

Herausgeber: Prof. Dr. Markus Artz, 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, Akad. Rat a.Z. Dr. Matthias Fervers, Prof. Dr. Beate Gsell, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Andreas Hoyer, RiBVerfG a.D. 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. Prof. h.c. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hans Theile, Prof. Dr. Bettina Weißer

Geschäftsführende Herausgeber: Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas Brinkmann, 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, Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas Brinkmann, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Akad. Rat a.Z. Dr. Matthias Fervers, 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. Prof. h.c. 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: Irina Isabel Pommerenke

Internetauftritt: René Grellert

ISSN: 1865-6331

Inhalt

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Bewertung ausgewählter Aspekte des neuen „Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen“ (GeschGehG)

Schutzbereich und Whistleblowing

Von Stud. iur. Ann-Sophie Letzel, Potsdam 1

Öffentliches Recht

Die Zulässigkeit von Bauvorhaben gemäß § 33 BauGB

Von Stud. iur. Daniel Müller, Hannover 14

Strafrecht

Grundzüge der Strafrechtsgeschichte

Vom 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart – Teil 1

Von Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, Hamburg 21

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Strafrecht

Der Dritte in Notwehrkonstellationen

Zur Bestimmung der Grenzen des § 32 StGB

Von Stud. iur. Merle Hamm, Bremen 30

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Fortgeschrittenenklausur: Der Friseur in der Viruskrise

Von Wiss. Mitarbeiter Maximilian Beilner, Wiss. Mitarbeiter Philipp Tilk, Frankfurt am Main 40

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Schwerpunktbereichsklausur: Individualarbeitsrecht Antidiskriminierungs- und Kündigungsrecht

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Stephan Schmidt, Wiss. Mitarbeiterin
Anna-Katharina Klus, Bochum 46

Öffentliches Recht

Examensklausur: 40.000 t Schredder-Schrott

Von Prof. Dr. Ralf Müller-Terpitz, Dr. Anne Knodel, Wiss.
Mitarbeiter Maximilian Schmidt, Mannheim 52

Fortgeschrittenenhausarbeit: Verfassungsmäßigkeit des gefahrenabwehrrechtlichen Einsatzes „stiller SMS“

Von Dr. Jonas Botta, Berlin/Speyer 59

Examensklausur: Die A-Partei und ihre Probleme mit dem Rechtsstaat

Von Wiss. Mitarbeiter Nicolas Harding, Kiel 65

Strafrecht

Fortgeschrittenenklausur: Der falsche Freund

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Martin Piazena, Tbilisi/Georgien 72

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Zivilrecht

BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18; VIII ZR 270/18 (Schönheitsreparaturen bei unrenoviert überlassener Wohnung und unwirksamer Abwälzung auf den Mieter)

(Stud. iur. Julien Schickling, Frankfurt am Main) 82

Strafrecht

BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18 (Konsum eines Joints – zur Garantenstellung aus Ingerenz bzw. Schaffung einer Gefahrenquelle)

(Wiss. Mitarbeiter Maximilian Nussbaum, Hannover) 86

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Strafrecht

BGH, Beschl. v. 14.4.2020 – 5 StR 93/20 (Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln)

(Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, Osnabrück) 92

BGH, Beschl. v. 10.6.2020 – 3 StR 52/20 (Bedingter Vorsatz, Blankettgesetz, Tatbestandsirrtum)

(Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Konstanz) 96

BUCHREZENSIONEN

Zivilrecht

Klunzinger, Eugen, Einführung in das Bürgerliche Recht, 17. Aufl. 2019

(Prof. Dr. Kai E. Wünsche, Meißen) 100

BUCHREZENSIONEN*Strafrecht*

**Matt, Holger/Renzikowski, Joachim (Hrsg.),
Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020**

(Diplom-Jurist Till Pörner, Potsdam)

101

Allgemeines

**Adomeit, Klaus/Hähnchen, Susanne, Latein für
Jurastudierende**

(Stud. iur. Emiel Kowol, Düsseldorf)

103

VARIA*Allgemeines*

„Bucerius Legal Tech Essentials“

Ein Teilnahmebericht aus Corona-Zeiten

Von Stud. iur. Emiel Kowol, Düsseldorf

105

Bewertung ausgewählter Aspekte des neuen „Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen“ (GeschGehG)

Schutzbereich und Whistleblowing

Von Stud. iur. **Ann-Sophie Letzel**, Potsdam*

Durch die steigende Bedeutung von grenzüberschreitendem Unternehmensverkehr, Globalisierung und Outsourcing sowie dem Einsatz von Telekommunikationsmitteln ist eine effektive und einheitliche Regelung zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen unentbehrlich, da infolge einer Zunahme von Praktiken, wie Wirtschaftsspionage und Verletzungen von Geheimhaltungspflichten, welche eine rechtswidrige Aneignung von Geschäftsgeheimnissen bezwecken, eine verstärkte Gefährdungslage für die Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen besteht.¹

Insbesondere deshalb soll dieser Beitrag die Frage beantworten, ob die Richtlinie (EU) 2016/943² (Geheimnisschutzrichtlinie) europarechtskonform in das Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen³ (GeschGehG) umgesetzt worden ist (zur Historie I.). Der Schwerpunkt liegt hierbei auf dem Schutzbereich (II.) und vornehmlich auf der Frage, wie das Merkmal des kommerziellen Wertes zu verstehen ist, ob jegliche Geheimnisse eines Unternehmens geschützt sind und inwiefern sich der Geheimnisschutz durch die geforderten angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen für Geheimnissinhaber verändert. Betrachtet wird ebenfalls, ob der deutsche Gesetzgeber befugt ist, ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung zu fördern.

Spätestens seit Snowdens Enthüllungen genießt die Aufdeckung von unethischen oder illegalen Verhaltensweisen gesteigerte Aufmerksamkeit in der Bevölkerung und Rechtswissenschaft.⁴ Für den Hinweisgeberschutz ergeben sich durch das GeschGehG Neuerungen. Hinsichtlich des umfassenden Schutzbereiches des GeschGehG wird betrachtet, ob und wann eine unternehmensexterne Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen zulässig ist (III.). Hierzu wird beantwortet, ob die bisherige Rechtsprechung zum sog. Eskalationsmodell weiterhin angewandt werden muss und wie sich das Verhältnis zur allgemeinen arbeitsvertraglichen Verschwiegenheitspflicht aus § 241 Abs. 2 BGB, sowohl aus dem laufenden als auch dem beendeten Arbeitsverhältnis, darstellt. Eine abschließende Bewertung (IV.) vervollständigt den Beitrag.

* Die Verf. ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Universität Potsdam. Sie dankt Prof. Dr. Björn Steinrötter für wertvolle Anmerkungen.

¹ Erwägungsgrund 4 der Geheimnisschutzrichtlinie; Alexander, WRP 2017, 1034 (1035); McGuire, in: Büscher, Kommentar zum Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb, 2019, Vor §§ 17–19 UWG Rn. 54.

² RL 2016/943/EU v. 8.6.2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung = ABl. EU 2016 Nr. L 157, S. 1.

³ BGBl. I 2019, S. 466.

⁴ Gerdemann, RdA 2019, 16 (16).

I. Entwicklung des GeschGehG

Das GeschGehG, welches am 26.4.2019 in Kraft getreten ist, setzt die Geheimnisschutzrichtlinie vom 8.6.2016 um. Die Reformierung des Geheimnisschutzes beruht auf dem Gedanken, dass eine EU-weit homogene Ausgestaltung des Geschäftsgeheimnisschutzes die Zusammenarbeit von Unternehmen auf dem Binnenmarkt stärkt und effektiver Schutz nur durch ein gleiches Schutzniveau der Mitgliedstaaten erreicht werden kann.⁵ Vor Einführung des GeschGehG sind Geschäftsgeheimnisse durch die §§ 17–19 UWG a.F. geschützt gewesen, welche veraltet sowie lückenhaft waren und dementsprechend keinen effektiven Geheimnisschutz gewährleisteten.⁶ Die Notwendigkeit zur Aktualisierung der §§ 17–19 UWG a.F. lässt sich bereits daran verdeutlichen, dass gem. § 17 Abs. 1 UWG a.F. lediglich Geheimnisverrat von Beschäftigten während des Beschäftigungszeitraumes erfasst wurde.⁷ Der BGH legte § 17 Abs. 1 UWG a.F. dahingehend aus, dass der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zwar in der Verwertung grundsätzlich frei sein sollte, aber gleichzeitig die Verwertung von seinerzeit befugt angefertigten Unterlagen durch § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG a.F. als „sonst unbefugte“ Verschaffung nicht gestattet war.⁸ Auch hat der EGMR bestätigt, dass hinsichtlich des Whistleblowings unter gewissen Umständen ein öffentliches Interesse an der Veröffentlichung von Geschäftsgeheimnissen im Sinne der Meinungsäußerungsfreiheit nach Art. 10 EMRK vorliegen kann.⁹ § 17 Abs. 1 UWG a.F. enthielt jedoch keinen Anhaltspunkt für eine derartige Zulässigkeit, sodass der Whistleblower den Tatbestand des § 17 Abs. 1 UWG a.F. stets erfüllt hat.¹⁰ Auch hier zeigt sich der Reformbedarf. Die bisherigen Grundsätze der deutschen Rechtsprechung können nur bedingt auf die neue Rechtslage übertragen werden, da eine Angleichung des Unionsrecht erfolgen soll.¹¹ Ähnlich wie bereits durch das UrhG und PatG geschehen, stellt das GeschGehG ein eigenes Stammgesetz dar.¹²

⁵ Alexander, WRP 2017, 1034 (1035); McGuire (Fn. 1), Vor §§ 17–19 Rn. 54; Stier/Hasselblatt, in: Götting/Nordemann, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Aufl. 2016, Vor §§ 17–19 Rn. 12.

⁶ Alexander, WRP 2017, 1034 (1034); Ohly, GRUR 2019, 441 (441).

⁷ BGH GRUR 1963, 367 (370); Ohly, GRUR 2014, 1 (5).

⁸ Ohly, GRUR 2014, 1 (5).

⁹ EGMR NJW 2011, 3501 (3501); Ohly, GRUR 2014, 1 (6).

¹⁰ Ohly, GRUR 2014, 1 (7).

¹¹ BGH GRUR 2012, 1048 (1049); Alexander, WRP 2019, 673 (674).

¹² Ullrich, NZWiSt 2019, 65 (67).

1. RL (EU) 2016/943 (Geheimnisschutzrichtlinie)

Dem Unionsgesetzgeber zufolge sollen Unternehmer von ihrer schöpferischen Tätigkeit durch den Schutz von Investitionen, Innovationen und geistigem Eigentum wirtschaftlich profitieren.¹³ Die Geheimnisschutzrichtlinie enthält gem. Erwägungsgrund 10 ein verbindliches Mindestmaß an Schutz, über welches gem. Art. 1 Abs. 1 und 2 Geheimnisschutzrichtlinie hinausgegangen werden kann.¹⁴ Der Harmonisierungsgrad entspricht jedoch nicht einer typischen Mindestharmonisierung, da die Umsetzungsfreiheit der Mitgliedstaaten durch die Bedingung der Einhaltung der in Art. 1 Abs. 1 und 2 Geheimnisschutzrichtlinie genannten Artikel etwas beschränkt wird.¹⁵ Der Harmonisierungsgrad entspricht einer gezielten Harmonisierung.¹⁶ Uneinigkeit herrscht darüber, ob bezüglich der ausdrücklich genannten Vorschriften eine Erhöhung des Schutzniveaus durch die Mitgliedstaaten zulässig ist. Einerseits soll beispielsweise bezüglich der Art. 3 und 5 der Geheimnisschutzrichtlinie kein weitergehender Schutz zulässig sein, da diese ihrem Regelungszweck nach einen angemessenen Interessenausgleich der Beteiligten bezwecken und damit nicht einseitig verschärft werden dürften.¹⁷ Andererseits kann die Bedingung der gezielten Harmonisierung die Mitgliedstaaten nicht an einem weitergehenden Schutz hindern, sofern die ausdrücklich festgelegten Regelungen zum angemessenen Interessenausgleich der Parteien gewahrt werden.¹⁸ Die genannten Vorschriften statuieren insofern die Mindestgrenze des Geheimnisschutzes.¹⁹ Eine Erweiterung des Schutzes ist somit auch bezüglich der ausdrücklich in Art. 1 Abs. 1 und 2 Geheimnisschutzrichtlinie genannten Artikel nicht ausgeschlossen.

2. Rechtliche Einordnung von Geschäftsgeheimnissen

Geschäftsgeheimnisse sind privatrechtliche Rechtspositionen, was sich aus der zivilrechtlichen Konzeption des GeschGehG ergibt und den Ausschluss von Informationen öffentlich-rechtlicher Einrichtungen zur Folge hat.²⁰ Sie ergänzen die Schutzrechte des geistigen Eigentums, verkörpern einen unternehmenseigenen Vermögenswert und besitzen dabei immateriellen Charakter.²¹ Das Geschäftsgeheimnis ist systematisch

zwischen dem Lauterkeitsrecht und dem geistigen Eigentum angesiedelt.²²

II. Schutzbereich = Geschäftsgeheimnis

Bis zur Geheimnisschutzrichtlinie existierte in lediglich zehn Mitgliedstaaten eine uneinheitliche Definition des Geschäftsgeheimnisses.²³ In Deutschland ist eine solche lediglich wettbewerbsrechtlich vorausgesetzt gewesen.²⁴

1. Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis

Nach bisheriger Rechtsprechung ist ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis eine Tatsache, die nicht offenkundig ist, in Beziehung mit einem Betrieb steht und ausweislich eines erkennbaren berechtigten wirtschaftlichen Interesses geheim gehalten werden soll.²⁵ Eine Unterscheidung zwischen Betriebs- und Geschäftsgeheimnis in der Praxis ist unüblich, sodass beide gleichermaßen geschützt sind.²⁶

a) Definition aus der Geheimnisschutzrichtlinie

Gem. Art. 2 Abs. 1 Geheimnisschutzrichtlinie liegt ein Geschäftsgeheimnis vor, wenn eine Information in ihrer Gesamtheit oder genauen Anordnung nur dem üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehenden Personenkreis bekannt oder ohne weiteres zugänglich ist (lit. a), die Information aufgrund ihrer Geheimheit einen kommerziellen Wert besitzt (lit. b) und durch angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen der Berechtigten geschützt ist (lit. c).

Es werden ausweislich des Erwägungsgrundes 14 der Geheimnisschutzrichtlinie keine qualitativen Anforderungen an sonstigen Sonderrechtsschutz gestellt und so alle Geschäftsinformationen, wie Formeln, Kunden- und Marketingdaten, aber auch Rezepturen, Strategiepläne und vertragliche Geschäftsbeziehungen mit Dritten, geschützt.²⁷ Auch kleine und mittelständische Unternehmen sollen so von der Richtlinie profitieren.²⁸

b) Zulässigkeit von Abweichungen

Die Mitgliedstaaten können weitergehende Voraussetzungen für die nicht in Art. 1 Abs. 1 Geheimnisschutzrichtlinie genannten Artikel bestimmen, sofern die gezielte Harmonisierung und ein hohes Schutzniveau gem. Art. 114 Abs. 3 AEUV gewährleistet ist.²⁹ Da die Begriffsbestimmungen des Art. 2

¹³ Alexander, WRP 2017, 1034 (1035).

¹⁴ Namysłowska, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, Geheimnisschutz-RL Art. 1 Rn. 5.

¹⁵ Namysłowska (Fn. 14), Geheimnisschutz-RL Art. 1 Rn. 5.

¹⁶ Namysłowska (Fn. 14), Geheimnisschutz-RL Art. 1 Rn. 5.

¹⁷ Alexander, WRP 2017, 1034 (1036).

¹⁸ Namysłowska (Fn. 14), Geheimnisschutz-RL Art. 1 Rn. 6.

¹⁹ Kalbufs, GRUR 2016, 1009 (1010); Namysłowska (Fn. 14), Geheimnisschutz-RL Art. 1 Rn. 6.

²⁰ Hiéramente, in: Beck'scher Online-Kommentar zum GeschGehG, 2. Ed., Stand: 15.12.2019, § 1 Rn. 6; Alexander, in: Beck'scher Kurz-Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 38. Aufl. 2020, GeschGehG § 1 Rn. 11.

²¹ Alexander, WRP 2017, 1034 (1036); ders. (Fn. 20), GeschGehG § 1 Rn. 12 f.

²² Ohly, GRUR 2019, 441 (445); Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 1 Rn. 15.

²³ Stier/Hasselblatt (Fn. 5), Vor §§ 17–19 Rn. 11.

²⁴ Bauschke, öAT 2019, 133 (134).

²⁵ RGZ 149, 329 (332 f.).

²⁶ Kalbufs, GRUR 2016, 1009 (1010); Trebeck/Schulte-Wissermann, NZA 2018, 1175 (1176).

²⁷ Alexander, WRP 2017, 1034 (1037 f.); Namysłowska (Fn. 14), Geheimnisschutz-RL Art. 2 Rn. 6.

²⁸ Trebeck/Schulte-Wissermann, NZA 2018, 1175 (1176); Maaßen, GRUR 2019, 352 (354).

²⁹ Schröder, in: Streinz, Beck'scher Kurz-Kommentar zum EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 114 Rn. 49 ff.; zur Harmonisierung: I. 1.

Geheimnisschutzrichtlinie nicht ausdrücklich genannt sind, ist der deutsche Gesetzgeber zu abweichenden Definitionen befugt.

c) Definition aus § 2 Nr. 1 GeschGehG

Ein Geschäftsgeheimnis i.S.d. § 2 Nr. 1 GeschGehG ist eine Information, die weder insgesamt noch in ihrer genauen Anordnung bekannt und daher von wirtschaftlichem Wert ist (lit. a), Gegenstand von angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen ist (lit. b) und an der ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht (lit. c).

Die Tatbestandsvoraussetzungen müssen objektiv und kumulativ vorliegen.³⁰ Die Definition umfasst jede Art von vertraulichen und unternehmensbezogenen Informationen, enthält keine Kategorien und ist offen für Entwicklung durch technischen Fortschritt oder sich verändernde Marktverhältnisse, sodass der Begriff weit auszulegen ist.³¹ Geschützt sind Informationen über Tatsachen und nicht die Tatsachen selbst.³² Der Schutz des GeschGehG ist unabhängig davon, ob das Geheimnis verkörpert ist.³³ Der Richtlinien text ist nicht unverändert in das GeschGehG übertragen worden. § 2 Nr. 1 lit. a GeschGehG enthält die Bestandteile von Art. 2 Nr. 1 lit. a und b Geheimnisschutzrichtlinie kumuliert und der kommerzielle Wert ist durch wirtschaftlichen Wert ersetzt worden. Darüber hinaus hat der deutsche Gesetzgeber das Merkmal des berechtigten Interesses an der Geheimhaltung in § 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG eingeführt. Im Folgenden werden die einzelnen Definitionsmerkmale näher betrachtet.

aa) Fehlende Bekanntheit

Das Merkmal der mangelnden Bekanntheit entspricht weitestgehend der bisherigen Rechtsprechung zu § 17 UWG a.F.³⁴ Geheim ist eine Tatsache, die weder in ihrer Gesamtheit noch in der Anordnung ihrer Bestandteile bekannt und lediglich einem begrenzten Personenkreis zugänglich ist, wobei der Berechtigte die Kontrolle über diesen Kreis besitzen muss.³⁵ Ein begrenzter Personenkreis lag nach alter Rechtsprechung aufgrund der arbeitsvertraglichen Verschwiegenheitsverpflichtung schon bei Mitarbeitern eines Unternehmens vor, woran weiterhin festgehalten werden kann.³⁶ Geheimnisqualität besitzt die Information, wenn ihre Erschließung einen erheblichen Zeit- oder Kostenaufwand fordert und sie dementsprechend nicht ohne größere Schwierigkeiten zur Kenntnis ge-

nommen werden kann.³⁷ Bei berechtigter Publikation des Geschäftsgeheimnisses beispielsweise im Internet oder einer Fachzeitschrift entfällt der Geheimnisschutz regelmäßig aufgrund der Breitenwirkung der Medien.³⁸ Die Gesetzesfassung ist insoweit überwiegend mit der Definition des Art. 2 Nr. 1 lit. a Geheimnisschutzrichtlinie identisch.³⁹ Es liegt lediglich eine sprachliche Abweichung ohne inhaltliche Veränderungen vor, denn „Insgesamt“ des § 2 Nr. 1 lit. a GeschGehG bezieht sich auf die Information „in ihrer Gesamtheit“.⁴⁰ Die zur Geheimnisschutzrichtlinie etablierten Grundsätze sind insoweit auf das GeschGehG anwendbar.

bb) „kommerzieller Wert, weil sie geheim sind“

Die Informationen müssen kommerziellen Wert aufweisen, der auf ihrer Geheimheit beruht, Art. 2 Nr. 1 lit. b Geheimnisschutzrichtlinie. Abweichend zum bisherigen Geheimnisschutz ist nun ein wirtschaftlicher Wert statt einer Geheimhaltungsbedürftigkeit gefordert, die aus Sicht eines objektiven und verständigen Betrachters zu beurteilen ist.⁴¹ Aus dem Regelungskonzept der Geheimnisschutzrichtlinie ergibt sich, dass der Unternehmensbezug nun großzügig gestaltet und bereits zu bejahen ist, wenn die Informationen in Zusammenhang mit zumindest künftiger Unternehmertätigkeit stehen.⁴² Nun können auch Forschungseinrichtungen umfasst sein, was eine bisherige Lücke schließt.⁴³ Unklar ist, ob auch solche Informationen geschützt sind, die zwar keinen kommerziellen Wert vermitteln, deren Bekanntwerden aber wirtschaftlichen Schaden verursachen könnte.⁴⁴ I.R.d. § 17 UWG a.F. ist dies bislang bejaht worden.⁴⁵ Fraglich ist folglich, ob nun engere Anforderungen gelten, als bisher nach § 17 UWG a.F.

Gegen eine Einbeziehung spricht, dass das Bekanntwerden von schädigenden Informationen keinen realen oder potentiellen Handlungswert im Sinne des Erwägungsgrundes 14 der Geheimnisschutzrichtlinie darstellt.⁴⁶ Sofern es sich lediglich um rein negative Wirkungen handelt, liegt hiernach kein kommerzieller Wert vor, sondern ein negatives Interesse in Höhe des entsprechenden Imageschadens.⁴⁷ Andererseits enthält Erwägungsgrund 14 ebenfalls den Ansatz, dass die Offenlegung einer Information die wirtschaftlichen Interessen durch die Verminderung der Wettbewerbsfähigkeit schädigt.⁴⁸

³⁰ Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 21 ff.

³¹ Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 24.

³² Kalbuß, GRUR 2016, 1009 (1010).

³³ Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 3.

³⁴ BGH GRUR 1955, 424 (424); Redeker/Pres/Gittinger, WRP 2015, 681 (683).

³⁵ Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 8 f.; Stier/Hasselblatt (Fn. 5), § 17 Rn. 13.

³⁶ BGH GRUR 2012, 1048 (1049) Rn. 31; Stier/Hasselblatt (Fn. 5), § 17 Rn. 13; Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 34.

³⁷ BGH GRUR 2012, 1048 (1049) Rn. 21); Redeker/Pres/Gittinger, WRP 2015, 681 (683); Kalbuß, GRUR 2016, 1009 (1011); Stier/Hasselblatt (Fn. 5), § 17 Rn. 14.

³⁸ Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 11 f.

³⁹ Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 7 ff.

⁴⁰ Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 32.

⁴¹ Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 14; Alexander (Fn. 20), § 2 GeschGehG Rn. 39.

⁴² Alexander (Fn. 20), § 2 GeschGehG Rn. 83.

⁴³ McGuire (Fn. 1), GeschGehG § 2 Rn. 37; Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 86.

⁴⁴ Kalbuß, GRUR 2016, 1009 (1011).

⁴⁵ BGH GRUR 2006, 1044 (1046).

⁴⁶ Kalbuß, GRUR 2016, 1009 (1011); Goldhammer, NVwZ 2017, 1809 (1812).

⁴⁷ Goldhammer, NVwZ 2017, 1809 (1812).

⁴⁸ Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 15.

Hier ist beispielsweise an die Offenlegung von unethischen Fertigungsarten oder die Verwendung von negativ behafteten Zutaten zu denken. Ein kommerzieller Wert liegt auch dann vor, wenn die Geheimhaltung der Information von wirtschaftlichem Interesse für das Unternehmen ist, oder sogar erst werden kann.⁴⁹ Es wird auf die negativen Folgen für die Bestimmung des kommerziellen Wertes abgestellt, sodass es nicht zwangsläufig eines positiven Wertes bedarf.⁵⁰ Auch unternehmensstrategische Interessen und wettbewerbliche Vorsprünge sind schützenswert, sofern sich der kommerzielle Wert zumindest potentiell realisieren lässt.⁵¹

Unter Berücksichtigung des Zweckes der Geheimnisschutzrichtlinie und dem Gedanken des effektiven Rechtsschutzes ist das Merkmal des kommerziellen Wertes dahingehend auszulegen, dass auch potentiell schädigende Informationen einen Handelswert enthalten, solange die Geheimhaltung der Information eine wirtschaftliche und messbare Schädigung verhindert. Schädigende Informationen sind somit weiterhin geschützt.

Die Formulierung des Art. 2 Nr. 1 lit. b Geheimnisschutzrichtlinie fordert, dass sich der kommerzielle Wert aus der Geheimhaltung ergibt. Ein solches Kriterium ist in Deutschland bisher nicht erforderlich gewesen, sodass die Richtlinie enger scheint.⁵² Problematisch ist insofern die Existenz von Informationen, die unabhängig von ihrer Geheimhaltung einen kommerziellen Wert enthalten, wie dies bei Kundendaten der Fall ist.⁵³ Da anderenfalls diese Informationen aus dem Schutzbereich fallen, ist ein potentieller Wertzuwachs durch die Geheimhaltung ausreichend.⁵⁴

Der „kommerzielle Wert“ aus Art. 2 Nr. 1 lit. b Geheimnisschutzrichtlinie findet sich zusammengefasst ebenfalls in § 2 Nr. 1 lit. a GeschGehG. Zudem fordert das GeschGehG statt eines kommerziellen einen wirtschaftlichen Wert. Der wirtschaftliche Wert weicht sprachlich ab, meint im Ergebnis jedoch dasselbe wie der kommerzielle Wert.⁵⁵ Auch durch die Integration des „wirtschaftlichen Wertes“ in § 2 Nr. 1 lit. a GeschGehG ist keine Änderung im Anwendungsbereich ersichtlich.

Festzuhalten bleibt somit, dass die Grundsätze aus Art. 2 Nr. 1 lit. a und b Geheimnisschutzrichtlinie in deutsches Recht übertragen worden sind. Demzufolge sind die Überlegungen auf § 2 Nr. 1 lit. a GeschGehG anwendbar.

⁴⁹ *Heinzke*, CCZ 2016, 179 (182); *Alexander*, WRP 2017, 1034 (1038); *Hiéramente* (Fn. 20), § 2 Rn. 15.

⁵⁰ So *Hiéramente* in seiner Stellungnahme als Sachverständiger, S. 3, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/583660/0c6b9984d421f770e23ff9ab89c9676b/hi/C3%A9ramente-data.pdf> (25.1.2021).

⁵¹ *McGuire* (Fn. 1), GeschGehG § 2 Rn. 38; *Alexander* (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 45.

⁵² *Lejeune*, CR 2016, 330 (332).

⁵³ *Hiéramente* (Fn. 20), § 2 Rn. 17.

⁵⁴ *Hiéramente* (Fn. 20), § 2 Rn. 17; *Alexander* (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 47.

⁵⁵ *Trebeck/Schulte-Wissermann*, NZA 2018, 1175 (1177); *Hiéramente* (Fn. 20), § 2 Rn. 13 f.

cc) Gegenstand von angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen

Eine Veränderung der Rechtslage ist auch für das dritte Merkmal des Geschäftsgeheimnisses zu erwarten, denn bisher ist ein zu manifestierender subjektiver Geheimhaltungswille erforderlich gewesen, der objektiv ein Geheimhaltungsinteresse begründet.⁵⁶ Nun fordert Art. 2 Nr. 1 lit. c Geheimnisschutzrichtlinie den Umständen entsprechende Geheimhaltungsmaßnahmen durch die Person, die die rechtmäßige Kontrolle über die Information besitzt. Ein Geheimhaltungswille wurde stets für alle nicht offenkundigen betriebsinternen Informationen vermutet, sodass eine Beweislastumkehr zulasten des Geheimnissinhabers eintritt.⁵⁷ Die Anforderungen sind bisher nicht streng gewesen, denn die Vermutung bestand auch, sofern eine Offenbarung der Informationen unüblich war.⁵⁸ Die begrifflichen Veränderungen der Geheimnisschutzrichtlinie haben jedoch zur Folge, dass die vorstehenden Überlegungen nicht unverändert anwendbar sind.

Die Geheimhaltungsmaßnahme ist ein rein objektives Kriterium und verdeutlicht, dass der Geheimnisschutz im Ergebnis ein Zugangsschutz ist.⁵⁹ Die Richtlinie stellt engere Voraussetzungen auf als die deutsche Rechtsprechung.⁶⁰ Ob ein Geheimnis geschützt ist, liegt auch in der Verantwortung des Unternehmers, denn der Berechtigte muss gem. Art. 2 Abs. 1 lit. c Geheimnisschutzrichtlinie durch tatsächliche Handlungen dafür sorgen, dass die Information auch geheim bleibt.⁶¹ Insofern verändert sich die Stellung des Geheimnissinhabers zum Nachteil, denn die pauschale Vermutung des Geheimhaltungswillens entfällt. Das Merkmal „Maßnahme“ drückt aus, dass Schutzvorkehrungen tatsächlich getroffen werden müssen und hat dementsprechend Warnfunktion.⁶² Was angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen sind, lässt sich der Geheimnisschutzrichtlinie nicht entnehmen, für die Beurteilung enthält die Begründung zumindest sieben Indikatoren.⁶³ Jedenfalls ist hinsichtlich der Gewährung eines uneingeschränkten Geheimnisschutzes durch Innovationsschutz und Wettbewerbsförderung nicht davon auszugehen, dass ein Unternehmen stets die bestmöglichen Maßnahmen ergreifen muss, sodass auch bei Überwindbarkeit der Sicherungsmaßnahmen angemessener Geheimnisschutz vorliegen kann.⁶⁴ In Betracht kommen Maßnahmen, wie beispielsweise räumliche oder technische Beschränkungen des Zugangs und arbeits-

⁵⁶ *Redeker/Pres/Gittinger*, WRP 2015, 681 (683); *Stier/Hasselblatt* (Fn. 5), § 17 Rn. 19 ff.; *Lejeune*, CR 2016, 330 (332).

⁵⁷ *Redeker/Pres/Gittinger*, WRP 2015, 681 (683).

⁵⁸ *Stier/Hasselblatt* (Fn. 5), § 17 Rn. 19.

⁵⁹ *Hauck*, WRP 2018, 1032 (1033); *McGuire* (Fn. 1), GeschGehG § 2 Rn. 43.

⁶⁰ *Lejeune*, CR 2016, 330 (333).

⁶¹ *Redeker/Pres/Gittinger*, WRP 2015, 681 (683); *Alexander*, WRP 2017, 1034 (1039).

⁶² *Trebeck/Schulte-Wissermann*, NZA 2018, 1175 (1177); *Partsch/Rump*, NJW 2020, 118 (120).

⁶³ BT-Drs. 19/4724, S. 24 f.

⁶⁴ *Alexander*, WRP 2017, 1034 (1039); *Burghardt-Richter/Bode*, BB 2019, 2697 (2698); *Thiel*, WRP 2019, 700 (701).

vertragliche Verschwiegenheitsverpflichtungen.⁶⁵ Der Inhaber ist verpflichtet, die Einhaltung der Schutzmaßnahmen unter Berücksichtigung des technischen Fortschrittes zu überprüfen und dauerhaft zu sichern.⁶⁶ Insbesondere der kommerzielle Wert des Geheimnisses und die konkrete Risikolage sind neben Art und Bedeutung zu berücksichtigen, wobei die Angemessenheit jedoch stets nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen ist.⁶⁷ Dieses Kriterium ist für gerichtliche Entscheidungen abwägungsrelevant, Art.11 Abs. 2 lit. b, 13 Abs. 1 lit. b Geheimnisschutzrichtlinie.⁶⁸ Die Maßnahme muss durch den rechtmäßigen Inhaber veranlasst werden, wobei die Ausführung durch Dritte möglich ist.⁶⁹

Die Anforderungen der Geheimnisschutzrichtlinie hinsichtlich der angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen sind nicht zwingend zu übernehmen gewesen, da in Deutschland durch den Geheimhaltungswillen bisher ein weitreichenderer Schutz gewährleistet wurde.⁷⁰ Der Gesetzgeber hat sich für die Übernahme dieses Definitionsmerkmals in § 2 Nr. 1 lit. b GeschGehG entschieden und dementsprechend auch dazu, den Schutzbereich einzuengen. Dadurch, dass § 2 Nr. 1 lit. a GeschGehG zwei Tatbestandsmerkmale der Definition der Geheimnisschutzrichtlinie zusammenfasst, befindet sich das Merkmal „angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen“ im GeschGehG an zweiter, statt an dritter Position. Die zur Art. 2 Nr. 1 lit. c Geheimnisschutzrichtlinie entwickelten Grundsätze sind aufgrund der Übernahme auf § 2 Nr. 1 lit. b GeschGehG anwendbar.

dd) Berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung

Neu ist das Tatbestandsmerkmal in § 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG, denn das „berechtigtes Interesse“ findet sich nicht in der Begriffsbestimmung des Art. 2 Nr. 1 Geheimnisschutzrichtlinie. Das Merkmal wurde einerseits in Anlehnung an die Rechtsprechung zu § 17 UWG a.F. eingeführt, nach der der Inhaber ein Geheimhaltungsinteresse nachweisen muss und andererseits, um dem Umstand gerecht zu werden, dass Erwägungsgrund 14 der Geheimnisschutzrichtlinie ein „legitimes Interesse“ an der Geheimhaltung fordert.⁷¹ Auch soll so der investigative Journalismus geschützt werden.⁷² Das legitime Interesse dient in erster Linie einem Ausschluss von reinen Bagatellfällen, ermöglicht den Gerichten eine Willkürkontrolle und ist als solches dem Geheimnisbegriff immanent.⁷³ Zudem wären Informationen über Rechtsverstöße

nicht von dem Schutzbereich erfasst, da die Rechtsordnung widerspruchsfrei sein muss.⁷⁴

Zweifelhaft ist die Vereinbarkeit des § 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG mit der Geheimnisschutzrichtlinie, da der Schutzbereich durch die Mitgliedstaaten nicht eingengt werden darf.⁷⁵ Eine Abweichung erschwert die unionsweite Harmonisierung des Geheimnisschutzes.⁷⁶

Für eine Richtlinienkonformität wird angeführt, dass sich das berechnete Interesse aus Erwägungsgrund 14 der Geheimnisschutzrichtlinie entnehmen lässt und mit den europarechtlichen Vorgaben in Einklang steht.⁷⁷ Hiergegen lässt sich einwenden, dass die Erwägungsgründe zwar bei der Auslegung zu berücksichtigen sind, aber nicht selbst als Norm übernommen werden sollen.⁷⁸ Das berechnete Interesse wird bereits dadurch sichergestellt, dass lediglich kommerzielle Interessen von dem Geheimnisbegriff umfasst sind und § 5 GeschGehG Ausnahmetatbestände im Rahmen des öffentlichen Interesses regelt, wie beispielsweise die freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit.⁷⁹ Schon die systematische Überlegung durch die Schaffung der Ausnahmetatbestände des § 5 GeschGehG bestätigt, dass der Schutzbereich nicht bereits auf der Tatbestandsseite beschränkt werden soll.⁸⁰ Vielmehr sollen die gegenläufigen Interessen erst durch § 5 GeschGehG ausgeglichen werden. Das Argument der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung in Bezug auf rechtswidrige Geheimnisse lässt sich damit entkräften, dass im deutschen Straf- und Strafprozessrecht zwar in Einzelfällen exemplarisch durch § 43 Abs. 1 GWG Meldepflichten entstehen können, gleichzeitig aber beispielsweise § 203 StGB die Geheimhaltung von Geheimnissen sogar fordert und somit keine zwingenden Offenbarungspflichten bestehen.⁸¹ Auf Unternehmensseite liegt grundsätzlich ein schützenswertes Interesse an einer geregelten Untersuchung von rechtswidrigen oder unethischen unternehmensinternen Vorgängen vor, sodass eine Offenbarung von solchen Informationen bis zum Abschluss derartiger Untersuchungen nicht geboten ist.⁸² Bei vorwerfbarer Vernachlässigung von Aufsichtspflichten begründen die drohenden Geldbußen gem. §§ 30, 130 OWiG gegen das Unternehmen selbst und die Unternehmensführung regelmäßig ohnehin ein zu berücksichtigendes Interesse an der Geheimhaltung.⁸³ Der deutsche Definitionszusatz ist somit zumindest überflüssig, wenn nicht sogar richtlinienwidrig.⁸⁴ Zudem dürfen Vorschriften zur Umsetzung des

⁶⁵ Redeker/Pres/Gittinger, WRP 2015, 681 (684); Alexander, WRP 2017, 1034 (1039).

⁶⁶ Alexander, WRP 2017, 1034 (1039); McGuire (Fn. 1), Vor §§ 17–19 Rn. 106.

⁶⁷ Alexander, WRP 2017, 1034 (1039).

⁶⁸ Alexander, WRP 2017, 1034 (1039).

⁶⁹ Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 72.

⁷⁰ Lejeune, CR 2016, 330 (333).

⁷¹ BGH GRUR 2009, 603 (604); Hauck, GRUR-Prax 2019, 223 (224); Schreiber, NZWiSt 2019, 332 (334).

⁷² Dann/Markgraf, NJW 2019, 1774 (1776); Ohly, GRUR 2019, 441 (444).

⁷³ Hauck, GRUR-Prax 2019, 223 (224); Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 71.

⁷⁴ Hauck, GRUR-Prax 2019, 223 (224).

⁷⁵ Ohly, GRUR 2019, 441 (444); Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 77.

⁷⁶ Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 70.

⁷⁷ Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 69 f.

⁷⁸ Preis/Siewerth, RdA 2019, 351 (354).

⁷⁹ Ohly, GRUR 2019, 441 (444); Preis/Siewerth, RdA 2019, 351 (355).

⁸⁰ Preis/Siewerth, RdA 2019, 351 (354).

⁸¹ Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 74 f.

⁸² Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 76.

⁸³ Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 75.

⁸⁴ Ohly, GRUR 2019, 441 (444).

Unionsrecht nicht nach bisherigen nationalen Maßstäben ausgelegt werden.⁸⁵

§ 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG engt den Schutzbereich unzulässig ein und ist richtlinienkonform großzügig auszulegen, sodass ein berechtigtes Interesse bei jeglichem wirtschaftlichen Interesse an der Geheimhaltung vermutet wird, sofern die übrigen Definitionsmerkmale erfüllt sind.⁸⁶ Uneinigkeit herrscht darüber, ob die Vermutung unwiderleglich⁸⁷ ist oder bei dem Fehlen von nachvollziehbaren, plausiblen und wirtschaftlichen Gründen widerlegt werden kann.⁸⁸ Die plausiblen Gründe für eine Widerlegbarkeit des berechtigten Interesses könnten beispielhaft bei gravierenden rechtswidrigen Handlungen oder bei Missachtung der Wahrung der Medienpluralität vorliegen. Jedoch sind solche Gründe in dem Ausnahmetatbestand der Zulässigkeit der Offenlegung gem. § 5 GeschGehG enthalten. Eine Einschränkung des Schutzbereiches soll gerade nicht schon auf Tatbestandsseite, sondern erst auf der nachgelagerten Stufe durch § 5 GeschGehG, stattfinden. So ist eine klare Trennung zu dem Ausnahmetatbestand gewährleistet. Die Zulässigkeit einer Widerlegungsmöglichkeit würde dazu führen, dass das Definitionsmerkmal dennoch auf Tatbestandsebene zu berücksichtigen ist und damit in Widerspruch zu der richtlinienkonformen Auslegung steht. Ebenso wie dogmatische Sauberkeit spricht auch insbesondere das Ziel des GeschGehG zur Verbesserung des Geheimnisschutzes dafür, eine unwiderlegliche Vermutung anzunehmen.⁸⁹ Somit ist das berechtigete Interesse an der Geheimhaltung i.S.d. § 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG auf der Tatbestandsseite zugunsten des Geheimnisinhabers unwiderleglich zu vermuten.

d) Bewertung

Weitestgehend entspricht die Umsetzung des Geschäftsgeheimnisses im GeschGehG der bisherigen Rechtsprechung und Auffassung im deutschen Rechtsraum. Auch werden die Vorgaben der Geheimnisschutzrichtlinie im Hinblick auf den Schutzbereich überwiegend übernommen, um so einen EU-weit homogenen Geheimnisschutz zu gewährleisten. Abweichungen aus der Geheimnisschutzrichtlinie zu § 2 Nr. 1 lit. a und b GeschGehG sind sprachlicher und systematischer Natur. Die Zusammenfassung von mangelnder Offenkundigkeit und wirtschaftlichem Wert bringt keine Veränderung des Anwendungsbereiches mit sich. Die Begriffsbestimmung des Geschäftsgeheimnisses ist in den Merkmalen des § 2 Nr. 1 lit. a und b GeschGehG richtlinienkonform in deutsches Recht übernommen worden. Die Geheimnisinhaber müssen nun aktiv die Geheimhaltung der Geheimnisse sicherstellen und dies auch überprüfen, sodass die Anforderungen an den Geheimnisschutz gestiegen sind.⁹⁰ Obwohl dieses Kriterium

nicht zwingend in deutsches Recht umzusetzen gewesen ist, da durch den subjektiven Geheimhaltungswillen ein weiterer Schutz gegeben war, hat sich der Gesetzgeber für eine Übernahme und dementsprechend für eine Einengung entschieden. Die Unbestimmtheit der „angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“ birgt auch Gefahr hinsichtlich einer grenzenlosen Auslegungsweise und bedeutet für Geheimnisinhaber deutliche Rechtsunsicherheit.⁹¹ Soweit eine Geheimhaltungsmaßnahme nicht angemessen ist, verliert der Geheimnisinhaber den Schutz. So müssen die Berechtigten tätig werden, ohne dass feste Kriterien statuiert sind, damit das entsprechende Geheimnis auch schützenswert bleibt. Einerseits könnte dies in der Praxis zu erheblichen Problemen und Unstimmigkeiten führen. Andererseits bringen angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen den tatsächlichen mit dem rechtlichen Schutz in Ausgleich.⁹² Darüber hinaus ist es aufgrund der Vielzahl von möglichen Bedrohungen nicht möglich, einen abschließenden Maßnahmenkatalog zu gestalten, sodass diese Aufgabe durch Abwägung an die Gerichte übertragen werden musste.⁹³ Für Geheimnisinhaber besteht durch die Gewährleistung von angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen jedoch auch die Möglichkeit, Informationen, wie Algorithmen und Quellcodes, als Geheimnisse zu schützen, die nach den bisherigen Schutzrechten nicht ausreichend geschützt werden konnten.⁹⁴

Möglicherweise ist das berechtigte Interesse ein Versuch des deutschen Gesetzgebers, an der bisherigen Rechtsprechung festzuhalten.⁹⁵ Jedoch ist der Geheimnisschutzrichtlinie eine solche Einengung nicht zu entnehmen, sodass der durch die Mindestharmonisierung zu garantierende Schutz nicht gegeben wäre. Insoweit liegt durch den deutschen Gesetzgeber keine EU-rechtskonforme Umsetzung vor, zumal das berechtigte Interesse in den übrigen Definitionsmerkmalen des § 2 Nr. 1 GeschGehG bereits enthalten ist. Demzufolge tritt unwiderlegliche Vermutungswirkung ein, sofern die übrigen Geheimnisvoraussetzungen erfüllt sind. Hierdurch werden die gesteigerten Anforderungen an die faktischen Geheimhaltungsmaßnahmen in einen angemessenen Ausgleich gebracht.

2. Erfasste Geheimnisse

a) Schutz von illegalen Informationen

Fraglich ist, inwieweit rechtswidrige Praktiken, beispielsweise Kartellverstöße, Steuerhinterziehung und Bestechung, als Geschäftsgeheimnis schutzfähig sind.⁹⁶ Grundsätzlich sind jegliche Informationen als Geschäftsgeheimnis geschützt, sofern sie unter die Legaldefinition des § 2 Nr. 1 GeschGehG

⁸⁵ Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 76.

⁸⁶ Ohly, GRUR 2019, 441 (444); Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 77.

⁸⁷ Ohly, GRUR 2019, 441 (445).

⁸⁸ Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 77.

⁸⁹ Gärtner/Oppermann, BB 35/2019, „Die Erste Seite“/Umschlagsteil I.

⁹⁰ Burghardt-Richter/Bode, BB 2019, 2697 (2698).

⁹¹ Redeker/Pres/Gittinger, WRP 2015, 681 (684); Thiel, WRP 2019, 700 (701).

⁹² Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 50.

⁹³ Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 52.

⁹⁴ Thiel, WRP 2019, 700 (702).

⁹⁵ BGH GRUR 1961, 40 (43).

⁹⁶ Rengier, in: Fezer/Büscher/Obergfell, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 17 Rn. 20.

fallen. Teilweise wird jedoch angeführt, dass auch die dem Geschäftsgeheimnis zugrundeliegende Information nicht von der Rechtsordnung missbilligt werden darf, sodass ein von der Rechtsordnung geschütztes Interesse fehlt, wenn die Information einen rechtswidrigen Umstand betrifft.⁹⁷ Da das Vorliegen des berechtigten Interesses an der Geheimhaltung gem. § 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG vermutet wird, ist lediglich zweifelhaft, ob rechtswidrige Geheimnisse kommerziellen Wert haben.

Möglicherweise steht Erwägungsgrund 14 der Geheimnisschutzrichtlinie illegalen Geheimnissen gerade keinen Handelswert zu.⁹⁸ Wie dargelegt, kann ein Handelswert auch darin bestehen, dass die Veröffentlichung einer Information bei Bekanntwerden auch wirtschaftlichen Schaden anrichten kann.⁹⁹ Die Systematik der Schrankenregelung von § 5 Nr. 2 GeschGehG sagt aus, dass auch illegale Informationen ein Geschäftsgeheimnis darstellen, da anderenfalls die explizite Ausnahmeregelung überflüssig wäre.¹⁰⁰ Andererseits schützt § 5 Nr. 2 GeschGehG den Hinweisgeber und dient nicht der Bestimmung des Schutzbereiches.¹⁰¹ Gem. des Erwägungsgrundes 2 soll sichergestellt werden, dass aus innovativer oder schöpferischer Tätigkeit ein Nutzen gezogen werden kann, was bei rechtswidrigen Geheimnissen nicht immer der Fall ist.¹⁰² Zudem sind illegale Machenschaften nicht im Sinne des öffentlichen Interesses.¹⁰³ Durch die Offenlegung von Missständen können den Unternehmen und dessen Führungskräften unter anderem auch Geldbußen drohen, sodass darin ein nachvollziehbarer Grund für die Geheimhaltung liegt.¹⁰⁴ Auch ist bei den meisten wirtschaftsstrafrechtlichen Fällen eine Trennung zwischen illegalen Informationen und Geschäftsgeheimnissen praktisch nicht möglich, da regelmäßig legale Unternehmensvorgänge mit offenbart werden müssten.¹⁰⁵ Die Entwurfsbegründung enthält keinen ausdrücklichen Ausschluss von rechtswidrigen Informationen.¹⁰⁶ Auch ist, beispielsweise in § 203 StGB, die Geheimhaltung rechtswidriger Informationen zugelassen, sodass sich die Rechtsordnung durch den Schutz illegaler Informationen nicht selbst widerspricht.¹⁰⁷ Dementsprechend sind auch illegale Informationen als Geschäftsgeheimnis zu verstehen, sodass sie vom Schutzbereich des GeschGehG erfasst sind.¹⁰⁸

Dieses Merkmal wird dadurch korrigiert, dass die Offenlegung durch Whistleblower gem. § 5 Nr. 2 GeschGehG zulässig ist, sofern die Handlung geeignet ist, das öffentliche Interesse zu schützen. Dies dürfte bei rechtswidrigen Geheimnissen regelmäßig zutreffen.

b) Schutz von Privatgeheimnissen

Fraglich ist, ob auch private Geheimnisse vom GeschGehG erfasst sind. Auf den Schutz jeglicher Informationen kann nicht schon deshalb geschlossen werden, weil auch Informationen mit potentiellem Handelswert einen wirtschaftlichen Wert besitzen.¹⁰⁹ Der Schutzzweck und die Erwägungsgründe legen zudem den Schutz von Geschäftsgeheimnissen (Trade Secrets) nahe.¹¹⁰ Andererseits schließt der Wortlaut die Anwendung auf Privatgeheimnisse nicht ausdrücklich aus, sodass diese dem Schutzbereich unterliegen, sofern jedenfalls Unternehmensbezug gegeben ist.¹¹¹ Dies ist bei Informationen der Fall, die kommerziell vermarktet werden können.¹¹² Eine Einbeziehung steht mit dem Gedanken der Kommerzialisierbarkeit des Persönlichkeitsrechts in Einklang. Ein Anspruch auf Bereicherungsausgleich kann auch aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG entstehen, sofern die Persönlichkeitsbestandteile wirtschaftlich verwertbar sind.¹¹³ Hierin liegt auch ein wirtschaftlicher Wert. Dementsprechend sollten solche Informationen Privater als Geschäftsgeheimnis geschützt sein, die bei Bekanntwerden wirtschaftliche Auswirkungen auf ein Unternehmen haben könnten.¹¹⁴ Beispielhaft sind dies Informationen über Verfehlungen oder unethische Informationen über das Privatleben eines Geschäftsführers, sofern die Person eng mit dem Unternehmen verbunden ist. Rein private, wirtschaftlich nicht verwertbare Informationen sind nicht geschützt.¹¹⁵

c) Bewertung

Die Einbeziehung rechtswidriger Geheimnisse in den Schutzbereich des GeschGehG entspricht im Ergebnis der bisher überwiegend vertretenen Ansicht nach § 17 UWG a.F.¹¹⁶

⁹⁷ Ohly, GRUR 2019, 441 (444); Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 78.

⁹⁸ Schreiber, NZWiSt 2019, 332 (335).

⁹⁹ Zur Begründung: II. 1. c) bb).

¹⁰⁰ Schnabel, CR 2016, 342 (348); Dann/Markgraf, NJW 2019, 1774 (1776); Ohly, GRUR 2019, 441 (444); Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 73.

¹⁰¹ Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 79.

¹⁰² Steinmann, WRP 2019, 703 (709).

¹⁰³ Steinmann, WRP 2019, 703 (709).

¹⁰⁴ Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 75.

¹⁰⁵ Hiéramente (Fn. 50), S. 3; Reinbacher, KriPoZ 2018, 115 (117).

¹⁰⁶ Ullrich, NZWiSt 2019, 65 (67).

¹⁰⁷ Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 75.

¹⁰⁸ Ullrich, NZWiSt 2019, 65 (67); Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 73.

¹⁰⁹ Redeker/Pres/Gittinger, WRP 2015, 681 (683).

¹¹⁰ Redeker/Pres/Gittinger, WRP 2015, 681 (683); McGuire (Fn. 1), GeschGehG § 2 Rn. 36.

¹¹¹ Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 16; Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 84.

¹¹² Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 84.

¹¹³ BGH GRUR 1981, 846 (846); BGH NJW 2000, 2195 (2195); Gersdorf, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Informations- und Medienrecht, 27. Ed., Stand: 1.8.2019, GG Art. 2 Rn. 10; Teichmann, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 823 Rn. 83.

¹¹⁴ Ohly, GRUR 2019, 441 (442); Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 84.

¹¹⁵ Burghardt-Richter/Bode, BB 2019, 2697 (2698); Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 84.

¹¹⁶ Soppa, Die Strafbarkeit des Whistleblowers, 2018, S. 113; Schreiber, NZWiSt 2019, 332 (334); Ullrich, NZWiSt 2019, 65 (66); Rengier (Fn. 96), § 17 Rn. 20; Brammsen, in: Mün-

Dies entspricht auch dem allgemeinen Ziel der Geheimnisschutzrichtlinie, den Rechtsschutz von Geschäftsgeheimnissen effektiver und umfangreicher auszugestalten. Die Einbeziehung rechtswidriger Informationen führt zu einer Schwächung des allgemeinen Abschreckungseffektes gegen Geheimnisschutzrichtlinie bekämpft werden sollte, jedoch ist die Veröffentlichung unter den in § 5 Nr. 2 GeschGehG genannten Voraussetzungen zulässig. So werden trotz Ausweitung des Schutzbereiches keine unverwertbaren Ergebnisse herbeigeführt. Zudem ist nicht die rechtswidrige Erlangung eines Geschäftsgeheimnisses einbezogen, beispielsweise durch Analyse eines Produktes, sondern lediglich das Interesse der Unternehmen an der Geheimhaltung von beispielsweise Missständen oder Steuerhinterziehung. Dementsprechend ist auch der Innovationsschutz gewahrt.

Ähnlich wie illegale Geheimnisse können auch Privatgeheimnisse einen wirtschaftlichen Wert besitzen. Eine Einbeziehung von Privatgeheimnissen entspricht zwar nicht dem Wortlaut des Geschäftsgeheimnisses von § 1 Abs. 1 GeschGehG, dem Sinn und Zweck nach sollten Privatgeheimnisse mit wirtschaftlichem Wert aber in den Schutzbereich einbezogen sein. Um einen uferlosen Schutz von Geschäftsgeheimnissen zu vermeiden, korrigiert § 5 GeschGehG als Ausnahmetatbestand durch die Zulässigkeit der Veröffentlichung von Geschäftsgeheimnissen in Abwägung mit dem öffentlichen Interesse.

III. Externes Whistleblowing

Oftmals stehen Whistleblower bei Aufdeckung von Missständen oder Rechtsverstößen in einem Konflikt mit vertraglichen und gesetzlichen Verpflichtungen zur Wahrung vertraulicher Informationen, da die Rechtsordnung die Zulässigkeit und Notwendigkeit der Aufdeckung von Missständen unter gewissen Umständen anerkennt.¹¹⁷

Der Anknüpfungspunkt des Whistleblowings findet sich in § 5 Nr. 2 GeschGehG, wonach die Offenlegung, Nutzung oder Erlangung eines Geschäftsgeheimnisses nicht unter das Verbot des § 4 GeschGehG fällt, solange eine rechtswidrige Handlung oder ein berufliches oder sonstiges Fehlverhalten aufgedeckt wird und die Handlung geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. Somit stellt § 5 Nr. 2 GeschGehG eine Ausnahme von § 4 GeschGehG dar, ohne die sich Hinweisgeber gem. § 23 Abs. 1 Nrn. 1–3, Abs. 2 und 3 GeschGehG strafbar machen könnten.¹¹⁸

Das externe Whistleblowing ist zunächst von dem internen Whistleblowing abzugrenzen. Internes Whistleblowing liegt bei einer Meldung der Missstände gegenüber unternehmensinternen Meldestellen, wie der Compliance-Abteilung

oder dem Geschäftsführer vor, externes Whistleblowing hingegen bei Weitergabe der Informationen an einen Meldeadressaten außerhalb des eigenen Unternehmens, wie eine Aufsichtsbehörde oder die Medien.¹¹⁹

1. Bisher: innerbetriebliche Meldepflicht

Bei öffentlicher Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen durch den Arbeitnehmer ist bisher der Tatbestand des § 17 Abs. 1 UWG a.F. erfüllt gewesen, da auch an der Geheimhaltung von illegalen Informationen ein berechtigtes Interesse bestehen kann.¹²⁰ Die Geheimhaltungsinteressen der Arbeitgeber sind über Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, sowie Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 2 GG geschützt.¹²¹ Das Interesse der Allgemeinheit an der Aufdeckung von Missständen kann jedoch den Schutz des Unternehmensrufes überwiegen, wie es beispielsweise bei der Aufdeckung von Missständen in einer staatlichen Altenpflegeeinrichtung der Fall war.¹²² Aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG leitete das BVerfG in 2001 ein eigenständiges Recht auf Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte im Zusammenhang mit Whistleblowing gegenüber Behörden ab.¹²³ Nach diesem Recht dürfen keine arbeitsrechtlichen Nachteile drohen, solange die Informationen zumindest nicht leichtfertig fehlerhaft offengelegt werden.¹²⁴ Nach bisheriger Rechtsprechung ist ein Arbeitnehmer bei Zumutbarkeit meist zu einer innerbetrieblichen Meldung der Missstände verpflichtet.¹²⁵ Diese Pflicht stammt aus der Treue- und Loyalitätsverpflichtung aus § 241 Abs. 2 BGB eines jeden Arbeitnehmers, welche unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag folgt, sodass die Meldung an die Öffentlichkeit ultima ratio ist (sog. Eskalationsmodell).¹²⁶ Ausschließlich bei Unzumutbarkeit ist der Arbeitnehmer berechtigt, sich an die Öffentlichkeit zu wenden.¹²⁷ Unzumutbar ist die innerbetriebliche Klärung stets dann, wenn der Arbeitnehmer sich bei Nichtmeldung selbst strafbar machen würde oder eine Abhilfe nicht zu erwarten ist.¹²⁸ Der bisherige Schutz ist stets von einer Einzelfallabwägung abhängig gewesen, sodass für den Hinweisgeber ein schwer erkennbares Sanktionsrisiko bestand.¹²⁹

chener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 2020, UWG § 17 Rn. 24.

¹¹⁷ Hauck, WRP 2018, 1032 (1033); Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 27 f.

¹¹⁸ Naber/Peukert/Seeger, NZA 2019, 583 (584); Joecks/Miebach, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 7, 3. Aufl. 2019, GeschGehG § 23 Rn. 126.

¹¹⁹ Gerdemann, RdA 2019, 16 (16 f.); Schreiber, NZWiSt 2019, 332 (332).

¹²⁰ Ohly, GRUR 2014, 1 (6); Zur Begründung siehe unter: II. 2. a).

¹²¹ Schmitt, RdA 2017, 365 (366).

¹²² EGMR RdA 2012, 108 (108); Gerdemann, RdA 2019, 16 (17).

¹²³ BVerfG NZA 2001, 888; Gerdemann, RdA 2019, 16 (17).

¹²⁴ BVerfG NZA 2001, 888 (888); Gerdemann, RdA 2019, 16 (17).

¹²⁵ BAG NJW 2007, 2204 (2204); BAG NZA 2004, 427 (430); Kalbuß, GRUR 2016, 1009 (1015).

¹²⁶ EGMR NJW 2011, 3501 (3501); Eufinger, ZRP 2016, 229 (231); Schmitt, RdA 2017, 365 (366); Dann/Markgraf, NJW 2019, 1774 (1777).

¹²⁷ Eufinger, ZRP 2016, 229 (231).

¹²⁸ Holthausen, NZA 2019, 1377 (1381).

¹²⁹ Eufinger, ZRP 2016, 229 (230).

2. Schutz durch das GeschGehG

Der Whistleblower-Schutz wurde in den Entwürfen zum GeschGehG kontrovers diskutiert und schließlich ein verbesserter, objektiver Schutz beschlossen.¹³⁰ § 5 Nr. 2 GeschGehG ist, abweichend zur Diskussion nicht als Rechtfertigungsgrund, sondern als tatbestandlicher Ausschluss verfasst worden.¹³¹

a) Schutz von illegalen Geheimnissen über das GeschGehG

Illegale Geheimnisse stellen Geschäftsgeheimnisse dar, da schon Art. 5 lit. b Geheimnisschutzrichtlinie die Mitgliedstaaten anweist, Maßnahmen und Rechtsbehelfe nicht bestehen zu lassen, wenn die Offenlegung eines Geheimnisses zur Aufdeckung einer illegalen Tätigkeit erfolgt.¹³² Insbesondere kann die Tatsache, dass ein Geheimnis rechtswidrig ist, dem Arbeitnehmer nicht den Schutz der Rechtsordnung verwehren.¹³³

b) Berufliches oder sonstiges Fehlverhalten

Die Offenlegung von rechtswidrigen Tätigkeiten ist in dem Wortlaut des § 5 Nr. 2 GeschGehG erfasst, wobei dies auch dann gilt, wenn diese nicht sanktioniert werden.¹³⁴ Doch auch berufliches oder moralisch fragwürdiges Fehlverhalten, welches gerade keine rechtswidrige Tat darstellt, wird von § 5 Nr. 2 GeschGehG erfasst, sodass eine weite Auslegung zugunsten des Whistleblowers vorzunehmen ist, sofern er die Situation im Rahmen seiner Möglichkeiten überprüft hat.¹³⁵ Eine Verpflichtung zu moralisch korrektem Verhalten für Unternehmen existiert nicht, allerdings stellt ein Verstoß gegen berufsständische Normen wie privatautonom gesetzte Regelwerke berufliches Fehlverhalten dar.¹³⁶ Das Gesetz schützt das Vertrauen auf den Bestand von privatautonomen Regelwerken besonders und qualifiziert eine Irreführung in Bezug auf deren Einhaltung als unlautere Handlung, § 5 Abs. 2 S. 2 Nr. 6 UWG a.F., Nrn. 1 und 3 Anhang UWG a.F.¹³⁷

Sonstiges Fehlverhalten ist hingegen beispielsweise eine Auslandsaktivität wie Kinderarbeit, die in dem jeweiligen Land zwar nicht rechtswidrig, in Deutschland aber dennoch als unethisch erachtet wird.¹³⁸ Die Umsetzung ist für den deutschen Gesetzgeber verpflichtend gewesen, gewährleistet

aber keine Rechtssicherheit für Hinweisgeber durch den unpräzisen Anknüpfungspunkt.¹³⁹ Um dem entgegenzuwirken, soll das Verhalten ein gewisses Gewicht nach allgemeinem und objektivierbarem Rechtsverständnis haben, sodass es Art und Schwere nach einem beruflichen Fehlverhalten oder Rechtsverstoß gleichsteht.¹⁴⁰ Um eine Ausuferung des Aufwandscharakters zu vermeiden, sollte das sonstige Fehlverhalten eng ausgelegt werden.¹⁴¹

c) Geeignetheit zum Schutz des allgemeinen öffentlichen Interesses

Die Geheimnisschutzrichtlinie stellte auf die Absicht des Whistleblowers zum Schutze des öffentlichen Interesses ab, wohingegen § 5 Nr. 2 GeschGehG danach fragt, ob die Handlung geeignet ist, das öffentliche Interesse zu schützen und so eine objektive Betrachtung der Zielrichtung des Handelns fordert.¹⁴² Diese Veränderung begegnet der englischen Fassung der EU-Richtlinie, bei deren Übersetzung ein Fehler unterlaufen ist, sodass „purpose“ mit „Zweck“, statt „Absicht“ übersetzt hätte werden müssen und dementsprechend keine Gesinnungsprüfung erfolgen muss.¹⁴³ Der deutsche Gesetzestext weist folglich stärkere EU-Konformität auf.¹⁴⁴ Notwendig ist die Prüfung des schützenswerten Allgemeininteresses, dass der Täter zielgemäß zumindest objektiv auch schützt.¹⁴⁵ Gemeinwohlbelange sind unter Einbeziehung des Erwägungsgrundes 21 der Geheimnisschutzrichtlinie der Schutz der öffentlichen Sicherheit sowie der Gesundheit und der Verbraucher- und Umweltschutz, denen es an gesellschaftlicher Relevanz nicht fehlt.¹⁴⁶

Nicht in § 5 Nr. 2 GeschGehG geregelt ist, ob das Handeln selbst verhältnismäßig sein muss. Dies könnte die Interessen des Unternehmens und des Arbeitnehmers in Ausgleich bringen.¹⁴⁷ Möglicherweise ist so an der bisherigen Rechtsprechung zum Vorrang einer innerbetrieblichen Meldepflicht festzuhalten.

aa) Verhältnismäßigkeit: innerbetriebliche Meldepflicht?

Dem Hinweisgeber wäre die Privilegierung verwehrt, wenn ein milderes Mittel bestanden hätte, um auf den Missstand hinzuweisen, sofern die Verhältnismäßigkeitsprüfung notwendig ist.¹⁴⁸

¹³⁰ Schreiber, NZWiSt 2019, 332 (333); Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 33.

¹³¹ Dann/Markgraf, NJW 2019, 1774 (1779); Hiéramente (Fn. 20), § 5 Rn. 6.

¹³² Schnabel, CR 2016, 342 (348).

¹³³ Soppa (Fn. 116), S. 114.

¹³⁴ Hiéramente (Fn. 20), § 5 Rn. 19 f.; Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 25.

¹³⁵ Trebeck/Schulte-Wissermann, NZA 2018, 1175 (1179); Dann/Markgraf, NJW 2019, 1774 (1777).

¹³⁶ Dann/Markgraf, NJW 2019, 1774 (1777); Hiéramente (Fn. 20), § 5 Rn. 21; Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 37.

¹³⁷ Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 37.

¹³⁸ BT-Drs. 19/4724, S. 29.

¹³⁹ Dann/Markgraf, NJW 2019, 1774 (1777).

¹⁴⁰ BT-Drs. 19/8300, S. 14; Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 39.

¹⁴¹ Hiéramente (Fn. 20), § 5 Rn. 23 ff.

¹⁴² Dann/Markgraf, NJW 2019, 1774 (1777); Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 41; Namyslowska (Fn. 14), Geheimnisschutz-RL Art. 5 Rn. 7.

¹⁴³ BT-Drs. 19/8300, S. 14.

¹⁴⁴ Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 32.

¹⁴⁵ Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 42.

¹⁴⁶ Reinhardt-Kasperek/Kaindl, BB 2018, 1332 (1334); Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 40.

¹⁴⁷ Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 43.

¹⁴⁸ Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 42.

§ 5 Nr. 2 GeschGehG nennt keinen Adressaten der Mitteilung des Missstandes, sondern spricht lediglich von einer „Aufdeckung“ in der Absicht, im öffentlichen Interesse zu handeln, sodass auch eine öffentliche Offenlegung, wie beispielsweise in den Medien, erfasst sein müsste.¹⁴⁹ Abweichend zur bisherigen Rechtsprechung enthält das GeschGehG keinen Anknüpfungspunkt mehr für das Erfordernis einer innerbetrieblichen Klärung, da der Richtlinientext und § 5 Nr. 2 GeschGehG keinen vorrangigen Adressaten der Meldung vorschreibt, womit der externe Hinweisgeberschutz grundsätzlich schrankenlos gewährleistet ist.¹⁵⁰ Problematisch ist dies deshalb, da die deutschen Gerichte die Rechtsprechung des EGMR berücksichtigen müssen, welcher den Whistleblower-Schutz als Meinungsäußerungsfreiheit i.S.d. Art. 10 EMRK für zulässig erachtet, aber dennoch die sich gegenüberstehenden Interessen abwägt.¹⁵¹ Die Meinungsäußerungsfreiheit ist nicht schrankenlos gewährleistet, sodass sie durch das Allgemeininteresse im Rahmen der Verhältnismäßigkeit eingeschränkt werden kann.¹⁵² Das durch den EGMR zu Art. 10 EMRK entwickelte Eskalationsmodell lässt sich auf § 5 Nr. 2 GeschGehG übertragen und dient dem angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen des Geheimnisinhabers und denen des Hinweisgebers.¹⁵³ Aufgrund des Art. 52 Abs. 3 S. 1 GrCh kommt der EU-Rechtsprechung bei Abwägung eine besondere Beachtung zu, womit interne Klärungsversuche vorrangig sind.¹⁵⁴ Diese Ansicht stützt auch die Gesetzesbegründung zu § 5 GeschGehG, denn im Einzelfall kann eine Abwägung mit den Interessen des Geheimnisinhabers zur Sicherstellung der Verhältnismäßigkeit stattfinden.¹⁵⁵

Jedoch könnte der Gesetzgeber durch die Einschränkung des grundsätzlich schrankenlosen § 5 Nr. 2 GeschGehG den Schutzzweck des GeschGehG unterlaufen, da die Geheimnisschutzrichtlinie gerade keinen internen Abhilfeversuch fordert.¹⁵⁶ Auch diese Ansicht schließt die Einschränkung des § 5 Nr. 2 GeschGehG aus anderen rechtlichen Gesichtspunkten nicht vollständig aus, obwohl diese zulasten des Schutzniveaus des Hinweisgebers geht.¹⁵⁷ Durch die Ein-

schränkung könnte das unionsweit homogene Schutzniveau für Whistleblower gefährdet sein, andererseits gilt die Rechtsprechung des EGMR für jegliche Mitgliedstaaten.

Im Ergebnis ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung in Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung erforderlich, damit ein angemessener Ausgleich der gegenläufigen Interessen erfolgen kann.¹⁵⁸ Auch aus dem Umstand, dass kein Adressat gefordert ist, ergibt sich aufgrund des besonderen Gewichtes der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 10 EMRK kein anderes Ergebnis als die Vorrangigkeit der innerbetrieblichen Meldung.¹⁵⁹ Somit ist die unternehmensinterne Offenlegung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit vorrangig.¹⁶⁰

bb) Gutgläubiger Hinweisgeber

Gem. Erwägungsgrund 20 könnte sich aufgrund der subjektiven Formulierung des Art. 5 Nr. 2 Geheimnisschutzrichtlinie ergeben, dass ein gutgläubiges Vertrauen des Hinweisgebers auf ein zur Aufklärung berechtigendes Verhalten ausreichend ist und dementsprechend eine haftungsrechtliche Privilegierung folgt.¹⁶¹

Bei Umsetzung der Geheimnisschutzrichtlinie in § 5 Nr. 2 GeschGehG ist durch die Eignungsprüfung eine Objektivierung des Tatbestandes vorgenommen worden, sodass Gutgläubigkeit nicht ausdrücklich ausreichend ist, zudem es oftmals an der Eignung zum Schutze des öffentlichen Interesses mangelt.¹⁶² Erwägungsgrund 20 der Geheimnisschutzrichtlinie ermöglicht ausdrücklich die Schaffung von Tatbeständen zugunsten des gutgläubigen Hinweisgebers, legt sie aber nicht zwingend fest.¹⁶³

Der EGMR führte zudem aus, dass dem Arbeitnehmer durch Ausübung des verfassungsrechtlich garantierten Rechtes auf Erstattung einer Strafanzeige keine Nachteile entstehen dürfen.¹⁶⁴ Durch den Ausschluss des redlichen Hinweisgebers würde diesem bei Erstattung einer Strafanzeige dementsprechend ein Nachteil durch Sanktionen durch das GeschGehG drohen. Gem. Art. 52 Abs. 3 S. 1 GrCh kommt diesem Umstand besonderes Gewicht zu, sodass gutgläubigen Hinweisgebern der Schutz nicht verwehrt werden darf.¹⁶⁵ Die Beschlussfassung des GeschGehG führt aus, dass eine gutgläubige Annahme von Verletzungen oder Gefährdungen des öffentlichen Interesses ausreichend ist.¹⁶⁶ Der deutsche Gesetzgeber hat sich somit für eine Objektivierung des § 5 Nr. 2 GeschGehG entschieden, muss gleichzeitig ein subjektives Element ausreichen lassen.

¹⁴⁹ *Eufinger*, ZRP 2016, 229 (231); *Kalbufs*, GRUR 2016, 1009 (1015).

¹⁵⁰ *Soppa* (Fn. 116), S. 225; *Eufinger*, ZRP 2016, 229 (231); *Kalbufs*, GRUR 2016, 1009 (1015); *Reinhardt-Kasperek/Kaindl*, BB 2018, 1332 (1334 ff.).

¹⁵¹ EGMR RdA 2012, 108 (108); *Reinhardt-Kasperek/Kaindl*, BB 2018, 1332 (1333 f.).

¹⁵² *Schmitt*, RdA 2017, 365 (371).

¹⁵³ *Lejeune*, CR 2016, 330 (334 f.); *Naber/Peukert/Seeger*, NZA 2019, 583 (586); *Alexander* (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 44.

¹⁵⁴ *Schmitt*, RdA 2017, 365 (367 f.); *Reinhardt-Kasperek/Kaindl*, BB 2018, 1332 (1334 f.); *Fuhlrott/Hieramente*, DB 2019, 967 (969).

¹⁵⁵ BT-Drs. 19/4724, S. 28.

¹⁵⁶ *Eufinger*, ZRP 2016, 229 (231); *Kalbufs*, GRUR 2016, 1009 (1015).

¹⁵⁷ *Eufinger*, ZRP 2016, 229 (231); *Kalbufs*, GRUR 2016, 1009 (1015).

¹⁵⁸ *Alexander* (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 45.

¹⁵⁹ *Reinhardt-Kasperek/Kaindl*, BB 2018, 1332 (1335); *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2020, RL 2016/943/EU Art. 5 Rn. 14.

¹⁶⁰ *Schubert* (Fn. 159), RL 2016/943/EU Art. 5 Rn. 11.

¹⁶¹ *Hieramente* (Fn. 50), S. 8 f.

¹⁶² *Hieramente* (Fn. 50), S. 8 f.; *ders.* (Fn. 20), § 5 Rn. 34 f.; *Alexander* (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 46.

¹⁶³ *Hieramente* (Fn. 50), S. 9; *ders.* (Fn. 20), § 5 Rn. 33 f.

¹⁶⁴ *Schmitt*, RdA 2017, 365 (371).

¹⁶⁵ *Schmitt*, RdA 2017, 365 (371).

¹⁶⁶ BT-Drs. 19/8300, S. 14.

Im Ergebnis sind die Ansprüche aus §§ 6 bis 8 Abs. 1 GeschGehG bei Gutgläubigkeit ausgeschlossen, da sich der Rechtsverletzer gem. § 2 Nr. 3 Hs. 2 GeschGehG auf die Ausnahme des § 5 Nr. 2 GeschGehG berufen kann.¹⁶⁷ Die Ansprüche können ohnehin auch bei einer rein objektiven Betrachtungsweise gem. § 9 GeschGehG aufgrund von Unverhältnismäßigkeit ausgeschlossen werden.¹⁶⁸ Dementsprechend könnte auch bei anderer Sichtweise regelmäßig die Straflosigkeit des redlichen Hinweisgebers erzielt werden.

d) Beschränkung des Anwendungsbereiches, § 1 Abs. 3 Nr. 4 GeschGehG

Gem. § 1 Abs. 3 Nr. 4 Hs. 1 GeschGehG bleiben die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis unberührt. So wird unter anderem die freie Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses geschützt und der Vorrang von Vereinbarungen in Arbeitsverträgen zum Ausdruck gebracht.¹⁶⁹

aa) Arbeitsvertragliche Verschwiegenheit, § 241 Abs. 2 BGB

Vorrangig vor dem GeschGehG sind demnach auch Verschwiegenheitspflichten als Ausprägung des Arbeitsverhältnisses zu behandeln.¹⁷⁰ Die Verschwiegenheitspflicht, betriebliche Tatsachen nicht gegenüber Dritten preiszugeben, folgt aus der Treuepflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB.¹⁷¹ Eine einfache Muster-Verschwiegenheitsklausel reicht nicht aus, damit der Arbeitgeber den Schutz des GeschGehG in Anspruch nehmen kann, da regelmäßig keine angemessene Geheimhaltungsmaßnahme vorliegt, obwohl dem Arbeitnehmer die Notwendigkeit der Geheimhaltung eindeutig erkennbar ist.¹⁷² Verschwiegenheitsklauseln müssen, um dem Schutzbereich zu entsprechen, hinreichend konkretisiert sein, was durch Benennung des zu schützenden Gegenstandes, Verfahrens oder der Information geschehen kann.¹⁷³ Jedoch begründet eine schuldhaftige Nebenpflichtverletzung auch nach Einführung des GeschGehG weiterhin Schadensersatz-, Auskunft- und Unterlassungsansprüche gem. §§ 611a, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB und kann auch zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen.¹⁷⁴

Ein Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten ist folglich weiterhin arbeitsrechtlich sanktionsfähig, ohne dass ein Verstoß gegen das GeschGehG vorliegen muss.¹⁷⁵ Für eine Sanktionierung nach dem GeschGehG kommt es umgekehrt

nicht auf einen Verstoß gegen arbeitsrechtliche Pflichten an, diese sichern lediglich den Geheimnisschutz.¹⁷⁶

bb) Nachvertragliche Verschwiegenheitspflicht, § 241 Abs. 2 BGB

Grds. ist der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses frei, seine erlangte Erfahrung zu verwerten, was bereits aus Art. 12 GG folgt, wobei jedoch die Verwertung eines geschützten Geschäftsgeheimnisses nicht zulässig ist.¹⁷⁷ Art. 1 Abs. 3 lit. a Geheimnisschutzrichtlinie verdeutlicht, dass erlangte Fähigkeiten und Kenntnisse durch den Arbeitnehmer verwertet werden dürfen, wobei der Artikel nicht ausdrücklich in das deutsche Recht übernommen wurde.¹⁷⁸ Einerseits wird vertreten, dass aufgrund der allgemeinen nachvertraglichen Verschwiegenheitspflicht eine Verpflichtung zur Geheimhaltung i.S.d. § 4 Abs. 2 Nrn. 2 und 3 GeschGehG besteht und die Offenlegung und Nutzung nicht gestattet ist.¹⁷⁹ Hiernach unterliegt der ehemalige Arbeitnehmer nur sehr weiten Einschränkungen.¹⁸⁰ Andererseits müssen angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen getroffen werden, damit ein geschütztes Geschäftsgeheimnis vorliegt, da die allgemeine nachvertragliche Verschwiegenheitspflicht grds. nicht ausreicht.¹⁸¹ Würde diese ausreichen, um den Schutzbereich des GeschGehG zu eröffnen, würden Wertungswidersprüche zur allgemeinen Verschwiegenheitspflicht im laufenden Arbeitsverhältnis entstehen, da solche hinreichende Bestimmtheit aufweisen müssen. Um Ansprüche aus dem GeschGehG auch nach Vertragsende zu begründen, muss der Berechtigte angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen treffen, was bei einer nachvertraglichen Verschwiegenheitspflicht aus der Loyalitäts- und Treuepflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB nicht der Fall ist.

e) Bewertung

Die Offenlegung muss im öffentlichen Interesse vorgenommen werden, sodass deutlich wird, dass das GeschGehG gerade nicht dazu dienen soll, das Whistleblowing einzuschränken.¹⁸²

Die Objektivierung durch die Eignung zum Schutze des öffentlichen Interesses bietet dem Hinweisgeber eine erhöhte Rechtstransparenz und -sicherheit.¹⁸³ Eine Umsetzung der deutschen Übersetzung des Richtlinienartikels hätte eine Motivationskontrolle durch die Gerichte zur Folge, wodurch der Hinweisgeber aufgrund der Unvorhersehbarkeit der Kriterien abgeschreckt werden könnte.¹⁸⁴ Die Umsetzung des Art. 5 lit. b Geheimnisschutzrichtlinie ist trotz Abweichung gewährleistet, da der subjektive Ansatz aufgrund des Übersetzungs-

¹⁶⁷ *Hiéramente* (Fn. 20), § 5 Rn. 35.

¹⁶⁸ *Alexander* (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 46.

¹⁶⁹ *Fuhlrott*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum GeschGehG (Fn. 20), § 1 Rn. 31; *Alexander* (Fn. 20), GeschGehG § 1 Rn. 42 f.

¹⁷⁰ *Fuhlrott* (Fn. 169), § 2 Rn. 33 f.

¹⁷¹ *Fuhlrott* (Fn. 169), § 2 Rn. 34.

¹⁷² v. *Steinau-Steinrück/Bertz*, NJW-Spezial 2019, 498 (499); *Partsch/Rump*, NJW 2020, 118 (120).

¹⁷³ v. *Steinau-Steinrück/Bertz*, NJW-Spezial 2019, 498 (499).

¹⁷⁴ *Fuhlrott/Hiéramente*, DB 2019, 967 (970); *Fuhlrott* (Fn. 169), § 2 Rn. 34 f.

¹⁷⁵ *Fuhlrott/Hiéramente*, DB 2019, 967 (970); *Fuhlrott* (Fn. 169), § 2 Rn. 36 f.

¹⁷⁶ *Fuhlrott/Hiéramente*, DB 2019, 967 (970).

¹⁷⁷ *Fuhlrott* (Fn. 169), § 2 Rn. 37.

¹⁷⁸ *Ohly*, GRUR 2019, 441 (446).

¹⁷⁹ *Ohly*, GRUR 2019, 441 (446).

¹⁸⁰ *Fuhlrott* (Fn. 169), § 1 Rn. 38.

¹⁸¹ *Fuhlrott* (Fn. 169), § 1 Rn. 37 und § 2 Rn. 54.

¹⁸² *Soppa* (Fn. 116), S. 224.

¹⁸³ *Alexander* (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 33.

¹⁸⁴ *Alexander* (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 41 f.

fehlers ohnehin nicht im Sinne des Unionsgesetzgebers gewesen ist. Es ist einem Hinweisgeber zumutbar, die offenzulegende Information vor Veröffentlichung dahingehend kritisch zu prüfen, ob ein sonstiges Fehlverhalten auch nach allgemeinem Verständnis anzunehmen ist.

Die Ausweitung des Schutzes für gutgläubige Hinweisgeber führt möglicherweise zu einer Ermütigung, Missstände tatsächlich aufzudecken. Auch im Hinblick darauf, dass das Verständnis des Geheimnisbegriffs weit gefasst ist und somit dem Geheimnisinhaber zugutekommt, scheint es angemessen, den gutgläubigen Hinweisgebern ebenfalls einen Schutz der Rechtsordnung zukommen zu lassen.

Der Wortlaut des § 5 Nr. 2 GeschGehG ist sehr offen gewählt und bietet somit viel Raum für Diskussionen. Zumindest durch die Bezugnahme auf berufsständische Vorschriften ist die Anwendbarkeit von § 5 Nr. 2 GeschGehG in der Praxis vereinfacht.¹⁸⁵ Um den Hinweisgeberschutz jedoch nicht zu überdehnen, ist es notwendig, das „sonstige Fehlverhalten“ auf solche Fälle zu beschränken, in denen Sozial- und Verhaltensregeln bewusst missachtet oder ein Verhalten im rechtlichen Grenzbereich liegt.¹⁸⁶

Zudem ergibt sich durch die Schranken und die Ausgestaltung des Schutzbereiches für Whistleblowing ein einheitliches Verständnis nach deutschem und europäischem Recht, da die Abgrenzung zwischen zu sanktionierender Offenlegung von Geheimnissen und wünschenswertem Whistleblowing anhand der Verhältnismäßigkeit erfolgt.¹⁸⁷ Die Vorrangigkeit der innerbetrieblichen Meldepflicht ist durch die Rechtsprechung des EGMR impliziert. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung gleicht zum einen aus, dass ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung in EU-Konformität vermutet wird und zum anderen, dass der Geheimnisbegriff sehr weit gefasst ist und dementsprechend auch rechtswidrige und kommerzialisierbare (Privat-)Geheimnisse geschützt sind. Indessen wird auch die Privilegierung des Whistleblowers eingeschränkt, allerdings wird der Schutz weder gänzlich verwehrt noch der Schutzzweck der Geheimnisschutzrichtlinie unterlaufen, denn das Interesse der Öffentlichkeit kann weiterhin überwiegen. Dementsprechend dürfte die Mindestharmonisierung gewährleistet sein. Im Einklang mit den gesteigerten Anforderungen des GeschGehG an den Geheimnisschutz steht, dass die arbeitsvertraglichen Nebenpflichten aus § 241 Abs. 2 BGB gerade keine angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen darstellen und so nicht jedes Geheimnis geschützt ist. Für den Hinweisgeber ergeben sich hierdurch keine Einschränkungen. Gerade deshalb sollten sich explizite arbeitsvertragliche Verschwiegenheitsklauseln auch auf die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses beziehen.¹⁸⁸

¹⁸⁵ *Hiéramente* (Fn. 20), § 5 Rn. 22.

¹⁸⁶ *Alexander* (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 39.

¹⁸⁷ *Schmitt*, RdA 2017, 365 (372 f.).

¹⁸⁸ *Fuhlrott/Hiéramente*, DB 2019, 967 (971).

