ZJS

Zeitschrift für das Juristische Studium
www.zjs-online.com

Ausgabe 4/2021
S. 426–556
14. Jahrgang

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

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, Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Wagner

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

Einführung in das „Contract Management"
Von Dr. Sascha Stiegler, LL.M., Berlin 426

Das Unterlassen der „Due Diligence" als grobe Fahrlässigkeit i.S.d. § 442 Abs. 1 S. 2 BGB?
Von Stud. iur. Klintis Gakovi, Bremen 433

Öffentliches Recht

Allgemeines Persönlichkeitsrecht 2.0
Braucht das APR im digitalen Zeitalter ein Update?
Von Stud. iur. Britt Brüggen LL.B., Prof. Dr. Emanuel V. Towfigh, Wiesbaden 436

Möglichkeiten und Grenzen des Individualrechts-schutzes in der Europäischen Union?
Von Marcel Gernert, Europajurist (Univ. Würzburg), New York 444

Duell, Triell oder offener Schlagabtausch?
Die Vereinbarkeit des TV-Kanzler*innentriells mit dem Recht der politischen Parteien auf Chancengleichheit
Von Stud. iur. Maximilian Scheu, LL.B., Mannheim 452

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Zivilrecht

Grundsatz der Formfreiheit
Eine nicht selbstverständliche Selbstverständlichkeit
Von Wiss. Mitarbeiter Lukas Lackner, Passau 459

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Zivilrecht

Der Eigentumserwerb nach § 950 BGB
Von Stud. iur. Michael Kirchner, Heidelberg 466

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Fortgeschrittenenklausur: Der homophobe Erblasser
Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. Sonja Breustedt, Frankfurt am Main 472

Schwerpunktbereichsklausur: Im Griff der Konzerne
Von Wiss. Assistent Dr. Alexander Wilhelm, Mag. iur., Mainz 478

Fortgeschrittenenklausur: Fußballstar im Coronajahr
Von Wiss. Mitarbeiter Kevin Göldner, Bielefeld 485

Examensübungsklausur: Warum erholen, wenn man streiten kann?
Wiss. Mitarbeiter Jan-Philip Utech, Stud. iur. Sebastian Lang, Frankfurt am Main 493

Öffentliches Recht

Referendarexamensklausur: Die fiesen Tricks der Arbeitgeber
Von Wiss. Mitarbeiterin Lisa Wiese, Stud. Hilfskraft Adrian Schildheuer, Leipzig 501

Strafrecht

Schwerpunktbereichsklausur Völkerstrafrecht: Eine Kathedrale brennt
Von Akad. Rätin a.Z. Dr. Georgia Stefanopoulou, LL.M, Hannover 508

Fortgeschrittenenklausur: Die große Corona-Sause
Von Wiss. Mitarbeiter Alexander Benz, Marburg 522

Fortgeschrittenenklausur: Fernweh
Von Wiss. Mitarbeiterin Jennifer Hedel, Hannover 531

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Strafrecht

BGH, Beschl. v. 19.5.2020 – 2 StR 398/19
(Zum Ausstellen gefälschter Kunstwerke und dem Verkauf echter Bilder unter erfundener Provenienz)
(Prof. Dr. Janique Brüning, Stud. iur. Henning Heidemann, Kiel) 538

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Öffentliches Recht

VG Berlin, Urt. v. 28.1.2020 – 4 K 135.19; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.5.2020 – 1 N 31/20

(Erlass einer Ordnungsverfügung zwecks indirekten Vollzugs von Unionsrecht)

(Wiss. Mitarbeiter Paul Hüther, Heidelberg) 547

Strafrecht

BGH, Urt. v. 14.1.2021 – 4 StR 95/20

(Dolus alternativus bei Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter)

(Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Universität Konstanz) 551

BUCHREZENSIONEN

Öffentliches Recht

Dietlein, Johannes/Hellermann, Johannes, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 8. Aufl. 2021

(Stud. iur. Roman Kollenberg, Bielefeld) 554

Einführung in das „Contract Management“

Von Dr. **Sascha Stiegler**, LL.M., Berlin*

Verschiedene Arten von Verträgen spielen auf unterschiedlichste Arten in jedem Unternehmen eine zentrale Rolle. Das Vertragsrecht im Allgemeinen und dessen einzelne Unteraspekte im Speziellen (z.B. Kaufvertrag; Lizenzvertrag; Bauvertrag) nehmen insofern auch im Rahmen des juristischen bzw. wirtschaftsrechtlichen Studiums (und späteren Referendariats) zu Recht einen erheblichen Platz ein. Das Vertragsmanagement (englisch: Contract Management) wird dabei jedoch kaum oder allenfalls am Rande behandelt. In der späteren beruflichen Praxis spielt es jedoch seit einigen Jahren eine durchaus erhebliche Rolle, was nicht zuletzt durch die in diesem Zusammenhang stehenden Digitalisierungsmöglichkeiten weiter verstärkt wird. Der folgende Beitrag soll insofern Studierenden juristischer Fächer einen einführenden Überblick über die Praxis des Contract Managements geben.

I. Einleitung

Verträge spielen auf unterschiedlichste Arten in jedem Unternehmen eine zentrale Rolle. Das Management dieser Verträge ist nicht nur aufgrund der Einhaltung von Gesetzen zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich eine unternehmenskritische Aufgabe.[1] Das unsachgemäße Umgehen mit Verträgen kann erhebliche Risiken für das Unternehmen bergen. Das Contract Management bildet das Fundament für das betriebswirtschaftliche Handeln eines Unternehmens und erfordert dabei gleichzeitig juristische Expertise sowie Verhandlungswissen. Auch aus wissenschaftlicher Sicht kommt ihm dabei immer mehr Bedeutung zu.[2] Zudem ist das Contract Management als solches nicht unerheblich von Spezialisierung im Hinblick auf einzelne Vertragstypen oder auch Projekte geprägt, z.B. für Bau- und Ingenieurprojekte,[3] Investitionsprojekte,[4] im IT-Bereich[5] oder im internationalen Rechtsverkehr.[6] Eine generelle Beschreibung bzw. Erörterung des Contract Management kann dabei (und sollte es aus praktischer Sicht auch) grundsätzlich nur einen einführenden Rahmen bilden und ein gewisses Grundverständnis schaffen.

II. Historie, Stand und Entwicklung des Contract Managements

Das Contract Management ist ein noch junger Teilbereich der Managementlehre und erlangt aufgrund seiner rechtlichen Relevanz vor allem für (Wirtschafts-)Juristen Bedeutung. Seine Entwicklung begann etwa Ende der 1950er Jahre in den USA. Sie wurde dabei zunächst nicht akademisch oder wissenschaftlich vorangetrieben. Vielmehr ging es den betroffenen Unternehmen um eine Professionalisierung des Umgangs mit Verträgen. Gleiches gilt für die beteiligten (Contract) Manager, wobei diese zusätzlich ein Interesse an der Aufwertung ihres Berufsstandes hatten. Hierfür ist allerdings eine Abgrenzung gegenüber anderen Tätigkeiten, mithin eine gewisse Verwissenschaftlichung und Professionalisierung notwendig. Insbesondere durch den immer größer werdenden juristischen Anteil unterscheidet sich das Contract Management jedoch beispielsweise vom Projektmanagement. Nicht umsonst ist daher bei der Mehrzahl deutschen Großunternehmen das Contract Management innerhalb der Rechtsabteilung angesiedelt. Auch im Zuge der Verbreitung von sog. Legal Tech und Smart Contracts spielt das Vertragsmanagement eine im weiteren Sinne nicht unerhebliche Rolle und erhält dabei neue praktische und/oder technische Impulse.[7]

Der Berufsstand des Contract Managers (Vertragsmanager bzw. Vertragsgestalter) wurde in Deutschland Anfang der 1990er erstmals bekannt bzw. offiziell eingeführt. Seit den 2000er Jahren erhöhte sich sodann die Anzahl an Contract Managern insbesondere im Industrie- und Anlagenbau kontinuierlich. Im internationalen Bereich kommt zudem dem sog. Contract Administrator eine gewisse Rolle als neutrale Entscheidungsinstanz zu.[8]

Aufgrund der erheblichen Fehler, die bei Ausschreibungen, der Erstellung von Angeboten, der Vorbereitung und Durchführung von Vertragsverhandlungen und dem Management der Vertragsdurchführung auftreten können und aufgrund der generellen Entwicklung zur Professionalisierung in diesem Bereich ist davon auszugehen, dass das Contract Management und damit auch der Beruf des Contract Managers in den nächsten Jahren weithin an Bedeutung gewinnen wird und es insofern nicht unwahrscheinlich ist, dass das Contract Management – wie bereits teilweise geschehen – auch Einzug in die universitäre Lehre bzw. Ausbildung halten wird. Auch europaweit existieren bereits vereinzelt Studiengänge, die sich explizit mit Vertragsgestaltung und -management befassen.

III. Contract Management und Vertragsverhandlungen

Im internationalen und anglo-amerikanischen Kontext wird grundsätzlich zwischen fünf Phasen des Contract Managements unterschieden:

---

* Der *Autor* ist Legal Counsel in Berlin sowie Lehrbeauftragter für Gesellschaftsrecht und Zivilrecht in Siegen und Berlin.

[1] *Sammons*, Contract Management: Core Business Competence, 2017.

[2] Englischsprachig: *Sammons* (Fn. 1); *Brunet/César*, Contract Management, 2021; *Carter*, Practical Contract Management, 2018; deutschsprachig: *Heussen/Pischel*, Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement, 4. Aufl. 2014; *Saliba*, Vertragsmanagement, 2019.

[3] *Müller*, Vertragsmanagement für Architekten und Ingenieure, 2012; *Haidar*, Handbook of Contract Management in Construction, 2021.

[4] *Slaghuis*, Vertragsmanagement für Investitionsprojekte, 2005.

[5] *Klotz/Dorn*, Vertragsmanagement in der IT, 2. Aufl. 2016.

[6] *Krokowski/Regula*, Internationales Vertragsmanagement, 2012; vgl. auch *Ostendorf/Kluth*, Internationale Wirtschaftsverträge, 2. Aufl. 2017.

[7] Vgl. auch *Jacob*, in: Hartung/Bues/Halbleib, Legal Tech, Die Digitalisierung des Rechtsmarkts, 2018, Rn. 803.

[8] *Klaft*, in: Ostendorf/Kluth, Internationale Wirtschaftsverträge, 2. Aufl. 2017, § 21.

I. Vorbereitungsphase,
II. Angebotsphase,
III. Entwicklungsphase,
IV. Verhandlungsphase und
V. Vertragserfüllungsphase

Im deutschem Vertragsmanagement hat man sich – bewusst oder unbewusst – praktisch diesem Verständnis angenähert bzw. orientiert sich daran. Diese Phasen sollen daher auch bei den nachfolgenden Beschreibungen zugrunde gelegt werden, auch wenn man sich klar sein muss, dass solche Phasenunterteilungen generell zum Teil willkürlich sind bzw. sein können, man den Prozess durchaus auch in weniger oder mehr Phasen unterteilen könnte. Hinsichtlich der Phasen II (Angebotsphase) und III (Entwicklungsphase) gilt darüber hinaus, dass sie nicht selten in umgekehrter Reihenfolge praktiziert werden.

Die Phasen werden gerade bei Großprojekten auch nicht immer vollständig hintereinandergeschaltet, sondern sind zu einem gewissen Grad überlappend. Bei kleineren Verträgen werden einzelne Phasen zudem kaum merklich existieren. Die Aufspaltung in solche wirkt dann eher künstlich. Es bleibt allerdings generell die Aufgabe des Vertragsmanagers, die mit den einzelnen Phasen verbundenen Funktionen zu erfüllen. Wichtig ist es dabei, dass Contract Management generell und auch bei kleineren Verträgen als Prozess zu verstehen, also die Vorteile eines Prozesses, insbesondere Standardroutinen, die Existenz von Instrumenten für Komplikationen und die Lernfähigkeit des Prozesses, zu nutzen. Außerdem ist allgemein der Sinn eines Phasenmodells, mit dem Contract Management die Vorstellung eines Kreislaufs zu verbinden. Man spricht daher auch von Contract Lifecycle Management (CLM).[9]

1. Vorbereitungsphase (Phase I)

Die Vorbereitungsphase meint neben echten Vorbereitungshandlungen zum Vertragsabschluss insbesondere auch den Erwerb bestimmter Fähigkeiten, die vorab erworben und bestimmte Informationen, die vorab gewonnen werden sollten. Hierzu gehören die Kenntnis des Marktes, der Industrie und der Marktteilnehmer. Dies umfasst das Wissen der Marktsegmente sowie der Marktstärke der potenziellen Vertragsgegenseite, das Wissen über Optionen für Produktkonkretisierungen, die Rolle der Verträge im Product Lifecycle Management (PLM)[10] und die Kenntnis der wichtigsten Chancen und Risiken.

Ein weiterer Bereich, der im Rahmen der Vorbereitungsphase Bedeutung erlangt, ist das Verstehen der Anforderungen an Verträge. Hierzu gehört die Kenntnis der Bedeutung dieser und wie man sie erkennt und bewertet, die Unterscheidung zwischen Anforderungen und Lösungen, ein Bewusstsein für die wichtigsten Gründe, die zu Fehlern und Verzögerungen führen und die Fähigkeit Prozesse so aufzusetzen, dass eine Anpassung an veränderte Anforderungen jederzeit möglich ist.

Erhebliche Bedeutung hat auch die Kenntnis der Kosten- und Ertragsstruktur bzw. der Techniken, wie die Kosten und Erträge berechnet werden sowie die Rolle, die Vertragsklauseln bei Kosten und Erträgen spielen. Auch Abhängigkeiten einzelner Gesichtspunkte voneinander sowie mögliche Auswirkungen einer Bieterstrategie auf Kosten und Preise sollten bekannt sein. Von zunehmender Relevanz ist es zudem, wenn das Contract Management insgesamt über ein strukturiertes Chancen- und Risikomanagement verfügt. Dies gilt grundsätzlich auch für ein strukturiertes Legal Risk Management, mit dem die potenziellen Rechtsrisiken (und ggf. Chancen) erfasst werden. Essenziell ist zudem das Wissen über die Ermittlung des Informationsbedarfs sowie daran anschließend der Informationsbeschaffung. Die Konkretisierung ergibt sich insofern zwar erst aus den Folgephasen, jedoch kann aus früheren Verträgen herausgearbeitet werden, wie schwierige Prozesse optimiert werden können.

Fast alle (vertreibenden) Unternehmen verwenden Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) oder zumindest Musterbedingungen als Basis für Verhandlungen. Diese sollten regelmäßig einer Überprüfung und Optimierung unterzogen werden (sog. terms audit). Es ist fortwährend zu hinterfragen, ob sie an die Geschäftsziele, die Bedürfnisse und Prioritäten des Marktes, die Ressourcen und Fähigkeiten des eigenen Unternehmens, die (optimierten) Geschäftsprozessen, die sich ändernden (wirtschaftlichen) Risiken und Chancen, die Erfahrungen bei der Anwendung der Klauseln und an die sich ändernden juristischen Rahmenbedingungen hinreichend angepasst sind.

Denkbar und vorteilhaft ist es in diesem Zusammenhang, auch bei AGB den Impact zu messen und daran den Aufwand für die Optimierung auszurichten. Eine solche Messung als Teil eines strukturierten Legal Risk Managements ist bisher in der Praxis unüblich. Während der Verhandlungen oder auch bei der Angebotskonkretisierung fehlt für eine umfassende Überprüfung und Optimierung von AGB jedoch meist die Zeit, weshalb die Vorbereitungsphase der ideale Zeitpunkt für eine entsprechende Überprüfung ist. Ein wichtiges Problem ist auch die Optimierung des Portfolios der Bedingungen im Hinblick auf Standardisierung und Flexibilität. Standardisierung senkt (Transaktions-)Kosten und ermöglicht sogar teilweise erst die effektive juristische Beherrschung komplexer Verträge. Eine zu statische Standardisierung kann im Extremfall allerdings auch zum Scheitern von Vertragsverhandlungen führen und verschenkt zudem Optimierungsmöglichkeiten in besonders gelagerten Fällen.

Den Gesamtbereich der Beschäftigung mit den Vertragsklauseln, der allerdings nicht nur die Vorbereitungsphase betrifft, kann man als Vertragsklausel-Management begreifen und organisieren.[11] Zum Vertragsklausel-Management gehört z.B. auch die Archivierung der Verträge, die Speicherung der Gründe, die den Ausschlag für eine bestimmte Vertrags-

[9] *Gupta/Karayil/Rajendran*, Contract Lifecycle Management, 2008; vgl. auch *Früh*, CCZ 2010, 121 (122).
[10] *Stark*, Product Lifecycle Management, 2015; *Saaksvuori/Immonen*, Product Lifecycle Management, 3. Aufl. 2008.
[11] Siehe auch *Kurschat*, in: Holthausen/Kurschat, Vertragsgestaltung für Geschäftsführer, Vorstände und Aufsichtsräte, 2017, Rn. 116.

klausel und gegen bestimmte Alternativen gaben oder auch eine systematische Auswertung von Problemen, die es im Umgang mit bestimmten Vertragsklauseln gab, um daraus Verbesserungen abzuleiten.

2. Angebotsphase (Phase II)

a) Angebotserstellung

Die Angebotsphase erfordert ebenfalls entsprechende fundierte Kenntnisse. Je nach Art des Vertrags gibt es unterschiedliche Regeln und Angebotsprozesse, die zu beachten sind. Es geht im Ergebnis darum, wie ein Käufer/Auftraggeber seine Ausschreibung/Aufforderung zum Angebot ausgestalten kann, wie Informationsanfragen aussehen sollten und wie insgesamt der Prozess der Einholung eines vollständigen Angebotes aussehen kann. Aus Sicht des Käufers/Auftraggebers geht es darum, wie mehrere Angebote so eingeholt werden können, dass sie vergleichbar sind und diese Angebote so vervollständigt werden können, dass am Ende möglichst mehrere sog. best and final offers vorliegen, auf deren Basis entschieden werden kann.[12] Nach welchen Kriterien ein Gesamtscore angefertigt wird, also wie eine objektive Bewertung des Angebotes einschließlich des Anbieters und wie eine Bewertung der Chancen und Risiken vorgenommen wird, ist ebenfalls diesbezüglicher Bestandteil der Angebotsphase.

Auf Seite der potenziellen Auftragnehmer/Verkäufer gehören zum Angebotsmanagement die Techniken, wie und auf welche Anfragen reagiert werden sollte, wann es überhaupt sinnvoll ist, aufwendige und vollständige Angebote oder jedenfalls Angebotsskizzen zu erstellen und wie ein solches Angebot aussehen sollte. Schwierig ist es oftmals zu bestimmen, in welchem Umfang von den Ausschreibungsvorgaben abgewichen werden kann. Im Regelfall hat der Ausschreibende ein sehr hohes Interesse an der Einhaltung der Ausschreibungsvorgaben, um eine hohe Vergleichbarkeit der Angebote zu erhalten, obwohl Abweichungen häufig auch in seinem Interesse sein können und ein bestimmter Anbieter vielleicht gerade hier die entscheidenden Wettbewerbsvorteile aufweist.

b) Rechtswahl

Im Angebotsprozess spielt bei internationalen Verträgen auch die Wahl der zugrundliegenden Rechtsordnung eine nicht zu unterschätzende Rolle.[13] Ein zentrales Problem besteht dabei darin, dass es meist zu aufwendig ist, die Auswirkungen einer Rechtsordnung auf einen Vertrag in dieser Phase vollständig zu erfassen. Andererseits kann es einzelne Regelungen oder Mechanismen geben, die entscheidenden Einfluss auf die Chancen- und Risikostruktur haben. Die Kunst besteht also darin, mit möglichst geringem Aufwand diese Regelungen zu identifizieren und zu analysieren bzw. alternativ weitgehend sicher auszuschließen, dass es solche Regelungen gibt.

3. Entwicklungsphase (Phase III)

In der dritten Phase geht es um die Entwicklung des oder der notwendigen Entwürfe für Verträge und der Beschäftigung mit den Risiken und Chancen bei der Durchführung. Sie dient insofern der Vorbereitung der konkreten Verhandlungsphase. Hierzu zählen auch die Einschätzung und Kategorisierung von bzw. in einzelne Vertragstypen und deren anknüpfenden rechtlichen Gegebenheiten. Ein Contract Manager muss die Vertragstypen, die insofern in seinem Bereich vorkommen, kennen und deren Risiko- und Chancenstruktur verstehen, damit er den entsprechend passenden Vertragstyp zugrunde legen kann.

Spätestens in der Entwicklungsphase wird der Vertragstyp sodann festgelegt und ein Vertragsentwurf in Vorbereitung auf die Verhandlungen erstellt. Dies erfordert Kenntnisse der gesetzlichen und untergesetzlichen Regelungen bezüglich der Verträge selbst. Der Contract Manager muss die verschiedenen ähnlichen Vertragsarten (im IT-Bereich z.B. die unterschiedlichen Lizenzverträge) ebenso wie übliche Begrifflichkeiten kennen (wobei in anglo-amerikanischen Verträgen diese Begrifflichkeiten wegen der restriktiven Vertragsauslegung eine besonders große Rolle spielen).[14] Gerade branchenspezifisch gibt es weitere Aspekte, die von Bedeutung sind. So spielen bei IT-Verträgen die zukünftigen Upgrades und die Kompatibilität mit schon vorhandenen IT-Einrichtungen eine große Rolle. Im Anlagenbau wird hingegen zunächst vom sog. Stand-Alone-Ansatz ausgegangen, d.h. Kompatibilitätsanforderungen zu anderen Anlagen sind eher die Ausnahme.

Bei Großprojekten gibt es zudem ein sog. Statement of Work, in dem die konkreten Leistungspflichten beschrieben werden.[15] Die Existenz eines Statement of Work bedeutet zugleich, dass es einen Rahmenvertrag, also ein sog. Master Agreement gibt. Insbesondere bei Anlagenbauprojekten gibt es insgesamt ein ganzes Bündel von Verträgen, Änderungen und Ergänzungen, die teilweise als Schedule A, B, C etc. (bzw. entsprechend durchnummeriert) geordnet werden.

Zu den besonderen vertraglichen Regelungen gehört häufig auch ein sog. Service Level-Agreement,[16] in welchem das genaue Leistungsniveau für jede einzelne Leistung, wie es erreicht werden soll und die Konsequenzen bei Minderleistungen beschrieben sind. Aufgrund dieser vertraglichen Mehrdimensionalität von Rahmenvertrag und sonstigen Verträgen bedarf es auch der Festlegung von Rangfolgen der Anwendung der unterschiedlichen Regelungen in einer sog. Precedence Clause innerhalb eines Master Agreement.[17]

[12] *Churchman*, Negotiations, 1995, S. 18.

[13] Vgl. dazu *Wurmnest*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 307 Rn. 246 ff.; *Döser*, JuS 2000, 972.

[14] Vgl. *Triebel/Vogenauer*, Englisch als Vertragssprache, 2018, Rn. 321 f.; *Burrows*, A Restatement of the English Law of Contracts, 2016, S. 86.

[15] *Schmidt*, IT-Recht von A–Z, 2. Aufl. 2014, Stichwort: Statement of Work.

[16] *Roth-Neuschild*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 13 Rn. 199 ff.; *Schumacher*, MMR 2006, 12.

[17] *Hamie/Abdul-Malak*, Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction 3/10 (2018).

Weiterhin im Rahmen der Entwicklungsphase zu bestimmen sind Mitwirkungspflichten der einzelnen Beteiligten. Nicht zu unterschätzen ist zudem die Problematik formaler Anforderungen an Nebenpflichten.[18] Solche Formalitäten können im Zweifel schwer zu erfüllen sein.

Eine Besonderheit von größeren Projekten (aber auch bei anderen Projekten), bei denen sich die Anforderungen schnell ändern können (z.B. Forschungs- und Entwicklungsverträge) ist die Festlegung eines durch Vertragsklauseln ausgestalteten Prozesses für nachträgliche Leistungsänderungen und deren Auswirkungen auf die Gegenleistung in Form eines Change-Managements.[19] Bei zahlreichen Projekten ist es zudem erforderlich, sich vertraglich eingehend mit der Fertigstellung und der Abnahme des Werkes als fertig und im Wesentlichen vertragsgemäß zu beschäftigen. Denn es gibt bei Projekten häufig nicht „den“ einen Fertigstellungszeitpunkt. Die Fertigstellung erfolgt vielmehr in verschiedenen Schritten, die unterschiedliche Bedeutungen haben. Unterstützt wird die Regelung der Fertigstellung durch vertragliche Milestones, die an Teilfertigstellungen sowie an andere wichtige Zwischenschritte anknüpfen. Die endgültige Abnahme ist sodann ein komplexer Prozess, denn es geht um die Funktionsfähigkeit der Anlage unter Belastung, d.h. unter Erreichung der versprochenen Leistungsfähigkeit. Dieser Abnahmeprozess kann sogar mehrere Monate dauern, ist jedoch essenziell im Hinblick auf die Fertigstellung des Gesamtwerkes und damit ggf. auch die Haftung des Auftragnehmers (vgl. § 640 BGB). Der Abnahmeprozess liegt dabei zu wesentlichen Teilen in der Hand des Auftraggebers und seines Personals und hängt, z.B. bei Industrieanlagen, auch von der Qualität eingesetzter Rohstoffe ab, die daher häufig vertraglich definiert werden.

Spätestens im Zeitpunkt der Entwicklungsphase sollte, wenn dies noch nicht in der Vorbereitungsphase geschehen ist (vgl. näher oben), zudem eine Aktualisierung und Anpassung der Standardvertragsklauseln entweder generell in einem Terms Audit oder in Bezug auf die individuellen Gegebenheiten erfolgen.

4. Verhandlungsphase (Phase IV)

Die Verhandlungsphase steht naturgemäß im Mittelpunkt der Überlegungen des Contract Managements. Wer verhandelt und dabei eigene Erfolge aber vor allem Misserfolge erlebt, sieht die Bedeutung von Strukturen und erkennt, dass Verhandlungserfolge keine Frage des Zufalls sind. Das Bedürfnis nach einer strukturierten und sogar einer wissenschaftlichen Durchdringung der Vertragsverhandlungen ist somit augenfällig und groß.[20] Auch wenn die Verhandlungsphase meist nicht als Teil eines umfassenderen Contract Managements verstanden wird, ist nicht nur die wissenschaftliche, sondern auch die rein praktische Beschäftigung mit diesem Gebiet spürbar intensiver als in den anderen Gebieten des Contract Managements.[21]

Die Verhandlungsphase lässt sich generell in eine Vorbereitungsphase, die eigentliche Vertragsverhandlung und die Verhandlungsnachbereitung unterteilen.

a) Vorbereitungsphasen der Vertragsverhandlung

Zur Vorbereitungsphasen der Vertragsverhandlung[22] gehören zunächst die Zusammenstellung und Konkretisierung des Verhandlungsgegenstands und des Verhandlungsgegners bzw. -partners. Besondere Bedeutung haben dabei die Verhandlungsziele, und zwar insbesondere im Hinblick auf Prioritäten, Maximalziel, Minimalziel und Verhandlungsabbruch. Zur näheren Bestimmung dieser Aspekte ist vor allem eine nähere interne Abstimmung notwendig. Insbesondere die sog. Walk Away Points, die einen Abbruch der Vertragsverhandlung nach sich ziehen können, sollten nicht ohne Bestimmung des eigenen BATNA (best alternative to a negotiated agreement)[23] sowie der Ziele und des BATNA der Gegenseite erfolgen. Die Walk Away Points sollten auch unter den Vorbehalt einer nochmaligen Überprüfung in der Verhandlung gestellt werden. Denn auch bei bester Planung können nicht alle Gesichtspunkte ex ante berücksichtigt werden, unter anderem auch, weil immer Informationen fehlen.

Wichtig für die gesamte Vorbereitungsphase und die später folgende eigentliche Vertragsverhandlung sind die Bestimmung der Bedeutung der Verhandlung und des Schwierigkeitsgrads. Bedeutung und Schwierigkeitsgrad bestimmen die für die Vorbereitung der Verhandlung und die für die Verhandlung selbst eingesetzten Ressourcen. Überlegungen zur Bedeutung und zum Schwierigkeitsgrad stehen damit ganz am Anfang der Vorbereitung der Verhandlung, bedürfen aber immer wieder der Überprüfung im Verlauf des Verhandlungsprozesses. Von der Bedeutung der Verhandlung und ihrem Schwierigkeitsgrad kann z.B. abhängen, ob eine „face to face-Verhandlung“ mit aufwendiger Reise oder eine Videokonferenz bzw. ein Telefonat oder gar ein E-Mail-Austausch als Kommunikationsmittel gewählt wird. Zudem werden auch der Umfang und die qualitative sowie hierarchische Zusammensetzung des Verhandlungsteams durch die Bedeutung und den Schwierigkeiten der Verhandlung beeinflusst.

Vorab sollte eine grobe Festlegung hinsichtlich der Verhandlungsstrategie erfolgen. Strategisch gibt es für das Unternehmen im Grundsatz zwei Ziele: Ein möglichst positives ökonomisches Ergebnis (Ergebnisstrategie) und als nachrangiges Ziel die Minimierung der Verhandlungskosten. Die Verhandlungskosten sind unmittelbar messbar, weshalb eine

[18] Generell zu Nebenpflichten beim Vertragsmanagement *Ritter*, Vertragliche Nebenpflichten beim Vertragsmanagement, 2016.

[19] *Redeker*, in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, 2020, Teil 12 Rn. 330.

[20] Hierzu zählen nicht nur juristische Aspekte, sondern insbesondere auch psychologische und damit verbundene Verhandlungstaktiken, siehe dazu *Jung/Krebs*, Die Vertragsverhandlung, 2016.

[21] Vgl. auch *Fisher/Ury*, Getting to Yes, 2012; *dies./Patton*, Das Harvard-Konzept, 2018.

[22] Speziell dazu auch *Jung/Krebs* (Fn. 20).

[23] Deutschsprachig zum Begriff *Jung/Krebs* (Fn. 20), S. 78 ff.; *Jung/Matejek*, ZKM 2021, 102; siehe auch *Dendorfer-Ditges/Ponschab*, in: Münchener Anwaltshandbuch, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2021, § 82 Rn. 241.

Reduzierung dieser oftmals angestrebt wird. Bei den Ergebnisstrategien werden fünf Basisstrategien unterschieden.

Bei der Konkurrenzstrategie (win-lose-Strategie) wird versucht, auf Kosten der Gegenseite einen maximalen Vorteil zu erzielen (Gewinnmaximierung um jeden Preis). Problematisch an dieser Strategie ist, dass Kooperationsmöglichkeiten ungenutzt bleiben und die letzte Spitze der Ergebnismaximierung meist mit übermäßigen Risiken verbunden ist. Eine absolute Konkurrenzstrategie ist daher meist nicht das Optimum.

Die Kooperationsstrategie (win-win-Strategie) zielt auf die Maximierung der Vorteile für beide Seiten ab. Bei Unternehmen, die den primären Stakeholder-Interessen auf Gewinnmaximierung verpflichtet sind, ergibt eine solche reine Kooperationsstrategie aus Sicht des Unternehmens mit der größeren Verhandlungsmacht, fast nie Sinn, denn die zusätzlichen Kooperationsgewinne, können den Verzicht auf der Verteilungsebene selten vollständig kompensieren. Nur bei in etwa gleich starker Verhandlungsmacht und hohen möglichen Kooperationsgewinnen, kann eine Kooperationsstrategie erfolgreich sein. Diese sind allerdings häufig kartellrechtsrelevant und können gegen das Kartellverbot des Art. 101 AEUV, § 1 GWB verstoßen.[24]

Die Anpassungsstrategie (lose-win-Strategie) bedeutet ein Nachgeben um fast jeden Preis und kann daher nur eine Strategie für Verhandlungsparteien sein, die ein schlechtes BATNA haben und dringend auf den Vertragsschluss angewiesen sind. Eine solche Anpassungsstrategie kann, wenn sie nicht nur für kleinere Geschäfte praktiziert wird, Ausdruck besonderer Schwierigkeiten dieser Verhandlungspartei sein. Dies sollte von der Gegenseite überprüft werden, da sich dahinter erhebliche Risiken für die Vertragserfüllung verbergen können, die bei der Frage, ob mit einer solchen Partei überhaupt ein Vertrag geschlossen werden sollte, mit einzubeziehen sind.

Im Rahmen der Vermeidungsstrategie (lose-lose-Strategie) streben die verhandelnden Unternehmen im Grunde keinen Vertragsabschluss an, verhandeln aber dennoch. Dies ergibt aus Sicht von Unternehmen grundsätzlich keinen Sinn. Ursache entsprechender Verhandlungen können Differenzen zwischen dem Unternehmensinteresse und den Interessen einzelner für das Unternehmen handelnder Personen sein (sog. principal-agent-Problematik)[25]. Es ist z.B. möglich, dass das Unternehmen durchaus am Vertragsschluss ein Interesse hätte, jedoch der handelnde Manager/Geschäftsführer nicht. In diesem Fall verfolgt allerdings nicht das Unternehmen, sondern der Manager die Vermeidungsstrategie. Die Vermeidungsstrategie kann jedoch auch aus Sicht des Unternehmens sinnvoll sein, z.B. wenn eine gesetzliche Pflicht für Verhandlungen besteht (so teilweise im Bereich der betrieblichen oder unternehmerischen Arbeitnehmermitbestimmung). Dann muss das Unternehmen suggerieren, dass es verhandeln will, damit es keine Nachteile erleidet. Schließlich kann es Fälle geben, in denen die Verhandlungen nur dazu dienen, den eigenen Marktwert auszutesten oder eine (scheinbare) Marktpräsenz zu demonstrieren. Auch hier besteht kein Interesse am Vertragsschluss, wobei zu beachten ist, dass in solchen Verhandlungen ggf. ein Verschulden aus Vertragsverhandlungen (culpa in contrahendo) bestehen kann.

Im Regelfall werden Kompromissstrategien empfohlen, bei denen vor allem Konkurrenzstrategie und Kooperationsstrategie kombiniert werden. Zwar gibt es in der Praxis viele Kompromisse, jedoch bedeutet dies nicht notwendigerweise, dass eine Kompromissstrategie verfolgt wird. Es kommt regelmäßig auch bei einer distributiven Konkurrenzstrategie zu Kompromissen, solange beide Seiten in etwa gleich große Verhandlungsmacht besitzen. Häufig dominiert daher die Konkurrenzstrategien mit einem lediglich geringen kooperativen Anteil. Dieser kooperative Anteil nutzt dann die möglichen Kooperationsgewinne (integratives Potential).

Die gewählte Verhandlungsstrategie hat Einfluss auf die hierfür zur Verfügung stehenden Verhandlungstaktiken.[26] Während bei einer reinen Konkurrenzstrategie taktische Mittel, die die eigene Seite einseitig begünstigen, jedenfalls per se in Betracht kommen, wenn sie nicht in der konkreten Anwendung zu taktischen Nachteilen führen, verlangt eine Kooperationsstrategie primär vertrauensbildende Taktiken und solche, die die Fairness sichern, wie das sog. Logrolling (das Zusammenfassen von Verhandlungspunkten zu Paketen, um den Ausgleich des gegenseitigen Nachgebens zu sichern).[27]

Die Verhandlungstaktiken müssen in der Vorbereitungsphase nicht endgültig festgelegt werden. Gerade Variationen von Verhandlungstaktiken und der situationsadäquate Einsatz von Taktiken können wesentlicher Teil des Erfolges sein. Handelt es sich jedoch um wichtige und schwierige Verhandlungen, kann es sich lohnen, bestimmte Taktiken vorab zu trainieren. Geht es nicht um unbedeutende Routineverhandlungen sollten zumindest die potenziellen Taktiken zusammengestellt werden.[28] Bereits in der Vorbereitung der Verhandlung ist zudem festzulegen, ob eher ein Dealmaker (abschlussorientierte Person unter Inkaufnahme von gewissen Lücken, Unklarheiten und Restrisiken) oder ein Realmaker (Perfektionist, der eher den Vertragsabschluss riskiert, als auf die perfekte Lösung aller Details zu verzichten) oder eine Person zwischen diesen beiden Extremen, die Verhandlungen leiten soll. Auch die Frage, ob, wie es das Harvard Verhandlungskonzept empfiehlt, nur interessenorientiert oder nur positionsorientiert oder wie meist üblich primär interessenorientiert aber unter Ergänzung durch positionsorientierte bzw. scheinbar positionsorientierte Anteile verhandelt werden soll, bedarf vorab der Klärung.

Zentral ist zudem die Vorbereitung auf die kulturellen Besonderheiten der Gegenseite, die notwendig sein kann, weil es sich um ein Unternehmen aus einem anderen Land handelt oder dieses Unternehmen eine spezifische Unternehmenskultur besitzt. Sind Besonderheiten bei den Verhandlern

[24] Vgl. auch *Engel*, CCZ 2021, 47.
[25] Vgl. nur *Oehlrich*, Jura 2020, 887.
[26] Im Rahmen von Unternehmenskäufen vgl. auch *Meyer-Sparenberg*, in: Beck'sches M&A-Handbuch, 2017, § 40 Rn. 21; im Rahmen des Baurechts auch *Langaufsatz/Stangl*, IBR 2009, 1428.
[27] Vgl. *Risse*, ZKM 2010, 107; *Kessen/Troja*, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, 3. Aufl. 2015, § 14 Rn. 69.
[28] Siehe diesbezüglich *Jung/Krebs* (Fn. 20).

bekannt (z.B. bevorzugte Verhandlungsstile, genderspezifische Besonderheiten) ist auch eine Vorbereitung darauf notwendig. Schließlich sind Vorüberlegungen anzustellen, wie und mit welchen Handlungsformen mit möglichen Schwierigkeiten bei den Vertragsverhandlungen umgegangen werden soll, mit wem Rücksprache gehalten werden kann, wie zu weitgehende eigene Zugeständnisse wieder beseitigt werden können oder wie Eskalationsstufen in der Verhandlungsorganisation aussehen und vermieden bzw. bewusst eingesetzt werden können. Letztlich gehören all diese Aspekte zur Verhandlungsorganisation.

b) Die eigentliche Vertragsverhandlung

Die eigentliche Vertragsverhandlung[29] lässt sich wiederum in vier bis fünf Unterphasen unterteilen. Die erste Unterphase ist die Einstiegsphase, die man auch „Ritualisierungsphase“ nennen kann. Ziel ist es, dass sich die Unternehmen und vor allem die handelnden Personen gegenseitig kennenlernen, um ein positives Verhandlungsklima zu schaffen.[30] An dieser Einstiegsphase nehmen häufig auch höhere Manager bzw. leitende Angestellte teil. Das Kennenlernen der höheren Manager wird für wichtig gehalten, da diese bei Schwierigkeiten in der Verhandlung die Eskalationsstufe bilden und es daher von Vorteil ist, wenn auch sie bereits frühzeitig eine persönliche (und positive) Beziehung aufgebaut haben. In vielen Ländern ist die Ritualisierungsphase verhältnismäßig lang, und zwar auch bei Unternehmen, die schon Geschäftsbeziehungen haben. Insbesondere in dieser Phase sind kulturelle Besonderheiten von großer Bedeutung. In Deutschland werden teilweise schon die Verhandlungspositionen in dieser Phase vorgestellt.

Die zweite Unterphase ist die „Informations- und Explorationsphase“. Hier tauschen sich die Beteiligten aus. Der jeweils anderen Seite werden die Informationen gegeben, die man für die weiteren Verhandlungen für notwendig erachtet.[31] Zugleich versucht man, von der jeweils anderen Seite weitere Informationen zu bekommen, um ihre Interessen, ihre Positionen, ihre Prioritäten, die Wertigkeit ihrer Interessen und Positionen sowie deren BATNA zu beurteilen. Ein Stilmittel hierzu ist die sog. offene Frage, da man hierdurch auch Antworten (Informationen) erhalten kann, die vollkommen unerwartete Bereiche/Aspekte betreffen.

Die dritte Unterphase wird als „Dialogphase“ bezeichnet. Hier werden erstmals Angebote gemacht und es findet ein Austausch über die Angebote und über konkrete Klauseln statt.[32] Welche Angebote bzw. Vorschläge hier gemacht werden, hängt insbesondere vom Gesamtprozess ab. Gibt es eine umfassende Angebotsphase im Vorfeld der Verhandlungen (siehe oben), geht es in der Regel nur um Konkretisierungen oder auch um Änderungen auf Basis neuer Informationen. In anderen Fällen kommt es hier oftmals erstmals zum zentralen Angebot bezüglich des Preises des Vertragsgegenstandes. In der Dialogphase versucht man auch Einfluss auf die Gegenseite zu gewinnen. Spätestens hier wird festgelegt, ob eine sog. Eintext-Verhandlung erfolgt und wenn ja, auf Basis welchen Entwurfs diese durchgeführt wird. Vor allem bei (öffentlichen) Ausschreibungen ist allerdings im Vorhinein überwiegend klar, dass die Vertragsbedingungen des Ausschreibenden Basis der Verhandlungen sind. In diesem Fall erfolgt grundsätzlich nur ein Austausch über die Anmerkungen und Änderungswünsche der Gegenseite. In der Dialogphase trennen sich häufig zudem die unproblematischen Fragen von den problematischen Fragen bzw. Vertragsaspekten. Daher ist es gerade bei umfangreichen Verhandlungen sinnvoll, die entsprechenden unproblematischen Punkte schon vorab festzuhalten.

Die vierte Unterphase ist die sog. Annäherungsphase/ Lösungsphase. Diese besonders schwierige Phase dient der Suche nach Lösungen mit dem Endergebnis eines ausgehandelten und abgeschlossenen Vertragswerks. Es handelt sich dabei häufig um harte Verhandlungen, bei denen auch das ganze Spektrum von Verhandlungstaktiken bis hin zu inakzeptablen Verhaltensweisen zur Anwendung kommen kann.[33]

Die fünfte und letzte Unterphase ist die sog. Abschlussphase, in der die endgültige Einigung formuliert wird. Im Grundsatz sollte zu diesem Zeitpunkt eine Einigung bereits erzielt worden sein. Den Parteien fallen bei der Formulierung der Gesamteinigung oftmals jedoch noch der eine oder andere vergessene Punkt, (kleinere) Widersprüche und vor allem Unklarheiten auf, die doch noch zu klären bleiben. Sprachlich bedarf der Text, wenn er nicht weitgehend aus Standardformulierungen besteht, ebenfalls noch einmal der Überarbeitung.

Außerdem wird nicht selten versucht, noch kleinere „Add Ons“ (Zusatzwünsche) durchzusetzen, um das Gesamtergebnis zu eigenen Gunsten zu verschieben.[34] Dabei sollte jedoch, insbesondere dann, wenn die Beteiligten auch in Zukunft miteinander arbeiten wollen und werden, beachtet werden, dass der letzte Eindruck besonders prägend ist und dass Emotionen deutlich besser als Sachinhalte in Erinnerung bleiben. Negative Emotionen sollten daher im Fall von langfristigen Vertragspartnern grundsätzlich vermieden werden.

Nicht zu unterschätzen sind in dieser Unterphase auch Abschlussrituale (z.B. ein sog. closing dinner). Sie bauen negative Emotionen ab, die in Folge (über)harter oder langer Verhandlungen entstanden sein können und schaffen somit häufig positive Abschlussemotionen.

c) Verhandlungsnachbereitung

In der Verhandlungsnachbereitung, (auch als Verhandlungscontrolling bezeichnet)[35] geht es darum, Verhandlungen zu analysieren, um daraus für zukünftige Verhandlungen zu lernen. Hierzu gehören die Evaluierung der Zielerreichung sowie von Ursachen für die teilweise Nichterreichung der

[29] Siehe dazu auch *Heussen* (Fn. 2), Teil 2 Rn. 368 ff.
[30] Vgl. *Heussen* (Fn. 2), Teil 2 Rn. 524a f.
[31] Vgl. *Heussen* (Fn. 2), Teil 2 Rn. 529.
[32] Vgl. auch *Heussen* (Fn. 2), Teil 2 Rn. 541 ff.
[33] Zum Beispiel Manipulationen, vgl. dazu *Heussen* (Fn. 2), Teil 2 Rn. 598 ff.
[34] Vgl. auch *Heussen* (Fn. 2), Teil 2 Rn. 566.
[35] *Heussen* (Fn. 2), Teil 2 Rn. 686; vgl. auch *Saliba*, Vertragsmanagement, 2019, S. 27 ff.

Ziele.[36] Allerdings sollten Verhandlungsgeschehnisse nicht nur im Hinblick auf negative Abweichungen von den Zielen analysiert werden. So lohnt auch ein Blick darauf, warum bestimmte Ziele positiv erreicht wurden. Auch Vorkommnisse die nur beinahe negative Auswirkungen gehabt haben oder solche die positive Ergebnisse beinahe ermöglicht hätten, sind nicht zu vernachlässigen, wenn ihr potenzieller Impact vermutet werden kann. Schwierig bei der Auswertung und erst recht bei der Umsetzung für die Zukunft ist, dass Beobachtungen und Auswertungen sich nicht ohne weiteres verallgemeinern lassen, da z.B. die Geeignetheit einer Taktik oder die optimale Zusammensetzung eines Verhandlungsteams von einer ganzen Reihe von Gesichtspunkten (Vertragsgegenstand, Verhandlungspartner, Verhandelnde auf der Gegenseite) abhängen kann.

IV. Zusammenfassung

Das Contract Management erlangt eine zunehmende praktische Bedeutung, die immer häufiger auch in die juristische Ausbildung hineingreift bzw. hineingreifen sollte. Sowohl die zunehmende Komplexität von Verträgen und Vertragsverhandlungen als auch die diesbezüglich fortschreitende Digitalisierung lassen ein umfassendes Vertragsmanagement im weiteren Sinne immer mehr essenziell für einen passgenauen und den jeweiligen Anforderungen bzw. Bedürfnissen eines Unternehmens entsprechenden Vertragsabschluss werden. Die einzelnen Phasen des Vertragsmanagements sowie von Vertragsverhandlungen dienen dabei der Veranschaulichung und Strukturierung des Vertragsmanagement-Prozesses und können praktische Hilfestellung für dessen Implementierung geben. Das Vertragsmanagement ist dabei als solches ganzheitlich zu verstehen und umfasst neben juristischen, projektökonomischen und betriebswirtschaftlichen Aspekten durchaus auch IT-, psychologische und fachspezifische Kenntnisse.

[36] Vgl. *Schlagheck*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 43 Rn. 31.

Das Unterlassen der „Due Diligence“ als grobe Fahrlässigkeit i.S.d. § 442 Abs. 1 S. 2 BGB?

Von Stud. iur. **Klintis Gakovi**, Bremen*

Schon seit Jahrzehnten nehmen Transaktionen im Bereich Mergers & Acquisitions eine wesentliche Rolle hinsichtlich unternehmerischer Investitionsentscheidungen ein.[1] *Dass diese dabei stets ein gewisses Risiko bergen, ist nicht zuletzt der nur schwer einzuschätzenden Entwicklung von Unternehmen und der asymmetrischen Informationsverteilung zwischen den Vertragsparteien geschuldet.*[2] *Um dem entgegenzuwirken, hat sich in der Praxis die aus dem anglo-amerikanischen Kapitalmarkt- und Anlegerschutzrecht*[3] *stammende „Due-Diligence-Prüfung“ etabliert.*[4] *Sie wird heute als Prozess verstanden, in welchem der potentielle Käufer das Zielunternehmen mit dem Ziel prüft, sowohl rechtliche als auch wirtschaftliche, tatsächliche und steuerrechtliche Risiken und Schwachstellen des Zielunternehmens aufzudecken.*[5]

Angesichts der Tatsache, dass die „Due Diligence“ inzwischen auch im deutschen Raum immer mehr an Relevanz gewinnt,[6] *wurden die durch sie aufgeworfenen rechtlichen Fragen in den vergangenen Jahren intensiver beleuchtet und diskutiert. Insbesondere die Frage, ob das Unterlassen der „Due Diligence“ als grobe Fahrlässigkeit i.S.d. § 442 Abs. 1 S. 2 BGB zu bewerten ist und der Käufer dadurch seiner Gewährleistungsrechte verlustig geht, ist – auch weil die Rechtsprechung diesbezüglich noch keine Stellung bezogen hat – nicht abschließend geklärt.*[7] *Im Folgenden wird deshalb nach einer kurzen generellen Einführung zur „Due Diligence“ der Meinungsstand illustriert und anschließend umfassend Stellung bezogen.*

I. Das Konzept der „Due Diligence“

Die „Due-Diligence-Prüfung“ bedarf, damit der potentielle Käufer durch sie auch tatsächlich an für ihn relevante Informationen gelangt, oftmals einer sorgfältigen Planung.[8] Werden durch diese Prüfung nämlich tatsächlich Schwachstellen des Zielunternehmens offenbart, kann der Käufer diese Informationen insofern gewinnbringend für sich nutzen, als er seine Verhandlungsposition stärken oder eben gänzlich von der Transaktion Abstand nehmen kann.[9] In größeren Transaktionen stellt der Käufer deshalb regelmäßig „Due-Diligence-Teams“ zusammen, die sich allein der sorgfältigen Analyse des Zielunternehmens annehmen.[10] Je nachdem, wie viel Zeit und vor allem Kosten dem Käufer dabei zur Verfügung stehen, wird das Zielunternehmen entweder umfassend oder nur hinsichtlich einzelner Teilbereiche – wie etwa der gegenwärtigen Finanz-, Vermögens- und Ertragslage[11] – geprüft.[12] Die dadurch gewonnen Erkenntnis werden schließlich in einem Abschlussbericht, dem sog. „Due-Diligence-Report“, zusammengefasst und dem Käufer vorgelegt.[13]

II. Verkehrssitteneigenschaft der „Due Diligence“

Hinsichtlich der Frage, ob das Unterlassen der „Due Diligence“ als grobe Fahrlässigkeit i.S.d. § 442 Abs. 1 S. 2 BGB zu bewerten ist, bleibt zunächst einmal festzuhalten, dass sie zwar regelmäßig geboten ist, den Käufer dahingehend aber jedenfalls keine allgemeine Prüfungspflicht trifft.[14] Die in § 442 Abs. 1 S. 2 BGB vorausgesetzte grobe Fahrlässigkeit kann mithin nur in Betracht kommen, wenn die „Due Diligence“ sich im deutschen Raum generell als Verkehrssitte gefestigt hat und man aufgrund dessen vom Käufer die Durchführung einer solchen nach Treu und Glauben erwarten dürfte respektive verlangen könnte.[15]

Dem Umstand geschuldet, dass es bislang an einer gesetzlichen Definition des Verkehrssittenbegriffs fehlt,[16] sind die Ausführungen der Rechtsprechung diesbezüglich maßgeblich.[17] Danach ist von dem Vorliegen einer Verkehrssitte auszugehen, wenn es sich um eine im Verkehr der beteiligten

[1] So konnten Unternehmenstransaktionen im Jahre 2019 weltweit ein Volumen von mehr als 3.300 Mrd. USD aufweisen, vgl. Mergermarket, Global & Regional M&A-Report 2019, 4.
[2] Vgl. *Berens/Knauer/Strauch*, in: Berens u.a., Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 8. Aufl. 2019, S. 4.
[3] Schon der Securities Act von 1933 regelte erstmalig die Offenlegung verschiedener Informationen bei der Ausgabe von Wertpapieren, vgl. *James*, Michigan Law Review 1934, 624 (630, 632).
[4] Vgl. *Sher*, Juta’s Business Law 1998, 15 (15).
[5] *Korch*, JuS 2018, 521 (525); vgl. auch *Saltz*, Probate and Property 2008, 32 (32).
[6] *Gottgetreu/Petrikowski*, in: Sinewe, Unternehmenskauf in der Steuerpraxis, 2. Aufl. 2018, S. 20.
[7] Die Pflicht des Vorstandes zur gründlichen Überprüfung vor dem Erwerb gem. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG betrifft lediglich die Innenhaftung und kann zur Beantwortung dieser Frage nicht gewinnbringend herangezogen werden, vgl. *Picot*, in: Berens u.a., Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 8. Aufl. 2019, S. 243.
[8] *Hörtnagl/Zwirner*, in: Hettler/Stratz/Hörtnagl, Beck’sches Mandatshandbuch, Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2013, § 2 Rn. 121.
[9] Vgl. *Friese/Mittendorf/Graf von der Schulenberg*, WiSt 2005, 548 (552).
[10] *Harrer*, DStR 1993, 1673 (1674).
[11] Sog. Financial Due Diligence, vgl. dazu *Ganzert/Kramer*, WPg 1995, 576 (576).
[12] *Andreas*, in: Beisel/Andreas, Beck’sches Mandatshandbuch, Due Diligence, 3. Aufl. 2017, § 8 Rn. 13.
[13] *Peter/Graser*, DStR 2009, 2032 (2035).
[14] Vgl. etwa *Lubos*, DStR 1999, 951 (952).
[15] *Hörmann*, in: Birk, Transaktionen, Vermögen, Pro Bono: Festschrift zum zehnjährigen Bestehen von P + P Pöllath + Partners, 2008, S. 135 (159).
[16] *Schubert*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 242 Rn. 11.
[17] Vgl. *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 157 Rn. 16.

Kreise herrschende tatsächliche Übung handelt, die aber jedenfalls auch eine gewisse Festigkeit erreicht hat.[18] Vor diesem Hintergrund reicht es nicht aus, wenn die Übung zwar überwiegend, aber oftmals eben auch nicht befolgt wird.[19] Übertragen auf die „Due Diligence" bedeutet dies: Stellt die „Due Diligence" bei Unternehmenstransaktionen eine hinreichend verfestigte Übung dar, ist sie als Verkehrssitte mit der Folge zu qualifizieren, dass der Käufer bei Nichtführung dieser grob fahrlässig i.S.d. § 442 Abs. 1 S. 2 BGB gehandelt hat.[20]

1. Zum Teil wird vertreten, dass die „Due Diligence" (schon) heute als Verkehrssite zu qualifizieren sei.[21] Als das schwerwiegendste und im Ergebnis wohl einzige Argument wird dabei genannt, man könne empirischen Studien deutlich entnehmen, dass die „Due Diligence" zur Vorbereitung eines Unternehmenskaufs – auch bei rein innerdeutschen Transaktionen ohne jeglichen Auslandsbezug – nahezu immer durchgeführt werde: So habe etwa jeder M&A-Verantwortliche der deutschen DAX-30-Unternehmen schon 2003 bei einer Umfrage angegeben, die „Due Diligence" stelle in Deutschland mittlerweile eine Verkehrssitte dar.[22] Dies zeige, dass die „Due Diligence" im entsprechenden Verkehrskreis von Unternehmenskäufen eine gefestigte Übung und somit eine Verkehrssitte darstelle.[23]

2. Andererseits wird sehr überwiegend aber vertreten, dass die „Due Diligence" derzeit (noch) nicht als Verkehrssitte qualifiziert werden könne.[24] Argumentiert wird dies zunächst damit, dass selbst die in Bezug auf die „Due Diligence" aufgesetzten empirischen Studien im Ergebnis aufgrund der verhältnismäßig nur geringen Rücklaufquote nicht repräsentativ seien.[25] Doch selbst wenn dem nicht so wäre, könne allein aus der Häufigkeit der Durchführung jedenfalls keine Verkehrssitte abgeleitet werden, da dies der Individualität der „Due Diligence" nicht gerecht werden würde.[26]

Als weiteres Argument wird außerdem genannt, dass man im Hinblick auf die erheblichen Rechtsfolgen der Qualifizierung als Verkehrssitte – namentlich den Ausschluss der gesetzlichen Käuferrechte durch § 442 BGB – sehr strenge Anforderungen an den Begriff der Verkehrssitte stellen müsse.[27]

Zudem sei darüber hinaus schon wegen der verschiedenen Arten der „Due Diligence" und insbesondere wegen der zu großem Teil modifizierten[28] und eben nicht standardisierten Checklisten kein für die Verkehrssitte erforderlicher genereller Prüfungsmaßstab erkennbar.[29] Vielmehr sei die Durchführung der „Due Diligence" in der Praxis schon der Natur der Sache nach an die Bedürfnisse der verschiedenen Unternehmen gebunden, sodass sie sich nach den Umständen des Einzelfalls zu richten habe.[30] Deshalb lasse sich die „Due Diligence" jedenfalls nicht mit den Fällen vergleichen, in denen die Rechtsprechung tatsächlich eine Verkehrssitte angenommen hat – wie etwa für den Fall, dass dem Käufer eines Gebrauchtwagens die Pflicht zur Probefahrt auferlegt wurde.[31] Dort sei für den Käufer nämlich anders als bei der „Due Diligence" erkennbar, welche Nachforschungsanstrengungen er zu leisten habe.[32]

Auch die Tatsache, dass der Umfang, die Dauer, die Art und die Intensität der „Due Diligence" von den Parteien in der Praxis häufig erst noch ausverhandelt werden müssen,[33] spreche schließlich dafür, dass die „Due Diligence" in jedem Fall nicht als sich ständig wiederholende Übung und somit als Verkehrssitte bewertet werden dürfe.[34]

III. Stellungnahme

Fraglich ist nun also, welcher der beiden Auffassungen im Ergebnis zu folgen ist. Vor diesem Hintergrund bleibt zunächst zu sagen, dass beide Auffassungen sich auf Studien bzw. Befragungen beziehen, die knapp 20 Jahre und zum Teil sogar noch länger zurückliegen. Diese besitzen, unabhängig von ihren Ergebnissen, schon deshalb kaum eine Aussagekraft, weil die Wirtschaft sehr dynamisch ist und auch extrem von äußeren Faktoren abhängt – bestes Beispiel dafür ist wohl die aktuelle COVID-19-Krise, die den M&A-Markt in ihrer ersten Welle beinahe völlig stillgelegt hat.[35] Vielmehr müssen die Ergebnisse aktueller Umfragen herangezogen werden, welche dann auch als Fundament dienen können, in die eine oder andere Richtung zu argumentieren. Diesbezüglich kann beispielhaft etwa genannt werden, dass nach einer Umfrage des FINANCE-Magazins aus dem Jahre 2019 32 %

[18] RGZ 110, 47 (49); RG, Urt. v. 10.1.1925 – I 106/25; BGH, Urt. v. 30.3.1990 – V ZR 113/89, Rn. 10.
[19] RGZ 75, 338 (340); RG, Urt. v. 17.2.1911 – II 211/10.
[20] Vgl. *Ehring*, Die Due Diligence im Spannungsverhältnis zwischen kaufrechtlichem Haftungssystem und vertraglicher Gestaltung, 2010, S. 180.
[21] So etwa: *Vogt*, DStR 2001, 2027 (2031); *Bank*, in: Patzina u.a., Haftung von Unternehmensorganen, 2020, Kap. 6 Rn. 295; *Böttcher*, NZG 2005, 49 (50).
[22] Vgl. *Böttcher*, Verpflichtung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft zur Durchführung einer Due Diligence beim Beteiligungserwerb, 2005, S. 141 ff.
[23] Vgl. *Böttcher*, NZG 2005, 49 (50).
[24] So etwa: *Rittmeister*, NZG 2004, 1032 (1032); *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841 (847); *Loges*, DB 1997, 965 (968); *Müller*, NJW 2004, 2196 ff.
[25] Vgl. *Picot* (Fn. 7), S. 245 m.w.N., wobei diesbezüglich lediglich auf eine 1999 eigens von *Berens* und *Strauch* durchgeführte Studie Bezug genommen wird, die eine Rücklaufquote von nur 11,3 % verzeichnen konnte.
[26] *Ehring* (Fn. 20), S. 181.
[27] *Westermann*, ZHR 2005, 248 (264).
[28] Vgl. bezüglich modifizierter Checklisten etwa *Chu*, Business Law Today 1997, 8 (11), der dazu rät, eine „master due diligence checklist" anzufertigen und diese als Grundlage für modifizierte Checklisten zu nehmen.
[29] *Ehring* (Fn. 20), S. 180; vgl. auch: *Picot* (Fn. 7), S. 245.
[30] *Müller*, NJW 2004, 2196 (2198).
[31] Vgl. OLG Köln, Urt. v. 8.4.1992 – 2 U 90/91, Rn. 29 bzgl. der Besichtigungspflicht des Käufers.
[32] *Hörmann* (Fn. 15), S. 159.
[33] Vgl. *Picot* (Fn. 7), S. 245.
[34] Vgl. Fn. 24; im Ergebnis so auch: *Beisel*, in: Beisel/Andreas, Beck'sches Mandatshandbuch, Due Diligence, 3. Aufl. 2017, § 2 Rn. 9.
[35] Vgl. dazu Finance, M&A Panel, Umfrage April 2020 – Ergebnisse, S. 2.

der M&A-Verantwortlichen von Unternehmen der Auffassung seien, eine umfassende „Due Diligence“ werde in den nächsten Jahren noch wichtiger sein als ohnehin schon – die restlichen 68 % sehen eine zumindest gleichbleibende Bedeutung.[36]

Hat man solch aktuelle Ergebnisse sodann vorliegen, können diese auch nicht – wie von der zweiten Auffassung vertreten – mit dem Argument unberücksichtigt bleiben, sie würden nicht repräsentativ sein: Umfragen bzw. Studien können schon der Natur der Sache nach nicht immer absolut vollumfassend die tatsächliche Sachlage widerspiegeln. Sicherlich wird es auch Fälle geben, in denen die „Due Diligence“ nicht vollzogen wird; es ist aber schon aus praktischen Gründen darauf zu vertrauen, dass den Befragten eine hinzunehmende Repräsentativitätsfunktion zukommt. Ansonsten besäße eine Umfrage de facto keinen Nutzen und würde ihrer Sinnhaftigkeit beraubt werden. Die Ergebnisse müssen also, wie von der ersten Auffassung im Grunde genommen richtig erkannt, berücksichtigt und in die Bewertung der Frage nach der Verkehrssitteneigenschaft einfließen.

Des Weiteren vermag auch das Argument, die Verkehrssitteneigenschaft der „Due Diligence“ müsse aufgrund der scharfen Rechtsfolgen von § 442 BGB abgelehnt werden, im Ergebnis nicht zu überzeugen: Zwar sind die mit der Bejahung der Verkehrssitte einhergehenden Rechtsfolgen des § 442 BGB im Grundsatz tatsächlich sehr weittragend und schwer. Dies ist wohl auch der Grund, weshalb die Rechtsprechung die Verkehrssitteneigenschaft nur in wenigen Fällen explizit bejaht hat.[37] Jedoch ist gerade in der M&A-Praxis zu beachten, dass das gesetzliche Gewährleistungsrecht – und mithin auch § 442 BGB – in den allermeisten Unternehmenskaufverträgen ohnehin abbedungen[38] und durch ein eigens entwickeltes vertragliches Gewährleistungsrecht ersetzt wird.[39] In diesen absolut regelmäßig stattfindenden Fällen kommt es auf die Rechtsfolge des § 442 BGB mithin gar nicht mehr an. Im Ergebnis greift das Argument der zweiten Auffassung hier somit sicherlich theoretisch, aber jedenfalls für den allergrößten Teil der Fälle nicht praktisch.

Schließlich ist auch dem Argument, die verschiedenen Arten bzw. Konstellationen der „Due Diligence“ und die damit einhergehende Unvergleichbarkeit mit den von der Rechtsprechung anerkannten Fälle würden gegen die Verkehrssitteneigenschaft sprechen, nicht zuzustimmen. Die Vertreter dieser Auffassung erkennen zwar richtigerweise, dass im Rahmen einer „Due Diligence“ tatsächlich sehr vieles zu verhandeln ist und die „Due Diligence“ mithin eine naturgemäße Individualität aufweist. Sie verkennen allerdings entscheidend, dass allein die Verhandlungen über das „Wie“ der Durchführung nicht per se gegen die Verkehrssitteneigenschaft der „Due Diligence“ spricht, da wegen der durch die Studien belegten Häufigkeit der „Due Diligence“ jedenfalls vom „Ob“ der Durchführung auszugehen ist. Mithin kann in jedem Fall von einer für die Verkehrssitte notwendigen tatsächlichen Übung von gewisser Festigkeit im entsprechenden Verkehrskreis gesprochen werden.

Dass dieser Fall damit zwar in gewisser Weise unvergleichbar mit den von der Rechtsprechung anerkannten Fällen ist, stimmt zwar grundsätzlich, vermag die Ablehnung der „Due Diligence“ als Verkehrssitte im Ergebnis aber ebenfalls nicht zu begründen: Allein die Tatsache, dass ein Fall den von der Rechtsprechung anerkannten Fällen nicht absolut gleich gelagert ist, kann nicht ohne Weiteres gegen die Verkehrssitteneigenschaft der „Due Diligence“ sprechen. Diese Fälle sollten nämlich nicht als absoluter Maßstab, sondern vielmehr lediglich als Orientierung verstanden werden. Gelingt ein in allen Hinsichten treffender Vergleich mit diesen Fällen wie vorliegend wegen der naturgemäßen Individualität der „Due Diligence“ nicht, ist der von der Rechtsprechung entwickelte Grundsatz heranzuziehen und die Sachlage sauber darunter zu subsumieren.

Kommt man in der Subsumtion sodann zu dem Ergebnis, dass die „Due Diligence“ – wie bereits festgestellt – eine tatsächliche und gefestigte Übung darstellt und mithin die Verkehrssitteneigenschaft begründet, widerspricht dies jedenfalls den bisherigen Ausführungen der Rechtsprechung nicht. Auch geht damit ein dogmatisch absolut sauberes und wegen der in diesem Fall faktisch eben nicht weitreichenden Rechtsfolgen für den Käufer interessensgerechtes Ergebnis einher.

Insgesamt bleibt somit also zu sagen, dass die Argumente der zweiten Auffassung jedenfalls qualitativ nicht überzeugen können. Die „Due Diligence“ ist im Ergebnis mithin, wie von der ersten Auffassung richtigerweise vertreten, als Verkehrssitte einzustufen und dass Unterlassen dieser als grobe Fahrlässigkeit gem. § 442 Abs. 1 S. 2 BGB zu bewerten.

---

[36] Vgl. Finance (Fn. 35), S. 5.

[37] So wurde das Vorliegen einer Verkehrssitte etwa auch bei dem Erwerb von Häusern, Kunstwerken und auch Antiquitäten angenommen, vgl. dazu etwa LG Bielefeld, Urt. v. 20.9.1988 – 23 O 101/88, Rn. 18.

[38] Teilweise wird durch sog. „sandbagging“-Klauseln stattdessen auch vereinbart, dass die Garantieansprüche des Käufers trotz jeder Kenntnis unberührt bleiben, vgl. dazu: *Beisel*, in: Beisel/Klumpp, Der Unternehmenskauf, 7. Aufl. 2016, § 16 Rn. 153 f. Im Ergebnis kommt es dann aber dennoch nicht auf die Verkehrssitteneigenschaft an.

[39] *Gottgetreu/Petrikowski* (Fn. 6), S. 25 f.

Allgemeines Persönlichkeitsrecht 2.0*

Braucht das APR im digitalen Zeitalter ein Update?

Von Stud. iur. **Britt Brüggen** LL.B., Prof. Dr. **Emanuel V. Towfigh**, Wiesbaden**

I. Einleitung

„Privacy is no longer a social norm."[1] Bei diesen Worten des Facebook-Gründers *Zuckerberg* drängt sich die Frage auf: Was ist mit der Privatheit in der Digitalität und deren Schutz durch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht?[2] Um die grundrechtskonzeptionelle Einordnung des APRs in diesem Zusammenhang zu erfassen, bedarf es der Beschreibung der Digitalisierung als tatsächlichem und des APRs als rechtlichem Anknüpfungspunkt.

II. Tatsächlicher Anknüpfungspunkt: Digitalisierung

Wir stehen noch am Anfang der Digitalität. Sie löst das „Industriezeitalter" ab[3] und läutet mit der vierten Stufe der industriellen Revolution[4] den Übergang in die Digitalgesellschaft ein.[5]

Digitalisierung ist in ihrer mathematisch-physikalischen Banalität betrachtet die Darstellung binärer Einsen und Nullen mittels diskreter Signale.[6] Dennoch ist sie viel mehr. Digitalisierung führt über die „rechnende Bewältigung informatisierter Kommunikation" zugleich zu einem Verlust des Körperlichen, einem Schwund des „haptisch Fassbaren" mittels Virtualisierung.[7]

Hard- und auch Softwareentwicklungen als Treiber der Digitalisierung folgen unter anderem zwei Gesetzmäßigkeiten mit erheblichen Kräften. Nach der empirischen Faustregel von *Moore's Law* wächst die Anzahl der integrierten Schaltkreise regelmäßig von Generation zu Generation in wenigen Jahren exponentiell an.[8] Ökonomisch führt das zu stark steigenden Leistungen bei gleichbleibenden oder fallenden Preisen.[9] Dieser Entwicklungstreiber hat nicht nur eine technische, sondern auch eine wichtige ökonomische Funktion und Wirkungsmacht auf der Angebotsseite.[10]

Auf der Nachfrageseite wirkt *Metcalfe's Law*. Es beschreibt den Wert der Vernetzung, der mit der zweiten Potenz der Anzahl der Nutzer (n^2-n) steigt.[11] Dabei drückt die Potenz von n^2 die exponentielle Kraft der Vernetzung als technischen und ökonomischen Treiber aus. Das ist umso bemerkenswerter, als die Variable „*n*" für menschliche Nutzer, aber auch für Computer oder RFID-Chips (= Radio Frequency Identification) der intelligenten Gegenstände (smart objects)[12] stehen kann.

Die Treiber der digitalen Ökonomie erklären die grundsätzliche Bedeutung der angebotsspezifischen Kapazitäts- und nachfrageorientierten Vernetzungspotenziale der Digitalität. Entscheidend ist: Ihre Wirkungsmacht ist exponentiell.

Die Zahlen zum Internet vermitteln einen skizzenhaften Eindruck seiner wachsenden Bedeutung. 91 % der Bevölkerung[13], mehr als 75 Mio. Menschen[14], nutzen in Deutschland das Internet; 90 % mindestens einmal pro Tag,[15] im Durchschnitt ca. drei Stunden.[16]

---

* Der Beitrag fußt auf *Brüggens* Bearbeitung einer Hausarbeit im Rahmen des Schwerpunktbereichs „Recht und Digitalisierung" an der EBS Law School, die für die Veröffentlichung überarbeitet wurde.

** *Britt Brüggen* ist Studentin an der EBS Law School in Wiesbaden und dort studentische Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Empirische Rechtsforschung und Rechtsökonomik von Prof. *Dr. Emanuel V. Towfigh*.

[1] *Johnson*, The Guardian, International Edition, 2010.

[2] Nachfolgend APR genannt.

[3] *Stengel/van Looy/Wallaschkowski*, in: Stengel/van Looy/Wallaschkowski (Hrsg.), Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft, 2017, S. 1 f.; *Jischka*, in: Parodi/Schaffer/Banse (Hrsg.), Wechselspiele: Kultur und Nachhaltigkeit, 2010, S. 151 f.

[4] *Grünwied*, Usability von Produkten und Anleitungen im digitalen Zeitalter, 2017, S. 15.

[5] *van Looy*, in: Stengel/van Looy/Wallaschkowski (Fn. 3), S. 51 f.

[6] Vgl. z. B. *Scheithauer*, Signale und Systeme, 2. Aufl. 2004, S. 262.

[7] *Ernst*, in: Jäger u.a. (Hrsg.), Sprache – Kultur – Kommunikation/Language – Culture – Communication: Ein internationales Handbuch zu Linguistik als Kulturwissenschaft, 2016, S. 458 (461).

[8] Vgl. zum *Moore*schen Gesetz z.B. *Vowinkel*, in: Stengel/van Looy/Wallaschkowski (Fn. 3), S. 91; *Grötschel/Lucas/Mehrmann*, Produktionsfaktor Mathematik, 2009, S. 211.

[9] *Tercek/Schieberle*, Vaporisiert, 2017, S. 1.

[10] *Yoo*, Colorado Technology Law Journal 14 (2015), 87 (88).

[11] *Downes/Mui*, Unleashing the killer app, 1998, S. 37; *Laudon/Laudon/Schoder*, Wirtschaftsinformatik, 2. Aufl. 2010, S. 223; *Stoll*, IT-Management, abrufbar unter https://www.degruyter.com/document/doi/10.1524/9783486844443/html (27.7.2021);
Hierholzer (Hrsg.), Phasensprünge und Stetigkeit in der natürlichen und kulturellen Welt, 1998, S. 288.

[12] Vgl. zu Begriff und Funktionsweise von RFID-Chips, z.B. *Stapelkamp*, Web X.0, 2010, S. 560.

[13] Vgl. Grafik Internetnutzung von Personen 2019, in: Statistisches Bundesamt, Private Haushalte in der Informationsgesellschaft (IKT), 2019, abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Einkommen-Konsum-Lebensbedingungen/_Grafik/_Interaktiv/it-nutzung-alter.html (28.7.2021).

[14] Bevölkerungsstand am 31.12.2019: 83,2 Mio. Einwohner, vgl. Statistisches Bundesamt, 2019, abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/06/PD20_223_12411.html (11.7.2021), voraussichtlich geringstes Bevölkerungswachstum seit 2012.

[15] Durchschnittliche Nutzung des Internets durch Personen (1. Quartal 2019), Statistisches Bundesamt, Private Haushalte in der Informationsgesellschaft (IKT), 2019, abrufbar unter

Die „digital- und vernetzt getriebene Transformation“[17] in die Digitalität wirkt auf unsere Kommunikation, Interaktion, Arbeit und Privatheit ein.[18] Kurzgefasst: Unser aller Leben wird in einen neuen Kontext gestellt, mit enormer Kraft, rasanter Geschwindigkeit und einer erweiterten Realität als Ziel.

III. Rechtlicher Anknüpfungspunkt: Beschreibung des APRs

Das APR wurde durch die Rechtsprechung des BVerfGs „verselbstständigt“[19], um die engere persönliche Lebenssphäre und ihre Grundbedingungen zu gewährleisten.[20] Es begründet einen Abwehranspruch gegen den Staat. Im Verhältnis zu Dritten übernehmen das Zivil- und Strafrecht die Schutzfunktion als Ausdruck der staatlichen Schutzpflicht.[21]

1. Schutzbereiche

Der Inhalt des APRs wird vom BVerfG weder allgemein noch abschließend definiert.[22] Es ist vielmehr durch die Kasuistik richterlicher Rechtsfortbildung geprägt, so dass es sich im Verhältnis zu den speziellen „benannten“ Freiheitsrechten um ein „unbenanntes“ Freiheitsrecht handelt,[23] dessen Gehalt durch spezifische Ausprägungen (Fallgruppen) des APRs bestimmt werden.[24] Dies ist sowohl für den sachlichen, aber auch für den persönlichen Schutzbereich des APRs von Bedeutung.

a) Sachlich

Diese Ausprägungen des APRs können durch sachliche Aggregation verschiedenen Kategorien zugeordnet werden, die keiner abschließenden Systembildung, sondern der Darstellung der Einzelaspekte dienen. Hierzu soll auf der Grundlage der selbstgewählten Systematik auf drei Oberbegriffe abgestellt werden.[25]

aa) Privatheit durch Selbstbestimmung

Die Kategorie der Selbstbestimmung umfasst die Intimsphäre und die informationelle Selbstbestimmung.[26] Selbstbestimmung ist das Recht des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner personenbezogenen Daten bestimmen zu können.[27] Die Intimsphäre umfasst den familiären Bereich und die persönlichen, einschließlich der geschlechtlichen Beziehungen zu einem Partner.[28] Beide Fallgruppen lassen im allgemeinen keine Defizite im Kontext der Digitalität erkennen, die ein Eingreifen des Verfassungsgesetzgebers oder eine Weiterentwicklung durch die Verfassungsgerichte erfordern würden. Mit Blick auf spezifische Ausprägungen der Digitalität wird dies unten aber noch näher zu thematisieren sein.

bb) Vertraulichkeit und Integrität der Privatheit

Dieser Kategorie können folgende Fallgruppen zugeordnet werden:

- Vertraulichkeit der persönlichen Unterlagen[29] (insbesondere Tagebücher sowie Krankenakten[30]),
- Vertraulichkeit der Kommunikation[31] (insbesondere private Kommunikation[32] wie z.B. private Chat-Nachrichten[33] oder ein Post innerhalb einer geschlossenen Gruppe[34]),

https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Einkommen-Konsum-Lebensbedingungen/IT-Nutzung/Tabellen/durchschnittl-nutzung-alter-ikt.html (28.7.2021).

