ Entscheidet er sich gegen eine Reparatur, hat er lediglich

²² BGH NJW 1992, 302, im Einzelfall auch höher, BGH NJW 1985, 2469 (2469 f.). Begründet wird dies damit, dass das Integritätsinteresse des Geschädigten durch eine Reparatur des Altfahrzeugs besser befriedigt wird als durch ein Ersatzfahrzeug, weil ihm das Altfahrzeug vertraut ist.

²³ Dabei ist egal, ob der Geschädigte die Reparatur selbst vornimmt oder in einer Werkstatt vornehmen lässt: BGH NJW 2005, 1108 (1109).

²⁴ BGH NJW 1992, 302; BGH NJW 1985, 2469; BGH NJW 2011, 669.

²⁵ BGH NJW 2005, 2541. Weiter dagegen noch die ältere Rechtsprechung des BGH, nach der eine Berechnung anhand fiktiver Reparaturkosten unabhängig von der Weiterbenutzung gewährt wurde, BGH NJW 1976, 1396.

²⁶ BGH NJW 1985, 2469 (2470).

²⁷ BGH NJW 2014, 535 (536); auch BGH NJW 2012, 50 zur Anrechnung eines Werkrabatts.

einen Anspruch auf Ersatz bis zur Höhe des Wiederbeschaffungsaufwands, hier i.H.v. 10.000 €.

d) Bestimmung der fiktiven Reparaturkosten

Bei der Berechnung der fiktiven Reparaturkosten sind grundsätzlich die üblichen Stundenverrechnungssätze einer markengebundenen Fachwerkstatt zu Grunde zu legen, die ein Sachverständiger jeweils auf dem allgemeinen regionalen Markt ermittelt.²⁸ Die Kosten einer Markenwerkstatt sind jedoch in solchen Fällen nicht voll ersatzfähig, in denen eine günstigere Reparaturmöglichkeit in einer mühelos und ohne Weiteres zugänglichen anderen markengebundenen oder „freien“ Fachwerkstatt möglich ist (Schadensminderungspflicht des Geschädigten, § 254 Abs. 2 BGB). Dazu muss der Schädiger allerdings darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass diese alternative Reparatur qualitativ der Reparatur in einer markengebundenen Fachwerkstatt entspricht. Weiter dürfen keine Umstände gegeben sein, die dem Geschädigten eine Reparatur außerhalb der markengebundenen Fachwerkstatt unzumutbar machen. Dies ist beispielsweise der Fall bei einem Kfz, das noch keine drei Jahre alt ist oder scheckheftgepflegt wurde.²⁹

e) Wahl der Schadensberechnung

Ist eine Bemessung des Schadens auch anhand fiktiver Reparaturkosten zulässig, ist eine Kombination der beiden Schadensberechnungsarten konkret und fiktiv dennoch nicht möglich.³⁰ Der Geschädigte kann nach der Rechtsprechung nicht zunächst die fiktiven Reparaturkosten fordern und dann die Sache doch tatsächlich reparieren lassen. Schließlich bestünde sonst die Gefahr, dass er besser stünde als ohne das schädigende Ereignis (schadensrechtliches Bereicherungsverbot), beispielsweise wenn er nachträglich eine billigere Reparaturmöglichkeit fände.³¹ Es soll gerade kein Anreiz dazu bestehen etwaiges Verhandlungsgeschick oder persönliche Beziehungen auszunutzen, um durch einen Unfall „Geld zu verdienen“.

f) Zusammenfassung

Grundsatz: Bei der Beschädigung eines Kfz steht dem Geschädigten gem. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB grundsätzlich ein Wahlrecht zu, ob er das Kfz repariert oder nicht. Entscheidet er sich gegen eine Reparatur, kann der Geschädigte unter Umständen Ersatz in Höhe der auf Basis eines Gutachtens (ex-ante-Sicht) prognostizierten anfallenden Reparaturkosten

in einer markengebundenen Vertragswerkstatt ersetzt verlangen.

Grenze: Dieser Grundsatz gilt bis zur Höhe des Wiederbeschaffungsaufwands unabhängig davon, ob die Reparatur ganz, teilweise oder nicht erfolgt (Dispositionsfreiheit des Geschädigten).³² Übersteigen die Reparaturkosten den Wiederbeschaffungsaufwand, nicht aber den Wiederbeschaffungswert, kann sich der Geschädigte auf die fiktive Schadensberechnung stützen, sofern er das Kfz weiternutzt oder selbst repariert, oder, sofern die Kosten höher sind als der Wiederbeschaffungswert, er das Kfz weiternutzt und das Kfz selbst repariert.

2. Mängelgewährleistungsrecht – mittlerweile Wahlrecht ausgeschlossen

Anders als im Deliktsrecht handhabt die Rechtsprechung die Bemessung des Schadensersatzanspruchs hinsichtlich fiktiver Kosten in vertraglichen Schuldverhältnissen. Die gesetzliche Anknüpfung des Schadensersatzanspruchs ist im vertraglichen Mängelanspruch nicht § 249 Abs. 1 BGB, der infolge des Ausschlusses des Erfüllungsanspruchs in § 281 Abs. 4 BGB nicht anwendbar ist, sondern § 251 Abs. 1 BGB.³³ Im Rahmen des kleinen Schadensersatzes stellt sich – parallel zum Deliktsrecht – die Frage, ob fiktive Reparaturkosten, d.h. Mängelbeseitigungskosten, ersetzt werden können.

a) Werkvertrag

Bis zu seiner Rechtsprechungsänderung im Jahr 2018 erkannte der BGH innerhalb der Berechnung des Schadensersatzes statt der Leistung bei werkvertraglichen Schadensersatzansprüchen eine Berechnung des Schadens auf fiktiver Grundlage (nicht tatsächlich angefallene Mängelbeseitigungskosten) an. Der Geschädigte konnte einen Schaden in Höhe der Mängelbeseitigungskosten unabhängig davon verlangen, ob und in welchem Umfang der Mangel tatsächlich beseitigt wurde.³⁴ Methodisch war der im Rahmen des § 251 BGB auszugleichende Minderwert vereinfacht anhand fiktiver Mängelbeseitigungskosten zu berechnen.³⁵ Da bereits der Mangel den Schaden begründete, war der Minderwert unabhängig von einer tatsächlichen Mängelbeseitigung zu bemessen.³⁶ Mit dieser Begründung erkannte die Rechtsprechung auch innerhalb des vertraglichen Schadensersatzanspruchs wegen Mängeln eine Dispositionsfreiheit des Geschädigten an.³⁷

²⁸ BGH NJW 2010, 606 (607); BGH NJW 2003, 2086 (2087).

²⁹ Zum Ganzen BGH NJW 2010, 606 (607 f.); auch BGH NJW 2014, 535 (536).

³⁰ BGH NJW 2017, 1664.

³¹ BGH NJW 2017, 1664. Zulässig sein soll die Durchführung einer fiktiven Schadensberechnung jedoch dann, wenn der Geschädigte die Reparatur des Kfz gar nicht durchführt oder auf das nötigste beschränkt oder selbst durchführt. In diesem Fall soll kein Verstoß gegen das schadensrechtliche Bereicherungsverbot vorliegen (vgl. dazu BGH NJW 1973, 1647 [1648]; BGH NJW 2003, 2086 [2086 f.]).

³² BGH NJW 2003, 2086; BGH NJW 2010, 606; BGH NJW 2014, 535 (535 f.).

³³ BGH NJW 2010, 3085 (3086); *Schwarze*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 281 Rn. B 128; *Halfmeier*, BauR 2013, 320 (321); *Voit*, NJW 2018, 2166 ff.

³⁴ BGH NJW 2008, 436 (437); BGH NJW 2007, 2697; BGH NZBau 2003, 375. Das begrüßend *Kniffka*, BauR 2019, Heft Nr. 5, Editorial; *Jurgeleit*, in: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 5. Teil Rn. 397 ff.

³⁵ BGH NJW 2008, 436 (437).

³⁶ BGH NJW 2007, 2697 (2698).

³⁷ BGH NJW 2007, 2697 (2698); BGH NZBau 2003, 375 (375).

Beispiel 5: Ein Bauunternehmer baut Fensterrahmen aus Holz anstatt der vereinbarten Fensterrahmen aus Kunststoff ein. Die Kosten für Ein- und Ausbau betragen 2.100 €, die Materialkosten für die eingebauten Holzfensterrahmen 1.350 €, die Materialkosten für die vereinbarten Kunststofffensterrahmen 1.600 €.

Lösung Beispiel 5 (nach bisheriger Rechtsprechung des BGH): Der Besteller kann den Schaden anhand der fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen, obwohl der Besteller darauf verzichtet, die Fensterrahmen austauschen zu lassen. Der Besteller hat einen Schadensersatzanspruch (§§ 633 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 634 Nr. 4, 281, 251 Abs. 1 BGB) in Höhe des Minderwerts, folglich der Reparaturkosten i.H.v. 2.100 €.

Diese Rechtsprechung wurde mit der Begründung aufgegeben, dass diese Dispositionsfreiheit im Werkvertragsrecht zu einer Überkompensation des Bestellers führe und zudem der bloße Mangel keinen Schaden darstelle.³⁸ *Halfmeier* führt hierfür an, dass Grundlage für den Schadensersatz statt der Leistung nur § 251 Abs. 1 BGB sein kann, weil § 249 Abs. 1 und 2 BGB gem. § 281 Abs. 4 BGB wegen rechtlicher Unmöglichkeit ausgeschlossen seien. § 251 Abs. 1 BGB aber gewähre nur Ersatz des objektiven Minderwertes und nicht darüber hinausgehender Kosten.³⁹ Aus diesen Erwägungen soll der Besteller den Schaden nun nur noch anhand der Mängelbeseitigungskosten bemessen können, wenn er die Fensterrahmen tatsächlich austauschen lässt.

Lösung Beispiel 5 (nach neuer Rechtsprechung des BGH): Der Besteller kann lediglich den Minderwert (Wert der Kunststoffrahmen abzüglich des Werts der eingebauten Holzrahmen⁴⁰) i.H.v. 250 € ersetzt verlangen.

b) Kaufvertrag

In gleicher Weise wie bei Mängeln einer Werksache vor seiner Rechtsprechungsänderung handhabte der BGH die Ersatzfähigkeit von fiktiven Mängelbeseitigungskosten bei kaufrechtlichen Schadensersatzansprüchen aufgrund von Mängeln der Kaufsache. Anders als für das Werkvertragsrecht besteht die an die ehemalige werkvertragliche Rechtsprechung angepasste Meinung fort, dass die Schadensberechnung auch bei Nichtbeseitigung des Mangels auf fiktive Mängelbeseitigungskosten gestützt werden kann.⁴¹ Die im Werkvertragsrecht vorgenommene Rechtsprechungsänderung wurde bislang nicht ins Kaufrecht übernommen.⁴²

Beispiel 6: Ein Käufer bestellt im Baumarkt Fensterrahmen aus Kunststoff, bekommt aber solche aus Holz geliefert. Die für eine Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten für Hin- und Rücktransport der Fenster betragen 900 €, die Materialkosten für die Holzfensterrahmen 1.350 €, die Materialkosten für die Kunststofffensterrahmen 1.600 €.

Lösung Beispiel 6: Er hat einen Schadensersatzanspruch aus §§ 433 Abs. 1 S. 2, 434 Abs. 1 S. 1, 437 Nr. 3, 281, 251 Abs. 1 BGB i.H.v. 900 €. Abweichend von der neuen Rechtsprechung im Werkvertragsrecht, kann er seinen Schaden (noch) anhand von fiktiven Mängelbeseitigungskosten berechnen, selbst wenn er die Fenster nicht austauscht.

3. Probleme der aktuellen Rechtslage

a) Widerspruch zwischen Werkvertragsrecht und Kaufvertragsrecht

Einerseits ergibt sich nach der aktuellen Rechtslage eine unterschiedliche Schadensberechnung zwischen werkvertraglicher und kaufrechtlicher Mängelgewährleistung. Diese Differenzierung nimmt der *VII. Zivilsenat* aufgrund der *Besonderheiten des Werkvertragsrechts* hin.⁴³ Dagegen hat der *V. Zivilsenat* nun in einem aktuellen Beschluss den *VII. Zivilsenat* angefragt, ob dieser an seiner Auffassung festhält.⁴⁴ Das ist zu begrüßen, immerhin strebt der Gesetzgeber weitgehend einen Gleichlauf von werk- und kaufvertragsrechtlichem Mängelhaftungsregime an.⁴⁵ Eine gesplante Auslegung des § 251 BGB als Ausdruck des allgemeinen Schadensrechts kann zudem nicht überzeugen.⁴⁶

b) Widerspruch zwischen der Berechnung nach § 249 BGB und § 251 BGB

Vergleicht man die geänderte Rechtsprechung im Werkvertragsrecht darüber hinaus auch mit Fällen der Schadensbestimmung nach § 249 Abs. 1 BGB, verstärkt sich der Wunsch nach einer einheitlichen Lösung, die in der Rechtsprechung bislang fehlt. Einerseits tendieren einige Landgerichte mittlerweile dazu, auch in Fällen des deliktischen Schadensersatzanspruchs im Rahmen von § 249 Abs. 2 BGB die Schadensberechnung anhand fiktiver Kosten auszuschließen und damit eine einheitliche Lösung des Schadensrechts anzustreben.⁴⁷

(im Werkvertragsrecht ist der *VII. Zivilsenat*; im Kaufrecht der *V. oder VIII. Zivilsenat* zuständig).

³⁸ BGH NJW 2018, 1463 (1465 ff.); ebenso zur Überkompensation: *Jansen*, BauR 2007, 800 (800 ff.); *Liebetrau/Seifert*, BauR 2018, 1608 (1610 f.).

³⁹ *Halfmeier*, BauR 2013, 320 (322).

⁴⁰ Vgl. BGH NJW 2018, 1463 (1465).

⁴¹ BGH NJW 2018, 1463 (1469).

⁴² Dies mag vor allem darauf zurückzuführen sein, dass die Fälle unterschiedlichen *Senaten* zur Entscheidung vorlagen

⁴³ BGH NJW 2018, 1463 (1469). Kritisch dazu: *Voit*, NJW 2018, 2166 (2167); *Rodemann*, ZfBR 2018, 320 (322).

⁴⁴ BGH, Beschl. v. 13.3.2020 – V ZR 33/19.

⁴⁵ BT-Drs. 14/6040, S. 268.

⁴⁶ So auch OLG Frankfurt a.M. IBR 2019, 225.

⁴⁷ LG Darmstadt BeckRS 2020, 1810; LG Oldenburg DAR 2020, 37; LG Darmstadt, Urt. v. 20.3.2018 – 23 O 132/17; a.A. ausdrücklich: OLG Frankfurt a.M. DAR 2020, 145.

Der BGH hält dagegen wohl einerseits an der fiktiven Schadensberechnung im Deliktsrecht fest⁴⁸ und lässt andererseits die Möglichkeit der Schadensbemessung anhand fiktiver Kosten im Mängelgewährleistungsrecht – zumindest im Werkvertragsrecht – nicht mehr zu. Diese Differenzierung zwischen der Schadensbemessung anhand des § 249 Abs. 2 BGB und des § 251 Abs. 1 BGB ist jedoch weder konsequent noch zwingend. So soll beispielsweise eine Bemessung anhand fiktiver Kosten auch bei einem Schadensersatzanspruch wegen Mängeln am Bauwerk aus einem Architektenvertrag nicht mehr zulässig sein.⁴⁹ Beim Schadensersatzanspruch gegenüber einem Architekten handelt es sich um einen Anspruch nach § 280 Abs. 1 BGB⁵⁰, bei dem der Schaden wiederum anhand von § 249 Abs. 1 und 2 BGB zu bemessen ist.

Alles in allem zeigt sich die Rechtsprechung in dieser Frage (leider) bisher wenig einheitlich.

II. Rechtslage in Österreich

Anhand eines kurzen Überblicks über die Rechtslage in Österreich soll dargestellt werden, wie diese Problematik dort gehandhabt wird und überprüft werden, ob hieraus wertige Schlüsse für die deutschrechtliche Diskussion gezogen werden können.

1. Deliktischer Schadensersatzanspruch

Der Schadensumfang bemisst sich im österreichischen Recht einheitlich nach § 1323 ABGB⁵¹, der auf vertragliche und deliktische Ansprüche Anwendung findet.⁵² Reparaturkosten können ersetzt werden, wenn die Reparatur tatsächlich vorgenommen wurde. Ansonsten kann lediglich objektiver Wertersatz verlangt werden. Fiktive Reparaturkosten sind nur dann ersatzfähig, solange sie den objektiven Wertersatz bzw. die Differenz zwischen dem Zeitwert des unbeschädigten Kfz und dem Wert des beschädigten Kfz nicht übersteigen.⁵³

Beispiel 7: Beschädigtes Kfz (Neuwert 30.000 €, Wiederbeschaffungswert 20.000 €). Restwert 15.000 €. Reparaturkosten 7.500 €.

⁴⁸ BGH NJW 2020, 236.

⁴⁹ BGH IBR 2018, 517; BGH NJW 2018, 1463 (1468).

⁵⁰ Kober, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.1.2020, § 636 Rn. 367, 440; Voit, NJW 2018, 2166 (2168).

⁵¹ § 1323 ABGB: „Um den Ersatz eines verursachten Schadens zu leisten, muß Alles in den vorigen Stand zurückversetzt, oder, wenn dieses nicht thunlich ist, der Schätzungswert vergütet werden. Betrifft der Ersatz nur den erlittenen Schaden, so wird er eigentlich eine Schadloshaltung; wofern er sich aber auch auf den entgangenen Gewinn und die Tilgung der verursachten Beleidigung erstreckt, volle Genugthuung genannt.“

⁵² Huber, in: Taschenkommentar ABGB, 4. Aufl. 2017, § 1323 Rn. 11.

⁵³ Jud, Schadensersatz bei mangelhafter Leistung, 2003, S. 259; OGH, Urt. v. 28.10.1987 – 2 Ob 40/87.

Lösung Beispiel 7 (nach österreichischem Recht): Die Bemessung anhand fiktiver Reparaturkosten darf nach österreichischem Recht den objektiven Wertverlust 5.000 € (20.000 € – 15.000 €) nicht übersteigen.

2. Mangelbasierter Schadensersatzanspruch

Der Anspruch aus Mängelgewährleistungsrechten ergibt sich im österreichischen Recht für den Kaufvertrag sowie den Werkvertrag aus § 933a ABGB, der insoweit § 1323 ABGB überlagert.⁵⁴ § 933a ABGB ist allerdings der gegliederte Schadensbegriff der allgemeinen §§ 1323 ff. ABGB zugrunde zu legen.⁵⁵

Der Ersatz fiktiver Mängelgewährleistungsrechte wird von der österreichischen Rechtsprechung mittlerweile parallel zum Deliktsrecht durch die objektive Wertminderung beschränkt.⁵⁶ Dabei muss der Geschädigte allerdings zumindest Reparaturabsicht haben.⁵⁷ Ob darüber hinausgehende, tatsächliche Reparaturkosten im Rahmen des Schadensersatzes überhaupt ersatzfähig sind, ist nicht ganz klar.⁵⁸

Beispiel 8: Ein Bauunternehmer baut Fensterrahmen aus Holz anstatt der vereinbarten Fensterrahmen aus Kunststoff ein. Die Kosten für Ein- und Ausbau betragen 2.100 €, die Materialkosten für die Holzfensterrahmen betragen 1.350 €, die Materialkosten für die Kunststofffensterrahmen 1.600 €.

Lösung Beispiel 8 (nach österreichischem Recht): Die objektive Wertminderung beträgt 250 €. Die Kosten für eine tatsächliche Reparatur i.H.v. 2.100 € werden übernommen. Entscheidet sich der Geschädigte dafür die Reparatur nicht vorzunehmen, sind fiktive Reparaturkosten nur bis zur Höhe des Wertverlusts, also i.H.v. 250 € ersatzfähig.

3. Zwischenergebnis und rechtsvergleichende Schlüsse

Hinsichtlich der Berücksichtigung fiktiver Kosten als Schadensposten kommt das österreichische Recht zum einen zu einer überzeugend klaren Begrenzung durch die objektive Wertminderung der Sache und zum anderen zu einer einheitlich schadensrechtlichen Lösung. Die Rechtsprechung verfährt im Falle eines deliktischen Schadensersatzanspruchs gleich wie im Fall eines mangelbasierten Anspruchs auf vertraglicher Grundlage. Es werden allgemeine Grundsätze der Schadensberechnung im deliktischen Schadensersatzanspruch festgelegt, die in den vertraglichen Bereich übernommen

⁵⁴ Huber (Fn. 52), § 1323 Rn. 11a.

⁵⁵ Jud (Fn. 53), S. 225.

⁵⁶ Zum Werkvertrag: OGH, Urt. v. 18.9.2009 – 6 Ob 154/09 d; OGH, Urt. v. 7.4.2011 – 2 Ob 135/10 g; zum Kaufvertrag: OGH, Urt. v. 7.7.2008 – 6 Ob 134/08 m; So auch: Jud (Fn. 53), S. 262.

⁵⁷ OGH, Urt. v. 7.4.2011 – 2 Ob 135/10 g; kritisch: Huber (Fn. 52), § 1323 Rn. 36.

⁵⁸ Vgl. dazu Jud (Fn. 53), S. 233: Das hängt davon ab, ob man den in § 1323 ABGB zugrunde gelegten Schaden als Mindestschaden zugrunde legt oder nicht.

werden. Eine fiktive Schadensberechnung über die objektive Wertminderung hinaus ist nicht zulässig. Es lässt sich festhalten, dass das österreichische Recht einen Weg findet zu einem einheitlichen Ergebnis zu kommen.

III. Fazit

Eine einheitliche Beurteilung der Frage, ob eine Schadensbemessung auch anhand von fiktiven Kosten erfolgen kann, ist für alle Schadensersatzansprüche wünschenswert. Dieser wird eine Lösung nach österreichischem Vorbild am besten gerecht. Es ist eine klare Begrenzung für jeden Schadensfall zu finden, egal ob deliktisch oder vertraglich begründet oder nach § 249 Abs. 1, 2 BGB oder § 251 BGB zu bemessen. Äußerste Grenze des Schadensersatzes muss das Bereicherungsverbot bilden, weil es sonst zu einer Überkompensation des Geschädigten kommt.

Die objektive Wertminderung drückt den Mindestschaden aus. Bis zur Höhe des objektiven Wertverlusts (Wiederbeschaffungsaufwand) ist dabei egal, in welcher Form der Geschädigte diesen Geldbetrag verwendet. Eine Schadensbemessung anhand fiktiver Kosten ist im Rahmen des Wiederbeschaffungsaufwands anzuerkennen, da es für den Schädiger unerheblich ist, für was der Geschädigte diesen Betrag einsetzt. Ökonomische Argumente sprechen zudem für die Zulässigkeit der Einbeziehung fiktiver Schadensposten in die Berechnung des Schadensumfangs, schließlich trägt sie zur einfacheren Bemessung bei. Ein über den Wertverlust hinausgehender Schaden kann nur dann verlangt werden, wenn der Geschädigte ein besonderes Interesse am Erhalt der beschädigten Sache zeigt, indem er sie vollständig und fachgerecht repariert.

(Referendar-)Examensklausur: Haftung für den Ministerpräsidenten?

Von Diplom-Jurist **Arne P. Wegner**, B.Sc., CDT, Wiss. Mitarbeiter **Til Martin Bußmann-Welsch**, Berlin*

Der Übungsfall weist die nachfolgend dargestellte Relevanz für die (Referendar-)Examensvorbereitung auf: In Anlehnung an die Rechtssachen Stadthalle Wetzlar¹ und Luftreinhalteplan München,² stellt sich die Frage, welche Zwangsvollstreckungsmöglichkeiten gegen Behörden grundsätzlich möglich sind. Die Arbeit an unbekannten Normen (§§ 167 ff. VwGO) in Verbindung mit Erwägungen zum Europa- und Zivilprozessrecht gibt dieser Klausur das Examensniveau. Im Ergebnis sind die verwaltungsrechtlichen Fragen mit der juristischen Methodik lösbar und in der Verhältnismäßigkeit mit verfassungsrechtlichen Aspekten abgerundet.

Sachverhalt

Der Freistaat Bayern hat einen Luftreinhalteplan aufgrund des BImSchG erlassen. Dies geschah in einer Form, in der die europäische Verordnung über Luftqualitätsstandards und Emissionshöchstmengen nicht eingehalten wurde.³ Auf Begehren des Umwelt e.V. (U), dass der Luftreinhalteplan eingehalten werden solle, verurteilte das VG München den Freistaat Bayern am 9.10.2012 den Luftreinhalteplan so anzupassen, dass die EU-Immissionsgrenzwerte nicht überschritten werden. Der Freistaat änderte den Plan jedoch nicht. Das Gericht drohte daraufhin Zwangsgeld in Höhe von 10.000 Euro an. Nach Revision des Freistaats Bayern vor dem VGH München und Zurückweisung an das VG München setzte dieses am 21.6.2016 das Zwangsgeld fest. Der Freistaat bezahlte den Betrag an die Staatsoberkasse Bayern, änderte den Luftreinhalteplan jedoch weiterhin nicht. Der U beantragte daraufhin Zwangshaft vor dem VG München. Die Anträge blieben erfolglos. U legte gegen den Freistaat, vertreten durch die Bayerischen Staatsregierung, Beschwerde beim VGH München ein. Der VGH München erwägt eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union hinsichtlich der Notwendigkeit und Zulässigkeit der Zwangshaft aus dem Europarecht. Den Prozessbeteiligten wurde hierzu eine Stellungnahme bis zum 28.9.2018 ermöglicht.

* Der Autor *Arne P. Wegner* ist Jurist und Psychologe, beordert als Oberstleutnant d.R., Wiss. Mitarbeiter bei einer internationalen Wirtschaftskanzlei und Doktorand im Europarecht. Der Autor *Til Martin Bußmann-Welsch* ist Wiss. Mitarbeiter bei Herrn Prof. Dr. Breidenbach mit Blick auf ein Projekt zur Verbesserung digitalisierter Gesetzgebungspraxis und Wiss. Mitarbeiter bei Herrn Prof. Dr. Heckmann im Bereich des Datensicherheitsrechts.

¹ VG Gießen, Beschl. v. 20.12.2017 – 8 L 9187/17.GI = BeckRS 2017, 144110.

² EuGH Gerichtsmitteilung v. 3.12.2018 – C-752/18 = Beck-EuRS 2018, 602525.

³ Die Verordnung über Luftqualitätsstandards und Emissionshöchstmengen v. 2.8.2010 (BGBl. I 2010, S. 1065), zuletzt geändert durch Verordnung v. 18.7.2018 (BGBl. I 2018, S. 1222) ist hier nicht erheblich und bedarf keiner näheren Prüfung.

U sieht nicht die Notwendigkeit einer Vorabentscheidung, denn das deutsche Recht reiche für eine Zwangshaft gegen den Ministerpräsidenten vollkommen aus. Eine Berufung auf Europarecht bedürfe es hierfür nicht. U trug ferner vor, dass noch nicht einmal – das außergewöhnliche Mittel – eines angedrohten Zwangsgeldes den staatlichen Akteur zum Handeln bewege. Die Haft sei insoweit das letztmögliche Mittel. Überdies zeige der Freistaat keinerlei Anhaltspunkte, sein künftiges Verhalten, außerhalb bloßer Entäußerungen, zu verändern. Ein Bruch mit dem Rechtsstaate würde vorliegen, so die U. Die Maßnahme sei gerade deshalb angemessen. Hierfür spräche auch, dass die Voraussetzungen für ein bundesaufsichtliches Einschreiten gegeben seien. Zudem müsste es in letzter Konsequenz eine Berufung auf ein sog. Widerstandsrecht geben, welches den Rechtsstaat gegen das willkürliche Handeln des Freistaates sichert.

Der Freistaat beruft sich darauf, dass es keine gesetzliche Grundlage für eine Haft gäbe. Aus den verfassungsrechtlich strengen Maßstäben für eine Haftsituation ergäben sich hohe Anforderungen an die Bestimmtheit der Norm, die mit Blick auf das deutsche Recht nicht gewahrt seien. Das Europarecht würde keine andere Wertung zulassen. Selbst wenn dies anders wäre, hätten jedenfalls die politischen Entscheidungsträger Bayerns die Hoheit zu entscheiden, ob sie die Luftreinhaltepläne einhalten wollen oder nicht. Dies würde für eine Unangemessenheit der Maßnahme sprechen. Zudem habe U mit dem Ministerpräsidenten den falschen Adressaten der Haft angegeben. Der Ministerpräsident habe überdies Immunität. Ferner läge ein Risiko des willkürlichen Missbrauchs des Instruments der Haftprüfung durch den politischen Gegner vor.

Fallfrage A

Prüfen Sie, ob die hier von U geforderte Zwangshaft gegen den Ministerpräsidenten des Freistaates Bayern zur Durchsetzung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung rechtmäßig möglich ist.

Fallfrage B

Versetzen Sie sich in die Lage der Richter am VGH München. Welches Verfahren müssten Sie vor dem EuGH wählen, wenn Sie davon ausgehen, dass das nationale Recht keine hinreichende Grundlage für eine Zwangshaft bietet? Wäre dieses Verfahren zulässig?

Bearbeitervermerk

1. Gehen Sie auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen ggfls. hilfsgutachterlich ein.

2. Es ist davon auszugehen, dass alle tatsächlichen Angaben der dargestellten Parteien wahr sind.

3. Das Bundesland hat von § 78 Abs. 2 VwGO keinen Gebrauch gemacht.

4. Gehen Sie davon aus, dass das Grundgesetz der Bay-Verf entspricht.

Lösungsvorschlag

A. Fallfrage A: Rechtmäßigkeit einer Zwangshaft

Fraglich ist, ob eine Zwangshaft als Mittel zur Durchsetzung der Anpassung des Luftreinhalteplan rechtmäßig ist. Hierzu bedarf es zunächst einer Rechtsgrundlage. Diese muss formell und materiell rechtmäßig sein.

I. Rechtsgrundlage

1. Notwendigkeit einer Rechtsgrundlage

Fraglich ist zunächst, inwieweit eine Rechtsgrundlage für die Durchsetzung von Gerichtsurteilen nötig ist. Die grundsätzliche Erforderlichkeit einer Rechtsgrundlage richtet sich dabei nach dem Vorbehalt des Gesetzes (vgl. e contrario Art. 20 Abs. 3 GG). Die Durchsetzbarkeit von Gerichtsurteilen ist eng mit der Wirkung des Rechtsstaats verknüpft (Art. 20 Abs. 2 S. 2, Abs. 3, 28 Abs. 1 GG). Sind Gerichtsurteile nicht durchsetzbar, wird die Judikative – als eine Säule in der Gewaltenteilung – in Rede gestellt.⁴ Diese Erwägung und das Gebot des effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 GG sprechen für die Notwendigkeit einer Rechtsgrundlage zur Inhaftnahme.⁵ Dies gilt insbesondere, wenn ein staatliches Handeln die Grundrechte der Bürger berührt. Hier ist durch die Nichteinhaltung der Luftreinhaltepläne u.a. Art. 2 Abs. 2 und 20a Hs. 1 GG tangiert (Lehre vom Teilrechtsvorbehalt).⁶ Zuletzt ist nach Art. 104 Abs. 1, Abs. 2 GG bei einer Inhaftnahme ein förmliches Gesetz notwendig, was ebenso für die Notwendigkeit einer Rechtsgrundlage spricht.

2. Auswahl der Rechtsgrundlage

Fraglich ist jedoch, welche Rechtsgrundlage für den hiesigen Fall herangezogen werden kann. Eine Rechtsgrundlage ist dabei eine Außenrechtsnorm, keine bloße Aufgabenzuweisung. Tatbestand und Rechtsfolge müssen sich in der Norm wiederfinden. Insoweit, dass es um die Durchsetzung einer verwaltungsrechtlichen Gerichtsentscheidung geht, ist die Rechtsgrundlage aus dem Vollstreckungsregime der VwGO abzuleiten. Dieses ist in den §§ 167 ff. VwGO geregelt. Etwaige Regelungslücken werden durch den Verweis auf die §§ 705–945 ZPO gefüllt (vgl. § 167 Abs. 1 VwGO). Vorliegend handelt es sich um Vollstreckungsmaßnahmen gegen ein Mitglied der bayrischen Staatsregierung, namentlich der Exekutive. Demnach kommt zunächst § 172 VwGO in Betracht, der die Rechtsfolge regelt, wenn eine Behörde einer Gerichtsentscheidung nicht nachkommt.⁷

a) § 172 VwGO als Rechtsgrundlage

Problematisch ist, inwieweit § 172 VwGO anwendbar ist und dieser eine Zwangshaft deckt.⁸ Der Wortlaut deutet prima facie in seiner Rechtsfolge nur auf ein „Zwangsgeld“ hin. § 172 S. 1 VwGO regelt ferner den Fall, wenn eine Behörde in den Varianten der §§ 113 Abs. 1 S. 2 VwGO (§ 172 Var. 1 VwGO), 113 Abs. 5 VwGO (§ 172 Var. 2 VwGO) sowie 123 VwGO (§ 172 Var. 3 VwGO) der ihr im Urteil oder Beschluss auferlegten Verpflichtung nicht nachkommt. Dann kann das Gericht des ersten Rechtszuges – hier das VG München – auf Antrag unter Fristsetzung gegen die Bayerische Staatsregierung ein Zwangsgeld bis 10.000 Euro durch Beschluss androhen, nach fruchtlosem Fristablauf festsetzen und von Amtswegen vollstrecken. Demnach ergibt sich aus strenger Wortlautauslegung gerade, dass keine „Zwangshaft“ möglich ist.⁹ Zwar wäre diese möglicherweise durch einen Verweis gemäß § 167 Abs. 1 S. 1 VwGO auf die §§ 705 ff. ZPO denkbar. Jedoch gilt der Grundsatz *lex specialis derogat legi generali*, sodass § 167 VwGO durch den spezielleren § 172 VwGO verdrängt wäre.¹⁰ Damit würde der § 172 VwGO eine Sperrwirkung entwickeln.¹¹ Folglich ist zunächst die Sperre des § 172 VwGO gegenüber § 167 VwGO zu betrachten, um dann in einem nächsten Schritt auszulegen, inwieweit eine Zwangshaft durch den 167 VwGO i.V.m. der ZPO gedeckt ist. Die vom Wortlaut ausgehende Sperrwirkung gilt nur für die Var. 1–3 des § 172 S. 1 VwGO. Liegen also keine Urteile auf Basis der §§ 113 Abs. 1 S. 2, Abs. 5, 123 VwGO vor, so kann wiederum die ZPO über § 167 VwGO anwendbar sein.¹²

b) Die richtige Klageart

Demnach ist fraglich, um was für eine Klage- bzw. Urteilsart es sich bei dem Urteil vom 9.10.2012 handelte. Die Klageart richtet sich nach dem klägerischen Begehren, namentlich die „Einhaltung der Luftreinhaltepläne“ (§§ 88, 86 Abs. 3 VwGO). Einerseits könnte eine VA-Klage in Betracht kommen. Dafür muss die Sicherung der Einhaltung von Luftreinhalteplänen in Form von Verwaltungsakten geschehen gemäß § 35 S. 1 VwVfG. Jedoch ist eine Differenzierung zwischen dem Beschluss der bayrischen Staatsregierung zur Einhaltung des

⁴ Redeker/v. Oertzen, VwGO Kommentar, 16. Aufl. 2014, § 172 Rn. 1; m.w.N. Roth, VerwArch 2000, 12 (13).

⁵ Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 2. Aufl. 1968, S. 164 f.; Regierungsentwurf zur BT-Drs. 3/55 v. 15.12.1957, zu § 164; BT-Drs. 2/462 v. 12.4.1954 und BT-Drs. 1/4278 v. 15.4.1953.

⁶ Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof, HStR, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 101 Rn. 11 ff.

⁷ Roth, VerwArch 2000, 12 (12).

⁸ Schmidt-Kötters, in: Posser/Wolff, Beck'scher-Online Kommentar zur VwGO, 50. Lfg., Stand: 1.7.2017, § 172 Rn. 6–17.

⁹ VGH München BayVGHE 54, 74 = NVwZ 2001, 822; OVG Münster, Beschl. v. 4.11.1975 – XII B 674/75 = BeckRS 1975, 107562; VGH Mannheim, Beschl. v. 29.8.2012 – 10 S 1085/12 = BeckRS 2012, 57180; Bank, Zwangsvollstreckung gegen Behörden, 1982, S. 77 f.

¹⁰ VGH Kassel, Beschl. v. 31.3.1976 – VI TM 147/75 = NJW 1976, 1766.

¹¹ Heckmann, in: Sodan/Ziekow, VwGO Kommentar, 4. Aufl. 2014, § 172 Rn. 4; Pietzner/Möller, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 37. Aufl. 2017, § 172 Rn. 11.

¹² OVG Münster NVwZ 1998, 534 f.; VGH Kassel DVBl. 1999, 115; OVG Frankfurt (Oder) NVwZ-RR 2002, 904; Correll, NVwZ 1998, 469; vgl. auch schon Hoffmann-Becking, VerwArch 62 (1971), 191 (198).

Luftreinhalteplanes und der Einhaltung eines Luftreinhalteplans selbst zu treffen. Die bloße Einhaltung durch die bayrische Staatsregierung als realaktiges Handeln ist gerade kein Verwaltungsakt, denn ihm fehlen die Hauptmerkmale eines solchen, namentlich eine Regelung mit Außenwirkung und Einseitigkeit. Daher kommt keine VA-Klage in Betracht. Folglich kann entweder eine Leistungsklage (§§ 43 Abs. 2 S. 1, 111, 113 Abs. 4 VwGO) oder eine Feststellungsklage (§ 43 Abs. 1 VwGO) einschlägig sein. Insoweit, dass eine Feststellungsklage subsidiär ist (§ 43 Abs. 2 S. 1 VwGO), ist hier die Leistungsklage vorrangig und rechtsschutzintensiver, denn Sie ermöglicht einen Vollstreckungstitel sowie nicht bloß eine Feststellung. Demnach handelt es sich bei der Klage, die zum Urteil vom 9.10.2012 geführt hat, um eine Leistungsklage; es liegt ein Leistungsurteil vor.¹³ Diese Klage ist aber keine Variante von § 172 VwGO, sodass mithin die Anwendbarkeit des § 167 VwGO i.V.m. der ZPO eröffnet ist.

c) § 167 VwGO als Rechtsgrundlage

Aufgrund der Tatsache, dass § 172 VwGO nicht anwendbar ist, § 167 VwGO hingegen schon, stellt sich nun die Frage, ob der bloße Verweis auf die ZPO und damit auch die Zwangshaft in den §§ 887 f. ZPO für die Inhaftnahme des Ministerpräsidenten ausreichend ist.¹⁴

Der Wortlaut von § 167 VwGO bietet indes nur einen dynamischen Pauschalverweis auf die ZPO. Eine solche Ausgestaltung i.V.m. dem tragenden Eingriff in Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 GG durch Freiheitsentzug bedarf einer genuin eigenen Regelung zur Inhaftnahme. Hierfür spricht insbesondere die ratio legis des Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG. Ein „förmliches Gesetz“ mit Verfahrensvoraussetzungen (Art. 104 Abs. 2 GG) ist nötig. Dies wird von § 167 Abs. 1 S. 1 VwGO – durch den dynamischen Verweis – gerade nicht eingehalten.

Dagegen sprechen jedoch der Sinn und Zweck der §§ 167 ff. VwGO und des 17. Abschnitts „Vollstreckung“ der VwGO. Der Effektivität der Umsetzung von Gerichtsurteilen wäre nicht entsprochen, wenn eklektisch einige Normen des Achten Buchs der ZPO ausgenommen wären. V.a. sind die Normen der Zwangshaft als ultima ratio Maßnahmen einzustufen und damit besonders effektiv hinsichtlich der Bewirkung von Rechtstreue. Ferner liegt mit § 167 Abs. 1 S. 1 VwGO auch kein Pauschalverweis vor. Vielmehr wird explizit das „Achte Buch der Zivilprozessordnung“ erwähnt. Damit befindet sich vorgenannte Sichtweise – gestützt auf den dynamischen Pauschalverweis – außerhalb des Wortlautes und des gesetzgeberischen Willens.¹⁵ Zuletzt stellen die §§ 887 ff. ZPO formelle Gesetze i.S.d. Art. 104 Abs. 2 GG dar. Mithin ist § 167 VwGO i.V.m. §§ 887 ff. ZPO die einschlägige Rechtsgrundlage.

Anmerkung: Die andere Sichtweise, dass § 167 VwGO keine lückenfüllende Funktion in der Form zukommt, dass über den Verweis auf § 888 ZPO eine Zwangshaft ermöglicht werden könnte, ist auch vertretbar. Insbesondere der VGH München vertritt hierbei die Sichtweise, dass eine erst über die Verweisstruktur der §§ 172, 167 VwGO hergestellte Möglichkeit der Zwangshaft nicht den strengen Bestimmtheitsvorgaben des Grundgesetzes entspricht (vgl. Art. 2 Abs. 2, 104 GG).¹⁶ Dann müsste auf das Europarecht als Rechtsgrundlage für eine Zwangshaft rekurriert werden. Die zu nennenden Normen sind Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV (Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit), Art. 197 Abs. 1 AEUV (Grundsatz der effektiven Durchführung des Unionsrechts), Art. 47 Abs. 1 GRCh (Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf), Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV (Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Sicherstellung eines wirksamen Rechtsschutzes in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen).¹⁷ Alle Normen können hier in vertretbarer Weise herangezogen werden. Im Ergebnis müssten die Normen als Rechtsgrundlage für eine Zwangshaft jedoch abgelehnt werden. Eine solche Rechtsgrundlage muss vom nationalen Gesetzgeber erlassen werden, da der Unionsgesetzgeber hier noch keine harmonisierenden Vorschriften erlassen hat und der Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedsstaaten Vorrang genießt.¹⁸

Wenn jedoch keine nationalen Gesetze bestehen und eine vorrangige unionsrechtskonforme Auslegung nationaler Normen nicht möglich ist, kann nationales Recht (hier: die Art. 2 Abs. 2, 104 GG), dass eine entsprechend enge Auslegung der §§ 167, 172 fordert, teilweise unangewendet bleiben.¹⁹ Dies geschieht, indem das nationale Recht und das Europarecht in Ausgleich gebracht werden. So erlangt das Europarecht mittelbare Wirkung. Über den Art. 47 GRCh kann das Europarecht vorliegend diese Wirkung entwickeln. Denn Art. 47 GRCh gilt dann, wenn Urteile nicht eingehalten werden. Da der Wortlaut von § 172 VwGO keine Zwangshaft regelt und § 167 VwGO wegen dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht anwendbar ist,²⁰ müsste Art. 47 GRCh über seinen Wortlaut hinaus eine Inhaftnahme schaffen. Jedoch gilt Art. 47 GRCh gemäß Art. 52

¹³ OVG Berlin NVwZ-RR 1999, 411 = BeckRS 9998, 30684, und Meier, VR 1996, 158 f.

¹⁴ Hecker, NVwZ 2018, 787 (790); diese wurde schon bei Inkrafttreten der Norm gefordert, Rupp, AöR 1960, 301 (336).

¹⁵ Dafür: BT-Drs. III/ 55 v. 5.12.1957 – 49; EuGH, Urt. v. 19.12.2019 – C-752/18; die mündliche Verhandlung vor der Großen Kammer fand am 3.9.2019 statt.