3. Ausblick: Verhältnis zu der Richtlinie (EU) 2019/1937 (Whistleblowing-Richtlinie)¹⁸⁹

Am 17.12.2019 ist die Whistleblowing-Richtlinie in Kraft getreten, die der Vereinheitlichung des Schutzes von Whistleblowern dienen soll, gleichzeitig jedoch auf Verstöße gegen Unionsrecht beschränkt ist.¹⁹⁰ Die Whistleblowing-Richtlinie privilegiert die Aufdeckung von rechtswidrigen Handlungen, Unterlassungen und Rechtsakten, die der Zweckbestimmung von Unionsrechtsakten zuwiderlaufen, Art. 5 Nr. 1 Whistleblowing-Richtlinie.

Der Schutzbereich ist nicht mit dem des GeschGehG identisch, da ein sonstiges Fehlverhalten von der Whistleblowing-Richtlinie nicht erfasst ist, um rechtsunsichere Kriterien zu vermeiden.¹⁹¹ Ein nach der Whistleblowing-Richtlinie erlaubtes Verhalten gilt auch i.R.d. § 3 Abs. 2 GeschGehG als erlaubt, was Erwägungsgrund 98 der Whistleblowing-Richtlinie ausdrücklich klarstellt und dieser Schutz neben § 5 Nr. 2 GeschGehG tritt.¹⁹² Für die derzeitige Rechtslage bedeutet dies, dass der Hinweisgeber bei Meldung eines sonstigen Fehlverhaltens gegen nationale Vorschriften privilegiert ist, jedoch bei Meldung eines sonstigen Fehlverhaltens gegen europäische Verstöße im Anwendungsbereich der Whistleblowing-Richtlinie nicht.

Für den Hinweisgeber entsteht hierdurch Rechtsunsicherheit, da stets vor Meldung zu klären wäre, ob ein Verstoß gegen europäische oder nationale Vorschriften vorliegt, so dass im Rahmen der Harmonisierung eine einheitliche Regelung wünschenswert wäre.¹⁹³ Art. 2 Abs. 2 Whistleblowing-Richtlinie verweist auf die Möglichkeit weitergehender nationaler Vorschriften.¹⁹⁴ Die Whistleblowing-Richtlinie enthält, abweichend zu Art. 5 lit. b Geheimnisschutzrichtlinie, gerade nicht den Ansatz, dass die Meldung sonstigen Fehlverhaltens schutzwürdig ist.¹⁹⁵ Eine erweiterte Anwendung unter Einbeziehung des sonstigen Fehlverhaltens ist jedoch nicht zu befürworten, da durch die Whistleblowing-Richtlinie klare rechtliche Maßstäbe für den Schutz von Hinweisgebern definiert werden sollen.¹⁹⁶

IV. Abschließende Bewertung

Das GeschGehG sorgt für eine gesteigerte Rechtssicherheit und -klarheit im Geschäftsgeheimnisschutz. Die Geheimnis-

¹⁸⁹ RL 2019/1937/EU 23.10.2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden = ABl. EU 2019 Nr. L 305, S. 17.

¹⁹⁰ *Hiéramente* (Fn. 20), § 5 Rn. 48.

¹⁹¹ *Garden/Hiéramente*, BB 2019, 963 (963); *Sonnenberg*, BB 46/2019, „Die Erste Seite“/Umschlagsteil I; *Schmolke*, NZG 2020, 5 (10).

¹⁹² *Garden/Hiéramente*, BB 2019, 963 (967); *Hiéramente* (Fn. 20), § 5 Rn. 49.

¹⁹³ *Garden/Hiéramente*, BB 2019, 963 (964); *Sonnenberg*, BB 46/2019, „Die Erste Seite“/Umschlagsteil I.

¹⁹⁴ *Hiéramente* (Fn. 20), § 5 Rn. 48 f.

¹⁹⁵ *Schmolke*, NZG 2020, 5 (10).

¹⁹⁶ *Garden/Hiéramente*, BB 2019, 963 (963 f.); *Schmolke*, NZG 2020, 5 (10).

schutzrichtlinie wird weitestgehend EU-konform umgesetzt. Wie unter II. 1. c) dargelegt, ist der Schutzbereich weit und umfasst jegliche Geheimnisse, wie potentiell schädigende Informationen oder kommerzialisierbare Persönlichkeitsaspekte, sofern sie wirtschaftlich verwertbar sind. Der Geheimnisschutz wird insbesondere durch den verhältnismäßigen Ausgleich der Interessen von Geheimnisinhaber und Hinweisgeber ausgestaltet. Geheimnisinhaber müssen nun aktiv angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen garantieren. Auch wenn hierdurch Ungewissheit dahingehend entsteht, welche Maßnahmen angemessen sind, wird gleichzeitig der tatsächliche Schutz von Geschäftsgeheimnissen gesteigert. Das geforderte berechnete Interesse in § 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG ist in Europarechtskonformität zu vermuten. Die strengeren Voraussetzungen an angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen bringen die Vermutung des Vorliegens des berechtigten Interesses in Ausgleich.

Die Situation hat sich für Hinweisgeber verbessert, denn nun existiert durch § 5 Nr. 2 GeschGehG ein rechtlicher Rahmen zum Schutz von Whistleblowern. Am Eskalationsmodell des EGMR ist dennoch festzuhalten.

„Wer die Wahrheit ausspricht, begeht kein Verbrechen.“¹⁹⁷ Diese Aussage kann zutreffen, sofern die Offenlegung geeignet ist, das öffentliche Interesse zu schützen und zudem verhältnismäßig ist. Eine Strafbarkeit gem. § 23 GeschGehG ist möglich, sofern die Handlung nicht in den Ausnahmetatbestand des § 5 Nr. 2 GeschGehG fällt. Nicht einleuchtend ist, weshalb die Strafrahmen von § 23 GeschGehG und § 17 UWG a.F. identisch sind, wenn doch die Anforderungen an den Geheimnisschutz insbesondere durch die angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen strenger geworden sind.

Die Verschwiegenheitsverpflichtung aus § 241 Abs. 2 BGB begrenzt zwar den Kreis der Personen, die mit der Information in Kontakt kommen, begründet mangels hinreichender Geheimhaltungsmaßnahmen jedoch keinen Schutz für Geschäftsgeheimnisse nach dem GeschGehG. Für Hinweisgeber ist dies vorteilhaft. Durch die restriktivere Whistleblowing-Richtlinie ist der Hinweisgeberschutz bei Verstößen gegen unionsrechtliche Vorgaben nur unter engeren Voraussetzungen möglich. Ob die Umsetzung der Whistleblowing-Richtlinie in nationales Recht die Einschränkung der begünstigten Meldungen durch den Whistleblower zur Folge hat, oder ob der deutsche Gesetzgeber auf nationaler Ebene weiterhin „sonstiges Fehlverhalten“ zulässt, steht offen. Ob und wie der Schutzbereich des GeschGehG in seinen Facetten durch die Rechtsprechung geprägt wird, wie effektiv der Geheimnisschutz in der Praxis ist und ob der homogene Schutzrahmen tatsächlich die mitgliedstaatenübergreifende Zusammenarbeit steigert, wird die Zukunft zeigen.

¹⁹⁷ Snowden, in: Ein Manifest für die Wahrheit, <https://www.spiegel.de/spiegel/print/d-119402581.html> (17.1.2021).

Die Zulässigkeit von Bauvorhaben gemäß § 33 BauGB

Von Stud. iur. **Daniel Müller**, Hannover*

I. Einführung

Der Schwerpunkt von Klausuren auf dem Gebiet des öffentlichen Baurechts liegt nicht selten in der Prüfung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit eines Vorhabens. Trotz seiner Prüfungsrelevanz¹ und seiner klar konzipierten Gesetzesstruktur gehört dieses Rechtsgebiet unter Studierenden zu den weniger beliebten Studienfächern. Während die Zulassungstatbestände der §§ 30, 34 und 35 BauGB aufgrund ihrer Anwendungsbreite meist bekannt sind, stellt die Prüfung des § 33 BauGB Klausurbearbeiter bisweilen vor Schwierigkeiten. Dabei kommt dieser Vorschrift nicht zuletzt angesichts des steigenden Bedarfs nach zeitnaher Zulassung von Bauvorhaben² in der Praxis eine erhebliche Bedeutung zu.³ Der nachfolgende Beitrag soll daher die Einbettung des § 33 BauGB im System des Bauplanungsrechts erläutern (II.) und einen Überblick über die Tatbestandsvoraussetzungen der Zulässigkeit nach § 33 Abs. 1 BauGB (III.) sowie der Zulassung nach Abs. 2 und 3 (IV.) geben. Insbesondere zielt die Darstellung darauf ab, das Systemverständnis für das Bauplanungsrecht zu schärfen und auf potenziell klausurrelevante Probleme hinzuweisen.

II. § 33 BauGB im System des Bauplanungsrechts

Die Vorschrift des § 33 BauGB ist Teil des Abschnitts „Zulässigkeit von Vorhaben“ des BauGB. Es handelt sich um

* Der *Autor* ist Student der Rechtswissenschaften an der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover und studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Sozialrecht (Prof. Dr. Hermann Butzer).

¹ Siehe § 8 Abs. 2 Nr. 9 JAPrO (Baden-Württemberg); § 18 Abs. 2 Nr. 5 lit. c JAPO (Bayern); § 3 Abs. 4 Nr. 3 lit. c JAO (Berlin); § 3 Abs. 4 Nr. 3 lit. c BbgJAO (Brandenburg); § 5 Abs. 1 Nr. 3 lit. c JAPG (Bremen); § 1 Abs. 3 Nr. 3 lit. b Prüfungsgegenstandsverordnung (Hamburg); § 7 S. 1 Nr. 4 lit. f JAG (Hessen); § 11 Abs. 2 Nr. 3 lit. c JAPO (Mecklenburg-Vorpommern); § 11 Abs. 2 Nr. 13 lit. c JAG (Nordrhein-Westfalen); § 16 Abs. 3 Nr. 9 NJAVO (Niedersachsen); Anl. zu § 1 Abs. 2 Nr. 1 JAPO, C. IV. Nr. 4 lit. b (Rheinland-Pfalz); § 8 Abs. 2 Nr. 5 lit. d JAG (Saarland); § 14 Abs. 3 Nr. 8 lit. c JAPO (Sachsen); § 14 Abs. 2 Nr. 5 lit. c JAPrVO (Sachsen-Anhalt); § 3 Abs. 5 Nr. 4 lit. c JAVO (Schleswig-Holstein); § 14 Abs. 2 Nr. 4 lit. c ThürJAPO (Thüringen).

² Vgl. auch zum Wohnraumbedarf *Bünger*, Wohnungsmangel in Deutschland bleibt von Dauer, tagesspiegel.de, unter <https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/immobilien/weniger-baugenehmigungen-in-2018-wohnungsmangel-in-deutschland-bleibt-von-dauer/24106050.html> (25.1.2021)

sowie zu Reformbestrebungen insbesondere für Infrastrukturvorhaben *Wieduwilt*, Warum Bauprojekte in Deutschland so lange dauern, FAZ.net, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/warum-bauprojekte-in-deutschland-so-lange-dauern-16144562.html> (21.1.2021).

³ *Jeromin*, in: Kröninger/Aschke/Jeromin, Baugesetzbuch mit BauNVO, Handkommentar, 4. Aufl. 2018, § 33 Rn. 1.

einen eigenen Zulässigkeitstatbestand, der – wie auch §§ 30, 34 und 35 BauGB – das Vorliegen eines Bauvorhabens i.S.d. § 29 Abs. 1 BauGB voraussetzt. Anders als diese Vorschriften zielt § 33 BauGB aber auf die Zulässigkeit solcher Vorhaben ab, die sich im Geltungsbereich eines noch in Aufstellung befindlichen Bebauungsplans befinden. Derartige Vorhaben sollen im Aufstellungsverfahren der Gemeinde jedenfalls dann nicht unzulässig sein, wenn zu erwarten ist, dass sie nach Inkrafttreten des Bebauungsplans ohnehin mit dessen Vorgaben vereinbar sind. Insoweit wird die rechtliche Wirkung der Festsetzungen des in Aufstellung befindlichen Bebauungsplans vorverlagert⁴, sofern das Aufstellungsverfahren bereits ein bestimmtes – durch § 33 Abs. 1 BauGB näher vorgegebenes – Stadium erreicht hat. Hintergrund dieses Zulassungstatbestandes ist die Intention, einer Verzögerung des Baugenehmigungsverfahrens durch Abwarten der Aufstellung des Bebauungsplans entgegenzuwirken.⁵ Denn das Aufstellungsverfahren kann mitunter sehr lange andauern⁶, weshalb ein Bedürfnis für eine vorzeitige Vorhabenzulassung besteht. Ohne eine solche ergäbe sich für den Bauherrn eine widersprüchliche Situation: Ein vor Abschluss des Aufstellungsverfahrens gestellter Bauantrag müsste abgelehnt werden, während ein erneuter Antrag desselben Inhalts nach Abschluss des Aufstellungsverfahrens erfolgreich wäre, sofern dieser den Planfestsetzungen entspricht.⁷ Zugleich ermöglicht es § 33 BauGB den Gemeinden, ihre Planungsziele und städtebaulichen Belange angemessen bei der vorzeitigen Vorhabenzulassung zu verwirklichen.⁸

Der Anwendungsbereich des § 33 BauGB ist sachlich auf solche Vorhaben beschränkt, die nicht bereits nach einem der übrigen Zulassungstatbestände der §§ 30, 34 oder 35 BauGB zulässig sind.⁹ Gegenüber diesen Vorschriften über die Zulässigkeit von Vorhaben im Plangebiet (§ 30 BauGB), im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) sowie im Außenbereich (§ 35 BauGB) ist der Tatbestand des § 33 BauGB subsidiär.¹⁰ In der Fallbearbeitung kann somit auf § 33 BauGB

⁴ *Münkler*, DVBl. 2016, 22 (23); *Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Kommentar zum BauGB, 14. Aufl. 2019, § 33 Rn. 1.

⁵ Vgl. *Stock* in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Kommentar zum BauGB, 139. Lfg., Stand: Mai 2020, § 33 Rn. 5.

⁶ So betrug die durchschnittliche Verfahrensdauer bei der Planaufstellung in einer Stichprobe für die Hansestadt Rostock seit 1990 41 Monate, siehe *Dillmann/Zemke*, BauR 2018, 1349 (1350); bundesweit wird für die Aufstellung im Regelverfahren eine durchschnittliche Verfahrensdauer von etwa drei Jahren angenommen, vgl. *Schmidt-Eichstaedt/Weyrauch/Zemke*, Städtebaurecht, 5. Aufl. 2014, S. 198.

⁷ Vgl. BVerwGE 10, 127 (131); *Scheidler*, VBIBW 2017, 317 (318).

⁸ Vgl. *Bartholomäi*, BauR 2001, 725 (725).

⁹ *Muckel/Ogorek*, Öffentliches Baurecht, 4. Aufl. 2020, § 7 Rn. 79; *Scheidler*, KommJur 2015, 241 (242).

¹⁰ *Brenner*, Öffentliches Baurecht, 5. Aufl. 2020, S. 192 Rn. 608; *Rieger*, in: Schrödter, Nomos-Kommentar zum Bau-

erst zurückgegriffen werden, wenn die Zulässigkeit nach § 34 oder § 35 BauGB bereits abgelehnt wurde. Ist ein Bauvorhaben dagegen während eines Aufstellungsverfahrens bereits nach §§ 34 oder 35 BauGB zulässig, darf die Baugenehmigung nicht unter Verweis auf § 33 BauGB abgelehnt werden.¹¹ Es handelt sich bei der Vorschrift um einen eigenen, rein positiven Zulassungstatbestand, der keine Wirkung zu Lasten des Bauherrn entfaltet.¹² Will die Gemeinde Vorhaben, die die künftige Planung unterlaufen würden, verhindern, stehen ihr hierfür eine Veränderungssperre in § 14 BauGB oder eine Zurückstellung von Baugesuchen in § 15 BauGB zur Verfügung. Diese Instrumente ergänzen die Möglichkeiten der Gemeinde zur Sicherung ihrer Planung.¹³

Die rechtliche Vorwirkung des § 33 BauGB erschöpft sich nicht in der erstmaligen Aufstellung eines Bebauungsplans, sondern erfasst auch Änderungen und Ergänzungen bestehender Pläne.¹⁴ An eine vorzeitige Zulässigkeit ist daher auch zu denken, wenn ein Vorhaben im Geltungsbereich eines B-Plans aktuell unzulässig ist, Letzterer aber nach dem Willen der Gemeinde geändert werden soll.

Aufgrund seiner dogmatischen Sonderstellung¹⁵ bedürfen die einzelnen Voraussetzungen des § 33 BauGB einer restriktiven Auslegung.¹⁶ Zu begründen ist dies mit der eingeschränkten Überprüfbarkeit in Aufstellung befindlicher Pläne und der damit verbundenen Gefahr eines Missbrauchs des § 33 BauGB.¹⁷ Dies schlägt sich in erster Linie auf den zeitlichen Rahmen wieder, innerhalb dessen die formelle Planreife vorliegen muss (siehe hierzu III. 2.).

III. Die Zulassungsvoraussetzungen nach § 33 Abs. 1 BauGB

Strukturell ist § 33 BauGB in drei Absätze gegliedert, die jeweils nach Stand und Art des Aufstellungsverfahrens zu unterscheidende Konstellationen betreffen und verschiedene Rechtsfolgen anordnen. Während die Abs. 2 und 3 jeweils eine Zulassung nach Ermessen der Behörde regeln, folgt aus § 33 Abs. 1 BauGB ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Baugenehmigung („ist zulässig“)¹⁸, sofern die übrigen Voraussetzungen des öffentlichen Baurechts erfüllt sind. Es

handelt sich mithin um eine gebundene Entscheidung der Genehmigungsbehörde.¹⁹

Für die Fallbearbeitung bietet sich entsprechend der Systematik des Abs. 1 der nachfolgende Prüfungsaufbau an:

- I. Zulässigkeit im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, § 30 BauGB (-)
- II. Zulässigkeit gemäß § 34 BauGB oder § 35 BauGB (-)
- III. Zulässigkeit gemäß § 33 Abs. 1 BauGB
 1. Beschluss über die Aufstellung eines Bebauungsplans
 2. Formelle Planreife, § 33 Abs. 1 Nr. 1 BauGB
 3. Materielle Planreife und Plankonformität, § 33 Abs. 1 Nr. 2 BauGB
 4. Schriftliches Anerkenntnis, § 33 Abs. 1 Nr. 3 BauGB
 5. Gesicherte Erschließung, § 33 Abs. 1 Nr. 4 BauGB

I. Beschluss über die Aufstellung eines Bebauungsplans

§ 33 Abs. 1 BauGB setzt seinem Wortlaut nach zunächst einen Beschluss über die Aufstellung eines Bebauungsplans voraus. Hiervon erfasst sind sowohl qualifizierte Bebauungspläne i.S.d. § 30 Abs. 1 BauGB, als auch vorhabenbezogene Bebauungspläne nach § 30 Abs. 2 BauGB sowie einfache Bebauungspläne i.S.d. § 30 Abs. 3 BauGB.²⁰ Über den Wortlaut hinaus betrifft § 33 Abs. 1 BauGB überdies Beschlüsse über die Änderung oder Ergänzung eines Bebauungsplans.²¹

Das Vorliegen eines Aufstellungsbeschlusses dürfte in der Fallbearbeitung in der Regel zu bejahen sein. Im Einzelfall bietet es jedoch die Möglichkeit zur Verknüpfung mit kommunalrechtlichen Problemen. Steht erkennbar die formelle Rechtmäßigkeit eines Beschlusses der Gemeinde nach § 2 Abs. 1 BauGB infrage, so sind zunächst die Verbandszuständigkeit der Gemeinde sowie die Organzuständigkeit innerhalb dieser zu prüfen. Während Erstere unmittelbar aus § 2 Abs. 1 S. 1 BauGB folgt²², ist Letztere nicht bauplanungsrechtlich determiniert, sondern richtet sich nach den einschlägigen Vorschriften des Landesrechts²³, z.B. in Niedersachsen nach § 58 Abs. 2 Nr. 2 NKomVG.²⁴ Gleiches gilt für das Verfahren der Beschlussfassung, bei dem insbesondere die

gesetzbuch, 9. Aufl. 2019, § 33 Rn. 1; *Stollmann/Beaucamp*, Öffentliches Baurecht, 12. Aufl. 2020, § 15 Rn. 1.

¹¹ *Bartholomäi*, BauR 2001, 725; *Tophoven*, in: Spannowsky/Uechtritz, Beck'scher Online-Kommentar zum BauGB, 50. Ed., Stand: 1.8.2020, § 33 Rn. 2.

¹² BVerwGE 20, 127 (131 f.); *Dürr*, in: Brügelmann, Kommentar zum BauGB, Bd. 3, 114. Lfg., Stand: April 2020, § 33 Rn. 3; *Stock* (Fn. 5), § 33 Rn. 6.

¹³ Siehe ausführlich zur Veränderungssperre *Krüper/Herbolsheimer*, ZJS 2016, 546 ff.

¹⁴ BVerwGE 20, 127 (132); *Jeromin* (Fn. 3), § 33 Rn. 3.

¹⁵ *Bartholomäi*, BauR 2001, 725 (725); *Reidt* (Fn. 4), § 33 Rn. 1.

¹⁶ BVerwGE 117, 25 (39); *Stock* (Fn. 5), § 33 Rn. 5.

¹⁷ Ausführlich dazu *Uechtritz/Buchner*, BauR 2003, 813 (814).

¹⁸ BVerwGE 117, 25 (39); BVerwG, NVwZ 2019, 727 (728); *Tophoven* (Fn. 11), § 33 Rn. 10.

¹⁹ *Scheidler*, UPR 2006, 337 (340); vgl. *Stock* (Fn. 5), § 33 Rn. 65.

²⁰ *Spieß*, in: Jäde/Dirnberger, Kommentar zum BauGB, 9. Aufl. 2018, § 33 Rn. 4; *Tophoven* (Fn. 10), § 33 Rn. 4.

²¹ BVerwGE 20, 127 (132); *Dürr* (Fn. 12), § 33 Rn. 9.

²² *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 5), § 2 Rn. 14.

²³ *Uechtritz*, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 11), § 2 Rn. 15.

²⁴ Siehe auch § 39 Abs. 2 Nr. 3 GemO (Baden-Württemberg); Art. 32 Abs. 2 Nr. 2 GO (Bayern); § 4 Abs. 1 ZAG, Anl. ZAG Nr. 8 (Berlin); § 28 Abs. 2 Nr. 9 BbgKVerf; § 51 Nr. 6 HGO (Hessen); § 22 Abs. 3 Nr. 6 KV M-V; § 41 Abs. 1 lit. g GO NRW; § 32 Abs. 2 Nr. 1 GemO (Rheinland-Pfalz); § 35 S. 1 Nr. 12 KSVG (Saarland); § 28 Abs. 2 Nr. 4 SächsGemO; § 45 Abs. 3 Nr. 4 KVG LSA; § 28 S. 1 Nr. 4 GO (Schleswig-Holstein); § 26 Abs. 2 Nr. 2 ThürKO.

Beschlussfähigkeit der kommunalen Vertretung, die Beschlussfassung als solche sowie etwaige Mitwirkungsverbote²⁵ Probleme enthalten können. In materieller Hinsicht muss der Aufstellungsbeschluss ein Mindestmaß an Zielen und Zwecken der Bauleitplanung erkennen lassen²⁶, vgl. § 1 Abs. 1 BauGB.

Zu beachten ist ferner, dass der Aufstellungsbeschluss der Gemeinde nach § 2 Abs. 1 S. 2 BauGB der ortsüblichen Bekanntmachung bedarf. Diese bestimmt sich im Einzelnen ebenfalls nach Maßgabe des Landes- bzw. Ortsrechts²⁷ und dient der Unterrichtung von Öffentlichkeit und Behörden über die Einleitung des Planverfahrens.²⁸

2. Formelle Planreife, § 33 Abs. 1 Nr. 1 BauGB

Das für die Zulässigkeit erforderliche Stadium des Planverfahrens wird in § 33 Abs. 1 Nr. 1 BauGB konkretisiert. Danach muss die Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung nach §§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 2 BauGB und § 4a Abs. 2–5 BauGB durchgeführt worden sein. Dieses Stadium wird auch als sog. formelle Planreife bezeichnet.²⁹

Erforderlich sind demnach zum einen die öffentliche Auslegung des Planentwurfs sowie der Begründung, § 3 Abs. 2 S. 1 BauGB. Die Frist für die Auslegung beträgt dabei mindestens 30 Tage, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes auch angemessen länger. Mindestens eine Woche zuvor sind Ort und Dauer der Auslegung zudem ortsüblich bekannt zu machen, § 3 Abs. 2 S. 2 BauGB. Zum anderen muss die Gemeinde die Stellungnahmen der Behörden und sonstiger Träger öffentlicher Belange bereits eingeholt haben, § 4 Abs. 2 S. 1 BauGB. Diese sind nach § 3 Abs. 4 BauGB zu prüfen und das Ergebnis der Prüfung mitzuteilen. § 4a Abs. 2 BauGB räumt der Gemeinde wiederum die Möglichkeit ein, die öffentliche Auslegung i.S.d. § 3 Abs. 2 BauGB gleichzeitig mit der Einholung der Stellungnahmen nach § 4 Abs. 2 BauGB durchzuführen.

Fehlt einer der in § 33 Abs. 1 Nr. 1 BauGB genannten Verfahrensschritte, ist die formelle Planreife grundsätzlich nicht gegeben. Schwierigkeiten können auftreten, wenn Mängel der Verfahren nach §§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 2 und 4a Abs. 2–5 BauGB sich nicht auf die Wirksamkeit des in Kraft getretenen Bebauungsplans insgesamt auswirken. Die Folgen formeller (und materieller) Fehler sind in den §§ 214, 215 BauGB geregelt. Zentral ist dabei die Unterscheidung zwi-

schen beachtlichen und unbeachtlichen Verfahrensfehlern, vgl. § 214 Abs. 1 S. 1 BauGB.

Soweit im Aufstellungsverfahren ein ohnehin nach § 214 Abs. 1 BauGB beachtlicher Verfahrensfehler vorliegt, ist die formelle Planreife per se zu verneinen.³⁰ Explizit als beachtlich ist dabei in § 214 Abs. 1 BauGB die Verletzung der §§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 2, 4a Abs. 3, Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 S. 2 BauGB genannt. Derartige Verfahrensfehler können jedoch wiederum unter den Voraussetzungen der §§ 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 3 BauGB für die Wirksamkeit des vollständigen Plans unbeachtlich sein.³¹ Für die Zulässigkeit gemäß § 33 BauGB stellt sich daher bei unbeachtlichen Verfahrensfehlern Frage nach den Auswirkungen auf die formelle Planreife. Teilweise wird vertreten, dass auch solche nicht erheblichen Verletzungen der in § 33 Abs. 1 Nr. 1 BauGB genannten Verfahrensvorschriften zum Fehlen der formellen Planreife führen.³² Es fehle insbesondere an der Anwendbarkeit des § 214 BauGB, da dieser sich auf bereits in Kraft getretene Bebauungspläne beschränke.³³ Vereinzelt wird danach differenziert, ob § 216 BauGB anzuwenden ist³⁴, d.h. ob der Bebauungsplan der höheren Verwaltungsbehörde anzuzeigen oder von dieser zu genehmigen ist oder nicht. Dagegen wird die formelle Planreife bei unerheblichen Verfahrensfehlern von anderen Stimmen bejaht.³⁵ Als zentrales Argument wird vorgebracht, dass die Ablehnung der formellen Planreife trotz späterer Wirksamkeit des Bebauungsplans bei unbeachtlichen Fehlern widersprüchlich erscheine.³⁶ Folgt man den letztgenannten Auffassungen, ist die Unbeachtlichkeit eines Fehlers nach § 214 BauGB zu prüfen. Anderenfalls ist die formelle Planreife zu verneinen und nur eine Zulassung nach Ermessen gemäß § 33 Abs. 2 BauGB möglich.

Schließlich sind Konstellationen denkbar, in denen der Entwurf eines Bebauungsplans nach Auslegung und Öffentlichkeitsbeteiligung für ein Teilgebiet geändert werden soll, das fragliche Vorhaben jedoch bereits mit dem bestehenden Planentwurf – unabhängig von der Änderung – materiell vereinbar ist. Fehlt es für diese Änderung an den nach § 33 Abs. 1 Nr. 1 BauGB erforderlichen Verfahrensschritten, müsste die

²⁵ Siehe auch § 18 GemO (Baden-Württemberg); § 49 GemO (Bayern); § 22 BbgKVerf; § 25 HGO (Hessen); § 24 KV M-V; § 31 GO NRW; § 22 GemO (Rheinland-Pfalz); § 27 KSVG (Saarland); § 20 SächsGemO; § 33 KVG LSA; § 22 GO (Schleswig-Holstein); § 38 ThürKO sowie instruktiv zu den Anforderungen des Kommunalrechts im Bauleitplanverfahren *Pfab*, Jura 1999, 625 ff.

²⁶ *Söfker* (Fn. 20), § 2 Rn. 26.

²⁷ OVG Berlin-Brandenburg, BeckRS 2015, 52602 Rn. 18; OVG Lüneburg BauR 2010, 67 (68); 2016, 1726; OVG Münster BauR 2013, 746 (747).

²⁸ *Söfker* (Fn. 20), § 2 Rn. 29.

²⁹ Vgl. *Reidt* (Fn. 4), § 33 Rn. 7; *Stock* (Fn. 5), § 33 Rn. 31.

³⁰ *Tophoven* (Fn. 10), § 33 Rn. 13.

³¹ *Michler*, in: Kröniger/Aschke/Jeromin (Fn. 3), § 214 Rn. 3; v.u.z. *Franckenstein*, ZfBR 2003, 229 (232); ausführlich zu den Planerhaltungsvorschriften der §§ 214 ff. BauGB *Scheidler*, ZfBR 2019, 336 (337 ff.).

³² So etwa OVG Koblenz NVwZ-RR 2001, 638 (640); *Erbguth/Schubert*, Öffentliches Baurecht, 6. Aufl. 2015, § 8 Rn. 141; *Roeser*, in: Berliner Kommentar zum BauGB, 19. Lfg., Stand: Dezember 2011, § 33 Rn. 8; *Scheidler*, BauR 2006, 310 (314); *Tophoven* (Fn. 11), § 33 Rn. 13; ähnlich *Stock* (Fn. 5), § 33 Rn. 37.

³³ *Scheidler*, BauR 2006, 310 (314); *Tophoven* (Fn. 11), § 33 Rn. 13.

³⁴ So *Münkler*, DVBl. 2016, 22 (23); *Rieger* (Fn. 9), § 33 Rn. 10; v.u.z. *Franckenstein*, ZfBR 2003, 229 (232 f.).

³⁵ So etwa *Dürr* (Fn. 12), § 33 Rn. 10; *Jäde*, BauR 1987, 252 (255); *Jarass/Kment*, Kommentar zum Baugesetzbuch, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 6; *Spieß* (Fn. 20), § 33 Rn. 12.

³⁶ *Dürr* (Fn. 12), § 33 Rn. 10 m.w.N.

formelle Planreife grundsätzlich verneint werden. Unter Verweis auf die funktionale Verknüpfung von formeller und materieller Planreife³⁷ wurde hingegen vor der Reform des § 33 BauGB 2004³⁸ eine sog. „formelle Teil-Planreife“ als ausreichend angesehen.³⁹ Inzwischen spricht aber die klare Intention des § 33 Abs. 2 BauGB dafür, dass gerade solche Vorhaben nur nach Ermessen der Behörde zugelassen werden können.⁴⁰

3. Materielle Planreife und Plankonformität, § 33 Abs. 1 Nr. 2 BauGB

Weiterhin muss gemäß § 33 Abs. 1 Nr. 2 BauGB anzunehmen sein, dass das Vorhaben den künftigen Festsetzungen des Bebauungsplans nicht entgegensteht. Diese Annahme setzt zweierlei voraus: Zum einen muss die Planung inhaltlich und zeitlich derart fortgeschritten sein, dass mit hinreichender Sicherheit erwartet werden kann, dass der Bebauungsplan unverändert in Kraft tritt⁴¹, sog. materielle Planreife. Zum anderen bedarf der Klärung, ob das jeweilige Vorhaben *materiell* mit den getroffenen Festsetzungen des Entwurfs vereinbar ist.⁴²

a) Prognoseentscheidung

Bei der Feststellung der materiellen Planreife handelt es sich um eine Prognoseentscheidung⁴³, die anhand des Inhalts der Planentwurfs ermittelt werden muss.⁴⁴ Das Erfordernis einer Prognose ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Nr. 2, sondern wird darin nur angedeutet („anzunehmen ist“). Es erschließt sich jedoch dadurch, dass die rechtliche Vorwirkung eines Planentwurfs nur dann sinnvoll ist, wenn dessen Inhalt hinreichend konkretisiert und er auch absehbar in Kraft treten wird.⁴⁵

Maßgeblich ist erstens die formelle und materielle Rechtmäßigkeit des Planentwurfs.⁴⁶ Fehlt es daran, weil der Entwurf z.B. den Anforderungen des §§ 1, 1a BauGB nicht genügt, ist nicht zu erwarten, dass er mit diesem Inhalt nach

§ 10 BauGB in Kraft treten wird. Insbesondere muss der Planentwurf in städtebaulichen Belangen vollständig abgewogen sein, also die Voraussetzungen des § 1 Abs. 6, 7 BauGB erfüllen.⁴⁷ Sind bislang noch nicht sämtliche Stellungnahmen seitens der Träger öffentlicher Belange oder der Öffentlichkeit berücksichtigt worden, kann dies ebenfalls gegen die materielle Planreife sprechen.⁴⁸ Wie bereits im Rahmen der formellen Planreife⁴⁹ tritt auch hier die Frage nach den Auswirkungen von nach § 214 Abs. 1 BauGB grundsätzlich unbeachtlichen Verfahrensfehlern auf. Zu denken ist beispielsweise an eine fehlerhafte Ermittlung oder Bewertung des Abwägungsmaterials, die aber keinen Einfluss auf das weitere Verfahren hat, vgl. § 214 Abs. 1 BauGB. Während beachtliche Fehler ohnehin zu einer negativen Prognoseentscheidung führen, wird die materielle Planreife bei nur unbeachtlichen Verfahrensfehlern vereinzelt bejaht.⁵⁰ Beschränkt man die Anwendbarkeit des § 214 BauGB dagegen auf den wirksamen Bebauungsplan, muss die materielle Planreife bei solchen Fehlern abgelehnt werden.⁵¹

Zweitens ist auf den Willen der Gemeinde abzustellen, den Planentwurf in dieser Form alsbald in Kraft zu setzen.⁵² Dass der Planentwurf in der Gemeinde politisch umstritten ist, steht dem jedoch nicht entgegen.⁵³ Vielmehr kann erst eine Änderung der Mehrheitsverhältnisse in der kommunalen Vertretung auch einen veränderten Willen der Gemeinde begründen.⁵⁴ Anders verhält es sich dagegen, wenn das Aufstellungsverfahren durch die Gemeinde erkennbar verzögert oder abgebrochen wird. Dann fehlt es an der erforderlichen materiellen Planreife.⁵⁵ Insofern hat sich die Gemeinde innerhalb eines begrenzten zeitlichen Rahmens⁵⁶ zu bewegen, da andernfalls die Gefahr des Missbrauchs des § 33 BauGB bestünde.⁵⁷ So gäbe es die Möglichkeit, dass die Gemeinde ein Aufstellungsverfahren einleitet, um ein bisher unzulässiges Vorhaben im Vorgriff zu ermöglichen, ohne aber den Bebauungsplan tatsächlich in Kraft setzen zu wollen.

³⁷ Siehe zur materiellen Planreife unter III. 3.

³⁸ Gesetz zur Anpassung des Baugesetzbuchs an EU-Richtlinien (Europarechtsanpassungsgesetz Bau – EAG Bau) vom 30.4.2004, BGBl. I. 2004, S. 1359.

³⁹ Steiner, DVBl. 1991, 739 (740 f.); ebenso in der neueren Literatur Spieß (Fn. 20), § 33 Rn. 10.

⁴⁰ Stock (Fn. 5), § 33 Rn. 34; Tophoven (Fn. 11), § 33 Rn. 14.

⁴¹ BVerwG BRS 33 Nr. 34; BVerwG BeckRS 1991, 31231401; OVG Münster NVwZ-RR 2001, 568 (568); VGH Mannheim ZfBR 2009, 71 (71); Scheidler, BauR 2006, 310 (313).

⁴² Dürr (Fn. 12), § 33 Rn. 13; Tophoven (Fn. 11), § 33 Rn. 20.

⁴³ v.u.z. Franckenstein, ZfBR 2003, 229 (229); Pauli, BauR 2014, 799 (803); Tophoven (Fn. 10), § 33 Rn. 15.

⁴⁴ Bartholomäi, BauR 2001, 725 (727).

⁴⁵ Siehe zur Funktion der Vorwirkung in § 33 BauGB Münkler, DVBl. 2016, 21 (27).

⁴⁶ OVG Koblenz NVwZ-RR 2001, 638 (639); VGH Mannheim VBIBW 2004, 146 (146); Uechtritz/Buchner, BauR 2003, 823 (815).

⁴⁷ BVerwGE 117, 25 (37); OVG Berlin-Brandenburg NVwZ-RR 2001, 722 (723); Rieger (Fn. 10), § 33 Rn. 9; Muckell/Ogorek (Fn. 9), § 7 Rn. 83.

⁴⁸ Vgl. BVerwG BRS 33 Nr. 34; VGH Mannheim NVwZ-RR 2001, 568 (568); Stock (Fn. 5), § 33 Rn. 45.

⁴⁹ Siehe hierzu bereits unter III. 2.

⁵⁰ Jäde, BauR 1987, 252 (255).

⁵¹ So Scheidler, VBIBW 2017, 317 (319).

⁵² BVerwG NVwZ 1986, 647 (648); VGH München NVwZ-RR 2008, 199 (200); Spieß (Fn. 20), § 33 Rn. 11.

⁵³ Bartholomäi, BauR 2001, 725 (727); Pauli, BauR 2014, 799 (803); Stock (Fn. 5), § 33 Rn. 45.

⁵⁴ Vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 22.1.1998 – 1 U 160/94 – Rn. 119 (juris).

⁵⁵ OVG Saarland BeckRS 2016, 49542 Rn. 25; Scheidler, KommJur 2015, 241 (243).

⁵⁶ BVerwGE 117, 25 (39); Erbguth/Schubert (Fn. 32), § 8 Rn. 141, Münkler, DVBl. 2016, 22 (23).

⁵⁷ Siehe ausführlich zur Missbrauchsgefahr Koch/Hendler, Baurecht, Raumordnungsrecht und Landesplanungsrecht, 6. Aufl. 2015, § 25 Rn. 108; Uechtritz/Buchner, BauR 2003, 813 (816).

b) Vereinbarkeit mit den künftigen Festsetzungen

Die Prüfung der Vereinbarkeit mit den künftigen Festsetzungen entspricht der des § 30 BauGB.⁵⁸ In der Fallbearbeitung ist somit zwischen qualifizierten und einfachen Bebauungsplänen zu differenzieren. Liegt ein Entwurf eines qualifizierten Bebauungsplans vor, muss das Vorhaben insbesondere den Festsetzungen über Art und Maß der baulichen Nutzung entsprechen, § 30 Abs. 1 BauGB. Art und Maß der baulichen Nutzung werden durch die Vorschriften der BauNVO konkretisiert, die entsprechend heranzuziehen sind.⁵⁹ Probleme können sich hier oft bei der Einordnung in eines der Baugebiete nach §§ 2 ff. BauNVO sowie bei der Bestimmung der Zulässigkeit einer konkreten Nutzungsart ergeben. Zu beachten ist ferner das baurechtliche Rücksichtnahmegebot⁶⁰, welches für den Anwendungsbereich der §§ 2 ff. BauNVO in § 15 BauNVO ausdrücklich normiert ist. Handelt es sich um einen Entwurf eines einfachen Bebauungsplans, ist ergänzend zu den getroffenen Festsetzungen die Vereinbarkeit entweder mit § 34 oder § 35 BauGB zu prüfen, § 30 Abs. 3 BauGB.

Geht es um die Zulässigkeit einer bestimmten Art der Nutzung, ist nach den gebietspezifischen Vorschriften der BauNVO zwischen allgemein zulässigen und ausnahmsweise zulassungsfähigen Nutzungen zu differenzieren. Ein in dem konkreten Baugebiet allgemein zulässiges Vorhaben ist im Rahmen der gebundenen Entscheidung nach § 33 Abs. 1 BauGB zu genehmigen. Soweit es sich um eine im Planentwurf ausdrücklich vorgesehene Ausnahme⁶¹ im Sinne des § 31 Abs. 1 BauGB handelt, kann das Vorhaben nach behördlichem Ermessen zugelassen werden.⁶² Ist die fragliche Nutzungsart dagegen weder allgemein zulässig, noch eine Ausnahme im Planentwurf ausdrücklich vorgesehen, käme lediglich eine Befreiung nach § 31 Abs. 1 BauGB in Betracht. Ob Befreiungen jedoch bei der vorzeitigen Zulässigkeit nach § 33 Abs. 1 BauGB überhaupt möglich sind, wird unterschiedlich gesehen. Teile der Rechtsprechung und Literatur⁶³ lehnen eine Anwendbarkeit des § 33 Abs. 2 BauGB ab, da es mangels eines in Kraft gesetzten Bebauungsplans an einem rechtlichen Bauhindernis fehle⁶⁴ und der Planentwurf noch geändert werden könne.⁶⁵ Demgegenüber werden Befreiungen im Rahmen von § 33 BauGB überwiegend als zulässig angesehen⁶⁶, da die Wirkung des § 33 BauGB gerade in der

fingierten Wirksamkeit des Planentwurfs liege.⁶⁷ Insbesondere kann nicht davon ausgegangen werden, dass etwaige Befreiungswünsche des Bauherrn noch während des Aufstellungsverfahrens stets berücksichtigt werden.⁶⁸

4. Schriftliches Anerkenntnis des Bauherrn, § 33 Abs. 1 Nr. 3 BauGB

Nach § 33 Abs. 1 Nr. 3 BauGB ist für die Zulässigkeit des Vorhabens erforderlich, dass der Antragsteller die künftigen Festsetzungen für sich und seine Rechtsnachfolger schriftlich anerkennt. Dieses schriftliche Anerkenntnis ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung mit dinglicher Wirkung.⁶⁹ Als solche ist sie im Zweifel nach den Grundsätzen über Willenserklärungen auszulegen.⁷⁰ Die Erklärung bedarf der Schriftform, welche sich nach § 126 BGB richtet⁷¹, und ist vom Antragsteller gegenüber der Baugenehmigungsbehörde abzugeben.⁷²

Liegt bei Entscheidung der Baugenehmigungsbehörde das schriftliche Anerkenntnis nicht vor, ist umstritten, ob es noch im Laufe des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden kann. Teilweise wird davon ausgegangen, dass das Anerkenntnis als eine bloße formelle Verfahrenshandlung analog § 45 Abs. 1 Nrn. 1, 2 VwVfG i.V.m. § 1 LVwVfG nachgeholt werden könne.⁷³ Hierfür lassen sich insbesondere prozessökonomische Gründe anführen.⁷⁴ Überwiegend wird das Anerkenntnis jedoch als für die Genehmigungsfähigkeit konstitutive Zulässigkeitsvoraussetzung qualifiziert, die sich einer Nachholung entzieht.⁷⁵ Begründet wird dies mit dem Wortlaut des § 33 Abs. 1 Nr. 3 BauGB.

Rechtlich bewirkt das schriftliche Anerkenntnis die vorgezogene Verbindlichkeit aller künftigen Festsetzungen des Bebauungsplans für den Antragsteller.⁷⁶ Die zeitliche Wirkung des Anerkenntnisses ist insoweit begrenzt, als dass sie im Zeitpunkt der Bekanntgabe des Bebauungsplans unabhängig von dessen Wirksamkeit endet.⁷⁷ Relevant wird dies etwa für den Rechtsschutz gegen den in Kraft getretenen Bebauungsplan. Nach einer Auffassung schließt das Anerkenntnis die Antragsbefugnis des Erklärenden im Sinne des § 47

⁵⁸ Stollmann/Beaucamp (Fn. 10), § 15 Rn. 10.

⁵⁹ Böhm, JA 2013, 81 (86); Erbguth/Schubert (Fn. 32), § 8 Rn. 10 f.

⁶⁰ Weiterführend zum Rücksichtnahmegebot Decker, JA 2003, 246 ff. und Jäde, JuS 1999, 961 ff.

⁶¹ Diese sind für die einzelnen Baugebiete in dem jeweiligen Abs. 3 der §§ 2 ff. BauNVO geregelt.

⁶² Rieger (Fn. 10), § 33 Rn. 11; Stock (Fn. 5), § 33 Rn. 65.

⁶³ So etwa OVG Berlin-Brandenburg LKV 1991, 201 (202); VGH München NVwZ 1992, 1099 (1100); Bartholomäi, BauR 2001, 725 (733); Dürr (Fn. 11), § 33 Rn. 6.

⁶⁴ Dürr (Fn. 12), § 33 Rn. 6.

⁶⁵ Vgl. VGH München BayVBl. 1992, 434 (436).

⁶⁶ Reidt (Fn. 4), § 33 Rn. 5; Rieger (Fn. 10), § 31 Rn. 6; Scheidler, BauR 2006, 310 (317); Spieß (Fn. 20), § 31 Rn. 5 f.; Stock (Fn. 5), § 33 Rn. 53; Tophoven (Fn. 11), § 33 Rn. 6.

⁶⁷ Spieß (Fn. 20), § 33 Rn. 6.

⁶⁸ Rieger (Fn. 10), § 31 Rn. 6; Scheidler, BauR 2006, 310 (316 f.).

⁶⁹ Bielenberg, DVBl. 1965, 265 (266); Roeser (Fn. 32), § 33 Rn. 10.

⁷⁰ Stock (Fn. 5), § 33 Rn. 58.

⁷¹ Reidt (Fn. 4), § 33 Rn. 11; Scheidler, VBIBW 2017, 317 (321).

⁷² Muckel/Ogorek (Fn. 9), § 7 Rn. 84.

⁷³ OVG Rheinland-Pfalz BauR 2012, 1362 (1364); Tophoven (Fn. 11), § 33 Rn. 24.

⁷⁴ Tophoven (Fn. 11), § 33 Rn. 24.

⁷⁵ Spieß (Fn. 20), § 33 Rn. 15; Stock (Fn. 5), § 33 Rn. 59; ähnlich auch Dürr (Fn. 12), § 33 Rn. 23, der jedoch eine Genehmigung unter der aufschiebenden Bedingung des Anerkenntnisses für möglich hält.

⁷⁶ BVerwGE 101, 58 (61 f.); 164, 40 (42); Dürr (Fn. 12), § 33 Rn. 17 m.w.N.

⁷⁷ BVerwGE 164, 40 (46 ff.); Stuer, BauR 2020, 1255 (1255).

Abs. 2 S. 1 VwGO im Rahmen einer prinzipialen Normenkontrolle aus.⁷⁸ Die Erklärung beinhaltet zumindest dann einen Verzicht auf die Normenkontrolle, wenn der Planentwurf unverändert in Kraft gesetzt worden sei.⁷⁹ Das Bundesverwaltungsgericht geht demgegenüber davon aus, dass die Antragsbefugnis des Antragstellers von dessen schriftlichem Anerkenntnis unberührt bleibe.⁸⁰ Dies lässt sich damit begründen, dass der Antragssteller nach Inkrafttreten des Plans nicht schlechter gestellt werden dürfte als ohne seine vorherige Erklärung.⁸¹ Denn der Zweck des Anerkenntnisses beschränkt sich allein auf die Kompensation der (noch) fehlenden Rechtsverbindlichkeit des Planentwurfs⁸², erfasst aber nicht etwaige Rechtsfehler des späteren Bebauungsplans. In Ausnahmefällen kann einer Normenkontrolle jedoch der Aspekt der Verwirkung – als fehlendes Rechtsschutzbedürfnis – entgegenstehen.⁸³

Die Abgabe des Anerkenntnisses schließt ferner nicht aus, dass der Antragsteller später etwaige Entschädigungsansprüche aus §§ 39–44 BauGB geltend macht.⁸⁴

5. Gesicherte Erschließung und sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

In § 33 Abs. 1 Nr. 4 BauGB ist letztlich die gesicherte Erschließung als Zulässigkeitsvoraussetzung genannt, vgl. auch § 30 Abs. 1 BauGB. Die Erschließung muss dabei plangemäß sein, d.h. den künftigen Festsetzungen entsprechen.⁸⁵ Weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit ist die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 Abs. 1 BauGB.⁸⁶

IV. Die Zulassung von Vorhaben nach § 33 Abs. 2, Abs. 3 BauGB

Im Gegensatz zur gebundenen Entscheidung nach Abs. 1 sehen § 33 Abs. 2 und 3 BauGB jeweils Ermessensentscheidungen der Baugenehmigungsbehörde vor („kann [...] zuge-

lassen werden“).⁸⁷ In der Fallbearbeitung ist eine Entscheidung der Baugenehmigungsbehörde nach einer dieser Vorschriften somit auf etwaige Ermessensfehler zu überprüfen.

1. Die vorzeitige Zulassung nach § 33 Abs. 2 BauGB

§ 33 Abs. 2 betrifft die Fälle, in denen ein Planentwurf nach Durchführung der Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung im Sinne des §§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 2 BauGB erneut geändert oder ergänzt wird. Während der Planentwurf grundsätzlich nach § 4a Abs. 3 BauGB erneut auszulegen und die Stellungnahmen erneut einzuholen ist, ermöglicht § 33 Abs. 2 BauGB die vorherige Zulassung solcher Vorhaben, die die übrigen Voraussetzungen des § 33 Abs. 1 Nrn. 2–4 erfüllen. Eine vorzeitige Zulassung kommt damit nur in Betracht, wenn zugleich materielle Planreife – trotz der fehlenden formellen Planreife – vorliegt.⁸⁸ Sie greift folglich in der Konstellation der unter III. 2. diskutierten sog. formellen Teilplanreife.⁸⁹ Zu beachten ist indes, dass bei Bestehen der materiellen Planreife das Ermessen der Behörde in der Regel auf null reduziert sein dürfte.⁹⁰ Dies lässt sich damit erklären, dass bei gesicherter materieller Vereinbarkeit mit den künftigen Planfestsetzungen keine schutzwürdigen Belange mehr gegen das Vorhaben vorgebracht werden können.⁹¹

2. Die vorzeitige Zulassung nach § 33 Abs. 3 BauGB

Für die Anwendbarkeit des § 33 Abs. 3 BauGB ist die Unterscheidung der Verfahrensarten zur Aufstellung von Bebauungsplänen maßgeblich. Der bisher dargestellten Tatbestände der § 33 Abs. 1 und 2 BauGB beschränken sich auf Planentwürfe, die im sog. Regelverfahren zur Aufstellung von Bebauungsplänen entstehen. Dagegen können Bebauungspläne unter bestimmten Voraussetzungen in einem vereinfachten Verfahren nach § 13 BauGB sowie in einem beschleunigten Verfahren nach § 13a BauGB aufgestellt werden. Für derartige Aufstellungsverfahren gilt der Zulassungstatbestand des § 33 Abs. 3 BauGB.⁹² Hiernach können ebenfalls vor Durchführung der erforderlichen Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung Vorhaben zugelassen werden, sofern die übrigen Voraussetzungen des § 33 Abs. 1 Nrn. 2–4 erfüllt sind. Darüber hinaus statuiert Abs. 3 S. 2 die besondere Pflicht der Gemeinde⁹³, der betroffenen Öffentlichkeit und den berührten Trägern öffentlicher Belange vor Erteilung der Baugenehmigung Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb angemessener Frist zu geben.

⁷⁸ VGH München Beck-RS 2007, 30662 Rn. 15; ähnlich VGH Mannheim BauR 2016, 76 (76); *Finkelnburg/Ortloff/Kment*, Öffentliches Baurecht, Bd. 1, 7. Aufl. 2017, § 25 Rn. 13; *Jarass/Kment* (Fn. 35), § 33 Rn. 13; *Jeromin* (Fn. 3), § 33 Rn. 15; *Spieß* (Fn. 20), § 33 Rn. 15.

⁷⁹ VGH Mannheim BauR 2016, 76; vgl. *Dürr* (Fn. 12), § 33 Rn. 19, der von einer Verwirkung ausgeht.

⁸⁰ BVerwGE 164, 40 (46 ff.); ebenso OVG Lüneburg NVwZ 1994, 84 (84); *Reidt* (Fn. 4), § 33 Rn. 11; *Stock* (Fn. 5), § 33 Rn. 60a; *Tophoven* (Fn. 11), § 33 Rn. 40.

⁸¹ *Scheidler*, VBIBW 2017, 317 (321).

⁸² BVerwGE 101, 58 (61f.); BVerwG NVwZ 2019, 727 (729); *Tophoven* (Fn. 11), § 33 Rn. 21.

⁸³ Vgl. BVerwG NVwZ 1992, 974 (975); OVG Lüneburg NVwZ 1994, 84 (84).

⁸⁴ *Reidt* (Fn. 4), § 33 Rn. 11; *Stock* (Fn. 5), § 33 Rn. 60a.

⁸⁵ *Reidt* (Fn. 4), § 33 Rn. 12; *Spieß* (Fn. 20), § 33 Rn. 20.

⁸⁶ *Finkelnburg/Ortloff/Kment* (Fn. 78), § 25 Rn. 2; *Scheidler*, KommJur 2015, 241 (243); ausführlich zum gemeindlichen Einvernehmen *Krüper*, ZJS 2010, 582 ff.

⁸⁷ *Brenner* (Fn. 10), Rn. 569 f.; *Finkelnburg/Ortloff/Kment* (Fn. 78), § 25 Rn. 15 f.

⁸⁸ VGH Mannheim NVwZ-RR 1998, 96 (97); *Stock* (Fn. 5), § 33 Rn. 71.

⁸⁹ *Stock* (Fn. 5), § 33 Rn. 66 f.; *Tophoven* (Fn. 11), § 33 Rn. 26.

⁹⁰ *Reidt* (Fn. 4), § 33 Rn. 13; *Stock* (Fn. 5), § 33 Rn. 72a; *Spieß* (Fn. 20), § 33 Rn. 25; *Weitz*, NVwZ 2014, 1351 (1354).

⁹¹ *Scheidler*, BauR 2006, 310 (317); *Stock* (Fn. 5), § 33 Rn. 72a.

⁹² *Rieger* (Fn. 10), § 33 Rn. 22; *Scheidler*, VBIBW 2017, 317 (321).

⁹³ Dafür *Spieß* (Fn. 20), § 33 Rn. 22; *Stock* (Fn. 5), § 33 Rn. 80, 85.

V. Fazit

Den drei Zulassungstatbeständen des § 33 BauGB kommt innerhalb des Bauplanungsrechts eine Sonderstellung zu. Sie ermöglichen den Vorgriff auf einen noch nicht in Kraft getretenen Bebauungsplanentwurf zugunsten des Bauherrn und sind dementsprechend nur unter engen Voraussetzungen anwendbar. So werden zum einen die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen in der Rechtsprechung restriktiv ausgelegt. Zum anderen kommt der Rückgriff auf § 33 BauGB erst dann in Betracht, wenn sich die Zulässigkeit eines Vorhabens nicht schon aus §§ 30, 34 oder 35 BauGB ergibt. Die damit verbundene Prüfungsabfolge ist bei der Fallbearbeitung zu beachten. Hier kann § 33 BauGB insbesondere in der klassischen Konstellation einer Verpflichtungsklage zum Tragen kommen, die auf die Erteilung einer Baugenehmigung gerichtet ist. Dann bedarf insbesondere die Feststellung der materiellen Planreife besonderer Aufmerksamkeit. Diese eröffnet die Prüfung der Zulässigkeit nach Art und Maß der baulichen Nutzung am Maßstab der BauNVO. Aber auch die Prüfung des Aufstellungsbeschlusses, der formellen Planreife und des schriftlichen Anerkenntnisses können Probleme enthalten und Bezüge zum Kommunalrecht sowie zum Allgemeinen Verwaltungsrecht herstellen. An das schriftliche Anerkenntnis können sich überdies Fragen des Rechtsschutzes gegen den späteren Bebauungsplan selbst anschließen. Schließlich sind die „gewöhnlichen“ Voraussetzungen der übrigen planungsrechtlichen Tatbestände in § 29 ff. BauGB zu beachten, namentlich der Vorhabenbegriff, das gemeindliche Einvernehmen und die gesicherte Erschließung.

Erscheint § 33 BauGB somit für Klausurbearbeiter zunächst ungewohnt, so lassen sich wesentliche Merkmale der übrigen Zulässigkeitstatbestände der §§ 30 ff. BauGB wiederfinden. Die konkrete Ausgestaltung der Voraussetzungen des § 33 BauGB erschließt sich vor dem Hintergrund der besonderen Funktion der Norm, einem Planentwurf rechtliche Vorwirkung zuzuerkennen.

Grundzüge der Strafrechtsgeschichte

Vom 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart – Teil 1

Von Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, Hamburg*

I. Einleitung

Wann wurde in Deutschland die Todesstrafe abgeschafft? Warum setzt eine Bestrafung ein Gesetz voraus? Welche strafrechtlichen Regelungen aus der NS-Zeit haben heute noch Bestand? Diesen und anderen Fragen widmet sich der vorliegende Beitrag, der die Grundzüge der Strafrechtsgeschichte vom 18. Jahrhundert bis in die Gegenwart in den Blick nimmt. Die besondere Herausforderung einer solchen Betrachtung liegt darin, dass das Rechtsgebiet des Strafrechts per se äußerst komplex ist. Dies beginnt bereits mit der grundsätzlichen Frage, welche Materien und Aspekte dem Strafrecht überhaupt unterfallen. Aus diesem Grund wird sich der vorliegende Aufsatz zunächst einer Definition dieses Rechtsgebiets widmen (Abschnitt II.).

Hierauf folgt ein Überblick über die Strafrechtsgeschichte im eben genannten Zeitraum.¹ Der hiermit angesprochene Abschnitt III. dient vor allem dazu, den politischen und geistesgeschichtlichen Hintergrund zu skizzieren und die Geschichte der maßgeblichen Rechtsquellen darzustellen. Hierdurch bildet er zugleich den Rahmen für Abschnitt IV.,² in dem die Geschichte solcher Ideen und Institute nachgezeichnet wird, die für das Strafrechtsdenken und die Strafgesetzgebung prägend sind bzw. zumindest in bestimmten Zeiten prägend waren.³ Im Einzelnen werden dabei folgende Aspekte vertieft behandelt:

- Kriterien der Strafwürdigkeit
- Sinn und Zweck der Strafe
- Funktion und Bedeutung des Strafgesetzes
- Sanktionsarten
- Strafverfahren

Im abschließenden Abschnitt V. werden die Bedeutung und die Funktion der Disziplin der Strafrechtsgeschichte in den Blick genommen.

* Der *Autor* ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich ihrer internationalen und historischen Bezüge an der Universität Hamburg. Er dankt Prof. Dr. Martin Asholt, Aylin Aslan, Dr. Christina Kuhli, Jan Hendrik May, Hannah Ofterdinger, Judith Papenfuß und Judith Zemmrich für die wertvollen Anregungen zur Thematik.

¹ In räumlicher Hinsicht beziehen sich die Ausführungen im Wesentlichen auf die Territorien der heutigen Bundesrepublik Deutschland und früherer deutscher Herrschaftsgebilde.

² Abschnitte IV. und V. befinden sich im zweiten Teil dieses Aufsatzes, der in einer der kommenden Ausgaben der ZJS erscheinen wird.

³ In dieser Konzeption folgt der Beitrag dem demnächst erscheinenden Lehrbuch des *Autors* (Kuhli, Geschichte des Strafrechts. Eine Einführung). Auch die folgenden Ausführungen basieren auf diesem Werk.

II. Eine mögliche Definition des Strafrechts

Es ist kaum in Abrede zu stellen, dass es nicht *eine* Definition des Strafrechts gibt. Bereits der zugrundeliegende Terminus des Rechts ist denkbar vieldeutig. Allerdings reicht für die Zwecke dieses Beitrags eine Annäherung an den Begriff des Strafrechts. Wenn jemand heute diesen Terminus verwendet, werden hiermit regelmäßig *zumindest* solche Regelungen bezeichnet, die die Voraussetzungen der staatlichen Verhängung bestimmter Sanktionen (z.B. einer Geldstrafe) zum Gegenstand haben. Bezugspunkt derartiger Vorschriften ist die Kriminalität, die in einer Gesellschaft herrscht bzw. befürchtet wird.⁴ Jenseits des eben Gesagten lassen sich mitunter auch weitere Aspekte unter den Begriff des Strafrechts fassen: So spricht beispielsweise nichts dagegen, dieses Rechtsgebiet auch auf solche Vorschriften zu erstrecken, die das Strafverfahren bzw. den Strafprozess zum Gegenstand haben (z.B. Beweisregelungen). Entsprechendes dürfte für Vorschriften des Strafvollzugs gelten (z.B. Regelungen der Vollzugsaufgaben). Auch können nicht-staatliche Bestimmungen strafrechtliche Relevanz entfalten: Dies gilt insbesondere dann, wenn man auf Gepflogenheiten abstellt, die für die Strafverfolgung bedeutsam sein können und deshalb möglicherweise ihrerseits *Recht* darstellen.

Beispiel 1: Man denke an eine zwischen Privatpersonen getroffene Absprache, einen Konflikt ohne Einschaltung staatlicher Strafverfolgungsbehörden zu lösen.

Beispiel 2: Das Regelwerk eines privaten Fußballverbands könnte bei der Frage Berücksichtigung finden, ob sich ein Fußballspieler wegen Körperverletzung an einem anderen Fußballspieler strafbar macht.

Entsprechendes gilt für nicht-staatliche formalisierte Sanktionen.

Beispiel: Dopingsperre durch einen Sportverband.

Bis hierhin ist noch offengeblieben, aus welchen Quellen sich die Regelungen speisen, die das Strafrecht bilden. In dieser Hinsicht stellen staatliche Gesetze⁵ sicherlich nur eine von mehreren Möglichkeiten dar. Prinzipiell denkbar ist auch, dass Gerichte konkrete Rechtssätze schaffen, indem sie einen Rechtsfall unter Rückgriff auf allgemeine – möglicherweise ungeschriebene – Rechtsprinzipien lösen. Durch derartige Entscheidungen entsteht *Richterrecht*, das möglicherweise

⁴ Dabei kann man auch begrifflich zwischen einer Strafrechtsgeschichte und einer Kriminalitätsgeschichte differenzieren (vgl. in dieser Hinsicht etwa *Härter*, Strafrechts- und Kriminalitätsgeschichte der Frühen Neuzeit, 2018).

⁵ Es ist dabei durchaus möglich, dass strafrechtlich relevante Regelungen nicht nur einem einzelnen Gesetz, sondern in verschiedenen Gesetzen enthalten sind.

auch für künftige Rechtsfälle Bedeutung entfalten kann. Auch wissenschaftliche Erkenntnisse können strafrechtliche Relevanz entfalten: Sie können etwa der Systematisierung oder auch der Kritik der Rechtspraxis dienen. Dabei kann die Wissenschaft mit der Praxis in unterschiedlichen Verhältnissen stehen: Mal spiegelt die Wissenschaft die Praxis wider, mal nimmt sie eine zukünftige Praxis vorweg, mal wird sie von der Praxis schlichtweg ignoriert.

III. Überblick vom 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart

1. Altes Reich

a) Strafrechtliche Pluralität

Bis ins 18. Jahrhundert gab es in Deutschland – genauer: innerhalb des Territoriums des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation⁶ – nicht *das* Strafrecht. Stattdessen kamen prinzipiell verschiedene Rechte und Rechtsquellen in Betracht, deren Rangverhältnis zueinander nicht immer eindeutig war.⁷ Neben den überkommenen Lehren des gemeinen Strafrechts, die ihre Grundlagen im römischen und im kanonischen Recht fanden, wurde mitunter auch dem Richterrecht der Status einer Rechtsquelle beigemessen.⁸ Daneben konnte es in einigen Territorien auch eigene sog. Partikulargesetze geben.⁹ Und schließlich existierten auch noch die alten – nämlich 1532 verabschiedeten – Regelungen der *Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. (Constitutio Criminalis Carolina)*.¹⁰ Bei der Carolina – so die gebräuchliche Kurzform dieses Werkes – handelte es sich um die älteste Satzung,¹¹ die strafprozessuale und strafrechtliche Bestimmungen enthielt¹² und die prinzipiell reichsweit in Geltung stand.¹³ Mit dem zuletzt Gesagten („prinzipiell“) ist gemeint, dass die Carolina in den einzelnen Reichsterritorien nur Anwendung finden sollte, soweit vor Ort keine speziellen Regelungen existierten.¹⁴ Die hiermit angesprochene subsidiäre Geltung der Carolina ergab sich aus der sog. salvatorischen Klausel, die

sich am Ende der Vorrede zur Carolina befand und die wie folgt lautete:

„Doch wollen wir durch diese gnedige Erinnerung Churfürsten[,] Fürsten und Stenden, an jren alten wohlherbrachten rechtmessigen vnnnd billichen gebreuchen nichts benommen haben.“¹⁵

b) Gesetzgebung

Die eben skizzierte Rechtslage verschob sich in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts. Die mächtiger werdenden Territorialstaaten – allen voran Preußen und Österreich – strebten nach eigenen Gesetzen¹⁶ oder sogar nach sog. Kodifikationen, die der Idee nach das gesamte Recht eines Staates (und damit auch das Strafrecht) umfassend regeln sollten.¹⁷ So wurde etwa 1787 in Österreich das *Allgemeine Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung Kaiser Josephs II.*¹⁸ erlassen, andernorts trat 1794 das *Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten* in Kraft.¹⁹ Gefördert wurde diese Entwicklung auch durch Forderungen der Aufklärung – einer geistigen Strömung, deren rechtspolitische Leitideen unter anderem als *Säkularisierung*, *Rationalisierung* und *Humanisierung* zusammengefasst werden können. Hierbei gilt es aber zu berücksichtigen, dass der aufklärerischen Forderung nach Humanität im Einzelfall eine durchaus untergeordnete Rolle im Vergleich zu Erwägungen der Zweckmäßigkeit zukam.²⁰ Auch war die Aufklärungsbewegung keineswegs homogen.²¹

Von den vielfältigen Ideen der Aufklärung wurden nicht nur Theoretiker und Denker erfasst, sondern auch europäische Herrscher. Zu nennen ist etwa *Friedrich II. von Preußen* (1712–1786), der auch unter dem Namen „Friedrich der Gro-

⁶ Vgl. hierzu *Winkler*, Geschichte des Westens, Bd. 1, 2016, S. 389.

⁷ Vgl. *Schaffstein*, Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, 1. Philologisch-Historische Klasse, 1985, Nr. 3, S. 123 (142 f.).

⁸ *Koch*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 2019, § 7 Rn. 2 f.

⁹ Vgl. *Schaffstein*, Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, 1. Philologisch-Historische Klasse, 1985, Nr. 3, S. 123 (141 f.).

¹⁰ *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 94; vgl. auch *Kroeschell/Cordes/Nehlsen-v. Stryk*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2, 9. Aufl. 2008, S. 294, 296.

¹¹ Vgl. *G. Schmidt* (1966), in: Schroeder (Hrsg.), Die Carolina, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532, 1986, S. 185 (200).

¹² *Gmür/Roth*, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Aufl. 2018, Rn. 329 f.

¹³ Vgl. *Schroeder* (1980), in: ders. (Fn. 11), S. 305.

¹⁴ *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 4. Aufl. 2004, Rn. 1206.

¹⁵ Zit. nach: *Buschmann*, Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit, 1998, S. 105.

¹⁶ Überblick bei *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965 (Nachdr. 1995), §§ 237 ff.

¹⁷ Vgl. zum Kodifikationsbegriff auch *Kuhli*, Carl Gottlieb Svarez und das Verhältnis von Herrschaft und Recht im aufgeklärten Absolutismus, 2012, S. 115.

¹⁸ Abgedruckt in: *Buschmann* (Fn. 15), S. 224 ff.

¹⁹ Der strafrechtliche Teil ist abgedruckt in *Buschmann* (Fn. 15), S. 272 ff.; im Folgenden: Allgemeines Preußisches Landrecht; vgl. zu den hier genannten und weiteren Gesetzen: *T. Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 4. Aufl. 2019, S. 31.

²⁰ Vgl. *T. Vormbaum* (Fn. 19), S. 25, 28 ff., der in diesem Kontext von Säkularisierung, Rationalisierung, Individualisierung und Humanisierung spricht, dabei jedoch zu Recht zurückhaltend hinsichtlich der Annahme einer humanisierenden Tendenz der Kriminalpolitik der Aufklärungsphilosophie ist; vgl. zudem *Naucke*, in: Beccaria, Von den Verbrechen und von den Strafen (1764), 2004, S. IX (XIX–XX, XLII).

²¹ *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Fn. 8), § 6 Rn. 2.

ße“ bekannt ist.²² In der Konsequenz wurden zentrale Forderungen der Aufklärung (wie etwa die Abschaffung der Folter²³ und die Bindung des Richters an gesetzliche Regelungen²⁴) Mitte und Ende des 18. Jahrhunderts – zumindest teilweise – umgesetzt. Mitunter unklar blieben jedoch die Grenzen zwischen Strafrecht und Moral. So befanden sich etwa im oben genannten Allgemeinen Preußischen Landrecht unter der Überschrift „Von den Verbrechen und deren Strafen“²⁵ auch Regelungen wie die Folgende:

„Muthwillige Bettler, Landstreicher, und Müßiggänger, müssen zur Arbeit angehalten, und wenn sie dazu unbrauchbar sind, auf eine billige Art versorgt, oder als Fremde aus dem Lande geschafft werden.“²⁶

Darüber hinaus darf auch nicht vergessen werden, dass das Allgemeine Preußische Landrecht (1794) auch noch die Geltung der Todesstrafe vorsah,²⁷ obwohl prominente Aufklärungsphilosophen wie der Mailänder *Cesare Beccaria* (1738–1794) bereits im Jahr 1764 öffentlich Kritik an diesem Sanktionsmittel geübt hatten.²⁸

c) Ende des Alten Reiches

Der Aufstieg der Territorialstaaten ging einher mit einer zunehmenden Bedeutungslosigkeit des Heiligen Römischen Reiches.²⁹ Insbesondere die mächtigen Reichsterritorien Preußen und Österreich waren Ende des 18. Jahrhunderts kaum mehr auf das Reich angewiesen.³⁰ Als der letzte Kaiser *Franz II.* unter dem Druck *Napoleons* im Jahr 1806 die Reichskrone niederlegte, bildete dies das Ende eines ohnehin nur noch formal existenten Reiches.³¹ Die spätere Niederwerfung *Napoleons*, die in mehreren Etappen stattfand und endgültig erst 1815 gelang,³² machte den Weg frei für eine Neuordnung der europäischen Staatenlandschaft. Auf dem 1814 und 1815 durchgeführten Wiener Kongress, der der Ausarbeitung der „Grundzüge der europäischen Nachkriegsord-

nung“ (*Winkler*) diente,³³ wurde unter anderem auch der Deutsche Bund gegründet.³⁴

2. Deutsche Einzelstaaten

In den Einzelstaaten, die den Staatenbund „Deutscher Bund“ bildeten,³⁵ kam es in der Folgezeit – insbesondere ab 1838 – zu einer regen Strafgesetzgebung.³⁶ Zuvorderst zu nennen ist hier aber das *Bayerische Strafgesetzbuch*,³⁷ das bereits 1813 in Kraft trat und mit dem sein Schöpfer – der Rechtswissenschaftler und Praktiker *Paul Johann Anselm von Feuerbach* (1775–1833) – in Anknüpfung an *Immanuel Kant* (1724–1804) eine weitgehende Trennung von Strafrecht und Moral bewirkte.³⁸ Als Konsequenz dieser Sichtweise waren etwa einvernehmliche homosexuelle Handlungen im Bayerischen Strafgesetzbuch nicht unter Strafe gestellt³⁹ – eine Entkriminalisierung, die in späteren deutschen Partikularstrafgesetzen aus der Zeit des Vormärzes nicht übernommen wurde.⁴⁰ *Feuerbachs* weitere Bedeutung im Strafrecht liegt darin, dass er das strafrechtliche Gesetzmäßigkeitsprinzip – also das Prinzip, dass eine Bestrafung immer gesetzlich vorgesehen sein muss – auf eine neue Grundlage stellte.⁴¹ Allerdings bemängelten Zeitgenossen, dass das Bayerische Strafgesetzbuch grundsätzlich zu hohe Strafen vorsah.⁴²

3. Kaiserreich und Weimarer Republik

Der Dualismus zwischen Preußen und Österreich und die damit einhergehende Konkurrenzsituation zwischen den beiden Großmächten mündeten 1866 in einen Krieg, aus dem Preußen als Sieger hervorging.⁴³ Österreich musste die Auflösung des Deutschen Bundes anerkennen und schied aus Deutschland aus.⁴⁴ Preußen gründete mit einigen anderen Territorien den Norddeutschen Bund,⁴⁵ für den im Jahr 1870 ein eigenes Strafgesetz bekanntgemacht wurde. Das hiermit angesprochene *Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund*⁴⁶ basierte in Teilen auf dem 1851 in Kraft getretenen *Strafgesetzbuch*

²² Vgl. *Epkenhans*, Geschichte Deutschlands, Von 1648 bis heute, 2011, S. 20.

²³ Im Einzelnen hierzu Abschnitt IV. 5.

²⁴ Im Einzelnen hierzu Abschnitt IV. 3.

²⁵ So die Überschrift des 20. Titels des zweiten Teils des Allgemeinen Preußischen Landrechts (zit. nach: *Buschmann* [Fn. 15], S. 273).

²⁶ § 4 des 20. Titels des zweiten Teils des Allgemeinen Preußischen Landrechts (zit. nach: *Buschmann* [Fn. 15], S. 273).

²⁷ So z.B. für Kindermord gem. § 965 des 20. Titels des zweiten Teils des Allgemeinen Preußischen Landrechts (abgedruckt in: *Buschmann* [Fn. 15], S. 379).

²⁸ *Beccaria*, Von den Verbrechen und von den Strafen (1764), 2004, S. 48 ff.; vgl. hierzu allerdings auch die kritischen Ausführungen von *Naucke* (Fn. 20), S. IX (XXV–XXVII).

²⁹ Vgl. *Winkler* (Fn. 6), S. 389.

³⁰ Vgl. *Epkenhans* (Fn. 22), S. 23.

³¹ Vgl. *Winkler* (Fn. 6), S. 388 f.

³² Vgl. zu diesen Etappen *Winkler* (Fn. 6), S. 420 ff., 425 ff.

³³ *Winkler* (Fn. 6), S. 443.

³⁴ *Nipperdey*, Deutsche Geschichte 1800–1866, Bürgerwelt und starker Staat, 1998, S. 355; *Epkenhans* (Fn. 22), S. 37.

³⁵ Vgl. zu diesem Verhältnis: *Nipperdey* (Fn. 34), S. 355.

³⁶ Überblick bei *Koch* (Fn. 8), Rn. 9 ff.; vgl. auch ebd., Rn. 41.

³⁷ Offizieller Titel: Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern; abgedruckt in: *Buschmann* (Fn. 15), S. 447 ff.

³⁸ Im Einzelnen hierzu Abschnitt IV. 1.

³⁹ *Walter*, in: Koch/Kubicel/Löhnig/Pawlik (Hrsg.), *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch*, 2014, S. 19 (31); vgl. dort aber auch zur späteren Entwicklung in *Feuerbachs* Sichtweise.

⁴⁰ *Koch* (Fn. 8), Rn. 48.

⁴¹ Im Einzelnen hierzu Abschnitt IV. 3.

⁴² *Koch* (Fn. 8), Rn. 39.

⁴³ *Epkenhans* (Fn. 22), S. 50 f.

⁴⁴ *Nipperdey* (Fn. 34), S. 790 f.

⁴⁵ Vgl. *Nipperdey* (Fn. 34), S. 794.

⁴⁶ BGBl. des Norddeutschen Bundes 1870, S. 197 ff.

für die Preußischen Staaten⁴⁷ – eine Bezugnahme, die zwar gegenüber Zeitgenossen mit der Verbreitung und inhaltlichen Qualität des zuletzt genannten Gesetzes begründet wurde, tatsächlich aber auch preußisch-machtpolitisch gedeutet werden kann.⁴⁸

1870 brach der deutsch-französische Krieg aus, der schließlich zum Katalysator für die Gründung eines deutschen Kaiserreiches unter preußischer Führung werden sollte.⁴⁹ Die hiermit angesprochene Bildung des Nationalstaates im Jahr 1871 hatte letztlich auch Auswirkungen auf die Strafgesetzgebung: So wurde der territoriale Geltungsbereich des ehemals für den Norddeutschen Bund erlassenen Strafgesetzbuchs durch das Inkrafttreten des *Reichsstrafgesetzbuchs*⁵⁰ (1872) der Sache nach auf Süddeutschland ausgedehnt.⁵¹ Im Jahr 1879 folgte auch eine *Strafprozeßordnung*,⁵² die verfahrensrechtliche Fragen zum Gegenstand hatte. Sieht man von der oben genannten Carolina (1532) ab, so ist festzustellen, dass es sich bei den eben genannten Werken – dem StGB und der StPO – um die ersten reichsweit geltenden Gesetze im Bereich des Strafrechts und des Strafprozesses handelt. Zugleich bilden sie die – später freilich vielfach geänderte – Urfassung der heute geltenden strafrechtlichen und strafprozessualen Gesetze.

Im Einklang mit älteren Regelungen sah auch das Reichsstrafgesetzbuch die Todesstrafe vor. Normierung fanden aber auch strafrechtliche Schutzprinzipien, wie etwa das Gesetzlichkeitsprinzip.⁵³ Allerdings fielen keineswegs sämtliche Personen unter diesen gesetzlichen Schutz. Ausgeschlossen blieben etwa die in den deutschen Kolonien lebenden Indigenen, die stattdessen einer bloßen „Reichsstrafmacht“ (*Naucke*) in Form behördlichen Ermessens unterworfen wurden.⁵⁴

Der Zeitraum bis zum Ausbruch des ersten Weltkriegs (1914) brachte vergleichsweise wenige Änderungen im Reichsstrafgesetzbuch.⁵⁵ Allerdings wurden außerhalb dieses Gesetzes zahlreiche neue Straftatbestände eingeführt, so etwa in den Rechtsbereichen der Wirtschaft, der Presse und der Infrastruktur.⁵⁶ Der Umstand, dass sich das Reichsstrafgesetzbuch in dieser Zeit kaum änderte, steht in Kontrast dazu, dass ab der Jahrhundertwende intensiv über eine grund-

legende Reform des Strafrechts diskutiert wurde. Motor dieser Diskussion war der sog. strafrechtliche Schulenstreit, in dem sich die Denkrichtungen der beiden wirkmächtigen Rechtswissenschaftler *Franz von Liszt* (1851–1919) und *Karl Binding* (1841–1920) gegenüberstanden.⁵⁷ Insbesondere bei einer Unterscheidung zwischen verschiedenen Tätertypen, wie sie von *Liszt* vorgenommen wurde,⁵⁸ musste das dem Reichsstrafgesetzbuch zugrundeliegende Bild eines sittlich freien und durch Strafdrohung motivierbaren Menschen⁵⁹ kritikwürdig erscheinen.⁶⁰ Die ab der Jahrhundertwende geführte Reformdebatte zog sich letztlich bis 1930 hin. Sie umfasste die Veröffentlichung und Diskussion diverser Entwürfe der Politik, der Praxis und der Wissenschaft.⁶¹ Mit Unterschieden im Einzelnen kreiste die Auseinandersetzung um den Sinn und Zweck der Strafe, um die Anwendbarkeit sog. sichernder und bessernder Maßnahmen jenseits von Strafen, um die Altersgrenze der Strafmündigkeit, um die Strafzumessung und um die Anwendbarkeit der Todesstrafe.⁶²

Einzelne Reformvorhaben wurden tatsächlich umgesetzt: So wurde etwa die Sanktionsform der Geldstrafe in den Jahren 1921 und 1923 umgestaltet.⁶³ Ebenfalls 1923 wurde das *Jugendgerichtsgesetz* in Kraft gesetzt,⁶⁴ das eine gesonderte Regelung des Jugendstrafrechts vorsah und durch das etwa die Strafmündigkeit von bis dato zwölf Jahren⁶⁵ auf 14 Jahren⁶⁶ angehoben wurde. Hingegen konnte die Idee einer umfassenden Strafrechtsreform erst einmal nicht verwirklicht werden. 1914 brach der Erste Weltkrieg aus, der nicht nur eine massenhafte Anzahl von Opfern forderte, sondern auch zum Umsturz des politischen Systems in Deutschland führte. Als sich im Herbst 1918 abzeichnete, dass sich die militärische Situation des Deutschen Reiches verschlechterte,⁶⁷ kam es zu Befehlsverweigerungen und Aufständen.⁶⁸ Die sich hieraus entwickelnde Novemberrevolution führte schließlich zum Zusammenbruch des Kaiserreichs.⁶⁹ Anfang 1919 trat in

⁴⁷ Abgedruckt in: *Buschmann* (Fn. 15), S. 538 ff.; vgl. zu dem eben genannten Zusammenhang: *Eb. Schmidt* (Fn. 16), § 297.

⁴⁸ Vgl. *T. Vormbaum* (Fn. 19), S. 81.

⁴⁹ Vgl. *Epkenhans* (Fn. 22), S. 54.

⁵⁰ Offizieller Titel: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich; Fundstelle: RGBl. 1871, S. 127 ff.; im Folgenden: StGB.

⁵¹ *Jescheck/Weigend* (Fn. 10), S. 96 f.; vgl. auch *Rüping/Jerouschek*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl. 2011, Rn. 233.

⁵² RGBl. 1877, S. 253 ff.; im Folgenden StPO.

⁵³ Im Einzelnen hierzu Abschnitt IV. 3.

⁵⁴ Vgl. auch *Naucke*, in: *Naucke* (Hrsg.), Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, 2000, S. 265 (270 ff.).

⁵⁵ Vgl. hierzu *T. Vormbaum* (Fn. 19), S. 138 ff.; *Koch* (Fn. 8), § 8 Rn. 29.

⁵⁶ Zur Entwicklung im Detail: *Weber*, Die Entwicklung des Nebenstrafrechts 1871–1914, 1999; vgl. hierzu auch *T. Vormbaum* (Fn. 19), S. 140.

⁵⁷ Vgl. *Rüping/Jerouschek* (Fn. 51), Rn. 254 ff., 258.

⁵⁸ *v. Liszt* unterscheidet zwischen den Unverbesserlichen, den Besserungsbedürftigen und den Gelegenheitsverbrechern (*v. Liszt*, in: *T. Vormbaum* [Hrsg.], Moderne deutsche Strafrechtsdenker, 2011, S. 211 [218 ff.]); im Einzelnen hierzu Abschnitt IV. 2.

⁵⁹ Vgl. hierzu und zu den Ursprüngen dieser Anschauung: *Rüping/Jerouschek* (Fn. 51), Rn. 254.

⁶⁰ Vgl. in diesem Kontext auch *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 4 Rn. 2 f.

⁶¹ Vgl. hierzu *Eb. Schmidt* (Fn. 16), § 327 ff., § 334; *Jescheck/Weigend* (Fn. 10), S. 99 f.; *Goltsche*, Das Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1922, 2010, S. 19 ff.

⁶² Vgl. hierzu *T. Vormbaum* (Fn. 19), S. 143 ff., 164 ff.

⁶³ Vgl. *Jescheck/Weigend* (Fn. 10), S. 99 f.

⁶⁴ RGBl. I 1923, S. 135 ff.

⁶⁵ § 55 S. 1 StGB in der Fassung von 1896 (RGBl. I 1896, S. 610).

⁶⁶ § 2 JGG in der Fassung von 1923 (RGBl. I 1923, S. 135).

⁶⁷ Die folgende Darstellung basiert auf *Kuhli*, Jura 2009, 321 ff.

⁶⁸ *Hammer*, Jura 2000, 58 (58).

⁶⁹ *Epkenhans* (Fn. 22), S. 68 f.