[16] Vgl. ARD/ZDF Forschungskommission, ARD/ZDF Onlinestudie 2019, abrufbar unter https://www.ard-zdf-onlinestudie.de/ardzdf-onlinestudie/infografik/ (11.7.2021).

[17] *Lemke/Brenner/Kirchner*, Einführung in die Wirtschaftsinformatik, 2017, S. 188.

[18] *Stapelkamp*, (Fn. 12), S. 3.

[19] *Badura*, Staatsrecht, Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 7. Aufl. 2018, Teil C Rn. 34.

[20] *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 15.

[21] *Badura* (Fn. 19), Teil C Rn. 36.

[22] BVerfG, Beschl. v. 13.6.2007 – 1 BvR 1783/05, Rn. 71.

[23] BVerfG, Beschl. v. 3.6.1980 – 1 BvR 185/77, Rn. 13.

[24] *Horn*, in: Stern/Becker (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 37.

[25] Zu anderen Möglichkeiten der Kategorienbildung vgl. z.B. *Martini*, JA 2009, 839 (845); *Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 2007, S. 65 ff.; *Horn*, (Fn. 24), Art. 2 Rn. 37 ff.; *Hufen*, Staatsrecht II, Grundrechte, 8. Aufl. 2020, § 11 Rn. 5; *Jarass*, NJW 1989, 857 (858 f.).

[26] Dazu grundlegend BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, Rn. 145 ff.; weiterentwickelt u.a. z.B. durch BVerfG, Beschl. v. 11.6.1991 – 1 BvR 239/90, Rn. 10 ff.; BVerfG, Urt. v. 8.6.1997 – 1 BvR 2111/94, 38 ff.; BVerfG, Kammerbeschl. v. 14.12.2000 – 2 BvR 1741/99, Rn. 51 ff.; BVerfG, Beschl. v. 12.4.2005 – 2 BvR 1027/02, Rn. 81 ff.; BVerfG, Beschl. v. 4.4.2006 – 1 BvR 518/02, Rn. 68 ff.; BVerfG, Beschl. v. 13.6.2007 – 1 BvR 1550/03, Rn. 84 ff.; BVerfG, Urt. v. 11.3.2008 – 1 BvR 2074/05, Rn. 61 ff.; BVerfG, Urt. v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08, Rn. 191, 195.

[27] BVerfG, Beschl. v. 4.4.2006 – 1 BvR 518/02, Rn. 69 ff.

[28] Vgl. z.B. BVerfG, Beschl. v. 6.5.1997 – 1 BvR 409/90, Rn. 15; BVerfG, Beschl. v. 15.1.1970 – 1 BvR 13/68, Rn. 17.

[29] BVerfG, Beschl. v. 26.4.1994 – 1 BvR 1689/88, Rn. 21 ff.; *Schmidt*, in: Müller-Glöge/Franzen/Preis (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2021, GG Art. 2 Rn. 36.

[30] BVerfG, Beschl. v. 14.7.1964 – 1 BvR 352/64, Rn. 22; BVerfG, Beschl. v. 14.9.1989 – 2 BvR 1062/87, Rn. 14 ff.

[31] BVerfG, Beschl. v. 26.4.1994 – 1 BvR 1689/88, Rn. 21 (juris); BVerfG, Beschl. v. 9.10.2002 – 1 BvR 1611/96, Ls. 3.

[32] *Schmidt* (Fn. 29), GG Art. 2 Rn. 36.

[33] Vgl. OLG Hamburg, Beschl. v. 4.2.2013 – 7 W 5/13, Ls. 1.

[34] Vgl. OLG Hamburg, Beschl. v. 4.2.2013 – 7 W 5/13, Ls. 1.

- Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme[35], sog. Computergrundrecht[36] sowie
- das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung.[37]

Besondere Hürden sind mit Blick auf die zunehmende Digitalisierung im Kontext dieser Schutzbereiche zunächst nicht zu erkennen.

cc) Soziale Reflexion der Persönlichkeit

Die soziale Reflexion umfasst die Selbstdarstellung des Einzelnen in der Öffentlichkeit:

- das Recht
  - am eigenen Bild[38],
  - am eigenen Wort[39],
  - am eigenen Namen[40],
  - auf Gegendarstellung[41],
- das Schweigerecht im Strafverfahren[42] sowie
- den Ehrenschutz[43].

Zu Letzterem ist anzumerken, dass vor dem Hintergrund des Rechts auf Anonymität im Internet Beleidigung, üble Nachrede oder Verleumdung oft ungeahndet bleiben.[44] Die Bedeutung des Ehrenschutzes basiert auf dem „Dilemma der Anonymität“[45] des Netzes. Zum einen kommt dem Bürger ein Recht auf Anonymität zu, als Ausfluss der geschützten Persönlichkeitsentfaltung, und zum anderen besteht die Pflicht des Staates den Einzelnen durch Schutzmaßnahmen vor Gefahren wie Terrordrohungen, Beleidigungen, etc. zu schützen.

Dieser Schutz kann im Internet jedoch nur durch eine Identifizierung der einzelnen Akteure und somit mit einer Durchbrechung der Anonymität erreicht werden.[46] Demgegenüber erwächst die besondere Dimension, die das Recht am eigenen Bild einnimmt, aus der Masse und der Verfügbarkeit im Netz. Gleichzeitig verliert das gesprochene Wort im Netz seine sprichwörtliche Flüchtigkeit. Seine digitale Manifestation kann mit und ohne Zustimmung oder Kenntnis des Urhebers kopiert und vervielfältigt werden.[47] Trotz dieser Beispiele sind im Allgemeinen keine Probleme erkennbar, die das Eingreifen des Verfassungsgesetzgebers oder der Verfassungsrechtsprechung erzwingen oder nahelegen.

dd) Übersicht

Die Schutzbereiche lassen sich somit wie folgt systematisieren:

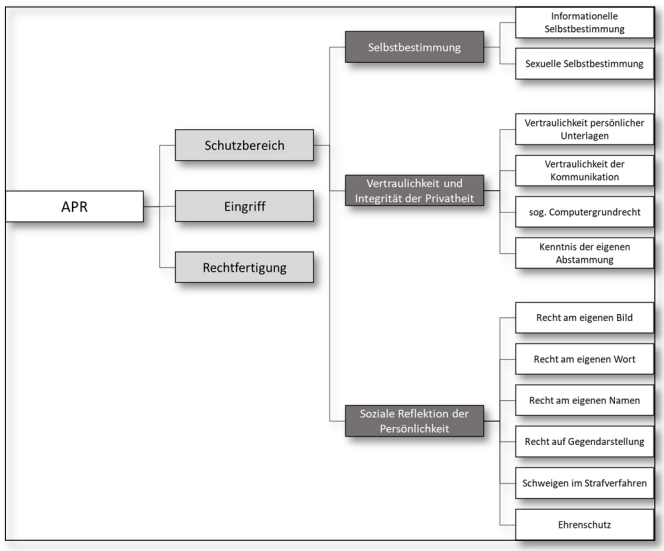


Abbildung 1: Kategorien der Schutzbereiche

Das APR ist ein durch richterliche Rechtsfortbildung geprägtes Grundrecht ohne abschließende Definition.[48] An die Stelle einer Definition treten an der personalen Autonomie orientierte Schutzbereiche.

Die Darstellung der Schutzbereiche belegt eine fortlaufende Anpassung an sich wandelnde Verhältnisse.[49] Diese erfolgt nicht durch die Entdeckung neuer Grundrechte[50], sondern durch die Entwicklung „basisinnovativer“[51] Schutz- und

[35] BVerfG, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, Rn. 167 ff.
[36] *Martini*, JA 2009, 839 (840); *Kutscha*, NJW 2008, 1042 (1044).
[37] BVerfG, Urt. v. 31.1.1989 – 1 BvL 17/87, Rn. 43.
[38] BVerfG, Beschl. v. 31.1.1973 – 2 BvR 454/71, Ls. 1; BVerfG, Urt. v. 5.6.1973 – 1 BvR 536/72, Rn. 50; BVerfG, Beschl. v. 3.6.1980 – 1 BvR 185/77, Rn. 14; BVerfG, Urt. v. 17.2.1998 – 1 BvF 1/91, Rn. 141.
[39] BVerfG, Beschl. v. 31.1.1973 – 2 BvR 454/71, Rn. 32; BVerfG, Beschl. v. 3.6.1980 – 1 BvR 797/78, Rn. 23; BVerfG, Beschl. v. 26.6.1990 – 1 BvR 776/84, Rn. 102; BVerfG, Kammerbeschl. v. 19.12.1991 – 1 BvR 382/85, Rn. 17.
[40] BVerfG, Beschl. v. 8.3.1988 – 1 BvL 9/85, Ls. 1; BVerfG, Urt. v. 30.1.2002 – 1 BvL 23/96, Rn. 51; BVerfG, Urt. v. 18.2.2004 – 1 BvR 193/97, Ls. 1.
[41] BVerfG, Beschl. v. 8.2.1983 – 1 BvL 20/81, Rn. 13; BVerfG, Kammerbeschl. v. 25.8.1998 – 1 BvR 1435/98, Rn. 29.
[42] BVerfG, Beschl. v. 8.10.1974 – 2 BvR 747/73, Rn. 21; *Martini*, JA 2009, 839 (841).
[43] Grundlegend dazu insbesondere BVerfG, Beschl. v. 3.6. 1980 – 1 BvR 797/78, Rn. 23; ferner BVerfG, Beschl. v. 19.4.1990 – 1 BvR 40/86, Rn. 29; BVerfG, Beschl. v. 26.6. 1990 – 1 BvR 1165/89, Rn. 35.
[44] Insgesamt zur Problematik *Brunst*, Anonymität im Internet – rechtliche und tatsächliche Rahmenbedingungen, 2009, sowie *Heckmann*, NJW 2012, 2631 (2631 f.).
[45] Vgl. dazu *Heckmann*, NJW 2012, 2631 (2632).
[46] Vgl. dazu *Heckmann*, NJW 2012, 2631 (2632).
[47] Aus der neueren Rechtsprechung: BVerfG, Beschl. v. 9.10.2002 – 1 BvR 1611/96, Rn. 32; BGH, Urt. v. 18.2.2003 – XI ZR 165/02, Ls. 1, 2.
[48] BVerfG, Beschl. v. 13.6.2007 – 1 BvR 1783/05, Rn. 71.
[49] *Rensen/Brink*, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 119.
[50] So aber wohl *Hornung*, Grundrechtsinnovationen, 2015, S. 282.
[51] *Hornung* (Fn. 50), S. 282.

Gewährleistungsräume für neue Phänomene[52], sobald eine Weiterentwicklung geboten ist.[53]

Die Offenheit gegenüber Weiterentwicklungen ist ein Strukturprinzip der Verfassung.[54] Diese ist nicht grenzenlos, weil insbesondere das Richterrecht das Schutzniveau nicht ändern darf.[55] Die Notwendigkeit der Weiterentwicklung und deren Grenzen bilden ein Spannungsverhältnis, das jeweils mit Blick auf den betroffenen Schutzbereich angemessen aufgelöst werden muss.[56]

b) Persönlich

Im persönlichen Schutzbereich ergeben sich bis jetzt keine Besonderheiten im Rahmen der Digitalität. Dennoch sind in der Zukunft vermehrt Diskussionen über die Rechtspersönlichkeit und somit auch über die Anwendbarkeit von Rechten auf autonome Systeme zu erwarten.[57]

2. Eingriff

Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet die allgemeine Handlungsfreiheit in einem umfassenden Sinn.[58] Dies gilt so nicht für das APR. Die durch Einzeltatbestände geprägte Kasuistik des APRs ist Ausdruck der personalen Autonomie.[59] Folglich ist der Schutzbereich des APRs deutlich klarer bestimmt und enger gefasst als der offene Tatbestand der allgemeinen Handlungsfreiheit.[60] Es bedarf keines einengenden Eingriffsbegriffs, um eine Uferlosigkeit der Gewährleistungen zu verhindern.[61] Jede unmittelbare oder mittelbare, rechtliche oder tatsächliche staatliche Beeinträchtigung des APRs ist ein schutzbereichsrelevanter Eingriff.[62] Insoweit ergeben sich unter dem Gesichtspunkt der Digitalisierung keine Besonderheiten.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Bei der Rechtfertigung wird zunächst zwischen Schranken und Schranken-Schranken unterschieden.

a) Schranken der Gewährleistung

Die Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG findet Anwendung. Jedoch legt das BVerfG hier strenge Maßstäbe an.[63] Im Rahmen des APR findet die Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung besondere Bedeutung.[64] Weil das APR nur durch ein Gesetz beschränkt werden kann,[65] erfordert die verfassungsmäßige Ordnung für das APR ein förmliches Gesetz. Damit ist beim APR die Qualität eines Parlamentsvorbehalts[66] als Folge der personalen Autonomie[67] und der Nähe zu Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG gefordert.[68] Den Schranken des Sittengesetzes und der Rechte Dritter kommen insoweit eher eine zweitrangige Bedeutung zu.[69] Jedenfalls misst das BVerfG ihnen keine eigenständige Bedeutung im Rahmen des APR zu.[70]

b) Schranken-Schranken-Vorbehalt

Zu diesen Begrenzungen der Begrenzung gehören insbesondere die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, die praktische Konkordanz und vor allem die Verhältnismäßigkeit.

Die Verhältnismäßigkeit ist der Anknüpfungspunkt für die „Sphärentheorie" des BVerfGs, die der Frage nach den Grenzen der Begrenzbarkeit des APRs dient.[71] Für die Verhältnismäßigkeit kommt es auf die Eingriffsintensität an, die drei Sphären zugeordnet wird.[72] Die äußere Sphäre ist die Sozialsphäre.[73] Eingriffe werden nach den üblichen Kriterien der allgemeinen Handlungsfreiheit gerechtfertigt.[74] Die mittlere Sphäre ist die Privatsphäre. Sie erfasst den Menschen als

[52] *Aernecke*, Der Schutz elektronischer Daten im Verfassungsrecht, 2012, S. 154; a.A. *Volkmann*, der das Computergrundrecht als Qualität eines Grundrechts betrachtet, *ders.*, DVBl. 2008, 590 (590 f.).
[53] *Hornung* (Fn. 50), S. 282.
[54] *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, 94. Aufl. 2021, Art. 79 Rn. 2.
[55] *Michael/Morlok*, Grundrechte, 7. Aufl. 2020, § 22 Rn. 601; *Wehage*, Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme und seine Auswirkungen auf das Bürgerliche Recht, 2013, S. 17 f.
[56] *Adelberg*, Rechtspflichten und -grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke, 1. Aufl. 2019, S. 29, 39.
[57] So beispielhaft *Teubner*, Ancilla Iuris, 2018, 35 (36).
[58] BVerfG, Beschl. v. 6.6.1989 – 1 BvR 921/85, Rn. 62.
[59] *Horn* (Fn. 24), Art. 2 Rn. 36; *Degenhart*, JuS 1992, 361 (368).
[60] *Starck* (Fn. 20), Art. 2 Rn. 15.
[61] So aber zur allgemeinen Handlungsfreiheit *Pietzker*, in: Püttner (Hrsg.), Festschrift für Otto Bachof zum 70. Geburtstag am 6. März 1984, 1984, S. 131 (145 f.); *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 52. Aufl. 2016, Rn. 421 f.
[62] *Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. 2, 2010, § 56 Rn. 61.
[63] *Schmidt* (Fn. 29), GG Art. 2 Rn. 54.
[64] *Martini*, JA 2009, 839 (843).
[65] Vgl. z.B. BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, Rn. 151; BVerfG, Beschl. v. 9.3.1988 – 1 BvL 49/86, Rn. 29; BVerfG, Beschl. v. 26.4.1994 – 1 BvR 1299/89, Rn. 27.
[66] *Kloepfer* (Fn. 62), § 56 Rn. 63; *Kunig* (Fn. 55), Art. 2 Rn. 42; *Wermeckes*, NVwZ 2002, 49 (49); zweifelnd *Murswiek/Rixen*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 107; vgl. auch *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, 1992, S. 61; *Wülfing*, Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken, 1981, S. 181.
[67] *Horn* (Fn. 24), Art. 2 Rn. 36; *Degenhart*, JuS 1992, 361 (368).
[68] *Murswiek/Brixen* (Fn. 66), Art. 2 Rn. 90.
[69] *Martini*, JA 2009, 839 (843).
[70] Vgl. BVerfG, Beschl. v. 6.6.1989 – 1 BvR 921/85, Rn. 78.
[71] *Hofmann*, in: Birkenmaier/Butzer/Decken (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 14. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 18.
[72] *Murswiek/Brixen* (Fn. 66), Art. 2 Rn. 104.
[73] Vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 21.8.2006 – 1 BvR 2606/04, Rn. 31.
[74] *Murswiek/Brixen* (Fn. 65), Art. 2 Rn. 104.

gemeinschaftsbezogenes Wesen,[75] ein Eingriff kann nur unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, sprich durch schwerwiegende Interessen der Allgemeinheit bzw. Rechtsgüter von besonderem Gewicht, gerechtfertigt werden.[76] Die Kernsphäre ist die Intimsphäre als unantastbarer Bereich der privaten Lebensgestaltung und unmittelbarer Ausfluss der Menschenwürde. Dort ist ein Eingriff nicht zu rechtfertigen.[77] Die Übergänge zwischen den Sphären sind fließend. Dies ist mit Blick auf die Praktikabilität ein wichtiger Kritikpunkt.[78] Auch der Versuch einer Objektivierung für eine gestufte Betrachtung höchst subjektiver Sachverhalte, wie die Personalität und Individualität, birgt Schwierigkeiten.[79]

Die Sphärentheorie wird vom BVerfG in jüngeren Entscheidungen nicht mehr stringent angewendet. Zu einer Zuweisung der automatisierten Datenverarbeitung zu einer bestimmten Sphäre sah sich das Gericht nicht im Stande, weil dann der Schutz vor Verarbeitung und Weitergabe nicht ausreichend gewahrt sei.[80] Ob hier ein Rückzug eingeläutet wird, die Sphären lediglich „Anhaltspunkte für die Intensität der Betrachtung" sind[81] oder das Gericht die Sphärentheorie für die Digitalität weiterentwickelt[82], ist noch nicht absehbar. Schließlich fungiert die Sphärentheorie nur als Hilfsmaßstab für die jeweiligen Anforderungen an die stets erforderliche Einzelfallprüfung. Das hat keine strukturellen Auswirkungen.

4. Konkurrenzen und Spezialität

Nach dem Grundsatz der Spezialität kann sich der Einzelne nur dann auf das APR berufen, wenn seine Freiheit in einem „[…] betroffenen Lebensbereich unter dem gleichen Gesichtspunkt nicht bereits durch eine besondere Grundrechtsnorm geschützt wird."[83] Das APR ist also gegenüber besonderen grundgesetzlichen Ausprägungen des Persönlichkeitsrechts, wie z.B. der Gewissens- oder der Meinungsfreiheit,[84] subsidiär. Demgegenüber ist eine echte Grundrechtskonkurrenz zu anderen Grundrechten[85], wie z.B. dem Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG, denkbar. Bei der vertraulichen Kommunikation kommt ein Schutz nach Art. 10 und 13 GG ebenso in Betracht wie ein Schutz durch das APR.[86]

Wenn die aktuellen digitalen Themen, wie

- Bewertungsportale (Internet)[87]
- Demonstration (online)[88]
- Elektronische Petitionen[89]
- Online Eltern-Kind-Besuchszeiten[90]
- E-Mails[91]
- Digitales Erbe[92]
- Hybride Briefe[93]
- Recht auf Internet[94]
- Internetdienste[95]
- Intimsphäre (digital)[96]

[75] Zum Sozialbezug als Abgrenzungskriterium Intim-/Privatsphäre vgl. z.B. *Gössel*, GA 1991, 483 (504).
[76] BVerfG, Beschl. v. 15.01.1970 – 1 BvR 13/68, Rn. 23; BVerfG, Beschl. v. 31.1.1973 – 2 BvR 454/71, Rn. 30 ff.
[77] Vgl. z.B. BVerfG, Urt. v. 16.1.1957 – 1 BvR 253/56, Rn. 33; BVerfG, Beschl. v. 16.7.1969 – 1 BvL 19/63, Rn. 25; BVerfG, Beschl. v. 15.1.1975 – 2 BvR 65/74, Rn. 25; vgl. aber auch BVerfG, Beschl. v. 31.1.1973 – 2 BvR 454/71, Rn. 42 und insgesamt dazu *Teifke*, Das Prinzip Menschenwürde, 2011, S. 19 ff.
[78] *Murswiek/Brixen* (Fn. 66), Art. 2 Rn. 105.
[79] Vgl. hierzu *Firgt*, Strukturelle Analyse des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anhand des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, 2015, S. 264.
[80] BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, Rn. 53; *Dreier*, in: Hrsg. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl. 2015, Art. 2 Rn. 93.
[81] BVerfG, Beschl. v. 13.06.2007 – 1 BvR 1783/05, Rn. 89.
[82] Kontextabhängig, weil keine Daten belanglos sind, vgl. *Kloepfer* (Fn. 61), § 56 Rn. 92.
[83] Vgl. z.B. BVerfG, Beschl. v. 21.10.1981 – 1 BvR 52/81, Rn. 29; BVerfG, Beschl. v. 21.10.1981 – 1 BvR 52/81, Rn. 114.
[84] Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, 94. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 231.
[85] *Di Fabio* (Fn. 83), Art. 2 Rn. 235; zur partiellen Überschneidung des APRs mit speziellen Grundrechten vgl. BVerfG, Urt. v. 2.3.2006 – 2 BvR 2099/04, Rn. 85.
[86] *Kloepfer* (Fn. 62), § 56 Rn. 67.
[87] BGH, Urt. v. 23.06. 2009 – VI ZR 196/08, Rn. 27 ff.; *Petruzzelli*, MMR 2017, 800 (801); dazu insgesamt auch *Wiese*, JZ 2011, 608 (608 ff.).
[88] Zu Online-Treffen in der virtuellen Welt vgl. z.B. *Möhlen*, MMR 2013, 221 (228); zu Denial-of-Service-Attacken und virtuellen Sit-in vgl. z.B. *Dißmann*, Das virtuelle Sit-in als grundrechtlich geschützte Protestform? Betrachtung der verfassungsrechtlichen Rechtslage und deren Einfluss auf das Privatrecht, 2015, S. 15 ff.
[89] Vgl. z.B. *Schmitz*, NVwZ 2003, 1437 (1438).
[90] *Hoffmann/Luch/Schulz*, Die digitale Dimension der Grundrechte, 2015, S. 156 f.; zur Erweiterung des „persönlichen Umgangs" auf „Umgang" z.B. in Form von Briefen und Telefongesprächen bereits 1996: Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts, (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG), BT-Drs. 13/4899, v. 13.6.1996, Begründung, S. 104 f.
[91] Vgl. z.B. BVerfG, Kammerbeschl. v. 18.2.2010 – 1 BvR 2477/08, Rn. 24 ff.; BVerfG, Urt. v. 2.3.2006 – 2 BvR 2099/04, Rn. 94 ff.; *Hoffmann/Luch/Schulz* (Fn. 90), S. 182 ff.
[92] *Herzog*, NJW, 3745 (3745).
[93] Zum Ausdrucken und Verschicken von elektronischen Nachrichten als Briefe vgl. z.B. *Hoffmann/Luch/Schulz* (Fn. 90), S. 156 f.; und zum Schutz z.B. BVerfG, Urt. v. 2.3.2006 – 2 BvR 2099/04, Rn. 94 ff.
[94] Vgl. z.B. BGH, Urt. v. 24.1.2013 – III ZR 98/12, Rn. 16 ff. zum Schadensersatz bei Ausfall des Internets; für ein Recht auf Internet z.B. *Baer*, Blätter für deutsche und internationale Politik 2011, 90 (93, 100); kritisch *Lewinski*, RW 2 (2011), 70 (70); ebenfalls kritisch *Hain*, K&R 2012, 98 (98 ff.).
[95] *Hain*, K&R 2012, 98 (100).

- Internetzensur durch soziale Netzwerke[97]
- Jugendmedienschutz[98]
- Netzneutralität/Netzwerkmanagement[99]
- Online-Durchsuchungen[100]
- Online-Schule[101]
- Online-Predigten/Gottesdienste/Seelsorge[102]
- Schutz informationstechnischer Systeme[103]
- Recht auf Vergessen[104]
- Virtuelle Gegenstände[105]
- Virtuelle Online-Vereine[106]
- Webseiten-Besetzungen[107]

in das System des grundrechtlichen Schutzes eingeordnet werden, ergibt dies folgendes Bild:

	APR-Selbstbestimmung	APR-Soziale Interaktion	APR-Privatsphäre	Gleichheitsgrundsatz	Religionsfreiheit	Meinungsfreiheit	Rundfunkfreiheit	Schutz der Familie	Versammlungsfreiheit	Vereinigungsfreiheit	Brief-, Post- u. Fernmeldegeheimnis	Recht auf Eigentum	Freizügigkeit	Petitionsrecht
Bewertungsportale (Internet)	3						1							
Online-Demonstration										1				
Elektronische Petitionen														1
Eltern-Kind-Besuchszeiten (online)									1					
E-Mails (Beschlagnahme + Weiterleitung/Veröffentlichung)	8	1										2		
Erbe, digital													2	
Hybride Briefe	9											1		
Recht auf Internet	12		11											
Internetdienste			11					2						
Intimsphäre (digital)	9													
Internetzensur durch Soziale Netzwerke			11				2							
Jugendmedienschutz								1						
Netzneutraliät/ Netzwerkmanagement				1		5								
Online-Durchsuchungen	7		8									6		
Online-Schule									1					
Predigten/ Gottesdienste/ Seelsorge (online)					1									
Schutz informationstechnischer Systeme	12													
Vergessen (Anspruch auf ...)		10	11											
Virtuelle Gegenstände													1	
Virtulle Online-Vereine											1			
Webseiten-Besetzungen (Blockade durch Zugriff)										2				

Anmerkung: Die Informations-, Presse-, Wissenschaftsfreiheit sowie das Recht auf Freizügigkeit und Unverletzlichkeit der Wohnung sind mangels Überschneidung mit digitalen Themen nicht Teil der Grafik.

1	Grds. Unterfällt dem Schutzbereich (SB) des spezielleren Grundrechts (GR)	7	Infiltration des Computersystems
2	Nicht ausreichender Schutz durch den SB	8	Zugriff auf die Daten
3	bei Schmähkritik	9	vertraulichkeit der Kommunikation
4	evtl. denkbar, wenn Monopolstellung	10	Ehrschutz und Resozialisierung
5	Verplichtung auf Gleichbehandlung v. Diensten u. Daten	11	Informtionelle Selbstbestimmung
6	Bei ausschließlicher Erfassung v. Telekommunikationsdaten	12	ComputerGR

Abbildung 2: Digitale Themen

Am Beispiel der Bewertungsportale und der Internetdienste kann die Systematik der Abbildung wie folgt erläutert werden: Bewertungsportale im Internet können unter dem Teilaspekt der Vertraulichkeit und Integrität der Privatheit in das APR der bewerteten Person eingreifen, etwa wenn es sich um Schmähkritik handelt. Gleichzeitig unterfallen Erklärungen und Meinungen, die auf solchen Internetplattformen kommuniziert werden, dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG, also einem spezielleren Grundrecht; das APR wird insoweit verdrängt. Bei den Internetdiensten ist die Situation eine andere: Diese sind nicht vom Schutzbereich der Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG (als spezielleres Recht) umfasst. Vielmehr greift hier das APR in Gestalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, das erforderlichenfalls grundrechtlichen Schutz gewährleistet.

Die Tabelle verschafft einen groben und ersten Überblick zu den grundrechtlichen Konkurrenzverhältnissen und deren Auswirkungen beim Schutz des Einzelnen im Bereich der Digitalität. Zugleich wird deutlich, dass das APR ein (wichtiger) Schutzbaustein ist. Gleichwohl gilt aber auch: Beim Thema Grundrechtsschutz und Digitalität darf nicht ausschließlich auf das APR fokussiert werden.

5. Europarechtliche Einordnung

Wichtige Gesichtspunkte des Persönlichkeitsrechts werden durch Art. 7 GRC im Unionsrecht und durch Art. 8 EMRK geschützt. Aber auch hier kann für den Bereich des APRs aktuell keine Diskrepanz im Schutzniveau festgestellt werden, die eine nähere Betrachtung mit Blick auf das vorliegende Thema erfordern würde.

IV. Digitalität und Wandel

Ausgehend von der tatsächlichen Feststellung, dass unser Leben sich massiv verändert, stellt sich die Frage, inwiefern das APR entsprechend dieser Veränderungen auch wandlungsfähig ist.

1. Das APR als Instrument des Verfassungswandels

Die Strukturanalyse belegt, dass das APR durch seine offene, aus richterrechtlichen Fallgruppen bestehende Struktur einem Verfassungswandel durch Weiterentwicklung grundsätzlich zugänglich ist. Dies ermöglicht es, Gefährdungen des Persönlichkeitsrechts angemessen begegnen zu können, „[…] zu denen es im Zuge des wissenschaftlich-technischen Fortschritts und gewandelter Lebensverhältnisse kommen kann.“[108] Diese besondere Funktion des APRs schafft Flexibilität durch

[96] Vgl. *Rataj*, in: Rataj (Hrsg.), Einfluss des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf den einfachgesetzlichen Datenschutz, 2016, S. 31, 111.
[97] Vgl. *Hauser*, Das IT-Grundrecht, Jahr, S. 50 ff.
[98] Vgl. *Langenfeld*, MMR 2003, 303 (305).
[99] Vgl. *Bortnikov*, Netzneutralität und Bedingungen kommunikativer Selbstbestimmung, 2013, S. 71 ff.
[100] Vgl. z.B. BVerfG, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, Ls. 2; *Hauser* (Fn. 97), S. 50 ff.
[101] Vgl. *Hoffmann/Luch/Schulz* (Fn. 90), S. 162 f.
[102] BVerwG, Beschl. v. 8.8.2011 – 7 B 41/11, Ls. 1.
[103] BVerfG, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, Ls. 1.
[104] BVerfG, Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, Rn. 16.
[105] Vgl. z.B. *Lutzi*, NJW, 2070 (2070 f).
[106] Vgl. zur Online Mitgliedversammlungen OLG Hamm, Beschl. v. 27.9.2011 – I-27 W 106/11, Rn. 10.
[107] OLG Frankfurt, Beschl. v. 22.5.2006 – 1 Ss 319/05, Rn. 23 ff.
[108] BVerfG, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, Rn. 169.

lückenschließende Aufrechterhaltung des gegebenen Schutzniveaus. Letzteres kann nur der Verfassungsgesetzgeber ausweiten.[109] Der technische Fortschritt als Wandel der Wirklichkeit führt also über die offene Architektur des APRs als einzeltatbestandsorientiertes Richterrecht zum Verfassungswandel bei Konstanz des gegebenen Schutzniveaus. Dieser Verfassungswandel wird im Ergebnis durch die strukturell bedingte „Freiheitsreserve“[110] des APRs als unbenanntes Grundrecht bewirkt und durch ein konstantes Schutzniveau begrenzt.

Diese Flexibilität und Zukunftsoffenheit resultiert aus dem Charakter des APRs als Richterrecht. Dieser strukturelle Vorteil kann zum Bumerang werden, wenn die erforderlichen Konkretisierungen durch die Rechtsprechung „Jahre bis Jahrzehnte“ benötigen, mit Vollzugsdefiziten und einem Verlust an Rechtssicherheit.[111] Die strukturelle Offenheit als Voraussetzung der Wandlungsfähigkeit sollte aber nicht der Geschwindigkeit geopfert werden. Schließlich ist dies nur ein scheinbarer Widerspruch. Der Gesetzgeber wird durch das APR nicht gehindert, schützende Gesetze als Ordnungsrahmen der Digitalisierung zu erlassen. Das gilt auch für den Verfassungsgesetzgeber, wenn er wegen der Digitalität grundrechtliche Schutzbereiche schaffen will. Um solche besonderen Ausprägungen des APRs als spezielle Grundrechtsgehalte aus dem Verbund des APRs in die verfassungsrechtliche Selbstständigkeit zu entlassen, muss in das APR weder eingegriffen noch muss es diesbezüglich weiterentwickelt werden.

2. Chancen und Gefahren der Digitalität

Getrieben durch die technischen Zyklen wirkt die Kraft der Vernetzung nicht nur zugunsten der neuen Chancen, sondern befördert auch Gefahren. So vermittelt das Internet als aktueller Brennpunkt der Digitalität eine nicht mehr quantifizierbare Zahl von Informationen und Dienstleistungen[112] als Chance. Als Gefahr kann zum Beispiel die scheinbare Unentgeltlichkeit des Angebots benannt werden. Die Gegenleistung, mit der bezahlt wird, sind die Daten des Nutzers, seines Verhaltens, seiner Vorlieben etc. Diese Währung kann z.B. für Social Scorings[113] oder Credit Scoring[114], Verhaltensvoraussagen (Predictions)[115], Microtargetings[116] zur Wahlbeeinflussung mittels psychometrischer Analysen[117], Vorhersagen zu persönlichen und gesellschaftlichen Einstellungen, sexueller Orientierung oder Drogenkonsum eingesetzt werden.[118] Dabei verursachen die „Big Data“-Analysen[119] und zum Einsatz kommende Algorithmen, die mehr zu Tage fördern, als wir selbst über uns wissen, eine Informationsasymmetrie.[120] Verstärkt wird all dies durch das Internet of Things (IoT), in dem in „smarten“ Umgebungen digitale und reale Welten zu einer „augmentierten“ Welt verschmelzen.[121]

Der klassische Schutz vor solchen Gefahren und vergleichbaren Problemen kann durch Nichtnutzung erreicht werden. Das ist aber insbesondere dann keine wirkliche Alternative, wenn der Einzelne zu seiner Persönlichkeitsentfaltung auf die Nutzung angewiesen ist.[122]

Das gilt im Ergebnis auch für den Schutz durch Einwilligung, weil Informationsasymmetrien wie künstliche Monopole wirken und zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen (können).[123] Schließlich kommt es insoweit nicht auf einen „consent“ als solchem, sondern auf eine freie und informierte Einwilligung an.[124]

Was bleibt, ist der Schutz durch entwicklungsgerechten Verfassungswandel. Dieser muss durch die Flexibilität des jeweiligen grundrechtlichen Schutzes oder durch den offenen Tatbestand des APRs gewährleistet werden. Eine Konzentration nur auf das APR wäre weder sachgerecht noch zielführend.

V. Fazit

Der Zeitenwandel zur Digitalität wird nicht bruchlos verlaufen. Es wirken exponentiell wachsende Kräfte. In bewegten Zeiten muss wohlüberlegt werden, ob dem Rückgriff auf Bewährtes und vor allem Funktionierendes der Vorzug vor Ex-

[109] *Michael/Morlok* (Fn. 55), § 22 Rn. 601.
[110] *Kloepfer* (Fn. 62), § 56 Rn. 106.
[111] So die Bedenken der Datenethikkommission vgl. Datenethikkommission der Bundesregierung, Gutachten der Datenethikkommission, abrufbar unter https://datenethikkommission.de/wp-content/uploads/191128_DEK_Gutachten_bf_b.pdf (28.7.2021), S. 99.
[112] Vgl. BVerfG, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, Rn. 170.
[113] *Organesian/Heermann*, ZD-Aktuell 2018, vgl. insbesondere Ziff. 2 und 4; *Kühling*, JZ 2010, 600 (601 f.); insgesamt dazu Wissenschaftlicher Dienst, Big Data unter Berücksichtigung der Situation in der Volksrepublik China – WD 10 – 3000 – 068/17, S. 1 ff.
[114] Vgl. z.B. *Steinhöfel*, Risikokontrolle in der Mikrofinanzierung, 2014, S. 37; *Kühling*, JZ 2010, 600 (601); *Dismann*, in: Schierenbeck/Moser (Hrsg.), Handbuch Bankcontrolling, 1995, S. 905 (918).
[115] *Di Fabio*, Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen, 2016, S. 54; *Hoffmann-Riem*, AöR 142 (2017), 1 (15); *Martini*, JZ 2017, 1017 (1018); *Härtel*, LKV 2019, 49 (55).
[116] *Klaas*, MMR 2019, 84 (89); *Papakyriakopoulos u.a.*, Big Data & Society 5 (2018), 1 (1 ff.); *Gräfe*, PinG 2019, 1 (5 ff.).
[117] *Klaas*, MMR 2019, 84 (89); *Künast*, ZRP 2019, 62 (63); *Steinbach*, ZRP 2017, 101 (104 f.).
[118] *Martini*, JZ 2017, 1017 (1018); *Bachmann/Kemper/Gerzer*, Big Data – Fluch oder Segen?, 2014, S. 34.
[119] *Holznagel*, JZ 2011, 57 (60); *Richter*, in: Richter (Hrsg.), Privatheit, Öffentlichkeit und demokratische Willensbildung in Zeiten von Big Data, 2015, S. 45 ff.
[120] Datenethikkommission der Bundesregierung (Fn. 111), S. 55; *Di Fabio* (Fn. 115), S. 55; *Hauser* (Fn. 97), S. 5; *Holznagel*, JZ 2011, 57 (60).
[121] Vgl. z.B. *Adamowsky*, in: Sprenger/Engemann (Hrsg.), Internet der Dinge, 2015, S. 119.
[122] So für die Nutzung informationstechnischer Systeme im Ergebnis BVerfG, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, Rn. 201.
[123] Datenethikkommission der Bundesregierung (Fn. 111), S. 96.
[124] *van Hoof/Widdershofen*, AME Med. J 2017, 1 (1); *Di Fabio* (Fn. 115), S. 47.

perimenten zu geben ist, solange diese nicht unbedingt notwendig erscheinen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der konservative Ansatz strukturell gegenüber Veränderungen offen ist. Eine Definition des APRs, der Verlust seiner offenen Architektur oder andere in gleicher Weise wirkende Maßnahmen bergen die Gefahr des Verlustes an Flexibilität und Wandlungsfähigkeit. Diese offene Struktur wird aber für die rasanten Entwicklungen benötigt, die sich abzeichnen.

Als ein weiteres Argument muss wohl der politische Diskurs herangezogen werden. Das Volkszählungsgesetz 1983 und zahlreiche andere Gesetze bis hin zum Verfassungsschutzgesetz in NRW mit der Regelung zur Online-Durchsuchung, die in das APR eingegriffen haben, wurden von Landes- oder vom Bundesgesetzgeber erlassen. Natürlich muss zwischen dem einfachen und dem verfassungsgebenden Gesetzgeber unterschieden werden. Diese Gesetzgebungsverfahren belegen, wie zur Förderung anderer Interessen und zum Schutz der Bevölkerung vor vermeintlichen oder wirklichen Gefahren nicht nur bis an die Grenze des Schutzes der Persönlichkeit gegangen, sondern diese möglicherweise überschritten wurde. Wie würde der Bundestag wohl über eine Definition des APRs im Lichte der unterschiedlichen Interessen und der erforderlichen verfassungsändernden Mehrheit entscheiden, die zum Konsens zwingt? Was würde aus dem APR im politischen Diskurs?

Die Antwort auf diese Fragen kann nur die Empfehlung sein, es gar nicht erst mit einem Update des APR als Zäsur zu versuchen. Der Wandel durch Digitalität sollte wie bisher beim Persönlichkeitsschutz mit dem APR als Garant eines angemessenen Ordnungsrahmens erfolgen. Sodass auch morgen noch Herrn *Zuckerberg* und anderen Protagonisten der Ökonomisierung der Privatheit entgegenhalten werden kann:

„Privacy is protected by law!“

Möglichkeiten und Grenzen des Individualrechtsschutzes in der Europäischen Union

Von **Marcel Gernert**, Europajurist (Univ. Würzburg), New York*

Der Autor gibt in dem vorliegenden Beitrag einen Überblick über den Individualrechtsschutz vor den Gerichten der Europäischen Union. Schwerpunktmäßig befasst er sich dabei mit den direkten Rechtsschutzmöglichkeiten der Nichtigkeits-, Untätigkeits- und Schadensersatzklage. Gleichzeitig zeigt er auf, wie Privaten im Vorabentscheidungsverfahren und Vertragsverletzungsverfahren indirekt Rechtsschutz gewährt werden kann. Es wird dabei deutlich, welch engen Grenzen die Handlungsmöglichkeiten vor der Unionsgerichtsbarkeit unterliegen.

I. Bedeutung des Individualrechtsschutzes im Rechtsschutzsystem der EU und das Gebot effektiven Rechtsschutzes

Zentrale Aufgabe des Gerichtshofs der Europäischen Union ist nach Art. 19 Abs. 1 EUV die Wahrung des Rechts. Eine ständig wachsende Bedeutung kommt im Rahmen dieser Kontrollaufgabe der Gewährleistung eines Individualrechtsschutzes zu.[1] In engem Zusammenhang steht dies mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes[2], der weit über die bloß einheitliche Anwendung des Unionsrechts hinausgeht. Der EuGH bezeichnet die Gewährung eines effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes früh als allgemeinen Rechtsgrundsatz, der den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten zugrunde liegt, in Art. 6 EMRK und Art. 13 EMRK Ausdruck gefunden hat und auf das Unionsrecht Anwendung findet.[3]

Er muss dabei zugleich dem durch die europäischen Verträge geschaffenen System der direkten Klagen genügen. Wie die Unionsgerichtsbarkeit betont, enthält der AEUV ein „umfassendes Rechtsschutzsystem“,[4] in dem prinzipiell keine der Handlungen der Unionsorgane einer Kontrolle entzogen seien.[5] Etwaige Rechtschutzlücken hat der EuGH durch eine ergänzende Auslegung der einschlägigen Vorschriften vielfach schließen wollen und können.[6] In manchen Bereichen jedoch – vor allem im Rahmen von Direktklagen nicht privilegierter Individualkläger – zeigt sich der EuGH in seiner Interpretation der einschlägigen Zulässigkeitsvoraussetzungen restriktiv.[7]

Im Rahmen dieses Beitrags sollen die Möglichkeiten und Grenzen dieses Individualrechtsschutzes aufgezeigt werden. Den Schwerpunkt werden dabei die direkten Klagemöglichkeiten Einzelner bilden, im Anschluss werden jedoch in gebotener Kürze auch „indirekte Rechtsschutzmöglichkeiten“ behandelt, die die Einflussmöglichkeiten natürlicher und juristischer Personen auf Verfahren des Gerichtshofs aufzeigen, ohne selbst Kläger zu sein. Auf den dezentralen Rechtsschutz gegen europäische Akte vor nationalen Gerichten – der den Grundsatz darstellt – wird lediglich sehr vereinzelt Bezug genommen.[8]

II. Möglichkeiten und Grenzen des Individualrechtsschutzes vor Gerichten der Europäischen Union

1. Direkter Rechtsschutz

Zunächst wird auf direkte Möglichkeiten für natürliche und juristische Personen eingegangen, eine Klage vor Unionsgerichten erheben zu können.[9] Eine herausragende Bedeutung kommt dabei der Nichtigkeitsklage (Art. 263 Abs. 4 AEUV) zu, eine untergeordnete Rolle spielen individualschutzrecht-

---

* Der *Autor* ist Doktorand bei Prof. *Dr. Heinz-Peter Mansel* am Institut für internationales und ausländisches Privatrecht der Universität zu Köln und im Rahmen seiner Dissertation derzeit für einen Forschungsaufenthalt an der Columbia Law School, New York. Der vorliegende Text wurde im Rahmen eines Aufbaustudiums (LL.M. Eur.) an der Universität Würzburg verfasst.

[1] *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, 5. Aufl. 2016, EUV Art. 19 Rn. 12; *Pache*, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg, Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl. 2018, EUV Art. 19 Rn. 9 ff.

[2] Siehe dazu ausführlich *Stotz*, Effektiver Rechtsschutz in der Europäischen Union, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht – Vorträge und Berichte Nr. 206, abrufbar unter https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Sonstige/Zentrum_fuer_Europaeisches_Wirtschaftsrecht/Schriftenreihe/Heft_206_Stotz.pdf (12.4.2021).

[3] EuGH, Urt. v. 15.5.1986 – 222/84 (Johnston), Rn. 18; EuGH, Urt. v. 15.10.1987 – 222/86, Rn. 14; näher dazu bereits *Tonne*, Effektiver Rechtsschutz durch staatliche Gerichte als Forderung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1997, S. 200 ff.; nun ist der Grundsatz auch in Art. 47 GRCh aufgenommen.

[4] EuGH, Urt. v. 23.4.1986 – 294/83 (Les Verts), Rn. 23.

[5] Vgl. besonders EuGH, Urt. v. 6.12.1990 – C-2/88 (Zwartveld), Rn. 23 ff.; EuG, Urt. v. 27.6.1995 – T-186/94 (Guérin automobiles/Kommission), Rn. 23.

[6] So etwa durch Erweiterung der passiven und aktiven Parteifähigkeit des EP im Rahmen der Nichtigkeits- und Untätigkeitsklagen, EuGH, Urt. v. 23.4.1986 – 294/83 (Les Verts), Rn. 23 ff.; EuGH, Urt. v. 22.5.1990 – C-70/88 (EP/Rat), Rn. 22.

[7] EuGH, Urt. v. 25.7.2002 – C-50/00 P (UPA); EuGH, Urt. v. 2.4.1998 – C-321/95 P (Greenpeace), Rn. 32 f.; siehe auch EuG, Urt. v. 9.8.1995 – T-585/93 (Greenpeace), Rn. 46 ff.; EuG, Urt. v. 22.12.1995 – T-219/95 R (Ferriere Nord SpA), Rn. 77; siehe bereits *Baumeister*, EuR 2005, 1 ff.; *Thomy*, Individualrechtsschutz durch das Vorabentscheidungsverfahren, 2009, S. 111 ff.

[8] Siehe dazu *Hobe/Fremuth*, Europarecht, 10. Aufl. 2020, S. 177 ff.; ausführlich *Grünewald*, Individualrechtsschutz gegen Akte der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon, 2015, S. 128 ff.

[9] Siehe für direkte Klagemöglichkeiten allgemein *Burgi/Dervisopoulos*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, §§ 5 ff.; Fragen des einstweiligen Rechtsschutzes sollen dabei ausgeklammert werden.

liche Aspekte der Untätigkeits- und Schadensersatzklage.[10] Dabei geht es stets primär um Fragen der Aktivlegitimation und Klagebefugnis des Privaten, aber auch des zulässigen Klagegegenstands.[11]

a) Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV

Den wichtigsten direkten Rechtsschutz für Privatpersonen und Unternehmen vor den europäischen Gerichten zur Überprüfung des Handelns der Unionsorgane bietet die Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV.[12] Sie unterliegt für natürliche und juristische Personen gegenüber den privilegierten Klägern jedoch besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen:[13] Ihnen steht dieser Weg nur gegen „an sie gerichtete[] oder sie unmittelbar und individuell betreffende[] Handlungen sowie gegen Rechtsakte mit Verordnungscharakter, die sie unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen", offen (Art. 263 Abs. 4 AEUV).[14] Rügen kann der Private mit der Nichtigkeitsklage die „Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung der Verträge oder einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm oder wegen Ermessensmissbrauchs" (Art. 263 Abs. 2 AEUV).

aa) Adressat der Maßnahme (Var. 1)

Ohne weiteres klageberechtigt sind Private zunächst dann, wenn sie selbst Adressat der Maßnahme der Europäischen Union sind. Der Begriff der Maßnahme ist dabei bewusst weit gefasst[15] und meint jeden Rechtsakt der Union, soweit dieser nur Rechtswirkungen entfaltet,[16] also vor allem an den Kläger gerichtete adressatenbezogene Beschlüsse nach Art. 288 Abs. 4 S. 1 AEUV.[17] Die Nichtigkeitsklage kann hier also zum Beispiel Rechtschutz für die Rechtmäßigkeitskontrolle von Kartellgeldbußen gewähren.[18]

bb) Unmittelbare und individuelle Betroffenheit (Var. 2)

Ist der betreffende Private nicht selbst Adressat der Maßnahme, erweitert Art. 263 Abs. 4 Var. 2 AEUV den Rechtsschutz auf solche Fälle, in denen die betroffene Person durch die an andere oder an niemanden[19] gerichtete Maßnahme dennoch unmittelbar und individuell betroffen ist. Mit dem Kriterium der Betroffenheit wird festgestellt, ob die Handlung überhaupt in den Interessenkreis des Klägers eingreift, das heißt ob er beschwert ist. Er muss daher geltend machen, dass er ein Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Rechtsakts hat.[20]

Das Kriterium der unmittelbaren Betroffenheit soll dabei nur potenziell Betroffene aus dem Kreis der Klagebefugten ausschließen.[21] Die Handlung muss den Kläger beeinträchtigen, ohne dass es weiterer Umstände oder Durchführungsmaßnahmen bedarf.[22] Bei Verordnungen oder Richtlinien, bei denen feststeht, dass die Beeinträchtigung durch diese selbst und nicht erst durch eine darauf gestützte Durchführungsmaßnahme eintritt, folgt die unmittelbare Betroffenheit dann aus der direkten Geltung des betreffenden unionsrechtlichen Aktes.[23] Ein Klagebedürfnis ist nämlich nur dann anzunehmen, wenn feststeht, dass die Entscheidung der Unionsorgane die Interessen des Klägers tatsächlich beeinträchtigt, nicht aber, wenn eine Beeinträchtigung nur möglich erscheint.[24] Bei an einen Mitgliedstaat gerichteten Handlungen ist dies der Fall, wenn der Mitgliedstaat ohne Ermessenspielraum zur Umsetzung des Rechtsakts verpflichtet ist oder ein Abweichen des Mitgliedstaats von dem an ihn gerichteten Rechtsakt

[10] Siehe zu den Verfahrensarten *Classen*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 8. Aufl. 2018, S. 210 ff.; *Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union – Europarecht und Politik, 14. Aufl. 2021, S. 270 ff.; *Frenz*, Europarecht, 2. Aufl. 2016, S. 411 ff.; *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 6. Aufl. 2019, S. 140 ff.; siehe für einen tabellarischen Überblick außerdem *Detterbeck*, Öffentliches Recht im Nebenfach, 4. Aufl. 2014, S. 281.; siehe für sonstige Verfahren insbesondere *Hakenberg/Seyr*, Verfahren vor dem Gerichtshof der EU, 4. Aufl. 2020, S. 79 ff.; für ausnahmsweisen Individualrechtsschutz im Bereich der GASP siehe *Pechstein*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, 2017, AEUV Art. 275 Rn. 8 ff.

[11] Siehe speziell für Rechtsschutz gegen Europäische Agenturen *Saurer*, EuR 2010, 51 ff.

[12] Siehe dazu bereits ausführlich *Pilafas*, Individualrechtsschutz durch Nichtigkeitsklage nach EG-Recht – Unter besonderer Berücksichtigung des Wettbewerbsrechts, 2006; *Thiele*, Individualrechtsschutz vor dem Europäischen Gerichtshof durch die Nichtigkeitsklage, 2006.

[13] Siehe zur Zuständigkeitsverteilung zwischen EuG und EuGH *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 12. Aufl. 2020, S. 225 ff.; auf diese soll hier nicht weiter eingegangen werden.

[14] Siehe dazu überblicksartig *Herdegen*, Europarecht, 22. Aufl. 2020, S. 233 ff.

[15] Siehe zum vorherigen Wortlaut im EGV und die Erweiterung des Wortlauts im AEUV *Mächtle-Seidenfuß*, JuS 2015, 28 (30); *Frenz*, Handbuch Europarecht – Wirkungen und Rechtsschutz, Bd. 5, 2010, Rn. 2902 f.

[16] *Härtel*, Handbuch Europäische Rechtsetzung, 2006, S. 147.

[17] *Frenz* (Fn. 15), Rn. 2903; siehe dazu ausführlich *Bast*, Grundbegriffe der Handlungsformen der EU – Entwickelt am Beschluss als praxisgenerierter Handlungsform des Unions- und Gemeinschaftsrechts, 2006, S. 391 ff.

[18] *Mächtle-Seidenfuß*, JuS 2015, 28 (32).

[19] *Frenz* (Fn. 15), Rn. 2904 m.w.N.

[20] EuGH, Urt. v. 11.11.1981 – 60/81 (IBM), Rn. 16 ff.; EuG, Urt. v. 17.9.1992 – T-138/89 (NBV u. NBV), Rn. 33.

[21] EuGH, Urt. v. 10.6.1982 – 246/81 (Lord Bethell), Rn. 16; *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 263 Rn. 60; *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 1), AEUV Art. 263 Rn. 36.

[22] EuGH, Urt. v. 13.5.1971 – 41-44/70 (International Fruit Company), Rn. 23, 29; EuGH, Urt. v. 17.1.1985 – 11/82 (Piraiki-Patraiki), Rn. 7.

[23] *Ehricke*, in: Streinz/Michl, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 263 Rn. 59.

[24] *Gaitanides* (Fn. 21), AEUV Art. 263 Rn. 61.

nicht zu erwarten ist.[25] Mit anderen Worten: Entweder die Maßnahme wirkt sich selbst unmittelbar auf die Rechtsstellung des Einzelnen aus, ohne dass es einer Durchführung bedarf (*formelle Unmittelbarkeit*), *oder* aber sie bedarf der Durchführung, welche aber zwingend und vollständig durch die Maßnahme determiniert ist, so dass die belastende Wirkung materiell bereits von der Unionsmaßnahme ausgeht (*materielle Unmittelbarkeit*).[26]

Die individuelle Betroffenheit soll Popularklagen verhindern.[27] Sie wurde durch die sog. „Plaumann-Formel" dahingehend definiert, dass der angefochtene Rechtsakt den Kläger „wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften und besonderer, ihn aus dem Kreis der übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und ihn deshalb ähnlich individualisiert wie einen Adressaten".[28] Die Rechtsprechung zur Bestimmung der individuellen Betroffenheit ist stark einzelfallbezogen,[29] gleichwohl hat der Gerichtshof zur Konkretisierung verschiedene Fallgruppen entwickelt.[30] Individuelle Betroffenheit ist danach etwa dann anzunehmen, wenn der Kläger auf irgendeine Weise am Ausgangsverwaltungsverfahren beteiligt war und durch die Maßnahme in seiner wirtschaftlichen Tätigkeit erheblich beeinträchtigt wird, so dass die Unionsorgane beim Erlass des Rechtsakts eine spezifische Schutzpflicht gegenüber dem Kläger als Wirtschaftsteilnehmer trifft.[31] Die allgemeine Eigenschaft als Teilnehmer am Wettbewerb reicht zur Individualisierung daher allein nicht aus, „da eine kaufmännische Tätigkeit jederzeit von jedermann ausgeübt werden kann".[32] Im Hinblick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes ist die in der Rs. Plaumann gefundene enge Definition der individuellen Betroffenheit nicht unproblematisch, der EuGH hielt jedoch auch nach erweiterten Auslegungsversuchen durch das EuG[33] und durch Generalanwälte[34] mit Verweis auf den Wortlaut und die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung an seinem Verständnis fest.[35] Es sei Aufgabe der nationalen Gerichte, für effektiven Rechtsschutz zu sorgen.[36]

cc) Gegen Rechtsakte mit Verordnungscharakter (Var. 3)

Angesichts dieser hohen Hürden ist in Art. 263 Abs. 4 Var. 3 AEUV gegen sog. Rechtsakte mit Verordnungscharakter bereits dann eine Klage möglich, wenn sie die natürliche und juristische Person unmittelbar betreffen[37] und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen; die Voraussetzung der individuellen Betroffenheit entfällt. Damit eröffnet diese Variante (in engen Grenzen) eine Individualnichtigkeitsklage gegen abstrakt-generelle Rechtsakte der Union, also eine unionsrechtliche Direktklage Einzelner gegen EU-Rechts-Normen.[38]

Die Reichweite dieser Normenkontrolle erschließt sich mitunter aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift: Der Begriff der „Rechtsakte mit Verordnungscharakter"[39], der in den EU-Verträgen nicht weiter vorkommt, stammt aus dem Verfassungsvertrag 2004. Dieser nannte in Abgrenzung zu „Gesetzgebungsakten" als zweite Kategorie „Rechtsakte ohne Gesetzescharakter". Letztere sollten auch „Europäische Verordnungen" umfassen. Der Bezugspunkt für die „Rechtsakte mit Verordnungscharakter" im Rahmen der Nichtigkeitsklage waren in diesem Zusammenhang eindeutig solche Rechtsakte, die kein Gesetzgebungsverfahren durchlaufen hatten. Dadurch ist erkennbar, dass es vor allem um die Abgrenzung von den förmlichen Gesetzgebungsakten ging, für die eine Nichtigkeitsklage weiterhin nur restriktiv zulässig sein sollte.[40] Im AEUV gibt es nun zwar ebenfalls Gesetzgebungsverfahren mit „Gesetzgebungsakten" (Art. 289 Abs. 3 AEUV) sowie eine Unterscheidung von den „Rechtsakten ohne Gesetzescharakter" (Art. 290 Abs. 1 AEUV), jedoch ein anderes bzw. doppeldeutiges terminologisches Verständnis einer „Verordnung": Er zählt die Verordnung einerseits zu den Gesetzgebungsakten (Art. 289 Abs. 1 und 2 AEUV), kennt sie ande-

[25] EuGH, Urt. v. 13.5.1971 – 41-44/70 (International Fruit Company), Rn. 23, 29; EuGH, Urt. v. 29.3.1979 – 113/77 (NTN Toyo Bearing), Rn. 11; EuGH, Urt. v. 5.5.1998 – C-386/96 P (Dreyfus), Rn. 43.

[26] *Dörr*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 71. Lfg., Stand: 2020, AEUV Art. 263 Rn. 63.

[27] *Dörr* (Fn. 26), AEUV Art. 263 Rn. 68.

[28] EuGH, Urt. v. 15.7.1963 – 25/62 (Plaumann); hier weist die Rechtsprechung Parallelen zu der für die verwaltungsgerichtliche Klagebefugnis entwickelten Schutznormtheorie auf.

[29] *Gaitanides* (Fn. 21), AEUV Art. 263 Rn. 64.

[30] *Frenz* (Fn. 15), Rn. 2921 ff.

[31] Vgl. EuG, Urt. v. 27.6.2001 – T-166/99 (Andres de Dios u.a.).

[32] EuGH, Urt. v. 15.7.1963 – 25/62 (Plaumann).

[33] EuG, Urt. v. 3.5.2002 – T-177/01 (Jégo-Quéré), Rn. 51.

[34] EuGH (Generalanwalt), Schlussantrag v. 21.3.2000 – C-50/00 P (UPA), Rn. 60; siehe dazu sowie zur späteren EuGH-Entscheidung *Mayer*, DVBl. 2004, 606 (608 f.).

[35] Siehe zu dieser divergierenden Rechtsprechung *Kluttig*, Die Klagebefugnis Privater gegen EU-Rechtsakte in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs: Und die Hoffnung stirbt zuletzt..., 2004, S. 11 ff, abrufbar unter https://www.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/sites/default/files/altbestand/Heft30.pdf (19.4.2021).

[36] EuGH, Urt. v. 25.7.2002 – C-50/00 P (UPA), Rn. 36 ff.; in Deutschland etwa eine europarechtskonform ausgestaltete Feststellungsklage in Verbindung mit einer Vorlage nach Art. 267 AEUV, die aber selbst mit Problemen verbunden ist, siehe dazu *Frenz* (Fn. 15), Rn. 2915.

[37] Der Begriff der unmittelbaren Betroffenheit ist in Var. 1 grundsätzlich nicht anders auszulegen als in Var. 2, beschränke sich aber in Zusammenschau mit dem Tatbestandsmerkmal „keine Durchführungsmaßnahmen" auf die Fälle der formellen Unmittelbarkeit, da dann zwar im Sinne der materiellen Unmittelbarkeit die Durchführung zwingend determiniert, die Klagemöglichkeit mangels erforderlichen Durchführungsaktes aber dennoch ausgeschlossen sein könne, siehe dazu *Dörr* (Fn. 26), AEUV Art. 263 Rn. 84.

[38] *Dörr* (Fn. 26), AEUV Art. 263 Rn. 80.

[39] Siehe dazu ausführlich *Grünewald* (Fn. 8), S. 40 ff.

[40] Vgl. *Cremer* (Fn. 21), AEUV Art. 263 Rn. 65; *Herrmann*, NVwZ 2011, 1352 (1354); siehe zur Entwicklung der Rechtsprechung zum Individualrechtsschutz gegen normative Rechtsakte *Schulte*, Individualrechtsschutz gegen Normen im Gemeinschaftsrecht, 2005, S. 36 ff.

rerseits jedoch auch als Nichtgesetzgebungsakt, das heißt es sind nun Verordnungen mit Gesetzes- und solche mit Verordnungscharakter zu unterscheiden. Die Zulassung der individuellen Nichtigkeitsklage nur gegen untergesetzliche Normen unter Ausschluss von Gesetzgebungsakten besteht im AEUV also fort.[41]

Auch der Gerichtshof hat klargestellt, dass der Begriff „Rechtsakte mit Verordnungscharakter" Gesetzgebungsakte nicht umfasst, sondern die Neuregelung (lediglich) das Ziel hatte, „Personen unter weniger strengen Voraussetzungen die Erhebung von Nichtigkeitsklagen gegen Handlungen mit allgemeiner Geltung unter Ausschluss von Gesetzgebungsakten zu ermöglichen".[42] Dieser Klagealternative unterfallen also potentiell alle rechtsverbindlichen Unionshandlungen, die nicht in einem Gesetzgebungsverfahren i.S.v. Art. 289 AEUV erlassen wurden. Sie erfasst daher vor allem die tertiäre Rechtsetzung, also die delegierte Rechtssetzung (Art. 290 AEUV) und Durchführungsrechtsetzung (Art. 291 Abs. 2 AEUV), beschränkt sich aber nicht auf diese.[43] Da der „Verordnungscharakter" eine andere als die prozedurale Ausgrenzung nach dem Erlassverfahren nicht enthält, sind Verordnungen[44], Richtlinien[45] und Beschlüsse, soweit sie keinen Gesetzescharakter besitzen, von dieser Variante erfasst.[46] Der Wortsinn legt darüber hinaus einen abstrakt-generellen Anwendungsbereich nahe, weshalb Rechtsakte „mit Verordnungscharakter" nur solche mit allgemeiner Geltung sind,[47] wenn sie also für objektiv bestimmte Situationen gelten und Rechtswirkungen gegenüber allgemein und abstrakt umschriebenen Personengruppen entfalten.[48]

Schließlich dürfen die Rechtsakte „keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen", was die Fälle der anfechtbaren „Rechtsakte mit Verordnungscharakter" auf diejenigen begrenzt, die tatsächlich keinen Durchführungsakt auslösen. Folgt hingegen ein Durchführungsakt als möglicher Angriffsgegenstand, so muss gegen diesen der – vorrangig nationale – Rechtsweg beschritten werden.[49] Nur wenn die Verordnung ohne Gesetzgebungscharakter so ausgestaltet ist, dass zu ihrer Anwendung kein Vollzugsakt der Verwaltung erforderlich ist, kann direkt Nichtigkeitsklage erhoben werden.[50] Eine rechtsschutzschädliche „Durchführung" in diesem Sinne kann auf nationaler oder Unionsebene erfolgen[51] und sowohl eine legislative Umsetzung als auch eine administrative Ausführung oder Vollziehung sein. Entscheidend ist die inhaltlich steuernde Determinierung durch den angegriffenen Unionsrechtsakt, an welche die Unions- oder mitgliedstaatliche Maßnahme anknüpft.[52] Zwar ist für die Durchführung irrelevant, ob ein Gestaltungs- oder Ermessensspielraum eröffnet ist,[53] allerdings reicht für das Merkmal des „nach sich ziehen" nicht aus, dass irgendwelche mitgliedstaatlichen Maßnahmen dem Erlass des Unionsrechtsakts nachfolgen; ansonsten könnte ein bloßer Nachvollzug der Unionsregelung ihre Anfechtbarkeit ausschließen. Trotz der für die Durchführungssituation begriffsnotwendigen Determinierungskraft ist daher für den Rechtswegausschluss zu verlangen, dass die Durchführung sinnvollerweise geboten ist und durch eine Maßnahme mit einem eigenständigen Regelungsgehalt getroffen wird.[54] In jedem Fall muss die Prüfung, ob der Rechtsakt Durchführungsmaßnahmen nach sich zieht, konkret auf die Stellung des Klägers bezogen sein und sich ausschließlich am Klagegegenstand orientieren.[55]

dd) Zusammenfassende Analyse der Grenzen des Individualrechtsschutzes im Wege der Nichtigkeitsklage

In den obigen Ausführungen wurden die Klagemöglichkeiten einer natürlichen oder juristischen Person im Rahmen einer Nichtigkeitsklage dargestellt.[56] Es wurde deutlich, dass einem privaten Vorgehen gegen europäische Akte vor dem Gerichts-

[41] Siehe dazu *Pötters/Werkmeister/Traut*, EuR 2012, 546 ff.; siehe bereits *Schwarze*, in: Brenner, Festschrift für Peter Badura zum 70. Geburtstag, 2004, S. 1167 ff.

[42] EuG, Urt. v. 6.9.2011 – T-18/10 (Inuit Tapiriit Kanatami u.a.); EuG, Urt. v. 25.10.2011 – T-262/10 (Microban); EuGH, Urt. v. 3.10.2013 – C-583/11 P (Inuit Tapiriit Kanatami u.a.); siehe dazu *Nowak/Behrend*, EuR 2014, 86 ff.; zu gegensätzlichen Schlussanträgen in dieser Angelegenheit *Streinz*, EuZW 2014, 17 (19 ff.).

[43] So ausdrücklich EuG, Urt. v. 6.9.2011 – T-18/10 (Inuit Tapiriit Kanatami u.a.), Rn. 48.

[44] Siehe dazu etwa *Kirchhoff*, Individualrechtsschutz im Europäischen Gemeinschaftsrecht – Unter Berücksichtigung der Geltendmachung von Umweltinteressen, 2005, S. 57 ff.

[45] Siehe zum Rechtsschutz gegen Richtlinien bereits *Schneider*, AöR 119 (1994), 294 ff.; *Cremer*, EuZW 2001, 453 ff.

[46] Ebenso *Cremer* (Fn. 21), AEUV Art. 263 Rn. 65 f.; *Gundel*, EWS 2012, 65 (69); *Last*, Garantie wirksamen Rechtsschutzes gegen Maßnahmen der Europäischen Union, 2008, S. 155 ff.

[47] Demgegenüber können konkret-individuelle Rechtsakte der Union, also adressierte Beschlüsse i.S.v. Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV keinen „Verordnungscharakter" besitzen; siehe dazu EuG, Urt. v. 6.9.2011 – T-18/10 (Inuit Tapiriit Kanatami u.a.), Rn. 42; daran anschließend z.B. EuG, Urt. v. 25.10.2011, T-262/10 (Microban), Rn. 21–24, Rn. 42 f.; siehe für eine Zusammenfassung zur Angreifbarkeit von Rechtakten mit allgemeiner Geltung *Schwarze/Voet van Vormizeele*, in: Becker/Hatje/Schoo/Schwarze, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, AEUV Art. 263 Rn. 54.

[48] Vgl. EuG, Urt. v. 11.9.2002 – T-13/99 (Pfizer Animal Health/Rat), Rn. 82; EuG, Urt. v. 11.9.2007 – T-35/06 (Honig-Verband/Kommission), Rn. 39; EuG, Beschl. v. 30.11.2009 – T-313/08 u.a. (Veromar di Tudisco Alfio & Salvatore), Rn. 38; EuG, Urt. v. 6.9.2011 – T-18/10 (Inuit Tapiriit Kanatami u.a.), Rn. 63; EuG, Urt. v. 4.6.2012 – T-381/11 (Eurofer), Rn. 43.

[49] *Dörr* (Fn. 26), AEUV Art. 263 Rn. 86.

[50] *Mächtle-Seidenfuß*, JuS 2015, 28 (31).

[51] Ebenso EuG, Urt. v. 4.6.2012 – T-381/11 (Eurofer), Rn. 57 f.

[52] *Dörr* (Fn. 26), AEUV Art. 263 Rn. 85.

[53] EuG, Urt. v. 4.6.2012 – T-381/11 (Eurofer), Rn. 59.

[54] EuG, Urt. v. 4.6.2012 – T-381/11 (Eurofer), Rn. 59.

[55] EuGH, Urt. v. 19.12.2013 – C-274/12 P (Telefónica SA).

[56] Siehe für Einzelfälle ausführlich *Dörr* (Fn. 26), AEUV Art. 263 Rn. 90 ff.

hof der EU enge Grenzen gesetzt sind – dies in der zweiten Variante vor allem durch das Tatbestandsmerkmal der individuellen Betroffenheit des potentiellen Klägers sowie in der dritten Variante durch die eingeschränkte Reichweite des Begriffs eines Rechtsakts mit Verordnungscharakter.