¹⁶ VGH München, Beschl. v. 9.11.2018 – 22 C 18.1718, Rn. 142 (Zwangshaft gegen Amtsträger).

¹⁷ VGH München, Beschl. v. 9.11.2018 – 22 C 18.1718 (Zwangshaft gegen Amtsträger) = ZUR 2019, 108 sowie EuGH (Große Kammer), Urt. v. 19.12.2019 – C-752/18 = BeckRS 2019, 32133, Rn. 28.

¹⁸ EuGH (Große Kammer), Urt. v. 19.12.2019 – C-752/18, Rn. 33 = BeckRS 2019, 32133.

¹⁹ Soweit oben jedoch bereits der engen Auslegung der §§ 167, 172 VwGO gefolgt wurde, ist wohl auch eine unionsrechtskonforme Auslegung schwierig, vgl. den Verweis des EuGH im Urt. v. 19.12.2019 – C-752/18, Rn. 40 f. = BeckRS 2019, 32133 auf die Auslegung des VGH München; EuGH (Große Kammer), Urt. v. 19.12.2019 – C-752/18, Rn. 46 = BeckRS 2019, 32133.

²⁰ Vgl. Fn. 19.

GRCh nicht schrankenlos. Eine Abwägung wäre hier im Einzelnen zwischen Art. 47 GRCh sowie Art. 6 GRCh (Recht auf Freiheit) und dem GG nötig. Insbesondere ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.²¹ Art. 47 GRCh ist jedoch erst dann Vorrang zu gewähren, wenn eine Rechtsgrundlage besteht, die das Recht auf Freiheit „hinreichend zugänglich, präzise und in ihrer Anwendung vorhersehbar [...]“²² einschränkt.²³ Insoweit decken sich diese unionsrechtlichen Anforderungen wohl mit denen auf nationaler Ebene gemäß Art. 2 Abs. 2, 104 GG.²⁴ Damit dürfte sich – soweit oben eine enge Auslegung der §§ 167, 172 VwGO angenommen wurde – hier nichts anderes aufgrund des Unionsrechts ergeben.²⁵

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Ferner muss die formelle Rechtmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage eingehalten werden, welche sich wiederum nach dem achten Buch der ZPO richtet. Die Zuständigkeit für die Zwangshaft liegt gemäß § 167 VwGO i.V.m. §§ 887, 888 Abs. 1 S. 3, 802g Abs. 2 ZPO beim Gerichtsvollzieher. Das Verfahren richtet sich nach § 167 VwGO i.V.m. §§ 887 f. ZPO und muss soweit eingehalten werden. Die Form muss gemäß § 167 VwGO i.V.m. §§ 888 Abs. 1 S. 3, 802g ff. ZPO prospektiv beachtet werden. Mithin steht der formellen Rechtmäßigkeit bei Beachtung dieser formellen Voraussetzungen nichts entgegen; sie liegt vor.

²¹ Vgl. zu einer entsprechend möglichen kreativen Anwendung des Zwangsgeldes als milderes Mittel *Sehl*, „DUH-Anwalt zur Vollstreckung gegen Behörden“ – ein Interview mit Prof. Remo Klinger, abgerufen unter <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/eugh-bayern-vgh-zwangsgeld-zwangshaft-diesel-luftreinhalte-plan-umwelthilfe-soeder/> (25.4.2020).

²² EuGH (Große Kammer), Urt. v. 19.12.2019 – C-752/18, Rn. 34 ff., 42 = BeckRS 2019, 32133.

²³ EuGH (Große Kammer), Urt. v. 19.12.2019 – C-752/18, Rn. 34 ff., 43 ff. = BeckRS 2019, 32133.

²⁴ Ob diese unionsrechtlichen Anforderungen mit Blick auf die potenzielle, nationale Rechtsgrundlage (hier: §§ 167, 172 VwGO i.V.m. § 888 ZPO) vorliegen ist Sache des nationalen Gerichtes, vgl. EuGH (Große Kammer), Urt. v. 19.12.2019 – C-752/18, Rn. 48 = BeckRS 2019, 32133. Hier ist jedoch allgemein nach der Rechtmäßigkeit der Zwangshaft gefragt, sodass dies für die bearbeitenden Personen kein Hindernis darstellt. Insoweit ist auf diese Frage der Auslegungshoheit auch nicht zwingend einzugehen.

²⁵ Sollte man zu einem anderen Ergebnis kommen, kann kurz die Frage aufgeworfen werden, ob hier entsprechend der Rspr. des BVerfG eine Grenze des Anwendungsvorranges des Unionsrechts mit Blick auf eine Identitätskontrolle anhand der nationalen Verfassung gegeben wäre. Dies wird wohl zu verneinen sein, sodass sich die Frage, ob eine derartige Grenzziehung durch das BVerfG anhand der Identitätskontrolle rechtskonform ist – in Anlehnung an die Frage nach der rechtlichen Herleitung des Anwendungsvorranges des Unionsrechts – nicht stellt.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

1. Vertretbare oder Untervertretbare Handlung, § 167 Abs. 1 VwGO i.V.m. §§ 887 f. ZPO

Fraglich ist zunächst, ob es sich bei der Einhaltung der Luftreinhaltepläne um eine Handlung dreht, die vertretbar (§ 887 ZPO) oder unvertretbar (§ 888 ZPO) ist. Eine vertretbare Handlung ist eine, die auch von Dritten unternommen werden kann.²⁶ Unvertretbare Handlungen sind Handlungen, die nur von dem „Schuldner“ – hier der öffentlichen Hand – unternommen werden können. Vorliegend kann niemand anderes die Entscheidung über die Einhaltung des Luftreinhalteplans treffen, denn diese Entscheidung ist einerseits kompetenzziell verortet und – andererseits – mit einem Ermessensspielraum (§ 40 VwVfG, § 114 VwGO) verbunden. Folglich ist die Handlung der Behörde nach § 888 ZPO zu beurteilen.

2. Adressat

Problematisch ist ferner, wer gemäß dem Wortlaut von § 888 ZPO Adressat der Maßnahme in Form der Zwangshaft ist.²⁷ Als Adressaten wären der Rechtsträger, der Vertreter des Rechtsträgers, die kompetente Behörde und der Behördenleiter denkbar. Zwangshaft an sich kann jedoch prima vista nicht gegenüber einer juristischen Person erfolgen, sodass nur der Vertreter des Rechtsträgers und der Behördenleiter in Betracht kommen. Demnach ist, unter dem Gebot der effektiven Vollstreckung, der richtige Adressat zu eruieren.²⁸

Der Wortlaut des § 172 VwGO deutet auf eine „Behörde“ als Adressat hin. Dieser Rechtsgedanke kann über den Verweis in § 167 Abs. 1 S. 1 VwGO in den § 888 ZPO hineinwirken. Demnach wäre der Behördenleiter der richtige Adressat.²⁹

Der § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO wiederum gilt auch in analoger Anwendung im Rahmen der Leistungsklage. Danach ist der Klagegegner der Rechtsträger (Rechtsträgerprinzip).³⁰ Somit wäre dies also das Land Bayern und sein Vertreter, namentlich der Ministerpräsident.

Zunächst spricht für den „Behördenleiter“ die Systematik. § 172 VwGO ist eine spezialgesetzliche Ausformung des Adressaten und ist die streitnähere Norm als § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO. Der Wortlaut von §§ 113 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2, Abs. 5 VwGO deutet unterstützend daraufhin, dass die Passivlegitimation bei Rechtsträgern liegen kann, Adressat indes die Behörde, vertreten durch den Behördenleiter, bleibt.³¹

Ein systematischer Blick fällt auf den § 750 Abs. 1 S. 1 ZPO. Dieser führt zu einem anderen Schluss. § 750 Abs. 1 S. 1 ZPO regelt die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung. Dort sind nur „Personen“ genannt, die im Titel eines Urteils benannt werden. Dies sind bei Kapitalgesellschaften,

²⁶ VGH München BayVGHE 54, 74 = NVwZ 2001, 822.

²⁷ BT-Drs. III/55 v. 5.12.1957, S. 49.

²⁸ Klinger, NVwZ 2019, 1332.

²⁹ Porz, in: Fehling/Kastner/Störmer, VwGO, 4. Aufl. 2016, § 172 Rn. 2, 6.

³⁰ Pietzner/Möller (Fn. 11), § 172 Rn. 8.

³¹ Pietzner/Möller (Fn. 11), § 172 Rn. 8.

also juristische Personen des Privatrechtes, ebendiese und nicht die Gesellschafter.³² In entsprechender Anwendung bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts bedeutet dies, dass dort der Rechtsträger, also das Land Bayern – vertreten durch den Ministerpräsidenten –, gemeint sein kann.³³ Dafür spricht auch der Grundsatz der effektiven Rechtsdurchsetzung, abgeleitet aus Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 EMRK. Denn wenn eine Zwangshaft zunächst gegen eine Behörde bzw. Rechtsträger erlassen wird, ist die in Haft zunehmende Person austauschbar.³⁴ Damit wird zwar die natürliche Person im Ergebnis in Haft genommen, jedoch ist der eigentliche Adressat die Behörde bzw. der Rechtsträger. Denn somit wäre eine Zwangshaft auch durchsetzbar, wenn gerade bspw. eine Abwesenheit der natürlichen Person vorliegt und an die Stelle dieser Person dann sein Vertreter tritt, der dann wiederum in Haft genommen werden kann. Damit eine Nichterreichbarkeit einer Person eine Haftvollstreckung nicht hindert, muss der Adressat stets die Behörde oder das Land als Rechtsträger sein. Dieses Ergebnis wird auch durch die ratio legis des § 167 VwGO i.V.m. § 888 Abs. 1 ZPO gestützt. Hiernach gilt es, eine willensbeugende Maßnahme zu erreichen und gemäß dem 17. Abschnitt die „Vollstreckung“ von Urteilen zu effektiveren. Beiden Wirkrichtungen ist am ehesten Anwendung ermöglicht, wenn der Vertreter des Rechtsträgers und nicht der Vertreter der Behörde in Haft genommen würde, denn Behördenleiter unterstehen stets den Weisungen, die wiederum von Landesministern oder dem Ministerpräsidenten selbst – als erstem Vertreter des Rechtsträgers – kommen können.³⁵ Somit ist der Rechtsträger, vertreten durch den Ministerpräsidenten, der richtige Adressat. (a.A. sehr gut vertretbar).

3. Immunität

Die Immunität des Ministerpräsidenten muss nach dem Wortlaut von Art. 46 Abs. 3 GG bei Haftsituationen, auch ohne strafrechtlichen Charakter, aufgehoben werden. Sie dient damit als Prozesshindernis (a.A. im Prüfungspunkt: formelle Rechtmäßigkeit)

Anmerkung: Konsequenterweise muss ab hier also hilfs-gutachterlich weitergeprüft werden.

4. Verhältnismäßigkeit

Zuletzt ist fraglich, ob eine Inhaftnahme auch verhältnismäßig wäre. Die Verhältnismäßigkeit leitet sich aus dem Charakter der Grundrechte als Abwehrrechte gegenüber dem

Staat und dem Rechtsstaatsprinzip ab und ist gewohnheitsrechtlich anerkannt.

Die Inhaftnahme wäre als von der Verfassung anerkanntes Ziel der Vollstreckung von Urteilen (Art. 20 Abs. 2 S. 2, Abs. 3, 28 Abs. 1, 97, 101, 104 GG) ein geeignetes Mittel, um die Fortschreibung des Luftreinhalteplans zu erreichen (Art. 20a Hs. 1 GG).

Erforderlich ist die Zwangshaft, wenn kein gleichgeeignetes, milderes Mittel bestünde (Interventionsminimum). Dies ist der Fall, wenn keine offensichtliche Fehlerhaftigkeit des Mittels vorliegt. Die genaue Auswahl liegt in der Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers. Insoweit, dass der Ministerpräsident hier mit dem BImSchG ein Bundesgesetz nicht einhält, wäre denkbar, dass der Bund gemäß Art. 84 Abs. 3 GG eine Weisung erteilt. Jedoch zeigt der Freistaat schon keinerlei Einsicht gegenüber dem Zwangsgeld, sodass die alleinige Weisung als Mittel erst recht weniger geeignet wäre. Weiterhin ist insbesondere daran zu denken, dass alle Maßnahmen ausgeschöpft wurden: Zwangsgeld wurde angedroht, verhängt, beglichen. Eine Fortschreibung des Luftreinhalteplans lag dennoch nicht vor. Ein weiteres milderes Mittel könnte nach dem Wortlaut von § 172 VwGO ein Zwangsgeld sein, dass – ohne ein weiteres Verfahren – mehrfach angedroht und dann vollstreckt wird. Das Zwangsgeld in Höhe von höchstens 10.000 Euro könnte von vornherein pro Tag festgelegt werden. So würden jährlich 3,65 Millionen Euro Zwangsgeld entstehen.³⁶ Indes wäre dieses Zwangsmittel nicht gleich effektiv wie eine Zwangshaft, denn der Mittelabfluss würde wieder an die bayrische Staatskasse gehen. Damit sind alle gleich geeigneten, jedoch milderen Mittel bereits ausgeschöpft.

Folglich stellt sich nur noch die Frage der Angemessenheit. Hiernach darf das verwendete Mittel nicht vollends außer Verhältnis zum angestrebten Zweck stehen. Eine am konkreten Fall orientierte Abwägung der Vorteile der Zwangshaft gegenüber dessen Nachteilen ist vorzunehmen.

Nachteile durch die Zwangshaft sind die Beschädigung des Amtes und damit die effektive Staatsführung als Grundprinzip des demokratisch-föderalen Staates (Art. 30, 31, 32, 37, 70 ff. GG). Ist ein Ministerpräsident in Haft, verliert die Exekutive ihre Führung. Gleichwohl kann der stellvertretende Ministerpräsident ein solches Vakuum zunächst füllen. Indes kann nur in Ausnahmesituationen der Wählerwillen – der sich mittelbar durch die Parlamentsmehrheit im Ministerpräsidenten manifestiert – derartig eingeschränkt werden. Allerdings hat der Ministerpräsident jederzeit die Möglichkeit, seine Zwangshaft zu beenden, indem er in concreto das Gerichtsurteil, namentlich die Fortschreibung des Luftreinhalteplans, umsetzt. Damit besteht auch kein Risiko der willkürlichen Instrumentalisierung dieses Rechtsinstruments.

Der Vorteil der Haft ist, einen rechtmäßigen Zustand zu erwirken. Rechtswidrig ist der Zustand insoweit, dass dem Ministerpräsidenten schon nicht die Kompetenz zukommt von den Luftreinhalteplan abzuweichen. Der Luftreinhalte-

³² Merkt, in: Fleischer/Goette, MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2018, § 13 Rn. 62.

³³ Bank (Fn. 9), S. 101 f.; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 1088; Stein/Jonas, in: Bork/Roth, KO zur ZPO, Bd. 8, 23. Aufl. 2017, § 888 Rn. 40.

³⁴ VGH Mannheim NVwZ-RR 1995, 619; Heckmann (Fn. 11), § 172 Rn. 4.

³⁵ Schlussanträge des GA Henrik Saugmandsgaard, siehe EuGH, Urt. v. 19.12.2019 – C-752/18, Rn. 78 ff.

³⁶ Sehl, „DUH-Anwalt zur Vollstreckung gegen Behörden“ – ein Interview mit Prof. Dr. Remo Klinger, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/36401/ (25.4.2020).

plan richtet sich nach § 47 BImSchG, der die Luftreinhaltepläne kompetenziell als Bundesgesetz ausformt, welches durch die Länder ausgeführt wird. Folglich eröffnet Art. 84 Abs. 3 GG auch dem Bund eine Eingriffsmöglichkeit. Art. 84 Abs. 3 GG meint, dass die Bundesgesetze einzuhalten sind und anderenfalls eine Weisung durch den Bund geschehen könnte.³⁷ Art. 20 Abs. 4 GG kann auf Seiten des U jedoch nicht stark gemacht werden. Das Widerstandrecht gilt wegen seines Ausnahmecharakters nur in engen Grenzen. Dieses Recht greift erst, wenn „alle von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfe so wenig Aussicht auf wirksame Abhilfe bieten, dass die Ausübung des Widerstandes das letzte Mittel zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Rechts ist“³⁸. Ein Rückgriff auf das – als Auffanggrundrecht konzipierte – Widerstandsrecht ist nicht nötig, denn die Vorteile der Zwangshaft überwiegen, sodass mithin § 172 VwGO eine Ermächtigungsgrundlage darstellt, die angemessen für die Zwangshaft ist.

IV. Ergebnis

Eine Zwangshaft gegen den Ministerpräsidenten ist auf der Grundlage des § 167 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 888 Abs. ZPO möglich.

B. Fallfrage B

I. Vorabentscheidungsverfahren

Das Vorabentscheidungsverfahren ist zulässig, soweit die prozessualen Voraussetzungen vorliegen.³⁹

1. Rechtsweg

Der Rechtsweg zum Gerichtshof der Europäischen Union muss bestehen. Gemäß Art. 267 Abs. 1 AEUV trifft der Gerichtshof der Europäischen Union über Vorabentscheidungsverfahren die Entscheidung.⁴⁰ Ausnahmsweise läge die Zuständigkeit des Gerichts erster Instanz nach Art. 253 Abs. 3 AEUV i.V.m. der Satzung des Gerichtshofes vor, was zum gegenwärtigen rechtlichen Stand nicht in Betracht kommt.

2. Vorlageberechtigung

Weiterhin muss das vorlegende Gericht, der VGH München, vorlageberechtigt sein gemäß Art. 267 Abs. 2 AEUV.

Als Gericht eines Mitgliedsstaates, welches eine Entscheidung über die Auslegung der Verträge oder über die Gültigkeit und Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union für sein Urteil

für erforderlich hält, ist der VGH München Vorlage berechtigt gemäß Art. 267 Abs. 2 AEUV.⁴¹

Die Entscheidung über die Zulässigkeit der Zwangshaft hängt von der Auslegung der Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV, Art. 197 Abs. 1 AEUV, Art. 47 Abs. 1 GRCh, Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV ab. Das deutsche Gericht ist ein nach nationalem Recht zur Entscheidung berufener Spruchkörper, dessen rechtsstaatliches Verfahren durch einen oder mehrere unabhängige Richter geführt wird. Damit ist der VGH München gemäß Art. 267 Abs. 2 AEUV vorlageberechtigt.⁴²

3. Verfahrensgegenstand: Zulässige Vorlagefrage

Ferner muss eine zulässige Vorlagefrage bestehen. Eine Vorlagefrage ist zulässig soweit sie abstrakt formuliert ist, da der Gerichtshof nicht über den Einzelfall entscheiden darf. Die Vorlagefrage muss beinhalten, ob eine Maßnahme mit dem Unionsrecht vereinbar oder aus ihm ableitbar ist.⁴³ Tauglicher Vorlagegegenstand ist gemäß Art. 267 Abs. 1 AEUV eine Frage über die Auslegung des Vertrags und des auf dem Vertrag fußenden Sekundärrechtes. Eine Form ist nach dem Wortlaut des Art. 267 AEUV nicht einzuhalten. Es verbietet sich jedoch, dass die Auslegungsfrage nationales Recht betrifft. Hier wäre die Vorlagefrage, ob eine Zwangshaft eines Ministerpräsidenten auf die Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV, Art. 197 Abs. 1 AEUV, Art. 47 Abs. 1 GRCh, Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV gestützt werden kann. Damit geht es um die Auslegung europäischer Rechtsquellen. Ein tauglicher Verfahrensgegenstand liegt damit vor.

4. Entscheidungsehrheblichkeit

Die Auslegung muss auch entscheidungsehrheblich sein. Ob eine Vorlagefrage entscheidungsehrheblich ist, beurteilt das vorlegende Gericht. Grundsätzlich wird dies vom Gerichtshof nicht kontrolliert. Allerdings besteht eine Evidenzkontrolle, wonach konstruierte Vorlagen oder die Einholung von Rechtsgutachten sowie der offensichtlich nicht vorhandene Zusammenhang zwischen der Vorlagefrage und dem Sach-

³⁷ *Hermes*, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 84 Rn. 96 ff.

³⁸ BVerfGE 123, 267 (333) = NJW 2009, 2267 = BeckRS 2009, 35262, Rn. 186; BVerfGE 5, 85 (377) = NJW 1956, 1393.

³⁹ EuGH, Urt. v. 10.1.2006 – C-344/04 = Slg. 2006, I-443, Rn. 28 (IATA und ELFA) = NJW 2006, 351; EuGH, Urt. v. 12.2.2008 – C-2/06 = Slg. 2008, I-411, Rn. 41 (Kempter KG/Hauptzollamt Hamburg-Jonas), Z 2008, 466.

⁴⁰ EuGH, Urt. v. 5.2.2015 – C-117/14 = NZA 2015, 349 Rn. 43 (Poclava) = NZA 2015, 349, Rn. 43.

⁴¹ EuGH, Urt. v. 31.1.2013 – C-394/11 = EuZW 2013, 233 Rn. 52; EuGH Urt. v. 11.3.2015 – C-464/13 = NZA 2015, 567, Rn. 74; EuGH Urt. v. 16.2.2017 – C-503/15 = BeckRS 2017, 101793, Rn. 27 (Panicello).

⁴² EuGH, Urt. v. 5.3.1986 – 69/85 = Slg. 1986, 947, Rn. 15 f. (Wünsche/Deutschland); ohne Begründung a.A. *Schwarze*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 267 AEUV Rn. 11, und *Ehricke*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 267 AEUV Rn. 20; differenzierend *Frenz*, Hdb.EuR, Bd. 5, 2010, Rn. 3250 f. und Rn. 3262.

⁴³ EuGH, Urt. v. 11.3.1980 – 104/79 = Slg. 1980, 745, Rn. 10 ff. (Foglia I); EuGH, Urt. v. 16.12.1981 – 244/80 = Slg. 1981, 3045, Ls. 2 (Foglia II); EuGH, Urt. v. 3.2.1983 – 149/82 = Slg. 1983, 171, Ls. 3 (Robards); EuGH, Urt. v. 16.7.1992 – C-83/91 = Slg. 1992, I-4919, Rn. 25 ff. (Meilicke); EuGH, Urt. v. 24.11.1994 – C-412/93 = Slg. 1995, I-179, Rn. 12 (Leclerc-Siplec); EuGH, Urt. v. 21.3.2002 – C-451/99 = Slg. 2002, I-3193, Rn. 26 (Cura Anlagen).

verhält nicht im Sinne des Vorlageverfahrens liegt.⁴⁴ Inso-
weit, dass für solche Fälle keine Anhaltspunkte bestehen,
liegt die Entscheidungserheblichkeit vor.

II. Ergebnis

Folglich ist das Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267
AEUV zulässig.

⁴⁴ EuGH, Urt. v. 22.5.2008 – C-210/06 = Slg. 2008, I-9641, Rn. 67 (CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt.) = NJW 2009, 545.; EuGH, Urt. v. 20.5.2010 – C-56/09 = Slg. 2010, I-4517, Rn. 15 (Zanotti) = DB 2010, 1160; EuGH, Urt. v. 26.4.2012 – C-456/10, ECLI:EU:C:2012:241, Rn. 16 ff. (ANETT); EuGH, Urt. v. 16.7.2015 – C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 15, 24 ff. (Gauweiler u.a.), dazu *Gött*, EuR 2014, 514 (518 f.); kritisch *Wendel*, ZaöRV 2014, 615 (648 ff.); die Entscheidungserheblichkeit verneinend *Lübbe-Wolff*, Sonder-votum zu BVerfGE 134, 366 (422).

Examensklausur: Parlamentarisches Frage- und Informationsrecht beim Export von Kriegswaffen

Von Wiss. Mitarbeiter **Sebastian Theß**, Berlin*

Sachverhalt

Die Rüstungsindustrie in Deutschland zählt mit zu den größten Kriegswaffenexporteuren weltweit. Aufgrund der besonderen Gefährlichkeit von Kriegswaffenexporten aus der Bundesrepublik in andere Länder bedarf es dazu einer Genehmigung. Nach Art. 26 Abs. 2 GG obliegt die Entscheidung über die Genehmigung der Bundesregierung.

Bei Ausfuhrvorhaben, die im Hinblick auf das Empfängerland, das Rüstungsgut oder den Geschäftsumfang von besonderer Bedeutung sind, erfolgt in aller Regel folgendes Vorgehen: Das Rüstungsunternehmen einigt sich mit dem Empfängerland, in das die Kriegswaffen exportiert werden sollen, über die Einzelheiten des geplanten Geschäfts. Im Anschluss stellt es eine Voranfrage bei der zuständigen Stelle, woraufhin eine rechtlich unverbindliche Einschätzung der Erfolgsaussichten einer Genehmigung abgegeben wird. Fällt diese positiv aus, stellt das Rüstungsunternehmen offiziell den Antrag auf Genehmigung des geplanten Exportes der Kriegswaffen. In aller Regel wird anschließend der Bundessicherheitsrat mit der Entscheidung über die Genehmigung befasst. Der Bundessicherheitsrat ist ein Ausschuss des Bundeskabinetts. Ihm gehören neben der Bundeskanzlerin, die den Vorsitz führt, weitere Bundesminister*innen an. Er tagt streng geheim und vertraulich. Er prüft u.a., ob die zu exportierenden Kriegswaffen zur internen Repression oder zu sonstigen fortdauernden und systematischen Menschenrechtsverletzungen missbraucht werden können und ob außen- oder sicherheitspolitische Interessen für eine Genehmigung sprechen. Als Grundlage für die Entscheidung bezieht der Bundessicherheitsrat Einschätzungen der Bundesministerien, vertrauliche Erkenntnisse von Sicherheitsbehörden und Geheimdiensten im In- und Ausland und die Meinung nahestehender Länder zum Export ein und stimmt sich oftmals – ebenfalls geheim – mit den Empfängerländern ab, wozu die Produkte verwendet werden sollen. Kommt er zu einer positiven Einschätzung, erteilt er die Genehmigung. Erst dann ist das Rüstungsunternehmen befugt, die Kriegswaffen in das Empfängerland zu exportieren.

Der gesamte Prozess von der Voranfrage bis zur Erteilung der Genehmigung und dem Export bleibt in diesen Fällen geheim. Am Ende jeden Jahres veröffentlicht die Bundesregierung einen Rüstungsexportbericht. In diesem wird zwar der Gesamtwert aller exportierten Kriegswaffen für jedes Empfängerland und die grobe Kategorie der Kriegswaffen angegeben. Eine Information über einzelne Exportgeschäfte und deren Genehmigung erfolgt hingegen nicht.

Mitte des Jahres 2011 berichten einige Journalist*innen über den Verdacht, dass der Bundessicherheitsrat den Export von 200 Panzern nach Saudi-Arabien genehmigt habe. Als Saudi-Arabien etwas später die Regierung im benachbarten Bahrain mit militärischen Truppen unterstützt, um gegen lokale Aufstände vorzugehen, berichten immer mehr Journalist*innen über den Verdacht der Genehmigung des Exportes der 200 Panzer. Anlässlich dessen wird auch die Opposition im Bundestag auf das Thema aufmerksam. A ist Abgeordnete im Bundestag und strikte Gegnerin von Waffenexporten. Um herauszufinden, was es mit dem in den Medien geäußerten Verdacht auf sich hat, stellt sie Anfang 2012 eine schriftliche Anfrage an die Bundesregierung und begehrt darin Auskunft zu folgenden Fragen:

1. Ist eine Genehmigung für den Export von 200 Panzern nach Saudi-Arabien durch den Bundessicherheitsrat erteilt worden?
2. Wenn ja, auf welche Erkenntnisse und Quellen im In- und Ausland haben die Mitglieder des Bundessicherheitsrates ihre Entscheidungsfindung gestützt und was war Gegenstand der Beratungen?

Kurz darauf teilt die Bundesregierung mit, dass sie nicht auf die Frage der A antworten werde. Sie begründet ihre Weigerung damit, dass die Entscheidung über Genehmigungen von Kriegswaffen durch den Bundessicherheitsrat sowie der Inhalt und Verlauf der Beratung streng geheim seien und von vornherein niemals Gegenstand eines parlamentarischen Fragerechts sein könnten. Jedenfalls sei der Kernbereich der exekutiven Eigenverantwortung betroffen. Schließlich sei die Bundesregierung allein für die Entscheidung über Genehmigungen zuständig sei, was nicht durch ein Fragerecht untergraben werden dürfe. Zudem bestünde bei Auskünften über Inhalt und Verlauf der Beratung die Gefahr, dass die Entscheidungsfindung des Bundessicherheitsrates beeinträchtigt werde. Müsste gegenüber dem Parlament darüber Auskunft gegeben werden, würden die Mitglieder nicht mehr offen sprechen, was die Funktionsfähigkeit des Bundessicherheitsrates unterminieren würde.

Auch das Staatswohl sei betroffen. Die Entscheidung über Genehmigungen von Kriegswaffenexporten habe immer auch eine außen- und sicherheitspolitische Dimension. Würden die Entscheidungen und der Inhalt der Beratungen bekannt, würden andere Länder Kenntnisse über die Sicherheitsstrategie und außenpolitischen Ziele der Bundesregierung erlangen. Außerdem bestünde die Gefahr, dass durch die Auskunft die außenpolitischen Beziehungen der Bundesrepublik zum Empfängerland und zu anderen Ländern erheblichen Schaden nehmen. Im Rahmen der Beratungen des Bundessicherheitsrates werden schließlich oftmals die Meinung anderer Länder zu dem beabsichtigten Export eingeholt und teilweise auf deren geheimdienstliche Erkenntnisse zurückgegriffen; auch das Empfängerland lege oftmals seine Strategie und Motive

* Der Autor *Sebastian Theß* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Martin Eifert an der Humboldt-Universität Berlin.

** Sachverhalt und Lösungsskizze basieren auf dem Urteil des BVerfG v. 21.10.2014 – 2 BvE 5/11 = BVerfGE 137, 185 = NVwZ 2014, 1652.

für den Import der Waffen offen. Käme all dies durch das Auskunftsrecht an die Öffentlichkeit, wären die Beziehung beschädigt. Selbst wenn ein Informationsrecht bestünde, sei es jedenfalls mit der Veröffentlichung des jährlichen Exportberichtes 2011 erfüllt. Aus diesem könne entnommen werden, dass nach Saudi-Arabien Kriegswaffen im Wert von ca. 400 Millionen Euro exportiert wurden.

A zeigt sich angesichts der Verweigerung der Bundesregierung und deren Begründung entsetzt. Die Bundesregierung verkenne die grundlegende Bedeutung des parlamentarischen Informations- und Fragerechts. Insbesondere könnten die von der Bundesregierung behaupteten Gefahren jedenfalls bei der Auskunft über die Erteilung einer Genehmigung nicht wirklich eintreten. Im Übrigen seien sie weit überzeichnet.

Nachdem die Bundesregierung auch weiterhin eine Antwort auf die schriftliche Anfrage verweigert, wendet sich die A frist- und formgerecht an das Bundesverfassungsgericht. Bevor die gerichtliche Entscheidung ergeht, kommt durch investigative journalistische Recherche heraus, dass der Bundessicherheitsrat im Zeitpunkt der schriftlichen Anfrage den Export der Panzer bereits genehmigt hatte.

Frage

Hat der Antrag der A beim Bundesverfassungsgericht Aussicht auf Erfolg?

Lösungsvorschlag

Die A könnte im Wege des Organstreitverfahrens gegen die von der Bundesregierung verweigerte Beantwortung ihrer schriftlichen Anfrage vorgehen. Ein solcher Antrag hat nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit

Das Bundesverfassungsgericht ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 13 Nr. 5 BVerfGG für das Organstreitverfahren zuständig.

II. Parteifähigkeit

Die Beteiligten des Organstreitverfahrens, hier die A und die Bundesregierung, müssten parteifähig sein, d.h. zu den möglichen Antragsteller*innen und Antragsgegner*innen gehören.

Nach § 63 BVerfGG sind der Bundespräsident, der Bundestag, der Bundesrat, die Bundesregierung und die im Grundgesetz oder in den Geschäftsordnungen des Bundestages und des Bundesrates mit eigenen Rechten ausgestatteten Teile dieser Organe parteifähig. Nach dem weiter gefassten Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG gehören jedenfalls oberste Bundesorgane und andere Beteiligte, die durch das Grundgesetz mit eigenen Rechten ausgestattet sind, zu den tauglichen Antragsteller*innen und Antragsgegner*innen.

1. Antragstellerin

Eine einzelne Abgeordnete – wie A – ist nicht ausdrücklich in § 63 BVerfGG als Verfassungsorgan erwähnt. Als Bundestagsabgeordnete könnte sie als Teil des Organs Bundestag i.S.d. § 63 BVerfGG parteifähig sein. Dagegen sprechen die in § 22 Abs. 1 S. 2 BVerfGG angelegte Differenzierung und dass als Teil des Bundestages nur ständig vorhandene Gliederungen des Organs erfasst werden, zu denen einzelne Abgeordnete nicht gehören.¹ A ist daher nicht als Teil des Organs Bundestag nach § 63 BVerfGG parteifähig.

A ist allerdings als Bundestagsabgeordnete nach Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG mit eigenen verfassungsrechtlichen Rechten ausgestattet und daher nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG taugliche Antragstellerin. Als normenhierarchisch über § 63 BVerfGG stehend, ist Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG insoweit maßgebend.²

2. Antragsgegnerin

Die Bundesregierung ist gemäß § 63 BVerfGG und als oberstes Bundesorgan auch nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG taugliche Antragsgegnerin.

III. Tauglicher Antragsgegenstand

Die Beteiligten müssten über einen tauglichen Antragsgegenstand streiten. Dies ist gemäß § 64 Abs. 1 BVerfGG jede rechtserhebliche Maßnahme oder Unterlassung der Antragsgegnerin. Die A wendet sich hier gegen die nicht erfolgte Antwort der Bundesregierung auf ihre kleine Anfrage. Ob es sich dabei um eine Maßnahme in Gestalt der Verweigerung einer hinreichenden Antwort oder um eine Unterlassung in Form der pflichtwidrigen Nichtbeantwortung handelt, kann hier offenbleiben. Denn mit dem Fragerecht der Abgeordneten korrespondiert möglicherweise eine Antwortpflicht der Bundesregierung so dass ein Unterlassen pflichtwidrig sein könnte. Die Anforderung des § 64 Abs. 1 BVerfGG sind in jedem Fall gewahrt.³

Die Maßnahme oder Unterlassung müsste auch rechtserheblich sein. Dies erfordert, dass das Verhalten oder Unterlassen geeignet ist, die Rechtsstellung der Antragstellerin zu beeinträchtigen.⁴ Die Verweigerung der Antwort bzw. die Nichtbeantwortung der Anfrage betreffen das Rechtsverhältnis zwischen der Bundesregierung und der A als Abgeordneten und berührt sie konkret in ihrem Rechtskreis aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG. Die Rechtserheblichkeit der Maßnahme oder Unterlassung liegt damit auch vor.

¹ Umbach, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl. 2004, §§ 63, 64 BVerfGG Rn. 7, 8 m.w.N.

² Umbach (Fn. 1) §§ 63, 64 BVerfGG Rn. 14 charakterisiert Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG als § 63 BVerfGG überspielend und seine Wirkung aufhebend.

³ Offenlassend auch BVerfGE 137, 185 (223) = NVwZ 2014, 1652; 146, 1 (36) = NVwZ 2017, 1364; näher Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 57. Lfg., Stand: Juni 2019, § 64 BVerfGG Rn. 24.

⁴ Bethge (Fn. 3), § 64 BVerfGG Rn. 26.

IV. Antragsbefugnis

Nach § 64 Abs. 1 BVerfGG muss die Antragstellerin darüber hinaus geltend machen, dass sie in ihren grundgesetzlichen Rechten durch die Maßnahme oder Unterlassung der Antragsgegnerin verletzt oder unmittelbar gefährdet ist. Es genügt dabei, dass die Verletzung oder Gefährdung nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann.⁵

Es kann hier nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass der A ein aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG abzuleitendes Frage- und Informationsrecht zusteht und der Bundesregierung eine damit korrespondierende Antwortpflicht obliegt. Ebenso wenig kann ausgeschlossen werden, dass die Antragsgegnerin mit der Verweigerung der Auskunft bzw. der Nichtbeantwortung der Anfrage dieses Recht in unzulässiger Weise verkürzt und damit ihre Pflicht verletzt hat.

Einer Verletzung des parlamentarischen Frage- und Informationsrechts der A könnte – wie von der Antragsgegnerin eingewendet – entgegenstehen, dass die Antragsgegnerin jährlich Rüstungsexportberichte veröffentlicht, in denen sie konkrete Angaben zum Export von Rüstungsgütern macht. Allerdings kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass die Angaben im Rüstungsexportbericht nicht ausreichen, um das in der konkreten schriftlichen Anfrage zum Ausdruck gebrachte parlamentarische Frage- und Informationsinteresse der A zu befriedigen. Dies bedarf vielmehr einer näheren Prüfung im Einzelnen.⁶

V. Form und Frist

Der Antrag ist nach §§ 23 Abs. 1, 64 Abs. 2 BVerfG schriftlich und begründet sowie nach § 64 Abs. 3 BVerfG innerhalb von sechs Monaten ab dem beanstandeten Verhalten einzureichen. Diese Voraussetzungen wurden laut dem Sachverhalt gewahrt.

Hinweis: Da laut Sachverhalt bereits während des gerichtlichen Verfahrens bekannt geworden ist, dass die Bundesregierung die Genehmigung erteilt hat, könnte eine Erledigung des Organstreitverfahrens bzgl. Frage 1 angedacht werden. Dagegen spricht jedoch, dass die Veröffentlichung der begehrten Information durch Dritte nicht das parlamentarische Frage- und Informationsrecht erfüllt, da dies gerade auf die (insoweit auch verlässlichere!) Auskunftserteilung durch den konkreten Adressaten abzielt. Wer sich anders entscheidet, müsste unter dem Aspekt des erforderlichen Rechtsschutzbedürfnis näher auf die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Anforderungen eingehen, unter denen auch im Falle einer Erledigung das Organstreitverfahren weiterhin zulässig bleibt.⁷

⁵ Bethge (Fn. 3), § 64 BVerfGG Rn. 59 m.w.N.

⁶ So auch BVerfGE 137, 185 (224) = NVwZ 2014, 1652.

⁷ Siehe dazu BVerfGE 148, 11 (22) mit Anlehnung an die Fallgruppen des Fortsetzungsfeststellungsinteresses.

VI. Ergebnis

Der Antrag der A ist gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, soweit die Verweigerung der Antwort bzw. die Nichtbeantwortung der schriftlichen Anfrage gegen das Grundgesetz verstößt. In Betracht kommt hier allein eine Verletzung des parlamentarischen Frage- und Informationsrechts der A aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG.

I. Parlamentarischer Auskunftsanspruch – Herleitung und Inhalt

Fraglich ist zunächst, ob ein der A zustehendes parlamentarisches Frage- und Informationsrecht aus dem Grundgesetz abgeleitet werden kann.

1. Herleitung

a) Gewaltenteilungsgrundsatz

Das parlamentarische Regierungssystem wird durch die Kontrollfunktion des Parlaments geprägt.⁸ Die parlamentarische Kontrolle von Regierung und Verwaltung verwirklicht den Grundsatz der Gewaltenteilung, der für das Grundgesetz ein tragendes Funktions- und Organisationsprinzip darstellt, vgl. Art. 20 Abs. 2 GG.⁹ „Der Gewaltenteilungsgrundsatz zielt dabei nicht auf eine absolute Trennung der Funktionen der Staatsgewalt, sondern auf die politische Machtverteilung, das Ineinandergreifen der drei Gewalten und die daraus resultierende gegenseitige Kontrolle und Begrenzung mit der Folge der Mäßigung der Staatsgewalt.“¹⁰ Er gebietet gerade mit Blick auf die starke Stellung der Exekutive eine effektive und tatsächlich wirksame Kontrollmöglichkeit des Parlamentes gegenüber der Regierung. Eine solche Kontrolle ist ohne ausreichende Beteiligung am Wissen der Regierung nicht möglich.¹¹

b) Demokratieprinzip

Die Kontrollfunktion des Parlamentes ist zugleich auch Ausfluss der aus dem Demokratieprinzip folgenden Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber dem Parlament.¹² Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG statuiert den Grundsatz der Volkssouveränität. Dieser legt fest, dass das Volk die Staatsgewalt außer durch Wahlen und Abstimmungen durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausübt. Dies wiederum setzt voraus, dass das Volk

⁸ BVerfGE 137, 185 (231) = NVwZ 2014, 1652; 146, 1 (38 f.) = NVwZ 2017, 1364.

⁹ BVerfGE 137, 185 (231) = NVwZ 2014, 1652; 146, 1 (38 f.) = NVwZ 2017, 1364.

¹⁰ BVerfGE 137, 185 (231) = NVwZ 2014, 1652; 146, 1 (38 f.) = NVwZ 2017, 1364.

¹¹ BVerfGE 137, 185 (231) = NVwZ 2014, 1652; 146, 1 (38 f.) = NVwZ 2017, 1364.

¹² BVerfGE 137, 185 (232 f.) = NVwZ 2014, 1652; 146, 1 (39 f.) = NVwZ 2017, 1364.

auch einen effektiven Einfluss auf die Ausübung der Staatsgewalt durch diese Organe hat. Alle Akte dieser Organe müssen sich auf den Willen des Volkes zurückführen lassen und ihm gegenüber verantwortet werden.¹³ Dieser Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und staatlicher Gewalt wird neben der Wahl des Parlaments, der von ihm beschlossenen Gesetze und die Weisungsgebundenheit der Verwaltung gegenüber der Regierung auch durch den parlamentarischen Einfluss auf die Politik der Regierung hergestellt.¹⁴ Eine Geheimhaltung der Exekutive gegenüber dem Parlament beschränkt dessen parlamentarische Kontrollmöglichkeit und kann deshalb den notwendigen demokratischen Legitimationszusammenhang beeinträchtigen oder unterbrechen.¹⁵

2. Inhalt: Parlamentarischer Auskunftsanspruch

Zur Wahrnehmung seiner aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz und Demokratieprinzip folgenden Kontrollfunktion ist das Parlament notwendigerweise auf die relevanten Informationen der Regierung und der ihr weisungsunterworfenen Verwaltung angewiesen. Ausgehend davon ergibt sich aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz und Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 GG) in Verbindung mit Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ein Auskunfts- und Informationsrecht des Parlamentes gegenüber der Regierung, an dem auch die einzelnen Abgeordneten und die Fraktionen als Zusammenschlüsse von Abgeordneten nach Maßgabe der Ausgestaltung in der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages teilhaben.¹⁶

Mit diesem Recht korrespondiert die grundsätzliche Antwortpflicht der Bundesregierung. Sie muss auf Fragen des Parlamentes oder einzelner Abgeordneter hin Rede und Antwort stehen und ihnen die nötigen Informationen auf rasche und zuverlässige Weise verschaffen.¹⁷

II. Beeinträchtigung

Die von A begehrten Informationen betreffen Handlungen der Exekutive und unterfallen damit dem Grunde nach dem parlamentarischen Auskunftsrecht. Die Verweigerung der Antwort bzw. die Nichtbeantwortung der Anfrage stellen eine Beeinträchtigung ihres Auskunftsrechts dar.