Weimar eine verfassungsgebende Nationalversammlung zusammen, die innerhalb weniger Monate eine Verfassung – die sog. *Weimarer Reichsverfassung*⁷⁰ – ausarbeitete. Die Labilität der hierdurch etablierten Weimarer Republik spiegelte sich in strafrechtlicher Hinsicht unter anderem im Erlass zweier *Republikenschutzgesetze*⁷¹ wider, wodurch etwa die Teilnahme an sog. Geheimverbindungen unter Strafe gestellt wurde.⁷² In der Schlussphase der Weimarer Republik kam das bis dahin immer noch diskutierte Vorhaben einer grundlegenden Strafrechtsreform schließlich bis auf weiteres zum Erliegen.⁷³

4. Drittes Reich

Am 30. Januar 1933 begann der Prozess der sog. „Machtergreifung“ der Nationalsozialisten.⁷⁴ Adolf Hitler (1889–1945) wurde an diesem Tag durch den Reichspräsidenten Paul von Hindenburg (1847–1934) zum Reichskanzler ernannt.⁷⁵ Auf diesen Vorgang folgten Wochen, in denen die parlamentarische Demokratie der Weimarer Republik durch Gesetzgebungsmaßnahmen, Repressalien, Propaganda und Terror in eine nach einem Führerprinzip agierende zentralistische Diktatur umgewandelt wurde.⁷⁶ Neben Regelungen, die die Gleichschaltung der Länder mit dem Reich vorsahen⁷⁷ und die Entlassung bzw. Entpflichtung unerwünschter Beamten ermöglichten,⁷⁸ ergingen zwei fundamentale Rechtsakte, die im Folgenden besonders hervorzuheben sind:

- *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat*,⁷⁹ durch die 1933 „bis auf weiteres“ einzelne zentrale Grundrechtsartikel der Weimarer Reichsverfassung außer Kraft gesetzt wurden (§ 1 S. 1).
- *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*⁸⁰ (sog. *Ermächtigungsgesetz*) von 1933, dem zufolge die meisten Reichsgesetze von nun an auch durch die Reichsregierung beschlossen werden konnten (Art. 1). Hierdurch erhielt die Regierung erhebliche Gesetzgebungskompetenzen, wodurch die Gewaltenteilung in vielen Bereichen aufgehoben wurde. Dabei war be-

sonders brisant, dass die von der Regierung beschlossenen Reichsgesetze in bestimmten Fällen sogar von der Reichsverfassung abweichen durften (Art. 2 S. 1). Die Regierung erhielt hierdurch also faktisch die Befugnis zur Vornahme von Verfassungsänderungen.

Das Reichsstrafgesetzbuch blieb dem Grunde nach in Kraft. Allerdings führte die NS-Herrschaft zu diversen Umwälzungen im Strafrecht: Zentrale Schutzprinzipien wurden zwischen 1933 und 1945 faktisch oder sogar im Wege der Gesetzgebung ausgehöhlt bzw. vollständig beseitigt.⁸¹ Hinzu kam die Einführung von Straftatbeständen, die in ihren Voraussetzungen weniger an Handlungen anknüpften als vielmehr an bestimmte Tätertypen. Diesbezüglich ist vor allem die 1941 erfolgte Änderung des Mordtatbestandes (§ 211 StGB) zu nennen, der seitdem nicht mehr auf das Vorliegen einer planmäßigen Handlung („Tötung mit Ueberlegung“) abstellt,⁸² sondern auf spezielle einen *Mörder* kennzeichnende Merkmale (Mordlust, Heimtücke, niedrige Beweggründe etc.).⁸³

Gebrauch machten die Nationalsozialisten auch von einer diskriminierenden Strafgesetzgebung – so beispielsweise mit dem 1935 erlassenen *Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre*,⁸⁴ durch das etwa „Eheschließungen zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes“ verboten waren (§ 1 Abs. 1 S. 1) und Zuwiderhandlungen hiergegen mit Zuchthaus sanktionierbar waren (§ 5 Abs. 1). NS-Strafgesetze waren in ihren Voraussetzungen außerdem häufig vergleichsweise unbestimmt und konnten hierdurch den Machthabern als flexibel einsetzbares politisches Instrument dienen. In dieser Hinsicht ist etwa das 1934 erlassene *Gesetz gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutz der Parteiuniformen*⁸⁵ zu nennen. Hiernach machte sich unter anderem derjenige strafbar, der „öffentlich gehässige, hetzerische oder von niedriger Gesinnung zeugende Äußerungen über leitende Persönlichkeiten des Staates oder der NSDAP [...] macht, die geeignet sind, das Vertrauen des Volkes zur politischen Führung zu untergraben“ (§ 2 Abs. 1). Bei diesem Gesetz ergab sich eine zusätzliche Flexibilität daraus, dass die Verfolgung einer derartigen Tat grundsätzlich von der Anordnung des Reichsjustizministers abhing (§ 2 Abs. 3).

Wie sehr das Strafrecht für politische Zwecke eingesetzt werden konnte, zeigte sich auch in Strafverfahren, die an dem 1934 etablierten Volksgerichtshof durchgeführt wurden – einer Institution, die im Laufe der NS-Zeit immer mehr zum „Kampfinstrument zur Vernichtung des politischen Gegners“ (*Rüping/Jerouschek*) wurde.⁸⁶ Flankiert wurden die eben genannten strafgesetzlichen Änderungen und Maßnahmen zwischen 1933 und 1945 von einem massiven Staatsterror, des-

⁷⁰ RGBl. 1919, S. 1383 ff.; in offizieller Diktion: Verfassung des Deutschen Reichs vom 11.8.1919.

⁷¹ Offizieller Titel jeweils: Gesetz zum Schutze der Republik; Fundstellen: RGBl. I 1922, S. 585 ff.; RGBl. I 1930, S. 91 ff.

⁷² § 2 Gesetz zum Schutze der Republik von 1922 (RGBl. I 1922, S. 585).

⁷³ Vgl. *Eb. Schmidt* (Fn. 16), § 334; *T. Vormbaum* (Fn. 19), S. 172.

⁷⁴ Vgl. auch *Winkler*, *Geschichte des Westens*, Bd. 2, 2016, S. 667, der von der „Machtergreifung als Prozeß“ spricht.

⁷⁵ *Pieth*, *Strafrechtsgeschichte*, 2015, S. 76.

⁷⁶ Vgl. *Gmür/Roth* (Rn. 12), Rn. 457 ff.

⁷⁷ Vorläufiges Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich von 1933 (RGBl. I 1933, S. 153 f.); Zweites Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich von 1933 (RGBl. I 1933, S. 173).

⁷⁸ Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 1933 (RGBl. I 1933, S. 175 ff.).

⁷⁹ RGBl. I 1933, S. 83.

⁸⁰ RGBl. I 1933, S. 141.

⁸¹ Im Einzelnen hierzu Abschnitt IV. 3.

⁸² So noch die alte Fassung (RGBl. 1871, S. 127 [166]).

⁸³ RGBl. I 1941, S. 549.

⁸⁴ RGBl. I 1935, S. 1146.

⁸⁵ RGBl. I 1934, S. 1269 ff.

⁸⁶ *Rüping/Jerouschek* (Fn. 51), Rn. 288 f.

sen Ausmaß hier nur angedeutet werden kann: Verfolgung, Unterdrückung und Vernichtung von Millionen von Menschen.

Die NS-Zeit begründet in vielerlei Hinsicht einen Sonderfall der deutschen Strafrechtsgeschichte. Eine strafrechtshistorische Betrachtung des Dritten Reiches darf allerdings auch nicht vernachlässigen, dass diverse NS-Reformen durchaus auch ältere Vorläufer aufweisen. Zu nennen ist etwa die 1934 eingeführte Sicherungsverwahrung,⁸⁷ deren gesetzliche Etablierung bereits vor der Zeit des Dritten Reiches erwogen wurde.⁸⁸ Für eine – zumindest partielle – Kontinuität des NS-Strafrechts innerhalb der deutschen Rechtsgeschichte spricht außerdem, dass diverse rechtliche Institute und Regelungen, die in der NS-Zeit eingeführt wurden, auch nach 1945 in Kraft blieben, teilweise sogar bis heute gelten.⁸⁹

5. Von der Nachkriegszeit bis zur Wiedervereinigung

1945 brach das NS-Regime zusammen. Nachdem Deutschland im Zweiten Weltkrieg kapitulieren musste, kam es unter alliierter Besatzungsherrschaft.⁹⁰ Vor dem Hintergrund des entstehenden Kalten Kriegs konnte jedoch schon bald unter den Siegermächten keine Einigkeit über den weiteren Umgang mit Deutschland erzielt werden.⁹¹ Ausdruck dieser Entwicklung waren die Gründungen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik im Jahr 1949.⁹²

a) Umgang mit der NS-Vergangenheit

Nach dem Ende des NS-Regimes stellte sich in vielen Rechtsbereichen die Frage, wie mit der deutschen Vergangenheit umzugehen sei. Eine erste Herausforderung ergab sich 1945 daraus, dass die Nationalsozialisten in der Zeit ihrer Herrschaft zahlreiche Regelungen erlassen hatten, die nach Kriegsende formal immer noch in Kraft waren. Sicherlich wäre es theoretisch denkbar gewesen, sämtliche während der NS-Herrschaft ergangenen deutschen Rechtsnormen (z.B. Gesetze und Verordnungen) mit sofortiger Wirkung für nichtig zu erklären.⁹³ Eine solche pauschale Entscheidung hätte auch den Vorteil der Eindeutigkeit gehabt, da sie lediglich daran angeknüpft hätte, dass die betreffenden Vorschriften in einem bestimmten Zeitraum (30.1.1933–8.5.1945) in Kraft

gesetzt worden sind.⁹⁴ Andererseits wäre durch eine Festlegung der eben genannten Art völlig ignoriert worden, dass einzelne Bürger möglicherweise auf die Weitergeltung bestimmter Regelungen des Dritten Reiches vertrauten. Ein solches Vertrauen war im Einzelfall auch durchaus schutzwürdig, soweit es sich auf solche im Dritten Reich erlassene Regelungen bezog, die nach rechtsstaatlichen Maßstäben als weniger bedenklich einzustufen sind.⁹⁵ Vor diesem Hintergrund beseitigte der Alliierte Kontrollrat⁹⁶ nur bestimmte NS-Regelungen, so etwa das oben genannte Ermächtigungsgesetz sowie diskriminierende Vorschriften.⁹⁷ Demgegenüber wurden 1945 im Strafrecht einige Rechtsnormen in der Fassung beibehalten, die sie im Dritten Reich erhalten hatten. Dies betrifft etwa den 1941 geänderten Mordtatbestand gemäß § 211 StGB, dessen Mordmerkmale (Mordlust, Heimtücke, niedrige Beweggründe etc.) heute noch gelten.⁹⁸

Ein erhebliches politisches und rechtliches Problem resultierte aus der Frage, ob Gewalt-, Unterdrückungs- und Verfolgungsmaßnahmen, die durch das NS-Regime veranlasst, gedeckt oder gefördert worden waren, ab 1945 strafrechtlich sanktioniert werden konnten bzw. sollten. Eine rechtliche Schwierigkeit ergab sich hierbei aus dem Umstand, dass entsprechende Verhaltensweisen während des Dritten Reiches (zumindest faktisch) kaum bzw. gar nicht geahndet worden waren. Einer nachträglichen Bestrafung derartiger Verhaltensweisen in der Nachkriegszeit käme in dieser Hinsicht also Rückwirkung zu – ein Problem, das im zweiten Teil⁹⁹ dieses Aufsatzes noch näher zu beleuchten sein wird. An dieser Stelle mag die Feststellung ausreichen, dass eine Bestrafung dieser Fälle nach Kriegsende für durchaus möglich gehalten wurde.

Dabei wurde die Strafverfolgung von NS-Taten in der Nachkriegszeit durch verschiedene Staaten bzw. Institutionen betrieben. Die überlebenden Hauptverantwortlichen des NS-Regimes mussten sich ab 1945 in Nürnberg vor einem international zusammengesetzten Gericht verantworten.¹⁰⁰ Demgegenüber waren die 1950er Jahre in Westdeutschland von der Sichtweise geprägt, die Vergangenheit justiziell ruhen zu lassen¹⁰¹ – eine Mentalität, die auch im Zusammenhang damit stand, dass zahlreiche NS-Eliten ihre Karrieren in der jungen

⁸⁷ Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24.11.1933 (RGBl. I 1933, S. 955 ff.); vgl. hierzu *Drenkhahn/Morgenstern*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 66 Rn. 18.

⁸⁸ *T. Vormbaum*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Fn. 8), § 9 Rn. 47.

⁸⁹ Dies gilt etwa im Wesentlichen für die oben genannte Fassung des Mordtatbestandes; vgl. hierzu auch Fn. 98.

⁹⁰ *Epkenhans* (Fn. 22), S. 111.

⁹¹ *Gmür/Roth* (Rn. 12), Rn. 491 f.

⁹² *Epkenhans* (Fn. 22), S. 115, 135.

⁹³ Vgl. zu dieser letztlich „niemals ernsthaft erwogen[en]“ Lösung: *T. Vormbaum* (Fn. 19), S. 216.

⁹⁴ Die Frage wäre dann noch gewesen, ob die betreffenden Aufhebungen ex nunc (also von nun an) oder ex tunc (also rückwirkend) geltend sollen.

⁹⁵ Dies betrifft etwa bestimmte im NS-Staat erlassene Vorschriften zur Regulierung der Wirtschaft (vgl. hierzu *T. Vormbaum* [Fn. 19], S. 216 f.).

⁹⁶ Hierbei handelte es sich um die oberste Besatzungsbehörde.

⁹⁷ *T. Vormbaum* (Fn. 19), S. 217.

⁹⁸ Eine Gesetzesänderung erfuhren 1953 allerdings die Rechtsfolgen von § 211 StGB (BGBl. I 1941, S. 735).

⁹⁹ Dort Abschnitt IV. 3.

¹⁰⁰ *Gmür/Roth* (Rn. 12), Rn. 493.

¹⁰¹ Vgl. hierzu und zu der gleichzeitig anzutreffenden „scharfe[n] Abkehr von der Diktatur“: *Wehler*, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, Bd. 5, 2008, S. 20; vgl. auch zur Strafverfolgung: *T. Vormbaum* (Fn. 19), S. 220 f.

Bundesrepublik fortsetzen konnten.¹⁰² Erst nach und nach kam es zu systematischen Bemühungen um eine Aufarbeitung. So wurde etwa 1958 die sog. *Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen* in Ludwigsburg gegründet.¹⁰³

Abgesehen von der oben angedeuteten Rückwirkungsproblematik stellte sich in rechtlicher Hinsicht auch das Problem der Verjährung. Der Umgang der jungen Bundesrepublik mit der Verjährungsfrage war in dieser Hinsicht durchaus ambivalent: Einerseits kam es zu – heftig umstrittenen – Verlängerungen von Verjährungsfristen und im Jahr 1979 sogar zu einer Aufhebung der bis dahin für Mord geltenden Verjährung.¹⁰⁴ Andererseits wurde 1968 eine gesetzliche Regelung eingeführt, die letztlich in zahlreichen Fällen der Teilnahme an nationalsozialistischen Verbrechen zu einem rückwirkenden Eintritt der Verjährung führte – bis heute ist nicht geklärt, ob der Eintritt dieser Rechtsfolge das Ergebnis eines Versehens oder einer bewussten Manipulation war.¹⁰⁵

b) Bundesdeutsche Rechtssetzung bis zur Wiedervereinigung

Im Jahr 1949 trat das *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* in Kraft,¹⁰⁶ durch dessen Art. 102 die Todesstrafe für abgeschafft erklärt wurde. Damit wurde eine Sanktionsart verboten, die zuvor jahrhundertlang üblich gewesen war. Die Abschaffung im Jahr 1949 erfolgte vor dem Hintergrund einer kollektiven Erinnerung an eine massenhafte und missbräuchliche Verwendung dieser Sanktionsart im Dritten Reich.¹⁰⁷ Allerdings darf bei der Erforschung der Motivlage für die Einführung von Art. 102 Grundgesetz auch nicht vernachlässigt werden, welche Personengruppe hierdurch besonders begünstigt wurde: Menschen, denen andernfalls wegen im Dritten Reich begangener Straftaten die Todesstrafe gedroht hätte.¹⁰⁸

Das Reichsstrafgesetzbuch galt auch nach der Gründung der Bundesrepublik weiter. Spätestens ab seiner Neubekanntmachung im Jahr 1953 trug es den offiziellen Namen „Strafgesetzbuch“.¹⁰⁹ Dieses Gesetz beinhaltete auch solche

Schutzprinzipien, deren StGB-Vorläufer im Dritten Reich ausgehöhlt worden waren.¹¹⁰ In den 1950er Jahren wurde die in der Weimarer Republik zum Erliegen gekommene Idee einer umfassenden Strafrechtsreform wieder aufgenommen.¹¹¹ Die Reformarbeiten erstreckten sich über viele Jahre und mündeten schließlich in verschiedene Gesetze, die in der Zeit ab 1969 verabschiedet wurden.¹¹² So wurde etwa das Sexualstrafrecht durch das 1973 erlassene *4. Strafrechtsreformgesetz*¹¹³ mit einer grundlegend neuen Schutzrichtung versehen: Maßgeblich sollte nicht mehr sein, ob das betreffende Verhalten unmoralisch ist,¹¹⁴ sondern nur noch, ob es sich um „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“¹¹⁵ handelt.

Auf die Terrorakte der 1970 gegründeten RAF (Rote Armee Fraktion) antwortete der westdeutsche Staat mit der Einführung eines Straftatbestandes der Bildung und Unterstützung einer terroristischen Vereinigung (§ 129a StGB)¹¹⁶ und mit verschiedenen strafprozessualen Maßnahmen. In zuletzt genannter Hinsicht ist zum Beispiel die 1977 eingeführte Möglichkeit zu nennen, unter bestimmten Bedingungen „jedwede Verbindung von Gefangenen untereinander und mit der Außenwelt einschließlich des schriftlichen und mündlichen Verkehrs mit dem Verteidiger zu unterbrechen“ (sog. Kontaktsperre gem. § 31 EGGVG).¹¹⁷ Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass der oben genannte Straftatbestand des § 129a StGB ein Beispiel für eine Vorfeldkriminalisierung bildet, die frühzeitig vor der eigentlichen Gewalttat bzw. der individuellen Rechtsgutsverletzung Anwendung findet. Bis heute greift der Strafgesetzgeber in den unterschiedlichsten Lebensbereichen auf dieses Mittel der Vorfeldkriminalisierung zurück. Ein jüngeres Beispiel hierfür bildet etwa der 2017 eingeführte Straftatbestand des § 315d StGB,¹¹⁸ durch welchen unter anderem die Teilnahme an einem verbotenen Autorennen unter Strafe gestellt wird.

¹⁰² Vgl. etwa zum Bundesministerium der Justiz: *Görtemaker/Safferling*, Die Akte Rosenberg, Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit, 2. Aufl. 2016, u.a. S. 451 ff.

¹⁰³ Siehe hierzu <https://zentrale-stelle-ludwigsburg.justiz-bw.de/pb/Lde/Startseite/Einrichtung/Gruendung+und+Zustaendigkeit> (4.1.2021).

¹⁰⁴ *Asholt*, Verjährung im Strafrecht, Zu den theoretischen, historischen und dogmatischen Grundlagen des Verhältnisses von Bestrafung und Zeit in §§ 78 ff. StGB, 2016, S. 51 ff., 56.

¹⁰⁵ Vgl. hierzu *Asholt* (Fn. 104), S. 56, 483 f., 485 (Fn. 80).

¹⁰⁶ BGBl. I 1949, S. 1 ff.

¹⁰⁷ Vgl. *Epping*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, 44. Ed., Stand: 15.8.2020, Art. 102 vor Rn. 1 (m.w.N.).

¹⁰⁸ Vgl. in diesem Zusammenhang: *Weinke*, Gewalt, Geschichte, Gerechtigkeit, Transnationale Debatten über deutsche Staatsverbrechen im 20. Jahrhundert, 2016, S. 179.

¹⁰⁹ BGBl. I 1953, S. 1083 ff.; offizielle Erwähnung findet der Name „Strafgesetzbuch [...] für das Deutsche Reich“ letzt-

malig im Kontrollratsgesetz Nr. 11 vom 30.1.1946 (Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland, S. 55).

¹¹⁰ Z.B. das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip in § 2 Abs. 1 StGB in der seit 1935 geltenden Fassung (BGBl. I 1953, S. 735 [737]).

¹¹¹ *Roxin/Greco* (Fn. 60), § 4 Rn. 16.

¹¹² Überblick bei *T. Vormbaum* (Fn. 19), S. 235 ff.

¹¹³ BGBl. I 1973, S. 1725.

¹¹⁴ Vgl. *Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor. §§ 174 ff. Rn. 1 (m.w.N.).

¹¹⁵ So die im 4. Strafrechtsreformgesetz (BGBl. I 1973, S. 1725 [1726]) enthaltene und auch heute geltende Überschrift des entsprechenden Abschnitts im StGB (§§ 174 ff. StGB).

¹¹⁶ BGBl. I 1976, S. 2181; vgl. *Kubiciel*, ZRP 2017, 57 (57).

¹¹⁷ BGBl. I 1977, S. 1877; vgl. *Mayer*, in: *Hannich* (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 8. Aufl. 2019, EGGVG § 31 Rn. 2 ff.

¹¹⁸ BGBl. I 2017, S. 3532.

c) Deutsche Demokratische Republik

Auch in der DDR galt das Reichsstrafgesetzbuch zunächst weiter.¹¹⁹ An seine Stelle trat im Jahr 1968 jedoch ein *Strafgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik*,¹²⁰ in dessen Präambel unter anderem auf den Schutz gegen Feinde abgestellt wurde.¹²¹ Die Strafverfolgung wurde nicht nur durch – mitunter zentral angeleitete¹²² – Polizei, Staatsanwaltschaften und Gerichte betrieben, sondern auch durch das Ministerium für Staatssicherheit.¹²³ Die Todesstrafe wurde in der DDR erst 1987 abgeschafft.¹²⁴ Neben der Strafgesetzgebungs- und Strafverfolgungstätigkeit der DDR sind an dieser Stelle auch solche Verhaltensweisen zu nennen, die im Auftrag bzw. mit Billigung des Regimes stattfanden und die ihrerseits möglicherweise strafbar sind: Die Rede ist etwa von Wahlfälschungen, Sportdoping, Denunziationen und Schusswaffeneinsätzen an der innerdeutschen Grenze.¹²⁵

6. Jüngere Entwicklungen

Die Wiedervereinigung¹²⁶ der beiden deutschen Staaten im Jahr 1990 bedingte in vielfacher Weise rechtliche Herausforderungen und Fragestellungen. So stand etwa die bundesdeutsche Strafjustiz vor der Aufgabe, über die oben angesprochenen Taten zu urteilen, die vor der Wiedervereinigung im Auftrag bzw. mit Billigung des DDR-Regimes begangen worden waren.¹²⁷ Soweit derartige Handlungen innerhalb der DDR nicht geahndet worden waren, hätte eine nach der Wiedervereinigung erfolgte Bestrafung faktisch rückwirkenden Charakter gehabt – ein rechtliches Problem, das sich in der deutschen Geschichte in ähnlicher Weise bereits beim Umgang mit der NS-Vergangenheit gestellt hatte und auf das im zweiten Teil¹²⁸ dieses Beitrags noch zurückzukommen sein wird.

Auf globaler Ebene hatte der Fall des Eisernen Vorhangs Auswirkungen auf die Entwicklung des Völkerstrafrechts – also solcher Sanktionsregelungen, deren Grundlage im internationalen Recht liegt.¹²⁹ In diesem Bereich waren die zwischenstaatlichen Bemühungen während des Kalten Kriegs im

Wesentlichen zum Erliegen gekommen.¹³⁰ Nach dessen Ende und der damit verbundenen Auflösung der Pattsituation im UN-Sicherheitsrat¹³¹ wurde eine gemeinsame völkerstrafrechtliche Politik der ehemaligen Westmächte und Ostmächte möglich. Bereits in den Jahren 1993 und 1994 führte dies dazu, dass der UN-Sicherheitsrat die Einrichtung von zwei internationalen ad-hoc-Strafgerichtshöfen (also Tribunalen mit zeitlich und räumlich begrenztem Auftrag¹³²) beschloss.¹³³ Einige Jahre später wurde sogar mit dem Internationalen Strafgerichtshof ein dauerhafter Spruchkörper zur Verfolgung völkerrechtlicher Verbrechen geschaffen.¹³⁴ Er ist seit dem Jahr 2003 tätig und hat seinen Sitz in Den Haag (Niederlande). Der Gerichtshof wird grundsätzlich nur dann aktiv, wenn die entsprechenden Delikte nicht von Staaten verfolgt werden.¹³⁵ Vor diesem Hintergrund wurde 2002 mit dem *Völkerstrafgesetzbuch*¹³⁶ in Deutschland ein Gesetz eingeführt, durch das völkerstrafrechtliche Delikte (wie z.B. Kriegsverbrechen) innerstaatlich geahndet werden können.¹³⁷ Weltweit bleiben bis heute aber einige prominente Staaten dem Statut des Internationalen Strafgerichtshofs fern.¹³⁸

Die in den USA verübten Terroranschläge vom 11.9.2001 bildeten in vielerlei Hinsicht eine Zäsur, so auch im Strafrecht. In Deutschland wurden in der Folgezeit zur Terrorismusabwehr Straftatbestände eingeführt bzw. erweitert¹³⁹ – eine Entwicklung, die mitunter auch in Umsetzung europäischer und internationaler Rechtsvorgaben erfolgte.¹⁴⁰ Darüber hi-

¹¹⁹ Wirth/Kroll, Morduntersuchung in der DDR, 2014, S. 17.

¹²⁰ GBl. der DDR 1968 I, Nr. 1; vgl. hierzu M. Vormbaum, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Fn. 8), § 10 Rn. 3.

¹²¹ Vgl. in diesem Kontext auch Marxen, in: Grundmann u.a. (Hrsg.), Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, 2010, S. 1201 (1203).

¹²² Vgl. zum Ausmaß und zu den Details der Justizsteuerung: M. Vormbaum (Fn. 120), Rn. 67 ff.

¹²³ M. Vormbaum (Fn. 120), Rn. 73 ff.

¹²⁴ Rüping/Jerouschek (Fn. 51), Rn. 336.

¹²⁵ Überblick bei Marxen/Werle, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht, Eine Bilanz, 1999, S. 8 ff., 66 ff., 102 ff.

¹²⁶ In Form des Beitritts der DDR (Weber, in: Weber [Hrsg.], Creifelds kompakt, Rechtswörterbuch, 2. Ed., 2020).

¹²⁷ Siehe zur Frage des jeweils anwendbaren Strafrechts: Marxen/Werle (Fn. 125), S. 3 ff.

¹²⁸ Dort Abschnitt IV. 3.

¹²⁹ Ambos, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 5 Rn. 1.

¹³⁰ Sieht man einmal ab von einzelnen Themenbereichen, die während des Kalten Kriegs zum Gegenstand völkerrechtlicher Verträge wurden (vgl. hierzu Ahlbrecht, Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit, 1999, S. 124).

¹³¹ Vgl. Werle/Jeßberger, JZ 2002, 725 (726).

¹³² Vgl. hierzu Roggemann, Die Internationalen Strafgerichtshöfe, 1998, S. 212.

¹³³ Resolution Nr. 827 des UN-Sicherheitsrats vom 25.5.1993 über die Einrichtung des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien (abrufbar unter:

https://www.un.org/Depts/german/sr/sr_93/sr827.html

[4.1.2021]) und Resolution Nr. 955 des UN-Sicherheitsrats vom 8.11.1994 über die Einrichtung des Internationalen Strafgerichtshofs für Ruanda

(https://www.un.org/Depts/german/sr/sr_94/sr955.pdf

[4.1.2021]); vgl. Safferling, JA 2000, 164 (164 ff.); Schabas, Introduction to the ICC, 2004, S. 10 ff.

¹³⁴ Vgl. Zimmermann, GYIL 45 (2002), 35 f.

¹³⁵ Vgl. zu diesem sog. Grundsatz der Komplementarität Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 312 ff.

¹³⁶ BGBl. I 2002, S. 2254 ff.

¹³⁷ Vgl. hierzu auch Kuhli, Das Völkerstrafgesetzbuch und das Verbot der Strafbegründung durch Gewohnheitsrecht, 2010, S. 37 ff.

¹³⁸ Vgl. im Detail hierzu Werle/Jeßberger (Fn. 135), Rn. 74 ff.

¹³⁹ Zu nennen ist an dieser Stelle etwa der 2009 (BGBl. I 2009, S. 2437) eingeführte Straftatbestand der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (§ 89a StGB).

¹⁴⁰ Vgl. etwa zu den internationalen Vorgaben im Kontext von § 89a StGB: Schäfer, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Mün-

naus gewann in der deutschen Strafrechtswissenschaft eine Debatte um ein sog. Feindstrafrecht neue Bedeutung, das Sonderregeln für bestimmte „Feinde“ impliziere bzw. implizieren solle;¹⁴¹ jedoch wird die Zulässigkeit eines solchen Sonderrechts in einem Rechtsstaat heute überwiegend bestritten.¹⁴² Auch die zunehmende Digitalisierung der Gesellschaft hat Auswirkungen auf das Strafrecht und die Strafrechtswissenschaft: So werden in der jüngsten Zeit die Zulässigkeitsgrenzen internetbasierter Ermittlungsmethoden ebenso diskutiert¹⁴³ wie die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit beim Einsatz von Robotern.¹⁴⁴

(Der Beitrag wird fortgesetzt.)

chener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 89a Rn. 12.

¹⁴¹ Ausgangspunkt dieser Debatte: *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 ff.; neuere Texte des eben genannten Autors: *ders.*, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.), Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Rückbesinnung und Ausblick, 2000, S. 47 (53); *ders.*, HRRS 2004, 88 (92).

¹⁴² Überblick zu dieser Debatte: *Kuhli*, ZRph 2013, 97 (98 ff.).

¹⁴³ Vgl. etwa *Schlegel*, Normative Grenzen für internetbasierte Ermittlungsmethoden, Zugleich ein Beitrag zur Technikoffenheit strafprozessualer Ermächtigungsgrundlagen, 2019.

¹⁴⁴ Vgl. etwa *Hilgendorf*, ZStW 130 (2018), 674; *Kuhli*, in: Bublitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, 2020, S. 887.

Der Dritte in Notwehrkonstellationen

Zur Bestimmung der Grenzen des § 32 StGB

Von Stud. iur. **Merle Hamm**, Bremen

„Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“.¹ Dieser viel zitierte Satz von Albert Berner scheint auf den ersten Blick eindeutig: Der Angegriffene, der auf der Seite des Rechts steht, darf sich in Notwehr gegen den Angreifer, der auf der Seite des Unrechts steht, verteidigen. Hierbei muss er nicht ausweichen² oder den Angriff in defensiver Schutzwehr³ parieren, sondern darf aktive Trutzwehr⁴ leisten. Probleme ergeben sich, sobald Recht und Unrecht den beteiligten Personen nicht mehr so deutlich zuzuordnen sind. Dazu kommt es insbesondere, wenn unbeteiligte Dritte so in das Geschehen verwickelt werden, dass sich die Abwehr auch gegen ihre Rechtsgüter richtet. Dann stellt sich die Frage, ob Notwehr nur die Verteidigung dem Angreifer oder auch die dem Unbeteiligten gegenüber rechtfertigt. Um diese Frage zu beantworten, beschäftigt sich dieser Beitrag zunächst mit den Begründungsmodellen der Notwehr, um das Ausmaß derselben zu erkennen. Das Augenmerk liegt darauf herauszufinden, warum das Notwehrrecht derart weite Eingriffsbefugnisse verleiht und welche Bedeutung das Aufeinandertreffen von Recht und Unrecht hierbei hat. Mithilfe dessen lässt sich eine Tendenz erkennen, ob die Notwehr erweiternd oder restriktiv anzuwenden ist. Im Anschluss daran liegt der Schwerpunkt der Abhandlung auf der Notwehr gegen Unbeteiligte. Um zu erkennen, ob und, wenn ja, in welchen Fällen sich die Notwehr auf Unbeteiligte erstreckt, muss zunächst abstrakt analysiert werden, ob natürliche Handlungen teilbar sind. Verbote nämlich die sogenannte Einheit der Rechtsordnung diese Teilung, wäre eine nach Betroffenen differenzierende Bewertung der Notwehrhandlung überhaupt nicht möglich – durch Notwehr wäre stets entweder die gesamte Handlung, inklusive der Verletzung des Dritten, gerechtfertigt oder die gesamte Handlung, auch dem Angreifer gegenüber, bliebe strafbar. Hierzu wird untersucht, ob die Etikettierungen „rechtmäßig“ und „rechtswidrig“ absolut gelten oder ob Recht und Unrecht teilbar sind. Im zweiten Schritt sind diese Ergebnisse auf die Notwehrsituation anzuwenden. Mithilfe der methodischen Auslegung wird der § 32 StGB daraufhin untersucht, ob er eine Drittwirkung, also die Rechtfertigung der Rechtsgutsverletzung, die nicht beim Angreifer, sondern beim Unbeteiligten entsteht, vorsieht. Von dem daraus gewonnenen Grundsatz werden daraufhin Ausnahmen diskutiert. Letztendlich muss geprüft werden, welche Konsequenzen sich aus der angenommenen oder abgelehnten Drittwirkung der Notwehr für das Notwehrrecht des Dritten gegen den Angegriffenen ergeben.

¹ Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Aufl. 1898, § 58 Rn. 107.

² BGH NJW 2013, 2133 (2135).

³ Momsen/Savic, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2018, § 32 Rn. 25.

⁴ BayObLG NJW 1963, 824 (825).

I. Notwehrbegründungen

Um die Reichweite der Notwehr gemäß § 32 StGB zu bestimmen, muss untersucht werden, aus welchen Gründen die Notwehr existiert und warum sie so „schneidig“⁵ ausgestaltet ist. Die Besonderheiten des Notwehrrechts sind, dass es keiner Interessenabwägung zwischen angegriffenem und verteidigtem Rechtsgut bedarf und aktive Gegenwehr auch dann gerechtfertigt wird, wenn vorher kein Ausweichen versucht wurde.⁶ Diese weiten Eingriffsbefugnisse bedürfen besonderer Legitimation. Zu diesem Zweck wurden verschiedene Begründungsmodelle entworfen, die sich in drei Gruppen einteilen lassen. Das Verständnis dieser Modelle hilft dabei, eine Tendenz zu erkennen, wie weit die Notwehr reichen kann, ohne dass sie den Prinzipien, auf denen sie aufbaut, widerspricht.

1. Individualistische Begründung

Vertreter der individualistischen Begründung⁷ sehen den Grund für das Notwehrrecht allein im natürlichen Interesse des Einzelnen auf Selbstverteidigung und Selbsterhaltung.⁸ Die Herleitung differiert jedoch stark, weswegen an dieser Stelle nur die überzeugendsten Ansätze Erwähnung finden. Einer sieht in der Notwehr eine Ausnahme vom Gewaltmonopol des Staates. Während grundsätzlich die Selbstverteidigung im modernen Staat auf ein Minimum reduziert sei,⁹ stelle die Notwehr einen Sonderfall dar.¹⁰ Der Staat habe im Gegenzug zum Verzicht der Bürger auf Selbsthilfe die Pflicht, für Recht zu sorgen und dadurch seine Bürger zu schützen. Im Falle eines tätlichen Angriffs habe der Staat die ihm obliegende Schutzpflicht für die Rechtsgüter seiner Bürger offensichtlich nicht erfüllt. Folgerichtig wird eine Ausnahme vom Gewaltmonopol des Staates gemacht; der Angegriffene darf sich selbst verteidigen.¹¹ Ansonsten würde der Angreifer dafür belohnt, in Situationen, in denen obrigkeitliche Hilfe nicht zu erwarten ist, tötlich zu werden. Er hätte dann weder staatliche noch gerechtfertigte private Gegenwehr zu erwarten. Dieser Begründung ist entgegenzuhalten, dass die Naturgegebenheit der Notwehr dessen Schneidigkeit¹² nicht zu begründen vermag: Erstens kann die von § 32 Abs. 2 StGB vorgesehene Nothilfe („einem anderen“), bei der keine Selbstverteidigung stattfindet, nicht erklärt wer-

⁵ Rosenau, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2018, § 32 Rn. 2.

⁶ Hohn/Rönnau, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, § 32 Rn. 1.

⁷ Frister, GA 1988, 291 (299 ff.).

⁸ Kargl, ZStW 110 (1998), 38 (40).

⁹ Burr, JR 1996, 230.

¹⁰ Koch, ZStW 122 (2010), 804 (814, 816).

¹¹ Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2016, vor §§ 32 ff. Rn. 25.

¹² Rosenau (Fn. 5), § 32 Rn. 2.

den.¹³ Zweitens macht das Prinzip der Selbstverteidigung nicht deutlich, warum im Extremfall selbst die Tötung eines Menschen zur Verteidigung bloßer Sachwerte gerechtfertigt ist und der Angreifer seine Tötung dulden muss, ihm also kein Selbstverteidigungsrecht mehr zusteht.¹⁴ Ihm dieses Recht abzusprechen, ist Folge des Gedankens, das Unrecht dürfe sich nicht gegen das Recht durchsetzen. Der oben genannte Gedanke der Verwirkung der Verteidigung kann also erst in Kombination mit dem überindividuellen Prinzip, welches auf diesem Gedanken der Durchsetzung von Recht gegenüber Unrecht beruht, zum Tragen kommen. Drittens kann eine wirksame Selbstverteidigung in vielen Fällen auf effektivste und risikoärmste Weise durch Ausweichen erfolgen, welches die Notwehr aber gerade nicht fordert.¹⁵ Das fehlende Erfordernis des Ausweichens wird zum Teil damit erklärt, dass in jedem Angriff eine Bedrohung der Handlungsfreiheit des Angegriffenen liege.¹⁶ Ein Angriff auf die Handlungsfreiheit würde durch eine Flucht nicht gebrochen, vielmehr hätte der Angegriffene sich dem Willen des Angreifers gebeugt.¹⁷ Deshalb müsse dem Angegriffenen direkt die wehrhafte Verteidigung zustehen. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Handlungsfreiheit auch in Situationen betroffen sein kann, in denen andere Notrechte, insbesondere der Notstand nach § 34 StGB, einschlägig sind;¹⁸ bei diesen ist ein Ausweichen jedoch erforderlich.¹⁹ Auch einem weiteren Ansatz, dem Angegriffenen ein derart weites Abwehrrecht zu gestatten, weil davon ausgegangen wird, der Angegriffene befinde sich regelmäßig in einer Situation, in der er sich unter normalen Umständen nicht befände und sei deshalb bedrängt und überfordert,²⁰ ist zu widersprechen. Sie verkennt Fälle der Absichtsprovokation, in denen der Angegriffene nicht bedrängt wird, sondern die Notwehrlage sogar durch sein eigenes Verhalten herbeigeführt hat.²¹ Zwar wird die Notwehr in diesen Fällen unter bestimmten Umständen verneint, es bleibt jedoch ein Anwendungsbereich, in dem Notwehr trotz vorheriger Provokation geboten ist.²² Rein individualistisch kann die Notwehr nicht begründet werden.

2. Überindividualistische Begründung

Nach dem gegensätzlichen Modell, der überindividualistischen Begründung, beruht das Notwehrkonzept allein auf dem Gedanken der sogenannten Rechtsbewahrung.²³ Unter diesem Begriff versteht man die Durchsetzung des Rechts gegenüber dem Unrecht. Um dieses Prinzip zu verstehen, muss die Not-

wehr im Verhältnis zu anderen Notrechten betrachtet werden. Der Notstand, der in verschiedenen Ausprägungen in §§ 34, 35 StGB und §§ 228, 904 BGB geregelt ist, bietet aufgrund seiner ähnlichen Funktion einen sinnvollen Vergleichswert. Beide Notrechte erlauben eine Verletzung von Rechtsgütern zur Erhaltung von anderen Rechtsgütern und beruhen auf dem Prinzip des überwiegenden Interesses.²⁴ Während beim Notstand ausschließlich Rechtsgüter kollidieren, die mithilfe einer Güterabwägung ausgeglichen werden,²⁵ stehen sich bei der Notwehr zudem Recht und Unrecht gegenüber, da ein rechtswidriger Angriff auf einen Rechtstreuen vorliegt.²⁶ Unabhängig vom Gewicht der Rechtsgüter des Angegriffenen und des Angreifers überwiege per se das Recht.²⁷ Deshalb dürfe der Angegriffene das Rechtssystem durch Abwehr des unrechten Angriffs wiederherstellen,²⁸ ohne dabei eine verhältnismäßige Gegenwehr wählen zu müssen,²⁹ denn „das Recht brauche dem Unrecht nicht zu weichen“.³⁰ Es sei unerträglich, wenn das Recht durch den Angegriffenen verteidigt werden könnte, dies aber aus Abwägungsgründen verboten wäre und sich auf diese Weise das Unrecht durchsetzen würde.³¹ Das käme einer Selbstaufgabe des Rechts gleich.³² Stattdessen solle die Notwehr das Recht gegenüber dem Unrecht durchsetzen, indem durch rechtmäßige Verteidigung der rechtswidrige Angriff beendet und so die Rechtsordnung gewahrt werde. Auf diese Weise behaupte das Recht sich selbst.³³ Einerseits werde so im Sinne positiver Generalprävention das Rechtssystem gestärkt, weil die Rechtstreue der Bürger stabilisiert werde; andererseits diene die Notwehr im Sinne negativer Generalprävention als Abschreckung vor unrechtem Handeln, da mit Gegenwehr auf eigene Rechtsgüter zu rechnen sei.³⁴ Trotz richtiger Ansätze begegnen auch diesem Modell vielfältige Schwierigkeiten: Die Überindividualisten sehen die Selbstverteidigung des Angegriffenen lediglich als Mittel zum Zweck der Rechtsbewahrung.³⁵ Entgegen der individualistischen Begründung sei die Selbstverteidigung also nicht notwehrbegründend, sondern lediglich reflexartige Nebenfolge der Rechtsbewahrung. Diese Ansicht verkennt den Gedanken der Naturgegebenheit der Selbstverteidigung. Dieser darf aber nicht außer Acht gelassen werden. Ginge es allein um die Verteidigung des Rechts, würden bereits abstrakte Gefahren, auch solche für Rechtsgüter der Allgemein-

¹³ Kargl, ZStW 110 (1998), 38 (44).

¹⁴ Schmidhäuser, GA 1991, 97 (104 ff.).

¹⁵ BGH NJW 2013, 2133 (2135).

¹⁶ Wagner, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, 1984, S. 31 f.

¹⁷ Hohn/Rönnau (Fn. 6), § 32 Rn. 68.

¹⁸ Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S. 119.

¹⁹ Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 34 Rn. 20.

²⁰ Wagner (Fn. 16), S. 29 ff.

²¹ Renzikowski (Fn. 18), S. 121.

²² Perron/Eisele (Fn. 19), § 32 Rn. 57.

²³ Schmidhäuser, GA 1991, 97 (101).

²⁴ Hoyer (Fn. 11), vor §§ 32 ff. Rn. 27.

²⁵ Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 19), vor §§ 32 ff. Rn. 6.

²⁶ Sternberg-Lieben, JA 1996, 129 (130).

²⁷ Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 32 Rn. 12.

²⁸ Kargl, ZStW 110 (1998), 38 (39).

²⁹ Erb, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 2.

³⁰ Berner (Fn. 1), § 58 Rn. 107.

³¹ Schmidhäuser, GA 1991, 97 (121).

³² Renzikowski (Fn. 18), S. 80.

³³ Roxin, ZStW 93 (1981), 68 (70, 74).

³⁴ Frister, GA 1988, 291 (295 f.).

³⁵ Erb (Fn. 29), § 32 Rn. 13.

heit, ausreichen, um sich auf Notwehr zu berufen.³⁶ Vertreter der überindividualistischen Begründung können mithin nicht erklären, warum § 32 StGB zur Begründung einer Notwehrlage einen Angriff auf ein individuelles Rechtsgut fordert.³⁷ Die Notwehr ist akzessorisch; es bedarf immer einer Selbstverteidigung oder Verteidigung eines Dritten im Sinne der Nothilfe, damit das Rechtsbewährungsprinzip überhaupt zum Tragen kommt.³⁸ In Erklärungsnot geraten Vertreter der überindividualistischen Begründung auch bei der strikten Anwendung des Grundsatzes, dass das Recht über dem Unrecht steht. Ginge man davon aus, dass das Recht per se das Unrecht besiegt, bedürfte es bei Angriffen auf die Rechtsordnung niemals einer Abwägung; der Angriff als Unrecht unterläge stets. Dies liefe jedoch dem Strafprozessrecht und dem gesamten Polizeirecht zuwider, in dem der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit seine Ursprünge hat³⁹ und flächendeckend Anwendung findet. Auch das überindividualistische Modell ist abzulehnen.

3. Dualistische Begründung

Die dualistische Begründung vereint die monistischen Ansätze. Während die individualrechtliche Wurzel im Schutz der Rechtsgüter des Angegriffenen liegt, bildet die Bewährung der Rechtsordnung die sozialrechtliche Wurzel der Notwehr.⁴⁰ Durch die Verbindung können die Probleme, die die monistischen Begründungen bereiten, gelöst werden: Die Schwierigkeiten der individualistischen Begründung liegen darin, dass das Konzept der Nothilfe, die fehlende Ausweichobliegenheit und der Verzicht auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht erklärbar sind. Alle drei Probleme können durch einen Rückgriff auf den Gedanken der Rechtsbewährung gelöst werden. Soll das Recht als solches gewahrt werden, ist nicht von Relevanz, welches Individuum angegriffen wird; das Recht kann ebenso erhalten werden, indem ein Nothelfer den Angriff abwehrt. Dass man einem wehrhaften Verteidigung nicht ausweichen muss, erklärt sich dadurch, dass ein Ausweichen den Angriff zwar für den Moment beenden, aber zugleich eine gewisse Hinnahme ausdrücken würde.⁴¹ Eine solche Hinnahme kann das Recht nicht wiederherstellen; es würde sich dem Unrecht fügen.⁴² Der Verzicht auf die Güterabwägung ist Folge des Grundsatzes, dass das Recht das Unrecht überwiegt, die einzelnen Rechtsgüter mithin nicht abgewogen werden. Auch die Probleme der überindividualistischen Begründung werden gelöst. Das Prinzip der naturgegebenen Verteidigung zur Selbsterhaltung erklärt, warum es eines Angriffs auf ein Individuum bedarf, um eine Notwehrlage annehmen zu können. Außerdem verdeutlicht es, warum ein Privater zur Wahrung seiner Interessen nicht in demselben Maße Rücksicht auf die Interessen seines Gegenübers nehmen muss wie der Staat im Zuge polizeilicher Ge-

fahrenabwehr.⁴³ Die Theorien ergänzen sich folglich wechselseitig. Erst durch die Verbindung der monistischen Theorien lässt sich die Schneidigkeit der Notwehr erklären. Die Notwehr ist sowohl Mittel zur Selbstverteidigung als auch zur Rechtsbewährung. Erst wenn diese beiden Komponenten einer Verteidigungshandlung erfüllt sind, kann diese durch Notwehr gerechtfertigt sein.

II. Der Dritte in Notwehrkonstellationen

Der Dritte kann im Rahmen der Notwehr in zwei Konstellationen auftreten. Entweder nimmt er die Verteidigungshandlung gegen den Angreifer zugunsten des Angegriffenen vor oder die Verteidigung des Angegriffenen richtet sich gegen ihn. Hier soll der zweite Fall, die Notwehr gegen Unbeteiligte, behandelt werden. In Frage kommt zunächst, dass der Angegriffene fahrlässig Rechtsgüter Dritter verletzt, zum Beispiel, indem er mit seiner Verteidigungswaffe den Angreifer verfehlt und versehentlich einen Dritten trifft.⁴⁴ Zudem kann er dies zur wirksamen Verteidigung vorsätzlich tun, insbesondere, indem er Gegenstände Dritter als Verteidigungswaffen nutzt und deren Zerstörung dabei billigend in Kauf nimmt.⁴⁵ Ein weiteres Beispiel, welches mit weitaus gravierenderen Folgen einhergeht, ist der Fall, dass der Angegriffene auf den Angreifer schießt, obwohl dieser einen Dritten als lebenden Schutzschild vor sich gezogen hat.⁴⁶ Außerdem kommen Fälle in Betracht, in denen zwar der Angriff abgewehrt wird, zugleich jedoch Rechtsgüter Dritter beeinträchtigt werden. Eine solche Streuwirkung⁴⁷ entsteht zum Beispiel beim Einsatz von Reizgas in Menschenmengen. Diese Fälle verdeutlichen die Relevanz der Frage, ob die mit der Verteidigung einhergehende Verletzung der Rechtsgüter eines Dritten noch von der Notwehr erfasst ist oder ob sich der Angegriffene zwar im Hinblick auf die Verletzung des Angreifers, nicht aber hinsichtlich derer des Dritten auf Notwehr berufen darf.

1. Einheit der Rechtsordnung

In einem ersten Schritt ist zur Beantwortung dieser Frage zu untersuchen, ob natürliche Handlungen generell einheitlich beurteilt werden müssen oder gleichzeitig rechtmäßig und rechtswidrig sein können. Nur im letztgenannten Fall wäre es überhaupt möglich, die Verletzung der Rechtsgüter des Angreifers gemäß § 32 StGB zu rechtfertigen und gleichzeitig die Notwehr gegenüber dem Dritten abzulehnen. Vertreter der Ansicht,⁴⁸ dass die Notwehr die Verletzung aller, also auch die des Dritten rechtfertigt, begründen dies damit, dass eine Handlung, die dem Angreifer gegenüber rechtmäßig ist,

³⁶ Hohn/Rönnau (Fn. 6), § 32 Rn. 67.

³⁷ Kühl, JuS 1993, 177 (180).

³⁸ Kuhlen, GA 2008, 282 (298).

³⁹ Erb (Fn. 29), § 32 Rn. 16.

⁴⁰ BGHSt 48, 207 (212).

⁴¹ BGH NJW 2013, 2133 (2135 f.).

⁴² Brüning, ZJS 2013, 511 (515 f.).

⁴³ Frister, GA 1988, 291 (302).

⁴⁴ RGSt 58, 27.

⁴⁵ RGSt 23, 116 (117).

⁴⁶ BGH NJW 1994, 871.

⁴⁷ Geilen, Jura 1981, 256 (258).

⁴⁸ Nachweise aus dem älteren Schrifttum Spendel, in: Jähnke (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 3. Lfg., 11. Aufl. 1992, § 32 Rn. 204, zitiert nach: Erb (Fn. 29), § 32 Rn. 122.

dem Dritten gegenüber nicht rechtswidrig sein dürfe; eine solche Spaltung der Rechtswidrigkeit sei unzulässig.⁴⁹ Vielmehr müsse die Rechtswidrigkeit einheitlich bewertet werden und für die gesamte Rechtsordnung gelten.⁵⁰ Diese Pflicht zur einheitlichen Beurteilung folge aus der sogenannten Einheit der Rechtsordnung.⁵¹ Anders als die Bezeichnung vermuten lässt, handelt es sich bei der Einheit der Rechtsordnung nicht um ein aus der Natur der Sache entstandenes Prinzip, sondern um einen Appell an die drei Gewalten, diese Einheit herzustellen.⁵² So soll erreicht werden, dass das Rechtssystem sich selbst nicht widerspricht.⁵³ Passender ist somit die Bezeichnung als Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung.⁵⁴ Meist wird die Frage behandelt, wie eine solche Widerspruchsfreiheit im Verhältnis der Rechtsgebiete untereinander herzustellen ist.⁵⁵ Im Fall der Notwehr gegen Dritte wird der Widerspruch allerdings bereits im Binnenbereich des Strafrechts virulent.⁵⁶ Die Verteidigungshandlung ist gegenüber dem Angreifer nicht nur nicht verboten, sondern erfüllt sogar die weitergehende Funktion, das Recht zu wahren; dem Angegriffenen wird mithin eine starke Befugnis zum Eingriff in Rechtsgüter des Angreifers erteilt.⁵⁷ Wäre dieselbe Handlung gegenüber dem Dritten verboten, läge in der gleichzeitigen Erlaubnis und Sanktionierung ein und derselben Handlung eine Differenzierung, die aufgrund der Einheit der Rechtsordnung zu vermeiden sei.⁵⁸ Dies folge auch aus dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot.⁵⁹ Gebote und Verbote müssten unmissverständlich⁶⁰ formuliert sein, sodass der Bürger erkennen könne, welches Verhalten gewünscht sei und welches bestraft werde.⁶¹ Der Bürger müsse darauf vertrauen können, dass die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit logisch, widerspruchsfrei und schlüssig sei, ein von ihm gefordertes Verhalten ihm also nicht gleichzeitig angelastet werden könne.⁶² Infolgedessen könne eine durch Notwehr gerechtfertigte Handlung nur einheitlich als rechtmäßig gelten, Notwehr gegen unbeteiligte Dritte sei aufgrund der durchschlagenden Wirkung der Rechtmäßigkeit gegenüber dem Angreifer ebenfalls rechtmäßig. Jedoch ist die Einheit der Rechtsordnung anders zu verstehen. Es existiert kein einheitliches Strafrechtswidrigkeitsurteil, welches alle aus einer natürlichen Handlung resultierenden Straftatbestände, hier die Delikte zulasten des

Angreifers und zulasten des Dritten, gleich bewertet. Stattdessen ist die Rechtswidrigkeit für jedes Delikt eigenständig zu prüfen.⁶³ Das Gleiche gilt für Rechtfertigungsgründe: Sie rechtfertigen nicht die Handlung selbst oder alle an sie anknüpfenden Straftatbestände, sondern nur das einzelne, dadurch verwirklichte Delikt.⁶⁴ Eine Handlung kann dementsprechend durchaus rechtswidrig und rechtmäßig zugleich sein,⁶⁵ das Rechtswidrigkeitsurteil bezieht sich lediglich auf den konkreten Straftatbestand. Kommt es hinsichtlich der unterschiedlichen Personen zu verschiedenen Ergebnissen, liegt eine sogenannte Rechtskonkurrenz vor: Dieselbe Handlung wird unterschiedlich, nämlich rechtswidrig in Bezug auf die Verletzung des Dritten und rechtmäßig angesichts der Verteidigung gegen den Angreifer, bewertet.⁶⁶ Diese relative Wirkung⁶⁷ der Rechtfertigungsgründe ist geboten, um eine sachgerechte Bewertung der Strafbarkeit vorzunehmen.⁶⁸ Übertrüge man die Rechtfertigung, die die Strafbarkeit der Verteidigung gegenüber dem Angreifer ausschließt, auf die Verletzung des Dritten, würde man den Dritten benachteiligen, weil er die weiten Eingriffsbefugnisse der Notwehr ertragen müsste, ohne sich dagegen zur Wehr setzen zu können. Dies bezweckt der Gedanke der Einheit der Rechtswidrigkeit nicht. Erstrebenswert ist eine in sich schlüssige Rechtsordnung, in der konkrete Delikte unter differenzierender Betrachtung auf ihre Rechtswidrigkeit untersucht werden. Die Einheit der Rechtsordnung wird dadurch nicht verletzt. Grundsätzlich ist es möglich, relative Rechtmäßigkeit der Verteidigung gegenüber dem Angreifer neben relativer Rechtswidrigkeit der Handlung gegenüber dem Dritten anzunehmen.

2. Drittwirkung der Notwehr

Ob eine solche Teilung des Rechtswidrigkeitsurteils bei der Notwehr im Mehrpersonenverhältnis stattfindet oder ob die Drittwirkung von § 32 StGB erfasst ist, sodass die gesamte Verteidigung rechtmäßig ist, ist in einem zweiten Schritt durch methodische Auslegung des § 32 StGB aufzuzeigen.

a) Wortlautauslegung

Betrachtet man den Wortlaut des § 32 Abs. 2 StGB, kann der Teil „Verteidigung, [...] um einen [...] Angriff [...] abzuwenden“ Aufschluss über die Wirkung der Notwehr gegenüber Dritten geben.⁶⁹ Auf den ersten Blick könnte man in Erwägung ziehen, im Mehrpersonenverhältnis bereits einen Angriff zu verneinen. Als Angriff bezeichnet man die „Bedrohung rechtlich geschützter Interessen durch einen Menschen.“⁷⁰ Ein solcher liegt jedoch auch in Dreierkonstellatio-

⁴⁹ Hohn/Rönnau (Fn. 6), vor §§ 32 ff. Rn. 23.

⁵⁰ Bumke, Relative Rechtswidrigkeit, 2004, S. 37.

⁵¹ BVerfG NJW 1961, 355 (357).

⁵² Felix, Einheit der Rechtsordnung, 1998, S. 142.

⁵³ Kirchhof, Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung, 1978, S. 8.

⁵⁴ Felix (Fn. 52), S. 142 f.

⁵⁵ Beispielsweise Günther, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günther Spindel zum 70. Geburtstag, 1992, S. 189 (190 ff.).

⁵⁶ Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, 1983, S. 106.

⁵⁷ Renzikowski (Fn. 18), S. 127.

⁵⁸ Hohn/Rönnau (Fn. 6), vor §§ 32 ff. Rn. 21.

⁵⁹ Günther (Fn. 56), S. 94 f.

⁶⁰ BVerfGE 17, 306 (314).

⁶¹ Günther (Fn. 56), S. 95.

⁶² Kirchhof (Fn. 53), S. 9.

⁶³ Günther (Fn. 56), S. 106.

⁶⁴ Günther (Fn. 56), S. 107 f., 110.

⁶⁵ Günther (Fn. 56), S. 108.

⁶⁶ Widmaier, JuS 1970, 611 (613).

⁶⁷ Kirchhof (Fn. 53), S. 12.

⁶⁸ Hohn/Rönnau (Fn. 6), vor §§ 32 ff. Rn. 24.

⁶⁹ Kratzsch, Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht, 1968, S. 33.

⁷⁰ Hohn/Rönnau (Fn. 6), § 32 Rn. 77.

nen vor, da Rechtsgüter des Angegriffenen von einem Menschen bedroht werden. Dass dieser Mensch nicht der Dritte, sondern der Angreifer ist, ist an dieser Stelle nicht von Relevanz; ein Angriff liegt unabhängig von der Richtung vor, aus der er kommt. Dass der Dritte den Angriff nicht verursacht hat, lässt mithin nicht die Notwehrlage entfallen, kann aber Probleme im Rahmen der Notwehrhandlung bereiten. Der Wortlaut der „Verteidigung“, um den Angriff „abzuwenden“, ist nicht eindeutig. Während umgangssprachlich von Verteidigung gesprochen wird, wenn der Angreifer selbst abgewehrt wird, meint Verteidigung im Militärwesen das gesamte Wehrwesen,⁷¹ wird also weit ausgelegt. Ebenso differieren auch die Wortlautauslegungen des § 32 StGB. Zum Teil⁷² wird die Verteidigung schlicht als Abwehr des Angriffs verstanden. Die Verteidigung müsse primär darauf abzielen, den Angriff abzuwehren und dürfe nicht final darauf gerichtet sein, in Rechte Dritter einzugreifen. Solange der Angegriffene den Angriff abwehren und sich verteidigen wolle, sei er aber nicht darauf beschränkt, ausschließlich den Angreifer zu verletzen. Die Verteidigung könne Rechtsverletzungen Dritter, die als unvermeidbare Nebenfolge der Abwehr entstehen, inkludieren.⁷³ Diese Ansicht kann darauf gestützt werden, dass die Verteidigung erfolgen muss, um einen Angriff „abzuwenden“, der Wortlaut aber keine Pflicht enthält, zu diesem Zweck keine Rechte Dritter zu verletzen. Die Gegenansicht argumentiert, begrifflich könne sich eine Verteidigung nur gegen Rechtsgüter des Angreifers richten. Eine Verteidigung zeichne aus, ein Gegenangriff, ein „Zurückschlagen“⁷⁴ des ursprünglichen Angriffs zu sein, nicht aber einen neuen Angriff zu begründen. Auf diese Weise wird bereits in die Definition der Verteidigung neben der Abwehr des Angriffs auch die Zielrichtung der Verteidigung hineingelesen.⁷⁵ Begründet wird dies damit, dass die Verteidigung nur so der Rechtsverletzung entgegentreten könne.⁷⁶ Eine Handlung, welche im Extremfall die Interessen den Angreifers nicht einmal beeinträchtigt, aber einen Unbeteiligten verletzt, sei keine Verteidigung.⁷⁷ Die isolierte Wortlautauslegung liefert kein eindeutiges Ergebnis.

b) Systematische Auslegung

Um ihre Reichweite zu bestimmen, ist die Notwehr ins Verhältnis zu anderen Notrechten, insbesondere dem Notstand, zu setzen. Nach pluralistischen Theorien⁷⁸ folgen Notwehr und Notstand dem Prinzip des überwiegenden Interesses. Während bei der Notwehr Recht und Unrecht abgewogen werden, stehen sich beim Notstand Rechtsgüter Einzelner gegenüber, von denen sich das überwiegende durchsetzt. Das

den Notstand beherrschende Prinzip der Mindestsolidarität⁷⁹ verpflichtet Unbeteiligte, Eingriffe in ihre Rechtsgüter hinzunehmen, um höherwertige Rechtsgüter zu erhalten. Allerdings ist aufgrund der Eigenständigkeit des Individuums, die es ihm erlaubt, grundsätzlich mit seinen Gütern zu verfahren, wie es ihm beliebt, eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen, um den Notstand nicht ausufern zu lassen.⁸⁰ Wird ein Dritter beeinträchtigt, liegt ebendiese Situation vor, dass Rechtsgüter Unbeteiligter geopfert werden. Der Unbeteiligte hat daher ein Recht auf den Schutz, den ihm die Güterabwägung bietet. Es darf nicht einfach die Notwehr, die gegenüber dem Angreifer greift, auf den Dritten übertragen werden. Der Notstand ist in einem differenzierten System der Rechtfertigungsgründe für die Situation, dass Rechtsgüter Dritter betroffen sind, das passendere Notrecht. Insbesondere seit der positivrechtlichen Einführung des Notstandes im Jahre 1975⁸¹ ist der Rückgriff auf Notwehr in solchen Konstellationen nicht mehr erforderlich. Systematische Gründe sprechen für die Anwendung des Notstandes und gegen die Drittwirkung der Notwehr.

c) Historische Auslegung

Erkenntnisse über die Reichweite der Notwehr können aus einer Analyse der historischen Entwicklung des Notwehrrechts gewonnen werden. Die Geschichte der Notwehr reicht in das römische Recht zurück. Bereits die Digesten des Corpus Iuris Civilis statuierten den Grundsatz, Gewalt dürfe mit Gewalt abgewendet werden („*vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt*“⁸²).⁸³ Der Gedanke der gerechtfertigten Selbstverteidigung ist eine der ältesten Regeln im geordneten menschlichen Miteinander.⁸⁴ Auch im germanischen Recht reicht die Idee der Notwehr weit zurück. Jedoch war die Notwehr keinesfalls so ausgestaltet wie der heutige § 32 StGB. In der *Constitutio Criminalis Carolina* von 1532 rechtfertigte die Notwehr nur Angriffe zur Verteidigung von Leib und Leben.⁸⁵ Die Notwehr zur Verteidigung von Sachwerten ist erstmals 1794 im Preußischen Recht zu finden, allerdings mit den Einschränkungen, zunächst auszuweichen und nur im Verhältnis zum angegriffenen Rechtsgut zurückzuschlagen.⁸⁶ Revolutionär war der Verzicht auf eine Güterabwägung im Bayerischen Strafgesetzbuch von 1813, gleichwohl blieben zahlreiche Bedingungen wie die Un erreichbarkeit obrigkeitlicher Hilfe und der Vorrang der Schutzwehr.⁸⁷ Diese Beschränkungen fielen im Laufe des 19. Jahrhunderts weg und führten schließlich zu dem scharfen Notwehrrecht, welches mittlerweile in § 32 StGB geregelt ist. Obwohl es sich somit um eines der ältesten Notrechte han-

⁷¹ Widmaier, JuS 1970, 611 (612).

⁷² Fahl, JA 2016, 805 (806).

⁷³ Koch, ZStW 122 (2010), 804 (805).

⁷⁴ Widmaier, JuS 1970, 611 (612).

⁷⁵ Geilen, Jura 1981, 256 (258).

⁷⁶ BGH NJW 1954, 438 (438).

⁷⁷ Widmaier, JuS 1970, 611 (612).

⁷⁸ Monistische Theorien dagegen ordnen alle Rechtfertigungsgründe einem einzigen Prinzip zu, Überblick: Hohn/Rönnau (Fn. 6), vor §§ 32 ff. Rn. 79.

⁷⁹ Zieschang, in: Cirener u.a. (Fn. 6), § 34 Rn. 91.

⁸⁰ Frister, GA 1988, 291 (291).

⁸¹ Erb (Fn. 29), § 34 Rn. 10.

⁸² „Denn alle Gesetze und Rechte erlauben, Gewalt mit Gewalt abzuwehren.“

⁸³ Corpus Iuris Civilis II, Dig 9, 2, 45, 4.

⁸⁴ Näher Grünwald, ZStW 122 (2010), 51 (53 ff.).

⁸⁵ Art. 140 CCC.

⁸⁶ § 523 Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten.

⁸⁷ Art. 125, 127, 128 Bayerisches Strafgesetzbuch (1813).

delt, war die Notwehr nicht immer so weitreichend wie in der heutigen Fassung. Die jüngeren Entwicklungen des Notwehrrechts stießen auf Ablehnung; besonders die uneingeschränkte Berechtigung des Angegriffenen, in härtester Weise gegen den Angreifer vorzugehen, war scharfer Kritik ausgesetzt: Das Notwehrrecht beruhe auf einer „Totschlägermoral“ und sei ein „mit Blut geschriebener Paragraph“.⁸⁸ Diese Entwicklung zeigt, dass die Notwehr im Kern zwar ein Notrecht mit langer Geschichte und vielfältiger Daseinsberechtigung ist, aber nur langsam zu der weitreichenden Rechtfertigung wurde, die sie heute ist, und dass diese Evolution sich keiner allseitigen Beliebtheit erfreute. Eine Drittwirkung der Notwehr würde sich folglich zwar in die Entwicklung des Notrechtes einreihen, könnte auf der anderen Seite aber auch der Historie entgegenstehen, da bereits die heute geltende Notwehr dem Angreifer gegenüber zum Teil als unangemessen angesehen wurde. Eine Entscheidung kann allein aufgrund der historischen Auslegung nicht getroffen werden.

d) Teleologische Auslegung

Um Sinn und Zweck der Notwehr zu erkennen, muss man sich erneut die Begründungsmodelle ansehen. Der Individualschutz würde auf den ersten Blick durch eine Drittwirkung noch effektiver, weil der Angegriffene sich ohne Rücksicht auf Rechtsgüter Dritter verteidigen dürfte. Allerdings würde dem Dritten mangels rechtswidrigen Angriffs die Erlaubnis zur Selbstverteidigung genommen. Deshalb ist bereits dieses Prinzip teleologisch auszulegen. Die Schutzpflicht des Staates folgt aus den Grundrechten und dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit.⁸⁹ Jedoch hat sie im Mehrpersonenverhältnis der Notwehr eine Doppelfunktion: Sie leistet nicht nur dem Angegriffenen Hilfe, sondern schützt zugleich unbeteiligte Dritte.⁹⁰ Da es nicht möglich ist, gleichzeitig den Angegriffenen durch Gewährung weitreichender Notwehrbefugnisse zu schützen und den Dritten vor ebendieser Verteidigung zu bewahren, müssen die kollidierenden Schutzpflichten mithilfe einer Güterabwägung ausgeglichen werden. Eine Drittwirkung der Notwehr würde aber keine Abwägung vornehmen, sondern den Schutz pauschal dem Angegriffenen zukommen lassen. Außerdem scheitert die Erlaubnis, Notwehr gegen den Dritten auszuüben, an der fehlenden Legitimation, sich in Notwehr zu verteidigen: Erstens hat der Dritte keine Gewalt ausgeübt, die durch Gewalt bekämpft werden dürfte. Zweitens greift die Ausnahme, selbst Gewalt anzuwenden, nicht, da der Auftrag des Staates, seine Bürger mögen sich rechts-treu verhalten, nicht fehlgeschlagen ist, und es folglich beim staatlichen Gewaltmonopol bleibt.⁹¹ Sie ist daher aus individualrechtlichen Gründen abzulehnen. Auch das zweite Prinzip, die Rechtsbewahrung, bereitet Schwierigkeiten. Der Angreifer begibt sich durch den Angriff freiwillig auf die Seite des Unrechts. Nach dem „Prinzip der Verantwortung“⁹² trägt

er deshalb das Risiko, dass durch die Verteidigung des Angegriffenen in seine Rechtsgüter eingegriffen wird.⁹³ Ebenso wie er den Angriff steuern kann, kann er ihn jedoch auch beenden.⁹⁴ Durch reines Unterlassen hat er jederzeit die Möglichkeit, den gerechtfertigten Eingriff in seine Rechtsgüter zu verhindern.⁹⁵ Indem er sich aber für einen Angriff und gegen ein Unterlassen oder Beenden entscheidet, billigt er die Abwehr und hat diese zu dulden.⁹⁶ Diese Möglichkeiten zur Steuerung des Angriffs hat der Dritte nicht, er trägt keinerlei Verantwortung am verursachten Unrecht. Mangels eines Angriffs des rechtstreuen Dritten muss kein Unrecht bekämpft werden.⁹⁷ Ließe man Notwehr gegen ihn zu, würde dies das Recht nicht erhalten, sondern verletzen, indem ein Angriff auf einen Rechtstreuen gebilligt würde. Obwohl die Verteidigung eigentlich zur Rechtsbewahrung geschähe, würde sich hierdurch das Unrecht durchsetzen. Dementsprechend begründet das Rechtsbewährungsprinzip die Notwehr nicht nur, es beschränkt sie auch. Das „scharfe Schwert“⁹⁸ der Notwehr darf nicht Dritte treffen, die den Angriff nicht veranlasst haben. Mithin steht auch das Prinzip der Rechtsbewahrung der Drittwirkung der Notwehr entgegen. Würde man Notwehr auf Dritte ausweiten, liefe man Gefahr, die eigentlichen Bestrebungen der Selbstverteidigung und Rechtsbewahrung zu überdehnen. Eine so starke Selbstverteidigung des Angegriffenen nähme dem Dritten jeglichen Schutz; eine strikte Anwendung des Rechtsbewährungsprinzips würde das Recht durch Eingriffe in Rechtsgüter rechtmäßig handelnder Dritter verletzen. Auf diese Weise würden die Prinzipien der Notwehr in ihr Gegenteil verkehrt. Im Ergebnis sprechen insbesondere die teleologischen Gründe gegen eine Drittwirkung der Notwehr. Die Notwehr ist kein absolutes Recht, es findet die Teilbarkeit der Rechtmäßigkeitsbewertung Anwendung. Während bezüglich des Angreifers Notwehr die Verteidigung rechtfertigt, ist bezüglich des Dritten eine gesonderte Prüfung vorzunehmen. Die Notstandsregelungen passen in dieser Konstellation besser.⁹⁹ Nicht Recht und Unrecht, sondern Rechtsgüter zweier Individuen stehen sich gegenüber, die mithilfe einer Güterabwägung in Einklang gebracht werden müssen. Auch wenn der Notstand die Verteidigung nicht rechtfertigen kann, zum Beispiel, weil die Güterabwägung zulasten des Angegriffenen ausfällt, darf nicht auf die Notwehr zurückgegriffen werden. Selbst wenn die Verteidigung dann weniger erfolgversprechend oder in Extremfällen sogar gänzlich ausgeschlossen ist, darf das Prinzip der Mindestsolidarität nicht überdehnt werden. Notwehr entfaltet grundsätzlich keine Drittwirkung.

⁸⁸ Kratzsch (Fn. 69), S. 1.

⁸⁹ Bernsmann, ZStW 104 (1992), 290 (310).

⁹⁰ Koch, ZStW 122 (2010), 804 (813).

⁹¹ Hoyer (Fn. 11), § 32 Rn. 52.

⁹² Jakobs, Lehrbuch zum Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1983, S. 287 Rn. 3.

⁹³ Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, S. 130 Rn. 339.

⁹⁴ Schmidhäuser, GA 1991, 97 (120 f.).

⁹⁵ Frister, GA 1988, 291 (301 f.).

⁹⁶ Montenbruck, Thesen zur Notwehr, 1983, S. 34 ff.

⁹⁷ Sternberg-Lieben, JA 1996, 129 (132).

⁹⁸ Fahl, JA 2016, 805 (806).

⁹⁹ RGSt 23, 116 (117).

3. Ausnahmen

Von dem Grundsatz, dass Notwehr keine Drittwirkung entfaltet, werden jedoch Ausnahmen diskutiert. An dieser Stelle sollen nur die Wichtigsten erörtert werden.

a) Angriffsunterstützender Dritter

Grundsätzlich zeichnet den Dritten aus, dass er gänzlich unbeteiligt am Angriff ist. Dies ist einer der Hauptgründe, die Verteidigung nicht auf Eingriffe in seine Rechtsgüter zu erstrecken. Etwas anderes könnte gelten, wenn der Dritte den Angriff durch Objekte oder in persona unterstützt. Unter Befürwortern der Ausnahme, dass Objekte, die einem Dritten gehören, aber vom Angreifer mitgeführt werden, beschädigt werden dürfen, ist umstritten, wie weit diese Ausnahme reichen soll. Die weiteste Ansicht¹⁰⁰ will Verletzungen aller Objekte, die der Angreifer beim Angriff bei sich trägt, ohne dass diese den Angriff unterstützen, rechtfertigen. Beispielsweise dürfe auf einen Angreifer geschossen werden, auch wenn dabei das ausgeliehene Hemd, welches er trägt, beschädigt wird.¹⁰¹ Es führe zu sachfremden Einschränkungen, wenn ein neutraler Gegenstand die effektive Verteidigung vereiteln könnte. Eine derart weite Auslegung ist abzulehnen. Die Beschädigung derartiger Gegenstände richtet sich nach dem in § 904 BGB geregelten Aggressivnotstand. Die Anwendung der Notwehr verkennt das Schutzbedürfnis des Eigentümers. Eine Vereitelung effektiver Notwehr ist kaum zu befürchten, da in Fällen, in denen Leib und Leben des Angegriffenen bedroht sind, die Notstandsabwägung nicht zugunsten des Gegenstandes des Dritten ausfallen würde. Insofern ist das offensichtlich sinnwidrige Ergebnis, das geliehene Hemd könnte den Angreifer vor gerechtfertigter Gegenwehr schützen, aufgrund der Notstandsregelungen ausgeschlossen. Neutrale Gegenstände Dritter sind mithin aus dem Anwendungsbereich der Notwehr auszuklammern. Fraglich ist, ob dem Angriff dienende Werkzeuge gemäß § 32 StGB beschädigt werden dürfen und wenn ja, ob diese Angriffswerkzeuge willentlich überlassen worden sein müssen oder auch entwendet worden sein dürfen. Die Ansicht, dass gestohlene Sachen beschädigt werden dürfen, wird damit begründet, dass die Sache durch die Nutzung als Angriffswerkzeug auf die „Seite des Unrechts“¹⁰² getreten sei. Der Angegriffene könne nicht erkennen, dass die Sache nicht dem Angreifer gehöre, naturgemäß werde er den Angreifer und die Sachen, die er verwendet, als eine Einheit, gegen die er sich verteidigen darf, sehen. Eigentumsverhältnisse spielten somit keine Rolle. Diese Ansicht verdient keine Zustimmung. Der Angegriffene, der nicht davon weiß, dass der Gegenstand nicht dem Angreifer gehört, handelt zwar in Putativnotwehr, welche einen Unterfall des Erlaubnistatbestandsirrtums darstellt.¹⁰³ Dieser führt jedoch gemäß der überzeugenden rechtsfolgen-

verweisenden Schuldtheorie¹⁰⁴ lediglich dazu, dass die Vorsatzschuld des Angegriffenen entfällt. Es besteht hingegen kein Bedürfnis für eine Rechtfertigung: Der Dritte hat keine Entscheidung getroffen, den Angriff zu unterstützen. Daher ist nicht ersichtlich, warum vom Grundsatz abgewichen werden sollte, dass bezüglich der Rechtsgüter des Dritten nur der Notstand, in diesem Fall der aus § 228 BGB, greifen sollte.¹⁰⁵ Aus diesem Grund wird von einer weiteren Ansicht die Einschränkung dahingehend vorgenommen, dass sich Notwehr nur gegen im Einverständnis überlassene Sachen richten darf. Bei diesen habe der Dritte selbst entschieden, wem er sie überlässt und sei das Risiko eingegangen, dass der Angreifer damit rechtswidrig umgehen könnte. Realisiert sich dieses Risiko, müsse sich der Dritte zivilrechtlich an den Angreifer richten, dürfe aber nicht dem Angegriffenen abverlangen, er möge sich nicht verteidigen.¹⁰⁶ Auch dieser Meinung ist zu widersprechen. Sie würde dazu führen, dass jeder im Eigentumsvorbehalt verkaufte Gegenstand, sobald er als Angriffswerkzeug missbraucht würde, durch Notwehr gerechtfertigt zerstört werden dürfte. Für diesen weitreichenden Eingriff genügt ein einfacher Verursachungsbeitrag nicht. Deshalb ist der engsten Auffassung¹⁰⁷ zuzustimmen, welche die Notwehr nur gegen Sachen zulässt, die der Dritte dem Angreifer zum Zwecke des Angriffs überlassen hat. Nur in diesem Falle liegt eine Beteiligung des Dritten vor, die es rechtfertigt, dass er mit dem „scharfen Schwert“¹⁰⁸ der Notwehr abgewehrt werden darf. Allerdings stellt dies bei näherer Betrachtung keine Ausnahme dar, denn in diesem Fall ist der Dritte gerade nicht mehr unbeteiligt, sondern selbst Angreifer.¹⁰⁹ Eingriffe in zum Zwecke des Angriffs überlassene Objekte sind bereits nach der regulären Notwehr im Zwei-Personen-Verhältnis gerechtfertigt; sonstige Objekte des Dritten dürfen nicht aufgrund von § 32 StGB verletzt werden.

Ebenfalls angriffsunterstützend ist der Dritte, der gegen seinen Willen selbst zum Teil des Angriffs wird. Innerhalb dieser Fallgruppe ist zu unterscheiden: Eine Variante besteht darin, dass der Dritte als Angriffswerkzeug genutzt wird, zum Beispiel, indem er auf den Angegriffenen gestoßen wird. Da beim Dritten kein willentliches Verhalten und demnach keine Handlung vorliegen, ist dieser Fall vergleichbar mit einem Hund, der auf einen Menschen gehetzt wird.¹¹⁰ In beiden Fällen geht mangels menschlicher Handlung der Angriff vom Angreifer aus, der das Geschehen steuert. Die Verteidigung darf sich in diesen Fällen nur gegen ihn richten.¹¹¹ In einer zweiten Variante verwendet der Angreifer den Dritten als lebenden Schutzschild¹¹². Will der Angegriffene sich nun

¹⁰⁰ Zitiert nach: Geilen, Jura 1981, 256 (260).

¹⁰¹ Beispiel nach Hohn/Rönnau (Fn. 6), § 32 Rn. 161.

¹⁰² RGSt 58, 27 (29).

¹⁰³ Kindhäuser (Fn. 27), § 32 Rn. 150.

¹⁰⁴ Erb (Fn. 29), § 32 Rn. 54; Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 27), § 16 Rn. 133 ff.; a.A.: Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder (Fn. 19), § 16 Rn. 18.

¹⁰⁵ Hoyer (Fn. 11), § 32 Rn. 52.

¹⁰⁶ Erb (Fn. 29), § 32 Rn. 127.

¹⁰⁷ Hohn/Rönnau (Fn. 6), § 32 Rn. 163.

¹⁰⁸ Fahl, JA 2016, 805 (806).

¹⁰⁹ Hohn/Rönnau (Fn. 6), § 32 Rn. 163.

¹¹⁰ Kühl, Jura 1993, 118 (119).

¹¹¹ Perron/Eisele (Fn. 19), § 32 Rn. 3, 21.

¹¹² BGH NSTZ 1994, 277 (279).

verteidigen, ist umstritten, ob der Dritte dabei auch verletzt werden darf. Die bejahende Ansicht begründet dies damit, dass der Dritte und der Angreifer eine Einheit darstellten, ähnlich wie der Angreifer und das dem Dritten gehörende Angriffswerkzeug.¹¹³ Es sei in der Praxis kaum möglich, die Personengruppe differenziert zu betrachten. Der Dritte stehe – tatsächlich und symbolisch – auf der „Seite des Unrechts“.¹¹⁴ Würde man die Notwehr gegen Dritte in diesem Fall verbieten, wären Angreifer ermutigt, sich eines menschlichen Schutzschildes zu bedienen, um in Sicherheit zu sein: Die Skrupel, einen Unbeteiligten zu verletzen, seien ohnehin schon hoch, drohe hierauf auch noch eine empfindliche Strafe, würde kaum jemand diese Art der Verteidigung ergreifen. Dann wäre häufig eine effektive Verteidigung überhaupt nicht möglich und das Unrecht könnte sich auf diese Weise durchsetzen. Dem ist nicht zuzustimmen.¹¹⁵ Die Personengruppe aus Angreifer und Drittem als eine Einheit zu sehen, ist unzulässig, da Rechtsgüter verschiedener Personen vermengt werden.¹¹⁶ Der Dritte ist keineswegs auf die „Seite des Unrechts“ getreten, wieder fehlt es an einer willentlichen Entscheidung. Er wurde wortwörtlich zwischen die Fronten gezogen und verdient in dieser Situation höchsten Schutz. Das rechtswidrige Verhalten des Angreifers dem Dritten zuzurechnen und die Berechtigung zur Notwehr zu übertragen, ist unzulässig.¹¹⁷ Der Dritte ist in gleichem Maße Opfer des Angriffs wie der Angegriffene.¹¹⁸ In dieser Situation die Erlaubnis zu geben, den Dritten zu verletzen oder, wie in Fällen des lebenden Kugelfanges wahrscheinlicher, zu töten, erhält kein Recht, sondern begründet Unrecht, indem es höchste Rechtsgüter Unbeteiligter verletzt. Auch in der dritten Variante wird der Dritte als Schutzschild missbraucht, jedoch nicht vom Angreifer, sondern vom Angegriffenen. Dies wendet den Angriff nicht ab, sondern verlagert ihn nur auf einen Dritten, was keine Notwehrhandlung darstellt. Dritte, die als Schutzschild missbraucht werden, werden unter keinen Umständen gerechtfertigt verletzt, hier kommt höchstens der Entschuldigungsgrund¹¹⁹ aus § 35 StGB in Betracht.¹²⁰ In beiden Fällen, in denen der Dritte den Angriff unterstützt, ist keine Ausnahme anzuerkennen.

b) Eingriff in Allgemeininteressen

Eine weitere Ausnahme wird bei Erfüllung von Delikten zum Schutz von Allgemeininteressen, wie Straßenverkehrs- oder Waffendelikten, diskutiert. Die Begehung von Allgemeindelikten kann auch Individualrechtsgüter Dritter verletzen, weil die Schutzgüter vieler Allgemeindelikte zwar primär Allgemeininteressen, aber auch Einzelinteressen wie Leib, Leben und Eigentum sind.¹²¹ Daher ist auch hier maßgeblich,

ob die Notwehr Drittwirkung entfaltet. Einigkeit herrscht bezüglich der Verneinung der Drittwirkung bei Verletzungen von Allgemeindelikten, die schon vor Eintritt der Notwehrlage verwirklicht wurden, zum Beispiel dem jahrelangen unerlaubten Besitz von Waffen, welche zur Verteidigung genutzt werden durften.¹²² Genauso verhält es sich bei Verletzungshandlungen, die die spätere Verteidigung erleichtern oder ermöglichen sollen. Ein Beispiel ist eine Verfolgungsfahrt unter strafrechtlich relevanter Missachtung von Straßenverkehrsvorschriften, um den Entführten mittels Nothilfe zu retten. Die tatsächliche Verteidigung findet erst statt, wenn der flüchtige Angreifer eingeholt worden ist; die vorher verwirklichten Straßenverkehrsdelikte sind nicht durch Notwehr gerechtfertigt.¹²³ In beiden Fällen fallen die Verletzung des Allgemeindelikt und die Verteidigung von Individualrechtsgütern auseinander; das Allgemeindelikt wird nicht durch § 32 StGB gerechtfertigt. Eine Ansicht wendet Notwehr jedoch an, wenn die Verteidigung von Individualrechtsgütern und die Verletzung des Allgemeindelikt untrennbar zusammenfallen. Dasselbe Verhalten zur Verteidigung zuzulassen und zum Schutz von Allgemeininteressen zu bestrafen, sei widersprüchlich.¹²⁴ Beispielsweise dürfte ein Messer zur Verteidigung eingesetzt werden, es überhaupt dabeizuhaben, würde bestraft. Dann würde das Notwehrrecht dem Angegriffenen nicht viel nützen, weil er wegen der anderen Tat bestraft würde.¹²⁵ Dem ist zu widersprechen. Nur weil die Verteidigung des Individualrechtsguts gerechtfertigt ist und eine Verbindung zur Verletzung des Allgemeindelikt besteht, bedeutet das nicht, dass die Rechtfertigung übertragen werden kann.¹²⁶ Es besteht kein Bedürfnis, von der Teilbarkeit des Unrechts abzuweichen, da der Notstand diese Fälle sachgerecht lösen kann.¹²⁷ Mangels Recht-Unrecht-Kollision wäre die Anwendung der Notwehr verfehlt.