Mag der Kläger seine individuelle Betroffenheit nur in Ausnahmefällen begründen können, bringt die mit dem Vertrag von Lissabon neu eingeführte dritte Variante dennoch eine – wenn auch begrenzte – Rechtsschutzmöglichkeit zumindest für Rechtsakte, die keine Gesetzgebungsakte sind. Da der Kläger von einer Verordnung typischerweise jedoch unmittelbar betroffen ist und das zusätzliche Erfordernis der individuellen Betroffenheit bei Rechtsakten mit Verordnungscharakter und ohne Durchführungsmaßnahmen entfällt, wird der Zugang zum EuG gegenüber der früheren Rechtslage[57] in dieser speziellen Konstellation erleichtert.[58] Hinsichtlich „echter" Verordnungen i.S.v. Art. 288 Abs. 2 AEUV, die über Gesetzgebungscharakter verfügen, verbleibt es dagegen bei der alten Rechtslage mit dem Erfordernis der unmittelbaren *und* individuellen Betroffenheit.[59] Eine Normenkontrolle durch Private findet dagegen auch im deutschen Recht kaum statt, weshalb das Ergebnis dieser Untersuchung aus deutscher Sicht nicht allzu befremdlich erscheint. In der Regel wird es als ausreichend betrachtet, gegen Rechtsakte der EU vor nationalen Gerichten vorzugehen (worauf der EuGH für effektiven Rechtsschutz auch verweist), soweit etwa ein Durchführungsakt als möglicher Angriffspunkt vorliegt. Verordnungen und auch allgemeine Beschlüsse können freilich nur dann mit Individualnichtigkeitsklagen angegriffen werden, wenn keine nationalen Vollzugsmaßnahmen mehr erforderlich sind und daher auch eine Inzidenzkontrolle ausscheidet.[60]

Der Verweis auf diese nationale Rechtsschutzmöglichkeit findet jedoch dann seine Grenze, wenn die Durchführungshandlung eine staatliche Sanktionsmaßnahme ist, wenn also der Einzelne darauf verwiesen wäre, gegen das Recht zu verstoßen, um Zugang zum gerichtlichen Rechtsweg zu erhalten.[61] In Fällen also, in denen Durchführungsmaßnahmen lediglich drohen, der Einzelne aber dennoch bereits in seinem grundrechtlich geschützten Verhalten beeinträchtigt sein kann, ist es daher sachgerechter, darauf abzustellen, ob der Betroffene zu nicht mehr korrigierbaren Entscheidungen oder Dispositionen gezwungen wird, da die Verordnung das Verhalten des Klägers dann in gleicher Weise wie bei einem Vollzugsakt steuert und damit eine vergleichbare Wirkung erzeugt.[62] Solche Ausnahmefälle müssen daher von einer Klagemöglichkeit vor dem Gerichtshof der EU aufgefangen werden.

b) Untätigkeitsklage nach Art. 265 AEUV

Als weitere direkte Klage, mit der sich ein privater Rechtsschutzsuchender unmittelbar an die Unionsgerichte wenden kann, ist die Untätigkeitsklage nach Art. 265 AEUV zu nennen,[63] die ähnlich wie die Nichtigkeitsklage besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen für Individualuntätigkeitsklagen aufstellt. Insgesamt ist die Bedeutung dieser Klagemöglichkeit gegen Unionsorgane wegen der Nichtvornahme eines Beschlusses allerdings auch auf Grund ihrer Subsidiarität zur Nichtigkeitsklage gering,[64] weshalb sie im Folgenden nicht derart ausführlich betrachtet werden soll.

aa) Zulässigkeitsvoraussetzungen der Individualuntätigkeitsklage

Nach Art. 265 Abs. 3 AEUV kann sich eine Individualuntätigkeitsklage nur dagegen richten, dass es eine Unionsinstitution unterlassen hat, einen anderen Akt als eine Empfehlung oder Stellungnahme an den Kläger zu richten. Aus der ausdrücklichen Ausklammerung von Empfehlungen und Stellungnahmen als statthafte Klagegegenstände ergibt sich, dass die Klage nur auf verbindliche Rechtsakte gerichtet sein kann.[65] Dies schließt daher etwa auch Ratschläge, Auskünfte und reine Mitteilungen als mögliche Klagegegenstände aus.[66]

Hinsichtlich des Adressaten des begehrten verbindlichen Rechtsakts fordert Art. 265 Abs. 3 AEUV, dass der unterlassene Akt an den Kläger zu richten ist. Er muss also individuelle Geltung entfalten und seiner Form oder Rechtsnatur nach an den Einzelnen gerichtet sein.[67] Unterbliebene allgemeine Rechtsakte wie Verordnungen, Richtlinien, adressatenunabhängige oder an Mitgliedstaaten gerichtete Beschlüsse oder das Unterlassen der Kommission, ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV einzuleiten, können daher nicht von Privaten mit der Untätigkeitsklage gerügt werden.[68]

Darüber hinaus muss der Kläger potentieller Adressat des unterlassenen Rechtsakts sein. Die betroffene natürliche oder juristische Person kann die Untätigkeit jedoch aufgrund der parallelen Struktur zur Nichtigkeitsklage[69] auch dann rügen, wenn sie zwar nicht Adressat der begehrten Maßnahme sein würde, aber von ihrem Erlass unmittelbar und individuell

[57] Dazu nur EuGH, Urt. v. 1.4.2004 – C-263/02 P (Jégo-Quéré); EuGH, Urt. vom 25.7.2002 – C-50/00 P (UPA); siehe auch *Lindner*, NVwZ 2003, 569.
[58] *Mächtle-Seidenfuß*, JuS 2015, 28 (31).
[59] *Mächtle-Seidenfuß*, JuS 2015, 28 (31).
[60] *Frenz* (Fn. 15), Rn. 2943.
[61] Vgl. *Dörr* (Fn. 26), AEUV Art. 263 Rn. 87.
[62] *Frenz* (Fn. 15), Rn. 2938.
[63] Siehe zur Untätigkeitsklage instruktiv *Thiele*, in: Leible/Altwicker, Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht, Band 3 der Enzyklopädie Europarecht, 2. Aufl. 2011, S. 389 ff.
[64] *Mächtle-Seidenfuß*, JuS 2015, 28 (29).
[65] EuGH, Urt. v. 17.10.1984 – 83 u. 84/84 (N.M.), Rn. 10; *Pache* (Fn. 1), EUV Art. 265 Rn. 22; *Cremer* (Fn. 21), AEUV Art. 265 Rn. 6.
[66] EuGH, Urt. v. 18.11.1970 – 15/70 (Chevalley), Rn. 10 ff.; EuGH, Urt. v. 17.10.1984 – 83 u. 84/84 (N.M.), Rn. 10; *Gaitanides* (Fn. 21), AEUV Art. 265 Rn. 12.
[67] EuGH, Urt. v. 26.10.1971 – 15/71 (Mackprang), Rn. 4; EuGH, Urt. v. 15.1.1974 – 134/73 (Holtz & Willemsen), Rn. 5.
[68] EuGH, Urt. v. 23.5.1990 – C-72/90 (Asia Motor France), Rn. 11; EuG, Urt. v. 13.11.1995 – T-126/95 (Dumez), Rn. 44; EuG, Urt. v. 25.5.2005 – T-443/03 (Retecal), Rn. 44; *Ehricke* (Fn. 23), AEUV Art. 265 Rn. 19.
[69] So auch *Cremer* (Fn. 21), AEUV Art. 265 Rn. 7.

betroffen wäre.[70] Zwar stellt letzteres eine Erweiterung des Anwendungsbereiches der Untätigkeitsklage gegenüber dem Wortlaut der Norm dar, jedoch trägt dies dem Gebot effektiven Rechtsschutzes ebenso Rechnung wie der systematischen Nähe zur Nichtigkeitsklage.[71]

bb) Zusammenfassende Analyse der Grenzen des Individualrechtsschutzes im Wege der Untätigkeitsklage

Zusammenfassend ist die Klagemöglichkeit für Private wegen Untätigkeit der EU in zweifacher Weise begrenzt:[72] Einerseits durch das Erfordernis der Verbindlichkeit des begehrten Rechtsakts, andererseits durch seine Zielrichtung (der Kläger muss potentieller Adressat der Handlung sein). Die Analyse zeigt, dass erstere Voraussetzung den Individualrechtsschutz kaum merklich einschränken dürfte, da – auch wenn in Einzelfällen auch etwa Stellungnahmen der Kommission beträchtliche Wirkungen haben können – der Einzelne in aller Regel ohnehin einen verbindlichen Rechtsakt begehren dürfte. Das zweite Erfordernis macht die Klagebefugnis dagegen parallel zur Nichtigkeitsklage deutlich schwerer begründbar. Allerdings ist hier erneut auf die über den Wortlaut hinausgehende Erweiterung hinzuweisen, die eine Klage zumindest auch dann möglich macht, wenn ein Dritter unmittelbar und individuell betroffen ist.[73]

c) Schadensersatzklage nach Art. 268 AEUV i.V.m. Art. 340 Abs. 2, Abs. 3 AEUV

Bei Haftungsfragen ist zu unterscheiden zwischen einerseits dem Haftungsschuldner – nämlich ob die EU oder die Mitgliedstaaten haften – und andererseits der Haftungsgrundlage, das heißt, ob eine vertragliche oder eine außervertragliche Haftung in Betracht kommt. Die Haftung der Mitgliedstaaten wegen Verstoßes gegen Unionsrecht richtet sich nach dem jeweiligen nationalen Recht, weshalb hier nationale Gerichte zuständig sind.[74] Gleiches gilt grundsätzlich[75] für Rechtsstreitigkeiten zur vertraglichen Haftung der EU, wie sich aus Art. 274 AEUV i.V.m. Art. 268 AEUV ergibt. Lediglich soweit die außervertragliche Haftung der Union betroffen ist, ist das EuG gem. Art. 268 AEUV i.V.m. Art. 256 AEUV wegen eines Fehlverhaltens von EU-Bediensteten (Amtshaftungsklage)[76] zuständig,[77] in dessen Rahmen gerade natürliche und juristische Personen aktivlegitimiert sind. Es zeigt sich, dass der Individualrechtschutz vor den Unionsgerichten in Schadensersatzsachen bereits durch diesen weitgehenden Verweis auf eine Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte stark eingeschränkt und begrenzt ist. Daneben gibt es jedoch keine besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen für natürliche und juristische Personen: Innerhalb der (eingeschränkten) Zuständigkeit des Art. 268 AEUV ist eine Individualklage ohne weitere Erfordernisse möglich. Die betreffende Person muss lediglich die materiellen Tatbestandsvoraussetzungen aus Art. 340 AEUV geltend machen können.[78]

2. Indirekter Rechtsschutz

Im Rechtsschutzsystem der Europäischen Union ist auch die Möglichkeit indirekten Individualrechtsschutzes nicht zu vernachlässigen, der einerseits im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV sowie andererseits – wenn auch in sehr begrenztem Maße – im Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258, 259 AEUV erreicht werden kann.

a) Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV

Als indirekte Rechtsschutzmöglichkeit spielt in der Praxis das Vorabentscheidungsverfahren[79] als wichtiges Instrument für die Fortentwicklung des Unionsrechts eine bedeutende Rolle. Es dient der inzidenten Klärung entscheidungserheblicher europarechtlicher Fragen, die das nationale Gericht dem EuGH unter Aussetzung des mitgliedstaatlichen Gerichtsverfahrens vorlegen kann bzw. muss.[80]

Neben der unionsweiten Rechtseinheit stellt die Sicherung des Individualrechtsschutzes einen entscheidenden Zweck des Vorabentscheidungsverfahrens[81] und damit eine wichtige Ergänzung zum nur eingeschränkt gewährten direkten Individualrechtsschutz dar.[82] Oben wurde deutlich, dass Private aufgrund der engen Grenzen auf Unionsebene häufig auf den Rechtsschutz vor mitgliedstaatlichen Gerichten verwiesen sind.[83] Rechtsschutzlücken[84] werden in gewissem Umfang durch das Vorabentscheidungsverfahren geschlossen. Die kohärente und vollumfängliche Gewährleistung eines effektiven Individual-

[70] Bei dieser Feststellung sind die oben dargestellte „Plaumann-Formel“ und die für die Nichtigkeitsklage entwickelten Erwägungen entsprechend heranzuziehen, vgl. *Frenz* (Fn. 15), Rn. 3020.
[71] *Pache* (Fn. 1), EUV Art. 265 Rn. 22.
[72] *Ehricke* (Fn. 23), AEUV Art. 265 Rn. 18 f.; *Schwarze/Voet van Vormizeele* (Fn. 47), AEUV Art. 265 Rn. 13 ff.
[73] Siehe dazu auch *Ehricke* (Fn. 23), AEUV Art. 265 Rn. 20.
[74] Siehe dazu *Frenz* (Fn. 15), Rn. 2014 ff.
[75] Für Ausnahmen siehe *Frenz* (Fn. 15), Rn. 1994 ff.
[76] Vgl. *Mächtle-Seidenfuß*, JuS 2015, 28 (29).
[77] Siehe zu Inhalt und Tragweite *Jacob/Kottmann*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 26), AEUV Art. 268 Rn. 1.
[78] Siehe zu den Tatbestandsvoraussetzungen des Schadensersatzanspruchs für außervertragliche Haftung *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 13), S. 288 ff.
[79] Siehe zum Vorabentscheidungsverfahren instruktiv *Thiele*, Europäisches Prozessrecht – Verfahrensrecht vor dem Gerichtshof der Europäischen Union, 2. Aufl. 2014, S. 174 ff.
[80] Siehe dazu auch *Baumeister*, EuR 2005, 1 (13 ff.); *Mächtle-Seidenfuß*, JuS 2015, 28 (29).
[81] *Thomy* (Fn. 7), S. 48; *Pechstein/Görlitz*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Fn. 10), AEUV Art. 267 Rn. 6.
[82] Siehe zum Individualrechtsschutz durch das Vorabentscheidungsverfahren auch *Brockmann*, Effektiver Rechtsschutz – Das Recht der Europäischen Union – Zu den Rechtsschutzmöglichkeiten des Einzelnen gegen Rechtsakte der EU nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon, 2014, S. 5 ff.; *Kirchhoff* (Fn. 44), S. 47 ff.
[83] Siehe zum Verhältnis von zentralem und dezentralem Rechtsschutz bereits *Nowak*, EuR 2000, 724 ff.
[84] Siehe dazu etwa *Grünewald* (Fn. 8), S. 114 ff.

rechtschutzes in der EU ist damit eine ineinandergreifende Aufgabe der europäischen und der nationalen Gerichte.[85] Im Falle von Durchführungsmaßnahmen etwa verweist die Rechtsprechung den Einzelnen darauf, ein Verfahren gegen die Durchführungsmaßnahme anzustrengen, in dem die Ungültigkeit des Basisrechtsakts vor den nationalen Gerichten geltend gemacht wird, um diese zu einem Vorabentscheidungsersuchen vor dem EuGH zu veranlassen.[86] Allerdings besteht insoweit kein Anspruch bzw. eigenes förmliches Antragsrecht gegen das nationale Gericht;[87] dieses Zwischenverfahren ist der Parteiherrschaft insoweit entzogen.[88] Die Beteiligten können jedoch eine Vorlage einerseits anregen[89], andererseits ist das nationale Gericht hierzu nicht nur als Letztinstanz unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet. Bei einer Verletzung der Vorlagepflicht kann unter Umständen vor nationalen Verfassungsgerichten wegen der Verweigerung eines gesetzlichen Richters vorgegangen[90] und so die unzulässig verschobenen Grenzen des (indirekten) Individualrechtsschutzes gerügt werden.

Geschieht eine Vorlage, entfaltet das Vorabentscheidungsverfahren nicht nur im Rahmen der Gültigkeitskontrolle, sondern auch durch die Auslegung des Unionsrechts seine Bedeutung für den Individualrechtsschutz.[91] Die Leitentscheidungen des EuGH etwa zur Geltung der Grundrechte[92] oder der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien[93] ergingen alle im verfahrensrechtlichen Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens.[94] Wenn auch eine Art „Grundrechtsbeschwerde" zum EuGH nicht existiert, dieser aber mit Grundrechtsfragen befasst wird, so legt er den Anwendungsbereich der Grundrechte-Charta weit aus und sorgt für die Beachtung der dort verankerten Rechte, wenn eine nationale Vorschrift in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt.[95] Über den Umweg der mitgliedstaatlichen Gerichte kann also vor dem EuGH ein möglicher Verstoß gegen EU-Grundrechte des Betroffenen zum Gegenstand werden, ohne dass dieser selbst den EuGH anruft bzw. anrufen muss.[96] Angesichts der großzügigen Auslegung der Grundfreiheiten und Grundrechte ist diese Rechtsschutzmöglichkeit, sobald ein Vorabentscheidungsverfahren eingeleitet wurde, in ihrer Begründetheitsprüfung nicht zu unterschätzen.

b) Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 258, 259 AEUV

Vertragsverletzungsverfahren dienen nicht dem Schutz individueller Rechte und sonstiger individueller Rechtspositionen: Im Rahmen der Aufsichtsklage nach Art. 258 AEUV nimmt die Kommission ihre Aufgabe als „Hüterin der Verträge" nach Art. 17 Abs. 1 EUV wahr, indem sie gegen vertragswidriges Verhalten der Mitgliedstaaten vorgeht; bei der Staatenklage nach Art. 259 AEUV wird auf Initiative eines Mitgliedstaats ein objektiver Rechtsverstoß durch einen Mitgliedstaat gerügt.[97] Es handelt sich dabei um ein verfassungsrechtliches Verfahren, das vor allem im Bereich der Richtlinienumsetzung durch die Mitgliedstaaten relevant ist.[98]

Mittelbar kann das Vertragsverletzungsverfahren dennoch auch für Individualrechte von Bedeutung sein und den Individualrechtsschutz im Einzelfall ergänzen, unter Umständen aber auch beschränken.[99]

Natürliche und juristische Personen sind zwar in diesem Rahmen nicht aktiv parteifähig, sie können jedoch auf Rechtsverstöße der Mitgliedstaaten hinweisen[100] und bei der Kommission individuelle Beschwerde einlegen.[101] Grenze dieses privaten Vorgehens ist jedoch, dass eine solche Individualbeschwerde der Kommission lediglich die tatsächliche oder vermeintliche Vertragsverletzung zur Kenntnis bringt.[102] Ob die Kommission dann tatsächlich tätig wird, entzieht sich dagegen dem Einfluss des Privaten. Es besteht kein einklagbarer Anspruch auf Einleitung und Durchführung eines Vertragsverletzungsverfahrens.[103] Anzumerken ist aber, dass die Kommission häufig aufgrund von Beschwerden tätig wird, die von Einzelnen an sie gerichtet wurden.[104]

Schließlich ist die mögliche beschränkende Wirkung für den Individualrechtsschutz zu erwähnen, die von Vertragsverletzungsverfahren selbst ausgehen können. Trotz der weitreichenden Folgen der Feststellung einer Vertragsverletzung (etwa durch eine fehlende Ausschreibung etc.) können sich die tatsächlich Betroffenen vor dem Gerichtshof weder als Partei noch als Streithelfer äußern und verfügen auch im Üb-

[85] *Mächtle-Seidenfuß*, JuS 2015, 28 (32).
[86] *Mächtle-Seidenfuß*, JuS 2015, 28 (31).
[87] *Pechstein/Görlitz* (Fn. 81), AEUV Art. 267 Rn. 7; siehe auch schon *Kirchhoff* (Fn. 44), S. 46.
[88] Siehe dazu *Frenz* (Fn. 15), Rn. 3291.
[89] Siehe dazu *Frenz* (Fn. 15), Rn. 3291.
[90] *Mayer*, DVBl. 2004, 606 (613); *Thomy* (Fn. 7), S. 146 ff.
[91] Siehe zu Beschlüssen als Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahren auch *Bast* (Fn. 17), S. 403 ff.
[92] EuGH, Urt. v. 12.11.1969 – 29/69 (Stauder), Rn. 7.
[93] EuGH, Urt. v. 19.11.1991 – C-6 u. 9/90 (Francovich), Rn. 11 ff.
[94] Siehe dazu *Groh*, Die Auslegungsbefugnis des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren, 2005, S. 55 f.; *Skouris*, EuGRZ 2008, 343 (344).
[95] EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-617/10 (Åkerberg Fransson); siehe auch *Mächtle-Seidenfuß*, JuS 2015, 28 (29).
[96] Siehe für mögliche Änderungen im Grundrechtsschutz nach einem Beitritt der EU zur EMRK *Spiekermann*, Die Folgen des Beitritts der EU zur EMRK für das Verhältnis des EuGH zum EGMR und den damit einhergehenden Individualrechtsschutz, 2013, S. 171 ff.; *Grünewald* (Fn. 8), S. 184 ff.; siehe auch *Kwapil*, Individualrechtsschutz in der EU unter besonderer Berücksichtigung der Zuständigkeiten des EGMR und des GH der EU, 2011, S. 107 ff.
[97] *Frenz* (Fn. 15), Rn. 2520.
[98] *Mächtle-Seidenfuß*, JuS 2015, 28 (29).
[99] *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 26), AEUV Art. 258 Rn. 17.
[100] *Frenz* (Fn. 15), Rn. 2714.
[101] Siehe dazu ausführlich *Karpenstein* (Fn. 99), AEUV Art. 258 Rn. 18 ff.
[102] *Frenz* (Fn. 15), Rn. 2520.
[103] *Karpenstein* (Fn. 99), AEUV Art. 258 Rn. 21.
[104] Vgl. *Wunderlich*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 21), AEUV Art. 258 Rn. 2 m.w.N.

rigen über keinerlei Verfahrensrechte.[105] Dies stellt eine problematische Lücke dar.

III. Abschließende Zusammenfassung und Fazit

Europäische und nationale Gerichte bilden zusammen einen kohärenten Rechtschutzverbund,[106] innerhalb dessen dem Gerichtshof der Europäischen Union die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Handlungen der Organe sowie die Sicherung einer einheitlichen Auslegung und Anwendung von Europarecht in den Mitgliedstaaten obliegt. Während der Rechtsweg zu den Unionsgerichten nur in den Fällen der enumerativen Einzelzuständigkeiten eröffnet ist,[107] haben im Übrigen die nationalen Gerichte den Schutz der Rechte zu gewährleisten, die den Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsen.[108]

Es wurde in dieser Arbeit der sehr beschränkte Rahmen für direkte Klagen von Individuen vor der Unionsgerichtsbarkeit aufgezeigt. Für Nichtigkeitsklagen begrenzt insbesondere das eng ausgelegte Tatbestandsmerkmal der individuellen Betroffenheit die Klagemöglichkeit. Eine bedeutende Erweiterung schafft auch der vermeintlich klare Wortlaut der dritten Variante nicht, obwohl die individuelle Betroffenheit hier kein Erfordernis darstellt: „Rechtsakte mit Verordnungscharakter" sind aufgrund der Entstehungsgeschichte der Norm keine „Verordnungen" im Sinne des Vertrags von Lissabon. Der Zugang von Individuen zu den Europäischen Gerichten sollte mit dem Vertrag von Lissabon im Rahmen der Nichtigkeitsklage zwar erleichtert werden, die Klagebefugnis wurde jedoch lediglich eingeschränkt erweitert.[109] Geklagt werden kann hier nur gegen untergesetzliche Vorschriften; eine allgemeine Normenkontrolle durch Private ist damit also nicht verbunden.

Der in diesem Zusammenhang stets vorgebrachte Hinweis auf den Rechtsweg zu den nationalen Gerichten[110] und das diesen eröffnete Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV[111] offenbart das Bemühen um die Abwehr einer großen Zahl direkter Klagen und das Bestreben, „doppelt eingelegten Rechtsbehelfe"[112] vorzubeugen. Der Ausschluss direkter Klagen[113] kann aber in der Sache nur dann überzeugen, wenn die Möglichkeit innerstaatlichen Rechtsschutzes auch tatsächlich besteht.[114] Dieser Aspekt wurde beim Kriterium der unmittelbaren Betroffenheit sowie dem Fehlen nationaler Durchführungsmaßnahmen aufgegriffen. Wenn auch sehr eingeschränkt, aber dennoch nicht vollkommen unbedeutend sind in nationalen Verfahren die indirekten Einflussmöglichkeiten zur Initiierung eines Verfahrens beim Gerichtshof der EU, der im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens nationaler Gerichte möglich ist. Auf diese Art und Weise kann indirekt Rechtsschutz durch den EuGH gewährt werden.

Zusammenfassend hat das unionale Rechtsschutzsystem im Hinblick auf Fragen des Individualrechtsschutzes trotz bestehender Lücken[115] mittlerweile einen im Vergleich zu anderen inter- und supranationalen Zusammenschlüssen einzigartigen qualitativen Standard erreicht,[116] der insgesamt auch den Vergleich mit den Gewährleistungen der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten nicht zu scheuen braucht.[117] In Einzelheiten wird jedoch ein weiterer Ausbau der einschlägigen Rechtsschutzmöglichkeiten, -verfahren und -garantien angesichts der fortschreitend sich intensivierenden Einwirkung des Unionsrechts auf die Rechtsstellung der Unionsbürger auch zukünftig noch erforderlich sein.[118]

---

[105] *Karpenstein* (Fn. 99), AEUV Art. 258 Rn. 26.

[106] *Classen*, in: Schulze/Kadelbach/Janssen, Europarecht – Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 4. Aufl. 2020, § 4 Rn. 3.

[107] Vgl. *Mächtle-Seidenfuß*, JuS 2015, 28 f.

[108] EuGH, Urt. v. 13.3.2007 – C-432/05 (Unibet); Dies verpflichtet die Mitgliedstaaten gem. Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV gegebenenfalls zur Schaffung der erforderlichen Rechtsbehelfe und die nationalen Gerichte – wie oben dargestellt – gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Vorlage an den EuGH, siehe dazu *Schwarze/Wunderlich*, in: Becker/Hatje/Schoo/Schwarze (Fn. 47), EUV Art. 19 Rn. 47 ff.

[109] *Schroeder*, EuZW 2011, 462 (467); *Mächtle-Seidenfuß*, JuS 2015, 28 (29).

[110] EuGH, Urt. v. 16.3.1978 – 123/77 (UNICME), Rn. 13; EuGH, Urt. v. 21.5.1987 – 133–136/85 (Berlin-Butter), Rn. 12; EuGH, Urt. v. 2.4.1998 – C-321/95 P (Greenpeace), Rn. 32 f.; EuG, Urt. v. 22.12.1995 – T-219/95 R (Ferriere Nord SpA), Rn. 77; vgl. auch *Arnull*, CMLRev. 1995, 7 (40 ff.) m.w.N.

[111] EuGH, Urt. v. 21.5.1987 – 97/85 (Deutsche Lebensmittelwerke), Rn. 12 verneint, dass das Vorlageermessen der nationalen Gerichte eine Eröffnung des direkten Klagewegs zur Unionsgerichtsbarkeit erforderlich mache.

[112] EuGH, Urt. v. 21.2.1984 – 239 u. 275/82 (Allied Cooperation), Rn. 13.

[113] EuG, Urt. v. 28.3.1996 – T-99/94 (Asocarne), Rn. 17; EuG, Urt. v. 7.11.1996 – T-298/94 (Roquette Frères), Rn. 45.

[114] *Wegener* (Fn. 1), EUV Art. 19 Rn. 42.

[115] *Brockmann* (Fn. 82), S. 211 ff.

[116] Siehe dazu *Wegener* (Fn. 1), EUV Art. 19 Rn. 18 ff.

[117] *Wegener* (Fn. 1), EUV Art. 19 Rn. 12.; siehe zur Effektivität des Systems primären Individualrechtsschutzes ausführlich *Munding*, Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz im Rechtssystem der Europäischen Union – Überlegungen zur Rechtsnatur und Quellenhermeneutik der unionalen Rechtsschutzgarantie sowie zur Wirksamkeit des Systems primären Individualrechtsschutzes gegen normative EG-Rechtsakte, 2010, S. 385 ff.

[118] Näher zu Verbesserungsmöglichkeiten des Individualrechtsschutzes *Thomy* (Fn. 7), S. 215 ff.; siehe auch bereits *v. Danwitz*, NJW 1993, 1108 ff.

Duell, Triell oder offener Schlagabtausch?

Die Vereinbarkeit des TV-Kanzler*innentriells mit dem Recht der politischen Parteien auf Chancengleichheit

Von Stud. iur. **Maximilian Scheu**, LL.B., Mannheim*

I. Einleitung

Am 26.9.2021 ist es wieder so weit: Deutschland geht wählen. Die gegenwärtigen Umfragen zeichnen dabei ein uneinheitliches Bild hinsichtlich der möglichen Regierungskoalitionen. Es wird in jedem Fall spannend. Als mögliche*r zukünftige*r Bundeskanzler*in werden aktuell *Annalena Baerbock* von Bündnis 90/Die Grünen und der Spitzenkandidat von CDU/CSU, *Armin Laschet*, gehandelt. Traut man den jüngsten Umfragen, so spielt Olaf Scholz (SPD) im Rennen um die Kanzler*innenschaft ebenso wenig eine Rolle wie die Kandidat*innen der weiteren im Bundestag vertretenen Parteien. Dass sich das Feld der praktisch in Frage kommenden Kanzlerkandidat*innen nicht mehr nur auf die Kandidat*innen von Union und SPD beschränkt, stellt bekanntermaßen ein Novum dar.

Vorausgesetzt dieser Zustand bleibt erhalten, stellen sich bestimmte Rechtsfragen betreffend das Vorfeld der im Herbst anstehenden Bundestagswahl. Seit 2002 genießt das sog. „Kanzler*innenduell" im Fernsehen hohe Aufmerksamkeit bei vielen Wähler*innen. In seiner fast zwanzigjährigen Geschichte war das Format durchgängig auf die aussichtsreichen Kandidat*innen von Union und SPD beschränkt. In einer Zeit, in der praktisch schon vorab feststand, dass entweder die Union oder die SPD die/den nächste*n Bundeskanzler*in stellen würde, war dies rechtlich nicht zu beanstanden. So sah es jedenfalls das BVerfG im Jahr 2002[1], als es eine entsprechende Verfassungsbeschwerde der FDP ablehnte. Ehedem sei nicht ernsthaft damit zu rechnen gewesen, dass der damalige Spitzenkandidat der FDP, *Dr. Guido Westerwelle*, tatsächlich zum Kanzler gewählt werden würde. Und in der Tat zog schließlich nicht Dr. *Guido Westerwelle*, sondern *Gerhard Schröder*, Spitzenkandidat der SPD, in das Bundeskanzleramt ein.

Allerdings unterscheidet sich die Ausgangslage im Jahr 2021, wie oben dargetan, signifikant. Die Demoskopen rechnen den Grünen ernsthafte Chancen ein, die nächste Bundeskanzlerin in Person von *Annalena Baerbock* zu stellen. Diesem Umstand tragen ARD und ZDF (politisch) Rechnung, indem am 12.9.2021 erstmals ein Triell der Kanzlerkandidat*innen von CDU/CSU, SPD und Grünen stattfinden soll.[2] Doch wie wirkt sich die veränderte Ausgangslage in rechtlicher Hinsicht auf das einstige TV-Duell zwischen den Kanzlerkandidat*innen aus? Hätten die Grünen einen Anspruch auf Zulassung ihrer Kandidatin zum TV-Duell? Und ist es unter dem Gesichtspunkt der Chancengleichheit rechtlich zulässig, zwar zusätzlich den Spitzenkandidaten der SPD, nicht aber die Kandidat*innen der Linken, der FDP und der AfD an dem TV-Format teilnehmen zu lassen? Diesen und weiteren Fragen widmet sich der folgende Beitrag.

II. Die Stellung der Fernsehmedien

In einem ersten Schritt soll der Fokus auf den Fernsehmedien liegen. Welche Spielräume und Verpflichtungen bestehen im Hinblick auf deren Programmzusammenstellung? Lassen sich konkrete Vorgaben in Bezug auf die Besetzung eines TV-Formats der Kanzlerkandidat*innen identifizieren? Diesem ersten Aspekt wird im folgenden Abschnitt nachgegangen, wobei es zwischen privaten Rundfunkunternehmen und öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu differenzieren gilt.

1. Private Rundfunkunternehmen

Private Rundfunkunternehmen genießen als juristische Personen des Privatrechts in personeller Hinsicht den Schutz der in Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG garantierten Rundfunkfreiheit. Als Rundfunk, der seinerseits einem steten Wandel unterliegt und entwicklungsoffen bleibt[3], versteht man nach herkömmlicher Definition die an einen unbestimmten Adressatenkreis gerichtete drahtlose oder drahtgebundene Übermittlung von Gedankeninhalten durch Funktechnik, d.h. mit Hilfe elektrischer Schwingungen bzw. mittels elektromagnetischer Wellen.[4] Um dem Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG zu unterfallen, muss der Rundfunk ferner dargeboten werden. Dies setzt eine Vermittlungsweise von Informationen und Meinungen voraus, die sich durch Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft auszeichnet.[5] Ist dies gegeben, so erstreckt sich die „Freiheit" des Rundfunks insbesondere auf die Programmfreiheit, welche die inhaltliche Ausgestaltung und Formung des Programms umfasst.[6] Das Interesse an der Ausstrahlung eines TV-Formats durch ein privates Rundfunkunternehmen, bei dem eine limitierte Anzahl von Spitzenpolitiker*innen mitwirkt, ist somit grundrechtlich geschützt. Da private Rundfunkunternehmen nicht unmittelbar an Grundrechte gebunden sind, ist der Spielraum groß. Das BVerfG schreibt privaten Rundfunkunternehmen lediglich eine sachgemäße, umfassende und wahrheitsgemäße Information sowie ein Mindestmaß an gegenseitiger Achtung vor. Der Gesetz-

* Der *Autor* ist Wiss. Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht sowie Verfassungstheorie (Prof. *Dr. Benjamin Straßburger*) an der Universität Mannheim.

[1] BVerfG NJW 2002, 2939 ff.

[2] Triell der Kanzlerkandidatin und der Kanzlerkandidaten, abrufbar unter https://www.daserste.de/specials/ueber-uns/triell-wahl-2021-100.html (28.7.2021).

[3] BVerfGE 74, 297 (350 f.).

[4] Vgl. *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 92. Lfg., Stand: August 2020, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 603.

[5] BVerfGE 57, 295 (319); 119, 181 (214 f.).

[6] BVerfGE 119, 181 (219).

geber hat diesbezüglich verbindliche Leitgrundsätze statuiert.[7] Derartige Leitgrundsätze enthält namentlich der am 7.11. 2020 in Kraft getretene Medienstaatsvertrag (MStV), welcher den Rundfunkstaatsvertrag (RStV) ablöst. Jedoch ergeben sich weder aus den von § 51 MStV statuierten Programmgrundsätzen für privaten Rundfunk noch aus § 52 Abs. 1 MStV, wonach die Vielfalt der Meinungen im Wesentlichen zum Ausdruck zu bringen ist und die bedeutsamen politischen Kräfte angemessen zu Wort kommen sollen, konkrete Vorgaben in Bezug auf TV-Formate nach Art des Kanzler*innenduells.[8] Insoweit genießen die privaten Rundfunkunternehmen hinsichtlich der personellen Besetzung des TV-Formats mit Spitzenkandidat*innen der politischen Parteien weitgehend Handlungsfreiheit.

2. Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten

Anders liegen die Dinge mit Blick auf öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten. Diese sind zwar genau wie private Rundfunkunternehmen vom persönlichen Schutzbereich der Rundfunkfreiheit erfasst. Somit kommt auch dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk die grundrechtlich verbürgte Programmfreiheit zu, die ihnen das Recht gewährt, die Teilnehmer*innen an einer wahlbezogenen Diskussion nach ihrem Ermessen selbst zu bestimmen.[9] Andererseits sind die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als juristische Personen des öffentlichen Rechts, insbesondere infolge ihrer unmittelbaren Grundrechtsbindung, deutlich strengeren Maßgaben unterworfen als der private Rundfunk. So misst das BVerfG den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten eine herausragende Rolle bei, wenn es bekundet, dass diese wegen ihrer inhaltlichen Standards und der allgemeinen Empfangbarkeit die mediale Grundversorgung der Bevölkerung sichern.[10] Dem verleiht § 26 Abs. 1 S. 1 MStV Ausdruck, der den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten aufträgt, „durch die Herstellung und Verbreitung ihrer Angebote als Medium und Faktor des Prozesses freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung zu wirken und dadurch die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft zu erfüllen". Nach § 26 Abs. 2 MStV haben die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten „bei der Erfüllung ihres Auftrags die Grundsätze der Objektivität und Unparteilichkeit der Berichterstattung, die Meinungsvielfalt sowie die Ausgewogenheit ihrer Angebote zu berücksichtigen".

Diese Programmsätze sind unpräzise und tragen daher nicht unmittelbar zur Lösung der oben aufgeworfenen Frage bei. Doch ist diese Unbestimmtheit einem strukturellen Problem geschuldet: Wiewohl es dem Gesetzgeber einerseits aufgetragen ist, den Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu konkretisieren, ist es ihm andererseits wegen des Grundsatzes der Staatsferne verwehrt, über eine lediglich abstrakte Beschreibung des Programmauftrages hinauszugehen. Andernfalls wäre die grundrechtliche Programmautonomie in einer nicht zu rechtfertigenden Weise beschnitten.[11]

Festzuhalten ist somit, dass auch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten keinen konkreten Maßgaben unterworfen sind, was die genaue Zusammensetzung eines TV-Formats der Spitzenkandidat*innen im Vorfeld der Bundestagswahl anbetrifft. Die Ausgestaltung ist dem Ermessen der Anstalten im Rahmen ihrer Programmfreiheit überantwortet. Doch schließt die Programmfreiheit der Rundfunkanstalten nicht von vornherein aus, dass einzelne Parteien die Zulassung zu den hier in Rede stehenden TV-Formaten beanspruchen können.

III. Zulassungsansprüche

Zur Frage nach dem Bestehen oder Nichtbestehen von Zulassungsansprüchen hinsichtlich eines bereits feststehenden Rahmenformats wird im Folgenden nach Lösungsansätzen gesucht. Hierbei werden drei verschiedene Konstellationen unterschieden und näher untersucht. Zum einen stellt sich die Frage, ob die Grünen als „neuer Spieler" aufgrund ihrer Erfolgsprognose eine Zulassung zu dem bisher herkömmlichen Duell der beiden „Platzhirsche" (Union und SPD) verlangen können (1.). Anschließend wird der Frage nachgegangen, ob und – bejahendenfalls – wann eine Verdrängung der in den Umfragen schwächelnden SPD durch den neuen Spieler möglich ist bzw. ob die SPD eine Erweiterung des Duells zu einem Triell verlangen kann (2.). Zuletzt stellt sich die Frage nach der Rolle und etwaigen Zulassungsansprüchen der übrigen im Bundestag vertretenen Parteien (3.).

1. Anspruch auf Erstzulassung des „neuen Spielers"

Im Folgenden sind die in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen zu untersuchen. Anspruchsgrundlagen für einen Zulassungsanspruch der Spitzenkandidatin der Grünen könnten sich namentlich aus dem Medienstaatsvertrag, dem Parteiengesetz oder unmittelbar aus dem Grundgesetz ergeben.

a) § 68 Abs. 2 MStV

Aus § 68 Abs. 2 MStV ergibt sich ein Anspruch auf Einräumung angemessener Sendezeit zu Selbstdarstellungszwecken für Wahlwerbespots zu Wahlen zum Deutschen Bundestag.[12] Redaktionelle Sendungen wie ein TV-Duell oder TV-Triell werden aber nach Form und Ablauf von der Rundfunkanstalt selbst verantwortet und sind daher kein Instrument der Selbstdarstellung.[13] § 68 Abs. 2 MStV ist daher schon tatbestandlich nicht einschlägig. Da – wie oben aufgezeigt – die Programmsätze des Medienstaatsvertrags bewusst vage formuliert sind, können auch diese nicht als Anspruchsgrundlage für einen konkreten Zulassungsanspruch herangezogen werden. Ein Anspruch aus dem Medienstaatsvertrag scheidet daher in Gänze aus.

[7] BVerfGE 57, 295 (326); 73, 118 (199).
[8] *Müller-Terpitz*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Informations- und Medienrecht, 32. Ed., Stand: 1.5.2021, MStV § 59 Rn. 8.
[9] Vgl. BVerfGE 82, 54; OVG Münster NJW 2002, 3417 (3419).
[10] BVerfGE 73, 118 (157 f.).
[11] *Gersdorf*, in: Gersdorf/Paal (Fn. 8), RStV § 11 Rn. 4.
[12] *Cornils*, in: Gersdorf/Paal (Fn. 8), MStV § 68 Rn. 2, 10.
[13] *Hoefer*, NVwZ 2002, 695 ff.

b) § 5 Abs. 1 S. 1 PartG

In Bezug auf § 5 Abs. 1 S. 1 PartG gestaltet sich die Lage weniger eindeutig. Wenn ein Träger öffentlicher Gewalt den Parteien Einrichtungen zur Verfügung stellt oder andere öffentliche Leistungen gewährt, sollen demnach alle Parteien gleichbehandelt werden. Ob sich hieraus ein originärer Zulassungsanspruch oder nur ein derivativer Teilhabeanspruch ergibt[14], kann dahinstehen, da in der behandelten Konstellation bereits feststünde, dass ein entsprechendes TV-Format veranstaltet wird.

Allerdings stellt sich die Frage, ob es sich bei einem derartigen TV-Format überhaupt um eine öffentlich bereitgestellte Einrichtung oder Leistung handelt. Nach einer Ansicht ist dies für redaktionell gestaltete Sendungen in Zusammenhang mit Wahlen oder allgemein-politischen Themen strikt abzulehnen.[15] Nach einer anderen Ansicht sei jedenfalls der Grundsatz der abgestuften Chancengleichheit, wie er in § 5 Abs. 1 S. 2 PartG zum Ausdruck kommt, auch auf redaktionell gestaltete Wahlsendungen übertragbar.[16]

Auch wenn ein TV-Format der Kanzlerkandidat*innen für die Willensbildung der Bürger*innen im Vorfeld von Wahlen von ungleich größerer Bedeutung als Wahlwerbespots der Parteien sein dürfte[17], so kann man hierin keine „öffentliche Leistung" i.S.v. § 5 Abs. 1 PartG sehen. Denn unter einer „öffentlichen Leistung" im Sinne der Vorschrift versteht man die bewusste und zweckgerichtete Vorteilsgewährung an Parteien.[18] Im Kontext der Fernsehanstalten kann von „öffentlicher Leistung" daher nur insoweit die Rede sein, als die Programmgestaltung der Einwirkung des Senders entzogen ist, wie dies exemplarisch bei Wahlwerbespots der Fall ist. Hier kann der Sender während des Ausstrahlungsprozesses nicht eingreifen. Seine Mitwirkung erschöpft sich in der Bereitstellung der Plattform und des Termin-Slots. Grundlegend anders verhält es sich aber bei TV-Formaten, bei denen der Moderator durch das Stellen von Fragen aktiv auf das Geschehen einwirkt und es entscheidend prägt. Ein bloßes „zur Verfügung stellen" oder „Gewähren" ist darin nicht zu erblicken. Mangels Erfüllung des Tatbestandes scheidet daher ein Anspruch aus § 5 Abs. 1 S. 1 PartG aus.

Die Validität des Gebots der abgestuften Chancengleichheit auch im Zusammenhang mit den hier in Rede stehenden Maßnahmen der öffentlichen Rundfunkanstalten ergibt sich somit nicht aus § 5 Abs. 1 S. 2 PartG, wohl aber aus seiner verfassungsgesetzlichen Verankerung in Art. 21 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG. Indem das OVG Hamburg[19] zum Ausdruck bringt, dass dieser Grundsatz § 5 Abs. 1 S. 2 PartG immanent ist („Grundsatz der abgestuften Chancengleichheit, wie er in § 5 Abs. 1 S. 2 PartG zum Ausdruck gekommen ist"), wird es nicht verwehrt, den Grundsatz aus einer anderen Rechtsgrundlage herzuleiten. Schließlich begründet § 5 Abs. 1 S. 2 PartG diesen Grundsatz nicht, sondern gibt ihn nur ausschnittsweise wieder.

Grundlage für einen Zulassungsanspruch zu einem TV-Format der Kanzlerkandidat*innen kann daher lediglich das sich aus Art. 21 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG abzuleitende[20] Recht der politischen Parteien auf Chancengleichheit sein.[21]

c) Art. 21 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG

Ein Zulassungsanspruch könnte sich aus dem Recht der politischen Parteien auf Chancengleichheit gemäß Art. 21 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG ergeben. Chancengleichheit in diesem Sinne meint Wettbewerbsfreiheit der Parteien.[22] Die Bürger*innen sollen sich frei von staatlichem Einfluss ein eigenes Bild über die Programme und Ideen der zu den Wahlen antretenden politischen Parteien machen. Die Anstalten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks müssen daher in angemessener Weise über alle politischen Parteien ausgewogen, inhaltlich zutreffend und sachlich informieren und von jedem Versuch einer eigenen Beeinflussung der Meinungsbildung der Wähler*innen Abstand nehmen.[23] Eine „Vorabselektion" der zugelassenen Parteien durch öffentliche Stellen steht daher nicht nur in einem krassen Gegensatz zur Leitidee des*r mündigen Bürgers*in, sondern konfligiert auch mit dem für die demokratische Willensbildung elementaren Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien. Die Chancengleichheit wird daher vom BVerfG weit verstanden und umfasst das gesamte Vorfeld der Wahlen, also auch den Wahlkampf.[24] Auch die Nichtzulassung zu einem TV-Format der Kanzlerkandidat*innen kann daher potenziell als Grundrechtseingriff zu qualifizieren sein.[25] Denn wie das OVG Hamburg[26] schon 1988 treffend bemerkte, ist ein TV-Format, bei dem die Spitzenkandidat*innen um die Kanzler*innenschaft antreten, von ungleich größerer Bedeutung für die politische Willensbildung der Bevölkerung als es etwa die Wahlwerbespots der Parteien sind. So wurde das letzte Kanzler*innenduell zwischen Bundeskanzlerin *Dr. Angela Merkel* und ihrem Herausforderer von der SPD, *Martin Schulz*, von 16,11 Millionen Zuschauern verfolgt.[27] Die Kernaussage ist dabei seit 2002

[14] Vgl. *Ipsen*, in: Ipsen (Hrsg.), Kommentar zum ParteienG, 2. Aufl. 2018, § 5 Rn. 17 f.
[15] *Ipsen* (Fn. 14), § 5 Rn. 22; *Hoefer*, NVwZ 2002, 695 (696); OVG Münster NJW 2002, 3417 (3418); im Ergebnis auch BVerfG NJW 2002, 2939 ff.
[16] OVG Hamburg NJW 1988, 928; OVG Hamburg NJW 1994, 70 ff.
[17] OVG Hamburg NJW 1988, 928 ff.
[18] OVG Münster NJW 2002, 3417 (3418).
[19] OVG Hamburg NJW 1988, 928 ff.
[20] *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 21 Rn. 23; zum Streit um die richtige verfassungsrechtliche Verortung auch *Morlok*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 21 Rn. 78.
[21] So auch *Hoefer*, NVwZ 2002, 695 ff.
[22] *Morlok* (Fn. 20), Art. 21 Rn. 77.
[23] So ausdrücklich VerfGH Saarland, Beschl. v. 13.3.2017 – Lv 3/17 = BeckRS 2017, 104567 Rn. 15.
[24] BVerfGE 8, 51 (64 f.); 14, 121 (132).
[25] Gleiches gilt auf kommunaler Ebene für ein TV-Format der Oberbürgermeisterkandidaten, vgl. VGH Mannheim NVwZ-RR 1997, 629 (630).
[26] OVG Hamburg NJW 1988, 928 ff.
[27] Einschaltquoten. 16,11 Millionen Zuschauer verfolgen TV-Duell, abrufbar unter

stets dieselbe: Eine*r der beiden Kandidat*innen wird Bundeskanzler*in. Jede*r Bewerber*in um das Kanzler*innenamt, die*der dem TV-Duell nicht beiwohnt, erleidet somit einen starken Wettbewerbsnachteil. Würden nur *Armin Laschet* (CDU/CSU) und *Olaf Scholz* (SPD) eingeladen, so würde dem/der Wähler*in suggeriert, dass vor allem diese beiden Kandidaten und nicht *Annalena Baerbock* (Grüne) gute Chancen haben, der*die nächste Bundeskanzler*in zu werden. Die Auswahl der faktisch in Betracht kommenden Kanzlerkandidat*innen würde so staatlicherseits schon vor der eigentlichen Wahl beeinflusst.[28]

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Grundsatz der Chancengleichheit nicht absolut gilt. Anders als etwa bei den Wahlen zum Europaparlament, wo auch Kleinstparteien etwa beim Wahl-O-Mat zu berücksichtigen sind[29], ist die Frage, wer Kanzler*in wird, naturgemäß auf nur wenige, ernsthaft in Betracht kommende Aspirant*innen beschränkt. Ein starres Festhalten an einem formalen Gleichheitsverständnis, wonach allen Bewerber*innen der zugelassenen Parteien ein gleicher Rahmen beim Kampf um die Wählergunst bereitgestellt würde, wäre nicht mit den gegenläufigen Grundrechten der Rundfunkanstalten aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG vereinbar.[30] Auch würde so die besondere Bedeutung des Amtes des*der Bundeskanzlers*in, die sich nicht nur aus dessen verfassungsrechtlicher Stellung nach Art. 65 S. 1 GG ergibt, sondern sich insbesondere in der politischen Praxis dokumentiert, unterlaufen.[31] Die Chancengleichheit der Parteien ist daher abgestuft und lässt es bei der Zulassung zu einem TV-Format der Spitzendkandidat*innen zu, den Parteien unterschiedlichen Raum zu gewähren.[32] Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten können daher die Parteien in redaktionellen Sendungen vor Wahlen entsprechend ihrer Bedeutung abgestuft berücksichtigen.[33]

Doch nach welchen Kriterien bemisst sich die Bedeutung einer Partei und damit die Abstufung der Chancengleichheit? Auch wenn man die unmittelbare Anwendung des § 5 Abs. 1 PartG ablehnt, so ist in einem ersten Schritt die dem § 5 Abs. 1 S. 3 PartG enthaltene Wertung ohne Weiteres übertragbar. Danach sind die Ergebnisse vorausgegangener Wahlen zu Volksvertretungen ein Kriterium, um das Gewicht der Parteien zu berücksichtigen.[34] Legt man dies zugrunde, so ist das Gewicht der Grünen eher als gering einzuschätzen. Schließlich haben Bündnis 90/Die Grünen mit 8,9 % bei der vorangegangenen Bundestagswahl das schlechteste Wahlergebnis aller im 19. Bundestag vertretenen Parteien erzielt. Auch frühere Wahlen zum Deutschen Bundestag brachten keine Ergebnisse, die für ein besonderes Gewicht der Partei streiten. So ist festzustellen, dass die Grünen in ihrer Geschichte erst einmal – im Jahr 2009 – ein zweistelliges Ergebnis auf Bundesebene erringen konnten.[35] Scheitert eine Zulassung daher schon aufgrund der vorangegangenen Wahlergebnisse?

Die Antwort lautet: Nein. Das alleinige Abstellen auf frühere Wahlergebnisse würde einer Aufrechterhaltung des status quo Vorschub leisten und letztlich auf eine Vorabfestlegung im Wahlwettbewerb hinauslaufen, was mit dem Grundsatz der gleichen Wettbewerbschancen nicht zu vereinbaren ist.[36] Es bedarf daher weiterer Abstufungskriterien.

In Bezug auf die Zulassung von Parteien zu TV-Formaten der Spitzenkandidat*innen sind als weitere Faktoren etwa die Dauer des Bestehens einer Partei, ihre Mitgliederzahl, der Umfang ihrer Organisation, ihre Vertretung in Parlamenten, ihre Beteiligung an Regierungen in Bund und Ländern und ihre sonstige politische Wirksamkeit zu berücksichtigen.[37] Diese Kriterien sprechen indes ebenfalls nicht für eine Zulassung der Grünen. So Bestehen SPD (1863) und CDU/CSU (beide 1945) schon deutlich länger als die Grünen (1993) und haben deutlich mehr Mitglieder (Stand 2019: SPD 419.340 Mitglieder, CDU/CSU gemeinsam 544.946 Mitglieder, Grüne 96.487 Mitglieder)[38]. Zwar ist die Zahl der Regierungsbeteiligungen in Bund und Ländern bei allen Parteien ähnlich (SPD zwölf, Union elf, Grüne elf).[39] Anders als SPD (sieben) und Union (sieben), stellen die Grünen gegenwärtig aber nur in einem Bundesland (Baden-Württemberg) den Ministerpräsidenten. Gleiches gilt für die Linken, die mit *Bodo Ramelow* (Thüringen) ebenfalls einen Ministerpräsidenten stellen.

Das gewichtigste Unterscheidungskriterium muss aber stets die ernsthafte Aussicht sein, eine Kanzler*innenmehrheit hinter sich zu vereinigen. Wie das BVerfG schon 2002 klarstellte, sind die bestehenden politischen Kräfteverhältnisse hinzunehmen und dürfen nicht unberücksichtigt bleiben, wenn es darum geht, abgestufte Chancengleichheit herzustellen.[40] In der Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte werden dabei ganz ausdrücklich auch die Umfrageergebnisse als Maßstab angelegt.[41] Entscheidend ist hierbei, dass es sich

https://www.spiegel.de/kultur/tv/tv-duell-mit-merkel-und-schulz-hat-16-11-millionen-zuschauer-a-1165996.html (28.7.2021).

[28] Vgl. hierzu auch OVG Münster NJW 2002, 3417 (3419).

[29] VG Köln, Beschl. v. 20.5.2019 – 6 L 1056/19.

[30] So auch *Benda*, NVwZ 1994, 521 (526).

[31] OVG Münster NVwZ 1992, 68; OVG Münster NJW 2002, 3417 (3420).

[32] BVerfG NJW 2002, 2939 ff.

[33] OVG Münster NJW 2002, 3417 (3419).

[34] Vgl. OVG Münster, Beschl. v. 30.4.2012 – 13 B 528/12 = BeckRS 2012, 50558.

[35] Deutscher Bundestag: Bundestagswahlergebnisse seit 1949 – Zweitstimmen, abrufbar unter https://www.bundestag.de/parlament/wahlen/ergebnisse_seit1949-244692 (28.7.2021).

[36] OVG Hamburg NJW 1988, 928 ff.

[37] BVerfGE 14, 121 (137 f.); OVG Hamburg NJW 1988, 928 ff.

[38] Bundestagswahl 2021: Etablierte Parteien und Kleinparteien. Bundestagswahl 2021: alle teilnehmenden Parteien; unter https://www.bundestagswahl-2021.de/parteien/ (28.7.2021).

[39] Landesparlamente und Landesregierungen in Deutschland, unter http://www.election.de/ltw_reg.html (28.7.2021).

[40] BVerfGE 14, 121 (137 f.); 24, 300 (354); BVerfG NJW 2002, 2939 ff.; so auch OVG Münster NJW 2002, 3417 (3420).

[41] Vgl. VerfGH Saarland, Beschl. v. 13.3.2017 – Lv 3/17 = BeckRS 2017, 104567, Rn. 18 ff.; OVG Münster, Beschl. v. 30.4.2012 – 13 B 528/12 = BeckRS 2012, 50558.

um Wahlprognosen seriöser Meinungsforschungsinstitute handelt und die Ableitung aus diesen Prognosen auch im Hinblick auf den gegenwärtigen „Wahltrend“ schlüssig erscheint.[42] Ist dies gegeben, so greift im Ergebnis eine kaum zu widerlegende Vermutung dahingehend, dass die Umfrageprognose tatsächlich eintreten kann und der Partei eine entsprechende Bedeutung beizumessen ist.[43] Dabei spielt auch die zeitliche Komponente eine wichtige Rolle. Je enger in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht die Beziehung des betreffenden TV-Formats zu der bevorstehenden Wahl steht und je größer deren publizistisches Gewicht ist, umso mehr gebietet der Grundsatz der (abgestuften) Chancengleichheit eine Einschränkung des Ermessens der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bei der Gestaltung der konkreten Sendung und der Auswahl des Teilnehmer*innenkreises.[44]

Wenn angesehene Meinungsforschungsinstitute die Erfolgsaussichten der Grünen durchgängig in einer Größenordnung einordnen, die eine Kanzler*innenschaft von *Annalena Baerbock* als eine reale Möglichkeit erscheinen lässt, und diese Prognose auch im unmittelbaren zeitlichen Vorfeld der Wahl noch Bestand hat, so ergibt sich hieraus ein Zulassungs-
anspruch für das publizistisch bedeutsame Kanzlerduell. Sollten die Grünen weiterhin in den Umfragen konstant mindestens zweitstärkste Kraft sein, so ist dies anzunehmen.

2. Die Stellung des bisherigen „Duellanten“

Wie eingangs dargestellt war das Kanzlerduell im Fernsehen seit seiner Einführung im Jahr 2002 stets ein Duell zwischen Union und SPD. Vorausgesetzt die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten binden die Grünen, in Ansehung ihrer Stellung als zweitstärkste Kraft in den Umfragen, bei dem nächsten TV-Format der Kanzlerkandidat*innen ein, so kann dies grundsätzlich auf zwei unterschiedlichen Wegen geschehen. Die erste Möglichkeit besteht darin, das Duell zu einem Triell zu erweitern. In dieser Konstellation würde der öffentlich-rechtliche Rundfunk eine Sendung mit den Spitzenkandidat*innen von CDU/CSU, Grünen und SPD veranstalten.[45] Wie eingangs erwähnt, haben sich ARD und ZDF für diesen Weg entschieden. Allerdings ist diese Entscheidung nicht alternativlos. Die zweite Möglichkeit bestünde nämlich darin, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk die SPD gleichsam durch die Grünen „austauscht“. Dieses Szenario erscheint insofern durchaus naheliegend, als das bisherige redaktionelle Konzept, das für die Rechtfertigung des Eingriffs in die Chancengleichheit der politischen Parteien erforderlich ist[46], faktisch darin bestand, die beiden Kanzlerkandidat*innen, deren Wahlsieg am wahrscheinlichsten ist, einzuladen. Dieses Konzept müsste aber seinerseits mit der Chancengleichheit vereinbar sein[47], was abzulehnen wäre, wenn sich nach den oben dargestellten Kriterien ein Zulassungsanspruch der SPD ergäbe.

Wie bereits erörtert, sprechen insbesondere die vorherigen starken Wahlergebnisse der SPD bei den zurückliegenden Bundestagswahlen, entsprechend dem Rechtsgedanken des § 5 Abs. 1 S. 3 PartG, und ihre hohe Mitgliederzahl, ihr langes Bestehen sowie die hohe Zahl der Regierungsbeteiligungen in Bund und Ländern gegen einen Ausschluss der SPD vom Kanzlerduell und damit für einen Zulassungsanspruch. Das Prinzip der abgestuften Chancengleichheit stellt dabei aber keineswegs eine „Prämie auf die Macht“[48] durch Berücksichtigung der bisherigen Stärkeverhältnisse der politischen Parteien und ihrer Repräsentanz in einem Parlament dar. Ausschlaggebend ist vielmehr, dass die betreffende Partei die ernsthafte Aussicht darauf hat, den*die Kanzler*in tatsächlich zu stellen. Andernfalls würde eine Verfestigung erreicht, die dem Grundsatz des Wahlwettbewerbs der Parteien widerspräche. Welche Anforderungen erfüllt sein müssen, damit eine ernsthafte Chance auf das Kanzler*innenamt bejaht werden kann, ist nicht leicht zu bestimmen. So muss aber konstatiert werden, dass dies bei einem Umfrageergebnis von 15 %, wie es für die SPD in Umfragen von INSA/YouGov im Mai 2021[49] prognostiziert wurde, höchst fraglich erscheint. Einem*r Kanzlerkandidaten*in, der in den Umfragen konstant näher an einem einstelligen Ergebnis als an einem Wert von 20 % der Zweitstimmen liegt, kann wohl kaum noch die tatsächliche Erfolgsaussicht bezüglich seiner Kanzlerschaft attestiert werden. Hieran vermag auch die Beliebtheit des Kanzlerkandidaten *Olaf Scholz* in den gegenwärtigen Umfragen[50] nichts ändern. Entscheidend für die Erfolgsaussicht der SPD ist auch der Wahltrend bei den anderen „ernsthaften“ Kanzlerkandidat*innen von Union und Grünen. Seit dem 20.3.2021 erhalten beide Parteien bei den Umfragen von INSA/YouGov Umfragewerte von konstant über 20 %[51]; einen Wert, den die SPD bei Umfragen von INSA/YouGov seit dem 23.12.2017 nicht mehr erreicht hat.[52] Der Abstand

[42] VerfGH Saarland, Beschl. v. 13.3.2017 – Lv 3/17 = BeckRS 2017, 104567, Rn. 19 f.
[43] OVG Münster, Beschl. v. 30.4.2012 – 13 B 528/12 = BeckRS 2012, 50558.
[44] OVG Münster NJW 2002, 3417 (3419).
[45] Ein solches, vom öffentlich-rechtlichen Rundfunk initiiertes Triell, erfordert es nicht, einen Zulassungsanspruch der SPD zu diskutieren. Lediglich die Frage nach der Vereinbarkeit einer solchen Zulassung im Hinblick auf die Chancengleichheit der sonstigen Parteien wirft Fragen auf, die unter III. 3. näher untersucht werden.
[46] Vgl. zu den Voraussetzungen OVG Münster NJW 2002, 3417 (3420).
[47] OVG Münster NJW 2002, 3417 (3419).
[48] So wörtlich VerfGH Saarland, Beschl. v. 13.3.2017 – Lv 3/17 = BeckRS 2017, 104567 Rn. 17.
[49] INSA/YouGov: Wenn am nächsten Sonntag Bundestagswahl wäre..., abrufbar unter https://www.wahlrecht.de/umfragen/insa.htm (28.7.2021).
[50] ZDF heute: ZDF-Politbarometer. Annalena Baerbock verliert an Ansehen, abrufbar unter https://www.zdf.de/nachrichten/politik/20210521-baerbock-verliert-deutlich-an-ansehen-100.html (28.7.2021).
[51] Am 14.6.2021 ist der Umfragewert der Grünen erstmals seit dem 20.3.2021 auf unter 20 % (19,5 %) gesunken, vgl. https://www.wahlrecht.de/umfragen/insa.htm (28.7.2021).
[52] INSA/YouGov (Fn. 49).

zwischen CDU/CSU bzw. Grünen (jeweils 24 %) und SPD (15 %) betrug am 3.5.2021 satte neun Prozentpunkte.[53] Sollte sich ein solcher Zustand in den Umfragen verfestigen, so spricht mangels ernstlicher Chancen auf eine SPD-Kanzlerschaft mehr gegen die Zulassung der SPD als für deren Zulassung. Entsprechend wird man einen Zulassungsanspruch eher annehmen können, wenn die SPD in den Umfragen „Punkte gutmacht" und den Abstand zu den Werten der Konkurrenz von Union und Grünen verkürzen kann. Der Entwicklung der Umfrageergebnisse in den kommenden Wochen und Monaten kommt demzufolge besondere Relevanz zu.

3. Die Stellung der sonstigen im Bundestag vertretenen Parteien

Sollte das TV-Duell entsprechend den Plänen von ARD und ZDF zu einem TV-Triell zwischen Union, SPD und Grünen ausgeweitet werden, so ist bezüglich der sonstigen Parteien erörterungsbedürftig, ob deren Anspruch auf (abgestufte) Chancengleichheit gewahrt wäre. Die Rechtsprechung verweist einerseits darauf, dass ein Eingriff in die Chancengleichheit der Parteien durch Beschränkung des Teilnehmer*innenkreises beim bisherigen Kanzlerduell durch ein journalistisches „Gesamtkonzept" gerechtfertigt werden könne. Demnach ist die Beschränkung des Teilnehmerkreises insbesondere dann zu rechtfertigen, wenn die Gesamtheit der übrigen wahlbezogenen Sendungen im öffentlich-rechtlichen Rundfunk den sonstigen Parteien ein ausreichendes Maß an Berücksichtigung bietet.[54] Eine solche Berücksichtigung könnte insbesondere durch die von ARD und ZDF geplante Schlussrunde der Spitzenkandidat*innen der im Bundestag vertretenen Parteien am 23.9.2021 erreicht werden.[55] Doch muss dieses kohärente Gesamtkonzept seinerseits erneut den Erfordernissen der Chancengleichheit genügen. Das erscheint fraglich, wenn der öffentlich-rechtliche Rundfunk am Gesamtkonzept einer Zweiteilung zwischen Wahlsendungen mit Vertreter*innen aller im Bundestag vertretenen Parteien und solchen Sendungen, an denen nur die Spitzenkandidat*innen von Union, Grünen und SPD als „realistische Kanzlerkandidat*innen" teilnehmen, festhält, wenngleich die Erfolgsaussicht des SPD-Kandidaten *Scholz* als äußerst gering einzuschätzen ist. Denn in diesem Fall würde der öffentlich-rechtliche Rundfunk das an sich geeignete Differenzierungskriterium der „echten Erfolgsaussicht" preisgeben und den Kreis der Teilnehmer*innen willkürlich erweitern. Um dies an einem konkreten Beispiel festzumachen, ist nochmals die Umfrage von INSA/YouGov vom 3.5.2021[56] zu betrachten: Während CDU/CSU und Grüne einen Wert von 24 % aufweisen, liegt die SPD mit 15 % nur drei Prozentpunkte über FDP und AfD mit jeweils 12 %. Würde sich ein solcher Zustand verfestigen, so wäre es unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung nicht zu rechtfertigen, dass CDU/CSU, Grüne und SPD trotz erheblichen Abweichungen im Umfrageergebnis gleichbehandelt würden, während SPD, FDP und AfD hinsichtlich ihrer Zulassung als ernstzunehmende Kanzlerkandidat*innen ungleich behandelt würden, obwohl die SPD mit Blick auf ihre Umfragewerte der letztgenannten Gruppe deutlich nähersteht als der ersten. Ein solches Fernsehformat würde mithin erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen.

4. TV-Format mit allen Spitzenkandidaten als Lösung?

Die obigen Ausführungen zeigen, wie verzwickt sich die Lage kurz vor der Wahl im September 2021 darstellen könnte, wenn sich an den Umfragewerten bis dahin wenig verändert. Um die gleichheitsrechtlichen Risiken, die ein TV-Duell bzw. TV-Triell birgt, zu meiden, könnte der öffentlich-rechtliche Rundfunk auch einen anderen Weg gehen. Denkbar erscheint es, in Ansehung der komplizierten Ausgangslage im Wahljahr 2021, gänzlich auf ein TV-Format, das sich nur auf Kanzlerkandidat*innen beschränkt, zu verzichten. So gibt es 2021 nach aktuellem Stand der Dinge nicht nur – je nach Umfrageergebnis und Betrachtungsweise – erstmals mehr als zwei ernsthaft in Betracht kommende Kanzlerkandidat*innen, sondern auch erstmals seit 1983 einen Bundestagswahlkampf, bei dem der/die Amtsinhaber*in nicht zur Wiederwahl steht.

Bisweilen finden neben dem Kanzlerduell TV-Formate statt, zu denen alle Spitzenkandidat*innen der „etablierten" Parteien eingeladen werden und nicht nur die Kanzlerkandidat*innen. Ein solches Format stellt bspw. die bereits benannte Schlussrunde der Spitzenkandidat*innen der im Bundestag vertretenen Parteien dar, die für den 23.9.2021 geplant ist. Hierzu gibt es – anders als bei der Frage, wann einer Partei noch ernstliche Chancen einzuräumen sind, den/die Kanzler*in zu stellen – eine recht klare Judikatur. So kommt es maßgeblich auf die bisherigen Wahlerfolge bei vergangenen Wahlen[57], die politisch wirksame Tätigkeit (u.a. Zahl der Mitglieder)[58] sowie die Aussicht, in Fraktionsstärke in den Bundestag einzuziehen[59], an.

Gegenwärtig würde eine Anwendung dieser Kriterien zu einem eindeutigen Ergebnis führen. Danach wäre ein TV-Format mit Vertreter*innen von CDU, CSU, Grünen, SPD, FDP, AfD und Linken rechtlich nicht zu beanstanden.

IV. Fazit

Konkrete Vorgaben hinsichtlich der Zusammensetzung eines TV-Formats der politischen Spitzenkandidat*innen können aufgrund der grundrechtlich geschützten Programmautonomie weder für private Rundfunkunternehmen noch für die

[53] INSA/YouGov (Fn. 49).
[54] BVerfG NJW 2002, 2939 (2940).
[55] Triell der Kanzlerkandidatin und der Kanzlerkandidaten, abrufbar unter https://www.daserste.de/specials/ueber-uns/triell-wahl-2021-100.html (28.7.2021).
[56] INSA/YouGov (Fn. 49).
[57] OVG Münster, Beschl. v. 30.4.2012 – 13 B 528/12 = BeckRS 2012, 50558.
[58] OVG Hamburg NJW 1988, 928.
[59] VerfGH Saarland, Beschl. v. 13.3.2017 – Lv 3/17 = BeckRS 2017, 104567, Rn. 18.

öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten vorab aufgestellt werden.

Ein Anspruch auf Zulassung zu einem feststehenden TV-Format der Kanzlerkandidat*innen kann sich allein aus Art. 21 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG ergeben, und zwar nach Maßgabe des Prinzips der abgestuften Chancengleichheit. Wichtigstes Abstufungskriterium ist dabei die ernsthafte Aussicht, vom nächsten Deutschen Bundestag zur Bundeskanzler*in gewählt zu werden. Diese Aussicht kann vor allem durch Umfrageprognosen angesehener Meinungsforschungsinstitute ermittelt werden.

Die Erweiterung des Kanzler*innenduells zu einem Kanzler*innentriell muss die Chancengleichheit der sonstigen Parteien wahren. Vorbehaltlich signifikanter Veränderungen der Umfragewerte begegnet die Beschränkung eines TV-Formats auf die Spitzenkandidat*innen von Union, Grünen und SPD unter Ausschluss der sonstigen im Bundestag vertretenen Parteien nach dem gegenwärtigen Stand der Dinge erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken.

Grundsatz der Formfreiheit

Eine nicht selbstverständliche Selbstverständlichkeit

Von Wiss. Mitarbeiter **Lukas Lackner**, Passau*

Der nachfolgende Beitrag beschäftigt sich mit dem Grundsatz der Formfreiheit und seiner Historie seit den frühen Anfängen der Rechtsentwicklung. Zu Beginn wird auf den Grundsatz der Formfreiheit de lege lata eingegangen (I.). Anschließend folgen die historischen Entwicklungslinien seit dem römischen Recht bis heute (II.). Zum Schluss wird noch die Einbettung der Formfreiheit in das verfassungsrechtliche Gefüge des Grundgesetzes erörtert (IV.).

I. Der Grundsatz der Formfreiheit de lege lata

Im BGB gilt der Grundsatz der Formfreiheit. Diese schon fast als juristisches Mantra anmutende Formel dürfte jedem Jurastudenten und auch sonst jedem Juristen geläufig sein. So wird diese Feststellung in den Lehrbüchern der Behandlung der Formbedürftigkeit der Rechtsgeschäfte meist vorangestellt.[1]

Aber was bedeutet das? Heute dürfte man mit der Form eines Rechtsgeschäfts in erster Linie die §§ 126 ff. BGB assoziieren. Dies ist keinesfalls falsch. Im Gegenteil sind genau dies die Formen, die unsere Rechtsordnung für Rechtsgeschäfte vorsieht. Es dürfte aber bei der Lektüre der genannten Normen auffallen, dass diesen das Dogma der Verschriftlichung anhaftet, weshalb man geneigt sein wird, im ersten Moment die Form mit Schriftlichkeit in Verbindung zu bringen bzw. ihr gleichzusetzen. Hierbei handelt es sich aber, wie sich noch zeigen wird, keineswegs um die einzig mögliche Form, in die sich ein Rechtsakt einkleiden lässt.

Der Begriff „Form“ stammt aus dem Lateinischen und leitet sich von „forma“ ab, was Gestalt/Äußeres bedeutet. So versteht man z.B. unter formellem Recht die Rechtsnormen, die die Einhaltung einer bestimmten (gerichtlichen) Verfahrensweise regeln. Das formelle Gesetz ist ein solches, das diese Bezeichnung nur dann verdient hat, wenn es Ergebnis des förmlichen von der Verfassung in den Art. 76 ff. GG genau festgelegten Gesetzgebungsverfahrens ist.[2] Bereits hier wird klar, dass „Form“ keineswegs nur Verschriftlichung bedeutet, sondern auch Einhaltung einer bestimmten Verfahrens- oder einer Handlungsweise u.v.m.

Das Instrument zur Erzeugung von gewollten Rechtswirkungen in unserer heutigen Rechtsordnung ist das Rechtsgeschäft.[3] Hierunter fallen sowohl der Vertrag als mehrseitiges als auch die Willenserklärung als einseitiges Rechtsgeschäft.[4] Hierauf bezieht sich die Formfreiheit.[5]

Formfreiheit in diesem Sinne bedeutet insofern, dass man seinen rechtserheblichen Willen in jeder beliebigen Form – verschriftlicht, digital, mündlich, konkludent, durch Licht- oder Geräuschimpulse, Zeichensprache u.v.m. – äußern und hierdurch Rechtswirkungen erzeugen kann.[6] Es kommt lediglich darauf an, dass der dahinterstehende rechtserhebliche Wille als solcher erkennbar (geäußert) wird.[7]

Dieser Befund findet im Gesetz keine explizite Erwähnung. Er lässt sich aus § 125 S. 1 BGB und den Formvorschriften, die das Bürgerliche Gesetzbuch nur ausnahmsweise für bestimmte Rechtsgeschäfte vorsieht, ableiten. In den Motiven hingegen war dies noch ausdrücklich in § 91 BGB-E festgehalten: „Für ein Rechtsgeschäft ist eine besondere Form nur dann erforderlich, wenn eine solche durch Gesetz oder Rechtsgeschäft bestimmt ist.“[8] Da dieser ausdrücklichen Feststellung im Gesetz keinerlei Mehrwert beigemessen wurde, fand § 125 BGB daher in seiner noch heute vorzufindenden Fassung Eingang in das Bürgerliche Gesetzbuch.

Rechtshistorisch betrachtet stellt der Grundsatz der Formfreiheit jedoch keine juristische Selbstverständlichkeit dar,[9] obwohl uns dies heute durchaus so erscheinen mag, sondern ist das Ergebnis eines langzeitlichen Entwicklungsprozesses, der im Folgenden nur schemenhaft nachgezeichnet werden soll und kann. Diese Entwicklung vollzieht sich – selbstredend – nicht vollkommen stringent und aus sich selbst heraus, sondern in vielen Nuancen und vor dem Hintergrund sozialer, gesellschaftlicher, politischer etc. Wandlungen, für die hier nicht ausreichend Platz ist. Insofern muss für Details auf die einschlägige Literatur verwiesen werden.

---

* Der *Autor* ist Doktorand und Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht von Prof. *Dr. Markus Würdinger* an der Universität Passau.

[1] Vgl. *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 13 Rn. 1; *Musielak/Hau*, Grundkurs BGB, 16. Aufl. 2019, Rn. 57; *Boecken*, BGB – Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, Rn. 324; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1044; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 609; *Hübner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl. 1996, Rn. 852.

[2] *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 4 Rn. 2; *Katz/Sander*, Staatsrecht, 19. Aufl. 2019, Rn. 7.

[3] *Neuner* (Fn. 2), § 28 Rn. 1; *Leipold*, BGB I, Einführung und Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2019, § 10 Rn. 1 ff.; *Musielak/Hau* (Fn. 1), Rn. 44 ff.

[4] *Musielak/Hau* (Fn. 1), Rn. 46 ff.; *Medicus/Petersen* (Fn. 1), Rn. 202 ff.

[5] *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, S. 248.

[6] *Brox/Walker* (Fn. 1), § 13 Rn. 1; *Boecken* (Fn. 1), Rn. 324; *Musielak*, JuS 2017, 949 (952).

[7] *Medicus/Petersen* (Fn. 1), Rn. 609; *Bork* (Fn. 1), Rn. 567 ff.; *Neuner* (Fn. 2), § 44 Rn. 3.

[8] Bei Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, S. 81.

[9] So auch *Einsele*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 125 Rn. 1; *Müller*, Formnichtigkeit am Maßstab der Verhältnismäßigkeit, 2019, S. 10.

II. Historische Entwicklung: Von der einstigen Wirkform zur heutigen Zweckform

Die Erkenntnis, dass allein der rechtliche Bindungswille, unabhängig von seiner entäußerten Gestalt, als rechtserheblich anerkannt wird und Rechtswirkungen hervorzubringen vermag, ist eine durchaus als jung zu bezeichnende, deren Durchbruch erst im 17. Jahrhundert zu verorten ist. Bis dahin verhalf allein die Form dazu, Rechtswirkungen herbeizuführen; sie machte einen Akt zu einem rechtlichen. Rechtsgeschäft und Form waren nicht getrennt, sondern vielmehr eins. In diesem Zusammenhang ist auch die häufig zitierte Phrase „die Form ist die älteste Norm“[10] zu sehen. Auf den frühen Stufen der Rechtsentwicklung und auch noch weit darüber hinaus diente die Form dazu, den Rechtsakt als solchen erkennbar und sinnlich erfahrbar zu machen, ihn aus dem Allgemeinen, dem Gewöhnlichen herauszuheben und mit Rechtswirkung zu versehen. Die Form war insofern die Inkorporation, Machtmittel, existenzielles Wirksamkeitserfordernis und notwendiger Ausdruck für den Rechtsakt und zur Erzeugung rechtlicher Wirkung[11] und damit Wirkform, ohne deren Einhaltung kein Rechtsakt existierte und demnach auch keine rechtliche Wirkung.[12] Zwar musste der rechtliche Wille in die entsprechende Form gegossen werden; der Formalismus ging jedoch so weit, dass allein die Wahrung der Form die Rechtswirkung herbeiführte, auch wenn diese überhaupt nicht vom Willen getragen war.[13]

1. Formenstrenge im römischen Recht

Im römischen Recht entwickelte sich zunächst ein äußerst strenger Formalismus zur Herbeiführung von Rechtserheblichkeit, der im Laufe der Zeit jedoch diverse Lockerungen erfuhr.

a) Ausgangspunkt

In den frühen Anfängen bestand das Leben aus der Viehzucht, der Agrarwirtschaft und zeichnete sich im Grunde durch Selbstversorgung aus.[14] Es gab weder Geldwesen noch Wirtschaftsverkehr noch bestand hierfür zunächst ein Bedürfnis. Auch als man damit begann, vereinzelte Naturalien, insbesondere Inventargegenstände wie Sklaven oder Vieh zu veräußern,[15] beschränkte sich dieser rudimentäre Güterverkehr allerdings wohl noch auf formlose Tauschgeschäfte.[16]

Im Laufe der Zeit nahm das wirtschaftliche Leben an Fahrt auf und brachte auch für das Recht, insbesondere die Formen, diverse Änderungen mit sich.

b) Libralakte: Nexum und Manzipation

Der einfache formlose Güteraustausch schien diesen neuerlichen Verhältnissen nicht mehr ausreichend Rechnung zu tragen.[17] Daher entwickelten Priester im Interesse der Offenkundigkeit der Güterzuordnungen Erwerbsakte im Gewande feierlich-sakraler Handlungen.[18] Mit ihnen sollte der Güteraustausch rechtlich anerkannt und für die Beteiligten sowie für Dritte sinnlich erfahrbar gemacht werden. Zu dieser Zeit waren schuldrechtliche Verträge, also Vereinbarungen, die zu einer Leistung verpflichten, die erfüllt werden muss und eine dem Güteraustausch vorgelagerte Rechtswirkung entfalten, selten. Bei den abgewickelten Geschäften handelte es sich vornehmlich um ad-hoc-Geschäfte, die uno actu vollzogen wurden und damit die Notwendigkeit einer schuldrechtlichen Verpflichtung als geistiges Band zwischen den Beteiligten mit vorgelagerter Rechtswirkung zunächst nicht aufkommen ließen. Es ging schlicht um die Güterverschiebung, weshalb es sich größtenteils aus heutiger Sicht quasi um reine Verfügungsgeschäfte gehandelt haben dürfte.