III. Rechtfertigung

Die Beeinträchtigung des parlamentarischen Frage- und Informationsrechts der A könnte gerechtfertigt sein. Das ist der Fall, wenn für die Verweigerung der Auskunft bzw. die Nichtbeantwortung der Anfrage ein entgegenstehendes Verfassungsgut in Anschlag gebracht werden kann und im Ein-

zelfall dem Erfordernis praktischer Konkordanz Rechnung getragen wird. Als entgegenstehende Verfassungsgüter kommen der Kompetenzbereich der Bundesregierung (1.), der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung (2.), das Staatswohl (3.) und die Grundrechte Dritter (4.) in Betracht.

1. Kompetenzbereich der Bundesregierung

Das Frage- und Informationsrecht ist von vornherein auf solche Angelegenheiten begrenzt, die in den Zuständigkeitsbereich der Bundesregierung fallen.¹⁸ Die mit der schriftlichen Anfrage betroffene Entscheidung der Bundesregierung über die Rüstungsexportkontrolle liegt nach Art. 26 Abs. 2 GG im alleinigen Zuständigkeitsbereich der Bundesregierung.

2. Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung

Das parlamentarische Frage- und Informationsrecht der A könnte durch den Schutz des Kernbereichs exekutiver Eigenverantwortung begrenzt sein.

Der Gewaltenteilungsgrundsatz zielt zwar nicht auf eine absolute Trennung der Exekutive, Legislative und Judikative, sondern auf eine politische Machtverteilung und das Ineingreifen der drei Gewalten (s.o.). Gleichwohl dürfen sie aber ihrer jeweiligen Eigenheit, ihrer spezifischen Aufgaben und Zuständigkeiten nicht beraubt werden. Vielmehr zielt der Gewaltenteilungsgrundsatz auch auf eine funktionsgerechte Zuordnung hoheitlicher Befugnisse zu unterschiedlichen Trägern öffentlicher Gewalt.¹⁹ Daraus ergibt sich ein Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung der Bundesregierung, der einen grundsätzlich nicht ausforschbaren Initiativ-, Beratungs- und Handlungsbereich einschließt.²⁰ Parlamentarische Kontrolle hat insbesondere dort ihre Grenzen, wo sie das Handeln der Regierung bereits in seiner Entstehung behindern würde.²¹ Der Gewaltenteilungsgrundsatz bildet damit nicht nur den Grund, sondern zugleich auch die Grenze des parlamentarischen Auskunfts- und Informationsanspruches.

a) Kein genereller Ausschluss des parlamentarischen Frage- und Informationsrechts bei Rüstungsexportkontrolle

Fraglich ist, ob der Bereich der Rüstungsexportkontrolle wegen der besonderen außen- und sicherheitspolitischen Bedeutung von vornherein als absoluter Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung jeder parlamentarischen Kontrolle entzogen ist.

Dafür könnte sprechen, dass das Grundgesetz im Bereich der auswärtigen Politik der Regierung einen weit bemessenen Spielraum zur eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung zuweist und die Zustimmung- und Mitwirkungsbefugnisse des Bundestages stark beschränkt sind. Dies wird insbesondere bei der Rüstungsexportkontrolle durch Art. 26 Abs. 2 S. 1

¹³ BVerfGE 137, 185 (232 f.) = NVwZ 2014, 1652; 146, 1 (39 f.) = NVwZ 2017, 1364.

¹⁴ BVerfGE 137, 185 (232 f.) = NVwZ 2014, 1652; 146, 1 (39 f.) = NVwZ 2017, 1364.

¹⁵ BVerfGE 137, 185 (232 f.) = NVwZ 2014, 1652; 146, 1 (39 f.) = NVwZ 2017, 1364.

¹⁶ BVerfGE 137, 185 (230 f.) = NVwZ 2014, 1652; 146, 1 (38) = NVwZ 2017, 1364.

¹⁷ BVerfGE 137, 185 (230 f.) = NVwZ 2014, 1652; 146, 1 (38) = NVwZ 2017, 1364.

¹⁸ BVerfGE 137, 185 (233) = NVwZ 2014, 1652; 146, 1 (40 f.) = NVwZ 2017, 1364.

¹⁹ BVerfGE 137, 185 (233) = NVwZ 2014, 1652; 146, 1 (41) = NVwZ 2017, 1364.

²⁰ St. Rspr. BVerfG, siehe BVerfGE 146, 1 (42) m.w.N. = NVwZ 2017, 1364.

²¹ Michael/Morlok, Grundrechte, 7. Aufl. 2019, § 7 Rn. 30.

GG unterstrichen, der die Genehmigung von Kriegswaffenexporten in die alleinige Zuständigkeit der Bundesregierung stellt.²²

Dagegen spricht aber, dass diese Begrenzungen nur die parlamentarischen Mitwirkungsbefugnisse des Parlamentes betreffen. Daraus kann aber keine vergleichbare Einschränkung der parlamentarischen Kontrollbefugnisse gefolgert werden.²³ Art. 26 Abs. 2 GG weist nur die Zuständigkeit und Entscheidungshoheit der Regierung zu. Die parlamentarische Kontrolle dient gerade der Kontrolle der Ausübung von Zuständigkeiten und bleibt deshalb hiervon unberührt. Unter dem Gesichtspunkt der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns tritt vielmehr die parlamentarische Kontrolle hier an die Stelle der insoweit beschränkten sachlich-inhaltlichen Mitwirkungsrechte.²⁴

Im Ergebnis ist der Bereich des Rüstungsexportes nicht von vornherein der parlamentarischen Kontrolle entzogen.

b) Begrenzungen durch Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung bzgl. Frage 1

Fraglich ist, ob das Frage- und Informationsrecht der A durch den Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung bei Informationen über erteilte Genehmigungen von Rüstungsexportgeschäften begrenzt wird (Frage 1 der A).

Der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung ist insbesondere dann betroffen, wenn die Informationspflicht zu einem Mitregieren Dritter bei Entscheidungen führen kann, die in der alleinigen Kompetenz der Bundesregierung liegen.²⁵ Diese Gefahr besteht gerade bei Informationen aus dem Bereich der Vorbereitung von Regierungsentscheidungen, also der inneren Willensbildung, solange die Entscheidung noch nicht getroffen wurde. In diesen Fällen könnte ansonsten das Frage- und Informationsrecht von einer Kontrollfunktion in eine Mitgestaltungsfunktion umschlagen. Daher erstreckt sich das Frage- und Informationsrecht des Bundestages grundsätzlich nur auf bereits abgeschlossene Vorgänge und nicht auf laufende Verhandlungen und Entscheidungsvorbereitungen.²⁶

Mit der ersten Frage begehrt A Auskunft darüber, ob eine Genehmigung für den Export von 200 Kampfpanzern nach Saudi-Arabien durch den Bundessicherheitsrat erteilt wurde. Da im Zeitpunkt der Anfrage die Genehmigung bereits erteilt wurde und der Willensbildungsprozess damit abgeschlossen war, konnte die Bundesregierung dem Frage- und Informationsrecht der A den Schutz eines Kernbereiches exekutiver Eigenverantwortung nicht entgegenhalten. Insoweit war die Verweigerung der Auskunft bzw. die Nichtbeantwortung verfassungswidrig.

c) Begrenzungen durch Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung bzgl. Frage 2

Fraglich ist weiterhin, ob der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung einem Frage- und Informationsrecht insoweit entgegensteht, als dass nach Abschluss des Vorganges Auskünfte über den inneren Willensbildungsprozess, insbesondere über die Motive der beteiligten Akteure und der berücksichtigten Erkenntnisse, verlangt werden (Frage 2 der A). Die Entscheidung darüber muss durch eine Abwägung der gegenläufigen Interessen getroffen werden.²⁷

Zunächst müsste die Verweigerung einem legitimen Ziel dienen. Da nach Abschluss eines Entscheidungsvorganges durch die Auskunftserteilung regelmäßig keine Gefahr des Mitregierens besteht, kann die Verweigerung einer Antwort bzw. die Nichtbeantwortung nicht damit gerechtfertigt werden.²⁸ Allerdings entsteht durch die Auskunft das Risiko, dass die Freiheit und Offenheit der Willensbildung innerhalb des Bundessicherheitsrates durch eine Vorwirkung beeinträchtigt wird.²⁹ Müssen die Beteiligten im Bundessicherheitsrat damit rechnen, dass ihre Motive und Gründe für die Entscheidung nach deren Abschluss offengelegt werden, kann dies eine negative Vorwirkung auf ihre Beratung und Abstimmung entfalten und dadurch die Funktionsfähigkeit des Bundessicherheitsrates beeinträchtigen.³⁰ Als legitimes Ziel kann also der Schutz der Funktionsfähigkeit des Bundessicherheitsrates angeführt werden.

Keine Zweifel bestehen an der Geeignetheit der Antwortverweigerung bzw. Nichtbeantwortung der Bundesregierung, denn wenn keine Auskünfte erteilt werden, kann auch keine negative Vorwirkung eintreten.

Die Nichtbeantwortung müsste auch erforderlich sein. Dafür dürfte kein milderer, gleich geeignetes Mittel in Betracht kommen. Ein milderer Mittel könnten wirksame Vorkehrungen gegen das Bekanntwerden des Geheimnisses in der Öffentlichkeit von Seiten des Bundestages darstellen. Ein denkbares Mittel wäre die Beschränkung des potenziellen Adressatenkreis der Information, z.B. durch die Schaffung eines mit dem parlamentarischen Kontrollgremium für die Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit vergleichbaren Gremiums.³¹

Problematisch ist dabei, dass der Kreis der berechtigten Abgeordneten erheblich beschränkt und dadurch in die Statusrechte der nicht im Gremium vertretenen Abgeordneten nach Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG eingegriffen würde. Dies ist wiederum nur zulässig, wenn die Begrenzung zwingend erforderlich ist und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz streng gewahrt wird.³² Daran bestehen hier Zweifel. Durch die Einrichtung eines solchen Gremiums und die Übermittlung von Informationen über die Motivation und Gründe der Entscheidung wird gegenüber der Information über erteilte Genehmi-

²² Siehe zur daraus abgeleiteten Beschränkung des Informationsrechts Glawe, DVBl. 2012, 329 (335).

²³ BVerfGE 137, 185 (235 f.) = NVwZ 2014, 1652.

²⁴ Siehe zur Begründung und zum Ergebnis bei BVerfGE 137, 185 (235 f.) = NVwZ 2014, 1652.

²⁵ Siehe BVerfGE 137, 185 (234 f.) m.w.N. = NVwZ 2014, 1652; 146, 1 (42 f.) = NVwZ 2017, 1364.

²⁶ BVerfGE 137, 185 (234 f.) = NVwZ 2014, 1652; 146, 1 (42 f.) = NVwZ 2017, 1364.

²⁷ Siehe BVerfGE 137, 185 (250) = NVwZ 2014, 1652.

²⁸ BVerfGE 137, 185 (250) = NVwZ 2014, 1652.

²⁹ BVerfGE 137, 185 (250) = NVwZ 2014, 1652.

³⁰ BVerfGE 137, 185 (250) = NVwZ 2014, 1652.

³¹ So angesprochen in BVerfGE 137, 185 (261 f.) = NVwZ 2014, 1652.

³² Siehe BVerfGE 137, 185 (262 f.) = NVwZ 2014, 1652.

gungen zwar ein gewisser Mehrwehrt geschaffen. Allerdings entfele dadurch, dass die Information nur dem Gremium unter strengster Geheimhaltung gegeben wird, die Kontrolle der Parlamentsöffentlichkeit und die Möglichkeit der Kontrolle durch die Bürger, die der effektiven Verantwortlichkeit des Parlamentes gegenüber dem Wähler dient.³³ Aus dem zuletzt genannten Grund ist auch die Information an den Deutschen Bundestag nach Maßgabe der Geheimschutzordnung zwar ein milderer, aber kein gleich geeignetes Mittel.

Die Nichtbeantwortung müsste auch angemessen sein. Auf der einen Seite kann ein Interesse an den Motiven der Entscheidungsträger und den berücksichtigten Erkenntnissen für die Entscheidung über die Exportgenehmigung bestehen. Allerdings könnte diese Information in jedem Falle nicht der allgemeinen Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden (s.o.), insbesondere könnte sie der Bundesregierung nicht in öffentlichen Parlamentssitzungen entgegengehalten werden, sodass die öffentliche Kontrollfunktion durch diese Information ohnehin begrenzt ist.

Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass die Mitglieder des Bundessicherheitsrates auf die Vertraulichkeit ihrer Beratungen in besonderem Maße angewiesen sind, da die Entscheidung über die Genehmigung eine eingehende Beurteilung des Empfängerlandes, z.B. über dessen politische und militärische Stabilität, und damit besonders sensible Informationen betrifft. Gerade in einem Bereich, in dem einerseits mit hoch sensiblen und geheimhaltungsbedürftigen Informationen und Einschätzungen über fremde Länder gearbeitet wird und andererseits ein offener und inhaltlich umfassender Austausch der Entscheidungsträger erwünscht ist, bedarf es in besonderem Maße der Geheimhaltung. Müssten die beteiligten Akteure damit rechnen, dass ihre geäußerte Meinung und Einschätzung bald nach der getroffenen Entscheidung bekannt wird, läge es nahe, dass sie diese nicht in gleichem Maße äußern würden oder gar die tatsächliche Beratung unter Umständen aus dem Gremium heraus in informelle Vorbesprechungen oder kleinere Kreise ausgelagert würde. In beiden Fällen wäre die Funktionsfähigkeit des Bundessicherheitsrates in erheblichem Maße beeinträchtigt. Aufgrund dieser Gefahr geht die Abwägung hier zu Lasten des parlamentarischen Informations- und Fragerechts aus.³⁴ (a.A. vertretbar)³⁵

Mit ihrer zweiten Frage begehrt die A Auskunft darüber, auf welche Erkenntnisse und Quellen die Mitglieder des Bundessicherheitsrates ihre Entscheidung gestützt haben und was Gegenstand der Beratungen war. Aufgrund der Gefahr einer negativen Vorwirkung der Auskunft auf die geheimen Beratungen konnte die Bundesregierung die Antwort insoweit zulässigerweise verweigern.

³³ BVerfGE 137, 185 (262) = NVwZ 2014, 1652.

³⁴ Zu den Argumenten siehe BVerfGE 137, 185 (250 ff.) = NVwZ 2014, 1652.

³⁵ Siehe zur Kritik an den weitgehenden Beschränkungen des parlamentarischen Informations- und Fragerechts *Achenbach*, JZ 2015, 96 (99).

d) Ergebnis zum Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung

Die Bundesregierung konnte mit Blick auf den Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung nur die Antwort auf die Frage 2 in verfassungsrechtlich zulässiger Weise verweigern, nicht jedoch hinsichtlich der Frage 1.

Hinweis: Bei der hier vorgeschlagenen Lösung wurden beide Fragen der A zielgerichtet nur in Verbindung mit dem jeweils relevanten verfassungsrechtlichen Aspekt erörtert (Für Frage 1 der Schutz vor einem „Mitregieren“, für Frage 2 der Schutz vor einer „Vorwirkung“). Ebenso vertretbar ist es, bei beiden verfassungsrechtlichen Aspekten auf jeweils beide Fragen einzugehen. Bzgl. des Schutzes vor einem „Mitregieren“ wäre dann für Frage 2 kurz festzuhalten, dass eine solche Gefahr nach Abschluss der Entscheidung auch nicht bei Auskünften zum Inhalt der Beratungen besteht. Bzgl. des Schutzes vor einer „Vorwirkung“ wäre für Frage 1 nur festzustellen, dass eine solche bei der bloßen Information über eine bereits erteilte Genehmigung nicht denkbar ist.

3. Staatswohl

Eine weitere Grenze des Informations- und Auskunftsrechts bei geheimhaltungsbedürftigen Informationen bildet das Staatswohl, also das Wohl des Bundes oder eines Landes. Dabei ist zu berücksichtigen, dass im parlamentarischen Regierungssystem des Grundgesetzes die Wahrung des Staatswohls nicht allein der Bundesregierung anvertraut ist, sondern vielmehr gemeinsame Aufgabe von Bundestag und Bundesregierung ist.³⁶ Das Parlament ist insoweit kein Außenstehender, wenn es um den Schutz des Staatswohles geht. Ein grundsätzliches und allgemeines Überwiegen der Geheimhaltungsinteressen vor dem parlamentarischen Informationsrecht kann daher nicht angenommen werden. Vielmehr ist über den Ausgang im Wege einer Abwägung zu entscheiden.³⁷

a) Begrenzungen durch Staatswohl bzgl. Frage 2

Die Preisgabe von Informationen über den Willensbildungsprozess, insbesondere über die berücksichtigten Erkenntnisse und den Gegenstand der Beratungen bei Genehmigungsentscheidung, können die außenpolitische Handlungsfähigkeit der Bundesregierung erheblich beeinträchtigen. Rüstungsexportentscheidungen haben in aller Regel eine diplomatische Dimension. Waffenexporte können den Zusammenhalt von Bündnissen und die militärische Schlagkraft befreundeter Staaten stärken oder eingesetzt werden, um als „Gegenleistung“ z.B. Stationierungs- und Überflugrechte eingeräumt zu bekommen oder die politischen Beziehungen zum Drittland zu stärken. Die Gründe und die bei der Entscheidung berücksichtigten Erkenntnisse können damit ein wesentlicher Indikator für die Beziehung zu einem Land oder Ausdruck einer bestimmten Sicherheitsstrategie sein. Die Preisgabe solcher Informationen kann daher die Abschätzbarkeit der

³⁶ BVerfGE 137, 185 (250 ff.) = NVwZ 2014, 1652.

³⁷ BVerfGE 146, 1 (54) = NVwZ 2017, 1364.

deutschen Außenpolitik für andere Länder erleichtern und damit Verhandlungs- und Gestaltungsspielräume verengen. Zudem kann es vorkommen, dass als Grundlage der Entscheidung des Bundessicherheitsrates vertrauliche Informationen des Drittlandes, in das exportiert werden soll, berücksichtigt werden, so z.B. deren geplanter Einsatz im Rahmen einer Verteidigungsstrategie. Müssten diese Informationen anschließend offengelegt werden, könnte dies die außenpolitischen Beziehungen zum Drittland in erheblichem Maße beschädigen und künftig dazu führen, dass Informationen an die Bundesrepublik nicht mehr übermittelt würden.³⁸

Daher führt die Preisgabe der von A mit Frage 2 begehrten Informationen insoweit zu einer Beeinträchtigung des Staatswohls.

b) Begrenzungen durch Staatswohl bzgl. Frage 1

Die skizzierten Gefahren bestehen jedoch bei der bloßen Angabe, dass ein konkretes Rüstungsexportgeschäft tatsächlich genehmigt wurde, nicht in vergleichbarem Maße, sodass eine Antwort auf die Frage 1 der A keine Gefährdung des Staatswohls verursacht.

c) Zwischenergebnis zum Staatswohl

Die Bundesregierung konnte mit Blick auf das Staatswohl nur die Antwort auf die Frage 2 in verfassungsrechtlich zulässiger Weise verweigern, nicht jedoch hinsichtlich der Frage 1.

4. Grundrechte Dritter

Das parlamentarische Auskunfts- und Informationsrecht kann auch durch den grundrechtlich verbürgten Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der beteiligten Rüstungsexportunternehmen nach Art. 12 GG, den die Bundesregierung nach Art. 1 Abs. 3 GG bei der Auskunftserteilung zu berücksichtigen hat, beschränkt werden.³⁹

Da A hier nur eine Auskunft darüber begehrt, ob eine Genehmigung erteilt wurde und nicht wissen möchte, an welches Unternehmen oder welche Vertragsdetails der Genehmigung zu Grunde liegen, sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des exportierenden Rüstungsunternehmens nicht berührt.⁴⁰

Daher beschränkt die Berufsfreiheit des exportierenden Rüstungsunternehmens aus Art. 12 GG den Auskunftsanspruch der A nicht.

5. Keine Erfüllung durch die Veröffentlichung eines Rüstungsexportberichtes

Fraglich ist aber, ob das Informations- und Fragerecht der A nicht bereits mit der Veröffentlichung des Rüstungsexportkontrollberichtes erfüllt wurde. Darin wird für das Land

Saudi-Arabien ein Exportvolumen in Höhe von 400 Millionen Euro angegeben.

Da der Rüstungsexportbericht keine Angaben zum Inhalt und Verlauf der Beratungen des Bundessicherheitsrates zu den Genehmigungsanträgen enthält, ist das parlamentarische Frage- und Auskunftsrecht mit Blick auf Frage 2 von vornherein nicht durch den Bericht erfüllt.

Fraglich ist aber, ob durch die Angaben das parlamentarische Informations- und Fragerecht der A hinsichtlich der Frage 1 erfüllt wurde. Gegen eine Erfüllung spricht bereits, dass Struktur und Gehalt der Informationen im Rüstungsexportbericht von der Bundesregierung bestimmt werden. Das parlamentarische Informations- und Fragerecht berechtigt aber gerade dazu, eine individualisierte Auskunft auf die selbst gestellte Frage zu erhalten. Daher ist ein allgemeiner Rüstungsexportbericht nicht gleichwertig zum Frage- und Informationsrecht.⁴¹ Zudem lassen sich aus dem Rüstungsexportbericht nicht die einzelnen Genehmigungsakte für konkrete Exportgeschäfte entnehmen, sondern nur die Summierung aller im Berichtsjahr genehmigter Geschäfte. Damit erfüllt der Rüstungsexportbericht auch hinsichtlich der Frage 1 nicht das konkrete parlamentarische Informations- und Fragebegehren der A.

C. Ergebnis

Die Verweigerung der Auskunft bzw. die Nichtbeantwortung der Anfrage verletzt die A in ihren Rechten aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG, soweit die Auskunft über die Genehmigung des konkreten Geschäftes verweigert wurde (Frage 1). Keine Verletzung liegt hingegen mit der Verweigerung der Auskunft bzw. Nichtbeantwortung der Frage bzgl. der Beratungen im Bundessicherheitsrat vor (Frage 2).

Der Antrag der A ist zwar insgesamt zulässig, jedoch nur hinsichtlich der Frage 1 begründet und hat auch nur insoweit Aussicht auf Erfolg.

³⁸ Siehe zur Argumentation BVerfGE 137, 185 (250 ff.) = NVwZ 2014, 1652.

³⁹ BVerfGE 137, 185 (243 ff. und 255 ff.)

⁴⁰ Zu den verfassungsrechtlichen Beschränkungen bei anders gelagerten Auskunftsansprüchen siehe BVerfGE 137, 185 (243 ff. und 255 ff.) = NVwZ 2014, 1652.

⁴¹ BVerfGE 137, 185 (265) = NVwZ 2014, 1652.

Anfängerklausur: Fatale Fehleinschätzungen

Von Akad. Rat a.Z. Dr. **Sven Großmann**, Stud. iur. **Jonathan Wehrstein**, Augsburg*

Sachverhalt

A möchte B töten lassen. Zur Durchführung dieses Vorhabens gewinnt er den C, der im ersten Semester Jura studiert. Der Plan von A sieht vor, B mittels einer komplizierten Sprengfalle zu töten, die A konstruiert hat und die er C übergibt. A weiß, dass B jeden Dienstag bei seiner Freundin G verbringt, die in einem Mehrfamilienhaus wohnt. C soll die Sprengfalle auf dem Zuweg zu diesem Haus deponieren und sie erst dann „scharf“ schalten, wenn er sieht, dass B das Haus verlässt. A zeigt C ein Foto von B und nennt ihm die Adresse der G.

C bringt am nächsten Dienstag auftragsgemäß die Sprengfalle an und wartet auf das Erscheinen von B. Als er B zu entdecken glaubt, stellt er die Sprengfalle scharf. Entgegen der Annahme von C handelt es sich dabei jedoch nicht um B, sondern um O, einen Bewohner des Hauses, der B sehr ähnelt. Nachdem O die Lichtschranke passiert, zündet der Sprengsatz und er wird tödlich verletzt.

Als C den Tatort verlässt, sieht er an der Straßenecke zwei Personen, die augenscheinlich in einen heftigen Streit verwickelt sind. Gerade in dem Moment, als C dazu kommt, betitelt der X seine Freundin F in einem nicht enden wollenen Redeschwall unter anderem als „hässliche Schlampe“. C weiß dabei allerdings nicht, dass X in Wahrheit nur einen Streit aus seinem Büro wörtlich wiedergibt. Er findet dieses beleidigende Verhalten unerträglich und möchte F zur Hilfe eilen. Er hat in der Strafrechtsvorlesung gehört, dass im Notwehrrecht grundsätzlich alles erlaubt sei. Um F zu helfen und Xs vermeintliche Schimpftirade endgültig zu beenden, sieht er nur ein einziges Mittel, zu dem er sich nach dem Besuch des Grundkurses auch berechtigt fühlt: Er packt X am Hals und würgt ihn so lange, bis er sicher ist, dass er nicht mehr lebt. X verstirbt.

Aufgabe

Wie haben sich A und C strafbar gemacht? Zu prüfen ist lediglich § 212 StGB.

* Die Klausur wurde im WS 2019/2020 im „Grundkurs Strafrecht I“ an der Universität Augsburg in leicht abgewandelter Form als Probeklausur angeboten. Der Autor *Großmann* ist als Akad. Rat a.Z. am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Medizin- und Wirtschaftsstrafrecht von Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel an der Universität Augsburg beschäftigt. Der Autor *Wehrstein* ist dort als Studentische Hilfskraft tätig.

Gliederung

Tatkomplex 1: Die Sprengfalle

A. Strafbarkeit von C gem. § 212 Abs. 1 StGB

Problem: Abgrenzung error in persona – aberratio ictus

B. Strafbarkeit von A gem. § 212 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

Problem: Auswirkung des error in persona des Mittäters

Problem: Mittäterschaft bei Tatortabwesenheit

Tatkomplex 2: Tötung von X

Strafbarkeit von C gem. § 212 Abs. 1 StGB

Problem: Möglicher Erlaubnistatbestandsirrtum

Problem: Abgrenzung Nothilfeexzess – Doppelirrtum

Lösungsvorschlag

Tatkomplex 1: Die Sprengfalle

A. Strafbarkeit von C

Anmerkung: Da C die gesamte Tat allein ausgeführt hat, ihm folglich kein obj. Tatbeitrag von A zugerechnet werden muss, müssen bei C auch keine Ausführungen zu einer möglichen Mittäterschaft mit A (§ 25 Abs. 2 StGB) erfolgen.

Sie können die Zwischenüberschriften (Obj., subj. Tatbestand) auch weglassen, falls Sie in Zeitnot sind, und die Abschnitte nur mittels Gliederungspunkten und Absätzen trennen.

I. § 212 Abs. 1 StGB (bzgl. O)

Indem C die Sprengfalle anbrachte und scharf stellte, könnte er sich wegen eines Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

C müsste einen anderen Menschen getötet haben.¹ Dadurch, dass O die von C aktivierte Lichtschranke der Sprengfalle passierte, zündete der Sprengsatz, wodurch ein anderer Mensch, der O, tödlich verletzt wurde.

Die Aktivierung der Sprengfalle durch C kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Erfolg (Tod von O) in seiner konkreten Gestalt entfiel. Auf Grundlage der Äquivalenztheorie, wonach alle Bedingungen für einen Erfolg gleichwertig sind,² war die Handlung des C kausal für den Tod des O.

Schließlich müsste der eingetretene Erfolg dem C auch objektiv zurechenbar sein. Hierzu müsste er eine rechtlich relevante Gefahr geschaffen haben und sich genau diese Ge-

¹ *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 212 Rn. 2; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 20. Aufl. 2019, § 3 Rn. 1.

² *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar 30. Aufl. 2019, vor § 13 Rn. 73a; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 13 Rn. 3.

fahr im tatbestandsmäßigen Erfolg realisiert haben.³ Das Zünden einer Sprengfalle stellt zweifelsfrei eine rechtlich relevante Gefahr dar. Gründe, die den Zurechnungszusammenhang zum eingetretenen Tod des O entfallen lassen, sind nicht ersichtlich, womit dem C die Tat auch objektiv zurechenbar ist.

Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

Anmerkung: Da der objektive Tatbestand hier überhaupt keine Probleme aufweist, hätten Ihre Ausführungen sogar noch knapper ausfallen können. Bei Anfängerklausuren bietet es sich aber an, zumindest im ersten Tatbestand einmal zu zeigen, dass man die wichtigen Standarddefinitionen beherrscht.

b) Subjektiver Tatbestand

C müsste nach § 15 StGB vorsätzlich, also mit Wissen und Willen der Tatbestandsverwirklichung gehandelt haben.⁴ Hier könnte es am Vorsatz fehlen, weil C den O gar nicht töten wollte. Nach Cs Vorstellung sollte durch die von ihm aktivierte Sprengfalle eigentlich der B getötet werden. Es ist zu klären, ob C aufgrund eines nach § 16 Abs. 1 StGB den Vorsatz ausschließenden Irrtums handelte. Dabei kommt hier sowohl die Anwendung der Rechtsfigur des sog. error in persona vel obiecto als auch die der sog. aberratio ictus in Betracht.

Bei ersterem tritt der Erfolg zwar an dem Objekt ein, welches der Täter treffen wollte, jedoch irrt er sich über die Identität oder eine sonstige Eigenschaft des Tatobjekts.⁵ Im Unterschied hierzu lenkt der Täter seinen Angriff bei einer aberratio ictus auf ein bestimmtes, von ihm individualisiertes Tatobjekt, dieser Angriff geht jedoch fehl und trifft ein anderes Objekt, das der Täter nicht anvisiert hatte und gar nicht verletzen wollte.⁶ C hat die Sprengfalle vor dem Haus des B eingerichtet. Allerdings hat er die Lichtschranke, durch deren Passieren sich die Bombe entzündete, erst in dem Moment aktiviert, als er glaubte, den B erblickt zu haben. Genau diese Person, nämlich der O, durchlief auch tatsächlich die Lichtschranke und löste die tödliche Explosion aus. Anders als in Fällen, bei denen im Zeitpunkt der Scharfstellung der Sprengfalle keine unmittelbar sinnliche Erfassung des zu treffenden Objekts durch den Täter gegeben ist, also nur aufgrund des Tatplans davon ausgegangen wird, die in die Falle tappende Person werde das ausersehene Opfer sein,⁷ erfolgte hier die Aktivierung der Falle erst, als das letztlich auch getroffene

Opfer vom Täter tatsächlich wahrgenommen wurde und somit sichergestellt war, dass der Sprengsatz nur dieses Opfer verletzen wird. Ein Fehlgehen der Tat im Sinne einer aberratio ictus scheidet damit aus, vielmehr täuschte sich der Täter über die Identität des anvisierten und auch getroffenen Objekts (error in persona vel obiecto).⁸

Bei einem error in persona vel obiecto hängt die Rechtsfolge von der Un-/Gleichwertigkeit des vorgestellten und des getroffenen Objekts ab. Nur bei Ungleichwertigkeit der Handlungsobjekte hat der Irrtum des Täters Vorsatzrelevanz.⁹ Da es sich bei dem von C vorgestellten Objekt (B) und dem tatsächlich getroffenen (O) jeweils um einen Menschen handelte, die Handlungsobjekte mithin gleichwertig waren, ist die Fehlvorstellung des C als bloßer Motivirrtum unbeachtlich.¹⁰ C handelte hinsichtlich der Tötung von O vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

C handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Zwischenergebnis

C hat sich gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB (bzgl. B)

C könnte sich durch die Installation der Sprengfalle bzgl. B wegen eines versuchten Totschlags gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben. Wegen des unbeachtlichen error in persona handelte C indes bereits vorsätzlich bzgl. der Tötung von O (s.o.). Nähme man daneben noch einen Totschlagsversuch an B an, würde der Vorsatz in unzulässiger Weise doppelt verwertet werden.¹¹ Eine Strafbarkeit von C gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB bzgl. B scheidet aus.

III. Ergebnis zur Strafbarkeit von C

Im ersten Tatkomplex hat sich C gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit von A

Anmerkung: Da C die gesamte Tathandlung allein ausgeführt hat, ist nunmehr bei A zu überprüfen, ob ihm die Handlung des C zugerechnet werden kann. Anknüpfungspunkt wird hierbei allein die von A im Vorfeld erbrachte Planungsleistung sein. In Fällen, in denen (wie hier) sowohl Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) als auch eine Teilnehmerstrafbarkeit (§§ 26 oder 27 Abs. 1 StGB) in Betracht kommen, ist zunächst die schwerere, täterschaftliche Beteiligungsform zu überprüfen. Nur falls deren Voraussetzungen nicht vorliegen, ist anschließend auf eine mögliche Teilnahme einzugehen.

³ Eisele (Fn. 2), vor § 13 Rn. 93; Rengier (Fn. 2), § 13 Rn. 46.

⁴ Rengier (Fn. 2), § 14 Rn. 5; Krack, JA 2016, 906 f.

⁵ Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafrecht, 44. Ed. Stand: 1.11.2019, § 16 Rn. 6; Rengier (Fn. 2), § 15 Rn. 21.

⁶ Fischer (Fn. 1), § 16 Rn. 5; Rengier (Fn. 2), § 15 Rn. 27; zur Abgrenzung *El-Ghazi*, JuS 2016, 303.

⁷ So bspw. bei einer Autobombe, die so konstruiert ist, dass sie beim nächsten Starten des Motors automatisch zündet, unabhängig von der Person, die den Motor startet; BGH NStZ 1998, 294 (295).

⁸ Überblick des Meinungsstreits bei Rengier (Fn. 2), § 15 Rn. 42–50; siehe auch Exner, ZJS 2009, 516 (521).

⁹ Rengier (Fn. 2), § 15 Rn. 24; Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafrecht, 29. Aufl. 2018, § 15 Rn. 13.

¹⁰ Rengier (Fn. 2), § 15 Rn. 21 f.

¹¹ Dazu Kinzig, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 46 Rn. 49.

I. §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

Indem A die Sprengfalle konstruierte und dem C genaue Hinweise zur Installation der Bombe gab, könnte er sich wegen eines mittäterschaftlich begangenen Totschlags nach §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben.

*1. Tatbestand**a) Objektiver Tatbestand*

A müsste einen anderen Menschen getötet haben.¹² Die Tötung von O erfolgte jedoch allein durch die Handlung des C (s.o.). A hat weder einen Beitrag bei der konkreten Tatausführung geleistet noch war er überhaupt am Tatort zugegen. Damit ihm die Handlung des C zugerechnet werden kann, müssten die Voraussetzungen der Mittäterschaft erfüllt sein.¹³ Nach § 25 Abs. 2 StGB ist hierfür neben einem gemeinsamen Tatplan auch eine gemeinsame Tatausführung erforderlich.¹⁴

aa) Gemeinsamer Tatplan

Ein gemeinsamer Tatplan setzt voraus, dass mind. zwei Personen die Verabredung getroffen haben, im gegenseitigen Einvernehmen gemeinsam objektive Tatbeiträge zu erbringen und dabei eine bestimmte Vorsatztat zu verwirklichen.¹⁵ Wie vorher vereinbart, sollte B durch eine von A konstruierte und von C zu zündende Sprengfalle getötet werden. Es lag damit ursprünglich ein gemeinsamer Tatplan vor, in dessen Rahmen die Tatbeiträge des C zugerechnet werden können.

bb) Gemeinsame Tatausführung

Ferner müsste die Tat gemeinsam ausgeführt worden sein. Dies ist hier fraglich, da A nur im Vorbereitungsstadium tätig wurde.

Nach einer Ansicht¹⁶ ist eine ausschließliche Mitwirkung im Vorbereitungsstadium nicht ausreichend, um eine Mittäterschaft zu bejahen. Es bedarf einer Mitwirkung im Ausführungsstadium, da sonst die Tat, die beherrscht werden soll, noch gar nicht existiert. Wer die Ausführung einem anderen überlässt, kann die Tatbestandsverwirklichung nicht mehr beherrschen.¹⁷ Eine Mittäterschaft des A würde demnach ausscheiden.

Allerdings kann nach h.M. im Einzelfall auch eine Handlung im Vorbereitungsstadium ausreichen, wenn der Handelnde jedenfalls eine sog. funktionelle Tatherrschaft innehatte.¹⁸ Dies ist anzunehmen, wenn nach einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände der Umfang der Tatbeteiligung und der Einfluss auf den Ausgang des Geschehens eher dem eines Mittäters gleichkommt.¹⁹ Dazu ist nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen erforderlich, solange das „Minus“ bei der Tatbeteiligung durch ein „Plus“ bei der Tatvorbereitung ausgeglichen wird.²⁰ Die funktionelle Tatherrschaft bestimmt sich zum Teil auch danach, ob der Handelnde die Tat als eigene oder fremde wollte, anders als in frühen BGH-Entscheidungen reicht der bloße „Wille“ zur Täterschaft allein allerdings nicht aus.²¹

Die Ansicht der h.M. ist vorzugswürdig, da sie nicht alleine auf den Aspekt der Tatausführung abstellt, sondern zutreffend danach fragt, ob die Leistung einer lediglich im Vorbereitungsstadium tätig werdenden Person von einem solchen Gewicht ist, dass der Person trotz ihrer Abwesenheit bei der Tatausführung dennoch eine zentrale Funktion bei der Tatbegehung zuzusprechen ist. Würde man täterschaftliches Handeln in derartigen Fällen dagegen kategorisch ausschließen, wären etwa Bandenchefs, die regelmäßig andere aufgrund ihrer Planungsleistung für sich arbeiten lassen, sich aber an der konkreten Tatausführung selbst nicht beteiligen, stets nur als Randfiguren des Geschehens anzusehen und damit als Teilnehmer zu privilegieren.²² Angesichts der unverzichtbaren Planungsleistung im Vorfeld, der gefahrerhöhenden Wirkung effektiver Aufgabenverteilung innerhalb krimineller Vereinigungen und des regelmäßig erheblichen eigenen Interesses am Taterfolg der lediglich im Hintergrund agierenden Führungspersonen kann ein solches Ergebnis wertungsmäßig nicht überzeugen. Mit der h.M. ist daher auch hier von einer solchen funktionellen Tatherrschaft auszugehen: A hatte die Tat im Vorfeld sehr detailliert geplant, die komplizierte Sprengfalle alleine hergestellt und dem C genaue Anweisungen zur Deponierung und Aktivierung der Falle gegeben. Ohne diese Planungs- und Vorbereitungsleistung wäre die Tat durch C alleine nicht zu realisieren gewesen. A muss daher eine funktionelle Tatherrschaft zugesprochen werden.

Da die Voraussetzungen der Mittäterschaft vorliegen, sind dem A die objektiven Tatbeiträge von C gem. § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen. Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

Anmerkung: Sollten Sie hier mit der M.M. die Mittäterschaft ablehnen, wäre eine mögliche Anstiftung durch A zu prüfen und dort im Rahmen des Anstiftervorsatzes der

¹² *Schneider*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 212 Rn. 1.

¹³ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 49. Aufl. 2019, Rn. 812; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 25 Rn. 61.

¹⁴ *Heine/Weißer* (Fn. 13), § 25 Rn. 62; *Kühl* (Fn. 9), § 25 Rn. 9.

¹⁵ *Joecks*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 25 Rn. 236; BGH NStZ 1997, 336.

¹⁶ *Erb*, JuS 1992, 197; *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 25 Rn. 180 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 13), Rn. 822.

¹⁷ So *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, Rn. 198.

¹⁸ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 13), Rn. 824; *Fischer* (Fn. 1), § 25 Rn. 32; BGH NStZ-RR 2012, 209; *Schünemann* (Fn. 16), § 25 Rn. 188.

¹⁹ BGH NStZ-RR 2012, 209.

²⁰ *Joecks* (Fn. 15), § 25 Rn. 202.

²¹ BGHSt 8, 70 = NJW 1955, 1444 (1445); BGHSt 6, 377 = NJW 1954, 1292 (1293).

²² *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 13), Rn. 824; *Gaede*, JuS 2003, 774 (777); *Heine/Weißer* (Fn. 13), § 25 Rn. 67 f.; *Rengier*, JuS 2010, 281 (282).

error in persona des Haupttäters zu diskutieren. Sie sollten dabei den gesamten Meinungsstand diskutieren: Nach einer strengen Ansicht soll ein unbeachtlicher error in persona des Haupttäters nie Einfluss auf den Anstiftersvorsatz haben, weil sich die Anstiftung stets akzessorisch zur Haupttat verhalte.²³ Dem wird das sog. Blutbadargument entgegengehalten: Schlägt der Haupttäter, weil er die Verwechslung erkennt, erneut zu, so wäre der Anstifter für zwei Taten zu bestrafen.²⁴ Nach der h.L. wäre dagegen zu fragen, ob der Täter sich an die individualisierenden Vorgaben des Anstifters hält oder von ihnen abweicht.²⁵ Bei Befolgen der Angaben ist auch beim Anstifter von einem unbeachtlichen Motivirrtum auszugehen, bei Abweichen von einem aberratio ictus, der allenfalls Raum für eine versuchte Anstiftung (§ 30 Abs. 1 StGB) und ggf. eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit ließe.²⁶ Die Rechtsprechung zieht eine Grenze da, wo der Irrtum des Haupttäters für den Anstifter völlig außerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorhersehbaren liegt.²⁷

b) Subjektiver Tatbestand

A handelte bezüglich der mittäterschaftlichen Begehungsweise vorsätzlich. Problematisch ist jedoch, wie sich für ihn die irrtumsbedingte Abweichung vom ursprünglich gefassten Tatplan durch C auswirkt:

Man könnte die Auffassung vertreten, dass der error in persona von C (s.o.) für A beachtlich sei, da sich der handelnde C gerade nicht an den eindeutigen Tatplan gehalten hat. Betrachtete man diese Abweichung als Mittäterexzess, so könnte sie dem A nicht zugerechnet werden.²⁸ Konstruktiv ließe sich der Fall damit als aberratio ictus begreifen, wobei hier nicht ein (technisches) Werkzeug fehlging, sondern ein menschliches Hilfsmittel: der Mittäter.²⁹

Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass sich C sehr wohl an die Instruktionen von A gehalten hat. Nach der Installation der Sprengfalle hat er mit der Aktivierung der Lichtschranke solange gewartet, bis er das vermeintliche Zielobjekt zu erkennen glaubte. B war dem C durch die Fotos von A bekannt. Nur aufgrund des unglücklichen Zufalls, dass just in diesem Moment der O, der dem B sehr ähnelte, aus dem Haus trat,

kam es zu der folgenschweren Verwechslung. Derjenige Mitäter, der die Tatausführung einem anderen komplett überlässt, kann von diesem nicht mehr als eine „situationsangemessene Wahrnehmung“³⁰ verlangen. Solange sich die Abweichung, wie hier, noch in den Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorhersehbaren bewegt, ist die Verwechslung daher als unbeachtlich einzustufen.³¹ Danach lag kein den gemeinsamen Tatplan ausschließender Mittäterexzess vor.

Anmerkung: Dieser Punkt könnte auch bereits im objektiven Tatbestand beim gemeinsamen Tatplan angesprochen werden.

Der Umstand, dass C einem error in persona unterlag, wirkt sich damit nicht auf den Vorsatz von A aus.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Zwischenergebnis

A hat sich gem. §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

II. Ergebnis zur Strafbarkeit von A

Im ersten Tatkomplex hat sich A gem. §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

Tatkomplex 2: Tötung von X

A. Strafbarkeit von C

I. § 212 I StGB

Durch das Würgen von X könnte sich C wegen eines Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

C müsste einen anderen Menschen getötet haben. Im Fall würgte C den X zu Tode. Diese Handlung war auch kausal für den Tod von X und dem C objektiv zurechenbar.³²

b) Subjektiver Tatbestand

C müsste gem. § 15 StGB mit Wissen und Willen hinsichtlich der Tatbestandsverwirklichung gehandelt haben. C handelte hinsichtlich der Tötung von X mit zielgerichtetem Erfolgswillen und damit absichtlich.