Der Grundsatz, dass es keine Drittwirkung der Notwehr gibt, ist allgemeingültig. Es sind keine Ausnahmen nötig, weil das differenzierte System der Notrechte, insbesondere die Notstandsregelungen, derartige Fälle zufriedenstellend lösen.

4. Folgen für das Notwehrrecht des Dritten

Des Weiteren muss untersucht werden, welche Konsequenzen die verschiedenen Ansichten bezüglich der Drittwirkung der Notwehr auf ein Notwehrrecht des Dritten gegen den ursprünglich Angegriffenen haben. Das Notwehrrecht des Dritten ist auf dieselbe Art und Weise zu prüfen wie das des ursprünglich Angegriffenen. Zunächst bedarf es daher eines rechtswidrigen Angriffs. Rechtswidrig ist ein Angriff, wenn er von der Rechtsordnung negativ bewertet wird,¹²⁸ weil er

¹¹³ Spindel (Fn. 48), § 32 Rn. 212 ff.

¹¹⁴ Spindel, RuP 2006, 131 (134).

¹¹⁵ Erb (Fn. 29), § 32 Rn. 125.

¹¹⁶ Hohn/Rönnau (Fn. 6), § 32 Rn. 161.

¹¹⁷ Hohn/Rönnau (Fn. 6), § 32 Rn. 161.

¹¹⁸ BGH NJW 1994, 871 (872).

¹¹⁹ Müssig, in: Erb/Schäfer (Fn. 29), § 35 Rn. 1.

¹²⁰ Perron/Eisele (Fn. 19), § 32 Rn. 31.

¹²¹ Maatz, MDR 1985, 881.

¹²² Widmaier, JuS 1970, 611 (612).

¹²³ Beispiel nach OLG Celle NJW 69, 1775.

¹²⁴ BGH NSTZ 2011, 82 (83).

¹²⁵ Roxin, ZStW 93 (1981), 68 (92).

¹²⁶ Eisele, ZStW 110 (1998), 69 (85 f.).

¹²⁷ Perron/Eisele (Fn. 19), § 32 Rn. 32 f.

¹²⁸ Kratzsch (Fn. 69), S. 32.

objektiv im Widerspruch zu dieser steht.¹²⁹ Ein Widerspruch zur Rechtsordnung liegt nur dann vor, wenn die Handlung des sich Verteidigenden, also des ursprünglich Angegriffenen, nicht ihrerseits durch eine Erlaubnorm gerechtfertigt ist.¹³⁰ Je nachdem, ob das Verhalten rechtmäßig oder rechtswidrig ist, hat der Beeinträchtigte, hier der Dritte, es zu dulden oder darf sich dagegen zur Wehr setzen.¹³¹ Der prägnante Satz „Keine Notwehr gegen Notwehr!“¹³² ist deshalb zwar nicht falsch, aber zu eng. Präziser ist die Aussage „Keine Notwehr gegen gerechtfertigtes Verhalten!“.¹³³ In Zwei-Personen-Konstellationen hat demzufolge der Angreifer, wenn der Angegriffene sich in gerechtfertigter Notwehr verteidigt, diese Verteidigung, auch wenn sie einen Angriff auf seine Güter darstellt, zu dulden. Er darf sich gegen diese nicht zur Wehr setzen.¹³⁴ Grund dafür ist zum einen, wie bereits erläutert, dass er selbst für den ursprünglichen Angriff verantwortlich ist, mit Gegenwehr also rechnen muss. Zudem darf der, der im Unrecht ist, sich nicht auf Notwehr gegen eine Handlung, die das Recht wiederherstellen will, berufen. Ansonsten würde sich dadurch wieder das Unrecht durchsetzen, was wiederum eine Verteidigung rechtfertigen würde, sodass es zu einem ewigen Zirkel der Notwehr käme. In Drei-Personen-Konstellationen jedoch hat der Dritte die Beeinträchtigung seiner Rechtsgüter gerade nicht selbst herbeigeführt, sondern ist ohne eigene Beteiligung Opfer der Auseinandersetzung geworden. Würde man eine Drittwirkung der Notwehr anerkennen und demzufolge dem Dritten die Notwehr verweigern, nähme man einem rechtstreuen Handelnden das Recht zur Selbstverteidigung. Das kann aus den soeben aufgeführten Gründen nicht Sinn der Notwehr sein. Ist nun aber der Angegriffene in Bezug auf die Verletzung der Rechtsgüter des Dritten durch Notstand gerechtfertigt, tritt auf den ersten Blick genau diese Situation ein: Ein Unbeteiligter darf sich, obwohl er sich rechtstreuen verhalten hat, nicht verteidigen. Bei genauer Betrachtung ist das aber keinesfalls widersprüchlich, sondern entspricht dem Prinzip der Mindestsolidarität, das beim Notstand gilt. Dieses zeichnet sich gerade dadurch aus, dass Unbeteiligte, obwohl sie die Notlage nicht verschuldet haben, dazu verpflichtet sind, gewisse Eingriffe in ihre Rechtsgüter hinzunehmen, um höherwertige Rechtsgüter anderer Menschen zu retten.¹³⁵ Vice versa kann auch die Situation eintreten, dass die Handlung des Angegriffenen bezüglich des Dritten nicht gerechtfertigt ist, weil die Güter des Dritten überwiegen. Dann muss der Dritte die rechtswidrige Handlung nicht dulden, sondern darf sich in Notwehr verteidigen. Dieses Ergebnis mag zunächst ungerade anmuten. Insbesondere, wenn der Angegriffene bei seiner Verteidigung unvermeidbar in Rechtsgüter des Dritten

eingegriffen hat, dieser sich nun aber verteidigen darf, wird im Ergebnis dem ursprünglichen Angreifer geholfen, da sich ein Zweiter gegen den Angegriffenen stellt. Angreifer und Dritter richten sich dann beide gegen den auf der Seite des Rechts stehenden Angegriffenen. Allerdings darf die Situation nicht so vereinfacht dargestellt werden. Die Handlung des Dritten wird nicht dadurch rechtswidrig, dass er sich, wie der Angreifer auch, gegen den Angegriffenen stellt. Vielmehr ist die Differenzierung beizubehalten, dass der Angreifer sich gegen das Recht stellt, der Dritte aber nur die ihm gegenüber zu Unrecht erfolgte Handlung abwehrt. Der Dritte kann sich in dieser Situation mithin auf Notwehr berufen.

III. Fazit

Eingriffe in Rechtsgüter unbeteiligter Dritter sind nie durch Notwehr gerechtfertigt. Zu diesem deutlichen Ergebnis kommt die vorangegangene Abhandlung und zeigt damit die Grenzen des ansonsten sehr weiten Notwehrrechts des § 32 StGB auf. Um die Grenzen eines Rechts zu ziehen, müssen zunächst die Gründe für dessen Existenz analysiert werden. Es hat sich gezeigt, dass die Notwehr vor dem Hintergrund ihrer weitreichenden Folgen weder rein individualistisch noch rein überindividualistisch begründet werden kann. Erst die dualistische Begründung, welche das Selbstverteidigungsrecht und das Rechtsbewährungsprinzip vereint, vermag ein derart schneidiges Eingriffsrecht zu begründen. Demnach enthält die Notwehr zwei Grundgedanken: Der erste ist der, dass Menschen sich im Angriffsfall verteidigen dürfen. Der zweite besagt, dass sich das Recht gegenüber dem Unrecht durchsetzen soll, der Angegriffene also nicht nur sich selbst, sondern auch das Recht verteidigt. Mithilfe dieser Prinzipien lassen sich die Grenzen der Notwehr bestimmen. Ein Unbeteiligter hat weder Unrecht begangen, sodass ihm gegenüber kein Recht wiederhergestellt werden muss, noch hat der Angegriffene ein Recht auf Verteidigung dem Dritten gegenüber, weil es hierfür an der Gewalt des Dritten fehlt. Der Dritte ist mithin nicht in die Verteidigungshandlung miteinzubeziehen. Mag dies auch durch den Wortlaut des § 32 StGB und dessen Vorgängerversionen nicht deutlich zum Ausdruck kommen, führte die weitere Auslegung unweigerlich zu diesem Ergebnis. Aufgrund der im Mehrpersonenverhältnis auftretenden Situation, dass in Rechtsgüter Unbeteiligter eingegriffen wird, ist sowohl aus systematischen als auch teleologischen Gründen der Notstand das passendere Notrecht. Dieser folgt dem Prinzip der Mindestsolidarität, nach dem eigene Rechtsgüter trotz fehlender Verantwortung für die Gefahrenlage zur Erhaltung höherwertiger Rechtsgüter geopfert werden müssen. Nicht geduldet werden müssen hingegen unverhältnismäßige Eingriffe. Dieses weite Eingriffsrecht bietet nur die Notwehr, die ausschließlich zulasten des Angreifers, der selbst für den Angriff verantwortlich ist und das Recht dadurch verletzt hat, greift. Aufgrund des Schutzbedürfnisses des Dritten sind von dem Grundsatz der fehlenden Drittwirkung der Notwehr keine Ausnahmen anzuerkennen. Dieses Ergebnis steht auch nicht im Widerspruch zur Einheit der Rechtsordnung, da Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit relativ sind und daher nur die verwirklichten Delikte, nicht aber die gesamte Verteidigungshandlung gerechtfertigt werden. In der Konsequenz

¹²⁹ Paeffgen/Zabel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 27), vor § 32 ff. Rn. 41.

¹³⁰ Kindhäuser (Fn. 27), § 32 Rn. 61.

¹³¹ Kühl, Jura 1993, 57 (65).

¹³² BGH NJW 1994, 871 (871).

¹³³ Perron/Eisele (Fn. 19), § 32 Rn. 21.

¹³⁴ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 32 Rn. 22.

¹³⁵ Erb (Fn. 29), § 34 Rn. 8.

muss der Dritte den Eingriff nur dann hinnehmen, wenn er verhältnismäßig ist. Dieses Ergebnis steht im Einklang mit dem für Unbeteiligte entwickelten Prinzip des Notstands. De lege ferenda ist der Gesetzgeber angehalten, § 32 StGB so zu formulieren, dass deutlich wird, gegen wen sich die Notwehr richtet. Aus dem Vorangegangenen lässt sich jedoch auch ohne eine deutliche Formulierung im Gesetzeswortlaut die Bilanz ziehen, dass ein derart starkes Notrecht wie die Notwehr nach § 32 StGB nicht zulasten Dritter angewendet werden darf. Der These, „das Recht brauche dem Unrecht nicht zu weichen“, ist mithin zuzustimmen. Der im Recht Stehende darf sich soweit verteidigen, wie sich diese Verteidigung auch tatsächlich gegen das – durch den Angreifer personifizierte – Unrecht richtet. Sobald die Abwehr Dritte beeinträchtigt, darf sie nicht durch Notwehr gerechtfertigt werden. Ansonsten drohe das Recht sich selbst zu zerstören, anstatt sich zu behaupten.

Fortgeschrittenenklausur: Der Friseur in der Viruskrise*

Von Wiss. Mitarbeiter **Maximilian Beilner**, Wiss. Mitarbeiter **Philipp Tilk**, Frankfurt am Main**

Die Klausur thematisiert schuldrechtliche Probleme des Handelsrechts. Schwerpunktmäßig werden Klassiker wie die Abtretung unter Kaufleuten, der Kaufmannsbegriff, die Rückgeobliegenheit nach § 377 HGB sowie § 15 HGB behandelt. Zwar treten diese Probleme in abgewandelter Form in Erscheinung, dennoch lassen sie sich mit systematischer Gesetzesarbeit, Grundlagenwissen sowie gründlicher Gesetzeslektüre bewältigen.

Sachverhalt

K ist eingetragener Kaufmann und betreibt einen Friseursalon. Aufgrund des plötzlichen Ausbruchs eines globalen Virus¹ läuft das Geschäft allerdings nicht gut. Es wurden Ausgangsbeschränkungen durch die zuständigen Behörden erlassen, die es K untersagen, sein Geschäft für den Kundenverkehr zu öffnen. Dies führte sogar dazu, dass K die Verträge seiner zehn Mitarbeiter nicht verlängern konnte und auch sonst kaum Einnahmen hat. K hat aber eine Idee: Da K glaubt, dass viele Menschen trotz der Ausgangsbeschränkungen einen schicken Haarschnitt benötigen, möchte K individuelle Kundenberatung und Anleitungen zum Haarschneiden per Videokonferenz anbieten. Er erhofft sich dabei, dass die Kunden sich mit seiner Hilfe selbst die Haare schneiden können.

Auf der Suche nach einer entsprechenden Software wird K auf der Homepage des T fündig. T betreibt seit mehreren Jahren einen Online-Shop für den An- und Verkauf von gebrauchten Elektroartikeln und verdient damit seinen Lebensunterhalt. Im Zuge des Virusausbruchs kam T die Idee, sein Geschäft zu erweitern: T nutzte seine wenig vorhandenen Programmierkenntnisse dazu, eine Software für Videokonferenzen zu erstellen. Nach wenigen Tagen des Programmierens bietet T auf seiner Webseite eine „Premium-Unternehmenssoftware für Videokonferenzen“ zum Preis von 5.000 € an, die er mit dem Zusatz „endlich reibungslose Videokonferenzen“ anpreist. Ob ein Videoanruf tatsächlich möglich ist, ist T herzlich egal. Er wittert das große Geld und möchte sich endlich seinen Traum von der Villa in Thailand erfüllen.

K hält das Angebot auf der Homepage des T für einen guten Deal. K kauft daher am 1.4.2020 die „Premium-Unternehmenssoftware für Videokonferenzen“ über die Homepage des T zum Preis von 5.000 €. Er installiert die Software sogleich auf seinem Arbeitscomputer und testet die Audio- und Videofunktionen. Da dies reibungslos funktioniert, probiert K die Software aber nicht weiter aus, da er durch die andauernde Viruskrise deutlich mehr organisatorischen Aufwand im Salon hat. Fällig ist die Zahlung am 15.4.2020.

Am 8.4.2020 möchte K mit der Software einen Kunden anrufen und ist völlig entsetzt: Statt einer reibungslosen Videokonferenz funktioniert nichts. Da T per Telefon nicht erreichbar ist, gibt K am 9.4.2020 bei der örtlichen Post ein als „Beschwerdebrief“ bezeichnetes Schreiben, adressiert an die Geschäftsadresse des T, auf. Hierin rügt er, dass Ts Software nicht funktioniert und keine reibungslosen Videokonferenzen durchführbar sind.

Am 16.4.2020 meldet sich T per E-Mail bei K und verlangt den Kaufpreis i.H.v. 5.000 €. K ist verzweifelt, da ihm die Viruskrise ohnehin schon finanziell zusetzt. In einer Antwortmail verweist K auf sein Schreiben vom 9.4.2020, ohne aber die Mangelhaftigkeit der Software erneut geltend zu machen. T entgegnet, dass er einen solchen Brief nie erhalten und der unzuverlässige Postbote P Schuld habe. Da K die Software heruntergeladen und ausprobiert habe, begehrt T den vollen Kaufpreis. Dies sei sein letztes Wort.

T selbst ist die Geltendmachung allerdings zu aufwendig. Er möchte sich schnellstmöglich seinen Traum von der Villa in Thailand erfüllen. Deshalb „verkauft“ T am 2.5.2020 seine Rechte gegenüber K an I und klärt ihn über alle Geschehnisse auf. I ist Privatmann und für seine „besondere“ Geltendmachung von Zahlungsansprüchen bekannt. Er (I) verlangt noch am 2.5.2020 Zahlung i.H.v. 5.000 € von K und beruft sich auf die Abrede mit T. K entgegnet, dass er für die nicht funktionierende Software nicht zahlen wolle. Auch sei ein solcher Verkauf der Forderung laut dem mit T geschlossenen Kaufvertrag nur mit Zustimmung des K als Käufer wirksam. Eine solche habe er aber nie erteilt. I entgegnet, dass er (K) sich als eingetragener Kaufmann hierauf nicht berufen könne.

Da sich I zu nichts verpflichtet fühlt, erklärt K gegenüber T und I den Rücktritt gegen Rückgabe der Software.

Frage 1

Kann I von K Zahlung i.H.v. 5.000 € verlangen?

Abwandlung

K geht es finanziell immer schlechter. Daher beschließt er am 14.5.2020, sein Handelsgewerbe aufzugeben. Aus Nachlässigkeit vergisst K, dies beim Registergericht anzumelden, sodass er weiterhin im Handelsregister eingetragen ist.

Am 21.5.2020 kauft K bei F Haarpflegeprodukte für 10 €. F hat sich als eingetragener Kaufmann auf den Handel mit Pflegeprodukten spezialisiert und ist ein langjähriger Vertragspartner des K. F wundert sich, dass die Bestellung des K deutlich geringer als üblich ist – sagt jedoch nichts. Am selben Tag ist F zufällig an dem Salon des K vorbeigekommen und sah dabei, dass K bereits sämtliche Schilder von den Schaufenstern entfernt hat. Über Bekannte hat F zudem erfahren, dass K sein Geschäft wahrscheinlich schließen würde, sodass er sich wundert, weshalb K erneut eine Bestellung bei ihm aufgegeben hat. Einen Blick ins Handelsregister will F aber nicht werfen. Die Kaufpreiszahlung für die Haarpflegeprodukte i.H.v. 10 € ist am 28.5.2020 fällig.

* Der Fall wurde im Sommersemester 2020 als Abschlussklausur für die Fortgeschrittenenübung im Handelsrecht gestellt.

** Die Autoren *Beilner* und *Tilk* sind Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. *Katja Langenbucher*, an der Goethe-Universität Frankfurt am Main, House of Finance.

K bezahlt nicht. Da auch F in der Viruskrise jeder Cent wichtig ist, wendet er sich am 1.6.2020 an K und verlangt neben dem Kaufpreis i.H.v. 10 € auch noch die „unter Kaufleuten üblichen“ Zinsen. K entgegnet, er sei seit dem 14.5.2020 kein Kaufmann mehr. Außerdem habe er die Haarpflegeprodukte nur privat verwendet, da sein Geschäft auch schon geschlossen sei.

Frage 2

Hat F gegen K einen Zinsanspruch nach dem Handelsgesetzbuch?

Bearbeitervermerk

Es ist davon auszugehen, dass alle Sachverhaltsangaben der Wahrheit entsprechen. Beantworten Sie die Fragen in Form eines Rechtsgutachtens – ggf. hilfsgutachterlich.

Lösungsvorschlag

Frage 1: Kann I von K Zahlung i.H.v. 5.000 € verlangen?

A. Kaufpreisanspruch des I gegen K

I könnte gegen K einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung i.H.v. 5.000 € aus einem Kaufvertrag gem. § 433 Abs. 2 i.V.m. § 398 BGB haben.

I. Abtretungsvertrag zwischen T und I

Mangels eigener Willenserklärung gegenüber K könnte sich I nur auf ein von T abgetretenes Recht berufen. Fraglich ist daher, ob ein Abtretungsvertrag zwischen T und I wirksam geschlossen wurde. Dem könnte die schuldrechtliche Formulierung entgegenstehen, dass T seine Rechte gegenüber K an I „verkauft“. Dies hätte zur Folge, dass I nicht rechtswirksam Forderungsinhaber werden kann. Der Forderungsübergang ist zwischen den Parteien aber gewollt: T war die Geltendmachung des Anspruchs zu aufwendig. Er suchte einen Weg, seinen Anspruch wirksam an I zu übertragen. Legt man die Erklärungen der Parteien laiengemäß aus, zeigt sich, dass sich T und I vielmehr über die Abtretung des Anspruchs auf Kaufpreiszahlung nach § 433 Abs. 2 BGB einigten. Stimmt das subjektiv Gewollte überein, ist eine objektive Falschbezeichnung unschädlich (*falsa demonstratio non nocet*).¹ Ein wirksamer Abtretungsvertrag zwischen T und I liegt vor.

Hinweis: Die schuldrechtliche Grundlage ist hier ein Forderungskauf, bei dem I das Risiko der Erfüllung durch K übernimmt (sog. echtes Factoring)². Der Abtretungsvertrag ist jedoch ein dingliches Rechtsgeschäft, sodass hier das zwischen den Parteien dinglich Gewollte auszulegen ist (Trennungs- und Abstraktionsprinzip).

II. Dingliche Berechtigung des T

Weiter müsste T im Zeitpunkt des Abtretungsvertrags dinglich berechtigt gewesen sein. Dazu müsste er Inhaber der Kaufpreisforderung gewesen sein.

1. Kaufvertrag zwischen K und T

K und T müssten einen Kaufvertrag geschlossen haben, § 433 BGB. Dies erfordert zwei übereinstimmende Willenserklärungen, Angebot (Antrag) und Annahme, §§ 145, 147 BGB.

Hinweis: Es könnte daran gedacht werden, hier eine Abgrenzung zum Werkvertrag nach § 631 BGB vorzunehmen. Hierfür ist im Rahmen einer Gesamtbetrachtung auf den Schwerpunkt der Hauptleistung abzustellen.³ Es wäre die Auffassung vertretbar, dass T die Herstellung einer funktionstauglichen Spezialsoftware schulde, mit der Folge, dass ein Werkvertrag anzunehmen wäre. Dagegen spricht jedoch, dass es sich hier um den Kauf einer Standardsoftware handelt, die nicht individuell angepasst wird. Der Schwerpunkt einer solchen Leistung liegt auf Eigentums- und Besitzverschaffung und nicht auf der Herbeiführung eines geschuldeten Erfolgs.⁴

a) Angebot des T durch Einstellen der Software auf seiner Website

Indem T auf seiner Website eine „Premium-Unternehmersoftware für Video-Konferenzen“ zum Preis von 5.000 € einstellte, könnte er ein Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrags abgegeben haben.

Ein Angebot ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die den Inhalt des zu schließenden Vertrags so fixiert, dass dieser durch bloßes Einvernehmen der anderen Partei zustande kommt.⁵ Hierfür müssen mindestens die Kaufsache, die Vertragsparteien und der Kaufpreis genannt sein, sog. *essentialia negotii*.

Problematisch ist, dass im Zeitpunkt des Einstellens der Software auf der Homepage des T noch keine Vertragspartei bekannt war. Damit könnte T eine bloße Aufforderung an die Besucher verfolgt haben, selbst ein Angebot abzugeben, ohne dass T sich bereits rechtlich binden wollte, sog. *invitatio ad offerendum*. Ob ein solcher Rechtsbindungswille vorlag, ist durch Auslegung aus dem objektiven Empfängerhorizont zu ermitteln, §§ 133, 157 BGB.

Würde man einen solchen bejahen, würde T mit jeder Person, die seine Software herunterlädt, einen Kaufvertrag abschließen. T hätte keine Kontrolle mehr darüber, mit wem er letztendlich kontrahiert. Dabei könnte T aber durchaus ein Interesse an der Wahl des Vertragspartners haben. Denkbar wäre es, dass T eine Sperrliste führt, um Hacker, Betrüger oder sonstige Personen, mit denen er im Rahmen seiner Privatautonomie nicht kontrahieren möchte, vom Kauf auszu-

¹ *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 119 Rn. 60.

² *Roth/Kieninger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 398 Rn. 158.

³ BGH NJW 2018, 3380 Rn. 25.

⁴ *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 433 Rn. 18.

⁵ *Mansel*, in: Jauerning, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 145 Rn. 1 f.

schließen. Andererseits ist das Herunterladen der Software unbegrenzt möglich. Auch befindet sich die Software auf einem Server, weswegen sich die Gefahr vermindert, dass T Lieferschwierigkeiten bekäme und er sich etwaigen Schadensersatzpflichten aussetzen müsste. Durch das Einstellen der Software auf seiner Homepage lässt T aus objektiven Empfängerhorizont mithin erkennen, dass er nicht mit einer bestimmten, sondern mit irgendeiner Person kontrahieren möchte (sog. *offerta ad incertas personas*).

Hinweis: A.A. vertretbar. Bejaht man hier eine *invitatio ad offerendum*, würde ein rechtswirksames Angebot seitens K mit dem Bestellen auf der Homepage vorliegen, das T durch das ermöglichte Herunterladen der Software dann annimmt.

b) Annahme des K

Dieses Angebot hat K spätestens durch das Herunterladen der Software am 1.4.2020 angenommen.

c) Zwischenergebnis

K und T haben einen wirksamen Kaufvertrag geschlossen.

2. Zwischenergebnis

T war als Forderungsinhaber dinglich berechtigt.

III. Ausschluss der Abtretung, § 399 Var. 2 BGB

1. Vereinbarter Abtretungsausschluss

Die Abtretung des T an I könnte unwirksam sein, wenn sie durch Vereinbarung mit K ausgeschlossen war. K beruft sich darauf, dass eine Abtretung nur mit seiner Zustimmung wirksam sei, sog. vertraglicher Zustimmungsvorbehalt. Fraglich ist, ob dieser als Abtretungsausschluss im Sinne des § 399 Var. 2 BGB zu qualifizieren ist.

Dafür spricht, dass durch einen Zustimmungsvorbehalt eine gleiche Situation geschaffen wird wie bei einem vereinbarten Abtretungsausschluss.⁶ Eine Abtretung ist bei einem Zustimmungsvorbehalt nämlich solange ausgeschlossen, bis der Schuldner seine Zustimmung erteilt. Mithin gelten auch sog. abgeschwächte Abtretungsausschlüsse als Abtretungsausschluss im Sinne des § 399 Var. 2 BGB. K kann sich demnach auf den Abtretungsausschluss nach § 399 Var. 2 BGB berufen.

2. Ausnahme nach § 354a Abs. 1 S. 1 HGB

Die Abtretung könnte ausnahmsweise nach § 354a Abs. 1 S. 1 HGB wirksam sein. Dies erfordert, dass der zwischen T und K geschlossene Kaufvertrag für beide Teile ein Handelsgeschäft im Sinne von §§ 343, 344 HGB ist.

a) Kaufmannseigenschaft

Dazu müssten K und T Kaufleute sein. Istkaufmann ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt, § 1 Abs. 1 HGB.

aa) Kaufmannseigenschaft des K

(1) Vorliegen eines Gewerbes

Fraglich ist, ob die wirtschaftliche Betätigung des K als Gewerbe zu qualifizieren ist. Unter einem Gewerbe versteht man jede äußerlich erkennbare, planmäßige, erlaubte, auf Gewinnerzielung gerichtete (str.) und selbstständige Tätigkeit, ausschließlich der freien Berufe.⁷ Zweifelhaft könnte alleine sein, ob K ein erlaubtes Gewerbe betreibt. Dem könnte entgegenstehen, dass die zuständigen Behörden es K untersagten, sein Geschäft für den Kundenverkehr zu öffnen. Durch diese Untersagung soll aber nicht primär die Tätigkeit des K als Friseur selbst bzw. der Abschluss dahingehender Werkverträge verboten, sondern nur die betreffenden Kunden vor Infektionen im Publikumsverkehr geschützt werden. Das behördliche Verbot untersagt den Gewerbebetrieb des K nicht.

(2) Betreiben eines Handelsgewerbes

Weiter müsste K ein Handelsgewerbe betreiben. K war als eingetragener Kaufmann zunächst Istkaufmann nach § 1 Abs. 2 HGB. Durch die Viruskrisis musste K aber seinen zehn Mitarbeitern kündigen und hatte kaum noch finanzielle Einnahmen. Er betreibt daher ein Gewerbe, das nicht mehr nach Art und Umfang eine kaufmännische Einrichtung erfordert. Mithin könnte K entweder Kleingewerbetreibender nach § 2 HGB oder Fiktivkaufmann nach § 5 HGB sein. In jedem Fall wäre K als Kaufmann zu behandeln. Eine Auseinandersetzung kann demnach dahinstehen.

bb) Kaufmannseigenschaft des T

T betreibt seinen Onlineshop seit mehreren Jahren und verdient damit seinen Lebensunterhalt, ohne aber im Handelsregister eingetragen zu sein. Sein Online-Shop erfüllt alle Merkmale des Gewerbebegriffs, sodass die Vermutung eines Handelsgewerbes nach § 1 Abs. 2 HGB greift. Die Beweislast für die Widerlegung liegt bei dem Gewerbetreibenden.⁸ Mangels anderweitigem Vorbringen des T bleibt es bei der Vermutung, dass das Gewerbe des T einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Dies wird zudem dadurch bekräftigt, dass T sich mit § 354a HGB auf handelsrechtliche Vorschriften beruft. Somit ist auch T Istkaufmann nach § 1 Abs. 2 HGB.

b) Betriebsbezogenheit des Geschäfts

Schließlich müsste der Kaufvertrag jeweils zum Betrieb des Handelsgewerbes von K und T gehören. Die Betriebsbezogenheit wird grundsätzlich nach § 344 Abs. 1 HGB widerlegbar vermutet.⁹ Dem könnte entgegenstehen, dass sowohl K als auch T durch die Viruskrisis von ihrer üblichen Geschäfts-

⁷ Oetker, Handelsrecht, 8. Aufl. 2019, § 2 Rn. 8.

⁸ Schwartze, in: Beck'scher Online-Kommentar zum HGB, Ed. 29, Stand: 15.7.2020, § 1 Rn. 30.

⁹ Lehmann-Richter, in: Beck'scher Online-Kommentar zum HGB, Ed. 29, Stand: 15.7.2020, § 344 Rn. 8; K. Schmidt, in: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2018, § 344 Rn. 8.

⁶ BGH NJW 1997, 3434 (3435); Roth/Kieninger (Fn. 2), § 399 Rn. 39.

tätigkeit abwichen. Dagegen spricht, dass sich die Betriebsbezogenheit aus der Sicht eines objektiven Betrachters bestimmt.¹⁰ Auch können andere, nur mittelbar mit dem Betrieb zusammenhängende Geschäfte betriebsbezogen sein.¹¹ Ausreichend ist, wenn das Geschäft dem Interesse des Handelsgewerbes, seinem Zweck, die Substanz zu erhalten und mit ihm Gewinn zu machen, dienen soll.¹²

Sowohl K als auch T wollten ihr Geschäftssegment erweitern. Beide taten dies im Hinblick darauf, um in der Viruskrise die Substanz ihres Handelsgewerbes zu erhalten und um ihre wirtschaftliche Betätigung zu sichern. Aus Sicht eines objektiven Betrachters lässt sich jedenfalls ein mittelbares, mit dem Betrieb zusammenhängendes Geschäft bejahen. Die Betriebsbezogenheit liegt folglich sowohl für K als auch T vor.

3. Zwischenergebnis

Damit ist die Abtretung nach § 354a Abs. 2 S. 1 HGB zulässig. T hat die Kaufpreisforderung somit wirksam an I abgetreten.

IV. Erlöschen des Anspruchs, § 404 BGB i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB

Der Anspruch des I könnte durch Rücktritt des K erloschen sein. Gem. § 404 BGB könnte K gegenüber I die Einwendungen des Rücktritts entgegensetzen, sofern dieser zur Zeit der Abtretung begründet war.

1. Rücktritt des K, §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB

a) Rücktrittserklärung, § 349 BGB

Vorliegend hat K gegenüber I und T den Rücktritt erklärt. Zwar ist umstritten, ob der Schuldner ein etwaiges Gestaltungsrecht auch gegenüber dem Zessionar ausüben kann.¹³ Indem K den Rücktritt gegenüber I und T erklärt, kann eine Auseinandersetzung mit dieser Problematik dahinstehen.

b) Rücktrittgrund, §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 Var. 2 BGB

K könnte gem. § 323 Abs. 1 Var. 2 BGB vom Kaufvertrag zurücktreten, wenn T nicht vertragsgemäß geleistet und K dem T erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat.

Indem K keine „reibunglosen Videokonferenzen“ durchführen kann, weicht die Istbeschaffenheit bei Gefahrübergang negativ von der Sollbeschaffenheit ab, sodass die Software jedenfalls nicht für die nach dem Kaufvertrag vorausgesetzte Verwendung i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB geeignet ist.

Problematisch ist, dass K dem T keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Indem T erklärt, dass er den Kaufpreis begehrt und dies sein letztes Wort sei, hat T die Nacherfüllung jedoch ernsthaft und endgültig verweigert, sodass eine

¹⁰ *Lehmann-Richter* (Fn. 9), § 343 Rn. 13.

¹¹ BGHZ 63, 32 (35) = NJW 1974, 1462 (1463); BGH NJW 1997, 1779 (1780).

¹² BGH NJW 1960, 1852 (1853).

¹³ BGH NJW 1986, 919 (920); *Roth/Kieninger* (Fn. 2), § 404 Rn. 7 m.w.N.

Fristsetzung durch K gem. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich ist („letztes Wort“)¹⁴.

c) Genehmigungsfiktion nach § 377 Abs. 2 HGB

Möglichweise könnte der Rücktritt nach § 377 Abs. 2 HGB ausgeschlossen sein. Dies setzt voraus, dass K als Käufer den Mangel der Software nicht rechtzeitig gerügt hat.

aa) Beiderseitiges Handelsgeschäft, §§ 343, 344 HGB

Ein beiderseitiges Handelsgeschäft lag vor (siehe oben).

bb) Ablieferung mangelhafter Ware

Weiter müsste T eine mangelhafte Ware abgeliefert haben. Für die Beurteilung, wann eine Software als abgeliefert gilt, werden verschiedene Zeitpunkte diskutiert. Nach einer Ansicht sei allein maßgeblich, dass die Software derart in den Machtbereich des Käufers gelangt, dass eine Untersuchung möglich ist.¹⁵ Nach anderer Ansicht sei eine Ablieferung hingegen erst dann anzunehmen, wenn ein ungestörter Probelauf durchgeführt wurde.¹⁶ Hiergegen spricht, dass ein solches Hinausschieben auf einen unbestimmten Zeitpunkt mit dem Bestreben des Kaufrechts nach Klarheit und möglichst schneller Regulierung von Mängeln, besonders im Rahmen von Kaufleuten, unvereinbar ist.¹⁷ Mithin ist der ersten Ansicht zuzustimmen. Indem K die Software herunterlud, hatte K bereits die Möglichkeit der Untersuchung. Eine Ablieferung lag mithin vor. Die Software war zudem mangelhaft (siehe oben).

cc) Unverzügliche Untersuchung

K hat die Audio- und Videofunktionen der Software am 1.4.2020 getestet. Dass Videokonferenzen mit Dritten nicht möglich sind, hat sich erst später gezeigt, sog. verdeckter Mangel.¹⁸

dd) Unverzügliche Rüge, § 377 Abs. 3 Hs. 1 HGB

K hat am gleichen Tag nach Entdecken des Mangels vergeblich bei T angerufen. Ein vergeblicher Anruf stellt keine Rüge dar.¹⁹

Möglicherweise könnte die Geltendmachung der Mangelhaftigkeit der Software im „Beschwerdebrieff“ des K vom 9.4.2020 eine taugliche Rüge darstellen. Problematisch ist indes, dass der Brief nicht zugegangen ist, sodass eine Genehmigung der Ware gesetzlich fingiert wäre, § 377 Abs. 3 Hs. 2 HGB. Etwas anderes könnte sich aus dem Wortlaut des § 377

¹⁴ BGH NJW 2016, 3235 (3238); *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 323 Rn. 101.

¹⁵ BGHZ 60, 5 (6) = NJW 1973, 189 (189); BGH NJW 2000, 1415 (1416); *Westermann* (Fn. 4), § 438 Rn. 25, 27.

¹⁶ OLG Köln NJW 1991, 2156 (2157); *Hager*, AcP 190 (1990), 324 (330 f.).

¹⁷ BGH NJW 2000, 1415 (1416).

¹⁸ *Grunewald*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2018, § 377 Rn. 77.

¹⁹ *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, Kommentar zum HGB, 39. Aufl. 2020, § 377 Rn. 40.

Abs. 4 HGB ergeben, wonach zur Erhaltung der Rechte des Käufers die rechtzeitige Absendung der Anzeige genügt. Fraglich ist somit, ob § 377 Abs. 4 HGB neben der Verzögerungsgefahr auch die Verlustgefahr erfasst.

Hierfür könnte sprechen, dass § 377 Abs. 4 HGB nach seinem Wortlaut nicht darauf abzielt, dass die Mängelrüge noch ihren Zweck erfüllen könnte. Selbst wenn diese dem Verkäufer derart spät zugeht, dass er nicht mehr entsprechend handeln kann, wäre § 377 Abs. 4 HGB einschlägig. Dies rechtfertigt eine Gleichstellung von Verzögerungs- und Verlustrisiko.²⁰ Das Schreiben des K wäre hiernach eine rechtzeitige Rüge.

Dagegen könnte sprechen, dass die Rüge selbst keine Willenserklärung, wohl aber eine geschäftsähnliche Handlung darstellt, sodass die allgemeinen Zugangsregeln entsprechend anwendbar sind.²¹ Versendet der Käufer die Rüge per Post und geht diese auf dem Weg verloren, ist sie nicht zugegangen. Eine andere Auffassung würde in dogmatisch nicht nachvollziehbarer Weise mit diesem Grundsatz brechen.²² Entsprechend regelt § 377 Abs. 4 HGB daher nur die Verzögerungs-, nicht aber die Verlustgefahr.²³ Auf den Zugang der Rüge käme es somit weiterhin an. Lediglich für die Rechtzeitigkeit der Abgabe wirke die Vorschrift zugunsten des rügenden Käufers. Sobald der Käufer Kenntnis von dem fehlenden Zugang bzw. dem Verlust erlangt, hätte er die Rüge unverzüglich nachzuholen.²⁴

Hiernach hätte K mangels Zugang nicht rechtzeitig gerügt. Vielmehr hätte K in dem Moment, als er davon Kenntnis erlangte, dass der Brief nie bei T zuing, die Rüge unverzüglich nachholen müssen. Auch dies unterließ er.

Da die Meinungen zu einem unterschiedlichen Ergebnis kommen, ist ein Streitentscheid erforderlich. Gegen eine Gleichstellung von Verzögerungs- und Verlustrisiko spricht, dass die Entbehrlichkeit des Zugangserfordernisses dogmatisch nicht stringent begründet ist. Besonders deutlich wird dies dadurch, dass es sich bei einer Rüge um eine geschäftsähnliche Handlung handelt. Die allgemeinen Zugangsregeln müssen auch hier Anwendung finden, da solche andernfalls nur noch von einer Einzelfallbetrachtung abhängen. Weiterhin könnte der Empfänger nur schwer beweisen, dass die Rüge nie zugegangen ist.²⁵ Daher regelt § 377 Abs. 4 HGB nur die Verzögerungs-, nicht aber die Verlustgefahr.

Wegen der fehlenden rechtzeitigen Nachholung der Mängelrüge, gilt die Ware daher grundsätzlich als genehmigt, § 377 Abs. 4 Hs. 2 HGB.

²⁰ Müller, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2015, § 377 Rn. 186; Mössle, NJW 1988, 1190 (1191).

²¹ Hopt (Fn. 19), § 377 Rn. 32; so auch Müller (Fn. 20), § 377 Rn. 172; a.A. Reinicke, JZ 1987, 1028 (1031).

²² Grunewald (Fn. 18), § 377 Rn. 72.

²³ BGHZ 101, 49 (53) = NJW 1987, 2235 (2236); Roth, in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, Kommentar zum HGB, 9. Aufl. 2019, § 377 Rn. 18; Grunewald (Fn. 18), § 377 Rn. 72.

²⁴ Roth (Fn. 23), § 377 Rn. 18; Mössle, NJW 1988, 1190 (1190 f.).

²⁵ BGHZ 101, 49 (55) = NJW 1987, 2235 (2236).

ee) Arglist, § 377 Abs. 5 HGB

Der Genehmigungsfiktion könnte entgegenstehen, dass T die Mangelhaftigkeit der Software arglistig verschwiegen haben könnte. Arglist setzt voraus, dass der Verkäufer das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft kannte oder mit dieser Möglichkeit rechnete und es ihm bewusst war, dass seinen Vertragspartnern der Mangel unbekannt sein könnte und sie bei Kenntnis der Sachlage die angebotene Ware nicht als Vertragserfüllung angenommen hätten.²⁶

Für die Annahme eines arglistigen Verschweigens spricht, dass T damit hätte rechnen können, dass seine „Premium-Unternehmenssoftware für Videokonferenzen“ gerade die beworbene Funktion des „Videoanrufs“ nicht besitzt. Er verfügt über nur wenig vorhandene Programmierkenntnisse und hätte damit rechnen müssen, dass ihm fundamentale Fehler unterlaufen können. Eine Software für Videokonferenzen ohne die Erfüllung dieser Funktion hätten die Vertragspartner schließlich nicht als Vertragserfüllung angenommen.

Gegen ein arglistiges Verschwiegen könnte hingegen sprechen, dass T die Software einige Tage programmierte. Dies könnte zumindest darauf schließen, dass er eine Software anbieten wollte, die ihre Funktionen ordnungsgemäß erfüllt. Dem steht indes entgegen, dass es T „herzlich egal“ war, ob ein Videoanruf tatsächlich möglich ist. Ihm ging es zuvörderst darum, seine Software zum Preis von 5.000 € zu verkaufen, um auch während der herrschenden Viruskrise sein Geschäft erweitern zu können. Er wollte nur das schnelle Geld, um sich seinen Traum von der Villa in Thailand zu erfüllen. T hätte somit zumindest damit rechnen müssen, dass Videokonferenzen nicht „einwandfrei“ möglich sind und das K als Käufer diesen Zustand nicht als Vertragserfüllung ansehen würde. T hat die Mangelhaftigkeit der Software daher arglistig verschwiegen, sodass die Rüge entbehrlich ist.

f) Zwischenergebnis

T kann sich nicht auf einen Ausschluss der Mangelgewährleistungsrechte des K nach § 377 HGB berufen.

2. Begründetheit des Rücktritts im Zeitpunkt der Abtretung

Im Zeitpunkt der Abtretung war der Rücktritt mithin begründet.

V. Zwischenergebnis

Der Kaufpreiszahlungsanspruch des I gegenüber K ist durch Rücktritt erloschen.

B. Ergebnis

I hat keinen Anspruch gegen K auf Kaufpreiszahlung i.H.v. 5.000 €.

²⁶ BGH NJW 1986, 316 (317); Grunewald (Fn. 18), § 377 Rn. 89.

Frage 2: Hat F gegen K einen Zinsanspruch nach dem Handelsgesetzbuch?**A. Zinsanspruch F gegen K aus § 353 HGB i.V.m. § 433 Abs. 2 BGB**

F könnte gegen K einen Anspruch auf Zinszahlung gem. § 353 HGB i.V.m. § 433 Abs. 2 BGB haben.

I. Fällige Forderung

Zunächst müsste eine Forderung des F gegenüber K vorliegen. Hier bestellte K bei F am 21.5.2020 Haarpflegeprodukte im Wert von 10 €. Mithin lag eine Kaufpreisforderung des F gegenüber K vor, § 433 Abs. 2 BGB, die am 28.5.2020 fällig war.

II. Beiderseitiges Handelsgeschäft

Weiter müsste für K und F ein beiderseitiges Handelsgeschäft vorliegen, §§ 353, 344 HGB.

1. Handelsgeschäft des F

F ist eingetragener Kaufmann. Der Verkauf von Haarpflegeprodukten stellt für ihn ein Handelsgeschäft dar.

*2. Handelsgeschäft des K**a) Kaufmannseigenschaft des K*

Der Kaufmannseigenschaft des K steht entgegen, dass K am 14.5.2020 sein Handelsgewerbe aufgegeben hat. Fraglich ist jedoch, wie sich der Umstand ausgewirkt haben könnte, dass K noch als Kaufmann im Handelsregister eingetragen war. Dies könnte zur Folge haben, dass er weiterhin nach § 15 Abs. 1 HGB als Kaufmann zu behandeln wäre, sog. negative Publizität des Handelsregisters. Dies wäre der Fall, solange eine eintragungspflichtige Tatsache in der Angelegenheit des K nicht eingetragen und bekannt gemacht worden war, es sei denn, dass F dies bekannt war.

aa) Eintragungspflichtige Tatsache in der Angelegenheit des K

Das Erlöschen der Firma ist eine eintragungspflichtige Tatsache, § 31 Abs. 2 S. 1 HGB, die in der Angelegenheit des K einzutragen war.

bb) Nicht eingetragen und nicht bekannt gemacht

Die Löschung wurde nicht eingetragen und auch nicht bekannt gemacht.

cc) Gutgläubigkeit des F

F könnte sich nicht auf § 15 Abs. 1 HGB berufen, wenn ihm der einzutragende Umstand bekannt war. Die Publizitätswirkung nach § 15 Abs. 1 HGB greift nicht, sofern der Dritte positive Kenntnis von der nicht eingetragenen Tatsache hat.²⁷ Die Anforderungen an die positive Kenntnis sind hoch. We-

der besteht eine Nachforschungspflicht,²⁸ noch genügt eine Kenntnis solcher Tatsachen, aus denen sich die eintragungspflichtige Tatsache ergibt.²⁹ Selbst eine fahrlässige Unkenntnis begründet, egal wie grob sie auch sein mag, keinen Ausschluss des § 15 Abs. 1 HGB.³⁰

F wunderte sich über die deutlich geringere Bestellung des K. Ferner kam er zufällig noch am selben Tag am Salon des K vorbei und sah, dass K bereits sämtliche Schilder von den Schaufenstern entfernt hatte. Darüber hinaus erfuhr F über Bekannte, dass K sein Geschäft wahrscheinlich schließen würde. Selbst wenn hieraus eine entsprechende Schlussfolgerung gezogen werden könnte, genügt dies nicht für die positive Kenntnis im Sinne von § 15 Abs. 1 HGB. F hat lediglich grob fahrlässig verkannt, jedoch nicht positiv gewusst, dass K nicht mehr Kaufmann ist. § 15 Abs. 1 HGB schützt nur das abstrakte Vertrauen,³¹ sodass der Umstand, dass F keinen Blick in das Handelsregister warf, an diesem Ergebnis nichts ändert. K ist daher gegenüber F gem. § 15 Abs. 1 HGB weiterhin als Kaufmann zu behandeln.

b) Handelsgeschäft des K

Weiter müsste es sich um ein Handelsgeschäft des K handeln. Dies wird gemäß § 344 Abs. 1 HGB widerlegbar vermutet (siehe oben). Die Widerlegung dieser Vermutung setzt im Gegensatz zu § 15 Abs. 1 HGB voraus, dass der Vertragspartner den privaten Charakter des Geschäfts kannte oder hätte kennen müssen.³² Der private Charakter des Geschäfts muss ferner nach außen hin sichtbar werden.³³ Hier hätte F aufgrund der oben genannten, nach außen objektiv in Erscheinung tretenden Umstände erkennen müssen, dass K die Produkte nicht mehr für seinen Friseursalon und damit seine wirtschaftliche Betätigung erwerben würde. Insbesondere spricht die Bestellmenge für einen privaten Gebrauch des K. Die Vermutung kann daher hier widerlegt werden. Ein Handelsgeschäft des K lag mithin nicht vor.

3. Zwischenergebnis

Ein beiderseitiges Handelsgeschäft liegt nicht vor.

III. Zwischenergebnis

Ein Anspruch des F gegen K auf Zinszahlung gem. § 353 HGB i.V.m. § 433 Abs. 2 BGB besteht nicht.

B. Ergebnis

F hat keinen Anspruch auf Zinsen nach HGB.

²⁸ Hopt (Fn. 19), § 15 Rn. 7.

²⁹ Hopt (Fn. 19), § 15 Rn. 7.

³⁰ Müther (Fn. 27), § 15 Rn. 13.

³¹ BGHZ 65, 309 (311) = NJW 1976, 569 (569); Müther (Fn. 27), § 15 Rn. 2.

³² BGH, Urt. v. 8.1.1976 – ZR III 148/73, Rn. 30 (juris) = BeckRS 2012, 00789; K. Schmidt (Fn. 9), § 344 Rn. 9; diff. Weyer, WM 2005, 490 (500 f.).

³³ Lehmann-Richter (Fn. 9), § 344 Rn. 8.

²⁷ Müther, in: Beck'scher Online-Kommentar zum HGB, Ed. 29, Stand: 15.7.2020, § 15 Rn. 13.

Schwerpunktbereichsklausur: Individualarbeitsrecht

Antidiskriminierungs- und Kündigungsrecht*

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Stephan Schmidt**, Wiss. Mitarbeiterin **Anna-Katharina Klus**, Bochum**

Die Klausur behandelt zwei Kernbereiche des examensrelevanten Individualarbeitsrechts. Im ersten Teil stehen Fragen des Antidiskriminierungsrechts im Vordergrund, insbesondere das Problem der Sprachanforderungen im Anforderungsprofil einer ausgeschriebenen Stelle sowie dasjenige des sog. „AGG-Hoppings“. Der zweite Teil fordert von den Prüflingen, spezielle Fragen des Kündigungsrechts mit solchen des Allgemeinen Teils des BGB zu verbinden.

Sachverhalt

Teil 1

K ist nach einem siebenjährigen Studium der Informatik endlich bereit für den Arbeitsmarkt und auf der Suche nach einer freien Stelle. Den an der Universität Warschau erworbenen Abschluss hat K zum Anlass genommen, sich persönlich und beruflich durch einen Umzug nach Deutschland weiterzuentwickeln. Er wohnt zunächst bei Verwandten in Erfurt, um einen ersten Anlaufpunkt sowie eine deutsche Adresse vorzuweisen.

Nach seiner Ankunft bewirbt er sich im ganzen Bundesgebiet auf viele, inhaltlich unterschiedliche Stellen, die teils im Zusammenhang mit seiner akademischen Ausbildung stehen, aber auch immer wieder abseits davon liegen. Zuletzt sieht er am 15.12. auf der Homepage des Telekommunikationsunternehmens (T) für den von der Wohnung des K 350 Kilometer entfernten Standort Bonn – einem Betrieb ohne Betriebsrat – folgende Stellenanzeige: „Android Software Entwickler (w/m/d)“. Nach einer Erläuterung des Stellenprofils mit den üblichen Anforderungen folgt ein Link mit der Angabe: „Bitte bewerben Sie sich hier online“, dem K sofort folgt. Im Online-Bewerbungsformular soll K nach einigen Angaben zu seiner Person und seinen Fähigkeiten zum Anforderungspunkt „Deutschkenntnisse“ zwischen „Deutsch Muttersprache“ und „anderweitige Deutschkenntnisse“ wählen. K wählt „anderweitige Deutschkenntnisse“. Er hat – wie ungefähr die Hälfte aller anderen Polen – Deutsch in der Schule und darüber hinaus auch im Studium gelernt. Im abschließend geforderten Motivationsschreiben verwendet K eine standardisierte Vorlage, die er bereits für andere Bewerbungen verwendet hat und passt diese nur knapp und floskelartig auf die Besonderheiten von T an.

* Die Klausur wurde im Wintersemester 2019/2020 an der Ruhr-Universität Bochum als Abschlussklausur der Vorlesung „Vertiefung Individualarbeitsrecht“ von Prof. Dr. *Jacob Jousen* im Schwerpunktbereich 2 (Arbeit und Soziales) gestellt.

** Der Autor *Schmidt* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (Prof. Dr. *Jacob Jousen*) und Rechtsreferendar am LG Essen. Die Autorin *Klus* ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (Prof. Dr. *Matteo Fornasier*, LL.M. [Yale]).

Am 20.12. erhält K eine Absage von T. K fühlt sich herabgesetzt. Deutsch als Muttersprache sei für Programmierer/-innen – was zutrifft – kein entscheidendes Kriterium. T habe zudem keine weitere Abstufung nach unterschiedlichen Deutschkenntnissen angeboten. Deshalb fordert er am 23.12. von T die Zahlung einer Entschädigung in Höhe von sechs Monatsgehältern. T lehnt dies ab und bietet K an, am 30.12. doch noch zu einem Vorstellungsgespräch zu erscheinen, was K jedoch seinerseits ohne Angabe von Gründen ablehnt. Vor Gericht meint T, dass K keine Entschädigung zustehen könne, da er – was stimmt – schon achtmal nach erfolglosen Bewerbungsverfahren Unternehmen auf Entschädigungen verklagt habe. Diese Tatsache, die Ablehnung des Vorstellungsgesprächs und auch die sonstigen Gesamtumstände zeigen nach Ansicht von T, dass es K bei seinen Bewerbungen nicht auf die konkrete Stelle abgesehen habe.

Aufgabe 1

Steht K ein Anspruch auf Entschädigung zu?

Teil 2

Bei T kehrt auch nach dem Rechtsstreit mit K keine Ruhe ein. Bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen den Mitarbeitern X, der seit einem Jahr bei T beschäftigt ist, und Y fallen am 15.5. schwerwiegende Äußerungen. Nach der dritten Nachtschicht in Folge beschimpft X den Y nach dessen provozierenden Äußerungen über den Lieblingsverein des X als „türkischen Esel“. Nach weiteren Wortgefechten mit Y, dessen Großvater tatsächlich aus der Türkei stammt, zitiert X eine halbe Stunde später beim Aufeinandertreffen an der Stempeluhr einen seiner Lieblingspolitiker und ruft Y zu, dass man ihn „in Anatolien entsorgen solle“. T reagiert zunächst nicht, sodass Y die Presse einschaltet. Als dadurch der Großkunde (G) des T auf den Vorfall aufmerksam wird, erklärt dieser gegenüber T, dass er alle Geschäftsverbindungen mit T beenden werde, wenn T keine Maßnahmen gegenüber X ergreife. Am 28.5. kündigt T das Arbeitsverhältnis mit X fristlos. Das Schreiben lässt T am gleichen Tag um 16.45 Uhr bei X in den Hausbriefkasten einwerfen. Die Zustellung der Deutschen Post AG und auch anderer Anbieter im Stadtteil des X erfolgt stets zwischen 9 und 13 Uhr. Die allgemeinen Zustellzeiten der Deutschen Post AG enden um 16 Uhr. Bei anderen Anbietern ist die Postzustellung teils erst am frühen Abend beendet.

X erhebt am 19.6. Kündigungsschutzklage. T erklärt, dass für X keine wirtschaftlichen Schäden in Kauf genommen werden und dieser bereits wegen ähnlicher Verfehlungen abgemahnt worden sei. X erwidert darauf, dass der Streit mit Y nicht allein seine Schuld gewesen sei und T genügend andere Kunden habe.

Aufgabe 2

Ist die zulässige Kündigungsschutzklage begründet?

Prüfen Sie alle im Sachverhalt angelegten Probleme, ggf. auch hilfsgutachterlich.

Anlage

Mai						
Montag	Dienstag	Mittwoch	Donnerstag	Freitag	Samstag	Sonntag
				1 Tag der Arbeit	2	3
4	5	6	7	8	9	10
11	12	13	14	15	16	17
18	19	20	21 Christi Himmelfahrt	22	23	24
25	26	27	28	29	30	31 Pfingsten
Juni						
Montag	Dienstag	Mittwoch	Donnerstag	Freitag	Samstag	Sonntag
1 Pfingsten	2	3	4	5	6	7
8	9	10	11 Fronleichnam	12	13	14
15	16	17	18	19	20	21
22	23	24	25	26	27	28
29	30					

Lösungsvorschlag

I. Anspruch auf Entschädigung, § 15 Abs. 2 S. 1 AGG

K könnte gegen T einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung in Geld haben, § 15 Abs. 2 S. 1 AGG.

1. Anwendungsbereich

a) Persönlicher Anwendungsbereich, § 6 AGG

Gemäß § 6 Abs. 1 S. 2 AGG sind grundsätzlich auch Bewerber als Beschäftigte im Sinne des AGG anzusehen. Problematisch ist an dieser Stelle jedoch, wie der Begriff des Bewerbers zu definieren ist.

Einerseits könnte man den Bewerber als eine Person definieren, die ihre Bewerbungsunterlagen eingereicht hat und außerdem subjektiv ernsthaft an der ausgeschriebenen Stelle interessiert ist (subjektiver Bewerberbegriff).¹ Auf die formale Stellung als Bewerber durch Einreichen einer Bewerbung kommt es nicht an.² Wird die Bewerbung in der Absicht abgegeben, nach der Ablehnung durch den potenziellen Arbeitgeber Entschädigungsansprüche nach dem AGG geltend zu machen, so ist davon auszugehen, dass es an der subjektiven Ernsthaftigkeit fehlt.³

Für den subjektiven Bewerberbegriff spricht zwar, dass dieser bereits zu einem frühen Zeitpunkt verhindert, dass die formale Stellung als Bewerber lediglich erworben wird, um im Anschluss Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche geltend machen zu können.⁴ Entscheidend gegen diese Defi-

nition spricht jedoch der Wortlaut des Gesetzes, der keinerlei Anhaltspunkte für die Berücksichtigung subjektiver Elemente bietet.⁵

Ein anderer Ansatzpunkt für die Definition des Bewerberbegriffs knüpft an die formale Einreichung der Bewerbungsunterlagen (formaler Bewerberbegriff) an.⁶ Hiernach ist es für die Bewerberstellung ausreichend, dass eine Person ihre Bewerbungsunterlagen eingereicht hat.⁷ Auf die subjektive Ernsthaftigkeit des Bewerbers kommt es demgegenüber nicht an.⁸

Indem K das Online-Bewerbungsformular abgeschickt hat, hat er seine Bewerbungsunterlagen bei T eingereicht und ist nach dem formalen Bewerberbegriff als Bewerber im Sinne der Vorschrift zu anzusehen.

Es entspricht dem Sinn und Zweck des AGG – einen möglichst weitreichenden Schutz zu gewährleisten⁹ –, wenn möglichst viele Personen unter den Anwendungsbereich des Gesetzes gefasst werden können. Einer etwaig vorwerfaren Gesinnung kann unter Zugrundelegung dieser Definition außerdem im Einzelfall über den Einwand des Rechtsmissbrauchs Rechnung getragen werden.¹⁰ Die Definition nach dem formalen Bewerberbegriff ist daher vorzugswürdig. K ist Bewerber im Sinne von § 6 Abs. 1 S. 2 AGG und der persönliche Anwendungsbereich ist damit eröffnet.

b) Sachlicher Anwendungsbereich, § 2 AGG

Als Bewerber sucht K Zugang zu unselbständiger Erwerbstätigkeit im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG. Damit ist auch der sachliche Anwendungsbereich gegeben.

2. Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG

Letztlich müsste auch ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG vorliegen.

a) Pönalisiertes Merkmal, § 1 AGG

Als pönalisiertes Merkmal nach § 1 AGG kommt die ethnische Herkunft in Betracht. Unter ethnischer Herkunft versteht man die Zugehörigkeit zu einer kulturell und/oder geschichtlich verbundenen, räumlich begrenzten Volksgruppe, die geprägt ist durch ein Gefühl gemeinschaftlicher Solidarität.¹¹

⁵ Benecke, EuZA 2018, 403 (412).

⁶ BAG NZA 2016, 1394 (1399); Preis/Temming (Fn. 3), § 34 Rn. 1579; Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2020, Rn. 157; Benecke, EuZA 2018, 403.

⁷ Horcher, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 55, Stand 1.8.2020, AGG § 6 Rn. 16 m.w.N.; Schlachter, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. 2020, AGG § 6 Rn. 3.

⁸ Benecke, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum AGG, Stand 1.6.2020, § 6 Rn. 33 ff. m.w.N.; Schlachter (Fn.7), AGG § 6 Rn. 3.

⁹ Schmidt, in: Schiek, Kommentar zum AGG, § 6 Rn. 4.

¹⁰ BAG BeckRS 2012, 65090 (Rn. 53); Bauer/Krieger, SAE 2015, 75 (77).

¹¹ BAG BeckRS 2016, 119064 (Rn. 37).

¹ BAG NJW 2009, 3319 (3322); Horcher, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 55, Stand 1.8.2020, AGG § 6 Rn. 17; Bauer/Krieger, SAE 2015, 75.

² Horcher, NZA 2015, 1047.

³ Preis/Temming, Individualarbeitsrecht, 6. Aufl. 2020, § 34 Rn. 1579.

⁴ Preis/Temming (Fn. 3), § 34 Rn. 1579.

Kriterien für die Annahme einer ethnischen Herkunft sind beispielsweise eine gemeinsame Sprache, Traditionen, Bräuche und eine gemeinsame Geschichte.¹² K ist Pole. Die Polen stellen – unabhängig von der Staatszugehörigkeit¹³ – eine westslawische Ethnie dar, die auf dem Staatsgebiet Polens und in der Diaspora leben. Das Merkmal der ethnischen Herkunft liegt somit vor.

b) Unmittelbare Benachteiligung, § 3 Abs. 1 AGG

K könnte unmittelbar im Sinne des § 3 Abs. 1 AGG benachteiligt worden sein. Das ist der Fall, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Die Sprache ist schon kein in § 1 AGG genannter Grund.¹⁴ Eine unmittelbare Benachteiligung im Sinne des § 3 Abs. 1 AGG scheidet damit aus.¹⁵

c) Mittelbare Benachteiligung, § 3 Abs. 2 AGG

In Betracht kommt damit, durch die Möglichkeit, „Deutsch Muttersprache“ im Online-Bewerbungsformular auszuwählen, dass eine mittelbare Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft vorliegt. Eine mittelbare Benachteiligung im Sinne des § 3 Abs. 2 AGG besteht, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung des Ziels angemessen und erforderlich.

aa) Neutrales Kriterium

Die Sprache ist kein in § 1 AGG genanntes Kriterium und damit ein neutrales Kriterium.

bb) Benachteiligende Wirkung

Fraglich ist jedoch, ob der Anforderung „Deutsch Muttersprache“ eine benachteiligende Wirkung zukommt. Muttersprache ist die Sprache, die man von Kind auf oder als Kind als erstes lernt. Gemeint ist damit der primäre Spracherwerb. Sie ist typischerweise mit der Herkunft eines Menschen und dem Sprachraum, in dem er aufgewachsen ist, verbunden und damit auch (mittelbar) mit seiner ethnischen Herkunft.¹⁶ Anders als sonstige Sprachkenntnisse lässt sich eine Mutter-

sprache per definitionem nicht neu erlernen. Als Anforderung schließt sie alle Bewerber aus, die nicht in ihrer frühen Kindheit ohne formalen Unterricht Deutsch gelernt haben, und dies ganz unabhängig davon, wie gut sie die deutsche Sprache beherrschen.¹⁷ Damit kommt der Auswahlmöglichkeit „Deutsch Muttersprache“ eine benachteiligende Wirkung zu. Durch die Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch¹⁸ bzw. die Nichteinstellung¹⁹ ist K tatsächlich benachteiligt worden.²⁰

cc) „Wegen“ eines in § 1 AGG genannten Grundes – Kausalität, § 7 Abs. 1 AGG

Die benachteiligende Wirkung müsste auf einem in § 1 AGG genannten Grund beruhen. Ausdrücklich wurde K von T nicht wegen seiner Ethnie abgelehnt. Jedoch genügt gemäß § 22 AGG das Vorliegen von Indizien, die die Vermutung begründen, dass die Benachteiligung wegen des Merkmals stattgefunden hat. Ein solches Indiz könnte hier in der Stellenausschreibung des T liegen. Eine Stelle darf gemäß § 11 AGG nicht entgegen § 7 Abs. 1 AGG ausgeschrieben werden. Die Auswahlmöglichkeit „Deutsch Muttersprache“ im Online-Bewerbungsformular könnte insofern diskriminierend sein. Sie findet sich zwar nicht in der vorangestellten Stellenausschreibung selbst. Jedoch ist das Online-Bewerbungsformular derart eng damit verknüpft, dass es sich auch an diesem Maßstab messen lassen muss. Mit der Auswahlmöglichkeit „Deutsch Muttersprache“ oder „anderweitige Deutschkenntnisse“ wird deutlich, dass gerade nicht die Abfrage der Sprachkenntnisse, sondern die Frage Muttersprachler „ja oder nein“ im Mittelpunkt stand. Damit wird deutlich gemacht, dass lediglich Bedarf bzw. Interesse an solchen Kandidaten besteht, die im deutschen Sprachraum aufgewachsen sind.²¹ Die ethnische Herkunft des K ist damit nach der Vermutung des § 22 AGG kausal für die Benachteiligung geworden.

¹² Roloff, in: Beck'scher Online-Kommentar zum ArbR, Ed. 56, Stand: 1.6.2020, § 1 Rn. 3 AGG.

¹³ Vgl. dazu Serr, in: Staudinger, Kommentar zum AGG, 2018, § 1 Rn. 18.

¹⁴ Serr (Fn. 13), § 1 Rn. 19.

¹⁵ A.A.: LAG Hessen BeckRS 2015, 72814 (Rn. 24 ff.); ArbG Berlin NZA-RR 2010, 16 (17); Baumgärtner, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum AGG, Stand 1.6.2020, § 1 Rn. 77.

¹⁶ BAG NZA 2018, 33 (38); ähnlich BAG BeckRS 2016, 119064 (Rn. 39).

¹⁷ LAG Hessen BeckRS 2015, 72814 (Rn. 29).

¹⁸ So noch BAG NJW 2012, 3805 (3806); BAG NZA 2014, 82 (84).

¹⁹ So inzwischen BAG NJW 2020, 2289 (2291).

²⁰ Zur Erforderlichkeit einer tatsächlichen Benachteiligung bei § 3 Abs. 2 AGG Roloff (Fn. 12), AGG § 3 Rn. 17.

²¹ Bei einer Differenzierungsmöglichkeit zwischen unterschiedlichen Deutschkenntnissen („verhandlungssicher“, „fortgeschritten“, „gute Kenntnisse“, „Grundlagen“) wäre es auch möglich, dass T mit der Frage nach den Deutschkenntnissen ausschließlich darauf abzielte, sich Informationen über das Sprachniveau und die Qualität der Beherrschung der deutschen Sprache durch die Bewerbenden zu verschaffen. Dann ließe sich dem Online-Bewerbungsformular nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit entnehmen, dass T nur „Muttersprachler“ im oben genannten Sinn sucht und anderweitig erworbene Sprachkenntnisse nicht genügen lässt; siehe BAG BeckRS 2016, 119064 (Rn. 41).

dd) Rechtfertigung, § 3 Abs. 2 Hs. 2 AGG

Es könnte jedoch eine Rechtfertigung im Sinne des § 3 Abs. 2 Hs. 2 AGG vorliegen, die die Annahme einer mittelbaren Benachteiligung ausschließen würde. Hierfür müssten die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sein. Die Entscheidung eines Arbeitgebers, bestimmte Anforderungen an potenzielle Bewerber zu stellen, um die bestmögliche Verrichtung der späteren Tätigkeit sicherzustellen, fällt grundsätzlich in dessen Entscheidungsspielraum und stellt somit ein rechtmäßiges Ziel im Sinne des § 3 Abs. 2 Hs. 2 AGG dar.²² Jedoch sind muttersprachliche Deutschkenntnisse für in der IT-Branche tätige Programmierer kein entscheidendes Qualifikationsmerkmal und dieses Ziel des Arbeitgebers ist damit sachlich nicht gerechtfertigt. Eine Rechtfertigung gemäß § 3 Abs. 2 Hs. 2 AGG scheidet aus.

d) Zwischenergebnis

Es liegt eine mittelbare Benachteiligung nach § 3 Abs. 2 AGG vor, die zu einem Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG führt.

3. Entschädigung, § 15 Abs. 2 S. 1 AGG

K hat somit grundsätzlich einen Anspruch auf Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 S. 1 AGG.

4. Ausschluss wegen Rechtsmissbrauchs, § 242 BGB

Dem Anspruch könnte jedoch der Einwand des Rechtsmissbrauchs gemäß § 242 BGB entgegenstehen.²³ Hiernach darf sich niemand auf unrechtmäßig erworbene Rechte oder Rechtsgüter berufen. Das wäre der Fall, wenn K sich lediglich beworben hätte, um den formalen Status als Bewerber zu erhalten und anschließend Entschädigungsansprüche nach § 15 Abs. 2 S. 1 AGG geltend machen zu können.²⁴ Rechtsmissbräuchliches Verhalten liegt vor, wenn objektiv trotz Einhaltung der formalen Regelungen das Ziel der europäischen Richtlinien, auf denen das AGG beruht, nicht eingehalten werden kann und durch objektive Anhaltspunkte erkennbar wird, dass die Bewerbung subjektiv allein auf eine Entschädigung gerichtet ist.²⁵

K hat sich auf verschiedene, über das gesamte Bundesgebiet verteilte Stellen beworben. Die von T ausgeschriebene Stelle befindet sich im 350 Kilometer entfernten Bonn. Als Erklärung hierfür kommt in Betracht, dass K unbedingt eine Anstellung finden möchte und dafür auch bereit ist, umzuziehen.²⁶ Dies gilt für K im Besonderen, da seine derzeitige Adresse lediglich ein erster Anlaufpunkt in Deutschland sein soll. Damit stellt das Bewerbungsverhalten des K für sich

genommen kein aussagekräftiges Indiz für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten dar. Auch, dass er sich auf Stellen unterhalb seiner Qualifikation beworben hat, könnte mit seinem dringenden Wunsch nach einer Arbeitsstelle zu erklären sein.

Die Verwendung eines standardisierten Bewerbungsschreibens könnte hingegen Ausdruck einer nicht ernstgemeinten Bewerbung sein. Wie viel Mühe sich ein Bewerber mit seinen Bewerbungsunterlagen gibt, ist aber vielmehr ein Grund für den Arbeitgeber, sich für oder gegen einen Bewerber zu entscheiden, als dass es die Vermutung auf rechtsmissbräuchliches Verhalten zulassen würde. Zudem spricht ein „effizienter Arbeitsaufwand“ beim Verfassen des Bewerbungsschreibens nicht gegen die Ernsthaftigkeit der Bewerbung.²⁷

Zwar hat K bereits – jeweils nach erfolglosen Bewerbungsverfahren – achtmal Unternehmen auf Entschädigung verklagt, jedoch indiziert dies nicht die Grundlosigkeit der jeweiligen Klagen. Somit ist auch dies kein hinreichendes Indiz für ein rechtsmissbräuchliches Bewerbungsverhalten.²⁸ Bestätigt wird diese rechtliche Einschätzung auch dadurch, dass das AGG für seine Durchsetzbarkeit und Durchsetzungskraft auf die Mitwirkung Betroffener angewiesen ist, wie sich aus § 17 Abs. 1 AGG ergibt. Würde man nun die vermehrte Durchsetzung eigener Ansprüche aus dem AGG als Indiz für einen Rechtsmissbrauch werten, würde dies dem Zweck von § 17 Abs. 1 AGG zuwiderlaufen.²⁹

Als weiterer Anhaltspunkt für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten hat K auch eine nachträgliche Einladung zu einem Bewerbungsgespräch bei T abgelehnt. Relevanter Zeitpunkt für die Beurteilung, ob rechtsmissbräuchliches Verhalten vorliegt, ist jedoch der Zeitpunkt der Bewerbung.³⁰ Die nachträgliche Einladung und die Absage des K lagen zeitlich erst danach und können für den Rechtsmissbrauchseinwand somit keine Rolle spielen. Gleiches gilt für die Geltendmachung der hohen Entschädigungsforderung des K, die mit sechs Monatsgehältern deutlich oberhalb der Grenze von § 15 Abs. 2 S. 2 AGG liegt.

Im Ergebnis liegen damit keine ausreichenden Anhaltspunkte für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des K vor.³¹

5. Ergebnis

K hat gegen T einen Anspruch auf angemessene Entschädigung in Geld, § 15 Abs. 2 S. 1 AGG. Die genaue Höhe des Anspruchs steht im Ermessen des Gerichts.

II. Begründetheit der Kündigungsschutzklage

Die Kündigungsschutzklage ist begründet, wenn das Arbeitsverhältnis nicht durch die außerordentliche Kündigung von T aufgelöst worden ist.

²² BAG NZA 2018, 33 (39).

²³ Zur unionsrechtlichen Zulässigkeit siehe EuGH NJW 2016, 2796 (2798).

²⁴ BAG NZA 2017, 310 (314).

²⁵ BAG NZA 2017, 310 (315); vgl. auch *Armbrüster/Wollenberg*, JuS 2020, 400 (403).

²⁶ Vgl. auch BAG BeckRS 2017, 112923 (Rn. 143); LAG Hessen NZA-RR 2018, 584 (587).

²⁷ BAG NJW 2017, 1409 (1414).

²⁸ Vgl. BAG BeckRS 2017, 112923 (Rn. 144 ff.).

²⁹ *Kocher*, in: Schiek (Fn. 9), § 17 Rn. 1.

³⁰ BAG BeckRS 2017, 112923 (Rn. 142); LAG Hessen NZA-RR 2018, 584 (587).

³¹ Eine a.A. ist ebenso vertretbar.

1. Kündigungserklärung

Eine wirksame schriftliche (§ 623 BGB) Kündigungserklärung liegt vor.

2. Materielle Präklusionsfrist, §§ 13 Abs. 1 S. 2, 4 S. 1, 7 KSchG

Um die Fiktion einer von Anfang an rechtswirksamen Kündigung zu verhindern, müsste X die Unwirksamkeit der Kündigung innerhalb einer Ausschlussfrist von drei Wochen durch Einreichung einer Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht geltend gemacht haben.

Der Fristbeginn richtet sich hierbei nach den allgemeinen Regeln der §§ 187 ff. BGB. Entscheidend für den Fristbeginn im Sinne des § 187 Abs. 1 BGB ist damit der Zugang der Kündigungserklärung. Gemäß § 130 Abs. 1 S. 1 BGB geht eine schriftliche Erklärung unter Abwesenden zu, wenn sie derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass dieser unter normalen Umständen davon Kenntnis nehmen kann. Am 28.5. kündigte T das Arbeitsverhältnis mit X fristlos und ließ das Kündigungsschreiben noch am gleichen Tag um 16:45 Uhr in dessen Hausbriefkasten werfen. Mit dem Einwurf in den Briefkasten ist die Kündigung in den Machtbereich des X gelangt. Problematisch ist, wann X unter normalen Umständen die Möglichkeit der Kenntnisnahme hatte. Grundsätzlich richtet sich dies nach den gewöhnlichen Verhältnissen und Gepflogenheiten. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist hierbei nicht auf die individuellen Verhältnisse des Empfängers abzustellen.³² Bei Hausbriefkästen wird überwiegend vertreten, dass sie nach Ende der örtlichen Zustellzeiten geleert werden, sodass dies den für den Zugang relevanten Zeitpunkt darstellt.³³ Nach anderer Ansicht ist die Zustellung durch die Deutsche Post AG, welche grundsätzlich um 16:00 Uhr endet, maßgeblich.³⁴ Teilweise wird sogar vertreten, dass ein noch späterer Zeitpunkt – ca. 17–18 Uhr – maßgeblich sei, da private Zusteller vereinzelt auch am späten Nachmittag und frühen Abend noch zustellen.³⁵

Im Stadtteil des X erfolgt die Zustellung durch die Deutsche Post AG und auch andere Anbieter erfahrungsgemäß bis spätestens 13:00 Uhr. Zwar stellen einige private Anbieter in der Gegend auch erst am Abend zu, für eine objektive Vergleichbarkeit und im Sinne der Rechtssicherheit kann dies

jedoch keine Rolle spielen.³⁶ Der Einwurf des Briefs erfolgte am 28.5. sowohl nach 13:00 Uhr als auch nach 16:00 Uhr, sodass mit einer Kenntnisnahme durch X am 28.5. nicht zu rechnen war. Demnach ging die Kündigung erst am 29.5. zu. Damit begann die Frist gemäß § 187 Abs. 1 BGB am 30.5. um 0:00 Uhr zu laufen. Fristende ist gemäß § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB der 19.6. um 24:00 Uhr. X hat am 19.6. Kündigungsschutzklage erhoben und damit die Frist gewahrt.

3. Wichtiger Kündigungsgrund

Gemäß § 626 Abs. 1 BGB müsste zunächst ein an sich wichtiger Grund vorliegen und anschließend eine Interessenabwägung im Einzelfall vorgenommen werden, ob es für den Arbeitgeber zumutbar ist, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist fortzusetzen, oder ob die Umstände es erlauben, das Arbeitsverhältnis fristlos zu kündigen.

a) An sich wichtiger Grund

Möglich ist, dass der durch G ausgeübte Druck auf T ursächlich für die Kündigung war und damit ein Fall der sog. *echten Druckkündigung* vorliegt, für die nach § 626 Abs. 1 BGB besonders strenge Maßstäbe gelten.³⁷ Eine solche liegt vor, wenn der Grund der Kündigung in dem von Dritten auf den Arbeitgeber ausgeübten Druck, einen bestimmten Arbeitgeber zu entlassen, liegt und der Arbeitnehmer selbst keinen Anlass zur Kündigung geliefert hat.³⁸ Abzugrenzen ist diese von der *unechten Druckkündigung*, bei der der gekündigte Arbeitnehmer einen objektiven Anlass zur Kündigung gibt.³⁹

Die Störung des Betriebsfriedens durch die fremdenfeindlichen bzw. rassistischen Äußerungen von X stellen eine Verletzung der Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB und damit eine Vertragspflichtverletzung dar.⁴⁰ Neben der Störung des Betriebsfriedens durch die rassistischen Äußerungen sind auch das Ansehen und die Außenbeziehungen von T, ebenso der Schutz des angegriffenen Arbeitnehmers Y vor Verletzungen seines Persönlichkeitsrechts betroffen. Es liegt damit ein an sich wichtiger, verhaltensbedingter Grund vor.⁴¹ Damit hat X einen objektiven, verhaltensbedingten Grund für die Kündigung gegeben. Es handelt sich also um eine unechte Druckkündigung, bei der nicht die besonderen Voraussetzungen der echten Druckkündigung, sondern die allgemeinen Maßstäbe für einen verhaltens- bzw. personenbedingten Kündigungsgrund im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB gelten.⁴²

³² BAG AP KSchG 1969 § 5 Nr. 19, Rn. 21; BAG NZA 2015, 1183 (1187); BAG NJW 2019, 3666 (3667).

³³ BAG AP KSchG 1969 § 5 Nr. 19, Rn. 21; BAG NZA 2015, 1183 (1187); BAG NJW 2019, 3666 (3667).

³⁴ LAG Hamburg, Urt. v. 13.2.2014 – 8 Sa 68/13, Rn. 30 f. (juris).

³⁵ 17 Uhr: LAG München, Urt. v. 2.2.2011 – 11 Sa 17/10, Rn. 72 (juris); LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 14.12.2018 – 9 Sa 69/18, Rn. 52 (juris); 14 Uhr: LAG München, Urt. v. 5.3.2008 – 7 Ta 2/08, Rn. 13 (juris); nicht mehr nach 16 Uhr: LAG Köln NZA-RR 2011, 180 (182); 18 Uhr: *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 79. Aufl. 2020, § 130 Rn. 6.

³⁶ LAG Hamburg, Urt. v. 13.2.2014 – 8 Sa 68/13, Rn. 30 f. (juris).

³⁷ Vgl. m.w.N. *Preis*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 626 Rn. 235.

³⁸ *Junker* (Fn. 6), Rn. 412.

³⁹ *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, 24. Aufl. 2019, Rn. 405.

⁴⁰ Dazu *Vossen*, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 5. Aufl. 2017, § 626 Rn. 220 f. m.w.N.

⁴¹ Vgl. zu einem ähnlichen Fall BAG NZA 1999, 1270.

⁴² *Niemann*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. 2020, § 626 Rn. 185.

*b) Umfassende Interessenabwägung**aa) Negative Prognose*

Nach dem Prognoseprinzip können Vorfälle aus der Vergangenheit nur dann für die Interessenabwägung herangezogen werden, wenn zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung davon auszugehen ist, dass diese Gründe das Arbeitsverhältnis auch in Zukunft wieder belasten werden.⁴³ X ist bereits in der Vergangenheit wegen ähnlicher Verfehlungen aufgefallen, dennoch hat sich ein solcher Zwischenfall im konkreten Fall wiederholt. Dies zeigt, dass auch künftig mit einem ähnlichen Verhalten zu rechnen ist und der Vorfall keine Ausnahme darstellt.

bb) Ultima-ratio-Grundsatz

Die außerordentliche Kündigung ist für den Arbeitgeber stets das letzte Mittel, um auf etwaiges Fehlverhalten seiner Arbeitnehmer zu reagieren, sodass sie grundsätzlich immer erst dann in Betracht kommt, wenn alle anderen möglichen, aber mildereren Mittel versagt haben.⁴⁴ Als solches gleich geeignetes, milderer Mittel käme hier eine Abmahnung in Betracht. T hat X jedoch bereits wegen ähnlicher Vorfälle in der Vergangenheit abgemahnt. Ebenfalls ist nicht zu erwarten, dass eine ordentliche Kündigung künftige Vertragsstörungen vermieden hätte. Die außerordentliche Kündigung war für T damit das letzte wirksame Mittel, um auf das Verhalten des X zu reagieren.

cc) Übermaßverbot

Insgesamt müsste jedoch auch dem Übermaßverbot ausreichend Rechnung getragen worden sein. Das ist der Fall, wenn die außerordentliche Kündigung angemessen ist.⁴⁵

Die Äußerungen erfolgten zwar als Reaktion auf eine Provokation des Y und in Folge einer aufgeheizten Stimmung nach mehreren Nachtschichten. Jedoch hat X den Y gezielt und schwerwiegend beleidigt. Die Äußerungen hat X außerdem – mit zeitlichem Abstand – wiederholt getätigt. Zudem besteht durch die negative Berichterstattung für den Betrieb des T nun ein Imageproblem. Dies führt so weit, dass T und seinem Betrieb wirtschaftliche Nachteile drohen, wenn G die Geschäftsbeziehungen mit T tatsächlich beendet. Auch mit Blick auf die kurze Beschäftigungsdauer des X von lediglich einem Jahr ist es T nicht zumutbar, wegen des Verhaltens des X solche wirtschaftlichen Schäden in Kauf zu nehmen und ihn zu schützen. Die außerordentliche Kündigung war daher angemessen.

Alles in allem überwiegt damit das Interesse des T an der sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

4. Kündigungserklärungsfrist, § 626 Abs. 2 S. 1 BGB

T müsste die Kündigung innerhalb der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 S. 1 BGB erklärt haben. Entscheidend ist, dass die Erklärung in diesem Zeitraum beim Arbeitnehmer zugegangen ist. Der Vorfall zwischen X und Y fand am

15.5. statt. An diesem Tag erhielt auch T Kenntnis davon. Nach § 187 Abs. 1 BGB begann die Zwei-Wochen-Frist damit am 16.5. um 0:00 Uhr zu laufen. Gemäß § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB ist Fristende der 29.5. um 24:00 Uhr. Wie bereits geprüft, ging die Kündigung X am 29.5. zu und damit noch innerhalb der Frist des § 626 Abs. 2 S. 1 BGB.

5. Ergebnis

Die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung liegen vor. Die Kündigungsschutzklage ist unbegründet.

⁴³ BAG NJW 2012, 407 (409).

⁴⁴ Junker (Fn. 6), Rn. 404.

⁴⁵ Junker (Fn. 6), Rn. 407.

Examensklausur: 40.000 t Schredder-Schrott

Von Prof. Dr. Ralf Müller-Terpitz, Dr. Anne Knodel, Wiss. Mitarbeiter Maximilian Schmidt, Mannheim*

Sachverhalt

Bis Ende 2018 betrieb die R-GmbH (R) in Mannheim eine Zerdiratoranlage, in der bestimmte Bestandteile von Auto-wracks geschreddert wurden. Zudem beabsichtigte R, eine weitere Anlage zu errichten, in der Altautos vollständig recycelt werden sollten („Full-Recycling“). Das in der Zerdiratoranlage anfallende Schredder-Material sollte dabei in der geplanten Anlage einer thermischen Verwertung zugeführt werden.