Die als notwendig empfundene Formalisierung wurde zunächst durch die sog. Libralakte (von libra = Waage), namentlich das Nexum und die Mancipatio, erreicht. Diese dienten vor allem der Übertragung von Herrschaftsrechten, zur Zahlung des Kaufpreises, zur Begründung einer Darlehenshaftung oder zur Befreiung von einer Verbindlichkeit.[19]

Beim Libralakt handelte es sich um ein Ritual, bei dem die gewünschte rechtliche Wirkung dadurch geschaffen wurde, dass der Geber dem Nehmer die entsprechende Gegenleistung, einen Metallbarren, in Gegenwart von fünf Zeugen und dem Waagehalter (libripens) zuwiegt.[20] Um den Rechtsakt perfekt zu machen, mussten zudem spezielle Gebärden und das Sprechen bestimmter festgelegter Worte oder Sätze, die je nach Art des Geschäftstyps divergierten, hinzukommen.[21] „Der Gebrauch von Spruchformeln soll[te dabei] den Rechtsakt aus dem formlosen, unverbindlichen Fluss bloßen Gesprächs herausheben.“[22]

c) Stipulation[23]

Mit der Zeit trat neben die Libralakte ein Instrument zur Begründung einer – mit dem heutigen ductus – selbstständigen schuldrechtlichen Verpflichtung: die Stipulation.[24]

---

[10] *Ebel*, Recht und Form, 1975, S. 14.
[11] *Honsell*, Römisches Recht, 8. Aufl. 2015, S. 32; *Waldstein/Rainer*, Römische Rechtsgeschichte, 11. Aufl. 2014, § 13 Rn. 8.
[12] *Flume* (Fn. 5), S. 244; *Di Fabio*, DNotZ 2006, 342 (343); *Ebel* (Fn. 10), S. 14; *Duckleit*, in: Festschrift für Fritz Schulz zur Feier seines 75 jährigen Bestehens, 1951, Bd. 1, S. 160.
[13] *Ebel* (Fn. 10), S. 13 ff.
[14] *Waldstein/Rainer* (Fn. 11), § 13 Rn. 4.
[15] *Waldstein/Rainer* (Fn. 11), § 13 Rn. 5.
[16] *Waldstein/Rainer* (Fn. 11), § 13 Rn. 4.
[17] *Waldstein/Rainer* (Fn. 11), § 13 Rn. 6.
[18] *Waldstein/Rainer* (Fn. 11), § 13 Rn. 6.
[19] *Honsell* (Fn. 11), S. 32 f.
[20] *Honsell* (Fn. 11), S. 32; *Liebs*, Römisches Recht, 6. Aufl. 2004, S. 229 f.
[21] *Meder*, Rechtsgeschichte, 6. Aufl. 2017, S. 32.
[22] *Meder* (Fn. 21), S. 32.
[23] Der Begriff leitet sich ab von „stipulari“, was so viel bedeutet wie „(sich) in bestimmter mündlicher Form versprechen (lassen), sich etwas förmlich ausbedingen“. Er findet sich auch heute noch z.B. im Französischen „stipuler“ [= (förmlich) vereinbaren, (ausdrücklich) festsetzen, vertraglich festlegen] wieder. Im Völkerrecht ist der Begriff „stipulieren“ gebräuchlich.

Hierbei handelte es sich um eine Art Verpflichtungsgeschäft in Gestalt eines streng förmlichen mündlichen Leistungsversprechens.[25] Dieses war nun auf die Schaffung einer vorgelagerten Verpflichtung zur Erfüllung der vereinbarten Leistung gerichtet. Um rechtliche Anerkennung zu erlangen, war die penible Einhaltung eines bis ins Detail festgelegten Rituals erforderlich.[26] In concreto musste eine bestimmte formalisierte Frage unter Verwendung einer ausdrücklichen Sprechformel gestellt werden.[27] Die Antwort musste die vom Fragenden verwendeten Worte enthalten.[28] Zudem musste alles in Gegenwart der Beteiligten und unter Bedienung von Sprache geschehen.[29] Die Frage konnte auch nur sofort beantwortet werden.[30] Die Stipulation war somit von einem überaus strengen Wortformalismus gekennzeichnet. Wer taub, stumm, abwesend oder des Sprechens noch nicht mächtig war – vor allem Kinder –, konnte keine rechtserhebliche Bindung eingehen. Zum Inhalt der Stipulation konnte nahezu alles gemacht werden, wobei Rechtswirkungen nur dann eintraten, wenn die Formalien eingehalten wurden.[31]

Daneben konnte die Begründung einer schuldrechtlichen Verpflichtung auch durch Eintragung in das Geschäftsbuch des Hausvaters erfolgen (Litteralvertrag).[32]

Mit der Stipulation war das Höchstmaß an Formalismus bereits erreicht, das sich nach und nach wieder entschärfte.

d) Realverträge

Den ersten Schritt in dieser Entwicklung machten die Realverträge (von res im Sinne von Sache, Leistung, Vollzug). Deren Schaffung lag der Umstand zugrunde, dass man bei einem formlosen Geldverleih rechtlos gestellt war. Hat ein Kreditgeber an den -nehmer Geld verliehen, ohne die Wahrung der Formen der Stipulatio oder des Nexum einzuhalten oder wenigstens den Vorgang in das Hausbuch einzutragen, stand dem Geldgeber keinerlei Recht auf Rückzahlung zu und die Gerichte halfen ihm nicht.[33]

Diesem Umstand zum Trotze, den man hinzunehmen wohl nicht bereit war, kam es zur rechtlichen Anerkennung des formlosen Darlehens. Darüber hinaus galt dies alsbald auch für die formlose Leihe, Verwahrung und das Faustpfandrecht.[34] Ihnen allen war gemeinsam, dass es sich um die Rückgabe einer Sache oder von Geld handelte, die bzw. welches vorher vom Fordernden übergeben wurde.[35] Die rechtliche Verbindlichkeit dieser Verträge hing allerdings von ihrem Vollzug, also der Übergabe des zurückgeforderten Gegenstandes ab.[36] Die bloße Vereinbarung reichte nicht aus, sondern der Vollzug, also die Übergabe des Gegenstandes, musste zwingend hinzutreten. Dies ist mit der heutigen Handschenkung zu vergleichen (§ 518 BGB). Allerdings entstand hierdurch nur ein verbindliches Recht auf Rückgabe.

e) Konsensualverträge

Die Entwicklung des Geldwesens und des Handels schritten innerhalb und außerhalb des römischen Reiches voran und brachten die Konsensualverträge hervor.[37] Hierbei handelte es sich um rechtlich anerkannte Verträge, die auch ohne die Einhaltung der von der Stipulatio vorgeschriebenen Förmlichkeiten rechtliche Verbindlichkeit allein durch den Konsens der Beteiligten hervorriefen. Diese äußerliche Befreiung von den Ketten der Form ging aber mit der Beschränkung auf inhaltlicher Ebene einher. So war die rechtliche Anerkennung derartiger formloser Verträge auf eine bestimmte Anzahl von typischen Verträgen des Geschäftslebens begrenzt. Es waren dies der Kauf (emptio venditio), die Verdingung (locatio conductio), bei der es sich im Wesentlichen um den Miet-/Pachtvertrag, den Werkvertrag und den Dienstvertrag handelte, die Gesellschaft (societas) und der Auftrag (mandatum).[38] Bei ihnen hing die Rechtsverbindlichkeit auch nicht, wie bei den Realverträgen, von deren Vollzug ab. Dieser numerus clausus wurde vorerst nicht mehr erweitert.[39]

f) Pacta nuda

Man darf allerdings nicht aus den Augen verlieren, dass es sich bei den Realverträgen und den Konsensualverträgen lediglich um Ausnahmen von der grundsätzlich bestehenden Formbedürftigkeit handelte. Alle Vereinbarungen, die nicht unter Einhaltung des strengen Stipulationsrituals geschlossen wurden, in das Hausbuch eingetragen wurden, die nicht als Realvertrag durch Vollzug Wirksamkeit erlangten und auch nicht unter den numerus clausus der Konsensualverträge fielen, waren sog. pacta nuda, denen die Klagbarkeit und damit ihre rechtliche Anerkennung versagt blieb.[40]

2. Symbolismus des germanischen Rechts

Zum germanischen Recht – vor allem aus der Zeit vor der als Mittelalter bezeichneten Epoche – sind aufgrund der Prägung durch Mündlichkeit nur wenige Quellen vorhanden, weshalb generell und insbesondere für den hiesigen Beitrag nicht viel gesagt werden kann. Vermutlich aber zeichnete sich auch diese Zeit durch eine ungeheure Vielzahl an Rechtssymbolik und Formalismus aus, die sodann auch noch im Mittelalter zu

[24] *Liebs* (Fn. 20), S. 233; *Meder* (Fn. 21), S. 37; *Waldstein/Rainer* (Fn. 11), § 13 Rn. 9.
[25] *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, 20. Aufl. 2014, § 7 Rn. 20.
[26] *Liebs* (Fn. 20), S. 234 f.; *Meder* (Fn. 21), S. 37 f.
[27] Vgl. *Liebs* (Fn. 20), S. 234; *Meder* (Fn. 21), S. 38; *Honsell* (Fn. 11), S. 34.
[28] *Kaser/Knütel* (Fn. 25), § 7 Rn. 20; *Liebs* (Fn. 20), S. 234.
[29] *Kaser/Knütel* (Fn. 25), § 7 Rn. 20; *Liebs* (Fn. 20), S. 234.
[30] *Liebs* (Fn. 20), S. 234.
[31] *Honsell* (Fn. 11), S. 34; *Harke*, Römisches Recht, 2. Aufl. 2016, § 4 Rn. 20 ff.
[32] Siehe hierzu *Waldstein/Rainer* (Fn. 11), § 13 Rn. 9; *Liebs* (Fn. 20), S. 240.
[33] *Liebs* (Fn. 20), S. 242.
[34] *Liebs* (Fn. 20), S. 244.
[35] *Liebs* (Fn. 20), S. 244.
[36] *Harke* (Fn. 31), § 4 Rn. 18, 27.
[37] *Waldstein/Rainer* (Fn. 11), § 13 Rn. 11; *Liebs* (Fn. 20), S. 247 ff.
[38] *Harke* (Fn. 31), § 4 Rn. 16.
[39] *Liebs* (Fn. 20), S. 255.
[40] *Flume* (Fn. 5), S. 244; *Liebs* (Fn. 20), S. 256.

finden ist.[41] Hierfür spricht das auch sonst zugrundeliegende Bedürfnis, den einzelnen Rechtsakt hör- und sichtbar zu machen, sowie die durchweg rituell-religiöse Prägung der Vorstellungen.[42] Hierzu gehörten wohl vor allem die Verbindung von Worten mit bestimmten Gebärden und Gesten, rituelle Handlungsweisen, die Verwendung von Symbolen und dergleichen.[43]

3. Formvielfalt und Wandel im Mittelalter

Auch im Mittelalter begründete das bloße Wort für sich keine rechtlich anerkennenswerte Bindung.[44] Das beginnende Mittelalter zeichnete sich durch neuerlichen unmittelbaren Güteraustausch[45] und vor allem das Lehnswesen aus. Zur Rechtsverbindlichkeit eines Aktes führte auch hier erst die Einhaltung der vielzählig vorgesehenen und mannigfaltigen Formalien, die den Beteiligten die Rechtlichkeit des Aktes sichtbar und erfahrbar machen sollte,[46] und die aufgrund der regionalen Zersplitterung nach dem Untergang des römischen Reiches zum Teil stark divergierten. Hierzu zählten beispielsweise die Bekräftigung durch Eid, die Übergabe von symbolischen Gegenständen, die Beurkundung, Gesten und Gebärden, die Zahlung einer Draufgabe – der Arrha, die den Vertragsschluss bestätigen sollte – oder auch die Hingabe einer Sicherheit – dem Wadium – in Form von Sachen oder eines Bürgen.[47]

Die Entwicklung fand ihren Fortgang erst wieder im 12. Jahrhundert, was mit dem Wiederaufleben der römischen Rechtslehren zusammenfiel und seinen Ursprung vornehmlich im Übergang vom Lehns- zum Ständewesen, der Gründung der Städte und dem neuerlichen Aufblühen des Handels hatte.[48] Die oben aufgeführten römischen Grundsätze kamen weitestgehend nur als wissenschaftliches Themengebiet zum Tragen. Dabei wurde die Liste der Realverträge erweitert.[49] Nunmehr konnte eine Reihe von Geschäften durch Vorleistung einer Partei zur rechtlichen Wirksamkeit verholfen werden, auch wenn es sich nicht um die typischen Realverträge handelte (sog. Innominatrealverträge).[50] Parallel zur Weiterentwicklung des römischen Rechts in wissenschaftlicher Manier behielt das Mittelalter seinen eigenen Formalismus und vornehmlich die dem römischen Recht ähnliche Einteilung in klagbare und nicht klagbare Abreden bei.[51]

Dann erreichte die Entwicklung einen radikalen Punkt. Es wurde die uneingeschränkte rechtliche Anerkennung einer jeden formlosen Vereinbarung fernab jeglicher Formalitäten gefordert. Stein des Anstoßes hierfür war die Moraltheologie.[52] Der Standpunkt, dass jedes gegebene Versprechen, unabhängig von der Einhaltung irgendeiner Form, rechtsgültig und verbindlich sei, leitet sich aus religiösen Überlegungen ab. Jeder sei vor dem eigenen Gewissen an sein Wort gebunden; wer das Gelöbnis ohne Not breche, begehe eine schwere Sünde.[53] Dies war auch die Geburtsstunde des heute noch allzu häufig bemühten Satzes „pacta sunt servanda".

Diese Anschauung fand vor allem Anklang im kanonischen Recht und wurde auch im Handelsrecht als vorzugswürdig erachtet.[54] Das Aufkommen dieser Strömung schlug eine tiefe Schneise in die juristische Welt und teilte sie im Hinblick darauf in die Anhänger und Verfechter der traditionellen und formalistischen römisch-rechtlichen Sichtweise (Legisten) und die Vertreter der moraltheologischen Haltung (Kanonisten) ein.[55] Damit galt im kirchlichen Recht und zuweilen im Handelsrecht – vor allem dann, wenn kirchliche Gerichte zur Entscheidung berufen waren – eine formlose Vereinbarung als rechtsbeständig, während in der weltlichen Juristerei am römisch-rechtlichen System festgehalten wurde.

4. Neues Verständnis in der Neuzeit

Im Laufe des 17. Jahrhunderts schwappte die Rechtsverbindlichkeit formloser Vereinbarungen aus dem kanonischen Recht in das weltliche Recht herüber. Dabei wurde durch bedeutende Namensträger wie *Hugo Grotius*, *Ulrich Huber* und *Samuel von Pufendorf* der freie Wille und der durch diesen selbstbestimmte und rechtlich gewollte Konsens als ausschlaggebendes rechtliches Verpflichtungsinstrument in den Mittelpunkt gerückt.[56]

Diese Sichtweise setzte sich mehr und mehr durch, weshalb im Verlaufe des 17. und 18. Jahrhunderts die Unterscheidung des römischen Rechts in klagbare und nicht klagbare Verträge ad acta gelegt wurde. Selbstverständlich sah sich diese Rechtshaltung berechtigter Kritik ausgesetzt. So wurde ihr vorgeworfen, dass die völlige Preisgabe der Form nicht zu rechtfertigen sei, da insbesondere die Stipulation und der numerus clausus der Schuldverträge ein adäquates Indiz der Seriosität seien, das den Willen, rechtserheblich zu handeln, ausdrücke und dadurch den unerfahrenen oder unbesonnenen Teilnehmer am Rechtsverkehr schützen würde.[57] Die Entgegnung hierauf war, dass allein solche Abreden rechtlich

[41] Vgl. *Ebel* (Fn. 10), S. 10 ff.; *v. Amira*, Germanisches Recht, Bd. 2, 4. Aufl. 1967, S. 117 ff.; *Mitteis/Lieberich*, Deutsche Rechtsgeschichte, 19. Aufl. 1992, S. 21 f; *Hoke*, Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte, 1992, S. 4.
[42] *Mitteis/Lieberich* (Fn. 41), S. 22; *Hoke* (Fn. 41), S. 4.
[43] Vgl. *Ebel* (Fn. 10), S. 10 ff.; *v. Amira* (Fn. 41), S. 117 ff.; siehe zu diversen Gebräuchen *Lobe*, Die Form der Rechtsgeschäfte, 1901, S. 4 ff.
[44] *Schlinker/Ludyga/Bergmann*, Privatrechtsgeschichte, 2019, § 2 Rn. 10.
[45] *Schlinker/Ludyga/Bergmann* (Fn. 44), § 2 Rn. 9.
[46] *Heiss*, Formmängel und ihre Sanktionen, 1999, S. 46; *Schlinker/Ludyga/Bergmann* (Fn. 44), § 2 Rn. 10.
[47] *Schlinker/Ludyga/Bergmann* (Fn. 44), § 2 Rn. 9 ff.; *Ebel* (Fn. 10), S. 10 ff.; *v. Amira* (Fn. 41), S. 117 ff.
[48] *Ebel* (Fn. 10), S. 25 ff.
[49] *Liebs* (Fn. 20), S. 255 ff.
[50] *Liebs* (Fn. 20), S. 256.
[51] *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000, S. 19 ff.
[52] *Liebs* (Fn. 20), S. 257.
[53] *Liebs* (Fn. 20), S. 257 f.; *Schlinker/Ludyga/Bergmann* (Fn. 44), § 2 Rn. 17.
[54] *Schlinker/Ludyga/Bergmann* (Fn. 44), § 2 Rn. 18 f.
[55] *Meder* (Fn. 21), S. 161 ff.
[56] *Schlinker/Ludyga/Bergmann* (Fn. 44), § 2 Rn. 20 ff.; *Heinrich* (Fn. 51), S. 26 ff.
[57] Siehe bei *Meder* (Fn. 21), S. 162.

verbindlich seien, die auch ernstlich gewollt und wohl überlegt sind.[58] Um dies aber feststellen zu können, musste das Geschäft die causa erkennen lassen.[59] Diese Causa-Lehre wurde für die Erhebung einer Vereinbarung zu einem rechtsverbindlichen Vertrag in Deutschland durch den Begriff der Willenserklärung ersetzt.[60] Aber auch heute noch hat die Causa-Lehre als Residuum im Bereicherungsrecht eine wesentliche Bedeutung. An diesem Punkt ist der Weg in die heutige Rechtsgeschäftslehre geebnet.

Der Begriff der Willenserklärung fand bereits Einzug in das preußische allgemeine Landrecht (ALR) und ebenso tat es der Grundsatz der Formfreiheit. Es war hier bereits möglich, eine Willenserklärung durch schlüssiges Verhalten, also konkludent, zu äußern.[61] Das ALR hielt aber derart viele einzuhaltende Formvorschriften bereit, dass der Grundsatz der Formfreiheit vollkommen verwässert wurde.[62] Man könnte diesbezüglich von einer lediglich formellen Formfreiheit sprechen.

5. Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Formfreiheit

Dennoch war das Konzept der Formfreiheit nicht derart etabliert, dass man dieses dem Bürgerlichen Gesetzbuch ohne Diskussion zugrunde legte. Vielmehr stand man bei der Schaffung desselben vor der – mit den Worten der Motive gesprochen – „Lebensfrage für den Verkehr“[63]: Formzwang oder Formfreiheit? Am Ende kippte die Waage in Richtung der Letzteren, aber nicht ohne auch die Vorteile des Ersteren zu erwägen:

> „Die Vortheile, welche für den Formzwang in Anspruch genommen werden, lassen sich dahin zusammenfassen: die Nothwendigkeit der Beobachtung einer Form ruft bei den Betheiligten eine geschäftsmäßige Stimmung hervor, weckt das jur. Bewußtsein, fordert zur besonnenen Ueberlegung heraus und gewährleistet die Ernstlichkeit der gefaßten Entschließung. Die beobachtete Form ferner stellt den rechtlichen Charakter der Handlung klar, dient, gleich dem Gepräge einer Münze, als Stempel des fertigen jur. Willens und setzt die Vollendung des Rechtsaktes außer Zweifel. Die beobachtete Form sichert endlich den Beweis des Rechtsgeschäftes seinem Bestande und Inhalte nach für alle Zeit; sie führt auch zur Verminderung oder doch zur Abkürzung und Vereinfachung der Prozesse.“[64]

Nichtsdestotrotz sprach gegen den Formzwang die Verkehrserschwerung und die mögliche Ausnutzung und dadurch Benachteiligung der „schwächeren“ Partei.[65] Des Weiteren wurde für die Formfreiheit ins Feld geführt, dass bereits das Handelsgesetzbuch dem Regime der Formfreiheit unterliege und eine Einführung eines Formzwanges für das allgemeine Zivilrecht zu Abgrenzungsschwierigkeiten führe.[66] Zuletzt wurde darauf hingewiesen, dass auch die Zivilprozessordnung den ursprünglich zu einem mittelbaren Formzwang führenden französisch-rechtlichen Grundsatz, wonach nur ein in bestimmter Form geschlossener Vertrag nachgewiesen werden könne, verworfen habe und sich die Formfreiheit daher in das bestehende System einfüge.[67]

III. Regel und Ausnahmen

Wie so oft bestätigen auch hier Ausnahmen die Regel. Die Verankerung der Formfreiheit im Bürgerlichen Gesetzbuch wird begleitet von diversen einzelnen Formvorschriften für bestimmte Rechtsgeschäfte. Diese vom Gesetz oktroyierten Formvorgaben dienen nun aber nicht (mehr) dazu, einen Akt überhaupt erst zu einem rechtlichen zu machen (sie sind nicht Wirkform), sondern sie sind vom Gesetzgeber in den Dienst bestimmter Zwecke gestellt und damit Zweckform.[68] Darüber hinaus sind aber auch in unserem heutigen Recht noch Überreste der Wirkform zu finden. So zum Beispiel in § 1311 BGB, Art. 2 WechselG und Art. 2 ScheckG. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt, wie bereits eingangs erwähnt, die §§ 126 ff. BGB. Bei diesen handelt es sich aber noch nicht um die die Formfreiheit einschränkenden Vorschriften. Sie regeln lediglich die Anforderungen, denen die angeordnete Form gerecht werden muss.

IV. Verfassungsrechtliche Bedeutung der Formfreiheit

Nach dem Auf und Ab der Form in der Rechtsgeschichte soll hier letztlich noch die Frage gestellt werden, ob der Grundsatz der Formfreiheit verfassungsrechtlichen Schutz genießt oder ob es vice versa möglich wäre, dem Formzwang das Zepter in die Hand zu geben.

Einen Anhaltspunkt für eine verfassungsrechtliche Gewährleistung könnte im Grunde nur Art. 2 Abs. 1 GG bieten. Dieser schützt ausweislich seines Wortlauts die freie Entfaltung der Persönlichkeit. Hiervon umfasst ist einerseits die allgemeine Handlungsfreiheit[69] im Sinne jeglicher Form menschlichen Handelns ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht der Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt,[70] und andererseits – als Kehrseite der Medaille – die quasi rechtliche allgemeine Handlungsfreiheit, die Privatautonomie.[71] Letztere ist dabei als das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen, also die Fähigkeit eines jeden, seine Verhältnisse in rechtli-

[58] Siehe bei *Meder* (Fn. 21), S. 163.
[59] *Meder* (Fn. 21), S. 163.
[60] *Meder* (Fn. 21), S. 164.
[61] *Schlinker/Ludyga/Bergmann* (Fn. 44), § 2 Rn. 20 ff.
[62] Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1888, S. 178.
[63] Motive (Fn. 62), S. 179 = Mugdan (Fn. 8), S. 451.
[64] Motive (Fn. 62), S. 179 = Mugdan (Fn. 8), S. 451.
[65] Motive (Fn. 62), S. 179 f. = Mugdan (Fn. 8), S. 451 f.
[66] Motive (Fn. 62), S. 180 = Mugdan (Fn. 8), S. 452.
[67] Motive (Fn. 62), S. 180 = Mugdan (Fn. 8), S. 452.
[68] Zu den verschiedenen Formzwecken siehe z.B. *Heldrich*, AcP 147 (1941), 89 ff.; *Mankowski*, JZ 2010, 662.
[69] BVerfG NJW 1957, 297 („Elfes-Entscheidung“).
[70] BVerfG NJW 1994, 1577 (1578).
[71] *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Kommentar zum GG, 93. EL 2020, Art. 2 Abs. 1 Rn. 19, 101 m.w.N.; *Lang*, in: Beck‘scher Online-Kommentar zum GG, Ed. 46, Stand: 15.2.2021, Art. 2 Rn. 5a; *Medicus/Petersen* (Fn. 1), Rn. 174.

cher Hinsicht nach eigenem Ermessen und Belieben zu regeln und zu gestalten, zu verstehen.[72] Von ihr umfasst ist die Vertragsfreiheit.[73] Die Formfreiheit wird zumeist als Appendix der Vertragsfreiheit eingeordnet und als solches ebenfalls als dem verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG unterstehend angesehen.[74] Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Es ist jedoch weiterzugehen und die Formfreiheit nicht lediglich als der Vertragsfreiheit beigeordnet anzusehen, sondern als notwendiges Geleit der Privatautonomie.

Durchaus ließe sich hierzu anführen, dass das Bürgerliche Gesetzbuch aus dem Jahre 1900 dem Grundgesetz aus dem Jahre 1949 das geltende Privatrechtssystem und damit auch den Grundsatz der Formfreiheit vorgegeben und insofern Letzteres dieses System als bestehendes Faktum in sich aufgenommen hat. Es darf aber nicht verkannt werden: das Bürgerliche Gesetzbuch muss sich als einfaches Gesetz an der Verfassung messen lassen und nicht umgekehrt![75] Nur weil das Bürgerliche Gesetzbuch als älteres Gesetz die Formfreiheit protegiert, bedeutet das nicht, dass die Verfassung diesen Umstand ebenso für gut und richtig zu befinden, geschweige denn diesem seinen Mantel zum Schutze überzulegen hat. Dennoch ist in diese Richtung zu plädieren. Dem vorgefundenen Privatrechtssystem kann aber allenfalls eine Indizwirkung zukommen.

Dieses Indiz wird jedoch durch den historischen Wandel der Formfreiheit, der eng mit dem der Vertragsfreiheit, welche jedenfalls unter dem Schutz der Verfassung steht, verbunden ist und letztlich in den Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches kulminiert, bekräftigt.[76]

Hinzu treten sowohl die Erkenntnisse aus der Naturrechtslehre und der Aufklärung, deren Pinselstrich das Bild des selbstbestimmten und mündigen Menschen hervorgebracht haben und die dem Grundgesetz zugrunde gelegt sind,[77] als auch diejenigen, wonach dem Einzelnen der bloße rechtliche Wille, unabhängig von der Einhaltung einer bestimmten Form, als Werkzeug zur Rechtserzeugung an die Hand gegeben ist.

In einer solchen Verfassungsordnung, die einen Staat konstituiert, auf dessen Fahne in großen Lettern „Rechtsstaat“ prangt und dessen rechtliche Wurzeln auch tief hinein in das Zivilrecht und die Verhältnisse der Bürger untereinander ragen, ist es nur richtig, dass die rechtliche Betätigungsfreiheit im Sinne der Privatautonomie dem Schutze der Verfassung unterstellt wird. Die von der Verfassung – jedenfalls heute – vorzufindende Lebenswirklichkeit eines jeden ist die Symbiose aus einer natürlichen und einer rechtlichen Sphäre, bei der die letztgenannte einen nicht unerheblichen Teil prägt. Eine Verfassung, die die Selbstentfaltung eines jeden hochhält, sollte dies somit auch hinsichtlich der rechtlichen Seite des Lebens tun. Die Formfreiheit gehört, wie die Geschichte zeigt, vor allem zu einem freien und unbeschwerten Handels- und Güterverkehr, der es insbesondere jedem ermöglicht, seine individuellen Bedürfnisse selbstbestimmt und frei zu befriedigen sowie seine Verhältnisse zu regeln.

In einem solchen System, das die Autonomie des Einzelnen, dessen Subjektqualität und dessen Entfaltung als höchstes Gut anerkennt, kann es nur richtig sein, der Privatautonomie, deren Instrument das Rechtsgeschäft ist, die Formfreiheit zur Seite zu stellen, um so die Verwirklichung derselben und damit der Selbstentfaltung des Einzelnen bestmöglich zur Geltung zu verhelfen.

Auch trägt der verfassungsrechtliche Schutz der Formfreiheit dem Gedanken der Gleichheit, dem sich die Verfassung verschrieben hat, Rechnung, zumal dies jedem, unabhängig von seiner Begabung, Kenntnisse und Lebensumstände, die Möglichkeit bietet, sofern er überhaupt einen rechtlichen Willen bilden kann, diesem auch Ausdruck – gleich in welcher Form – zu verleihen. Man denke z.B. an Menschen mit Sprachstörungen, Legasthenie, Taub- oder Stummheit, ausländische Menschen, die einer Sprache oder Schrift nicht kundig sind. Sie bedürften im Falle des Formzwanges, um am Rechtsleben teilzunehmen, immerwährend der Hilfe anderer, kundiger Personen. Damit würde aber die ureigenste Bedeutung der Autonomie verwässert. Autonomie ist die Freiheit des Selbst und zwar in Ob und Wie. Gleichheit bedeutet, dass jedem zumindest die gleichen Ausgangschancen zuteilwerden. Daher ist es durchaus möglich, für einzelne Rechtsakte Formen vorzusehen, sofern dies von einer vernünftigen Rechtfertigung begleitet wird und solange der Grundsatz „Formfreiheit“ heißt. Dies ist notwendig „damit sich das wertprägende Bild vom Menschen, der sich als Persönlichkeit eigenverantwortlich entfaltet, auf Dauer wirksam erhalten kann. [D]ie Ausgestaltung der Privatautonomie [muss] so erfolgen, dass die Privatrechtssubjekte eine verlässliche Ordnung vorfinden, die ihnen genügend Freiraum für die Entfaltung ihrer Absichten lässt. Zur Freiheit gehört immer auch das Risiko des Scheiterns […].“[78] Ein Formzwang, der unter Umständen Formvorgaben bereithält, die nicht spontan und ad hoc erfüllt werden können, würde die rechtliche Handlungsfähigkeit erheblich einschränken. Unterstellt man zwar die Privatautonomie und damit die Befugnis eines jeden, seine Rechtsverhältnisse nach dem eigenen Willen zu gestalten, unter den Schutz der Verfassung, so muss dies auch für die Formfreiheit gelten. Ließe man die vollumfängliche Formalisierung dessen zu, was das Gesetz als rechtlich erheblich anerkennt, so gäbe man den Grundrechtsträgern Steine statt Brot. Der Schutz der Privatautonomie als Anerkennung des rechtlichen Willens würde ausgehöhlt. Mit der Anerkennung von Rechtserheblichkeit aufgrund des Willens und der Ab-

[72] BVerfG NJW 1996, 2021; *Flume* (Fn. 5), S. 1; *Neuner* (Fn. 2), § 10 Rn. 28; *Musielak*, JuS 2017, 949 (949).
[73] Statt aller *Neuner* (Fn. 2), § 10 Rn. 33.
[74] *Heiss* (Fn. 46), S. 42 ff.; *Müller* (Fn. 9), S. 18 f.; *Haßfurter*, Form und Treue, 2016, S. 267; *Neuner* (Fn. 2), § 10 Rn. 33, 39; *Bork* (Fn. 1), Rn. 661, 1044; *Boecken* (Fn. 1), Rn. 324; *Laufke*, in: Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, 1956, Bd. 1, S. 145 (145); *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 21. Aufl. 2015, Rn. 63; *Heinrich* (Fn. 51), S. 78 ff.
[75] Vgl. Art. 123 Abs. 1 GG.
[76] *Heinrich* (Fn. 51), S. 13 ff., 43 ff.; *Heiss* (Fn. 46), S. 25 ff.
[77] *Heinrich* (Fn. 51), S. 75; zum Menschenbild unserer Rechtsordnung siehe z.B. *Hubmann*, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 80. Geburtstag, 1965, Bd. 1, S. 37 ff.
[78] *Di Fabio*, DNotZ 2006, 342 (348).

kehr von der Wirkform wurde der Weg zur Formfreiheit als zwingende Begleiterscheinung der Privatautonomie bereits vorgezeichnet. Insofern darf weiter – wohl süffisant – bemerkt werden, dass die Formfreiheit als Hilfsmittel zur bestmöglichen Gewährung der Privatautonomie und damit der ureigensten rechtlichen Freiheit eines jeden genauso schützenswert sein dürfte, wie das Taubenfüttern oder das Reiten im Walde. Letztlich ist all diesen Gesichtspunkten noch hinzuzufügen, dass es nicht mehr notwendig ist, den Rechtsakt als solchen sinnlich erfahrbar zu machen. Formen dienen und dürfen heute lediglich bestimmten Schutzzwecken dienen, die die Einengung der Formfreiheit legitimieren. Sie sind als Eingriffe in die Privatautonomie rechtfertigungsbedürftig und sowohl bei ihrer Schaffung als auch bei ihrer Anwendung auf ein Minimum zu reduzieren.

V. Fazit

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Formfreiheit eine lange Entwicklung hinter sich hat. Auffällig ist dabei, dass der Übergang von einem äußerst strengen Formalismus bis hin zur Formfreiheit immer angetrieben war von dem wirtschaftlichen Fortschritt und Güterverkehr sowie dem Aufkommen eines starken Geschäftswesens und Handels. Dennoch verzichtet keine Rechtsordnung vollständig auf Formen. Die Formfreiheit, wie wir sie heute kennen und erleben, ist mit Blick auf die Historie eine durchaus als jung zu bezeichnende Rechtserscheinung, die viele Vorteile, aber auch Risiken mit sich bringt. Als solche steht sie in einer Rechts- und Verfassungsordnung, die zu einem nicht unwesentlichen Teil auf dem Fundament der Privatautonomie fußt und bereits den bloßen Willen der Rechtssubjekte als rechtsstiftend anerkennt, unter dem Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG.

Der Eigentumserwerb nach § 950 BGB

Von Stud. iur. **Michael Kirchner**, Heidelberg*

Neben dem Eigentumserwerb durch Rechtsgeschäft nach den §§ 929 ff. BGB (und der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs nach §§ 932 ff. BGB) stellt der gesetzliche Erwerbstatbestand des § 950 BGB eine zentrale Vorschrift des Erwerbs und Verlusts des Eigentums an beweglichen Sachen dar, dessen Voraussetzungen und Problemkreise im Examen bekannt sein sollten.

I. Grundlegende Wertentscheidung

Der Zweck von § 950 BGB liegt in der Schaffung einer eindeutigen und nachvollziehbaren Eigentumslage und dient somit zuvörderst der Rechtssicherheit.[1] Nach umstrittener Ansicht dient die Norm zudem der Verwirklichung des sachenrechtlichen Publizitätsgrundsatzes.[2] Durch die Zuweisung des Eigentums durch § 950 BGB wird auch der Interessenkonflikt zwischen dem Stofflieferanten und dem Hersteller – zugunsten des Herstellers – entschieden. Dennoch ist inzwischen anerkannt, dass die Vorschrift keine sozialpolitische Grundsatzentscheidung für die Arbeit und gegen das Kapital darstellt.[3]

II. Einzelnen Tatbestandvoraussetzungen des § 950 BGB im Überblick

Voraussetzung für den Eigentumserwerb nach § 950 BGB ist zunächst die Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe.[4] Dabei ist das Zusammenbauen von Teilen ausreichend, wenn diese dadurch eine eigenständige weitergehende Funktion erlangen. Jedoch ist das bloße Reparieren einer Sache nicht ausreichend; vielmehr wird dem Sicherungsinteresse des die Reparaturleistung Ausführenden durch einen Verwendungsersatzanspruch hinreichend Rechnung getragen.[5] „Stoff" im Sinne dieser Vorschrift ist nicht nur ein Rohstoff, sondern können auch Halb- oder Fertigprodukte sein.[6] Als kumulative Voraussetzung tritt das Erfordernis des „Herstellens einer neuen Sache" hinzu. Das Herstellen ist ein Realakt, weshalb einerseits die Geschäftsfähigkeit hierfür nicht notwendig ist, aber andererseits eine Stellvertretung nicht möglich ist.[7] Wann eine neue Sache vorliegt, bestimmt sich nach der Verkehrsanschauung.[8] Daneben tritt eine wirtschaftliche Betrachtung.[9] Von einer erheblichen Wertsteigerung ist auszugehen, wenn das Verhältnis des Stoffwertes zum Verarbeitungswert mindestens 100:60 beträgt.[10] Allerdings ist die Wertsteigerung allein nicht ausreichend. Indizien für eine neue Sache sind vielmehr auch ein neuer Name[11] oder Formveränderungen. Die neu hergestellte Sache muss ein körperlicher Gegenstand i.S.d. § 90 BGB sein. Das Abspeichern einer Information auf einem fremden Datenträger erfüllt nicht den Tatbestand des § 950 BGB.[12] Bei mehrstufigen Produktionsprozessen, die nach der Verkehrsauffassung einen einheitlichen Verarbeitungsvorgang darstellen, entsteht erst am Ende der Verarbeitung eine neue Sache.[13] Der Eigentumserwerb tritt nicht ein, wenn der Wert der Verarbeitung oder der Umbildung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes.

1. Entstehung einer neuen Sache i.S.d. § 950 BGB

> *Fall 1*[14]*:* Der Kläger – ehemaliger Bundeskanzler – und der Beklagte – ein bekannter Journalist – schlossen beide unabhängige und selbstständige Verträge mit einem Verlag zur Erstellung der Memoiren des Klägers. Der Kläger war dabei berechtigt, jederzeit Einsicht in die Manuskripte zu nehmen und die Zusammenarbeit jederzeit zu beenden. Zur Vorbereitung des Manuskripts zeichnete der Beklagte über 630 Stunden Gespräche auf. Dabei hatte der Kläger die Tonbänder selbst nie in den Händen. Nach einem Zerwürfnis zwischen dem Kläger und Beklagten forderte dieser den Beklagten auf, die Aufzeichnungen an ihn herauszugeben.

---

* Der Autor *Michael Kirchner* ist Stud. Hilfskraft am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht an der Universität Heidelberg (Prof. *Dr. Stefan J. Geibel*, Maître en droit). Er dankt dem Lehrstuhlinhaber sowie Frau Wiss. Hilfskraft *Sophie Ludewigs* für zahlreiche Anmerkungen.

[1] Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 3, 2. Aufl. 1896, S. 361; *Füller*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 950 Rn. 2.

[2] Zustimmend *Henssler*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2002, § 950 Rn. 4; ablehnend *Füller* (Fn. 1), § 950 Rn. 2.

[3] *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 53 Rn. 14; *C. Heinze*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 950 Rn. 3.

[4] *Herrler*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 80. Aufl. 2021, § 950 Rn. 2.

[5] *Mauch*, in: Nomos Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2016, § 950 Rn. 2.

[6] *Schermaier*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.3.2021, § 950 Rn. 6.

[7] *Schermaier* (Fn. 6), § 950 Rn. 9; *Baur/Stürner* (Fn. 3), § 53 Rn. 17.

[8] BGH NJW 1956, 788; *Baur/Stürner* (Fn. 3), § 53 Rn. 18.

[9] *Herrler* (Fn. 4), § 950 Rn. 3.

[10] Für viele BGH NJW 1995, 2633; *Herrler* (Fn. 4), § 950 Rn. 5; *Füller* (Fn. 1), § 950 Rn. 7.

[11] OLG Köln NJW 1997, 2187.

[12] BGH NJW 2016, 317 (319 Rn. 20 f.).

[13] *Herrler* (Fn. 4), § 950 Rn. 3; *Berger*, in: Jauering, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 18. Aufl. 2021, § 950 Rn. 3.

[14] Nach BGHZ 206, 211 = NJW 2016, 317 m. Anm. *Götting* = JuS 2016, 357 m. Bespr. *K. Schmidt* (Helmut Kohl); vgl. auch die Urteilsanmerkung *Wüsthof*, ZUM 2016, 51; als (Referendarexamens-)Klausur bei *Matzke/Palenker*, Jura 2017, 951 ff.; *Haedicke/Andersen*, JA 2018, 262 ff.

Der Eigentumserwerb nach § 950 Abs. 1 S. 1 BGB setzt das Herstellen einer neuen beweglichen Sache voraus. Wann von einer neuen beweglichen Sache gesprochen werden kann, richtet sich nach der Verkehrsanschauung.[15] Dafür wird gewöhnlich auf Indizien wie eine neue Sprachbezeichnung oder einer dauerhaften Substanzveränderung zurückgegriffen.[16] Maßgeblicher Gesichtspunkt für den Eigentumserwerb nach § 950 Abs. 1 S. 1 BGB ist, dass zwischen dem Ausgangsstoff und der neu hergestellten Sache keine Identität mehr besteht.[17] Auch das Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken, Gravieren oder eine sonstige ähnliche Bearbeitung der Oberfläche stellen nach der Rechtsprechung des BGH eine Verarbeitung nach § 950 Abs. 1 S. 2 BGB dar.[18]

Lösungshinweise zu Fall 1: Es stellt sich die Frage, ob durch die Aufzeichnung – also durch das Speichern auf dem Tonträger – eine „neue bewegliche Sache" i.S.d. § 950 BGB entstanden ist. Die der Entscheidung des BGH vorangegangene Entscheidung des OLG Köln nahm einen Eigentumserwerb nach § 950 Abs. 1 S. 1 BGB an.[19] Der BGH ist dem entgegengetreten und hat einen Eigentumserwerb nach § 950 Abs. 1 S. 1 BGB abgelehnt. Teilweise wird die Verwendung für einen längeren Gebrauch als Verarbeitung und damit als Herstellung einer neuen Sache angesehen.[20] Dem tritt die überwiegende Ansicht in der Literatur entgegen. Da die Aufnahmen ohne weiteres gelöscht werden können, ist auch nicht von der Herstellung einer neuen Sache auszugehen.[21] Nach einer differenzierenden Lösung ist von einer Verarbeitung auszugehen, wenn „die Datenträger durch den Speichervorgang nicht nur eine neue Funktion und Bezeichnung erhalten, sondern – wie im Falle von zum Verkauf bestimmten Musik-CDs oder Video-Kaufkassetten – erst ihre eigene wirtschaftliche Bedeutung erlangen".[22] Im Ergebnis schließt sich der BGH der herrschenden Auffassung an und lehnt somit den Eigentumserwerb nach § 950 BGB und konsequenterweise auch den Herausgabeanspruch nach § 985 BGB ab. Dem ist zuzustimmen, weil das Speichern der Datei keinen endgültigen Vorgang darstellt, der die Verwendung der Sache für die Zukunft untauglich macht.[23] Dem Speichern kommt auch ein nur sehr geringer Arbeitsaufwand zu.[24] Der Entscheidung des BGH ist daher sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung zuzustimmen.

Zu erwägen ist neben dem Herausgabeanspruch aus § 985 BGB auch ein vertraglicher Herausgabeanspruch. Dieser vertragliche Herausgabeanspruch könnte aus dem Vertrag des Journalisten mit dem Verlag als Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 Abs. 1 BGB als eigener Anspruch auf Herausgabe bestehen. Die Annahme eines Vertrages zugunsten Dritter ist jedoch abzulehnen, weil die Parteien einen solchen nach Auffassung des BGH nicht gewollt haben.

Jedoch besteht ein vom Eigentum unabhängiger Herausgabeanspruch nach § 667 BGB, da das Innenverhältnis als Auftrag zu qualifizieren ist. Die Ausführung des Journalisten erfolgte „unter dem Dach" der jeweils geschlossenen Verträge. Daher wurde im Innenverhältnis ein Vertrag im Sinne eines Auftrages nach den §§ 662 ff. BGB geschlossen.

Daneben könnte ein Herausgabeanspruch aus §§ 1004 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG („quasi-negatorischer Unterlassungsanspruch") wegen einer drohenden Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch die Verbreitung bestehen. Die ursprünglich erteilte Einwilligung wurde widerrufen. Aus den §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB könnte jedoch nur die Löschung oder Untersagung der Verbreitung verlangt werden. Der Anspruch ist allerdings nicht auf Übertragung des Besitzes gerichtet. Dieses Ergebnis wird durch § 98 Abs. 3 UrhG bestätigt, welcher die Überlassung von Duplikaten nach Urheberrechtsverletzungen als Rechtsfolge ausnahmsweise vorsieht.

2. „Hersteller" i.S.d. § 950 BGB

Fall 2 (Beispielsfall zur Verarbeitungsklausel[25])*:* A liefert B unter Eigentumsvorbehalt Stoffe zur Weiterverarbeitung. Dabei enthalten die Lieferbedingungen folgende Klausel:

„Eine Be- und Verarbeitung der Ware erfolgt im Auftrag des Verkäufers, und zwar in der Weise, dass der Verkäufer als Hersteller i.S.v. § 950 BGB anzusehen ist. Bei Verarbeitung mit anderen, dem Verkäufer nicht gehörenden Waren durch den Käufer steht dem Verkäufer das Miteigentum an der neuen Sache zu; und zwar in Verhältnis des Rechnungswerts der Vorbehaltsware zu dem Wert der anderen verarbeiteten Ware zur Zeit der Verarbeitung."

Nachdem B die Ware geliefert bekommen hat, verarbeitet er die Stoffe zu aufwändig gestalteten Kleidern. Der Ma-

[15] BGH NJW 1978, 697 (698); OLG Stuttgart NJW 2001, 2889 (2890); kritisch *Füller* (Fn. 1), § 950 Rn. 7 f., der die Verkehrsanschauung als Leerformel bezeichnet, soweit nicht feststeht auf welche Kriterien abzustellen ist.

[16] *Baur/Stürner* (Fn. 3), § 53 Rn. 18; *Ebbing*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 950 Rn. 4.

[17] BGH NJW 2016, 317 (318 Rn. 17).

[18] BGH NJW 2016, 317 (318 Rn. 12); vgl. für Beispiele aus der Rspr. für und gegen die Annahme einer neuen Sache *Vieweg/Lorz*, in: juris PraxisKommentar zum BGB, 9. Aufl. 2020, § 950 Rn. 12 f.

[19] OLG Köln GRUR-RR 2014, 419 m. Anm. *Kolb*.

[20] OLG Köln GRUR-RR 2014, 419; unter Bezug auf OLG Karlsruhe CR 1987, 19 (20) = BeckRS 2014, 17343; LAG Chemnitz CR 2008, 553 = BeckRS 2008, 54038.

[21] *Füller* (Fn. 1), § 950 Rn. 10; *Herrler* (Fn. 4), § 950 Rn. 3.

[22] *Vieweg/Lorz* (Fn. 18), § 950 Rn. 15.

[23] Zutreffend BGH NJW 2016, 317 (318 f. Rn. 17–22); dagegen allerdings *Götting*, NJW 2016, 317 (321), der das Argument als zu formalistisch zurückweist.

[24] *Schermaier* (Fn. 6), § 950 Rn. 41.

[25] Ausführlich und kritisch zu Verarbeitungsklauseln *Erger/Gräler*, NJOZ 2012, 1865.

terialwert der Stoffe beträgt 30 €, der Wert der Kleider 200 €. B weigert sich ausdrücklich, die Ware zu bezahlen. A tritt daraufhin vom Kaufvertrag zurück und verlangt die Kleider heraus. Hat A einen Anspruch auf Herausgabe der Kleider nach § 985 BGB?

Fall 3: Der Unternehmer U steht mit dem Modellteilehersteller M in Vertragsbeziehungen. Dabei liefert M dem U ihm gehörende Stahlplatten aus denen dieser – nach den genauen Mustern und Anweisungen des M – komplexe Werkzeuge fertigt. Wer ist Eigentümer der Werkzeuge?

a) Zulässigkeit von Verarbeitungsklauseln

Zu den zentralen – und auch examensrelevanten – Problemen des § 950 BGB gehört die Frage, ob § 950 BGB als sachenrechtliche Vorschrift dispositiv ist oder zumindest der Herstellerbegriff privatautonom festgelegt werden kann. Diese Frage wird besonders bei der Frage nach der Zulässigkeit von Verarbeitungsklauseln (praxis-)relevant.

Das Reichsgericht und Teile des Schrifttums halten § 950 BGB für dispositives Recht.[26] Da die Norm den Interessenkonflikt zwischen dem Stoffeigentümer und dem Verarbeiter regeln wolle, bedürfe es dieser Regelung nur, wenn ein solcher Konflikt entstehen könne. Dieser Konflikt fehle aber, wenn sich die Parteien über den Eigentumserwerb geeinigt haben.[27]

Die Rechtsprechung und die überwiegende Ansicht im Schrifttum folgen dieser Ansicht jedoch zu Recht nicht und gehen von dem zwingenden Charakter des § 950 BGB aus.[28] Auch wenn die Entstehungsgeschichte nicht eindeutig ist,[29] spricht doch die systematische Stellung im Sachenrecht für den zwingenden Charakter der Norm.[30] Trotz des zwingenden Charakters gehen Rechtsprechung und Teile der Literatur davon aus, dass die Parteien darüber disponieren können, wer Hersteller i.S.d. § 950 Abs. 1 BGB ist.[31] Dabei erweist sich die Rechtsprechung als inkonsequent, da diese selbst davon ausgeht, dass § 950 BGB einerseits nicht disponibel sei und gleichwohl die Möglichkeit einer Parteivereinbarung zulässt.[32]

Überzeugend ist daher allein die herrschende Lehre, die eine Verarbeitungsklausel als eine vorweggenommene und auflösend bedingte Sicherungsübereignung auslegt.[33] Gleichwohl kommt es demnach für eine juristische Sekunde zum Durchgangserwerb des Käufers. In diesem Moment kann somit an der Sache eine Belastung (beispielsweise in Form eines Vermieterpfandrechts nach § 562 BGB) entstehen.

b) Rechtsfolgen der antizipierten Sicherungsübereignung im Vergleich zur Lösung der Rechtsprechung

Die herrschende Literatur geht zutreffend davon aus, dass eine Verarbeitungsklausel im Wege der Umdeutung nach § 140 BGB eine antizipierte auflösend bedingte Sicherungsübereignung darstellt. Dabei ist die Verarbeitungsklausel – wie dies auch bei der Sicherungsabrede im Rahmen der Sicherungsübereignung – als Besitzmittlungsverhältnis i.S.v. § 930 BGB anzusehen.[34] Dadurch kommt es zum Durchgangserwerb beim Verarbeiter und kann innerhalb dieser juristischen Sekunde mit Sicherungsrechten von Gläubigern des Verarbeiters belastet werden.[35] Der Verarbeitende erwirbt ein Anwartschaftsrecht an der neuen Sache.[36]

c) Inhaltskontrolle und Sittenwidrigkeit der Herstellervereinbarung

Die Verarbeitungsklausel kann jedoch, auch wenn man mit dem BGH und Teilen der Literatur grundsätzlich von deren Zulässigkeit ausgeht, im Einzelfall nach den §§ 138, 307 BGB nichtig sein. Diese Gefahr besteht insbesondere in dem Fall, wenn die Verarbeitung mit mehreren unterschiedlichen Rohstoffen erfolgt.

Nach der Lösung der Rechtsprechung würde der Dritte als Hersteller unmittelbar Eigentum erwerben. Der entscheidende Unterschied besteht darin, dass nach der Lösung der Rechtsprechung der Dritte das Eigentum direkt erwirbt und es zu keinem Durchgangserwerb kommt. Deshalb können an der Sache auch keine Sicherungsrechte von Gläubigern des Verarbeiters entstehen.

d) Sonderfälle des „Herstellers"

Besondere Betrachtung bedarf der Herstellerbegriff bei der Verarbeitung in vertraglichen Verhältnissen. Im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitgeber als Hersteller anzusehen – und zwar unabhängig davon, ob eine Vereinbarung über den Herstellerbegriff anerkannt wird oder nicht. Vielmehr lässt sich über die Weisungsgebundenheit und die Zuweisung des Absatzrisikos an den Arbeitgeber dessen Herstellereigenschaft begründen.[37] Bei Erfindungen des Arbeitsnehmers findet das Arbeitnehmererfindungsgesetz (ArbNErfG) Anwendung, sodass sich die Frage nach dem „Hersteller" insoweit nicht stellt.

[26] RGZ 161, 109 (113); RGZ 138, 84 (88); *Baur/Stürner* (Fn. 3), § 53 Rn. 15; *Flume*, NJW 1950, 841 (843 f.); *Dolezalek*, AcP 195 (1995), 392 (418 ff.).
[27] Grundlegend *Flume*, NJW 1950, 841 (843); zustimmend *Baur/Stürner* (Fn. 3), § 53 Rn. 15.
[28] BGH NJW 1989, 3213; *Wadle*, JuS 1982, 477 (478 f.).
[29] Ausführlich dazu *Dolezalek*, AcP 195 (1995), 392 (440 ff.).
[30] *Wadle*, JuS 1982, 477 (479).
[31] *Hofmann*, NJW 1960, 1798 (1802 f.); *Wagner*, AcP 184 (1984), 14 (23 f.).
[32] *Füller* (Fn. 1), § 950 Rn. 20; ebenfalls ablehnenden unter Darlegung der aus der weiten Zulassung von Verarbeitungsklauseln resultierenden Folgeprobleme *C. Heinze* (Fn. 3), § 950 Rn. 49 ff.
[33] *Herrler* (Fn. 4), § 950 Rn. 6; *Wieling*, Sachenrecht, 5. Aufl. 2017, § 11 II. 4. f.; *Wilhelm*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 1074 ff.
[34] *Herrler* (Fn.4), § 950 Rn. 11.
[35] *Schermaier* (Fn. 6), § 950 Rn. 54.
[36] *C. Heinze* (Fn. 3), Rn. 45 f.
[37] LAG München NZA-RR 2003, 187; *Schermaier* (Fn. 6), § 950 Rn. 30.

e) Der Herstellerbegriff im „Werklieferungsvertrag" nach § 650 BGB

Durch die Reform des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes von 2002 finden auf die Herstellung von neuen beweglichen Sachen die §§ 650, 433 ff. BGB Anwendung, wobei es im Unterschied zu § 651 BGB a.F. nicht auf die Herkunft des Materials ankommt und damit der Werklieferungsvertrag als eigener Vertragstyp entfällt.[38] Fraglich ist jedoch, wie der Fall zu behandeln ist, dass der Besteller Eigentümer des Ausgangsstoffes ist, aus dem der Unternehmer eine neue Sache herstellt.[39]

Die Rechtsprechung und Teile der Literatur sind der Auffassung, dass der Besteller auch als Hersteller i.S.d. § 950 BGB anzusehen ist, wenn er Eigentümer des Ausgangsstoffes war.[40] Dafür spricht, dass die Verarbeitung gerade nach den Vorstellungen des Auftraggebers und deshalb keine Verarbeitung für sich selbst erfolgt.[41]

Zum Teil wird in der Literatur allerdings aus der Reform des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes ein anderes Ergebnis hergeleitet. Demnach sei der Unternehmer als Hersteller anzusehen. Begründet wird dieses Ergebnis damit, dass nach § 650 BGB seit der Schuldrechtsreform Kaufrecht anzuwenden sei und aus § 433 Abs. 1 BGB die Pflicht zur Übereignung folge. Daher müsse der Unternehmer zunächst durch die Verarbeitung auch Eigentum erwerben, wenn der Besteller Eigentümer der Rohstoffe war und die Verarbeitung nach Anweisung des Bestellers erfolgte.[42]

Dieser Literaturauffassung ist jedoch nicht zuzustimmen.[43] Stattdessen ist § 650 BGB auf die Fälle des ehemaligen Werklieferungsvertrages teleologisch zu reduzieren.[44] Es ist nur der Besitz und gerade nicht das Eigentum zu verschaffen.[45] Dafür spricht zum einen, dass der Unternehmer aus §§ 650, 950 BGB unstreitig kein Eigentum erlangt, wenn der Verarbeitungswert nicht wesentlich höher ist als der Rohstoffwert. Dazu besteht in den Fällen der Verarbeitung ein Werkunternehmerpfandrecht nach § 647 BGB. Dabei ist § 647 BGB jedoch nur analog anwendbar, weil der Wortlaut des § 650 BGB nicht auf § 647 BGB verweist.[46] Die für die Analogie notwendige Regelungslücke ist gegeben, weil der Gesetzgeber den Fall der Verarbeitung von Stoffen, die bereits dem Besteller gehören, nicht bedacht hat.[47] Die vergleichbare Interessenlage ist in dem in diesem Fall ebenso bestehenden Sicherungsinteresse zu sehen.[48] Daher ist überzeugender Weise von der analogen Anwendung des § 647 BGB auszugehen. In Anbetracht dessen wäre es aber widersprüchlich, wenn der Unternehmer neben den Werkunternehmerpfandrecht noch das Eigentum erwerben würde.[49] Der Unternehmer ist vielmehr durch das Werkunternehmerpfandrecht hinreichend geschützt. Darüber hinaus war eine Änderung der sachenrechtlichen Eigentumslage durch die Schuldrechtsreform nicht beabsichtigt.[50]

Lösungshinweise zu Fall 2: A könnte einen Anspruch auf Herausgabe der Kleider aus § 985 BGB haben. B ist Besitzer. Allerdings müsste A Eigentümer sein. Die Lieferung der Stoffe erfolgte unter Eigentumsvorbehalt. Die dingliche Einigung erfolgte somit nach §§ 929 S. 1, 158, 449 Abs. 1 BGB aufschiebend bedingt. Mangels Kaufpreiszahlung ist kein rechtsgeschäftlicher Eigentumsübergang eingetreten. Jedoch könnte A das Eigentum nach § 950 BGB verloren haben. Die Herstellung der Kleider aus dem Stoff stellt dabei eine Verarbeitung dar, bei der der Ausgangsstoff auf eine neue Verarbeitungsstufe gebracht wird. Der Verarbeitungswert ist dabei auch nicht wesentlich geringer als der Rohstoffwert. Damit ist B grundsätzlich Eigentümer geworden. Jedoch haben A und B eine Verarbeitungsklausel vereinbart. Dies ist nach BGH grundsätzlich in der Weise möglich, dass eine Herstellervereinbarung getroffen wird. Die Klausel ist auch nicht nach § 138 BGB oder § 307 BGB unwirksam. Nach der überzeugenden herrschenden Lehre ist die Verarbeitungsklausel als antizipierte Sicherungsübereignung auszulegen. Folglich ist A in jedem Fall weiterhin Eigentümer. B steht auch kein Recht zum Besitz nach § 986 BGB zu.
Somit kann A die Herausgabe der Kleider nach § 985 BGB verlangen.

Lösungshinweise zu Fall 3: Die Voraussetzungen des § 950 BGB liegen grundsätzlich vor. Problematisch ist jedoch, ob U Eigentümer der Werkzeuge geworden ist. Nach einer Ansicht in der Literatur folgt aus der Übereig-

[38] *Merkle*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 01.01.2021, § 650 Rn. 3; *Mankowski*, MDR 2003, 854 (857); a.A. allerdings *Schuhmann*, JZ 2008, 115 (117), der in § 650 S. 3 BGB einen eigenständigen Vertragstyp sieht, welcher sich aber von dem des Werklieferungsvertrages unterscheide.

[39] Ausführlich dazu *Klinck*, JR 2006, 1 ff.

[40] RGZ 72, 281 (285); BGHZ 14, 114 (117); *Füller* (Fn. 1), § 950 Rn. 21; *Herrler* (Fn. 4), § 950 Rn. 8; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 53 Rn. 16.

[41] *Schermaier* (Fn. 6), § 950 Rn. 33.

[42] *Hagen*, JZ 2004, 713 (717 f.), der allerdings den Sicherungsinteressen dadurch versucht gerecht zu werden, indem er das entstandene Eigentum als Treugut behandelt und den Treugeber zur Aussonderung berechtigt; *Röthel*, NJW 2005, 625 (627 ff.), die ebenfalls die Anwendung des § 647 BGB wegen des Wortlauts ablehnt und darüber hinaus aber auch die Behandlung des Eigentums als Treugut, wegen eines möglichen Verstoßes gegen den sachenrechtlichen Publizitätsgrundsatz, ablehnt.

[43] Ebenso ablehnend aus der Rspr. OLG Celle NZI 2009, 726 (727); aus der Literatur *Schermaier* (Fn. 6), § 950 Rn. 33; *Füller* (Fn. 1), § 950 Rn. 22; *Klink*, JR 2006, 1 ff.

[44] *Schermaier* (Fn. 6), § 950 Rn. 33.

[45] *Füller* (Fn. 1), § 950 Rn. 22.

[46] *Klinck*, JR 2006, 1 (3 f.); *Kindl*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 57, Stand: 1.2.2021, § 950 Rn. 12; *Füller* (Fn. 1), § 950 Rn. 22; für eine direkte Anwendung wohl *Schermaier* (Fn. 6), § 950 Rn. 33.1.

[47] *Klinck*, JR 2006, 1 (3 f.).

[48] *Klinck,* JR 2006, 1 (4).

[49] *Schermaier* (Fn. 6), § 950 Rn. 33.1.

[50] *Westermann/Gursky/Eickmann* (Fn. 40), § 53 Rn. 16.

nungspflicht des § 950 BGB, dass der Werkunternehmer auch Eigentum erwirbt. Dagegen spricht jedoch, dass der Werkunternehmer bereits durch das Werkunternehmerpfandrecht nach § 647 BGB hinreichend geschützt ist. Zudem wollte der Gesetzgeber bei der Änderung des § 651 BGB a.F. die bis dahin anerkannte Eigentumszuordnung nicht ändern. Daher ist § 650 BGB in diesem Fall auf die Besitzverschaffung teleologisch zu reduzieren. M ist somit Eigentümer der Werkzeuge.

III. Rechtsfolgen

Als Rechtsfolge bestimmt § 950 BGB den Eigentumserwerb des Herstellers. Hierbei handelt es sich um einen gesetzlichen Eigentumserwerb. Daher tritt der Eigentumserwerb auch unabhängig vom Willen der Parteien oder deren Geschäftsfähigkeit ein.[51] Da es sich um einen gesetzlichen Eigentumserwerb handelt, gilt § 935 BGB nicht.[52] Dem Eigentumserwerb steht auch die Bösgläubigkeit des Herstellers nicht entgegen.[53] Der Eigentumserwerb nach § 950 BGB geht den §§ 947, 948 BGB vor; diese sind aber dennoch subsidiär anwendbar.[54] Weil der Hersteller originäres Eigentum erwirbt, erwirbt er dieses auch lastenfrei – dabei erlöschen auch bestehende Anwartschaftsrechte.[55] § 946 BGB ist jedoch gegenüber § 950 BGB vorrangig.[56] Der durch § 950 BGB erlittene Eigentumsverlust ist nach § 951 BGB – der dem Güterschutz dient und eine Rechtsgrundverweisung in das Bereicherungsrecht darstellt[57] – auszugleichen.[58] Er stellt einen Rechtsfortwirkungsanspruch dar, der an die Stelle des verlorenen Eigentums in Form eines Geldanspruches tritt.[59]

IV. Der Anspruch auf Ausgleich für Rechtsverlust nach § 951 BGB

Demnach ist § 951 BGB nach h.M. keine eigene Anspruchsgrundlage, sondern stellt eine Rechtsgrundverweisung auf das Bereicherungsrecht als Ausgleich für die untergegangene Vindikation dar.[60] Für den Vergütungsanspruch müssen daher sämtliche Voraussetzungen des Bereicherungsanspruchs erfüllt sein.[61] Ob diese Verweisung nur die Eingriffskondiktion[62] nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB oder auch die Leistungskondiktion umfasst,[63] ist umstritten. Diesem Streit kommt mangels Ergebnisrelevanz häufig nur rechtsdogmatische Bedeutung zu.

Der Umfang des Anspruchs richtet sich grundsätzlich nach dem objektiven Wert der früheren Sache.[64] Für den Fall, dass das erlangte Eigentum für den Erwerber wertlos ist, stellt sich das Problem der aufgedrängten Bereicherung.

Von Bedeutung ist allerdings das Konkurrenzverhältnis der §§ 951, 812 ff. BGB zu den Regelungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses nach den §§ 987 ff. BGB.[65] Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis enthält in den §§ 994 ff. BGB Regelungen zu Verwendungsersatzansprüchen. Die Regelungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses sind nach h.M. eine abschließende Sonderregelung zum Bereicherungsrecht, zu denen auch der Anspruch aus § 951 BGB gehört.[66] Nach der Rechtsprechung des BGH ist § 951 BGB durch die Ansprüche nach §§ 994 ff. BGB umfassend ausgeschlossen, auch wenn die Verwendungen nach dem von der Rechtsprechung geprägten engen Verwendungsbegriff nicht umfasst werden.[67] Eine Auffassung in der Literatur geht wie der BGH von dem abschließenden Charakters der §§ 994 ff. BGB aus, allerdings unter Zugrundelegung eines weiten Verwendungsbegriffs.[68] In der Literatur wird darüber hinaus vertreten § 951 BGB außerhalb des engen Verwendungsbegriffs anzuwenden, weil der abschließende Charakter der §§ 994 ff. BGB nur innerhalb des Anwendungsbereichs vorliegen könne.[69] Abschließend wird in der Literatur vertreten, dass die §§ 951, 812 ff. BGB grundsätzlich neben den §§ 994 ff. BGB zur Anwendung kommen können, weil insoweit das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis keinen Vorrang hätte, was sich an dem Wortlaut des § 951 Abs. 2 S. 1 BGB zeige.[70] Der Schutz des Eigentümers werde nach den Grundsätzen der aufgedrängten Bereicherung hinreichend gewährleistet.[71]

Unstreitig neben den §§ 987 ff. BGB ist der Anspruch aus § 951 Abs. 1 BGB i.V.m. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB in Bezug auf die Entschädigung für den Rechtsverlust anwendbar. Die §§ 987 ff. BGB regeln nur die Nebenansprüche bezogen auf den Schadensersatz und Nutzungsersatz. Sie enthalten jedoch keine Regelung in Bezug auf die Veräußerung, Verarbeitung oder anderweitigen Verbrauch.[72] Daher besteht insoweit keine Sperrwirkung durch die Regelungen des Eigen-

[51] BGH NJW 1989, 3213.
[52] *Wellenhofer*, Sachenrecht, 35. Aufl. 2020, § 9 Rn. 14.
[53] *Füller* (Fn. 1), § 950 Rn. 14.
[54] *Füller* (Fn. 1), § 950 Rn. 33.
[55] *Herrler* (Fn. 4), § 950 Rn. 4.
[56] *Herrler* (Fn. 4), § 950 Rn. 1; *Vieweg/Werner*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2018, § 6 Rn. 18.
[57] *Füller* (Fn. 1), § 951 Rn. 1, 3.
[58] Zum Bereicherungsausgleich nach gesetzlichem Eigentumserwerb *Buchwitz*, JuS 2016, 1067.
[59] *Wellenhofer* (Fn. 52), § 10 Rn. 1, 6.
[60] BGHZ 17, 236 (238 f.); BGHZ 40, 272 (276); BGHZ 55, 176 (177); *Füller* (Fn. 1), § 951 Rn. 3.
[61] *Vieweg/Werner* (Fn. 56), § 6 Rn. 21.
[62] So die h.L. vgl. dazu *Füller* (Fn. 1), § 951 Rn. 3; *Berger* (Fn. 13), § 951 Rn. 1; *Lüke*, Sachenrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 246.
[63] So die Rspr. vgl. nur BGHZ 40, 272 (276); BGH NJW 1989, 2745 (2746).
[64] *Wellenhofer* (Fn. 52), § 10 Rn. 6.
[65] Guter Überblick zu den Konkurrenzproblemen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis bei *Becker/Haarer*, Jura 2020, 1296 ff.
[66] BGHZ 41, 157 (161 f.); *Magnus/Osterholzer/Hundsdorfer*, JuS 2019, 452 (458).
[67] BGHZ 41 ,157 (163).
[68] *Baur/Stürner* (Fn. 3), § 11 Rn. 55.
[69] *Eichler*, JuS 1965, 479 (480).
[70] *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 27. Aufl. 2019, Rn. 897.
[71] *Medicus/Petersen* (Fn. 70), Rn. 899.
[72] *Habersack*, Examens-Repetitorium Sachenrecht, 9. Aufl. 2020, Rn. 122.

tümer-Besitzer-Verhältnisses.[73] Die Verarbeitung ist gerade keine Nutzung.[74] Dem Anspruch aus § 951 Abs. 1 BGB i.V.m. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB kann auch nicht § 818 Abs. 3 BGB entgegengehalten werden, auch wenn Entreicherung eingetreten ist. Dies ergibt sich daraus, dass es sich um einen Rechtsfortwirkungsanspruch handelt. Der Einwand hätte nämlich einem Anspruch aus § 985 BGB auch nicht entgegengehalten werden können.[75]

V. Verarbeitungsklausel in der Insolvenz

Fraglich und umstritten ist, wie mit Verarbeitungsklauseln innerhalb der Insolvenz des Warenherstellers umzugehen ist. Dabei kann vor der Verarbeitung der Ware der unter Eigentumsvorbehalt liefernde Rohstofflieferant grundsätzlich die Aussonderung nach § 47 InsO verlangen.[76] Problematisch gestaltet sich der Fall, wenn der Hersteller nach der Verarbeitung in die Insolvenz fällt. Bei der Auslegung der Verarbeitungsklausel als antizipierte Sicherungsübereignung steht dem unter Eigentumsvorbehalt liefernden Warenlieferanten ein Absonderungsrecht nach § 51 Nr. 1 InsO zu.[77] Dies lässt sich damit begründen, dass das entstandene Eigentum pfandähnlich und als Kreditsicherungsrecht einzustufen ist.[78] Daraus folgt, dass der Rohstofflieferant vom Insolvenzverwalter nicht die Herausgabe des neu hergestellten Produktes verlangen kann; stattdessen steht diesem nur der dem Eigentum entsprechende Erlösanteil nach der Verwertung gem. § 50 Abs. 1 InsO und den §§ 166 ff. InsO zu.[79] Nach der Rechtsprechung ist eine privatautonome Entscheidung über den Herstellerbegriff zulässig. Entscheidend ist danach, wie man das durch die Verarbeitungsklausel erworbene Eigentum einstuft. Dabei ist die Wertung des § 51 Nr. 1 InsO, dass keine formale, sondern eine funktionale Betrachtungsweise angezeigt ist und das durch die Verarbeitungsklausel erworbene Eigentum als Sicherungseigentum einzuordnen ist.[80] Folglich besteht nach dem Verfall in die Insolvenz nach allen Ansichten ein Absonderungsrecht nach § 51 Nr. 1 InsO.

VI. Zusammenfassung

Die Voraussetzungen des Eigentumserwerb nach § 950 BGB sind in folgenden Schritten zu prüfen:[81]

1. Verarbeitung beweglicher Sachen,
2. daraus Entstehung einer neuen beweglichen Sache,
3. wobei der Verarbeitungswert nicht erheblich geringer als der Rohstoffwert sein darf.
4. Rechtsfolge: gesetzlicher Eigentumserwerb des Herstellers.

Dabei ist in Klausuren regelmäßig die Frage zu erörtern, ob der Herstellerbegriff durch die Parteien bestimmt werden kann. Die Fragestellung eignet sich auch für eine kautelarjuristische Aufgabenstellung im Rahmen einer Anwaltsklausur.[82] Eine zu entwerfende Klausel könnte entsprechend des Formulierungsvorschlags in Fall 2 als Gestaltungsvorschlag der Bearbeitung zugrunde gelegt werden.[83] Bei dem erheblich höheren Verarbeitungswert sollte das vom BGH aufgestellte und allgemein anerkannte Wertverhältnis von 60:100 bekannt sein.

[73] BGHZ 55, 176 (178 f.); *Wellenhofer* (Fn. 52), § 22 Rn. 47.
[74] *Buchwitz*, JuS 2016, 1067 (1068).
[75] BGHZ 55, 176 (179); dazu auch Semesterabschlussklausur *Krumm/Ehlers*, JuS 2014, 1090.
[76] BGH NJW 2008, 1803 (1805); *Mauch* (Fn. 5), § 950 Rn. 16; *Ganter*, in: Münchener Kommentar zur InsO, 4. Aufl. 2019, § 47 Rn. 62.
[77] *Füller* (Fn. 1), § 950 Rn. 31 f.
[78] *Ganter* (Fn. 76), § 47 Rn. 114; *C. Heinze* (Fn. 3), § 950 Rn. 53; *Mauch* (Fn. 5), § 950 Rn. 16 m.w.N.
[79] *Mauch* (Fn. 5), § 950 Rn. 16.
[80] BGH NJW 2008, 1803 (1805 Rn. 24); *Füller* (Fn. 1), § 950 Rn. 31; *Mauch* (Fn. 5), § 950 Rn. 16.
[81] Prüfungsschema nach *Wellenhofer* (Fn. 52), § 9 Rn. 4.
[82] Als Anwaltsklausur beispielsweise bei *Weisert/Diefenbach/Magnus*, StudZR-Ausbildung 2019, 237 ff.; allgemein zu Berater- und Anwaltsklausuren *v. Lewinski*, JA 2007, 845 ff.; ferner *Mattheus/Teichmann*, JuS 2003, 633 ff.; zur Bedeutung der Anwaltsorientierung im Studium *Hommelhoff/Teichmann*, JuS 2002, 839 (840 f.).
[83] Vgl. für Formulierungsbeispiel einer Verarbeitungsklausel auch *Mauch* (Fn. 5), § 950 Rn. 15.

Fortgeschrittenenklausur: Der homophobe Erblasser

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. **Sonja Breustedt**, Frankfurt am Main*

Die auf drei Zeitstunden angelegte Klausur behandelt Probleme des Erbrechts mit Verknüpfungen zum Sachenrecht. Den Schwerpunkt bilden sittenwidrige Bedingungen in und Formerfordernisse an Testamenten sowie in der Abwandlung das Konstrukt der Vor- und Nacherbschaft.
(Testament, Sittenwidrigkeit, Vor- und Nacherbschaft)

Sachverhalt

Ausgangsfall

Der frisch gebackene Rentner Erich Erlmann wohnt glücklich verheiratet mit seiner Frau Frieda in einem kleinen Häuschen im Frankfurter Westend. Das ihm von seinen Eltern vererbte Haus hat einen objektiven Verkehrswert von 800.000 €. Erich beschließt, sich zu Beginn seines neuen Lebensabschnitts noch einen Jugendtraum zu erfüllen und gönnt sich für 100.000 € einen Sportwagen. Anschließend entscheidet er, seine Vermögensverhältnisse zu regeln. Zu diesem Zweck setzt er sich an seinen Schreibtisch und verfasst folgendes, formgültiges Testament:

> „Frankfurt, den 15.3.2020
> Ich vererbe meinen beiden Kindern Tanja und Sven mein gesamtes Vermögen zu gleichen Teilen. Sollte Sven sich allerdings bis zu meinem Ableben nicht von seinem unnützen Freund Gustav trennen und endlich eine Frau heiraten, so erhalten im Falle meines Todes die Söhne meiner Tochter Tanja, meine beiden Enkel Torben und Tobias, seinen Anteil. Sven muss dann ohne mein Vermögen zurechtkommen. Ich dulde keine Verbindung, aus der keine weiteren Enkel hervorgehen können.
> Erich Erlmann“

Stolz präsentiert Erich das Testament seiner Frau Frieda. Diese ist erbost, dass Erich sich in den Lebenswandel ihres Sohnes Sven einmischen möchte und redet in den darauffolgenden Wochen immer wieder auf Erich ein, er solle doch Sven in jedem Fall in seinem Testament bedenken. Nach einigen Diskussionen lenkt Erich ein, hat aber keine Lust, das ganze Testament nochmals neu abzufassen. Deshalb greift er zu einem auf dem Schreibtisch liegenden Post-It-Block und notiert:

> „Sven soll ein Viertel bekommen und das andere Viertel geht an meine Enkel.
> Frankfurt, 18.5.2020
> Erich Erlmann“

Anschließend klebt er den Notizzettel auf das Testament vom 15.3.2020 und legt beides zurück in die Schreibtischschublade, in der sich auch zuvor das Testament befunden hatte.