²³ Fischer (Fn. 1), § 26 Rn. 14; Krey/Esser, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2016, Rn. 434; Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 16 Rn. 107 ff., 113.

²⁴ Allerdings dürfte dies wohl als Exzess anzusehen sein, Rengier (Fn. 2), § 45 Rn. 61; Geppert, Jura 1992, 163 (167); Streng, JuS 1991, 910 (915).

²⁵ Kindhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, § 41 Rn. 37 ff.; Rengier (Fn. 2), § 45 Rn. 58 f.

²⁶ Siehe nur Rengier (Fn. 2), § 45 Rn. 62.

²⁷ BGH NStZ 1998, 294; BGH NJW 1991, 933 (934) – Hof-erbenfall.

²⁸ So Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 10. Aufl. 2019, S. 319 f.

²⁹ So Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971, S. 78; Schreiber, JuS 1985, 873 (877).

³⁰ So BGH NStZ 2019, 511.

³¹ BGHSt 37, 214 = NJW 1991, 933; Streng, JuS 1991, 910 (917); Geppert, Jura 1992, 167.

³² Eisele (Fn. 2), vor § 13 Rn. 73a, 93; Rengier (Fn. 2), § 13 Rn. 3, 46.

2. Rechtswidrigkeit

Grundsätzlich indiziert die Tatbestandsmäßigkeit die Rechtswidrigkeit. Allerdings könnte Cs Verhalten gemäß § 32 Abs. 1 StGB als Nothilfe gerechtfertigt gewesen sein.

Dazu wäre zunächst eine Nothilfelage erforderlich, also ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff auf ein nothilfefähiges Rechtsgut eines Dritten.³³ Ein Angriff ist eine durch eine menschliche Handlung drohende Verletzung rechtlich geschützter individueller Güter oder Interessen.³⁴ Das Vorstellungsbild des Angegriffenen spielt dabei keine Rolle, entscheidend ist, ob objektiv tatsächlich ein Angriff vorlag.³⁵ Zwar stellt die Ehre von F ein grundsätzlich nothilfefähiges Rechtsgut dar,³⁶ entgegen der Vorstellung von C hat X die Ehre der F allerdings überhaupt nicht angegriffen, sondern lediglich einen Streit aus seinem Büro wörtlich wiedergegeben. Mangels Nothilfelage ist eine Rechtfertigung des C über § 32 Abs. 1 StGB ausgeschlossen.

3. Erlaubnistatbestandsirrtum

C könnte allerdings in einem Erlaubnistatbestandsirrtum gehandelt haben. Hierfür müsste er sich irrig Umstände vorgestellt haben, bei deren tatsächlichem Vorliegen eine Rechtfertigungslage bestanden hätte.³⁷ Es ist daher zunächst anhand einer hypothetischen Prüfung festzustellen, ob sich C bei Zugrundelegung seiner Vorstellung auf einen Rechtfertigungsgrund hätte stützen können. Nur sofern dies der Fall ist, muss anschließend die Frage der Rechtsfolge des Erlaubnistatbestandsirrtums erörtert werden.

a) Hypothetische Prüfung der Nothilfe gem. § 32 Abs. 1 StGB nach dem Vorstellungsbild von C

Die Tötung von X könnte nach Cs Vorstellungsbild als Nothilfe gem. § 32 Abs. 1 StGB gerechtfertigt gewesen sein. Erforderlich wäre dafür zunächst eine Nothilfelage, also ein rechtswidriger, gegenwärtiger Angriff auf ein nothilfefähiges Rechtsgut. Nach der Vorstellung von C hat X die F beleidigt und sie damit in ihrer persönlichen Ehre verletzt.³⁸ Die Ehre ist nach allgemeiner Ansicht ein nothilfefähiges Rechtsgut. Dies ergibt sich schon aus der Erwähnung in § 34 S. 1 StGB und durch den strafrechtlichen Schutz über die §§ 185 ff. StGB.³⁹ Gründe, die die Rechtswidrigkeit der vorgestellten Beleidigung entfallen lassen könnten, sind nicht ersichtlich. Nach dem Vorstellungsbild von C lag ein rechtswidriger Angriff vor.⁴⁰ Der Angriff müsste auch gegenwärtig gewesen sein, also unmittelbar bevorstehend, gerade stattfindend oder

noch andauernd.⁴¹ Angesichts der nicht enden wollenden Schimpf tirade des X fand der Angriff auf die Ehre der F gerade statt bzw. dauerte er jedenfalls noch an und war damit nach der Vorstellung von C gegenwärtig.

C müsste sodann im Rahmen einer geeigneten und erforderlichen Nothilfehandlung gehandelt haben. Seine Maßnahme richtete sich zunächst gegen den (vermeintlichen) Angreifer X. Ferner hätte die Handlung geeignet gewesen sein müssen, um dessen Angriff zu beenden oder ihn jedenfalls abzuschwächen.⁴² Durch das Würgen war X nicht mehr in der Lage, weiterzusprechen, die Nothilfehandlung war also geeignet, den Angriff abzuwenden.

Fraglich ist, ob die vorgenommene Nothilfehandlung auch erforderlich war. Hierzu hätte sie das relativ mildeste Mittel zur Abwehr des Angriffs sein müssen.⁴³ Das zulässige Maß bestimmt sich dabei nach der Stärke und Gefährlichkeit des Angriffs.⁴⁴ Neben einer verbalen Aufforderung die (vermeintlichen) Beleidigungen zu unterlassen, hätte für den C jedenfalls die Möglichkeit bestanden, mit weniger intensiven körperlichen Maßnahmen auf X einzuwirken. Auf eine Beleidigung als Angriff geringer Intensität⁴⁵ mit der Tötung des Angreifers zu reagieren, stellt jedenfalls nicht das relativ mildeste Mittel zur Unterbindung des Angriffs dar und war daher nicht erforderlich.

b) Zwischenergebnis

Auch nach dem Vorstellungsbild von C wären seine Handlungen nicht über § 32 StGB gerechtfertigt gewesen, da er die rechtlichen Grenzen seines vermeintlichen Notwehrrechts überschritten hatte. C handelte daher nicht in einem Erlaubnistatbestandsirrtum.

4. Schuld

a) § 33 StGB

C könnte zunächst nach § 33 StGB entschuldigt sein. Erforderlich hierfür wäre allerdings, dass objektiv überhaupt eine Notwehrlage vorlag,⁴⁶ was hier gerade nicht der Fall war (s.o.). Es ist umstritten, ob in solchen Konstellationen eine analoge Anwendung von § 33 StGB möglich sein soll, bei der wiederum das Vorstellungsbild des Täters zugrunde gelegt wird.⁴⁷ Allerdings hat C hier die Grenzen der Notwehr nicht aus einem asthenischen Affekt (Angst, Verwirrung oder

³³ Fischer (Fn. 1), § 32 Rn. 4.

³⁴ Erb, in: Joecks/Miebach (Fn. 15), § 32 Rn. 61; Rengier (Fn. 2), § 18 Rn. 6.

³⁵ Erb (Fn. 34), § 32 Rn. 62.

³⁶ Erb (Fn. 34), § 32 Rn. 88; auch BGH NJW 2016, 423.

³⁷ Fischer (Fn. 1), § 16 Rn. 20a

³⁸ Kühl (Fn. 9), § 185 Rn. 3; Regge/Pegel, in: Joecks/Miebach (Fn. 12), § 185 Rn. 1.

³⁹ Erb (Fn. 34), § 32 Rn. 88; auch BGH NStZ-RR 2015, 303.

⁴⁰ Fischer (Fn. 1), § 185 Rn. 5; auch Rengier (Fn. 2), § 18 Rn. 24.

⁴¹ Erb (Fn. 34), § 32 Rn. 104; Kühl (Fn. 9), § 32 Rn. 4.

⁴² Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 32 Rn. 35; Fischer (Fn. 1), § 32 Rn. 28.

⁴³ Fischer (Fn. 1), § 32 Rn. 30.

⁴⁴ BGH NStZ 2005, 31 f.

⁴⁵ Dies zeigt sich bspw. darin, dass Beleidigungsdelikte grds. nur auf Antrag verfolgt werden, § 194 Abs. 1 S. 1 StGB.

⁴⁶ Fischer (Fn. 1), § 33 Rn. 5.

⁴⁷ Dagegen: Fischer (Fn. 1), § 33 Rn. 5; BGH NStZ 2002, 141; BGH NStZ-RR 2002, 203; dafür: Erb (Fn. 34), § 33 Rn. 8; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 22 Rn. 96.

Schrecken) heraus überschritten,⁴⁸ womit ein Schuldausschluss nach § 33 StGB zwingend ausscheidet.

b) Erlaubnisirrtum

C hat sich sowohl über das Vorliegen einer Nothilfelage als auch über die Grenzen des Nothilferechts geirrt, unterlag mithin einem Doppelirrtum,⁴⁹ der nach ganz h.M. als Erlaubnisirrtum nach § 17 StGB behandelt wird.⁵⁰ Anders als beim direkten Verbotsirrtum irrt der Täter hier nicht über Bestehen und Reichweite einer Verbotsnorm, sondern über die normativen Voraussetzungen eines Erlaubnissatzes.⁵¹ Soweit der Irrtum für den Täter unvermeidbar war, entfällt gem. § 17 S. 1 StGB seine Schuld, andernfalls besteht nach Satz 2 die Möglichkeit einer fakultativen Strafmilderung.⁵²

Ein Irrtum über die Voraussetzungen eines Erlaubnissatzes ist unvermeidbar, wenn dem Täter zum Tatzeitpunkt, trotz der ihm zumutbaren Gewissensanspannung und der Einholung von Rechtsrat, aus den Umständen des Falls und seiner Persönlichkeit die Einsicht in das Unrechtmäßige seines Handelns fehlte.⁵³ Im Fall des Erlaubnisirrtums stellt sich die Frage, ob der Täter erkennen konnte, dass er die rechtlichen Grenzen des Rechtfertigungsgrundes überschreitet.⁵⁴

Bei Beurteilung der Gewissensanspannung⁵⁵ werden die persönlichen Verhältnisse des Täters zugrunde gelegt. C ging als Jurastudent im ersten Semester zwar – grundsätzlich zutreffend⁵⁶ – davon aus, dass im Nothilferecht keine Güterabwägung stattfindet. Allerdings sind an die Unvermeidbarkeit des Erlaubnisirrtums sehr hohe Anforderungen zu stellen,⁵⁷ sodass C nicht ohne weitere Überprüfung auf die Richtigkeit seiner Rechtsansicht vertrauen durfte.⁵⁸ Er hätte also erkennen müssen, dass es mit den Wertevorstellungen der Gesellschaft nicht vereinbar ist, im Rahmen der Nothilfe gegen eine Beleidigung mit der Tötung des Täters zu reagieren.⁵⁹ Folg-

lich war der Irrtum vermeidbar und C handelte damit trotz seiner Fehlvorstellung schuldhaft.

5. Zwischenergebnis

Durch das Würgen von X hat sich C wegen eines Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Seine Strafe kann jedoch nach §§ 17 S. 2, 49 Abs. 1 StGB gemildert werden.⁶⁰

II. Zwischenergebnis

C hat sich wegen eines Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht

B. Ergebnis zur Strafbarkeit von C

Im zweiten Tatkomplex hat sich C wegen eines Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

⁴⁸ Fischer (Fn. 1), § 33 Rn. 3.

⁴⁹ Fischer (Fn. 1) § 17 Rn. 18 a.E.; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 14), Rn. 767; Kühl (Fn. 9), § 17 Rn. 20a; nicht zu verwechseln mit einer Irrtumsverdopplung, bei der sich zwei Irrtümer dergestalt ausgleichen, dass das Ergebnis wieder als richtig anzusehen ist, vgl. dazu Puppe (Fn. 23), § 16 Rn. 39.

⁵⁰ Gropp, ZIS 2016, 601 (606); Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 13), Rn. 768; Rengier (Fn. 2), § 31 Rn. 15.

⁵¹ Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 13), Rn. 761.

⁵² Fischer (Fn. 1), § 17 Rn. 24; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 13), Rn. 737.

⁵³ Rengier (Fn. 2), § 31 Rn. 19; Fischer (Fn. 1), § 17 Rn. 7; BGH NSTZ 2000, 307 (309).

⁵⁴ Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 16 Rn. 24, § 17 Rn. 10.

⁵⁵ BGHSt 2, 194 = BGH NJW 1952, 593 (594).

⁵⁶ BGHSt 48, 207 = BGH NJW 2003, 1955 (1957).

⁵⁷ Fischer (Fn. 1), § 17 Rn. 8; BGHSt 4, 237 = LMRR 1953, 7; BayObLG NJW 1996, 1606.

⁵⁸ OLG Köln NJW 1996, 472 (473).

⁵⁹ Fischer (Fn. 1), § 17 Rn. 8; BGHSt 4, 1 = NJW 1953, 431 (432); Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 13), Rn. 737; ausführlich bei Joecks (Fn. 15), Rn. 48 ff.

⁶⁰ Joecks (Fn. 15), § 17 Rn. 79.

Fortgeschrittenenhausarbeit: Seeteufel à l'ancienne

Von Akad. Mitarbeiterin Dr. **Yao Li**, Wiss. Hilfskraft **Sebastian Kürten**, Potsdam*

Sachverhalt

Die Foodbloggerin F geht in das beliebte Restaurant „Chez Robert“, um dort (auf eigene Rechnung) zu Abend zu essen und bei dieser Gelegenheit gleich einen Text über das Lokal zu verfassen. Dort wird sie vom Inhaber R persönlich begrüßt, der ihr die Karte aushändigt und auch die Bestellung aufnimmt. Als ihr als Hauptgang die Spezialität des Hauses „Seeteufel à l'ancienne“, für den das „Chez Robert“ in der ganzen Stadt bekannt ist, serviert wird, kann sie kaum glauben, was sie sieht: Es handelt sich nicht, wie in der Speisekarte angegeben, um „fangfrische“, sondern um tiefgekühlte Ware. Als sie sich beim Kellner beschwert, bittet dieser wortreich um Entschuldigung und sagt, er habe R schon mehrfach darauf hingewiesen, dass man so etwas nicht machen könne, doch R habe entgegnet, das merke ohnehin niemand und er sehe nicht ein, 50 € pro Kilogramm für den Frischfisch auszugeben, wenn die tiefgekühlte Ware noch nicht einmal 20 € pro Kilogramm koste. F lässt daraufhin das Gericht zurückgehen und verlangt nach R.

Als dieser zu F an den Tisch kommt, zeigt F dem R auf ihrem Handy den (in sachlichem Ton verfassten und rechtlich nicht zu beanstandenden) Beitrag auf ihrem Foodblog, den sie gerade über den Vorfall verfasst und schon veröffentlicht hat, und sagt: „Was halten Sie davon, wenn Sie mich zu meinem heutigen Drei-Gänge-Menü (Preis: 70 €) einladen? Dann würde ich den Beitrag wieder löschen.“ R willigt sofort ein, serviert einen anderen Hauptgang und stellt F keine Rechnung. Nach dem Essen löscht F den Beitrag. In der kurzen Zeit, in der der Beitrag online war, wurde er nicht wahrgenommen.

Weil ihm die Sache nun doch „zu heiß“ geworden ist, verwendet R fortan nur noch Frischware und nimmt sich vor, zur Kompensation der höheren Kosten künftig bei seiner Lieferantin L „etwas zu tricksen“. Weil er weiß, dass der dort für das Einpacken zuständige Mitarbeiter häufig mit den Gedanken nicht bei seiner Arbeit ist und es deshalb in der Vergangenheit schon häufiger zu Falschliefereien kam, will er bei künftigen Lieferungen regelmäßig behaupten, besonders hochwertige Waren hätten gefehlt. Dementsprechend ruft R nach der nächsten Lieferung bei L an und teilt ihr (wahrheitswidrig) mit, dass die dringend benötigten weißen Trüffel (Preis: 200 €) in der Lieferung gefehlt hätten, er diese inzwischen jedoch anderweitig besorgt habe. L weiß zwar genau, dass dies nicht stimmen kann, weil sie die Lieferung diesmal ausnahmsweise selbst zusammengestellt hat, will aber keinen Ärger mit ihrem guten Kunden R haben und kürzt daher den Rechnungsbetrag um die entsprechende Summe. Als sich ein entsprechender Vorfall jedoch ein weiteres Mal ereignet, sagt L zu R: „Einmal ist ja keinmal, aber zweimal ist einmal zu viel, mein Freund!“ R versteht und verwirft seinen Plan für die Zukunft.

* Dr. Yao Li ist Akad. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Potsdam (Prof. Dr. Georg Steinberg). Sebastian Kürten ist Doktorand bei Prof. Dr. Georg Steinberg.

Als R in der folgenden Nacht wach im Bett liegt, kommt ihm wieder der Vorfall mit F ins Gedächtnis, durch den er sich zu seinem Verhalten gegenüber L gezwungen sah, und ihm wird schlagartig klar, dass F ihn in der Hand hat. Eine Veröffentlichung des Verwendens von tiefgekühltem Fisch würde zu einem Ausbleiben der Gäste und damit zum finanziellen Ruin des R führen. R ist deshalb klar: F muss verschwinden! Er bittet deshalb seinen Freund A, F für ihn zu töten. A willigt ein und schießt auf F. Der Schuss geht jedoch fehl und F bleibt unverletzt.

Hinweis: Nach allgemeiner Verkehrsanschauung bedeutet „fangfrisch“ gekühlt, aber nicht tiefgefroren.

Bearbeitungsvermerk

Prüfen Sie gutachterlich die Strafbarkeit von R, F und A nach dem Strafgesetzbuch. Dabei sind die betreffende Rechtsprechung und Literatur (neben Lehrbüchern und Kommentaren insbesondere Aufsätze und Monografien) intensiv auszuwerten. Auch ein inhaltlich zutreffendes Gutachten wird bei nicht ausreichender wissenschaftlicher Auseinandersetzung mit den Fragestellungen mit der Note „mangelhaft“ bewertet.

Lösungsvorschlag

Erster Tatkomplex: Im Restaurant

I. Strafbarkeit des R

1. § 263 Abs. 1 StGB

R könnte sich nach § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er den Fisch in der Speisekarte als „fangfrisch“ bezeichnete.

a) Objektiver Tatbestand

aa) Täuschung über Tatsachen, Irrtum

Hierzu müsste R über Tatsachen getäuscht haben. Bei der Eigenschaft des Fisches als Tiefkühlware handelt es sich um einen dem Beweis zugänglichen konkreten Vorgang oder Zustand der Vergangenheit oder Gegenwart, mithin eine Tatsache.¹ R müsste F hierüber getäuscht, also zum Hervorrufen einer Fehlvorstellung auf ihr intellektuelles Vorstellungsbild einwirken haben.² R hatte den Fisch in der Speisekarte ausdrücklich als fangfrisch beschrieben und damit über die tatsächliche Beschaffenheit des Fisches als Tiefkühlware getäuscht.

¹ B. Heinrich, in: Arzt/Weber/B. Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 20 Rn. 32; Tiedemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 10.

² Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 11.

F war durch diese Täuschung einem Irrtum, also einer subjektiven Fehlvorstellung,³ erlegen, da sie fälschlicherweise davon ausging, es handle sich bei dem bestellten Fisch um fangfrischen Fisch.

bb) Vermögensverfügung/-schaden

Aufgrund dieses Irrtums müsste F über ihr Vermögen verfügen haben, was ein sich unmittelbar vermögensminderndes Handeln, Dulden oder Unterlassen der Irrenden voraussetzt⁴. Da F das von ihr bestellte Essen nicht zahlte, kann hierauf nicht abgestellt werden. Jedoch kann eine Vermögensverfügung auch bereits im Abschluss eines Vertrages liegen, könnte also bereits die Bestellung des Essens eine Vermögensverfügung gewesen sein, wenn der Schein einer vertraglichen Bindung geschaffen wurde⁵. Dies kann offengelassen werden, wenn es jedenfalls an einem Vermögensschaden fehlt. Ein Vermögensschaden liegt dann vor, wenn der Vergleich des Gesamtvermögens mit und ohne Vermögensverfügung einen negativen Saldo ergibt.⁶ Bei einem sog. Eingehungsbetrug ist dies dann der Fall, wenn die Getäuschte bereits solche vertragliche Verpflichtung eingegangen ist, die eine wirtschaftliche Schlechterstellung bedeutet.⁷ Die vertragliche Verpflichtung müsste eine schadensgleiche Vermögensgefährdung darstellen, die insbesondere dann besteht, wenn die Getäuschte vorleistungsfähig ist bzw. keine Leistung Zug-um-Zug verlangen kann.⁸ R und F hatten sich hier darüber geeinigt, dass R der F das Gericht „Seeteufel à l'ancienne“, so wie auf der Speisekarte beschrieben, zubereiten und servieren sollte. Im Gegenzug sollte F den hierfür vorgesehenen Preis zahlen. R und F schlossen mithin einen Bewirtungsvertrag, dessen rechtliche Bewertung sich schwerpunktmäßig nach den §§ 650, 433 ff. BGB bemisst⁹. Gemäß § 320 BGB hatte F jedoch ein Zurückbehaltungsrecht, das sie bei mangelhafter Leistung ausüben konnte, und war gerade nicht vorleistungsfähig; damit ist sie mit Vertragsschluss noch keine fällige Zahlungsverpflichtung eingegangen. Die Bestellung der F gefährdete ihr Vermögen nicht konkret, sodass jedenfalls kein Vermögensschaden vorlag. Der objektive Tatbestand ist somit nicht erfüllt.

Hinweis: Es ist ebenso vertretbar, mit derselben Argumentation bereits die unmittelbare Vermögensminderung im Rahmen der Vermögensverfügung abzulehnen.

³ Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 263 Rn. 18.

⁴ BGH NStZ 2017, 351 (352); Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 263 Rn. 70, 76; Küper/Zopfs, Strafrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl. 2018, Rn. 666; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 21. Aufl. 2019, § 13 Rn. 61–63, 67 ff.

⁵ Perron (Fn. 2), § 263 Rn. 56.

⁶ Perron (Fn. 2), § 263 Rn. 99.

⁷ Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 5. Aufl. 2019, Rn. 554; Perron (Fn. 2), § 263 Rn. 128.

⁸ Perron (Fn. 2), § 263 Rn. 132.

⁹ Sprau, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 79. Aufl. 2020, Einf. v. § 701 Rn. 3.

b) Ergebnis

R ist nicht strafbar nach § 263 Abs. 1 StGB.

2. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 StGB

Durch dieselbe Handlung könnte R sich jedoch nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 StGB strafbar gemacht haben.

a) Vorprüfung

Eine Versuchsstrafbarkeit kommt nur in Betracht, wenn die Tat nicht vollendet ist, es also an der Verwirklichung eines objektiven Tatbestandsmerkmals fehlt.¹⁰ Hier lagen weder das Tatbestandsmerkmal der Vermögensverfügung noch ein Schaden vor. Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus § 263 Abs. 2 StGB.

b) Tatentschluss

R müsste zur Tat entschlossen gewesen sein, also Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale gehabt und die sonstigen subjektiven Merkmale des Tatbestandes erfüllt haben.¹¹

aa) Vorsatz

R müsste Vorsatz, das heißt den Willen zur Verwirklichung des Tatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatbestandsmerkmale¹², gehabt haben. Er wusste, dass es sich bei dem Fisch nicht um fangfrischen, sondern tiefgekühlten handelte und wollte darüber täuschen und bei F einen entsprechenden Irrtum hervorrufen. Hierdurch sollte F dazu bewegt werden, das Gericht zu bestellen und den dafür fälligen Preis zu zahlen, also eine Vermögensverfügung vorzunehmen.

Weiterhin müsste R auch Vorsatz hinsichtlich eines Vermögensschadens gehabt haben. Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB ist jeder negative Saldo zwischen dem Wert des Vermögens vor und nach der irrumsbedingten Vermögensverfügung. Es bedarf einer Vermögensminderung ohne äquivalente Kompensation.¹³

Nach der Vorstellung des R sollte F fangfrische und höherwertige Ware bestellen und bezahlen, jedoch minderwertige Tiefkühlware serviert bekommen. Für den von ihr zu zahlenden Preis, der die Vermögensminderung darstellt, sollte sie also keine hinreichende Kompensation erhalten. Eine Saldierung des Vermögens der F vor und nach dem Bezahlen

¹⁰ Cornelius, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, 45. Ed., Stand: 1.2.2020, § 22 Rn. 18; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 49. Aufl. 2019, Rn. 938.

¹¹ Vgl. Gropp, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2015, § 9 Rn. 20; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 4.

¹² Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2019, § 14 Rn. 5.

¹³ BGHSt 30, 338 (339); 45, 1 (4); BGH NJW 2014, 3170 (3171); BGH NStZ 2018, 538; Fischer (Fn. 4), § 263 Rn. 110; Küper/Zopfs (Fn. 4), Rn. 644.

würde zu einem negativen Saldo, also zu einem Schaden führen. Hierauf bezog sich der Vorsatz des R.

bb) Bereicherungsabsicht

Ferner müsste R in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, gehandelt haben. Vermögensvorteil ist dabei jede Besserstellung des Vermögens.¹⁴

Durch das Servieren der Tiefkühlware anstelle fangfrischen Fisches wollte R die höheren Kosten für den fangfrischen Fisch einsparen, aber dennoch den für diesen angemessenen Preis kassieren und dadurch seine Vermögenslage verbessern, sich also einen Vermögensvorteil verschaffen. Auf diesen Vorteil hatte R keinen Anspruch, sodass der Vorteil mithin rechtswidrig erlangt worden wäre. Ferner wäre die erstrebte Bereicherung stoffgleich gewesen, sollte nämlich gerade auf der Vermögensverfügung der F, der Zahlung des überhöhten Preises, beruhen und sich als deren Kehrseite darstellen¹⁵. R handelte folglich mit Bereicherungsabsicht.

cc) Zwischenergebnis

R war somit zur Tat entschlossen.

c) Unmittelbares Ansetzen

Ferner müsste R gemäß § 22 StGB nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar angesetzt haben. Das ist der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum „Jetzt geht es los“ überschreitet und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, sodass sein Tun nach seiner Vorstellung ohne wesentliche Zwischenakte in die Tatbestandserfüllung übergeht.¹⁶

R hatte gegenüber F bereits die Täuschungshandlung vorgenommen und damit ein Tatbestandsmerkmal des § 263 StGB erfüllt. Aus Sicht des R waren zur Tatbestandsverwirklichung keine wesentlichen Zwischenakte mehr erforderlich. R setzte also unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung an.

d) Rechtswidrigkeit und Schuld

R handelte rechtswidrig und schuldhaft.

e) Kein Rücktritt

R könnte jedoch gemäß § 24 Abs. 1 StGB strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten sein.

Hierfür dürfte der Versuch nicht fehlgeschlagen sein, das heißt die Herbeiführung des Erfolgs müsste aus Sicht des R mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln ohne zeitliche Zäsur noch möglich gewesen sein.¹⁷ Da F die Täuschung des

R erkannt und diesen dahingehend zur Rede gestellt hatte, war dem R die Herbeiführung des tatbestandlichen Erfolges nicht mehr möglich, der Versuch mithin fehlgeschlagen. Für einen strafbefreienden Rücktritt des R ist somit kein Raum mehr.

f) Besonders schwerer Fall, § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB

In Betracht kommt ferner ein besonders schwerer Fall in Form des gewerbsmäßigen Handelns nach § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB. Gewerbsmäßig handelt, wer sich durch die wiederholte Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang verschaffen will.¹⁸ R wollte auch in Zukunft Tiefkühlware anstelle fangfrischen Fisches servieren, um so die wesentlich höheren Kosten für den frischen Fisch zu sparen, und handelte somit gewerbsmäßig. Gründe, die trotz Erfüllung des Regelbeispiels gegen das Vorliegen eines besonders schweren Falls sprächen, sind nicht ersichtlich.

g) Ergebnis

R ist strafbar gemäß §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 StGB.

II. Strafbarkeit der F

1. § 253 Abs. 1 StGB

F könnte sich nach § 253 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie R in Aussicht stellte, den Blog-Beitrag zu löschen, wenn dieser sie zum Drei-Gänge-Menü einlade.

a) Objektiver Tatbestand

aa) Erpressungshandlung: Drohung mit einem empfindlichen Übel

Hierzu müsste F zunächst mit einem empfindlichen Übel gedroht haben. Drohen ist das Inaussichtstellen eines Übels, auf dessen Eintritt der Drohende Einfluss zu haben vorgibt.¹⁹ Das angedrohte Übel ist empfindlich, wenn es einen Nachteil darstellt, welcher geeignet ist, einen bedacht handelnden Menschen in der konkreten Opfersituation zum vom Täter erstrebten Handeln zu bewegen.²⁰

Als Drohung mit einem empfindlichen Übel kommt hier die (wenngleich verklausuliert erfolgte) Ankündigung, den Blog-Beitrag nicht zu löschen, wenn R die F nicht zum Essen einlade, in Betracht. Würde bekannt, dass R anstelle fangfrischen Fisches Tiefkühlware serviert, würden seine Gäste ausbleiben. Die daraus resultierenden wirtschaftlichen Ein-

¹⁴ Fischer (Fn. 4), § 263 Rn. 186; Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, S. 336 f.

¹⁵ Dazu Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2018, § 263 Rn. 270; Jäger, JuS 2010, 761 (765).

¹⁶ Vgl. nur BGHSt 28, 162 (163); Rengier (Fn. 12), § 34 Rn. 22.

¹⁷ Siehe BGH StV 2013, 435 (436); BGH NStZ 2019, 198; Fischer (Fn. 4), § 24 Rn. 6, 7; Roxin (Fn. 11), § 30 Rn. 77.

¹⁸ Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxis-Kommentar, 8. Aufl. 2019, § 263 Rn. 241; Rengier (Fn. 4), § 3 Rn. 34.

¹⁹ Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 11. Aufl. 2019, § 42 Rn. 25, § 13 Rn. 24.

²⁰ BGHSt 16, 386 (387); 32, 165 (174); Sander, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 253 Rn. 10 f.

bußen wären auch geeignet, einen bedacht handelnden Menschen in der Position des R zu dem von F geforderten Verhalten – der Einladung zum Drei-Gänge-Menü – zu bewegen. Auf diese Folgen gab die F auch vor, Einfluss zu haben. Zu beachten ist aber, dass der Blog-Beitrag der F sachlich verfasst und rechtlich nicht zu beanstanden war.

Fraglich ist deshalb, ob auch das Drohen mit einem Unterlassen den Tatbestand des § 253 Abs. 1 StGB erfüllen kann, insbesondere dann, wenn seitens des Drohenden keine Rechtspflicht zur Abwendung des empfindlichen Übels besteht. Einerseits könnte man hier ein Inaussichtstellen eines empfindlichen Übels mit dem Argument verneinen, dass es beim Inaussichtstellen des Unterlassens einer Handlung, zu dem der Täter nicht verpflichtet ist, nicht zu einer Einschränkung der Willensfreiheit des Opfers kommt.²¹ Wenn dieses nämlich keinen rechtlichen Anspruch auf eine Handlung habe, würde letztlich der Entscheidungsspielraum des Opfers gar nicht beschränkt; dem Opfer werde lediglich ein möglicher „Ausweg“ aufgezeigt.²² Das Opfer treffe ein hinzunehmendes allgemeines Lebensrisiko, auf dessen Abwendung es keinen Anspruch habe.²³ Mancherseits wird vertreten, dass die Freiheit des Bedrohten sogar um die vom Täter angebotene Abwendungsmöglichkeit erweitert werde.²⁴ Hiernach wäre die Aussage der F nicht als Drohung zu qualifizieren.

Andere differenzieren danach, ob das Unterlassen ein bevorstehendes zusätzliches Übel abwenden oder lediglich eine erwünschte Verbesserung des status quo bewirken soll; bei ersterem könne eine Drohung eines empfindlichen Übels angenommen werden, wohingegen im zweiten Fall der Bedrohte sich lediglich eine zusätzliche Option „erkaufe“.²⁵ Nach

Roxins modifiziertem „Autonomieprinzip“ soll eine Drohung mit einem rechtlich nicht gebotenen Unterlassen nur dann strafbar sein, wenn „der Drohende die Verwirklichung eines von ihm oder einem Dritten in Gang gesetzten empfindlichen Übels als Mittel der Drohung benutzt“.²⁶ Nach den differenzierenden Ansichten hat hier F wohl selbst das empfindliche Übel in Gang gesetzt bzw. die Abwendung eines zusätzlichen Übels angekündigt und dadurch eine Drohung verwirklicht.

Eine dritte Ansicht nimmt grundsätzlich eine Drohung auch bei Inaussichtstellen eines Unterlassens an.²⁷ Für die Annahme einer tatbestandsmäßigen Drohung spreche, dass dem Opfer weiter das vom Verhalten des Täters abhängige empfindliche Übel im Sinne des Erpressungstatbestands drohe.²⁸ Die Zwangswirkung einer Drohung mit einem Unterlassen hänge nicht vom Bestehen einer Rechtspflicht zum Handeln ab.²⁹ Durch die Rechtswidrigkeits-/Verwerflichkeitsregelung des § 240 Abs. 2 StGB (bzw. im vorliegenden Fall des § 253 Abs. 2 StGB) werde deutlich, dass eine Einschränkung der Strafbarkeit nicht durch eine Einengung auf Tatbestandsebene, sondern im Rahmen der Verwerflichkeitsprüfung stattfinden solle.³⁰ Subsumierte man dem Tatbestand des § 253 StGB nur pflichtwidriges Unterlassen, würden zudem solche Täter privilegiert, die den verfolgten Zweck gleichermaßen durch ein aktives Tun erreichen könnten.³¹ Nach der Rechtsprechung soll es deshalb vielmehr darauf ankommen, ob der angedrohte Nachteil eine motivierende Kraft hat und von solcher Erheblichkeit ist, dass von dem konkret Bedrohten in seiner Lage erwartet werden könne, dass er der Drohung „in besonnener Selbstbehauptung standhält“³²; weiterhin müsse der Täter Herr des Geschehens sein.³³ Die Ankündigung, den Blog-Beitrag nicht zu löschen und damit indirekt den Ruin des R herbeizuführen, hatte für den R motivierende Kraft und war so erheblich, dass von R nicht erwartet werden konnte, dieser Drohung standzuhalten. F war hierbei auch

²¹ Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 253 Rn. 14; ähnlich auch Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 43. Aufl. 2019, Rn. 398; die Drohung mit Unterlassen als „Angebot von Hilfe“ interpretierend Schroeder, JZ 1983, 284 (286). Arzt, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 656 begründet die grundsätzliche Straflosigkeit mit der „Opferautonomie“ und sieht eine weitere Eingrenzung durch Wucher.

²² OLG Hamburg NJW 1980, 2592 (2593) mit zust. Anm. Ostendorf.

²³ Frohn, StV 1983, 365.

²⁴ Horn, NSTZ 1983, 497 f.; Jäger, in: Amelung/Günther/Kühne (Hrsg.), Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9.7.2010, 2010, S. 195; Lesch, in: Rogall u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 488 (490); Horn/Wolters, in: Wolter (Fn. 15), § 240 Rn. 16; hiergegen Ostendorf, NJW 1980, 2592 (2592 f.), der mit Blick auf die „Freiheitsverschiebungen“ auf eine Art Null-Saldo kommt.

²⁵ Vogel, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 253 Rn. 11, mit Verweis auf Herdegen, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 2005, § 253 Rn. 4; ähnlich Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 240 Rn. 20a; Rengier, Straf-

recht, Besonderer Teil, Bd. 2, 20. Aufl. 2019, § 23 Rn. 51 f.; ähnlich auch Schubarth, NSTZ 1983, 311 (313), der auf eine Umdeutbarkeit in eine Drohung mit aktivem Tun abstellt; ebenfalls differenzierend nach weiteren Kriterien Wedler, NZWiSt 2014, 246 (255).

²⁶ Roxin, JR 1983, 331 (334 ff.); siehe auch Fischer (Fn. 4), § 240 Rn. 34a.

²⁷ BGHSt 31, 195 (200); 44, 251 (252); BGH NJW 1993, 1807; OLG Karlsruhe NJW 2004, 3724; OLG Oldenburg NSTZ 2008, 691; OLG Stuttgart NSTZ 1982, 161; Eisele (Fn. 25), § 240 Rn. 10; Sinn, in: Joecks/Miebach (Fn. 20), § 240 Rn. 85 ff.; offengelassen in BGHSt 44, 68 (76), wo jedenfalls die Rechtswidrigkeit verneint wird.

²⁸ OLG Oldenburg NSTZ 2008, 691 (692).

²⁹ OLG Stuttgart NSTZ 1982, 161 (162); Eisele (Fn. 25), § 240 Rn. 10; Fischer (Fn. 4), § 240 Rn. 34a; Wedler, NZWiSt 2014, 246 (247).

³⁰ BGHSt 31, 195 (200).

³¹ BGHSt 31, 195 (201); Sinn (Fn. 27), § 240 Rn. 89.

³² So auch Arzt, JZ 1984, 428 (429).

³³ BGHSt 31, 195 (201); kritisch Roxin, JR 1983, 331 (334 ff.); zum Begriff des „Herrn des Bedrohtseins“ Puppe, JZ 1989, 596 (597).

Herrin des Geschehens. Im vorliegenden Fall läge nach dieser Ansicht eine Drohung vor.

Gegen die erstgenannte Ansicht spricht, dass die Zwangswirkung (bzw. „motivatorische Kraft“³⁴) auf das Opfer und damit die Einschränkung der geschützten Willensfreiheit nicht davon abhängt, ob die angedrohte Handlung ein Tun oder Unterlassen ist.³⁵ Die Strafbarkeit des Täters hinge gewissermaßen vom Zufall ab, da dieser oftmals dahinstehen lassen kann, ob er im Falle eines Widerstehens des Opfers etwas tun oder unterlassen werde; lediglich „Formulierungsnuancen“ entschieden dann über die Strafbarkeit³⁶. Anerkannt ist ferner, dass es auch beim Drohen mit einem aktiven Tun nicht auf die Rechtmäßigkeit bzw. -widrigkeit des angekündigten Verhaltens ankommt, solange das Verhalten als solches nur geeignet ist, die Willensfreiheit des Opfers zu beeinträchtigen.³⁷

Die übrigen beiden Ansichten kommen zum selben Ergebnis, sodass sich insoweit eine Entscheidung erübrigt.

Hinweis: Die andere Ansicht ist ebenso vertretbar. Dann ist jedoch eine umso sorgfältigere Prüfung erforderlich.

Auch das Inaussichtstellen eines nicht pflichtwidrigen Unterlassens kann also den Tatbestand des § 253 StGB erfüllen. F hat R somit mit einem empfindlichen Übel im Sinne des § 253 Abs. 1 StGB gedroht.

bb) Erpressungserfolg: Vermögensverfügung und -nachteil

Durch die Drohung hätte F den R zu einem Handeln, Dulden oder Unterlassen nötigen, also den Erpressungserfolg herbeiführen müssen. Dieser Erpressungserfolg bestand hier in dem kostenlosen Servieren des Drei-Gänge-Menüs. Auf die Frage, ob der Erpressungserfolg die Qualität einer Vermögensverfügung haben muss³⁸, kommt es dagegen nicht an, da sich das kostenlose Servieren des Essens für R unmittelbar vermögensmindernd auswirkte, also jedenfalls eine Vermögensverfügung vorlag. Der von § 253 StGB geforderte Nachteil, welcher dem des § 263 StGB entspricht³⁹, bestand hier in dem nicht kassierten Entgelt für das servierte Menü.

b) Subjektiver Tatbestand

F handelte in Kenntnis aller objektiven Tatbestandsmerkmale und mit dem Willen zur Tatbestandsverwirklichung, also vorsätzlich, sowie in der Absicht sich unrechtmäßig zu bereichern, da sie keinen Anspruch auf ein kostenloses Drei-Gänge-Menü hatte. F erfüllte also den subjektiven Tatbestand.

c) Rechtswidrigkeit

F müsste rechtswidrig gehandelt haben, insbesondere müsste die Tat verwerflich im Sinne des § 253 Abs. 2 StGB gewesen sein. Die Verwerflichkeit der Tat ist im Wege einer Zweck-Mittel-Relation zu ermitteln.⁴⁰ Hierzu sind der verfolgte Zweck und das zu seiner Erreichung konkret eingesetzte Mittel in Beziehung zu setzen, wobei sich die Verwerflichkeit aus dem Zweck oder dem Mittel oder aus dem Verhältnis zwischen einem an sich legitimen Zweck und einem ebenso legitimen Mittel in einer Gesamtschau ergeben kann.⁴¹ Zu bejahen ist die Verwerflichkeit, wenn sich das Verhalten des Täters nach der Gesamtabwägung als sozial unerträglich und daher als strafwürdiges Unrecht darstellt.⁴² Nach dem Prinzip des mangelnden Konnexes ist die Tat auch dann verwerflich, wenn keinerlei Zusammenhang zwischen dem Nötigungsmittel und dem damit verfolgten Zweck besteht.⁴³

Insbesondere bei der Drohung mit Unterlassen ist der adäquate Zusammenhang („Konnexität“) zwischen Mittel und Zweck entscheidend. Hierdurch werden solche Fälle von der Strafbarkeit ausgeschlossen, in denen die Autonomie des Bedrohten nicht in strafwürdiger Weise angetastet wird.⁴⁴ F wollte sich hier ein kostenloses Essen im Restaurant des R sichern und sich so ungerechtfertigt bereichern, was einen verwerflichen Zweck darstellt. Hierzu stellte sie dem R ein empfindliches Übel in Aussicht, das als solches nicht pflichtwidrig war. Doch bestand zwischen Zweck und Mittel keinerlei innerer Zusammenhang, sodass sich aus einer Gesamtschau ergibt, dass die Tat verwerflich war. Mangels Rechtfertigungsgründen war die Tat somit rechtswidrig.

d) Schuld

F handelte auch schuldhaft.

e) Ergebnis

F hat sich wegen Erpressung gemäß § 253 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

³⁴ Sinn (Fn. 27), § 240 Rn. 86.

³⁵ Dencker, NSTZ 1982, 458 (462).

³⁶ BGHSt 31, 195 (202); Sinn (Fn. 27), § 240 Rn. 89; Vogel (Fn. 25), § 253 Rn. 11; ähnlich Altvater, in: Laufhütte/Rising-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 7/2, 12. Aufl. 2014, § 240 Rn. 85; hiergegen Schroeder, JZ 1983, 284.

³⁷ So auch OLG Karlsruhe NJW 2004, 3724; Altvater (Fn. 36), § 240 Rn. 85; Jäger (Fn. 24), S. 195; Vogel (Fn. 25), § 253 Rn. 11; ebenfalls für eine Gleichbehandlung Horn, NSTZ 1983, 497 (498).

³⁸ Vgl. nur Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 253 Rn. 8 m.w.N.

³⁹ BGHSt 34, 394 (395).

⁴⁰ Fischer (Fn. 4), § 253 Rn. 43, § 240 Rn. 40.

⁴¹ BGHSt 31, 195 (201 f.); Sinn, JuS 2009, 577 (584); Vogel (Fn. 25), § 253 Rn. 34.