In Verfolgung dieses Vorhabens begann R ab 2017 damit, die in ihrer Zerdiratoranlage anfallenden Schredderrückstände für die geplante spätere Verwertung zwischenzulagern. Zu diesem Zweck mietete R eine Lagerhalle, welche sich zu diesem Zeitpunkt im Eigentum des K befand. Im Mietvertrag zwischen R und K hieß es unter anderem: „Falls wider Erwarten die zuständige Behörde die Baugenehmigung für die von R beabsichtigte Nutzung der Halle versagen sollte, kommt der Mietvertrag nicht zustande. Für die Zeit bis zu seinem Erliegen ist dann statt der Miete eine Nutzungsentschädigung zu zahlen, deren Höhe dem monatlich vereinbarten Mietzins (6.700 €) entspricht.“ Zudem verpflichtete sich R, „sämtliche die Nutzung betreffenden gesetzlichen oder sonstigen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen zu beachten und zu befolgen“. Im April 2017 wurde R von der hierfür zuständigen Stadt Mannheim eine bis zum 31.12.2018 befristete Baugenehmigung erteilt. Hiernach verbrachte R ca. 40.000 t Schredder-Rückstände in die angemietete Lagerhalle, wo sie sich bis heute befinden.

Im Mai 2017 beantragte R bei der zuständigen Behörde die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb der von ihr geplanten „Full-Recycling“-Anlage. Dieser Antrag wurde abgelehnt. Widerspruch und Verpflichtungsklage blieben ohne Erfolg. Aufgrund dieses gescheiterten Genehmigungsverfahrens fiel R in Insolvenz und wurde Ende 2018 liquidiert.

Anfang 2019 teilte die zuständige Behörde dem K mit, dass beabsichtigt sei, ihn zwecks Räumung der Lagerhalle in Anspruch zu nehmen und forderte ihn zur Stellungnahme auf. Daraufhin gab K unter Beachtung der zivilrechtlichen Voraussetzungen sowohl sein Eigentum am Grundstück nebst Lagerhalle als auch die tatsächliche Sachherrschaft über dieses Grundstück auf, was er der Behörde mitteilte. Dessen ungeachtet wies diese den K mit Verfügung vom Mai 2019 an, die Schredder-Rückstände in der Lagerhalle durch rechtlich zulässige Verwertung oder Entsorgung zu beseitigen. Zur Begründung machte die Behörde geltend, dass die Lagerung der Schredder-Rückstände materiell rechtswidrig sei, da von

diesen konkrete Brand- und Vergiftungsgefahren ausgingen. Die Behörde berief sich insofern auf ein Sachverständigen-gutachten, in dem zutreffend festgestellt worden war, dass infolge organischer Abbauprozesse Methan in entzündlicher Menge aus den Schredder-Rückständen austritt. Im Brand-falle würden zudem gefährliche Mengen an Dioxinen freigesetzt. Laut Gutachten könnten die materiell-rechtlichen Sicherheitsanforderungen auch nicht durch sinnvolle Sanierungsmaßnahmen der Lagerhalle erfüllt werden.

Gegen diese Verfügung legte K fristgerecht Widerspruch ein. Zur Begründung trug er im Wesentlichen vor, dass ihm als Vermieter keine Verantwortung für die Einlagerung bzw. Beseitigung der Schredder-Rückstände zukomme. Zudem habe er das Eigentum an dem streitgegenständlichen Grundstück sowie die Sachherrschaft über selbiges mittlerweile aufgegeben. Noch im laufenden Widerspruchsverfahren teilte der Schrotthändler D den zuständigen Behörden mit, dass er sich – was zutrifft – das herrenlose Grundstück angeeignet habe und als Grundstückseigentümer ins Grundbuch eingetragen wurde.

Dennoch wies die zuständige Widerspruchsbehörde im Februar 2020 den Widerspruch des K zurück. Zur Begründung führte sie aus, dass K seine Eigentümerpflichten nicht einfach auf die Allgemeinheit abwälzen könne. Er sei jedenfalls als Verhaltensverantwortlicher für die von den Schredder-Rückständen ausgehenden Gefahren verantwortlich. Ihm sei bewusst gewesen, dass der mit R geschlossene Mietvertrag auf eine risikobehaftete Nutzung des Grundstücks ausgerichtet war. Dies zeige bereits der Umstand, dass die Gültigkeit des Vertrags von der Erteilung einer Baugenehmigung abhängig gemacht worden sei. Als Vermieter habe K folglich den Anlass für die Herstellung der Schrotthalde gegeben und aus der Vermietung wirtschaftlichen Nutzen gezogen. Auch die befristet erteilte Baugenehmigung enthebe K nicht von seiner Verantwortlichkeit, da die Prüfung der baurechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen nicht dem Schutz des K vor einer Inanspruchnahme diene. Zudem sei davon auszugehen, dass die miethvertragliche Vorbehaltsklausel weniger dem Schutz des K als dem Interesse des R gedient habe, am Vertrag nur dann festgehalten zu werden, wenn die beabsichtigte Nutzung baurechtlich genehmigt sei. Im Übrigen sei eine Dereliktion, mit welcher sich der Eigentümer seiner öffentlich-rechtlichen Pflichten zu entledigen gedenke, nichtig. Selbst wenn man von ihrer Wirksamkeit ausgehe, könne K im Rahmen einer „nachwirkenden Haftung“ als Verantwortlicher in Anspruch genommen werden.

Gegen die Verfügung vom Mai 2019 und den Widerspruchsbescheid vom Februar 2020 erhob K fristgerecht Klage zum zuständigen Verwaltungsgericht. Ergänzend führt er in seiner Klagebegründung aus, nicht im Bewusstsein gehandelt zu haben, dass die Überlassung der Mietsache höchstwahrscheinlich zu einer Gefährdung oder gar Störung der öffentlichen Sicherheit durch das Verhalten der R führen werde. Dies zeige sich schon an Rs miethvertraglicher Ver-

* Prof. Dr. Ralf Müller-Terpitz ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Recht der Wirtschaftsregulierung und Medien an der Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre der Universität Mannheim, Frau Dr. Anne Knodel ehemalige Wiss. Mitarbeiterin und Herr Maximilian Schmidt aktueller Wiss. Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl.

pflichtung, die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen einzuhalten. Zudem weist K darauf hin, dass es die Widerspruchsbehörde versäumt habe, die während des Widerspruchsverfahrens eingetretenen Veränderungen im Rahmen ihrer Entscheidung zu berücksichtigen.

Noch während des laufenden Gerichtsverfahrens stellen Mitarbeiter der zuständigen Behörde fest, dass rekordsummerliche Temperaturen eine extrem hohe Methankonzentration in der Lagerhalle zur Folge haben, weshalb eine akute Brand- und Explosionsgefahr besteht. Die Gefahr kann nicht durch anderweitige Maßnahmen (z.B. Belüftung der Halle) sicher gebannt werden. Die Behörde ordnet deshalb als Notstandsmaßnahme die sofortige Vollziehung der Verfügung vom Mai 2019 an. K wird zuvor nicht erneut angehört.

Frage

Was muss K jetzt unternehmen, wenn er dieser Anordnung der sofortigen Vollziehung keine Folge leisten will? Wie steht es um seine Erfolgsaussichten?

Bearbeitungsvermerk

Zu allen mitgeteilten Sachverhaltselementen ist Stellung zu nehmen.

Lösen Sie die Klausur auf der Grundlage des für Sie maßgeblichen Polizei- und Ordnungsrechts. Die nachstehende Lösung folgt exemplarisch dem baden-württembergischen Recht. Das KrWG sowie andere abfallrechtliche Vorschriften des Bundes oder der Länder und das BImSchG sind nicht zu prüfen.

Lösungsvorschlag

Möchte K der Anordnung der sofortigen Vollziehung der Beseitigungsverfügung vom Mai 2019 keine Folge leisten, so muss er gemäß § 80 Abs. 5 S. 1 Var. 2 VwGO einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage beim zuständigen Verwaltungsgericht stellen.¹

Ein solcher Antrag hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig (A.) und begründet (B.) ist.²

A. Zulässigkeit des Antrags

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Für die Entscheidung zuständig ist das Gericht der Hauptsache, bei dem die Klage anhängig ist, § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO. Der Rechtsweg für einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO steht mithin offen, wenn in der Hauptsache der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. In Ermangelung aufdrängender Sonderzuweisungen richtet sich dies vorliegend nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO.

Laut Bearbeitervermerk ist der Streitgegenstand nach den Normen des Polizei- und Ordnungsrechts zu entscheiden. Für Baden-Württemberg ist dies das Polizeigesetz (PolG BW). Dieses beinhaltet gesetzliche Bestimmungen, welche einsei-

tig den Staat zu einem Handeln berechtigen, was den Normen einen öffentlich-rechtlichen Charakter verleiht. Auch stehen sich nicht zwei unmittelbar am Verfassungsleben Beteiligte gegenüber, die über Rechte und Pflichten aus der Verfassung streiten, so dass die Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art ist. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist ebenfalls nicht erkennbar.

Hinzu kommt, dass sich die Behörde einer öffentlich-rechtlichen Handlungsform – dem Verwaltungsakt – bedient hat und das Hauptsacheverfahren vor dem Verwaltungsgericht schon anhängig ist, das Gericht mithin seine Zuständigkeit von Amts wegen bereits bejaht hat.

II. Statthaftigkeit des Antrags

Die Statthaftigkeit richtet sich nach dem Begehren des Antragsstellers, §§ 88, 122 Abs. 1 VwGO.

Hinweis: Bitte achten Sie bei der Klausurbearbeitung auf die Terminologie. Da es sich vorliegend um ein Antragsverfahren handelt, muss vom Antrag (und nicht von der Klage), von der Antragsbefugnis (und nicht von der Klagebefugnis) und sodann vom Antragsteller und Antragsgegner (und nicht vom Kläger und Beklagten) die Rede sein. Die Verwendung der falschen Terminologie ist zwar kein gravierender Fehler, könnte aber dennoch zu einer leichten Herabstufung in der Benotung führen.

K möchte der Anordnung der sofortigen Vollziehung keine Folge leisten; in Betracht kommt deshalb gerichtlicher Eilrechtsschutz. Als Verfahren des Eilrechtsschutzes sieht die VwGO das Verfahren nach § 123 VwGO sowie nach § 80 Abs. 5 VwGO vor, wobei Ersteres subsidiär ist (vgl. § 123 Abs. 5 VwGO). Das Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO ist statthaft, wenn sich der Antragsteller gegen einen belastenden Verwaltungsakt wendet und die aufschiebende Wirkung des Hauptsachrechtsbehelfs anordnen bzw. wiederherstellen lassen möchte. § 80 Abs. 5 VwGO kommt mithin typischerweise dann zur Anwendung, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage die statthafte Klageart ist. Zu prüfen ist daher, welche Klageart in der Hauptsache dem klägerischen Begehren Rechnung trägt.

K geht es um die Aufhebung der Verfügung vom Mai 2019. Dabei handelt es sich um einen ihn belastenden Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG, so dass in der Hauptsache eine Anfechtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 S. 1 Var. 1 VwGO der statthafte Rechtsbehelf ist. Statthaftes Verfahren ist somit der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 S. 1 Hs. 2 VwGO.

III. Antragsbefugnis

K muss des Weiteren schlüssig geltend machen, dass durch die sofortige Vollziehbarkeit des Verwaltungsakts eine Verletzung in eigenen Rechten möglich erscheint, § 42 Abs. 2 VwGO analog.³ Der in der Hauptsache angegriffene Bescheid

¹ Allgemein zum vorläufigen Rechtsschutz im Verwaltungsprozess: *Wischmeyer/Voßkuhle*, JuS 2016, 1079 ff.

² Allgemein zum Aufbau von Klausuren im Polizei- und Ordnungsrecht: *Rusteberg/Poscher*, JuS 2011, 1082 ff.

³ Die Antragsbefugnis folgt nach ganz h.M. der Klagebefugnis in der Hauptsache, vgl. nur BVerwG, NVwZ 1993, 565

vom Mai 2019 stellt einen belastenden Verwaltungsakt dar. Es besteht mithin die Möglichkeit, dass K als dessen Adressat jedenfalls in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt ist. Die Antragsbefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO folgt hier folglich aus der sog. Adressatenstellung des K.

IV. Rechtsschutzbedürfnis

Für seinen Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO müsste K zudem ein Rechtsschutzbedürfnis genießen.

Hierzu darf der Antragsteller sein Rechtsschutzziel nicht schneller und effektiver durch andere Rechtsbehelfe oder Rechtsmittel erreichen können. Der K hat bereits Klage und Widerspruch erhoben. Ein schnellerer und effektiverer Weg zur Erreichung seines Antragsziels ist nicht ersichtlich. Eines Rückgriffs auf § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO bedarf es deshalb nicht.⁴

Des Weiteren dürfte die Klage des K in der Hauptsache nicht offensichtlich unzulässig sein. Denn eine offensichtlich unzulässige Klage kann keine aufschiebende Wirkung entfalten. Vorliegend sind allerdings keine Gründe für eine offensichtliche Unzulässigkeit der Klage des K ersichtlich.

Schließlich erfordert eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, dass die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs bzw. der Anfechtungsklage entfallen ist, mithin also eine Anordnung der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts im Sinne des § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO vorliegt. Die Behörde hat die sofortige Vollziehung nach Klageerhebung angeordnet. Eine solche Anordnung kann – wie vorliegend – bis zum rechtskräftigen Abschluss des verwaltungsgerichtlichen Hauptsacheverfahrens erfolgen. Die Klage entfaltet folglich keinen Suspensiveffekt.⁵

Im Ergebnis genießt K mithin das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis.

V. Richtige Antragsgegnerin

Richtige Antragsgegnerin ist je nach Landesrecht entweder die Rechtsträgerin der handelnden Behörde (Rechtsträgerprinzip, § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog) oder die Behörde selbst (Behördenprinzip, § 78 Abs. 2 Nr. 2 VwGO analog).⁶

(566). Zudem darf der vorläufige Rechtsschutz nicht weiter reichen als der Rechtsschutz in der Hauptsache.

⁴ Aufgrund der bereits erfolgten Klageerhebung ist der Streit entbehrlich, ob der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO eine vorherige Rechtsbehelfseinlegung in der Hauptsache voraussetzt, siehe dazu und dies verneinend *Schenke*, in: *Kopp/Schenke, VwGO*, 25. Aufl. 2019, § 80 Rn. 139. Dafür hingegen m.w.N. *Hoppe*, in: *Eyermann, VwGO*, 15. Aufl. 2019, § 80 Rn. 81.

⁵ Letzteres kann auch bereits in der Statthaftigkeit des Antrags erörtert werden.

⁶ § 78 VwGO steht im 8. Abschnitt der VwGO „Besondere Vorschriften für Anfechtungs- und Verpflichtungsklage“, so dass eine direkte Anwendung im Rahmen des Eilrechtsschutzes ausscheidet. In Rechtsprechung und Literatur ist allerdings umstritten, ob § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO eine Regelung

In Baden-Württemberg gilt das Rechtsträgerprinzip. Gemäß §§ 66 Abs. 2, 60 Abs. 1, 61 Abs. 1 Nr. 4, 62 Abs. 4 S. 1 PolG BW ist vorliegend die Stadt Mannheim zuständig und folglich auch die richtige Antragsgegnerin.

VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Gemäß § 61 Nr. 1 Var. 1 VwGO ist K als natürliche Person am Verfahren beteiligtenfähig. Die Prozessfähigkeit des K folgt aus § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO.

Die Beteiligten- und Prozessfähigkeit der Antragsgegnerin richtet sich erneut nach dem jeweiligen Landesrecht.

In Ländern, die dem Behördenprinzip folgen, ist die Behörde gemäß § 61 Nr. 3 VwGO i.V.m. den jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften⁷ beteiligtenfähig. Die Behörde muss dabei gemäß § 62 Abs. 3 VwGO durch ihren gesetzlichen Vertreter vertreten werden.

In Ländern, die – wie Baden-Württemberg – dem Rechtsträgerprinzip folgen, ist die Körperschaft als juristische Person des öffentlichen Rechts gemäß § 61 Nr. 1 Var. 2 VwGO beteiligtenfähig und muss nach § 62 Abs. 3 VwGO ebenfalls durch ihren gesetzlichen Vertreter vertreten werden. In Baden-Württemberg ist die Gemeinde Gebietskörperschaft (§ 1 Abs. 4 GemO BW) und wird von ihrem Bürgermeister vertreten (§ 42 Abs. 1 S. 2 GemO BW). Im Stadtkreis Mannheim (§§ 3 Abs. 1, 131 Abs. 1 GemO BW) trägt der Bürgermeister die Amtsbezeichnung Oberbürgermeister (§ 42 Abs. 4 GemO BW).

VII. Zuständigkeit

Gemäß § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO entscheidet das Gericht der Hauptsache über den Antrag. Gemäß § 45 VwGO, § 1 Abs. 2 AGVwGO BW, §§ 11 Abs. 1, 12 Abs. 2 LVG BW ist dies ist vorliegend das VG Karlsruhe.

Zwischenergebnis

Der Antrag des K gemäß § 80 Abs. 5 S. 1 Var. 2 VwGO ist zulässig.

B. Begründetheit des Antrags

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist begründet, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell fehlerhaft ist (I.) oder wenn bei Abwägung aller Umstände davon auszugehen ist, dass das Interesse des Betroffenen am einstweiligen Nichtvollzug das öffentliche Interesse am sofortigen Vollzug überwiegt. Letzteres ist der Fall, wenn der streitgegenständliche Verwaltungsakt offen-

über die – in der Zulässigkeit zu prüfende – passive Prozessführungsbefugnis oder die – in der Begründetheit zu erörternde – Passivlegitimation trifft. Greift auf Seiten des Antragsgegners das Behördenprinzip des § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO, ist darin eine Regelung über die passive Prozessführungsbefugnis zu erblicken, die am Ende der Zulässigkeit zu prüfen ist.

⁷ So z.B. in Bbg: § 8 Abs. 1 BbgVwGG; M-V: § 14 Abs. 1 AGGerSrG MV; SL: § 19 Abs. 1 AGVwGO SL.

sichtlich rechtswidrig ist (II.). Hinzukommen muss, dass der Antragsteller dadurch in seinen Rechten verletzt wird.⁸

I. Formelle Rechtswidrigkeit der Vollziehungsanordnung

Zu prüfen ist, ob die Vollziehungsanordnung formell rechtswidrig ist. Dies ist der Fall, wenn sie nicht von der zuständigen Behörde im dafür vorgesehenen Verfahren und der vorgesehenen Form erlassen wurde.

Laut Sachverhalt hat die zuständige Behörde gehandelt. Fraglich ist jedoch, ob die Anordnung auch im Übrigen formell rechtmäßig ist. Hieran könnten unter folgenden Gesichtspunkten Zweifel bestehen:

Zum einen hat die Behörde das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung nicht schriftlich begründet (vgl. § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO). Gemäß § 80 Abs. 3 S. 2 VwGO bedarf es einer solchen Begründung allerdings nicht, wenn Gefahr im Verzug (rechtzeitige Begründung wegen drohenden Schadenseintritts nicht mehr möglich) besteht und die Behörde eine als solche bezeichnete Notstandsmaßnahme trifft. Erforderlich ist außerdem, dass die Notstandsmaßnahme im öffentlichen Interesse getroffen wird.⁹ Aufgrund der drohenden Explosions- und Brandgefahr sowie des Umstands, dass die Halle in unmittelbarer Nachbarschaft zu einem Wohngebiet steht, liegt eine Gefahr für die Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) und das Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG) der Anwohner vor. Dem Staat obliegen insoweit grundrechtliche Schutzpflichten¹⁰, weshalb die Notstandsmaßnahme im öffentlichen Interesse getroffen wurde.

Zum anderen hat die Behörde den K vor Erlass der Vollziehungsanordnung nicht angehört. Allerdings ist sehr umstritten, ob es einer solchen Anhörung überhaupt bedarf.¹¹ Selbst wenn man § 28 Abs. 1 LVwVfG auf den vorliegenden Fall direkt oder analog anwenden wollte, entfielen eine Anhörungspflicht jedoch gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 1 LVwVfG, da –

wie vorstehend ausgeführt – von einer Gefahr im Verzug auszugehen ist.

Die Anordnung ist mithin formell fehlerfrei ergangen.

II. Offensichtliche Rechtswidrigkeit der Verfügung vom Mai 2019

Der Antrag des K wäre begründet, wenn die Verfügung vom Mai 2019 offensichtlich rechtswidrig ist.¹²

1. Rechtswidrigkeit der Verfügung

a) Ermächtigungsgrundlage

Aus dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) ergibt sich, dass jeder Akt der Eingriffsverwaltung einer Ermächtigungsgrundlage bedarf. Anwendbare Standardmaßnahmen sind nicht ersichtlich, weshalb vorliegend die polizeirechtliche Generalklausel der §§ 3, 1 Abs. 1 S. 1 PolG BW¹³ als taugliche Ermächtigungsgrundlage zu prüfen ist.

b) Formelle Rechtmäßigkeit der Beseitigungsverfügung

In formeller Hinsicht bestehen keine Bedenken gegen die Beseitigungsverfügung vom Mai 2019. Insbesondere ist K vor ihrem Erlass ordnungsgemäß angehört worden. Auch hat die zuständige Behörde gehandelt.

c) Materielle Rechtmäßigkeit der Beseitigungsverfügung

aa) Tatbestandliche Voraussetzungen für ein Einschreiten

Zunächst müssten die tatbestandlichen Voraussetzungen der §§ 3, 1 Abs. 1 S. 1 PolG BW erfüllt sein. Dies setzt eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung voraus.

Die öffentliche Sicherheit umfasst die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, den Bestand des Staates und seiner Einrichtungen sowie die subjektiven Rechte und Rechtsgüter Einzelner.¹⁴ Eine Gefahr beschreibt einen Sachverhalt, wel-

⁸ § 80 Abs. 5 VwGO selbst enthält keine Aussage über den Prüfungsumfang der Begründetheit, vgl. *Hoppe* (Fn. 4), § 80 Rn. 85. Allerdings hat sich in der verwaltungsgerichtlichen Praxis das Prüfungsschema herausgebildet, zunächst die behördliche Vollzugsanordnung und sodann den Verwaltungsakt auf seine Rechtmäßigkeit zu überprüfen, vgl. *Schenke* (Fn. 4), § 80 Rn. 146 ff.

⁹ *Puttler*, in: *Sodan/Ziekow, VwGO*, 5. Aufl. 2018, § 80 Rn. 100.

¹⁰ Vgl. dazu BVerfGE 39, 1, 41 ff. – Schwangerschaftsabbruch I.

¹¹ Dies wird deshalb verneint, weil die Vollziehungsanordnung kein Verwaltungsakt sei, so dass § 28 VwVfG jedenfalls nicht unmittelbar gelte und es für eine analoge Anwendung wegen der formellen Voraussetzungen der Vollziehungsanordnung in § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4, Abs. 3 VwGO an einer Regelungslücke fehle, vgl. *Windthorst*, in: *Gärditz, VwGO*, 2. Aufl. 2018, § 80 Rn. 147; *VGH Mannheim NVwZ-RR* 1995, 175 Rn. 12. Für das Erfordernis der Anhörung *Redeker*, in: *Redeker/von Oertzen, VwGO*, 16. Aufl. 2014, § 80 Rn. 27. Allerdings geht diese Ansicht von einer Heilungsmöglichkeit analog § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG aus.

¹² Zwar ist im Obersatz nur von der „offensichtlichen Rechtswidrigkeit“ die Rede. In der juristischen Ausbildungspraxis wird vom Bearbeiter an dieser Stelle dennoch keine lediglich „summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage“, sondern eine rechtliche Vollprüfung erwartet, vgl. nur *Detterbeck*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Aufl. 2020, § 33 Rn. 1501, 1504.

¹³ Die polizeirechtliche Generalklausel ist in den anderen Bundesländern in folgenden Normen geregelt: BY: Art. 11 PAG; Bln: § 17 Abs. 1 ASOG; Bbg: § 8 Abs. 1 BbGPolG; 14 Abs. 1 OBG; Brem: § 10 Abs. 1 BermPolG; Hmb: § 3 Abs. 1 SOG; Hess: § 11 Abs. 1 HSOG; LSA: § 13 SOG LSA; M-V: § 13 SOG M-V; Nds: § 11 NSOG; NRW: § 8 PolG NRW, § 14 OBG NRW; RLP: § 9 Abs. 1 S. 1 POG; SL: § 9 SPOG; Sachs: § 3 Abs. 1 SächsPolG; S-H: §§ 174, 176 LVwG; Thü: § 12 Abs. 1 PAG.

¹⁴ *Schenke*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10. Aufl. 2018, S. 27 Rn. 53. Die öffentliche Ordnung umschreibt demgegenüber die Gesamtheit aller ungeschriebenen Regeln, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen als unentbehrliche Voraussetzung für ein ge-

cher bei ungehindertem Ablauf mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zum Eintritt eines Schadens an den Rechtsgrundstücken der öffentlichen Sicherheit führen wird.¹⁵

Wie das Sachverständigen Gutachten darlegt, kommt es durch organische Abbauprozesse zu erhöhten Konzentrationen an Methan und anderen Gasen. Diese führen zu einer erhöhten Brand- und Explosionsgefahr, welche sich bei natürlicher Weiterentwicklung realisieren könnte. Ein Brand könnte auf die Nachbargrundstücke überspringen und somit das Eigentum (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG) der Nachbarn gefährden. Der entstehende Rauch gefährdet zudem die Gesundheit der Nachbarn (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG). Somit liegt eine Gefahr für die subjektiven Rechte und Rechtsgüter der Anwohner vor.

Folglich ist eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit gegeben, womit die tatbestandlichen Voraussetzungen der §§ 3, 1 Abs. 1 S. 1 PolG BW erfüllt sind.

bb) Subsidiaritätsklausel

Gemäß § 2 Abs. 2 PolG BW¹⁶ obliegt der Schutz Privater der Polizei nur subsidiär, wenn ein gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und wenn ohne polizeiliches Eingreifen die Gefahr der Verwirklichung des Rechts erschwert (§ 2 Abs. 2 Var. 1 PolG BW) oder vereitelt (§ 2 Abs. 2 Var. 2 PolG BW) wird.

Dies gilt jedoch nicht, wenn durch den Gefahrentatbestand auch gesetzliche Vorschriften verletzt werden könnten. Indem die Brände die Grundstücke der Nachbarn und deren Gesundheit gefährden, kommt eine Verletzung der §§ 306d Abs. 1, 229 StGB in Betracht. Folglich liegt auch eine Gefährdung der Rechtsordnung vor, weshalb die Subsidiaritätsklausel nicht anwendbar ist.

cc) Richtiger Adressat der Verfügung

Im Weiteren stellt sich jedoch die Frage, ob K überhaupt der richtige Adressat der ordnungsbehördlichen Verfügung ist.¹⁷ Dies bestimmt sich nach den §§ 6 ff. PolG BW¹⁸, wonach

deihliches Miteinander angesehen werden. Diese spielen im vorliegenden Fall jedoch keine Rolle.

¹⁵ Schenke (Fn. 14), S. 35 Rn. 63.

¹⁶ Die Subsidiaritätsklausel findet sich in den anderen Bundesländern in: BY: Art. 2 Abs. 2 PAG; Bln: § 1 Abs. 4 ASOG; Bbg: § 1 Abs. 2 BbgPolG; Brem: § 1 Abs. 2 BremPolG; Hmb: § 3 Abs. 3 SOG; Hess: § 1 Abs. 3 HSOG; LSA: § 1 Abs. 2 SOG LSA; M-V: § 1 Abs. 3 SOG M-V; Nds: § 1 Abs. 3 NPOG; NRW: § 1 Abs. 2 PolG NRW; RLP: § 1 Abs. 3 POG; SL: § 1 Abs. 3 SPolG; Sachs: § 2 Abs. 2 SächsPolG; S-H: § 162 Abs. 2 LVwVG; Thür: § 2 Abs. 2 PAG.

¹⁷ Siehe zum Folgenden die Ausführungen des VGH Mannheim, Urt. v. 30.7.2002 – 10 S 2153/01 Rn. 135 m.w.N. (juris). Diese Entscheidung wurde mit Beschluss des BVerwG v. 11.4.2003 – 7 B 141.02 aufgehoben und zur anderweitigen Verhandlung an den VGH zurückverwiesen.

¹⁸ Die Vorschriften zur Polizeipflichtigkeit finden sich in den anderen Bundesländern in: BY: Art. 7 f. PAG; Bln: §§ 13 f. ASOG; Bbg: §§ 5 f. BbgPolG; Brem: §§ 5 f. BremPolG; Hmb: §§ 8 f. SOG; Hess: §§ 6 f. HSOG; LSA: §§ 7 f. SOG

gefahrenabwehrende Maßnahmen (wie hier die Beseitigungsverfügung) entweder gegen den Handlungs- oder gegen den Zustandsverantwortlichen zu richten sind.

(1) Zustandsverantwortlichkeit des K?

Die Inanspruchnahme des K könnte sich aus seiner Stellung als Eigentümer der Lagerhalle ergeben, von der die Gefahren für die Nachbarschaft ausgehen. Zudem könnte seine Zustandsverantwortlichkeit daraus folgen, dass er nach der Insolvenz der R die tatsächliche Sachherrschaft über das Grundstück ausübte, vgl. § 7 PolG BW.

K hat jedoch das Eigentum und die Sachherrschaft an dem Grundstück zwischenzeitlich aufgegeben. Seine Haftung nach § 7 PolG BW käme damit zunächst in Gestalt einer sog. „nachwirkenden Zustandshaftung“¹⁹ in Anknüpfung an sein früheres Eigentum in Betracht. Angesichts der Grundrechtsrelevanz (Art. 14 Abs. 1 GG) und der mitunter schwerwiegenden Folgen der verursachungs- und verschuldensunabhängigen Haftung des Zustandsstörers kommt eine „nachwirkende“, d.h. den früheren Eigentümer oder Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft treffende Zustandshaftung jedoch nur dann in Frage, wenn hierfür eine gesetzliche Grundlage geschaffen worden ist, mit der die Reichweite der „Nachwirkung“ und das Ausmaß der Verantwortlichkeit geregelt werden. § 7 PolG BW setzt nach seinem eindeutigen Wortlaut aber im Gegenteil voraus, dass der Betroffene im Zeitpunkt seiner behördlichen Inanspruchnahme Eigentümer der gefährlichen Sache ist oder die tatsächliche Gewalt über sie ausübt.²⁰

Zudem eignete sich D noch während des laufenden Widerspruchsverfahrens das Grundstück an mit der Folge, dass dieses ab diesem Zeitpunkt nicht mehr herrenlos war. Dieser Umstand war der Widerspruchsbehörde bekannt und hätte von ihr an sich berücksichtigt werden müssen. Denn der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts ist grundsätzlich derjenige der letzten behördlichen Entscheidung. Wegen § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO ist dies die Bekanntgabe des Widerspruchsbescheids.²¹

Aufgrund der Rechtslage in Baden-Württemberg könnte eine Inanspruchnahme des K als Zustandsverantwortlicher deshalb nur dann in Betracht kommen, wenn seine Dereliktion

LSA; M-V: §§ 69 f. SOG M-V; Nds: §§ 6 f. NPOG; NRW: §§ 4 f. PolG NRW; RLP: §§ 5 f. POG; SL: §§ 4 f. SPolG; Sachs: §§ 4 f. SächsPolG; S-H: §§ 218 f. LVwVG; Thür: §§ 7 f. PAG.

¹⁹ Geregelt ist diese „nachwirkende Zustandshaftung“ in folgenden Bundesländern: BY: Art. 8 Abs. 3 PAG; Bln: § 14 Abs. 4 ASOG; Bbg: § 6 Abs. 3 BbgPolG; Brem: § 6 Abs. 3 BremPolG; Hmb: § 9 Abs. 1 S. 2 SOG; Hess: § 7 Abs. 3 HSOG; LSA: § 8 Abs. 3 SOG LSA; M-V: § 70 Abs. 3 SOG M-V; Nds: § 7 Abs. 3 NPOG; NRW: § 5 Abs. 3 PolG NRW; RLP: § 5 Abs. 3 POG; SL § 5 Abs. 3 SPolG; S-H: § 219 Abs. 3 LVwVG; Thür: § 8 Abs. 3 PAG.

²⁰ Neben Baden-Württemberg kennt auch Sachsen keine Regelung der „nachwirkenden Zustandshaftung“.

²¹ Siehe dazu auch BVerwG, NVwZ 1997, 1123 (1124).

nichtig war und er deshalb nach wie vor noch als Eigentümer des Grundstücks anzusehen ist. Eine solche Nichtigkeit der Dereliktion kann sich in besonders gelagerten Fällen wegen Sittenwidrigkeit (vgl. § 138 BGB) ergeben. Eine solche wird u.a. dann bejaht, wenn der alleinige Geschäftszweck der Dereliktion darin besteht, die Kosten der Gefahrenbeseitigung auf die Allgemeinheit abzuwälzen, da dies gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoße.²² Liegt nach diesen Grundsätzen eine sittenwidrige Dereliktion vor, bedürfte es einer besonderen Begründung, ob ein hieran anknüpfender gutgläubiger Erwerb eines Dritten die Zustandshaftung des Derelinquenten allein dadurch entfallen lasse, dass die ordnungsrechtliche Zustandshaftung ausschließlich an die formale Eigentümerstellung anknüpfe oder ob die Verantwortlichkeit des Derelinquenten aufgrund der missbräuchlichen Inanspruchnahme zivilrechtlicher Gestaltungsformen zur Abwälzung öffentlich-rechtlicher Pflichten fortbestehe.²³

Allerdings müssen insoweit die Besonderheiten des Einzelfalls berücksichtigt werden, aus denen sich ergeben kann, dass die Sittenwidrigkeit zu verneinen ist.²⁴ Vorliegend lassen sich dem Sachverhalt keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass der alleinige Zweck der Eigentumsaufgabe darin lag, die Kosten der Gefahrenbeseitigung auf die Allgemeinheit abzuwälzen. Von daher kann mit Blick auf K nicht von einer Sittenwidrigkeit der Dereliktion ausgegangen werden.

Eine Inanspruchnahme des K als Zustandsverantwortlicher scheidet damit aus.²⁵

(2) Handlungsverantwortlichkeit des K?

Fraglich ist jedoch, ob K als Verhaltensstörer in Anspruch genommen werden kann. Dies setzt voraus, dass K durch sein Verhalten die Brand- und Explosionsgefahr verursacht hat.²⁶ Nach der Theorie der unmittelbaren Verursachung ist ein Verhalten unabhängig von einem etwaigen Verschulden des Störers dann i.S. der landesrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen ursächlich, wenn es für sich gesehen die polizeirechtliche Gefahrenschwelle überschreitet und dadurch die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts jedenfalls mitbegründet.²⁷ Allerdings hat R die Abfälle auf

das Grundstück verbracht, so dass eine unmittelbare Verursachung durch K ausscheidet.

In Betracht könnte jedoch eine Verantwortlichkeit des K als sog. „Zweckveranlasser“ kommen. Die Behörde macht insoweit geltend, dass K bewusst gewesen ist, dass der mit R geschlossene Mietvertrag auf eine risikobehaftete Nutzung des Grundstücks ausgerichtet war.

Auch wenn sich der Zweckveranlasser selbst rechtmäßig verhält und unmittelbar durch sein Verhalten keine Gefährdung oder Störung der öffentlichen Ordnung herbeiführt, schafft er eine Lage, in der sich Dritte dazu entschließen, die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu gefährden oder zu stören.²⁸ Eine solche Lage kann auch durch Überlassung einer Sache an Dritte herbeigeführt werden, mit der häufig das Risiko verbunden ist, dass diese durch Nutzung der überlassenen Sache einen polizeiwidrigen Zustand herbeiführen. Eine Haftung des früheren Besitzers wird allerdings nicht begründet, wenn die Überlassung der Sache im Rahmen der Abwicklung sozialadäquater Geschäftsbeziehungen erfolgt. Dies ist etwa anzunehmen, wenn ein Verkäufer, Vermieter oder Verpächter durch die Überlassung des Vertragsgegenstands zwar objektiv die Möglichkeit einer polizeiwidrigen Verwendung der Sache eröffnet, er jedoch nicht davon ausgehen muss, dass die Sache einer solche Verwendung zugeführt wird. Eine Haftung tritt in solchen Konstellationen der zivilrechtlichen Überlassung vielmehr erst dann ein, wenn das Verhalten des Zweckveranlassers und der durch das Verhalten des Dritten eintretende Erfolg eine natürliche Einheit bilden, die es gerechtfertigt erscheinen lässt, dem Zweckveranlasser das Verhalten des Dritten zuzurechnen. Bei der Beurteilung, ob eine solche natürliche Einheit besteht und ob hierdurch ein ausreichender Zurechnungszusammenhang hergestellt ist, muss berücksichtigt werden, ob der Überlassende von einer rechtlichen Befugnis Gebrauch macht und ob ein hinreichender sachlicher Grund besteht, ihm die Gefahr oder Störung unmittelbar zuzurechnen. Eine Zweckveranlasserhaftung des Vermieters wegen Abschlusses eines Mietvertrags und tatsächlicher Überlassung der Mietsache an den Mieter ist deshalb nur anzunehmen, wenn der Vermieter die durch den Mieter unmittelbar verursachte Gefährdung oder Störung subjektiv bezweckt hat oder wenn sich die Gefährdung oder Störung als zwangsläufige Folge seines Verhaltens einstellt. Für den Eintritt einer Haftung genügt es, wenn der Vermieter im Bewusstsein handelt, dass die Überlassung der Mietsache höchstwahrscheinlich zu einer Gefährdung oder Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung durch den Mieter führen wird.²⁹

K musste nicht davon ausgehen, dass R durch die Verbringung der Schredder-Rückstände in die Lagerhalle eine Brand- und Explosionsgefahr schaffen und hierdurch eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit herbeiführen wird.

²² Vgl. dazu BVerwG, Beschl. v. 14.11.1996 – 4 B 205.96.

²³ Vgl. insoweit BVerwG, Beschl. v. 11.04.2003 – 7 B 141.02.

²⁴ Schenke (Fn. 14), S. 200 Rn. 280.

²⁵ A.A. bei entsprechender Begründung vertretbar.

²⁶ Vgl. exemplarisch § 6 Abs. 1 PolG BW.

²⁷ Siehe erneut Schenke (Fn. 15), S. 174 Rn. 241 f. Bei der Theorie der unmittelbaren Verursachung handelt es sich um die vorherrschende Auffassung in der Rechtsprechung und Literatur. Daneben vertreten werden die Äquivalenztheorie (nach dieser ist eine Handlung dann ursächlich, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann bzw. wenn sie als unterlassene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfielen) sowie die Adäquanztheorie (nach dieser werden solche Folgen eines Handelns ausgegrenzt, die nach der Lebenserfahrung untypisch und auch nicht zu erwarten sind), vgl. dazu und zu etwaigen Wertungsproblemen Schenke (Fn. 14), S. 174 Rn. 241 ff.

²⁸ Vgl. allgemein zur Figur des Zweckveranlassers *Beaucamp*, JA 2007, 577 ff.; *Ruder*, Polizeirecht Baden-Württemberg, 8. Aufl. 2015, S. 131 Rn. 226 ff.; *Zeitler/Trurnit*, Polizeirecht für Baden-Württemberg, 3. Aufl. 2014, S. 62 Rn. 253 ff.

²⁹ VGH Mannheim, Urt. v. 30.7.2002 – 10 S 2153/, Rn. 114 f. (juris), teilweise wörtlich wiedergegeben.

Nach den von K getroffenen Vorkehrungen konnte er darauf vertrauen, dass sich das mit der vertragsgemäßen Nutzung des Grundstücks verbundene Risiko des Eintritts einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit nicht realisieren wird, da er den Abschluss des Mietvertrags und die Überlassung des Grundstücks an die R davon abhängig gemacht hat, dass der R eine Baugenehmigung zum Zweck der Lagerung von Schredder-Rückständen erteilt wird. Im Zeitpunkt der Überlassung des Grundstücks verfügte die R über eine solche Genehmigung. Die Erteilung der Genehmigung setzte aber voraus, dass das Vorhaben der R, auf dem Grundstück ein Zwischenlager für Schredder-Rückstände zu errichten, nicht gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstoßen würde, die von der Baurechtsbehörde zu prüfen sind. Zu diesen Vorschriften zählen auch die dem Brandschutz dienenden Bestimmungen. Aus der erteilten Baugenehmigung durfte K deshalb schließen, dass die Errichtung des Lagers voraussichtlich nicht zu relevanten Brandgefahren führen wird.³⁰

Auch diente die vertragliche Vorbehaltsklausel nicht alleine dem Interesse der R: R wäre im Falle der Ablehnung ihres Baugesuchs verpflichtet gewesen, dem K eine Nutzungsentschädigung in Höhe des vereinbarten Mietzinses zu zahlen.

K kann demnach nicht als Zweckveranlasser in Anspruch genommen werden. Im Übrigen scheidet auch eine Inanspruchnahme des K als Nichtstörer (§ 9 PolG BW³¹) aus, da die Behörde die Gefahr mit eigenen Mitteln beseitigen kann. K war folglich nicht der richtige Adressat der ordnungsbehördlichen Verfügung, so dass die Verfügung vom Mai 2019 bereits aus diesem Grund rechtswidrig ist.

cc) Ermessensfehlerfreie Störerauswahl

Des Weiteren könnte die Verfügung vom Mai 2019 wegen einer ermessensfehlerhaften Störerauswahl rechtswidrig sein.³² Ein solcher Ermessensfehler könnte vorliegend aus einem Ermessensnichtgebrauch resultieren. Tatsächlich hat die Widerspruchsbehörde bei ihrer Ermessensentscheidung nicht berücksichtigt, dass zwischenzeitlich ggf. ein weiterer Verantwortlicher – der D – zur Beseitigung der Schredder-Rückstände herangezogen werden kann. Da die Behörde eine Berücksichtigung des D vollständig unterlassen hat, verfehlte sie in Gestalt eines Ermessensnichtgebrauchs den Zweck der Ermessen einräumenden Norm (vgl. § 40 LVwVfG).

³⁰ Vgl. dazu erneut VGH Mannheim, Urt. v. 30.7.2002 – 10 S 2153/01, Rn. 115 ff. (juris).

³¹ Zur Regelung der Inanspruchnahme des Nichtverantwortlichen in den anderen Bundesländern s.: BY: Art. 10 PAG; Bln: § 16 ASOG; Bbg: § 7 BbgPolG; Brem: § 7 BremPolG; Hmb: § 10 SOG; Hess: § 9 HSOG; LSA: § 10 SOG LSA; M-V: § 71 SOG M-V; Nds: § 8 NPOG; NRW: § 6 PolG NRW; RLP: § 7 POG; SL: § 7 SPolG; Sachs: § 7 SächsPolG; S-H: § 220 LVwG; Thür: § 10 PAG.

³² Zur Auswahl unter mehreren Verantwortlichen siehe *Ruder*, Polizeirecht Baden-Württemberg, 8. Aufl. 2015, Rn. 256 ff.; *Zeitler/Trurnit* (Fn. 28), S. 67 Rn. 276 ff.

dd) Verhältnismäßigkeit der Maßnahme

Schließlich könnten Zweifel an der Verhältnismäßigkeit des Räumungsgebots bestehen (vgl. § 5 PolG³³). Dies wäre dann der Fall, wenn gleich wirksame, aber mildere Maßnahmen ersichtlich sind.

Als solche kommen Sanierungsmaßnahmen in Betracht. Jedoch ergibt sich aus dem Sachverständigengutachten, dass solche Maßnahmen die Gefahr nicht zu bannen vermögen. Es ist deshalb kein milderes Mittel ersichtlich. Folglich ist das Räumungsgebot verhältnismäßig.

c) Zwischenergebnis

Die Verfügung ist wegen einer falschen und ermessensfehlerhaften Störerauswahl offensichtlich rechtswidrig.

2. Rechtsverletzung des K

Durch die rechtswidrige Verfügung wird K jedenfalls in seinem Recht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt.

C. Gesamtergebnis

Die streitgegenständliche Verfügung ist offensichtlich rechtswidrig und verletzt K in seinen Rechten. Auf seinen zulässigen Antrag hin wird das Gericht die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs deshalb wiederherstellen.

³³ Zur Regelung der Verhältnismäßigkeit in den anderen Bundesländern s.: BY: Art. 4 PAG; Bln: § 11 ASOG; Bbg: § 3 BbgPolG; Brem: § 3 BremPolG; Hmb: § 4 SOG; Hess: § 4 HSOG; LSA: § 5 SOG LSA; M-V: § 15 SOG M-V; Nds: § 4 NPOG; NRW: § 2 PolG NRW; RLP: § 2 POG; SL: § 2 SPolG; Sachs: § 3 Abs. 2 SächsPolG; S-H: § 17 Abs. 1 Nr. 2 LVwG; Thür: § 4 PAG.

Fortgeschrittenenhausarbeit: Verfassungsmäßigkeit des gefahrenabwehrrechtlichen Einsatzes „stiller SMS“

Von Dr. Jonas Botta, Berlin/Speyer*

Der materielle Schwerpunkt der Hausarbeit liegt auf dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Zudem sind das Fernmeldegeheimnis, das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung und das IT-Grundrecht zu prüfen. Damit ist die Arbeit exemplarisch für Aufgabenstellungen zum grundrechtlichen Privatheitsschutz. Darüber hinaus sind das Verhältnis von Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit sowie die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde gegen einen Gesetzentwurf zu erörtern.

Sachverhalt

Die Fraktionen im Landtag des Bundeslandes L diskutieren derzeit angeregt über eine Reform des Landespolizeigesetzes (LPolG). Bestandteil der geplanten Gesetzesänderung soll auch eine Rechtsgrundlage für den gefahrenabwehrrechtlichen Einsatz sogenannter „stiller SMS“ sein (§ 10b LPolG-E). Eine solche ausdrückliche Rechtsgrundlage fehlt noch überwiegend im Polizeirecht der Länder.

Das Versenden „stiller SMS“ erlaubt es, Mobilfunkengeräte auf bis zu 50 Meter genau unerkant zu orten und dadurch Bewegungsprofile zu erstellen. Denn die SMS wird dem Empfänger nicht angezeigt und löst auch kein akustisches Signal aus. Bei dem jeweiligen Mobilfunkanbieter fallen jedoch Verbindungsdaten an, die staatliche Stellen anschließend auswerten können. Auf Bundesebene sind das beispielsweise das Bundeskriminalamt und die Bundespolizei.

Im zuständigen Landtagsausschuss äußern jedoch einige Parlamentarier erhebliche Bedenken bezüglich der Rechtmäßigkeit der geplanten Rechtsgrundlage. Die Diskussion habe doch schon im Bereich der Strafverfolgung zahlreiche grundrechtliche Probleme aufgezeigt. Das habe auch der BGH jüngst bestätigt. Insbesondere sei der Wortlaut der geplanten Norm zu unpräzise. Ein Abgeordneter wirft zudem in die Diskussion ein, dass sich der Einsatz „stiller SMS“ seines Wissens nach schon ausreichend auf § 100i Abs. 1 Nr. 2 StPO bzw. zumindest auf § 10a LPolG stützen lasse. Es bestehe daher gar kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

An der öffentlichen Ausschusssitzung hat auch eine Studierendengruppe der juristischen Fakultät teilgenommen. Angeregt von der lebhaften Debatte der Abgeordneten diskutieren die Studierenden auf dem Heimweg über die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzentwurfs. Gemeinsam kommen sie zu

* Der Autor ist Forschungsreferent im Programmbereich „Digitalisierung“ am Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung Speyer. Der Hausarbeit liegt die Abschlussarbeit im Modul Grund- und Menschenrechte des Bachelorstudiengangs „gehobener Polizeivollzugsdienst“ zugrunde, die der Autor im Sommersemester 2020 an der HWR Berlin gestellt hat. Er hat die Aufgabenstellung modifiziert und sie insbesondere um verfassungsprozessuale Fragen ergänzt. Die fiktive Regelung des § 10b LPolG-E ist an § 33b BbgPolG und den Gesetzentwurf des § 25b ASOG Bln angelehnt (Abgeordnetenhaus von Berlin, Drs. 18/2787, S. 13 f.).

dem Schluss, dass sie endlich einmal wissenschaftliche Theorie mit juristischer Praxis verbinden und Verfassungsbeschwerde erheben wollen. So ließe sich herausfinden, ob der Gesetzentwurf verfassungsmäßig ist oder nicht.

Die Studierenden sind sich jedoch uneins über das weitere Vorgehen: Können sie direkt den Weg nach Karlsruhe einschlagen oder müssen sie erst das Landesverfassungsgericht, das ebenfalls über Individualverfassungsbeschwerden entscheiden kann, anrufen? Außerdem sind sie sich unsicher, was der richtige Zeitpunkt für eine Verfassungsbeschwerde ist. Sollten sie abwarten, bis das Gesetz in Kraft getreten ist oder besser sofort aktiv werden? Unschlüssig wendet sich die Gruppe am nächsten Tag an Sie, um Ihre Meinung zur Rechtslage in Erfahrung zu bringen.

Bearbeitungsvermerk

Beantworten Sie die aufgeworfenen Fragen zur Zulässigkeit einer möglichen Verfassungsbeschwerde:

1. Können die Studierenden direkt Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG erheben?

2. Können sie ihre Beschwerde schon gegen den bloßen Gesetzentwurf richten?

Prüfen Sie zudem die Vereinbarkeit des § 10b LPolG-E mit den Vorschriften des Grundgesetzes (gegebenenfalls hilfs-gutachterlich).

Die bereits bestehende Vorschrift für den Einsatz „stiller SMS“ im LPolG lautet:

§ 10a LPolG – Standortermittlung bei Telekommunikationsendgeräten

Zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben einer Person können Polizei und Feuerwehr technische Mittel einsetzen, um den Standort eines von einer vermissten, suizidgefährdeten oder einen Notruf auslösenden gefährdeten oder einen Notruf auslösenden gefährdeten hilflosen Person mitgeführten Telekommunikationsendgerätes zu ermitteln, wenn die Ermittlung des Aufenthaltsortes auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

Der Entwurf für die neue Vorschrift lautet:

§ 10b LPolG – Standortermittlung bei Telekommunikationsendgeräten zur Abwehr schwerer Straftaten

(1) Die Polizei darf technische Mittel einsetzen, um den Standort eines Telekommunikationsendgerätes zu ermitteln, wenn aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte, insbesondere aufgrund konkreter Informationen über Planungs- und Vorbereitungshandlungen, anzunehmen ist, dass schwere Straftaten organisiert begangen werden sollen, die drohende Rechtsgutsverletzung auch im Einzelfall schwer wiegt und die Standortermittlung zur Abwehr der mit diesen Straftaten verbundenen dringenden Gefahr erforderlich ist.

(2) Schwere Straftaten nach Absatz 1 sind:

1. Mord oder Totschlag (§§ 211, 212 StGB),
2. Zwangsprostitution und Zwangsarbeit (§§ 232a Abs. 3 und 4, 232b Abs. 3 und 4 StGB),
3. Staatsschutzdelikte im Sinne des § 100a Abs. 2 Nr. 1 lit. a StPO,

[...]

(3) Die Befugnis nach Absatz 1 berechtigt nur zur Standortermittlung des potenziellen Straftäters oder seiner Kontakt- oder Begleitpersonen. Wird erkennbar, dass in den Kernbereich privater Lebensgestaltung oder in ein durch ein Berufsgeheimnis nach §§ 53, 53a StPO geschütztes Vertrauensverhältnis eingegriffen wird, ist die Standortermittlung zu unterbrechen, es sei denn, sie richtet sich gegen den Berufsgeheimnisträger selbst.

(4) Nach Beendigung der Maßnahme sind dabei erhobene Daten unverzüglich zu löschen.

(5) Nach Beendigung der Maßnahme muss, soweit der Zweck der Maßnahme dadurch nicht gefährdet wird, die betroffene Person über Art, Dauer und Umfang der Maßnahme benachrichtigt werden. Eine Benachrichtigung unterbleibt, wenn ihr überwiegende schutzwürdige Belange der betroffenen Person entgegenstehen.

(6) Die Maßnahme darf nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch die Behördenleitung angeordnet werden; in diesem Fall ist unverzüglich eine richterliche Bestätigung einzuholen.

(7) Absatz 1 tritt mit Ablauf des [einsetzen: Datum desjenigen Tages und Monats des vierten auf die Verkündung des Gesetzes zur Änderung des Landespolizeigesetzes folgenden Kalenderjahres] außer Kraft. Die Anwendung der Absätze 1 bis 6 wird durch eine unabhängige wissenschaftliche Kommission, die von der Landesregierung im Einvernehmen mit dem Innenausschuss des Landtages bestimmt wird, evaluiert. Der Evaluationsbericht wird dem Landtag spätestens zwölf Monate vor dem in Satz 1 genannten Zeitpunkt vorgelegt.“

Lösungsvorschlag

A. Vorfragen zur Zulässigkeit einer möglichen Verfassungsbeschwerde

Eingangs sind die Fragen der Studierendengruppe zur Zulässigkeit einer möglichen Verfassungsbeschwerde zu beantworten.

I. Verhältnis von Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit

Eine Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG kann grundsätzlich erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden (§ 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG). Dafür muss der Rechtsweg gegen die mögliche Grundrechtsverletzung aber überhaupt zulässig sein. Gegen formelle Gesetze wie das LPolG steht kein Rechtsweg vor den Fachgerichten offen.¹ Den Studierenden ist es jedoch unbenommen, eine Landesverfassungsbeschwerde zu erheben.² Mithin könnte ihnen der Grund-

rechtsschutz in Karlsruhe ausnahmsweise erst nachrangig offenstehen.

Voraussetzung ist jedoch, dass das Verfahren der Landesverfassungsbeschwerde zum Rechtsweg i.S.v. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG gehört. Dem steht die Regelung des § 90 Abs. 3 BVerfGG entgegen, wonach das Recht, eine Verfassungsbeschwerde nach dem Landesverfassungsrecht zu erheben, unberührt von den Vorgaben für den Rechtsschutz vor dem BVerfG bleibt.³ Im Grundrechtsschutz gibt es mithin keinen zweistufigen Instanzenzug, der eine primäre Verfassungsbeschwerde auf Landesebene erfordert. Dies verstieße auch gegen den föderalen Staatsaufbau der Bundesrepublik Deutschland, in dem sowohl der Bund als auch die Länder über Staatsqualität verfügen.⁴ Die Verfassungsordnungen des Bundes und der Länder stehen daher grundsätzlich selbständig nebeneinander.⁵

Die Studierenden können folglich direkt Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG erheben.⁶

II. Verfassungsbeschwerde gegen einen Gesetzentwurf

Aktuell befindet sich die geplante Rechtsgrundlage für den gefahrenabwehrrechtlichen Einsatz „stiller SMS“ noch im Gesetzgebungsverfahren. Wollten die Studierenden sofort Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG erheben, müsste diese bereits gegen einen bloßen Gesetzentwurf zulässig sein.

Das BVerfG entscheidet über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt zu sein (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. § 90 Abs. 1 BVerfGG). Fraglich ist, ob ein bloßer Gesetzentwurf einen Akt öffentlicher Gewalt darstellt. Grundsätzlich legt das BVerfG diesen Begriff ausgesprochen weit aus.⁷ Voraussetzung ist, dass es sich um eine Maßnahme grundrechtsgebundener deutscher Staatsgewalt handelt, welche Außenwirkung gegenüber dem Beschwerdeführer entfaltet.

Eine Verfassungsbeschwerde gegen ein formelles Gesetz, das bereits in Kraft getreten ist, ist somit zulässig (vgl. auch § 93 Abs. 3 und § 95 Abs. 3 BVerfGG). Es entfaltet Außenwirkung und kann die Rechte der Bürger potenziell berühren. Einem bloßen Gesetzentwurf fehlt es indes an einer ver-

³ BVerfG NJW 1996, 1464 (1464); BVerfG BeckRS 2006, 24366.

⁴ *Sodan*, LKV 2010, 440 (442); *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2010, 873 (873).

⁵ BVerfGE 4, 178 (189).

⁶ Ob daneben auch eine Beschwerde vor dem Landesverfassungsgericht zulässig ist, hängt von der jeweiligen Landesverfassung ab. So entscheidet der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin nur über Verfassungsbeschwerden, soweit nicht bereits Beschwerde zum BVerfG erhoben ist oder noch wird (Art. 84 Abs. 2 Nr. 5 Verfassung von Berlin). In Berlin ist ein paralleler Verfassungsrechtsschutz demnach ausgeschlossen. Siehe *BerlVerfGH LKV 2000, 159 (159)*.

⁷ BVerfGE 4, 27 (30); *C. Grünwald*, in: *Walter/B. Grünwald, Beck'scher Online-Kommentar zum BVerfGG*, 9. Ed., Stand: 1.1.2020, § 90 Abs. 1 Rn. 47.

¹ *Peters/Markus*, JuS 2013, 887 (889).

² Nicht alle Landesverfassungen sehen eine Individualverfassungsbeschwerde vor. Siehe *Sodan*, LKV 2010, 440 (442).

gleichbaren Wirkung. Er ist kein geeigneter Beschwerdegegenstand.⁸ Die Studierenden müssen folglich abwarten, bis die gegenwärtige Reform des LPolG abgeschlossen und das Änderungsgesetz in Kraft getreten ist.

B. Materielle Verfassungsmäßigkeit des § 10b LPolG-E

Nachfolgend ist zu untersuchen, ob § 10b LPolG-E mit den Vorschriften des Grundgesetzes vereinbar ist. In Betracht kommen eine Verletzung des Fernmeldegeheimnisses (I.), des Rechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung (II.), des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (III.) und des IT-Grundrechts (IV.).

Exkurs zum Prüfungsmaßstab: Grundsätzlich ließe sich auch die Prüfung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union erwägen, da bei der Anwendung unionsrechtlich vollständig vereinheitlichter Regelungen nach dem Grundsatz des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts in aller Regel nicht die Grundrechte des Grundgesetzes, sondern allein die Unionsgrundrechte maßgeblich sind.⁹ Insbesondere das unionale Datenschutzregime ist mit der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) bereits weitestgehend harmonisiert.¹⁰ Der gefahrenabwehrrechtliche Einsatz „stiller SMS“ unterliegt jedoch nicht der DSGVO, sondern der Datenschutz-Richtlinie für den Bereich der Polizei und Justiz (JI-Richtlinie).¹¹ Im Gegensatz zur DSGVO bewirkt sie nur eine Mindestharmonisierung (vgl. Art. 1 Abs. 3 JI-RL).¹² Unionsrechtlich nicht vollständig determiniertes innerstaatliches Recht prüft das BVerfG primär am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes.¹³

I. Fernmeldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG)

Vorrangig zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) ist das Fern-

meldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG)¹⁴ als *lex specialis* zu prüfen.¹⁵ Art. 10 Abs. 1 Var. 3 und das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) stehen hingegen in keinem Spezialitätsverhältnis zueinander, sondern schützen unterschiedliche Privatsphären.¹⁶

Ob der gefahrenabwehrrechtliche Einsatz „stiller SMS“ ungerechtfertigt in das Fernmeldegeheimnis eingreift, ist abhängig davon, dass sein Schutzbereich überhaupt eröffnet ist. Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG schützt die unkörperliche Übermittlung von Informationen an individuelle Empfänger mit Hilfe des Telekommunikationsverkehrs.¹⁷ Als entwicklungsöffenes Grundrecht erfasst es demnach auch „neue“ Technologien wie SMS.¹⁸ Der Schutzbereich erstreckt sich zudem nicht nur auf die Vertraulichkeit des Kommunikationsinhalts, welche der Einsatz „stiller SMS“ nicht berührt, sondern auch auf die Begleitumstände des Kommunikationsvorgangs.¹⁹

Zu diesen Begleitumständen könnten die Standortdaten zählen, die anfallen, wenn die Polizei einen potenziellen Straftäter mittels „stiller SMS“ ortet. Dafür spricht, dass jemand, der ein Mobilfunkgerät mit sich führt, zumindest kommunikationsbereit ist. Dagegen spricht indes, dass niemand miteinander kommuniziert. Der Empfänger einer „stillen SMS“ soll vielmehr gar nicht wissen, dass er die SMS erhalten hat. Versendet die Polizei „stille SMS“ steht dies folglich nicht im Zusammenhang mit einem menschlich veranlassten Kommunikationsvorgang.²⁰ Der Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses ist nicht eröffnet.

Hinweis: Mit entsprechender Argumentation ist auch die Gegenansicht vertretbar. Wer den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG als eröffnet ansieht, muss im Rahmen der Rechtfertigung auf Art. 10 Abs. 2 S. 1 GG und das Zitiergebot eingehen. Die nachfolgende Prüfung ist gegebenenfalls als Hilfsgutachten zu verfassen.

II. Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG)

§ 10b LPolG-E könnte jedoch in das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung eingreifen, da nicht auszuschließen ist, dass sich der Empfänger einer „stillen SMS“ in Räumlichkeiten aufhält, die unter den Wohnungsbegriff des Art. 13 Abs. 1 GG fallen.

Ein Eingriff in das Grundrecht liegt nicht nur vor, wenn Polizeibeamte physisch in eine Wohnung eindringen, um sie

⁸ BVerfGE 1, 396 (406 ff.); 11, 339 (342); 68, 143 (150); *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 60. Lfg., Stand: Juli 2020, § 90 Rn. 209. Im Unterschied zum bloßen Gesetzentwurf kann ein bereits vom Parlament beschlossenes, aber noch nicht in Kraft getretenes Gesetz in Ausnahmefällen zulässiger Beschwerdegegenstand sein. So sind nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG Verfassungsbeschwerden gegen Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Verträgen vor ihrer Ausfertigung und Verkündung zulässig (BVerfGE 1, 396 [411 ff.]).

⁹ BVerfG NJW 2020, 314 (316 f.).

¹⁰ Zu den bestehenden mitgliedstaatlichen Spielräumen weiterführend *Kühling/Martini u.a.*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016.

¹¹ Vgl. *Bäcker*, in: Wolff/Brink, Beck'scher Online-Kommentar zum DatenschutzR, 33. Ed., Stand: 1.8.2020, Art. 2 Rn. 26 ff.

¹² *Roggenkamp*, in: Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 2019, § 21 Rn. 4.

¹³ BVerfG NJW 2020, 300 (301 ff.).

¹⁴ Auch Telekommunikationsgeheimnis genannt.

¹⁵ BVerfGE 107, 299 (312); 113, 348 (364); 125, 260 (310); a. A.: *Eisenberg/Singelstein*, NStZ 2005, 62 (64) Fn. 27, die in Bezug auf die „stille SMS“ einen Vorrang des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung annehmen.

¹⁶ *Durner*, in: Maunz/Dürig, GG, 91. Lfg., Stand: April 2020, Art. 10 Rn. 288.

¹⁷ BVerfGE 115, 166 (182).

¹⁸ Vgl. BVerfGE 46, 120 (144).

¹⁹ *Durner* (Fn. 16), Art. 10 Rn. 86.

²⁰ BVerfG NJW 2007, 351 (353); vgl. auch BGH NJW 2018, 2809 (2810) m. Anm. *Puschke; Penkuhn/Hill*, JuS 2020, 651 (652 f.).

zu durchsuchen, sondern auch dann, wenn sie sich mit besonderen Hilfsmitteln einen Einblick in Vorgänge innerhalb der Wohnung verschaffen, die der natürlichen Wahrnehmung von außerhalb entzogen sind, insbesondere die akustische oder optische Wohnraumüberwachung.²¹ Eine solche Eingriffsqualität müsste auch dem Einsatz „stiller SMS“ zukommen, damit der Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG berührt ist. Polizeibeamte könnten jedoch allenfalls ermitteln wollen, ob sich ein potenzieller Straftäter in einer konkreten Wohnung aufhält. Die Ortungsmethode „stille SMS“ ist gleichwohl selbst in Gebieten mit einem dichten Funkzellennetz lediglich auf 50 Meter genau und eignet sich daher nur begrenzt für derartige Ermittlungen.²² Mithin verschafft der Einsatz „stiller SMS“ grundsätzlich keinen Einblick in Räume, die der Öffentlichkeit entzogen sind.

Ein Grundrechtseingriff wäre dennoch gegeben, wenn Art. 13 Abs. 1 GG dem Einzelnen auch einen generellen, von den Zugriffsmodalitäten unabhängigen Schutz gegen staatliche Überwachungsmaßnahmen vermittelte. Hierfür könnte ein vergleichbares Schutzbedürfnis bei der Nutzung digitaler Endgeräte sprechen. Schließlich trägt der Einzelne mit seinem Smartphone und den darauf gespeicherten Daten (z.B. Kontoauszüge oder Urlaubsbilder) oftmals ein Stück „Zuhause“ mit sich umher. Das BVerfG hat jedoch in seinem Urteil zur Online-Durchsuchung einen derart weiten Schutzbereich ausdrücklich verneint.²³ Nach dieser Rechtsprechung vermag der räumliche Privatsphärenschutz des Art. 13 Abs. 1 GG auch vorliegend nicht, die spezifische Gefährdung der informationellen Selbstbestimmung abzuwehren, da der Versand der „stillen SMS“ losgelöst vom Standort des Betroffenen inner- oder außerhalb einer Wohnung erfolgt.²⁴ § 10b LPolG-E berührt Art. 13 Abs. 1 GG mithin grundsätzlich nicht.

III. Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)

Der gefahrenabwehrrechtliche Einsatz „stiller SMS“ könnte indes das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verletzen.

1. Schutzbereich

Das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG beinhaltet die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner personenbezogenen Daten zu bestimmen.²⁵ Da der Versand einer „stillen SMS“ ohne die Zustimmung ihres Empfängers erfolgt,

kann dieser nicht über die Verarbeitung seiner personenbezogenen Standortdaten entscheiden. Folglich ist der Schutzbereich eröffnet.

2. Eingriff

Ein Eingriff in den Schutzbereich liegt vor, wenn personenbezogene Daten erhoben, gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden.²⁶ Da es für das BVerfG kein „belangloses Datum“ gibt,²⁷ kommt es auf die Sensibilität der jeweiligen Daten nicht an.²⁸ Mithin greift bereits das einmalige Versenden einer „stillen SMS“ in das Grundrecht ein, da schon dadurch Standortdaten des potenziellen Straftäters anfallen. Erst recht gilt dies für die Erstellung eines umfassenden Bewegungsprofils.²⁹ Auch die Heimlichkeit der staatlichen Maßnahme erhöht ihre Eingriffsintensität.³⁰

Fraglich ist, ob der Eingriff bereits in dem Moment gegeben ist, in dem die Standortdaten erzeugt werden, oder erst, wenn die Polizei die Daten tatsächlich vom Mobilfunkanbieter erhalten hat. Für letzteren Zeitpunkt könnte sprechen, dass der Versand der „stillen SMS“ die Standortermittlung lediglich vorbereitet. Das BVerfG hat jedoch entschieden, dass es für einen Grundrechtseingriff allein auf die Nutzbarkeit und Verwendungsmöglichkeit der personenbezogenen Daten ankommt.³¹ Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verfügt demnach über einen Vorfeldschutz gegenüber staatlichen Überwachungsmaßnahmen.³² Ein Eingriff in das Grundrecht liegt bereits dann vor, wenn die Polizei auf die personenbezogenen Standortdaten potenziell zugreifen kann.³³

3. Rechtfertigung

Die Regelung des § 10b LPolG-E greift mithin in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein. Der Eingriff könnte aber gerechtfertigt sein.

a) Schranke

Denn das Grundrecht ist nicht schrankenlos gewährleistet: Der Betroffene muss vielmehr Beschränkungen im überwiegenden Allgemeininteresse hinnehmen.³⁴ Der Einsatz „stiller SMS“ soll insbesondere Straftaten gegen Leib, Leben und Freiheit der Person sowie gegen den Bestand des Staates und

²¹ BVerfGE 109, 279 (309 und 327).

²² Vgl. BGH NJW 2018, 2809 (2810) m. Anm. Puschke („recht grobe[s] Bewegungsprofil“); Farthofer, ZIS 2020, 190 (190); Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Einsatz und Rechtfertigung der „stillen SMS“ im Strafprozess- und Polizeirecht, 2012, S. 5.

²³ BVerfGE 120, 274 (310); a. A.: Buermeyer, HRRS 2007, 329 (332 ff.); Rux, JZ 2007, 285 (292 ff.).

²⁴ BGH NJW 2018, 2809 (2810) m. Anm. Puschke; Penkuhn/Hill, JuS 2020, 651 (653).

²⁵ BVerfGE 65, 1 (42).

²⁶ BVerfGE 65, 1 (43).

²⁷ BVerfGE 65, 1 (45).

²⁸ Dreier, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Abs. 1 Rn. 81; Lang, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 44. Ed., Stand: 15.8.2020, Art. 2 Rn. 45 f.

²⁹ BGH NJW 2018, 2809 (2810) m. Anm. Puschke; Farthofer, ZIS 2020, 190 (191 f.).

³⁰ BVerfG BeckRS 2020, 16236.

³¹ BVerfGE 65, 1 (44 f.).

³² Bull, NJW 2006, 1617 (1623); Mysegades, NVwZ 2020, 852 (854 f.).

³³ BGH NJW 2018, 2809 (2810) m. Anm. Puschke; Eisenberg/Singelnstein, NSTZ 2005, 62 (65); Krüger, ZJS 2012, 606 (610 f.), die in der Datenerzeugung jedoch keinen schwerwiegenden Grundrechtseingriff sieht.

³⁴ BVerfGE 65, 1 (43).

seine innere bzw. äußere Sicherheit verhindern. Damit dient § 10b LPolG-E dem allgemeinen Interesse an einer effektiven Abwehr von Angriffen auf überragend wichtige Individual- und Gemeinschaftsrechtsgüter.

b) Schranken-Schranke

Die Grundrechtsbeschränkungen unterliegen jedoch ihrerseits den Vorgaben des GG.

aa) Bestimmtheitsgrundsatz

Insbesondere bedarf ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung einer Rechtsgrundlage, aus der sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen klar ergeben.³⁵ Die Regelung des § 10b Abs. 1 LPolG-E könnte gegen diesen Bestimmtheitsgrundsatz verstoßen, da sie nicht die konkrete Methode der „stillen SMS“ nennt, sondern den Begriff des „technischen Mittels“ verwendet.

Dem Gesetzgeber steht es jedoch grundsätzlich frei, technikneutrale Begriffe zu verwenden, die offen für den informationstechnischen Fortschritt sind.³⁶ Zwingend ist allein, dass die Norm dennoch hinreichend bestimmt ist. Dieser Anforderung genügt § 10b Abs. 1 LPolG-E, da er insbesondere den Zweck der Datenverarbeitung klar festlegt: die Standortermittlung eines Telekommunikationsendgerätes zur Abwehr schwerer Straftaten.

bb) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Der Einsatz „stillen SMS“ auf Grundlage von § 10b LPolG-E muss sich zudem als verhältnismäßig erweisen, damit er verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Ein Gesetz ist verhältnismäßig, wenn es einen legitimen Zweck verfolgt, geeignet, erforderlich und angemessen ist.

(1) Legitimer Zweck

Ein legitimer Zweck ist zu bejahen, wenn die Rechtsgrundlage des § 10b LPolG-E einem Zweck dient, der zulässigerweise verfolgt werden darf. Die Landesnorm soll den Einsatz „stillen SMS“ ermöglichen, um schweren Straftaten vorzubeugen. Damit dient sie der Gefahrenabwehr, die als staatliche Schutzaufgabe einen legitimen Zweck darstellt.

(2) Geeignetheit

Die Vorschrift ist geeignet, wenn der angestrebte Zweck mit ihr zumindest gefördert werden kann. Durch die Standortermittlung potenzieller Straftäter kann die Polizei Straftaten verhindern. Mithin erweist sich die Einsatzmöglichkeit „stillen SMS“ als geeignet dafür, den legitimen Zweck der Gefahrenabwehr zu fördern.

(3) Erforderlichkeit

Die Vorschrift des § 10b LPolG-E müsste auch erforderlich sein. Dies setzt voraus, dass der Landesgesetzgeber kein

anderes, gleich geeignetes, aber das Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkendes Mittel hätte wählen können.

Vorliegend erscheint auf den ersten Blick bereits der Regelungsbedarf fraglich zu sein. Schließlich finden sich bereits zwei Rechtsgrundlagen, die der Polizei des Bundeslandes L den Einsatz „stillen SMS“ gestatten: § 100i Abs. 1 Nr. 2 StPO und § 10a LPolG.

§ 100i Abs. 1 Nr. 2 StPO begründet jedoch keine Ermächtigungsgrundlage zur Gefahrenabwehr, sondern nur zur Strafverfolgung. § 10a LPolG wiederum stellt zwar eine gefahrenabwehrrechtliche Ermächtigungsgrundlage dar. Er dient gleichwohl ausschließlich dazu, den Aufenthaltsort einer vermissten, suizidgefährdeten oder einen Notruf auslösenden gefährdeten hilflosen Person zu ermitteln.³⁷ Die Norm erlaubt keine Ortung potenzieller Straftäter – soweit sie nicht selbst in Gefahr sind.

Unter Umständen hätte der Landesgesetzgeber aber andere technische Mittel zur Standortermittlung wählen können, die gleich geeignet, aber eingriffsmilder als die „stille SMS“ sind. In Betracht käme etwa der Einsatz eines sogenannten IMSI-Catchers³⁸, der eine virtuelle Funkzelle erzeugt, in die sich alle in einem bestimmten Radius befindlichen Mobilfunkgeräte einwählen.³⁹ Damit kann ein IMSI-Catcher aber den gesamten betroffenen Mobilfunkverkehr – nicht nur den der Zielperson – blockieren und es zugleich ermöglichen, Telefonate abzuhören.⁴⁰ Im Vergleich dazu erweist sich der Einsatz „stillen SMS“ als weniger eingriffsintensiv, da er insbesondere zielgerichteter erfolgen kann, womit sich Auswirkungen auf unbeteiligte Dritte vermeiden lassen. Außerdem verschafft er der Polizei keinen Zugriff auf Kommunikationsinhalte. § 10b LPolG-E ist demnach als erforderlich anzusehen.

(4) Angemessenheit

§ 10b LPolG-E müsste sich jedoch auch als angemessen erweisen. Das wäre der Fall, wenn die Schwere des Eingriffs bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe steht. Die mögliche Erstellung umfassender Bewegungsprofile stellt einen erheblichen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen dar. Die Bekämpfung schwerer Straftaten wie Mord und Totschlag kann diesen Eingriff gleichwohl grundsätzlich rechtfertigen, da die Gefahrenabwehr im überwiegenden Allgemeininteresse erfolgt.

Zudem finden sich im Gesetzentwurf zahlreiche Anforderungen, die den übermäßigen Gebrauch der „stillen SMS“ verhindern sollen. So erlaubt die Norm nur die Standortermittlung des potenziellen Straftäters und seiner Kontakt- oder Begleitpersonen. Außerdem ist die Standortermittlung zu unterbrechen, wenn sie in den Kernbereich privater Lebens-

³⁵ Franzius, ZJS 2015, 259 (260); Martini, JA 2009, 839 (845).

³⁶ BVerfGE 112, 304 (316); BGH NJW 2018, 2809 (2810) m. Anm. Puschke.

³⁷ Vgl. Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages (Fn. 22), S. 13 f. in Bezug auf § 25a ASOG Bln, der dem fiktiven § 10a LPolG zugrunde liegt.

³⁸ IMSI steht für „International Mobile Subscriber Identity“.

³⁹ Becker/Ambrock, JA 2011, 561 (566); Jochum, JuS 2010, 719 (719).

⁴⁰ Vgl. BVerfG NJW 2007, 351 (352).

gestaltung oder in ein durch ein Berufsgeheimnis nach §§ 53, 53a StPO geschütztes Vertrauensverhältnis eingreift. § 10b Abs. 5 und 6 LPolG-E stellen sicher, dass die Polizei nicht mehr benötigte Datensätze löschen und den Betroffenen über den Einsatz der „stillen SMS“ informieren muss. Des Weiteren steht die Vorschrift unter einem Richtervorbehalt, sodass in ihr ein vorweggenommener Rechtsschutz verankert ist.⁴¹ Von Bedeutung ist darüber hinaus, dass § 10b Abs. 7 LPolG-E garantiert, dass die Befugnis durch eine unabhängige wissenschaftliche Kommission evaluiert und nach vier Jahren außer Kraft gesetzt werden muss. § 10b LPolG-E ist folglich angemessen.

4. Zwischenergebnis

Die Vorschrift des § 10b LPolG-E stellt einen gerechtfertigten Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar. Es liegt somit keine Grundrechtsverletzung vor.

IV. IT-Grundrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)

Eine Verletzung des Grundrechts auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme scheidet vorliegend schon deshalb aus, weil das ebenfalls aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete Recht nur subsidiär anwendbar ist. Nach seiner Konzeption soll das sogenannte IT-Grundrecht Lücken im Rechtsschutz schließen, die daraus resultieren, dass weder das Recht auf informationelle Selbstbestimmung noch das Fernmeldegeheimnis greifen.⁴²

Exkurs zum IT-Grundrecht: Das IT-Grundrecht schützt sowohl das Interesse des Einzelnen, dass die ihn betreffenden personenbezogenen Daten in einem informationstechnischen System vertraulich bleiben, als auch die Integrität des Systems selbst.⁴³ Vom sachlichen Schutzbereich erfasst sind indes nur solche Systeme, „die allein oder in ihren technischen Vernetzungen personenbezogene Daten des Betroffenen in einem Umfang und in einer Vielfalt enthalten können, dass ein Zugriff auf das System es ermöglicht, einen Einblick in wesentliche Teile der Lebensgestaltung einer Person zu gewinnen oder gar ein aussagekräftiges Bild der Persönlichkeit zu erhalten“.⁴⁴ Beispiele dafür sind Computer oder Smartphones.⁴⁵ Da-

mit stellt der gefahrenabwehrrechtliche Einsatz „stiller SMS“ regelmäßig einen Eingriff in das IT-Grundrecht dar. Dieser Eingriff ist gerechtfertigt, wenn tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut wie Leib, Leben und Freiheit der Person vorliegen.⁴⁶

V. Ergebnis

Nachdem die Regelung des § 10b LPolG-E in Kraft getreten ist, könnte die Studierendengruppe direkt Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG erheben. Ihre Beschwerde hätte jedoch keine Aussicht auf Erfolg, da die Landesvorschrift materiell verfassungsgemäß ist.

⁴¹ Vgl. BVerfGE 139, 245 (266).

⁴² BVerfGE 120, 274 (302 ff.); Kritik an der Schaffung eines neuen Grundrechts übten u.a. *Martini*, JA 2009, 839 (840) und *Sachs/Krings*, JuS 2008, 481 (483 ff.).

⁴³ *Bantlin*, JuS 2019, 669 (670); *Dreier* (Fn. 28), Art. 2 Abs. 1 Rn. 83.

⁴⁴ BVerfGE 120, 274 (314).

⁴⁵ Mobilfunkendgeräte, mit denen sich lediglich Telefonate führen und SMS versenden lassen, fallen hingegen nicht unter den Begriff des informationstechnischen Systems, da ihr Funktions- und Datenverarbeitungsumfang zu beschränkt ist (vgl. BVerfGE 120, 274 [314]; ebenso *Hornung*, CR 2008, 299 [302]). Bei ihrer Nutzung kann allein der Schutz-

bereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung eröffnet sein.

⁴⁶ Vgl. BVerfGE 120, 274 (328).

Examensklausur: Die A-Partei und ihre Probleme mit dem Rechtsstaat

Von Wiss. Mitarbeiter **Nicolas Harding**, Kiel*

Diese staatsorganisationsrechtliche Referendarexamensklausur setzt sich mit einer aktuellen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und einer jüngeren Entscheidung des schleswig-holsteinischen Landesverfassungsgerichts auseinander. Während es sich bei den Äußerungsrechten von Hoheitsträgern im ersten Teil um ein Standardproblem des Staatsorganisationsrechts handelt, wird im zweiten Teil der Umgang mit einer weitestgehend unbekanntem Materie, dem Abschluss aus einer Landtagsfraktion, gefordert.

Sachverhalt

1. Teil

Am 1.8.2020 nahm der Bundesinnenminister S, seines Zeichens Ehrenvorsitzender der regierungstragenden C-Partei, an einem Interview mit einem Journalisten der Deutschen Presse-Agentur (DPA) teil, in dessen Rahmen er mehrfach auf das Verhalten der oppositionellen A-Partei im Bundestag angesprochen wurde. In diesem Zusammenhang sprach S davon, dass sich die A-Partei gegen den Staat stellen würde. Wortwörtlich sagte er: „Die Mitglieder können tausend Mal sagen, dass sie Demokraten sind. Das haben Sie im Bundestag miterleben können beim Frontalangriff auf den Bundespräsidenten. Das ist für unseren Staat hochgefährlich. Das ist staatszersetzend.“ Darüber hinaus erklärt S in dem Interview, dass die A-Partei mittlerweile übermütig geworden sei. Dies habe dazu geführt, dass sich nunmehr das wahre Gesicht der Parteimitglieder und ihre Aggression zeige.

Am 4.8.2020 wurde das Interview des S kommentarlos auf der regierungsamtlichen Homepage des Bundesinnenministeriums veröffentlicht. Über das Interview des Ministers ist man in der A-Partei zu tiefst entrüstet. Noch schwerer wiege jedoch die Veröffentlichung auf einer amtlichen Homepage. S gehöre zum Kabinett der Bundesregierung, welches zweifelsfrei zu parteipolitischer Neutralität verpflichtet sei. Außerdem sei er für derartige Äußerungen nicht zuständig. S entgegnet dem nur, er habe sich gar nicht als Amtsträger, sondern vielmehr als Parteimitglied der C-Partei äußern wollen. In diesem Zusammenhang könne er sich wie jeder andere Bürger auf Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG berufen. Außerdem seien ihm die Äußerungen „herausgerutscht“ und im Hinblick darauf, dass die A-Partei und S sich nicht im Wahlkampf befänden, ohnehin „halb so wild“.

Daraufhin ruft die A-Partei vertreten durch Ihren Vorstand form- und fristgerecht das Bundesverfassungsgericht an, um feststellen zu lassen, dass das Vorgehen des Bundesinnenministers S die A-Partei in ihren Rechten verletzt hat.

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht bei Prof. Dr. Florian Becker, LL.M., an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Die Klausur wurde im Rahmen des universitären Examensvorbereitungskurses im Sommersemester 2020 als Übungsklausur gestellt.

Frage 1

Hat das Vorgehen der A-Partei Erfolg?

2. Teil

Die A-Partei ist nicht nur im Bundestag, sondern unter anderem auch mit der A-Fraktion im schleswig-holsteinischen Landtag vertreten. Die Fraktion ist Teil der Opposition und hat fünf Sitze im Parlament inne, wovon einer auf die Abgeordnete W entfällt. Allerdings kam es kürzlich zu intrafraktionellen Unruhen. Es stellte sich heraus, dass W seit dem Frühjahr 2014 immer wieder engen Kontakt zu einem Verein gehabt haben soll, der seinerseits auf einer parteiinternen „schwarzen Liste“ steht. Dieser betreibt eine Gedächtnisstätte für die deutschen Opfer des zweiten Weltkrieges und wird seit mehreren Jahren aufgrund nachgewiesener Verbindungen in die rechtsextreme Szene vom Verfassungsschutz beobachtet. In den letzten Jahren hat W für diesen Verein auf einem eigens eingerichteten YouTube-Kanal geworben und betont, dass sie den Verein finanziell unterstütze. Infolgedessen wurde in verschiedenen Print- wie Onlinemedien negativ über W berichtet. Dies hatte zur Folge, dass auch die A-Fraktion des schleswig-holsteinischen Landtags seitdem Gegenstand abschätziger Berichterstattungen ist.