Frage 1

Wie ist die Erbfolge nach Erich Erlmann?

Abwandlung

Dieses Mal beschließen Erich und Frieda, ein gemeinsames Testament zu errichten. Sie verfassen folgendes, formgültiges Testament:

> „Frankfurt, den 15.3.2020
> Unser letzter gemeinsamer Wille: Wir setzen uns gegenseitig zu gemeinsamen Erben ein. Der überlebende Ehegatte wird jedoch nur Vorerbe. Nacherbin wird allein Tanja, Sven wird enterbt.
> Erich Erlmann und Frieda Erlmann“

Völlig unerwartet stirbt Erich Erlmann am 25.5.2020. Frieda ist der Meinung, ihr Sohn Sven käme nach ihrem Ableben zu schlecht weg und beschließt, ihn mit dem Sportwagen zu versorgen. Kurzerhand verschenkt sie den nagelneuen Sportwagen an Sven, der von Anfang an von dem Gefährt begeistert war. Überglücklich nimmt Sven, der den Inhalt des Testaments genau kennt, das teure Geschenk an. Am 16.8.2020 verstirbt plötzlich auch Frieda.

Tanja fordert nun den Sportwagen von Sven heraus. Er verweigert dies und argumentiert, dass ihm ein Teil der Erbschaft von Gesetzes wegen zustünde.

Frage 2

Wie ist die Rechtslage?

Lösung Ausgangsfall

Zu prüfen ist die Erbfolge nach Erich Erlmann.

I. Testament vom 15.3.2020

Sven (S), seine Schwester Tanja (T) und ihre Söhne Torben und Tobias könnten gem. §§ 1922 Abs. 1, 1937 BGB Erben des Erich (E) geworden sein. Dazu müsste E sie testamentarisch als Erben eingesetzt haben, was durch das Testament vom 15.3.2020 geschehen sein könnte. Fraglich ist, ob dieses wirksam ist und zu wessen Gunsten E das Testament errichtet hat.

1. Testierwille und Form

E verfasste laut Sachverhalt ein eigenhändiges (§§ 2231 Nr. 2, 2247 BGB), formgültiges Testament. An der Testierfähigkeit (§ 2229 BGB), der Höchstpersönlichkeit (§§ 2064, 2065 BGB) sowie dem Testierwillen bestehen ebenfalls keine Zweifel.

2. Inhalt

Das Testament unterliegt als nicht empfangsbedürftige Willenserklärung den Auslegungsregeln des § 133 BGB. Danach ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht auf den buchstäblichen Sinn des Ausdrucks abzustellen. Indem E sein gesamtes Vermögen zu gleichen Teilen seinen Kindern T und

* Die *Autorin* ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für mittelalterliche und neuere Rechtsgeschichte und für Zivilrecht an der Goethe-Universität Frankfurt a.M. (Prof. *Dr. Albrecht Cordes*, M.A.).

S zugesprochen hat, hat er seine Ehefrau Frieda (F) enterbt. Ts Erbteil beläuft sich auf ½. Die Erbenstellung des S, der grundsätzlich auch einen Erbteil von ½ erhalten soll, hat E jedoch an die Trennung von dessen Freund Gustav (G) und die Heirat einer Frau geknüpft. Fraglich ist, ob das Testament mit diesem Inhalt wirksam ist oder die Bedingung des E sittenwidrig und die bedingte Erbeinsetzung des S gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein könnte.

a) Rechtsnatur der Bedingung

Bei der Bedingung, die E ausgesprochen hat, könnte es sich um eine aufschiebende Potestativbedingung nach § 158 Abs. 1 BGB handeln. Die Potestativbedingung ist eine Bedingung, deren Eintritt vom Willen, wörtlich von der Macht (lat. potestas), des Bedachten abhängig ist.[1] E hat die Erbeinsetzung des S von dessen Verhalten abhängig gemacht. Es handelt sich mithin um eine Potestativbedingung. Es besteht auch kein Zweifel daran, dass es sich um eine „echte Bedingung" handelt und nicht nur um ein unverbindliches Anliegen des Erblassers. E hat mit der Formulierung „Ich dulde keine Verbindung, aus der keine weiteren Enkel hervorgehen können" unmissverständlich klarstellt, dass Zweck der Vererbung aus seiner Sicht die Weitergabe des Vermögens an die nächste Generation ist. Potestativbedingungen sind, soweit sie nicht der materiellen Höchstpersönlichkeit der Testamentserrichtung, § 2065 BGB, widersprechen, grundsätzlich zulässig.[2] Fraglich ist, ob es sich um eine aufschiebende (§ 158 Abs. 1 BGB) oder eine auflösende Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB) handelt. Wird ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen, so tritt die Wirkung desselben erst mit Bedingungseintritt ein. Die Einsetzung des S zum Erben des E entfaltet zunächst keine Rechtswirkung, sondern erst wenn die Bedingung, Trennung vom Freund und Heirat einer Frau, erfüllt ist. Mithin liegt eine aufschiebende Bedingung i.S.d. § 158 Abs. 1 BGB vor.

b) Sittenwidrigkeit der Bedingung

Die Verfügung könnte jedoch nichtig sein, wenn die Bedingung gegen die guten Sitten verstößt, § 138 Abs. 1 BGB. Für die Definition der Sittenwidrigkeit hat sich die Formel vom „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" durchgesetzt. Sie ist aufgrund ihres „leerformelartigen Charakters" konkretisierungsbedürftig.[3] Ein besonders wichtiges Konkretisierungselement stellen hierbei die Grundrechte dar. Die Grundrechte binden zwar gem. Art. 1 Abs. 3 GG nur den Staat in unmittelbarer Form, jedoch können sie im Wege der sog. mittelbaren Drittwirkung auch auf privatrechtliche Rechtsbeziehungen „ausstrahlen", sodass sie im Rahmen von auslegungsbedürftigen Generalklauseln wie § 138 Abs. 1 BGB zu beachten sind.

aa) Grundrechtseingriff

Grundsätzlich ist die Testierfreiheit als bestimmendes Element der Erbrechtsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützt und kann durch die Generalklausel des § 138 Abs 1 BGB nur eingeschränkt werden, wenn ein klarer gesetzgeberischer Wille oder die allgemeine Rechtsauffassung der Einschränkung zugrunde liegen.[4] Letztere festzustellen, ist Aufgabe des Gerichts, das i.R.d. § 138 BGB die Grenzen der Testierfreiheit bestimmen muss.[5] Im Hinblick auf letztwillige Verfügungen hat sich nach der gewissermaßen als „Richtschnur"[6] geltenden Entscheidung des BVerfG im sog. „Hohenzollernfall" die „Drucktheorie" durchgesetzt. Sie qualifiziert Bedingungen als sittenwidrig, die geeignet sind, unzumutbaren Druck auf die grundrechtlich geschützte Freiheit des Prätendenten auszuüben und damit in seine Entscheidungsfreiheit einzugreifen.[7]

Indem E in Aussicht stellt, die Hälfte seines Vermögens – immerhin mindestens 450.000 € – nur dann an S zu vererben, wenn dieser seine Lebensführung nach der Vorstellung des E ausrichtet, versucht er unter anderem, auf die Eheschließungsfreiheit des S einzuwirken und versucht damit, in die grundrechtlich geschützten Bereiche der Ehe (Art. 6 Abs. 1 GG) und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) einzugreifen.[8] Da S die Erbschaft ausschlagen kann, kommt zwar eine unmittelbare Beeinträchtigung seiner Grundrechte nicht in Betracht, jedoch ist bei dem recht hohen Nachlasswert ein faktischer Druck und damit eine mittelbare Beeinträchtigung zu erwarten, die mit dem Grundgesetz unvereinbar ist.

bb) Rechtfertigung

Dem steht die Testierfreiheit des E als kollidierendes Grundrecht gegenüber, die einen Eingriff in Art. 6 Abs. 1 GG rechtfertigen könnte. Allerdings darf die Testierfreiheit nicht so weit gezogen werden, dass sie selbst Eingriffe in den Kern des Art. 6 Abs. 1 GG und den Kern der persönlichen Lebensführung gestattet. Insofern müssen hier die Grundrechte des S die Testierfreiheit des E überwiegen.

---

[1] *Gursky/Lettmaier*, Erbrecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 125; *Otte*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 2074 Rn. 27; *Michalski/Schmidt*, BGB-Erbrecht, 5. Aufl. 2019, Rn. 470; *Röthel*, Erbrecht, 18. Aufl. 2020, § 20 Rn. 15.

[2] *Leipold*, Erbrecht, 22. Aufl. 2020, Rn. 448.

[3] *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 138 Rn. 14.

[4] BayObLG DNotZ 2003, 439.

[5] *Röthel* (Fn. 1), § 20 Rn. 10.

[6] *Röthel* (Fn. 1), § 20 Rn. 16.

[7] *Loritz*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2003, § 2074 Rn. 29; *Paal*, JZ 2005, 436 (440); *Otte* (Fn. 1), § 2074 Rn. 39; *Michalski/Schmidt* (Fn. 1), Rn. 470; *Leipold*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 2074 Rn. 18.

[8] Ob hier tatsächlich ein Eingriff in die Eheschließungsfreiheit vorliegt, mag diskussionswürdig sein (Zweifel äußern *Gutmann*, NJW 2004, 2347 [2348] und *Isensee*, DNotZ 2004, 754 [762]). Es liegt aber zumindest ein Eingriff in die grundrechtlich geschützte Entscheidungsfreiheit und damit in das Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) vor.

cc) Zwischenergebnis

Die Bedingung war bereits objektiv sittenwidrig, sodass es auf das subjektive Element nicht mehr ankommt. Damit ist die Bedingung des E, S nur zum Erben einzusetzen, wenn er sich von G trennt und eine Frau heiratet, sittenwidrig.

c) Rechtsfolge der Sittenwidrigkeit

Fraglich ist, welche Rechtsfolge sich aus der Sittenwidrigkeit der Bedingung für das Rechtsgeschäft ergibt. § 138 Abs. 1 BGB zieht die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes nach sich. Fraglich ist jedoch, ob nur die Bedingung sittenwidrig und die Erbeinsetzung des S zu ½ (auch ohne Erfüllung der Bedingung) wirksam ist, oder ob die letztwillige Verfügung des E in Bezug auf die Erbeinsetzung des S insgesamt nichtig ist. Da es sich bei einer bedingten Erbeinsetzung nicht um mehrere Verfügungen, sondern nur um eine Verfügung handelt, ist § 2085 BGB nicht anwendbar und mangels Teilbarkeit des Rechtsgeschäfts kommt auch § 139 BGB nicht in Betracht.[9] Denkbar ist indes eine Umdeutung nach § 140 BGB, die allerdings regelmäßig das Problem birgt, dass der Erblasser das Rechtsgeschäft ohne die Bedingung gerade nicht aufrechterhalten wollte, wie es auch vorliegend der Fall ist. Rechtsfolge wäre dann die Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts und eine damit einhergehende Benachteiligung des Bedachten. Um dieses Problem zu umgehen, besteht die Möglichkeit, auf den Zweck des § 138 Abs. 1 BGB, der zur Nichtigkeit führt, abzustellen. Ergibt sich die Sittenwidrigkeit aus der Reduzierung der Freiheitsrechte des Bedachten, so muss einer Ansicht nach die Zuwendung dem Schutzzweck zufolge ohne Bedingung aufrechterhalten werden.[10] Würde anderenfalls die gesamte Verfügung nichtig, würde S als Bedachtem jede Möglichkeit genommen werden, Erbe des E zu werden, also auch dann, wenn er die Bedingung aus freien Stücken erfüllen wollte. Daher besteht nach Ansicht der Schutzzwecklehre die Möglichkeit, den über § 138 Abs. 1 BGB vermittelten Schutz der Freiheitsrechte des S nicht allein dadurch zu erreichen, dass die Bedingung als sittenwidrig angesehen wird, sondern seine Erbeinsetzung im Übrigen als unbedingte Zuwendung aufrechtzuerhalten.

Gegen diese Handhabung spricht jedoch der – auch in diesem Fall – klar entgegenstehende Erblasserwille sowie der eindeutige Wortlaut des § 138 BGB, der die Nichtigkeit der gesamten Verfügung anordnet. Eine teleologische Reduktion der Rechtsfolge des § 138 BGB erscheint indes problematisch, da der Erblasserwille substituiert würde. Sofern man die umfassende Testierfreiheit nicht unnötig einschränken möchte, muss im Wege der ergänzenden Auslegung (§ 2084 BGB) der tatsächliche Wille des Erblassers ermittelt werden.[11] Für diese Lösung spricht im Übrigen auch, dass der Erblasser ohne Begründung den Bedachten enterben und auf seinen Pflichtteilsanspruch verweisen könnte. Legt man den Willen des E zugrunde, so erben seine Enkel Torben und Tobias ½, mithin jeder gem. §§ 2093, 2091 BGB ¼.[12]

3. Ergebnis

Die Erbeinsetzung der T ist gem. § 2085 BGB aufrechtzuerhalten, da anzunehmen ist, dass E diese Verfügung unabhängig von der Frage, ob S oder die Enkel die andere Hälfte erben, aufrechterhalten wollte. Nach dem Testament vom 15.3.2020 erben somit T ½ und die Enkel Torben und Tobias jeweils ¼.[13]

II. Post-it vom 18.5.2020

Bei dem Post-it vom 18.5.2020 könnte es sich um ein weiteres Testament handeln, durch welches das erste Testament vom 15.3.2020 gem. §§ 2253, 2258 Abs. 1 BGB aufgehoben worden sein könnte.

1. Wirksames Testament

Fraglich ist, ob es sich bei dem Post-it um ein wirksames Testament handelt. An der Testierfähigkeit des E i.S.d. § 2229 BGB sowie der höchstpersönlichen Errichtung, §§ 2064, 2065 BGB bestehen keine Zweifel. Es genügt auch den formalen Anforderungen an ein ordentliches Testament, eigenhändiges Verfassen sowie Unterschreiben, § 2247 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 BGB sowie die Einhaltung der Sollvorschriften zur Orts- und Zeitangabe nach § 2247 Abs. 2 BGB. Zweifel bestehen jedoch am Testierwillen des E.

a) Testierwille

Obgleich die formgültige Abfassung eines Testaments Indiz für den Testierwillen des Erblassers ist, ist diskussionswürdig, ob das Niederschreiben des letzten Willens auf einem Post-it den Anforderungen an den Testierwillen genügt. Nach § 133 BGB liegt ein Testierwille vor, wenn der Erblasser die von ihm erstellte Urkunde als rechtsverbindliche letztwillige Verfügung angesehen hat. Gegen einen Testierwillen spricht die ungewöhnliche Papierform, die nicht den üblichen Gepflogenheiten zur Abfassung eines Testamtens entspricht und auf einen bloßen Entwurf ohne Endgültigkeit und Ernsthaftigkeit hindeuten könnte. Erschwerend kommt hinzu, dass E seinen Text weder mit Testament noch mit letztwilliger Verfügung überschrieben hat, was ein eindeutiger Anhaltspunkt für das Vorliegen eines Testierwillens gewesen wäre. E klebte jedoch nach Abfassung des Notizzettels diesen auf das ursprüngliche Testament vom 15.3.2020 und legte beides zurück in die Schreibtischschublade, in der sich auch zuvor das Testament befunden hatte. Die Aufbewahrung zusammen mit dem ersten Testament spricht für einen Testierwillen. Gerade

[9] *Schmidt*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 2074 Rn. 2; *Leipold* (Fn. 7), § 2074 Rn. 28; *Loritz* (Fn. 7), § 2074 Rn. 33.

[10] *Leipold* (Fn. 7), § 2074 Rn. 28 f.; *Gursky/Lettmaier* (Fn. 1), Rn. 125.

[11] *Litzenburger*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 58, Stand: 1.5.2021, § 2074 Rn. 26.

[12] Hier ist sowohl das Abstellen auf den Erblasserwillen als auch auf den Zweck der Vorschrift des § 138 BGB im Sinne der Schutzzwecklehre vertretbar.

[13] Sofern man auf den Zweck des § 138 BGB abstellt, erbt Sven ½, die Bedingungen Erwins zur Erbeinsetzung Svens sind nichtig. Die Enkel erben nicht.

bei ungewöhnlichen Testamentsformaten ist für die Ermittlung des Testierwillens auch auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände abzustellen.[14] E hatte hier über einen längeren Zeitraum von ca. zwei Monaten mit seiner Frau F über die Erbeneinsetzung diskutiert und schließlich eingelenkt. Die vorangegangenen Diskussionen sowie der Aufbewahrungsort sprechen für eine bewusste rechtsverbindliche Erbeinsetzung, sodass von der Ernsthaftigkeit und damit von einem Testierwillen auszugehen ist.

b) Zwischenergebnis

Damit war das Post-it vom 18.5.2020 ein wirksames, formgültiges Testament.

2. Widerruf des Testaments vom 15.3.2020

Fraglich ist, inwieweit das Testament vom 18.5.2020 das vom 15.3.2020 widerrufen hat. Nach § 2258 Abs. 1 BGB wird durch Errichtung eines Testaments ein früheres Testament insoweit aufgehoben, als das spätere Testament mit dem früheren in Widerspruch steht. Im Testament vom 18.5.2020 wird nur die Hälfte des Nachlasses, nämlich der ursprünglich unter einer Bedingung stehende Erbteil des S neu aufgeteilt. Ein Widerspruch zur hälftigen Erbeinsetzung Ts im alten Testament entsteht dadurch nicht, diese ist also durch das neue Testament nicht widerrufen. Auch ändert das neue Testament nichts an der Enterbung Fs. Widersprüchlich ist nur, dass S nicht mehr unter Erfüllung der Bedingung ½ bekommen soll, sondern bedingungslos ¼ und das verbleibende ¼ die Enkel bekommen sollen, die mangels Bestimmung der Bruchteile gem. §§ 2093, 2091 BGB zu gleichen Teilen erben. Nur insoweit ist das alte Testament widerrufen und das neue gilt.

III. Gesamtergebnis

E hat mit dem Testament vom 18.5.2020 das Testament vom 15.3.2020 teilweise widerrufen. Nunmehr erbt T ½, S ¼ und die Enkel Torben und Tobias erben gem. § 2091 BGB je ⅛.

Lösung Abwandlung

T könnte gegen S einen Anspruch auf Herausgabe des Sportwagens haben.

I. Erbschaftsanspruch gem. § 2018 BGB

In Betracht kommt ein Erbschaftsanspruch gem. § 2018 BGB. Hierfür müsste T Erbin und S Erbschaftsbesitzer sein. S hat jedoch das Auto von seiner Mutter F zu Lebzeiten geschenkt bekommen und nicht aufgrund einer ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbschaft erlangt, sodass er kein Erbschaftsbesitzer i.S.d. § 2018 ist. Ein Anspruch nach § 2018 kommt somit nicht in Betracht.

II. Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB

T könnte jedoch gegen S einen Anspruch auf Herausgabe des Pkw nach § 985 BGB haben. Hierfür müsste T Eigentümerin und S Besitzer ohne Besitzrecht sein.

[14] OLG München NJW-RR 2020, 329 f.

1. Eigentümer

a) Eigentümerstellung der F

Ursprünglich war E Eigentümer des Autos. Mit seinem Tod könnte das Eigentum an dem Wagen aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments vom 15.3.2020 gem. §§ 1937, 1922 Abs. 1 BGB auf seine Ehefrau F übergegangen sein.

aa) Wirksames Testament

Die Voraussetzungen der wirksamen Ehe nach § 2265 BGB und eines gemeinsamen Testierwillens nach §§ 133, 157 BGB liegen vor. Laut Sachverhalt errichteten E und F zudem ein formgültiges Testament (§ 2267 BGB i.V.m. §§ 2231 Nr. 2, 2247 BGB). Inhaltlich setzten E und F sich gegenseitig als Alleinerben ein, T hingegen als Schlusserbin. Die Einsetzung von Schlusserben beim gemeinschaftlichen Testament kann zwei Bedeutungen haben. Entweder findet die Erbfolge nach dem Einheitsprinzip oder nach dem Trennungsprinzip statt. Setzen sich die Ehegatten gegenseitig als uneingeschränkte Erben und den Dritten als Schlusserben des Letztversterbenden ein, so verschmelzen die Vermögensmassen bei Tod des Erstversterbenden, und der Dritte erbt nach dem zweiten Erbfall das gesamte Vermögen (sog. Einheitsprinzip). Sofern der überlebende Ehegatte hinsichtlich des Nachlasses des vorverstorbenen Ehegatten nur als Vorerbe eingesetzt wird, ist der Schlusserbe als Nacherbe zu qualifizieren und es finden zwei getrennte Erbgänge statt (sog. Trennungsprinzip).[15] Dem gemeinschaftlichen Testament Es und Fs zufolge sollte der überlebende Ehegatte Vorerbe, T hingegen Nacherbin i.S.d. § 2100 BGB sein. Wenngleich die Verwendung der Begriffe Vor- und Nacherbe nicht zwingend auf eine Nacherbschaft i.S.d. §§ 2100 ff. BGB hinweisen[16], gibt es im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte, dass etwas anderes gemeint gewesen wäre. Demnach war der überlebende Ehegatte als Vorerbe, die T als Nacherbin eingesetzt.

bb) Zwischenergebnis

F wurde mithin zum Zeitpunkt des Erbfalls am 25.5.2020 Vorerbin und damit Eigentümerin des Autos.

b) Übereignung an S

F könnte ihr Eigentum an dem Auto jedoch durch die Übereignung des Autos an S gem. § 929 S. 1 BGB verloren haben. Einigung, Übergabe und Einigsein liegen vor. Fraglich ist allerdings, ob F berechtigt war. F unterliegt als Vorerbin den Verfügungsbeschränkungen des § 2113 Abs. 2 BGB. Danach ist eine unentgeltliche Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand insoweit unwirksam, als dass im Falle des Eintritts der Nacherbfolge das Recht des Nacherben vereitelt oder beeinträchtigt würde. Da jedoch die Verfügungen des Vorerben zunächst wirksam und erst mit Eintritt des Nacherbfalls ex nunc unwirksam werden[17], war F zum Zeitpunkt der Verfü-

[15] *Leipold* (Fn. 2), Rn. 462 f.
[16] *Lieder*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 2100 Rn. 12.
[17] BGH NJW 1969, 2043; vgl. *Lieder* (Fn. 16), § 2113 Rn. 17.

gung verfügungsberechtigt. Damit ist S zunächst Eigentümer des Autos geworden.

c) Eigentumserwerb der T mit Eintritt des Nacherbfalls

Mit dem Eintritt des Nacherbfalls, dem Tod der F am 16.8. 2020, könnte T gem. § 2139 BGB Eigentum an dem Auto erworben haben. T war in dem gemeinschaftlichen Testament vom 15.3.2020 als Nacherbin eingesetzt worden, sodass mit dem zweiten Erbfall am 16.8.2020 der Nachlass des E gem. § 2139 BGB auf T übergegangen ist. Dadurch könnte sie auch das Eigentum an dem Sportwagen erlangt haben. Dafür müsste allerdings zum Zeitpunkt des Erbfalls das Auto noch zum Nachlass gehört haben, was aufgrund der von F vorgenommenen Übereignung des Wagens an S fraglich ist. Diese Verfügung könnte mit Eintritt des Nacherbfalls gem. § 2113 Abs. 2 S. 1 BGB jedoch unwirksam geworden sein. Bei der Übereignung des Autos an S handelt es sich um eine unentgeltliche Verfügung, die das Recht der T als Nacherbin vereitelt hat. Sie entsprach weder einer sittlichen Pflicht noch erfolgte sie anstandshalber, sodass die Ausnahmeregelungen des § 2113 Abs. 2 S. 2 BGB nicht greifen. Damit ist die Verfügung über das Auto gem. § 2113 Abs. 2 S. 1 BGB mit Eintritt des Nacherbfalls – dem Tod der F – ex nunc unwirksam geworden. Ein etwaiger Gutglaubenserwerb, der nach § 2113 Abs. 3 BGB eine Ausnahme ermöglicht, scheitert an der positiven Kenntnis des S von der Vorerbenstellung der F. Damit wurde die Verfügung der F an S mit dem Eintritt des Nacherbfalls gem. § 2113 Abs. 2 S. 1 BGB i.V.m. § 2113 Abs. 1 BGB unwirksam. Mithin gehörte das Auto zum Zeitpunkt des Eintritts des Nacherbfalls noch zur Erbschaft.

d) Zwischenergebnis

Somit ist T gem. § 2139 BGB mit Eintritt des Nacherbfalls Eigentümerin des Autos geworden.

2. Besitzer

S war zum Zeitpunkt des von T geltend gemachten Herausgabeanspruchs auch Besitzer.

3. Recht zum Besitz

S könnte jedoch die Herausgabe des Pkws gem. § 986 Abs. 1 S. 1 BGB verweigern. Dazu müsste er gegenüber der T als Eigentümerin zum Besitz berechtigt sein. In Betracht kommt ein relatives Besitzrecht aus dem zwischen F und S geschlossenen Schenkungsvertrag. Der zwischen F und S geschlossene Schenkungsvertrag wirkt zwar nur inter partes. T wurde aber durch den zweiten Erbfall Vollerbin ihrer Mutter und rückt als direkte Rechtsnachfolgerin gem. § 1922 Abs. 1 BGB in die Rechtsposition der F ein. Zwar lag dem Schenkungsvertrag mangels notarieller Beurkundung ein Formmangel nach § 518 Abs. 1 S. 1 BGB zugrunde, dieser wurde aber durch das Bewirken der Leistung, hier die Übereignung des Autos gem. §§ 929 ff. BGB, geheilt. § 2113 Abs. 2, Abs. 1 BGB bewirkt zwar, dass die Verfügung mit Eintritt des Nacherbfalls unwirksam wird. § 2113 BGB hat jedoch nur eine ex-nunc-Wirkung, sodass zum Zeitpunkt des Bewirkens die Verfügung wirksam war und der Formmangel geheilt ist. Mithin begründet der Schenkungsvertrag ein Recht zum Besitz für S. Ein Herausgabeanspruch nach § 985 BGB besteht somit nicht.

4. Ergebnis

T hat gegen S keinen Anspruch auf Herausgabe des Autos nach § 985 BGB.

III. Herausgabeanspruch gem. § 812 BGB

Ein Herausgabeanspruch gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB scheitert am vorhandenen Rechtsgrund, dem Schenkungsvertrag zwischen F und S gem. §§ 516, 518 BGB.

IV. Herausgabeanspruch gem. § 2287 Abs. 1 BGB analog i.V.m. §§ 812 ff. BGB

T könnte gegen S einen Anspruch auf Herausgabe des geschenkten Autos gem. § 2287 Abs. 1 BGB analog i.V.m. §§ 812 ff. BGB haben.[18] Eine direkte Anwendung kommt nicht in Betracht, da kein Erbvertrag, sondern ein gemeinschaftliches Testament vorliegt.

1. Analoge Anwendung

Voraussetzung für eine analoge Anwendung sind eine planwidrige Regelungslücke sowie das Vorliegen einer vergleichbaren Interessenlage. Die §§ 2265 ff. BGB enthalten für das gemeinschaftliche Testament keine dem § 2287 BGB vergleichbare Anwendung. Jedoch ist die Interessenlage beim Vertragserben und beim Schlusserben eines gemeinschaftlichen Testaments gleich, sodass nicht ersichtlich ist, dass der Gesetzgeber eine unterschiedliche Regelung gewollt hat, und vorliegend eine planwidrige Regelungslücke anzunehmen ist. Zudem vermittelt § 2287 BGB dem Vertragserben einen Schutz vor ihn beeinträchtigenden Schenkungen des Erblassers. Sofern es beim gemeinschaftlichen Testament ebenfalls eine erbrechtliche Bindung gibt, die den Schlusserben vor einer Beeinträchtigung schützen soll, besteht eine vergleichbare Interessenlage. Wenn ein Ehegatte seine wechselbezüglichen Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament nach dem Tod des anderen Ehegatten nicht mehr widerrufen kann, ist eine erbrechtliche Bindung gegeben. Fraglich ist, ob die Erbeinsetzung der T im gemeinschaftlichen Testament des E und der F wechselbezüglich ist. Mangels anderer Anhaltspunkte ist die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 Var. 2 BGB heranzuziehen. Danach ist von einer wechselbezüglichen Verfügung auszugehen, wenn dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht wird und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist. Im gemeinschaftlichen Testament wurde der F vom E eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens der F eine Verfügung zugunsten der T getroffen, die als Tochter des E mit ihm verwandt ist. Folglich stellt die Erbeinsetzung der T gem. § 2270 Abs. 2 Var. 2 BGB eine wech-

[18] Zur analogen Anwendung des § 2287 BGB auf gemeinschaftliche Testamente siehe: *Musielak*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 2269 Rn. 36.

selbezügliche Verfügung dar. Damit ist vorliegend eine erbrechtliche Bindung gegeben, die T als Schlusserbin vor einer Beeinträchtigung schützen soll. Der Herausgabeanspruch nach §§ 2287 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 812 ff. BGB ist analog anwendbar.

2. Schenkung in Beeinträchtigungsabsicht

Zunächst müsste der Erblasser eine Schenkung in der Absicht, den testamentarisch bestimmten Erben zu schädigen, vorgenommen haben.

a) Schenkung

Unter einer Schenkung i.S.d. § 2287 BGB ist jede den Empfänger bereichernde Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers anzusehen. Der Sportwagen gehörte im Zeitpunkt der Zuwendung zum Nachlass des E, mithin zum Vermögen der F, und bereicherte S. Die Zuwendung des Sportwagens an S ist somit eine Schenkung i.S.d. § 2287 BGB. Aufgrund des Schenkungsvertrags erfolgte diese auch nicht rechtsgrundlos, sodass die Frage, ob ein Rechtsgrund für die Anwendung des § 2287 BGB vorliegen muss, nicht entschieden werden muss.

b) Objektive Beeinträchtigung

Neben der Beeinträchtigungsabsicht des Erblassers müsste zunächst eine objektive Beeinträchtigung des testamentarisch eingesetzten Erben vorliegen. Dies ist vorliegend fraglich. Sofern die Schenkungen des Erblassers an einen Pflichtteilsberechtigten erfolgen, ist eine Beeinträchtigung des testamentarischen Erben nur anzunehmen, wenn die Schenkungen des Erblassers den Pflichtteil des Berechtigten wertmäßig übersteigen, da die Pflichtteilsansprüche vom Erben vorab erfüllt werden müssen und seinen Rechten vorgehen.[19] Eine objektive Beeinträchtigung könnte vorliegend zu verneinen sein. Dafür müsste S Pflichtteilsberechtigter sein und der Wert des Sportwagens dürfte die Höhe des Pflichtteilanspruchs nicht übersteigen.

aa) Pflichtteilsberechtigung

S ist sowohl Abkömmling des E als auch der F und war durch das gemeinschaftliche Testament vom 15.3.2020 von der Erbfolge ausgeschlossen worden, sodass ihm in beiden Erbfällen ein Pflichtteilsanspruch gem. § 2303 Abs. 1 S. 1 BGB zustand. Nach § 2303 Abs. 1 S. 2 BGB besteht der Pflichtteil in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils. Im ersten Erbfall betrug der gesetzliche Erbteil der F, die mit E im gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft gelebt hatte, gem. § 1931 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 BGB i.V.m. § 1371 Abs. 1 BGB die Hälfte der Erbschaft. Der gesetzliche Erbteil der Kinder belief sich gem. § 1924 Abs. 1, Abs. 4 BGB auf je ¼ des Vermögens. Der Pflichtteilsanspruch des S beträgt somit im ersten Erbfall ⅛ des Vermögens.

Im zweiten Erbfall betrug der gesetzliche Erbteil beider Kinder gem. § 1924 Abs. 1, Abs. 4 BGB je ½ des Vermögens. Der Pflichtteilsanspruch des S beträgt somit im zweiten Erbfall ¼ des Vermögens.

Insgesamt steht dem S somit Pflichtteilsansprüche in Höhe von ⅛ des gesamten Vermögens aus dem ersten Erbfall sowie ¼ des gesamten Vermögens aus dem zweiten Erbfall zu, die vorab von T zu erfüllen sind und ihren Rechten vorgehen.

bb) Höhe des Pflichtteilsanspruchs

Der Sportwagen hat einen Wert von 100.000 €, das Haus einen von 800.000 €. Der Nachlasswert i.S.d. § 2311 Abs.1 BGB beläuft sich mangels anderweitiger Sachverhaltsangaben im ersten Erbfall auf 900.000 €. Der Pflichtteilsanspruch beträgt also 112.500 €. Für den zweiten Erbfall weist der Sachverhalt keine Vermögenswerte auf, sodass der Pflichtteil mit 0 € anzusetzen ist. Addiert man beide Pflichtteilsansprüche, so stehen S insgesamt 112.500 € zu.

cc) Zwischenergebnis

Der Sportwagen hat einen Wert von 100.000 € und übersteigt den Pflichtteilsanspruch i.H.v. 112.500 € somit nicht, sodass keine objektive Beeinträchtigung gegeben ist.

3. Ergebnis

Ein Herausgabeanspruch nach § 2287 Abs. 1 BGB analog i.V.m. §§ 812 ff. BGB scheitert an der objektiven Beeinträchtigung.

V. Gesamtergebnis

T kann von S die Herausgabe des Autos nicht verlangen.

[19] *Musielak* (Fn. 18), § 2287 Rn. 10.

Schwerpunktbereichsklausur: Im Griff der Konzerne*

Von Wiss. Assistent Dr. **Alexander Wilhelm**, Mag. iur., Mainz**

Gegenstand dieser anspruchsvollen Klausur ist zum einen das aktienrechtliche Beschlussmängelrecht, wobei neben einer neueren Entscheidung des BGH zur wertpapierhandelsrechtlichen Beteiligungspublizität vor allem die gesetzlichen Anforderungen an die Entlastung des Vorstands durch die Hauptversammlung (im Folgenden: HV) im Blickpunkt stehen. Zudem geht es um schwierige Fragen der aktienrechtlichen Kapitalerhaltung, der aktienrechtlichen Kompetenzverteilung und des Rechts des faktischen Konzerns.

Sachverhalt

Die T-AG ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Trier, deren Aktien seit Anfang 2015 im regulierten Markt der Frankfurter Wertpapierbörse (FWB) zum Handel zugelassen sind. Ihrem Unternehmensgegenstand entsprechend ist die T-AG in der Pharmabranche tätig, wobei ihre Satzung seit jeher eine Klausel enthält, wonach die Gesellschaft zur Ergänzung ihrer unternehmerischen Tätigkeit auch Beteiligungen an anderen Kapitalgesellschaften erwerben und verwalten darf. Als Großaktionärin mit einer Anteilsquote von 56 % fungiert seit einigen Jahren die Mainzer M-GmbH, eine Holdinggesellschaft, deren Geschäftsanteile sich wiederum zu 100 % in der Hand der Göttinger G-GmbH befinden. Die G-GmbH ist ebenfalls in der Pharmaindustrie tätig.

Am 1.3.2020 beschließt der Vorstand der T-AG, im Namen der Gesellschaft 100 % der Anteile an der Erfurter E-AG zu erwerben. Die E-AG ist auf die Herstellung von Laborzubehör spezialisiert und würde sich nach Ansicht des T-Vorstands hervorragend in die aktuelle Unternehmensstrategie der T-AG einfügen. Der durchaus marktgerechte Kaufpreis soll genau 5 Mrd. € betragen, was circa 80 % des Gesamtvermögens der T-AG entspricht. Der Aufsichtsrat der T-AG ist ebenfalls von der Idee begeistert und signalisiert sein Einvernehmen. Am 1.4.2020 wird ein Anteilskaufvertrag geschlossen, der bereits wenige Wochen später (am 15.4. 2020) vollzogen wird. Seither ist die T-AG Alleinaktionärin der E-AG.

Im Juni 2020 tritt die Geschäftsführung der G-GmbH an die T-AG heran und bittet um die Vergabe eines zinslosen Überbrückungskredits i.H.v. 10 Mio. €, um einen Liquiditätsengpass bei der G-GmbH zu beheben. Das Darlehen soll bis Ende Juli 2020 an die T-AG zurückgezahlt werden, wobei zu unterstellen ist, dass die Rückzahlung aufgrund der hervorragenden Bonität der G-GmbH außer Zweifel steht. Am Markt könnte die G-GmbH einen solchen Kredit aber gleichwohl nur gegen eine Zinszahlung i.H.v. insgesamt 100.000 € erhalten. Der Vorstand der T-AG erklärt sich hiermit einverstanden, zumal die T-AG über die erforderliche Liquidität ohne Weiteres verfügt; weitergehende „Ausgleichszahlungen" lehnt die G-GmbH ab. Als der Vertrag unter Dach und Fach ist, wird das Darlehen wie vereinbart valutiert und im Anschluss von der G-GmbH – einschließlich der Zinsen – zurückgezahlt.

Am 1.9.2020 erwirbt die Kölner K-AG über die Börse insgesamt 8 % der Aktien der T-AG. Mehrheitsaktionärin der K-AG (mit einer Beteiligungsquote von 75 %) ist die Hamburger H-GmbH, eine Holdinggesellschaft, deren einzige Gesellschafterin wiederum die Berliner B-Bank ist. Zwischen der K-AG und der H-GmbH besteht seit dem 1.1.2018 ein Entherrschungsvertrag. Als die K-AG die Aktien erhält, gibt die B-Bank noch am selben Tag gegenüber der T-AG und der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) eine schriftliche „Konzernmitteilung" ab, mit der sie den soeben erfolgten Anteilserwerb durch die K-AG publik macht. Die K-AG selbst sieht von einer eigenen Mitteilung ihres Anteilserwerbs ab.

Am 1.3.2021 findet – formal ordnungsgemäß – die nächste ordentliche HV der T-AG statt. Beim Tagesordnungspunkt „Entlastung des Vorstands für das Geschäftsjahr 2020" kommt es zu einer hitzigen Debatte: Zahlreiche Aktionäre sind empört, dass eine so wichtige Entscheidung wie der Erwerb der E-AG einfach so „im stillen Kämmerlein" von der Geschäftsleitung getroffen wird, ohne zuvor die Aktionäre zu befragen. Zudem wird das Darlehen vom Juni 2020 als „schwerer Managementfehler" kritisiert. Nachdem der Vorstand sein Vorgehen verteidigt und die Vorwürfe zurückgewiesen hat, votiert die HV mit einer Abstimmungsmehrheit von 76,9 % für die Entlastung des Vorstands. P, ein Prokurist der K-AG, der diese auf der HV vertritt, erklärt daraufhin im Namen der K-AG ausdrücklich Widerspruch zur Niederschrift gegen den Entlastungsbeschluss.

Am 26.3.2021 geht beim Landgericht Trier eine Anfechtungsklage ein, mit der die K-AG (vertreten durch ihre Rechtsanwältin R) den Entlastungsbeschluss vom 1.3.2021 angreift. Da sich zahlreiche Bedienstete des Gerichts aufgrund der COVID-19-Pandemie im Homeoffice befinden, wird die Klage jedoch erst am 5.4.2021 dem Vorstand und Aufsichtsrat der T-AG zugestellt.

Frage

Hat die Klage Erfolg?

Bearbeitungsvermerk

Für die Bearbeitung ist zu unterstellen, dass das Geschäftsjahr der T-AG mit dem Kalenderjahr übereinstimmt und die Tagesordnung der HV am 15.1.2021 ordnungsgemäß bekanntgemacht wurde. Die §§ 111a–c AktG sowie etwaige Sonderbestimmungen nach dem COVMG (BGBl. 2020 I, 569, 570) sind nicht zu prüfen.

* Die Klausur wurde Anfang 2021 in leicht abgewandelter Form als dreistündige Klausur im Teilschwerpunkt „Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht" der Johannes Gutenberg-Universität Mainz zur Bearbeitung gestellt.

** Der *Autor* ist Habilitand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bankrecht der Johannes Gutenberg-Universität Mainz (Prof. *Dr. Peter O. Mülbert*).

Lösungsvorschlag

Die Klage der K-AG hat Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Statthafte Klageart

Die Anfechtungsklage müsste zunächst statthaft sein. Dies setzt gem. § 246 AktG voraus, dass die K-AG den gem. §§ 119 Abs. 1 Nr. 4, 120 Abs. 1 AktG gefassten Entlastungsbeschluss der HV unter Verweis auf mögliche Anfechtungsgründe i.S.d. § 243 AktG für nichtig erklären lassen will.[1] Letzteres ist mit Blick auf den Sachverhalt der Fall. Die Anfechtungsklage ist daher statthaft.

II. Zuständiges Gericht

Zuständig für Klagen gegen einen Entlastungsbeschluss der HV ist das Landgericht (LG) am Sitz der Gesellschaft, hier also das LG Trier. Die funktionale Zuständigkeit liegt bei der dortigen Kammer für Handelssachen (§ 246 Abs. 3 S. 1 und 2 AktG, §§ 94, 95 Abs. 2 Nr. 1 GVG).

III. Zwischenergebnis

Die Klage ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Klage ist auch begründet, wenn sie sich (I.) gegen den richtigen Beklagten richtet und zudem (II.) ein tauglicher Anfechtungsgrund vorliegt, den die K-AG (III.) als anfechtungsbefugte Aktionärin innerhalb der gesetzlichen Anfechtungsfrist (IV.) vorbringt.

> *Hinweis*: Anfechtungsbefugnis und -frist sind nach ganz h.M. nicht etwa Gegenstände der Zulässigkeits-, sondern der Begründetheitsprüfung.[2]

I. Passivlegitimation

Die Anfechtungsklage ist nach allgemeinen Regeln gegen die T-AG zu richten, die dabei durch ihren Vorstand und Aufsichtsrat vertreten wird (§ 246 Abs. 2 S. 1, 2 AktG). Dass diese Anforderung beachtet wurde, ist mit Blick auf den Sachverhalt zu unterstellen.

II. Anfechtungsgrund

1. Prüfungsmaßstab

Der Entlastungsbeschluss müsste sodann an einem Anfechtungsgrund i.S.d. § 243 AktG leiden, d.h. gegen Gesetz oder Satzung verstoßen haben. Formelle Anfechtungsgründe sind vorliegend laut Sachverhalt nicht gegeben.[3] In Betracht kommt jedoch ein materieller Anfechtungsgrund, da der Entlastungsbeschluss gegen die gesetzlich nicht geregelte, inzwischen aber auch bei AGs nahezu einhellig anerkannte mitgliedschaftliche Treupflicht der Gesellschafter[4] verstoßen haben könnte. Nach der Rechtsprechung des BGH ist ein Entlastungsbeschluss gem. § 243 Abs. 1 AktG treuwidrig und damit anfechtbar, wenn die HV einen Vorstand oder Aufsichtsrat mehrheitlich entlastet, obwohl dieser im jeweiligen Entlastungszeitraum einen „eindeutigen" und „schwerwiegenden" Gesetzes- oder Satzungsverstoß beging.[5]

2. Der Erwerb der E-AG

Ein derartiger Verstoß könnte zunächst im Erwerb der E-AG zu sehen sein, den der Vorstand der T-AG im März/April 2020 veranlasst hat.

a) Vorliegen eines Rechtsverstoßes

Ein Rechtsverstoß könnte sich insoweit daraus ergeben, dass der Vorstand über die in Rede stehende Maßnahme gar nicht eigenständig hätte entscheiden dürfen, sondern die Frage der HV hätte vorlegen müssen. In einem solchen Fall verstößt der Vorstand gegen seine Pflicht zur Wahrung der aktienrechtlichen Kompetenzordnung, die sich unter anderem aus § 82 Abs. 2 AktG ergibt.[6]

Eine ausdrückliche Kompetenz der HV i.S.d. § 119 Abs. 1 AktG ist zwar vorliegend nicht ersichtlich. Da die T-AG laut Sachverhalt über eine sog. Konzernklausel verfügt, welche den Erwerb von Beteiligungen an anderen Kapitalgesellschaften ausdrücklich gestattet, führte der Erwerb der Anteile an der E-AG insbesondere nicht zu einer (faktischen) Satzungsänderung gem. §§ 119 Abs. 1 Nr. 5, 179 AktG.[7] Vielmehr handelte es sich um eine Geschäftsführungsfrage, die gem. § 76 Abs. 1 AktG prinzipiell in die Zuständigkeit des Vorstands fällt.

Allerdings könnte der Erwerb der E-AG einen sog. Holzmüller-Fall bilden, für den der BGH in ständiger Rechtsprechung eine ungeschriebene Zuständigkeit der HV postuliert. Voraussetzung dafür ist, dass die konkrete Maßnahme so tief in die Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre eingreift, dass der Vorstand nicht vernünftigerweise annehmen konnte, er dürfe die Maßnahme ausschließlich in eigener Verantwortung beschließen.[8]

---

[1] Grundsätzlich dazu *Langenbucher*, Aktien- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2018, § 6 Rn. 221 ff.; *Leuschner/Sajnovits/Wilhelm*, Fälle zum Kapitalgesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2021, Fall 8 Rn. 3 f., Fall 10 Rn. 3.

[2] Zu den Gründen *Langenbucher* (Fn. 1), § 6 Rn. 283, 294 f., 304.

[3] Zur Aufteilung der Beschlussmängel in formale (Verfahrens-) und materielle (Inhalts-)Fehler etwa *Langenbucher* (Fn. 1), § 6 Rn. 248 ff.

[4] Ausführlich dazu *Langenbucher* (Fn. 1), § 8 Rn. 7 ff.

[5] St. Rspr. seit BGHZ 153, 47 (51) – Macrotron; dazu etwa *Langenbucher* (Fn. 1), § 6 Rn. 9.

[6] Vgl. etwa *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2019, § 93 Rn. 14, 20.

[7] Vgl. dazu nur *Hüffer/Koch*, Kommentar zum AktG, 15. Aufl. 2021, § 179 Rn. 34.

[8] Grundlegend BGHZ 83, 122 (131) – Holzmüller; sodann BGHZ 159, 30 (Gelatine I); BGH WM 2004, 1085 (Gelatine II); zum Ganzen *Langenbucher* (Fn. 1), § 6 Rn. 42 ff.

aa) Qualitatives Kriterium

Zur Konkretisierung dieses Maßstabs ist zwischen einem qualitativen und einem quantitativen Kriterium zu unterscheiden, die kumulativ erfüllt sein müssen.[9]

Was das Erste betrifft, wird im Lichte der Holzmüller-Entscheidung in der Regel darauf abgestellt, ob die fragliche Maßnahme einen „Mediatisierungseffekt" herbeiführt. Ein solcher ist etwa bei einer Ausgliederung von Unternehmensteilen auf eine Tochtergesellschaft im Wege der Einzelrechtsnachfolge[10] anzunehmen, soweit diese dazu führt, dass die Aktionäre der (Mutter-)Gesellschaft über den ausgegliederten Unternehmensteil nicht mehr unmittelbar verfügen können. Da die Mutter-AG z.B. bei einer Beschlussfassung über Satzungsänderungen, Gewinnausschüttungen oder Kapitalerhöhungen auf der Ebene der Tochter grundsätzlich durch ihren Vorstand vertreten wird (§ 78 Abs. 1 AktG), werden die Mitsprache- und Vermögensrechte ihrer Aktionäre gewissermaßen „verwässert".[11] Vor allem besteht die Gefahr, dass der Vorstand durch eine übertriebene Thesaurierung von Gewinnen (§ 174 Abs. 2 Nr. 3 AktG) auf der Ebene der Tochter die Dividendenansprüche der Aktionäre der Muttergesellschaft untergräbt, d.h. Letztere im übertragenen Sinne „aushungert".[12]

Ob neben einer Ausgliederung auch ein Beteiligungserwerb in qualitativer Hinsicht eine Holzmüller-Maßnahme darstellt, hat der BGH bislang offengelassen[13] und ist im Schrifttum stark umstritten.[14] Während ein Teil der Lehre im Beteiligungserwerb eine reine Investitionsentscheidung erblickt, über die allein der Vorstand zu entscheiden habe,[15] bejahen andere einen Mediatisierungseffekt unter Hinweis darauf, dass auch bei einem Beteiligungserwerb liquides Vermögen der AG – nämlich der aufzubringende Kaufpreis – in eine Beteiligung „transformiert" und damit dem unmittelbaren Zugriff der Aktionäre entzogen werde.[16] Eine dritte Ansicht will beim Beteiligungserwerb zwar keinen Mediatisierungseffekt erkennen, befürwortet eine ungeschriebene Zuständigkeit der HV aber mit Blick auf die grundlegende Veränderung der Unternehmensstruktur, die mit dem Geschäft ggf. einhergeht.[17]

Der zweiten Ansicht ist zu folgen. Aus Sicht der Aktionäre der Muttergesellschaft, um deren Schutz es letztlich geht, macht es in der Sache keinen Unterschied, ob ausschüttungsfähiges Vermögen auf eine bereits vorhandene Tochtergesellschaft übertragen oder aber diese Gesellschaft mit dem besagten Vermögen erstmalig erworben wird. Der Beteiligungserwerb erfüllt daher qualitativ die Kriterien der Holzmüller-Judikatur.[18]

bb) Quantitatives Kriterium

Umstritten ist sodann auch das quantitative Kriterium. Einvernehmen besteht noch darin, dass im Lichte des Ausnahmecharakters ungeschriebener HV-Zuständigkeiten eine Holzmüller-Kompetenz lediglich dort in Frage kommt, wo die Bedeutung der Maßnahme für die Gesellschaft in etwa dem Sachverhalt des Holzmüller-Urteils entspricht. Dort hatte die streitgegenständliche Ausgliederung ca. 80 % des Gesellschaftsvermögens betroffen.[19]

Zweifelhaft ist aber, worauf diese Richtgröße bei einem Beteiligungserwerb im Einzelnen zu beziehen ist. Konkret stellt sich die Frage, ob der abfließende Kaufpreis (a) zum Gesamtwert der als Käuferin agierenden AG ins Verhältnis gesetzt oder aber (b) auf die Größenverhältnisse zwischen dem Erwerbsobjekt und einem hypothetisch gedachten, aus Erwerbsobjekt und erwerbender AG kombinierten Unternehmen abgestellt werden muss.[20]

Vorliegend kann dieser Streit jedoch dahinstehen. Da der Kaufpreis von 5 Mrd. € laut Sachverhalt ganz dem Verkehrswert der E-AG entspricht („durchaus marktgerecht") und sich zudem auf 80 % des Gesamtvermögens der T-AG beläuft, ist das quantitative Kriterium letztlich nach beiden Auffassungen erfüllt.

> *Hinweis*: Zu unterschiedlichen Ergebnissen kann man kommen, wenn Kaufpreis und Verkehrswert nicht übereinstimmen, etwa bei einem Erwerb maroder Unternehmen zu symbolischen Preisen. [21]

Eine Holzmüller-Kompetenz liegt damit vor. Der Vorstand hätte seine Erwerbspläne zunächst der HV vorlegen oder seine Entscheidung zumindest unter den Vorbehalt eines zustimmenden HV-Beschlusses stellen müssen.[22] Da er dies versäumte, beging er einen Rechtsverstoß.

[9] Ausführlich *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, § 21 Rn. 199 ff. (mit hilfreichem Grobschema bei Rn. 207); *Hüffer/Koch* (Fn. 7), § 119 Rn. 16 ff.

[10] Nicht gemeint ist damit die Ausgliederung nach dem UmwG (§§ 1 Abs. 1 Nr. 2 Fall 3, 123 Abs. 3 UmwG), die zu einer partiellen Gesamtrechtsnachfolge führt (§§ 131 Abs. 1 Nr. 1, 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG) und schon gem. §§ 125 S. 1, 13 UmwG einer Zustimmung der HV bedarf.

[11] *Hüffer/Koch* (Fn. 7), § 119 Rn. 16; *Langenbucher* (Fn. 1), § 6 Rn. 50 ff.

[12] Wie hier *Langenbucher* (Fn. 1), § 6 Rn. 52; *Leuschner/Sajnovits/Wilhelm* (Fn. 1), Fall 9 Rn. 9.

[13] Siehe BGH NZG 2012, 347 – Commerzbank/Dresdner Bank.

[14] Ausführlich zum Streit *Mülbert*, in: Großkommentar zum AktG, 5. Aufl. 2017, § 119 Rn. 68 ff.

[15] Vgl. OLG Frankfurt a.M. WM 2011, 116 (118 f.).

[16] Etwa *Drygala/Staake/Szalai* (Fn. 9), § 21 Rn. 203.

[17] Etwa *Hoffmann*, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2019, § 119 Rn. 30b.

[18] Wie hier bereits *A. Wilhelm*, WuB II A. § 120 AktG 1.12.

[19] Näher BGHZ 159, 30 (44 ff.) – Gelatine I; *Hüffer/Koch* (Fn. 7), § 119 Rn. 25.

[20] Zu diesem Streitstand *Mülbert* (Fn. 14), § 119 Rn. 72–74

[21] Siehe *Mülbert* (Fn. 14), § 119 Rn. 74.

[22] Vgl. zur letztgenannten Möglichkeit nur *Fleischer* (Fn. 6), § 93 Rn. 267.

b) Eindeutiger und schwerwiegender Charakter?

Fraglich ist allerdings, ob der hierin liegende Verstoß auch eindeutig und schwerwiegend war. Während sich die Schwere des Verstoßes nach den Umständen vermutlich schon unter Verweis auf die enorme wirtschaftliche Bedeutung der Transaktion bejahen ließe,[23] ist seine Eindeutigkeit vor allem mit Blick darauf zu bezweifeln, dass der BGH die Frage nach der Beschlusskompetenz der HV in den Fällen des Beteiligungserwerbs bislang nicht entschieden hat.[24] Nach der Rechtsprechung soll es an der Eindeutigkeit des Rechtsverstoßes nämlich fehlen, wenn das fragliche Verhalten des Vorstands in Ermangelung einer höchstrichterlichen Klärung mit gewichtigen Stimmen in der Literatur zumindest vertretbar war.[25] Wie vorstehend ausgeführt, ist das Letztere hier ohne Weiteres zu bejahen, so dass sich eine Eindeutigkeit des Rechtsverstoßes kaum begründen lässt.

c) Zwischenergebnis

In dem Erwerb der E-AG durch die T-AG liegt jedenfalls kein eindeutiger Verstoß des Vorstands. Insoweit scheidet eine Anfechtung demnach aus.

3. Das Darlehen an die G-GmbH

Davon abgesehen könnte der Vorstand allerdings einen eindeutigen und schwerwiegenden Rechtsverstoß begangen haben, indem er der G-GmbH im Juni 2020 ein zinsloses Überbrückungsdarlehen gewährte. Konkret könnte der Vorstand auf diese Weise eine Pflichtverletzung gem. § 93 Abs. 1 AktG i.V.m. § 93 Abs. 3 Nr. 1 AktG begangen haben, weil und soweit in ihr eine verbotene Einlagenrückgewähr gem. § 57 Abs. 1 S. 1 AktG lag.

a) Vorliegen eines Rechtsverstoßes

aa) Verbotene Einlagenrückgewähr gem. § 57 Abs. 1 S. 1 AktG

(1) Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs

Dazu müsste es sich bei der G-GmbH zunächst um eine Aktionärin gem. § 57 Abs. 1 S. 1 AktG handeln. Dieses mag man auf den ersten Blick bezweifeln, da die G-GmbH an der T-AG jedenfalls nicht unmittelbar beteiligt ist, sondern lediglich 100 % der Anteile an der M-GmbH hält, die ihrerseits über eine Mehrheitsbeteiligung an der T-AG verfügt. Insoweit ist allerdings zu beachten, dass auch sog. mittelbare Aktionäre nach nahezu einhelliger Ansicht jedenfalls dann von § 57 Abs. 1 S. 1 AktG erfasst werden, wenn sie ihrerseits einen unmittelbaren Aktionär als Alleingesellschafter beherrschen. In diesem Fall kann der mittelbare Aktionär das gesellschaftsbezogene Verhalten des unmittelbaren Aktionärs, etwa dessen Abstimmungsverhalten in der HV, weitestgehend steuern und zudem an dessen Vermögensrechten (Dividendenansprüchen etc.) zumindest indirekt partizipieren, so dass es gerechtfertigt ist, ihn wie einen unmittelbaren Aktionär zu behandeln.[26]

(2) Offene oder verdeckte Leistung

Sodann müsste die Darlehensvergabe auch eine verbotene Einlagenrückgewähr, d.h. eine geeignete „Tathandlung", darstellen. Insoweit ist im Grundsatz anerkannt, dass § 57 Abs. 1 S. 1 AktG über seinen engen Wortlaut hinaus nicht nur eine Rückgewähr von Einlagen im engeren Sinne, sondern sämtliche Leistungen an einen (auch mittelbaren) Aktionär außerhalb der ordentlichen Gewinnverteilung untersagt. Erfasst sind damit auch verdeckte Leistungen in der Form von Verkehrsgeschäften, etwa eines Kauf- oder Darlehensvertrags, sofern sie einem sog. Drittvergleich nicht standhalten. Die Testfrage lautet, ob ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter das in Rede stehende Geschäft zu denselben Konditionen auch mit einem außenstehenden Dritten, der nicht an der AG beteiligt ist, abgeschlossen hätte.[27]

Hieran gemessen ist zunächst festzustellen, dass das Darlehen vom Juni 2020 jedenfalls nicht zu marktüblichen Konditionen, sondern zinslos an die G-GmbH gewährt wurde. Ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter hätte demgegenüber im Interesse der T-AG auf eine marktübliche Verzinsung – d.h. hier: eine Zinszahlung i.H.v. mindestens 100.000 € – bestanden, so dass das Geschäft einem Drittvergleich nicht standhält.

Fraglich ist allerdings, welche Bedeutung in diesem Zusammenhang der Sondervorschrift des § 57 Abs. 1 S. 3 Hs. 2 AktG zukommt. Nach ihr gilt § 57 Abs. 1 S. 1 AktG nicht bei Leistungen, die durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Aktionär gedeckt sind. Da die Bonität der G-GmbH im vorliegenden Fall außer Zweifel stand, erwuchs der T-AG aus dem Darlehensvertrag ein problemlos durchsetzbarer (und damit vollwertiger[28]) Rückgewähranspruch gegen die G-GmbH aus § 488 Abs. 1 S. 2 Fall 2 BGB. Hieraus könnte man schließen, dass die Darlehensvergabe im Ergebnis doch nicht gegen § 57 Abs. 1 S. 1 AktG verstieß, der Drittvergleich insoweit also belanglos sei.

Ein solches Verständnis griffe allerdings zu kurz. Tatsächlich ist die Vorschrift lediglich als Reaktion auf die Praxisunsicherheiten zu begreifen, die im Anschluss an das sog. November-Urteil vom 24.11.2003[29] entstanden waren. Darin hatte der BGH entschieden, dass eine Kreditgewähr an Gesellschafter grundsätzlich auch dann als Auszahlung im Sinne des Kapitalerhaltungsrechts zu behandeln sei, wenn die Parteien (a) eine angemessene Verzinsung vereinbaren und (b) der Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter voll-

[23] Näher zu den diesbezüglichen Kriterien *Hoffmann* (Fn. 17), § 120 Rn. 49; *Mülbert* (Fn. 14), § 120 Rn. 150.

[24] Oben B. II. 2. a) aa).

[25] Siehe nur BGHZ 194, 14 (22) – Fresenius; *Mülbert* (Fn. 14), § 120 Rn. 151.

[26] Siehe etwa OLG Hamm ZIP 1995, 1263 (1270); *Bayer*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 5. Aufl. 2019, § 57 Rn. 115 f. m.w.N.

[27] Statt aller *Grigoleit/Rachlitz*, in: *Grigoleit*, Kommentar zum AktG, 2. Aufl. 2020, § 57 Rn. 12; *Leuschner/Sajnovits/Wilhelm* (Fn. 1), Fall 5 Rn. 23.

[28] Vgl. *Hüffer/Koch* (Fn. 7), § 57 Rn. 25; *Mülbert/Sajnovits*, WM 2015, 2345 (347 ff.).

[29] BGHZ 157, 72 ff. (November-Urteil).

wertig ist. Etwas anderes könne allenfalls gelten, wenn die Kreditvergabe nicht nur im Interesse der Gesellschaft liege und einem Drittvergleich genüge, sondern darüber hinaus auch die Rückzahlung „bei Anlegung strengster Maßstäbe außerhalb jedes vernünftigen Zweifels" stehe oder durch eine werthaltige Sicherheit gewährleistet sei.[30]

Um dieser viel zu strengen Rechtsprechung den Boden zu entziehen und wirtschaftlich sinnvolle Kreditvergaben an Gesellschafter zu erleichtern, hat der Gesetzgeber zum 1.11. 2008 den § 57 Abs. 1 S. 3 Hs. 2 AktG geschaffen.[31] Hiervon unberührt bleibt jedoch die Möglichkeit einer verbotenen Einlagenrückgewähr mit Blick darauf, dass die kreditgewährende Gesellschaft keine hinreichende Zinszahlung erhält. Die Frage der Verzinsung ist daher gedanklich von § 57 Abs. 1 S. 3 Hs. 2 AktG zu trennen und sodann gesondert am Maßstab des Drittvergleichs zu messen.[32]

(3) Zwischenergebnis

Aus alledem folgt im Ergebnis, dass jedenfalls der Verzicht auf eine marktübliche Verzinsung zugunsten der T-AG im Grundsatz den Tatbestand des § 57 Abs. 1 S. 1 AktG – und damit zugleich den § 93 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 AktG – erfüllt.

bb) Aber: Privilegierung gem. § 311 Abs. 1 AktG?

Etwas Abweichendes könnte sich allenfalls noch ergeben, wenn zugunsten des Vorstands die Privilegierungswirkung des § 311 Abs. 1 AktG einschlägig wäre.[33] Nach dieser Vorschrift darf ein herrschendes Unternehmen im Sinne des Aktienkonzernrechts eine abhängigen AG vorübergehend zu nachteiligen Rechtsgeschäften veranlassen, sofern es den jeweiligen Nachteil rechtzeitig – d.h. spätestens bis zum Ende des laufenden Geschäftsjahres (§ 311 Abs. 2 AktG) – kompensiert. Soweit dieser Privilegierungsrahmen reicht, werden nach ganz h.M. insbesondere die §§ 57 Abs. 1, 93 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 AktG verdrängt,[34] so dass sich der Vorstand sanktionslos auf die Nachteilszufügung einlassen kann.[35]

(1) Eröffnung des Anwendungsbereichs

Voraussetzung ist zunächst das Bestehen einer Abhängigkeitslage gem. § 311 Abs. 1 AktG i.V.m. § 17 Abs. 1 AktG. Diese wird vorliegend gem. § 17 Abs. 2 AktG vermutet, wenn die G-GmbH über eine Mehrheitsbeteiligung i.S.d. § 16 Abs. 1 AktG an der T-AG verfügt. Insoweit ist zwar festzustellen, dass die G-GmbH jedenfalls keine eigenen Anteile an der T-AG besitzt. Da die G-GmbH jedoch die M-GmbH als Alleingesellschafterin beherrscht, wird ihr deren 56 %-ige Mehrheitsbeteiligung an der T-AG gem. § 16 Abs. 4 AktG zugerechnet. Eine Abhängigkeitslage liegt also vor.

Darüber hinaus müsste sich die G-GmbH auch als „Unternehmen" im Sinne des Konzernrechts qualifizieren. Hierunter fällt nach h.M. jeder Gesellschafter ohne Rücksicht auf seine Rechtsform, sofern er neben seiner (mittelbaren) Beteiligung an der abhängigen AG auch noch andere wirtschaftliche Interessenbindungen aufweist, die nach Art und Intensität die ernste Sorge begründen, er könne seinen aus der Beteiligung folgenden Einfluss zum Nachteil der Gesellschaft ausüben.[36] Da die G-GmbH ebenso wie die T-AG in der Pharmabranche aktiv ist, d.h. einen eigenen Geschäftsbetrieb neben ihrer Beteiligung unterhält, ist diese Voraussetzung ebenfalls erfüllt.

Im Übrigen ist auch nicht davon auszugehen, dass zwischen der G-GmbH und T-AG ein Beherrschungsvertrag (gem. § 291 Abs. 1 Fall 1 AktG) besteht, der die Anwendbarkeit des § 311 Abs. 1 AktG ausschließen würde.

(2) Nachteilsveranlassung

Die Darlehensvergabe an die G-GmbH müsste sodann ein nachteiliges Rechtsgeschäft i.S.d. § 311 Abs. 1 AktG darstellen, welches die G-GmbH veranlasst hat. Da das Darlehen gegen § 57 Abs. 1 S. 1 AktG verstieß,[37] führte es eine Minderung der Vermögens- bzw. Ertragslage der Gesellschaft und damit jedenfalls einen Nachteil gem. § 311 Abs. 1 AktG herbei.[38] Zudem wurde dieser Nachteil auch von der G-GmbH „veranlasst", da die Kreditvergabe auf eine entsprechende Anregung („Bitte") der G-GmbH zurückging.[39]

(3) Keine Überschreitung des Privilegierungsrahmens

Im Übrigen wäre jedoch zu fordern, dass die Beteiligten den durch die §§ 311 ff. AktG gewährten Privilegierungsrahmen vollständig eingehalten haben. Dies wäre beispielsweise zu verneinen, wenn das in Rede stehende Rechtsgeschäft im Zeitpunkt seiner Veranlassung – d.h. ex ante betrachtet – nicht im sog. Konzerninteresse lag (§ 308 Abs. 1 S. 2 AktG analog), ein Nachteilsausgleich mangels Quantifizierbarkeit des Nachteils von vornherein nicht in Betracht kam oder das herrschende Unternehmen aus sonstigen Gründen zu einem Nachteilsausgleich bis zum Ende des Geschäftsjahrs nicht bereit oder imstande war.[40] Da die G-GmbH laut Sachverhalt

[30] BGHZ 157, 72 (77) – November-Urteil (zur GmbH, insoweit allerdings auf das Aktienrecht übertragbar).

[31] Zur Entstehungsgeschichte *Hüffer/Koch* (Fn. 7), § 57 Rn. 22 ff.; *Verse*, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 30 Rn. 76 ff.

[32] Die Einzelheiten sind teilweise streitig; wie hier etwa *Bayer* (Fn. 26), § 57 Rn. 168 ff.; für die GmbH-rechtliche Parallelvorschrift (§ 30 Abs. 1 S. 2 HS 2 GmbHG) auch *Verse* (Fn. 31), § 30 Rn. 94.

[33] Für ein Prüfungsschema siehe *Leuschner/Sajnovits/Wilhelm* (Fn. 1), Fall 5 Rn. 1.

[34] Siehe nur *Hüffer/Koch* (Fn. 7), § 311 Rn. 48 f. m.w.N.

[35] Eingehend zu den diesbezüglichen Vorstandspflichten *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019, § 311 Rn. 78.

[36] Sog. Konzernkonflikt; BGHZ 69, 334 (337); *Hüffer/Koch* (Fn. 7), § 15 Rn. 10.

[37] Oben B. II. 3. a) aa).

[38] Vgl. statt aller *Habersack* (Fn. 35), § 311 Rn. 78; *Leuschner/Sajnovits/Wilhelm* (Fn. 1), Fall 5 Rn. 8.

[39] Die Anforderungen an eine Veranlassung sind überaus gering; näher *Habersack* (Fn. 35), § 311 Rn. 22 ff.; *Leuschner/Sajnovits/Wilhelm* (Fn. 1), Fall 5 Rn. 9 f.

[40] Eingehend statt vieler *Habersack* (Fn. 35), § 311 Rn. 78.

weitergehende „Ausgleichszahlungen“ ablehnte, ist zu unterstellen, dass sie zu einem Nachteilsausgleich gem. § 311 Abs. 1, Abs. 2 AktG von vornherein nicht willens war; unter dieser Bedingung hätte der Vorstand den Abschluss des Darlehensvertrags zurückweisen müssen, das nachteilige Geschäft also keinesfalls durchführen dürfen.[41]

Eine Privilegierung der Einlagenrückgewähr gem. § 311 Abs. 1 AktG scheidet damit aus.

cc) Zwischenergebnis

Ein Rechtsverstoß des Vorstands in Gestalt einer verbotenen Einlagenrückgewähr gem. § 57 Abs. 1 AktG i.V.m. § 93 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 AktG liegt vor.

b) Eindeutiger und schwerwiegender Charakter

Im Gegensatz zur Holzmüller-Thematik[42] unterliegt die diesbezügliche Rechtslage zudem keinen (nennenswerten) Zweifeln. Es liegt daher ein eindeutiger Rechtsverstoß vor, der zudem auch schwerwiegend ist, da die Beachtung der kapitalerhaltungsrechtlichen Normen, die im Wesentlichen dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger dienen, gleichsam zu den „Kardinalpflichten“ des Vorstandes gehört.[43]

4. Zwischenergebnis

Der Entlastungsbeschluss ist wegen Verstoßes gegen die mitgliedschaftliche Treupflicht anfechtbar, da der Vorstand durch die Darlehensvergabe an die G-GmbH einen eindeutigen und schwerwiegenden Gesetzesverstoß beging.

III. Anfechtungsbefugnis

Fraglich ist allerdings, ob die K-AG auch die erforderliche Anfechtungsbefugnis genießt. Da die K-AG ihre Aktien bereits am 1.9.2020, d.h. einige Monate vor der Bekanntmachung der Tagesordnung (15.1.2021), erworben hat und zudem (vertreten durch P) Widerspruch zur Niederschrift gegen den Entlastungsbeschluss erklärt hat, scheint sich ihre Anfechtungsbefugnis aus § 245 Nr. 1 AktG zu ergeben.

Insoweit ist aber problematisch, dass die K-AG ihren Anteilserwerb jedenfalls nicht selbst gegenüber der T-AG und der BaFin offengelegt hat. Da die Aktien der T-AG seit Anfang 2012 im regulierten Markt der FWB zum Handel zugelassen sind, könnte die K-AG auf diese Weise gegen eine Mitteilungspflicht aus § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG verstoßen haben. Dies hätte ggf. zur Folge, dass die K-AG ihre Rechte aus den Aktien gem. § 44 Abs. 1 S. 1 WpHG verlor, womit auch einer andernfalls bestehenden Anfechtungsbefugnis gem. § 245 Nr. 1 AktG der Boden entzogen wäre.[44]

1. Eröffnung des Anwendungsbereichs

Dazu müsste zunächst der Anwendungsbereich des § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG eröffnet sein, die T-AG sich also als eine Emittentin im Sinne der Vorschrift qualifizieren, für welche die Bundesrepublik Deutschland der Herkunftsstaat ist. Gem. § 2 Abs. 13 Nr. 1 lit. a WpHG zählt hierzu insbesondere ein Emittent von Aktien, der seinen Sitz im Inland hat und dessen Wertpapiere – d.h. die jeweiligen Aktien (vgl. § 2 Nr. 1 WpHG) – zum Handel an einem organisierten Markt zugelassen sind. Da die T-AG ihren Sitz im Inland hat (Trier) und der regulierte Markt der FWB sich im Gegensatz zum sog. Freiverkehr (§ 48 BörsG) als organisierter Markt i.S.d. § 2 Abs. 11 WpHG qualifiziert,[45] ist diese Voraussetzung erfüllt.

2. Überschreiten eines Schwellenwerts

Die K-AG müsste sodann einen Schwellenwert i.S.d. § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG überschritten haben. Auch dies ist hier ohne Weiteres zu bejahen, da die K-AG am 1.9.2020 über die Börse insgesamt 8 % der Aktien an der T-AG erwarb.

3. Mitteilungspflichtverletzung?

Fraglich ist allerdings, ob die K-AG auch eine Mitteilungspflichtverletzung gem. §§ 33 Abs. 1 S. 1, 44 Abs. 1 S. 1 WpHG beging. Auf den ersten Blick scheint dies der Fall zu sein, da die K-AG den Aktienerwerb jedenfalls nicht selbst gegenüber der T-AG (als Emittentin) sowie der BaFin (als Bundesanstalt, vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 8 WpHG) publik machte. Die K-AG könnte jedoch gem. § 37 Abs. 1 WpHG von ihrer Mitteilungspflicht befreit gewesen sein, wenn sich die B-Bank als Mutterunternehmen der K-AG im Sinne der Vorschrift qualifizierte und am 1.9.2020 ihrerseits eine ordnungsgemäße „Konzernmitteilung“ abgab.[46]

a) Die B-Bank als mittelbares Mutterunternehmen der K-AG

Mutterunternehmen i.S.d. § 37 Abs. 1 WpHG ist jedes Unternehmen, das über ein Tochterunternehmen gem. § 35 Abs. 1 WpHG verfügt.[47] Dabei ist zunächst klar, dass die B-Bank vorliegend jedenfalls kein unmittelbares, sondern allenfalls ein mittelbares Mutterunternehmen der K-AG sein kann, da sie lediglich indirekt (über die H-GmbH) an der K-AG beteiligt ist. Dies würde für die Anwendung des § 37 Abs. 1 WpHG bereits genügen.[48] Angesichts des Umstands, dass die B-Bank über sämtliche Geschäftsanteile an der H-GmbH verfügt und damit einen beherrschenden Einfluss gem. § 17 Abs. 1 und 2 AktG auf diese ausüben kann, qualifiziert sie sich gem. § 35 Abs. 1 Nr. 2 WpHG ohne Weiteres als Mutterunternehmen der H-GmbH. Infolgedessen ließe sich die B-Bank jedenfalls dann als mittelbares Mutterunternehmen der K-AG begreifen, wenn die H-GmbH ihrerseits gem. § 35 Abs. 1 WpHG als Mutterunternehmen der K-AG einzustufen wäre.

Letzteres scheint man auf den ersten Blick bejahen zu können, da die H-GmbH mit einer Beteiligungsquote von

[41] Nochmals statt vieler *Habersack* (Fn. 35), § 311 Rn. 78.
[42] Oben B. II. 2. b).
[43] Vgl. nochmals nur *Mülbert* (Fn. 14), § 120 Rn. 150.
[44] Statt aller *Bayer* (Fn. 26), WpHG § 44 Rn. 26 m.w.N.
[45] *Bayer* (Fn. 26), WpHG § 44 Rn. 14; *Buck-Heeb*, Kapitalmarktrecht, 11. Aufl. 2020, § 3 Rn. 116.
[46] Grundsätzlich hierzu *U.H. Schneider*, in: Assmann u.a., Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, WpHG § 37 Rn. 2; *Buck-Heeb* (Fn. 45), § 8 Rn. 734.
[47] *U.H. Schneider* (Fn. 46), WpHG § 37 Rn. 8.
[48] Statt aller *Bayer* (Fn. 26), WpHG § 44 Rn. 4.