⁴² BGHSt 35, 270 (276 ff.); BGH NJW 2014, 401 (403); Heger, in: Lackner/Kühl (Fn. 3), § 240 Rn. 10.

⁴³ Hilgendorf, in: Arzt/Weber/B. Heinrich/Hilgendorf (Fn. 1), § 9 Rn. 80.

⁴⁴ BGHSt 31, 195 (201 f.); kritisch Roxin, JR 1983, 331 (334 ff.); Horn/Wolters (Fn. 24), § 240 Rn. 44, die die Verwerflichkeit auch bei „inkonnexen“ Zwecken ablehnen, wenn keine Pflicht zur Vornahme einer Handlung besteht; kritisch zur Prüfung der Strafwürdigkeit im Rahmen der Verwerflichkeit Horn, NSTZ 1983, 497.

2. § 240 Abs. 1 StGB

Die Strafbarkeit nach § 240 Abs. 1 StGB tritt wegen Spezialität zurück.⁴⁵

Zweiter Tatkomplex: Die Bestellung bei L

I. Strafbarkeit des R nach § 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB

R könnte sich gemäß § 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er gegenüber L zum ersten Mal behauptete, die weißen Trüffel hätten in der Lieferung gefehlt. Da dies nicht der Wahrheit entsprach, lag eine Täuschung vor.

Fraglich ist jedoch, ob L auch einem entsprechenden Irrtum unterlag. Denn sie hatte bemerkt, dass dies nicht der Wahrheit entsprach. Während Zweifel des Getäuschten einem Irrtum nicht grundsätzlich entgegenstehen, entfällt ein Irrtum jedenfalls dann, wenn dem Getäuschten die Unwahrheit der behaupteten Tatsache – wie hier – bekannt ist.⁴⁶ Ein Irrtum der L und damit eine Strafbarkeit des R nach § 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB scheiden somit aus.

II. Strafbarkeit des R nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 StGB

Durch dieselbe Handlung könnte sich R jedoch nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Der tatbestandliche Erfolg ist nicht eingetreten, die Tat mithin nicht vollendet. Der Versuch des Betruges ist gemäß § 263 Abs. 2 StGB strafbar.

2. Tatentschluss

R müsste mit Tatentschluss, also mit Vorsatz und der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, gehandelt haben.⁴⁷

R behauptete hier, die von ihm bei L bestellten weißen Trüffel im Wert von 200 € wären nicht geliefert worden und damit einen dem Beweis zugänglichen Umstand, mithin eine Tatsache. Bezüglich dieser Tatsache wollte R bei L eine Fehlvorstellung hervorrufen, diese also täuschen. Die Täuschung sollte zu einem Irrtum führen, aufgrund dessen L auf die Berechnung der Trüffel verzichten, also eine unmittelbar vermögensmindernde irrumsbedingte Vermögensverfügung vornehmen sollte. Nach Gesamtsaldierung der Vermögenslage wäre der L dadurch ein Schaden i.H.v. 200 € entstanden, dessen Kehrseite ein rechtswidriger Vermögensvorteil des R sein sollte. R war demnach zur Tat entschlossen.

3. Unmittelbares Ansetzen

Mit Vornahme der Täuschungshandlung setzte R unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung an.

4. Rechtswidrigkeit, Schuld, kein Rücktritt

R handelte rechtswidrig und schuldhaft. Anhaltspunkte für einen strafbefreienden Rücktritt sind nicht ersichtlich.

5. Besonders schwerer Fall, § 263 Abs. 3 Nr. 1 Var. 1 StGB

Ferner handelte R gewerbsmäßig, nämlich um sich durch die wiederholte Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen⁴⁸. Durch die Täuschung der L wollte R nämlich die Kosten für die Trüffel sparen und so seine höheren Ausgaben für den fangfrischen Fisch ausgleichen. Dass es lediglich zu einer Tat kam, ist hierfür irrelevant. Anhaltspunkte, die trotz Erfüllung des Regelbeispiels gegen das Vorliegen eines besonders schweren Falls sprächen, sind nicht ersichtlich.

6. Ergebnis

R ist strafbar nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 StGB.

III. Strafbarkeit des R nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 StGB

R könnte sich nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 StGB strafbar gemacht haben, indem er gegenüber L zum zweiten Mal behauptete, die weißen Trüffel hätten in der Lieferung gefehlt.

Der tatbestandliche Erfolg ist nicht eingetreten und der Versuch strafbar (§ 263 Abs. 2 StGB). R war zur Tat entschlossen, setzte unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung an und handelte rechtswidrig und schuldhaft. Da L den Täuschungsversuch erkannte und R dies bemerkte, war ihm die Herbeiführung des Erfolges aus seiner Sicht mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht mehr möglich, der Versuch mithin fehlgeschlagen. Ein strafbefreiender Rücktritt scheidet daher aus. Da er auch in der Absicht handelte, sich durch die wiederholte Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen, ist R auch bezüglich der zweiten Reklamation strafbar nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 StGB.

Dritter Tatkomplex: Schuss auf F

I. Strafbarkeit des A nach §§ 212 Abs. 1, 22, 23 StGB

A könnte sich nach §§ 212 Abs. 1, 22, 23 StGB strafbar gemacht haben, indem er auf F schoss. Da F überlebte, ist der tatbestandliche Erfolg nicht eingetreten und § 212 StGB somit nicht vollendet. Die Strafbarkeit des versuchten Totschlags ergibt sich aus § 23 Abs. 1 StGB in Verbindung mit § 12 Abs. 1 StGB und § 212 Abs. 1 StGB. A wollte F töten, handelte also wissentlich und willentlich, mithin vorsätzlich.

⁴⁵ Kühl (Fn. 3), § 253 Rn. 14.

⁴⁶ Kindhäuser, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 10. Aufl. 2019, § 27 Rn. 34; Perron (Fn. 2), § 263 Rn. 40.

⁴⁷ Vgl. B. Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 655.

⁴⁸ Siehe Kindhäuser/Hilgendorf (Fn. 18), § 263 Rn. 241; Rengier (Fn. 4), § 3 Rn. 34.

Indem A den Schuss auf F abgab, nahm er bereits die tatbestandliche Handlung vor und setzte somit unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung an. Dabei handelte er rechtswidrig und schuldhaft, ein strafbefreiender Rücktritt kommt nicht in Betracht. A ist somit strafbar nach §§ 212 Abs. 1, 22 StGB.

Hinweis: Auch wenn es sich bei A um einen Auftragskiller handelt, liegt es aufgrund fehlender entsprechender Anhaltspunkte fern, eine habgierige Begehung zu prüfen. Erfolgt dies in aller Kürze und unter Hinweis auf die fehlenden Angaben, ist dies gleichwohl nicht zu beanstanden. Auch bietet der Sachverhalt zu wenig Anhaltspunkte für die Annahme niedriger Beweggründe.

II. Strafbarkeit des R nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 Gr. 1 Var. 3, Gr. 3 Var. 2, 22, 23, 26 StGB

R könnte sich nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 Gr. 1 Var. 3, Gr. 3 Var. 2, 22, 23, 26 StGB strafbar gemacht haben, indem er A bat, F für ihn zu töten.

Hinweis: Eine alternative Art der Zitierung der Mordmerkmale ist „§§ 212 Abs. 1, 211 StGB (Heimtücke, Verdeckungsabsicht)“.

1. Tatbestand

Mit dem durch A versuchten Totschlag liegt die erforderliche vorsätzliche rechtswidrige Haupttat vor. Den Tatentschluss zu dieser Tat hatte R durch seine Bitte, also einen kommunikativen Akt mit Aufforderungscharakter⁴⁹, geweckt und somit den A zu dessen Tat bestimmt. Dabei handelte er mit Vorsatz sowohl hinsichtlich der vorsätzlichen rechtswidrigen Tat als auch hinsichtlich des Bestimmens (sog. doppelter Anstiftungsvorsatz⁵⁰).

2. Tatbestandsannex

Während A selbst kein Mordmerkmal nach § 211 Abs. 2 StGB verwirklichte, könnte R aus Habgier (§ 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 3 StGB) und zur Verdeckung einer anderen Straftat (§ 211 Abs. 2 Gr. 3 Var. 2 StGB) gehandelt haben.

a) Mordmerkmale bei R

aa) Habgier

Habgier ist ein noch über die Gewinnsucht hinaus gesteigertes abstoßendes Gewinnstreben um jeden Preis.⁵¹ Das gesteigerte Gewinnstreben wird insbesondere aus einem Missverhältnis zwischen Ziel und Tötung abgeleitet, wobei ein solches Missverhältnis wohl fast stets bei der Tötung eines Menschen angenommen werden muss.⁵² Dabei muss die Berei-

cherung nicht erreicht werden, sondern lediglich beabsichtigt sein.⁵³ Zudem muss das Gewinnstreben im Falle eines wie hier vorliegenden Motivbündels tatbeherrschend sein.⁵⁴ Eine unmittelbare Bereicherung ist ebenfalls nicht erforderlich; auch die Absicht einer Abwendung von Vermögenseinbußen (z.B. die Befreiung von Zahlungsverpflichtungen) kann habgierig sein.⁵⁵ R wollte hier den Tod der F, um so endgültig zu verhindern, dass die Verwendung von tiefgekühltem anstelle von fangfrischem Fisch ans Licht komme, was negative Auswirkungen auf das Geschäft und damit auf seine Einnahmen gehabt hätte. R beabsichtigte damit, Vermögenseinbußen abzuwenden. Dieses Motiv bestimmte auch maßgeblich das Handeln des R. Auch nach einer restriktiven Auslegung des Merkmals der Habgier dürfte es sich hier zudem um ein Missverhältnis zwischen Tötung und Bereicherungsmotiv handeln. R tötete somit aus einem unnatürlich gesteigerten Gewinnstreben und damit aus Habgier.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist nur mit ausführlicher Begründung vertretbar.

bb) Verdeckungsabsicht

Ferner könnte R zur Verdeckung einer anderen Straftat gehandelt haben. Als zu verdeckende Straftat kommt hier das nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1, 22, 23 StGB strafbare Servieren tiefgekühlten Fisches in der Vergangenheit in Betracht. Allerdings ging es R nicht darum, sich insoweit der Strafverfolgung zu entziehen. Vielmehr fürchtete er, dass bei Bekanntwerden seines Handelns die Gäste ausbleiben würden und er dadurch vor dem Ruin stehen würde. Fraglich ist deshalb, ob Verdeckungsabsicht auch dann zu bejahen ist, wenn sich der Täter nicht der strafrechtlichen Verfolgung entziehen, sondern er andere, außerstrafrechtliche Folgen seines Handelns verhindern will.

Gegen eine solche Auslegung könnten die nach § 211 Abs. 1 StGB zwingend zu verhängende lebenslange Freiheitsstrafe und das damit verbundene Erfordernis einer restriktiven Auslegung⁵⁶ sprechen, zumal durch eine engere Auslegung keine „Strafbarkeitslücken“ entstehen würden, da die Absicht der Verhinderung außerstrafrechtlicher Konsequenzen, bei entsprechender Schwere, einen sonstigen niedrigen Beweggrund im Sinne des § 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 4 StGB darstellen kann.⁵⁷ Sinn und Zweck der Strafschärfung

⁵³ Fischer (Fn. 4), § 211 Rn. 10.

⁵⁴ Fischer (Fn. 4), § 211 Rn. 10.

⁵⁵ Fischer (Fn. 4), § 211 Rn. 11.

⁵⁶ BVerfGE 45, 187 (261); Rissing-van Saan/Zimmermann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafrecht, Leipziger Kommentar, Bd. 7/1, 12. Aufl. 2018, § 211 Rn. 45.

⁵⁷ Mitsch, in: Amelung/Günther/Kühne (Fn. 24), S. 370 f.; BGHSt 11, 226 (228) nahm noch niedrige Beweggründe bei Absicht der Verdeckung einer Straftat an; BGHSt 23, 39 (40) sieht die Verdeckungsabsicht als Unterfall des niedrigen Beweggrundes an; nach BGH NStZ 1999, 243 liegt dann ein niedriger Beweggrund vor, wenn eine zwar nicht strafbare (sonst Verdeckungsabsicht), aber sonst als verwerflich und

⁴⁹ Zu diesem Erfordernis Roxin (Fn. 11), § 26 Rn. 76.

⁵⁰ Roxin (Fn. 11), § 26 Rn. 132.

⁵¹ BGHSt 10, 399; BGH NJW 1981, 932; Wolf, in: Amelung/Günther/Kühne (Hrsg.), Strafrecht – Biorecht – Rechtsphilosophie, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, 2. Aufl. 2005, S. 523, 523 ff.

⁵² Fischer (Fn. 4), § 211 Rn. 13a.

bei Vorliegen einer Verdeckungsabsicht sei die kumulative Verletzung der Rechtsgüter „Leben“ und „Strafrechtspflege“; die Verknüpfung von Tötung und Strafvereitelung fehle, wenn lediglich außerstrafrechtliche Konsequenzen vermieden werden sollen.⁵⁸ Eine reine Unrechtskumulation, wie sie für die Rechtsprechung ausreicht, sei zu konturenlos.⁵⁹ Zudem biete eine Beschränkung auf strafvereitelungsmotivierte Verdeckungen ein hohes Maß an Bewertungssicherheit, da bei außerstrafrechtlichen Konsequenzen die tatsächliche Reaktion von Dritten sowie die Strafwürdigkeit nur schwer feststellbar, wohingegen die Tötung zur Strafvereitelung stets höchststrafwürdig sei.⁶⁰ Manche stellen darauf ab, dass andernfalls die Begrenzung auf zu verdeckende Straftaten keinen Sinn ergäbe.⁶¹

Gleichwohl gehen die ständige Rechtsprechung und ein Teil der Literatur auch dann von Verdeckungsabsicht aus, wenn der Täter außerstrafrechtliche Konsequenzen vermeiden will.⁶² Dieser Meinung ist zu folgen. Eine Einschränkung auf die Vermeidung von Strafverfolgung ergibt sich nicht zwingend aus dem Wortlaut.⁶³ Auch die Entstehungsgeschichte ist für die Frage unergiebig.⁶⁴ Zu beachten ist allerdings, dass § 211 StGB nicht dem Schutz der Rechtspflege, sondern des menschlichen Lebens dienen soll.⁶⁵ Dieses aber ist unabhängig vom Gegenstand der Verdeckungsabsicht betroffen. Der Qualifikationsgrund besteht in der Verknüpfung von Unrecht mit weiterem Unrecht.⁶⁶ Die Tötung eines Menschen zur Vermeidung anderer, nicht strafrechtlicher Konsequenzen stellt sich sogar noch verwerflicher dar, da solche Konsequenzen beim Täter regelmäßig einen geringeren Handlungsdruck auslösen werden als die Gefahr, einem Strafverfahren ausgesetzt zu sein. Die Tötung zur Vermeidung solcher, bloß

gesellschaftlich als negativ empfundenen Folgen steht deshalb in einem noch krasserem Missverhältnis zur Tötung eines Menschen als diejenige zur Vermeidung strafrechtlicher Verfolgung.⁶⁷ Das hohe Strafmaß dient dem besonderen Schutzzweck des Verdeckungsmordtatbestands, den erhöhten Tötungsanreiz abzuwehren, der bei einem Drang zum Selbstschutz entsteht; ein solcher Antrieb zum Selbstschutz besteht jedoch auch bei der Vermeidung außerstrafrechtlicher Folgen vorherigen strafbaren Verhaltens.⁶⁸

Der Täter handelt also auch dann zur Verdeckung einer anderen Straftat, wenn er lediglich außerstrafrechtliche Konsequenzen seines strafbaren Handelns vermeiden will. R wollte hier sein strafbares Handeln verdecken, um wirtschaftlich nachteilige Konsequenzen seines Verhaltens zu vermeiden. Er handelte daher in der Absicht, eine andere Straftat zu verdecken.

Hinweis: Die andere Ansicht ist selbstverständlich ebenso gut vertretbar. Dann wäre die betreffende Absicht des R den „sonstigen niedrigen Beweggründen“ zu subsumieren.

cc) Zwischenergebnis

R handelte somit aus Habgier (§ 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 3 StGB) und zur Verdeckung einer anderen Straftat (§ 211 Abs. 2 Gr. 3 Var. 2 StGB). Diese sind als täterbezogene Mordmerkmale zu qualifizieren.⁶⁹

b) Strafrechtliche Konsequenzen

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass R diese Mordmerkmale verwirklichte, während A selbst keine Mordmerkmale aufwies. Bewertet man die täterbezogenen Mordmerkmale als besondere persönliche Merkmale, die „die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen“, ist § 28 Abs. 2 StGB anzuwenden mit der Folge, dass R nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 Gr. 1 Var. 3, Gr. 2 Var. 3, 22, 23, 26 StGB strafbar wäre.⁷⁰ Erblickt man in den täterbezogenen Mordmerkmalen hingegen „besondere persönliche Merkmale [...], welche die Strafbarkeit des Täters begründen“, ist § 28 Abs. 2 StGB nicht anzuwenden mit der Folge, dass R streng akzessorisch nach §§ 212 Abs. 1, 22, 23, 26 StGB strafbar wäre. Schließlich wird in der Literatur auch vertreten, dass täterbezogene Mordmerkmale spezielle Schuldmerkmale seien und dement-

ansehensschädigende Tat verdeckt werden soll. Für eine enge Auslegung und einen Rückgriff auf niedrige Beweggründe *Hilgendorf* (Fn. 43), § 2 Rn. 64.

⁵⁸ *Brocker*, MDR 1996, 228 (228 f.); *Kühl* (Fn. 3), § 211 Rn. 12; ähnlich *Küper*, JZ 1995, 1158 (1163 f.).

⁵⁹ *Küper*, JZ 1995, 1158 (1162).

⁶⁰ *Schneider*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 20), § 211 Rn. 232; *Sowada*, JZ 2000, 1035 (1043 f.).

⁶¹ *Mitsch* (Fn. 57), S. 370 f.; *Rissing-van Saan/Zimmermann* (Fn. 56), § 211 Rn. 45.

⁶² BGHSt 41, 8; BGH NStZ 1999, 243; BGH NStZ 1999, 615; BGH NStZ-RR 2005, 201; *Eser/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 2), § 211 Rn. 33; *Kindhäuser/Schramm*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 9. Aufl. 2020, § 2 Rn. 46; offengelassen bei *Steinberg*, JR 2007, 291 (295 f.).

⁶³ BGHSt 41, 8 (9); *Saliger*, StV 1998, 19.

⁶⁴ *Küper*, JZ 1995, 1158 (1161 f.); *Sowada*, JZ 2000, 1035 (1037 f.), sieht in der Entwicklung im 19. Jahrhundert eine „auf die Strafvereitelung gerichtete Einfärbung“ der Verdeckungsabsicht.

⁶⁵ BGHSt 41, 8 (9); BGH NStZ 1999, 615 (616); so auch (wenn auch im Ergebnis abweichend) *Rissing-van Saan/Zimmermann* (Fn. 56), § 211 Rn. 43.

⁶⁶ BGHSt 41, 8 (9); BGH NStZ 1999, 615 (616). Zur „Unrechtsverknüpfung“ im Rahmen der Verdeckungsabsicht siehe *Engländer*, GA 2018, 377 (382 ff.).

⁶⁷ BGH NStZ 1999, 615 (616); *Saliger*, ZStW 109 (1997), 302 (305 ff.); *ders.*, StV 1998, 19 (20 f.).

⁶⁸ BGH NStZ 1999, 615 (616); hiergegen *Sowada*, JZ 2000, 1035 (1038 ff.).

⁶⁹ *Fischer* (Fn. 4), § 211 Rn. 92.

⁷⁰ Nach einer dritten Ansicht (als Möglichkeit einer Streitlösung auffassend *Rissing-van Saan/Zimmermann* [Fn. 56], Vor § 211 ff. Rn. 151; siehe *Küper*, JZ 2006, 1157 [1164 Fn. 38 für weitere Nachweise]) ist § 28 Abs. 2 StGB lediglich als Strafzumessungsregel zu verstehen, sodass sich die Strafbarkeit weiterhin akzessorisch nach dem Haupttäter richtet, während der Strafraum von dem vom Teilnehmer verwirklichten besonderen persönlichen Merkmal abhängt.

sprechend § 29 StGB anzuwenden sei,⁷¹ sodass auch nach dieser Ansicht R nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 Gr. 1 Var. 3, Gr. 2 Var. 3, 22, 23, 26 StGB zu bestrafen wäre.

Ob der Teilnehmer streng akzessorisch strafbar ist oder § 28 Abs. 2 StGB (bzw. § 29 StGB) anzuwenden ist, hängt davon ab, wie man das Verhältnis zwischen § 212 StGB und § 211 StGB bewertet. Nach der ständigen Rechtsprechung handelt es sich bei § 211 StGB um einen gegenüber § 212 StGB eigenständigen Tatbestand, begründen die Mordmerkmale also die Strafbarkeit.⁷² Somit sei § 28 Abs. 2 StGB *nicht* einschlägig, sondern der Teilnehmer streng akzessorisch zu bestrafen (bzw. im umgekehrten Fall § 28 Abs. 1 StGB anzuwenden und danach die Strafe zu mildern). Zwar umfasse der Mord gemäß § 211 StGB auch die Tötung eines anderen Menschen im Sinne des § 212 StGB. Gleichwohl hätten beide Tatbestände einen unterschiedlichen Unrechtsgehalt, wobei derjenige des § 211 wesentlich schwerer wiege als der des § 212 StGB. Das ergebe sich bereits aus dem Wortlaut der beiden Normen: § 212 StGB spreche vom „Totschläger“, während § 211 den „Mörder“ adressiere. Aus dieser sprachlichen Unterscheidung und dem Verweis „ohne Mörder zu sein“ in § 212 StGB ergebe sich, dass der Mörder ungleich höheres Unrecht verwirkliche.⁷³ Die Verwirklichung eines Mordmerkmals führe mithin nicht zu einer bloßen Schulderhöhung, sondern zu einem andersartigen Unrecht. Es handele sich beim Mord gerade nicht um einen besonders schweren Fall des Totschlags.⁷⁴ Dass die Tötung eines anderen Menschen (und damit die Erfüllung des § 212 StGB) in der Ver-

wirklichung des § 211 StGB notwendig enthalten sei, lasse nicht zwingend auf einen Qualifikationscharakter des § 211 StGB schließen. So umfasse auch der Raub gemäß § 249 die Wegnahme im Sinne des § 242 StGB, obwohl beide Tatbestände nicht voneinander abhingen; § 249 StGB sei kein in der Schuld erhöhter Diebstahl. Entsprechend seien die täterbezogenen Mordmerkmale keine unselbständigen, schulderhöhenden Merkmale,⁷⁵ sondern echte, d.h. strafbegründende, (subjektive) Tatbestandsmerkmale.⁷⁶

Dagegen erblickt der ganz überwiegende Teil der Literatur im Totschlag überzeugenderweise den Grundtatbestand des Mordes und aller anderen vorsätzlichen Tötungsdelikte.⁷⁷ Wollte man nämlich von zwei selbständigen Tatbeständen sprechen, müsste sich dies aus den Tatbeständen selbst ergeben. Grundlage dafür könnte jedoch nur das geschützte Rechtsgut selbst oder aber die strafbewehrte Beeinträchtigung sein, sofern dasselbe Rechtsgut geschützt wird. § 212 StGB und § 211 StGB bezwecken jedoch übereinstimmend den Schutz des Rechtsguts Leben, sodass eine Eigenständigkeit von Mord und Totschlag nicht aus divergierenden Rechtsgütern hergeleitet werden kann. Auch kriminalisieren § 212 StGB und § 211 StGB nicht unterschiedliche Rechtsgutbeeinträchtigungen, denn beide erfassen die endgültige Beendigung menschlichen Lebens. Dass § 211 StGB besondere Anforderungen an die Begehungsweise oder Motivation des Täters stellt, ändert an diesem Ergebnis nichts, da die Verwirklichung von Mordmerkmalen den Kreis betroffener Rechtsgüter nicht ausdehnt.⁷⁸ Vielmehr folgt aus der Konstruktion des § 211 StGB, dass es sich hierbei um eine quali-

⁷¹ Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 472 f. Siehe Küper, JZ 1991, 761 (Fn. 8 für weitere Nachweise).

⁷² BGHSt 1, 368 (370); 2, 251 (255); 6, 329 (330); 22, 375 (377); 36, 231 (233). Siehe jedoch BGH JZ 2006, 629 (632), wo der 5. Strafsenat im Rahmen eines obiter dictum die Gegenargumente der Literatur und die durch die Rechtsprechung entstehenden Widersprüche deutlich hervorhebt. Gerhold, Die Akzessorietät der Teilnahme an Mord und Totschlag – Eine dogmengeschichtliche Rekonstruktion eines bis heute ungelösten Problems, 2014, passim, argumentiert, dass der BGH historisch gezwungen gewesen sei, § 28 Abs. 1 StGB anzuwenden, da andernfalls NS-Mordbeihilfe verjährt wäre; mit Wegfall dieser historischen Notwendigkeit müsse der BGH nun seine Rechtsprechung überdenken.

⁷³ BGHSt 1, 368 (370). Siehe jedoch BGHSt 36, 231 (235), wonach das Unrecht des § 212 StGB in dem des § 211 StGB enthalten sei, wobei der Wortlaut „ohne Mörder zu sein“ diesem nicht widerspreche; vielmehr sei ihm lediglich ein Hinweis auf die „besondere Rolle der Persönlichkeit des Täters“ bei der Abgrenzung von Mord und Totschlag zu entnehmen. Puppe, JR 1984, 229 (233), sieht aufgrund des Wortlauts „ohne Mörder zu sein“ beide Tatbestände in einem Exklusivitätsverhältnis, hält dies aber für einen Gesetzgebungsfehler, da eine konsequente Anwendung (die weder der BGH noch die Literatur durchführten) zu absurden Ergebnissen führe; weiterhin kritisch zur BGH-Rechtsprechung Puppe, NStZ 2006, 288.

⁷⁴ BGHSt 1, 368 (371).

⁷⁵ BGHSt 1, 368 (370).

⁷⁶ BGHSt 1, 368 (371); Hall, in: Bockelmann/Gallas (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961, S. 357. Langer, in: Bickel/Hadding/Jahnke/Lüke (Hrsg.), Recht und Rechtserkenntnis, Festschrift für Ernst Wolf zum 70. Geburtstag, 1985, S. 340 ff., erkennt auch nachvollziehbare rechtspolitische Gründe des BGH für seine Rechtsprechung.

⁷⁷ Eser/Sternberg-Lieben (Fn. 62), Vor § 211 Rn. 5 f.; Freund, NStZ 2004, 123 (127); Gössel, ZIS 2008, 153 ff.; Gössel/Dölling, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, § 1 Rn. 7; Jäger, JR 2005, 474 (479); Küper, JZ 1991, 761 (765); ders., JZ 1991, 861 (862, 868); ders., JZ 1991, 910 ff.; ders., JZ 2006, 608 (612 f.); ders., JZ 2006, 1157 (1166 ff.); Langer, JR 1993, 133 (137); Otto, Jura 1994, 141 (142); Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen (Fn. 19), § 2 Rn. 6; Mitsch, JZ 2008, 336 (337); Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, Vor § 211 Rn. 154; Rengier, MDR 1980, 1 (6); Schneider (Fn. 60), Vor § 211 Rn. 189 ff., § 211 Rn. 272. Offengelassen in Rissing-van Saan/Zimmermann (Fn. 56), Vor § 211 ff. Rn. 15; ähnlich Hall (Fn. 76), S. 356 ff.; Kargl, JZ 2003, 1141 (1147 ff.).

⁷⁸ Zum Gedanken der Rechtsgutsidentität Gössel, ZIS 2008, 153 (155); Gössel/Dölling (Fn. 77), § 1 Rn. 13; Mitsch, JuS 1996, 26 (27); Neumann, in: Dölling (Hrsg.), Jus humanum, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 651 f.

fizierte Form des § 212 StGB handelt. § 211 StGB umfasst nämlich, wie die Rechtsprechung selbst zugeben muss⁷⁹, den Unrechtsgehalt des § 212 StGB, fordert darüber hinaus jedoch das Vorliegen wenigstens eines weiteren Merkmals.⁸⁰ § 212 StGB erfasst den Schutz des menschlichen Lebens in grundsätzlicher Weise. Dies aber spricht gerade für seine Bewertung als Grundtatbestand.⁸¹ Die Tötung eines anderen Menschen unter Verwirklichung von Mordmerkmalen bedeutet daher nicht die Begehung anderen Unrechts, sondern eine lediglich graduelle Steigerung des verwirklichten Unrechts.⁸² Zudem spricht auch die Stellung des § 211 StGB vor § 212 StGB nicht gegen dieses Ergebnis, wenngleich auch an keiner anderen Stelle des Strafgesetzbuches eine Qualifikation dem Grundtatbestand vorangestellt ist. Die exponierte Stellung des § 211 StGB an erster Stelle des 16. Abschnitts erklärt sich nämlich vielmehr daraus, dass der Mord das schwerste Delikt gegen das menschliche Leben darstellt und dies aus gesellschaftlichen Gründen im Gesetzestext zum Ausdruck kommen sollte.⁸³ Auch überzeugt es nicht, auf den unterschiedlichen Wortlaut der Tatbestände abzustellen. So knüpft die Bezeichnung des Täters als „Mörder“ in § 211 StGB an die überholte und nationalsozialistisch vereinnahmte Tätertypenlehre an, nach der zu entscheiden war, ob der Täter seiner Persönlichkeit nach als Mörder zu betrachten sei,⁸⁴ und die mit dem heutigen Tatstrafrecht nicht vereinbar und schon deswegen nicht mehr vertretbar ist⁸⁵. Schließlich stößt die Auffassung des BGH in Fällen von gekreuzten Mordmerkmalen und der mittäterschaftlichen Zurechnung zwischen Mord und Totschlag⁸⁶ an ihre Grenzen.⁸⁷

Daher handelt es sich beim Mord um eine qualifizierte Form des Totschlags und ist § 28 Abs. 2 StGB bzw. § 29 StGB anzuwenden. Die von R verwirklichten Mordmerkmale

der Habgier und der Verdeckungsabsicht bewirken daher eine Tatbestandsverschiebung.

Hinweis: Selbstverständlich ist auch die Gegenansicht vertretbar.

c) Zwischenergebnis

R erfüllte den Tatbestand der §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 Gr. 1 Var. 3, Gr. 2 Var. 3, 22, 23, 26 StGB.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

R handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

R ist strafbar nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 Gr. 1 Var. 3, Gr. 2 Var. 3, 22, 23, 26 StGB.

Konkurrenzen

Im ersten Tatkomplex ist R strafbar nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 StGB. Im zweiten Tatkomplex hat sich R durch die beiden Reklamationen zweimal strafbar gemacht nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 StGB. Diese beiden Taten wurden nicht in Handlungseinheit, insbesondere nicht in natürlicher Handlungseinheit begangen, da sie auf unterschiedlichen Tatvorsätzen beruhten und nicht in einem unmittelbaren zeitlichen und räumlichen Zusammenhang zueinanderstanden.⁸⁸ Damit liegt Handlungsmehrheit vor. Da kein Delikt aufgrund von Gesetzeskonkurrenz zurücktritt, stehen beide Delikte auch in Tatmehrheit (§ 53 StGB) zueinander. Im dritten Tatkomplex verwirklichte R §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 Gr. 1 Var. 3, Gr. 3 Var. 2, 22, 23, 26 StGB.

Die Taten in den unterschiedlichen Tatkomplexen wurden ebenfalls in Handlungsmehrheit zueinander begangen, bleiben nebeneinander bestehen und stehen damit ebenfalls in Tatmehrheit (§ 53 StGB) zueinander.

Gesamtergebnis

I. Strafbarkeit des R

R ist strafbar nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 StGB; §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 StGB; §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 StGB; §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 Gr. 1 Var. 3, Gr. 3 Var. 2, 22, 23, 26; 53 StGB.

II. Strafbarkeit der F

F ist strafbar nach § 253 Abs. 1 StGB.

III. Strafbarkeit des A

A ist strafbar nach §§ 212 Abs. 1, 22, 23 StGB.

⁷⁹ BGHSt 36, 231 (235); BGH NStZ 2006, 288.

⁸⁰ Geppert, Jura 2008, 34 (37); Krey/Hellmann/M. Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 16. Aufl. 2015, Rn. 27.

⁸¹ Hardwig, GA 1954, 257 (258); Kraatz, Jura 2008, 613 (618).

⁸² Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2019, Rn. 61; Eser/Sternberg-Lieben (Fn. 62), Vor § 211 Rn. 5; Neumann (Fn. 77), Vor § 211 Rn. 154; Otto, Jura 1994, 141 (142); Schneider (Fn. 60), Vor § 211 Rn. 189; Schünemann, Jura 1980, 568 (580 f.); Timpe, JZ 1990, 97 (98); Welzel, JZ 1952, 72 (74).

⁸³ Geppert, Jura 2008, 34, (37, 38); Welzel, JZ 1952, 72 (73).

⁸⁴ Kraatz, Jura 2008, 613 (618); Puppe, JZ 2005, 900 (903).

⁸⁵ Eschelbach, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 10), § 211 Rn. 1 ff.; Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen (Fn. 19), § 2 Rn. 6; Schneider (Fn. 60), Vor § 211 Rn. 189; siehe auch Eser/Sternberg-Lieben (Fn. 62), Vor § 211 Rn. 6, die in der Terminologie die Aufforderung an den Richter sehen, die Umstände des Einzelfalls und die Gesamtpersönlichkeit des Täters einzubeziehen.

⁸⁶ Siehe dazu etwa BGHSt 36, 231 (233 ff.).

⁸⁷ Gössel/Dölling (Fn. 77), § 1 Rn. 14; Küper, JZ 2006, 1157 (1166); Neumann/Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 77), § 211 Rn. 121.

⁸⁸ Vgl. dazu Roxin (Fn. 11), § 33 Rn. 29 ff.

Entscheidungsbesprechung

Strafbarkeit des Eingriffs Unberechtigter in den Auszahlungsvorgang am Geldautomat

Bei der Abhebung von Geld am Geldautomaten legitimiert sich der Berechtigte durch Eingabe der Geldkarte und der PIN. Nach erfolgter Legitimierung ist das Einverständnis des Geldinstituts bezüglich des Gewahrsamsübergangs ist in personeller Hinsicht auf diesen Berechtigten beschränkt. Die Entnahme des Geldes durch einen Unberechtigten führt gegenüber dem Geldinstitut zu einem Gewahrsamsbruch. (Leitsatz des Verf.)

StGB §§ 242, 249, 253, 255, 263a

BGH, Beschl. v. 21.3.2019 – 3 StR 333/18¹

In den letzten Jahren kam es mehrfach zu Fällen, in denen sich die Täter auf eine bestimmte Art und Weise in den Abhebungsvorgang am Geldautomaten hineindrängten, mit dem Ziel, Geld zu erbeuten. Der hier zu besprechende Beschluss des BGH widmet sich dieser besonderen Konstellation.

I. Das Tatgeschehen

Um Geld abzuheben wurde von den Bankkunden üblicherweise die Geldkarte in den Geldautomaten eingeschoben und anschließend die PIN eingegeben. Nachdem dies erfolgte, traten die Täter in das Geschehen ein, indem einer durch das Vorhalten von Prospekten versuchte, den Kunden abzulenken und das Display des Geldautomaten zu verdecken, während der andere – diese Situation ausnutzend – einen Auszahlungsbetrag eingab und das anschließend vom Automaten bereitgestellte Bargeld aus dem Ausgabefach des Geldautomaten entnahm. In Fällen, in denen die Ablenkung des Kunden nicht gelang, zerrten die Täter diesen vom Geldautomaten weg bzw. stießen ihn zur Seite, um den Auszahlungsbetrag eingeben und das im Ausgabefach des Geldautomaten bereitgestellte Geld an sich nehmen zu können².

Ähnlich gelagert war der Sachverhalt in einem BGH-Beschluss aus dem Jahr 2017. Dort wurde der Bankkunde bereits während des Abhebevorgangs vom Täter in ein Gespräch verwickelt und nach Eingabe der PIN vom Geldautomaten weggestoßen. Der Täter wählte sodann den Auszah-

lungsbetrag von 500 Euro und entnahm das vom Geldautomaten ausgegebene Bargeld³.

II. Die (unterschiedliche) rechtliche Bewertung durch den BGH

Der 2. Strafsenat hat in seinem Beschluss im Jahr 2017 eine Strafbarkeit wegen räuberischer Erpressung (§§ 253, 255 StGB) angenommen. Im Gegensatz dazu sieht der 3. Strafsenat eine Strafbarkeit wegen Diebstahls (§ 242 StGB) bzw. – soweit Gewalt angewendet wurde – Raubes (§ 249 StGB) als gegeben an. Vor diesem Hintergrund wendet sich der 3. Strafsenat mit seinem Beschluss vom 21.3.2019 an den 2. Strafsenat und fragt an, ob dieser an seiner entgegenstehenden Rechtsprechung festhalten möchte⁴.

1. Das erlangte Geld als „fremde Sache“

Dem Diebstahl und dem Raub gemeinsam ist eine „fremde bewegliche Sache“ als Objekt der Tat. Folglich war in beiden Beschlüssen die erste Station der Prüfung die Frage, ob das vom Automaten zur Entnahme bereitgestellte Geld für die Täter fremd war. „Fremd“ im Sinn der §§ 242 und 249 StGB ist eine Sache, die sich nicht im Alleineigentum des Täters befindet, eigentumsfähig und nicht herrenlos ist⁵. Dabei ist die Frage des Eigentumsverhältnisses regelmäßig nach den zivilrechtlichen Vorschriften zu beantworten⁶. Fraglich war demnach, ob hinsichtlich der bereitgestellten Geldscheine eine rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung gemäß § 929 S. 1 BGB vom Geldinstitut auf die Täter erfolgte (unschädlich hingegen wäre eine Übereignung an den Kunden, da in diesem Fall das Geld für die Täter weiterhin fremd gewesen wäre). Dies verneinen beide Strafsenate einheitlich unter Verweis darauf, dass die erforderliche Einigung nicht zustande gekommen sei⁷. Zwar liege in der Bereitstellung des Geldes im Ausgabefach des Geldautomaten ein konkludentes Angebot zur Übereignung der konkreten Geldscheine. Jedoch gelte dieses Angebot nur gegenüber dem berechtigten Kontoinhaber und nicht gegenüber unberechtigten Dritten. Dies

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in NSTZ 2019, 726 und online abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=29139b70889432bb3cafb69a49a4fc35&nr=98461&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf> (25.4.2020).

² BGH, Beschl. v. 21.3.2019 – 3 StR 333/18 = BGH NSTZ 2019, 726. Die Darstellung des Sachverhalts erfolgt in verkürzter Form. Zu dem Beschluss auch Jäger, JA 2020, 66; Krell, NSTZ 2019, 728; Waßmer, HRRS 2020, 25.

³ BGH, Beschl. v. 16.11.2017 – 2 StR 154/17 = BGH NJW 2018, 245. Die Darstellung des Sachverhalts erfolgt in verkürzter Form. Ausführlichere Besprechungen von Brand, NJW 2018, 246; Eisele, JuS 2018, 300; Jäger, JA 2018, 309; außerdem auch Busching, jurisPR-ITR 24/2018 Anm. 5; El-Ghazi, jurisPR-StrafR 6/2018 Anm. 1.

⁴ BGH NSTZ 2019, 726, 728.

⁵ Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 242 Rn. 4, 7; Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 12; Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher-Online Kommentar, Strafgesetzbuch, 46. Ed., Stand: 1.5.2020, § 242 Rn. 6.

⁶ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 242 Rn. 5; Bosch (Fn. 5), § 242 Rn. 12; Wittig (Fn. 5), § 242 Rn. 6.

⁷ BGH NJW 2018, 245; BGH NSTZ 2019, 726 (726 f.); so auch schon BGHSt 35, 152 (161); außerdem auch Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 15 Rn. 16.

ergebe sich aus der vertraglichen Beziehung zwischen Geldinstitut und Kontoinhaber, wonach das Geldinstitut seine Schutzpflichten gegenüber dem Kontoinhaber verletzen würde, wenn es dessen Konto mit dem entsprechenden Betrag belasten und zugleich die Übereignung der Geldscheine einem Unberechtigten anbieten würde⁸. Infolgedessen mangelte es in den vorliegenden Fällen also an einem seitens des Geldinstituts konkludent geäußerten rechtsgeschäftlichen Angebots auf Übertragung des Eigentums an den bereitgestellten Geldscheinen gegenüber den Tätern. Zur Annahme des jeweils an die zur Abhebung berechtigten Kunden gerichteten Übereignungsangebots sei es nicht gekommen, weil diese durch die Täter von der Entgegennahme des Geldes abgehalten bzw. an ihr gehindert wurden⁹. Im Ergebnis blieben die zur Entnahme bereitgestellten Geldscheine für die Täter „fremde Sachen“ im Sinn von §§ 242 und 249 StGB.

2. „Wegnahme“ als tatbestandliche Handlung des Diebstahls und des Raubes

Die tatbestandsmäßige Wegnahme setzt den Bruch fremden sowie die Begründung neuen Gewahrsams voraus¹⁰. Als Gewahrsam gilt die vom Gewahrsamswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft, deren Vorliegen nach den Umständen des Einzelfalls und den Anschauungen des Verkehrs bzw. täglichen Lebens zu beurteilen ist¹¹.

a) Gewahrsam an den Geldscheinen

Da der 3. Strafsenat im Ergebnis einen Gewahrsamsbruch bejaht, setzt er sich zunächst mit der Frage auseinander, ob das Geldinstitut nach der Bereitstellung zur Entnahme im Ausgabefach des Geldautomaten überhaupt noch Gewahrsam an den betreffenden Geldscheinen haben konnte. Nach der Argumentation des 3. Strafsenats wird mit der Bereitstellung der konkreten Geldscheine im Geldausgabefach des Geldautomaten zwar die Wegnahmesicherung aufgegeben, gleichwohl bestehe aber bis zur Entnahme noch eine Zugriffsmöglichkeit fort, da der Automat so programmiert sei, dass auch bereits in das Ausgabefach transportierte Geldscheine wieder eingezogen werden können, wenn die Entnahme nicht innerhalb einer bestimmten Zeitspanne erfolgt¹². Dem insofern fortbestehenden Gewahrsam des Geldinstituts stand die Zugriffsmöglichkeit der Täter nicht entgegen, so dass im Ergebnis das Bestehen eines – wenn auch gelockerten – Gewahrsams des Geldinstituts an den im Ausgabefach des Geldautomaten befindlichen Geldscheinen bejaht wird¹³.

b) Bruch des Gewahrsams durch Entnahme der Geldscheine?

In der Frage des Gewahrsamsbruchs liegt nun der eigentliche Kern des Anfragebeschlusses des 3. Strafsenats. Der Bruch des Gewahrsams setzt regelmäßig ein Handeln gegen den Willen des Gewahrsamsinhabers voraus, da anderenfalls ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vorliegt und eine Wegnahme ausscheidet¹⁴.

Mit seinem Beschluss aus dem Jahr 2017 vertritt der 2. Strafsenat die Ansicht, dass die Entnahme der Geldscheine aus dem Ausgabefach des Geldautomaten keinen Bruch des noch bei dem Geldinstitut (und noch nicht bei dem Kunden) liegenden Gewahrsams darstellte, da ein entsprechender Wille des Geldinstituts bezüglich des Gewahrsamsübergangs auf die Täter gegeben war¹⁵. Ausgehend davon, dass der tatsächliche Vorgang des Gewahrsamsübergangs im Fall der Entnahme von Geld aus dem Ausgabefach unter der nach außen hin erkennbaren Bedingung der technisch ordnungsgemäßen Bedienung des Geldautomaten stehe, sei im vorliegenden Fall, in dem der Geldautomat technisch ordnungsgemäß bedient wurde, von einem entsprechenden Einverständnis des Geldinstituts auszugehen¹⁶.