In der nächsten Fraktionssitzung der Fraktionsversammlung wurde nach einem formgerechten Antrag des Fraktionsvorstandes unter Tagesordnungspunkt 6 der Fraktionsausschluss von W diskutiert. Im Rahmen dessen erhielt W die Möglichkeit, sich zu den Vorwürfen und Entwicklungen zu äußern, was sie auch tat. Zudem räumte W in diesem Gespräch eine Mitgliedschaft in dem besagten Verein ein. Kurze Zeit später wurde im Rahmen der Fraktionssitzung von allen Fraktionsmitgliedern der Fraktionsausschluss von W mit 4:1 Stimmen beschlossen. Dieser wurde vor allem damit begründet, dass W dem Ansehen der A-Fraktion erheblich geschädigt habe. Zudem sei die Zusammenarbeit innerhalb der Fraktion bei einem Verbleib der W nachhaltig gefährdet. Dabei stützt sich die Fraktion insbesondere auf die eigene Geschäftsordnung die, in § 5 Abs. 3 für den Fraktionsausschluss Folgendes vorsieht: „Über den Ausschluss aus der Fraktion entscheidet die Fraktionsversammlung. Der Antrag erfolgt durch den Vorstand oder ein Viertel der Mitglieder. Der Ausschluss bedarf eines wichtigen Grundes.“

W ist mit diesem Ergebnis nicht einverstanden, da der Fraktionsausschluss für sie auch den Ausschluss aus dem Petitionsausschuss bedeutet, deren Vorsitzende sie bisher war. Außerdem ist sie der Meinung, dass ein Fraktionsausschluss nirgends geregelt und im Hinblick auf ihre Rechtsstellung als Abgeordnete unzulässig sei.

Frage 2

Ist der Fraktionsausschluss rechtmäßig?

Lösungsvorschlag zu Frage 1

Der Antrag der A-Partei hat Erfolg, wenn er zulässig und soweit er begründet ist. Dies ist der Fall, wenn die Sachent-

scheidungs Voraussetzungen gegeben sind und die Äußerungen des S die A-Partei in ihren verfassungsrechtlich verbürgten Rechten verletzt haben.

I. Zulässigkeit

1. Zuständigkeit

Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG und § 13 Nr. 5 BVerfGG ist das Bundesverfassungsgericht für das Organstreitverfahren zuständig.

2. Beteiligtenfähigkeit

Beim Organstreitverfahren handelt es sich um ein kontradiktorisches Verfahren, sodass sowohl Antragsteller als auch Antragsgegner beteiligtenfähig sein müssen. Dies richtet sich grundsätzlich nach § 63 BVerfGG und Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG.

a) Antragsteller

Problematisch ist, dass die A-Partei als Antragstellerin nicht in der Vorschrift des § 63 BVerfGG vorgesehen ist. Betrachtet man die dort aufgeführten Organe, fällt schnell auf, dass es sich dabei ausschließlich um Verfassungsorgane des Bundes handelt. Darüber hinaus wird der potentielle Kreis der Beteiligten auf die Teile der Organe erstreckt. Parteien sind ob ihrer Bedeutung für den demokratischen Diskurs allerdings nicht der staatlichen Sphäre zuzuordnen, sondern vielmehr als Bindeglied der gesellschaftlichen und staatlichen Sphäre zu begreifen.¹ Die Vorschrift des § 63 BVerfGG sieht eine Beteiligtenfähigkeit politischer Parteien damit nicht vor. Möglicherweise handelt es sich bei der A-Partei aber um eine andere Beteiligte, die durch das Grundgesetz mit eigenen Rechten ausgestattet ist, vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG. Die grundgesetzliche Regelung geht über die einfachgesetzliche Regelung des § 63 BVerfGG hinaus, indem sie auch eine prozessuale Einbindung „anderer Beteiligter“ vorsieht. Der grundgesetzlichen Norm ist dabei bereits aus normhierarchischen Gründen Vorzug vor der Regelung im BVerfGG zu gewähren.² Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind Parteien als antragsberechtigt anzusehen, sofern sie um ihre Rechte streiten, die sich aus ihrer besonderen verfassungsrechtlichen Stellung ergeben.³ Dies ist insbesondere der Fall, wenn eine Partei um ihr Recht auf Chancengleichheit aus Art. 21 Abs. 1 GG streitet. Die A-Partei geht im vorliegenden Fall davon aus, durch die gegen die politische Neutralitätspflicht verstößenden Äußerungen des Ministers in ihrem Recht auf Chancengleichheit verletzt zu sein. Sie ist mithin antragsberechtigt.

¹ Vgl. BVerfGE 20, 56 (101 f.); 85, 264 (284 f.); 107, 339 (361).

² BVerfGE 136, 277 (299); *Walter*, in: *Walter/Grünwald, Beck'scher Online-Kommentar zum BVerfGG*, 9. Ed., Stand: 1.7.2020, § 63 Rn. 7.

³ BVerfGE 4, 27 (30 f.); 20, 119 (128 f.); 20, 134 (140); 24 260 (263).

b) Antragsgegner

S ist der Bundesinnenminister und damit ein Teil des Kollegialorgans der Bundesregierung. Er wird unter anderem in Art. 65 S. 2 GG mit der amtspezifischen „Ressortkompetenz“ ausgestattet. Zudem sehen die §§ 9 ff. GO BReg verschiedene Kompetenzen und Befugnisse für die einzelnen Minister vor, sodass er nach § 63 BVerfGG beteiligtenfähig ist.

3. Antragsgegenstand

Nach § 64 Abs. 1 BVerfGG ist ein tauglicher Antragsgegenstand, wenn sich die Antragstellerin gegen eine Maßnahme oder ein Unterlassen richtet. Um den Kreis der Antragsgegenstände nicht konturenlos werden zu lassen, fordert das Bundesverfassungsgericht allerdings die Rechtserheblichkeit der in Rede stehenden Maßnahme.⁴ Dies bedeutet, dass die Maßnahme auch wirklich in der Lage gewesen sein muss, die A-Partei als Antragstellerin in ihren Rechten zu verletzen.

Im vorliegenden Fall wendet sie sich gegen die Aussagen des Bundesinnenministers in einem DPA-Interview, welches zudem noch auf einer ministeriellen Homepage verbreitet wurde. Bei den Äußerungen handelt es sich zunächst um keinen Rechtsakt im formellen Sinne. Dennoch war das Vorgehen im Hinblick auf seine Reichweite und Wirkung beim Empfänger in der Lage, die A-Partei in ihren Rechten nachhaltig zu verletzen. Es steht fest, dass auch von informalen Staatshandlungen eine Eingriffswirkung ausgehen kann. In den verbreiteten Äußerungen ist ein tauglicher Antragsgegenstand zu sehen.

4. Antragsbefugnis

Die Antragstellerin müsste durch den Antragsgegenstand in ihren ihr durch das Grundgesetz verliehenen Rechten verletzt oder unmittelbar gefährdet sein, § 64 Abs. 1 BVerfGG. Die A-Partei macht geltend, dass S mit seinen Äußerungen und der anschließenden Veröffentlichung des Interviews auf der Homepage des Bundesinnenministeriums gegen seine Neutralitätspflicht verstoßen habe. Sie stützt sich mithin auf ihr in Art. 21 Abs. 1 GG wurzelndes Recht auf Chancengleichheit. Sollte S sich tatsächlich in seiner ministeriellen Funktion geäußert haben, sind die scharfen Äußerungen des S durchaus kritisch zu sehen. Mithin ist die Verletzung des Rechts auf Chancengleichheit durchaus möglich, sodass die A-Partei antragsbefugt ist.

5. Form und Frist

Laut Sachverhalt ist davon auszugehen, dass ein schriftlicher und begründeter Antrag gestellt wurde, § 23 Abs. 1 BVerfGG. Gleichmaßen ist das Einhalten der sechsmonatigen Frist zu unterstellen, § 64 Abs. 3 BVerfGG.

6. Zwischenergebnis

Die Sachentscheidungs Voraussetzungen sind gegeben. Der Antrag der A-Partei ist mithin zulässig.

⁴ BVerfGE 57, 1 (4 f.); 60, 374 (381); 138, 45 (59 f.).

II. Begründetheit

Der Antrag der A-Partei ist begründet, wenn die Äußerungen des S nicht mit den Vorgaben des Grundgesetzes vereinbar sind und die A-Partei dadurch in ihren von der Verfassung gewährten Rechten verletzt wird.

Hinweis: Für das Organstreitverfahren im Allgemeinen und staatliche Öffentlichkeitsarbeit im Speziellen existiert kein starres Prüfungsschema. Es bietet sich an, einen an der Grundrechtsprüfung orientierenden Aufbau zu wählen oder auf einen an der verwaltungsrechtlichen Rechtmäßigkeitsprüfung angelehnten Aufbau zurückzugreifen.⁵ Da das BVerfG im Zusammenhang mit dem Recht auf Chancengleichheit der Parteien zu Ersterem tendiert, wird im Folgenden der an die Grundrechtsprüfung angelehnte Aufbau gewählt.

1. Chancengleichheit der Parteien

Der aus Art. 21 Abs. 1 GG folgende Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien umfasst das Recht der Parteien auf verschiedenste Art an der politischen Willensbildung des Volkes mitzuwirken. Nur wenn sie dies in gleichberechtigter Weise tun können, wird der Staat ihrer entscheidenden Bedeutung in der parlamentarischen Demokratie gerecht. Es weist insofern einen engen Zusammenhang zum Grundsatz der Freiheit und Gleichheit der Wahl aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG auf.⁶ Das Recht der Parteien auf Chancengleichheit wird verletzt, wenn von staatlicher Seite aus zugunsten oder zulasten einer politischen Partei auf den Wahlkampf einwirken.⁷ Die A-Partei kann sich aller Staatsgewalt gegenüber auf dieses Recht berufen und von dieser eine den gleichberechtigte Teilnahme am Prozess der politischen Willensbildung achtende Behandlung verlangen.

2. Rechtswidriger Eingriff in das Recht auf Chancengleichheit

Möglicherweise hat S das Recht auf Chancengleichheit missachtet und die A-Partei in ihren Rechten verletzt, indem er sich unter Verstoß gegen seine parteipolitische Neutralitätspflicht (1.) in seiner Funktion als Bundesinnenminister äußerte und diese Äußerungen auf einer ministeriellen Homepage veröffentlichte (2.), ohne dabei zulässige Öffentlichkeitsarbeit zu betreiben (3.).

a) Umfang der Neutralitätspflicht

Der Anwendungsbereich der parteipolitischen Neutralitätspflicht erstreckt sich auf alle als hoheitlich zu qualifizierenden Äußerungen von Amtsträgern. Ihnen ist es von Verfassungen wegen versagt, ihr Informationshandeln auf die Meinungsäußerungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG zu stützen, da die rechtsstaatliche Grundrechtsverpflichtung in ei-

nem unauflösbaren Gegensatz zur freiheitlichen Grundrechtsberechtigung steht (sog. *Konfusionsargument*).⁸ Die Äußerungen eines Amtsträgers sind demnach nie Ausfluss grundrechtlicher Freiheit, sondern sind als hoheitliches Handeln zu qualifizieren, das einer (Grund-)Rechtsbindung unterliegt.

Der den einzelnen Hoheitsträger bindende Ausfluss des Rechts auf Chancengleichheit der Parteien ist die sog. parteipolitische Neutralitätspflicht. Gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG geht alle Staatsgewalt vom Volke und nicht etwa umgekehrt aus (Stichwort: „von unten nach oben“). Dass dieser Umstand nicht ins Wanken gerät, wird durch die Pflicht zur politischen Neutralität jeglicher Staatsgewalt gesichert. Sie untersagt es jedem Hoheitsträger, in beeinflussender Weise Einfluss auf den parteipolitischen Wettbewerb zu nehmen.⁹ Äußert sich ein Amtsträger zugunsten oder zulasten einer Partei, steht einer Verletzung dieser Neutralitätspflicht und damit auch ein Verstoß gegen den Grundsatz der parteipolitischen Chancengleichheit aus Art. 21 Abs. 1 GG im Raum, sollten die Äußerungen nicht als zulässige Öffentlichkeitsarbeit zu qualifizieren sein.

b) Amtsqualität der Äußerungen

Essenzielle Voraussetzung für die Anwendbarkeit des parteipolitischen Neutralitätsgrundsatzes ist neben der Parteiqualität der Äußerungsgegner die Amtsqualität des sich Äußernden. Nur wenn dieser sich in seiner Funktion als Hoheitsträger äußert, unterliegt er den in Rede stehenden Neutralitätspflichten. Handelt es sich hingegen um eine private Äußerung des Hoheitsträgers, lässt sich diese auf Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG stützen und unterliegt keiner Pflicht zur parteipolitischen Neutralität. Für die Abgrenzung der Sprecherrollen ist die Inanspruchnahme amtlicher Autorität maßgeblich, die aus der Sichtweise eines objektiven Durchschnittsbetrachters unter Berücksichtigung formaler Kriterien im jeweiligen Einzelfall zu beurteilen ist.¹⁰ Zu den Kriterien zählen vor allem der ausdrückliche Verweis auf die Amtsträgerschaft und der Rückgriff auf amtliche Ressourcen. Der Inhalt einer Äußerung vermag nur in den seltensten Fällen zur Abgrenzung beizutragen.

aa) Das Interview

Die Beurteilung der konkreten Sprecherrolle gestaltet sich im Kontext von Veranstaltungen des allgemeinen politischen Diskurses als besonders schwierig. Zu diesen Foren gehören Talkshows oder das von S gegebene Interview.¹¹ In diesen Konstellationen ist es sowohl denkbar, dass der Hoheitsträger in seiner Funktion als Parteipolitiker als auch in seiner Rolle als Amtsträger agiert. Das Bundesverfassungsgericht geht so-

⁸ Vgl. Dreier, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2013, Art. 19 Abs. 3 Rn. 59.

⁹ BVerfGE 148, 11 (25); vgl. ausführlich Barczak, NVwZ 2015, 1014 (1014 f.).

¹⁰ Barczak, NVwZ 2015, 1014 (1014 f.); Kalscheuer, Komm-Jur 2018, 121 (123).

¹¹ BVerfGE 138, 102 (119 ff.); Barczak, NVwZ 2015, 1014 (1016).

⁵ Vgl. dazu auch ausführlich Nellesen, Äußerungsrechte staatlicher Funktionsträger, 2018, S. 249 f.

⁶ Grundlegend BVerfGE 44, 125 (139); jüngst BVerfG NJW 2020, 2096 (2087).

⁷ BVerfGE 44, 125 (141); 136, 323 (333); 138 102 (110 f.); jüngst BVerfG NJW 2020, 2096 (2087).

gar davon aus, dass die Sprecherrolle innerhalb ein und desselben Interviews wechseln kann.¹² Um rechtssicher feststellen zu können, welche Sprecherrolle eingenommen wird, sind die äußeren Umstände der in Rede stehenden Äußerung in den Blick zu nehmen. Maßgeblich ist insofern der Rückgriff auf amtliche Ressourcen wie z.B. die Verwendung von Amtsräumen oder anderer amtlicher Sach- und Finanzmittel. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Verwendung einer Amtsbezeichnung als solcher noch keine Aussagekraft zukommt.¹³ Wie die konkreten Äußerungen im Interview zu qualifizieren sind, kann jedoch dahinstehen, wenn jedenfalls die im Anschluss folgende Veröffentlichung des Interviews auf der Homepage des Bundesinnenministeriums eine Amtsqualität aufweist.¹⁴

bb) Die Veröffentlichung auf der ministeriellen Homepage

Im Gegensatz zu den im Interview getroffenen Aussagen stellt die Veröffentlichung des Interviews auf der Homepage des Bundeinnenministeriums einen offensichtlichen Rückgriff auf amtliche Ressourcen dar. Die Einflussnahme auf den Inhalt der ministeriellen Homepage ist S nur aufgrund seines Regierungsamtes möglich.¹⁵ Es handelt sich daher bei der Veröffentlichung um die Inanspruchnahme staatlicher Autorität, die dazu führt, dass die Inhalte des Interviews internalisiert und damit in den Bereich der Staatsgewalt gezogen werden. Selbst wenn man davon ausgehen sollte, dass die Äußerungen als solche privater Natur sind, hat S die Wettbewerbslage zu Lasten der A-Partei unter Rückgriff auf amtliche Ressourcen verschlechtert.¹⁶ Dem steht das Gebot strikter Neutralität staatlicher Organe im parteipolitischen Wettbewerb entgegen.

c) Regierungsamtliche Öffentlichkeitsarbeit

Es gilt zu berücksichtigen, dass nicht jede staatliche Äußerung mit kritischem und politischem Inhalt als Verstoß gegen die Neutralitätspflicht und rechtswidriger Eingriff in das Recht auf Chancengleichheit adressierter Parteien zu interpretieren ist. Vielmehr gehört die regierungsamtliche Öffentlichkeitsarbeit zu den Aufgaben eines Ministers.¹⁷ In seiner Grundsatzenscheidung aus dem Jahr 1977 hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass die Information der Menschen eine dem Grundkonsens in der Bevölkerung dienende Aufgabe von Verfassungsrang ist.¹⁸ Sollten die Äußerungen des S mithin als Maßnahmen zulässiger Öffentlichkeitsarbeit zu qualifizieren sein, wäre der Eingriff in das Recht auf Chan-

cengleichheit der Parteien gerechtfertigt. Maßgeblich ist, ob S sich auf eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage stützen konnte (aa) und ob seine Äußerungen den formellen (bb) wie materiellen Anforderungen (cc) an die Regierungsamtliche Öffentlichkeitsarbeit genügen.

aa) Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage

Grundsätzlich fordert der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes und die ihn spezifizierende Wesentlichkeitstheorie des BVerfG, dass alle wesentlichen Entscheidungen vom Gesetzgeber zu treffen sind. Insbesondere hoheitliche Maßnahmen mit Eingriffswirkung sind demzufolge auf ein Parlamentsgesetz zu stützen.¹⁹ Es ließe sich daher annehmen, dass auch die Äußerungen von S auf eine Befugnisnorm in Form eines ermächtigenden Parlamentsgesetzes zurückzuführen sein müssen. Das Bundesverfassungsgericht hat für die Öffentlichkeitsarbeit allerdings ein von der Wesentlichkeitstheorie abweichendes Sonderregime entwickelt, welches es ausreichen lässt, dass Äußerungen, die kein funktionales Äquivalent zu einem (Grundrechts-)Eingriff darstellen, auf organisationsrechtliche Aufgabenzuweisungsnormen gestützt werden können.²⁰ Begründet wird dies primär damit, dass eine gesetzliche Fixierung nur auf eine generalklauselartige Vorschrift hinauslaufen würde, deren Mehrwert im Vergleich zur Aufgabennorm überschaubar sei.²¹

Für die Bundesregierung ist diese Kompetenz zur Öffentlichkeitsarbeit aus der ungeschriebenen Staatsleitungskompetenz abzuleiten.²² Sie umfasst die Darlegung und Erläuterung der Regierungspolitik im Hinblick auf getroffene Maßnahmen und künftige Vorhaben.²³ Nur wenn in einer konkreten Äußerung eines Regierungsmitglieds ein funktionales Eingriffsäquivalent zu sehen sein sollte, hält das BVerfG am Erfordernis einer ermächtigenden Befugnisnorm fest. Im vorliegenden Fall äußert sich S in seiner Funktion als Bundesinnenminister abfällig über die A-Partei. Auch wenn das von ihm genutzte Vokabular durchaus in der Lage ist, eine diffamierende Wirkung zu entfalten, wird die Schwelle zum funktionalen Eingriffsäquivalent im Hinblick auf die Schwere der Auswirkungen nicht überschritten. Mithin kann S seine Äußerungen auf die Staatsleitungskompetenz stützen, die ihm als Mitglied der Bundesregierung zusteht.

Hinweis: Diese Rechtsprechung wird berechtigterweise kritisiert. Der sog. „Schluss von der Aufgabe auf die Befugnis“ ist im deutschen Recht grds. unzulässig und damit höchstproblematisch. Dennoch handelt es sich dabei um die gefestigte Rechtsprechung des BVerfG, das ob der an-

¹² BVerfGE 138, 102 (120).

¹³ BVerfGE 138, 102 (119 f.); Begründet wird dies mit den Beamtenengesetzen, vgl. z.B. auf Bundesebene § 86 Abs. 2 S. 2 BBG.

¹⁴ Das BVerfG ist davon ausgegangen, dass die Äußerungen parteipolitischer Natur waren, BVerfG NJW 2020, 2096 (2102).

¹⁵ BVerfG NJW 2020, 2096 (2102).

¹⁶ BVerfG NJW 2020, 2096 (2102).

¹⁷ Vgl. dazu grundlegend BVerfGE 44, 125 ff.

¹⁸ BVerfGE 44, 125 (147).

¹⁹ BVerfGE 34, 165 (192 f.); 41, 251 (259 f.); 88, 103 (116); 98, 218 (251); *Sommerrmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 274 f.

²⁰ Grundlegend BVerfGE 105, 279 (303 ff.).

²¹ BVerfGE 105, 279 (304); kritisch z.B. *Huber*, JZ 2003, 290 (294 ff.).

²² BVerfGE 105, 252 (270); 105, 279 (301); 148, 11 (27).

²³ BVerfG NJW 2020, 2096 (2098).

haltenden Kritik keine Anstalten macht, seine Rechtsprechung zu ändern.

bb) Formelle Anforderungen

Die zentrale formelle Vorgabe für das Staatshandeln im Allgemeinen und die Öffentlichkeitsarbeit im Besonderen ist die Wahrung der Kompetenzordnung. S muss sich bei den in Rede stehenden Äußerungen mithin innerhalb des ihm von Verfassungen wegen zugewiesenen Zuständigkeitsbereichs bewegen haben. Die Äußerungskompetenz des einzelnen Ministers manifestiert sich in der organisationsrechtlichen Ressortkompetenz des Art. 65 S. 2 GG.²⁴ Danach ist grundsätzlich jedes Kabinettsmitglied zur Leitung des eigenen Ressorts zuständig, was als integralen Bestandteil auch die Kompetenz zur regierungsamtlichen Öffentlichkeitsarbeit innerhalb des ministeriellen Sachbereichs umfasst.²⁵

Allerdings äußert sich S im vorliegenden Fall nicht zu einem ressortspezifischen Sachbereich. Vielmehr handelt es sich bei den von ihm getroffenen Äußerungen um die Verteidigung des Bundespräsidenten und die Kritik des Verhaltens der A-Partei im Bundestag. Kompetenzuell ist diese Angelegenheit nicht vom Ressort des Bundesinnenministers gedeckt, was einen Verstoß gegen die Zuständigkeitsregelungen der Verfassung zur Folge haben könnte.

Fraglich ist allerdings ob sich S als Mitglied der Bundesregierung neben seiner ressortspezifischen Zuständigkeit auch auf die Zuständigkeit des Kollegialorgans berufen und in diesem Bereich mittels Öffentlichkeitsarbeit tätig werden darf. Diese Frage hat das Bundesverfassungsgericht bisher stets offengelassen.²⁶ Dafür spricht, dass es z.B. realitätsfern erscheint, wenn sich ein Minister nicht über Inhalte äußern darf, die Gegenstand eines Kabinettsbeschlusses waren, an dem er mitgewirkt hat, weil sie thematisch außerhalb seines Geschäftsbereichs liegen. Ebenso ließe sich bei verfassungsimmanenten Wertentscheidungen argumentieren, mit denen ein Minister in seiner Funktion als Verfassungsorgan zwangsläufig konfrontiert wird.²⁷ Um das Ressortprinzip des Art. 65 Abs. 2 GG dennoch nicht zu unterlaufen, ist es konsequent, diese Kompetenz zur ministeriellen Öffentlichkeitsarbeit restriktiv zu handhaben.²⁸ Eine großzügige Handhabung dieser Informationskompetenz könnte im Ergebnis zu einer äußerungsrechtlichen Universalzuständigkeit der Kabinettsmitglieder führen, die nach den Art. 62 ff. GG jedoch nur dem Bundeskanzler zustehen soll. Ob von einem solchen Fall auszugehen ist, kann dahinstehen, wenn jedenfalls die materiellen Anforderungen an die Äußerungen eines Hoheitsträgers nicht gewahrt wurden.

²⁴ Vgl. *Schröder*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 19), Art. 65 Rn. 31.

²⁵ BVerfG, NJW 2020, 2096 (2103).

²⁶ BVerfG NJW 2020, 2096 (2103).

²⁷ Ausdrücklich offen gelassen BVerfG NJW 2020, 2096 (2103).

²⁸ Vgl. dazu zutreffend *Nellesen* (Fn. 5), S. 187.

cc) Materielle Anforderungen

„[D]ie Zulässigkeit der Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung [endet] dort, wo Werbung für oder Einflussnahme gegen einzelne im politischen Wettbewerb stehende Parteien oder Personen beginnt.“²⁹ Damit stellt das Bundesverfassungsgericht die materielle Grenze für die Maßnahmen staatlicher Öffentlichkeitsarbeit im Hinblick auf die Chancengleichheit der Parteien aus Art. 21 Abs. 1 GG auf. Es konkretisiert die Anforderungen an die Äußerungen eines Hoheitsträgers dahingehend, dass diese, um als gerechtfertigte Maßnahme staatlicher Öffentlichkeitsarbeit eingestuft zu werden, den sich aus der Chancengleichheit ergebenden Neutralitäts- und Sachlichkeitsvorgaben zu halten haben. Ist dies nicht der Fall, liegt ein rechtswidriger Eingriff in das Recht auf Chancengleichheit vor.

Der von S geltend gemachte Umstand, dass seine Äußerungen keinerlei Wahlkampfbezug besäßen, hat keinen Einfluss auf den von ihnen ausgehenden Verstoß gegen das staatliche Sachlichkeitsgebot und die aus Art. 21 Abs. 1 GG resultierende Neutralitätspflicht. Auch wenn feststeht, dass es Hoheitsträgern möglich sein muss, das politische Verhalten einer Partei entschieden zurückzuweisen, bewegt S sich mit den von ihm getätigten Äußerungen nicht mehr im Bereich des Zulässigen. Vielmehr nutzt S das Interview dazu, das politische Verhalten der A-Partei als negativ zu bewerten. Dazu greift er unter Verstoß gegen das rechtsstaatliche Sachlichkeitsgebot auf ein konfrontatives Vokabular zurück, was die Abneigung des S gegenüber der A-Partei deutlich macht. Sie wird dadurch in ein schlechtes Licht gerückt. Es handelt sich dabei um eine politische Parteinahme zu Lasten der A-Partei, die mit der Neutralitätspflicht nicht mehr zu vereinbaren ist. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass die Anforderungen an die Neutralität und Sachlichkeit amtlicher Äußerungen im Wahlkampf steigen, sodass sich die Öffentlichkeitsarbeit in der Zeit unmittelbar vor der Wahl auf ein erforderliches Minimum zu reduzieren hat. Die über eine entschiedene Zurückweisung hinausgehende Diffamierung einer politischen Partei ist einem Hoheitsträger unabhängig von einer möglichen Nähe zur Wahl von Verfassungen wegen her untersagt.

d) Zwischenergebnis: Kein Akt zulässiger Öffentlichkeitsarbeit

Damit steht fest, dass es sich bei den von S im Rahmen des Interviews getätigten Aussagen nicht um einen Akt zulässiger Öffentlichkeitsarbeit handelt. Vielmehr liegt ein Verstoß gegen die parteipolitische Neutralitätspflicht vor.

3. Zwischenergebnis: Antrag der A-Partei ist begründet

Die Äußerungen des S und die anschließende Verbreitung des Interviews auf der ministeriellen Homepage sind mit den Vorgaben des Grundgesetzes nicht vereinbar und verletzen die A-Partei in ihrem Recht auf Chancengleichheit aus Art. 21 Abs. 1 GG. Der Antrag der A-Partei ist mithin begründet.

²⁹ BVerfG NJW 2020, 2096 (2102); erstmals BVerfGE 44, 125 (150).

III. Gesamtergebnis

Der Antrag der A-Partei ist zulässig und begründet.

2. Teil

Der Fraktionsausschluss ist rechtmäßig, wenn das Vorgehen der Fraktion mit den bestehenden Gesetzen vereinbar ist und nicht gegen höherrangiges Recht verstößt.

Hinweis: Die Rechtmäßigkeit eines Fraktionsausschlusses ist ein nahezu unbeschriebenes Blatt, das in der Rechtsprechung und Literatur bis auf einige Ausnahmen³⁰ für wenig Aufsehen gesorgt hat. Zur Lösung des Falls wird daher kein Spezialwissen, sondern mehr methodisches Argumentieren und Kernkenntnisse bekannter Verfassungsdirektiven erwartet. Ebenso wenig gibt es ein vorgegebenes Prüfungsschema. Wie bereits im 1. Teil ist es jedoch sinnvoll, sich an bekannten Strukturen zu orientieren und entweder aus der Sichtweise der Betroffenen einen an die Grundrechtsprüfung angelehnten Aufbau oder aber einen an den verwaltungsgerichtlichen Aufbau angelehnten Aufbau zu wählen. Im Folgenden wird der Bearbeitung Letzterer zugrunde gelegt.

I. Ermächtigungsgrundlage für den Fraktionsausschluss

Möglicherweise bedarf es für den Ausschluss der W aus der Landtagsfraktion einer parlamentsgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Ob dies der Fall ist, richtet wiederum nach dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes und der diesen konkretisierenden Wesentlichkeitstheorie.

1. Gesetzesvorbehalt und Wesentlichkeitstheorie

Der Gesetzesvorbehalt entfaltet seine Wirkung in seiner Funktion als Bestandteil des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips auch bei innerstaatlichen Konflikten und nicht nur in grundrechtlichen Konstellationen. Auch dort besagt die Wesentlichkeitstheorie, dass alle wesentlichen Entscheidungen vom (Parlaments-)Gesetzgeber zu treffen sind. Fraglich ist daher, ob der Fraktionsausschluss als solcher „wesentlich“ ist. Dagegen könnte zunächst sprechen, dass der Ausschluss aus einer Fraktion keine unmittelbare Auswirkung auf den Abgeordnetenstatus des Adressaten hat.³¹ Vielmehr bleibt der Abgeordnetenstatus aufrechterhalten und der Betroffene wird fraktionsloses Mitglied des Parlaments. Allerdings ist W im vorliegenden Fall Vorsitzende des Petitionsausschusses. Da ihr dieses Amt nur aufgrund der Zugehörigkeit zur A-Fraktion zusteht, wird sie ihre Stimmberechtigung im Petitionsausschuss langfristig verlieren. Es muss berücksichtigt werden, dass aus einer Fraktionszugehörigkeit verschiedene Mitgestaltungsmöglichkeiten erwachsen. Die Fraktionen nehmen erheblichen Einfluss auf den täglichen Ablauf der Parlamentsarbeit und sind aus den Parlamenten nicht mehr hinwegzudenken.³² In den Landesverfassungen werden sie daher bis-

weilen ausdrücklich geschützt oder zumindest erwähnt.³³ Die Entscheidung über den Ausschluss eines Fraktionsmitglieds steht angesichts der zentralen Bedeutung der Fraktionen für die Mitwirkung am parlamentarischen Alltag nicht im alleinigen Belieben der Fraktionen, sondern ist als wesentlich einzustufen.³⁴

Allein die Geschäftsordnung der A-Fraktion sieht eine wenn auch rudimentäre Regelung zum Ausschlussverfahren vor. Fragwürdig ist, ob dies dem Gesetzesvorbehalt genügt, da es sich bei den Geschäftsordnungen der Fraktionen um Binnenrecht mit Satzungscharakter und nicht etwa ein Parlamentsgesetz handelt und der Eingriff in die Rechte des Abgeordneten aus Art. 17 Abs. 1 LVerf SH³⁵ nicht unerheblich sind. Allerdings ergeben sich die Vorgaben für den Fraktionsausschluss aus der Verfassung selbst. Aus Rechtsstaats- und Demokratieprinzip – deren Ausfluss das Freie Mandat ist – ergibt sich, dass es insbesondere darum, die Interessen der Fraktion und die Rechte des Auszuschließenden – für beide ist das freie Mandat wiederum die maßgebliche Rechtsquelle – in einen schonenden Ausgleich zu bringen und gegeneinander abzuwägen.³⁶ Es ist insofern Grund und Grenze zugleich.³⁷ Dieser Umstand wird auch bei einem Blick in das Fraktionsgesetz deutlich: Die Vorgaben für den Fraktionsausschluss haben nach § 4 Abs. 1 FraktionsG SH³⁸ dem dort niedergeschriebenen spezifischen (Rechtsstaats-)Grundsätzen zu entsprechen.³⁹ Auch wenn eine spezifische gesetzliche Regelung der Ausschlussvoraussetzungen durchaus wünschenswert wäre, ist sie im vorliegenden Fall nicht zwingend erforderlich. Die von einem großen Spielraum der Fraktionen geprägten formellen wie materiellen Voraussetzungen ergeben sich vielmehr aus der Verfassung selbst und haben eine Erwähnung in der Geschäftsordnung der A-Fraktion gefunden.

Hinweis: Dieses Ergebnis entspricht der Rechtsprechung und wohl herrschenden Meinung in der Literatur. Es ist jedoch durchaus vertretbar, zu einem anderen Ergebnis zu kommen und davon auszugehen, dass es für den Fraktionsausschluss einer ausdrücklichen Ermächtigungsgrundlage im Abgeordnetengesetz bedarf. Dafür würde insbesondere die demokratisierende Funktion des Gesetzesvorbehalts sprechen.

³³ Vgl. insbesondere Art. 85a RhPfVerf; vgl. in Schleswig-Holstein Art. 18, 24 LVerf SH.

³⁴ VerfGH RhPf NVwZ 2019, 786 (788).

³⁵ Art. 17 Abs. 1 LVerf SH ist das landesverfassungsrechtliche Pendant zu Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG und findet sich dementsprechend auch in den Landesverfassungen aller anderen Bundesländer, vgl. nur Art. 30 Abs. 2 LVerf NRW, Art. 13 Abs. 2 BayVerf; Art. 12 NdsVerf.

³⁶ LVerfG SH, Urt. v. 29.8.2019 – LVerfG 1/19, Rn. 43 (juris); VerfGH RhPf NVwZ 2019, 786 (788).

³⁷ VerfGH RhPf NVwZ 2019, 786 (788).

³⁸ Vgl. auch Art. 85a Abs. 2 S. 2 RhPfVerf, § 4 FraktionsG NRW, § 5 Abs. 2 GO BayLT.

³⁹ VerfGH RhPf NVwZ 2019, 786 (788).

³⁰ Vgl. Ipsen, NVwZ 2005, 361 ff.; Lenz, NVwZ 2005, 364 ff.

³¹ Ipsen, NVwZ 2005, 361 (363 f.).

³² BVerfGE 43, 142 (149).

2. Formelle Voraussetzungen

Die rechtsstaatliche Komponente des Statusrechts eines jeden Abgeordneten sichert diesem einen Mindestbestand an prozeduralen Garantien. Dazu gehören insbesondere die Fragen, wer über einen Fraktionsausschluss entscheidet (a) und ob dem Betroffenen die Möglichkeit zur Stellungnahme gewährt wurde, sodass die Aussagen bei der Entscheidung der Fraktion gebührend Berücksichtigung finden konnten (b).

a) Entscheidungskompetenz

Die Entscheidung über den Ausschluss eines Fraktionsmitglieds obliegt nach § 5 der Geschäftsordnung der Fraktionsversammlung. Bei ihr handelt es sich um das zentrale Entscheidungsorgan der Fraktion, dem alle wichtigen Entscheidungen der Fraktion zugewiesen sein müssen. Da der Ausschluss der W neben dem Abgeordnetenstatus der W auch die Rechtspositionen der übrigen Fraktionsmitglieder berührt, ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass die Entscheidung über den Ausschluss der Fraktionsversammlung obliegt. Diese wurde auch rechtzeitig einberufen und geladen, sodass die Entscheidungskompetenz in verfassungskonformer Weise ausgeübt wurde.

b) Beteiligung der W

Es gehört zum Mindestbestand rechtsstaatlicher Verfahrensgarantien (vgl. § 4 Abs. 1 FraktionsG SH), dass die Betroffenen im Vorwege wichtiger Entscheidungen eine Möglichkeit erhalten, ihr Verhalten darzulegen und sich zu den in Rede stehenden Entscheidungen zu äußern. Diese Möglichkeit wurde W im vorliegenden Fall gewährt. Sie bekam im Rahmen der Fraktionssitzung die Möglichkeit, zu den Vorwürfen Stellung zu nehmen. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Aussagen der W bei der anschließenden Entscheidung der Fraktionsversammlung keine Berücksichtigung fanden. Damit wurden die Beteiligungsrechte der W gewahrt.

3. Materielle Voraussetzungen

Aus der Bedeutung der Fraktionsangehörigkeit für den einzelnen Abgeordneten folgt, dass ein Fraktionsausschluss nicht ohne Weiteres erfolgen darf, vgl. auch § 4 Abs. 1 FraktionsG SH. Vielmehr bedarf es dazu – so sieht es auch die Geschäftsordnung der A-Fraktion vor – eines wichtigen Grundes. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass sich bei der Entscheidung zwei widerstreitende Interessen gegenüber stehen, die in einen schonenden Ausgleich zu bringen sind: Auf der einen Seite das Recht des einzelnen Abgeordneten auf die Mitarbeit in einer Fraktion und auf der anderen Seite das Interesse der Fraktion an der eigenständigen Mitgliederverwaltung.⁴⁰ Ein wichtiger Grund für einen Fraktionsausschluss kann demzufolge angenommen werden, wenn das für eine effektive Meinungsbildung der Fraktion erforderliche Mindestmaß an prinzipieller politischer Übereinstimmung und Homogenität fehlt oder wenn das Vertrauensverhältnis so nachhaltig gestört ist, dass den anderen Mitgliedern die wei-

tere Zusammenarbeit nicht mehr zugemutet werden kann.⁴¹ Auch die Schädigung des Ansehens einer Fraktion in der Öffentlichkeit kann den Ausschluss rechtfertigen, wobei zu berücksichtigen, dass ein Verschulden oder eine Vorhersehbarkeit nicht erforderlich ist.⁴²

Die Entscheidung der Fraktionsmitglieder unterliegt dabei insgesamt keiner verfassungsmäßigen Rechtmäßigkeits- oder gar Nachvollziehbarkeitskontrolle. Die Überprüfung beschränkt sich vielmehr auf eine Willkürkontrolle. Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass die A-Fraktion vom Vorliegen eines wichtigen Grundes ausgehen durfte. Die Mitgliedschaft in dem von der A-Partei als mit einer Parteiliederschaft unvereinbar deklarierten Verein stellt einen Bruch in der für die Zusammenarbeit innerhalb der Fraktion so wichtigen Homogenität dar. Hinzu kommt, dass die Mitgliedschaft der W in den Medien ein schlechtes Bild auf die A-Fraktion und ihre politische Positionierung geworfen hat. Der Fraktionsausschluss ist auf ein nachvollziehbares Abgrenzungsinteresse der Fraktion zurückzuführen, das nicht als willkürlich zu qualifizieren ist. Ebenso verhält es sich mit dem berechtigten Interesse der Fraktion an einer auf Vertrauen basierenden Zusammenarbeit im Innenverhältnis. Damit ist ein wichtiger Grund gegeben.

II. Ergebnis

Die formellen und materiellen Voraussetzungen für den Fraktionsausschluss sind gegeben. Dieser ist mithin rechtmäßig.

⁴⁰ LVerfG SH, Urt. v. 29.8.2019 – LVerfG 1/19, Rn. 63 (juris).

⁴¹ LVerfG SH, Urt. v. 29.8.2019 – LVerfG 1/19, Rn. 64 (juris).

⁴² LVerfG SH, Urt. v. 29.8.2019 – LVerfG 1/19, Rn. 63 (juris); VerfGH RhPf NVwZ 2019, 786 (790).

Fortgeschrittenenklausur: Der falsche Freund

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Martin Piazena**, Tbilisi/Georgien*

Bei dem vorliegenden Fall handelt es sich um eine Fortgeschrittenenklausur im oberen Schwierigkeitsbereich mit Problemschwerpunkten, die sowohl im Allgemeinen als auch im Besonderen Teil liegen. Die Bearbeitung des ersten Tatkomplexes setzt eine gründliche Auseinandersetzung mit dem Versuch der Beteiligung nach § 30 StGB voraus. Dessen Systematik, einzelne Handlungsvarianten und deren Prüfungsaufbau sowie die spezielle Rücktrittsregel des § 31 StGB sollten jedenfalls von Studierenden im Fortgeschrittenenstadium beherrscht werden. Im zweiten Tatkomplex stehen neben den Qualifikationsmerkmalen der gefährlichen Körperverletzung die Mordmerkmale im Mittelpunkt. Insbesondere ist zu diskutieren, ob in der vorliegenden Konstellation ein Handeln aus Habgier gegeben ist.

Sachverhalt

Die finanzielle Situation des A ist schlecht und er möchte dies schnellstmöglich ändern. Daher beschließt er, den sehr vermögenden O ein wenig „zu erleichtern“ und plant, diesem vor dessen Haus aufzulauern, ihn dort zu überwältigen, in sein Auto zu zerren und auf ein abgelegenes Waldgrundstück zu verbringen. Dort soll O festgehalten und dessen Ehefrau E mittels eines anonymen Briefs zur Zahlung eines Lösegeldes von 1.000.000 Euro aufgefordert werden. Um E schnell zahlungswillig zu machen, soll von Anfang an die Tötung des O angedroht werden.

A möchte die Tat allerdings nicht allein begehen und macht sein Vorhaben von der Zustimmung seines Freundes B abhängig. Als er B um Hilfe bittet, sagt dieser sofort zu, woraufhin A nun keinerlei Zweifel mehr hat und vollständig zur Umsetzung seines Plans entschlossen ist. A und B einigen sich darauf, dem O am Abend des darauffolgenden Tages um 20:00 Uhr vor dessen Haus gemeinsam aufzulauern. Am Tatort wollen sie sich zunächst maskieren und O dann – sobald er sich nähert – nach dem von A entworfenen Plan entführen. Bei erfolgreichem Verlauf soll B die Hälfte des Lösegeldes erhalten.

Als A am nächsten Tag auf dem Weg zum geplanten Tatort ist, gerät er in einen Stau. Nachdem er erkennt, dass der Zeitverlust zu groß ist und er davon ausgeht, dass B den geplanten Tatort bereits unverrichteter Dinge wieder verlassen hat, kehrt er um und fährt voller Ärger über das gescheiterte Vorhaben nach Hause. Tatsächlich hatte sich B aber nie am geplanten Tatort eingefunden, denn entgegen seiner Zusage wollte er mit der Tat in Wahrheit nichts zu tun haben und dachte auch, dass der kräftige A O schon allein überwältigen und auf das Waldgrundstück verbringen können wird. Dabei war ihm auch klar, dass A die Zusage ernst genommen hat

und er erst auf deren Grundlage zur Umsetzung seines Plans vollständig entschlossen war.

Eine Woche später erfährt der immer noch über das Scheitern seines Plans frustrierte A, dass seine Freundin ihn verlassen möchte, nachdem sie bereits insgeheim seit einiger Zeit eine Liebesbeziehung mit B hat. Außerdem haben sowohl der Vermieter als auch die Krankenversicherung dem A die Verträge gekündigt, nachdem dieser wegen seiner Geldnöte bereits seit einigen Monaten weder Miete noch Versicherungsbeiträge gezahlt hat. Da A sich trotz seiner Mittellosigkeit vor der Beantragung von Sozialleistungen scheut, beschließt er, sich wegen einer schweren Straftat zu einer langzeitigen Freiheitsstrafe verurteilen zu lassen, um so an eine „kostenlose“ Unterkunft, Verpflegung und medizinische Versorgung zu kommen. Der damit verbundene Freiheitsverlust stört A kaum und zur Erreichung seines Ziels ist er zum Äußersten bereit.

Als er mit seinem Auto unterwegs ist und sich dem vor ihm fahrenden Radfahrer F nähert, sieht er eine passende Gelegenheit gekommen. In kurzer Distanz zu F beschleunigt A seine Fahrt plötzlich extrem und steuert das Auto direkt auf F zu, um auf ihn aufzufahren und dadurch erheblich zu verletzen. Dabei hält A es ernsthaft für möglich und nimmt billigend in Kauf, dass die Kollision für F auch tödlich enden könnte. F, der den schnell herannahenden A nicht bemerkt hat, wird wenige Sekunden nach Beginn des Beschleunigungsvorgangs von dem Auto bei einer Geschwindigkeit von ca. 80 km/h am hinteren Rad erfasst. Infolgedessen schlägt F zunächst heftig mit dem Kopf gegen die Windschutzscheibe, prallt dann auf das Fahrzeugdach auf und wird anschließend in hohem Bogen zu Boden geschleudert.

A geht nun davon aus, den nicht mehr bewegungsfähigen und regungslos am Boden liegenden F tatsächlich so getroffen zu haben, dass dieser bereits tot oder zumindest so schwer verletzt ist, dass der Tod binnen weniger Minuten eintreten werde. Er bringt daraufhin sein Auto zum Stillstand und lässt sich von den kurze Zeit später eintreffenden Polizeibeamten widerstandslos in Gewahrsam nehmen. Trotz der durch den Aufprall auf das Auto und den anschließenden Sturz erlittenen lebensgefährlichen Verletzungen überlebt F, nachdem andere Verkehrsteilnehmer sofort einen Rettungswagen herbeigerufen haben und die erforderliche notfallmedizinische Versorgung geleistet werden konnte.

Bearbeitervermerk

Wie haben sich A und B strafbar gemacht? Verkehrsdelikte sind nicht zu prüfen.

* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter an der Juristischen Fakultät der Ivane Javakishvili Tbilisi State University (TSU) in Georgien. Außerordentlicher Dank gilt Herrn Prof. Dr. Bernd Heinrich (Eberhard Karls Universität Tübingen) für zahlreiche wertvolle Anregungen.

Lösungsvorschlag**1. Tatkomplex: Die geplante Entführung des O****I. Strafbarkeit des A wegen versuchten erpresserischen Menschenraubes gemäß §§ 239a Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB**

A könnte sich wegen eines versuchten erpresserischen Menschenraubes gemäß §§ 239a Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er sich auf den Weg zum geplanten Tatort machte.

1. Vorprüfung

Die Vollendung der Tat ist gescheitert, weil es nicht zu einer Entführung des O kam. § 239a Abs. 1 StGB sieht für den erpresserischen Menschenraub eine Mindeststrafe von nicht weniger als fünf Jahren Freiheitsstrafe vor. Es handelt sich damit um ein Verbrechen i.S.v. § 12 Abs. 1 StGB, dessen Versuch gemäß § 23 Abs. 1 StGB stets strafbar ist.

2. Tatentschluss

Als Tatentschluss ist der auf die Tatbestandsverwirklichung bezogene Vorsatz einschließlich sonstiger subjektiver Merkmale zu verstehen.¹ Tathandlung des § 239a Abs. 1 StGB ist das Entführen oder Sich-Bemächtigen von Menschen, um die Sorge des Opfers um sein Wohl oder die Sorge eines Dritten um das Wohl des Opfers zu einer Erpressung auszunutzen. Ein Entführen liegt mit dem Verbringen eines Menschen an einen Ort vor, an dem er dem uneingeschränkten Einfluss des Täters ausgesetzt ist.² Erforderlich ist zudem, dass die Ortsveränderung gegen oder ohne den Willen des Opfers erfolgt.³ A stellte sich vor, den O gemeinsam mit B unter Anwendung von Gewalt auf sein Waldgrundstück zu verbringen und ihn dort gegen dessen Willen festzuhalten. Folglich hatte A den Entschluss zu einer Entführung des O gefasst. Weiterhin wollte er E die Tötung des O in Aussicht stellen, sofern nicht die Zahlung des geforderten Lösegeldes erfolge. Es kam dem A als wesentliches Ziel seiner Handlung also darauf an, die Sorge der E um das Wohl des O zu nutzen, um diese zu einer Vermögensverfügung zu nötigen. A verfügte damit auch über die erforderliche Erpressungsabsicht, sodass der Tatentschluss zur Verwirklichung eines erpresserischen Menschenraubes insgesamt zu bejahen ist.

¹ B. Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 655; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2019, § 34 Rn. 7; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 50. Aufl. 2020, Rn. 939.

² Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 239a Rn. 6; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 239a Rn. 4a; Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, 48. Ed., Stand: 1.11.2020, § 239a Rn. 4.

³ Renzikowski, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 239a Rn. 29; Sonnen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 239a Rn. 18.

3. Unmittelbares Ansetzen

Nach § 22 StGB müsste A zum erpresserischen Menschenraub auch unmittelbar angesetzt haben. Ein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung liegt vor, wenn eine Handlung in Gang gesetzt wird, deren ungehinderter Fortgang ohne wesentliche Zwischenakte unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmündet und der Täter auch subjektiv davon ausgeht, in genau diesem Moment mit der Verwirklichung des Tatbestands zu beginnen.⁴ A befand sich in seinem Auto auf dem Weg zum geplanten Tatort, wobei er in einen Stau geriet und seine Fahrt jedenfalls nicht ungehindert fortsetzen konnte. Das Zurücklegen des Weges zum Tatort konnte damit nicht unmittelbar in die geplante Überwältigung und Verbringung des O übergehen, sondern stellte sich vielmehr als ein Akt dar, der vor dem Eintritt in das eigentliche Tatgeschehen zu erfüllen war. Durch das nur unvollständige und schließlich abgebrochene Zurücklegen des Weges zum geplanten Tatort hat A nicht unmittelbar zur Entführung des O angesetzt.

4. Ergebnis

A hat sich mangels unmittelbaren Ansetzens zur Tatbestandsverwirklichung nicht wegen versuchten erpresserischen Menschenraubes gemäß §§ 239a Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des A wegen Verabredung zur Begehung eines erpresserischen Menschenraubes gemäß §§ 239a Abs. 1, 30 Abs. 2 Var. 3 StGB

Durch die vorherige gemeinsame Besprechung und Planung mit B könnte A sich wegen Verabredung zur Begehung eines erpresserischen Menschenraubes gemäß §§ 239a Abs. 1, 30 Abs. 2 Var. 3 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Die Strafbarkeit wegen Verabredung zur Begehung eines Verbrechens gemäß § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB bezieht sich auf das Vorfeld der eigentlichen Deliktsbegehung, d.h. auf den Zeitraum vor dem Eintritt in das Versuchsstadium.⁵ Wie zuvor festgestellt, hat A nicht zum Versuch des erpresserischen Menschenraubes angesetzt (vgl. I. 3.).

⁴ So die überwiegend angewendete Kombinationsformel BGH NStZ 2005, 452 (452); BGH NStZ 2006, 331 (331); BGH NStZ 2008, 209 (209); BGH NStZ 2011, 89 (89); BGH NStZ 2013, 156 (157); BGH NStZ 2015, 207 (207); B. Heinrich (Fn. 1), Rn. 725, 727; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 1), Rn. 947; zur Anwendung weiterer Theorien Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2019, § 31 Rn. 10 ff.; Rengier (Fn. 1), § 34 Rn. 22 ff.

⁵ B. Heinrich (Fn. 1), Rn. 705, 1372; Rengier (Fn. 1), § 33 Rn. 8 f., § 47 Rn. 24 ff.; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 1), Rn. 918 f.; ausführlich zu § 30 StGB u.a. Dessecker, JA 2005, 549 ff.; Hinderer, JuS 2011, 1072 ff.; Rotsch, ZJS 2012, 680 (686); Weißer, ZJS 2018, 197 (197).

a) Objektiver Tatbestand

aa) Präsumtive Bezugstat

Laut § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB muss sich die Verabredung auf ein Verbrechen i.S.v. § 12 Abs. 1 StGB beziehen. Dieses muss zudem hinreichend konkretisiert sein.

(1) Verbrechen i.S.v. § 12 Abs. 1 StGB als präsumtive Bezugstat

Der erpresserische Menschenraub ist aufgrund seiner Mindeststrafandrohung von nicht weniger als fünf Jahren Freiheitsstrafe ein Verbrechen i.S.v. § 12 Abs. 1 StGB.

(2) Hinreichende Bestimmtheit der Bezugstat

Bei einer Verabredung muss die zu begehende Straftat hinreichend konkretisiert sein. Dies ist der Fall, wenn das zukünftige Verbrechen in seinen wesentlichen Grundzügen feststeht, wobei es nicht erforderlich ist, dass schon alle Einzelheiten geplant sind.⁶ Bei dem Gespräch zwischen A und B wurde festgelegt, dass O am folgenden Tag um ca. 20:00 Uhr vor seinem Haus überwältigt, in das Auto des A gezerzt, auf dessen Waldgrundstück verbracht und dort festgehalten werden sollte. Hinsichtlich der Entführung waren somit das Opfer, der Tatort, die Tatzeit und auch die Art und Weise der Ausführung definiert. Darüber hinaus wurde auch festgelegt, dass E im Anschluss an die Verbringung des O auf das Waldgrundstück zur Zahlung eines Lösegeldes in Höhe von 1.000.000 Euro genötigt werden sollte. Als Nötigungsmittel sollte die Androhung der Tötung des O dienen. Der erpresserische Menschenraub als Bezugstat der Verabredung zwischen A und B war folglich hinreichend konkretisiert.

bb) Verabredung gemäß § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB

Die Verabredung als tatbestandsmäßige Handlung des § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB gilt als Vorstufe der Mittäterschaft und setzt daher eine Willensübereinstimmung von mindestens zwei Personen voraus.⁷ Demnach müsste für die Begehung der Bezugstat ein arbeitsteiliges Zusammenwirken vorgesehen sein. A und B äußerten sich dahingehend, sämtliche zur Entführung des O erforderlichen Handlungen gemeinsam ausführen zu wollen. Beide wären daher in erheblichem Umfang an der Tat beteiligt gewesen und hätten durch das geteilte Lösegeld auch gleichermaßen von ihr profitiert. Zudem sollte auch die Tatherrschaft bei der Ausführung gleichermaßen zwischen A und B verteilt sein. Diese Umstände sprechen

dafür, dass A und B planten, den erpresserischen Menschenraub als Mittäter gemäß § 25 Abs. 2 StGB zu begehen.

Allerdings wollte B – entgegen seiner Zusage gegenüber A – mit der Tat in Wahrheit nichts zu tun haben, sodass die Verabredung seinerseits nur zum Schein erfolgte. Fraglich ist daher, wie sich dies auf die Annahme einer Verabredungsverabredung bezüglich A auswirkt, der irrtümlich davon ausging, B meine die Zusage ernst. Die rechtliche Einordnung der Konstellation einer Verabredungsverabredung zwischen zwei Beteiligten, von denen sich einer nur zum Schein verabredet, ist umstritten.

(1) Strafbarkeit auch der nur zum Schein erfolgten Zusage

Nach einer in der Literatur vereinzelt vertretenen Ansicht, soll in der betreffenden Konstellation eine Strafbarkeit wegen einer Verabredungsverabredung für den sich ernsthaft Verabredenden trotz der nur scheinbaren Bereitschaft des vermeintlichen Komplizen gegeben sein.⁸ Argumentiert wird diesbezüglich mit dem Strafgrund der Verabredungsverabredung, der darin bestehe, dass sich zwischen den Beteiligten durch die gegenseitige Zusage eine Bindungswirkung im Hinblick auf die Realisierung der Bezugstat ergebe, die Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung also erhöht werde. Hält der sich ernsthaft Verabredende die Zusage des anderen für ernst, könne es keinen Unterschied machen, ob die Äußerung tatsächlich ernst gemeint oder nur vorgetäuscht ist, denn in beiden Fällen fühle er sich gleichermaßen an seine eigene Zusage gebunden. Im vorliegenden Fall käme demnach für A, trotz der unter innerem Vorbehalt stehenden Zusage des B, eine Strafbarkeit wegen Verabredung zum erpresserischen Menschenraub gemäß §§ 239a Abs. 1, 30 Abs. 2 Var. 3 StGB in Betracht.

(2) Straflosigkeit einer nur zum Schein erfolgten Zusage

Nach überwiegend vertretener Ansicht ist in der betreffenden Konstellation eine Strafbarkeit des sich ernsthaft Verabredenden wegen Verabredung zur Begehung eines Verbrechens gemäß § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB ausgeschlossen.⁹ Bei der Verabredungsverabredung bestehe die gesteigerte Gefahr für das bedrohte Rechtsgut in der Willensbindung der Beteiligten untereinander, durch die eine Gruppendynamik bzw. ein Motivationsdruck erzeugt würden, was die spätere Ausführung der Tat wahrscheinlicher mache.¹⁰ Liegt aber ein Minimum von mindestens zwei tatsächlich zur Begehung der Bezugstat Entschlossenen nicht vor, fehle es an der erforderlichen Willensbindung und somit auch an der charakteristi-

⁶ BGH NStZ 2007, 697 (697); BGH NStZ 2009, 497 (497 f.); Fischer (Fn. 2), § 30 Rn. 19; B. Heinrich (Fn. 1), Rn. 1371; Hinderer, JuS 2011, 1072 (1076); Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 30 Rn. 3; Rengier (Fn. 1), § 47 Rn. 25; Rotsch, ZJS 2012, 680 (686); Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 1), Rn. 919.

⁷ BGH NJW 2009, 1221 (1221); BGH NStZ-RR 2002, 74 (75); Dessecker, JA 2005, 549 (551); Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 30 Rn. 24; Hinderer, JuS 2011, 1072 (1075); Kühl (Fn. 6), § 30 Rn. 6; Rotsch, ZJS 2012, 680 (685 f.); Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 1), Rn. 919.

⁸ Heine/Weißer (Fn. 7), § 30 Rn. 29; Rotsch, ZJS 2012, 680 (688).

⁹ BGH NJW 2017, 2134 (2134); Cornelius, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 2), § 30 Rn. 15; Fischer (Fn. 2), § 30 Rn. 19; B. Heinrich (Fn. 1), Rn. 1371; Kudlich, NJW 2017, 2136 (2136); Kühl (Fn. 6), § 30 Rn. 6; Rengier (Fn. 1), § 47 Rn. 24; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 1), Rn. 919.

¹⁰ BGH NStZ 2011, 570 (571 f.); BGH NJW 2016, 1030 (1032); BGH NJW 2017, 2134 (2134).

schen gefahrschaffenden Gruppendynamik.¹¹ Zudem fehle es im Hinblick auf die mittäterschaftliche Begehung der Bezugstat an dem notwendigen gemeinsamen Tatentschluss, weshalb die Verabredungsvariante des § 30 Abs. 2 StGB nicht erfüllt sein könne.¹² In Betracht komme für den sich ernsthaft Verabredenden hingegen eine Strafbarkeit wegen der – gerade nicht auf eine spätere Mittäterschaft abzielenden – Varianten des Sich-Bereiterklärens gemäß § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB oder der Annahme des Erbietens gemäß § 30 Abs. 2 Var. 2 StGB je nachdem, ob dieser die gemeinsame Tatbegehung aktiv vorgeschlagen (dann § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB) oder reaktiv darauf geantwortet (dann § 30 Abs. 2 Var. 2 StGB) hat.¹³ Da es A war, der B die mittäterschaftliche Mitwirkung an dem erpresserischen Menschenraub angetragen hat, wäre eine Strafbarkeit wegen Sich-Bereiterklärens gemäß §§ 239a Abs. 1, 30 Abs. 2 Var. 1 StGB anzunehmen.

(3) Streitentscheidung

Die dargestellten Ansichten kommen bezüglich der Strafbarkeit des A zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass der Streit zu entscheiden ist.

Der Ansicht, die eine Strafbarkeit wegen einer Verabredung in der hier gegebenen Konstellation annimmt, ist zuzugeben, dass es für den sich ernsthaft Verabredenden bzw. dessen Bindung an den Tatplan praktisch unerheblich ist, wenn der andere seine Bereitschaft zur gemeinsamen Begehung der Bezugstat nur vortäuscht. Nicht berücksichtigt wird dabei aber der entscheidende Umstand, dass eine Verabredung objektiv nicht gegeben sein kann, wenn einer der beiden Beteiligten seine Zusage nicht ernst meint. Erkennt man mit der herrschenden Ansicht an, dass der Strafgrund der Verabredung vor allem in der erhöhten Rechtsgutsgefährdung besteht, deren Ursache die aus der gegenseitigen Willensbindung folgende Gruppendynamik ist, muss festgestellt werden, dass es in der hier gegenständlichen Konstellation an dieser Voraussetzung fehlt. Die Bejahung einer Verabredung kann auf dieser Grundlage nicht richtig sein. Zu beachten ist darüber hinaus, dass die entsprechenden Handlungen von den anderen – gleichermaßen strafbewährten – Varianten des § 30 Abs. 2 StGB aufgefangen werden, sodass auch im Hinblick auf die Verhängung der konkreten Sanktion keine widersprüchlichen oder inadäquaten Ergebnisse zu befürchten sind. Aus den genannten Gründen verdient die Ansicht Zustimmung, die eine Strafbarkeit wegen Verabredung ablehnt, wenn einer der beiden Beteiligten sich nur zum Schein zur gemeinsamen Begehung der Bezugstat verabredet.

2. Ergebnis

A hat sich mangels Vorliegens einer Verabredung mit B nicht gemäß §§ 239a Abs. 1, 30 Abs. 2 Var. 3 StGB wegen Verabredung zum erpresserischen Menschenraub strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit des A wegen Sich-Bereiterklärens zur Begehung eines erpresserischen Menschenraubes gemäß §§ 239a Abs. 1, 30 Abs. 2 Var. 1 StGB

Da eine Verabredung mit B nicht zustande gekommen ist, ist zu prüfen, ob A sich durch die Vereinbarung der Tatbegehung mit B wegen einer Bereitschaftserklärung gemäß §§ 239a Abs. 1, 30 Abs. 2 Var. 1 StGB strafbar gemacht hat.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Präsumtive Bezugstat

Wie bereits festgestellt (vgl. II. 1. a) aa), lag mit dem angeordneten erpresserischen Menschenraub gemäß § 239a Abs. 1 StGB eine taugliche und hinreichend konkretisierte Bezugstat vor.

bb) Sich-Bereiterklären gemäß § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB

A müsste sich gegenüber B zur Begehung des erpresserischen Menschenraubes bereit erklärt haben. Erforderlich ist dafür die ernsthafte Kundgabe der Bereitschaft, ein Verbrechen zu begehen oder zu einem solchen anzustiften.¹⁴ Eine Bereitschaftserklärung i.S.v. § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB ist als aktives Sich-Erbieten sowie als reaktives Sich-Bereiterklären zur Begehung eines Verbrechens möglich,¹⁵ wobei Letzterem regelmäßig eine versuchte Anstiftung gemäß § 30 Abs. 1 StGB vorausgeht.¹⁶ Im Fall des Sich-Erbietens ist es zudem erforderlich, dass die Fassung des Tatentschlusses von der Zustimmung des Angebotsempfängers abhängig gemacht wird.¹⁷ Der an B gerichteten Bitte des A, an der Entführung und dem Festhalten des O auf dem Waldgrundstück mitzuwirken, wohnte zugleich die Kundgabe inne, die Tat begehen zu wollen. Da A aber keinesfalls allein handeln wollte, stand dessen Bereitschaft zum Zeitpunkt der Kundgabe noch unter dem Vorbehalt der Zustimmung durch B. Durch die auf eine Verabredung abzielenden Äußerungen hat A sich B gegenüber somit zugleich zur Begehung eines erpresserischen Menschenraubes gemäß § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB erboten.

b) Subjektiver Tatbestand

A müsste vorsätzlich gehandelt haben. Als Vorsatz gilt der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis

¹¹ Kudlich, NJW 2017, 2136 (2136); Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 1), Rn. 919.

¹² Rengier (Fn. 1), § 47 Rn. 24.

¹³ BGH NJW 2017, 2134 (2135); Cornelius (Fn. 9), § 30 Rn. 15; Fischer (Fn. 2), § 30 Rn. 20; B. Heinrich (Fn. 1), Rn. 1371; Kühl (Fn. 6), § 30 Rn. 6; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 1), Rn. 920 f.

¹⁴ Fischer (Fn. 2), § 30 Rn. 14a; B. Heinrich (Fn. 1), Rn. 1369; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 1), Rn. 920.

¹⁵ Dessecker, JA 2005, 549 (552); Fischer (Fn. 2), § 30 Rn. 14a; B. Heinrich (Fn. 1), Rn. 1369; Rengier (Fn. 1), § 47 Rn. 31 ff.

¹⁶ Rengier (Fn. 1), § 47 Rn. 32.

¹⁷ Heine/Weißer (Fn. 7), § 30 Rn. 22; B. Heinrich (Fn. 1), Rn. 1369.

aller seiner objektiven Tatbestandsmerkmale.¹⁸ Vorsatz muss sowohl im Hinblick auf das Sich-Bereiterklären als auch bezüglich der Vollendung der Bezugstat vorliegen.¹⁹

aa) Vorsatz hinsichtlich des Sich-Bereiterklärens

A besprach den erpresserischen Menschenraub mit B sowohl mit dem Willen als auch in dem Bewusstsein, sich diesem gegenüber auf die mittäterschaftliche Begehung der Tat festzulegen. Folglich hatte A Vorsatz bezüglich einer Verabredung i.S.v. § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB. Der Vorsatz umfasste auch das Sich-Bereiterklären zur täterschaftlichen Begehung der Tat gegenüber B, da dies zugleich Bestandteil der Verabredung war.

bb) Vorsatz hinsichtlich der Bezugstat

Wie bereits festgestellt (vgl. I. 2.), war es unmittelbares Ziel des A, die Entführung des O zu einer Erpressung der E – beruhend auf deren Sorge um das Leben des O – auszunutzen. Dabei wollte A im Fall der Zusage der mittäterschaftlichen Begehung durch B, den Tatentschluss endgültig fassen und sich ihm gegenüber verbindlich auf die Vollendung des erpresserischen Menschenraubes festlegen. A verfügte damit auch über einen hinreichenden Vorsatz zur Vollendung der Bezugstat.

2. Rechtswidrigkeit

A handelte rechtswidrig.

3. Schuld

A handelte auch schuldhaft.

4. Kein Rücktritt

Im Fall des Sich-Bereiterklärens zur Begehung eines Verbrechens ist ein strafbefreiender Rücktritt gemäß § 31 Abs. 1 Nr. 2 StGB möglich. Voraussetzung ist jedoch die endgültige und freiwillige Aufgabe des Vorhabens.²⁰ Dies ist jedenfalls dann zu verneinen, wenn die Ausführung des Plans durch einen vom Willen des Täters unabhängigen Umstand unmöglich wird²¹ und er insoweit scheitert.²² Aufgrund des Zeitverlustes, der sich für A durch den Stau auf dem Weg zum vereinbarten Tatort ergeben hat, konnte er nicht mehr zur vereinbarten Zeit am Tatort sein und ging davon aus, seinen Komplizen B dort nicht mehr antreffen zu können. A hielt das Vorhaben daher für gescheitert, woraufhin er die weitere Ausführung abbrach und nach Hause fuhr. Ein Rücktritt von der Bereitschaftserklärung gemäß § 31 Abs. 1 Nr. 2 StGB lag daher nicht vor.

¹⁸ B. Heinrich (Fn. 1), Rn. 264 ff.; Rengier (Fn. 1), § 14 Rn. 5; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 1), Rn. 316.

¹⁹ Heine/Weißer (Fn. 7), § 30 Rn. 4.

²⁰ Cornelius (Fn. 9), § 31 Rn. 3; Fischer (Fn. 2), § 31 Rn. 2a, 4; Heine/Weißer (Fn. 7), § 31 Rn. 10.

²¹ Fischer (Fn. 2), § 31 Rn. 2a; Heine/Weißer (Fn. 7), § 31 Rn. 10.

²² BGH NStZ-RR 2010, 139 (139 f.); BGH NStZ 2011, 570 (572).

5. Ergebnis

A hat sich durch die Vereinbarung der Tatbegehung mit B wegen einer Bereitschaftserklärung zur Begehung eines erpresserischen Menschenraubes gemäß §§ 239a Abs. 1, 30 Abs. 2 Var. 1 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: Denkbar wäre es, sich im Anschluss an die Prüfung der Strafbarkeit wegen Sich-Bereiterklärens auch mit der Strafbarkeit des A wegen versuchter Anstiftung des B zum erpresserischen Menschenraub gemäß §§ 239a Abs. 1, 30 Abs. 1 StGB auseinanderzusetzen. Es wird sich jedenfalls begründen lassen, dass den auf Erzielung einer Verbrechensverabredung gerichteten Äußerungen des A auch die Intention innewohnte, bei B einen entsprechenden Tatentschluss hervorzurufen, denn regelmäßig beinhaltet eine Verbrechensverabredung auch Elemente des gegenseitigen Hervorrufens oder Bestärkens des Tatentschlusses bei den zukünftigen Mittätern. In dem Fall der nicht zustande gekommenen Verbrechensverabredung käme bei einem „ersatzweisen“ Schuldspruch allein wegen einer Bereitschaftserklärung nicht hinreichend zum Ausdruck, dass weitere Personen zur Begehung des angedachten Verbrechens motiviert werden sollten.²³ Vor diesem Hintergrund sei eine Idealkonkurrenz zwischen versuchter Anstiftung und Sich-Bereiterklären hinsichtlich derselben Bezugstat denkbar.²⁴ Der BGH hingegen lehnte in einer solchen Konstellation die Anwendbarkeit der versuchten Anstiftung unter Berufung auf die hinsichtlich des Verhältnisses von Mittäterschaft und Anstiftung für das Ausführungsstadium geltenden Grundsätze ab, wonach eine Anstiftung gegenüber der schwereren Beteiligungsform der Mittäterschaft subsidiär sei.²⁵ Für die Vorbereitungshandlungen des § 30 StGB hat der BGH daraus geschlussfolgert, dass derjenige, der sich selbst zur Begehung der Tat nach § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB bereit erkläre nicht zugleich auch die versuchte Anstiftung eines anderen gemäß § 30 Abs. 1 StGB zu derselben Bezugstat unternehmen könne.²⁶ Wird das Problem gesehen und i.S.d. Literaturstimmen entschieden, wäre mit entsprechender Begründung im vorliegenden Fall für A eine Strafbarkeit wegen versuchter Anstiftung zum erpresserischen Menschenraub gemäß §§ 239a Abs. 1, 30 Abs. 1 StGB vertretbar. Diese stünde dann zur Bereitschaftserklärung in Tateinheit gemäß § 52 StGB.

IV. Strafbarkeit des B wegen Annahme eines Sich-Erbietens zur Begehung eines erpresserischen Menschenraubes gemäß §§ 239a Abs. 1, 30 Abs. 2 Var. 2 StGB

B könnte sich durch die Zusage zur gemeinsamen Entführung des O und dessen Festhalten auf dem Waldgrundstück wegen der Annahme eines Sich-Erbietens zur Begehung eines er-

²³ In diesem Sinn Kudlich, NJW 2017, 2136 (2136); Weißer, ZJS 2018, 197 (199).

²⁴ Vgl. wiederum Kudlich, NJW 2017, 2136 (2136); Weißer, ZJS 2018, 197 (199).

²⁵ BGH NJW 2017, 2134 (2135).

²⁶ BGH NJW 2017, 2134 (2135).

presserischen Menschenraubes gemäß §§ 239a Abs. 1, 30 Abs. 2 Var. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Präsumtive Bezugstat

Der geplante erpresserische Menschenraub gemäß § 239a Abs. 1 StGB war eine taugliche Bezugstat die auch hinreichend konkretisiert war (vgl. II. 1. a) aa).

bb) Annahme eines Erbietens gemäß § 30 Abs. 2 Var. 2 StGB

Die Annahmeerklärung nach § 30 Abs. 2 Var. 2 StGB bildet das Gegenstück zum Sich-Erbieten (= aktive Bereitschaftserklärung) und dient dazu, bei dem Sich-Erbietenden den endgültigen Entschluss zur Begehung der Bezugstat hervorzurufen.²⁷ Auf die Bitte des A hin äußerte B sofort sein Einverständnis hinsichtlich der Mitwirkung an der Verbringung des O auf das Waldgrundstück des A und dem dortigen Festhalten. Infolgedessen war A vollständig zur Umsetzung seines Plans entschlossen. Eine Annahmeerklärung gemäß § 30 Abs. 2 Var. 2 StGB lag damit vor.

b) Subjektiver Tatbestand

B müsste sowohl Vorsatz bezüglich der Annahmeerklärung als auch bezüglich des erpresserischen Menschenraubes gehabt haben.

aa) Vorsatz hinsichtlich der Annahme des Erbietens

Als B A gegenüber die Mitwirkung an der geplanten Tat zusagte, war ihm bewusst, dass dies zu einem vollständigen Tatentschluss bei A führen und dieser sich damit auf die täterschaftliche Begehung des geplanten erpresserischen Menschenraubes festlegen würde. Dies nahm B auch billigend in Kauf. B hatte damit Vorsatz hinsichtlich seiner Annahmeerklärung.

bb) Vorsatz hinsichtlich der Bezugstat

B müsste auch vorsätzlich in Bezug auf den erpresserischen Menschenraub als Bezugstat seiner Annahmeerklärung gegenüber A gehandelt haben. Fraglich ist daher, wie es sich auswirkt, dass B in Wahrheit mit der Tat überhaupt nichts zu tun haben wollte. Geht der das Erbieten Annehmende in solch einem Fall davon aus, dass der andere die Annahmeerklärung ernstnehmen und auf deren Grundlage die Bezugstat dennoch vollenden wird, liegt insofern ein ausreichender Eventualvorsatz vor und der gegen die Verwirklichung der Bezugstat bestehende Vorbehalt stellt lediglich eine unbeachtliche Mentalreservation dar.²⁸ Der Vorbehalt des B, wonach

er den erpresserischen Menschenraub nicht wollte, schließt demnach den Vorsatz nicht aus. Vielmehr ging B davon aus, dass der kräftige A O schon allein überwältigen und auf das Waldgrundstück verbringen können wird. B hielt die Vollen- dung des erpresserischen Menschenraubes damit jedenfalls für möglich und nahm diese auch billigend in Kauf.

2. Rechtswidrigkeit

B handelte rechtswidrig.

3. Schuld

B handelte auch schuldhaft.

4. Kein Rücktritt

Für den Fall der Annahme des Erbietens sieht § 31 Abs. 1 Nr. 3 StGB eine Rücktrittsmöglichkeit vor, wenn die Verwirklichung der Bezugstat freiwillig verhindert wird. Dies erfordert regelmäßig ein für die Verhinderung kausales aktives Tun.²⁹ Ein bloßes Untätigbleiben kann allenfalls dann ausreichen, wenn der Zurücktretende zutreffend davon ausgeht, dass die Bezugstat ohne seine Mitwirkung nicht begangen werden wird.³⁰ Eine Handlung, um A von dem erpresserischen Menschenraub abzubringen, hat B ersichtlich nicht vorgenommen. Darüber hinaus konnte B nicht davon ausgehen, dass A die Tat nicht auch ohne ihn hätte durchführen können. Vielmehr dachte er, dass der kräftige A den O notfalls auch allein überwältigen und auf das Waldgrundstück verbringen können würde. Durch sein bloßes Untätigbleiben und sein bloßes Nichterscheinen am Tatort konnte B nicht strafbefreiend von seiner Annahmeerklärung gegenüber A zurückgetreten.

5. Ergebnis

B hat sich wegen Annahme des Erbietens des A zur Begehung eines erpresserischen Menschenraubes gemäß §§ 239a Abs. 1, 30 Abs. 2 Var. 2 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: Die Prüfung eines Sich-Bereiterklärens – als mitverwirklichter Bestandteil der auf Erzielung einer Verbrechensverabredung gerichteten Kommunikation – des B gegenüber A zur Begehung des erpresserischen Menschenraubes gemäß §§ 239a Abs. 1, 30 Abs. 2 Var. 1 StGB ist im Rahmen der Lösung aus Zeitgründen nicht zu erwarten. Sollte die Prüfung dennoch erfolgen, ist die diesbezügliche Strafbarkeit des B abzulehnen, denn dieser erklärte sich nur zum Schein bereit, sodass es ihm an dem Vorsatz zur eigenen täterschaftlichen Begehung der Bezugstat fehlte. Da es sich bei dem Sich-Bereiterklärenden

²⁷ B. Heinrich (Fn. 1), Rn. 1370; Rengier (Fn. 1), § 47 Rn. 37; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 1), Rn. 921.

²⁸ BGH NStZ 1998, 403 (404); Fischer (Fn. 2), § 30 Rn. 17; Heine/Weißer (Fn. 7), § 30 Rn. 28; a.A. Zaczyk, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 3), § 30 Rn. 45, 59, der auf Seiten des Annehmenden einen Tatvollendungswillen fordert und somit bloßen Eventualvorsatz nicht ausreichen lässt.

²⁹ Cornelius (Fn. 9), § 31 Rn. 4; Heine/Weißer (Fn. 7), § 31 Rn. 9.

³⁰ BGH NJW 1984, 745 (745); BGH NStZ 2007, 287 (288); Cornelius (Fn. 9), § 31 Rn. 4; Fischer (Fn. 2), § 31 Rn. 5; Heine/Weißer (Fn. 7), § 31 Rn. 9; Kühl (Fn. 6), § 31 Rn. 5.

zugleich um den präsumtiven Täter handelt, muss die Erklärung ernst gemeint sein.³¹

Neben der Bejahung des Vorliegens einer Strafbarkeit nach §§ 239a Abs. 1, 30 Abs. 2 Var. 2 StGB kommt eine gesonderte Prüfung der Strafbarkeit wegen versuchter Anstiftung gemäß § 30 Abs. 1 StGB zu derselben Bezugstat nicht in Betracht. Die Annahmeerklärung nach § 30 Abs. 2 Var. 2 StGB ist praktisch die auf ein vorausgegangenes Sich-Erbieten nach § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB zugeschnittene spezielle Variante für das Hervorrufen des Tatentschlusses bei dem präsumtiven Täter.

V. Konkurrenzen und Ergebnis zum 1. Tatkomplex

Durch die Vereinbarung zur Begehung eines erpresserischen Menschenraubes hat A sich wegen einer Bereitschaftserklärung gemäß §§ 239a Abs. 1, 30 Abs. 2 Var. 1 StGB strafbar gemacht, während B durch seine Zusage eine Annahme des Erbietens zur Begehung eines erpresserischen Menschenraubes gemäß §§ 239a Abs. 1, 30 Abs. 2 Var. 2 StGB verwirklicht hat.

2. Tatkomplex: Die Kollision mit F³²

I. Strafbarkeit des A wegen versuchten Mordes gemäß §§ 212, 211, 22, 23 Abs. 1 StGB

A könnte sich durch das Auffahren auf F wegen versuchten Mordes gemäß §§ 212, 211, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Die Tat ist nicht vollendet, da F den Sturz überlebt hat. Mord ist ein Verbrechen i.S.v. § 12 Abs. 1 StGB, sodass der Versuch gemäß § 23 Abs. 1 StGB stets strafbar ist.

2. Tatentschluss

A müsste zur Tötung des F bei gleichzeitigem Vorliegen von Mordmerkmalen entschlossen gewesen sein.

a) Tötung eines Menschen

A fuhr mit einer Geschwindigkeit von 80 km/h gezielt auf den vor ihm fahrenden Radfahrer F auf. Dabei kam es ihm darauf an, F durch den Aufprall mindestens so schwer zu verletzen, dass daraus die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe resultieren würde. Da A darüber hinaus aber sogar billigend in Kauf nahm, F durch die Kollision zu töten, verfügte er über einen bedingten Tötungsvorsatz. A war damit zur Tötung des F entschlossen.

³¹ Cornelius (Fn. 9), § 30 Rn. 13; Fischer (Fn. 2), § 30 Rn. 14a; Heine/Weißer (Fn. 7), § 30 Rn. 27; Joecks/Scheinfeld, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 30 Rn. 46; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 1), Rn. 920.

³² Dieser Tatkomplex ist BGH NStZ 2020, 733 nachgebildet. Besprochen wird die Entscheidung von Jäger, JA 2021, 167 ff. und Mitsch, NStZ 2020, 733 f.

b) Mordmerkmal Heimtücke

In Betracht kommt zunächst das Mordmerkmal der Heimtücke gemäß § 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1 StGB. Als Heimtücke wird das bewusste Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bezeichnet.³³ Arglos ist, wer sich zum Zeitpunkt der Tat keines lebensbedrohlichen oder gegen seine körperliche Integrität gerichteten Angriffs seitens des Täters versieht.³⁴ A kam es darauf an, durch das plötzliche Beschleunigen seines Autos in unmittelbarer Nähe zu dem vor ihm fahrenden F eine Situation herbeizuführen, in der F die drohende Kollision nicht mehr bemerken konnte und somit im Zustand der Arglosigkeit überrascht würde. Wehrlos ist das Opfer, wenn es sich aufgrund der Arglosigkeit überhaupt nicht oder nur eingeschränkt gegen den Angriff verteidigen kann.³⁵ Da F die Kollision nicht bemerken sollte, wäre es ihm auch unmöglich gewesen, sich dem Angriff seitens A durch ein Ausweichen zu entziehen. A handelte diesbezüglich in vollem Bewusstsein und machte sich die Arg- und Wehrlosigkeit des F gezielt zunutze, um die beabsichtigte Kollision herbeizuführen. Er war daher zur heimtückischen Begehungsweise entschlossen.

c) Mordmerkmal Habgier

Fraglich ist, ob A zudem aus Habgier gemäß § 211 Abs. 2 Gr. 1. Var. 3 StGB handelte. Das Mordmerkmal der Habgier erfordert ein ungehemmtes, überzogenes und rücksichtsloses Streben nach wirtschaftlichen Vorteilen um jeden Preis, also auch um den eines Menschenlebens.³⁶ Dabei muss sich das Vermögen des Täters objektiv oder zumindest nach seiner Vorstellung durch den Tod des Opfers entweder unmittelbar vermehren oder daraus eine ansonsten nicht bestehende Aussicht auf eine Vermögensvermehrung resultieren.³⁷ A stellte sich vor, durch die aus der Verletzung bzw. Tötung des F folgende Verbüßung einer Freiheitsstrafe in einer Justizvollzugsanstalt langfristig eine staatlich finanzierte Unterkunft, Verpflegung und medizinische Versorgung zu erhalten. Im Hinblick auf die zum Tatzeitpunkt gegenwärtige Mittel- und Wohnungslosigkeit hätte sich somit für A die Aussicht auf

³³ BGH NJW 2005, 1287 (1290); BGH NJW 2006, 1008 (1010); BGH NStZ 2008, 273 (274); Eschelbach, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 2), § 211 Rn. 37; Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 211 Rn. 23; Fischer (Fn. 2), § 211 Rn. 34; Neumann/Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 3), § 211 Rn. 50 f.

³⁴ BGH NStZ 2005, 691 (692); Fischer (Fn. 2), § 211 Rn. 35; Kühl (Fn. 6), § 211 Rn. 7.

³⁵ BGH NStZ 2006, 167 (169); Eser/Sternberg-Lieben (Fn. 33), § 211 Rn. 24b; Neumann/Saliger (Fn. 33), § 211 Rn. 68.

³⁶ BGH NJW 1993, 1664 (1665); BGH NJW 2001, 763 (763); Kühl, JA 2009, 566 (570 f.); Neumann/Saliger (Fn. 33), § 211 Rn. 13 f.

³⁷ BGH NJW 1993, 1664 (1665); Eschelbach (Fn. 33), § 211 Rn. 21; Neumann/Saliger (Fn. 33), § 211 Rn. 24; Schneider, in: Joecks/Miebach (Fn. 3), § 211 Rn. 63.

eine Verbesserung seiner Vermögenslage ergeben.³⁸ Dass der erstrebte Vermögensvorteil dabei nicht unmittelbar aus dem Vermögen des Opfers, sondern aus staatlichen Versorgungsleistungen herrühren sollte, steht der Habgier nicht entgegen.³⁹ Dass das Handeln des A auch enorm rücksichtslos war, zeigt sich darin, dass er F spontan aus der Gelegenheit heraus als Opfer auswählte und dessen physische Integrität als Mittel zum Zweck der Inhaftierung und Versorgung in einer Justizvollzugsanstalt instrumentalisierte. Es lag damit ein erhebliches Missverhältnis zwischen der billigend in Kauf genommenen Vernichtung eines Menschenlebens und dem Tatmotiv des Erreichens eines eigenen Vermögensvorteils in Form von staatlicher Grundversorgung vor.