75 % an der K-AG beteiligt ist und daher (scheinbar) ebenfalls einen beherrschenden Einfluss auf diese auszuüben vermag, wie § 35 Abs. 1 Nr. 2 WpHG – ebenso wie § 35 Abs. 1 Nr. 1 WpHG i.V.m. § 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB – es verlangt. Fraglich ist allerdings, ob der Entherrschungsvertrag, der laut Sachverhalt zwischen der K-AG und der H-GmbH besteht, an dieser Einschätzung etwas ändert.

Entherrschungsverträge sind Verträge, durch die ein mehrheitlich an einer AG beteiligtes Unternehmen im Verhältnis zur Gesellschaft auf die Ausübung zumindest eines Teils seiner Stimmrechte verzichtet, um die Abhängigkeitsvermutung des § 17 Abs. 2 AktG zu widerlegen und damit die Anwendbarkeit des Aktienkonzernrechts abzuwenden.[49] Anders ausgedrückt wird durch einen solchen Vertrag der „beherrschende Einfluss" im Sinne des Konzernrechts neutralisiert, so dass man auch für die insoweit gleichlautenden §§ 35 Abs. 1, 37 Abs. 1 WpHG vertreten könnte, dass der Verpflichtete sich nicht länger als „Mutterunternehmen" erweist.[50] Eine Stimmrechtsmitteilung i.S.d. §§ 33 ff. WpHG hätte damit allenfalls noch das unmittelbar beteiligte, nicht aber das mittelbar an der Emittentin beteiligte Unternehmen abzugeben, was methodisch auf eine teleologische Reduktion der Vorschriften hinausliefe.[51]

An einer solchen Sichtweise wäre jedoch problematisch, dass sie dem Informationsbedürfnis der Kapitalmarktteilnehmer, um deren Schutz es den §§ 33 ff. WpHG letztlich geht,[52] in einem wichtigen Punkt nicht gerecht würde. Insoweit ist nämlich zu bedenken, dass Entherrschungsverträge grundsätzlich nur schuldrechtlich wirken, die Stimmrechte des Gesellschafters also nicht etwa in „dinglicher" Weise beschränken: Macht der Gesellschafter vertragswidrig von seinen Stimmrechten Gebrauch, ist die Stimmabgabe gleichwohl wirksam, so dass die Gesellschaft ihn allenfalls auf Schadensersatz verklagen oder ihren Anspruch auf Stimmenthaltung gem. § 888 ZPO vollstrecken kann.[53] Außenstehende Dritte, die am Vertrag nicht beteiligt sind, können daher niemals Gewissheit haben, ob der Entherrschungsvertrag von den Parteien tatsächlich „gelebt" wird. Vor diesem Hintergrund hat der BGH im September 2020 überzeugenderweise entschieden, dass der Kapitalmarkt in einem solchen Fall vorsorglich über die gesamte Beteiligungskette zu informieren ist, damit die diesbezügliche Unwägbarkeit in die Bildung der Börsenpreise einfließen kann; der mittelbare Gesellschafter bleibt also weiterhin als „Zurechnungsendpunkt" in der Pflicht, um eine sachgerechte Information des Kapitalmarkts im Wege der Konzernmitteilung zu gewährleisten.[54]

Die B-Bank ist damit trotz des Entherrschungsvertrags zwischen der K-AG und der H-GmbH als mittelbares Mutterunternehmen der K-AG einzustufen.

Hinweis: Ausführungen zu diesem anspruchsvollen Problem, das auch hier nicht in allen Facetten entfaltet werden konnte, können von den Klausurbearbeiter*innen natürlich bestenfalls in Grundzügen erwartet werden. Zudem ist mit entsprechender Begründung auch ein anderes Ergebnis gut vertretbar.

b) Ordnungsgemäße Stimmrechtsmitteilung der B-Bank

Legt man diese Auffassung zugrunde, war die B-Bank als mittelbares Mutterunternehmen gem. § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG i.V.m. § 34 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WpHG zu einer eigenen Stimmrechtsmitteilung verpflichtet. Diese Pflicht hat die B-Bank noch am 1.9.2020, d.h. jedenfalls unverzüglich i.S.d. § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG, § 121 Abs. 1 S. 1 BGB,[55] in Gestalt der Konzernmitteilung erfüllt. Den Anforderungen des § 37 Abs. 1 WpHG wurde so entsprochen.

c) Zwischenergebnis

Die K-AG war von ihrer Mitteilungspflicht gem. § 37 Abs. 1 WpHG befreit. Ein Rechtsverlust gem. § 44 Abs. 1 S. 1 WpHG scheidet aus.

Die K-AG ist folglich anfechtungsbefugt.

IV. Anfechtungsfrist

Gem. § 246 Abs. 1 AktG müsste die Anfechtungsklage im Übrigen auch innerhalb eines Monats nach der Beschlussfassung erhoben worden sein, wofür im Grundsatz die Zustellung der Klage an den Vorstand und Aufsichtsrat der Beklagten den Ausschlag gibt (§ 253 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 246 Abs. 2 S. 2 AktG).[56] Diese Zustellung ist hier zwar erst am 5.4.2021, d.h. zweifellos außerhalb der Monatsfrist, erfolgt. Analog § 167 ZPO gereicht dies der K-AG jedoch nicht zum Nachteil, da die Klage innerhalb der Monatsfrist – nämlich am 26.3.2021 – bei dem zuständigen Prozessgericht einging und die Zustellung sodann innerhalb weniger Tage, d.h. jedenfalls noch „demnächst" i.S.v. § 167 ZPO, nachgeholt wurde.[57]

Die Anfechtungsfrist ist also gewahrt.

C. Gesamtergebnis

Die Anfechtungsklage ist zulässig und begründet und hat somit Erfolg.

[49] Siehe etwa *Bayer* (Fn. 26), § 17 Rn. 100; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019, § 17 Rn. 42.

[50] So denn etwa *Schürnbrand/Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019, WpHG § 35 Rn. 6; *Bayer* (Fn. 26), WpHG § 35 Rn. 6 m.w.N.

[51] *Bayer* (Fn. 26), WpHG § 35 Rn. 6.

[52] Statt aller *Buck-Heeb* (Fn. 45), § 8 Rn. 694; *U.H. Schneider* (Fn. 46), Vor § 33 Rn. 21 ff. m.w.N.

[53] *Hüffer/Koch* (Fn. 7), § 17 Rn. 22; *Emmerich* (Fn. 49), § 17 Rn. 44a.

[54] BGH NZG 2020, 1349 (1350 ff.) m. Anm. *A. Wilhelm*, WuB 2021, 7 ff., sowie *Hoffmann-Becking*, ZGR 2021, 309 ff.

[55] Vgl. dazu nur *Bayer* (Fn. 26), WpHG § 33 Rn. 44 ff.

[56] *Hüffer/Koch* (Fn. 7), § 246 Rn. 23 i.V.m. § 246 Rn. 32 f.

[57] Eine Verzögerung von bis zu zwei Wochen ist i.d.R. unproblematisch; OLG Naumburg NZG 2001, 1043 (zu § 270 Abs. 3 ZPO a.F.); *Hüffer/Koch* (Fn. 7), § 246 Rn. 23.

Fortgeschrittenenklausur: Fußballstar im Coronajahr

Von Wiss. Mitarbeiter **Kevin Göldner**, Bielefeld*

Sachverhalt Teil 1

Der Fußballsuperstar M steht in der Saison 2019/2020 bei dem Spitzenklub 1. FC Einwurf (E) unter Vertrag. In seinem individuell ausgehandelten und von beiden Parteien unterzeichneten Vertrag befindet sich folgender Passus:

> § 7 Vertragslaufzeit:
> Dieser Spielervertrag beginnt am 1.7.2017 und endet automatisch am 30.6.2020.

Eine Regelung zur Kündigung ist hingegen nicht enthalten. Der 30.6. eines Jahres ist das übliche Ende von Spielerverträgen. Die erste Wechselperiode beginnt normalerweise mit dem 1.7.

Da M sich trotz sämtlicher Annehmlichkeiten in seinem aktuellen Klub nicht mehr genug gewürdigt fühlt, sucht er noch im November 2019 das englische Starensemble FC Öligarch (Ö) auf, um mit dem Verein eine Verpflichtung für die Saison 2020/2021 zu verhandeln. Da für Ö Geld keine Rolle spielt, werden sich der Verein und M schnell einig: M erhält einen gut dotierten Zweijahresvertrag bei Ö. Dieser soll ab dem 1.7.2020 beginnen.

Im März 2020 kommt es dann zu dem bis dato Undenkbaren: Auf Grund der Verbreitung des neuartigen Virus SARS-CoV-2 werden die Bundesliga-, DFB-Pokal- und Champions League-Saison, in denen E noch sämtlich vertreten ist, unterbrochen. Erst nach einer zweimonatigen Unterbrechung werden die Wettbewerbe fortgesetzt. Dadurch endet die Saison 2019/2020 nicht wie sonst üblich im Juni 2020, sondern einzelne Spiele werden noch im Juli und August 2020 ausgetragen. Als Reaktion auf diese Verzögerung ordnet der Fußballverband an, dass auch der Start der Saison 2020/2021 und die entsprechende Wechselperiode um zwei Monate verschoben bzw. verlängert werden sollen.

Auf Grund des guten Abschneidens des E ist auch dieser von den Spielen im Juli und August betroffen. Als M hiervon erfährt, teilt er seinem Verein in einem persönlichen Gespräch auf der Geschäftsstelle mit, dass er mit Ablauf des 30.6.2020 nicht mehr zur Verfügung stünde. E ist da anderer Ansicht: M habe einen Vertrag für die Saison 2019/2020 bei dem großen 1. FC Einwurf unterschrieben. Dieser solle mit Saisonende ablaufen, wofür stellvertretend der 30.6.2020 festgehalten wurde. Die Verzögerung in den Wettbewerben – für die E nichts könne – würde zu keinem anderen Ergebnis führen. M habe sich bis zum Saisonende verpflichtet, jedenfalls müsste der Vertrag des M bis zum letzten Pflichtspiel fortgelten. E verlangt also, dass M gegen Fortzahlung seines Lohnes in den Pflichtspielen im Juli und August für E aufläuft. M hingegen sieht das gar nicht ein: Es sei das Problem von E, wenn dieser seine Spieler nur mit befristeten Verträgen ausstatte. Wäre eine Kopplung an das Saisonende gewollt gewesen, hätten die beiden Parteien sich auch dem Musterspielervertrag des DFB bedienen können, der – was zutrifft – eine solche Verbindung beinhaltet. Außerdem habe er sich bereits zum 1.7.2020 gegenüber Ö verpflichtet, der auch noch viel besser bezahle als E.

Frage 1

Kann E von M verlangen, in den Spielen im Juli und August für E zu spielen? Auf das TzBfG wird hingewiesen.

Sachverhalt Teil 2

Im Anschluss an das Gespräch möchte M das Vereinsgelände zügig verlassen, um in seinem Lieblingscafé bei einem Espresso zu entspannen. An seinem Fahrzeug, ein Koenigsegg CCXR Trevita (Wert: 4.450.000 €), angekommen, wird er jedoch aufgehalten. In der Parklücke gegenüber seines Supersportwagens steht das Fahrzeug von R. R ist Rollstuhlfahrer und hat folgendes Problem: Ein anderes Fahrzeug hat zwar innerhalb seiner Parkbucht geparkt, steht aber dennoch so eng an dem Fahrzeug des R – für welches R sämtliche Kosten trägt – dass dieser auf Grund des Rollstuhls nicht einsteigen kann. Er bittet daher M, den Wagen des R auszuparken, sodass er problemlos einsteigen kann. M, der zwar einen extravaganten Lebensstil pflegt, aber auch ein erstklassiger Teamplayer und hilfsbereiter Mensch ist, lässt sich nicht zweimal bitten. Er bekommt eine kurze Einweisung in die Steuerung des rollstuhlgerecht umgebauten Fahrzeugs und steigt ein. M startet den Motor, legt den Rückwärtsgang ein und löst sodann die Handbremse. Zu Ms Überraschung fährt der Wagen augenblicklich rückwärts los. M schafft es nicht mehr rechtzeitig, den Wagen wieder unter Kontrolle zu bringen, und fährt mit ca. 10 km/h auf seinen geliebten Koenigsegg auf. Durch die zerstörte Front des Fahrzeugs entsteht ein Schaden von 500.000 €.

M verlässt den Wagen des R und ist darüber erzürnt, dass R ihm die Steuerung falsch erklärt haben müsse. R dagegen meint, dass M wohl nicht richtig zugehört habe, denn er habe ihm alles zutreffend erläutert. Davon unbeeindruckt sagt M, dass es darauf am Ende nicht ankäme, da R als Halter ohnehin haften müsse – dies musste M in der Vergangenheit bereits leidlich erfahren. R kann das nicht glauben: Er soll jetzt auch noch dafür bezahlen, dass M mit dem Auto des R sein eigenes beschädigt hat. M hingegen ist sich siegessicher, denn ob nun sein eigenes Auto oder das eines anderen beschädigt wurde, könne keinen Unterschied machen. In diesem Fall habe es eben zufällig sein eigenes Auto getroffen, da dieses rein zufällig in der Nähe stand.

Frage 2

Hat M gegen R einen Anspruch auf Ersatz des entstandenen Schadens?

* Der *Verf.* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Unternehmensrecht, das Recht der Familienunternehmen und Justizforschung an der Universität Bielefeld (Prof. *Dr. Anne Sanders*, M.Jur.).

Lösungshinweise

Frage 1: Kann E von M verlangen, in den Spielen im Juli und August für E zu spielen?

I. Anspruch des E gegen M gem. § 611a Abs. 1 BGB

E könnte gegen M aus dem Spielervertrag gem. § 611a Abs. 1 BGB einen Anspruch darauf haben, dass M in den Spielen im Juli und August für E spielt.

1. Wirksamer Arbeitsvertrag

Zwischen E und M müsste ein wirksamer Arbeitsvertrag bestanden haben. M hatte für die Saison 2019/2020 einen Vertrag geschlossen. Dabei handelt es sich um einen Arbeitsvertrag gem. § 611a Abs. 1 BGB, wenn M durch den Vertrag im Dienste des E zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet wird. M verpflichtet sich durch den Spielervertrag, für den Verein E Fußball zu spielen, und ist dort in die Organisation des Vereins eingebunden und den Weisungen des Trainers unterstellt.[1] Mithin handelt es sich um einen Arbeitsvertrag.[2]

> *Anmerkung*: Die genaue Einordnung des Vertrags sollte hier knapp erfolgen. Hier liegt nicht das eigentliche Problem des Falles.

2. Fortbestehen des Arbeitsvertrags bis August 2020

Der Anspruch kommt jedoch nur in Betracht, sofern der Arbeitsvertrag auch noch bis August 2020 Bestand hat.

a) Wirksame Befristung

Das Arbeitsverhältnis könnte jedoch auf Grund der Befristung nach § 7 des Spielervertrags i.V.m. § 15 Abs. 1 TzBfG mit Ablauf des 30.6.2020 beendet sein.

aa) Kalendermäßig befristeter Arbeitsvertrag

Dies setzt gem. § 15 Abs. 1 TzBfG einen kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrag voraus. Bei dem Spielervertrag des M handelt es sich um einen Arbeitsvertrag, der bis zum 30.6. 2020 – also einer nach dem Kalender bestimmbaren Zeit – befristet ist. Es handelt sich folglich um einen kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrag.

bb) Wirksamkeit der Befristung

Dazu müsste jedoch auch die Befristung wirksam sein.

(1) Schriftform, § 14 Abs. 4 TzBfG

Dies setzt gem. §§ 14 Abs. 4 TzBfG, 125 S. 1 BGB zunächst voraus, dass die Befristung schriftlich vereinbart wurde. Die Schriftform ist nach § 126 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BGB gewahrt, wenn die Vertragsparteien auf derselben Urkunde unterzeichnen. M und der Vertreter der E haben beide auf dem Spielervertrag unterschrieben. Mithin ist die Schriftform gewahrt.

(2) Befristungsgrund

Fraglich ist, ob ein Befristungsgrund nach § 14 TzBfG vorliegt. Ist dies nicht der Fall, gilt der Vertrag gem. § 16 S. 1 TzBfG als auf unbestimmte Zeit geschlossen.

(a) Sachgrundlose Befristung

Die sachgrundlose Befristung eines Arbeitsvertrags ist gem. § 14 Abs. 2 TzBfG für zwei Jahre zulässig. Der Spielervertrag von M wurde jedoch für die Dauer von drei Jahren geschlossen. Mithin ist eine sachgrundlose Befristung nicht möglich.

(b) Sachgrund

Folglich müsste ein Befristungsgrund nach § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG vorliegen. Ob ein solcher vorliegt, kann jedoch dahinstehen, wenn sich M als Arbeitnehmer auch auf eine unwirksame Befristung berufen könnte.

Dafür spricht, dass die Regelungen über die Befristung von Arbeitsverträgen einseitig den Arbeitnehmer schützen sollen.[3] Würde man nun auch eine weitergehende Bindung des Arbeitnehmers an den unwirksam befristeten Vertrag annehmen, würde dieser einseitige Schutz in Konstellationen wie der vorliegenden zu einer Belastung des Arbeitnehmers führen. Des Weiteren würde man den Arbeitgeber, der gegen die Schutzvorschriften verstoßen hat, von diesem Verstoß profitieren lassen.

Dagegen wird teilweise angeführt, dass § 16 S. 1 Hs. 1 TzBfG nicht einseitig dem Interesse des Arbeitnehmers dient, sondern im Interesse beider der Rechtssicherheit.[4] Gegen diese Ansicht spricht jedoch, dass der Arbeitnehmer gem. §§ 17 S. 1, 2 TzBfG, 7 KSchG keine Maßnahmen ergreifen muss, will er die Befristung nach vereinbartem Ende des Arbeitsvertrags gelten lassen.[5] Hat er diese Möglichkeit, muss er indes auch nicht kündigen, um den Vertrag mit der unwirksam vereinbarten Frist auslaufen zu lassen.[6]

Im Ergebnis kann also dahinstehen, ob dem Vertrag ein Befristungsgrund gem. § 14 Abs. 1 S. 2 BGB zu Grunde liegt.

---

[1] Zu den Voraussetzungen der Qualifikation eines Vertrags als Arbeitsvertrag siehe *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 80. Aufl. 2021, § 611a Rn. 2 ff.

[2] Zur Einordnung des Profifußballers als Arbeitnehmer vgl. *Brugger*, NZA 2019, 1678 (1678) m.w.N.

[3] *Hesse*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, TzBfG § 16 Rn. 10; *Backhaus*, in: Linck/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2021, TzBfG § 16 Rn. 19 f.; *Hoß*, in: Dörner u.a., Handbuch des Arbeitsrechts, 15. Aufl. 2020, Kap. 5 Rn. 173; a.A. *Lipke*, in: Bader u.a., KR, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 12. Aufl. 2019, TzBfG § 16 Rn. 9; *Sievers*, in: ders., Kommentar zum TzBfG, 6. Aufl. 2019, § 16 Rn. 5.

[4] *Lipke* (Fn. 3), TzBfG § 16 Rn. 9.

[5] *Hesse* (Fn. 3), TzBfG § 16 Rn. 10; *Backhaus* (Fn. 3), TzBfG § 16 Rn. 20.

[6] *Backhaus* (Fn. 3), TzBfG § 16 Rn. 20.

Anmerkung: Die Fallgestaltung rund um die Befristung von Arbeitsverträgen von Profifußballern muss den Prüflingen nicht bekannt sein. Durch den Hinweis im Bearbeitervermerk sollten die Prüflinge jedoch auf das TzBfG aufmerksam werden und die §§ 14 ff. TzBfG finden. Infolgedessen gilt es entweder zu diskutieren, ob die Befristung wirksam ist,[7] oder zu erkennen, dass sich der Sportler wohl auch auf eine unwirksame Befristung berufen kann. Selbst wenn man letzteres verneint, kann der Arbeitnehmer die Befristung durch Nicht-tätig-werden wirksam werden lassen (vgl. §§ 17 S. 1, 2 TzBfG, 7 KSchG). Kommt der Prüfling zu dem Ergebnis, dass der Vertrag unbefristet gilt und der Sportler somit zum Spielen verpflichtet ist, ist hilfsgutachterlich weiter zu prüfen.

b) Auslegung der Befristung

Fraglich ist, zu wann der Vertrag befristet ist. Als Teil des Vertrags ist die Befristungsvereinbarung gem. §§ 133, 157 BGB auszulegen.

aa) Natürliche Auslegung

Dafür ist im Wege der natürlichen Auslegung[8] gem. § 133 BGB zunächst der wirkliche Wille der Parteien hinter der Vereinbarung, dass der Vertrag am 30.6.2020 automatisch enden soll, zu erforschen. Gibt es einen übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien, gilt dieser unabhängig von der objektiven Bedeutung der Erklärung.[9] Mangels Kenntnis des wirklichen Willens der Parteien ist die natürliche Auslegung jedoch unergiebig.

bb) Normative Auslegung

Im nächsten Schritt ist die normative Auslegung[10] heranzuziehen. Danach ist entscheidend, wie die Vereinbarung von einem objektiven Dritten nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte zu verstehen ist.[11] § 7 des Spielervertrags erklärt, dass der Vertrag automatisch am 30.6. 2020 enden soll. Der Wortlaut spricht also deutlich für eine Befristung bis zum 30.6.2020. Der Hintergrund der Vereinbarung ist jedoch, dass die Fußballsaison üblicherweise im Juni endet. Hieraus ließe sich der Schluss ziehen, dass die Befristung auch auf das Ende einer Saison abzielt. Hiergegen spricht jedoch der eindeutige Wortlaut der Erklärung.[12] Dieser Wortlaut lässt den Willen, die Befristung an das Ende der Saison zu knüpfen, nicht erkennen. Es handelt sich vielmehr um einen mit dem verdeckten Kalkulationsirrtum[13] vergleichbaren Fall, bei dem die „Berechnungsmethode" als Motiv der Vereinbarung nicht offengelegt ist. Auch auf eine Verkehrssitte, dass bei einer Verschiebung des Saisonendes auch die Vertragsdauer auf das tatsächliche Saisonende angepasst wird, lässt sich mangels vergleichbarer Fälle nicht rekurrieren. Mithin ist § 7 des Spielervertrags so zu verstehen, dass der Vertrag bis zum 30.6.2020 befristet ist.

cc) Ergänzende Vertragsauslegung

Ein anderes Ergebnis könnte sich im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung[14] ergeben. Die ergänzende Vertragsauslegung dient dazu, eine planwidrige Regelungslücke durch eine Regelung zu füllen, die die Parteien bei Vertragsschluss redlicherweise vereinbart hätten, wenn sie die Entwicklung vorhergesehen hätten.[15] Über eine fehlende Regelung im Falle einer Verschiebung des Saisonendes als Regelungslücke könnte man zu dem Ergebnis kommen, dass der Vertrag um eine Kopplung der Vertragslaufzeit an das Ende der Spielzeit zu ergänzen wäre.[16] Dies würde jedoch voraussetzen, dass eine solche Kopplung in dem Vertrag eine Stütze findet.[17] Die Regelung erwähnt das Saisonende oder die Spielzeit 2019/ 2020 jedoch mit keinem Wort. Er ist insofern eindeutig auf den 30.6.2020 gerichtet. Auch zeigt der Musterspielervertrag des DFB, dass eine solche Erwähnung durchaus üblich gewesen wäre. Es kann also nicht schlicht davon ausgegangen werden, dass das Saisonende in der Wahl des 30.6.2020 als Befristungsdatum eine Stütze findet. Im Ergebnis scheidet eine ergänzende Vertragsauslegung auf Grund des klaren Wortlauts und als Gegenschluss zu dem DFB Musterarbeitsvertrag aus.[18]

Anmerkung: Die Abgrenzung zwischen einer ergänzenden Vertragsauslegung und dem Wegfall der Geschäftsgrundlage ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten. Vielfach wird der Übergang als fließend[19] oder die Abgrenzung als unmöglich[20] beschrieben. Zum Teil wird auch davon ausgegangen, dass der Wegfall der Geschäftsgrundlage einen Unterfall der ergänzenden Vertragsausle-

[7] Nach der h.M. ist die Befristung wegen der Eigenart der Arbeitsleistung gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TzBfG gerechtfertigt, vgl. BAG NJW 2018, 1992 m. Anm. *Fischinger*; a.A. ArbG Mainz NZA 2015, 684.

[8] *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 44. Aufl. 2020, § 6 Rn. 7 ff.

[9] *Brox/Walker* (Fn. 8), § 6 Rn. 10 ff.; *Wendtland*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 58, Stand: 1.5.2021, § 157 Rn. 10.

[10] *Brox/Walker* (Fn. 8), § 6 Rn. 13 ff.

[11] *Brox/Walker* (Fn. 8), § 6 Rn. 15; *Wendtland* (Fn. 9), § 157 Rn. 10, § 133 Rn. 27.

[12] *Fischinger*, LTO v. 28.3.2020, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/41125/ (8.10.2020); *Fischinger*, SpuRt 2020, 112 (114).

[13] *Brox/Walker* (Fn. 8), § 18 Rn. 20.

[14] *Brox/Walker* (Fn. 8), § 6 Rn. 17 ff.

[15] *Brox/Walker* (Fn. 8), § 6 Rn. 17 ff.; *Fischinger*, SpuRt 2020, 112 (114).

[16] So *Fischinger*, SpuRt 2020, 112 (114).

[17] BGH NJW 1980, 2347; *Wendtland* (Fn. 9), § 157 Rn. 37; a.A. *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 157 Rn. 56.

[18] Im Ergebnis zwar anders, doch dies als möglich erachtend *Fischinger*, SpuRt 2020, 112 (114).

[19] *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 80. Aufl. 2021, § 313 Rn. 10.

[20] *Martens*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.4.2021, § 313 Rn. 176.

gung darstelle.[21] Es ist also genauso vertretbar, die in dieser Lösungsskizze unter dem Wegfall der Geschäftsgrundlage diskutierten Punkte innerhalb der ergänzenden Vertragsauslegung zu erörtern. In jedem Fall müssen Prüflinge jedoch zunächst den Vertrag auslegen, bevor sie überhaupt zu einer Prüfung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage kommen.

c) Wegfall der Geschäftsgrundlage

Fraglich ist, ob E ein Anspruch auf Anpassung des Vertrags wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage gem. § 313 Abs. 1 BGB zusteht.

aa) Änderung der Geschäftsgrundlage, reales Element

Für eine Vertragsanpassung gem. § 313 Abs. 1 BGB müssten sich zunächst Umstände, die Grundlage des Geschäfts geworden sind, geändert haben. Zu der subjektiven Geschäftsgrundlage zählt man die bei Vertragsschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien oder die dem Geschäftspartner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf dieser Vorstellung beruht.[22] Zur objektiven Geschäftsgrundlage zählt man die Umstände und Verhältnisse, deren (Fort-)Bestehen erforderlich sind, damit der Vertrag nach den Intentionen der Vertragsparteien noch als sinnvolle Regelung erhalten bleiben kann.[23] Sofern man nicht davon ausgeht, dass § 313 BGB ohnehin sowohl die objektive als auch die subjektive Geschäftsgrundlage erfasst,[24] kommen beide Begrifflichkeiten – auf Grund des Rekurrierens des objektiven Begriffs auf die Intentionen der Parteien – regelmäßig zum selben Ergebnis,[25] sodass eine Unterscheidung unerheblich ist.

Nach den Intentionen von M und E sollte M in der Saison 2019/2020 für E spielen. Dies haben sie jedoch nicht mit in den Vertrag aufgenommen. Die Regelung, dass der Vertrag mit dem 30.6.2020 endet, ist mit Hinblick auf diese Intention nur sinnvoll, wenn die Spielzeit auch tatsächlich vor dem 30.6.2020 endet. Insofern war das Saisonende Geschäftsgrundlage des Spielervertrags zwischen M und E. Dadurch, dass sich das Saisonende bis August 2020 verschob, hat sich diese Geschäftsgrundlage geändert.

bb) Schwere der eingetretenen Änderung, hypothetisches Element

Weiterhin müsste die Grundlagenänderung schwerwiegend gewesen sein. Die Grundlagenänderung gilt dann als schwerwiegend, wenn die Parteien den Vertrag redlicherweise nicht oder nicht so geschlossen hätten, hätten sie die Grundlagenstörung vorausgesehen.[26] M und E wollten, dass M in der Spielzeit 2019/2020 für M aufläuft. Durch die Verschiebung des Saisonendes in den August 2020 finden noch einzelne Pflichtspiele im Juli und August statt. Hätten die Parteien dies vorhergesehen, hätten sie den Vertrag nicht mit einem starren Vertragsende zum 30.6.2020 geschlossen: Für E ist es wichtig, dass die Mannschaft für die gesamte Saison im Kern erhalten bleibt; M selbst hätte ebenfalls den Vertrag nicht so abgeschlossen, da er grundsätzlich ein Interesse daran hat, an den prestigeträchtigen Finalspielen teilzunehmen. Somit handelt es sich um eine schwerwiegende Änderung der Geschäftsgrundlage.

cc) Unzumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag, normatives Element

Als weitere Voraussetzung müssen die veränderten Umstände dazu führen, dass das Festhalten an dem unveränderten Vertrag für eine der Parteien unzumutbar wäre. Ein Festhalten an dem unveränderten Vertrag ist dann unzumutbar.[27]

(1) Risikobetrachtung

Fraglich ist, ob die notwendige Risikobetrachtung[28] zu dem Ergebnis führt, dass das verwirklichte Risiko bereits einer Partei zugewiesen ist, sodass § 313 Abs. 1 BGB unanwendbar ist. Eine solche Risikozuweisung kann vertraglich oder gesetzlich erfolgen.

Eine vertragliche Risikozuweisung kann sich aus einer ausdrücklichen Vereinbarung oder bei Risikogeschäften ergeben.[29] Eine ausdrückliche Vereinbarung ist nicht vorhanden. Jedoch könnte sich aus der starren Vereinbarung des Fristendes ergeben, dass der Verein E das Risiko tragen soll, dass die Saison länger läuft als der Vertrag. Dies wäre indes nur der Fall, wenn E das Risiko einer Verschiebung des Saisonendes erkannt hätte und E das Risiko durch die Nichtregulierung bewusst übernommen hätte. Indes waren sich weder M noch die Vertreter von E diesem Risiko bewusst und es war zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch nicht vorhersehbar. Somit ergibt sich aus dem Vertrag keine Risikozuweisung.

Eine gesetzliche Risikozuweisung könnte sich zunächst aus § 615 BGB ergeben, wonach der Arbeitgeber das Betriebsrisiko trägt. Dies regelt jedoch gerade den umgekehrten Fall, dass der Arbeitgeber die vom Arbeitnehmer angebotene Arbeitsleistung nicht nutzen kann.[30] Eine gesetzliche Risikozuweisung könnte sich jedoch aus § 17 S. 2, 1 TzBfG ergeben. Hiernach obliegt es dem Arbeitnehmer, die Unwirksamkeit einer Befristung gerichtlich geltend zu machen. Insofern

[21] *Finkenauer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 9 ff., 146.
[22] BGH NJW 2017, 2191 (2192) m.w.N.
[23] *Grüneberg* (Fn. 19), § 313 Rn. 4.
[24] *Grüneberg* (Fn. 19), § 313 Rn. 2.
[25] *Göldner*, ZfIR 2020, 403 (404).
[26] *Martens* (Fn. 20), § 313 Rn. 115; *Riehm*, Jura 2020, 1046 (1055); in dem Sinne wohl auch *Brinkmann*, ZJS 2020, 195 (201); auf eine einzelne Partei abstellend *Lorenz*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 58, Stand: 1.5.2021, § 313 Rn. 23; *Grüneberg* (Fn. 19), § 313 Rn. 18.
[27] Zur zweistufigen Prüfung des normativen Elements vgl. *Göldner*, ZfIR 2020, 403 (404 ff.).
[28] Eingehend hierzu *Göldner*, ZfIR 2020, 403 (405).
[29] *Grüneberg* (Fn. 19), § 313 Rn. 20.
[30] *Fischinger*, SpuRt 2020, 112 (114).

ist es das Risiko des Arbeitgebers, dass der Arbeitnehmer nach Vertragsende nicht mehr zur Verfügung steht. Es erscheint bereits zweifelhaft, diese Risikozuweisung im Falle einer wesentlichen Änderung der ursprünglichen Umstände aus § 17 S. 2, 1 TzBfG herauszulesen. Jedenfalls dürfte eine solche Risikozuweisung für die außergewöhnliche und dynamische Krisensituation scheitern. Die Risiken einer solchen Pandemie stehen außerhalb der Maßstäbe der „normalen" Risiken und überschreiten regelmäßig die gesetzliche Risikozuweisung.[31]

Mithin steht der Anwendung des § 313 Abs. 1 BGB keine Risikozuweisung im Weg.

Anmerkung: Eine andere Ansicht ist vertretbar.

(2) Gesamtabwägung

Neben der Risikobetrachtung ist in einer Gesamtabwägung festzustellen, ob ein Festhalten an dem unveränderten Vertrag für eine der Parteien unzumutbar ist. Ein Festhalten an dem unveränderten Vertrag ist dann unzumutbar, wenn es zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden Ergebnissen führen würde.[32] E und M sind ursprünglich davon ausgegangen, dass M in der gesamten Spielzeit 2019/2020 für E spielt. E ist auch darauf angewiesen, dass keine Mannschaftsteile kurz vor der Saison wechseln. Selbst wenn es dem Verein gelinge, die wechselnden Spieler kurzfristig durch neue spielberechtigte Spieler zu ersetzen, verbliebe zu wenig Zeit, um diese in das bestehende Spielsystem adäquat einzufügen. Grundsätzlich hat auch der Spieler ein Interesse daran, bis zum Saisonende in dem Verein zu bleiben, um an den möglichen Erfolgen (Meisterschaften etc.) teilzuhaben und für möglichst kurze Zeit ohne Vertrag dazustehen.[33] Auf Grund dieser Interessen wäre es für E unzumutbar, wenn man den Verein am unveränderten Vertrag festhalten ließe.

Der Vertrag, den M bereits mit Ö getroffen hat, kann den Vertrag zwischen M und E auf Grund der Relativität der Schuldverhältnisse nicht beeinflussen.[34] Vielmehr ist dieser Konflikt durch einen eigenen Anspruch auf Vertragsanpassung des M gegen Ö aufzulösen.[35]

Die Gesamtabwägung kommt somit zum Ergebnis, dass ein Festhalten am unveränderten Vertrag unzumutbar ist.

dd) Rechtsfolge

Gem. § 313 Abs. 1 BGB steht E ein Anspruch auf Anpassung des Vertrags zu. Die Vertragsanpassung muss unter größtmöglicher Erhaltung der ursprünglichen Regelung erfolgen, die Unzumutbarkeit beseitigen und zu einem bestmöglichen Interessenausgleich führen.[36] Somit ist der Vertrag dahingehend anzupassen, dass er unter Fortzahlung des Gehalts bis einschließlich des letzten Pflichtspiels des E dauert.

Anmerkung: Ausführungen in dieser Tiefe zum § 313 Abs. 1 BGB sind nicht zu erwarten. Die Prüflinge sollten jedoch die wesentlichen Probleme erkennen und entsprechend diskutieren.

d) Zwischenergebnis

Der Arbeitsvertrag zwischen M und E gilt bis zum letzten Pflichtspiel fort.

3. Ergebnis

E hat gegen M einen Anspruch aus dem Spielervertrag gem. § 611a Abs. 1 BGB darauf, dass M in den Spielen im Juli und August für E spielt.

Frage 2: Hat M gegen R einen Anspruch auf Ersatz des entstandenen Schadens?

I. Anspruch auf Aufwendungsersatz gem. § 670 BGB

M könnte gegen R einen Anspruch auf Aufwendungsersatz i.H.v. 500.000 € aus § 670 BGB haben.

1. Auftragsverhältnis

Dies setzt voraus, dass zwischen M und R ein Auftragsverhältnis bestand. Dafür müssten M und R einen Vertrag geschlossen haben. Ein Vertrag besteht aus zwei übereinstimmenden, aufeinander in Bezug abgegebenen Willenserklärungen.[37] Eine Willenserklärung ist die Äußerung eines Willens, der auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet ist.[38] R fragte M, ob dieser seinen Wagen aus der Parklücke fahren könnte. M erklärte sich bereit, dies für R zu übernehmen. Insofern haben M und R eine Einigung erzielt.

Fraglich ist allerdings, ob diese Einigung auch von einem entsprechenden Rechtsbindungswillen der beiden Parteien getragen wird. Ob ein Rechtsbindungswille und damit ein Vertrag vorliegt oder ob es sich um eine rechtlich nicht verbindliche Gefälligkeit handelt, ist durch Auslegung der Einigung nach dem objektiven Empfängerhorizont zu bestimmen.[39] Hierbei sind vor allem die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung des Geschäfts für die Parteien zu beleuchten.[40] Bei dieser Betrachtung fällt zunächst auf, dass R M mit einem PKW einen in der Regel wertvollen Gegenstand überlässt. Dies sollte aber nur für eine sehr kurze Dauer und in einer wenig gefährlichen Verkehrssituation erfolgen. Auch ist nicht ersichtlich, dass das Ausparken, welches unzweifelhaft im Interesse des R erfolgte, eine besondere wirtschaftliche oder rechtliche Bedeutung für R innehatte. M selbst hat gar kein eigenes wirtschaftliches Interesse, den PKW des R aus der Parklücke herauszufahren. In Anbetracht dieser Interessen-

[31] Vgl. *Göldner*, ZfIR 2020, 403 (406).
[32] BGH NJW 2012, 1718 (1720) m.w.N.; *Grüneberg* (Fn. 19), § 313 Rn. 24.
[33] Vgl. zu den beiderseitigen Interessen *Fischinger*, SpuRt 2020, 112 (113).
[34] *Fischinger*, SpuRt 2020, 112 (115).
[35] *Fischinger*, SpuRt 2020, 112 (114).
[36] *Grüneberg* (Fn. 19), § 313 Rn. 40.
[37] *Brox/Walker* (Fn. 8), § 4 Rn. 9.
[38] *Brox/Walker* (Fn. 8), § 4 Rn. 14 f.
[39] *H.-W. Eckert*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 58, Stand: 1.5.2021, § 145 Rn. 37.
[40] *H.-W. Eckert* (Fn. 39), § 145 Rn. 37.

lage stellt sich die Vereinbarung zwischen R und M nicht als vom notwendigen Rechtsbindungswillen getragen dar.[41]

Anmerkung: Eine andere Ansicht ist vertretbar. Dann wäre weitergehend zu problematisieren, ob § 670 BGB überhaupt Schäden erfasst (dies ist wohl grundsätzlich anerkannt[42]) und sodann, ob auch dieser spezielle Schaden nach § 670 BGB zu ersetzen ist.

2. Ergebnis

M hat keinen Aufwendungsersatzanspruch gegen R aus § 670 BGB.

II. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem Gefälligkeitsverhältnis

M könnte gegen R einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 500.000 € aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem Gefälligkeitsverhältnis haben.

Notwendige Bedingung für einen entsprechenden Anspruch ist zunächst, dass ein solches Gefälligkeitsverhältnis – also ein Rechtsverhältnis, welches zwischen Gefälligkeit und Vertrag steht und keine Leistungspflichten, aber doch Schutzpflichten begründet – überhaupt anzuerkennen ist. Dies wird uneinheitlich beurteilt. Zum Teil wird die Existenz eines solchen Gefälligkeitsverhältnisses angenommen.[43] Dies wird teilweise mit Haftungslücken begründet, die z.B. bestehen sollen, wenn eine Bank außerhalb eines Vertragsverhältnisses eine falsche Auskunft erteilt.[44] Die h.M. hingegen nimmt an, dass ein solches Gefälligkeitsverhältnis nicht existiert.[45] Hierfür sei auf Grund der klaren Begrenzung des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB auf geschäftliche Kontakte kein Raum.[46] Durch die klare Begrenzung des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB zeigt der Gesetzgeber deutlich, dass er eine vertragliche Haftung für rein soziale Kontakte ablehnt. Mithin vermag die h.M. zu überzeugen. Demnach besteht kein Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem Gefälligkeitsverhältnis.

Anmerkung: Auf diese Problematik ist nicht zwingend einzugehen. Erwägt jedoch ein Student einen Anspruch aus einem Gefälligkeitsverhältnis, ist darzustellen, ob es ein solches überhaupt geben kann. Dann ist eine andere Ansicht selbstverständlich ebenso vertretbar.

III. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 7 Abs. 1 StVG

M könnte gegen R einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 500.000 € aus § 7 Abs. 1 StVG haben.

1. Rechtsgutverletzung

Dazu müsste M eine Verletzung eines von § 7 Abs. 1 StVG geschützten Rechtsguts erlitten haben. § 7 Abs. 1 StVG schützt das Leben, den Körper, die Gesundheit und das Eigentum. Die Fahrzeugfront des im Eigentum des M stehenden Fahrzeugs wurde zerstört. Durch diese Substanzverletzung hat M eine Eigentumsverletzung erlitten.

2. Beim Betrieb eines Kfz

Die Rechtsgutverletzung müsste bei dem Betrieb eines Kfz eingetreten sein. Ein Kfz ist gem. § 1 Abs. 2 StVG ein Landfahrzeug, das durch Maschinenkraft bewegt wird, ohne an Bahngleise gebunden zu sein. Das Auto des R wird durch einen Motor angetrieben und fährt nicht auf Schienen, ist also ein Kfz. Der Betrieb eines Kfz liegt jedenfalls dann vor, wenn dieses gefahren wird.[47] M verursacht den Unfall, als er mit dem PKW des R fährt. Die Rechtsgutverletzung ist bei dem Betrieb des Kfz eingetreten.

3. Halter

R müsste zudem der Halter des Fahrzeugs sein. Halter ist, wer das Fahrzeug auf eigene Rechnung gebraucht und die tatsächliche Verfügungsgewalt darüber besitzt.[48] R trägt sämtliche Kosten an dem Fahrzeug und hat dieses selbst in Gebrauch. R ist Halter des Fahrzeugs.

4. Keine Ausnahme

Fraglich ist, ob der Anspruch des M nicht gem. § 8 Nr. 2 StVG ausgeschlossen ist. Gem. § 8 Nr. 2 StVG haftet der Halter nicht, wenn der Verletzte bei dem Betrieb des Fahrzeugs tätig war.

a) Verletzter

Dies setzt voraus, dass M der Verletzte i.S.d. § 8 Nr. 2 StVG ist. § 8 Nr. 2 StVG erfasst neben Personen- auch Sachschäden.[49] M hat eine Eigentumsverletzung erlitten und ist folglich Verletzter.

b) Bei dem Betrieb des Fahrzeugs tätig

Weiterhin müsste M auch bei dem Betrieb des Fahrzeugs tätig gewesen sein. Bei dem Betrieb des Fahrzeugs tätig sind alle Personen, die sich durch die unmittelbare Beziehung ihres Verhaltens zu den besonderen Gefahren eines Kraftfahr-

[41] Wie hier BGH, Urt. v. 12.1.2021 – VI ZR 662/20.
[42] *D. Fischer*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 58, Stand: 1.5.2021, § 670 Rn. 15.
[43] *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 27. Aufl. 2019, Rn. 368; *Canaris*, JZ 2001, 499 (521).
[44] *Canaris*, JZ 2001, 499 (521).
[45] *Bachmann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 241 Rn. 181; *Grüneberg* (Fn. 19), Einl. v. § 241 Rn. 8; *Sutschet*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 58, Stand: 1.5.2021, § 241 Rn. 21; *Riehm*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.4.2021, § 280 Rn. 50.
[46] *Grüneberg* (Fn. 19), Einl. v. § 241 Rn. 8.
[47] Vgl. „Betriebsvorgang" *Walter*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum StVG, Stand: 1.9.2019, § 7 Rn. 90.
[48] *Kaufmann*, in: Geigel, Haftpflichtprozess, 28. Aufl. 2020, Kap. 25 Rn. 32.
[49] BGH, Urt. v. 12. 1.2021 – VI ZR 662/20, Rn. 9 (juris).

zeugs in besonderem Maße den spezifischen Gefahren eine Kfz aussetzen.[50] Durch die Inbetriebnahme und das Fahren eines Kraftfahrzeugs setzt man sich grundsätzlich den besonderen Gefahren eines Kraftfahrzeugs aus. Hiernach war M bei dem Betrieb des Fahrzeugs tätig.

c) Teleologische Reduktion

Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist also der vorliegende Fall von der Ausnahmeregelung gem. § 8 Nr. 2 StVG erfasst. Allerdings könnte § 8 Nr. 2 StVG teleologisch zu reduzieren sein, sodass Sachverhalte, in denen jemand mit einem fremden Fahrzeug sein eigenes beschädigt, nicht erfasst werden. Eine teleologische Reduktion setzt voraus, dass der Wortlaut einer Norm einen Sachverhalt erfasst, der nach Sinn und Zweck der Norm nicht erfasst sein sollte.

Der Normzweck des Ausschlusstatbestands des § 8 Nr. 2 StVG wird gemeinhin darin gesehen, dass derjenige, der bei dem Betrieb eines Fahrzeugs tätig wird, sich (freiwillig) den besonderen Gefahren eben jenes Kfz in besonderem Maße aussetzt und daher weniger schutzbedürftig ist.[51] Derjenige, der sich diesen Gefahren freiwillig aussetzt, soll nicht in den Genuss eines solchen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruchs kommen.[52] Aus diesem Normzweck könnte sich nun ableiten lassen, dass der Haftungsausschluss Fälle nicht erfassen soll, in denen Eigentum des in dem Betrieb des Fahrzeugs Tätigen verletzt wird, welches zufällig in den Gefahrenbereich des Fahrzeugs geraten ist.[53]

Dagegen könnte zwar sprechen, dass der Wortlaut eben diese Konstellation eindeutig miterfasst und dies eine Einschränkung nicht zulasse.[54] Allerdings handelt es sich bei § 8 Nr. 2 StVG um eine Ausnahmeregelung, deren Anwendungsbereich daher möglichst eng zu bilden ist.[55] Gelangt eine Sache rein zufällig in den Gefahrenbereich des Fahrzeugs, wurde sie gerade nicht freiwillig von dem Eigentümer in diesen Gefahrenbereich geschafft.[56] Die anschließende Schädigung steht also in keinem Zusammenhang mit der Betriebsgefahr, derer sich der Eigentümer im besonderen Maße ausgesetzt hat.[57] § 8 Nr. 2 StVG will jedoch eine Haftung nur ausschließen, wenn der Verletzte sich der besonderen Gefahr freiwillig in erhöhtem Maße ausgesetzt hat. Daher ist die Reduktion der Ausnahmeregelung in der Form geboten, dass sie Schäden an zufällig in den Gefahrenbereich gelangten Gegenständen nicht erfasst.[58]

> *Anmerkung*: Eine andere Ansicht ist ebenso gut vertretbar. Insbesondere ließe sich argumentieren, dass § 7 Abs. 1 StVG die Haftung des Halters verschärft, weil dieser eine Gefahrenquelle unterhält, die nicht vollends zu kontrollieren ist. Dafür besteht allerdings kein Bedarf bei Personen, die ähnlich wie der Halter für den Betrieb des Kfz verantwortlich sind.[59] Demnach wäre § 8 Nr. 2 StVG nicht teleologisch zu reduzieren.

d) Nicht zufällig in den Gefahrenbereich des Fahrzeugs gelangt

Nach der oben dargestellten teleologischen Reduktion dürfte Ms Auto also nicht zufällig in den Gefahrenbereich des von M geführten Autos gekommen sein. M hatte das Fahrzeug vorab auf dem Parkplatz abgestellt. Von einer zufälligen Anwesenheit des Fahrzeugs auf dem Parkplatz lässt sich also schwerlich sprechen. Trotzdem könnte für die Zufälligkeit sprechen, dass das Fahrzeug des M keiner höheren Gefahr ausgesetzt war als die sonstigen anwesenden PKW. Insofern hat es mehr oder weniger zufällig den Wagen des M getroffen – ein im Vergleich zu den anderen Fahrzeugen auf dem Parkplatz besonderes Risiko bestand für das Fahrzeug des M jedoch nicht. Diese Argumentation würde allerdings verkennen, dass alle dort anwesenden Fahrzeuge einem besonderen Risiko ausgesetzt sind, durch ein auf diesem Parkplatz fahrendes Auto beschädigt zu werden. Jedoch hat nur der M sein eigenes Auto dieser Gefahr durch das Steuern des Autos des R in gesteigertem Maße freiwillig ausgesetzt.[60] Insofern ist das Fahrzeug also nicht zufällig in den Gefahrenbereich geraten und ist noch vom Telos des § 8 Nr. 2 StVG erfasst. Mithin ist eine Haftung nach § 8 Nr. 2 StVG ausgeschlossen.

> *Anmerkung*: Eine andere Ansicht ist ebenso gut vertretbar.

e) Zwischenergebnis

Die Haftung gem. § 7 Abs. 1 StVG ist nach § 8 Nr. 2 StVG ausgeschlossen.

> *Anmerkung*: Prüflinge, die nicht davon ausgehen, dass die Haftung des R aus § 7 Abs. 1 StVG gem. § 8 Nr. 2 StVG ausgeschlossen ist, müssten sich noch mit der Frage auseinandersetzen, ob andere Ausschlussgründe in Betracht kommen. So ließe sich überlegen, ob die Haftung nicht auf Grund eines überragenden Verursachungsbeitrags des

[50] BGH, Urt. v. 12.1.2021 – VI ZR 662/20, Rn. 7 (juris).
[51] *Walter* (Fn. 47), § 8 Rn. 4; *Greger*, in: Greger/Zwickel, Haftungsrecht des Straßenverkehrs, 5. Aufl. 2014, § 19 Rn. 10; *Kaufmann* (Fn. 48), Kap. 25 Rn. 284.
[52] BGH, Urt. v. 12.1.2021 – VI ZR 662/20, Rn. 9 (juris); BGH NJW 2011, 292 (295).
[53] *Greger* (Fn. 51), § 19 Rn. 10; *Greger*, NZV 1988, 108; LG Dortmund, Urt. v. 28.9. 2006 – 4 S 23/06, Rn. 20 (juris).
[54] *Kunschert*, NZV 1989, 61 (62); *Kunschert*, NZV 1999, 516 (517).
[55] *Walter* (Fn. 47), § 8 Rn. 9.
[56] *Greger*, NZV 1988, 108; LG Dortmund, Urt. v. 28.9.2006 – 4 S 23/06, Rn. 20 (juris).
[57] *Greger*, NZV 1988, 108; LG Dortmund, Urt. v. 28.9.2006 – 4 S 23/06, Rn. 20 (juris).
[58] *Greger* (Fn. 51), § 19 Rn. 10; *Greger*, NZV 1988, 108; LG Dortmund, Urt. v. 28.9.2006 – 4 S 23/06, Rn. 20 (juris); a.A. *Kunschert*, NZV 1989, 61 (62); *Kunschert*, NZV 1999, 516 (517); *Kaufmann* (Fn. 48), Kap. 25 Rn. 90.
[59] Zu dieser Argumentation *Kunschert*, NZV 1999, 516 (517).
[60] So auch BGH, Urt. v. 12.1.2021 – VI ZR 662/20, Rn. 11 (juris).

M gem. §§ 18 Abs. 3, 17 Abs. 2, Abs. 1 StVG ausgeschlossen ist.[61]

5. Ergebnis

M hat gegen R keinen Anspruch auf Schadensersatz aus § 7 Abs. 1 StVG.

IV. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 Abs. 1 BGB

Die Haftung gem. § 823 Abs. 1 BGB setzt ein Verschulden voraus. Ob R M falsch eingewiesen hat, ist nicht mehr feststellbar – es besteht ein sog. non liquet. Die Folgen eines solchen non liquet sind nach der Beweislast zu bestimmen: Derjenige, der eine Tatsache zu beweisen hat, trägt die Folgen in dem Fall, dass er diesen Beweis nicht antreten kann. In einem Zivilprozess trägt grundsätzlich jeder die Beweislast für die ihm zuträglichen Tatsachen. Bei dem Verschulden handelt es sich um eine Anspruchsvoraussetzung des § 823 Abs. 1 BGB. Die Tatsachen kämen also M zugute. Folglich trägt er auch die Beweislast. Daher scheitert ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB am Verschulden des R.

[61] *Greger*, NZV 1988, 108.

Examensübungsklausur: Warum erholen, wenn man streiten kann?*

Von Wiss. Mitarbeiter **Jan-Philip Utech**, Stud. iur. **Sebastian Lang**, Frankfurt am Main**

Die Klausur behandelt in zwei Konstellationen zivilrechtliches Nachbarrecht, wobei der Schwerpunkt, insbesondere in Frage 2, auf der Ersatzfähigkeit von Kosten der Selbstbeseitigung liegt. Hierbei sind eine Vielzahl von Anspruchsgrundlagen aus dem besonderen Schuldrecht ansprechbar. Die Klausur eignet sich daher gut für die Wiederholung und Vertiefung von äußerst examensrelevanten Vorschriften.

Sachverhalt

E und N sind Eigentümer zweier benachbarter, an der Waldgrenze gelegener Grundstücke und seit Jahren verfeindet. Die Gemeinde X, in der sich die Grundstücke befinden, ist wegen ihrer zahlreichen Eichenbäume überregional als Erholungsgebiet bekannt. Im Herbst 2017 beginnt der Streit zwischen E und N aufs Neue.

Im Frühjahr hatte sich N den Wunsch erfüllt, als Erster in der Region einen Pool in seinem Garten zu errichten. Von einer auf dem Grundstück des E stehenden Eiche werden seit Herbstbeginn größere Mengen Laub auf das Grundstück des N herüber geweht. Die Eiche hatte E vor zehn Jahren unter Verstoß gegen den öffentlich-rechtlich vorgeschriebenen Grenzabstand angepflanzt. In der Vergangenheit hatte N zwar kein Problem mit dem überfallenden Laub, allerdings sammeln sich nun die Blätter auch in dem neu angelegten Pool und verstopfen dessen Filter. Die Reinigung, die N deswegen jede Woche vornehmen lassen muss, würde ihn jedes Jahr 1000 € kosten. Der Laubüberfall ließe sich dadurch vermeiden, dass E den Grenzzaun erhöhen lässt, was 15.000 € kosten würde. Im Unterschied zu einem üblichen Grundstückseigentümer, der durch solche Kosten unzumutbar belastet würde, wäre es E, einem millionenschweren Schönheitschirurgen, ohne Weiteres möglich, die Kosten aufzubringen. Gleichwohl weigert er sich auch nur einen Cent für seinen Erzfeind auszugeben. Auch will er weder die Kosten der Reinigung übernehmen noch sonstige Zahlungen leisten.

Auf dem Grundstück des E steht zudem ein Apfelbaum. Ein Ast des Baumes ragt in einer Höhe von einem Meter für ca. zwei Meter auf das Grundstück des N. Auch dieses Jahr trägt der Baum zahlreiche Früchte. N sieht sich durch den Überwuchs in der Benutzung seines Grundstücks beeinträchtigt. So befürchtet er, dass der Baum seinen Blumen, die unter dem Ast des Baumes wachsen, das notwendige Wasser entzieht. Jedenfalls aber werde den Pflanzen das Licht entzogen. Schließlich könne er die sich unter dem Ast befindliche Gartenbank nicht nutzen. N fordert E daher am 1.10. auf, den Ast innerhalb einer Woche zu entfernen. E, der am 5.10. eine vierwöchige Kreuzfahrt antreten wird, hat kein Interesse daran, nun noch im Garten für Ordnung zu sorgen. Als überzeugter Naturfreund ist er ohnehin nicht willens, seine Bäume durch das Abschneiden von Ästen in ihrem natürlichen Wuchs zu behindern. E tritt daher, ohne den Ast entfernt zu haben, den Urlaub an. N, der seine Gartenarbeiten schon seit Jahren vom Gärtner G ausführen lässt, bittet diesen am 8.10., den Ast abzuschneiden und zu entsorgen. G stellt N für das Abschneiden 25 € und für die Entsorgung des Astes 10 € in Rechnung, was für solche Arbeiten üblich ist. Als E von der Kreuzfahrt zurückkehrt, traut er seinen Augen nicht und ist erbost über die Dreistigkeit des N, den Ast eigenmächtig entfernt zu haben. Er verlangt daraufhin von N die Äpfel, die sich am abgeschnittenen Ast befunden haben. N entgegnet, dass E genug Zeit gehabt habe, den Ast selbst zu entfernen. Als neuer Eigentümer der Äpfel freue er sich bereits, aus diesen einen Apfelkuchen zu backen. Zugleich verlangt N von E die Zahlung der von G in Rechnung gestellten 35 € für die Beseitigung und Entsorgung des Astes. E ärgert sich insbesondere über die Entsorgungskosten. Denn üblicherweise nutzt er die im Garten abgebrochenen Äste und sonstige Holzreste, um damit sein Haus zu heizen.

Frage 1: Wie ist die Rechtslage?

Frage 2: Nehmen Sie an, dass N den E auf Unterlassen des Laubüberfalls verklagen wollte. Was müssten Sie als Prozessbevollmächtigte(r) für Fälle wie diesen beachten?

Bearbeitervermerk

Auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen ist – ggf. hilfsgutachterlich – einzugehen. Gehen Sie bei der Bearbeitung davon aus, dass der Wert des Grundstücks des N bzw. E durch die erbrachten Leistungen des G erhöht worden ist.

[Auszug] § 43 NachbG – Beseitigungsanspruch, Anspruch auf Rückschnitt

(1) [1]Einzelne Bäume, Sträucher und Rebstöcke, die den Grenzabstand nach den §§ 38 und 40, und Hecken, die den Grenzabstand nach § 39 Abs. 1 Nr. 3 und § 40 nicht einhalten, sind auf Verlangen des Nachbarn zu beseitigen. [2]Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Nachbar nicht bis zum Ablauf des dritten auf das Anpflanzen oder die Errichtung folgenden Kalenderjahres Klage auf Beseitigung erhoben hat. […]

Lösungsvorschlag zu Frage 1

Fallkomplex: Überfallendes Laub

A. Anspruch des N gegen E auf Unterlassung der Verschmutzung des Pools durch Laubüberfall

I. Gem. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB

N könnte gegen E einen Anspruch auf Unterlassung der Verschmutzung des Pools durch Laubüberfall gem. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB haben. Dies setzt voraus, dass zu besorgen ist, dass das Eigentum des N durch E in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt wird und N nicht zur Duldung verpflichtet ist.

* Die Klausur wurde im WiSe 2019/20 im Rahmen des Probeexamens des UNIREP der Goethe-Universität Frankfurt am Main gestellt.

** Die *Autoren* sind Wiss. Mitarbeiter und Stud. Hilfskraft im UNIREP der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

1. Eigentumsbeeinträchtigung des N

N ist Eigentümer des Grundstücks. Eine Eigentumsbeeinträchtigung liegt bei jedem dem Inhalt des Eigentumsrechts widersprechenden Zustand oder Vorgang vor, außer bei Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes.[1] Dies umfasst insbesondere Eingriffe in die Sachsubstanz, Verhinderungen und Störungen des Gebrauchs, Immissionen und Werbung. Nicht umfasst sind die Beeinträchtigung des ästhetischen oder moralischen Empfindens[2] und negative Einwirkungen. Das vom Grundstück des E herüberwehende Laub der Eiche stellt eine Immission dar.[3] Mithin liegt eine Eigentumsbeeinträchtigung vor, die keine Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes ist.

2. E als Störer

E könnte Zustandsstörer sein. Zustandsstörer ist derjenige, der die Beeinträchtigung zwar nicht verursacht hat, durch dessen maßgebenden Willen der beeinträchtigende Zustand aber aufrechterhalten wird.[4] Reine Naturereignisse sind nicht zurechenbar.[5] Etwas anderes gilt, wenn ein weiterer Beitrag des an der Sache Berechtigten hinzukommt, durch den die Gefahr der Beeinträchtigung geschaffen wurde. Das Überfallen des Laubes beruht zwar auf einem natürlichen Vorgang, E hat die Eiche aber selbst und unter Verstoß gegen die öffentlich-rechtlichen Vorgaben zum Grenzabstand angepflanzt. Hierdurch hat er die Bedingung für den Überfall des Laubes gesetzt.[6] E ist Zustandsstörer.

3. Wiederholungsgefahr

Nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB müssen weitere Beeinträchtigungen drohen, d.h. es muss die auf Tatsachen gestützte objektive ernstliche Gefahr baldiger weiterer, nicht zu duldender Störungen bestehen. Nach allgemeiner Erfahrung darf fest davon ausgegangen werden, dass sich die Beeinträchtigung in jedem Herbst zu wiederholen droht. Einer Vermutung, gestützt auf eine vorangegangene rechtswidrige Beeinträchtigung bedarf es daher nicht.[7]

4. Keine Duldungspflicht

N könnte jedoch gem. § 1004 Abs. 2 BGB i.V.m. § 906 BGB zur Duldung der Beeinträchtigung verpflichtet sein.

a) § 906 Abs. 1 S. 1 BGB

Nach § 906 Abs. 1 S. 1 BGB kann der Eigentümer Einwirkungen nicht verbieten, die die Benutzung des Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigen.

aa) Einwirkung i.S.d. § 906 Abs. 1 S. 1 BGB

Bei Laubüberfall könnte es sich um eine Einwirkung i.S.d. § 906 Abs. 1 S. 1 BGB handeln. § 906 Abs. 1 S. 1 BGB zählt nicht abschließend einige Einwirkungen auf. Laubüberfall ist zwar nicht benannt, das Tatbestandsmerkmal „ähnliche Einwirkungen“ und die Überschrift zeigen aber, dass § 906 BGB generell sog. unwägbare Stoffe erfasst. Unwägbare Stoffe zeichnen sich dadurch aus, dass sie in ihrer Ausbreitung weitgehend unkontrollierbar und unbeherrschbar sind.[8] Laubüberfall beruht auf einem natürlichen Vorgang, an dem viele, jeweils für sich nicht kontrollierbare Faktoren mitwirken. Es handelt sich daher um eine ähnliche Einwirkung i.S.v. § 906 Abs. 1 S. 1 BGB.[9]

bb) Keine unwesentliche Beeinträchtigung

Maßgebend für die Frage, ob keine bzw. eine unwesentliche Beeinträchtigung vorliegt, ist das Empfinden eines verständigen, öffentliche und private Belange berücksichtigenden Durchschnittsbenutzers des betroffenen Grundstücks in seiner durchschnittlichen Nutzung. Der Laubüberfall macht eine wöchentliche und kostspielige Reinigung des Pools erforderlich, da sonst eine Verstopfung des Filters und die Beschädigung der Poolanlage drohen. Nach dem Empfinden eines objektiven, durchschnittlichen Benutzers liegt eine nicht nur unwesentliche Beeinträchtigung der Nutzung des Grundstücks des N vor.

b) § 906 Abs. 2 S. 1 BGB

Nach § 906 Abs. 2 S. 1 BGB ist ausnahmsweise auch eine wesentliche Beeinträchtigung zu dulden, wenn diese durch eine ortsübliche Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird und nicht durch Maßnahmen verhindert werden kann, die Benutzern dieser Art wirtschaftlich zumutbar sind.

aa) Wesentliche Beeinträchtigung

Eine wesentliche Beeinträchtigung liegt vor.

bb) Ortsüblichkeit

Die Region ist wegen der zahlreichen Eichen überregional als Erholungsgebiet bekannt. Es ist daher davon auszugehen, dass es auf der Mehrheit der umliegenden Grundstücke zu

[1] *Herrler*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 79. Aufl. 2019, § 1004 Rn. 5 f.; *Fritzsche*, in: Beck’scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 58, Stand: 2021, § 1004 Rn. 35 f.
[2] Z.B. Freibad mit Nacktbaden, RGZ 76, 130 (131 f.).
[3] BGH NJW 2004, 1037; vgl. *Gursky*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 1999, § 1004 Rn. 58.
[4] BGH NJW-RR 2011, 739.
[5] BGH NJW 1985, 1773 (1774); BGH NJW-RR 2001, 1208; *Herrler* (Fn. 1), § 1004 Rn. 19.
[6] Vgl. BGH NJW 2004, 1037 (1039); BGH NJW 2004, 1035 (1036).
[7] Vgl. *Berger*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 1004 Rn. 10–13; BGH NJW 2004, 1035.
[8] BGH NJW 1992, 1389.
[9] BGH NJW 2004, 1037; *Roth*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 906 Rn. 169; *Müller*, NJW 1988, 2587 m.w.N.

Laubüberfall kommt.[10] Die Beeinträchtigung durch Laubüberfall ist daher ortsüblich.

cc) Wirtschaftliche Unzumutbarkeit der Verhinderung der Beeinträchtigung

Gleichwohl wäre die Beeinträchtigung nicht zu dulden, wenn E die Verhinderung der Beeinträchtigung zumutbar ist. Für die wirtschaftliche Zumutbarkeit sind die nachbarschaftlichen Verhältnisse, die Vor- und Nachteile, die technisch-organisatorischen Möglichkeiten und die Leistungsfähigkeit eines durchschnittlichen Benutzers zu berücksichtigen.[11] Für die Realisierung des Unterlassens der Verschmutzung des Pools sind zwei Möglichkeiten ersichtlich. Zum einen ist es denkbar, dass E die Eiche entfernen lässt. Zum anderen ließe sich der Laubüberfall durch eine Grenzzaunerhöhung vermeiden.

Die Verhinderung der Beeinträchtigung durch Beseitigung des Baums ist mangels entgegenstehender Sachverhaltsangaben technisch möglich. Allerdings ist gem. § 43 Abs. 1 S. 2 NachbG eine Beseitigungsanspruch aus Rechtsgründen ausgeschlossen.

Die Erhöhung des Grenzzaunes wäre dem millionenschweren E wohl zumutbar. Aus dem Wortlaut von § 906 Abs. 2 S. 1 BGB „Benutzern dieser Art“ geht allerdings hervor, dass es für die Leistungsfähigkeit nicht auf die des konkreten Benutzers, sondern auf die eines durchschnittlichen Benutzers ankommt.[12] Die wirtschaftliche Belastungen i.H.v. 15.000 € ist einem „üblichen“ Grundstücksbesitzern unzumutbar, weswegen auch diese Handlungsalternative ausscheidet.

dd) Zwischenergebnis

N kann den Laubüberfall gem. § 906 Abs. 2 S. 1 BGB nicht verbieten.

II. Ergebnis

Es besteht eine Duldungspflicht i.S.v. § 1004 Abs. 2 BGB. Der Anspruch auf Unterlassung der Verschmutzung durch das Laub gem. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB ist ausgeschlossen.

B. Anspruch auf Kostenersatz für Beseitigung des Laubüberfalls i.H.v. 1000 €

Fraglich ist, ob E trotz Duldungspflicht Ersatz der Kosten für die Beseitigung des Laubüberfalls i.H.v. 1000 € verlangen kann. In Betracht kommen unter anderem Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA), Bereicherungsrecht und unerlaubter Handlung.

I. Gem. §§ 677, 683, 670 BGB

Ansprüche aus der GoA setzen ein fremdes Geschäft voraus. Fremd ist ein Geschäft, wenn die Angelegenheit nicht ausschließlich eine des Geschäftsführers selbst ist, sondern zumindest auch in den Rechts- und Interessenkreis eines anderen fällt.[13] Der Laubüberfall ist von N gem. § 906 Abs. 2 S. 1 BGB zu dulden. Tatsächlich und rechtlich ist die Reinigung des Filters daher eine Angelegenheit, die in seinen Rechts- und Interessenkreis fällt. Die Reinigung ist kein fremdes Geschäft.

II. Gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB

N hat den Laubüberfall gem. § 1004 Abs. 2 BGB i.V.m. § 906 Abs. 2 S. 1 BGB zu dulden, so dass eine auf die Beseitigung gerichtete Verbindlichkeit des E nicht bestand und E keinen vermögenswerten Vorteil erlangt hat. Ein Anspruch besteht nicht.

III. Gem. §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB

Die Eigentumsverletzung ist nach § 906 Abs. 2 S. 1 BGB gerechtfertigt, weshalb ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB ausscheidet.

IV. Gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 43 NachbG

Unabhängig davon, ob § 43 NachbG ein Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB darstellt, ist die Beeinträchtigung durch das Laub nach § 906 Abs. 2 S. 1 BGB gerechtfertigt.

V. Gem. § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. nachbarlichem Gemeinschaftsverhältnis

Ein Anspruch auf Ersatz der Reinigungskosten könnte sich aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis ergeben. Rechtsprechung und herrschende Lehre verneinen jedoch eine Sonderverbindung i.S.v. § 280 Abs. 1 BGB zwischen Grundstücksnachbarn.[14] Jedenfalls aber wäre eine etwaige Pflichtverletzung gerechtfertigt.

C. Anspruch des N gegen E auf Ausgleichzahlung für den Laubüberfall

I. Gem. § 906 Abs. 2 S. 2 BGB

N könnte zumindest einen Anspruch auf einen angemessenen Ausgleich in Geld nach § 906 Abs. 2 S. 2 BGB haben. Dies setzt voraus, dass er eine Einwirkung nach § 906 Abs. 2 S. 1 BGB zu dulden hat und die Einwirkung eine ortsübliche Benutzung seines Grundstücks über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt.

[10] Vgl. *Fritzsche* (Fn. 1), § 906 Rn. 56; BGHZ 38, 61 = NJW 1962, 2341; BGHZ 111, 63 (72) = NJW 1990, 2465; BGHZ 120, 239 (260) = NJW 1993, 925.

[11] *Brückner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 906 Rn. 102–103.

[12] *Herrler* (Fn. 1), § 906 Rn. 25; *Brückner* (Fn. 11), § 906 Rn. 102.

[13] BGH NJW-RR 2001, 1284 m.w.N.; *Mansel*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 677 Rn. 3; *Gehrlein*, in: Beck’scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 58, Stand: 2021, § 677 Rn. 11 ff.

[14] Vgl. BGH NJW 1984, 729 (730); *Brückner* (Fn. 11), § 903 Rn. 40; *Herrler* (Fn. 1), § 903 Rn. 13; *Neuner*, JuS 2005, 385 (386).

1. Subsidiarität

Der Ausgleichausanspruch aus § 906 Abs. 2 S. 2 BGB ist subsidiär und greift nur, wenn andere Ansprüche fehlen.[15] Wie oben gesehen, bestehen keine anderen Ansprüche.

2. Duldungspflicht gem. § 906 Abs. 2 S. 1 BGB

Eine Duldungspflicht besteht.

3. Unzumutbare Beeinträchtigung der ortsüblichen Nutzung

Die Verschmutzung des Poolfilters müsste die ortsübliche Nutzung des Grundstücks unzumutbar machen. Maßgeblich für die Zumutbarkeit einer Beeinträchtigung ist das Empfinden eines verständigen Benutzers des betroffenen Grundstücks in dessen örtlichen Beschaffenheit, Ausgestaltung und Zweckbestimmung.[16] Die Beeinträchtigung der Nutzung des Pools durch den Laubüberfall mag zwar unzumutbar sein. Allerdings hat N als Erster in der Region einen Pool im Garten errichtet. Da diese Nutzung nicht ortsüblich ist, muss sie bei der Bewertung der Zumutbarkeit außer Betracht bleiben. Die ortsübliche Nutzung des restlichen Teils des Grundstücks ist wegen der Belegenheit der Grundstücke in dem für seine zahlreichen Eichenbäume überregional bekannten Erholungsgebiet nicht unzumutbar beeinträchtigt.

Anmerkung: a.A. vertretbar.

II. Ergebnis

Ein Anspruch auf Ausgleichzahlung gem. § 906 Abs. 2 S. 2 BGB besteht ebenfalls nicht.

Fallkomplex: Der Apfelbaum

A. Anspruch des E gegen N auf Herausgabe der Äpfel

I. Gem. § 985 BGB

E könnte gegen N einen Anspruch auf Herausgebe der Äpfel gem. § 985 BGB haben. Dies setzt voraus, dass E Eigentümer der Äpfel und N Besitzer ohne Besitzrecht ist.

1. Besitz

Nach lebensnaher Sachverhaltsauslegung ist N unmittelbarer Besitzer nach § 854 BGB.

2. Eigentum

Das Grundstückseigentum des E erstreckt sich zugleich auf die wesentlichen Bestandteile des Grundstücks, auch auf Bäume, Äste und Früchte §§ 946, 94 Abs. 1 S. 1 und S. 2, 99 Abs. 1 Var. 1 BGB. Dies gilt entgegen § 905 BGB auch dann, wenn Früchte auf das Nachbargrundstück überhängen.[17] Das Eigentum ging auch nicht durch die Trennung der Äpfel vom Baum verloren, §§ 953 ff. BGB.

3. Eigentumsverlust durch Aneignungsrecht des N

E könnte das Eigentum an den Äpfeln jedoch nach §§ 911 S. 1, 910 Abs. 1 S. 2 BGB verloren haben. Nach § 911 S. 1 BGB gelten Früchte, die von einem Baume auf ein Nachbargrundstück hinüberfallen, als Früchte dieses Grundstücks.

a) *Früchte*

Äpfel sind Früchte im engsten Sinn.[18]

b) Überfall

Die Äpfel müssten auf das Grundstück des N hinübergefallen sein. Dies ist wörtlich zu verstehen; die Vorschrift gewährt nur ein Recht auf Fallobst.[19] Der Grund für das Hinüberfallen (Wind, Regen etc.) ist unerheblich.[20] Nach dem Telos findet § 911 BGB keine Anwendung, wenn der Nachbar die Früchte selbst pflückt oder abschüttelt.[21] N ließ den Ast des Apfelbaumes durch G entfernen. Ein Hinüberfallen ist demnach nicht gegeben.

c) Überfall kraft gesetzlicher Bestimmung

Eine Ausnahme gilt, wenn dem Nachbar ein Selbsthilferecht nach § 910 BGB wegen des herüberragenden Zweigs zustand. Schneidet er ihn berechtigt ab, erwirbt er das Eigentum an den daran hängenden Früchten.[22] Das Selbsthilferecht nach § 910 Abs. 1 S. 2 BGB setzt voraus, dass der Eigentümer dem Besitzer des Nachbargrundstücks eine angemessene Frist zur Beseitigung bestimmt hat und die Beseitigung nicht innerhalb der Frist erfolgt ist.