Der 3. Strafsenat erkennt in seinem Beschluss ebenfalls an, dass im Fall des Geldabhebens am Automaten der Wille des Geldinstituts zum Gewahrsamswechsel unter der objektiven Bedingung der technisch ordnungsgemäßen Bedienung des Geldautomaten stehe¹⁷. Im Unterschied zum 2. Strafsenat sieht er diese Bedingung aber nur dann als erfüllt an, wenn die Geldentnahme durch die Person erfolgt, die sich zuvor durch Eingabe der Geldkarte und der PIN legitimiert hat, während allein die Eingabe des Auszahlungsbetrags nicht als technisch ordnungsgemäße Bedienung ausreichen könne¹⁸. Nachdem die Geldkarte und die PIN ordnungsgemäß von dem berechtigten Kunden eingegeben worden sind, beschränke sich der Wille zur Gewahrsamsübertragung des Geldinstituts auf genau diese Person¹⁹. Im Hinblick auf die vorliegende Sachverhaltskonstellation, in der die Täter sich erst nach Eingabe der Geldkarte und der PIN in den Abhebevorgang hineindrängten, sei die Entnahme des Geldes folglich gegen den Willen des Geldinstituts erfolgt, denn dieser sei durch die erfolgte Legitimierung bereits auf einen Gewahrsamsübergang ausschließlich auf den insofern Berechtigten (Bankkunde) beschränkt gewesen. Im Ergebnis liege daher ein Gewahrsamsbruch vor²⁰.

Aufgrund dieser unterschiedlichen Auslegungen gelangen beide Strafsenate zu abweichenden Gesamtergebnissen. Der 2. Strafsenat sieht mangels Wegnahme keinen Raum für eine Strafbarkeit wegen Raubes, sondern nimmt eine räuberische Erpressung (§§ 253, 255 StGB) zum Nachteil des Bankkunden an. Dabei geht er davon aus, dass in dem Wegstoßen vom Geldautomaten eine Gewaltanwendung vorliegt, durch die der

⁸ BGH NStZ 2019, 726 (727).

⁹ BGH NStZ 2019, 726 (727).

¹⁰ Kühl (Fn. 5), § 242 Rn. 8; Bosch (Fn. 5), § 242 Rn. 22; Wittig (Fn. 5), § 242 Rn. 10; ausführlich dazu Hecker, JuS 2015, 276.

¹¹ So die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung, vgl. BGH NJW 1961, 2266; BGH NJW 1968, 2069 (2070); BGH NJW 1970, 1196 (1197).

¹² BGH NStZ 2019, 726 (727).

¹³ BGH NStZ 2019, 726 (727).

¹⁴ Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Fn. 7), § 13 Rn. 53.

¹⁵ BGH NJW 2018, 245.

¹⁶ BGH NJW 2018, 245.

¹⁷ BGH NStZ 2019, 726 (727).

¹⁸ BGH NStZ 2019, 726 (727 f.).

¹⁹ BGH NStZ 2019, 726 (728).

²⁰ BGH NStZ 2019, 726 (728).

Kunde gezwungen wurde, die Eingabe des Auszahlungsbetrags sowie die Entnahme der Geldscheine zu dulden. Der Vermögensschaden sei in der Belastung des Kontos zu sehen, deren entsprechenden Gegenwert der Kunde in Form der zur Übereignung angebotenen Geldscheine nicht mehr erlangen konnte²¹. Der 2. *Strafsenat* geht bei seiner Würdigung auch davon aus, dass im Fall der Erpressung eine Vermögensverfügung des Opfers als Nötigungserfolg nicht erforderlich sei²².

Der 3. *Strafsenat* hingegen bejaht einen Gewahrsamsbruch²³. Im Ergebnis sieht er daher eine Strafbarkeit wegen Raubes (§ 249 StGB) zum Nachteil des Geldinstituts bzw. wegen Diebstahls (§ 242 StGB) in den Fällen in denen eine Gewaltanwendung ausblieb.

III. Rechtliche Würdigung

Die zentrale Frage, in der sich der 2. und der 3. *Strafsenat* gegenüberstehen, ist die des Gewahrsamsbruchs durch Entnahme der Geldscheine aus dem Ausgabefach des Geldautomaten. Anders als der 2. *Strafsenat* geht der 3. *Strafsenat* davon aus, dass der Wille des Geldinstituts bezüglich des Übergangs des Gewahrsams an den ausgegebenen Geldscheinen auf die Person beschränkt ist, die sich zuvor durch die Eingabe von Geldkarte und PIN legitimiert hat. Geht man mit der weit vertretenen Ansicht davon aus, dass das Einverständnis des bisherigen Gewahrsamsinhabers bezüglich des Gewahrsamsübergangs unter einer objektiven Bedingung stehen kann²⁴, ist festzustellen, dass die Begründung des 3. *Strafsenats* und das Abstellen auf die objektiv-faktischen Umstände des Eingebens der Geldkarte und der PIN sich jedenfalls in diesem Rahmen hält²⁵. Der Beschluss betont ausdrücklich, dass es nicht darum gehe, den Willen des Geldinstituts an die Frage der materiellen Berechtigung zur Geldabhebung zu knüpfen²⁶.

Zu klären ist also für den Fall der Abhebung am Geldautomaten, wie weit der antizipierte Wille des Geldinstituts zur Übertragung des Gewahrsams an den Geldscheinen in personeller Hinsicht reicht. Realitätsfern wäre in diesem Zusammenhang jedenfalls die Annahme, dass es für das Geldinstitut bedeutungslos sei, auf wen der Gewahrsam am bereit-

gestellten Geld letztlich übergeht²⁷ und man insofern ein Einverständnis gegenüber jedem beliebigen Dritten unterstellen würde. Dafür spricht, dass heutzutage nahezu alle Geldautomaten über eine Funktion verfügen, die nach einem Zeitraum von ca. 20 bis 30 Sekunden automatisch den Rücktransport der Geldscheine in den Innenraum des Automaten veranlasst, wenn der Abhebende deren Entnahme vergessen hat. Auf diese Weise soll verhindert werden, dass ein am Abhebevorgang nicht beteiligter Dritter – in der Regel wird es sich um den nachfolgenden Automatenutzer handeln – die betreffenden Geldscheine an sich nehmen und somit Gewahrsam an diesen begründen kann.

Dies stellt der 2. *Strafsenat* auch nicht in Frage, indem er anerkennt, dass aufgrund der vorliegend erfüllten Bedingung der technisch ordnungsgemäßen Bedienung, an der der Täter durch Eingabe des Auszahlungsbetrags mitgewirkt hat, die Entnahme der Geldscheine aus dem Geldausgabefach des Automaten *durch den Täter* mit dem Einverständnis des Geldinstituts erfolgte²⁸. Die bloße Mitwirkung an der technisch ordnungsgemäßen Bedienung des Geldautomaten will der 3. *Strafsenat* allerdings nicht ausreichen lassen und schlägt eine Restriktion des Einverständnisses auf diejenige Person vor, die sich durch Eingabe von Geldkarte und PIN legitimiert und dadurch den Abhebevorgang initiiert hat²⁹. Betrachtet man die einzelnen Schritte der Geldabhebung am Automaten, stellt sich die Eingabe der Geldkarte und der PIN als zentral und unverzichtbar für die technisch ordnungsgemäße Initiierung des Vorgangs dar. Nur wenn die Eingabe der Geldkarte und der dazu passenden PIN erfolgt ist, gilt die betreffende Person als legitimiert und kann die Abhebung fortsetzen. Demgegenüber kommt der schlichten Eingabe des Auszahlungsbetrags eine untergeordnete Bedeutung zu. Zwar ist auch dieser Schritt grundsätzlich erforderlich dafür, dass es zur Ausgabe des Geldes kommt. Jedoch führt ein Fehler hier allenfalls zur Ausgabe eines anderen als des gewünschten Betrags, nicht aber zum Abbruch des Vorgangs insgesamt. Damit ist der Standpunkt, dass allein die Eingabe des Auszahlungsbetrags für die Annahme einer insgesamt technisch ordnungsgemäßen Bedienung nicht ausreichen kann, sondern es diesbezüglich auf die Legitimierung durch die Eingabe von Geldkarte und PIN ankommt, überzeugend und entspricht der Lebensrealität. Zutreffend ist in diesem Zusammenhang auch der Hinweis darauf, dass einige Geldautomaten gerade so programmiert sind, dass nach der Eingabe der Geldkarte zunächst der Betrag ausgewählt werden muss und erst im Anschluss daran die PIN einzugeben ist, um sicherzustellen, dass die Auszahlung tatsächlich an denjenigen erfolgt, der sich legitimieren kann³⁰. Darüber hinaus wäre an die Übertragung des Gewahrsams auf einen Dritten nur dann zu denken, wenn es sich um eine Begleitperson handelt

²¹ BGH NJW 2018, 245.

²² BGH NJW 2018, 245.

²³ BGH NStZ 2019, 726 (728).

²⁴ Zur Gewahrsamsübertragung unter objektiver Bedingung BGHSt 35, 152 (158 ff.); BGH NJW 1992, 445; *Kühl* (Fn. 5), § 242 Rn. 14; *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 242 Rn. 99 ff.; *Kindhäuser*, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 242 Rn. 49, 51; *Bosch* (Fn. 5), § 242 Rn. 36a; *Wittig* (Fn. 5), § 242 Rn. 22.4; kritisch *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgen-dorf* (Fn. 7), § 13 Rn. 55 f.

²⁵ Mit Kritik an der Begründung des 3. *Strafsenats* allerdings *Krell*, NStZ 2019, 728 (729).

²⁶ BGH NStZ 2019, 726 (727).

²⁷ In diesem Sinn auch *Busching*, jurisPR-ITR 24/2018 Anm. 5; *El-Ghazi*, jurisPR-StrafR 6/2018 Anm. 1; *Wäßmer*, HRRS 2020, 25 (27).

²⁸ BGH NJW 2018, 245.

²⁹ BGH NStZ 2019, 726 (727 f.).

³⁰ Siehe *Wäßmer*, HRRS 2020, 25 (27).

und diese das Geld mit dem erkennbaren Einverständnis des Legitimierten aus dem Automaten entnimmt³¹.

Mit der Frage der etwaigen Verwirklichung eines Computerbetrugs (§ 263a StGB) hat sich der 3. *Strafsenat* nicht mehr auseinandergesetzt. Naheliegender wäre in der vorliegenden Konstellation auch allenfalls die Alternative der „sonstigen unbefugten Einwirkung auf den Ablauf“ (§ 263a Abs. 1 Var. 4 StGB), nämlich durch die Eingabe des Auszahlungsbetrags, gewesen. Da Diebstahl und Raub als Fremdschädigungsdelikte einerseits und Betrug und Computerbetrug als Selbstschädigungsdelikte andererseits hinsichtlich desselben Vorgangs in einem Exklusivitätsverhältnis stehen, blieb für eine Strafbarkeit wegen Computerbetrugs hier allerdings kein Raum³².

IV. Fazit

Mit der vom 3. *Strafsenat* vorgeschlagenen, auf einer Legitimation basierenden, personellen Restriktion wird allein auf nach außen hin erkennbare Merkmale – nämlich die Eingabe von Geldkarte und PIN in den Geldautomaten – abgestellt, die essentiell notwendige Voraussetzung für eine korrekte technische Funktionsweise des Geldautomaten beim Vorgang des Geldabhebens sind. Der Ansatz bewegt sich damit innerhalb der Auffassung, die es als zulässig erachtet, den Willen zur Gewahrsamsübertragung an den ausgegebenen Geldschein unter die objektive Bedingung der technisch ordnungsgemäßen Bedienung des Geldautomaten zu stellen. Das Kriterium einer derartigen Legitimation ist freilich nicht dazu geeignet, diejenigen Fälle zu erfassen, in denen Abhebungen mit gefälschten oder gestohlenen Geldkarten durch Unbefugte erfolgen. Auch im Hinblick auf den praxisrelevanten Fall der Entnahme im Ausgabefach des Geldautomaten vergessenen Geldes durch einen unberechtigten Dritten bedarf es des Abstellens auf eine Legitimation nicht, um eine Strafbarkeit wegen Diebstahls zu begründen³³. Jedoch konkretisiert der Ansatz des 3. *Strafsenats* – der Realität entsprechend – die Anforderungen, die an das antizipierte Einverständnis des Geldinstituts im Rahmen einer automatisierten Geldausgabe zu stellen sind, und führt damit zu einer zustimmungswürdigen Fortbildung der Rechtsprechung im Bereich des Geldautomatenmissbrauchs.

Dr. Martin Piazena, Tbilisi/Georgien

³¹ *Jäger*, JA 2020, 66 (68); *Waßmer*, HRRS 2020, 25 (27).

³² So auch *Jäger*, JA 2020, 66 (69). Zum tatbestandlichen Exklusivitätsverhältnis von Diebstahl und Betrug u.a. BGH NJW 1962, 1211 (1212); BGHSt 41, 198 (201); sowie aus der Literatur *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Fn. 7), § 20 Rn. 70.

³³ Da der Täter hier regelmäßig überhaupt nicht an der Bedienung des Geldautomaten mitgewirkt hat, kann sich ein entsprechendes Einverständnis des Geldinstituts auch nicht auf ihn beziehen.

Entscheidungsanmerkung

Brandstiftung zum Zwecke des Versicherungsbetruges in einem gemischt-genutzten Gebäude

Die Voraussetzungen einer besonders schweren Brandstiftung gemäß § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB sind auch dann erfüllt, wenn die Brandlegung zum Zweck eines Betruges zum Nachteil einer Versicherung begangen wird. Dies setzt voraus, dass der Täter darum weiß, dass auf die erstrebte Versicherungsleistung kein Anspruch besteht oder er dies zumindest irrig annimmt, denn auch in diesem Fall läge in der Schadensmeldung bei der Versicherung ein versuchter Betrug. (Leitsatz der Verf.)

StGB §§ 211, 306a Abs. 1 Nr. 1, 306b Abs. 2 Nr. 2
VVG § 81 Abs. 1

BGH, Beschl. v. 11.2.2020 – 4 StR 652/19¹

I. Sachverhalt (vereinfacht)

Der sich in einer schwierigen finanziellen Lage befindende T eröffnet mit seiner Verlobten V ein Café. Dieses befindet sich im Erdgeschoss eines dreigeschossigen Wohn- und Geschäftshauses, das Teil einer Häuserzeile in geschlossener Bauweise ist. Für das Inventar besteht eine Versicherung über 25.000 Euro, Versicherungsnehmerin ist nur die V. Um die Versicherungssumme zu kassieren, legt T gegen 0:40 Uhr mit Hilfe eines Brandbeschleunigers ein Feuer in einem Nebenraum des Cafés. Dabei ist ihm bewusst, dass die Wohnungen in den Obergeschossen bewohnt sind und geht davon aus, dass die Bewohner „zumindest teilweise“ nicht mit einem Angriff auf ihr Leben rechnen. Deren möglichen Tod sowie ein Übergreifen des Feuers und eine Rauchgasentwicklung nimmt er billigend in Kauf. Zum Zeitpunkt der Brandlegung befinden sich elf Personen im Haus. Der Brand breitet sich in den Verkaufsraum aus, es besteht die Gefahr einer Brandübertragung auf das Obergeschoss über die Außenfassade. Dies sowie das bevorstehende Durchbrennen der hölzernen Zwischendecke kann von der eintreffenden Feuerwehr verhindert werden. Die Bewohner können evakuiert werden und bleiben unverletzt. T meldet den Schaden noch am selben Tag der Versicherung. V reicht eine Schadensliste ein, an der Tat selbst ist sie aber nicht beteiligt. Die Versicherung zahlt die Summe nicht aus.

II. Einführung in die Problematik

Die vorliegende Entscheidung bietet eine gute Gelegenheit, um sich mit klausurrelevanten Fragen aus dem Bereich der Brandstiftungsdelikte auseinanderzusetzen. Neben dem Verständnis der Ermöglichungsabsicht i.S.d. § 306 Abs. 2 Nr. 2

StGB bietet der Beschluss über den eigentlichen Entscheidungsgegenstand hinaus auch Anlass, die Problematik der gemischt-genutzten Gebäude sowie das Verständnis der Ermöglichungsabsicht i.S.d. § 211 Abs. 2 StGB aufzugreifen.

1. Probleme der Brandstiftungsdelikte

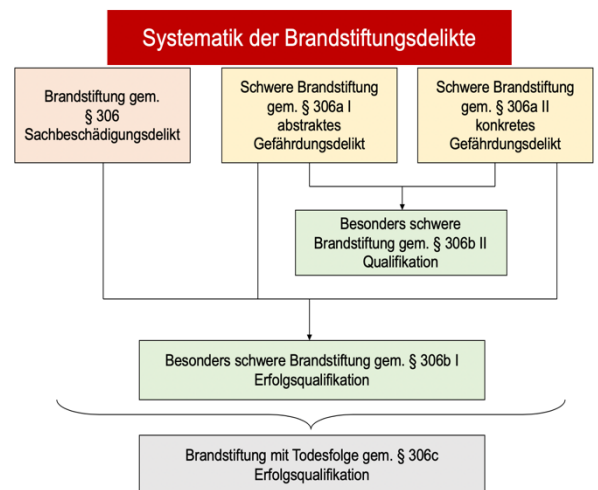
a) Allgemeines

Bosch formulierte: „Die Systematik der Brandstiftungsdelikte ist das Produkt eines der ‚dunkelsten Kapitel‘ jüngerer Strafrechtsreformbemühungen.“² Die Brandstiftungstatbestände gehören zu denjenigen Delikten des Kernstrafrechts, die sowohl inhaltlich als auch systematisch mit am schwierigsten zu handhaben sind. Das liegt an ihrem umfangreichen und zum Teil nur schwer durchsichtigen Regelungsgefüge.

Ein kurzer Überblick:

- Einfache Brandstiftung gem. § 306 StGB
- Schwere Brandstiftung gem. § 306a StGB
- Besonders schwere Brandstiftung gem. § 306b StGB
- Brandstiftung mit Todesfolge gem. § 306c StGB
- Fahrlässige Brandstiftung gem. § 306d StGB
- Tätige Reue gem. § 306e StGB
- Herbeiführung einer Brandgefahr gem. § 306f StGB

Die Systematik und damit die Handhabung der Brandstiftungsdelikte ist deswegen so kompliziert, weil nicht auf den ersten Blick erkennbar ist, in welchem Verhältnis die Tatbestände zueinanderstehen. Die einfache Brandstiftung ist nicht notwendigerweise der Grundtatbestand für die schwere oder besonders schwere Brandstiftung, wie folgende Grafik illustriert.



Die allgemeine Prüfungsregel: „Dickschiffe nach vorn!“ ist bei den Brandstiftungsdelikten sehr fehleranfällig. Daher sollte nicht mit der Prüfung des schwersten Deliktes begonnen werden. Vielmehr sollte man die Prüfung mit § 306 StGB beginnen und sich dann Schritt für Schritt „hocharbeiten“.

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=523ab340dc45cba5edd3fbd20b630774&nr=104526&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf> (11.5.2020) und in BeckRS 2020, 3641.

² Bosch, JA 2007, 743.

ten“. Soweit sich Tatbestandsmerkmale überschneiden, kann darauf verwiesen werden.

b) Inbrandsetzen von gemischt-genutzten Gebäuden

T hat den Brand gelegt, um die Versicherungssumme auszahlt zu bekommen.

Insoweit kommt eine Strafbarkeit nach § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB in Betracht. 306b Abs. 2 StGB ist aber lediglich eine Qualifikation der schweren Brandstiftung nach § 306a StGB und gerade nicht der einfachen Brandstiftung nach § 306 StGB. Eine Strafbarkeit nach § 306a Abs. 2 StGB scheidet hier mangels Gefahr einer Gesundheitsschädigung für andere Menschen aus. Daher kommt eine Strafbarkeit nach § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB nur in Betracht, wenn T eines der in § 306a Abs. 1 Nrn. 1–3 StGB aufgezählten Tatobjekte in Brand gesetzt oder durch Brandstiftung zerstört hat.

Das Problem, auf das der vorliegende Beschluss mit keinem Wort eingeht, besteht darin, dass T nur den Teil des Gebäudes in Brand gesetzt hat, der nicht als Wohnung benutzt wurde und bei dem zum Tatzeitpunkt die Tatobjekteigenschaft (Nr. 3) gerade nicht vorlag. Man spricht von sog. gemischt-genutzten Gebäuden.³

Probleme treten bei gemischt-genutzten Gebäuden in rechtlicher Hinsicht nur dann auf, wenn gerade der Teil des Gebäudes vom Brand erfasst ist, bei dem zum Tatzeitpunkt die Tatobjekteigenschaft gerade nicht vorliegt⁴ und es sich um ein sog. einheitliches Gebäude handelt.⁵ Liegt kein einheitliches Gebäude vor, dann ist es nach keiner Ansicht ausreichend, wenn der Teil des Gebäudes vom Brand erfasst wird, bei dem zum Tatzeitpunkt die Tatobjekteigenschaft gerade nicht vorliegt.

Die Einheitlichkeit des Tatobjekts richtet sich nach der für die Brandübertragung bzw. -entwicklung relevanten baulichen Beschaffenheit des Objekts.⁶ Für die Einheitlichkeit des Gebäudes sprechen insbesondere solche baulichen Gegebenheiten des Objekts, die eine Weiterverbreitung des Brandes gerade begünstigen. Die räumliche Nähe allein ist nicht ausreichend.

Unter welchen Voraussetzungen bei baulicher Einheitlichkeit des Objekts Vollendung der schweren Brandstiftung in Konstellationen der Mischnutzung eintritt, hängt davon ab, welche der beiden Tathandlungen – Inbrandsetzen oder durch Brandlegung zerstören – einschlägig ist.

Für eine ganze – oder wenigstens teilweise – Zerstörung durch Brandlegung wird der Eintritt des Zerstörungserfolges bei Tatobjekten mit Mischnutzung in einem solchen Teil verlangt, dessen Nutzung (meist die Wohnnutzung) die Tatobjekteigenschaft begründet. Eine teilweise Zerstörung eines

Wohngebäudes durch Brandlegung kann also nur dann vorliegen, wenn ein zum selbstständigen Gebrauch bestimmter Teil des einheitlichen Gebäudes, also eine „zum Wohnen bestimmte Untereinheit“ durch die Brandlegung zum Wohnen nach dem allgemein für die Tathandlung geltenden Maßstab unbrauchbar geworden ist.⁷

Bei einem Inbrandsetzen reicht es hingegen aus, dass wesentliche Teile selbstständig brennen.⁸ Es geht nicht um die Unbrauchbarkeit einer „Zweckseinheit“. Insoweit könnte man meinen, dass es ausreicht, dass überhaupt ein wesentlicher Bestandteil eines gemischt-genutzten Gebäudes selbstständig vom Feuer ergriffen ist. Handelt es sich dabei nicht um einen Bestandteil, der die Tatobjektsqualität aufweist, könnte es genügen, wenn ein *Ausbreiten* des Brandes auf diese Teile *nicht auszuschließen* ist. Maßgeblich wäre dann die Gefahr eines Übergriffes.⁹

c) Ermöglichungsabsicht i.S.d. § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB

Nach § 306 Abs. 2 Nr. 2 StGB wird die Tat zu einer besonders schweren Brandstiftung qualifiziert, wenn der Täter in der Absicht handelt, eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken.

Sowohl die Ermöglichungs- als auch die Verdeckungsabsicht sind dadurch gekennzeichnet, dass sie die Brandstiftungshandlung mit einer anderen Straftat verbinden. Der Täter verknüpft das (Brandstiftungs-)Unrecht mit weiterem Unrecht.¹⁰

Von einer anderen Straftat (des Täters oder eines Dritten) kann nur gesprochen werden, wenn der Brandstifter nach seiner Vorstellung bereits im Zeitpunkt der Vornahme der Brandstiftungshandlung eine weitere, von dieser verschiedene und auf die Verwirklichung der anderen Straftat abzielende Handlung ermöglichen oder auch nur erleichtern will. Ist die Brandstiftung dagegen kein funktionales Mittel zur Verwirklichung weiteren Unrechts, sondern erschöpft sie sich vollständig in der Begehung des gleichzeitig vollzogenen Deliktes, dann ist die Ermöglichungsabsicht zu verneinen. Dementsprechend ist der Versicherungsmissbrauch gem. § 265 StGB, der sich in der Brandstiftung an dem gegen Feuer versicherten Tatobjekt erschöpft, keine andere Straftat i.S.d. § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB.¹¹ Auch durch § 306a StGB verwirklichte weitere Sachbeschädigungen gem. § 303 StGB am Inventar sind keine zu ermöglichenden „anderen“ Strafta-

³ v. Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Stragesetzbuch, 45. Ed., 1.2.2020, § 306a Rn. 7.

⁴ v. Heintschel-Heinegg (Fn. 3), § 306a Rn. 13.

⁵ Radtke, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Stragesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 306a Rn. 32; Heger, in: Lackner/Kühl, Stragesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 306a Rn. 2.

⁶ BGHSt 34, 115 (117); BGH NStZ 2011, 214.

⁷ BGH NJW 2011, 2148 (2149); Kargl, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Stragesetzbuch, Kommentar, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 306a Rn. 16; Heine/Bosch, in: Schönke/Schröder, Stragesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 306a Rn. 11.

⁸ Radtke (Fn. 5), § 306 Rn. 51.

⁹ So die st. Rspr., BGH NStZ 2000, 197 (198); BGH NStZ-RR 2010, 279; BGH NStZ 2010, 452; BGH NStZ-RR 2012, 309; BGH NStZ-RR 2017, 375.

¹⁰ Radtke (Fn. 5), § 306b Rn. 20; BGHSt 45, 211 (214); BGH NJW 2000, 3581 (3582).

¹¹ Heger (Fn. 5), § 306b Rn. 4; BGH m. zust. Anm. Radtke NStZ 2007, 640 (642).

ten.¹² Dies muss auch gelten, wenn die Brandstiftungshandlung zugleich die Tötungshandlung darstellt. Der Brand ermöglicht in diesem Fall kein weiteres Unrecht einer anderen Straftat, sondern erschöpft sich vollständig in der Begehung des Brandstiftungsdeliktes.

Angesichts der hohen Strafdrohung (nicht unter fünf Jahren Freiheitsstrafe), stellt sich die Frage, ob die Vorschrift nicht dahingehend restriktiv auszulegen ist, dass gerade die spezifischen Auswirkungen der Gemeingefahr die Begehung der anderen Tat nach der Vorstellung des Täters begünstigen müssen. Dies wiederum könnte einen engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhang zwischen der Brandsituation und der geplanten weiteren Straftat erfordern.¹³ Dies könnte problematisch sein, wenn der Brand gelegt wurde, um später die Versicherung gem. § 263 StGB zu betrügen.

Mit Blick auf die zu ermöglichende Straftat stellt sich aber im vorliegenden Fall die Frage, ob eine solche überhaupt vorliegt. Denn es ist durchaus zweifelhaft, ob T eine betrügerische Inanspruchnahme des Versicherers beabsichtigte. Das hängt vor allem von der Frage ab, ob die Versicherung der V infolge der vorsätzlichen Brandlegung durch T von ihrer Einstandspflicht nach § 81 Abs. 1 VVG frei geworden ist. Besteht eine Zahlungspflicht, entfiele zumindest die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung des § 263 StGB.

Da es sich um ein subjektives Tatbestandsmerkmal handelt, muss die zu ermöglichende andere Tat tatsächlich nicht begangen werden. Maßgeblich ist allein, dass der Täter sich die Umstände vorstellt, die die zu ermöglichende Tat begründen. Ein Irrtum des Täters über tatsächliche Umstände schließt seine Ermöglichungsabsicht also nicht aus.

Nach verbreiteter Ansicht soll es genügen, wenn der Täter eine nicht strafbare Handlung irrtümlich für strafbar hält.¹⁴

2. Bedingter Tötungsvorsatz und Ermöglichungsabsicht i.S.d. § 211 Abs. 2 StGB

Auch bei der Ermöglichungsabsicht nach § 211 Abs. 2 StGB muss die Tötung der Ermöglichung einer anderen Straftat dienen. Nicht erforderlich ist, dass die Tötung des Opfers ein „notwendiges“ Mittel zur Begehung der anderen Straftat darstellt. Das Mordmerkmal liegt auch vor, wenn dem Täter bewusst ist, sein Ziel auch auf andere Weise erreichen zu können.¹⁵ Verfolgt der Täter mit dem Tötungsdelikt zugleich weitere Zwecke, steht dies der Bejahung des Mordmerkmals nicht entgegen, sofern die Ermöglichungsabsicht innerhalb

eines Motivbündels den bewusstseinsdominanten, handlungsleitenden Beweggrund darstellt.¹⁶

Für die auf Ermöglichung einer anderen Tat gerichtete Absicht ist zielgerichtetes Handeln erforderlich.¹⁷ Nicht erforderlich ist danach, dass die andere Straftat gerade durch den Tötungserfolg erreicht werden muss. Es genügt, wenn der Täter mit Hilfe der Tötungshandlung die andere Straftat ermöglichen will. Kommt es auf den instrumentellen Einsatz nicht des Tötungserfolgs, sondern „lediglich“ der Tötungshandlung an, so kann die Tat auch mit bedingtem Tötungsvorsatz begangen werden.¹⁸

III. Die Entscheidung

Die Vorinstanz, das LG Dortmund, hatte T unter anderem wegen versuchten Mordes in elf tateinheitlichen Fällen in Tateinheit mit besonders schwerer Brandstiftung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Jahren und neun Monaten verurteilt. Es nahm dabei die Mordmerkmale Heimtücke, Habgier, Ermöglichungsabsicht und gemeingefährliche Mittel an und sah die schwere Brandstiftung ebenfalls wegen Ermöglichungsabsicht gem. § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB qualifiziert. Die zu ermöglichende Straftat sei hierbei der Betrug seiner Verlobten gem. § 263 Abs. 1 StGB zu Lasten der Versicherung gewesen.

Der 4. Strafsenat des BGH hat dieses Urteil durch Beschluss aufgehoben und an das LG zurückverwiesen.

Im Mittelpunkt der Entscheidung stehen die Ausführungen zur Ermöglichungsabsicht i.S.d. § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB. Diese sieht der BGH durch die landgerichtlichen Feststellungen nicht als ausreichend belegt an. Zwar sei es grundsätzlich möglich, den § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB durch Brandlegung zum Zwecke eines Versicherungsbetrugs zu begehen, erforderlich sei aber, dass der Täter entweder weiß oder irrig annimmt, dass auf die Zahlung der Versicherungssumme kein Anspruch bestehe. Der BGH gibt zu bedenken, dass sich aus dem Urteil des LG nicht ergebe, dass die Versicherung von ihrer Leistungspflicht gegenüber V frei geworden sei und deutet damit – freilich auch ohne dies ausdrücklich zu benennen – an, dass die Rechtswidrigkeit der Bereicherung einer ggf. zu ermöglichenden Betrugsstraftat entfalle.

Gem. § 81 Abs. 1 VVG sei das dann der Fall, wenn die Versicherungsnehmerin den Versicherungsfall vorsätzlich herbeiführt. Der BGH führt aus: „Nach § 81 Abs. 1 VVG ist der Versicherer nicht zur Leistung verpflichtet, wenn der Versicherungsnehmer vorsätzlich den Versicherungsfall herbeigeführt hat. Dabei muss sich der Versicherungsnehmer auch das Verhalten seiner mit der Risikoverwaltung betrauten Repräsentanten zurechnen lassen. Repräsentant in diesem Sinne ist, wer in dem Geschäftsbereich, zu dem das versicherte Risiko gehört, auf Grund eines Vertretungs- oder ähnlichen Verhält-

¹² BGH NJW 2007, 2130 (2131).

¹³ Kargl (Fn. 7), § 306b Rn. 8 m.w.N.; abl. BGH NSTZ-RR 2004, 366 (367).

¹⁴ BGHSt 42, 268 (272 f.); *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Fn. 5), § 263 Rn. 936; *Kühl*, in: Lackner/Kühl (Fn. 5), § 263 Rn. 62.

¹⁵ BGH NSTZ 2015, 693; *Eschelbach*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 3), § 211 Rn. 77; *Neumann/Saliger*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 7), § 211 Rn. 95.

¹⁶ *Schneider*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2019, § 211 Rn. 229; BGH NSTZ-RR 2009, 173 (174).

¹⁷ *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 211 Rn. 35.

¹⁸ *Neumann/Saliger* (Fn. 15), § 211 Rn. 96; BGH NSTZ 2015, 693; BGH NSTZ-RR 2016, 280.

nisses an die Stelle des Versicherungsnehmers getreten ist und darin selbstständig in einem gewissen, nicht ganz unbedeutenden Umfang für den Versicherungsnehmer handeln darf. Die bloße Überlassung der Obhut über die versicherte Sache reicht dafür nicht aus. Ebenso wenig vermögen allein die Ehe oder eine Lebensgemeinschaft mit dem Versicherungsnehmer eine Repräsentantenstellung zu begründen.¹⁹

Den Urteilsgründen des LG könne weder entnommen werden, dass V an der Tat des T beteiligt gewesen sei, noch, dass T Repräsentant unter dem Gesichtspunkt der Risikoverwaltung gewesen sei. Die bloße Überlassung des Café-Schlüssels der V an T reiche dafür nicht aus. Auch die sofortige Anzeige des Schadensfalls durch T spräche nur für eine bloße Vertrags- und nicht für eine Risikoverwaltung. Schließlich gäbe es auch keine Anhaltspunkte, dass T irrig angenommen habe, es bestehe kein Anspruch auf die Versicherungsleistung.

Die Frage einer Strafbarkeit wegen § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB greift der BGH nicht auf und diskutiert dementsprechend nicht, ob das Anzünden eines gemischt-genutzten Gebäudes den für § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB erforderlichen Grundtatbestand nach § 306a StGB erfüllt. Davon geht der Beschluss im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des BGH offenbar stillschweigend aus.

IV. Bewertung der Entscheidung

Mit der neuen Entscheidung bleibt das Gericht sich in allen relevanten Rechtsfragen treu.

1. Inbrandsetzen von gemischt-genutzten Gebäuden

Nach Ansicht der höchststrichterlichen Rechtsprechung, die in diesem Beschluss mit keinem Wort auch nur erwähnt wurde, reicht es bei einheitlichen Gebäuden aus, wenn der Teil brennt, der zwar zum Tatzeitpunkt kein Tatobjekt nach § 306a Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 StGB ist, aber ein Ausbreiten des Brandes auf diese Teile, nicht auszuschließen ist. Maßgeblich ist dann die Gefahr eines Übergreifens. Dagegen lässt sich aber einwenden, dass eine solche Gefahr des Übergreifens versuchstypisch ist. Nach dem Wortlaut des § 306a StGB genügt die Gefahr eines Inbrandsetzens für ein vollendetes Inbrandsetzen gerade nicht. Viel spricht daher dafür, bei beiden Tatbestandsvarianten zu fordern, dass der Taterfolg (Inbrandsetzen oder Brandlegung) bei Tatobjekten mit Mischnutzung bei dem Teil vorliegt, dessen Nutzung die Tatobjektseigenschaft begründet.²⁰

Für den vorliegenden Fall hätte dies allerdings zur Folge, dass man eine Strafbarkeit nach § 306a Abs. 1 StGB verneinen müsste und eine Strafbarkeit nach § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB schon daran scheiterte, dass der erforderliche Grundtatbestand gar nicht erfüllt wäre. Dieser Lösungsweg würde daher die Bearbeitung eines weiteren im Sachverhalt angelegten Problems verschließen und wäre folglich aus klausurtaktischen Gründen nicht unbedingt ratsam. Man kann daher das soeben vorgetragene Argument der „Versuchstypik“ wie-

derum dadurch entkräften, dass man den Blick auf das Rechtsgut des § 306a StGB (Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen vor Brandgefahren²¹) und die Ausgestaltung des § 306a StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt lenkt. Feuer ist ein Tatmittel, das sich nicht absolut verlässlich kontrollieren lässt. Wer Räumlichkeiten eines Mischgebäudes in Brand setzt, gefährdet immer auch die Bewohner, die sich im nicht vom Feuer erfassten Teil des Gebäudes aufgehalten haben.²² Und § 306a StGB will gerade vor diesen abstrakten Gefahren schützen (wobei es natürlich dabei bleibt, dass das eigentliche Tatobjekt nicht in Brand gesetzt wurde).

2. Ermöglichungsabsicht

Die Ausführungen des BGH zur Ermöglichungsabsicht vermögen zu überzeugen.

Zunächst geht das Gericht, allerdings ohne dies ausdrücklich zu erwähnen, offenbar davon aus, dass der Betrug als zu ermöglichende Straftat ganz grundsätzlich in Betracht kommt.

Angesichts der hohen Strafdrohung (nicht unter fünf Jahren Freiheitsstrafe), könnte man die Vorschrift zwar dahingehend restriktiv auslegen, dass gerade die spezifischen Auswirkungen der Gemeingefahr die Begehung der anderen Tat nach der Vorstellung des Täters begünstigen müssten. Dies wiederum könnte einen engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhang zwischen der Brandsituation und der geplanten weiteren Straftat erfordern.²³ Der Wortlaut des § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB sieht ein solches funktionales Verständnis aber nicht vor. Auch das Telos der Norm erfordert nicht zwingend eine restriktive Auslegung. Der Strafgrund der Vorschrift ist die Verknüpfung von Unrecht mit neuem Unrecht. Diese Voraussetzung liegt auch vor, wenn die beabsichtigte Täuschungshandlung gegenüber Mitarbeitern der Brandschutzversicherung erst deutlich nach der Durchführung des Brandstiftungsdeliktes erfolgt.²⁴

Zu Recht geht das Gericht aber davon aus, dass die zu ermöglichende Inanspruchnahme der Versicherung keine Strafbarkeit wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB begründet.

Denn im vorliegenden Fall fehlt es an der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung, auch wenn der BGH dies nicht in dieser Deutlichkeit ausführt. Die erstrebte Auszahlung der Versicherungssumme begründet zwar einen Vermögensvorteil. Anerkannt ist allerdings, dass es an der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung fehlt, wenn der Täter oder der begünstigte Dritte nach bürgerlichem oder öffentlichem Recht einen fälligen und einredefreien Anspruch auf die Leistung hat.²⁵ Nach § 81 Abs. 1 VVG besteht kein Anspruch auf Versicherungsleistungen, wenn der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall vorsätzlich herbeigeführt hat. Problematisch ist im vorliegenden Fall, dass nicht

²¹ Radtke (Fn. 5), § 306a Rn. 4 m.w.N.

²² In diesem Sinne Bachmann, NStZ 2009, 667 (670 f.).

²³ Siehe oben Fn. 13.

²⁴ BGH NStZ-RR 2004, 366 (367); Radtke (Fn. 5), § 306b Rn. 18 f.; vgl. auch Heine/Bosch (Fn. 7), § 306b Rn. 10.

²⁵ BGH NStZ 2010, 391; Kühl (Fn. 14), § 263 Rn. 61; Hefendehl (Fn. 14), § 263 Rn. 922.

¹⁹ BGH, Beschl. v. 11.2.2020 – 4 StR 652/19, Rn. 11 = BeckRS 2020, 3641.

²⁰ Radtke (Fn. 5), § 306a Rn. 37; Heine/Bosch (Fn. 7), § 306a Rn. 11; Kargl (Fn. 7), § 306a Rn. 12.

T, sondern V, die in die Brandstiftung nicht eingeweiht war, die Versicherungsnehmerin i.S.d. § 81 VVG ist und ihr Anspruch nach § 81 VVG nur dann ausgeschlossen wäre, wenn sie sich das Verhalten des T zurechnen lassen müsste. Eine Zurechnung über § 278 BGB scheidet im Versicherungsrecht aus. Stattdessen hat der Versicherungsnehmer nur für das – auch vorsätzliche – Verhalten seiner Repräsentanten wie für eigenes Verhalten einzustehen.²⁶ Die Repräsentantenstellung des T hat der BGH im vorliegenden Fall verneint, weil T letztlich nicht im Rahmen des Versicherungsvertrages selbstständig in einem gewissen, nicht ganz unbedeutenden Umfang für den Versicherungsnehmer handeln durfte. Das bedeutet, die Einstandspflicht der Versicherung blieb bestehen, mit der Folge, dass ein Zahlungsanspruch weiterhin bestand, der aber die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung i.S.d. § 263 StGB ausschließt. Der Betrug scheidet damit als zu ermöglichende Straftat aus.

Gleiches gilt zu Recht für die hier ebenfalls vorliegende Strafbarkeit wegen Versicherungsbetrugs gem. § 265 StGB sowie den Mord gem. § 211 StGB. Denn insoweit ist die Brandstiftung kein funktionales Mittel zur Verwirklichung weiteren Unrechts, sondern erschöpft sich vollständig in der Begehung des gleichzeitig vollzogenen Deliktes.

Aus demselben Grund ist der BGH zu Recht davon ausgegangen, dass eine Ermöglichungsabsicht i.S.d. § 211 Abs. 2 StGB ausscheidet. Zur Recht bleibt es allerdings bei der Strafbarkeit wegen versuchten Mordes aus Heimtücke und Habgier.

Nicht zu überzeugen vermag dagegen die Andeutung des Gerichts, dass bei einer irrigen Annahme einer Betrugsstrafbarkeit die Ermöglichungsabsicht bejaht werden könnte.

Grundsätzlich ist auf der Tatbestandsebene eine generalisierende Betrachtung zugrunde zu legen. Der Zusammenhang zwischen der Tötung und einer anderen „Straftat“ muss somit objektiv-funktional verstanden werden und nicht subjektiv-intentional.²⁷ Geht der Täter zu seinen Ungunsten davon aus, dass ein tatsächlich strafloses Verhalten strafbar ist, entspricht dieser Irrtum über rechtliche Umstände wertungsmäßig einem straflosen Wahndelikt, das der Täter ermöglichen will. Dies kann letztlich nicht zur Annahme einer Strafbarkeit führen.²⁸

V. Fazit und Ausblick

Brandstiftungs-, Tötungsdelikte sowie der Betrug gehören zum absoluten Standard des Prüfungsrepertoires. Die vorliegende Entscheidung bringt insofern wenig „Neues“, bestätigt jedoch die höchstrichterliche Rechtsprechung, ist daher zur

Wiederholung des Stoffes gut geeignet und drängt sich für eine Verwertung im Prüfungszusammenhang auf.

Der Fall macht mit Blick auf die gemischt-genutzten Gebäude deutlich, dass es bei einer Klausurlösung ratsam sein kann, die dogmatische Brille durch eine klausurtaktische einzutauschen.

Um eine Inzidenzprüfung der Strafbarkeit nach § 263 Abs. 1 StGB im Rahmen der nach § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB und § 211 Abs. 2 StGB zu prüfenden Ermöglichungsabsicht zu vermeiden, kann es sich anbieten, die Prüfung der Strafbarkeit wegen versuchten Betruges gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 StGB vorzuziehen. Das verstößt zwar gegen die Regel „Dickschiffe nach vorn“, erhöht aber die Übersichtlichkeit der Prüfungsstruktur. Ob das bei jeder Prüferin oder jedem Prüfer auf Gefallen stößt, kann allerdings nicht versprochen werden.