Fraglich ist allerdings, ob der langzeitige Freiheitsverlust und die für A mit der Inhaftierung verbundenen massiven persönlichen Einschränkungen gegen die Annahme von Habgier sprechen können. Dies ist jedoch abzulehnen, denn trotz der in Aussicht stehenden Nachteile war das Handeln des A maßgeblich von der Motivation der Vermögensmehrung geprägt, während ihn der drohende Verlust der Freiheit weniger störte.⁴⁰

Ebenso steht der Annahme von Habgier nicht entgegen, dass A zur Sicherung seiner Grundversorgung alternativ staatliche Versorgungsleistungen hätte in Anspruch nehmen können und es dafür nicht der Verletzung bzw. Tötung des F bedurft hätte, denn eines Zusammenhangs zwischen Tötung und Vermögensmehrung derart, dass die Tötung das einzige Mittel zur Erlangung des erstrebten Vorteils ist, bedarf es nicht.⁴¹ Dass A die Möglichkeit hatte, sein Ziel auf einem alternativen rechtmäßigen Weg zu erlangen und er dennoch die Tötung des F billigend in Kauf nahm, spricht vielmehr sogar deutlich für das Vorhandensein seiner verwerflichen Motivation, einen Menschen zur Erlangung eines Vermögensvorteils zu töten. A handelte daher aus Habgier.

A war zur Tötung eines Menschen aus Habgier und in heimtückischer Begehungsweise entschlossen.

Hinweis: Entgegen der Wertung des 4. Strafsenats ist die Verneinung des Mordmerkmals der Habgier durchaus vertretbar. Diesbezüglich gute Argumente zeigen *Mitsch*, NStZ 2020, 733 f. und *Jäger*, JA 2021, 167 ff. auf. Es wäre dann an die Prüfung der sonstigen niedrigen Beweggründe, § 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 4 StGB, zu denken. Da A sich finanziell in einer äußerst schwierigen Situation befand und durch den Verlust seiner Wohnung praktisch auf der Straße stand, spräche im Ergebnis, nach Würdigung der Gesamtumstände, Vieles für die Ablehnung einer nach rechtlich-sittlicher Bewertung auf tiefster Stufe stehenden und besonders verachtenswert erscheinenden Motivation.⁴²

3. Unmittelbares Ansetzen

Das plötzliche extreme Beschleunigen und zeitgleiche Zusteuern des Autos auf F führte nach wenigen Sekunden zur verletzungsursächlichen Kollision. A hat damit gemäß § 22 StGB unmittelbar zur Tötung des F angesetzt.

4. Rechtswidrigkeit

A handelte rechtswidrig.

5. Schuld

A handelte auch schuldhaft.

6. Kein Rücktritt

Für einen strafbefreienden Rücktritt nach § 24 Abs. 1 StGB dürfte der Versuch zunächst nicht fehlgeschlagen sein. Ein Versuch ist fehlgeschlagen, wenn der Täter annimmt, den tatbestandsmäßigen Erfolg mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln überhaupt nicht mehr oder jedenfalls nicht ohne eine bedeutende zeitliche Zäsur erreichen zu können.⁴³ Nach der Kollision ging A davon aus, F tödlich verletzt zu haben. Der Versuch war daher aus seiner Sicht nicht fehlgeschlagen. Als beendet gilt ein Versuch, wenn der Täter annimmt, zur Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolgs bereits alles Erforderliche unternommen zu haben und er den Erfolgseintritt für möglich hält.⁴⁴ So liegt der Fall hier, denn nach seiner Sicht hatte A nach der letzten Ausführungshandlung, d.h. mit der Herbeiführung der Kollision, alles Erforderliche getan, um F tödlich zu verletzen. Für den Fall des beendeten Versuchs fordert § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB das Verhindern der Vollendung der Tat. A hätte demnach den von ihm für möglich gehaltenen Tod des F aktiv verhindern müssen. Das lediglich passive Verbleiben in seinem Auto bis zum Eintreffen der Polizei konnte demnach keine taugliche Rücktrittshandlung darstellen. Ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch des Mordes kommt daher nicht in Betracht.

³⁸ Vgl. BGH NStZ 2020, 733 (733). Kritisch dazu *Jäger*, JA 2021, 167 (168), weil die Aufwendungen des Staates im Rahmen des Strafvollzugs allein dem punitiven Zweck dienen und sich nicht „in Elemente des Übels und des Vorteils“ aufspalten ließen. In diesem Sinn auch *Mitsch*, NStZ 2020, 733 (734), der zudem darauf hinweist, dass staatliche Leistungen, die zum Zweck der Resozialisierung geleistet werden, dem Empfänger keinen rechtswidrigen Vermögensvorteil verschaffen.

³⁹ Vgl. BGH NStZ 2020, 733 (733). Kritisch wiederum *Jäger*, JA 2021, 167 (168), denn der Vermögensvorteil müsse seinen Grund in der Tötung haben (funktionaler Zusammenhang bzw. Konnexität), was jedoch bei staatlichen Versorgungsleistungen im Rahmen eines humanen Strafvollzugs, auf die grundsätzlich jeder Strafgefangene Anspruch habe, nicht der Fall sei.

⁴⁰ Vgl. BGH NStZ 2020, 733 (733).

⁴¹ BGH NStZ 2004, 441 (442); *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 33), § 211 Rn. 17; *Fischer* (Fn. 2), § 211 Rn. 10; *Neumann/Saliger* (Fn. 33), § 211 Rn. 24; *Schneider* (Fn. 37), § 211 Rn. 62.

⁴² Zum Mordmerkmal der „sonstigen niedrigen Beweggründe“ *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 33), § 211 Rn. 18 ff.; *Kühl* (Fn. 6), § 211 Rn. 5 ff.

⁴³ BGH NStZ 2016, 332 (332); BGH NStZ 2016, 720 (720); *B. Heinrich* (Fn. 1), Rn. 770; *Rengier* (Fn. 1), § 37 Rn. 15; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 1), Rn. 1010.

⁴⁴ *B. Heinrich* (Fn. 1), Rn. 782.

7. Ergebnis

Durch das gezielte Kollidieren mit F hat A sich wegen versuchten Mordes gemäß §§ 212, 211, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des A wegen gefährlicher Körperverletzung gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 StGB

A könnte sich durch die von ihm herbeigeführte Kollision mit F zudem wegen gefährlicher Körperverletzung gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Grundtatbestand des § 223 Abs. 1 StGB

Der Grundtatbestand der Körperverletzung setzt das Vorliegen der körperlichen Misshandlung oder Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen voraus. Als körperliche Misshandlung gilt eine üble, unangemessene Behandlung, die zu einer nicht unerheblichen Beeinträchtigung des körperlichen Wohlempfindens oder der körperlichen Unversehrtheit führt.⁴⁵

Durch den heftigen Aufprall auf das Auto und den anschließenden Sturz erlitt F so erhebliche Verletzungen, dass er sich anschließend nicht mehr selbst bewegen konnte und notfallmedizinisch versorgt werden musste. Seine körperliche Unversehrtheit war somit erheblich beeinträchtigt, sodass mit der Kollision eine körperliche Misshandlung vorlag. Eine Gesundheitsschädigung ist in jedem Hervorrufen oder Steigern eines vom Normalzustand der körperlichen Funktionen nachteilig abweichenden Zustandes zu sehen, d.h. in dem Herbeiführen einer pathologischen Verfassung, wobei diese nicht dauerhaft sein muss und es ebenso wenig auf ein Schmerzepfinden des Opfers ankommt.⁴⁶ Die bei F eingetretenen schweren physischen Verletzungen führten u.a. dazu, dass er sich nicht mehr selbst bewegen konnte. Damit lag eine nachteilige Abweichung vom normalen Gesundheitszustand und eine Beeinträchtigung der körperlichen Funktionen vor, sodass eine pathologische Verfassung des F durch die Kollision und den anschließenden Sturz herbeigeführt wurde. Der objektive Grundtatbestand der Körperverletzung wurde daher in beiden Varianten erfüllt.

bb) Gefährliches Werkzeug, § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB

Durch den Einsatz des Autos könnte A die Verletzung des F möglicherweise mittels eines gefährlichen Werkzeugs gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB begangen haben. Als gefährliches Werkzeug kommt jeder bewegliche Gegenstand in Betracht, der nach seiner objektiven Beschaffenheit sowie der

Art der Verwendung im Einzelfall dazu geeignet ist, dem Opfer erhebliche Verletzungen zuzufügen.⁴⁷ Ein Auto ist ein beweglicher Gegenstand, der jedenfalls objektiv so beschaffen ist, dass ein Mensch damit erheblich verletzt werden kann. Das Auto des A kommt damit als Werkzeug i.S.v. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB in Betracht und wurde von diesem durch das gezielte Auffahren mit hoher Geschwindigkeit auch als solches verwendet, um F zu verletzen. Durch die Kollision erfolgte auch eine unmittelbare Einwirkung auf den Körper des F, denn bereits das heftige Aufschlagen mit dem Kopf auf die Windschutzscheibe und das Aufprallen auf das Fahrzeugdach bei einer Auffahrgeschwindigkeit von ca. 80 km/h verursachte einen Teil seiner Verletzungen. A verwendete das Auto demnach als gefährliches Werkzeug gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB.

cc) Hinterlistiger Überfall, § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Fraglich ist, ob in dem Auffahren von hinten auch ein hinterlistiger Überfall lag. Ein hinterlistiger Überfall i.S.v. § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist ein unerwarteter Angriff, bei dem der Täter die Verteidigungsmöglichkeiten des Opfers dadurch erschwert, dass er planmäßig seine Verletzungsabsicht verdeckt.⁴⁸ Bei dem Auffahren auf F handelte es sich jedenfalls um einen Angriff. Allerdings hat A dabei seine Angriffsabsicht nicht planmäßig verdeckt, sondern das Überraschungsmoment ausgenutzt, das er durch das plötzliche extreme Beschleunigen seines Fahrzeugs herbeiführte. Da allein das Ausnutzen eines Überraschungsmoments noch nicht zu einem hinterlistigen Vorgehen führt,⁴⁹ wurde die Qualifikation des § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB hier nicht verwirklicht.

dd) Das Leben gefährdende Behandlung, § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

Mit dem Auffahren auf F könnte schließlich auch das Qualifikationsmerkmal des § 244 Abs. 1 Nr. 5 StGB verwirklicht worden sein. Als tatbestandsmäßig gelten solche Behandlungen, die nach den konkreten Umständen des Einzelfalls generell dazu geeignet sind, das Leben des Opfers zu gefährden.⁵⁰ Eine weiter gehende Ansicht fordert darüber hinaus, dass sich aus der zur Lebensgefährdung geeigneten Behandlung auch eine konkrete Lebensgefahr für das Opfer ergibt.⁵¹ A kollidierte mit dem vor ihm auf einem Fahrrad fahrenden F bei einer Geschwindigkeit von ca. 80 km/h. Durch die dabei wirkenden Kräfte wurde F von seinem Fahrrad gerissen und

⁴⁵ BGH NStZ-RR 2012, 340 (340); BGH NStZ 2016, 27 (27); *Eschelbach* (Fn. 33), § 223 Rn. 17; *Fischer* (Fn. 2), § 223 Rn. 4.

⁴⁶ BGH NJW 1989, 781 (783); BGH NStZ 2009, 34 (34); BGH NStZ 2015, 269 (269); *Kühl* (Fn. 6), § 223 Rn. 5; *Paeffgen/Böse*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 3), § 223 Rn. 14; *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 2), § 223 Rn. 5.

⁴⁷ BGH NStZ 2007, 95 (95); BGH NStZ 2010, 512 (513); *Kühl* (Fn. 6), § 224 Rn. 5; *Sternberg-Lieben* (Fn. 46), § 224 Rn. 4.

⁴⁸ BGH NStZ 2005, 40 (40); BGH NStZ 2005, 97 (97); *Hardtung*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 3), § 224 Rn. 33.

⁴⁹ BGH NStZ 2005, 40 (40); BGH NStZ 2005, 97 (97); *Fischer* (Fn. 2), § 224 Rn. 22; *Sternberg-Lieben* (Fn. 42), § 224 Rn. 10.

⁵⁰ BGH NStZ 2013, 345 (345 f.); BGH NStZ-RR 2013, 342 (342); *Hardtung* (Fn. 48), § 224 Rn. 42; *Sternberg-Lieben* (Fn. 46), § 224 Rn. 12.

⁵¹ *Paeffgen/Böse* (Fn. 46), § 224 Rn. 28.

schlug mit dem Kopf heftig auf die Windschutzscheibe des Autos auf. Anschließend prallte er noch auf das Autodach auf und wurde sodann in hohem Bogen auf die Straße geschleudert. Es ergaben sich somit sehr intensive physische Einwirkungen auf den gesamten Körper des F, die in der konkreten Situation geeignet waren u.a. schwere Frakturen und Verletzungen von Organen und Gliedmaßen hervorzurufen. Durch das heftige Aufschlagen mit dem Kopf auf die Windschutzscheibe war zudem ein besonders empfindliches Körperteil betroffen. Da F infolge der Kollision und des anschließenden Sturzes tatsächlich lebensgefährlich verletzt war, erfüllt die Ausführung der Tat das Qualifikationsmerkmal des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB nach allen Ansichten.

b) Subjektiver Tatbestand

A wusste, dass er F durch das Auffahren mit seinem Auto verletzen würde. Da es ihm darauf auch als Ziel seiner Handlung ankam und ihm zudem bewusst war, dass er sein Auto als Werkzeug einsetzt und die Verletzungen für F lebensgefährlich sein können, handelte er sowohl im Hinblick auf den Grundtatbestand des § 223 Abs. 1 StGB als auch auf die Qualifikationsmerkmale des § 224 Abs. 1 Nrn. 2 und 5 StGB vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit

A handelte rechtswidrig.

3. Schuld

A handelte auch schuldhaft.

4. Ergebnis

A hat sich durch die von ihm herbeigeführte Kollision mit F einer gefährlichen Körperverletzung gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2 und 5 StGB strafbar gemacht.

III. Konkurrenzen und Ergebnis zum 2. Tatkomplex

Durch die Kollision mit F hat A sich wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung gemäß §§ 212, 211, 22, 23 Abs. 1, 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2 und 5, 52 StGB strafbar gemacht.

Konkurrenzen und Gesamtergebnis

A hat sich wegen einer Bereitschaftserklärung zur Begehung eines erpresserischen Menschenraubes gemäß §§ 239a Abs. 1, 30 Abs. 2 Var. 1 StGB strafbar gemacht. In Tateinheit gemäß § 53 StGB steht dazu die Strafbarkeit wegen versuchten Mordes und tateinheitlich hinzutretender gefährlicher Körperverletzung gemäß §§ 212, 211, 22, 23 Abs. 1, 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2 und 5, 52 StGB.

B hat sich wegen Annahme eines Erbietens zur Begehung eines erpresserischen Menschenraubes gemäß §§ 239a Abs. 1, 30 Abs. 2 Var. 2 StGB strafbar gemacht.

Entscheidungsbesprechung

Schönheitsreparaturen bei unrenoviert überlassener Wohnung und unwirksamer Abwälzung auf den Mieter

1. An die Stelle einer nach § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB unwirksamen Klausel zur Durchführung von Schönheitsreparaturen durch den Mieter bei einer ohne angemessenen Ausgleich unrenoviert bzw. renovierungsbedürftig überlassenen Wohnung tritt nach § 306 Abs. 2 BGB die gesetzliche Regelung des § 535 Abs. 1 S. 2 BGB.

2. Die hiernach den Vermieter treffende Instandhaltungslast – vorliegend die Ausführung von Schönheitsreparaturen – bestimmt sich nach dem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand; dies kann auch der unrenovierte bzw. renovierungsbedürftige Zustand der Wohnung zum Zeitpunkt ihrer Überlassung sein. Bei einer wesentlichen Verschlechterung des anfänglichen Dekorationszustands kommt ein Instandhaltungsanspruch des Mieters in Betracht. Da die (Wieder-)Herstellung dieses ursprünglichen Dekorationszustands der Wohnung in der Regel nicht praktikabel, zumindest aber wirtschaftlich nicht sinnvoll ist und deshalb nicht im Interesse vernünftiger Mietvertragsparteien liegt, ist in diesen Fällen allein eine Durchführung von Schönheitsreparaturen sach- und interessengerecht, durch welche der Vermieter die Wohnung in einen frisch renovierten Zustand versetzt. Mit Rücksicht auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) kann der Mieter eine solche Renovierung verlangen, muss sich aber wegen der dadurch bewirkten Besserstellung gegenüber dem unrenovierten (vertragsgemäßen) Zustand bei Mietbeginn in angemessenem – in der Regel hälftigem – Umfang an den erforderlichen Kosten beteiligen.

3. Diese Kostenbeteiligung kann der auf Durchführung von Schönheitsreparaturen in Anspruch genommene Vermieter dem Mieter nach Art eines Zurückbehaltungsrechts (§ 273 Abs. 1 BGB) entgegenhalten. Der Mieter kann – insbesondere zur Vermeidung eines teilweisen Unterliegens – im Klageverfahren seiner Kostenbeteiligungspflicht dadurch Rechnung tragen, dass er die Vornahme der Schönheitsreparaturen nur Zug um Zug gegen Zahlung seines Kostenbeitrags verlangt. (Amtlicher Leitsatz)

BGB §§ 306, 307, 535, 536, 536a, 242, 273, 275
ZPO §§ 3, 287

BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18 (LG Berlin, AG Berlin-Charlottenburg)¹

BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18 (LG Berlin, AG Berlin-Schöneberg)²

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in NJW 2020, 3517 und online abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=3b0a1fbd327ce3e37992c188dcb40dea&nr=109038&pos=0&anz=1> (18.1.2021).

I. Einleitung

Grundsätzlich trifft den Vermieter gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB die Pflicht zur Vornahme von Schönheitsreparaturen. Diese Pflicht darf er zwar auf den Mieter abwälzen, er muss aber die Grenzen einer AGB-Kontrolle nach den §§ 307 ff. BGB beachten.³ Mit einem Paukenschlag hat der BGH im Jahr 2015 eine solche Abwälzung für unangemessen erklärt, wenn die Wohnung unrenoviert oder renovierungsbedürftig ohne angemessenen Ausgleich übernommen wurde.⁴ Im Anschluss hieran hat sich der BGH in seinen beiden vorliegenden Entscheidungen vom 8.7.2020 mit den Folgen einer solchen unwirksamen Schönheitsreparaturklausel beschäftigt.

II. Sachverhalt

Der zugrundeliegende Sachverhalt ist ähnlich. Die Kläger mieteten eine zuvor besichtigte, unrenovierte Wohnung und waren vertraglich zur Vornahme von Schönheitsreparaturen verpflichtet. Zwischenzeitlich hatte sich der Zustand der Wohnung verschlechtert. Daher forderte ein Mieter vom Vermieter die Vornahme von Reparaturarbeiten (Verfahren VIII ZR 270/18), ein anderer nach erfolgloser Aufforderung einen Kostenvorschuss für eigene Reparaturarbeiten (Verfahren VIII ZR 163/18). In der Berufung vor dem LG Berlin hatte die erste Klage Erfolg,⁵ die letztere wurde zurückgewiesen.⁶ Der BGH hob beide Urteile auf und wies die Verfahren zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurück.⁷

III. Überblick zu Schönheitsreparaturen

Zum besseren Verständnis beider Urteile ist zunächst ein Blick auf die Rechtsprechung zu Schönheitsreparaturen zu werfen. Grundsätzlich trägt der Vermieter gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB die Instandhaltungspflicht, zu der auch die Ausführungen von Schönheitsreparaturen gehören.⁸ Dies entspricht systematisch auch der Wertung des § 538 BGB. Der Vermieter kann diese Pflicht zwar in dem Mietvertrag auf den Mieter

² Die Entscheidung ist abgedruckt in NJW 2020, 3523 und online abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=0dc4117159bdba512fb7ccec1f30ee0&nr=109002&pos=0&anz=1> (18.1.2021).

³ Ausführlich zur Rechtsprechung des BGH zu Schönheitsreparaturklauseln siehe v. *Emmerich*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Bd. 2, 2017, § 535 Rn. 101 ff. (der die ausufernde Diskussion zu Schönheitsreparaturen als „chaotisch“ bezeichnet). Eine prägnante Übersicht hierzu erfolgt unter III.

⁴ BGH, Urt. v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, Rn. 24 unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung (statt vieler BGH NJW 1987, 2575). Die Terminologie einer „Paukenschlag“-Rechtsprechung teilt *Artz*, NZM 2020, 769 (770).

⁵ Siehe LG Berlin, Urt. v. 24.7.2018 – 63 S 283/17.

⁶ Siehe LG Berlin, Urt. v. 2.5.2018 – 18 S 392/16.

⁷ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 49; BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, Rn. 42 f.

⁸ Statt vieler BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 16 m.w.N.

abwälzen, die Klausel muss aber einer Angemessenheitskontrolle nach den § 307 Abs. 1 und 2 Nr. 1 BGB standhalten.

Eine Abwälzung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter ist demnach nicht per se unangemessen. Denn der Vermieter vergütet diese Abwälzung durch eine geringere Miete. Eine gerichtliche Kontrolle solcher Klauseln kommt daher einer unzulässigen Preiskontrolle nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB nahe (sog. Entgeltthese).⁹ Auch kann der Mieter durch einen möglichst schonenden Gebrauch der Mietsache den Reparaturbedarf der Mietsache geringhalten und daher von einem niedrigerem Reparaturaufwand profitieren.¹⁰

Dennoch ist der wesentliche Grundgedanke der §§ 535 Abs. 1 S. 2, 538 BGB zu beachten. Demnach dürfen dem Mieter keine Pflichten auferlegt werden, die der Vermieter nicht selbst zu tragen hätte.¹¹ In seinem Urteil vom 18.3.2015 hat der BGH daher entschieden, dass eine Abwälzung unangemessen ist, sofern die Wohnung dem Mieter unrenoviert oder renovierungsbedürftig überlassen und ihm ein angemessener Ausgleich nicht gewährt wurde.¹² Denn bei kundenfeindlichster Auslegung wäre der Mieter auch verpflichtet, sämtliche Gebrauchsspuren des Vormieters zu beseitigen, sodass er die Wohnung in einem besseren Zustand zurückgeben müsste, als er sie selbst vom Vermieter erhalten hat.¹³

Es kann daher bereits an dieser Stelle festgehalten werden, was auch in beiden Revisionsverfahren unstrittig war, dass die vertragliche Abwälzung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter vorliegend mangels Gewährung eines angemessenen Ausgleichs unangemessen und damit nach § 307 Abs. 1 und 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist. Ungeklärt waren aber bislang die Folgefragen: Wer trägt nun die Pflicht zur Vornahme von Schönheitsreparaturen? Und wie muss sich die

⁹ Statt vieler BGH NJW 1980, 2347 (2347 f.) m.w.N. Gegen diese Entgeltthese, auch Ausgleichsprinzip genannt, wird insbesondere argumentiert, der Vermieter nehme stets „genau die Miete, die der Markt zulasse“ und versuche zusätzlich, die Ausführung von Schönheitsreparaturen abzuwälzen. Zu dieser Kritik näher v. *Emmerich*, in: Genzow (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Graf v. Westphalen zum 70. Geburtstag, 2010, S. 127 (128) m.w.N.

¹⁰ *Häublein*, in: Henssler u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 8. Aufl. 2020, § 535 Rn. 143. Zusätzlich verweist die Rechtsprechung auf eine entsprechende Verkehrssitte zur vertraglichen Abwälzung von Schönheitsreparaturen (siehe nur BGH NJW 1987, 2575 [2576] m.w.N.), was mit Blick auf die Regelung des § 535 Abs. 1 S. 2 BGB nicht unproblematisch erscheint. Zu dieser Kritik näher v. *Emmerich* (Fn. 3), § 535 Rn. 110 m.w.N.

¹¹ Statt vieler BGH NJW 2004, 2586 (2587) zu Renovierungsklauseln mit starren Fristen. Zu diesem sog. Reziprozitätsargument näher *Häublein*, ZMR 2000, 139 (141).

¹² BGH, Urt. v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, Rn. 24 m. Anm. *Lehmann-Richter*, NJW 2015, 598 ff.

¹³ BGH, Urt. v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, Rn. 24. Zustimmung v. *Emmerich*, JuS 2015, 840 (841: „Rückkehr zum Gesetz“); in diesem Sinne auch *Kappus*, NZM 2016, 609 (621), nach dem sich die „Sonne des Gesetzes“ zeige; demgegenüber kritisch *Graf v. Westphalen*, NZM 2016, 10 (13).

andere Vertragspartei hieran beteiligen? Diese beiden Fragen hat der BGH mit seinen vorliegenden Entscheidungen beantwortet.

IV. Analyse der Entscheidungen

In dem Verfahren VIII ZR 163/18 verlangte der Mieter gem. § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB einen Vorschuss,¹⁴ im parallelen Verfahren VIII ZR 270/18 verlangte er gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB die Durchführung von Reparaturarbeiten. Gemeinsamer Nenner ist das Vorhandensein einer mangelhaften Mietsache. Lehrbuchmäßig führt der BGH aus, ein Mangel der Mietsache liege vor, wenn deren tatsächlicher Zustand für den Mieter nachteilig vom vertraglich vorausgesetzten Zustand abweiche, was vorliegend aufgrund der zwischenzeitlich eingetretenen Verschlechterung des Dekorationszustands zu bejahen sei.¹⁵

1. Ausschluss durch mietvertragliche Abwälzung

Fraglich war jedoch, ob der Anspruch aufgrund des Mietvertrags ausgeschlossen ist. Denn in beiden Fällen hatte sich der Mieter vertraglich zur Vornahme von Schönheitsreparaturen verpflichtet. Wie bereits gesehen ist diese Abwälzung jedoch mangels Gewährung eines angemessenen Ausgleichs gem. § 307 Abs. 1 und 2 Nr. 1 BGB unwirksam, was der BGH jeweils kurz feststellt.¹⁶ An die Stelle dieser unwirksamen Klausel trete gem. § 306 Abs. 2 BGB die dispositiven gesetzliche Bestimmung des § 535 Abs. 1 S. 2 BGB. Demzufolge habe der Vermieter die Instandhaltungslast in vollem Umfang zu tragen.¹⁷

Das LG Berlin hat in dem Berufungsverfahren hierzu Bedenken geäußert. Denn dies verleihe den Verbraucherschützenden Regelungen in den §§ 306 f. BGB einen von Vermietern als „punitiv empfundenen“ Charakter, welcher diesen Vorschriften fremd bleiben solle.¹⁸ Daher bemühte dies eine andere Lösung. Es ließ schlicht die durch die Unwirksamkeit entstandene „Vertragslücke“ unberührt, sodass keine Partei die Verpflichtung trafe, Schönheitsreparaturen durchzuführen, beide aber hierzu berechtigt seien. Dies hat das Gericht aus einer ergänzenden Vertragsauslegung gem. §§ 157, 242 BGB hergeleitet.¹⁹

Der BGH verneint jedoch sowohl die Voraussetzungen als auch die Rechtsfolge einer solcher Auslegung. Bereits das Vorliegen einer ausfüllungsbedürftigen Regelungslücke wird abgelehnt, da die dispositive Vorschrift des § 535 Abs. 1 S. 2

¹⁴ Zum Charakter des § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB als Vorschussanspruch siehe BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 14 m.w.N.

¹⁵ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 13 f.; BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, Rn. 33. Zum vertragsgemäßen „Soll-Zustand“ der Wohnung nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB näher unter IV. 2.

¹⁶ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 15; BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, Rn. 15.

¹⁷ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 16; BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, Rn. 16.

¹⁸ LG Berlin, Urt. v. 2.5.2018 – 18 S 392/16, Rn. 20.

¹⁹ LG Berlin, Urt. v. 2.5.2018 – 18 S 392/16, Rn. 20.

BGB greife, was dem gesetzlichen Leitbild entspreche.²⁰ Obiter dictum weist der BGH sodann darauf hin, dass eine Vertragsauslegung nicht zur Folge hätte, dass keine Partei zur Vornahme von Schönheitsreparaturen verpflichtet wäre. Denn dies würde den Vermieter einseitig privilegieren und widerspräche daher dem Gebot von Treu und Glauben nach § 242 BGB.²¹

2. Umfang der Instandhaltungspflicht

Auf Rechtsfolgenseite war sodann der Umfang der Instandhaltungspflicht des Vermieters nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB zu ermitteln. Der BGH stellt fest, dass entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht²² nicht der renovierte Zustand der maßgebliche sei, sondern der unrenovierte Zustand der Wohnung bei Überlassung.²³ Dieser sei der vertragsgemäße und damit der nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB zu erhaltende „Soll-Zustand“. Denn für den Mieter sei durch die Besichtigung ersichtlich gewesen, dass er eine unrenovierte Wohnung übernehme, sodass er die Mietsache in diesem Zustand akzeptiert habe.²⁴

Entgegen der Auffassung der Revisionsparteien sei hierzu nicht die Gewährung eines finanziellen Ausgleichs nötig, da dies allein für die Wirksamkeit der formularvertraglichen Abwälzung der Schönheitsreparaturen relevant sei.²⁵ Der BGH nutzt die Gelegenheit, um mit einem weiteren Trugschluss aus seinem Urteil aus dem Jahr 2015 aufzuräumen. So drehe sich die unwirksame Verpflichtung des Mieters, auch Gebrauchsspuren des Vermieters zu beseitigen, nicht automatisch in eine entsprechende Pflicht des Vermieters um. Viel-

mehr richte sich die Pflicht des Vermieters originär nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB.²⁶

3. Kostenbeteiligung des Mieters

Den Vermieter träge daher gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB die Pflicht, den unrenovierten Zustand der Wohnung bei Überlassung wiederherzustellen. Allerdings entstehe diese Pflicht erst, wenn sich der Zustand wesentlich verschlechtert habe.²⁷ Die Wiederherstellung eines unrenovierten Zustandes sei jedoch i.d.R. nicht praktikabel, zumindest aber wirtschaftlich nicht sinnvoll und läge deshalb nicht im Interesse vernünftiger Mietvertragsparteien. Eine Schönheitsreparatur sei daher nur sach- und interessengerecht, wenn der Vermieter die Wohnung in einen frisch renovierten Zustand versetze.²⁸

Und nun schließt sich der Kreis. Zu einer solchen Wiederherstellung sei der Vermieter ja nicht verpflichtet. Es drohe eine Übervorteilung des Mieters, da er die Wohnung in einem besseren Zustand erhalte, als der Vermieter vertraglich schulde.²⁹ Der BGH bemüht daher das Gebot von Treu und Glauben nach § 242 BGB. So habe der Mieter sich angemessen, i.d.R. hälftig, finanziell an den Renovierungskosten zu beteiligen. Der Umfang der Kostenbeteiligung im Einzelfall sei jedoch Sache des Patrichters, der insoweit von der ihm nach § 287 Abs. 2 ZPO eingeräumten Möglichkeit Gebrauch machen könne.³⁰

Fordert der Mieter die Durchführung näher bezeichneter Arbeiten nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB, könne der Vermieter diese Kostenbeteiligung nach Art eines Zurückbehaltungsrechts gem. § 273 Abs. 1 BGB entgegenhalten.³¹ Verlangt der Mieter demgegenüber Kostenvorschuss nach § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB, sei der Anspruch unter Kostenbeteiligung des Mieters nach § 242 BGB erfüllbar.³² Ein entsprechendes

²⁰ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 17; BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, Rn. 17. Zustimmend *Artz*, NZM 2020, 769 (770); *Zehlein*, NZM 2020, 708 (709). Es ist zwar im Einzelfall denkbar, dass auch bei Vorliegen einer dispositiven Vorschrift eine ergänzende Vertragsauslegung erfolgt. Hierzu wäre jedoch eine atypische Interessenlage nötig, was vorliegend eindeutig nicht der Fall ist. Zu dieser Ausnahme näher *Wendland*, in: Hau/Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 56. Ed., Stand: 1.11.2020, § 157 Rn. 39 m.w.N.

²¹ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 18 f.; BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, Rn. 18 f.

²² So etwa *Artz*, NZM 2015, 801 (804 f.); *Flatow*, WuM 2009, 208 (209); *Langenberg*, in: Schmidt-Futterer (Hrsg.), Kommentar zum Mietrecht, 12. Aufl. 2015, BGB § 538 Rn. 204. Dem war auch das Berufungsgericht gefolgt, siehe LG Berlin, Urt. v. 24.7.2018 – 63 S 283/17, Rn. 23 ff.

²³ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 20; BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, Rn. 21. In diesem Sinne bereits *Hartmann*, WuM 2015, 406 (408); *Lehmann-Richter*, WuM 2016, 529 (534). Zustimmend nun *Bub/Pramataroff*, FD-MietR 2020, 431535; *Flatow*, jM 2020, 449 (454); *Lehmann-Richter*, MietRB 2020, 310 (311); kritisch demgegenüber *Artz*, NZM 2020, 769 (771 f.: „den falschen von zwei möglichen Wegen gewählt“).

²⁴ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 24; BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, Rn. 22.

²⁵ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 25.

²⁶ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 28; BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, Rn. 27.

²⁷ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 31; BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, Rn. 33. Kritisch mit Blick auf eine fehlende Definition zur Wesentlichkeit *Lehmann-Richter*, MietRB 2020, 310 (312); demgegenüber *Beyer*, jurisPR-MietR 19/2020 Anm. 1 („der BGH schweigt hierzu aus gutem Grund“).

²⁸ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 38; BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, Rn. 34.

²⁹ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 40; BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, Rn. 35.

³⁰ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 41, 45; BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, Rn. 36, 40. Zustimmend *Beyer*, jurisPR-MietR 19/2020 Anm. 1 („konsequente Begründung für die ausgewogene Lösung“); *Bub/Pramataroff*, FD-MietR 2020, 431535 („interessengerecht“); wohl auch *Flatow*, jM 2020, 449 (454); kritisch demgegenüber *Lehmann-Richter*, MietRB 2020, 310 (311: „Zweifel an der Überzeugungskraft“); *Wiek*, WuM 2020, 564 (566), der die Lösung des BGH als „grobe[n] Gesetzesverstoß“ bezeichnet.

³¹ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, Rn. 44.

³² BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 44. Ob die Kostenbeteiligung des Mieters ipso iure von seinem Vorschussanspruch abgezogen wird oder ob es hierfür einer Auf-

Angebot des Mieters zur Kostenbeteiligung sei zur Verzugsbegründung nach § 286 Abs. 1 BGB nicht nötig, sofern sich der Vermieter hierauf nicht gem. § 273 Abs. 1 BGB berufen hat.³³

V. Kritische Würdigung

Die vorliegenden Entscheidungen orientieren sich an den Bedürfnissen der Praxis und berücksichtigen die legitimen Interessen beider Mietvertragsparteien. Das Urteil des BGH aus dem Jahr 2015 war ein Schock für Vermieter, die in der Kassation der Schönheitsreparaturklausel bei unrenovierten Wohnungen ihre Bestandsinteressen verletzt sahen.³⁴ Durch seine vorliegenden Entscheidungen hat der BGH diese Wunden geheilt. Vermieter müssen nicht – wie befürchtet – auf eigene Kosten die Wohnung renovieren, sondern können eine Kostenbeteiligung des Mieters verlangen. Es wird keine Partei übervorteilt, sodass die Urteile durchaus das Prädikat „salomonisch“ verdienen.³⁵

Dennoch ist das Ergebnis rechtlich nicht überzeugend. Die gefundene Lösung widerspricht der gesetzgeberischen Grundentscheidung des § 535 Abs. 1 S. 2 BGB, der die Instandhaltung dem Vermieter auferlegt.³⁶ Ist der Vermieter hierzu nicht in der Lage, tritt Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB ein, sodass sich die Miete gem. § 536 Abs. 1 BGB ipso iure mindert.³⁷ Gleiches tritt ein, wenn die Wiederherstellung nach § 275 Abs. 2 BGB nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist und sich der Vermieter hierauf beruft.³⁸ Da diese Voraussetzungen bei Schönheitsreparaturen jedoch i.d.R. nicht vorliegen, wie auch der BGH zugibt,³⁹ verbleibt es bei der gesetzlichen Instandhaltungspflicht des Vermieters.

Erst kürzlich hat das BVerfG in seinem Beschluss vom 6.6.2018 festgestellt, dass richterliche Rechtsfortbildung nicht den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers übergehen und

durch ein eigenes Regelungsmodell ersetzen darf.⁴⁰ Indem der BGH eine Kostenbeteiligungspflicht des Vermieters aus dem Gebot von Treu und Glauben nach § 242 BGB herleitet und das Risiko unwirksamer Klauseln einseitig auf den Mieter abwälzt, verlässt er diese Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung.⁴¹ Mit Blick auf den eindeutigen Wortlaut des § 535 Abs. 1 S. 2 BGB und das dahinterstehende Regelungskonzept ist daher nicht auszuschließen, dass zukünftige Verfassungsbeschwerden von betroffenen Mietern Erfolg haben werden.

Stud. iur. Julien Schickling, Frankfurt am Main

rechnungserklärung des Vermieters bedarf, lässt die Entscheidung des BGH offen. Für letztere Lösung plädiert aus prozessrechtlichen Gründen *Lehmann-Richter*, MietRB 2020, 310 (313).

³³ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 48.

³⁴ Auf diesen Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes geht der BGH selbst in seinem Urteil aus dem Jahr 2015 ein, siehe BGH, Urt. v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, Rn. 39.

³⁵ In diesem Sinne auch *Beyer*, jurisPR-MietR 19/2020 Anm. 1 (der jedoch zugibt, dass die Begründung des BGH „dogmatisch nicht unbedingt zwingend“ ist); *Bub/Pramataroff*, FD-MietR 2020, 431535.

³⁶ Zutreffend *Artz*, NZM 2020, 769 (772); *Lehmann-Richter*, MietRB 2020, 310 (311); *Wiek*, WuM 2020, 564 (564 f.).

³⁷ Zum strittigen Vorrang der §§ 536 ff. BGB gegenüber § 326 Abs. 1 S. 1 BGB nach Übergabe der Mietsache siehe *Häublein* (Fn. 10), Vor § 536 Rn. 8 f., § 536b Rn. 11. Für diesen Hinweis dankt der Autor Prof. Dr. Felix Maultzsch.

³⁸ Zur dieser sog. Opfergrenze näher *Häublein* (Fn. 10), Vor § 536 Rn. 9 m.w.N.

³⁹ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 51 m.w.N.

⁴⁰ BVerfG, Beschl. v. 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, Rn. 76 ff. zur Rechtsprechung des BAG zum Anschlussverbot nach § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG.

⁴¹ Zutreffend *Wiek*, WuM 2020, 564 (564 f.). Kritisch auch *Artz*, NZM 2020, 769 (770: „Bumerang für den Mieter“); *Lehmann-Richter*, MietRB 2020, 310 (313 f.: „ein systematischer Fremdkörper“); *Zehelein*, NZM 2020, 708 (710), der auf die Privatautonomie und das Risiko einer Kostenkalkulation verweist. In seinem Urteil aus dem Jahr 2015 ging der BGH noch zu Recht davon aus, dass der Verwender im Allgemeinen das Risiko einer unwirksamen Klausel trage (siehe BGH, Urt. v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, Rn. 39), wozu er sich mit den vorliegenden Entscheidungen klar in Widerspruch setzt.

Entscheidungsbesprechung

Konsum eines Joints – zur Garantenstellung aus Ingerenz bzw. Schaffung einer Gefahrenquelle

1. Lose Zusammenschlüsse etwa von Zechkumpanen oder auch Rauschgiftkonsumenten begründen regelmäßig noch nicht die Übernahme einer Beistandspflicht und das Vorliegen einer Garantenstellung aufgrund einer Gefahrengemeinschaft, die über die Hilfeleistungspflicht nach § 323c StGB hinausgeht.

2. Die über die genannte Hilfeleistungspflicht hinausgehende strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Dritten entfällt grundsätzlich bei einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung des Geschädigten.

3. Wer eine Gefahrenquelle schafft, den trifft eine Erfolgsabwendungspflicht gem. § 13 StGB nur dann, wenn die naheliegende Möglichkeit begründet wird, dass Rechtsgüter anderer Personen verletzt werden. Verdichtet sich die Gefahr in Richtung eines sich unvorhersehbar Selbstgefährdenden entsteht eine solche Pflicht nicht. (Leitsätze des Verf.)

StGB §§ 13, 221 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3, 323c

BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18 (LG Hanau)¹

I. Einleitung

Die Entscheidung befasst sich lehrbuchartig mit Garantenstellungen im Zusammenhang des gemeinsamen Drogenkonsums. Dabei geht der *Senat* auf die Verpflichtungen aus der Zugehörigkeit zu einer Gefahrengemeinschaft, tatsächlicher Gewährübernahme, Ingerenz und der Gefahrenherrschaft ein. In diesem Rahmen nimmt sich die Entscheidung der Figur der freiverantwortlichen Selbstgefährdung an und zeigt in Ansätzen die Zusammenhänge zur Garantenstellung auf. Dabei stellt sie im Gesamten einen interessanten Vergleichspunkt zu der bekannten GBL-Rechtsprechung des BGH dar.²

II. Sachverhalt (leicht gekürzte Darstellung)³

Die Angeklagten A, S und K trafen sich abends in der Wohnung von A, um dort zu „chillen“. Als ihnen langweilig wurde, verließen sie die Wohnung und liefen, jeweils mit Mobiltelefonen ausgerüstet, in der Stadt umher. Zwischen 0.00 und 0.30 Uhr befanden sie sich auf dem Gelände der Kreisrealschule und trafen dort zufällig auf den Geschädigten M, der

allen Beteiligten bekannt war. A, S und K erkannten, dass M, der eine Blutalkoholkonzentration von 2,26 Promille aufwies, erheblich alkoholisiert war. In der Folge stand M mit den Angeklagten zusammen. K holte nun einen Joint mit Spice hervor, der von A hergestellt worden war und den Wirkstoff 5F-ADB enthielt.⁴ Dieses synthetische Cannabinoid wirkt um ein Vielfaches stärker als normales THC.⁵ K und S nahmen im Wechsel einige Züge von dem Joint. M fragte, ob er den Joint auch einmal haben könne. K und S folgten dieser Bitte nicht. Sie hatten zwar keine Kenntnis von gesundheitlich negativen Folgen des Joints, wussten aber, dass es sich nach Aussagen des A um „starkes Zeug“ handele. M rief „Kindergarten“ in Richtung der Angeklagten, nahm K eigenmächtig den Joint aus der Hand und rauchte einen Zug. Danach ging er einen Schritt zurück und nahm einen zweiten Zug. Sodann machte er einen Schritt nach vorne und ging unter dem vernehmbaren Ausspruch „Ups“ zunächst auf die Knie, bevor er nach vorne auf die Wiese fiel und regungslos liegen blieb.⁶ Die Angeklagten waren schockiert und rannten einige Meter davon. S beschloss aber sodann, nach dem Geschädigten zu sehen, und lief zu ihm zurück. M erbrach sich nun ein erstes Mal. S und K brachten ihn in eine „Art stabile Seitenlage“, wobei M sich zwei weitere Male erbrach. M war nicht ansprechbar. Die Angeklagten beschlossen, M keine weitere Hilfe, etwa durch einen Notruf, zukommen zu lassen, da sie im Hinblick auf den von dem Geschädigten konsumierten Joint strafrechtliche Konsequenzen fürchteten. K fertigte um 0.30 Uhr ein kurzes Video von M an und äußerte dazu: „Ich hab dem sein Leben gerettet, Alter“.

A, S und K begaben sich anschließend in eine Spielothek, die sie 30 Minuten später wieder verließen. Auf dem Nachhauseweg kamen sie nochmals an der Kreisrealschule vorbei, wo M unverändert an der gleichen Stelle lag. S sah nach ihm und stellte fest, dass er noch immer gleichmäßig atmete. Die Angeklagten erkannten weder den tödlichen Ausgang des Geschehens noch nahmen sie Ms Tod billigend in Kauf. Eine Kenntnis von einer tödlichen Wirkung des Joints hat das Landgericht ausgeschlossen, da die Angeklagten S und K mehrfach selbst an dem Joint gezogen hatten, was sie anderenfalls definitiv unterlassen hätten.⁷ M verstarb vermutlich spätestens um 4.00 Uhr an einem zentralen Regulationsversagen, verursacht durch eine Mischintoxikation von Alkohol und dem synthetischen Cannabinoid 5F-ADB sowie einer bestehenden Vorerkrankung. M wurde gegen 6.10 Uhr tot aufgefunden. Bei unverzüglichem Absetzen eines Notrufs unmittelbar nach dem Zusammenbruch des Geschädigten wäre eine Rettung zwar möglich, aber nicht überwiegend wahrscheinlich gewesen.⁸

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in StV 2020, 373 und online abrufbar unter

<https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=I&nr=102908&pos=28&anz=473&Blank=1.pdf> (14.12.2020).

² BGH NSTZ 2012, 319 (GBL I); BGH NSTZ 2016, 406 (GBL II); BGH NSTZ 2017, 223 (GBL III).

³ Im Originalfall trafen sich im Laufe des gleichen Tages ein Teil der Angeklagten bereits bei einem Verwandten, wobei es zum Konsum eines vergleichbaren Joints kam und ein Verwandter massive körperliche Schäden davontrug. Davon hat-

ten die Angeklagten jedoch keine Kenntnis, da sie zuvor die Wohnung des Verwandten verlassen hatten. Dieses Ereignis spiegelt sich daher auch nicht in der Begründung des BGH wider; BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 2.

⁴ BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 3.

⁵ BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 2.

⁶ BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 3.

⁷ BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 4.

⁸ BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 5.

III. Einführung in die Problematik

Wie auch die bekannte GBL-Rechtsprechung trifft auch dieser Fall den Kern zweier Problemkreise des unechten Unterlassungsdelikts, namentlich die Garantenstellung und die freiverantwortliche Selbstgefährdung.

1. Garantenstellung

Ein unechtes, dem aktiven Tun gleichgestelltes Unterlassen setzt gem. § 13 StGB eine besondere rechtliche Einstandspflicht für einen tatbestandlichen Erfolg voraus. Zu unterscheiden sind Beschützergaranten, die für den Schutz einzelner Rechtsgüter verantwortlich sind, und Überwachergaranten, die für die Absicherung bestimmter Gefahrenquellen zuständig sind.⁹ Fehlt es an einer solchen Garantenstellung, bleibt die Möglichkeit einer Unterlassungsstrafbarkeit gem. § 323c Abs. 1 StGB.¹⁰

a) Beschützergaranten

Eine Beschützergarantenstellung kann sich zunächst aus einer engen familiären Verbundenheit, klassischerweise zwischen Eltern und Kind oder unter Eheleuten ergeben.¹¹ Außerdem kann sich eine Garantenstellung bei Lebens- und Gefahrengemeinschaften ergeben, wenn erkennbar eine wechselseitige Schutzgemeinschaft begründet wird.¹² Abzugrenzen ist sie von losen Zusammenschlüssen bei gemeinschaftlichem Alkohol- oder Rauschgiftkonsum.¹³ Zwar basieren diese Zusammenschlüsse in der Regel auf einer Freiwilligkeit, aus ihrem Zuschnitt lässt sich aber kaum eine konkludente gegenseitige Hilfszusage erkennen.¹⁴

Eine Beschützergarantenstellung kann sich auch außerhalb dieser Lebens- oder Gefahrengemeinschaften ergeben, wenn

einseitig Schutzfunktionen übernommen werden, die eine berechnete Erwartung des Rechtsgüterschutzes begründen.¹⁵

b) Überwachergaranten

Sicherungspflichten können sich aus der Verantwortlichkeit für eine bestimmte Gefahrenquelle ergeben. So entsteht eine Garantenstellung aus Ingerenz, wenn durch ein pflichtwidriges Vorverhalten die nahe Gefahr des konkreten tatbestandsmäßigen Erfolgs verursacht wurde; die Gefahrenquelle besteht hier in der vorangegangenen Pflichtwidrigkeit.¹⁶

In Abgrenzung zur Ingerenz kann auch ohne pflichtwidriges Vorverhalten eine Garantenstellung aus der Beherrschung einer Gefahrenquelle entstehen.¹⁷ Ausreichend ist, dass eine Gefahrenquelle geschaffen und unterhalten wird. Werden die gebotenen Schutzvorkehrungen, die nach Würdigung der Gesamtumstände – insbesondere des Gefahrengrades – notwendig und zumutbar sein müssen, nicht getroffen, kann sich eine Unterlassensstrafbarkeit ergeben.¹⁸ Begründen lässt sich diese Garantenstellung wiederum mit der Vertrauenserwartung potenziell Geschädigter, die an die Kontrollherrschaft der Unterlassenden anknüpft.¹⁹

2. Freiverantwortliche Selbstgefährdung

Der zweite mit der Entstehung einer Garantenstellung verzahnte Problemkreis der Entscheidung liegt in der Frage nach der freiverantwortlichen Selbstgefährdung des Geschädigten. Eine solche unterbricht zunächst den Zurechnungszusammenhang zum Handelnden im Rahmen des Begehungsdelikts, weil der Erfolg der Verantwortungssphäre des Geschädigten entstammt; der Erfolg ist nicht Werk des Handelnden, sondern Realisierung des freiverantwortlich übernommenen Risikos des Geschädigten.²⁰ Ob eine freiverantwortliche Selbstgefährdung vorliegt, ist in zwei Schritten zu prüfen:

1. Damit es sich um eine Selbst- nicht um eine Fremdgefährdung handelt, muss der Geschädigte die Tatherrschaft über die letztlich gefährdende Handlung innehaben.²¹

⁹ Vgl. zur Funktionslehre *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 32 Rn. 6; sowie *Kühl*, JuS 2007, 497 (500 ff.).

¹⁰ Zur Systematik echter und unechter Unterlassungsdelikte vgl. *Kühl*, JuS 2007, 497 (499).

¹¹ Zu der Bedeutung gesetzlicher Bestimmungen BGH NStZ 2004, 30 (31); dazu *Nikolaus*, JA 2005, 605 (609); ferner *Rudolphi*, NStZ 1984, 149 (153); sowie *Ingelfinger*, NStZ 2004, 409 (411); vgl. zu § 1618a BGB und der Garantenstellung des Kindes ggü. den Eltern auch BGH NStZ 2018, 34 m. Anm. *Kudlich*.

¹² *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 64; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 50. Aufl. 2020, Rn. 1181; vgl. zu sog. Unglücksgemeinschaften *Gaede*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 13 Rn. 40; sowie *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 24.

¹³ BGH NJW 1954, 1047 (1048); BGH NStZ 1983, 454 (454); BayObLG NJW 1953, 556 stellt fest, dass zu der Zechgemeinschaft noch weitere Umstände, wie das Überreden zum übermäßigen Alkoholkonsum, hinzutreten müssen; zum gemeinsamen Rauschgiftkonsum OLG Stuttgart NJW 1981, 182 (182 f.); vgl. auch *Brüning*, ZJS 2012, 691 (695).

¹⁴ *Freund*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 174.

¹⁵ Dabei kommt es auf die tatsächliche Übernahme der Verantwortung, nicht primär auf die vertragliche Situation an: Ist der Vertrag unwirksam, ändert das grundsätzlich nichts an der Garantenstellung. Andersherum reicht die vertragliche Verpflichtung allein nicht aus, damit die Verantwortung auf Dritte übergehen kann. Vgl. *Ransiek*, JuS 2010, 585 (588).

¹⁶ *Bosch* (Fn. 12), § 13 Rn. 32.

¹⁷ Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 12), Rn. 1187.

¹⁸ BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 27; BGH NStZ 2012, 319 (320).

¹⁹ *Gaede* (Fn. 12), § 13 Rn. 46; *Kühl*, JuS 2007, 497 (500, 502) m.w.N. zur Herleitung von Garantenstellungen im Allgemeinen.

²⁰ Vgl. *Eisele*, JuS 2012, 577 (578) m.w.N.

²¹ Vgl. *Rönnau*, JuS 2019, 119 (119 f.); vgl. auch für die freiverantwortliche Selbsttötung BGH NJW 2019, 3089 (3089 f.).

2. Sodann ist zu prüfen, ob die Selbstgefährdung auch freiverantwortlich ist.²² Liegt nach diesen Kriterien keine Freiverantwortlichkeit vor, ist zu differenzieren: Täuscht der Handelnde das Opfer, sodass ein (beachtlicher) Irrtum entsteht²³, nutzt er seine Einwilligungsunfähigkeit aus oder erkennt die Tragweite seiner Entscheidung besser als das Opfer, so ist eine mittelbare Täterschaft gem. § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB zu prüfen.²⁴ Hätte der Handelnde bei Einhaltung der gebotenen Sorgfalt einen Wissensvorsprung erlangen können (etwa weil ihn eine Prüfpflicht trifft), so steht eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in Frage.²⁵

Wie angedeutet, kann eine freiverantwortliche Selbstgefährdung auch das Entstehen einer Überwachergarantenstellung aus Ingerenz und der Herrschaft über eine Gefahrenquelle verhindern.²⁶ Die objektive Zurechnung eines Körperverletzungs- oder gar Tötungserfolges zu einem Dritten ist gestört, weil dem Opfer aufgrund seines Verhaltens die Verantwortung für den Erfolg zugeschrieben wird. Eine Verantwortung des Dritten im Rahmen der Unterlassungshaftung zu begründen, sobald sich das Risiko realisiert hat, ist dann zumindest nicht ohne Weiteres erklärbar.²⁷ Der BGH nimmt u.a. in seiner GBL II-Entscheidung dann eine Ausnahme an, wenn sich die Gefahr für das Leben des Selbstgefährdenden zu realisieren beginnt. In einem solchen Fall soll die eigenverantwortliche Selbstgefährdung die Entstehung einer Erfolgsabwendungspflicht nicht hindern.²⁸ Der *Senat* begründet diese Entscheidung damit, dass bei der Selbstgefährdung – anders als bei der Selbsttötung – nur das Risiko eines Erfolgsintritts eingegangen werde. Entwickle sich das auf die Gefährdung angelegte Geschehen jedoch erwartungswidrig in Richtung auf den Verlust des Rechtsguts, erfasse die ursprüngliche Entscheidung der Hinnahme des Risikos nicht den Ver-

zicht auf Maßnahmen zum Erhalt des Rechtsguts.²⁹ Diese Auffassung wird im Schrifttum zutreffend als wertungswidersprüchlich kritisiert.³⁰ Sie droht das Verantwortungsprinzip zu unterlaufen und dem Herrschenden über eine Gefahrenquelle zum „Vormund und Hüter aller derer zu machen, die sich freiverantwortlich dieser Gefahrenquelle aussetzen.“³¹

IV. Die Entscheidung des BGH und ihre Bewertung

Die Strafkammer hatte die Angeklagten wegen unterlassener Hilfeleistung gem. § 323c StGB (a.F., jetziger Abs. 1) verurteilt.³² Die Revision der Staatsanwaltschaft hat der BGH verworfen und die Entscheidung der Strafkammer, weder auf versuchten oder vollendeten Totschlag oder fahrlässige Tötung durch Unterlassen noch auf Aussetzung mit Todesfolge zu erkennen, als rechtsfehlerfrei erachtet. Dabei hat der *Senat* dahinstehen lassen, ob die angegriffene Beweiswürdigung des Landgerichts zur Ablehnung des Tötungsvorsatzes Rechtsfehler aufweist. Ebenso offengelassen wurde, ob es in den Urteilsgründen an einer hinreichenden Darlegung der Angaben der Sachverständigen zu deren Schlussfolgerung fehlt, dass auch bei einem sofortigen Absetzen des Notrufs eine Rettung des Geschädigten nicht hinreichend wahrscheinlich gewesen wäre. Denn einer über § 323c StGB hinausgehende Strafbarkeit mangle es schon an einer Garantenstellung der Angeklagten.³³ Der *Senat* setzt sich in seiner Begründung mit den in Frage kommenden Beschützergarantenstellungen aus der Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft (1.) und der tatsächlichen, freiwilligen Übernahme der Schutzaufgabe (2.) auseinander, um sodann eine Überwachergarantenstellung aus pflichtwidrigem Vorverhalten (3.) oder aus der Herrschaft über eine Gefahrenquelle (4.) zu diskutieren.

1. Zugehörigkeit zu einer Gefahrengemeinschaft

Zunächst lehnt der *Senat* eine Garantenstellung aus Zugehörigkeit zu einer Gefahrengemeinschaft ab:

„Das bloße Zusammenstehen in nächtlicher Runde und auch das gemeinsame Rauchen einer Zigarette lässt – vergleichbar der Rechtsprechung zu Zech- oder Konsumgemeinschaften – noch keine Gefahrengemeinschaft entstehen, die die Gewähr für gegenseitige Hilfe und Fürsorge in bestimmten Gefahrenlagen einschließt.“³⁴

Zwar wird durchaus gesehen, dass der Joint den Wirkstoff 5F-ABD enthielt, dessen Konsum objektiv und vor allem in Kombination mit Alkohol weitaus gefährlicher sein dürfte als das Rauchen anderer Cannabissorten. Das allein vermag für

²² Die Kriterien, nach denen die Freiverantwortlichkeit zu bestimmen ist, sind umstritten. Vgl. zur „Exkulpationslösung“ *Brand/Lotz*, JR 2011, 513 (517); zur „Einwilligungslösung“ *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 12), Vorb. §§ 211 ff. Rn. 36; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 12), Rn. 273; vgl. weiter auch *Eisele*, JuS 2012, 577 (580).

²³ Zu der Unterscheidung von beachtlichen rechtsgutsbezogenen und unbeachtlichen Motivirrtümern vgl. *Kühl* (Fn. 12), § 9 Rn. 39; *Paeffgen/Zabel* (Fn. 12), § 228 Rn. 26 f.

²⁴ Letztlich wird so überprüft, ob dem Handelnden nicht doch eine Willens- oder Wissensherrschaft zukommt. Daher ist die Freiverantwortlichkeit auch kein von der Tatherrschaft losgelöster Prüfungspunkt, sondern hat Rückwirkungen auf diese. Vgl. auch BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 20; sowie *Eisele*, JuS 2012, 577 (581).

²⁵ BGH NJW 2009, 2611 (2611 f.); *Lange/Wagner*, NStZ 2011, 67 (68 f.); sowie ferner BGH NStZ 2011, 341.

²⁶ Vgl. auch *Jasch*, NStZ 2005, 8 (11).

²⁷ BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 19; Vgl. auch *Fünfsinn*, StV 1985, 57 (58).

²⁸ BGH NStZ 2016, 406 (407); vgl. auch bereits BGH NStZ 1984, 452 sowie BGH NStZ 2017, 219 (220); BGH NStZ 2017, 223 (225).

²⁹ BGH NStZ 2016, 406 (407); vgl. zum Rechtssprechungswandel im Fall des Tatherrschaftswechsels bei der freiverantwortlichen Selbsttötung BGH NJW 2019, 3089.

³⁰ *Eisele*, JuS 2016, 276 (278); *Jäger* JA 2016, 392 (394); *Lorenz*, NStZ 2017, 226 (226 f.); *Roxin*, StV 2016, 428 (428 f.); *Schiemann*, NJW 2016, 176 (178).

³¹ *Jäger*, JA 2016, 392 (394).

³² BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 9.

³³ BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 10.

³⁴ BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 14.

den *Senat* aber nicht die lose Verbindung zu einer Gefahrengemeinschaft zu festigen, „weil sich die Angeklagten K und S darauf beschränkten, selbst einige Züge zu nehmen, und es ablehnten, den Geschädigten selbst rauchen zu lassen.“³⁵

Der Klarheit scheint es dienlich, sich zudem auf die Unkenntnis bezüglich der Gefährlichkeit zu stützen. Dieses Argument verwendet der *Senat* auch bei der Behandlung der anderen Garantenstellungen. Denn erst die Kenntnis um die Gefährlichkeit würde rechtfertigen, eine Gefahrengemeinschaft, in Abgrenzung zur einfachen Konsumgemeinschaft, anzunehmen.³⁶ Diese Unterscheidung würde insbesondere dann relevant, wenn einer der Konsumenten stark auf den Wirkstoff reagierte und deshalb eine Garantenstellung innerhalb der Angeklagten fraglich wäre.

2. Tatsächliche, freiwillige Gewährübernahme

Auch in einem sonstigen Verhalten der Angeklagten konnte der *Senat* keine tatsächliche Übernahme der Verantwortung für den M erkennen.³⁷

„Der Umstand, dass die Angeklagten es ablehnten, dem Geschädigten den Joint zum Rauchen zu überlassen, stellt sich nicht als Übernahme von Verantwortung dar, die weitergehende Schutzpflichten auslösen könnte. Es handelt sich bei der Zurückweisung dieses Ansinnens lediglich um ein von der Rechtsordnung anderweit gefordertes Verhalten, das in diesem Augenblick der Vermeidung einer strafrechtlichen Haftung aus Ingerenz bzw. einer Verantwortlichkeit für eine Gefahrenquelle dient.“³⁸

Dass M K den Joint abnahm, kann ebenfalls keine Einstandspflicht begründen:

„Drittverhalten ist insoweit nicht geeignet, eine Einstandspflicht der Angeklagte(n) mit Gewähr für gegenseitige Hilfe und Fürsorge entstehen zu lassen.“³⁹

Letztlich kann ebenso wenig in dem Verbringen des M in eine Art stabile Seitenlage durch K und S eine konkludente Zusage gesehen werden, sich weiter um diesen zu kümmern, sollte sich sein Zustand nicht verbessern.

„Bei dem Tun der Angeklagten handelt es sich vielmehr allein um die (ungenügende) Erfüllung der ihnen aus

§ 323c StGB obliegenden Pflicht, nicht um die Übernahme der Obhut. Allein daraus, dass jemand einem Hilfsbedürftigen beisteht, ergibt sich – jedenfalls dann, wenn damit wie hier keine wesentliche Veränderung der Situation des Hilfsbedürftigen eingetreten ist – noch keine Garantenpflicht zur Vollendung einer begonnenen Hilfeleistung. Wollte man dies anders beurteilen, bedeutete dies eine nicht nachvollziehbare Schlechterstellung desjenigen, der immerhin Maßnahmen zur Rettung ergreift, mögen sie auch letztlich ungenügend sein, gegenüber demjenigen, der gar nicht erst tätig wird.“⁴⁰

Eine wesentliche Veränderung der Situation läge nur dann vor, wenn die freiwillige Übernahme einer Hilfeleistung andere konkrete Rettungsmöglichkeiten vereitelt oder die Situation des Hilfsbedürftigen sonst risikofördernd verändert.⁴¹ Eine solche Konstellation wäre beispielsweise dann gegeben gewesen, wenn die Angeklagten M an einen anderen Ort verbracht hätten, wo ein Auffinden durch Dritte unwahrscheinlicher geworden wäre. Ähnliches gilt, wenn sie die Hilfe anderer nächtlich Spazierender verhindert hätten, indem sie diesen gegenüber geäußert hätten, dass „sie sich schon kümmern würden“.

3. Ingerenz

Sodann verneint der *Senat* eine Garantenstellung aus Ingerenz mangels pflichtwidrigen Vorverhaltens.

In Bezug auf A merkt er an, dass dieser „den Hinweis [gegeben hat], dass es sich um ‚starkes Zeug‘ handle; der Konsum von Spice mit dem Wirkstoff 5F-ADB war zu diesem Zeitpunkt auch nicht mit Strafe belegt, so dass sich hieraus jedenfalls die Pflichtwidrigkeit nicht ergeben kann. Dass mit dem Konsum von Rauschmitteln grundsätzlich Gefahren verbunden sind, vermag allein die Pflichtwidrigkeit des Handelns nicht zu begründen.“⁴²

Die Pflichtwidrigkeit auf diese Weise abzulehnen, ist in Anbetracht von Fallkonstellationen, in denen legale Wirkstoffe zum Zwecke des Konsums missbraucht und drogenfreudigen Partygästen frei zugänglich gemacht werden⁴³, kritisch zu sehen.⁴⁴ In der vorliegenden Entscheidung kann sich diese (verkürzende) Sicht aber schon deshalb nicht auswirken, weil dem Geschädigten der Mitkonsum verwehrt wird.

„Die in diesem Zusammenhang erfolgende Wegnahme des Joints durch den Geschädigten stellt sich (trotz seiner vorangegangenen Frage nach dem Joint) als ein überraschendes und nicht vorhersehbares Tun dar, das den Angeklagten nicht zuzurechnen ist.“⁴⁵

³⁵ BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 15.

³⁶ Vgl. auch *Kühl*, JuS 2007, 497 (501).

³⁷ Bei der Beschützergarantenstellung aus Mitgliedschaft einer Gefahrengemeinschaft handelt es sich bei genauer Betrachtung um einen Unterfall der tatsächlichen, freiwilligen Übernahme. Während die Gefahrengemeinschaft aber gegenseitige Beistandspflichten in gleichmäßiger Qualität begründet, umfasst die Fallgruppe der tatsächlichen Gewährübernahme auch verhaltensbedingt einseitige Pflichten; vgl. auch *Ransiek*, JuS 2010, 585 (588).

³⁸ BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 17.

³⁹ BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 17; vgl. insofern die Ausführungen zur Garantenstellung aus Ingerenz.

⁴⁰ BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 18; so auch *Hoyer*, Anm. zu BGH NStZ 1994, 84 (85).

⁴¹ *Bosch* (Fn. 12), § 13 Rn. 27; *Kühl* (Fn. 12), § 18 Rn. 75a; eingehend *Mitsch*, JuS 1994, 555 (555 ff.).

⁴² BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 22.

⁴³ Vgl. insofern GBL II und III (siehe Fn. 2).

⁴⁴ Vgl. auch *Brüning*, ZJS 2017, 727 (731).

⁴⁵ BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 23.

Der *Senat* gibt zusätzlich den Hinweis, dass „ein nicht pflichtwidriges Verhalten, das zwar kausal eine Gefahr herbeiführt, die unmittelbar aber erst durch das verantwortungsvolle Handeln eines Dritten begründet wird, nicht zu einer Garantenstellung führen [kann]“.⁴⁶ Diese Bewertung scheint jedenfalls bei der Herrschaft über eine Gefahrenquelle präziser verortet, da die Anforderungen an eine Garantenstellung bei pflichtgemäßem Vorverhalten andere sein können.

Ein anderes positives Tun, mit dem K und S die Gefahr der Gesundheitsschädigung des M verursachten, kann auch insbesondere nicht in der Weigerung der Übergabe des Joints gesehen werden, da diese gerade der Vermeidung einer Gefahrschaffung und einer Garantenstellung aus Ingerenz dient.⁴⁷ Die Nichtverhinderung der Wegnahme oder ein mögliches Herausgabeverlangen stellen indessen keine positiven Handlungen dar und bedürften zur Beachtlichkeit ihrerseits eine Handlungspflicht.⁴⁸

4. Herrschaft über eine Gefahrenquelle

Letztlich widmet sich der Senat einer möglichen Begründung der Einstandspflicht aus der Schaffung einer Gefahrenquelle.

a) S schafft schon keine Gefahrenquelle, da sich sein Verhalten in der zwischenzeitigen Einnahme einiger Züge erschöpfte. Als es zum eigenverantwortlichen Handeln des M kam, hatte S den Joint bereits an K zurückgegeben.⁴⁹

Letztlich hat A zwar durch die Herstellung des Joints mit dem Wirkstoff 5F-ABD und seine Weitergabe die ursprüngliche Gefahrenquelle geschaffen.

„Dabei hatte er allerdings [S und K] mitgeteilt, dass es sich um ‚Spice‘ und ‚starkes Zeug‘ handele, ohne zu diesem Zeitpunkt zu wissen, welche tatsächlichen Gefahren mit dem Genuss des Joints verbunden sein können. Weiter ist zu berücksichtigen, dass es sich zum Tatzeitpunkt um einen Stoff gehandelt hat, der weder vom Betäubungsmittel- noch vom Arzneimittelgesetz erfasst war, und dass deshalb der Umgang mit ihm nicht unter Strafe stand. Eine generelle Verpflichtung des Eigentümers eines solchen Mittels, besondere Vorkehrungen gegen selbstschädigenden Missbrauch zu treffen, führte zur Auferlegung von Verpflichtungen, die die freie Verfügbarkeit konterkarieren (vgl. dazu auch *Murmann*, NStZ 2012, 387, 388). Insoweit hat der Angeklagte A. im Augenblick der Übergabe an K. die einerseits notwendigen, aber auch ausreichenden Maßnahmen ergriffen, um andere vor Schaden zu bewahren. Eine nahe liegende Gefahr, dass Rechtsgüter anderer Personen verletzt werden könnten, wurde deshalb mit der Übergabe des Joints an K. nicht begründet.“⁵⁰

Für A ergibt sich auch nichts anderes aus dem Zusammentreffen auf dem Gelände der Kreisrealschule: Es war für ihn

nicht vorhersehbar, dass sich M nach der Verweigerung des K in den Besitz des Joints bringen und diesen konsumieren würde. Insofern habe für A die Gefahr der lebensgefährlichen Gesundheitsschädigung des M nicht nahegelegen.⁵¹

Nach der Würdigung des *Senats* war K zwar im Besitz eines objektiv gefährlichen Gegenstandes im öffentlichen Raum. Daraus lasse sich aber nicht ableiten, dass es sich um eine Gefahrenquelle handele, die den konkreten Schadenseintritt „nahelegt“.⁵² Zwar übergab er in dem Wissen, dass es sich um ein hochwirksames Rauschgift handele, den Joint zwischenzeitlich an S. Dass sich jedoch M des Rauschgifts eigenständig bemächtigen würde und, dass damit die Gefahr in Richtung des M gehen würde, war für K jedoch nicht voraussehbar.⁵³

b) Der *Senat* behält im Rahmen eines obiter dictums die oben skizzierte Linie bei, eine Überwachergarantenstellung auch dann für möglich zu halten, wenn sich die Gefahr einer freiverantwortlichen Selbstgefährdung erkennbar realisiert.⁵⁴ Diese Annahme überzeugt aus oben genannten Gründen nicht, wird von dem *Senat* aber auch nicht in entscheidungstragender Weise verwendet. Stattdessen differenziert er implizit zwischen vorhersehbaren und unvorhersehbaren Selbstgefährdungen. Hier kann besonders anschaulich mit den GBL-Entscheidungen verglichen werden: Bei „GBL I“ stützte sich der BGH darauf, dass der Angeklagte zuvor das Reinigungsmittel „Cleanmagic“ (mit dem Wirkstoff GBL) auf den Wohnzimmertisch der Geschädigten stellte und ihr den Konsum anbot.⁵⁵ Im Fall „GBL II“ stellte der Verurteilte eine Flasche mit unverdünntem GBL frei zugänglich für andere Partygäste mit dem Hinweis, dass man GBL nicht unverdünnt zu sich nehmen dürfe, ab.⁵⁶ In beiden Fällen eröffneten die Verurteilten eine Gefahrenquelle und sicherten sie nicht hinreichend in Richtung der freiverantwortlich selbstgefährdenden Geschädigten ab.⁵⁷ Dass sich die Geschädigten potenziell durch den Konsum selbst gefährden, war dabei durchaus vorhersehbar. Im vorliegenden Fall war die Selbstgefährdung durch Konsum dagegen für die Angeklagten kaum vorhersehbar, sodass der *Senat* bereits die Gefahrschaffung in Rich-

⁵¹ BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 32 ff.

⁵² BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 34.

⁵³ Vgl. auch *Murmann*, NStZ 2012, 387 (387 ff.).

⁵⁴ BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 20.

⁵⁵ BGH NStZ 2012, 319 (320) m. krit. Anm. *Murmann*, NStZ 2012, 387; ebenfalls krit. *Gaede* (Fn. 12), § 13 Rn. 47.

⁵⁶ BGH NStZ 2016, 406 (407).

⁵⁷ In der Entscheidung „GBL I“ geht der 1. *Strafsenat* nicht auf eine freiverantwortliche Selbstgefährdung ein, sondern belässt es bei der Verneinung einer freiverantwortlichen Selbsttötung mangels ernsthaften Suizidentschlusses; BGH NStZ 2012, 319 (320). Dennoch verweist der 2. *Strafsenat* in seiner GBL II-Entscheidung bzgl. der freiverantwortlichen Selbstgefährdung auf diese Entscheidung; BGH NStZ 2016, 406 (407). In der Entscheidung „GBL III“ stellte der Verurteilte ebenfalls eine Flasche unverdünnten GBLs ab, jedoch verkannten die Geschädigten mangels Hinweises auf die Dosierung das Risiko des Konsums völlig, sodass der BGH eine Freiverantwortlichkeit ablehnte; BGH NStZ 2017, 223 (225).

⁴⁶ BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 23.

⁴⁷ BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 24.

⁴⁸ BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 25.

⁴⁹ BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 29.

⁵⁰ BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 30.

tung des Geschädigten ablehnt und daher eine Absicherung in Richtung dieser unvorhersehbar Selbstgefährdenden für nicht notwendig erachtet.⁵⁸ Aus diesem Grund scheint sich der *Senat* eine Auseinandersetzung mit der Freiverantwortlichkeit des Geschädigten zu ersparen. In Anbetracht der erheblichen Alkoholisierung (2,26 Promille) und der Unkenntnis über den konkreten Inhalt des Joints dürfte es zweifelhaft sein, von einer Freiverantwortlichkeit auszugehen.

Gleichzeitig lässt der *Senat* die Chance ungenutzt, im Rahmen seines obiter dictums die skizzierte Rechtsprechungslinie in Richtung der Literatur zu korrigieren. Auch nach der faktischen Aufgabe der Wittig-Rechtsprechung zum Bestehen der Garantenstellung des Arztes zum Zeitpunkt des Tatherrschaftswechsels bei der Suizidassistenz⁵⁹ scheint eine Revision dieser – durch die GBL-Entscheidungen gefestigten Linie – geboten. Der Eigenverantwortlichkeit sollte unter Aufgabe der (künstlichen) Aufspaltung der Geschehen ein höheres Gewicht beigemessen werden und das Vorliegen freiverantwortlicher Selbstgefährdungen unabhängig von ihrer Vorhersehbarkeit eine Garantenstellung aus Gefahrenherrschaft ausschließen.

c) Interessant ist schließlich der Hinweis des *Senats*, dass weitere Schutzmaßnahmen vor Selbstschädigungen auch nicht geboten waren, weil die Annahme einer Überwachungspflicht die freie Verfügbarkeit des Mittels konterkarieren. Dieser Verweis auf *Murmanns* Anmerkung zur „GBL I“-Entscheidung scheint bedenklich: Sie bezieht sich auf das frei im Handel verfügbare und GBL enthaltende Reinigungsmittel „Cleanmagic“, das durch den Angeklagten als Droge zweckentfremdet wurde.⁶⁰ Ähnliches für das synthetische Cannabinoid 5F-ABD anzunehmen, scheint sowohl den Begriff der „freien Verfügbarkeit“ als auch das dahinterliegende Restriktionsbestreben überzustrapazieren. Auch wenn der Wirkstoff 5F-ABD erst gut einen Monat nach dem Tatzeitpunkt in die Anlage II des BtMG aufgenommen wurde⁶¹, lässt es sich nicht vollständig mit einem im freien Handel verfügbaren Reinigungsmittel vergleichen.⁶² Denn *Murmann* begründet seine Einschränkung u.a. damit, dass die Geschädigte sich das Mittel ohne Weiteres in jedem Supermarkt hätte verschaffen können.⁶³ Für „Spice“ mit dem Wirkstoff 5F-ABD sollte gerade bei Unkenntnis über die konkrete Gefährlichkeit bei dem abstrakten Wissen um die Wirkung erwartet werden können, dass eine verstärkte Überwachung durch Hersteller und Besitzer vorgenommen wird. Diese Erwartung kann hier dennoch nicht so weit gehen, besondere Maßnahmen zum Schutze vor der vollverantwortlichen Wegnahme durch Dritte zu verlangen. Für andere Fallkonstellationen scheint aber eine Bewertung angemessen, die in ihrer Differenziertheit über

die Einteilung in legale und illegale Substanzen hinausgeht. Denn selbst möchte man die Pflichtwidrigkeit im Rahmen der Ingerenz stark an dem Bestehen eines strafrechtlichen Verbots orientieren⁶⁴, so bietet die Kategorie der Gefahrenherrschaft hinreichend „Spiel“ für Graduierungen.

V. Fazit

Die Entscheidung ist nicht nur in Gänze lehrreich, sondern dürfte auch für Prüfungen äußerst attraktiv sein. Zum einen, weil fundierte Kenntnisse im Bereich der Garantenstellung und der freiverantwortlichen Selbstgefährdung zum Kern des Pflichtfachstoffes gezählt werden dürfen. Zum anderen bietet der Sachverhalt in seinen Verästelungen viel Argumentationsmaterial, das vom Kandidaten strukturiert präsentiert werden will. Letztlich stellt die Entscheidung für Prüfer eine interessante Alternative zu den GBL-Fällen, die sich längst als Klassiker der Ausbildung begreifen lassen.

Wiss. Mitarbeiter Maximilian Nussbaum, Hannover*

⁵⁸ Vgl. *Murmann*, NStZ 2012, 387 (387 ff.).

⁵⁹ BGH NJW 2019, 3089 (3090 ff.).

⁶⁰ Vgl. *Murmann*, NStZ 2012, 387 (388); vgl. zur arzneimittelrechtlichen Einordnung *Brüning*, ZJS 2017, 728 (729 ff.).

⁶¹ Vgl. die vom 9.6.2016 an geltende 31. BTMÄndV.

⁶² GBL ist aufgrund seiner legalen Verwendung in der Industrie nicht durch das BtMG erfasst; vgl. *Weber*, BtMG, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 585 f.

⁶³ *Murmann*, NStZ 2012, 387 (388).

⁶⁴ Vgl. unter IV. 3.

* Der *Autor* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung und Rechtsphilosophie an der Leibniz Universität Hannover (Prof. Dr. *Susanne Beck*, LL.M. [LSE]).

Entscheidungsanmerkung

Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln

1. Gemeingefährlich ist ein Tötungsmittel, wenn es in der konkreten Tatsituation eine unbestimmte Anzahl von Menschen an Leib oder Leben gefährden kann, weil der Täter die Ausdehnung der Gefahr nicht in seiner Gewalt hat. Dabei ist nicht allein auf die abstrakte Gefährlichkeit eines Mittels abzustellen, sondern auf seine Eignung und Wirkung in der konkreten Situation unter Berücksichtigung der persönlichen Fähigkeiten und Absichten des Täters.

2. Für die Frage der Gemeingefährlichkeit entscheidend ist, inwieweit das gefährliche Mittel nach Freisetzung der in ihm ruhenden Kräfte nicht mehr beherrschbar und daher im Allgemeinen in seiner Wirkung geeignet ist, eine Mehrzahl von Menschen an Leib und Leben zu verletzen. Ist das Mittel angesichts seines Einsatzes in der konkreten Situation geeignet, eine allgemeine Gefahr entstehen zu lassen, kommt es auf den Umfang des konkreten Gefährdungsbereichs nicht an. Seine Beschränkung auf eine Räumlichkeit schließt die Eigenschaft als gemeingefährliches Mittel nicht aus, denn jede auch noch so allgemeine Gefahr hat der Natur der Sache nach irgendeine örtliche Grenze.

3. Zur Abgrenzung bloßer Mehrfachtötungen vom Mord unter Verwendung gemeingefährlicher Mittel. (Leitsätze aus NStZ 2020, 614)

StGB § 211 Abs. 2

BGH, Beschl. v. 14.4.2020 – 5 StR 93/20¹

I. Einleitung

Die Tötungsdelikte spielen in den juristischen Prüfungen immer eine besondere Rolle, obwohl ihre praktische Relevanz mit 0,04 % an der Gesamtanzahl aller jährlich begangenen Straftaten äußerst gering ist.² Der Grund für deren Beliebtheit in der universitären Ausbildung liegt darin, dass sie als „Aufhänger“ für zahlreiche Probleme aus dem Allgemeinen Teil des StGB dienen können: Kausalität, objektive Zurechnung, Vorsatz, Irrtum, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe, Erscheinungsformen der Straftat usw. werden in der Regel im Kontext der Tötungsdelikte vermittelt. Dabei spielt der Mord, § 211 StGB, eine ganz besondere Rolle, weil sich mit ihm besondere Fragen verbinden, deren Antworten von seiner systematischen Einordnung abhängen und sich damit bspw. auf

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in NStZ 2020, 614 ff. m. Anm. Zieschang und online abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=2cf21127340548ce18f8be3d6c4ced9c3&nr=105993&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf> (15.1.2021).

² Polizeiliche Kriminalstatistik, Bundesrepublik Deutschland Jahrbuch 2019, Bd. 1, S. 12 (2315 Fälle von Mord, Totschlag und Tötung auf Verlangen).

die Teilnahmeproblematik auswirken³. Aber auch ohne Bezüge zum Allgemeinen Teil birgt der Mordtatbestand genügend Prüfungsstoff. Jedes Mordmerkmal allein bietet hinreichend Anlass, zu seiner Auslegung umfangreiche Abhandlungen zu verfassen. Die nachfolgende Entscheidung des 5. Strafsenats des BGH zur Auslegung des Mordmerkmals „gemeingefährliches Mittel“ hat das Potential, zum Klassiker in einer Klausur zu avancieren. Die Frage, mit der sich der Senat auseinandersetzt, ist nicht neu und auch die Antworten, die der Senat gibt, wurden nicht neu entwickelt. Allerdings versucht der 5. Strafsenat mit dieser Entscheidung, sich von einer anderen Entscheidung des 2. Strafsenats⁴ zu distanzieren, und schon aus diesem Grund verdient der Beschluss in Wissenschaft und Praxis Beachtung. Im Kern geht es um die Frage, ob die Alltagskenntnis des Täters über die Allgemeingefahr eines gelegten Brandes genügt, um das Mordmerkmal der Tötung mit einem „gemeingefährlichen Mittel“ zu bejahen, oder ob es dafür konkreter Feststellungen bedarf. Während der 5. Strafsenat die auf Tatsachen beruhende Alltagskenntnis genügen lässt, hat der 2. Strafsenat nur wenige Monate vorher ebenfalls in einem Fall im Zusammenhang mit einer Brandstiftung eines Wohnhauses, um die Einwohner zu töten, weitergehende Feststellungen zur Kenntnis des Täters über die Gemeingefahr gefordert und dies im Zusammenhang mit dem Ausschluss von „schlichten Mehrfachtötungen“ beim Einsatz gemeingefährlicher Mittel zur Tötung diskutiert.

II. Sachverhalt und Verfahrensgang⁵

Der Angeklagte war im ersten Obergeschoss eines als Unterkunft für Geflüchtete genutzten Wohngebäudes wohnhaft. In der Unterkunft wohnten insgesamt neun Personen (drei im Erdgeschoss, drei im ersten Obergeschoss, drei im Dachgeschoss). Die Wohneinheiten waren zwar durchgängig bewohnt, die Bewohner wechselten aber regelmäßig alle paar Monate. Unter den Bewohnern bestand nur eingeschränkter sozialer Kontakt.

Im Januar 2018 zündete der Angeklagte gegen 20 Uhr in dem von ihm bewohnten Zimmer im ersten Obergeschoss eine auf seinem Bett liegende Wolledecke an, schloss die Zimmertür und verließ anschließend das Haus. Er legte den Brand aus Unzufriedenheit mit seiner Wohnsituation. Ihm war bei der Brandlegung bewusst, dass sich im ersten Obergeschoss zwei Mitbewohner aufhielten. Zudem rechnete er damit, dass sich im Dachgeschoss mindestens eine weitere Person befand. Dem Angeklagten war das hohe Gefahrenpotential eines Feuers in einem Wohnhaus bewusst. Er erkannte die naheliegende Möglichkeit einer körperlichen Verletzung oder des Todes der im Wohnhaus anwesenden Personen durch das Feuer oder entstehende Rauchgase und fand sich mit dem möglichen Eintritt dieser Folgen ab.

Das Feuer entwickelte sich zunächst unbemerkt. Die Matratze geriet in Brand und es entstanden erhebliche Men-

³ Vgl. BGH NJW 2006, 1008 (1012 f.); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 21. Aufl. 2020, § 5 Rn. 3 ff.

⁴ BGH NStZ 2020, 284 ff. mit Anm. Engländer.

⁵ Nach BGH NStZ 2020, 614 ff. (gekürzt und vereinfacht und teilweise wörtlich).

gen an Rauchgasen. Als ein im selben Geschoss wohnender Mitbewohner den Brand entdeckte, stand bereits das ganze Bett in Flammen. Er machte einen weiteren im ersten Obergeschoss wohnenden Zeugen auf den Brand aufmerksam. Beide alarmierten einen im Dachgeschoss wohnenden Mitbewohner und flüchteten gemeinsam ins Freie. Zwei der drei Mitbewohner erlitten leichte bis mittelschwere Rauchgasvergiftungen. Keine der Personen kam ums Leben.

Die Feuerwehr konnte das Feuer löschen, aufgrund der entstandenen Schäden ist das Haus bis heute nicht bewohnbar.