Gem. § 910 Abs. 2 BGB muss ferner eine objektive Beeinträchtigung der Grundstücksnutzung vorliegen. Eine solche liegt vor, wenn die vom Eigentümer frei wählbare Grundstücksbenutzung im Vergleich zum Zustand ohne Überwuchs nach objektiven Maßstäben nicht nur ganz unerheblich beeinträchtigt ist.[23] Das subjektive Empfinden des Beeinträchtigten ist unerheblich.[24] Kriterien sind Höhe und Weite des herüberragenden Astes und die Behinderung des Wuchses eigener Pflanzen (str.).[25] Der Ast reicht auf relativ niedriger Höhe (ca. ein Meter) recht weit (zwei Meter) über die Grenze auf das Grundstück des N, was für eine objektive Beeinträchtigung spricht. Die Entziehung von Wasser reicht hingegen nicht aus, um eine objektive Beeinträchtigung der Grundstücksnutzung anzunehmen; dies gilt insbesondere bei bloßen

[15] BGH NJW 2004, 603 (605).
[16] *Herrler* (Fn. 1), § 906 Rn. 28; *Brückner* (Fn. 11), § 906 Rn. 184 ff.
[17] *Roth* (Fn. 9), § 911 Rn. 4; *Brückner* (Fn. 11), § 911 Rn. 4.
[18] *Brückner* (Fn. 11), § 911 Rn. 3; z.B. Obst, Eicheln, Baumblätter etc.
[19] *Fritzsche* (Fn. 1), § 911 Rn. 3.
[20] *Roth* (Fn. 9), § 911 Rn. 3.
[21] Ebda.; Ansonsten wären auch Diebe schutzwürdig, *Brückner* (Fn. 11), § 911 Rn. 6.
[22] *Roth* (Fn. 9), § 911 Rn. 3; *Brückner* (Fn. 11), § 911 Rn. 6; es ist gut vertretbar, § 910 Abs. 1 S. 2 BGB nach § 911 BGB eigenständig zu prüfen.
[23] *Herrler* (Fn. 1), § 910 Rn. 3; OLG Koblenz MDR 2014, 25; OLG Köln NJW-RR 1997, 656.
[24] Vgl. BGHZ 157, 33 (39); *Gursky* (Fn. 3), § 910 Rn. 18.
[25] Vgl. *Gursky* (Fn. 3), § 910 Rn. 18 ff.

Ziergärten.[26] Zudem stellt der Entzug von Wasser nur eine Befürchtung von N dar und ist nicht bewiesen. Ob die Entziehung von Licht und Luft eine abwehrfähige Beeinträchtigung darstellt, ist streitig, wird im Ergebnis aber von deren Intensität abhängen müssen.[27] Dies kann offenbleiben, wenn sich eine nicht hinzunehmende Beeinträchtigung aus einem anderen Grund ergibt. N kann die Gartenbank, die sich unter dem Ast befindet, nicht nutzen.[28] Hierdurch wird N in seiner frei wählbaren Grundstücksbenutzung im Vergleich zum Zustand ohne Überwuchs objektiv nicht nur ganz unerheblich beeinträchtigt. Besondere Gründe für eine Duldungspflicht oder die Pflicht, die Bank umzustellen, bestehen nicht.[29]

N müsste eine angemessene Frist gesetzt haben. Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalls.[30] N hat am 1.10. eine Frist von einer Woche bis zum 8.10. gesetzt, was in Anbetracht der niedrigen Wuchshöhe und der auch sonst unkomplizierten und kostengünstigen Entfernung angemessen war. Der Umstand, dass E vor Ablauf der Frist in Urlaub fuhr, ist für die Bemessung der Angemessenheit der Frist unbeachtlich. Da E den Ast nicht beseitigt hat, lief die Frist erfolglos ab.

d) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen des Aneignungsrechts gem. § 911 S. 1 BGB i.V.m. § 910 Abs. 1 S. 2 BGB lagen vor.

II. Ergebnis

N ist Eigentümer der Äpfel geworden. Ein Anspruch des E auf Herausgabe gem. § 985 BGB besteht nicht.

B. Anspruch des N gegen E auf Kostenersatz für Beseitigung und Entsorgung des Astes i.H.v. 35 €

N könnte gegen E zusätzlich einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Beseitigung und Entsorgung des Astes i.H.v. 35 € haben.

I. Gem. §§ 677, 683, 670 BGB

Ein Anspruch könnte sich zunächst aus §§ 677, 683, 670 BGB ergeben. N müsste ein Geschäft für E besorgt haben, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber berechtigt gewesen zu sein.

1. Kostenersatzanspruch neben Selbsthilferecht i.S.d. § 910 BGB?

Fraglich ist zunächst, ob neben dem Selbsthilferecht aus § 910 BGB ein Kostenersatzanspruch bestehen kann. Dies hätte zur Folge, dass N sowohl Ast und Früchte behalten als auch die Kosten der Erlangung ersetzt verlangen könnte. Teils wird vertreten, dass § 910 BGB eine Sperrwirkung entfaltet,[31] sodass der Selbsthilfeberechtigte keinen Kostenersatz verlangen kann. Dafür spricht, dass die schuldnerschützende Regelung des § 887 ZPO unterlaufen werden könnte.[32] Hiernach muss sich der Gläubiger aus § 1004 BGB erst einen vollstreckbaren Titel besorgen, um die Handlung auf Kosten des Schuldners vornehmen lassen zu können. Andererseits würde der Ausschluss des Erstattungsanspruchs die Vorschrift des § 910 BGB weitgehend entwerten. Der Selbsthilfeberechtigte könnte die Ausübung des Selbsthilferechts scheuen, wenn anfallende Kosten nicht oder nur unter den Voraussetzungen des § 887 ZPO erstattungsfähig wären. Die Rechtsprechung geht daher von einer echten Anspruchskonkurrenz aus.[33] Die Vorschrift des § 910 BGB soll die Rechte des Nachbarn durch Einräumung eines zusätzlichen Selbsthilferechts ausschließlich verbessern.[34] § 910 BGB steht einem Kostenersatzanspruch nach anderen Vorschriften nicht entgegen.

2. Besorgung eines fremden Geschäfts

Ein Geschäft ist jede Tätigkeit, außer bloßem Unterlassen oder Dulden.[35] Die Beseitigung und Entsorgung des Astes durch G im Auftrag des N ist ein Geschäft in diesem Sinn.

Die Ausübung des Selbsthilferechts fällt in den Interessen- und Rechtskreis des E und N. Der Überwuchs des Astes stellte eine Eigentumsbeeinträchtigung des N i.S.d. § 1004 Abs. 1 BGB dar, die nicht nach §§ 1004 Abs. 2, 910 Abs. 2 BGB zu dulden war.[36] E war daher zur Beseitigung verpflichtet. N hingegen stand gem. § 910 BGB das Recht zu, den überhängenden Ast samt Äpfeln zu entfernen. Mithin lag ein auch-fremdes Geschäft vor.

3. Fremdgeschäftsführungswille

N müsste mit Fremdgeschäftsführungswille gehandelt haben. Er hat E eine Frist zur Beseitigung des Astes gesetzt, was dafürspricht, dass N die Beseitigung nicht als zum eigenen Interessenkreis gehörende Aufgabe ansah. N muss das Geschäft also mit Fremdgeschäftsführungswille geführt haben. Auf dessen widerlegbarer Vermutung kommt es daher nicht an.

[26] *Fritzsche* (Fn. 1), § 910 Rn. 8; OLG Köln NJW-RR 1997, 656; die Grundstücksnutzung wird nicht beeinträchtigt durch Überwuchs von 2 m in 2 m Höhe in einen Ziergarten.
[27] Ausreichend *Gursky* (Fn. 3), § 910 Rn. 20; a.A. AG Frankfurt a.M NJW-RR 1990, 146.
[28] Wird ein Privatweg durch einen herüberragenden Ast verengt, liegt hierin eine objektive Beeinträchtigung der Grundstücksnutzung; *Gursky* (Fn. 3), § 910 Rn. 18; auch wenn Gartenarbeiten nur in gebückter Haltung vorgenommen werden können, liegt eine obj. Beeinträchtigung vor, *Gursky* (Fn. 3), § 910 Rn. 20.
[29] Ggf. über nachbarschaftliches Gemeinschaftsverhältnis.
[30] *Gursky* (Fn. 3), § 910 Rn. 14.
[31] *Armbrüster*, NJW 2003, 3087 (3089).
[32] Vgl. OLG Karlsruhe NJW 2012, 1520 (1521 Rn. 27).
[33] Siehe BGH NJW 2004, 603.
[34] *Brückner* (Fn. 11), § 910 Rn. 22.
[35] *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 79. Aufl. 2019, § 677 Rn. 2.
[36] BGH NZM 2005, 318; KG NJW 2008, 3148; OLG Schleswig NJOZ 2011, 344; *Herrler* (Fn. 1), § 910 Rn. 1.

4. Ohne Auftrag/sonstige Berechtigung

§ 910 Abs. 1 S. 2 BGB enthält keine abschließende Kostentragungsregelung. N handelte ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung i.S.v. § 677 BGB.[37]

5. Berechtigung zur Geschäftsführung

Die Geschäftsführung müsste gem. einer der §§ 683 S. 1, 683 S. 2, 679, 684 S. 2 BGB berechtigt gewesen sein.[38]

Die Entfernung des Astes war objektiv nützlich, da E von seiner Beseitigungspflicht aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB befreit wurde. Allerdings war er als überzeugter Naturfreund nicht willens, die Äste seiner Bäume abzuschneiden, § 683 S. 1 BGB.

Auch lag die Pflicht des E zum Abschneiden des Astes weder im öffentlichen Interesse noch diente sie der rechtzeitigen Erfüllung einer Unterhaltspflicht, §§ 683 S. 2, 679 BGB.

E hat die Geschäftsführung auch nicht ausdrücklich genehmigt, §§ 684 S. 2, 184 BGB. Indem E die Äpfel herausverlangte, könnte er die Geschäftsführung zwar konkludent genehmigt haben, §§ 133, 157 BGB. Allerdings liegt diese Annahme eher fern. Eine Genehmigung der Geschäftsführung ist aus Sicht des E nur nachteilig. Sie würde dazu führen, dass er für etwas bezahlen muss, was ihm aus seiner Sicht (§§ 953 ff. BGB) ohnehin zusteht.

> *Anmerkung*: A.A. bei entsprechender Argumentation vertretbar.

6. Zwischenergebnis

Ein Anspruch des N gegen E aus §§ 677, 683, 670 BGB auf Ersatz der erforderlichen Kosten i.H.v. 35 € besteht nicht.

II. Gem. §§ 684 S. 1, 818 Abs. 2 BGB

Ein Anspruch könnte sich daher aus §§ 684 S. 1, 818 Abs. 2 BGB ergeben. Die Voraussetzungen des § 683 BGB liegen nicht vor. Der Geschäftsherr E ist verpflichtet, dem Geschäftsführer N alles, was er durch die Geschäftsführung erlangt, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben.

1. Umfang des Herausgabeanspruchs

a) § 818 Abs. 1 BGB

Der Geschäftsführer kann kraft Rechtsfolgenverweisung[39] auf §§ 812 ff. BGB herausverlangen, was der Geschäftsherr durch die GoA als dauernde Vermögensmehrung erlangt hat: Dabei kann es sich um eine gegenständliche Vermögensmehrung, eine Schuldbefreiung, ersparte Aufwendungen oder einen abgewendeten Vermögensschaden handeln.[40] N hat durch das Abschneiden und Entsorgen des Astes Aufwendungen auf den Baum getätigt, die E seinerseits erspart hat. Diese können nicht in natura herausgegeben werden.

b) § 818 Abs. 2 BGB

Soweit die Herausgabe unmöglich ist, richtet sich der Anspruch auf Ersatz in Geld gem. § 818 Abs. 2 BGB. Für ersparte Aufwendungen des Geschäftsherrn E kann der Geschäftsführer N nur insoweit Ersatz verlangen, als seine Aufwendungen dem Geschäftsherrn tatsächlich zugutekommen. Der Wert des Grundstücks des E ist durch die erbrachten Leistungen des G i.H.v. 35 € gestiegen.

c) § 818 Abs. 3 BGB

Allerdings könnte der Anspruch i.H.v. 10 € ausgeschlossen sein. Nach den Grundsätzen der aufdrängenden Bereicherung bestimmt sich die Bereicherung aus der Perspektive des Geschäftsherrn, hier E, nicht nach objektiven Maßstäben.[41] E hätte den abgeschnittenen Ast im eigenen Ofen verfeuert, sodass die Kosten der Entsorgung des Astes subjektiv überflüssig waren. Der Wertersatz ist daher i.H.v. 10 € ausgeschlossen.

2. Zwischenergebnis

N hat gegen E einen Anspruch nur i.H.v. 25 €.

III. Gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB

Daneben könnte N ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB zustehen. Dies setzt voraus, dass E etwas in sonstiger Weise auf dessen Kosten des N und ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Zum Kostenersatzanspruch neben dem Selbsthilferecht (siehe oben).

1. „etwas erlangt“

E hat die Befreiung von der negatorischen Beseitigungspflicht aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB eine wirtschaftlich vorteilhafte Position erlangt.[42]

2. „in sonstiger Weise/auf Kosten des N“

Dies geschah in sonstiger Weise und auf Kosten des N, da N durch den mit G geschlossenen Werkvertrage die Kosten für die Beseitigung und Entsorgung des Astes i.H.v. 35 € gezahlt hat, die nach § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB E hätte tragen müssen.

3. „ohne Rechtsgrund“

E hat die Befreiung von der Pflicht ohne rechtlichen Grund erlangt, da die unberechtigte GoA im Gegensatz zur berechtigten GoA keinen Rechtsgrund i.S.d. §§ 812 ff. BGB darstellt.

---

[37] Vgl. *Schäfer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 677 Rn. 76.

[38] *Sprau* (Fn. 35), Vorb. §§ 677 ff. Rn. 4; *Gehrlein* (Fn. 13), § 677 Rn. 3.

[39] RGZ 81, 206; BGH WM 1976, 1060; *Sprau* (Fn. 35), § 684 Rn. 1; *Kastrup*, Jura 2014, 223; a.A. *Gursky*, AcP 1985, 40.

[40] *Gehrlein* (Fn. 13), § 684 Rn. 1.

[41] Vgl. *Schwab*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 818 Rn. 227 m.w.N.

[42] Vgl. BGHZ 60, 235 (243) = NJW 1973, 703; 312?; *Roth* (Fn. 9), § 910 Rn. 12.

4. Umfang des Wertersatzes (§ 818 Abs. 2 BGB)

Fraglich ist der Umfang des Wertersatzes. Grundsätzlich schuldet der Störer den Betrag, den er zur Erfüllung seiner Verpflichtung aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB hätte aufwenden müssen, aber nicht mehr als die tatsächlichen Aufwendungen des Gestörten.[43] Die Rechtsprechung nimmt an, dass der negatorische Beseitigungsanspruch nicht nur zum bloßen Rückzug aus der fremden Rechtssphäre verpflichtet[44], sondern auch Beeinträchtigungen umfasst, die erst durch die Beseitigung der primären Störungsquelle entstehen.[45] Dazu gehört auch die Entsorgung des Astes, die erst durch das Absägen notwendig wurde. E schuldete daher auch die Entsorgung des Astes.

Allerdings hätte E für die Erfüllung seiner Verpflichtung aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB nur 25 € aufwenden müssen. In Höhe der 10 € besteht eine aufgedrängte Bereicherung.

5. Zwischenergebnis

N hat gegen E einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Beseitigung des Astes i.H.v. 25 € gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB.

IV. Gem. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 281 BGB analog

N könnte einen Anspruch in voller Höhe (35 €) aus. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 281 BGB analog haben.

1. Anspruchsvoraussetzungen des § 1004 Abs.1 BGB

Der Überwuchs des Astes auf das Grundstück des N stellt eine Eigentumsbeeinträchtigung i.S.d. § 1004 Abs. 1 BGB dar, die nicht nach §§ 1004 Abs. 2, 910 Abs. 2 BGB zu dulden ist.

2. Anspruchsvoraussetzungen des § 281 BGB

a) Schuldverhältnis

Ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB setzt voraus, dass der Schuldner eine Pflicht aus einem Schuldverhältnis verletzt hat. § 1004 BGB und § 985 BGB sind aus dem Eigentum abgeleitete dingliche Ansprüche.[46] Sie dienen primär der Verwirklichung der Eigentümerbefugnisse aus § 903 S. 1 BGB und sind nicht als Schuldverhältnis zu qualifizieren.[47]

b) Analoge Anwendung

Fraglich ist, ob § 281 BGB analog auf den negatorischen Beseitigungsanspruch Anwendung finden kann.[48] Hierfür müsste eine planwidrige Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage vorliegen.[49]

aa) Vergleichbarere Interessenlage

Der negatorische Beseitigungsanspruch aus § 1004 BGB müsste einem Schuldverhältnis i.S.v. §§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 BGB hinreichend ähnlich sein.[50] Teilweise wird eine Vergleichbarkeit von der Literatur verneint. Der negatorische Beseitigungsanspruch gewährleiste ausschließlich die Freiheit des Eigentums von Beeinträchtigungen Dritter. In Verbindung mit §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB würde er dagegen der Verwertung der Sache dienen.[51] Andererseits stellt sich auch beim negatorische Beseitigungsanspruch die Frage, was bei Unmöglichkeit, Nicht-, Schlecht- oder verzögerter Leistung geschehen soll. § 990 Abs. 2 BGB zeigt, dass der Gesetzgeber nicht nur die Integrität des Eigentums, sondern auch dessen Nutzungswert und Verwertbarkeit im Blick hat.[52] Dies sind schuldrechtsspezifische Aspekte, die nicht nur den Anspruch aus § 985 BGB, sondern auch den Anspruch aus § 1004 BGB betreffen. Auch § 906 Abs. 2 S. 2 BGB zeigt den Vermögensbezug des Eigentums.[53] § 1004 BGB hat daher zumindest einen obligationsähnlichen Charakter. Es spricht einiges für die Vergleichbarkeit der Interessenlagen.

bb) Planwidrige Regelungslücke[54]

Angesichts der Vergleichbarkeit der Interessenlagen ist davon auszugehen, dass die Regelungslücke planwidrig ist.

c) Zwischenergebnis

§ 281 Abs. 1 BGB ist analog anwendbar.

> *Anmerkung*: A.A. mit den Argumenten der ablehnen Ansicht gut vertretbar.

3. Pflichtverletzung und Vertretenmüssen

E müsste eine gegenüber N bestehende Pflicht in zu vertretender Weise verletzt haben. Anknüpfungspunkt ist das pflichtwidrige Unterlassen der Beseitigung und Entsorgung des Astes. Spätestens ab dem Zeitpunkt, in dem E die Eigentumsbeeinträchtigung des N bewusst aufrechterhält, liegt Verschulden vor, § 276 Abs. 1 Var. 1 BGB.

4. Schaden

Die Grundstücksbeeinträchtigung durch den herüberhängenden Ast stellt keine Beschädigung dar, sodass N nicht nach

[43] BGH NJW-RR 2003, 953 (955); *Raff*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 1004 Rn. 279.
[44] So die usurpations- und actus-contrarius-Theorie.
[45] BGH NJW 2004, 603; BGH NJW 2005, 1366.
[46] *Herrler* (Fn. 1), § 1004 Rn. 1.
[47] *Weiss*, JuS 2012, 965 (967).
[48] OLG Karlsruhe NJW 2012, 1520 (1521 Rn. 29); aber: vgl. BGH NJW 2012, 1080 (1080 Rn. 10 ff.); *Dornis*, ZJS 2012, 270 (272).
[49] BGH NJW 2015, 1176 (1176 Rn. 9).
[50] BGH NJW 2016, 3235 (3236 Rn. 13).
[51] *Gursky* (Fn. 3), § 1004 Rn. 159, 168; *Herrestahl/Riehm*, NJW 2005, 1457 (1461); *Baldus* (Fn. 43), § 1004 Rn. 275–280; BGH NJW 2016, 3235 (3236 Rn. 13).
[52] *Bezzenberger*, JZ 2005, 373 (376).
[53] Ebda.
[54] BGH NJW 2016, 3235; *Weiss*, JuS 2012, 965 (968); *Lettl*, JuS 2005, 871 (874).

§ 249 Abs. 2 BGB, sondern nur nach § 250 BGB Geldersatz verlangen kann. E hat die Herstellung ernsthaft und endgültig verweigert, sodass die Setzung einer grundsätzlich erforderlichen Frist mit Ablehnungsandrohung entbehrlich war.[55] N kann die zur Herstellung erforderlichen Kosten i.H.v. 35 € verlangen.

5. Zwischenergebnis

N hat einen Anspruch i.H.v. 35 € gem. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 281 BGB analog.

V. Gem. § 823 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch i.H.v. 35 € ergibt sich ferner aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1, 250 BGB. Das Herüberhängen des Astes stellt, angesichts der Nutzungsbeeinträchtigung und der Wertung aus § 910 BGB, eine Eigentumsbeeinträchtigung des Grundstücks des N dar. E ist für seinen Baum verkehrssicherungspflichtig und hat dafür Sorge zu tragen, dass von dem Baum keine wesentliche Beeinträchtigung für das Nachbargrundstück ausgeht. Die Beseitigung der Beeinträchtigung unterließ E vorsätzlich (siehe oben). N durfte sich nach Ablauf der Frist zur Beauftragung des G herausgefordert fühlen.[56]

VI. Gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1004 BGB

Schließlich hat N gegen E einen Anspruch i.H.v. 35 € auch noch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1004 BGB, da § 1004 BGB Schutzgesetz im Sinne dieser Vorschrift ist[57] und E es schuldhaft unterlassen hat, den Ast zu beseitigen.

VII. Gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 910 BGB

Der sachliche Schutzbereich des § 910 BGB erschöpft sich im Abtrennungs- und Aneignungsrecht zum Zwecke der Befriedung des nachbarlichen Zusammenlebens. § 910 BGB ist kein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB.[58]

Lösungsvorschlag zur Frage 2

Zu beachten ist, dass für eine Klage wegen nachbarschaftlicher Streitigkeiten nach § 15a Abs.1 S. 1 Nr. 2 EGZPO ein obligatorischer Schlichtungsversuch vorgeschaltet werden muss. Eine ohne den Einigungsversuch erhobene Klage ist als unzulässig abzuweisen.[59]

[55] Vgl. *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 79. Aufl. 2019, § 250 Rn. 2.
[56] Vgl. *Armbrüster*, JuS 2007, 605 (607).
[57] *Herrler* (Fn. 1), § 1004 Rn. 49; BGH NJW 1993, 925; BGH NJW 1988, 1778.
[58] OLG Celle BeckRS 2004, 10372; *Herrler* (Fn. 1), § 910 Rn. 1.
[59] BGH NJW 2005, 437.

Referendarexamensklausur: Die fiesen Tricks der Arbeitgeber

Von Wiss. Mitarbeiterin **Lisa Wiese**, Stud. Hilfskraft **Adrian Schildheuer**, Leipzig*

Gegenstand der Klausur ist die Entscheidung „Recht auf Vergessen II“ des BVerfG[1]*, in der das Gericht bei der grundrechtlichen Überprüfung der Rechtsanwendung im unionsrechtlich determinierten Bereich auf die EU-Grundrechtecharta zurückgreift. Die Anwendung der Grundrechtecharta durch das BVerfG stellt eine Neupositionierung der nationalen Grundrechtskontrolle dar, weshalb der Fall und dessen klausurmäßige Bearbeitung eine besonders hohe Examensrelevanz aufweist. In prozessualer Hinsicht problematisch ist zunächst die Beschwerdebefugnis, da bereits hier die streitige Frage der Anwendung der Unionsgrundrechte statt oder neben der nationalen Grundrechte aufkommt. Weiterer Problemschwerpunkt in materieller Hinsicht ist eine Verletzung von Art. 7 und 8 GRCh, der Drittwirkung von Unionsgrundrechten und der Frage nach einem multipolaren Grundrechtsverhältnis und dessen Umgang in der Fallbearbeitung.*

Sachverhalt

Im Januar 2010 strahlte der Norddeutsche Rundfunk (NDR) einen Beitrag des Fernsehmagazins „Ausblick“ mit dem Titel „Kündigung: Die fiesen Tricks der Arbeitgeber“ aus.

In dem Beitrag wurde auch der Fall eines gekündigten ehemaligen Mitarbeiters des von Berta Böse (B) als Geschäftsführerin geleiteten Unternehmens dargestellt. In dem Beitrag wurde B, in Anknüpfung an die geplante Gründung eines Betriebsrats, ein unfairer Umgang mit dem Mitarbeiter vorgeworfen. B hatte selbst im Interview gegenüber den Reportern zur Kündigung des Mitarbeiters Stellung genommen.

Der NDR stellte eine Datei mit dem Transkript des „Ausblick“-Beitrags auf seiner Internetseite ein. Bei Eingabe des vollständigen Namens der B in die Suchmaske von Google (G) wurde als eines der ersten Ergebnisse die Verlinkung auf den „Ausblick“-Beitrag angezeigt.

B forderte G zur Unterlassung der Anzeige des Links durch die Suchmaschine auf. Nachdem G der Unterlassungsforderung der B nicht nachgekommen war, beschritt B den Rechtsweg, der jedoch auch letztinstanzlich erfolglos blieb.

B legt daraufhin Verfassungsbeschwerde beim BVerfG ein. Sie macht geltend, dass sie in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung verletzt sei. B hält die Verfassungsbeschwerde schon deshalb für zulässig, weil es doch nicht sein könne, dass ihr Grundrechtsschutz „nur wegen Luxemburg“ verkürzt werde. Das BVerfG müsse zur Not die Grundrechte der Union anwenden. B berichtete zudem, dass sich Menschen in ihrem privaten Umfeld von ihr abwenden, wenn sie ihren Namen zuvor bei G gesucht hatten.

G hält eine Verfassungsbeschwerde schon deshalb für unzulässig, weil es sich hier um einen vollharmonisierten Bereich nach der DSGVO handelt, indem die deutschen Grundrechte keine Anwendung finden. G wendet zudem ein, dass seine Tätigkeit schon als Unternehmen geschützt sei. Auch könnte sich G hier auf die Meinungsfreiheit berufen. Außerdem hätte sich B sowieso erst gegen den NDR wenden und die Entfernung des Beitrags verlangen können. Schließlich verlinke G lediglich den NDR-Beitrag.

Prüfen Sie die Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde!

Bearbeitervermerk

Es ist davon auszugehen, dass der Sachverhalt von der DSGVO erfasst ist und die DSGVO einen Löschanspruch (Art. 17 DSGVO) enthält. Das Medienprivileg nach Art. 85 GRCh ist zugunsten der G nicht anwendbar. Die DSGVO ist mit dem primären Unionsrecht vereinbar.

Die Verfassungsbeschwerde ist frist- und formgerecht erhoben worden.

Lösung

A. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

I. Beschwerdefähigkeit

B ist Grundrechtsträgerin und als „jedermann“ nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG beschwerdefähig.

II. Beschwerdegegenstand

Die Verfassungsbeschwerde muss sich gegen einen tauglichen Beschwerdegegenstand richten. Tauglicher Gegenstand kann jeder Akt öffentlicher Gewalt sein (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG). B wendet sich hier gegen das letztinstanzliche Urteil, sodass dahinstehen kann, ob auch die DSGVO tauglicher Beschwerdegegenstand sein kann.[2] Das Urteil des Fachgerichts ist ein Akt deutscher Hoheitsgewalt (Judikative) und damit ein tauglicher Beschwerdegegenstand.

III. Beschwerdebefugnis

Die Beschwerdeführerin B müsste gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG behaupten, durch die öffentliche Gewalt in einem ihrer Grundrechte verletzt zu sein. Es müsste zumindest die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung bestehen.

Eine Verletzung der Grundrechte i.S.v. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 Abs. 1 BVerfGG könnte hier schon ausscheiden, wenn aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts nicht die nationalen Grundrechte, sondern die Grundrechtecharta anzuwenden wäre, und diese gerade nicht zum Prüfungsmaßstab der Verfassungsbeschwerde gehört.

* Die *Autorin* ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht und Öffentliches Recht (Prof. *Dr. Stephanie Schiedermair*) der Juristenfakultät der Universität Leipzig. Der *Autor* ist Stud. Hilfskraft am gleichen Lehrstuhl.

[1] BVerfGE 152, 216.

[2] *Gersdorf*, Verfassungsprozessrecht und Verfassungsmäßigkeitsprüfung, 5. Aufl. 2019, Rn. 18; vgl. BVerfGE 73, 339 (387); 89, 155 (175).

1. Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte

Es könnte vorliegend die Grundrechtecharta gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh anwendbar sein. Die Grundrechtecharta gilt für die Mitgliedstaaten nur bei der „Durchführung" des Unionsrecht.

Das BVerfG ist bisher davon ausgegangen, dass eine Durchführung von Unionsrecht nur bei einer Vollharmonisierung vorliegt und dem Mitgliedsstaat kein Gestaltungsspielraum verbleibt,[3] während der EuGH schon dann eine Durchführung angenommen hat, wenn eine nationale Vorschrift letztlich in den Geltungsbereich des Unionsrecht fällt.[4]

Grundsätzlich handelt es sich bei einer europäischen Verordnung (Art. 288 Abs. 2 AEUV) wie der DSGVO um eine unionsrechtlich vollständige vereinheitlichte Rechtsmaterie. Das Medienprivileg nach Art. 85 Abs. 2 DSGVO, welches den Mitgliedstaaten einen Gestaltungsspielraum lässt, ist laut Bearbeitervermerk nicht anwendbar, sodass sich ein Anspruch auf „Auslistung" im Suchmaschinenportal aus anderen Vorschriften der DSGVO ergeben könnte, die abschließende und zwingende Vorgaben enthalten und den Mitgliedstaaten keinen Gestaltungsspielraum überlassen.[5]

Es liegt damit eine unionsrechtlich determinierte Lage vor, sodass der Anwendungsbereich der Grundrechtecharta sowohl nach dem BVerfG als auch dem EuGH zunächst eröffnet ist.

2. Anwendbarkeit der deutschen Grundrechte

Fraglich ist, ob die deutschen Grundrechte neben den Unionsgrundrechten oder die Unionsgrundrechte allein anwendbar sind. Im Falle einer unionsrechtlichen Regelung ohne Gestaltungsspielraum sollen nach dem EuGH nur die Unionsgrundrechte anwendbar sein.[6]

Das Unionsrecht genießt gegenüber dem mitgliedstaatlichen Recht einen Anwendungsvorrang.[7] Die Nichtanwendbarkeit der deutschen Grundrechte folgt jedoch nicht schon aus dem Anwendungsvorrang selbst, sondern bedarf einer verfassungsrechtlichen Begründung.[8] Der unionalen Anwendungsvorrangs wird verfassungsrechtlich durch den in den Zustimmungsgesetzen enthaltenen Rechtsanwendungsbefehl begründet, wodurch dieser auch innerstaatliche Wirkung erlangt.[9] Denn wenn die Union im Rahmen der ihr übertragenen Hoheitsbefugnisse vollvereinheitlichende Regelungen schafft, dann bedarf es der einheitlichen Anwendung und des einheitlichen Grundrechtsschutzes, denn andernfalls wäre das Ziel der Rechtsvereinheitlichung nicht erreichbar.[10] Ein nationaler Grundrechtsschutz würde dieses Ziel gerade „konterkarieren", denn es ist gerade nicht davon auszugehen, dass die Grundrechtecharta und der Grundrechtsstandard nach dem Grundgesetz deckungsgleich sind.[11] Das BVerfG geht daher zurecht von einem „Eigenstand der Grundrechtsschutzsysteme"[12] aus.

Die Grundrechte des Grundgesetzes werden somit aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts durch die Unionsgrundrechte „unter dem Vorbehalt, dass der Grundrechtsschutz durch die stattdessen zur Anwendung kommenden Grundrechte der Union hinreichend wirksam ist", verdrängt.[13]

Es ist davon auszugehen, dass in der Union ein Grundrechtsschutz besteht, der im Wesentlichen gleich zu achten ist.[14] Die Anwendung der deutschen Grundrechte in ihrer Reservefunktion scheidet damit aus.

Da es hier um die Anwendung vollständig determinierten Unionsrechts geht, sind die deutschen Grundrechte nicht anwendbar.[15]

3. Unionsgrundrechte als Prüfungsmaßstab

Im Fall der Nichtanwendbarkeit der deutschen Grundrechte könnte aber die Grundrechtecharta als Prüfungsmaßstab der Verfassungsbeschwerde in Betracht kommen, sodass eine Verletzung der Grundrechte nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG nicht von vornherein unmöglich ist.

Vorliegend geht es allein um die grundrechtskonforme Anwendung des Unionsrechts „im Lichte der für den Einzelfall konkretisierungsbedürftigen Grundrechte der Charta".[16] Das BVerfG scheint sich hier insoweit selbst sogar in der Pflicht zu sehen, Grundrechtsschutz durch die Unionsgrundrechte zu gewährleisten.[17]

Ob die Grundrechtecharta Prüfungsmaßstab der Verfassungsbeschwerde sein kann, hängt letztlich von der Auslegung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG ab.[18]

---

[3] BVerfGE 118, 79 (95); 125, 260 (307).
[4] EuGH NJW 2013, 1415 (1415 f. Rn. 19, 21).
[5] BVerfGE 152, 216 (230 Rn. 34).
[6] EuGH NJW 2013, 1215 (1219 Rn. 57 ff.).
[7] EuGH Slg. 1964, 1251 (1269 ff.); 1970, 1125 (1135); 1978, 629 (644); die Mitgliedstaaten haben den ungeschriebenen Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor dem nationalen Recht mit der Erklärung Nr. 17 zum Vertrag von Lissabon (ABl. EU 2007 C 306, 256) ausdrücklich bestätigt; vgl. *Hufeld*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. 10, 3. Aufl. 2012, § 215 Rn. 5.
[8] Vgl. *Cornils*, AöR 129 (2004), 336 (342) m.w.N.
[9] BVerfGE 123, 167 (400); 129, 78 (99); 123, 366 (384); 152, 216 (235 Rn. 47); so auch *Hillgruber*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Grundgesetz, Kommentar, 14. Aufl. 2018, Art. 23 Rn. 31.
[10] BVerfGE 152, 216 (233 f. Rn. 44); Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG spricht selbst dafür, dass die Geltung der deutschen Grundrechte im Interesse der Integrationsfähigkeit eingeschränkt werden kann, so *Uerpmann-Wittzack*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 23 Rn. 26; a.A. wohl *F. Kirchhof*, NVwZ 2014, 1537 (1540 f.).
[11] BVerfGE 152, 216 (233 ff. Rn. 44 f.).
[12] BVerfGE 152, 216, 63 (235 Rn. 46.).
[13] BVerfGE 152, 216 (235 f. Rn. 47); vgl. auch BVerfGE 102, 147.
[14] BVerfGE 152, 216 (237 Rn. 47f.).
[15] BVerfGE 152, 216 (233 Rn. 42); vgl. EuGH NJW 2013, 1215 (1219 Rn. 57 ff.).
[16] BVerfGE 152, 216 (237 Rn. 52).
[17] BVerfGE 152, 216 (237 Rn. 52).
[18] Zur historischen Auslegung: *Michl*, Jura 2020, 479 (483 f.).

a) Auslegung des Wortlautes

Eine Prüfungskompetenz des BVerfG am Maßstab der Grundrechtecharta könnte sich aus dem Wortlaut des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG selbst ergeben. Dort heißt es, dass „jedermann mit der Behauptung […], durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte […] verletzt zu sein", die Verfassungsbeschwerde erheben kann. Dabei wird der Begriff „seiner Grundrechte" nicht näher spezifiziert und könnte auch europäische oder internationale Grundrechte umfassen.[19]

b) Systematische Auslegung

Jedoch könnte die systematische Auslegung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG gegen eine solch weite Auslegung sprechen. Die amtliche Überschrift des ersten Teils des Grundgesetzes, der die Art. 1 bis 19 umfasst, lautet „I. Die Grundrechte", was dafür spricht, dass in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG nur die deutschen Grundrechte nach Art. 1 ff. GG gemeint sind.[20] Dieser Befund wird von der anschließenden Aufzählung der grundrechtsgleichen Rechte aus dem Grundgesetz verstärkt, die gerade nicht im ersten Abschnitt des Grundgesetzes stehen.[21] Die systematische Auslegung des Grundgesetzes spricht somit eher gegen eine Erweiterung des Prüfungsmaßstab.[22]

c) Teleologische Auslegung

Für eine weite Auslegung könnte jedoch der Telos der verfassungsrechtlichen Bestimmungen zur Verfassungsbeschwerde i.V.m. Art. 23 Abs. 1 GG sprechen.

aa) Effektiver Grundrechtsschutz

In Anknüpfung an die Bestimmungen über die Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG) ist die zentrale Aufgabe des BVerfG die „Gewährleistung eines wirksamen Grundrechtsschutzes".[23]

Aus der grundsätzlichen justiziellen Kompetenzverteilung ergibt sich zwar, dass die Aufgabe der Grundrechtswahrung primär den Fachgerichten obliegt.[24] Jedoch ist die Aufgabe des BVerfG staatliches Handeln allein auf spezifische Verletzungen des Verfassungsrechts zu prüfen, sodass es im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde grundsätzlich einen rein national grundrechtlichen Blickwinkel einnimmt.[25] Das BVerfG verweist zur Bestätigung seiner zentralen Position als Hüter der Grundrechte auf Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, der „bewusst weit und umfassend konzipiert" sei, sodass jeder beschwerdebefugt sei und jeder Akt öffentlicher Gewalt tauglicher Beschwerdegegenstand sein kann.[26] Die Verfassungsbeschwerde dient folglich dem umfassenden gerichtlichen Grundrechtsschutz gegen deutsche Staatsgewalt.[27]

Das BVerfG sieht den Grundrechtsschutz noch nicht durch die fachgerichtliche Rechtsanwendung gewahrt und nimmt insoweit einen unvollständigen Grundrechtsschutz an.[28] Diese Schutzlücke könne auch nicht durch die entsprechenden Rechtsbehelfe auf Unionsebene geschlossen werden.[29] Es ist Aufgabe des BVerfG, die Beachtung und richtige Anwendung der Grundrechte durch die Fachgerichte zu kontrollieren, was sich nicht in der Kontrolle der Vorlage an den EuGH erschöpfen könne.[30]

Der effektive Grundrechtsschutz könne somit aufgrund der Nichtanwendbarkeit der deutschen Grundrechte nur dann gewährleistet werden, wenn das BVerfG selbst Unionsgrundrechte prüft.[31] Das BVerfG sieht sich insoweit selbst in der Pflicht aus seinen verfassungsrechtlichen Aufgaben, die „grundrechtsspezifische Kontrollfunktion" gegenüber den Fachgerichten wahrzunehmen.[32]

Die Unionsgrundrechte sind im Unionsrecht schlicht „funktionsäquivalent" zu den Grundrechten des Grundgesetzes.[33] Ebenso wie die Grundrechte des Grundgesetzes dienen die Grundrechte der Grundrechtecharta auch dem „Schutz der Freiheit und Gleichheit der Bürgerinnen und Bürger" gegenüber der unionalen Gewalt.[34]

Die Rolle des Hüters der Grundrechte hat das BVerfG gegenüber der deutschen Staatsgewalt auch in Bezug auf die nach Art. 51 Abs. 1 GRCh anzuwendenden Unionsgrundrechte auszuüben.[35]

bb) Integrationsverantwortung

Aus Art. 23 Abs. 1 GG folgt, dass die Bundesrepublik Deutschland an der Verwirklichung eines vereinten Europas mitwirkt. Die auf Grundlage von Art. 23 Abs. 1 GG erlassenen Zustimmungsgesetze öffnen die deutsche Rechtsordnung für das Unionsrecht und erkennen die unmittelbare innerstaatliche Wirksamkeit des Unionsrechts an.[36] Das BVerfG erkennt insoweit auch den Vorrang des Unionsrecht an.[37]

Diese Öffnung des Grundgesetzes für das Unionsrecht versteht das BVerfG so, dass dies keinen Rückzug der deutschen Staatsgewalt, sondern eine Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland „an deren Entfaltung" darstellt.[38] Für diese Mitwirkung an der Entfaltung der Union tragen alle

[19] BVerfGE 152, 216 (243 Rn. 67); *Michl*, Jura 2020, 479 (483); *Kühling*, NJW 2020, 275 (277); *Kämmerer/Kotzur*, NVwZ 2020, 177 (180); a.A. *Edenharter*, DÖV 2020, 349 (353).
[20] *Michl*, Jura 2020, 479 (483).
[21] Vgl. *Michl*, Jura 2020, 479 (483).
[22] *Kühling*, NJW 2020, 275 (277).
[23] BVerfGE 152, 216 (239 Rn. 58).
[24] BVerfGE 107, 395 (414).
[25] *Michl*, Jura 2020, 479 (484).
[26] BVerfGE 152, 216 (239 Rn. 58).
[27] BVerfGE 152, 216 (299 Rn. 58).
[28] BVerfGE 152, 216 (240 f. Rn. 60).
[29] BVerfGE 152, 216 (241 Rn. 61).
[30] BVerfGE 152, 216 (242 Rn. 64, 243 Rn. 66).
[31] BVerfGE 152, 216 (240 f. Rn. 60).
[32] BVerfGE 152, 216 (241 Rn. 62).
[33] BVerfGE 152, 216 (239 f. Rn. 59).
[34] BVerfGE 152, 216 (239 f. Rn. 59).
[35] BVerfGE 152, 216 (239 f. Rn. 59).
[36] BVerfGE 152, 216 (238 Rn. 54).
[37] BVerfGE 152, 216 (238 Rn. 54).
[38] BVerfGE 152, 216 (238 f. Rn. 55).

Staatsorgane eine Integrationsverantwortung.[39] Das BVerfG sieht daher auch die Gerichte in der Verantwortung.[40]

Zumindest bisher kam dem Konzept der Integrationsverantwortung eine besondere Rolle bei der Wahrung der Verfassungsidentität zu.[41] Die verfassungsrechtliche Integrationsverantwortung ist jedoch zurecht nicht nur als Beschränkung der Übertragung von Hoheitsrechten, sondern auch als positives, konstitutives Element hin zur Integration zu verstehen.[42]

Aus der Integrationsverantwortung nach Art. 23 Abs. 1 GG und der besonderen grundrechtsschützenden Rolle des BVerfG ergibt sich eine Prüfungskompetenz des BVerfG am Maßstab der Unionsgrundrechte.[43] Hiernach ist die Grundrechtecharta tauglicher Prüfungsmaßstab.

4. Möglichkeit der Grundrechtsverletzung

Es ist nicht offensichtlich auszuschließen, dass die Beschwerdeführerin durch den von G bereitgestellten Link durch namensbezogene Suchabfragen in ihren Grundrechten auf Achtung des Privat- und Familienlebens aus Art. 7 GRCh und auf Schutz personenbezogener Daten gem. Art. 8 GRCh verletzt ist. Damit besteht die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung der B durch das Urteil.

IV. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität

Der Rechtsweg ist in Ermanglung eines Rechtsmittels erschöpft, § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG.

Die Verfassungsbeschwerde müsste zudem dem Grundsatz der Subsidiarität genügen, der in § 90 Abs. 2 BVerfGG unter Nutzung der Ermächtigung des Art. 94 Abs. 2 S. 2 GG seine gesetzliche Grundlage hat.[44] Die Verfassungsbeschwerde ist ein außerordentlicher Rechtsbehelf,[45] sodass Beschwerdeführer vor der Einlegung der Verfassungsbeschwerde alle zur Verfügung stehenden und zumutbaren Möglichkeiten nutzen müssen.[46] B könnte daher gehalten gewesen sein, sich zunächst gegen den NDR als Anbieter des Beitrags zu wehren. Die Bereitstellung des Beitrags im Internet durch den NDR und der Nachweis durch G als Suchmaschinenbetreiber stellen zwei unterschiedliche Maßnahmen dar, die auch grundrechtlich anders zu behandeln sind.[47] Es besteht hier auch „kein grundsätzliches Vorrangverhältnis“[48], nach dem die Beschwerdeführerin die eine Grundrechtsverletzung hätte hinnehmen müssen, weil sie gegen die mögliche andere Verletzung hätte vorgehen können.

Der Grundsatz der Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität ist damit gewahrt.

V. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerde der B ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn das Urteil des letztinstanzlichen Gerichts gegen die Grundrechte der B verstößt.

I. Drittwirkung der Grundrechte

B greift mit ihrer Beschwerde eine zivilgerichtliche Entscheidung an. Eine Grundrechtsverletzung wäre schon dann ausgeschlossen, wenn in einem Privatrechtsverhältnis – hier zwischen G und B – die Grundrechte nicht anwendbar sind. In der Rechtsprechung des EuGH ist anerkannt, dass die Grundrechte nicht nur im Verhältnis zwischen Staat und Bürger, sondern auch einen Schutz in Privatrechtsverhältnissen gewährleisten.[49] Der EuGH hat insbesondere zum sekundärrechtlichen Datenschutzrecht wiederholt auch in Privatrechtsverhältnissen auf die Grundrechte Art. 7 und 8 GRCh abgestellt und das Sekundärrecht entsprechend grundrechtskonform ausgelegt.[50] Fraglich ist, ob die Grundrechte der Grundrechtecharta unmittelbare oder mittelbare Anwendung finden.[51] Gegen eine unmittelbare Anwendung spricht der eindeutige Wortlaut des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh, wonach die GRCh für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union gilt. Dagegen spricht auch, dass die betroffenen Grundrechte selbst keine Drittwirkung bestimmen. Eine mittelbare Drittwirkung ist anerkannt und dann anzunehmen, wenn Grundrechte zwar nicht unmittelbar in privaten Rechtsbeziehungen gelten, dort aber über unbestimmte Rechtsbegriffe und/oder Generalklauseln in das Privatrecht einwirken. In diesen Fällen werden die Grundrechte bei der Urteilsfindung als objektive Wertordnung beachtet und deren Einhaltung überprüft. Die mittelbare Anwendbarkeit wird auch mit einer Schutzpflicht des Staates im Rahmen von Privatrechtsverhältnissen begründet.[52]

Die Grundrechte der betroffenen Privatpersonen sind somit auch bei Auslegung und Anwendung des unionsrechtlichen Fachrechts zu beachten und durch Abwägung in Ausgleich zu bringen.[53] Die Unionsgrundrechte sind demnach auch in der Streitigkeit zwischen B und G anwendbar.

[39] BVerfGE 152, 216 (238 f. Rn. 55) m.w.N.
[40] BVerfGE 152, 216 (239 Rn. 56).
[41] *Kühling*, NJW 2020, 275 (277).
[42] *Wendel*, JZ 2020, 157 (162).
[43] BVerfGE 152, 216 (238 Rn. 53).
[44] BVerfGE 107, 395 (414); 112, 50 (60).
[45] BVerfGE 107, 395 (413).
[46] BVerfGE 112, 50 (60); vgl. BVerfGE 81, 97 (102); 107, 395 (414).
[47] BVerfGE 152, 216 (228 f. Rn. 30); EuGH NJW 2014, 2257 (2263 Rn. 35 ff.).
[48] BVerfGE 152, 216 (228 f. Rn. 30).
[49] Vgl. BVerfGE 152, 216 (253 f. Rn. 96) m.w.N.
[50] EuGH NJW 2014, 2257 (2262 f. Rn. 74, 80 f., 99).
[51] Vgl. *Ruffert*, JuS 2020, 1 (4 ff.); *Jarass*, ZEuP 2017, 310 ff.
[52] Art. 8 GRCh (und Art. 7 GRCh) enthalten jedenfalls neben einer abwehrrechtlichen Dimension auch eine Schutzpflichtdimension, vgl. *N. Bernsdorff*, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 5. Aufl. 2019, Art. 8 Rn. 23; EGMR NJW 2004, 2647 (2649 Rn. 57).
[53] BVerfGE 152, 216 (253 f. Rn. 96) m.w.N.

II. Prüfungsumfang

Das BVerfG ist keine Superrevisionsinstanz und prüft daher im Rahmen der Verfassungsbeschwerde nur die spezifische Verletzung von (Unions-)Grundrechten.[54] Es ist folglich nur zu prüfen, „ob die Fachgerichte den Grundrechten der Charta hinreichend Rechnung getragen und zwischen ihnen einen vertretbaren Ausgleich gefunden haben."[55]

III. Verletzung von Art. 7, 8 GRCh

1. Schutzbereich

Der Schutzbereich des Grundrechts auf Achtung des Privatlebens, Art. 7 GRCh, und auf Schutz personenbezogener Daten, Art. 8 GRCh, müsste eröffnet sein. Art. 7, 8 GRCh sind nach dem EuGH eng aufeinander bezogen[56] und bilden bei der Verarbeitung von personenbezogenen Daten eine einheitliche Schutzverbürgung.[57]

Art. 7, 8 GRCh schützen vor der Verarbeitung personenbezogener Daten, wobei sich dies auf alle Informationen erstreckt, die eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person betreffen.[58] Der Schutzbereich für personenbezogene Daten wird somit sehr weit ausgelegt.[59] Es sind nicht nur sensible Daten erfasst,[60] sondern auch solche Daten, die die wirtschaftliche oder berufliche Tätigkeit betreffen.[61] Letztlich erfassen Art. 7, 8 GRCh alle personenbezogenen Daten.[62]

Bei dem Namen der Beschwerdeführerin handelt es sich jedenfalls um ein personenbezogenes Datum, welches vom Schutzbereich der Art. 7, 8 GRCh erfasst ist.

Ferner müsste es sich auch bei dem Nachweis durch den Suchmaschinenbetreiber G um eine Verarbeitung personenbezogener Daten handeln.

Nach einer Ansicht ist der Vorgang einer Ergebnissuche durch Nutzung einer Suchmaschine keine Verarbeitung von Daten, da eine Suchmaschine aufgrund eines Algorithmus das gesamte Internet nach verfügbaren Informationen durchsucht und sämtliche Informationen (personenbezogen oder nicht), ermittelt.[63] Dem hat der EuGH jedoch zurecht widersprochen, denn die Suchmaschine durchsucht das Internet kontinuierlich und systematisch nach allen zugänglichen Informationen, erhebt diese einschließlich aller personenbezogener Daten, liest sie aus und verarbeitet sie in der Form, dass er sie systematisch und organisiert den Internetnutzern zur Verfügung stellt.[64] Es liegt insbesondere auch dann ein Datenverarbeitungsvorgang vor, wenn die Daten so bereits in Medien veröffentlicht sind.[65]

Der Nachweis des Links mit dem Namen der B durch G stellt nach Ansicht des EuGHs eine Verarbeitung personenbezogener Daten dar, weshalb der Schutzbereich der Art. 7, 8 GRCh eröffnet ist.[66]

2. Eingriff

Es müsste ein Eingriff in die Rechte der B aus Art. 7, 8 GRCh vorliegen. Nach dem EuGH gilt im Unionsrecht ein weiter Eingriffsbegriff,[67] sodass nicht nur unmittelbar bewirkte und bezweckte Grundrechtsbeeinträchtigungen,[68] sondern auch mittelbare Auswirkungen ausreichend sind, sofern diese „hinreichend direkt und bedeutsam" sind.[69] Durch das Urteil des letztinstanzlichen Gerichts wird der Schutzbereich der Art. 7, 8 GRCh zulasten der B beeinträchtigt, sodass ein Eingriff vorliegt.

3. Rechtfertigung

Der Grundrechtseingriff könnte gerechtfertigt sein. Ein solcher ist jedenfalls gesetzlich durch die unionsrechtskonforme DSGVO vorgesehen.

Er könnte aufgrund des Rechts auf unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRCh) und des Rechts auf freie Meinungsäußerung (Art. 11 Abs. 1 GRCh) des Suchmaschinenbetreibers G gerechtfertigt sein.

a) Unternehmerische Freiheit des Suchmaschinenbetreibers

„Die unternehmerische Freiheit gewährleistet die Verfolgung wirtschaftlicher Interessen durch das Angebot von Waren und Dienstleistungen. Der durch Art. 16 GRCh gewährte Schutz umfasst die Freiheit, eine Wirtschafts- und Geschäftstätigkeit auszuüben, die Vertragsfreiheit und den freien Wettbewerb".[70] Dies umfasst auch das Angebot einer Suchmaschine.

Die G müsste weiterhin auch als juristische Person vom Schutzbereich des Art. 16 GRCh erfasst sein. Die Unionsgrundrechte schützen auch juristische Personen, wenn die Unionsgrundrechte auf diese ihrem Charakter nach anwendbar sind.[71] Für Art. 16 GRCh ergibt sich dies bereits aus dem Wortlaut „Unternehmen", denn bei solchen handelt es sich typischerweise gerade um juristische Personen.[72] G und ihre Tätigkeit sind vom Schutzbereich des Art. 16 GRCh erfasst.

[54] BVerfGE 152, 216 (260 f. Rn. 111).
[55] BVerfGE 152, 216 (260f. Rn. 111).
[56] EuGH EuZW 2010, 939 (941 Rn. 47).
[57] EuGH NVwZ 2014, 435 (438 Rn. 46); EuGH NJW 2014, 2169 (2172 Rn. 53); vgl. BVerfGE 152, 216 (254 f. Rn. 99).
[58] EuGH EuZW 2010, 939 (941 Rn. 52); BVerfGE 152, 216 (255 f. Rn. 100); *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, Kommentar, 4. Aufl. 2021, Art. 8 Rn. 6.
[59] Vgl. Art. 4 Nr.1 DSGVO.
[60] EuGH EuR 2004, 276 (285 f. Rn. 73 ff.); vgl. BVerfGE 152, 216 (255 f. Rn. 100).
[61] Vgl. BVerfGE 152, 216 (255 f. Rn. 100) m.w.N.
[62] Vgl. *Jarass* (Fn. 58), Art. 8 Rn. 7.
[63] So Google in: EuGH NJW 2014, 2257 (2258 Rn. 22).
[64] EuGH NJW 2014, 2257 (2258 Rn. 28).
[65] EuGH NJW 2014, 2257 (2258 Rn. 30).
[66] Vgl. BVerfGE 152, 216 (256 Rn. 101).
[67] So *Kingreen*, Jura 2014, 295 (298).
[68] *Jarass* (Fn. 58), Art. 52 Rn. 12.
[69] EuGH Slg. 2004, I-8663 (8683 Rn. 49); vgl. auch EuGH Slg. 1994, I-4973 (5066 Rn. 81); 1996, I-3953 (3986 Rn. 22 f.).
[70] BVerfGE 152, 216 (256 Rn. 103).
[71] BVerfGE 152, 216 (257 Rn. 104).
[72] BVerfGE 152, 216 (257 Rn. 104).

b) Meinungsäußerungsfreiheit des Suchmaschinenbetreibers

G könnte auch bei ihrer Tätigkeit in den Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit nach Art. 11 Abs. 1 GRCh fallen. Die Äußerung von Meinungen ist umfassend durch Art. 11 Abs. 1 GRCh geschützt. Das Medium der Meinungsäußerung ist dabei egal. Art. 11 Abs. 1 GRCh setzt jedoch voraus, dass die Verbreitung bestimmter Meinungen und auch die Beeinflussung der Meinungsbildung der Nutzer bezweckt ist.[73] Der Suchmaschinenbetreiber agiert zwar nicht „inhaltsneutral" bei seinen Suchen und beeinflusst somit auch die Meinung der Nutzer, jedoch bezweckt der Suchmaschinenbetreiber nicht die Verbreitung einer bestimmten Meinung.[74] Sinn und Zweck des Betriebs der Suchmaschine ist es vielmehr, die Suchanfragen der Nutzer zu befriedigen und eine Dienstleistung anzubieten.[75] Der Suchmaschinenbetreiber G kann sich bei seiner Tätigkeit somit nicht auf Art. 11 Abs. 1 GRCh berufen.[76]

c) Meinungsäußerungsfreiheit der Inhalteanbieter (hier: NDR)

Es handelt sich insoweit um ein multipolares Grundrechtsverhältnis, denn aufseiten des Suchmaschinenbetreibers sind auch die Grundrechte der Inhalteanbieter mit einzubeziehen. Wenn der Suchmaschinenbetreiber verpflichtet wird, ein personenbezogenes Datum wie den Namen der Beschwerdeführerin auszulisten, wird auch über die Einschränkung der Grundrechte Dritter mitentschieden.[77] Hierin liegt keine unzulässige Geltendmachung von Grundrechten Dritter, denn der Suchmaschinenbetreiber darf nicht zu grundrechtswidrigem Handeln im Verhältnis zum Inhaltsanbieter verpflichtet werden.[78]

Der Inhalteanbieter ist als Meinungsäußernder bzgl. seiner Inhalte von Art. 11 Abs. 1 GRCh geschützt. Wenn dem Suchmaschinenbetreiber nun gegen seinen Willen verboten wird, einen bestimmten Inhalt durch die Suchmaschine nachzuweisen, liegt darin zugleich eine Einschränkung der Meinungsäußerung des Inhalteanbieters.[79] Hierin liegt auch kein bloßer Rechtsreflex, denn das Verbot des Nachweises durch die Suchmaschine knüpft unmittelbar an die Äußerung des Inhalteanbieters an.[80] Es ist somit aufseiten des Suchmaschinenbetreibers die Meinungsäußerungsfreiheit des Inhalteanbieters zu beachten.

Persönlich geschützt sind von Art. 11 Abs. 1 GRCh auch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten einschließlich des NDR.[81] Das BVerfG sieht hier das Grundrecht des NDR als unmittelbar mitbetroffen, weshalb es nicht nur als bloßes allgemeines Interesse mit in die Abwägung einzustellen ist.[82]

d) Informationsinteresse der Inhaltsnutzer bzw. der Öffentlichkeit

Schließlich ist bei der Abwägung auch das Interesse der breiten Öffentlichkeit am Zugang zu Informationen zu beachten, was im Recht auf freie Information gem. Art. 11 Abs. 1 S. 2 GRCh seinen Ausdruck findet.[83] Zwar steht kein individuelles Recht einzelner Nutzer auf Zugang infrage, jedoch ein allgemeines öffentliches Interesse aller Internetnutzer, welches im Wege der Abwägung mit zu beachten ist.[84]

e) Abwägung

Das Recht auf Achtung der Privatsphäre und der Schutz personenbezogener Daten gem. Art. 7, 8 GRCh auf Seiten der B und das Recht auf unternehmerische Freiheit gem. Art. 16 GRCh sowie die Meinungsäußerungsfreiheit des NRD gem. Art. 11 Abs. 1 GRCh und das Informationsinteresse der Öffentlichkeit auf der anderen Seite sind miteinander abzuwägen und in Ausgleich zu bringen.

Der EuGH betrachtet die Tätigkeit des Inhalteanbieters getrennt von der Tätigkeit der Suchmaschinenbetreiber,[85] denn erst letztere ermöglicht die weltweite Verbreitung von personenbezogenen Daten und das effektive Auffinden von personenbezogenen Daten, indem der Suchmaschinennutzer eine strukturierte Übersicht über sein Suchergebnis mit einer Auflistung aller Suchtreffer auf Websites Dritter erhält.[86] Auch das BVerfG erkennt dies und geht daher davon aus, dass der Schutzanspruch gegenüber einem Suchmaschinenbetreiber weiter reichen kann als gegenüber einem einfachen Inhalteanbieter.[87]

Der EuGH geht von einer Vermutung eines Vorrangs zugunsten des Schutzes personenbezogener Daten aus.[88] Allerdings erkennt auch der EuGH an, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten zulässig ist, wenn sie zur Verwirklichung berechtigter Interessen des Datenverarbeitenden oder Dritter erforderlich ist.[89] Das BVerfG lehnt hier zunächst aufgrund der Grundrechte des Inhaltsanbieters die Vermutung für den Vorrang des Schutzes personenbezogener Daten ab.[90] Zwar werde durch den Beitrag des NDR ein negatives Bild der B gezeichnet, jedoch werde ihre Person nicht ohne Sachbezug verunglimpft. Eine unzulässige Schmähung sei damit nicht ersichtlich, sodass daraus kein Zurücktreten der Meinungsäußerungsfreiheit folgen könne.[91]

[73] BVerfGE 152, 216 (257 f. Rn. 105).
[74] BVerfGE 152, 216 (257 f. Rn. 105).
[75] Vgl. BVerfGE 152, 216 (257 f. Rn. 105).
[76] BVerfGE 152, 216 (256 Rn. 102).
[77] BVerfGE 152, 216 (258 Rn. 107).
[78] So BVerfGE 152, 216 (258 Rn. 107).
[79] BVerfGE 152, 216 (258 f. Rn. 108).
[80] So BVerfGE 152, 216 (259 Rn. 109) m.w.N.
[81] BVerfGE 152, 216 (265 f. Rn. 121) m.w.N.
[82] BVerfGE 152, 216 (265 f. Rn. 121).
[83] BVerfGE 152, 216 (259 f. Rn. 110).
[84] BVerfGE 152, 216 (259 f. Rn. 110).
[85] EuGH NJW 2014, 2257 (2259 Rn. 35 ff.); so auch BVerfGE 152, 216 (262 f. Rn. 115).
[86] EuGH NJW 2014, 2257 (2259 Rn. 36 f.).
[87] BVerfGE 152, 216 (262 f. Rn. 115).
[88] EuGH NJW 2014, 2257 (2263 Rn. 81).
[89] EuGH NJW 2014, 2257 (2262 Rn. 74).
[90] BVerfGE 152, 216 (265 f. Rn. 121), es ist fraglich, ob hier nicht eine Vorlage angebracht gewesen wäre; zustimmend *Kühling*, NJW 2020, 275 (279); vgl. auch *Edenharter*, DÖV 2020, 349 (355).
[91] BVerfGE 152, 216 (269 Rn. 130).

Aufseiten der B ist in der Interessenabwägung zu berücksichtigen, dass nicht nur eine Beeinträchtigung der Sozialsphäre und der beruflichen Ebene vorliegen, sondern sich die Datenverarbeitung gerade auch auf das Privatleben auswirkt. Beim Kündigungsschutz von Arbeitnehmern handelt es sich aber um ein Thema von allgemeinem Interesse. Bei dem Verhalten der B in diesem Kontext liegt demnach kein rein privates, sondern berufliches und geschäftliches Handeln, dass gerade in die Gesellschaft hineinwirkt.[92] Insoweit sind Belastungen, die in den privaten Bereich hineinwirken, hinzunehmen.[93]

Nicht gerechtfertigt wird die Auffindbarkeit des Beitrags durch die Zustimmung zum Interview mit dem Fernsehsender, denn in dieser liegt nur die Zustimmung in den konkreten Beitrag und dessen Aussendung.[94]

Die Auffindbarkeit des Beitrags mittels Suchmaschine ist daher zunächst gerechtfertigt und damit rechtmäßig.

Etwas Anderes könnte sich aber mit dem Ablauf von Zeit nach der Berichterstattung ergeben. Auch wenn die Ergebnisanzeige durch die Suchmaschine zunächst rechtmäßig ist, könnte ein Löschanspruch nach Zeitablauf („Recht auf Vergessenwerden“) bestehen.[95] Mit Vergehen von Zeit kann das öffentliche Interesse nämlich abnehmen und die Grundrechtsbeeinträchtigung und belastende Wirkung für das betroffene Individuum sich so verstärken, dass eine Auffindbarkeit mittels Suchmaschine mangels öffentlichen Interesses immer weniger gerechtfertigt ist.[96] Es sind seit der erstmaligen Aussendung des Beitrags mehr als zehn Jahre vergangen, was einen längeren Zeitraum darstellt. Bei besonders relevanten Themen wie dem Arbeitsschutz ist jedoch von einem fortbestehenden Informationsinteresse der Öffentlichkeit auszugehen, welches das private Interesse der B weiterhin, auch nach Ablauf von längerer Zeit, überwiegt.

Eine Abwägung aller widerstreitenden Interessen und Rechte ergibt somit, dass der Eingriff in die Rechte der B aus Art. 7, 8 GRCh gerechtfertigt ist, das Fachgericht hat insoweit die Bedeutung und Tragweite der Grundrechte nicht verkannt (a.A. gut vertretbar).

IV. Ergebnis

Das Urteil stellt einen gerechtfertigten Eingriff in die Grundrechte aus Art. 7, 8 GRCh dar.

C. Gesamtergebnis

Die Verfassungsbeschwerde der B ist zulässig, aber unbegründet und wird daher keinen Erfolg haben.

[92] BVerfGE 152, 216 (268 f. Rn. 128).
[93] BVerfGE 152, 216 (268 f. Rn. 128).
[94] BVerfGE 152, 216 (269 Rn. 129); vgl. EuGH NJW 2019, 3503 (3507 Rn. 62).
[95] BVerfGE 152, 216 (263 f. Rn. 117).
[96] BVerfGE 152, 216 (269 f. Rn. 131 f.).

Schwerpunktbereichsklausur Völkerstrafrecht: Eine Kathedrale brennt*

Von Akad. Rätin a.Z. Dr. **Georgia Stefanopoulou**, LL.M, Hannover**

Die Aufgabe eignet sich für eine umfassende Wiederholung des Völkermordtatbestandes, der Aufstachelung zum Völkermord, der Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie der Kriegsverbrechen. Behandelt werden unter anderem Fragen um die geschützte Gruppe i.S.d. Art. 6 IStGH-Statut, des funktionalen Zusammenhangs zwischen bewaffnetem Konflikt und den Einzelakten beim Handeln aus persönlichen Motiven und der Zerstörung von besonders geschützten Objekten wie Kulturgütern. Aus dem Bereich des Allgemeinen Teils des Völkerstrafrechts stehen Fragen der mittelbaren Täterschaft und der Verantwortlichkeit von zivilen Vorgesetzten im Mittelpunkt der Klausur. Die Zusatzfrage betrifft komplementaritätsbezogene Zulässigkeitsfragen bei Verletzung von Beschuldigtenrechten im staatlichen Verfahren.

Sachverhalt

Nach langjährigen politischen Konflikten im Staat M gelang es im Jahr 2010 der Bevölkerungsgruppe der S die Macht zu erlangen. Das neue Regime, um international den Anschein einer menschenrechtsfreundlichen Politik zu erwecken, ratifizierte im selben Jahr das IStGH-Statut. Zugleich aber startete es eine rigorose „Säuberungspolitik" gegen die Bevölkerungsgruppe der X, die vor dem Regimewechsel die Macht besaß. Die Bevölkerung der X teilt mit derjenigen der S dieselbe Sprache, dieselbe Religion und dieselben Gebräuche. Unterschiedlich sind nur die politischen Einstellungen der zwei Gruppen. Auf den Personalausweisen steht allerdings seit Jahrzehnten unter dem Punkt „Ethnie" entweder die Bezeichnung „S" oder die Bezeichnung „X".

Die „Säuberungspolitik", die die Regierung betreibt, reicht von der systematischen Entfernung von X aus Stellen des staatlichen Apparats über die Erzwingung von Schwangerschaftsabbrüchen bis hin zu regelmäßigen Angriffen von Regierungstruppen auf Dörfer der X und Deportationen in Konzentrationslager. Die X wollen die Terrorpolitik der Regierung nicht hinnehmen und greifen gegen die Regierungstruppen zu den Waffen. Daraufhin kommt es regelmäßig und für einen längeren Zeitraum zu bewaffneten Auseinandersetzungen zwischen den Gruppen bzw. bewaffneten Formationen derselben, die das Leben vieler Menschen aus beiden Gruppen, S und X, kostet.

B ist Bürgermeister in der Provinzstadt P, die wegen ihrer zum UNESCO-Welterbe zählenden Kathedrale weltberühmt ist und um deren Pflege B sich besonders bemüht, da sie wegen ihrer Anziehungskraft auf Touristen eine wichtige Einnahmequelle für die Stadt ist. B, Mitglied der Gruppe der S und überzeugter Anhänger der Regierungspolitik, entscheidet sich, den Kampf und die Säuberungspolitik der Regierung gegen die X zu unterstützen. Er betreibt eine rege Propaganda gegen die Bevölkerung der X bei Twitter und in weiteren sozialen Medien. Dabei verwendet er oft stark diskriminierende Bezeichnungen in Bezug auf die X, wie „lebensunwürdiges Ungeziefer" und „abscheuliche Parasiten". Außerdem nutzt er seine Autorität, um der lokalen Bevölkerung der S über Aktivierung des lokalen Verwaltungsapparats zu befehlen, die X-Einwohner der Stadt in Stadien und großen, leeren Gebäuden unterzubringen und sie zu exekutieren.

Die S-Einwohner der Stadt, für die B eine respektierte Person ist, kommen seinem Befehl nach und nehmen zusammen mit K, der ein Vertrauter im Dienste des Bürgermeisters B ist, 500 X fest, Frauen, Männer und Kinder. Als geeignetes Unterbringungsgebäude betrachtet K die Kathedrale, die er aus religiösen Gründen als einen Fremdkörper in der Stadt empfindet und die er am liebsten, wie er B mehrmals in der Vergangenheit mitgeteilt hatte, abreißen würde. Jetzt sieht K die Chance, das Gebäude samt den 500 X loszuwerden. Daraufhin bringt er zusammen mit Männern der S-Bevölkerung die festgenommenen X in die Kathedrale, wo sie eingesperrt werden. K und seine Mannschaft setzen das Gebäude in Flammen. Alle in der Kirche eingeschlossenen X kommen dabei ums Leben und das Gebäude der Kathedrale wird verwüstet. Als B von der Zerstörung der Kathedrale erfährt, ist er außer sich vor Wut, von einer Sanktionierung von K und den anderen an der Inbrandsetzung des Gebäudes Beteiligten sieht er dennoch ab.

Frage 1

Einige Monate später wird der Konflikt durch einen militärischen Einsatz auf der Grundlage des Kapitels VII der UN-Charta beendet. Der IStGH will sich nun mit der Situation in M befassen. Wie könnte sich B nach dem IStGH-Statut strafbar gemacht haben?

Bearbeitungsvermerk

Konkurrenzen sind nicht zu prüfen.

Frage 2

a) Nach der Einleitung von Ermittlungen stellt die Anklagebehörde des IStGH einen Haftbefehl gegen B wegen Völkerrechtsverbrechen aus. Inzwischen hat sich im Staat M ein neues Regime etabliert, das bereits Ermittlungen gegen B eingeleitet hat. An den IStGH soll B nicht ausgeliefert werden. Laut einem vor kurzem erstellten Bericht von Amnesty International werden Beschuldigtenrechte im Staat M regelmäßig

---

* Der Sachverhalt wurde im Rahmen eines Lehrauftrags an der Universität Hamburg als Teilaufgabe einer fünfstündigen Klausur im Schwerpunktbereich „Kriminalität und Kriminalitätskontrolle" im März 2021 gestellt. Die hier dargestellte Musterlösung geht auf alle Aspekte des Sachverhalts umfassend ein, was von den Bearbeiterinnen und Bearbeitern der Klausur selbstverständlich nicht erwartet wurde. Erwartet wurden lediglich Subsumtionen zu Art. 6 und Art. 8 IStGH-Statut (Genozid und Kriegsverbrechen), auf Art. 7 und Art. 25 Abs. 3 lit. e IStGH-Statut (Menschlichkeitsverbrechen und Aufstachelung zum Völkermord) musste nicht eingegangen werden.

** Die *Autorin* ist Akademische Rätin a.Z. am Kriminalwissenschaftlichen Institut der Leibniz Universität Hannover.

ignoriert. Ist vor dem Hintergrund dieser Informationen der IStGH berechtigt, gegen B ein Strafverfahren einzuleiten?

b) Käme man bei Frage 2a) zu einem anderen Ergebnis, wenn Deutschland die Strafverfolgung gegen B auf der Grundlage des Völkerstrafgesetzbuchs durchführen möchte?

Lösung

Frage 1

Strafbarkeit des B wegen der Geschehnisse in der Kathedrale

I. Strafbarkeit wegen Völkermordes, Art. 6 IStGH-Statut

B könnte sich wegen der Geschehnisse in der Kathedrale wegen Völkermordes nach Art. 6 IStGH-Statut strafbar gemacht haben.

1. Material and Mental Elements (Tatbestand)

> *Hinweis*: Wegen der durch die Beteiligungsform aufgeworfenen Zurechnungsprobleme wird die subjektive Tatseite (mental element) im Rahmen der individuellen Verantwortlichkeit geprüft (zu diesem Aufbau *Ambos*, Fälle zum internationalen Strafrecht, 2. Aufl. 2019, S. 179 ff. [Fall 10])

a) Geschützte Gruppe (protected groups)

Die Tat muss auf die ganze oder teilweise Zerstörung einer durch Art. 6 IStGH-Statut geschützten Gruppe abzielen. In den Schutzbereich des Art. 6 IStGH-Statut fallen lediglich nationale, ethnische, rassische oder religiöse Gruppen. Die Gruppen in Art. 6 IStGH-Statut sind abschließend aufgezählt.[1] Das gemeinsame Merkmal der genannten Gruppen wird in der stabilen Gruppenzugehörigkeit der Einzelmitglieder gesehen, die in der Regel durch Geburt festgelegt wird.[2] Den Versuch, den Begriff der Gruppe auf weitere Personenmehrheiten von dauerhaftem Charakter zu erstrecken, unternahm der Ruanda-Strafgerichtshof in dem wichtigen Akayesu-Urteil.[3] Dieser Ansatz stieß im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot auf Kritik und wurde von der späteren Rechtsprechung des Gerichts nicht weiterverfolgt.[4]

Fraglich ist hier, ob die Gruppe der X eine durch Art. 6 IStGH-Statut geschützte Gruppe darstellt. Laut Sachverhalt teilt die Bevölkerung der X mit der S-Bevölkerung dieselbe Sprache, dieselbe Religion und dieselben Gebräuche. Anhand von objektiven Kriterien sind die X also nicht als eine von den S abgrenzbare nationale, ethnische, rassische oder religiöse Gruppe zu bestimmen. Unterschiedlich sind nur die politischen Einstellungen der zwei Gruppen. Politische wie auch soziale Gruppen sind allerdings vom Schutzbereich des Art. 6 IStGH-Statuts nicht erfasst.[5] Gleichwohl sind bei der Einordnung einer Personenmehrheit als eine der vier im Völkermordtatbestand genannten Gruppen nicht nur objektive Faktoren, sondern auch subjektive Kriterien, d.h. soziale Zuschreibungsprozesse, soziale Selbst- und Fremdwahrnehmungsmuster, einzubeziehen.[6] Die Bezeichnungen auf den einzelnen Ausweisen deuten darauf hin, dass die X und S sich trotz objektiver Gemeinsamkeiten als unterschiedliche Ethnie wahrnehmen.[7] Diese Selbst- und Fremdwahrnehmung ist für die Einordnung einer Gruppe als ethnische entscheidend, wie auch von der Rechtsprechung des Ruanda-Strafgerichtshofs im Kayishema und Ruzindana-Urteil vertreten wird.[8] Die Tatsache, dass die im Sachverhalt beschriebene Eintragung der Gruppenzugehörigkeit als X oder S seit Jahrzehnten praktiziert wird, spricht auch für einen sozial verfestigten Kontext

[1] *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 873; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 9. Aufl. 2020, § 16 Rn. 10; siehe auch ICTY, Judgement of 2.8.2001 – IT-98-33-T (Prosecutor v. Krstić), para. 554: „[…], the Genocide Convention does not protect all types of human groups. Its application is confined to national, ethnical, racial or religious groups."

[2] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 873; *Safferling*, Internationales Strafrecht, 2011, Rn. 18; vgl. ICTR, Judgement of 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Akayesu), para. 516.