Prof. Dr. Janique Brüning, Wiss. Mitarbeiter Lasse Quarck, Kiel

²⁶ BGH, Beschl. v. 22.4.2008 – 3 StR 74/08 = BeckRS 2008, 10167; *Karczewski*, in: Rüffer/Halbach/Schimikowski (Hrsg.), *Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar*, 4. Aufl. 2020, § 81 Rn. 67 f.; *Langheid*, in: *Langheid/Rixecker, Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar*, 6. Aufl. 2019, § 81 Rn. 19 ff.

²⁷ *Neumann/Saliger* (Fn. 15), § 211 Rn. 93, vgl. hier auch Fn. 401.

²⁸ *Neumann/Saliger* (Fn. 15), § 211 Rn. 93; a.A. *Kühl* (Fn. 14), § 211 Rn. 12; *Schneider* (Fn. 16), § 211 Rn. 259.

Entscheidungsanmerkung

Konkurrenzen und Strafklageverbrauch bei gleichzeitig verwirklichten Besitzdelikten

1. Führt der Täter gleichzeitig einen – einen Verstoß gegen das Waffengesetz begründenden – Schlagring als auch Betäubungsmittel in Taschen der von ihm am Körper getragenen Jacke mit sich, kann (auch) ein funktionaler Zusammenhang der Tathandlungen naheliegend und es daher geboten sein, beide Vorwürfe als zueinander im Verhältnis der Tateinheit gemäß § 52 StGB stehend und das gesamte Geschehen als eine einheitliche prozessuale Tat im Sinne des § 264 StPO anzusehen.

2. In dieser Konstellation begründet die gesonderte Aburteilung des Verstoßes gegen das Waffengesetz hinsichtlich des Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz das Verfahrenshindernis des Strafklageverbrauchs.

(Amtliche Leitsätze)

GG Art. 103 Abs. 3

StGB §§ 52, 53

StPO § 264

OLG Hamm, Urt. v. 13.2.2018 – 1 RVs 100/17¹

I. Einführung

Dem Strafverfahrensrecht fällt eine komplexe Aufgabe innerhalb der Rechtsordnung zu. Einerseits soll es die Rahmenbedingungen schaffen, um den staatlichen Strafanspruch zu verwirklichen und somit deutlich zu machen, dass das materielle Strafrecht keine leere Drohung ist. Gleichzeitig muss es aber auch sicherstellen, dass die jedem Menschen zustehenden (Grund- und Menschen-)Rechte des Beschuldigten gewahrt werden; in einem liberalen Rechtsstaat darf es gerade keine „Wahrheitserforschung um jeden Preis“ geben. Der Gesetzgeber muss einen ausgewogenen Mittelweg zwischen diesen beiden gegensätzlichen Polen finden, damit strafgerichtliche Entscheidungen legitim sein und Akzeptanz erfahren können und so Rechtsfrieden hergestellt werden kann.²

Teil dieses Spannungsverhältnisses ist der in Art. 103 Abs. 3 GG verankerte Grundsatz „ne bis in idem“ (lat.: nicht zweimal in derselben Angelegenheit). Danach darf „wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze [nie-mals] mehrmals bestraft werden“. Entgegen der scheinbar eindeutigen Formulierung geht der Inhalt dieser Vorschrift in zweierlei Hinsicht über ein „Doppelbestrafungsverbot“ hinaus.³ So ist zum einen nicht nur die Verhängung und Vollstreckung einer zweiten Strafe untersagt, sondern bereits eine

erneute Verfolgung. Zum anderen gilt das Verfolgungsverbot auch dann, wenn die betreffende Person im ersten Verfahren nicht verurteilt, sondern vielmehr rechtskräftig freigesprochen wurde. Wurde also über die Tat bereits einmal rechtskräftig entschieden, darf kein weiteres Verfahren diesbezüglich durchgeführt werden. Vielmehr liegt ein Verfahrenshindernis vor (sog. Strafklageverbrauch), weshalb das Verfahren einzustellen ist.

Voraussetzung dafür ist aber, dass es in dem zweiten Verfahren um dieselbe „Tat“ geht wie im ersten. Ob dies der Fall ist, ist aber oftmals nicht ohne weiteres zu beantworten, weil der Begriff der „Tat“ nicht eindeutig ist. Um dieses Problem geht es auch in der zu behandelnden Entscheidung.

II. Sachverhalt und Entscheidung

Am 3.3.2017 wurde der spätere Angeklagte im Straßenverkehr von der Polizei kontrolliert. Dabei stellte sich heraus, dass er ohne entsprechende Erlaubnis im Besitz von Marihuana (strafbar gem. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BtMG) sowie eines Schlagrings (strafbar gem. § 52 Abs. 3 Nr. 1 WaffG) war; die Gegenstände befanden sich in der Jacke, die er trug.

Im Zuge der nachfolgenden Strafverfolgung wurden in Bezug auf beide Delikte jeweils unterschiedliche Aktenzeichen vergeben und zwei getrennte Verfahren betrieben. Am 2.7.2017 erließ das AG Hamm einen Strafbefehl wegen des Verstoßes gegen das Waffengesetz, der am 20.7.2017 rechtskräftig wurde.

Parallel dazu erhob die Staatsanwaltschaft mit Anklageschrift vom 25.4.2017 Anklage wegen des Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz. Mit Beschluss vom 7.6.2017 eröffnete der Strafrichter beim AG Hamm das Verfahren. Nachdem der rechtskräftige Strafbefehl bekannt geworden war, stellte er das Verfahren wegen Strafklageverbrauchs ein.

Hinweis: Das AG Hamm stützte das Urteil im Tenor fälschlicherweise auf § 206a StPO. Diese Vorschrift regelt allerdings die Einstellung wegen eines (dauerhaften) Verfahrenshindernisses außerhalb der Hauptverhandlung durch Beschluss. Die Hauptverhandlung hatte indes bereits begonnen und die Einstellung erfolgte richtigerweise durch Urteil, weshalb die korrekte Rechtsgrundlage § 260 Abs. 3 StPO gewesen wäre, worauf der Senat zutreffend hinweist.⁴

Gegen das einstellende Urteil ging die Staatsanwaltschaft mit dem Rechtsmittel der Revision vor. Der 1. Strafsenat des OLG Hamm verwarf die Revision hingegen als unbegründet und pflichtete der Vorinstanz in der Annahme bei, es sei Strafklageverbrauch eingetreten, weshalb ein Verfahrenshindernis vorgelegen habe.

Unter Anwendung des Zweifelssatzes sei davon auszugehen, dass der Angeklagte die Gegenstände gleichzeitig eingesteckt habe und dass ein funktionaler Zusammenhang zwischen ihnen bestehe (der Schlagring also für den Fall einer Auseinandersetzung im Zusammenhang mit Betäubungs-

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2018/1_RVs_100_17_Urteil_20180213.html (22.5.2020).

sowie abgedruckt in NSTZ 2019, 695.

² Exemplarisch Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, § 1 Rn. 2 ff. m.w.N.

³ Klarstellend bspw. BVerfG, Beschl. v. 17.1.1961 – 2 BvL 17/60 = BVerfGE 12, 62 (66).

⁴ Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 13.2.2018 – 1 RVs 100/17, Rn. 11 (insoweit nicht in NSTZ 2019, 695 abgedruckt).

mittelgeschäften mitgeführt worden sei). In einer solchen Konstellation liege nach der Rechtsprechung des BGH Tateinheit zwischen Waffen- und Betäubungsmittelbesitz vor. Die Tateinheit führe wiederum dazu, dass von einer einheitlichen Tat im prozessualen Sinne auszugehen sei.

III. Rechtliche Würdigung

Die Entscheidung vermag weder im Ergebnis noch in der Begründung zu überzeugen.

1. Problemaufriss: die verschiedenen Tatbegriffe

Üblicherweise wird zwischen „dem“ materiell-rechtlichen und „dem“ strafprozessualen Tatbegriff unterschieden: Während „der“ materiell-rechtliche Begriff der Tat die deliktssystematischen Merkmale (Handlung, Erfolg, Zurechnungszusammenhang, strafscharfende Umstände etc.) bezeichnen soll, soll „der“ strafprozessuale Tatbegriff darüber hinausgehen, indem er den gesamten einheitlichen geschichtlichen Lebenssachverhalt erfasst, mithin also auch Geschehnisse und Umstände, die nicht für die materiell-rechtliche Subsumtion erforderlich sind. Aus dieser Gegenüberstellung leitet die ganz überwiegende Auffassung folgende Faustregel ab:⁵ Besteht insoweit keine Verbindung zwischen zwei Delikten, dass sie zueinander in Tateinheit (§ 53 StGB) stehen, so werden im Regelfall auch zwei isolierte Lebenssachverhalte vorliegen, sodass auch zwei verschiedene Taten im strafprozessualen Sinne bestehen. Die prominenteste und für die Ausbildung bedeutsamste Ausnahme ist die Konstellation des Unfalls während einer Trunkenheitsfahrt: Der Unfall soll (konkurrenzrechtlich) eine Zäsurwirkung entfalten, weshalb die Trunkenheitsfahrt und der Unfall eine Bewertungseinheit darstellen (§ 315c StGB), während die nachfolgende Unfallflucht (§ 142 StGB) in Tateinheit (§ 52 StGB) mit Trunkenheitsfahrt (§ 316 StGB) einen zweiten Komplex bildet. Beide Komplexe stehen materiell-rechtlich zueinander in Tateinheit (§ 53 StGB); prozessual gesehen bleibt es aber dabei, dass nur ein einheitlicher geschichtlicher Lebensvorgang und somit nur eine Tat im prozessualen Sinne vorliegt.⁶ Ist über diese Tat im prozessualen Sinne rechtskräftig entschieden, ist die Strafklage verbraucht. Wird der Fahrer nur wegen § 316 StGB verurteilt und wird erst nach Eintritt der Rechtskraft der Unfall bekannt, so kann er wegen der anderen Delikte nicht mehr verfolgt werden.

Tatsächlich aber ist die Frage nach „dem“ Tatbegriff deutlich komplexer. Weder im StGB noch in der StPO ist der Begriff der „Tat“ legaldefiniert. Daher gibt es keinen Grund, warum der Begriff „Tat“ im materiellen Strafrecht einerseits und im Strafprozessrecht andererseits jeweils einheitlich ausgelegt werden muss.⁷ Vielmehr muss jeder Rechtsbegriff im-

mer im Kontext der jeweiligen Vorschrift (also insbesondere seiner systematischen Stellung sowie nach Maßgabe von Sinn und Zweck) verstanden werden.⁸ Haben verschiedene Vorschriften innerhalb desselben Gesetzes verschiedene Aufgaben, kann es daher dazu kommen, dass dasselbe Wort in verschiedenen Paragraphen unterschiedlich zu verstehen ist. Typisches Beispiel für diese sog. „Relativität der Rechtsbegriffe“ im ausbildungsrelevanten materiellen Strafrecht ist der Begriff des „gefährlichen Werkzeugs“ in § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB einerseits und bspw. in § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 2 StGB.

Nichts anderes gilt für den Tatbegriff. So ist das Wort „Tat“ beispielsweise in § 3 StGB weit zu verstehen, sodass der gesamte Lebenssachverhalt erfasst wird,⁹ während in § 5 StGB auf die Anforderungen des konkreten Deliktstatbestandes abzustellen ist.¹⁰ Auch in der StPO wird der Tatbegriff nicht einheitlich verstanden: Während Gegenstand der Urteilsfindung gem. § 264 StPO der geschichtliche Lebenssachverhalt losgelöst von seiner rechtlichen Bewertung ist,¹¹ geht im Untersuchungshaftrecht der Tatbegriff des § 121 Abs. 1 StPO darüber hinaus.¹² Nach dieser Vorschrift soll Untersuchungshaft nur in besonderen Fällen länger als sechs Monate andauern, was vom OLG zu überprüfen ist. Legte man dieser Vorschrift denselben Tatbegriff zugrunde wie in § 264 StPO, so könnten die Ermittlungsbehörden durch taktisches Zurückhalten von Verdachtsmomenten in Bezug auf weitere Delikte des Inhaftierten kurz vor Ablauf der Frist einen neuen Haftbefehl beantragen und die Inhaftierung ausdehnen. Dies ist mit Sinn und Zweck des § 121 StPO aber nicht vereinbar, weshalb der Tatbegriff anders verstanden werden muss.

Die StPO enthält keine Aussage zum Strafklageverbrauch. Daher ist es besonders schief, wenn insoweit auf einen „strafprozessualen“ Tatbegriff abgestellt wird. Denn das Verbot der Mehrfachverfolgung ergibt sich aus Art. 103 Abs. 3 GG. Maßgeblich ist daher allenfalls „der“ verfassungsrechtliche Tatbegriff. Zwar ist zutreffend, dass die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sich bei der Auslegung des Tatbegriffs des Art. 103 Abs. 3 GG an „dem“ strafprozessualen Tatbegriff orientiert. Dabei darf aber nicht vergessen werden, dass das Bundesverfassungsgericht keine Superrevisionsinstanz ist und gerade nicht das Strafprozessrecht, sondern das Verfassungsrecht auslegt und dabei vor allem nicht an die Rechtsprechung der Strafgerichte gebunden ist.

Für die Bewertung der hiesigen Entscheidung bedeutet das, dass die Frage nach Tateinheit oder Tateinheit von derjenigen nach dem Strafklageverbrauch gelöst zu beantworten ist. Mag es auch im Ergebnis zahlreiche Überschneidungen

⁵ BGH, Urt. v. 5.5.1998 – 1 StR 635/96 = BGHSt 44, 91 (94) = NStZ 1999, 25 (26) m.w.N.

⁶ Bspw. KG, Beschl. v. 30.8.2016 – (3) 161 Ss 146/16 (82/16) = NStZ-RR 2017, 86 m.w.N.

⁷ Zutreffend auf die unterschiedlichen Zwecke von Art. 103 Abs. 3 GG einerseits und §§ 52, 53 StGB andererseits hinweisend KG, Beschl. v. 27.7.2007 – (4) 1 Ss 496/06 (249/06) = NStZ-RR 2008, 48 (49).

⁸ Dazu bspw. M. Wagner, Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts, 2016, Rn. 128 ff., 215 ff. m.w.N.

⁹ Bspw. Rotsch, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2017, StGB § 3 Rn. 3 m.w.N.

¹⁰ Bspw. Rotsch (Fn. 9), StGB § 5 Rn. 9 m.w.N.

¹¹ Bspw. Ott, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 264 Rn. 5 m.w.N.

¹² Dazu jüngst BGH, Beschl. v. 25.7.2019 – AK 34/19 = NStZ 2019, 626.

geben, so ist nach dem Sinn und Zweck der jeweiligen Regelungsregime zu entscheiden, ob im Sinne der jeweiligen Tatbegriffe im Besitz der Waffe und in demjenigen der Betäubungsmittel eine oder mehrere „Taten“ zu sehen sind.

2. Materiell-rechtliche Fragestellung: Tateinheit oder Tatmehrheit?

Um die Frage beantworten zu können, wie das Konkurrenzverhältnis zwischen dem Waffen- und dem Betäubungsmittelbesitz sich darstellt, muss man sich die Grundgedanken des Konkurrenzrechts vergegenwärtigen. Das Urteil soll einerseits den vollen Umfang des verwirklichten Unrechts erfassen und abbilden,¹³ andererseits soll aber nicht ein und derselbe Umstand mehrfach verwertet werden, sodass die betreffende Person in der Sache für dasselbe Verhalten mehrfach bestraft wird¹⁴.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Tenor eines Strafurteils aus zwei Elementen besteht: dem Schuldspruch und dem Strafausspruch (vgl. § 260 Abs. 4 StPO; vgl. auch § 5 Abs. 1 Nrn. 6 und 7 BZRG). Sowohl bei Tateinheit (§ 52 StGB) wie auch bei Tatmehrheit (§ 53 StGB) werden die verschiedenen Deliktstatbestände im Schuldspruch angeführt, sie unterscheiden sich hingegen hinsichtlich des Strafausspruchs: Bei Tateinheit wird nur eine Strafe ausgesprochen, deren Höchstgrenze die Obergrenze des schwersten verwirklichten Delikts ist, während bei Tatmehrheit für jede einzelne Tat eine gesonderte Strafe ausgesprochen und daraus eine Gesamtstrafe (§ 54 StGB) gebildet wird, die jedenfalls über die schwerste verhängte Einzelstrafe hinausgeht (sofern diese nicht ohnehin bereits eine lebenslange Freiheitsstrafe ist). Bei Tateinheit kann der Umstand, dass durch dieselbe Handlung weitere Strafgesetze verletzt wurden, lediglich *innerhalb* des Strafrahmens des schwersten Delikts (beachte aber zur Untergrenze § 52 Abs. 2 S. 2 StGB) strafschärfend berücksichtigt werden.

Eine Handlung im naturalistischen Sinne (d.h.: eine bestimmte Körperbewegung) ist nicht zwangsläufig auch eine „Handlung“ im rechtlichen Sinne des § 52 Abs. 1 StGB, die mehrere Strafgesetze verletzt. Um den oben angedeuteten Wertungsprinzipien gerecht zu werden, ist eine differenzierte Betrachtung erforderlich.

Beispiel 1: A entwendet einen Kasten Bier. Streng genommen begeht er Diebstahl an 61 verschiedenen Sachen i.S.d. § 90 BGB (1 Kasten, 20 Flaschen, 20 mal 0,5 Liter Bier, 20 Kronkorken). Dennoch liegt hier normativ gesehen nur *ein* Diebstahl und nicht 61 tateinheitlich begangene Diebstähle vor, weil A sonst dieselbe Handlung im naturalistischen Sinne mehrfach vorgeworfen würde.¹⁵

Beispiel 2: B schießt in Tötungsabsicht auf C, trifft diesen aber lediglich an der Schulter; C überlebt. Zwar ist § 212 Abs. 1 StGB das schwerere Delikt, das die gefährliche Körperverletzung dem Grunde nach im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängt; hier ist allerdings tateinheitlich zu verurteilen, um klarzustellen, dass zwar das Tötungsdelikt nur versucht worden ist, aber gleichwohl ein Körperverletzungserfolg eingetreten ist.¹⁶

Des Weiteren kann es angezeigt sein, mehrere Handlungen (im naturalistischen Sinne) zu einer „Handlung“ i.S.d. § 52 Abs. 1 StGB zu verbinden.

Beispiel 3: D schlägt in einem Wutanfall E dreimal hintereinander ins Gesicht. Es liegen zwar drei Handlungen im naturalistischen Sinne vor; gleichwohl handelt es sich um ein zusammenhängendes einheitliches Geschehen, weshalb nur *eine* Körperverletzung anzunehmen ist (*nicht*: mehrere Körperverletzungen in Tateinheit!).¹⁷ Der Umstand, dass es drei Schläge waren und nicht nur einer, wird *innerhalb* des Strafrahmens des § 223 Abs. 1 StGB strafschärfend zu berücksichtigen sein (§ 46 Abs. 2 S. 2 StGB: „die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat“).

Die Besitzdelikte, um die es im zu beurteilenden Sachverhalt geht, sind sog. Dauerdelikte. Dabei handelt es sich in der Sache um nichts anderes als eine Vielzahl von Handlungen (im naturalistischen Sinne), die normativ zu einer juristischen Handlungsgesamtheit verbunden werden.¹⁸

Im Ausgangspunkt gelten für die Konkurrenzen zwischen Dauerdelikten dieselben Grundsätze wie für Zustandsdelikte.¹⁹ Daraus folgt, dass die bloße Gleichzeitigkeit beider Delikte nicht ausreicht, um eine rechtliche „Handlung“ i.S.d. § 52 Abs. 1 StGB anzunehmen.²⁰ Vielmehr müssen wertende Gesichtspunkte hinzukommen um zu begründen, warum für zwei unterschiedliche Delikte nur eine Strafe ausgesprochen werden soll. Ob dies der Fall ist, hängt von den weiteren Umständen des Sachverhalts ab.

(Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 242 Rn. 192.

¹⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 24.9.1998 – 4 StR 272/98 = BGHSt 44, 196 = NJW 1999, 69; Neumann/Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 212 Rn. 37 ff. m.w.N.

¹⁷ Beispiel nach Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 52 Rn. 17.

¹⁸ Rissing-van Saan, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 4, 13. Aufl. 2020, Vor § 52 Rn. 49 m.w.N.

¹⁹ Klarstellend bspw. Rissing-van Saan (Fn. 18), § 52 Rn. 26.

²⁰ BGH, Urt. v. 21.10.1999 – 4 StR 78/99 = NStZ 2000, 85; BGH, Beschl. v. 25. 11. 1997 – 5 StR 526/96 = BGHSt 43, 317 (319) = NStZ 1998, 300 (301); BGH, Beschl. v. 22.11. 2012 – 4 StR 302/12 = NStZ-RR 2013, 82 (83).

¹³ Dazu bspw. v. Heintschel-Heinegg, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, Vor § 52 Rn. 26 f. m.w.N.

¹⁴ Dazu bspw. v. Heintschel-Heinegg (Fn. 13), Vor § 52 Rn. 24 m.w.N.

¹⁵ Vgl. etwa BGH, Beschl. v. 10.2.2009 – 3 StR 3/09 = NStZ-RR 2009, 278 (279) m.w.N.; Schmitz, in: Joecks/Miebach

Ein solches Vorgehen leuchtet insbesondere dann ein, wenn es zwischen beiden Delikten eine rechtliche Verknüpfung gibt.

Beispiel 4: F fährt Auto, obwohl er stark alkoholisiert ist (§ 316 StGB) und zudem keine Fahrerlaubnis besitzt (§ 21 StVG). Bei beiden Tatbeständen ist das „Führen“ des Fahrzeugs die jeweilige Tathandlung. Insoweit wäre die Annahme von Tatmehrheit eine unzulässige Mehrfachverwertung dieses Umstandes. Da aber unterschiedliche Schutzzwecke betroffen sind bzw. jedenfalls unterschiedliche Angriffsrichtungen vorliegen, ist aus Klarstellungsgründen Tateinheit angezeigt.

Eine solche rechtliche Verknüpfung bestünde dann, wenn der Waffenbesitz die Strafe des Betäubungsmitteldelikts bereits ohnehin schärfen würde. Dies ist aber nicht der Fall; der Qualifikationstatbestand des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG ist nur bei Tathandlungsvarianten wie insbesondere dem Handeltreiben einschlägig. Das Waffendelikt wird dann nicht verdrängt, weil die Unerlaubtheit des Besitzes kein Bestandteil der Qualifikation ist und das Waffendelikt daher zur Ausschöpfung und Klarstellung im Tenor abgebildet werden muss, aber aus normativen Gründen besteht Tateinheit und nicht Tatmehrheit.²¹ Beim bloßen Besitz ist der Qualifikationstatbestand aber nicht anwendbar.²²

Aus tatsächlichen Gründen kann auch Gesetzeskonkurrenz angezeigt sein.

Beispiel 5: G unterhält ein Waffenlager. Diese Situation entspricht wertungsmäßig derjenigen in *Beispiel 1* (Bierkasten-Diebstahl), weshalb jedenfalls die Annahme von Tatmehrheit abgelehnt wird. Die Rechtsprechung ist insoweit uneinheitlich: Teilweise geht sie von Gesetzeskonkurrenz²³ (nur *eine* Tat), teilweise von Tateinheit²⁴ aus.

Die Rechtsprechung hat sich mit dem Konkurrenzverhältnis von Waffen- und Betäubungsmitteldelikten zunächst im Kontext der früheren Tathandlungsvariante der Einfuhr²⁵ beschäftigt. Der BGH nahm insoweit Tateinheit mit der Begründung an, die Grenzüberschreitung, bei der sowohl Waffen wie auch Betäubungsmittel im selben Fahrzeug versteckt sind, sei ein und dieselbe Handlung im naturalistischen Sinne.²⁶ Dabei ist

zu beachten, dass die Qualifikation des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG im Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht existierte;²⁷ nach heutiger Rechtslage würde sie zur Anwendung kommen und schon allein wegen der normativen Verknüpfung wäre Tateinheit anzunehmen. Das Bild, das dem Senat vor Augen steht, ist offenbar dasjenige des Bierkasten-Diebstahls: Der Täter bewegt nicht verschiedene Gegenstände (Waffen, Betäubungsmittel) über die Grenze, sondern *eine* Sache; nämlich das Fahrzeug, das sowohl Waffen wie auch Betäubungsmittel enthält. Hieraus schloss ein anderer Senat des BGH auch auf das Vorliegen nur einer Tat im verfahrensrechtlichen Sinne.²⁸

Unter Verweis auf diese Rechtsprechung nahm der 4. Strafsenat des BGH in der Folge ohne weitere Begründung Tateinheit zwischen dem Führen von Waffen und dem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in einem Fall an, in dem die Gegenstände sich gemeinsam in einem Koffer in einem Pkw befanden.²⁹ Andere Senate führten diese Rechtsprechung fort.³⁰ Auch taucht bereits zu dieser Zeit die Aussage auf, „im Zweifel“ sei Tateinheit anzunehmen.³¹ In einer jüngeren Entscheidung verlangt der 4. Strafsenat nun einen „funktionalen Zusammenhang“ zwischen Waffenbesitz und Betäubungsmittelbesitz für die Annahme von Tateinheit.³² Dabei verweist er auf die vorgenannte Rechtsprechung, was insoweit verwirrt, weil dort gerade kein solcher Konnex gefordert worden war.³³ Auf diese neuere Entscheidung rekurriert nun die zu besprechende Entscheidung.³⁴

Allerdings macht der 1. Strafsenat des OLG Hamm nicht deutlich, anhand welcher Faktoren zu bemessen ist, ob ein funktionaler Zusammenhang vorliegt. Zum einen führt er aus, dass es sich „gerade nicht um ein rein zufälliges Zusammentreffen verschiedener Delikte [handle], da die die verschiedenen Gesetzesverstöße begründenden Tathandlungen nicht nur von einem *einheitlichen Willen* des Angekl. getragen wurden,

²¹ Vgl. *Oğlakcioğlu*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 3. Aufl. 2017, BtMG § 30a Rn. 212 m.w.N.

²² *Oğlakcioğlu* (Fn. 21), BtMG § 30a Rn. 123 m.w.N.

²³ Bspw. BGH, Beschl. v. 5.5.2009 – 1 StR 737/08 = NStZ 2010, 456 (456) m.w.N.

²⁴ Bspw. BGH, Beschl. v. 15.1.2013 – 4 StR 258/12 = NStZ-RR 2013, 321 (322) m.w.N.

²⁵ Im WaffG wurde der Begriff ersetzt; er stellt nunmehr eine Unterform des „Verbringens“ dar, vgl. Anlage 1 Abschnitt 2 Nr. 5 zum WaffG. Im BtMG ist der Begriff noch enthalten, vgl. aber noch die Gleichstellungsklausel in § 1 Abs. 2 BtMG.

²⁶ BGH, Beschl. v. 7.9.1982 – 3 StR 295/82 = NStZ 1982, 512.

²⁷ § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG wurde eingeführt durch Art. 9 Nr. 2 des Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozedurordnung und anderer Gesetze (Verbrechensbekämpfungsgesetz) v. 28.10.1994 = BGBl. I 1994, S. 3186 (3193) mit Wirkung zum 1.12.1994 (vgl. Art. 19 auf S. 3197).

²⁸ BGH, Urt. v. 23.8.1988 – 1 StR 136/88 = NJW 1989, 726 (727).

²⁹ BGH, Urt. v. 26.8.1993 – 4 StR 326/93, Rn. 7 (juris) = BGHR WaffG § 53 Abs. 3 Konkurrenzen 3 = BGHR StGB § 52 Abs. 1 Handlung, dieselbe 27; fortgeführt in BGH, Urt. v. 24.2.1994 – 4 StR 708/93, Rn. 10 (juris) = BGHSt 40, 73 (74 f.).

³⁰ BGH, Beschl. v. 25.4.1994 – 5 StR 189/94 = WKRS 1994, 12665.

³¹ BGH, Urt. v. 28.10.1997 – 1 StR 501/97 = StV 1998, 594 = BeckRS 1997, 31357215.

³² BGH, Beschl. v. 22.11.2012 – 4 StR 302/12 = NStZ-RR 2013, 82 (83).

³³ Ähnlich verfährt aber auch bspw. *Patzak*, in: Körner/Patzak/Volkmer, Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2019, BtMG § 29 Rn. 349.

³⁴ OLG Hamm, Urt. v. 13.2.2018 – 1 RVs 100/17, Rn. 14 = NStZ 2019, 695 (696).

sondern *darüber hinaus* auch ein funktionaler Zusammenhang zueinander besteh[e]“.³⁵ Dies scheint zunächst eine subjektive Bestimmung naheulegen; offenbar soll es darauf ankommen, was der Angeklagte mit beiden Gegenständen bezweckt. Dafür spricht auch, dass der *Senat* im Weiteren in dubio pro reo unterstellt, dass „sowohl der Schlagring als auch die Betäubungsmittel [...] zumindest aber *auf Grundlage eines einheitlichen bewussten und auch zweckgerichteten Willens des Angekl.* gleichzeitig unmittelbar am Körper mitgeführt [...] worden sind“, weil die Annahme naheliege, dass der Angeklagte den Schlagring für den Fall „befürchteter oder gar erwarteter Auseinandersetzungen im Rahmen von Betäubungsmittelgeschäften“ bei sich geführt habe.³⁶ Zum anderen äußert der *Senat* aber auch, „dass sich das Geschehen *für einen Dritten* als ein einheitliches Tun darstell[e]“³⁷ und stellt damit gerade auf einen objektiven Maßstab ab; ebenso, wenn er unterstellt, „dass sowohl der Schlagring als auch die Betäubungsmittel entweder sogar zeitgleich oder unmittelbar nacheinander folgend eingesteckt“³⁸ worden sein dürften. In der Sache scheint der *Senat* also eine offene Gesamtabwägung vorzunehmen.

Weder das Abstellen auf objektive Elemente noch die Bezugnahme auf subjektive Ziele sind dabei ungewöhnlich. So stellte die Rechtsprechung auch bei anderen (Dauer-)Delikten für die Frage, ob Tateinheit oder Tatmehrheit vorliegt, darauf ab, ob der Täter einen neuen Entschluss gefasst hat. Dieses Kriterium fand Anwendung beispielsweise für die Fallkonstellationen der Fortsetzung einer Trunkenheitsfahrt nach einem Unfall³⁹ oder die Entscheidung Anwendung, mit einer illegal besessenen Waffe einen Totschlag zu verüben⁴⁰. In anderen Entscheidungen hat die Rechtsprechung hingegen nach objektiven Kriterien Tatmehrheit angenommen, weil es zwischen dem gleichzeitigen Besitz von Betäubungsmitteln und Sprengstoff in einer Wohnung an einem „inneren Zusammenhang“ fehle⁴¹ und das „Führen“ eines Fahrzeugs einerseits und das „Führen“ einer Waffe andererseits gänzlich unterschiedliche Handlungen im naturalistischen Sinne darstellen⁴².

Ob der subjektive Ansatz, der objektive Ansatz oder eine Kombination aus beiden vorzugswürdig ist, ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz; der Begriff der „Handlung“ i.S.d. § 52 Abs. 1 StGB ist insoweit normativ offen. Die bes-

seren Gründe dürften jedoch teleologisch gesehen für einen rein objektiven Ansatz sprechen: Müsste man die Absichten des Beschuldigten – die zudem praktisch gesehen regelmäßig nicht nachweisbar sein werden – bei der Frage berücksichtigen, ob eine oder mehrere „Handlungen“ im Sinne des Konkurrenzrechts vorliegen, so würde derjenige hinsichtlich des Strafrahmens begünstigt, der nicht nur zwei verschiedene Delikte (die verschiedene Schutzzwecke verfolgen) begeht, sondern diese beiden in seiner Vorstellungswelt auch noch verknüpft. Die Rechtsordnung macht aber an zahlreichen Stellen deutlich, dass die Verbindung von verschiedenen Straftaten kein mildernder, sondern vielmehr ein schärfender Umstand ist (z.B. die Mordmerkmale der Ermöglichungs- und Verdeckungsabsicht, § 211 Abs. 2, 3. Gruppe StGB).

Damit bleibt die Frage, ob objektive Gründe dafür bestehen, den Besitz von Betäubungsmitteln einerseits und Waffen andererseits als eine Handlung i.S.d. § 52 Abs. 1 StGB zu begreifen. Der Rechtsprechung ist zuzugeben, dass die bloße Gleichzeitigkeit zweier Dauerdelikte für eine solche Annahme nicht ausreicht.⁴³ Hinzukommen müssen weitere objektive Umstände, die den gleichzeitigen Besitz beider Gegenstände als funktional untrennbar erscheinen lassen, sodass die Anwendung des § 53 StGB in der Sache zu einer strafscharfenden Mehrfachverwertung desselben Umstandes führen würde. Dies wäre der Fall in den Einfuhr-Konstellationen: Wer eine „Ladung“ im Kofferraum über die Grenze schmuggelt, soll nicht deshalb mehrfach und damit – bezogen auf den Strafrahm, nicht aber auf die Strafzumessung innerhalb des gesetzlichen Strafrahms! – schärfer bestraft werden, weil die Ladung nicht nur aus mehreren, sondern verschiedenartigen Gegenständen besteht. Insoweit ist die Situation mit dem Bierkasten-Beispiel (*Beispiel 1*) vergleichbar.

Eine solche Konstellation lag aber im entscheidungserheblichen Sachverhalt gerade nicht vor. Über die Strecke der Fahrt etc. war gerade nichts bekannt (bzw. zumindest teilt die Revisionsentscheidung insoweit keine Details mit). Es ist fraglich, ob ein solcher funktionaler Zusammenhang sich allein aus der räumlichen Nähe der Gegenstände ergibt, die sich beide in der Jacke des Angeklagten befanden (auch wenn nicht mehr geklärt werden konnte, ob in derselben Jackentasche oder in unterschiedlichen Taschen). Denn selbst wenn beide Gegenstände sich schon in der Jacke befanden, liegt in dem Anziehen der Jacke nicht eine einzige Handlung im naturalistischen Sinne, die zur Annahme von Tateinheit führt; denn das tatbestandsmäßige Verhalten ist gerade nicht der Einzelakt des Erlangens bzw. Vertiefens der unmittelbaren Herrschaftsgewalt, sondern das zeitlich gestreckte Aufrechterhalten. Die wohl überwiegende⁴⁴ Auffassung geht davon aus, dass den Besitzdelikten (jedenfalls auch) ein Unterlassungs-

³⁵ OLG Hamm, Urt. v. 13.2.2018 – 1 RVs 100/17, Rn. 15 = NStZ 2019, 695 (696) – *Hervorhebungen* nur hier.

³⁶ OLG Hamm, Urt. v. 13.2.2018 – 1 RVs 100/17, Rn. 15 = NStZ 2019, 695 (696) – *Hervorhebungen* nur hier.

³⁷ OLG Hamm, Urt. v. 13.2.2018 – 1 RVs 100/17, Rn. 15 = NStZ 2019, 695 (696) – *Hervorhebungen* nur hier.

³⁸ OLG Hamm, Urt. v. 13.2.2018 – 1 RVs 100/17, Rn. 15 = NStZ 2019, 695 (696).

³⁹ BGH, Urt. v. 17.2.1967 – 4 StR 461/66 = BGHSt 21, 203 = NJW 1967, 942.

⁴⁰ BGH, Urt. v. 15.4.1998 – 2 StR 670/97 = NStZ-RR 1999, 8.

⁴¹ KG, Beschl. v. 27.7.2007 – (4) 1 Ss 496/06 (249/06) = NStZ-RR 2008, 48 (49).

⁴² BGH, Urt. v. 13.3.1975 – 4 StR 50/75, Rn. 9 = WKRS 1975, 12253.

⁴³ BGH, Urt. v. 21.10.1999 – 4 StR 78/99 = NStZ 2000, 85; BGH, Beschl. v. 25. 11. 1997 – 5 StR 526/96 = BGHSt 43, 317 (319) = NStZ 1998, 300 (301); BGH, Beschl. v. 22.11. 2012 – 4 StR 302/12 = NStZ-RR 2013, 82 (83).

⁴⁴ A.A. bspw. *Eckstein*, Besitz als Straftat, 2001: Zustandsdelikte.

moment innewohnt;⁴⁵ denn in der Sache wirft man dem Besitzer vor, dass er sich nicht des betreffenden Gegenstands entledigt (z.B. durch Zerstörung, Übergabe an die Behörden etc.).⁴⁶ In Bezug auf mehrere gleichzeitig verwirklichte Unterlassungsdelikte besteht Einigkeit, dass Tateinheit nur dann besteht, wenn der Unterlassende mit *einer* Handlung im natürlichen Sinne alle Pflichten hätte erfüllen können. Hätte er aber mehrere unterschiedliche Handlungen vornehmen müssen (die sich nicht gegenseitig ausschließen⁴⁷), so wird ihm jedes Unterlassen separat vorgeworfen und es liegt (Unterlassungs-)Tatmehrheit vor. Überträgt man diese Überlegungen auf die Besitzdelikte, so wird deutlich, dass es irrelevant ist, ob beide Gegenstände sich in derselben Jackentasche oder überhaupt in der Jacke befunden haben etc. Der Angeklagte hätte sich jederzeit jeweils unabhängig der Betäubungsmittel und/oder des Schlagringes entledigen können.

Damit bliebe nur die normative Verknüpfung beider Besitzdelikte im Wege der tatbestandlichen Handlungseinheit (siehe *Beispiel 3*). In der Sache hat ein solches Vorgehen der *Senat* des OLG Hamm vor Augen. Nach ihm wäre ein funktionaler Zusammenhang zwischen beiden materiellen Delikten gegeben, wenn der Angeklagte den Schlagring nur deshalb mitgeführt hat, weil er die Betäubungsmittel dabei hatte, um diese notfalls verteidigen zu können. Dabei handelt es sich letztlich um eine Wertungsfrage. Nach hiesiger Auffassung hat der Gesetzgeber, als er den Qualifikationstatbestand des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG gerade nicht auf die Tathandlungsvariante des Besitzens erstreckte, deutlich gemacht, dass er davon ausgeht, dass eine solche Verknüpfung – normativ (rein tatsächlich liegt ein entsprechender Zusammenhang praktisch gesehen nahe) – nicht besteht.

Prozessualer Hinweis: Hätte das OLG Hamm nicht allein über das Verfahrenshindernis, sondern materiell-rechtlich über die Konkurrenzen entschieden, wäre sein Spielraum insoweit eingeschränkt gewesen. Selbst wenn man rechtlich gesehen die Argumentation für zutreffend hält, bedeutet das nicht, dass das Revisionsgericht sie anwenden darf. Zwar gilt auch für die Bestimmung der Konkurrenzen

der Grundsatz „in dubio pro reo“.⁴⁸ Allerdings ist dieser Grundsatz nur anzuwenden, wenn das Gericht zweifelt, nicht aber, wenn es vernünftigerweise hätte zweifeln müssen; sofern sich nicht aus den Urteilsgründen ergibt, dass das Tatgericht eigentlich Zweifel hatte, darf das Revisionsgericht nicht seine eigene Würdigung des Sachverhalts an die Stelle derjenigen des Tatgerichts setzen.⁴⁹

Die besseren Gründe sprechen daher für die Annahme von Tatmehrheit.

3. Strafprozessuale Fragestellung: Strafklageverbrauch?

Der *Senat* hatte zu entscheiden, ob mit dem Strafbefehl bereits rechtskräftig über die „Tat“ (i.S.d. Art. 103 Abs. 3 GG) entschieden worden war. Die Rechtsprechung dazu, wann eine einheitliche Tat vorliegt und wann nicht, ist sehr uneinheitlich. So soll etwa bei gleichzeitiger Einfuhr von Waffen und Betäubungsmitteln eine Tat vorliegen, weil es sich um dasselbe Verhalten (Fahrt über die Grenze) im identischen Zeitpunkt handle; unerheblich sei insoweit hingegen, „daß der Angekl. die Waffe nicht für Zwecke des Betäubungsmittelhandels einsetzen wollte“.⁵⁰ Ebenso soll eine einheitliche Tat gegeben sein, wenn der Täter mit einer Atemalkoholkonzentration⁵¹ von mehr als 0,5 ‰ (§ 24a Abs. 1 StVG) ein Fahrzeug führt und dabei gleichzeitig ohne Freisprechanlage telefoniert (§ 23 Abs. 1a StVO);⁵² nicht aber hingegen dann, wenn der Täter unter dem Einfluss von Betäubungsmitteln ein Fahrzeug führt (§ 24a Abs. 2 StVG) und gleichzeitig weitere Betäubungsmittel im Auto aufbewahrt.⁵³

Unter „Tat“ i.S.d. Art. 103 Abs. 3 GG versteht man den „geschichtliche[n] – und damit zeitlich und sachverhältnissmäßig begrenzte[n] – Vorgang, auf welchen Anklage und Eröffnungsbeschluß hinweisen und innerhalb dessen der Angeklagte als Täter oder Teilnehmer einen Straftatbestand verwirklicht haben soll“.⁵⁴ Über diese Bezugnahme auf Anklageschrift und Eröffnungsbeschluß erklären sich die starken Überschneidungen von „dem“ verfassungsrechtlichen und „dem“ prozessualen Tatbegriff. Bereits die Anklageschrift muss den Gegenstand des Verfahrens hinreichend umgrenzen. Dabei

⁴⁵ Strafrecht dient der Verhaltenssteuerung. Mögen Besitzdelikte auch nach Auffassung des BVerfG verfassungskonform sein (vgl. BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], Beschl. v. 16.6.1994 – 2 BvR 1157/94 = NJW 1994, 2412; BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], Beschl. v. 6.7.1994 – 2 BvR 855/94 = NJW 1995, 248), so muss eine Strafbarkeit im Lichte des Schuldprinzips an ein Verhalten anknüpfen, das dem Normadressaten vorgeworfen werden kann.

⁴⁶ Dazu bspw. *Hochmayr*, Strafbare Besitz von Gegenständen, 2005, S. 96 ff.; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 13 ff. Rn. 42 m.w.N.

⁴⁷ Dann liegt ein Fall der Pflichtenkollision vor und der Pflichtige macht sich ohnehin nur eines Unterlassungsdelikts schuldig.

⁴⁸ Bspw. BGH, Urt. v. 15.6.2005 – 1 StR 499/04 = NStZ-RR 2007, 195 (196); v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 13), § 52 Rn. 74; jeweils m.w.N.

⁴⁹ Vgl. nur *Ott* (Fn. 11), § 261 Rn. 64 m.w.N.

⁵⁰ BGH, Urt. v. 23.8.1988 – 1 StR 136/88 = NStZ 1989, 38.

⁵¹ Das Abstellen auf die Atemalkoholkonzentration als Beweismittel ist nur im Ordnungswidrigkeitenverfahren gem. § 24a Abs. 1 StVG zulässig, nicht hingegen im Strafverfahren betreffend §§ 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a, 316 StGB; insoweit darf allein auf die Blutalkoholkonzentration abgestellt werden (dazu bspw. *Hecker*, in: Schönke/Schröder [Fn. 46], § 316 Rn. 15 m.w.N.).

⁵² OLG Saarbrücken, Beschl. v. 24.3.2006 – Ss (B) 2/2006 (3/06) = VRS 110 (2006), 362 ff.