Das LG hat den Angeklagten wegen versuchten Mordes in drei tateinheitlichen Fällen in Tateinheit mit versuchter besonders schwerer Brandstiftung, schwerer Brandstiftung und gefährlicher Körperverletzung in zwei tateinheitlichen Fällen zu einer Jugendstrafe von sechs Jahren und zehn Monaten verurteilt.

III. Die Entscheidung

Die Revision des Angeklagten hatte keinen Erfolg. Im Beschlusswege verwarf der *Senat* das Rechtsmittel mit der Begründung, dass die Annahme des LG, der Angeklagte habe durch das Inbrandsetzen des Gebäudes mit gemeingefährlichen Mitteln gehandelt, auf einer rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung beruhe. Zunächst geht der *Senat* auf die Merkmale des Begriffs „gemeingefährliches Mittel“ ein (vgl. unter IV. 1.). Danach wird die Frage diskutiert, ob gerade in den Fällen des Inbrandsetzens eines Wohnhauses, in dem der Täter eine „Mehrfachtötung“ individualisierter Opfer beabsichtigt oder billigend in Kauf nimmt, das Mordmerkmal „mit gemeingefährlichen Mitteln“ verwirklicht werden kann (vgl. unter IV. 2.). Zu letzterer Frage positioniert sich der *Senat* gegen eine Entscheidung des 2. *Strafsenats*⁶, in der es ebenfalls um die Anwendbarkeit des Mordmerkmals des „gemeingefährlichen Mittel[s]“ im Zusammenhang mit dem Inbrandsetzen eines Wohngebäudes ging. Der Angeklagte hatte mit seiner Revision vor dem 2. *Strafsenat* einen Teilerfolg errungen, denn nach seiner Ansicht war die Annahme einer versuchten Tötung mit einem gemeingefährlichen Mittel von den Urteilsgründen mit Blick auf die hierfür erforderliche Gefährdung einer unbestimmten Mehrzahl von Menschen nicht getragen.⁷ Nach Ansicht des 5. *Strafsenats* fallen diese Fälle jedenfalls nicht bereits deshalb aus dem Anwendungsbereich des „gemeingefährlichen Mittels“ heraus, weil es sich um schlichte „Mehrfachtötungen“ handeln soll.

IV. Würdigung

1. Das „gemeingefährliche Mittel“

Mit einem gemeingefährlichen Mittel tötet, wer ein Tötungsmittel einsetzt, „das in der konkreten Tatsituation eine unbestimmte Mehrzahl von Menschen an Leib und Leben gefährden kann, weil er die Ausdehnung der Gefahr nicht in seiner Gewalt hat“⁸. Dabei kommt es nicht allein auf die abstrakte

Gefährlichkeit eines Mittels an, „sondern auf seine Eignung und Wirkung in der konkreten Situation unter Berücksichtigung der persönlichen Fähigkeiten und Absichten des Täters“⁹. Diese Beschreibung eines gemeingefährlichen Mittels ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt. Im Kern des Mordmerkmals geht es um eine vom Täter geschaffene „Gemeingefahr“, die der Täter nicht zu beherrschen vermag und die deshalb ein hohes Verletzungspotential für eine unbestimmte Anzahl von Personen in sich birgt, das der Täter bereit ist, um der Erreichung seiner Ziele Willen in Kauf zu nehmen. Die Verwendung gemeingefährlicher Mittel zur Tötung zeugt also von einer besonderen Rücksichtslosigkeit¹⁰ des Täters gegenüber der Allgemeinheit.

2. Das „gemeingefährliche Mittel“ und „Mehrfachtötungen“

Im Kontext der unter 1. genannten Merkmale drängt sich nun die Frage *nicht* auf, ob „schlichte Mehrfach-tötungen“ von vornherein tatbestandlich nicht erfasst werden.¹¹ Dennoch wird die Diskussion leidenschaftlich geführt.¹² Dabei wird ein methodisches Problem sichtbar: In der Diskussion werden *Typen* von Tötungen einander gegenübergestellt.¹³ Mit einer Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln (gesetzlicher Typus) verbindet man den Typus der „Gemeingefahr“. Mit dem Typus der „bloßen Mehrfach-tötung“ (vorgesetzlicher Typus) verbindet man die Idee, dass durch die Individualisierung der Opfer die Gefahren auf diese beschränkt seien. So nun in Stellung gegeneinander gebracht, liegt es nahe, Mehrfach-tötungen nicht dem Typus der „Gemeingefahr“ zuzuordnen, weil die individualisierten Opfer nicht Repräsentanten der Allgemeinheit sind.¹⁴ Damit wird aber die Problematik nicht nur verkürzt, sondern sie wird auch von einem Vorverständnis der Typen getragen, das den Blick auf die Merkmale des Begriffs „gemeingefährliches Mittel“ verstellt. Erst die Auslegung bestimmt, welche Merkmale der Begriff enthält und ob diese Merkmale auch dann verwirklicht sind, wenn in einem Fall mehrere Personen bei einem Brand getötet werden

(614); vgl. auch *Sinn*, in: Wolter (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Systematischer Kommentar, Bd. 4, 9. Aufl. 2015, § 211 Rn. 61; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 211 Rn. 11.

⁹ BGH NStZ 2020, 284 (284) mit zahlreichen Nachweisen aus der Rspr.; übereinstimmend mit BGH NStZ 2020, 614 (614); vgl. auch *Sinn* (Fn. 8), § 211 Rn. 61; *Eschelbach*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2018, § 211 Rn. 67.

¹⁰ BGH NStZ 2020, 614 (614).

¹¹ So aber BGH NStZ 2020, 284 (284).

¹² *Zieschang*, in: Paeffgen u.a. (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 1301 (1318 ff.); *ders.*, NStZ 2020, 615 ff.; *Schneider*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 211 Rn. 127.

¹³ Vgl. auch bei *Engländer*, NStZ 2020, 285 ff.

¹⁴ *Rissing-van Saan/Zimmermann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 7, 12. Aufl. 2018, § 211 Rn. 142.

⁶ BGH NStZ 2020, 284 ff.

⁷ BGH NStZ 2020, 284 ff.

⁸ BGH NStZ 2020, 284 (284) mit zahlreichen Nachweisen aus der Rspr.; übereinstimmend mit BGH NStZ 2020, 614

sollen. Damit gelingt es, sich von dem Vorverständnis der Typen zu lösen und der eigentlich entscheidenden Frage nachzugehen, ob die Individualisierung der Opfer ein negatives Merkmal des Mordmerkmals „gemeingefährliches Mittel“ ist. Hat man diese Frage beantwortet, dann kennt man auch die Antwort zu den hier behandelten Brandstiftungsfällen.

Der 5. *Strafsenat* sieht dieses Problem auch und er vermeidet die Versuchung, sich auf die Typologie in der Argumentation einzulassen. Denn nur in der Herleitung des Problems wird vom 5. *Strafsenat* die Wendung „Mehrfachtötung“ verwendet. In der Argumentation geht der *Senat* aber ganz klassisch vor und legt die Formulierung „gemeingefährliches Mittel“ aus.¹⁵ Anders der 2. *Strafsenat*: Er bringt den Typus „schlichte“ Mehrfachötung¹⁶ gegen die Merkmale des gemeingefährlichen Mittels in Stellung und scheint jene als ein negatives Merkmal zu verstehen.

Es dürfte unbestritten sein, dass Feuer eine abstrakte Gemeingefahr innewohnt.¹⁷ Damit Feuer in den Händen des Täters zu einem gemeingefährlichen Mittel wird, muss es konkret zu einer von ihm nicht mehr beherrschbaren Situation für eine unbestimmte Anzahl von Personen kommen können und diese Situation muss der Täter auch subjektiv reflektiert haben, also diesbezüglich vorsätzlich handeln. Denn erst in der subjektiven Reflexion der Freisetzung einer Gemeingefahr mit unbeherrschbaren Folgen liegt der Grund für die Rücksichtslosigkeit des Täters bei deren Entfesselung.

Natürlich kommt es wie stets auf den berühmten „Einzelfall“ an. Wird ein freistehendes Wohnhaus in einsamer Gegend ohne Nachbarschaft und fernab jeder Feuerwehr angezündet, um alle Bewohner zu töten, dann handelt der Täter nicht mit einem „gemeingefährlichen Mittel“. Das Feuer bleibt zwar in diesen Fällen hinsichtlich des Wohnhauses auch für ihn unbeherrschbar. Es besteht aber keine Gemeingefahr. Die *Tatsituation* bedingt, dass das Feuer keine weiteren Menschen gefährden kann. Durch die Lage des Hauses entsteht eine Situation, die vorhersehbar allein zu einem Schaden für die im Haus befindlichen Personen führen kann. Die Personen im Haus stehen aber nicht für die Allgemeinheit. Damit ist das Geschehen faktisch kontrolliert und beschränkt auf diese Personen. Mit dem Vorsatz des Täters, er wolle nur diese Personen töten, hat das alles nichts zu tun. Vielmehr ist es die Auswahl des Tatortes, die in diesen Fällen völlig objektiv bedingt, ob eine Brandstiftung eine Tötung mit einem gemeingefährlichen Mittel war oder nicht. Wenn der Täter hingegen einen Tatort wählt, an dem das Wohnhaus von weiteren Gebäuden umgeben ist, so kommt es auf die Kenntnis dieser *Umstände* an, § 16 Abs. 1 StGB.

Steht also einmal fest, dass ein „gemeingefährliches Mittel“ zur Tötung *objektiv* aus den Umständen des Einzelfalls zu bestimmen ist, so kann der Täter diese objektiven Umstände nicht dadurch ausräumen, dass er nicht gemeingefährlich handeln *will*, weil er die Tatopfer konkretisiert. Er muss nur vorsätzlich hinsichtlich des „gemeingefährlichen Mittels“

handeln. Das bedeutet nun nichts anderes, als dass er die *Tatumstände* kennen muss, die dazu führen, dass die Merkmale des „gemeingefährlichen Mittels“ erfüllt sind.¹⁸ Der Täter muss also bspw. nur wissen, dass ein Haus an weitere Häuser angrenzt, dass das Feuer übergreifen kann und Rettungskräfte den Brand löschen und dabei der von ihm geschaffenen Gefahr ausgesetzt werden. Er muss die Umstände der Gemeingefahr kennen. Ob er diese Umstände *richtig* als gemeingefährlich einordnet und wertet, ist für den Vorsatz unbeachtlich, denn § 16 Abs. 1 StGB wäre nur einschlägig, wenn er Umstände nicht kennen würde. Das zeigt, dass die Vorstellung des Täters, er wolle allein die individualisierten Opfer töten, kein hinsichtlich des gemeingefährlichen Mittels relevanter *Tatumstand* ist. Der Verwendung eines gemeingefährlichen Mittels zur Tötung steht also nicht entgegen, dass der Täter die Tatopfer konkretisiert hat.

Bei genauerem Hinsehen liegen die beiden Entscheidungen der Senate aber gar nicht so weit auseinander. Denn auch in dem Beschluss des 2. *Strafsenats* geht es um die *Kenntnis* der *Tatumstände*, welche die Gemeingefährlichkeit begründen. So führt der 2. *Strafsenat* aus:

„Die Urteilsgründe bieten jedoch keinen Anhalt dafür, dass der Angekl. darüber hinaus damit rechnete und billigte, dass sich neben den drei Bewohnern zur Tatzeit weitere Menschen in dem Haus aufhielten oder dass das Feuer auf Nachbargebäude übergreifen könnte, was die Annahme des Mordmerkmals – wegen der Gefährdung einer unbestimmten Mehrzahl von Personen – hätte rechtfertigen können.“¹⁹

Dem tritt der 5. *Strafsenat* entgegen, wenn er zur Feststellung des erforderlichen Maßes an Kenntnis das Wissen des „verständigen Täters“ zugrunde legt:

„Bei der Brandlegung in einem von mehreren Parteien bewohnten Wohnhaus kommt in aller Regel hinzu, dass dadurch eine Dauergefahr für Leib und Leben aller Hausbewohner, ihrer potentiellen Besucher und der Rettungskräfte bis zum Löschen oder Erlöschen des Brandes geschaffen wird. Wer von diesen Personen wann die Gefahrenstelle betritt oder verlässt, hat der Täter regelmäßig nicht in der Hand. Befindet sich das Haus in dichter besiedeltem Gebiet, besteht in aller Regel zudem die Gefahr einer Ausbreitung des Brandes etwa durch ein Übergreifen des Feuers auf Nachbargebäude oder Funkenflug. Deshalb wird die Brandlegung in Häusern seit jeher als typisches Beispiel der Herbeiführung gemeiner Gefahr angesehen (vgl. auch BGH Beschl. v. 21.11.2000 – 1 StR 438/00, NStZ 2001, 196). All dies liegt für jeden verständigen Täter auf der Hand, weshalb an die Feststellung und Darlegung eines entsprechenden Vorstellungsbildes regelmäßig keine besonderen Anforderungen zu stellen sind.“²⁰

Die beiden Entscheidungen divergieren also dahingehend, wann bei dem Täter die Kenntnis der *Tatumstände*, welche

¹⁵ BGH NStZ 2020, 614 (615).

¹⁶ BGH NStZ 2020, 284 (284).

¹⁷ *Eschelbach* (Rn. 9), § 211 Rn. 70; *Rengier* (Fn. 3), § 40 Rn. 29.

¹⁸ Vgl. *Sinn* (Fn. 8), § 211 Rn. 63; *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2019, Rn. 112 f.; *Mitsch*, in: *Leipold/Tsambikakis/Zöller* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Anwalt-Kommentar, 3. Aufl. 2020, § 211 Rn. 64.

¹⁹ BGH NStZ 2020, 284 (285).

²⁰ BGH NStZ 2020, 614 (615).

die Gemeingefährlichkeit bestimmen, anzunehmen ist: Während der 2. *Strafsenat* sehr täterfreundlich Feststellungen zum konkreten Vorstellungsbild des Täters im tatgerichtlichen Urteil erwartet, lässt der 5. *Strafsenat* die *Alltagskenntnis* darüber, dass ein Feuer auf Nebengebäude übergreifen kann, oder dass weitere Personen insbesondere Retter gefährdet werden können, ausreichen. Etwas anderes könnte aber dann gelten, so deutet es der 5. *Strafsenat* an, wenn der Täter *kontrolliert*, welche Menschen (Bewohner oder Gäste) sich in dem Haus aufhalten oder er sicherstellt, dass weitere Bewohner oder Besucher das Haus nach der Brandlegung nicht mehr betreten.²¹ Allerdings wird dies nicht für die Feuerwehkräfte gelten, denn deren Einsatz kann der Täter gerade nicht steuern und kontrollieren. Deshalb hält der 5. *Strafsenat* auch fest, dass es „für jeden evident“²² sei, dass Feuerwehkräfte beim Brand eines Wohnhauses an Leib und Leben gefährdet werden können.

V. Fazit

Das Mordmerkmal „mit gemeingefährlichen Mitteln“ ist objektiv zu bestimmen. Der Täter muss in Kenntnis der dieses Mordmerkmal konstituierenden Umstände, also vorsätzlich handeln. An der Kenntnis jener Tatumstände kann es fehlen, wenn der Täter von Umständen ausgeht, welche die Gemeingefährlichkeit objektiv ausschließen würden. Das ändert aber an der objektiven Gemeingefährlichkeit nichts, vielmehr wird damit nur der Vorsatz hinsichtlich des gemeingefährlichen Mittels ausgeschlossen. Das kann dann der Fall sein, wenn der Täter nachvollziehbar und auf Tatsachen beruhend davon ausgeht, mit seinem Mittel nur eine beschränkte Anzahl von ihm anvisierter Opfer töten zu können. In Wirklichkeit können die Auswirkungen des Mittels aber eine Vielzahl von Opfern zur Folge haben. In diesen Fällen fehlt ihm die Kenntnis der Umstände, welche die Gemeingefährlichkeit des Mittels begründen. Niemals aber ist in diesen Fällen *entscheidend*, dass er von vornherein vorhatte, nur eine begrenzte ausgewählte Anzahl von Personen töten zu *wollen*.

Wie auch in anderen Konstellationen verstellen Phrasen wie „schlichte Mehrfachtötungen“, „untauglicher Versuch“²³ oder der „Doppelirrtum“²⁴ den Blick auf die Dogmatik. Im Kern der hier besprochenen Entscheidung und im Kontext des Beschlusses des 2. *Strafsenats* geht es darum, wie viel *Wissen* der Täter um die Gemeingefährlichkeit des Tatmittels haben muss, um Kenntnis von den Tatumständen i.S.v. § 16 Abs. 1 StGB zu haben. Dem 5. *Strafsenat* ist zuzustimmen: Für jeden „verständigen Täter“ liegt es auf der Hand, dass bei dem Inbrandsetzen eines Wohngebäudes eine Dauergefahr für Leib und Leben aller Hausbewohner, ihrer potentiellen Besucher und der Rettungskräfte bis zum Löschen oder Erlöschen des Brandes geschaffen wird und das Feuer ggf. auf Nachbargebäude übergreifen kann. Genau diese Kenntnis

genügt, um bei dem Inbrandsetzen eines Wohngebäudes das Mordmerkmal „gemeingefährliches Mittel“ zu bejahen.

Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, Osnabrück

²¹ Vgl. BGH NSTZ 2020, 614 (615).

²² BGH NSTZ 2020, 614 (615).

²³ Kritisch und m.w.N. vgl. *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 161 ff.

²⁴ Kritisch und m.w.N. vgl. *Gropp/Sinn* (Fn. 23), § 13 Rn. 8, 37, 257 ff.

Entscheidungsanmerkung

Bedingter Vorsatz, Blankettgesetz, Tatbestandsirrtum

Der für eine Strafbarkeit wegen Zuwiderhandlung gegen ein vereinsrechtliches Betätigungsverbot erforderliche mindestens bedingte Vorsatz muss sich auf die Existenz des gegen den ausländischen Verein verfügbaren vollziehbaren Verbots erstrecken. Dies setzt voraus, dass der Täter – zumindest in laienhafter Parallelwertung – eine hinreichend deutliche Vorstellung davon hat. Der Irrtum über das Bestehen des Verbots ist daher Tatbestandsirrtum, nicht Verbotsirrtum. (Amtlicher Leitsatz)

VereinsG §§ 18 S. 2, 20 Abs. 1 Nr. 4
StGB §§ 16, 17

BGH, Beschl. v. 10.6.2020 – 3 StR 52/20¹

II. Einleitung

Es ist begründungsbedürftig, wenn in einer sich in erster Linie an Studierende wendenden Fachzeitschrift eine Entscheidung besprochen wird, die ihren materiellrechtlichen Ausgangspunkt in einer Strafvorschrift aus dem Vereinsgesetz (VereinsG) findet. Allerdings stellen sich auch im Nebenstrafrecht immer wieder Grundlagenfragen, wofür die zu besprechende Entscheidung ein gutes Beispiel abgibt. In der Sache geht es um die Frage, wo bei einem auf eine behördliche Einzelanordnung Bezug nehmenden Blanketttatbestand die Grenzen zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum verlaufen.

II. Sachverhalt

Durch bestandskräftige Verfügung des Bundesministers des Inneren vom 22.11.1993 war die Arbeiterpartei Kurdistans (PKK) mit einem vereinsrechtlichen Betätigungsverbot belegt worden. Am Abend des 25.5.2016 skandierte der Angeklagte als Teil einer größeren Gruppe von Demonstranten unter rhythmischem Klatschen mehrfach „PKK“. Allerdings vermochte sich das Landgericht nicht von der Kenntnis des Angeklagten zu überzeugen, „dass die PKK in Deutschland verboten und das Rufen von ‚PKK‘ nicht erlaubt ist“. Daher sprach es den Angeklagten vom Vorwurf der Zuwiderhandlung gegen ein vereinsrechtliches Betätigungsverbot gem. § 20 Abs. 1 Nr. 4 VereinsG i.V.m. § 18 S. 2 VereinsG frei.

III. Würdigung

1. Zunächst zu den vereinsrechtlichen Ausgangspunkten, die den grundrechtssensiblen Bereich der Vereinigungsfreiheit

aus Art. 9 GG betreffen: Nach § 3 Abs. 1 VereinsG darf ein Verein erst dann als verboten (Art. 9 Abs. 2 GG) behandelt werden, wenn durch Verfügung der Verbotsbehörde festgestellt ist, dass seine Zwecke oder seine Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder dass er sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung richtet. Als nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VereinsG zuständige Verbotsbehörde hatte der Bundesminister des Inneren im Jahre 1993 ein kollektives Betätigungsverbot verfügt, wie es in § 14 Abs. 3 VereinsG vorgesehen ist. Das Verbot richtete sich gegen jede Tätigkeit der PKK, die im räumlichen Geltungsbereich des VereinsG keine Organisation hatte, vgl. § 18 S. 2 VereinsG. Beziehen sich die zitierten Vorschriften auf die PKK als Organisation, sichert das VereinsG die Umsetzung eines solchen kollektiven Betätigungsverbot auf individueller Ebene dadurch ab, dass sich nach § 20 Abs. 1 Nr. 4 VereinsG strafbar macht, wer im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes einem vollziehbaren Verbot nach § 14 Abs. 3 S. 1 oder § 18 S. 2 VereinsG zuwiderhandelt.

2. Die Strafvorschrift des VereinsG stellt eine Blankettvorschrift dar. Hierunter versteht man solche Strafgesetze, die eine Strafandrohung enthalten, das tatbestandliche Unrecht jedoch nicht (vollständig) selbst umschreiben, sondern stattdessen auf andere gesetzliche bzw. untergesetzliche Normen oder auf Verwaltungsakte verweisen, welche das Blankett ausfüllen und erst in der Zusammenschau die materiellrechtliche Verbotszone ergeben. Der Gesetzgeber greift zu einer solchen Technik, weil eine Wiederholung der blankettausfüllenden Norm im Blankettstrafgesetz vermieden werden soll. Unterschieden werden echte und unechte Blankettgesetze, je nachdem, ob Sanktions- und Ausfüllungsnorm durch unterschiedliche Instanzen (= echte Blankettgesetze) oder durch dieselbe Instanz (= unechte Blankettgesetze) erlassen werden. Darüber hinaus wird zwischen statischen und dynamischen Blankettgesetzen differenziert, da es einen Unterschied macht, ob die Strafandrohung auf eine feststehende Norm (= statisch) oder aber auf eine Norm in ihrer jeweils aktuell gültigen Fassung (= dynamisch) verweist. Insbesondere dynamische Blankettstrafgesetze sind mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB alles andere als unproblematisch, und zwar weniger, weil sich der Normadressat den Inhalt des materiellrechtlichen Verbots nicht allein durch die Lektüre des Straftatbestandes erschließen kann, sondern weil sich der demokratische Gesetzgeber hier ein Stück weit seiner Aufgabe entzieht, den Inhalt der materiellrechtlichen Verbotszone abschließend selbst zu definieren.²

3. Indes ist die Entscheidung weniger wegen dieser verfassungsrechtlichen Implikationen von Interesse, sondern deshalb, weil sie Anlass zu Ausführungen gibt, worauf sich der

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in NSTZ 2020, 682; BGH NJW 2020, 2652 und online abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=d2619324e9049e0cb9162a9b19b2b663&nr=108019&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf> (15.1.2021).

² Zum Ganzen s. *Dannecker/Schuhr*, in: *Cirener u.a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 1 Rn. 148 ff.; *Roxin/Greco*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 40, 68a, 77c f., § 12 Rn. 110 ff.; *Schmitz*, in: *Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 1 Rn. 65 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 50. Aufl. 2020, § 4 Rn. 166, § 7 Rn. 363.

Vorsatz des Täters im Falle einer Blankettvorschrift bezieht und wo genau die Grenze zwischen einem Tatbestandsirrtum nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB und einem Verbotsirrtum nach § 17 StGB verläuft. Bei Blanketttatbeständen wird davon ausgegangen, dass Sanktions- und Ausfüllungsteil „zusammenzulesen“ sind,³ so dass sich der Vorsatz auf die hierdurch entstehende „Gesamtnorm“ zu erstrecken hat.⁴ Zum Vorsatz gehört deshalb die Kenntnis derjenigen Umstände, die zu dem zusammenzulesenden Tatbestand gehören, vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. An diesem Punkt wird freilich darüber gestritten, ob – soweit der Ausfüllungsteil durch eine gesetzliche oder untergesetzliche Norm gebildet wird – ein Irrtum über die Existenz der Ausfüllungsnorm ein Tatbestands- (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB) oder ein Verbotsirrtum (§ 17 StGB) ist. Namentlich die Rechtsprechung argumentiert, dass eine auf die Existenz der Ausfüllungsnorm bezogene Fehlvorstellung das Unrechtsbewusstsein betrifft und deshalb nach den Grundsätzen der Schuldtheorie als Verbotsirrtum behandelt werden muss; nachgeordnet kommt es dann auf die Frage der Vermeidbarkeit einer solchen kognitiven Fehlleistung an.⁵ All dies ist letztlich Ausdruck des alten Rechtssatzes „Unkenntnis schützt vor Strafe nicht“ (oder eleganter: „Error iuris nocet“), da das Risiko einer kognitiven Fehlleistung im Hinblick auf abstrakt-generelle gesetzliche oder untergesetzliche Normen beim Täter loziert wird. Anderes würde sich ergeben, wenn im Nebenstrafrecht die Vorsatztheorie anzuwenden wäre, was jedoch schon wegen Art. 1 EGStGB abzulehnen ist.⁶ Der Kritik, dass hierdurch gerade im vielfach wertindifferenten Nebenstrafrecht vorschnell der Vorsatz bejaht wird, kann dadurch begegnet werden, dass man auf der Ebene der Vermeidbarkeit großzügigere Maßstäbe anlegt, um auf diese Weise unangemessene Ergebnisse zu verhindern.⁷

4. Allerdings zeichnet sich das in Rede stehende Blankett des § 20 Abs. 1 Nr. 4 VereinsG dadurch aus, dass sich die Sanktionsnorm nicht auf eine abstrakt-generelle Norm in Gestalt eines Gesetzes oder einer Rechtsverordnung, sondern auf eine behördliche Einzelanordnung – hier: die Verfügung

³ *Eidam*, in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 2017, §§ 16, 17 Rn. 20; *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 16 Rn. 38; *Vogel/Bülte*, in: Cirener u.a. (Fn. 2), § 16 Rn. 37.

⁴ Zum Ganzen siehe *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 15 Rn. 101.

⁵ Siehe BGH NStZ-RR 1996, 24 (25); BGH NZWiSt 2013, 113 (114) m. Anm. *Krell*. Zur Schuldtheorie siehe BGHSt 2, 194 ff.

⁶ Anders *Lange*, JZ 1956, 73 (79); *Weber*, ZStW 92 (1980), 313 (340). Zum Ordnungswidrigkeitenrecht siehe *Mitsch*, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl. 2005, § 10 Rn. 16; *Rengier*, in: Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum OWiG, 5. Aufl. 2018, § 11 Rn. 16.

⁷ *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 21 Rn. 10; *Schuster*, Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugsnormen aus anderen Rechtsgebieten, 2010, S. 153 ff.; *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 4), § 15 Rn. 99, § 17 Rn. 16.

des Bundesinnenministers betreffend das vereinsrechtliche Betätigungsverbot aus dem Jahre 1993 – bezog. Das Landgericht hatte sich nach der Sachverhaltsdarstellung des BGH nicht davon zu überzeugen vermocht (vgl. § 261 StPO), dass der Beschuldigte das vereinsrechtliche Betätigungsverbot kannte und demzufolge des unter rhythmischem Klatschen erfolgende Skandieren von „PKK“ verboten war. Wendet man die soeben dargestellten Grundsätze auf diesen Sachverhalt an, läge es nahe, auch hier nicht von einem Tatbestands-, sondern von einem Verbotsirrtum auszugehen, da die Kenntnis in Bezug auf die Existenz der behördlichen Einzelanordnung nicht nachweisbar war. Gleichwohl ging der BGH – in bemerkenswerter Übereinstimmung mit der hierzu vertretenen vereinsrechtlichen Literatur⁸ – richtigerweise davon aus, dass gerade kein Verbots-, sondern ein Tatbestandsirrtum vorlag. Doch warum ist das so?

5. Nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB handelt ohne Vorsatz, wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört. Die Regelung basiert auf dem Gedanken, dass sich der Vorsatz- vom Fahrlässigkeits-täter dadurch unterscheidet, dass er den gesetzlichen Tatbestand nicht aufgrund einer Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verwirklicht, sondern weil er sich für die ein konkretes Tatprojekt entscheidet.⁹ Diese für die Vorsatztat konstitutive Entscheidung muss zum einen voluntativ und zum anderen kognitiv basiert sein und genau darum geht es in § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, der eben auf die Kenntnis der zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Umstände abhebt. Diese ist Voraussetzung dafür, dass der Täter die soziale Bedeutung seines Verhaltens begreift, so dass sein Verhalten als Ergebnis einer Entscheidung für das konkrete Tatprojekt interpretiert werden kann. Sofern der Ausfüllungsteil des Blanketttatbestandes in einer behördlichen Einzelanordnung besteht und das ausgesprochene Handlungsverbot Gegenstand des Tatbestandes ist, muss der Täter diese Anordnung kennen.¹⁰ Erst dann ist die kognitive Basis einer auch die soziale Bedeutung des Verhaltens umfassenden Entscheidung für das konkrete Tatprojekt gegeben.

6. Dies zeigt sich mit Blick auf § 20 Abs. 1 Nr. 4 VereinsG darin, dass die behördliche Einzelanordnung ein echtes Tatbestandsmerkmal ist und somit zu den zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden „Umständen“ im Sinne des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zählt.¹¹ Zu ihnen gehören nicht nur die faktischen Gegebenheiten der Tatbestandsverwirklichung, sondern in diesem Fall auch die behördliche Einzelanordnung als solche. Ginge man hierüber hinweg, würde nicht nur die

⁸ *Roth*, in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. 2019, VereinsG § 20 Rn. 81; *Wache*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 231. EL, Stand: Juli 2020, § 20 Rn. 30 VereinsG.

⁹ *Hassemer*, in: Dornseifer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 289 (295). Siehe auch *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 4), § 15 Rn. 3 f., 7.

¹⁰ Vgl. auch *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 12 Rn. 111a

¹¹ Auf dieser Linie bereits BGH NJW 1989, 1939 (1939) für den Fall der Zuwiderhandlung gegen ein Berufsverbot.

Garantiefunktion des Tatbestandes ausgehöhlt,¹² sondern der Täter würde für ein Verhalten bestraft, dessen soziale Bedeutung er intellektuell nicht erfasst. Diese ergibt sich erst daraus, dass der Täter bewusst gegen ein durch eine Behörde ausgesprochenes konkretes Handlungsverbot verstößt. Bleibt ihm dies verborgen, handelt es sich um einen Tatbestandsirrtumsirrtum im Sinne des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. Dies stellt gegenüber der Annahme eines Verbotsirrtums, der nur bei Unvermeidbarkeit zum Schuldausschluss führt (vgl. § 17 StGB), eine erhebliche, aber sachlich begründete Privilegierung dar. Denn immerhin hat der in Unkenntnis des kollektiven Betätigungsverbotes handelnde Täter nicht einmal den Appell des – vollständigen – Tatbestandes erhalten, der ihm einen Impuls zum Unterlassen der avisierten Betätigung hätte bieten können. Der Bereich des Verbotsirrtums beginnt erst dort, wo der Täter die behördliche Einzelanordnung kennt, infolge einer rechtlichen Fehlbewertung sein Verhalten jedoch entweder nicht unter diese Anordnung subsumiert oder die Anordnung für unwirksam hält.¹³

7. Dies freilich könnte man gleichermaßen für solche Blankettvorschriften behaupten, die im Ausfüllungsteil nicht auf eine behördliche Einzelanordnung, sondern auf eine abstrakt-generelle Norm verweisen, sei es in Form einer gesetzlichen, sei es in Form einer untergesetzlichen Regelung. Denn die soziale Bedeutung erschließt sich hier im Zweifel nicht aus dem inhaltlich blassen Sanktions-, sondern erst aus dem intellektuell nicht erfassten Ausfüllungsteil der Blankettvorschrift. Indes kommt an diesem Punkt abermals zum Tragen, dass das Risiko einer kognitiven Fehlleistung im Hinblick auf Normen gesetzlicher oder untergesetzlicher Natur entsprechend dem Grundsatz „error iuris nocet“ beim Täter loziert wird, weil die Rechtsordnung offenbar davon ausgeht, dass der Täter diese Normen kennt oder jedenfalls kennen muss. Anders ist es, wenn bei dem zusammenzulesenden Tatbestand der Ausfüllungsteil erst durch die Exekutive generiert wird, da die Rechtsordnung nicht voraussetzen kann, dass der Einzelne auch derartige behördliche Einzelanordnungen kennt oder kennen muss.¹⁴ Insofern ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber der Exekutive an diesem Punkt ein Ermessen einräumt, wie sie soziale Sachverhalte regulieren will; die konkrete Ausübung dieses Ermessens ist vom Einzelnen indes nicht antizipierbar, weshalb ohne Kenntnis der behördlichen Einzelanordnung jede verhaltenssteuernde Wirkung des gesetzlichen Tatbestandes ins Leere gehen muss.¹⁵ Die soziale Bedeutung seines Verhaltens erschließt sich dem Täter nur, wenn er die seitens der Exekutive vorgenommene Konkretisierung des gesetzlichen Tatbestandes im Sinne des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB „kennt“ und dem in der behördlichen Einzelanordnung liegenden Handlungsverbot zuwiderhandelt.¹⁶

¹² Vogel/Bülte (Fn. 3), § 16 Rn. 37.

¹³ BGH NJW 1989, 1939 (1939).

¹⁴ Vgl. aber Heghmanns, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht und Verwaltungshandeln, 2000, S. 86; Schuster (Fn. 7), S. 151 ff.

¹⁵ Vgl. auch Sternberg-Lieben/Schuster (Fn. 4), § 15 Rn. 102.

¹⁶ Vgl. auch Roxin/Greco (Fn. 2), § 12 Rn. 111 a.

8. Allerdings war die behördliche Verbotsverfügung des Bundesinnenministers nicht allein an den Täter gerichtet, sondern statuierte für unbestimmt viele Personen ein kollektives Betätigungsverbot. Dies ändert freilich nichts daran, dass sich dieses Verbot nicht aus dem Gesetz, sondern erst aus einem das Gesetz konkretisierenden Exekutivakt ergab. Vor diesem Hintergrund wird die vom BGH vorgenommene Klarstellung verständlich, nach der sich am Charakter des vollziehbaren kollektiven Betätigungsverbotes als Einzelanordnung nichts dadurch ändere, dass die behördliche Verbotsverfügung Handlungsverbote für jedermann begründet.¹⁷ Ein einzelfallbezogener Verwaltungsakt im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG (= jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist) liegt nämlich auch vor, wenn sich ein durch die Exekutive ausgesprochenes Verbot an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbar Personenkreis richtet, wie das Institut der Allgemeinverfügung im Sinne des § 35 S. 2 Var. 1 VwVfG zeigt.

9. Der BGH plausibilisiert dies anhand des Straßenverkehrsordnungswidrigkeitenrechts, wonach derjenige einem vorsatzausschließendem Tatbestandsirrtum unterliege (vgl. § 11 Abs. 1 OWiG), der ein ahndungsbegründendes Verkehrszeichen (Allgemeinverfügung) übersehe oder optisch unrichtig wahrnehme.¹⁸ Tatsächlich sind die Konstellationen vergleichbar, da ein solches Zeichen gleichfalls erst auf der Grundlage einer die StVO konkretisierenden behördlichen Einzelentscheidung aufgestellt wird und der Bürger daher nicht per se Kenntnis von der Existenz des Verkehrszeichens hat bzw. haben muss. Nimmt er ein solches Verkehrszeichen nicht wahr, bleibt dem Täter auch hier die soziale Bedeutung seines Verhaltens verborgen. Dies bedeutet aber zugleich, dass ein Tatbestands- und nicht etwa lediglich ein Verbotsirrtum vorliegt. Gravierende Sanktionslücken entstehen nicht, da der Gesetzgeber in § 49 Abs. 1 und Abs. 2 StVO neben Vorsatz auch Fahrlässigkeit sanktioniert. Ist dies im Vereinsrecht anders, muss es als Ausdruck einer gesetzgeberischen Entscheidung hingenommen werden.

9. Der BGH hebt weiterhin hervor, dass der Vorsatz in Bezug auf § 20 Abs. 1 Nr. 4 VereinsG keine positive Kenntnis, sondern nur dolus eventualis verlangt, indem der Täter mindestens in laienhafter Parallelwertung eine hinreichend deutliche Vorstellung von der Existenz des Betätigungsverbotes hat.¹⁹ Insofern ist daran zu erinnern, dass die in § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zitierte Kenntnis auch ein bloßes Fürmöglich-Halten einschließt. Die Ausführungen mögen insofern irritierend wirken, als die Figur der Parallelwertung in der Laiensphäre typischerweise mit normativen Tatbestandsmerkmalen in Verbindung gebracht wird, die sich dadurch auszeichnen, dass sich die soziale Bedeutung eines Verhaltens nicht bereits aus der sinnlichen Wahrnehmung des das jeweilige Tatbestandsmerkmal ausfüllenden Wirklichkeits-

¹⁷ BGH NStZ 2020, 682 (682).

¹⁸ BGH NStZ 2020, 682 (682) m.w.N.

¹⁹ BGH NStZ 2020, 682 (682 f.).

ausschnitts (in der Formulierung des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB: des zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden „Umstandes“) erschließt.²⁰ Vielmehr erfassen sie Gegebenheiten, die von vornherein „nur unter der logischen Voraussetzung einer Norm vorgestellt oder gedacht werden können“.²¹ Dementsprechend ist zwar keine exakte juristische Subsumtion unter das jeweilige Merkmal erforderlich, weil sich anderenfalls nur Juristen strafbar machen könnten. Jedoch bedarf es der intellektuellen Erfassung am Maßstab einer Parallelwertung in der Laiensphäre: Entscheidend ist eine der gesetzlich-richterlichen Bewertung gleichgerichtete Einschätzung des jeweiligen Tatbestandsmerkmals im Gedankenkreis der individuellen Person und Umgebung des Täters.²²

10. Indes wirft dies die Frage auf, ob sich der BGH an diesem Punkt nicht von seiner Prämisse verabschiedet, dass § 20 Abs. 1 Nr. 4 VereinsG einen Blanketttatbestand darstellt, der im Ausfüllungsteil an eine behördliche Einzelanordnung anknüpft. Der Sache nach ist die Abgrenzung zwischen Blanketttatbeständen und normativen Tatbestandsmerkmalen schwierig, weil auch normative Tatbestandsmerkmale wie die in § 242 Abs. 1 StGB vorausgesetzte Fremdheit auf andere Normen – hier: des Zivilrechts – verweisen. Dennoch besteht unter dem Blickwinkel der für die Vorsatzhaftung konstitutiven Entscheidung ein gravierender Unterschied insofern, als der Täter bei Blanketttatbeständen, deren Ausfüllungsteil auf eine gesetzliche oder untergesetzliche Norm Bezug nimmt, den maßgeblichen Lebenssachverhalt unter den Gesamttatbestand subsumieren muss, während er bei normativen Tatbestandsmerkmalen lediglich einen einzelnen in der sozialen Wirklichkeit eigenständig existierenden Regelungseffekt intellektuell zu erfassen hat.²³ Letzteres trifft jedoch gleichfalls auf solche Blanketttatbestände zu, die in ihrem Ausfüllungsteil auf eine behördliche Einzelanordnung Bezug nehmen, so dass in der Sache kein Unterschied zu normativen Tatbestandsmerkmalen besteht und beide Tatbestandstechniken an diesem Punkt konvergieren.²⁴

11. Die Entscheidung mag noch unter einem letzten Punkt Zweifel aufwerfen, da der Angeklagte nach der Sachverhaltsdarstellung keinerlei Kenntnis von dem kollektiven Betätigungsverbot hatte. Daher ist die Frage zu stellen, ob im Falle der Unkenntnis der behördlichen Einzelanordnung überhaupt noch Raum für eine laienhafte Parallelwertung verbleibt, denn es ist nicht erkennbar, von welcher faktischen Ausgangsbasis der Weg zur Erkenntnis durch Wertung eröffnet sein soll.²⁵ Dies gilt umso mehr, als der Täter nach einhelliger Auffassung keineswegs den sachlichen Inhalt der Verbotsverfügung erfassen muss; ausreichend ist der bewusste Ver-

stoß gegen die behördliche Einzelanordnung.²⁶ Allerdings ist zu berücksichtigen, dass im Gegensatz zum klassischen Beispiel des Ausradierens der Striche auf einem Bierdeckel (= Urkunde im Sinne des § 267 StGB)²⁷ eine behördliche Einzelanordnung in keiner Weise für den Täter in einem materiellen Substrat verkörpert ist. Der für normative Tatbestandsmerkmale typische Erkenntnisvorgang, dass auf einer ersten Ebene die faktischen Gegebenheiten und auf einer zweiten Ebene deren soziale Bedeutung zu erfassen sind, trifft daher nicht die Realität der Erkenntnis im Hinblick auf einen rechtlichen Imperativ, wie er in der behördlichen Einzelanordnung verkörpert ist. Dies mag dann auch den Hinweis auf eine Parallelwertung in der Laiensphäre erklären, indem der BGH letztlich wohl nicht mehr aussagen wollte, als die Existenz einer – eben doch immer vom Recht her konfigurierten – behördlichen Einzelanordnung am Maßstab einer solchen Parallelwertung in der Möglichkeitsvorstellung des Täters vorhanden sein muss.

Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Konstanz

²⁰ Zum Ganzen siehe *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 10 Rn. 58, § 12 Rn. 101 ff.

²¹ *Engisch*, in: *Engisch/Maurach* (Hrsg.), *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, 1954, S. 127 (147).

²² *Mezger/Blei*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 15. Aufl. 1973, S. 328; *Welzel*, *JZ* 1954, 276 (279).

²³ *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 4), § 15 Rn. 103 m.w.N.

²⁴ *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 4), § 15 Rn. 103; *Vogel/Bülte* (Fn. 3), § 16 Rn. 38.

²⁵ *Hinderer*, *NSStZ* 2020, 682 (684).

²⁶ Siehe auch *Groh*, *NomosKommentar, Vereinsgesetz*, 2012, § 16 Rn. 22; *Heinrich*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 6, 3. Aufl. 2017, *VereinsG* § 20 Rn. 48; *Seidl*, in: *Albrecht/Rogg* (Hrsg.), *Vereinsgesetz*, § 20 Rn. 31; *Wache* (Fn. 8), § 20 Rn. 30. Vgl. auch *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, 68. Aufl. 2021, § 84 Rn. 13; *Rudolphi*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 9. Aufl. 2015, § 84 Rn. 17.

²⁷ *RG DStZ* 1916, 77.

B u c h r e z e n s i o n

Klunzinger, Eugen, Einführung in das Bürgerliche Recht, 17. Aufl., Verlag Vahlen, München 2019, 739 S., 29,80 €.

„Underpromise and overdeliver“ – so lässt sich der Inhalt des Werkes von *Eugen Klunzinger* zusammenfassen. Der Titel verspricht eine „Einführung in das Bürgerliche Recht“, tatsächlich bietet das Buch auf den 739 Seiten sehr viel mehr. Das Werk richtet sich an Studienanfänger und soll ein Begleiter für einen verständlichen Einstieg in das Bürgerliche Recht sein. Dabei sollen die Grundkenntnisse und Grundfertigkeiten vermittelt werden, die das Erkennen der Grundzusammenhänge der Zivilrechtsdogmatik ermöglichen. Das Werk ist in fünf – bis auf das deutlich weniger umfangreiche Sachenrecht – ähnlich große Teile gegliedert; einer Einleitung (Teil I) folgen der Allgemeine Teil des BGB (Teil II), das allgemeine (III) und besondere Schuldrecht (IV) sowie das Sachenrecht (V). Tatsächlich beginnt das Werk schon vor der Einleitung: So sind „Zehn Grundregeln für das richtige Arbeiten“ und Ausführungen zu den wichtigsten Hilfsmitteln vorgeschaltet. Dabei ist zu hoffen, dass die Leser die „Lern- und Studienhinweise“ angesichts der noch mit römischen Ziffern gekennzeichneten Seiten nicht überspringen.

In dem Einführungsteil, welcher eine Einführung in das Recht allgemein vornimmt, geht *Klunzinger* auf wesentliche Grundbegriffe und Funktionen sowie Erscheinungsformen des Rechts ein, bevor er die Entstehungsgeschichte, inhaltliche Gliederung und Grundlinien des BGB darstellt. Bereits hier wird deutlich, welchen Stellenwert der *Autor* dem Erkennen der Gesamtzusammenhänge einräumt. Sodann stellt er auf zwölf Seiten die Grundsätze der Rechtsanwendung dar, also unter anderem den Aufbau einer gesetzlichen Bestimmung, Subsumtionstechnik und Gutachtenstil. Die Ausführungen dazu sind vor allem deshalb bedeutsam, weil in den weiteren Kapiteln der Gutachtenstil keine Rolle mehr spielt.

Was der Titel des Werkes nicht unbedingt erwarten lässt, sind Ausführungen zu Mehrheiten von Schuldern und Gläubigern im Schuldverhältnis, Gläubiger- und Schuldnerwechsel sowie die umfangreiche Darstellung des Besonderen Teils des Schuldrechts. Damit ist das Buch auch über die Anfangsemester hinaus eine taugliche Erkenntnisquelle.

Dem Anspruch, die Gesamtzusammenhänge zu vermitteln, wird der *Autor* auch dadurch gerecht, dass er den materiell-rechtlichen Ausführungen Überlegungen zu „Funktionen und Systematik“ (für das Schuldrecht und für das Besondere Schuldrecht) sowie zu „Allgemeinen Lehren“ (des Sachenrechts) voranstellt. Insgesamt ist die Konzeption des Werkes darauf ausgerichtet, die Zusammenhänge zu verstehen – was nicht immer unmittelbar den Transfer des Gelesenen in eine Falllösung ermöglicht. Das Werk eignet sich daher insbesondere zur Vor- und Nachbereitung von Lehrveranstaltungen, um Wissen zu festigen und eine Verortung der Themen innerhalb der Systematik zu ermöglichen.

An einigen Stellen wird der positive Gesamteindruck jedoch etwas getrübt: Zu den §§ 134, 242 BGB führt der *Autor* auf S. 167 aus, dass sich bei einem Werkvertrag mit „Ohne-Rechnung-Abrede“ der Unternehmer nicht auf die Wichtig-

keit des Vertrages berufen könne, um sich der Gewährleistungsverpflichtung zu entziehen. Von dieser früheren Rechtsprechung ist der BGH allerdings bereits mit der Entscheidung vom 1.8.2013 (VII ZR 6/13) abgerückt. Soweit es um die Wirksamkeit von Gewährleistungsbeschränkungen in AGB geht (S. 125, 499) leidet die Darstellung darunter, dass § 309 Nr. 7 lit. a und b BGB nicht angesprochen wird, wonach ein pauschaler Gewährleistungsausschluss unwirksam ist (vgl. BGH, Urt. v. 4.2.2015 – VIII ZR 26/14). Insoweit ist die Übersicht auf S. 499 unzutreffend, wonach bei Lieferung gebrauchter Sachen ein Gewährleistungsausschluss auch in AGB wirksam sein soll. Für die neue Auflage ist anzuregen, auch die Abgrenzung zwischen einem Kauf- und einem Werkvertrag darzustellen, die dann problematisch sein kann, wenn Montage- und Lieferpflicht ineinandergreifen.

„Der Klunzinger“ unterscheidet sich von anderen Werken für die Zielgruppe in Aufbau und Darstellung deutlich. Und wie bei allen Werken gilt: Der Interessierte sollte sich zunächst mit dem Werk vertraut machen (z.B. in einer Bibliothek) und prüfen, ob ihm der Stil liegt – und erst dann eine Kaufentscheidung treffen. Fällt die Entscheidung für das besprochene Werk, bekommt der Leser eine erstklassige, über eine „Einführung in das Bürgerliche Recht“ deutlich hinausgehende Lektüre.

Prof. Dr. Kai E. Wünsche, Meißen

Buchrezension

Matt, Holger/Renzikowski, Joachim (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl., Vahlen, München 2020, 3065 S., 259,- €.

I. Allgemeines

Der „Matt/Renzikowski“¹ gehört auch mit seiner gerade einmal zweiten Auflage noch immer zu den Neulingen in der strafrechtlichen Kommentarliteratur und führt hinter so manchem etablierten Standardwerk nach wie vor ein gewisses Schattendasein. Er erscheint in der Reihe der Vahlen-Kommentare und nimmt dort den bis 2013 leeren Platz des Erläuterungsbuches zum Strafgesetzbuch ein. Wie *Wolfgang Mitsch* bereits in seiner Besprechung zur Erstauflage zutreffend feststellt, wäre dieses Werk aufgrund der bereits vorhandenen Fülle an guten Kommentaren zum Strafgesetzbuch wohl gewiss nicht unverzichtbar gewesen.² Gleichwohl ist ihm uneingeschränkt zuzustimmen, wenn er den Kommentar als Bereicherung mit Leservergnügen tituliert. Dies kann auch für die nunmehr erschienene Neuauflage festgehalten werden, die man aufgrund ihrer Qualität in der Reihe exzellenter Strafrechtskommentare nicht mehr missen möchte. Dabei galt es nun immerhin sieben Jahre an Rechtsprechung sowie zahlreiche Gesetzesreformen einzuarbeiten. Trotz allem ist die Kommentierung um gerade einmal 254 Seiten angewachsen, was insbesondere aufgrund der teils rasanten Entwicklungen im Bereich des Besonderen Teils keineswegs selbstverständlich ist. Auch überzeugt die zweite Auflage mit einer beachtlichen Aktualität. So scheuten sich die *Autoren* nicht davor, die zum Zeitpunkt der Drucklegung noch gar nicht verkündete Gesetzesänderung zum sog. versuchten Cybergrooming³ einzuarbeiten (vgl. *Eschelbach*, § 176 Rn. 34).

II. Aufbau und Ausrichtung

Die Vorteile und Herausforderungen eines einbändigen Kommentars zum Strafgesetzbuch sind gleichermaßen bekannt. So kann sich der Leser bei seiner täglichen Arbeit mit dem Zugriff auf lediglich ein Werk zum gesamten (Kern-)Strafrecht begnügen, gleichwohl gilt es für die Bearbeiter den durchaus beachtlichen Stoff des Strafgesetzbuches bei aller Kompaktheit auch ausreichend inhaltlich fundiert zu Papier zu bringen. Dem *Matt/Renzikowski* ist dieser nicht leichte Spagat in beachtlicher Weise gelungen. Er kann dabei auch der Studierendenschaft an vielen Stellen mit großer Überzeugung empfohlen werden. Mit den bekannten Werken von *Joecks/Jäger*⁴

und *Kindhäuser/Hilgendorf*⁵ haben sich auf dem Gebiet der Lehrkommentare bereits zwei festen Säulen über zahlreiche Auflagen hinweg etabliert. An deren Status werden *Matt/Renzikowski* nicht rütteln, ein solches Ziel sie aber gewiss auch nicht. Primär orientieren sich die *Autoren* mit ihrer Bearbeitung nämlich an den Bedürfnissen der Rechtspraxis und verfolgen somit keinen durchgehend streng didaktischen Aufbau, etwa in Form einer an Aufbauschemata orientierten Ausarbeitung zu den einzelnen Paragraphen. Das soll jedoch nicht zu der Schlussfolgerung verleiten, als Student könne man den Kommentar getrost beiseitelegen. Vielmehr wird auch der in seiner Ausbildung befindliche Leser an vielen Stellen fündig. Nicht zuletzt dank zwölf Universitätsprofessoren und weiteren Hochschullehrern, die zum Autorenkreis zählen, überzeugt das Werk mit einem systematischen Aufbau und ist somit durchaus auf die Bedürfnisse der Studierenden zugeschnitten. Im Vergleich zu den üblichen Kurz- und Handkommentaren verzichtet das Werk auf In-Text-Zitate und gewinnt somit an Übersicht und Lesbarkeit in seiner Kommentierung. Ohne auszufern geht der inhaltliche Input und Tiefgang auch über den der angesprochenen Lehrwerke hinaus. Insbesondere mit Blick auf Haus- und Seminararbeiten sowie die Examensprüfungen erscheint eine Berücksichtigung dieses Werkes durchaus angezeigt.⁶ Dabei ermöglicht der *Matt/Renzikowski* einen deutlich schnelleren und übersichtlicheren Zugang zur Materie als dies bei mehrbändigen Großkommentaren der Fall ist. Insofern tritt dieses Werk an eine Schnittstelle zwischen Kurz- und Großkommentaren, wobei er aufgrund seiner Zitierweise und dem gewählten Layout auch gewisse Lesbarkeitsvorteile gegenüber dem ähnlich umfänglichen Werk von *Schönke/Schröder*⁷ aufweist. So bietet er sich durchaus zur Vertiefung der Rechtskenntnisse im Vorfeld von Scheinklausuren an, etwa mit Blick auf aktuelle Rechtsprechung oder Rechtsprobleme, die als Gegenstand jeweiliger Prüfungen taugen könnten.

III. Ausgewählte Inhalte

Um die bereits festgehaltenen Vorzüge auch an Inhalten festzumachen, soll nachfolgend kurz auf besonders gelungene Passagen des Werkes eingegangen werden. Eine Besprechung von Kommentarliteratur zum Strafgesetzbuch kann sich naturgemäß nur auf einen kleinen Teil der Bearbeitung beschränken. An dieser Stelle sollen daher vor allem die Ausführungen aufgezeigt werden, die für das Studium der Rechtswissenschaft von besonderer Relevanz und Ergiebigkeit sein könnten. Dies gilt zunächst etwa für die Ausarbeitung zu den Tötungsdelikten, die immer wieder Gegenstand von Klausuren und Prüfungen sind. Im *Matt/Renzikowski* übernimmt dies der Erlanger Rechtsprofessor *Christoph Safferling*. Zugleich kompakt wie auch inhaltlich fundiert und insofern für den Studenten besonders ergiebig leitet er seine

¹ Der Hrsg. Prof. Dr. Holger Matt ist Rechtsanwalt und Honorarprofessor an der Universität Frankfurt am Main. Der Hrsg. Prof. Dr. Joachim Renzikowski ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Rechtsphilosophie/Rechtstheorie an der Martin-Luther-Universität Halle/Wittenberg.

² *Mitsch*, NJW 2013, 2877.

³ Siebenundfünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Versuchsstrafbarkeit des Cybergroomings, BGBl. 2020, S. 431.

⁴ *Joecks/Jäger*, Studienkommentar, Strafgesetzbuch, 13. Aufl. 2021.

⁵ *Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxis-Kommentar, 8. Aufl. 2020.

⁶ Für Examenskandidaten explizit auch: *Mitsch*, NJW 2013, 2877 (2877).

⁷ *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019.

Kommentierung in den Vorbemerkungen mit der Darstellung des Streitstandes zur Systematik der Tötungsdelikte ein (vgl. Vor § 211 Rn. 2 ff.), in der er sich der h.L. anschließt (Rn. 6). Die Ausführungen repetieren diesen Bereich, der durchaus als juristisches Grundwissen zu bezeichnen ist, somit in einem gebotenen Umfang und eignen sich insofern gerade vor Klausuren und mündlichen Prüfungen als Wiederholungslektüre. Dies gilt auch für die anschließenden Zeilen zu den seit Jahren anhaltenden Reformbestrebungen, die die vorgeschlagenen Ideen prägnant zusammenfassen (Rn. 8 ff.).

Eine sehr anschauliche Ausarbeitung zu den besonders klausurrelevanten Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen verfasst der Münchener Universitätsprofessor *Armin Engländer*, der auf 99 Seiten einen umfassenden Überblick über die gesamte Bannbreite an Rechtsproblemen in diesem Bereich aufbietet. Zwar lag im Zeitpunkt der Bearbeitung die COVID-19-Krise und die damit einhergehende drohende Knappheit an medizinischen Ressourcen in noch nicht absehbarer Ferne, weshalb auf die Rechtsfragen der sog. Triage-Problematik nicht namentlich verwiesen wird; gleichwohl wird der Leser hierzu an verschiedenen Stellen fündig. So sei etwa auf die Passagen zu einer möglichen Abwägung des Lebensrechts der Patienten bei einem rechtfertigenden oder entschuldigenden (übergesetzlichen) Notstand (§ 34 Rn. 28 und 32, § 35 Rn. 11, 13 und 19 f.) genauso verwiesen wie für Unterlassungskonstellationen bei einer möglichen rechtfertigenden Pflichtenkollision (Vor § 32 Rn. 29 ff.).

Sehr zu empfehlen sind auch die Ausführungen zur Kausalität und der objektiven Zurechnung in den Vorbemerkungen zu § 13 StGB, welche als „Krone der Strafrechtsdogmatik“⁸ auch in der Ausbildung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts eine herausgehobene Stellung einnehmen. An *Joachim Renzikowski*s Kritik am Kausalitätsbegriff (Rn. 76) und der Lehre der objektiven Zurechnung (Rn. 99) führt vor allem bei Seminar- oder Doktorarbeiten, aber mitunter auch in der Vorbereitung für das mündliche Prüfungsgespräch, kein Weg vorbei. Wer (Un-)Sinn und Zweck dieser Fragen des objektiven Tatbestandes verstehen möchte, sollte sich die Ausführungen, welche trotz ihrer Kürze eine beeindruckende Aussagekraft besitzen, unbedingt zu Gemüte führen. Klar und präzise führt der *Autor* dem Leser die Schwächen dieser Rechtsfiguren vor Augen. Da nicht jede konditionale Bedingung für den Erfolg gleichermaßen auch kausal wirke, erkläre die berüchtigte sog. *Condicio-Formel* letztlich gar nichts und sei aufgrund ihrer uferlosen Weite für die Frage des Nachweises individueller Verantwortlichkeit daher auch völlig ungeeignet (Rn. 76). Die „Superkategorie“ der objektiven Zurechnung sei somit auch nur ein Korrekturversuch dieses missglückten Kausalitätsverständnisses (Rn. 99), dem der *Verf.* so nicht folgen möchte. Ein derartiges Verständnis verschiebe die Beweislast in nicht gerechtfertigter Weise zu Ungunsten des Verursachers, weshalb er in Anlehnung der Rechtsgedanken des § 25 StGB für ein enges Kausalitätsverständnis und der daraus resultierenden Begründungslast zu Gunsten des Täters plädiert.

Aufgrund der bereits ausdrücklich hervorgehobenen Kompaktheit, die einen inhaltlichen Tiefgang bei überschaubarem Zeitaufwand ermöglicht, kann auch ein Blick auf Randnormen des StGB geworfen werden, die gleichwohl in zahlreichen Bundesländern zum (Pflicht-)Prüfungsstoff gehören. An dieser Stelle sei etwa auf die Kommentierung der von Anfang des Gesetzgebungsverfahrens an durch die Rechtswissenschaft mitunter kritisch begleiteten Vorschriften zur Bekämpfung von Sportwettbetrug und der Manipulation im Berufssport (§§ 265c ff. StGB) verwiesen. Ministerialdirigent *Stefan Sinner* gewährt dabei eine umfassende Übersicht über die Auslegung der (teils umstrittenen) Tatbestandsmerkmale und spart auch nicht an deutlicher Kritik bezüglich der Integrität des Sports als zu schützendem Rechtsgut (vgl. § 265c Rn. 3).

V. Fazit

Der *Matt/Renzikowski* überzeugt auch in seiner zweiten Auflage mit einer wissenschaftlich fundierten Aufarbeitung der Rechtsfragen im Strafgesetzbuch. Er besitzt somit das Potential zum Standardwerk und sollte künftig auch verstärkt in den Fokus der Studierenden rücken. Insbesondere Studierende im fortgeschrittenen Stadium, z.B. in der Examensvorbereitung oder dem Schwerpunktstadium, dürften zur systematischen Vertiefung ihrer Kenntnisse hier an vielen Stellen fündig werden. Die Vorteile dieses Kommentares liegen dabei auf der Hand. Er bietet eine umfassende Darstellung der Rechtsprobleme des StGB mit ausreichendem inhaltlichem Tiefgang, ohne dabei auszufern. Dieser Umstand ist mit Blick auf das Zeitmanagement gerade für das mit erheblichem Lehrstoff gefüllte Studium der Rechtswissenschaft wohl keinesfalls zu vernachlässigen. Der *Matt/Renzikowski* ist daher eine äußerst ergiebige Ergänzung sowie Weiterführung zu den herkömmlichen Lehrkommentaren, um intensiver in die Rechtsmaterie einzusteigen. Ihn gilt es in der universitären Ausbildung stets im Hinterkopf zu behalten.

Diplom-Jurist Till Pörner, Potsdam

⁸ So *Mitsch*, NJW 2013, 2877 (2877).

Buchrezension

Adomeit, Klaus/Hähnchen, Susanne, Latein für Jurastudierende, 7. Aufl., C.H. Beck, München 2018, 109 S., 9,90 €.

I. Einleitung

Die lateinische Sprache spielt bereits in der juristischen Ausbildung eine gewichtige Rolle. Von Beginn an wird man immer und immer wieder auf bestimmte lateinische Phrasen, Formeln, (Fach-)Begrifflichkeiten und Rechtsweisheiten stoßen, die sich in der deutschen Rechtssprache tradiert haben. Setzt man sich also mit dem Recht auseinander, wird man fast zwangsläufig über Ausdrücke wie „obiter dictum“, „de lege lata“, „pacta sunt servanda!“, „in dubio pro reo“, „lex specialis derogat legi generali“ „argumentum e contrario“ oder auch einfach nur „ex ante“ und „ex post“ stolpern. Eine solche Liste könnte wohl jeder Jurist beliebig lang fortsetzen. Einige dieser lateinischen Floskeln haben sogar Einzug in unsere Alltagssprache gefunden.

Auch kann dem Juristen Latein im Rahmen der Römischen Rechtsgeschichte¹ etwa in Form eines Grundlagenkurses begegnen, denn dieses hat zentrale Bedeutung für die Entwicklung des deutschen und europäischen Rechts eingenommen². Bis heute ist sie ein zentraler Ausbildungsbestandteil.³

Fachliche Ausdrücke sind teilweise also lateinischer Sprache und/oder entstammen ursprünglich dem Römischen Recht. Grundkenntnisse des Lateinischen und eben jenes Fachvokabulars sind zum Verständnis und zur sachgerechten Verwendung also durchaus angeraten und für die juristische Ausbildung mitunter sogar unentbehrlich.⁴

II. Die Reihe

Die kleinen und handlichen Heftchen (hier: 109 Seiten im DIN-A-6-Format) der Reihe „Jura kompakt – Studium und Referendariat“ des Verlages C.H. Beck bieten dem sich in der Ausbildung befindenden Juristen einen komprimierten, aber inhaltlich stichhaltigen Überblick über prüfungsrelevante Themen und sonstige rechtliche und methodische Inhalte auf einfache und reduzierte Weise und eignen sich insofern bestens zum effizienten Lernen, Wiederholen und vor allem auch zum Einstieg in die behandelten Themenfelder.⁵

¹ Einen kurzen Überblick über die römische Rechtsgeschichte gewährt z.B. *Boosfeld*, JuS 2017, 490 (490 ff.). Siehe auch *Groh*, Creifelds Rechtswörterbuch, 24. Ed. 2020, sub „Römisches Recht“.

² *Kaser*, Römische Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 1967, S. 11–18; *Zimmermann*, JZ 2007, 1 (1 ff.).

³ Diese zeigt schon die breite Palette von Literatur zu diesem Thema. Siehe insb. *Harke*, Römisches Recht, 2. Aufl. 2016; *Kaser* (Fn. 2); *ders./Künkel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 21. Aufl. 2017; *Kunkel/Schermaier*, Römisches Rechtsgeschichte, 14. Aufl. 2005; *Waldstein/Rainer*, Römisches Rechtsgeschichte, 11. Aufl. 2014.

⁴ So auch *Schnapp*, Jura 2010, 97 (97).

⁵ Eine Auflistung aller in eben dieser Reihe bislang erschienenen Titel ist unter der folgenden Verlinkung abrufbar:

III. Zum Werk

Der Leser wird zunächst mit einer humorvollen „Begrüßungsrede durch einen rechtskundigen römischen Bürger (Civis Romanus)“ direkt in das Thema eingeführt und erlangt so bereits einen Eindruck von dem, was ihn auf den nächsten Seiten erwartet. Sodann erläutert ein „Einstieg in das Juristenlatein“ in gebotener Kürze die absoluten Grundlagen des lateinischen Rechtsvokabulars und wird noch durch einen schmalen Anhang zur römischen Grammatik flankiert.

Den Hauptteil des Buches bildet ein etwa 700 Stichwörter umfassendes, alphabetisch geordnetes Nachschlagewerk mit juristischen Begrifflichkeiten und Redewendungen aus allen Rechtsdisziplinen, welches nicht nur die bloßen Übersetzungen, sondern auch Ursprung und Bedeutung der lateinischen Formulierung, Rechtspruchwörter und Floskeln erläutert und wenn möglich sogar auf entsprechenden Normen deutschen Rechts verweist. Bisweilen werden auch grammatikalische Zusammenhänge aufgezeigt, die Erörterungen mit Beispielen untermauert oder es wird auf sog. „falsche Freunde“ verwiesen. All dies geschieht auf eine angenehm humorvolle Art, die niemals aufdringlich oder belehrend wirkt. Immer wieder wird auch auf weit darüberhinausgehende Inhalte verwiesen, sodass bei Interesse an dann anderer Stelle direkt weitergelesen werden kann.

Die beiden Rechtsprofessoren *Adomeit* (Berlin) und *Hähnchen* (Bielefeld) legen zudem Methoden zur Gesetzesauslegung dar, derer sich römische Juristen bedienten, und skizzieren dabei auch Leben und Werk einiger prominenter römischen Rechtsgelehrten (*Herennius Modestinus*, *Salvius Julianus*, *Juventius Celsus*, *Domitius Ulpianus* und *Julius Paulus*).

Zuletzt wird exemplarisch die lateinische Rechtsregel „caveat emptor“ (möge der Käufer sich in Acht nehmen; Käuferschutz) und ihre Entwicklung vom eindeutigen römischen Rechtsgrundsatz bis hin zur Verdünnung durch unionales EU-Recht dezidiert erörtert und kritische begutachtet.⁶ So kann der Leser abschließend noch einmal nachvollziehen, wie sehr das römische Recht (mit samt seiner Sprache) sich über die Jahrhunderte entwickelte, Recht und Rechtsvorstellungen prägte und bis heute nachwirkt.

IV. Adressaten

Die kleine und handliche Sammlung ist vor allem geeignet für Studierende der Rechtswissenschaften, ferner aber auch für Kommilitonen aus mit der Rechtswissenschaft auf irgendeine Weise verbundenen Fachdisziplinen, bei denen ein Überblick über lateinische Rechtssprache vonnöten oder wenigstens förderlich ist. Jedoch sei das Büchlein aufgrund seines informativen Gehaltes auch allen anderen interessierten Nichtjuristen und Nichtlateinern ans Herz gelegt.

https://www.beck-shop.de/reihen/jurakompakt/230?adword=google&gclid=EA1aIQobChMI1prsr86gIVgbt3Ch3NDAnlEAAYASAAEgIbEPD_BwE (28.10.2020).

⁶ Eben diese Abhandlung von *Adomeit/Hähnchen* erschien zuerst in *Muscheler* (Hrsg.), *Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag*, 2011, S. 1–9.

V. Fazit

Das Büchlein „Latein für Jurastudierende“ bietet einen gelungenen und zudem äußerst preiswerten (9,90 €!) Einstieg in die Welt des Juristenlateins. Dabei gereicht es nicht allein zum Nachschlag- und Orientierungswerk (vor allem zu Beginn des Studiums), sondern motiviert auch zum Gebrauch lateinischer Formulierungen in eigenen Texten und der eigenen Rechtssprache. Darüber hinaus ist es sehr lehrreich, da Grundsätze der lateinischen Grammatik und auch Rechtsgeschichtliches tangiert und mit aktuellen Zusammenhängen verknüpft wird.

Wer also schon immer einmal in das Juristenlatein eintauchen wollte, ein handliches und praktisches Nachschlagwerk für geläufige lateinische Phrasen und Begriffe sucht oder einfach seinen Horizont zu erweitern gedenkt, dem sei die unterhaltsame, humorvoll ausgestaltete und hervorragend zum Mitnehmen geeignete Sammlung von *Hähnchen* und *Adomeit* wärmstens empfohlen. In nur wenigen Stunden kann man Dinge lernen, von denen man im Zweifel sein Leben lang profitieren wird.

Stud. iur. Emiel Kowol, Düsseldorf

„Bucerius Legal Tech Essentials“ Ein Teilnahmebericht aus Corona-Zeiten

Von Stud. iur. **Emiel Kowol**, Düsseldorf

I. Legal Tech

Die Digitalisierung erfasste in den letzten Jahrzehnten fast alle Bereiche der Wirtschaft und auch bei Rechtsdienstleistungen wird zunehmend auf den Einsatz neuer Technologie gesetzt. Legal Tech wird schon heute sowohl im Privatrecht als auch bei der Ausübung staatlicher Hoheitsrechte durch Gesetzgebung, aber auch in der Verwaltung und Judikative eingesetzt. Dabei ist ein weiterer Bereich, der vom einfachen Einsatz von E-Aktenführung oder moderner Plattform- und Kommunikationstechnologie über die Zuhilfenahme von statistischen Verfahren und Machine Learning bis hin zur Verwendung von Blockchain und computerisierter Streitbeilegung verlaufen kann,¹ von der schwer greifbaren Begrifflichkeit umfasst.²

Rechtssysteme in modernen Massengesellschaften mit breitem Sozial- und Steuerstaat werden immer komplexer, wobei gerade Legal Tech dazu geeignet scheint, den Datenmassen Herr zu werden und so komplexe Systeme zu vereinfachen.³ Dadurch verlieren individuell erlerntes Fachwissen, bloße wissensreproduzierende Tätigkeiten und berufstypische repetitive Arbeiten an Wert. Juristen können sich vermehrt auf die Lösung komplexer Einzelprobleme und die Beratung konzentrieren. Sie werden in Zukunft darauf angewiesen sein, mit Legal Tech umzugehen, zu arbeiten und ggf. sogar Technologien selbst zu entwickeln.⁴ So geben in einer Umfrage 65 % der dort befragten Wirtschaftskanzleien an, dass sie zur Sicherung ihrer Wettbewerbsfähigkeit in Legal Tech investieren müssten.⁵ In einer anderen Umfrage sehen 65 % der Be-

fragten Legal Tech als Chance für ihre anwaltliche Arbeit; bei den unter 30-jährigen sind es sogar 78 %.⁶ Von maßgebender Bedeutung ist dabei der Wunsch nach Effektivitätssteigerungen und Arbeitserleichterungen vor allem bei routinemäßigen Arbeiten, um die stetig wachsenden Datenmengen auch in Zukunft bewältigen zu können und gleichzeitig mehr Zeit zur Behandlung komplexer Sachverhalte zu schaffen.⁷

So ist es kaum verwunderlich, dass Legal Tech Land auf Land ab in aller Munde liegt.⁸ Jüngst wird dieser Trend durch den Corona-bedingten Zwang zur sog. „digitalen Lehre“ auch ganz unmittelbar in die Praxis des Studiums eingebracht.⁹ Das Lehrangebot zu diesem Themenfeld in der Juristenausbildung an deutschen Universitäten wuchs in den letzten Jahren enorm an und gewinnt zunehmend an Bedeutung, auch wenn es bislang wohl noch als unzureichend eingestuft werden muss.¹⁰ Doch bereits heute werden an den Hochschulen zuhauf Wahlfach- und hybride Studienangebote in Form von Seminaren, Schwerpunktbereichen oder Schlüsselqualifikationskursen geschaffen¹¹ und geben Hoffnung auf eine baldige Integration der Grundlagen von Legal Tech in das Studium.

⁶ Freie Fachinformationen GmbH, Große Legal Tech-Umfrage 2020. Von der Großkanzlei bis zum Einzelanwalt – So geht Deutschlands Anwaltschaft mit Legal Tech und Digitalisierung um, 2020, S. 12, abrufbar unter https://legal-tech.de/Broschueren/FFI_Legal_Tech-Umfrage_2020.pdf (22.1.2021).

⁷ So geben 66 % der befragten Anwälte an, sich mit Legal Tech zu beschäftigen, um effizienter und kostengünstiger zu arbeiten (Freie Fachinformationen GmbH [Fn. 6], S. 5).

⁸ Siehe nur aus der jüngsten Ausbildungsliteratur *Hähnchen/Schrader/Weiler/Wischmeyer*, JuS 2020, 625 ff.; *Rademacher/Perkowski*, JuS 2020, 713 ff. Vgl. aber auch die Karrierebeilage von Beck-Stellenmarkt, Heft 01_20, sowie das Wirtschafts magazin brand eins/thema (Fn. 5) u.a. auf den S. 17 ff.; 79 ff.; 86 ff., die zahlreiche Artikel Legal Tech widmen.

⁹ Vgl. insoweit die Einschätzungen von *Brüning*, ZJS 2020, 521 (522 f.); *Schultze/Riebel*, ZJS 2020, 215 (217); *Wißmann*, ZJS 2020, 524 (524, 530 f.); je m.w.N., auch zur Situation vor den aktuellen Verwerfungen.

¹⁰ Insoweit krit. *Anzinger* (Fn. 4), S. 18–30.

¹¹ Für viele sei hier allein das Angebot an der Heimatuniversität des Verf. (HHU Düsseldorf) aufgezeigt, die bereits seit dem WS 2019/20 einen jährlichen „Begleitstudiengang zu Rechtsfragen der künstlichen Intelligenz“ anbietet (siehe dazu <https://www.jura.hhu.de/zusatzangebote/begleitstudiengaenge/begleitstudium-zu-rechtsfragen-der-kuenstlichen-intelligenz> (22.1.2021), seit 2020 eine von der Santander-Bank gestiftete Juniorprofessur „für Öffentliches Recht unter besonderer Berücksichtigung von Rechtsfragen der Künstlichen Intelligenz“ (Jun.-Prof. *Dr. Johann Justus Vasel*) eingerichtet hat (siehe <https://www.jura.hhu.de/dozenten/vasel> (22.1.2021)) und im WS 2020/21 gleich zwei Seminare zu Fragen aus dem Umfeld von Legal-Tech veranstaltet (namentlich: „Künstli-

* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaften im 4. Fachsemester an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

¹ Zu den Möglichkeiten, die Legal Tech für die juristische Arbeit bietet vgl. etwa *Buchholtz*, JuS 2017, 955 (955 f.); *Kilian*, NJW 2017, 3043 (3048–3050); *Wagner*, Legal Tech und Legal Robots, 2020, S. 43–53.

² Eine gute Annäherung an das „Buzzword“ Legal Tech geben *Hähnchen/Schrader/Weiler/Wischmeyer*, JuS 2020, 625 (626), die aspektorientiert zwischen Legal Tech 1.0 bis 3.0 differenzieren. Eine ausführliche Definition gibt auch *Groh*, Creifelds Rechtswörterbuch, 24. Ed. 2020, sub „Legal Tech“.

³ *Katz/Coupette/Beckdorf/Hartung*, Complex Societies and the Growth of the Law, SSRN Nr. 3602098 v. 15.5.2020, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3602098> (22.1.2021).

⁴ Siehe zu den Legal Tech-bedingten Veränderungen juristischer Arbeitsweisen und Berufsfelder *Anzinger*, in: Friedrich Naumann Stiftung für die Freiheit (Hrsg.), Legal Tech in der juristischen Ausbildung, 2020, S. 4–11, abrufbar unter <https://www.freiheit.org/legal-tech-gutachten-legal-tech-spielt-deutscher-juristenausbildung-keine-rolle> (22.1.2021); *Kilian*, NJW 2017, 3043 (3045 ff.); *Wenzler*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), Legal Tech. Die Digitalisierung des Rechtsmarkts, 2018, S. 77–82.

⁵ Umfrage abgedruckt in: brand eins/thema, Wirtschaftskanzleien, 7. Jahrgang 2020, Heft 16, S. 77.

Aber auch außerhalb der Hochschulen spielt Legal Tech eine immer gewichtiger Rolle.¹² Der praktische Einsatz von Legal Tech in Deutschland zeigt sich etwa bei dem Geschäftsmodell der Netzportale „myRight“ und „flightright“,¹³ die sich über das Internet für Geld Ansprüche auf Schadensersatz von Verbrauchern abtreten lassen, um diese dann gebündelt einzuklagen (Opt-in-Schadensersatzklagen). Im Erfolgsfall erhalten die Zedenten dann den Prozesslös abzüglich eines Honorars i.H.v. ca. 35 %; bei Misserfolg werden sie aber nicht mit Prozesskosten belastet.¹⁴

II. „Bucerius Legal Tech Essentials“

Vor diesem Hintergrund veranstaltet das gemeinsame „Center for Legal Technologie and Data Science“¹⁵ der Bucerius Law School und des Chicago-Kent College of Law (Illinois Institute of Technology) bereits seit 2018 eine Summerschool zum Thema „Legal Technology and Operations“ für ein internationales Publikum. Dieses Veranstaltungskonglomerat fiel – wie wohl viel zu vieles im Jahr 2020 – der Corona-Krise zum Opfer. Doch davon ließ man sich keineswegs unterkriegen. Im Gegenteil: Kurzerhand verlagerte man die Summerschool vom Campus – ganz (Legal) Tech gemäß – ins Digitale und öffnete sie mit finanzieller Hilfe von BakerMcKenzie zudem kostenlos für ein breites (online) Publikum. „Bucerius Legal Tech Essentials“ war geboren.¹⁶

Von Ende Juni bis Anfang August 2020 konnte jedweder Interessent an drei bis vier Wochentagen 60 bis 90-minütige Vorträge und Einblicke von führenden Legal-Tech-Experten

che Intelligenz als Herausforderung des öffentlichen Rechts“, Jun.-Prof. Dr. Johann Justus Vassel; „Digitalisierung des Gesellschaftsrechts“, Prof. Dr. Ulrich Noack). Siehe zum Status quo der Initiativen und Angebote an allen deutschen Hochschulen zusammenfassend *Anzinger*, (Fn. 4), S. 18–30.

¹² So sind in der Onlinedatenbank „Stanford Codex List“ – einer Plattform zur Auflistung von Legal-Tech-Startups – nunmehr 1369 Firmen gespeichert

(<https://techindex.law.stanford.edu> [21.1.2021])

und auch die Investitionen in diesem Bereich explodieren regelrecht (siehe bspw. *Pivovarov/Dolm*, *Forbes* v. 15.1.2019, abrufbar unter <https://www.forbes.com/sites/valentinpivovarov/2019/01/15/legaltechinvestment2018/#205c69157c2b> [14.12.2020]: 713 % Wachstum allein im Jahr 2018).

¹³ Mehr zu diesen Unternehmungen bei *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages Leipzig 2018, Bd. 1, Gutachten Teil A, 2018, S. 66; *Scherer*, *VuR* 2020, 83 (83).

¹⁴ Vgl. dazu und zu weiteren privaten Klagegesellschaften: *Bien*, *NZKart* 2013, 12 (13); *Stadler*, *JZ* 2018, 793 (799); *dies.*, *VuR* 2018, 83 (86); *Scherer*, *VuR* 2020, 83 (83 f.).

¹⁵ Netzpräsenz einsehbar unter <https://techsummer.law-school.de/techcenter.html> (14.12.2020).

¹⁶ Netzpräsenz einsehbar unter <https://techsummer.law-school.de> (14.12.2020), siehe auch den Videotrailer auf YouTube unter https://www.youtube.com/watch?v=pUDXrQX69No&feature=emb_title (14.12.2020).

hören, anschließend zunächst per Q&A konkrete Fragen stellen und zuletzt via Twitter¹⁷ mit den Referenten weiterdiskutieren.

Die diversen Vorträge gaben Überblick über die Entwicklung, Status quo und Zukunft der Anwendung, Entwicklung und den Mehrwerten von Legal Tech. So wurde AI im Zusammenhang mit Recht, Clustering, sog. Computer-Judges, aber auch Probleme und Dilemmata, die mit dem Einsatz von Technologie und KI im Rahmen des Rechtswesens einhergehen, behandelt. Die sich weltweit verändernde Arbeitswelt von Juristen (Automatisierung standardmäßiger Routinearbeit, big data, KI und Outsourcing, neue Berufsfelder mit Schnittstellen zu Informatik: sog. „Paralegals“) und die damit verbundenen Vor- und Nachteile wurden erörtert. Aber es gab auch Berührungspunkte zu Themenfeldern wie Cybercrime oder kartellrechtlichen Fragestellungen bezüglich der Regulierung von großen Internet-, Daten- und Kommunikationskonzernen (z.B. Google, Amazon, Facebook, Alphabet) sowie der Regulierung von Legal-Tech-Anwendungen selbst.

Das Onlineevent bot zudem die vermutlich einmalige Gelegenheit herausragende Charaktere und Akteure aus dem internationalen Umfeld der – wenn man so will – „Legal-Tech-Community“ live zu erleben, ihnen in Echtzeit Fragen zu stellen und via Twitter mit ihnen Kontakt aufzunehmen, um weiter zu diskutieren.

Durch das gesamte Abendprogramm führten *Dirk Hartung* (Executive Director des „Centers for Legal Technologie and Data Science“) und *Dan Katz* (Academic Director desselben Centers). Sie waren gewissermaßen die „Gastgeber“ des Events und moderierten hervorragend und auf angenehm humorvolle Art auch die sich an die Vorträge anschließenden Gespräche mit den Referenten. Eine auf Initiative der Teilnehmer zügig eingerichtete LinkedIn-Gruppe sorgte auch im Nachgang für spannende Gespräche und den weiteren Austausch von Wissenswertem oder auch Literaturtipps rund um Legal Tech mit den zahlreichen anderen Teilnehmern aus allen erdenklichen Teilen der Welt.

In Erinnerung blieben vor allem die Vorträge von *David Cambria* (Partner beim Sponsor BakerMcKenzie), der unter dem Titel „Legal Operations in a Law Firm“ von der Entwicklung, dem Status quo und der nahen Zukunft des Einsatzes von digitaler Technologie in Großkanzleien berichtete. Dabei arbeitet BakerMcKenzie – abweichend von großen Teilen der weltweiten Konkurrenz – schon heute aktiv mit den vorhandenen Möglichkeiten und entwickelt diese auch konsequent weiter. *Shannon Salter* vom Civil Resolution Tribunal gab in ihrem Vortrag „ODR and Public Justice Reform“ einen Überblick über digital ablaufende Gerichtsverhandlungen in British Columbia (Kanada), die vor allem für geringfügigere Ansprüche bereits heutzutage praktiziert werden, um Zeit, Mühe und Geld von Justiz und Bürgern zu sparen. *Alma Asay* (Evangelist bei Litera Microsystems) gewährte einen unerwartet persönlichen und höchst wertvollen Einblick in ihre Erfahrungen bei der Gründung, Entwicklung und Leitung eines Legal Tech-Startups. Unter anderem gab *Marry O’Carroll* (Director of Legal Operations bei Google

¹⁷ Dazu diente der Hashtag #BuceriusLegalTech.

und Präsident von CLOC) einen großartigen Überblick über Legal Operations mit der Nutzung von Legal Tech im Megakonzern Google. *Roland Vogel* von der Stanford University referierte über „Legal Technology in Silicon Valley“ und machte so die aktuelle und zukünftige Bedeutung der Branche deutlich. Erwähnt sei zuletzt noch der Einführungsvortrag von „Gastgeber“ Prof. *Daniel Martin Katz* vom Chicago-Kent College of Law, der unter dem Titel „Artificial Intelligence and Legal Analytics“ in Anbetracht der kurzen Zeit einen beeindruckend detaillierten Bericht über den weltweiten Status quo von Einsatz und Entwicklung von Legal Tech erstattete.

Bucerius Legal Tech Essentials ließ den Teilnehmern nicht nur zahllose faszinierende Anregungen gewinnen und herausragende Persönlichkeiten erleben, sondern auch neue Perspektiven auf das Recht entwickeln und tief in das (Zukunfts-) Thema Legal Tech eintauchen, von dem man sich nur wünschen kann, dass es zukünftig noch mehr in die universitäre Juristenausbildung integriert werde.