⁵³ BGH, Beschl. v. 27.4.2004 – 1 StR 466/03 = NStZ 2004, 694 ff.

⁵⁴ So exemplarisch BVerfG, Beschl. v. 8.1.1981 – 2 BvR 873/80 = BVerfGE 56, 22 (28).

sind auch Tatzeit und Tatort anzugeben (§ 200 Abs. 1 S. 1 StPO). Daraus folgt aber nicht, dass Strafklageverbrauch schon kraft Identität von Tatzeit und Tatort folgt. Vielmehr stellen mehrere zur selben Zeit am selben Ort verwirklichte (materielle) Delikte nur dann einen einheitlichen Lebensvorgang dar, wenn ein innerer Zusammenhang zwischen ihnen besteht, was sich nach den Umständen des Einzelfalls bemisst.⁵⁵

Einen solchen inneren Zusammenhang sah der 1. *Strafsenat* des OLG Hamm darin, dass typischerweise gleichzeitig mitgeführte Waffen dem Zweck dienen, die Betäubungsmittel zu verteidigen. Nach den Ausführungen des *Senats* gab es hierfür keine konkreten Anhaltspunkte, sondern es handelt sich lediglich um Unterstellungen aus allgemeinen Erfahrungssätzen heraus. Der *Senat* sieht sich hierzu berechtigt, weil auch in Bezug auf Verfahrenshindernisse der Zweifelssatz gelte. Methodisch gesehen ist diese Aussage problematisch; der Grundsatz „in dubio pro reo“ gilt nicht für Verfahrensfragen.⁵⁶ In der Sache ist sie hingegen zutreffend; so ist mittlerweile anerkannt, dass ein Verfahrenshindernis auch dann besteht, wenn allein die Möglichkeit gegeben ist, dass es vorliegt.⁵⁷ Allerdings reichen insofern „indes bloß theoretische, nur denkgesetzlich mögliche Zweifel nicht aus; sie müssen sich vielmehr auf konkrete tatsächliche Umstände gründen und nach Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten unüberwindbar sein.“⁵⁸ Solche konkreten Umstände teilt der *Senat* hingegen nicht mit, sondern beruft sich auf allgemeine Erfahrungssätze.

Unabhängig davon, dass der *Senat* nach den insoweit zutreffenden Maßstäben der Rechtsprechung des BGH also gerade nicht unterstellen durfte, dass der Schlagring im Rahmen von „vom Angeklagten befürchteter oder gar erwarteter Auseinandersetzungen im Rahmen von Betäubungsmittelgeschäften“ zum Einsatz kommen sollte, stellt sich die Frage, ob eine solche Absicht überhaupt einen „inneren Zusammenhang“ begründen würde, der das Geschehen zu einem einheitlichen Lebenssachverhalt verbände. Denn wie bereits dargestellt (s.o.), soll es nach der Rechtsprechung des BGH auch bei den Einfuhr-Fällen gerade nicht auf die subjektive Zielsetzung

ankommen und auch der thematische Zusammenhang zwischen Rauschfahrt und Betäubungsmittelbesitz wurde als nicht ausreichend erachtet.⁵⁹

Die besseren Gründe sprechen daher für die Annahme von mehreren Taten und gegen die Annahme des Strafklageverbrauchs. Der *Senat* hätte daher das – falsch bezeichnete – Einstellungsurteil aufheben und das Verfahren an das AG Hamm zur (erneuten) Verhandlung und Entscheidung zurückverweisen müssen. Anderenfalls hätte der *Senat* wegen der Abweichungen von der Rechtsprechung des BGH die betreffenden Rechtsfragen gem. § 121 Abs. 2 Nr. 1 GVG diesem vorlegen müssen.

IV. Zusammenfassung

Die Entscheidung des OLG Hamm ist ersichtlich darum bemüht, ein Verfahren, in dem bereits verschiedene Fehler gemacht worden waren, endlich abzuschließen. Das Ergebnis überzeugt hingegen ebenso wenig wie die Begründung.

Der Begriff der „Tat“ muss in unterschiedlichen Regelungskontexten nach Sinn und Zweck der jeweiligen Vorschriften ausgelegt und es sollte nicht vorschnell vom einen Ergebnis auf das andere geschlossen werden. Die Entscheidung macht deutlich, wie schwierig es sein kann, auch sehr einfach gelagerte Sachverhalte den jeweiligen Regelungen zu subsumieren. Gleichzeitig eignet sie sich, um allgemeine Grundsätze des Konkurrenzrechts, des Verfassungs- und des Strafverfahrensrechts zu rekapitulieren. Sie sollte jedoch nicht als Vorbild für Studierende dienen; empfehlenswert ist stattdessen die von der Generalstaatsanwaltschaft in ihrer Erklärung (§ 347 StPO, § 142 Abs. 1 Nr. 2 GVG) herangezogene Entscheidung des KG Berlin⁶⁰.

Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Wagner, Gießen*

⁵⁵ Vgl. mit umfangreichen Nachweisen aus des Rechtsprechung *Stuckenberg*, in: Erb. u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 6/2, 26. Aufl. 2013, § 264 Rn. 17.

⁵⁶ Dazu *Stuckenberg*, in: Erb. u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 5, 26. Aufl. 2008, § 206a Rn. 39 m.w.N.

⁵⁷ Bspw. BayObLG, Urt. v. 30.7.1968 – RReg. 2a St 135/68 = NJW 1968, 2118; BGH, Beschl. v. 30.3.2001 – StB 4/01, StB 5/01 = BGHSt 46, 349 (352) = NJW 2001, 1734 (1734); *Miebach*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2016, § 261 Rn. 346; *Stuckenberg* (Fn. 56), § 206a Rn. 37 ff. m.w.N.

⁵⁸ BGH, Urt. v. 30.7.2009 – 3 StR 273/09 = NSTz 2010, 160 unter Fortführung von BGH, Beschl. v. 30.3.2001 – StB 4/01, StB 5/01 = BGHSt 46, 349 (352) = NJW 2001, 1734 (1734); zust. *Stuckenberg* (Fn. 56), § 206a Rn. 40.

⁵⁹ In die gegenteilige Richtung hingegen LG Freiburg i.Br., Beschl. v. 13.2.1990 – 4 Qs 19/90 = StV 1991, 16; dazu kritisch *B. Heinrich*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 3. Aufl. 2018, WaffG § 52 Rn. 175 f.

⁶⁰ KG, Beschl. v. 27.7.2007 – (4) 1 Ss 496/06 (249/06) = NSTz-RR 2008, 48.

* Der *Verf.* ist Akad. Rat a.Z. und Habilitand an der Professur für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Umweltstrafrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen (Prof. Dr. Thomas Rotsch). Er dankt Herrn Wiss. Mitarbeiter *Maximilian Hartwig*, Herrn Wiss. Mitarbeiter *Dennis Klein*, Herrn Rechtsreferendar *Sören Lichtenthaler* sowie Frau Wiss. Mitarbeiterin *Désirée Mehl* herzlich für wertvolle Anmerkungen.

B u c h r e z e n s i o n

Rengier, Rudolf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., C.H. Beck, München 2020, 603 S., 24,90 €.

I. Der Allgemeine Teil des Strafrechts bereitet auch fortgeschrittenen Studierenden häufig große Schwierigkeiten. Das Auswendiglernen von Definitionen, Streitständen und Schemata hilft in diesem Bereich nur bedingt. Aufgrund der Komplexität sowie des hohen Abstraktionsgrades von Fragestellungen des Allgemeinen Teils ist das (unreflektierte) An eignen von Streitständen geradezu sinn- und uferlos. Dies birgt überdies die Gefahr, dass man den Blick für das Wesentliche verliert. Notwendig ist vielmehr ein solides Maß an Systemverständnis und Grundlagenwissen, welches man auf zu bearbeitende Fälle anzuwenden vermag. Mit diesen „Werkzeugen“ gerüstet, werden die teils schwierigen dogmatischen Problemstände beherrschbar.

II. Das zu rezensierende Lehrbuch von *Rengier* ist in elf Kapitel untergliedert, welche wiederum in insgesamt 57 Paragraphen unterteilt sind. Die Kapitel decken den gesamten examensrelevanten Pflichtstoff des Allgemeinen Teils ab. *Nicht* abgebildet werden dementsprechend das Sanktionenrecht (§§ 38 ff. StGB) mit Ausnahme der Konkurrenzlehre, das Recht der Einziehung (§§ 73 ff. StGB), das Strafantragsrecht (§§ 77 ff. StGB) sowie das Recht der strafrechtlichen Verjährung (§§ 78 ff. StGB). Fast jedes Kapitel zum materiellen Recht beginnt mit den „Grundlagen“ sowie „Aufbaufragen“. So steht am Anfang fast immer ein Schema, das für Studierende eine Anleitung und Hilfestellung darstellen soll. Gleichwohl ist auch hier vor dem stupiden und unreflektierten Auswendiglernen eines Schemas zu warnen. Ein solches ist lediglich Mittel zum Zweck, nämlich Verständnis zu fördern und Kontexte zu erkennen.

Hinsichtlich des allgemeinen Aufbaus des Lehrbuches kann auf die Rezension der 5. Aufl. 2013 von *Große-Wortmann*¹ verwiesen werden. Die Ausführungen sind trotz dazwischenschiebender Neuerscheinungen nach wie vor zutreffend.

III. Die vorliegende Rezension nähert sich dem Lehrbuch nicht Kapitel für Kapitel, sondern möchte drei ausgewählte, für Studierende erfahrungsgemäß schwer zugängliche Themengebiete vorstellen. Genauer betrachtet werden dafür die Kapitel 6 („Irrtum“, §§ 29–32), 8 („Täterschaft und Teilnahme“, §§ 40–43) und 11 („Konkurrenzlehre“, §§ 56–57).

1. Irrtümer bereiten Studierenden häufig Schwierigkeiten, weil sie – wie das Leben – facettenreich sind. Vermeintlich geringste Abwandlungen eines Falles bzw. einer Fehlvorstellung können in der Fallbearbeitung gravierende Unterschiede zur Folge haben. *Rengier* nähert sich dem Thema, indem er noch vor der konkreten Darstellung einzelner Irrtümer zwischen den Ebenen des Unrechtstatbestands differenziert und diese voneinander abgrenzt (§ 29).

Im Einzelnen widmet er sich zunächst dem wohl schwierigsten – weil gesetzlich nicht kodifizierten – Irrtum, dem Erlaubnistatbestandsirrtum (§ 30). Dem Leser wird eigens ein Schema an die Hand gegeben (§ 30 Rn. 2), welches den

Erlaubnistatbestandsirrtum als einen eigenen Prüfungspunkt nach der Rechtswidrigkeit ausweist. Dass andere Verortungen gleichwohl zulässig sind, wird hinreichend transparent gemacht (§ 30 Rn. 10). Richtigerweise weist *Rengier* darauf hin, dass die Frage, „ob [gemeint ist: tatbestandlich] ein Erlaubnistatbestandsirrtum vorliegt“, „große Aufmerksamkeit“ erfordere (§ 30 Rn. 5). Studierende neigen bei solchen „typischen“ Problemen dazu, vorschnell auf auswendig gelernte Theorien zurückzugreifen, ohne dass derartige Ausführungen dann im Ergebnis notwendig gewesen wären. Schwerpunktmäßig widmet sich *Rengier* dann den einzelnen Theorien, wie sich ein Erlaubnistatbestandsirrtum *rechtsfolge*seitig auswirkt. Dabei werden die Theorien nicht einfach blass nebeneinander, sondern in ihrer Bedeutung für das Gesamtverständnis dargestellt (vgl. zur strengen Schuldtheorie etwa § 30 Rn. 13).

Das nächste Unterkapitel widmet sich dem Verbotsirrtum (§ 31). Ausgangspunkt der Ausführungen ist die normative Verankerung in § 17 StGB. *Rengier* benennt zunächst die unterschiedlichen Erscheinungsformen (§ 31 Rn. 10 ff.). Dabei wären beim Erlaubnisirrtum (hier hätte *Rengier* terminologisch noch feiner zwischen Erlaubnis*existenz*irrtum und Erlaubnis*grenz*irrtum differenzieren können) einige erläuternde Worte zur Abgrenzung hilfreich gewesen. Gerade Studierende in früheren Semestern haben erfahrungsgemäß Schwierigkeiten damit, einen Erlaubnisirrtum von einem Erlaubnistatbestandsirrtum zu unterscheiden.

Die für die Fallbearbeitung wenig relevanten Irrtümer – etwa über die Entschuldigungsgründe – werden gleichwohl be- und abgehandelt (§ 32). Die Darstellung des Tatbestandsirrtums (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB) erfolgt bei *Rengier* (wie bei vielen anderen Lehrbüchern) im Rahmen der Tatbestandslehre (Kap. 3, § 15), was dazu führt, dass etwa die Darstellung über den Subsumtionsirrtum, der regelmäßig einen Verbotsirrtum darstellt, aber vom Tatbestandsirrtum abgegrenzt werden muss (§ 31 Rn. 14), auseinandergerissen wird.

Insgesamt leidet die Darstellung von *Rengier* etwas darunter, dass zwischen den unterschiedlichen Irrtümern nicht noch klarer abgegrenzt wird.

2. Fragen rund um Täterschaft und Teilnahme gehören nicht nur zu den meistdiskutierten Problemen der Strafrechtswissenschaft schlechthin, sondern spielen auch in der Fallbearbeitung nahezu immer eine mehr oder weniger zentrale Rolle. Gerade durch ihre Möglichkeit der Verknüpfung mit Fragestellungen des Besonderen Teils erfreuen sie sich großer Examens- und Klausurrelevanz.

Rengier beginnt auch hier mit den gesetzlichen Regelungen in den §§ 25 ff. StGB und wagt einen schnellen Streifzug durch die unterschiedlichen Formen der Täterschaft und Teilnahme (§ 40). Der Leser weiß danach, was ihn auf den folgenden fast 100 Seiten erwartet.

Zunächst grenzt *Rengier* zwischen den beiden Beteiligungsformen ab (§ 41) und stellt die hierzu vertretenen Theorien umfassend dar. Interessanterweise beginnt er mit den „überholten Theorien“ (§ 41 Rn. 4 ff.). Diese dienen lediglich dem Verständnis für den Theorienstreit und sollen keine Erwähnung mehr in der Fallbearbeitung finden. Von diesem

¹ *Große-Wortmann*, ZJS 2014, 220.

Fundament ausgehend werden die von der Rechtsprechung vertretene subjektive Theorie und die von der h.L. vertretene Tatherrschaftslehre sowie die dagegen gerichtete Kritik vorgestellt. Wiederum hiervon ausgehend wird der Streit erläutert, inwiefern es im Rahmen der Tatherrschaftslehre einer objektiven Mitwirkung im Ausführungsstadium der Tat bedarf (§ 41 Rn. 18 ff.). Dieses mehrstufige Vorgehen schärft das Verständnis für die beiden „Hauptströmungen“ von Rechtsprechung und Literatur sowie ihr Verhältnis zueinander.

Im Folgenden werden die drei in § 25 StGB kodifizierten Formen der Täterschaft aufgezeigt (§§ 42–44). Der Schwerpunkt liegt auf der Darstellung der – auch in der Fallprüfung – schwierig handhabbaren mittelbaren Täterschaft.

Auch hier geht Rengier von grundlegenden Ausführungen aus und arbeitet sich dann zu den Fällen des deliktischen Minus beim Vordermann (§ 43 Rn. 6 ff.) vor. Anspruchsvolle Fallgruppen (z.B. die der qualifikations- und absichtslos dolosen Werkzeuge, § 43 Rn. 14 ff.) werden anhand eines Beispielsfalls kurz und prägnant erläutert. Der Verweis auf vertiefende Literatur verhindert, dass sich Studierende zu sehr auf die in Klausuren eher seltenen „Spezialprobleme“ fokussieren und den Blick für wesentliche Grundstrukturen verlieren. Bedeutender sind die von Rengier eigens in einem Unterkapitel abgehandelten Fälle des „Täters hinter dem Täter“ (§ 43 Rn. 38 ff.). Die Darstellung erfolgt nicht en bloc, sondern wiederum fallgruppenorientiert. Am Anfang steht die die Fallgruppe überlagernde Frage, „ob die Irrtums- oder Nötigungsherrschaft so stark ist, dass das Verantwortungsprinzip überlagert wird“ (§ 43 Rn. 38). Die Rückbesinnung auf solche grundlegenden Fragestellungen verhindert, dass der Leser den Wald vor lauter Bäumen übersieht. Gleichwohl sind die Ausführungen recht anspruchsvoll und setzen vertiefte Kenntnisse anderer Teilbereiche des Strafrechts voraus (z.B. bei der Frage des „Mörders hinter dem Totschläger“, § 43 Rn. 51 f.). Der Fall der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft wird als „letzte von der heute h.M. zu Recht anerkannten Fallgruppe“ (§ 43 Rn. 60) eingehend behandelt. Der Wichtigkeit dieser Fallgruppe wird es indes nicht gerecht, dass sie ganz am Ende des Unterkapitels steht und fast „unterzugehen“ droht.

Danach folgen die examensrelevanten Irrtumsfragen im Bereich der mittelbaren Täterschaft, denen Rengier ein Unterkapitel widmet (§ 43 Rn. 71 ff.). Unschön ist hier zunächst, dass Rengier für die Frage, wie sich der error in persona beim Vordermann für den Hintermann auswirkt, nach „hinten“ auf die – zugegebenermaßen parallel liegende – Anstiftungskonstellation verweist (§ 43 Rn. 73 f.). Auch werden die Irrtümer über das deliktische Minus (§ 43 Rn. 76 ff.) sehr kurz und ohne hinreichende Sensibilisierung für Problemstände abgehandelt. Unklar bleibt dabei etwa, weshalb beim Hintermann im Falle seiner (irrigen) Annahme eines nicht vorhandenen deliktischen Minus beim Vordermann eine Strafbarkeit wegen mittelbarer Täterschaft eines *versuchten* Deliktes (trotz Vollendung des Delikts), nicht aber wegen versuchter mittelbaren Täterschaft eines vollendeten Delikts

in Betracht kommt (§ 43 Rn. 81).² Der Teil hinterlässt – gerade (aber nicht nur) bei Anfängern – sicherlich einige Zweifel.

Im nächsten Unterkapitel erläutert Rengier die Mittäterschaft (§ 44), wobei wieder Grundlagen und Aufbaufragen am Anfang stehen. Im Mittelpunkt der weiteren Ausführungen stehen die zwei großen Voraussetzungen des § 25 Abs. 2 StGB: das Vorliegen eines gemeinsamen Tatplans (§ 44 Rn. 11 ff.) und die gemeinsame Tatausführung (§ 44 Rn. 40 ff.). Beim Prüfungspunkt des gemeinsamen Tatplans werden insbesondere Exzessfragen behandelt, etwa der in Klausuren häufig auftretende Fall des error in persona gegen einen Mittäter (§ 44 Rn. 32 ff.). Die sukzessive Mittäterschaft wird zwar angesprochen, hinsichtlich der problematischen Fälle im Zusammenhang mit §§ 242, 249 StGB wird jedoch auf die Ausführungen im Besonderen Teil verwiesen (§ 44 Rn. 39), um die Ausführungen nicht weiter aufzublähen. Die Erläuterungen zur gemeinsamen Tatausführung sind knapp, aber erfassen das Wesentliche (§ 44 Rn. 40 ff.).

Das Unterkapitel § 45 beschäftigt sich mit Anstiftung und Beihilfe. Einen Anfänger könnte das gemeinsame Schema (§ 45 Rn. 12) irritieren; einem fortgeschrittenen Studierenden zeigt es die strukturelle Parallelität zwischen Beihilfe und Anstiftung anschaulich auf. Dementsprechend wird auch die vorsätzliche rechtswidrige Haupttat vor die Klammer gezogen (§ 45 Rn. 13 ff.).

Hierauf folgen Anstiftung und Beihilfe in getrennten Kapitelabschnitten. Im Rahmen der Anstiftung liegt das Hauptaugenmerk auf dem error in persona des Haupttäters, der mit dem error in persona des Vordermanns (§§ 43 Rn. 73 f.; 45 Rn. 57 ff.) strukturell wesensverwandt ist. Diese Verwandtschaft könnte noch deutlicher von Rengier kontextualisiert werden, weil sie das Verständnis für das zugrundeliegende Problem schärft. Der Abschnitt über die Beihilfe (§ 45 Rn. 81 ff.) behandelt in der gebotenen Tiefe die Problematik der neutralen Beihilfe (§ 45 Rn. 101 ff.). Die sukzessive Beihilfe (§ 45 Rn. 124) wird nur kurz abgehandelt; der grundsätzlich bestehende Konflikt zwischen Beihilfe im Beendigungsstadium – soweit für möglich erachtet – und der Begünstigung (§ 257 StGB) hätte bereits hier kurz ausgeführt werden können.

Das vorletzte Unterkapitel (§ 46) setzt sich mit dem für Studierende erfahrungsgemäß schwierigen § 28 StGB auseinander. Die Wirkungen der beiden Absätze werden von Rengier anhand von Beispielen plastisch dargestellt. Erfahrungsgemäß neigen Studierende dazu, sich besonders „krasse“ Begriffe einfacher einzuprägen. Insoweit ist es üblich geworden, bei § 28 Abs. 1 StGB von einer Akzessoritätslockerung und bei § 28 Abs. 2 StGB von einer Akzessoritätsdurchbrechung zu sprechen. Diese Begrifflichkeiten werden bei Rengier daher vermisst. Der in Klausuren häufigste Fall, in welchem § 28 StGB zur Anwendung kommt, dürfte im Zusammenhang mit den Tötungsdelikten auftreten, weil dort ein relevanter Streit über das Verhältnis der Delikte zueinander

² Vgl. zu dieser (feinen) Differenzierung Kudlich, Fälle zum Allgemeinen Teil, 3. Aufl. 2018, Fall 10, S. 165 (172 ff.).

besteht. *Rengier* verschiebt dieses Problem in sein Lehrbuch zum Besonderen Teil II (§ 46 Rn. 21).

In dem das 8. Kapitel abschließenden § 47 wird der Versuch der Beteiligung nach §§ 30, 31 StGB erläutert. Im Rahmen der Ausführungen zu § 30 Abs. 1 StGB wird die schwierige Frage, auf wessen Sichtweise es bei der Bestimmung, ob ein Verbrechen vorliegt oder nicht, ankommt, hinreichend klar und anschaulich behandelt (§ 47 Rn. 13 ff.).

3. Über die Bedeutung der Konkurrenzlehre – dem Gegenstand des 11. und letzten Kapitels – lässt sich trefflich streiten. Für die einen ist es etwas für die „Praktiker“, für die anderen der „krönende“ Abschluss einer Klausur, der zwar keine essenziellen Punkte bringe, aber dennoch nicht fehlen dürfe, weil dies die Laune des Korrektors trübe. Jenseits dieses Streits sollte sich allerdings jeder, der sich mit dem Strafrecht ernstlich beschäftigt, der großen Bedeutung der Konkurrenzlehre klar werden: Die konkurrenzrechtliche Einordnung bestimmt letztlich das Strafmaß und ist demnach Ausdruck rechtsstaatlicher Sensibilität. Die Konkurrenzlehre ist jedoch geprägt von Meinungsstreitigkeiten und einer unübersichtlichen Rechtsprechung. Niemand erwartet, dass man jedweden Meinungsstreit kennt und repetieren kann. Auch hier geht es darum, die Grundlagen sauber zu erarbeiten und mit wenigen Begrifflichkeiten souverän und genau umzugehen.

Die grundlegenden Ausführungen *Rengiers* am Anfang des Kapitels (§ 56 Rn. 1 ff.) sind bereits sehr voraussetzungsvoll, weil auf gerade einmal zwei Seiten alle relevanten Begriffe genannt werden (Tateinheit, Idealkonkurrenz, Tatmehrheit, Realkonkurrenz, Handlungseinheit, Handlungsmehrheit und Gesetzeskonkurrenz). Auch die schematische Struktur der Konkurrenzprüfung (§ 56 Rn. 7) wird den Anfänger bzw. die Anfängerin erst einmal „erschlagen“. Unklar ist ferner, weshalb – so *Rengier* – bei der Bearbeitung der Konkurrenzfragen stets von der Handlungseinheit auszugehen sei (§ 56 Rn. 5). Dies könnte zu der Fehlannahme verleiten, Handlungsmehrheiten gebe es in Klausuren schlicht nicht. *Rengier* meint wohl vielmehr, dass die Tathandlungen vorrangig auf eine Handlungseinheit hin zu untersuchen sind, weil die Handlungsmehrheit *negativ* bestimmt wird (so andeutend § 56 Rn. 6). Insgesamt hätte *Rengier* noch mehr Wert auf eine Vogelperspektive legen können. Meines Erachtens wird zu schnell begonnen, in die Detailebene überzugehen. Schon ab § 56 Rn. 14 wird die Handlungseinheit und mit ihr einhergehend die unterschiedlichen Fallgruppen dargestellt. Ab § 56 Rn. 26 finden sich Ausführungen zur Gesetzeskonkurrenz sowohl für die Handlungseinheit als auch für die Handlungsmehrheit. Erst unter der Gliederungsebene V. (§ 56 Rn. 46 ff.) wird die Tateinheit (§ 52 StGB) besprochen, obwohl dies der *gesetzliche* Anknüpfungspunkt der Konkurrenzlehre ist. Sodann folgen Ausführungen zur Tateinheit in Fällen rechtlicher Handlungseinheiten (§ 56 Rn. 49 ff.). Diese Ausführungen gehören – systematisch kohärenter – in den Abschnitt über die Handlungseinheit (III.), weil diese eben Erscheinungsformen der Handlungseinheit sind, etwa die Verklammerung (§ 56 Rn. 62 ff.) sowie die natürliche Handlungseinheit (§ 56 Rn. 68 ff.). Die Ausführungen zur Handlungseinheit werden damit in zwei Abschnitte auseinandergerissen, was die Durch-

dringung des ohnehin schon schwerfälligen Themengebiets aus studentischer Sicht unnötig erschwert. Hiernach folgt unter VI. (§ 56 Rn. 76 ff.) die Tatmehrheit (§ 53 StGB). Das Unterkapitel schließt mit Ausführungen zur Beteiligung und Unterlassung.

Mit § 57 endet schließlich das Kapitel und auch das Lehrbuch. Dort geht es um die äußerst schwierigen Konkurrenzfragen bei tatsächlichen Zweifeln, insbesondere um die gleichartige und ungleichartige Wahlfeststellung. Dabei wurde im Rahmen der Kasuistik (§ 57 Rn. 28 ff.) die vielbeachtete Entscheidung des *Großen Senats für Strafsachen* des BGH zur Zulässigkeit der Wahlfeststellung wegen (gewerbsmäßig begangenen) Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei³ nicht berücksichtigt, wohl aber die (konsequente) Folgeentscheidung des seinerzeit anfragenden 2. *Strafsenats*⁴. In die Neuauflage ist insbesondere die dazu ergangene Entscheidung des BVerfG⁵ einzuarbeiten.

IV. Das Lehrbuch von *Rengier* eignet sich unterm Strich nicht nur für Studienanfänger und Studienanfängerinnen, die sich dem materiellen Strafrecht langsam nähern sollen, sondern auch und gerade für Studierende kurz vor der Staatsprüfung. Gerade fortgeschrittene Studierende profitieren von vielen prägnanten – teils voraussetzungsvollen – Ausführungen, die nach Studium des Besonderen Teils wieder herangezogen werden können, um die (auch sehr klausurrelevanten) thematischen Verflechtungen beider Teile des Strafrechts zu erkennen und zu vertiefen. In fundierter, aber dennoch klar verständlicher Weise gibt das Lehrbuch das gesamte examensrelevante Wissen des Allgemeinen Teils in einer Art wieder, die das systematische Verständnis schärft und dennoch den Blick für das Wesentliche nicht verliert. Lediglich bei der Konkurrenzlehre schafft es *Rengier* nicht, die sonst gewährte Übersichtlichkeit zu wahren.

Diplom-Jurist (Univ.) Hao-Hao Wu, München

³ BGHSt 62, 164.

⁴ BGH NSTZ-RR 2018, 47.

⁵ BVerfG NJW 2019, 2837.

Bericht über ein besonderes strafrechtliches Schwerpunktseminar an der Universität Münster: „Der NSU-Strafprozess“

Von Prof. Dr. Jörg Arnold, Münster/Freiburg im Breisgau*

I. Es kommt wohl nicht so oft vor, dass im rechtswissenschaftlichen universitären Studium Veranstaltungen angeboten werden, die es sich zur Aufgabe machen, den eigentlichen inhaltlichen juristischen Kern zugleich mit rechtshistorischen, sozialwissenschaftlichen und aktuell-politischen Aspekten zu verbinden. Auch das Hinzuziehen von Expertinnen und Experten dürfte wohl eher selten auf der Tagesordnung juristischer Ausbildungs- und schon gar nicht Prüfungsveranstaltungen stehen. Und noch seltener scheint zu sein, dass ein Schwerpunktseminar als eine gemeinsame Veranstaltung von zwei Universitäten konzipiert ist. Das gemeinsame strafrechtliche Seminar der Universitäten Münster und Frankfurt am Main zu dem Thema „Der NSU-Prozess“, das vom 10.2.2020 bis zum 12.2.2020 im Landhaus Rothenberge der Universität Münster stattfand, brachte genau diese Besonderheiten zum Ausdruck.

II. Geleitet wurde das Seminar auf Münsteraner Seite von Prof. Dr. Michael Heghmanns, Inhaber der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medienstrafrecht und Strafvollzug, sowie von Prof. Dr. Jörg Arnold, Honorarprofessor an der Universität Münster und Forschungsgruppenleiter am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht in Freiburg im Breisgau. Auf Frankfurter Seite oblag die Leitung des Seminars Prof. Dr. Matthias Jahn, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtstheorie, sowie Forschungsstelle Recht und Praxis der Strafverteidigung (RuPS), und von Frau Dr. Charlotte Schmitt-Leonardy, Wissenschaftliche Mitarbeiterin und Habilitandin am Lehrstuhl von Prof. Jahn. Von dem Lehrstuhl von Prof. Heghmanns nahmen auch weitere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter am Seminar teil, die – wie Julia Trinh und Janina Neumann – sich auch an der organisatorischen Vorbereitung aktiv beteiligten.

Der Orkan „Sabine“, der just am Vortag des Seminarbeginns und noch in die Nacht hinein in Münster wütete, ohne die befürchtete Stärke ganz zu erreichen, brachte in der Ausführung der Planung einiges durcheinander. Prof. Jahn konnte aufgrund der Wetterunbilden und dem dadurch bedingten Stopp der Deutschen Bahn nicht anreisen. Gleiches betraf die als Expertin eingeladenen renommierte Gerichtsreporterin Gisela Friedrichsen von der Zeitung „DIE WELT“. Prof. Jahn und Frau Friedrichsen waren aber mit Hilfe der modernen Technik virtuell mit von der Partie. Auch die Anreise der beiden Frankfurter Studierenden und Vortragenden wie auch der ebenfalls als Expertin eingeladenen Verteidigerin im NSU-Verfahren Anja Sturm erfolgte anders als gedacht, war aber letztlich entgegen allen Widrigkeiten erfolgreich. Trotzdem musste die ursprünglich vorgesehene Reihenfolge der Vorträge zu den Seminararbeiten immer mal wieder

umgestellt werden. Aber das geschah mit der notwendigen Routine und Gelassenheit für derartige Situationen.

III. Mit den Themen wurde versucht, eine zeithistorische Einordnung des NSU-Prozesses ebenso vorzunehmen, wie die relevanten strafrechts- und strafverfahrensrechtsdogmatischen Gesichtspunkte des Verfahrens zu behandeln. Die Teilnehmerinnen und Teilnehmer des Seminars waren sich über die gesellschaftspolitische Aktualität der Thematik bewusst, die in der Entwicklung eines zunehmenden Rassismus und Rechtsextremismus besteht.

Damit ergibt sich eine weitere Besonderheit des Seminars: Zum einen liegt diese im Thema des NSU-Prozesses selbst begründet, der in der Strafrechtswissenschaft bislang – so jedenfalls unser Eindruck – kaum reflektiert wird. Insoweit scheint mit dem Seminar so etwas wie Neuland betreten worden zu sein, auf dem sich bei einer weiteren wissenschaftlichen Beschäftigung aufbauen lässt. Zum anderen ist das Thema „Der NSU-Strafprozess“ Teil einer übergeordneten wissenschaftlichen Herausforderung, die mit der Überschrift „Rechtsradikalismus und Strafrecht“ bezeichnet werden kann, eine Herausforderung, die vor allem auch aufgrund der aktuellen Zunahme von Rechtsterrorismus in der Gesellschaft besteht.

Hier ist nicht zuletzt auch in Fortsetzung der Diskussion im Seminar zu fragen, welche Schlussfolgerungen Politik und Gesellschaft aus dem NSU-Prozess gezogen haben, bzw. welche weiter gezogen werden müssen, und zwar gerade wegen der aktuellen Ereignisse wie der tödlichen Anschläge von Hanau, auf die Synagoge und Migranten in Halle, sowie auf den Regierungspräsidenten von Kassel Walter Lübcke – alles rechtsterroristische Taten nach dem NSU-Prozess.

Ohne übertreiben zu wollen, lässt sich sagen, dass das Seminar damit einen kleinen Beitrag gegen Rechtsextremismus leistet, was sich ganz gut auch in einen gerade veröffentlichten Aufruf von Experten aus Politik, Wissenschaft und Gesellschaft für einen Masterplan gegen Rechtsextremismus einfügt.¹

IV. In der Vorbesprechung, die Ende Juni des vergangenen Jahres für die interessierten Münsteraner Teilnehmerinnen und Teilnehmer stattfand, wurden 19 Themen zur Vergabe angeboten, die Frankfurter Seite hatte fünf Themen zur Auswahl.

Vergeben wurden für Münster folgende Themen:

- Zur Entstehung des NSU-Prozesses im historischen Kontext und zur Frage nach dem Politischen des NSU-Prozesses
- Zur Zeithistorischen Bedeutung und Einordnung des NSU-Prozesses unter Berücksichtigung anderer großer

* Der Autor ist Honorarprofessor an der Universität Münster und Forschungsgruppenleiter am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht in Freiburg im Breisgau.

¹ <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2020-02/verfassungsschutz-masterplan-rechtsextremismus-nationalismus/komplettansicht> (4.5.2020).

Prozesse wie „Auschwitz-Verfahren“ und „Stammheim-Prozess“

- Probleme der Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe im Fall der Angeklagten Beate Zschäpe
- Die Vorwürfe gegen die übrigen Angeklagten und ihre rechtliche Einordnung
- Fragen der Strafzumessung bei „Hasskriminalität“ am Beispiel des NSU-Verfahrens
- Die Feststellung besonderer Schwere der Schuld bei Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe und die Bemessung der Mindestverbüßungszeit – Wie lange muss Beate Zschäpe einsitzen und wann erfährt sie das?
- Fakten und materiell-strafrechtliche Aspekte des Einsatzes von V-Leuten im NSU-Komplex
- „Angehörige wollten Aufklärung und Anerkennung ihres Leides“ (Ramelsberger, DRiZ 2019, 46 [47]) – Selbstverständlichkeit oder systematische Überforderung des Strafprozesses?
- Die Sachverständigengutachten über die Angeklagte Zschäpe und die damit zusammenhängenden Kontroversen
- Die Plädoyers von Staatsanwaltschaft, Nebenklage und Verteidigung
- Der Einfluss der Medien auf das NSU-Verfahren
- Die Untersuchungsausschüsse im Umfeld des NSU-Verfahrens und der Strafprozess – kommunizierende Röhren?

Die beiden Frankfurter Studierenden schrieben ihre Arbeiten und trugen vor zu den Themen:

- Die Wahlverteidigung der Angeklagten Zschäpe durch die Rechtsanwälte Borchert und Grasel – unter Berücksichtigung der Pflichtverteidigung durch die Rechtsanwälte Sturm, Stahl und Heer
- „Ideologische“ Strafverteidigung im NSU-Verfahren

V. Mit den besetzten Themen konnte nun eine Tour d’Horizon durch die im Kontext mit dem NSU-Strafprozess bestehenden Probleme angetreten werden. Es hatte den Anschein, dass den Seminarteilnehmerinnen und -teilnehmern die Bearbeitung der eher dogmatisch ausgerichteten Themen etwas leichter fiel als jene, die die Zeitgeschichte und die Frage nach der politischen Dimension wie auch nach einem Vergleich mit anderen großen Prozessen betraf. Zu jenen eher interdisziplinär ausgerichteten Themen gehörten auch die Fragestellungen nach den Erwartungen der Opfer, dem Einfluss der Medien auf das NSU-Verfahren, sowie nach der Rolle und den Ergebnissen der NSU-Untersuchungsausschüsse.

Dennoch zeigte sich in der Diskussion gerade über diese Themen wie wichtig die Sensibilisierung der Studierenden für das Verhältnis von Recht und Politik ist. Auf dieser Grundlage entwickelten sich wichtige kritische Erörterungen über die Grenzen eines Strafprozesses bei der Aufklärung historischer Wahrheit, mehr noch bei der Herstellung von Gerechtigkeit.

Aber auch hinsichtlich der Bearbeitung der dogmatischen Themen, die der NSU-Prozess stellte, zeigte sich, dass die Teilnehmerinnen und Teilnehmer damit ihren Blick schärften

für die Reichweite und Grenzen der Strafrechtsdogmatik in einem großen Prozess mit politischen Dimensionen. Auf diese Weise konnte kritisch beispielsweise die von der Bundesanwaltschaft aufgestellte „Dreitätertheorie“ hinterfragt, die Rolle des Verfassungsschutzes bei den Straftaten des NSU als ein Element des Versagens des Staates herausgearbeitet und die Schlussfolgerungen, die sich aus den Ergebnissen der Untersuchungsausschüsse ergeben, deutlich benannt und unterstrichen werden.

Aber auch in normativer Hinsicht, die über das NSU-Verfahren weit hinausreicht, ergaben sich aus den dazu bearbeiteten Themen eine Reihe von kritischen Fragestellungen, beispielsweise

- im Hinblick auf die erfolgte Gesetzesänderung des Strafzumessungsrechts durch Hinzufügung der „rassistischen Gesinnung des Täters“ (§ 46 Abs. 2 StGB),
- in Bezug auf die Legitimität der lebenslangen Freiheitsstrafe, oder auch
- hinsichtlich der Rechtsprechung des BGH, die eine forensische Begutachtung des Angeklagten auch ohne Exploration, sondern nur durch Beobachtung von Mimik und Gestik wie auch des sonstigen Verhaltens eines Angeklagten in der Hauptverhandlung für zulässig hält.

Zur Rolle der Strafe beim Umgang mit rechtsextremistischen Straftaten ist – so eine Schlussfolgerung der Diskussion – wie überhaupt bei der generellen Bestimmung der Reichweite und Wirksamkeit des Strafrechts und seiner Sanktionen davon auszugehen, dass nicht hierin das Allheilmittel gegen Kriminalität liegt. Strafe und Strafrecht müssen sich in einen gesamtgesellschaftlichen Kontext einordnen. Das gilt auch hinsichtlich des strafrechtlichen wie strafprozessualen Umgangs mit rechtsextremistischen Straftaten. Nicht zuletzt auch in der Strafrechtswissenschaft neu aufkommende Tendenzen, wieder mehr auf Strafe als ein Mittel zur Vergeltung zu setzen, erscheinen als nicht zielgerecht.

VI. Die Gerichtsreporterin *Gisela Friedrichsen* war insbesondere bei dem Thema „Der Einfluss der Medien auf das NSU-Verfahren“ virtuell präsent und meldete sich auf diese Weise mit Prof. *Jahn* aus der Universität in Frankfurt. In der Diskussion wurde ihr von den Studierenden eine Reihe von Fragen gestellt, die sich auf ihre Reportagen von diesem Prozess bezogen, aber auch auf ihr dazu publiziertes Buch „Der Prozess – Der Staat gegen Beate Zschäpe u.a.“. Frau *Friedrichsen* vertrat die Auffassung, dass die Medien ohne Einfluss auf das NSU-Verfahren gewesen seien. Nur im Falle der gerichtlichen Ablehnung des Freiburger Gutachters Prof. Dr. Joachim Bauer wegen Befangenheit, der sich mit einem Beitrag an „Die Welt“ gewandt hatte, in dem er sich für Beate Zschäpe positionierte, sei journalistisches Agieren nicht ohne Belang gewesen.

Zu den Themen, die der Strafverteidigung galten, war *Anja Sturm* gefragt, eine Anwältin aus dem Team der „Altverteidiger“ als Pflichtverteidigung. Unter Wahrung des Anwaltsgeheimnisses trug sie viel Erhellendes zum Verständnis der konkreten Verteidigungssituation von Beate Zschäpe bei. Dabei fielen auch ihre nachdenklichen Zwischentöne auf. Ge-

genstand der Diskussion – in die sich auch Prof. *Jahn* aus Frankfurt direkt einschaltete – war das „Reizwort“ „Konfliktverteidigung“. Am Beispiel von sogenannten rechten „Szeananwälten“, die im NSU-Prozess auftraten, und oftmals mit rechtsmissbräuchlichen Mitteln verteidigten, wurde nach einer Ethik der Strafverteidigung gefragt, die aber – so Prof. *Jahn* – von einer großen Anzahl von Verteidigern – trotz Bemühungen von Berufsverbänden – teilweise selbst nicht gewollt sei.

Es war, so können wir einschätzen, besonders auch für die Studierenden sehr interessant und lehrreich, mit den externen Expertinnen in den Dialog treten zu können.

Rückblickend würden wir zur Methode der Durchführung eines solchen Seminars die Schlussfolgerung ziehen, dass es vielleicht besser gewesen wäre, wenn sich die Interdisziplinarität stärker noch durch eine fachspezifische Zusammensetzung der Studierenden widerspiegelt hätte, beispielsweise durch ein gemeinsames juristisch-politologisch-sozialwissenschaftliches Seminar.

Zum stattgefundenen Dialog ist noch anzumerken, dass das Landhaus Rothenberge alle räumlichen und weiteren logistischen Möglichkeiten für den Austausch bot; sei es bei den gemeinsamen Mahlzeiten, oder an den Abenden nach dem Seminar etwa bei dem Spiel des Jahres 2019 „Just One“. So konnte die Ernsthaftigkeit auch um die Leichtigkeit ergänzt werden.

VII. Wir hoffen, dass das Besondere des Seminars durch diesen kleinen Bericht deutlich geworden ist. Wir hoffen aber auch, dass solches Seminar nicht exklusiv bleibt, sondern in wissenschaftlich-produktiver Weise Nachahmer findet. Dabei wird nicht verkannt, dass die Studierenden unter Prüfungsbedingungen daran teilnehmen und bei allem politisch-juristischen Interesse und dabei erfolgenden Lerneffekten naturgemäß auch ergebnisorientiert, das heißt notenorientiert herangehen und denken. An dieser Stelle wird jedes noch so besondere Seminar dann wieder von der Normalität eingeholt.

Gleichwohl werden auch die Seminarteilnehmerinnen und -teilnehmer auf die mittlerweile vorliegenden schriftlichen Urteilsgründe im NSU-Strafprozess aufmerksam blicken und ebenso den Fortgang des Rechtsmittels der Revision verfolgen. Darin liegt viel neuer Stoff für Wissenschaft und Lehre.