[3] *Ambos*, Fälle zum internationalen Strafrecht, 2. Aufl. 2019, S. 154 Rn. 3.; dazu auch *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 876 f.; *Selbmann*, Der Tatbestand des Genozids im Völkerstrafrecht, 2002, S. 173; siehe ICTR, Judgement of 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Akayesu), para. 516. Die Verfahrenskammer hat sich hier auf die travaux préparatoires und die Entwürfe zur Völkermordkonvention bezogen, die auf alle stabilen Gruppen gezielt haben sollen, ebd.

[4] *Ambos* (Fn. 3), S. 154 Rn. 3; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1) Rn. 878; *Safferling* (Fn. 2), Rn. 18.

[5] Dazu *Werle/Jeßbeger* (Fn. 1), Rn. 888.

[6] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 875 ff., so auch die dem Akayesu-Urteil nachfolgende Rechtsprechung des Ruanda Strafgerichtshofs, siehe z.B. ICTR, Judgement of 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (Prosecutor v. Kayishema/Ruzindana), paras. 523, 98; vgl. auch ICTY, Judgement of 14.12.1999 – IT-95-10-T (Prosecutor v. Jelisić), para. 70: „Therefore, it is more appropriate to evaluate the status of a national, ethnical or racial group from the point of view of those persons who wish to single that group out from the rest of the community. The Trial Chamber consequently elects to evaluate membership in a national, ethnical or racial group using a subjective criterion."

[7] Zu der Eintragung im Personalausweis allerdings als objektives Zeichen der Gruppenzugehörigkeit ICTR, Judgement of 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Akayesu), paras. 170 f.; dazu *Selbmann* (Fn. 3), S. 173; siehe auch das Beispiel bei *Satzger* (Fn. 1), § 16 Rn. 12.

[8] ICTR, Judgement of 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (Prosecutor v. Kayishema/Ruzindana), paras. 523, 98: „The intent must exist to ‚destroy a national, ethnical, racial or religious group, as such.' Thus, the acts must be directed towards a specific group on these discriminatory grounds. An ethnic group is one whose members share a common language and culture; or, a group which distinguishes itself, as such (self identification); or, a group identified as such by others, including perpetrators of the crimes (identification by others)." Die Kriterien stehen in einem Alternationsverhältnis.

im objektiven Sinne.[9] Sowohl objektive als auch subjektive Kriterien legen nahe, in den X eine ethnische Gruppe zu sehen, die vom Schutzbereich des Art. 6 IStGH-Statuts erfasst wird.

> *Hinweis*: Auch vertretbar wäre allerdings eine Argumentation, die sich darauf berufen würde, dass hier nur subjektive Kriterien vorliegen. Subjektive Kriterien, wird in der Rechtsprechung teilweise vertreten, dürfen nicht allein die Gruppenzuordnung bestimmen.[10] Diese Argumentation wäre allerdings aus klausurstrategischen Gesichtspunkten eher von Nachteil, weil man sich damit einige Diskussionen abschneidet.

b) Tötung von Mitgliedern der Gruppe

Der Tatbestand fordert, dass der Täter eine der in Buchstaben a bis e abschließend aufgezählten Tathandlungen vornimmt.[11] B hat keinen Einzelakt eigenhändig ausgeführt. Gleichwohl könnten die von K und die von den mit ihm zusammenwirkenden S-Einwohnern der Stadt begangenen Taten ihm zuzurechnen sein.

Unter die in Art. 6 IStGH-Statut aufgezählten Einzelakte fällt die Tötung von Mitgliedern der Gruppe, Art. 6 lit. a IStGH-Statut. Auf den Streit, ob bereits die Tötung eines Menschen den Tatbestand erfüllt, wie die Verbrechenselemente vorsehen, oder nicht, kommt es im vorliegenden Fall nicht an. Laut Sachverhalt sind bei den Geschehnissen in der Kathedrale 500 Menschen getötet worden. K und seine Begleiter haben in objektiver Hinsicht die Tatvariante des Art. 6 lit. a IStGH-Statut erfüllt.

c) Gesamttat

Umstritten ist, ob eine Gesamttat als objektives Kontextelement vorliegen muss.[12] Der Tatbestand des Art. 6 IStGH-Statuts sieht ein solches Erfordernis nicht vor.[13] Das Kontextelement, das die internationale Dimension der in der Norm aufgelisteten Einzelakte ausmacht, wird beim Völkermord als Zerstörungsabsicht auf der inneren Tatseite verortet.[14] Auf der Grundlage des Vertragstextes (Art. 6 IStGH-Statut) macht sich ein einzelner Täter, der mit Gruppenvernichtungsabsicht eine Einzeltat begeht, wegen Völkermordes strafbar.[15] Die Verbrechenselemente zu Art. 6 IStGH-Statut fordern hingegen einen Kontext ähnlicher Taten:[16]

> „The Conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group or was conduct that could itself effect such destruction."

Während eine Auffassung sich für eine Einschränkung des objektiven Tatbestands durch das Vorliegen eines systematischen genozidalen Angriffs ausspricht[17] – die vor dem Hintergrund der Nähe des Völkermordtatbestandes zu einem „Gesinnungsstrafrecht" sowie der Beweisschwierigkeiten, die mit rein subjektiven Voraussetzungen verbunden sind,[18] als nicht unberechtigt erscheint – sieht die Gegenmeinung hierin eine mit dem Wortlaut des Vertragstextes und der völkergewohnheitsrechtlichen Auffassung des Völkermordtatbestandes unvereinbare Auslegung des Art. 6 IStGH-Statut.[19] Die Gegenmeinung beruft sich auf Art. 9 Abs. 3 IStGH-Statut, wonach die Verbrechenselemente unberücksichtigt bleiben, sofern diese dem Text des Vertrags widersprechen.[20]

Auf eine Stellungnahme hinsichtlich des Streits kommt es im vorliegenden Fall nicht an, da ein Kontext systematischer

---

[9] Vgl. *Selbmann* (Fn. 3), S. 174; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 880; ICTR, Judgement and Sentence of 6.12.1999 – ICTR-96-3-T (Prosecutor v. Rutaganda), para. 56.

[10] ICTR, Judgement and Sentence of 6.12.1999 – ICTR-96-3-T (Prosecutor v. Rutaganda), paras. 56 ff.; dazu *Selbmann* (Fn. 3), S. 174; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 880.

[11] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 866.

[12] *Ambos* (Fn. 3), S. 156.

[13] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 866; *Satzger* (Fn. 1), § 16 Rn. 13.

[14] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 871, 910.

[15] ICTY, Judgement of 14.12.1999 – IT-95-10-T (Prosecutor v. Jelisić), paras. 100 f.: „It is therefore only as a perpetrator that Goran Jelisić could be declared guilty of genocide. Such a case is theoretically possible"; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 910.

[16] *Satzger* (Fn. 1), § 16 Rn. 14.

[17] Das objektive Vorliegen einer Gesamttat als Tatbestandsvoraussetzung hat die Vorverfahrenskammer des IStGH im Verfahren Al Bashir gesehen, ICC, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir of 4.3.2009 – ICC-02/05-01/09 (Prosecutor v. Al Bashir), para. 124. Einen Widerspruch zwischen den Verbrechenselementen und dem Text des Statuts, der nach Art. 9 Abs. 3 IStGH-Statut nicht zur Anwendung der Verbrechenselemente führt, hat die Vorverfahrenskammer ausdrücklich verneint, „In the case at hand, the Majority does not observe any irreconcilable contradiction between the definition of the crime of genocide provided for in article 6 of the Statute and the contextual element provided for in the Elements of Crimes with regard to the crime of genocide", ebd., para. 132. Krit. zu der methodischen Argumentation des Gerichts *Burghardt/Geneuss*, ZIS 2009, 126 (133 f.); vgl. auch *Ambos* (Fn. 3), S. 156 Rn. 7.

[18] Vgl. *Guilfoyle*, International Criminal Law, 2016, S. 286; *Selbmann* (Fn. 3), S. 185; auch *Satzger* (Fn. 1), § 16 Rn. 14; allgemein zum Nachweis der Zerstörungsabsicht *Schabas*, Genozid im Völkerrecht, 2003, S. 295 ff.

[19] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 915; *Ambos* (Fn. 12), § 7 Rn. 140; *Satzger* (Fn.1), § 16 Rn. 14.

[20] *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 7 Rn. 140; *Satzger* (Fn. 1), § 16 Rn. 14; *Werle/Jeßberger* (Fn.1), Rn. 915. Letztere sehen in dem von den Verbrechenselementen verlangten Gesamttaterfordernis lediglich eine prozessuale Voraussetzung, die für die Zuständigkeit des IStGH einschränkend wirkt, *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 917; krit. zu dieser prozessualen Deutung des Kontextelements vor dem Hintergrund des materiell-rechtlichen Charakters der Verbrechenselemente *Ambos* (Fn. 3), S. 157.

genozidaler Praktiken vorliegt, wie systematische Erzwingung von Schwangerschaftsabbrüchen, regelmäßige Angriffe von Regierungstruppen auf Dörfer der X und Deportationen in Konzentrationslager. Die von K und seinen Männern begangenen Tötungen stehen auch in einem Zusammenhang mit diesem Kontext.

d) Individuelle Verantwortlichkeit des K als mittelbarer Täter, Art. 25 Abs. 3 lit. a Var. 3 IStGH-Statut

aa) Objektive Voraussetzungen (actus reus)

B könnte die Tötungen als mittelbarer Täter „durch einen anderen" begangen haben. Die in der deutschen Dogmatik bekannte Zurechnungsfigur des „Täters hinter dem Täter" könnte hier eingreifen, womit B nicht wie ein Anstifter behandelt, sondern einem Täter gleichgestellt wird.[21] Dafür müsste B die Organisationsherrschaft innehaben.[22] Dies ist hier zu bejahen: B hatte als Bürgermeister und faktischer Befehlsgeber die Kontrolle über die Handlungen und den Willen der ihm hierarchisch subordinierten Tatmittler (K und die anderen Männer).[23] Man kann also im vorliegenden Fall von der Aktivierung eines „Machtapparats" sprechen, in dem die Befehle des Bürgermeisters B „automatisch" befolgt und in Taten umgesetzt werden.[24] Man kann von einem Mechanismus ausgehen, „that enables its highest authorities to ensure automatic compliance with their orders."[25] Die Tatsache, dass K und die übrigen Mitwirkenden kein deliktisches Minus aufweisen und vollverantwortlich handeln, wirkt der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des B nicht entgegen. Dem Wortlaut des Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut entsprechend ist „der Täter hinter dem Täter" individuell verantwortlich für die Taten der unmittelbar Handelnden, „gleichviel ob der andere [Tatmittler] strafrechtlich verantwortlich ist". Damit ist auch der vollverantwortliche unmittelbare Täter als möglicher Tatmittler vom Wortlaut miteinbezogen.[26] Daher ist B in objektiver Hinsicht mittelbarer Täter der Tötung der 500 X.

bb) Subjektive Voraussetzungen (mental element, mens rea)

B müsste den Tatbestand vorsätzlich i.S.d. Art. 30 IStGH-Statut verwirklicht haben. B wollte die Tötung der Einwohner der Stadt, die zur X-Gruppe gehörten und es war ihm bewusst, dass seine Untergebenen seine Befehle ausführen würden.

Zudem müsste er nach Art. 6 IStGH-Statut die Tat in der Absicht begangen haben, eine durch den Völkermordtatbestand geschützte Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören. B will die „Säuberungspolitik" der Regierung unterstützen. „Ethnische Säuberungen" sind aber nicht einem Völkermord gleichzustellen,[27] so dass auch eine „Säuberungsabsicht" noch nicht automatisch eine Zerstörungsabsicht i.S.d. Art. 6 IStGH-Statut darstellt; „ethnische Säuberungen" sind zunächst lediglich als Vertreibungspolitik zu verstehen.[28] Gleichwohl kann diese Vertreibungspolitik, was auch häufig vorkommt, als Völkermord erfasst werden, wenn Indizien einer Gruppenvernichtungsabsicht vorliegen.[29] Ob eine „Säuberungspolitik" genozidalen Charakter aufweist, hängt von den Umständen des konkreten Falls ab.[30]

Laut Sachverhalt reicht die „Säuberungspolitik", die die Regierung betreibt, von der systematischen Entfernung der X aus Stellen des staatlichen Apparats über die Erzwingung von Schwangerschaftsabbrüchen bis hin zu regelmäßigen Angriffen von Regierungstruppen auf Dörfer der X und Deportationen in Konzentrationslager. Es handelt sich um Tathandlungen, die vom Völkermordtatbestand erfasst werden und auf eine Absicht der systematischen Vernichtung einer Gruppe und ihrer Zusammensetzung hindeuten.[31] Die Säuberungspolitik der Regierung ist als Genozid einzustufen. Die Absicht des B, bei der Säuberungspolitik der Regierung mitzuwirken, ist entsprechend dieser Einordnung als Zerstörungsabsicht einzustufen. B beabsichtigte nicht nur die Vertreibung der X, sondern sein Handeln war auf die physische Zerstörung der Gruppe gerichtet.

> *Alternative*: Weniger naheliegend, aber nicht unvertretbar, könnte man auf den Gedanken kommen, Mittäterschaft zu prüfen, Art. 6 lit. a IStGH-Statut i.V.m. Art. 25 Abs. 3 lit. a Var. 2 IStGH-Statut. Der Beitrag des B findet zwar noch im Vorbereitungsstadium statt.[32] Gleichwohl hat er ein erhebliches Gewicht. Durch die Planung und die Organisation der Tat im Vorfeld wird das Defizit im Ausführungsstadium ausgeglichen („gemäßigte" Tatherrschaftslehre).[33] B hat im vorliegenden Fall eine dem unmittelbaren Täter entsprechende Kontrolle über das Tatgesche-

[21] *Satzger* (Fn. 1), § 15 Rn. 59.

[22] *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 105 ff.; siehe auch *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2020, § 43 Rn. 60 ff; zur Thematik *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2. Aufl. 2004, S. 590 ff.; fallbezogen *ders*. (Fn. 12), S. 106 ff; grundlegend zur Figur und ihrer Behandlung in der BGH-Rechtsprechung *Rotsch*, „Einheitstäterschaft" statt Tatherrschaft, 2009, S. 372 ff.

[23] Vgl. *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 620 f.

[24] Konkret zur Voraussetzung der automatischen Befehlsausführung siehe ICC, Decision on the confirmation of charges of 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07 (Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo), para. 515; siehe auch *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 621 m.w.H.

[25] ICC, Decision on the confirmation of charges of 30.9.2008, ICC-01/04-01/07 (Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo), para. 517.

[26] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 618.

[27] Zur Geschichte und zu den Definitionsversuchen ausführlich *Schabas* (Fn. 18), S. 251 ff.

[28] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 908 f.; *Satzger* (Fn. 1), § 16 Rn. 18.

[29] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 908 f.; *Satzger* (Fn.1), § 16 Rn. 18.

[30] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 909.

[31] Vgl. *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 908 f.; *Satzger* (Fn. 1), § 16 Rn. 18.

[32] Zur Thematik ausführlich *Ambos* (Fn. 3), S. 191 ff.

[33] Siehe *Rengier* (Fn. 22), § 41 Rn. 19.

hen.[34] In objektiver Hinsicht müsste auch ein gemeinsamer Plan zwischen B und seinem Vertrauten K vorliegen. Zwar gibt es im Sachverhalt Anhaltspunkte für ein einvernehmliches Handeln zwischen B und K, K ist Vertrauter des B, jedoch ist zweifelhaft, ob es für die Annahme einer gemeinsamen Planung der Tötungsaktionen zureichende Anhaltspunkte gibt. Die Planung geht im Grunde allein auf B zurück. B und K sowie die anderen Beteiligten kontrollieren nicht gemeinsam die Tat, da das Verhältnis zwischen B und allen anderen Beteiligten nicht horizontal, sondern vertikal ist.[35] Eine Mittäterschaft auf der Grundlage eines gemeinsamen Planes i.S.d. Art. 25 Abs. 3 lit. a Var. 2 IStGH-Statut ist daher mit besseren Gründen abzulehnen, lässt sich bei entsprechender Begründung aber als gerade noch vertretbar ansehen.

Hinweis: Möglicherweise wird in einigen Bearbeitungen auch die Zurechnungsfigur des Joint Criminal Enterprise diskutiert. Diese wurde durch den Jugoslawien-Strafgerichtshof entwickelt, um durch eine gemeinsame verbrecherische Unternehmung verwirklichtes Unrecht allen beteiligten Personen, unabhängig von ihrem konkreten Tatbeitrag, zurechnen zu können („systemisches Zurechnungsmodell“)[36].[37] Von den drei Formen des Joint Criminal Enterprise, die der Jugoslawien-Strafgerichtshof entwickelt hat, kommt im vorliegenden Fall die Anwendung der sog. Grundform (basic form) in Betracht, wonach alle Beteiligten auf der Grundlage eines gemeinsamen Planes zusammenwirken und den gleichen Vorsatz aufweisen.[38] Die Anwendung der Figur durch den Jugoslawien-Strafgerichtshof sowie durch den Strafgerichtshof für Ruanda war der fehlenden Regelung der Beteiligungsformen in ihren Statuten geschuldet. Anders aber als die Statuten der Ad-hoc-Gerichte kennt das IStGH-Statut, wie die Formulierung des Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut nahelegt, die Zurechnungsfiguren der Mittäterschaft und der mittelbaren Täterschaft.[39] Die Anwendung der Figur des Joint Criminal Enterprise erübrigt sich daher vor dem Hintergrund des ausdifferenzierten Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut.[40]

2. Ergebnis

B hat sich gemäß Art. 6 lit. a IStGH-Statut i.V.m. Art. 25 Abs. 3 lit. a Var. 3 IStGH-Statut strafbar gemacht.

[34] Vgl. *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 612.
[35] Zum horizontalen Verhältnis zwischen den Mittätern und zur vertikalen Beziehung zwischen mittelbarem Täter und unmittelbarem Täter *Ambos* (Fn. 3), S. 195.
[36] *Safferling* (Fn. 2), Rn. 78.
[37] *Satzger* (Fn. 1), § 15 Rn. 55; *Ambos* (Fn. 3), S. 195; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 598 f.
[38] *Satzger* (Fn. 1), § 15 Rn. 57; *Ambos* (Fn. 3), S. 195; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 602.
[39] *Satzger* (Fn. 1), § 15 Rn. 55; vgl. *Ambos* (Fn. 3), S. 196.
[40] *Ambos* (Fn. 3), S. 196; *Satzger* (Fn. 1), § 15 Rn. 58; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 607 ff.

II. Strafbarkeit wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Art. 7 IStGH-Statut

1. Material and Mental Elements (Tatbestand)

B könnte sich wegen der Geschehnisse in der Kathedrale auch wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit strafbar gemacht haben.

a) Contextual Element (Gesamttaterfordernis)

Nach Art. 7 IStGH-Statut müssen die in Abs. 1 lit. a–k aufgezählten Tathandlungen „im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung“ ausgeführt werden. Hierin besteht das sog. internationale Element der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, das die völkerstrafrechtliche Dimension der Einzelakte begründet.[41] „Angriff gegen die Zivilbevölkerung“ bedeutet nach der Legaldefinition des Art. 7 Abs. 2 lit. a IStGH-Statut die mehrfache Begehung der in Abs. 1 genannten Handlungen gegen die Zivilbevölkerung, in Ausführung oder zur Unterstützung der Politik eines Staates oder einer Organisation. Der Angriff muss in quantitativer Hinsicht ausgedehnt sein („widespread“ und „large-scale nature of the attack“)[42], d.h. zu einer großen Zahl von Opfern führen,[43] oder in qualitativer Hinsicht systematischen Charakter aufweisen.[44] Der systematische Charakter des Angriffs liegt vor, wenn die mehrfache Begehung der Einzelakte durch einen Plan und eine Politik geleitet werden.[45]

Im vorliegenden Fall findet eine mehrfache Begehung von Tathandlungen des Art. 7 IStGH-Statut auf der Grundlage einer Regierungspolitik statt, wie vorsätzliche Tötungen (Art. 7 Abs. 1 lit. a IStGH-Statut), Verfolgung (Art. 7 Abs. 1 lit. h IStGH-Statut), Freiheitsentzug (Art. 7 Abs. 1 lit. e IStGH-Statut), Ausrottung (Art. 7 Abs. 1 lit. b IStGH-Statut) und andere unmenschliche Handlungen ähnlicher Art (Art. 7 Abs. 1 lit. k IStGH-Statut). Laut Sachverhaltsschilderung wird bei der Ausführung der Tathandlungen nicht über den Kombattantenstatus der Angegriffenen entschieden. Die Regierung setzte mit ihrer „Säuberungspolitik“ schon ein, bevor die X zu den Waffen griffen. Die Handlungen richten sich also gegen eine Zivilbevölkerung, nämlich Personen, die keinen Kombattantenstatus innehaben und sich nicht an Feindseligkeiten beteiligen.

[41] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 118 ff., 972.
[42] ICC, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo of 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08 (Prosecutor v. Bemba), para. 83; ICC, Judgement of 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07 (Prosecutor v. Katanga), para. 1123.
[43] Die Betroffenheit eines weiten geographischen Gebiets kann ebenso wie die große Anzahl von Opfern die Ausgedehntheit des Angriffs begründen, ICC, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo of 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08 (Prosecutor v. Bemba), para. 83.
[44] *Satzger* (Fn. 1), § 16 Rn. 35; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 986 f; ICC, Judgement of 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07 (Prosecutor v. Katanga), para. 1123.
[45] *Satzger* (Fn. 1), § 16 Rn. 35; *Ambos* (Fn. 3), S. 172.

Die Gesamtzahl der Opfer wird im Sachverhalt nicht genannt, so dass das quantitative Element nicht genau zu bestimmen ist. Allerdings legt die Schilderung des Sachverhalts die Annahme einer großen Zahl von Opfern nahe. Zudem ist der systematische Charakter des Angriffs zu bejahen, da er durch die „Säuberungspolitik" der Regierung gesteuert wird. Die Merkmale des ausgedehnten und systematischen Angriffs müssen für die Bejahung der Gesamttat nicht kumulativ vorliegen. Sie stehen in einem Alternationsverhältnis.[46]

Die Gesamttat eines Angriffs systematischer Natur gegen Zivilisten liegt somit vor.

b) Individual Acts (Einzelakte)

Zudem müsste zumindest einer der in Art. 7 Abs. 1 IStGH-Statut genannten Tatbestände erfüllt worden sein. A hat keinen Einzelakt eigenhändig ausgeführt. Gleichwohl könnten ihm die Taten von K und diejenigen der mit ihm zusammenwirkenden S-Einwohner zuzurechnen sein.

aa) Vorsätzliche Tötung, Art. 7 Abs. 1 lit. a IStGH-Statut

Als Einzeltat wird von Art. 7 Abs. 1 lit. a IStGH-Statut die vorsätzliche Tötung genannt. Dieser Tatbestand ist hier durch das Verbrennen der 500 X erfüllt. In objektiver Hinsicht wurde durch das Verhalten der unmittelbaren Täter der Tod von 500 Menschen verursacht und in subjektiver Hinsicht erkannten die Täter nach Maßgabe des Art. 30 IStGH-Statut die Verursachung des Todes als sichere Folge ihres Verhaltens.

bb) Ausrottung, Art. 7 Abs. 1 lit. b IStGH-Statut (Extermination)

Darüber hinaus kommt der Tatbestand der Ausrottung nach Art. 7 Abs. 1 lit. b IStGH-Statut in Betracht. Der Tatbestand erfasst, anders als der Tatbestand der vorsätzlichen Tötung, der auch die Tötung eines einzigen Menschen erfasst, die massenhafte Vernichtung von Menschen.[47] Auf die Nennung einer konkreten Mindestzahl von Opfern für die Annahme einer massenhaften Vernichtung verzichtet die Rechtsprechung.[48] In der Rechtsprechung des Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien wird nach Einzelfallbetrachtung etwa die Tötung von 17 Menschen als ausreichend für die Bejahung der Massenhaftigkeit der Tötungen angesehen, die Tötung von acht Opfern nicht.[49] Bei einer Zahl von 500 Opfern, wie im vorliegenden Fall, kann die Annahme einer „Ausrottung" als sicher angesehen werden.

In subjektiver Hinsicht setzt der Tatbestand vorsätzliches Handeln i.S.v. Art. 30 IStGH-Statut voraus.[50] K und seinen Begleitern war bewusst, dass sie eine Massentötung durchführen. Eine zusätzliche Zerstörungsabsicht hinsichtlich einer Bevölkerungsgruppe wird nicht verlangt.[51] Für diese Annahme, wird argumentiert, gibt der Text des IStGH-Statuts keinen Anlass.[52] Eine Mindermeinung setzt allerdings voraus, dass die Tathandlung subjektiv mit der „Absicht eine Bevölkerung ganz oder teilweise zu zerstören" ausgeführt wird.[53] Auf diesen Streitpunkt kommt es im vorliegenden Fall allerdings nicht an, weil bei K und den übrigen Männern von einer Zerstörungsabsicht ausgegangen werden kann, diese fällt hier mit der genozidalen Vernichtungsabsicht zusammen.

cc) Freiheitsentziehung oder sonstige schwerwiegende Beraubung der körperlichen Freiheit, Art. 7 Abs. 1 lit. e IStGH-Statut

Als weiterer Tatbestand könnte die Freiheitsentziehung nach Art. 7 Abs. 1 lit. e IStGH-Statut erfüllt sein. Unter den Wortlaut werden Fälle befasst, bei denen eine oder mehrere Personen in einem umschlossenen Raum eingesperrt und dadurch ihrer Bewegungsfreiheit beraubt werden.[54] Im vorliegenden Fall werden die festgenommenen X in der Kathedrale eingesperrt und daran gehindert den Raum zu verlassen. Die Freiheitsentziehung der X erfolgt auch vorsätzlich nach Maßgabe des Art. 30 IStGH-Statut.

K und die anderen Männer haben mithin die Tatbestandsvariante der Freiheitsentziehung erfüllt.

dd) Verfolgung, Art. 7 Abs. 1 lit. h IStGH-Statut (Persecution)

Vorliegen könnte auch eine Verfolgung gem. Art. 7 Abs. 1 lit. h IStGH-Statut. Nach der Legaldefinition des Art. 7 Abs. 2 lit. g IStGH-Statut „bedeutet Verfolgung den völkerrechtswidrigen, vorsätzlichen und schwerwiegenden Entzug von Grundrechten wegen der Identität einer Gruppe oder Gemeinschaft". Unter dem Entzug von Grundrechten ist vor allem die Entziehung des Rechts auf Leben, des Rechts auf körperliche Unversehrtheit sowie des Rechts auf persönliche Freiheit zu verstehen.[55] Die Entziehung von grundlegenden Rechten kann nicht nur durch gesetzgeberische Tätigkeit erfolgen, sondern auch durch faktische Maßnahmen.[56] Eine Vielfalt von Maßnahmen physischer, ökonomischer oder rechtlicher

[46] *Guilfoyle* (Fn. 18), S. 246; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 988; *Ambos* (Fn. 3), S. 183; vertiefend dazu *ders*. (Fn. 20), § 7 Rn. 185 f.

[47] *Selbmann* (Fn. 3), S. 200 f.

[48] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 1016.

[49] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 1016 m.w.H.; ICTY, Judgement of 27.9.2006 – IT-00-39-T (Prosecutor v. Krajišnik), para. 720, wonach die Tötung von 17 Menschen unter Berücksichtigung der Tötungsumstände, der Art der Selektion der Opfer, der Zeit und des Orts der Exekution ausreichend für das Bejahen einer Massentötung ist; ICTY, Judgement of 27.3.2013 – IT-08-91-TD20100 – D18611 (Stanišić and Župljanin), Vol. 1 para. 219, nach dem die Tötung von acht Menschen den Tatbestand nicht erfüllt.

[50] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 1017.

[51] Exemplarisch zur Rechtsprechung siehe ICTY, Judgement of 2.8.2001 – IT-98-33-T (Prosecutor v. Krstić), para. 500; siehe auch *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 1017; *Satzger* (Fn. 1), § 16 Rn. 42; a.A. *Ambos* (Fn. 22), S. 798.

[52] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 1017.

[53] *Ambos* (Fn. 22), S. 798; *ders.*, Treatise on International Criminal Law, Vol. 1, 2013, S. 296; dazu *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 1017.

[54] *Satzger* (Fn. 1), § 16 Rn. 45; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 1045.

[55] *Ambos* (Fn. 3), S. 189.

[56] *Ambos* (Fn. 3), S. 189; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 1085.

Natur kommt hierfür in Betracht.[57] Der Verfolgungstatbestand ist auch akzessorisch konzipiert.[58] Nach Art. 7 Abs. 1 lit. h IStGH-Statut muss die Verfolgung im Zusammenhang mit einer in Abs. 1 aufgezählten Handlung oder mit einem im IStGH-Statut normierten Verbrechen stattgefunden haben („umbrella crime").[59] Hier liegen mit Art. 7 Abs. 1 lit. a, lit. e IStGH-Statut und Art. 6 IStGH-Statut solche Verbrechen vor, die gegen die X als identifizierbare Gruppe gerichtet sind. Damit wird den X das Recht auf Leben und auf persönliche Freiheit entzogen.

Auf der inneren Tatseite verlangt der Verfolgungstatbestand neben dem Vorsatz i.S.d. Art. 30 IStGH-Statut eine Diskriminierungsabsicht.[60] K und die übrigen Männer handeln aus ethnischen sowie aus politischen Beweggründen, womit die erforderliche Diskriminierungsabsicht gegeben ist.[61]

Der Verfolgungstatbestand liegt daher vor.

c) Zusammenhang zwischen den Einzelakten und der Gesamttat

Die Einzelakte müssen in funktionalem Zusammenhang mit dem ausgedehnten oder systematischen Angriff gegen die Zivilbevölkerung begangen werden.[62] Die Einzeltaten der K und seiner Männer sind Teil des systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung der X.

d) Individuelle Verantwortlichkeit

B müsste nach Art. 25 IStGH-Statut für die erfüllten Tatbestände individuell verantwortlich sein.

B könnte die Taten gem. Art. 25 Abs. 3 lit. a Var. 3 IStGH-Statut kraft Organisationsherrschaft begangen haben. In objektiver Hinsicht hat er die Kontrolle über einen hierarchischen Machtapparat und seine Befehle werden automatisch ausgeführt (s.o.). In subjektiver Hinsicht müsste B die Einzelakte nach den Anforderungen des Art. 30 IStGH-Statut vorsätzlich und wissentlich verwirklicht haben. B wusste und wollte die Tötung, Ausrottung, Freiheitsberaubung und Verfolgung der 500 X. Seine Unkenntnis in Bezug auf den Ort der Exekution schließt seinen Vorsatz nicht aus. Eine nach Art. 7 Abs. 1 lit. h IStGH-Statut verlangte Diskriminierungsabsicht liegt auch vor.

Zudem müsste B nach Art. 7 Abs. 1 IStGH-Statut „in Kenntnis" des Angriffs gegen die Zivilbevölkerung gehandelt haben. B müsste also gewusst haben, dass ein systematischer Angriff gegen die Zivilbevölkerung stattfindet und dass seine Taten sich in diesen Kontext funktional einfügen und Teil dieses Angriffs sind.[63] Das ist vorliegend der Fall.

2. Ergebnis

B hat sich gem. Art. 7 Abs. 1 lit. a IStGH-Statut (vorsätzliche Tötung), Art. 7 Abs. 1 lit. b IStGH-Statut (Ausrottung), Art. 7 Abs. 1 lit. e IStGH-Statut (Freiheitsentziehung), Art. 7 Abs. 1 lit. h IStGH-Statut (Verfolgung) i.V.m. Art. 25 Abs. 3 lit. a Var. 3 IStGH-Statut strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit wegen Kriegsverbrechen, Art. 8 IStGH-Statut

1. Material and Mental Elements (Tatbestand)

B könnte sich wegen des Anzündens der Kathedrale und des Verbrennens der 500 X wegen Kriegsverbrechen gem. Art. 8 IStGH-Statut strafbar gemacht haben.

a) Contextual Element: Nichtinternationaler bewaffneter Konflikt

Als systematisches Element verlangt Art. 8 Abs. 2 IStGH-Statut einen bewaffneten Konflikt. Dies ergibt sich aus dem Zusammenspiel von Art. 8 Abs. 2 lit. a, lit. b, lit. c und lit. e IStGH-Statut.[64] Art. 8 IStGH-Statut folgt dem sog. two-box-approach, d.h., es wird zwischen internationalen und nichtinternationalen bewaffneten Konflikten unterschieden.[65] Ein internationaler Konflikt in herkömmlichem Sinne liegt bei einer bewaffneten Auseinandersetzung zwischen Staaten vor.[66] Um einen nichtinternationalen Konflikt handelt es sich, wenn die Auseinandersetzungen innerhalb des staatlichen Gebietes zwischen staatlichen Streitkräften und anderen bewaffneten Gruppen oder zwischen solchen Gruppen stattfinden.[67] Die Einordnung eines Konflikts als international oder nichtinternational wirkt sich auf die Reichweite des Schutzbereichs aus.[68] Im vorliegenden Fall kommt es regelmäßig zu bewaffneten Auseinandersetzungen zwischen Regierungstruppen und bewaffneten Gruppen der X. Der Konflikt spielt sich also innerhalb der Grenzen des Staates M ab. Es handelt sich daher nicht um einen zwischenstaatlichen, sondern um einen nichtinternationalen Konflikt.

---

[57] ICTY, Opinion and Judgement of 7.5.1997 – IT-94-1-T (Prosecutor v. Tadić), para. 710.
[58] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1) Rn. 1091.
[59] *Safferling* (Fn. 2), Rn. 87; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 1091.
[60] *Satzger* (Fn. 1), § 16 Rn. 48; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 1092.
[61] Siehe ähnliche Konstellation bei *Ambos* (Fn. 3), S. 189 (Fall 10).
[62] *Safferling* (Fn. 2), Rn. 57; *Ambos* (Fn. 3), S. 189 f.
[63] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 1005; vgl. *Ambos* (Fn. 3), S. 109, 173; aus der Rechtsprechung exemplarisch ICC, Judgement of 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07 (Prosecutor v. Katanga), para. 1125.
[64] *Ambos* (Fn. 3), S. 99.
[65] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 1181; *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 232; *Satzger* (Fn. 1), § 16 Rn. 59; *Schabas*, The International Criminal Court, A Commentary on the Rome Statute, 2. Aufl. 2016, S. 228 ff.
[66] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 1185; ICC, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute of 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06 (Prosecutor v. Lubanga), para. 533.
[67] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1) Rn. 1185; ICC, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute of 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06 (Prosecutor v. Lubanga), para. 533.
[68] *Schabas* (Fn. 65), S. 229; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 1178.

Art. 8 IStGH-Statut erfasst allerdings nur nichtinternationale Konflikte, die die Schwelle zum bewaffneten Konflikt überschritten haben und damit den internationalen Konflikten vergleichbar sind.[69] Kurz anhaltende Auseinandersetzungen, innere Unruhen und Spannungen wie Tumulte und vereinzelt vorkommende Gewaltanwendung scheiden nach Art. 8 Abs. 2 lit. d IStGH-Statut aus dem Anwendungsbereich des Statuts aus. Als Indizien für erhöhte Intensität des Konflikts ergeben sich aus Art. 8 Abs. 2 lit. f IStGH-Statut ein Mindestmaß an Organisation der nichtstaatlichen Gruppierung und gewalttätige Auseinandersetzungen von einer gewissen Dauer.[70] „Unorganized and short-lived insurrections" sind nicht als Konflikte i.S.d. Art. 8 Abs. 2 lit. d IStGH-Statut zu erfassen.[71] Der bewaffnete Konflikt zwischen Regierungstruppen und den Formationen der X dauert nach dem Sachverhalt lange und kostet eine große Zahl von Menschen das Leben, was für die Intensität des Konflikts spricht. Außerdem findet dieser zwischen „formierten" Gruppen statt, was auf ein Mindestmaß an Organisation hindeutet. Ein den internationalen Konflikten vergleichbarer nichtinternationaler bewaffneter Konflikt liegt hier vor.

b) Individual Acts (Einzeltaten)

Darüber hinaus müsste er eine der in Art. 8 Abs. 2 lit. c oder lit. e IStGH-Statut normierten Tathandlungen verwirklicht haben. B hat keinen Einzelakt eigenhändig ausgeführt. Gleichwohl könnten ihm die von K begangenen Taten und diejenigen der mit ihm zusammenwirkenden S-Einwohner zuzurechnen sein.

aa) Vorsätzliche Tötung, Art. 8 Abs. 2 lit. c Nr. i IStGH-Statut

K und die anderen S-Einwohner könnten den Tatbestand der vorsätzlichen Tötung gem. Art. 8 Abs. 2 lit. c Nr. i IStGH-Statut erfüllt haben. Dafür müssten die Opfer zu den von Art. 8 IStGH-Statut geschützten Personen zu zählen sein.[72] Nach dem gemeinsamen Art. 3 der Genfer Abkommen gehören zum geschützten Personenkreis Personen, die zum Tatzeitpunkt nicht unmittelbar an den Feindseligkeiten teilgenommen haben, eine Definition die in Art. 8 Abs. 2 lit. c IStGH-Statut wiederzufinden ist.[73] Bei den getöteten X handelt es sich um Frauen, Kinder und Männer der X-Bevölkerung, die in M ihren Wohnort hatten. Sie waren keine Kombattanten, sondern Zivilpersonen, die nicht an der Auseinandersetzung unmittelbar beteiligt waren. Somit haben K und die anderen Männer Art. 8 Abs. 2 lit. c Nr. i IStGH-Statut erfüllt.

bb) Vorsätzlicher Angriff auf die Zivilbevölkerung, Art. 8 Abs. 2 lit. e Nr. i IStGH-Statut

K und die anderen Männer haben zwar die Tötung von einer großen Zahl von Zivilpersonen verursacht, diese fand allerdings nicht im Rahmen einer militärischen Operation statt.[74] Damit liegt kein Angriff auf die Zivilbevölkerung i.S.d. Art. 8 Abs. 2 lit. e Nr. i IStGH-Statut vor.

cc) Vorsätzlicher Angriff auf geschichtliche Denkmäler, Art. 8 Abs. 2 lit. e Nr. iv IStGH-Statut

Auch ein vorsätzlicher Angriff auf geschichtliche Denkmäler gem. Art. 8 Abs. 2 lit. e Nr. iv IStGH-Statut könnte begangen worden sein.[75] Hierfür müsste die Kathedrale der Stadt M unter die besonders geschützten Objekte des Artikels fallen. Zu geschützten Objekten i.S.d. Art. 8 Abs. 2 lit. e Nr. iv IStGH-Statut gehören unter anderem Kulturgüter, d.h. Objekte, die eine besondere Bedeutung für das kulturelle Erbe aufweisen.[76] Die Kathedrale als zum UNESCO-Welterbe zählendes Denkmal fällt darunter. Auch als Gebäude, das dem Gottesdienst gewidmet ist, genießt die Kathedrale den Schutz des Art. 8 Abs. 2 lit. e Nr. iv IStGH-Statut.[77] Die Kathedrale war auch kein militärisches Ziel.[78] Militärische Ziele sind nach Art. 52 Abs. 2 Zusatzprotokoll „nur solche Objekte, die auf Grund ihrer Beschaffenheit, ihres Standorts, ihrer Zweckbestimmung oder ihrer Verwendung wirksam zu militärischen Handlungen beitragen und deren gänzliche oder teilweise Zerstörung, deren Inbesitznahme oder Neutralisierung unter den in dem betreffenden Zeitpunkt gegebenen Umständen einen eindeutigen militärischen Vorteil darstellt." Der Tatbestand des vorsätzlichen Angriffs auf geschichtliche Denkmäler ist damit erfüllt.

c) Zusammenhang zwischen der Tat und dem bewaffneten Konflikt

Die einzelnen Tathandlungen müssen in einem funktionalen Zusammenhang mit dem bewaffneten Konflikt stehen. Die Tat muss nicht zwingend während der Kampfhandlungen oder im Zusammenhang mit der Besetzung einer Ansiedlung began-

[69] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 1202.
[70] ICC, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute of 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06 (Prosecutor v. Lubanga), paras. 534 ff., 537; dazu ausführlich *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 1204 ff.; ICTY, Opinion and Judgement of 7.5.1997 – IT-94-1-T (Prosecutor v. Tadić), para. 562; siehe auch *Satzger* (Fn. 1), § 16 Rn. 61; *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 239.
[71] ICTY, Opinion and Judgement of 7.5.1997 – IT-94-1-T (Prosecutor v. Tadić), para. 562.
[72] Siehe *Ambos* (Fn. 3), S. 160.
[73] *Werle/Jeßberger* (Fn.1), Rn. 1242.
[74] Dazu *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 1397.
[75] Dieser Tatbestand wurde Gegenstand des Verfahrens vor dem IStGH gegen Ahmad Al Faqi Al Mahdi, das mit einem Urteil im Jahr 2016 endete. Al Mahdi wurde wegen der Zerstörung von UNESCO-Weltkulturerbe in Timbuktu (Mali) 2012 zu neun Jahren Freiheitsstrafe und zu Reparationszahlungen von 2,7 Millionen Euro verurteilt, siehe ICC, Judgement and Sentence of 27.9.2016 – ICC-01/12-01/15 (Prosecutor v. Al Mahdi), zum Urteil und zu seiner kritischen Aufnahme siehe *Amos*, in: LTO v. 27.9.2016, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/20699/ (5.6.2021); dazu auch *Schabas* (Fn. 65), S. 269; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 1428.
[76] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 1423.
[77] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 1423.
[78] Vgl. *Ambos* (Fn. 3), S. 102 (Fall 7).

gen werden.[79] Vielmehr reicht es aus, dass der Konflikt für die Entscheidung der Begehung der Taten von Bedeutung ist.[80] Entscheidend ist, dass der Täter in Friedenszeiten diese Verstöße nicht begangen hätte.[81] Ein funktionaler Zusammenhang zwischen den Einzelakten und dem Konflikt ist auch vorhanden, wenn die Taten von einer Konfliktpartei angeordnet wurden.[82] Im vorliegenden Fall ist es der Bürgermeister B, der die Tötung der X anordnet. B gehört zum staatlichen Verwaltungsapparat, der für die Durchsetzung der Regierungspolitik bei dem innerstaatlichen Konflikt aktiviert wird. Die Anordnungen des B, der den Kampf der Regierung unterstützen will, sind daher im Fall der Tötungen der einen Konfliktpartei zuzurechnen. Der funktionale Zusammenhang ist insoweit zu bejahen.

Fraglich ist aber, ob ein solcher Zusammenhang auch zwischen dem Konflikt und der Inbrandsetzung der Kathedrale besteht. Diese wurde durch B nicht angeordnet. Es sind die persönlichen Motive des K, die zur Zerstörung des Gebäudes geführt haben. Gleichwohl ist mit der h.M. der Zusammenhang zwischen der Inbrandsetzung der Kathedrale und dem bewaffneten Konflikt zu bejahen, da der Konflikt zwischen S und X eine Gefährdungssituation darstellt, die dem K die Tat ermöglicht hat. Ein Denkmal ist im Rahmen eines bewaffneten Konflikts einer besonderen Gefahr ausgesetzt, die auch besteht, wenn der Täter aus persönlichen Motiven handelt.[83] Der vorliegende Fall wird durch den Schutzzweck des Art. 8 Abs. 2 lit. e Nr. iv IStGH-Statut erfasst.[84]

d) Individuelle Verantwortlichkeit

B müsste nach Art. 25 IStGH-Statut für die erfüllten Tatbestände individuell verantwortlich sein.

aa) Mittelbare Täterschaft

B könnt die Taten gem. Art. 25 Abs. 3 lit. a Var. 3 IStGH-Statut kraft Organisationsherrschaft begangen haben. In objektiver Hinsicht hat er die Kontrolle über einen hierarchischen Machtapparat und seine Befehle werden automatisch ausgeführt (s.o.). In subjektiver Hinsicht müsste B nach den Verbrechenselementen zu den Kriegsverbrechen die tatsächlichen Umstände kennen, aus denen der bewaffnete Konflikt resultierte.[85] Von dem Kampf der Regierung gegen die bewaffneten X hatte B Kenntnis, so dass diese Voraussetzung erfüllt ist.

Zudem müsste B die Einzelakte nach den Anforderungen des Art. 30 IStGH-Statut vorsätzlich und wissentlich verwirklicht haben.[86] B wusste von der Tötung der Zivilisten und wollte sie. Er wusste allerdings nicht von der Inbrandsetzung der Kathedrale. Vor dem Hintergrund des Sachverhalts ist davon auszugehen, dass ihm die Vernichtung der Kirche unerwünscht war. Hier war es mithin zu einer Exzesstat des K und der anderen Männer gekommen, die vom Vorsatz des B nicht gedeckt wird.[87]

Soweit sein Vorsatz das Geschehen deckt, macht sich B kraft Organisationsherrschaft gem. Art. 8 Abs. 2 lit. c Nr. i IStGH-Statut i.V.m. Art. 25 Abs. 3 lit. a Var. 3 IStGH-Statut strafbar.

Eine mittelbare Täterschaft wegen der Zerstörung der Kirche nach Art. 8 Abs. 2 lit. e Nr. iv IStGH-Statut scheidet hingegen aus.

bb) Vorgesetztenverantwortlichkeit

In Betracht kommt aber eine individuelle Verantwortlichkeit des B für die Zerstörung der Kirche nach den Maßstäben des Art. 28 lit. a IStGH-Statut. B könnte als Vorgesetzter für die Tat von K und der anderen Männer haften.[88]

(1) Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnis

Zunächst müsste ein Vorgesetzen-Untergebenen-Verhältnis zwischen B und K und/oder den anderen Männern vorliegen.[89] Hierfür muss eine effektive Kontrolle des Vorgesetzten über den Untergebenen bestehen.[90] Entscheidend ist hier die faktische, effektive Kontrollmöglichkeit, auf die reine De-jure-Befehlskompetenz kommt es nicht an.[91] In der Regel erfolgt die faktische Befehlsgewalt innerhalb eines rechtlichen Rahmenverhältnisses.[92] Nach der Rechtsprechung reicht allerdings die rein faktische Einflussnahme auf Untergebene nicht aus, sie muss auch in einen hierarchischen Kontext eingebunden sein („in some sort of formal or informal hierarchy to those who commit the crimes")[93], der durch ein gewisses Maß an Organisation gekennzeichnet ist.[94]

Ein Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnis ist nicht nur im militärischen Kontext anzutreffen.[95] Auch außermilitärische Hierarchiestrukturen, wie Verwaltung und Unternehmen

[79] ICTY, Opinion and Judgement of 7.5.1997 – IT-94-1-T (Prosecutor v. Tadić), para. 573: „is it necessary that the crime alleged takes place during combat". Findet es aber in einem solchen Kontext statt, geht die Rechtsprechung von einem solchen Zusammenhang mit dem bewaffneten Konflikt aus, dazu *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 1218.
[80] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 1218.
[81] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 1218.
[82] Dies ist allerdings nicht zwingend, siehe ICTY, Opinion and Judgement of 7.5.1997 – IT-94-1-T (Prosecutor v. Tadić), para. 573.
[83] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 1222.
[84] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 1222.
[85] *Ambos* (Fn. 3), S. 109; *Satzger* (Fn. 1), § 16 Rn. 65; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 1223.
[86] *Ambos* (Fn. 1), S. 109; *Satzger* (Fn. 1), § 16 Rn. 66.
[87] Vgl. Konstellation in *Ambos* (Fn. 3), S. 194 (Fall 10).
[88] Vgl. *Zimmermann/v. Maltitz*, JuS 2020, 43 (47 ff.); *Ambos* (Fn. 3), S. 197 ff. (Fall 10).
[89] *Satzger* (Fn. 1), § 15 Rn. 64.
[90] ICC, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute of 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08 (Prosecutor v. Bemba), para. 183.
[91] *Satzger* (Fn. 1), § 15 Rn. 65; ausführlich *Ambos* (Fn. 53), S. 208 f.
[92] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 663.
[93] ICC, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute of 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08 (Prosecutor v. Bemba), para. 184.
[94] *Werle/Jeßberger* (Fn.1), Rn. 663.
[95] *Satzger* (Fn. 1), § 15 Rn. 65.

kommen in Betracht.[96] Art. 28 IStGH-Statut erfasst explizit in lit. b das Verhältnis von zivilen Vorgesetzten zu ihren Untergebenen. Minister, Präfekte und Bürgermeister sind typische Beispiele für zivile Vorgesetzte.[97]

Im vorliegenden Fall ist B Bürgermeister der Stadt M und hat damit eine leitende Funktion innerhalb der staatlichen Verwaltung inne. Seine Befehlsgewalt ist nicht rein formell. Vielmehr verfügt er über eine tatsächliche Führungsgewalt („authority")[98]. Er ist eine respektierte Person, die Autorität besitzt und Einfluss auf die Untergebenen nimmt. Zwar ist anzuzweifeln, ob sich diese faktische Kontrollmöglichkeit von B auf die gesamte Zahl der S-Einwohner erstreckt, vor allem ob in Bezug auf Letztere die faktische Kontrollmöglichkeit in eine hierarchische Struktur eingebettet ist, die organisatorisch konsolidiert ist. Dies lässt sich bzgl. der Beziehung zwischen B und K bejahen. K arbeitete im Dienste des B, d.h. ihr Verhältnis war strukturell und organisatorisch gefestigt innerhalb eines Verwaltungsapparats.[99] Bs faktische Kontrollmöglichkeit ist im Hinblick auf seine Beziehung zu K in einen verwaltungsmäßigen und hierarchischen Kontext integriert und damit auch organisatorisch untermauert. B ist der zivile Vorgesetzte von K. (Vertretbar ist aber auch, in Bezug auf die weiteren S-Männer ein ausreichendes Maß an organisatorischer und struktureller Festigung anzunehmen).

In Bezug auf zivile Vorgesetzte klammert Art. 28 lit. b Nr. ii IStGH-Statut solche Verhaltensweisen der Untergebenen aus, die nicht unter die tatsächliche Verantwortung und Kontrolle des Vorgesetzten fallen.[100] Damit ist die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines zivilen Vorgesetzten nach Art. 28 IStGH-Statut ausgeschlossen, wenn der Untergebene Straftaten außerhalb seiner Dienstzeit oder außerhalb seines Tätigkeitsfeldes begeht.[101] Hier gibt es keine Anhaltspunkte, um eine sachliche oder zeitliche Begrenzung der Verantwortlichkeit anzunehmen. K arbeitete im Dienste des B und handelte im Rahmen seiner Dienstanweisungen. Ein Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnis liegt zumindest zwischen B und K vor.

(2) Unterlassen der gebotenen Maßnahmen

B müsste die gebotenen präventiven oder repressiven Maßnahmen unterlassen haben,[102] d.h. erforderliche und angemessene Maßnahmen zur Verhinderung der Kirchenzerstörung oder zur Sanktionierung der Straftat nicht vorgenommen haben. B hat keine solchen Maßnahmen getroffen. Er hat die Ausführung der Tötungsaktionen dem K überlassen und dabei auf die Unterbringung der Opfer in großen Gebäuden hingewiesen. Von einer Sanktionierung des K nach Kenntnisnahme der Kirchenzerstörung hat B abgesehen.

(3) Völkerrechtsverbrechen als Folge der Aufsichtspflichtverletzung

Die Zerstörung des UNESCO-Denkmals durch K müsste die Folge des Kontrollversäumnisses des Vorgesetzten B sein.[103] Der Bedeutungsgehalt dieser Voraussetzung vor dem Hintergrund der Bestimmung „Unterlassen der gebotenen Maßnahme" ist nicht klar.[104] Möglicherweise soll hier ein Kausalitätserfordernis zum Ausdruck gebracht werden, dies gilt aber ebenso als ungeklärt und umstritten.[105] Im Bemba-Fall äußerte sich die Vorverfahrenskammer, dass es genügt, wenn die Aufsichtspflichtverletzung das Risiko der Rechtsgutverletzung erhöht hat.[106] Grundsätzlich ist diese Voraussetzung als gegeben anzusehen, wenn der Vorgesetzte nicht die erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zur Verhinderung der Straftaten getroffen hat und es damit zu einer Risikoerhöhung gekommen ist.[107] Im vorliegenden Fall wurde durch die Vorgabe des B, dass die Opfer in großen und leeren Gebäuden untergebracht werden sollen, das Risiko, dass die Kirche für die Unterbringung in Betracht gezogen wird, erheblich erhöht.

(4) Subjektive Voraussetzungen

In subjektiver Hinsicht müsste B gewusst haben, „dass die Untergebenen solche Verbrechen begingen oder zu begehen im Begriff waren, oder eindeutig (auf die Begehung des Verbrechens durch einen Untergebenen) hinweisende Informationen bewusst außer Acht" gelassen haben.[108] In Bezug auf das Unterlassen der gebotenen präventiven Maßnahmen kommt allenfalls das Vorliegen der dritten Variante des Art. 28 lit. b Nr. i IStGH-Statut („eindeutig hinweisende Informationen bewusst außer acht lassen") in Betracht, da B von dem Zerstörungsvorhaben des K nichts wusste. Art. 28 IStGH-Statut lässt zwar eine Absenkung im Sinne von Fahrlässigkeit der Anforderungen des Art. 30 IStGH-Statut zu, verlangt wird jedoch ein gesteigertes Maß derselben (recklessness).[109] Ob B im vorliegenden Fall auf die Begehung des Delikts „eindeu-

[96] *Satzger* (Fn. 1), § 15 Rn. 65.
[97] Siehe *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 667.
[98] So Art. 28 lit. b IStGH-Statut; zu Begriffen „Befehlsgewalt" („command") und „Führungsgewalt" („authority"), *Ambos* (Fn. 53), S. 208 ff.; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 663.
[99] Vgl. *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 664.
[100] *Satzger* (Fn. 1), § 15 Rn. 65; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 668.
[101] *Satzger* (Fn. 1), § 15 Rn. 65; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 668; vgl. *Ambos* (Fn. 53), S. 212.
[102] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 676 ff.
[103] *Satzger* (Fn. 1), § 15 Rn. 65.
[104] *Zimmermann/v. Maltitz*, JuS 2020, 43 (48); *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 684 ff.
[105] *Satzger* (Fn. 1), § 15 Rn. 65; *Ambos* (Fn. 12), § 7 Rn. 57; *Safferling* (Fn. 2), Rn. 99; gegen ein Kausalitätserfordernis *Zimmermann/v. Maltitz*, JuS 2020, 43 (49).
[106] ICC, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo of 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08 (Prosecutor v. Bemba), paras. 83, 425; dazu *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 57; *ders.* (Fn. 3), S. 199; siehe auch *Zimmermann/v. Maltitz*, JuS 2020, 43 (48).
[107] *Ambos* (Fn. 53), S. 214 f.; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 684 ff.; *Satzger* (Fn. 1), § 15 Rn. 65.
[108] So Art. 28 lit. b Nr. i IStGH-Statut.
[109] *Ambos* (Fn. 20), § 7 Rn. 58; *Satzger* (Fn. 1), § 15 Rn. 66; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 673.

tig“ hinweisende Informationen nicht berücksichtigt hat, ob er „wilfully blind“[110] gewesen ist, stellt eine Wertungsfrage dar. Eine gesteigerte Form der Fahrlässigkeit könnte wohl vor dem Hintergrund, dass K dem B mehrmals seine Abneigungsgefühle bzgl. der Kathedrale in der Vergangenheit mitgeteilt hatte, in Betracht kommen. Diese Mitteilungen dürften aber schwer als eindeutig auf die Zerstörung des Denkmals i.S.d. Art. 28 IStGH-Statut hinweisende Informationen eingestuft werden, da sie ohne Bezug zur konkreten Konfliktlage und an früheren Tagen erfolgt waren. Eine andere Wertung ist allerdings auch vertretbar.

Unabhängig von dieser Wertungsfrage ist die erste Alternative bzgl. des Unterlassens von repressiven Maßnahmen zu bejahen. B wusste, dass K die Kathedrale in Brand gesetzt hat, von einer Sanktionierung seines Untergebenen hat er trotzdem abgesehen.[111] Somit hat B jedenfalls die in Art. 8 lit. b Nr. i Var. 3 IStGH-Statut vorgesehene Pflicht zur nachträglichen Einleitung von Untersuchungs- oder Strafverfolgungsmaßnahmen nicht erfüllt.

2. Ergebnis

B hat sich kraft Organisationsherrschaft gem. Art. 8 Abs. 2 lit. c Nr. i IStGH-Statut i.V.m. Art. 25 Abs. 3 lit. a Var. 3 IStGH-Statut und als Vorgesetzter von K gem. Art. 8 Abs. 2 lit. e Nr. iv IStGH-Statut i.V.m. Art. 28 lit. b IStGH-Statut strafbar gemacht.

Strafbarkeit von B in Bezug auf seine Twitter-Propaganda

I. Aufstachelung zum Völkermord (incitement to commit genocide)

B könnte sich, indem er Twitter-Propaganda und Hetzreden bei den sozialen-Medien betrieben hat, wegen Aufstachelung zum Völkermord nach Art. 25. Abs. 3 lit. e IStGH-Statut strafbar gemacht haben.

1. Material Elements (actus reus)

B müsste unmittelbar und öffentlich zur Begehung von Völkermord aufgefordert haben.[112] Hierfür wird verlangt, dass der Täter, wenn auch nicht explizit, so doch für seine Adressaten unverkennbar zur Begehung einer der im Art. 6 IStGH-Statut aufgezählten Taten angetrieben hat.[113] Bloße Diskriminierungsausdrücke oder stigmatisierende Sprache reichen für das objektive Vorliegen der Aufstachelung zum Völkermord nicht aus.[114] Für die Einstufung diskriminierender Sprache als Aufstachelung i.S.d. Art. 25 Abs. 3 lit. e IStGH-Statut erlangen auch die Umstände des konkreten Falls Bedeutung. Je angespannter und aggressionsgeladener das Klima ist, desto eher weisen diskriminierende Äußerungen Aufstachelungszüge auf.[115] Ist das gesellschaftliche Klima eher friedlich, hat allgemeines Hetzreden eher noch nicht die Dimension der Aufstachelung zum Völkermord.[116]

B benutzte eindeutig diskriminierende Sprache. Die Äußerungen „lebensunwürdiges Ungeziefer“ und „abscheuliche Parasiten“ sind, auch vor dem Hintergrund des im Land M tobenden Konflikts zwischen den Gruppen, als unmittelbares und öffentliches Aufrufen zur Begehung einer der Tatvarianten des Art. 6 IStGH-Staut anzusehen.

2. Mental Elements (mens rea)

In subjektiver Hinsicht müsste B willentlich und wissentlich i.S.d. Art. 30 IStGH-Statuts gehandelt haben. Zudem müsste er mit der Absicht gehandelt haben, eine Gruppe ganz oder teilweise zu zerstören.[117] B wollte die Verbreitung der Propaganda, um dadurch die „Säuberungspolitik“ der Regierung zu unterstützen, die, wie oben gezeigt, genozidalen Charakter aufweist. Im Rahmen der Vertreibungspolitik gegen die X wurden Tathandlungen begangen, die vom Völkermordtatbestand erfasst werden und auf die Absicht der systematischen Vernichtung einer Gruppe und ihrer Zusammensetzung hindeuten. Die Absicht des B, bei der Säuberungspolitik der Regierung mitzuwirken, ist entsprechend dieser Einordnung als Zerstörungsabsicht einzustufen. B beabsichtigte nicht nur die Vertreibung der X, sondern sein Handeln richtete sich auf die physische Zerstörung der Gruppe.

3. Ergebnis

B hat sich gem. Art. 25 Abs. 3 lit. e IStGH-Statut strafbar gemacht.

II. Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Art. 7 Abs. 1 lit. h IStGH-Statut

B könnte sich, indem er Hetzreden betrieben hat, wegen Verfolgung nach Art. 7 Abs. 1 lit. h IStGH-Statut strafbar gemacht haben.

1. Material Elements (actus reus)

a) Contextual Element (Gesamttaterfordernis)

Zunächst müsste als Kontextelement ein ausgedehnter oder systematischer Angriff gegen die Zivilbevölkerung vorliegen. Hier findet eine mehrfache Begehung von Tathandlungen des Art. 7 IStGH-Statut auf der Grundlage einer Regierungspolitik statt, wie vorsätzliche Tötungen (Art. 7 Abs. 1 lit. a IStGH-Statut), Verfolgung (Art. 7 Abs. 1 lit. h IStGH-Statut), Freiheitsentzug (Art. 7 Abs. 1. lit. e IStGH-Statut), Ausrottung (Art. 7 Abs. 1 lit. b IStGH-Statut) und andere unmenschliche Handlungen ähnlicher Art (Art. 7 Abs. 1 lit. k IStGH-Statut; s.o.). Angegriffen wird die Zivilbevölkerung. Jedenfalls ist

[110] *Ambos* (Fn. 53), S. 226, der dieses Kriterium zwischen Wissen und „recklessness“ verortet.
[111] Vgl. *Ambos* (Fn. 3), Rn. 57 (Fall 10).
[112] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 942 f.
[113] So exemplarisch ICTR, Judgement of 30.9.2011 – ICTR-99-50-T (Prosecutor v. Bizimungu et al.), para. 1974: „However, even when a speech contains no explicit appeal to commit genocide, it may still constitute direct incitement to commit genocide in a particular context, so long as the speech is not considered ambiguous within that context.“ *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 942 m.w.H.
[114] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 942.
[115] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 943.
[116] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 943.
[117] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 944.

der systematische Charakter des Angriffs zu bejahen, da die Angriffe durch die „Säuberungspolitik" der Regierung gesteuert werden (s.o.). Das Gesamttaterfordernis ist zu bejahen.

b) Verfolgungstatbestand (persecution)

Darüber hinaus müsste B Personen wegen ihrer Gruppenidentität grundlegende Menschenrechte entzogen haben. Die Entziehung von grundlegenden Rechten kann nicht nur durch gesetzgeberische Tätigkeit erfolgen, sondern auch durch faktische Maßnahmen.[118] Eine Vielfalt von Maßnahmen physischer, ökonomischer oder rechtlicher Art kommt hierfür in Betracht.[119] B hat Hetzreden betrieben und diskriminierende Sprache benutzt. Umstritten ist, ob Hetzrede aus diskriminierenden Gründen unter den Verfolgungstatbestand fällt.[120] In Hetzreden sah die Rechtsmittelkammer des Ruandischen Strafgerichtshofs im Fall Nahimana et al (sog. media case) zwar eine Verletzung der Menschenwürde und des Rechts auf Sicherheit.[121] Dass Hetzreden allein eine Verletzung des Rechts auf Leben, auf körperliche Unversehrtheit und persönliche Freiheit darstellen, hat die Kammer jedoch bestritten.[122] Erst die Intervention von weiteren Personen und das Hinzukommen von weiteren Handlungen kann zur Entziehung von grundlegenden Menschenrechten führen.[123] Soweit aber Hetzrede mit dem Aufruf zu Gewalttaten verbunden ist, stellt sich das Problem nicht.[124] Sie wird als Verfolgungshandlung erfasst.

Die Hetzreden von B stellen als Aufstachelung zum Völkermord ein Aufrufen zu Gewalttaten dar und enthalten damit eine Entziehung des Rechts auf Leben, auf körperliche Unversehrtheit und Freiheit. Damit ist auch eine weitere Voraussetzung für die Erfüllung des Verfolgungstatbestandes erfüllt: Nach Art. 7 Abs. 1 lit. h IStGH-Statut muss die Verfolgung im Zusammenhang mit einer in Abs. 1 aufgezählten Handlung oder einem im IStGH-Statut normierten Verbrechen stattgefunden haben. Hier liegt mit Art. 25 Abs. 3 lit. e IStGH-Statut ein solches Verbrechen vor, das gegen die X als identifizierbare Gruppe gerichtet ist. Der Zusammenhang zwischen den Einzelakten und der Gesamttat ist mithin gegeben.

c) Funktionaler Zusammenhang zwischen Gesamttat und Einzelakt

Die Verfolgung müsste in funktionalem Zusammenhang mit dem ausgedehnten oder systematischen Angriff gegen die Zivilbevölkerung begangen worden sein. Die Propaganda und Hetzreden Bs sind Teil des systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung. Der Zusammenhang liegt vor.

2. Mental Elements (mens rea)

B müsste auf der inneren Tatseite neben dem Vorsatz i.S.d. Art. 30 IStGH eine Diskriminierungsabsicht gehabt haben. Diese Voraussetzungen sind zu bejahen (zur Diskriminierungsabsicht siehe oben).

3. Ergebnis

B hat sich gem. Art. 7 Abs. 1 lit. h IStGH-Statut strafbar gemacht.

Frage 2: Zulässigkeitsprüfung (admissibility test)

Zu a)

Art. 17 IStGH-Statut regelt den Grundsatz der Komplementarität, wonach ein Verfahren vor dem IStGH grundsätzlich unzulässig ist, wenn ein Staat in derselben Sache seine Gerichtsbarkeit ausübt.[125] Drei Konstellationen sind in Art. 17 IStGH-Statut erwähnt:

a) Die staatlichen Ermittlungen oder die Strafverfolgung werden aktuell durchgeführt,
b) die staatlichen Ermittlungen sind abgeschlossen und der Staat hat entschieden, die betreffende Person nicht strafrechtlich zu verfolgen und
c) die betreffende Person ist wegen desselben Verhaltens bereits vor einem staatlichen Gericht abgeurteilt worden.[126]

Im vorliegenden Fall sind im Staat M bereits Ermittlungen gegen B eingeleitet worden, so dass eine komplementaritätsbezogene Unzulässigkeit des Verfahrens vor dem IStGH in Betracht kommt. Gleichwohl bleibt das Tätigwerden des IStGH zulässig, wenn der IStGH feststellt, dass der Staat „nicht willens oder nicht in der Lage" ist („unwillingness or inability to prosecute"), die Ermittlungen oder die Strafverfolgung ernsthaft durchzuführen (Komplementarität stricto sensu).[127]

Umstritten ist allerdings, ob ein Fall des Unwillens oder des Unvermögens des Staates vorliegt, der die Aktivierung des IStGH rechtfertigt, wenn das staatliche Verfahren gegen menschenrechtliche Mindeststandards und Verfahrensgrund-

[118] *Ambos* (Fn. 3), S. 189; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 1085.
[119] ICTY, Opinion and Judgement of 7.5.1997 – IT-94-1-T (Prosecutor v. Tadić), para. 710.
[120] Dazu ausführlich *Werle/Jeßeberger* (Fn. 1), Rn. 1090.
[121] ICTR, Judgement of 28.11.2007 – ICTR-99-52-A (Prosecutor v. Nahimana et al.), para. 986.
[122] ICTR, Judgement of 28.11.2007 – ICTR-99-52-A (Prosecutor v. Nahimana et al.), para. 986.
[123] ICTR, Judgement of 28.11.2007 – ICTR-99-52-A (Prosecutor v. Nahimana et al.), para. 986.
[124] Siehe ICTR, Judgement of 28.11.2007 – ICTR-99-52-A (Prosecutor v. Nahimana et al.), para. 988; ICTY, Judgement of 11.4.2011 – MICT-16-99-A (Prosecutor v. Šešelj), paras. 162 ff.; dazu *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 1090.

[125] Zu der Voraussetzung „dieselbe Sache" in der IStGH-Rechtsprechung siehe *Imoedemhe*, The Complementarity Regime of the International Criminal Court, 2017, S. 30 ff.
[126] Dazu *Werle/Jeßerger* (Fn. 1), Rn. 344.
[127] Dazu *Bassiouni*, Introduction to International Criminal Law, 2. Aufl. 2013, S. 25 f., 655 ff.; *Ambos* (Fn. 20), § 8 Rn. 10 ff.; *Satzger* (Fn. 1), § 14 Rn. 17 ff.; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 347.

sätze verstößt.[128] Während sich einige Stimmen bei solchen Konstellationen für die Durchführung eines Verfahrens durch den IStGH aussprechen,[129] ist nach einer anderen Ansicht[130] der IStGH keine Überwachungsinstanz für die Einhaltung von Verfahrensgrundsätzen.[131] Die Frage wurde intensiv in Bezug auf den libyschen Exgeheimdienstchef Al-Senussi diskutiert, weil gegen Al Senussi bereits in Libyen ein Verfahren eröffnet war.[132] Die Verteidigung von Al-Senussi hat auf die fehlende Fairness des staatlichen Verfahrens und die Tatsache, dass in Libyen die Todesstrafe verhängt werden konnte, hingewiesen und die Einschaltung des IStGH beantragt.[133] Die Rechtsmittelkammer des IStGH entschied allerdings für den Vorrang der libyschen Gerichte und stellte das Verfahren vor dem IStGH ein.[134] Die Kammer erklärte, dass die Verletzung der Beschuldigtenrechte irrelevant für die Prüfung und Feststellung der Unwilligkeit nach Art. 17 Abs. 2 IStGH-Statut sei, da der Schutz von Menschenrechten im allgemeinen nicht unter die Zwecke des Art. 17 IStGH-Statut falle.[135] Erst wenn es sich um gravierende Menschenrechtsverletzungen handele, die nicht durch Wege innerhalb des nationalen Justizsystems bereinigt werden können,[136] so die Auffassung, könne man vom Unwillen des Staates sprechen, die betreffende Person strafrechtlich zu verfolgen.[137]

Folgt man der Argumentation der Rechtsmittelkammer im vorliegenden Fall, bleibt das staatliche Verfahren noch gegenüber der IStGH-Zuständigkeit vorrangig, da es keine Anhaltspunkte für gravierende Menschenrechtsverletzungen gibt. Die Verletzung von Beschuldigtenrechten generell begründet per se noch nicht den Unwillen des Staates M, das Verfahren gegen B ernsthaft durchzuführen. Das Tätigwerden des IStGH ist somit unzulässig. Die Gegenmeinung wäre allerdings vor dem Hintergrund des hohen Rangs der Menschenrechte im Völkerstrafrecht sowie ihrer „völkerstrafrechtslimitierende(n) Funktion“[138] sehr gut vertretbar. Vor allem wegen der schwerwiegenden Vorwürfe, der großen Zahl der Opfer und der besonderen, weltweiten medialen Aufmerksamkeit, die mit Verfahren gegen mutmaßliche Völkerrechtsverbrecher verbunden ist, ist von besonderer Bedeutung, dass den Beschuldigten das Recht auf ein faires, die Menschenrechte respektierendes Verfahren gewährt wird.[139] Bei völkerstrafrechtlich relevanten Verfahren, die bei Transitionsphasen und politischen Umbrüchen durchgeführt werden, ist die Gefahr groß, dass Beschuldigtenrechte „auf dem Altar großer Gesten der Weltgemeinschaft [geopfert werden]“[140] oder dem der schnellen innerstaatlichen Stabilisierung. Dieser Gefahr muss ein Gericht, das seinen Legitimationsanspruch aus dem Menschenrechtsschutz bezieht, entgegenwirken. Die Gegenansicht senkt die Waagschale eher zugunsten der staatlichen Souveränität.

Außerdem könnte man die Verletzung von Beschuldigtenrechten eher als Unfähigkeit des Staates in objektiver und praktischer Hinsicht verstehen und weniger als Unwillen, die Strafverfolgung ernsthaft durchzuführen. Art. 17 Abs. 3 IStGH-Statut, der das Unvermögen aus objektiv vorliegenden Gründen konkretisiert, lässt zu, dass weitere Gründe als der völlige oder weitgehende Zusammenbruch des Justizsystems berücksichtigt werden.[141] Man könnte überlegen, die Verletzung elementarer Menschenrechte darunterfallen zu lassen. Dies setzt eine Auslegung des Art. 17 IStGH-Statut voraus, wonach seine Kriterien nicht nur dann eingreifen, wenn die Verurteilung eines Angeklagten aus tatsächlichen Gründen erschwert wird, sondern auch in dem Fall, dass ein möglicher Freispruch verhindert wird.[142] In dieser Hinsicht sind nicht nur Verfahrensverzögerungen relevant für die Aktivierungen des IStGH, sondern auch Verfahrensbeschleunigungen, die häufig mit der Verhängung und Vollstreckung der Todesstrafe verbunden sind. Die neutrale Formulierung des Art. 17 Abs. 3 IStGH-Statut „in der Lage [sein], ein Verfahren durchzuführen“ lässt eine solche Auslegung zu. Kurze Prozesse mit Scheinanhörung des Angeklagten oder mit unter Folter oder weiteren unmenschlichen Behandlungen abgelegtem Geständ-

[128] Dazu *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 349.
[129] *Imoedemhe* (Fn. 125), S. 33; vgl. *Bassiouni* (Fn. 127), S. 660.
[130] ICC, Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled, „Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi“ of 24.7.2014 – ICC-01/11-01/11 OA 6 (Prosecutor v. Gaddafi and Al-Senussi), para. 219: „the Court was not established to be an international court of human rights, sitting in judgment over domestic legal systems to ensure that they are compliant with international standards of human rights.“; gegen den Vorrang der IStGH-Jursidiktion *Heller*, Criminal Law Forum, 2006, 255 (257), die These, dass der IStGH bei unfairem staatlichen Verfahren eingreifen kann, sei zwar „seductive“, jedoch „incorrect“.
[131] Dazu *Werle/Jeßberge*r (Fn. 1), Rn. 349 m.w.H.
[132] Dazu *Guilfoyle* (Fn. 18), S. 114 f.
[133] *Schabas* (Fn. 65), S. 468.
[134] ICC, Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled „Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi“ of 24.7.2014 – ICC-01/11-01/11 OA 6 (Prosecutor v. Al-Senussi), paras. 218 f.
[135] ICC, Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled „Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi““ of 24.7.2014 – ICC-01/11-01/11 OA 6 (Prosecutor v. Gaddafi and Al-Senussi), paras. 218 f.
[136] *Guilfoyle* (Fn. 18), S. 115.
[137] ICC, Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled „Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi“ of 24.7.2014 – ICC-01/11-01/11 OA 6 (Prosecutor v. Gaddafi and Al-Senussi), paras. 2 f., 230; *Guilfoyle* (Fn. 18), S. 115; dazu *Schabas* (Fn. 65), S. 469; auch *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 349.
[138] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 184.
[139] So *Heinze* bzgl. des Freispruchs von Jean-Pierre Bemba, in: LTO v. 23.6.2018, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/29331/ (5.6.2021); vgl. *Bassiouni* (Fn. 127), S. 807 ff.
[140] *Heinze* (Fn. 139).
[141] *Zimmermann/v. Maltitz*, JuS 2020, 43 (50).
[142] Dagegen *Heller*, Criminal Law Forum, 2006, 255 (257).

nis können kein Verfahren i.S.d. IStGH-Statuts darstellen. Dieses teilt in seinem Art. 21 Abs. 3 IStGH-Statut den Menschenrechten bei seiner eigenen Anwendung und Auslegung eine hochrangige Bedeutung zu.[143]

Zu b)

Das Komplementaritätsprinzip entfaltet nach h.M. seine Schutzrichtung nur zugunsten der tatnäheren Staaten.[144] Sind Drittstaaten (hier Deutschland) auf der Grundlage des Universalitätsprinzips in Bezug auf dieselbe Sache strafrechtlich aktiv geworden, ist der IStGH nicht daran gehindert, seine Ermittlungsmaßnahmen einzuleiten.[145] Drittstaaten haben nur eine Auffangzuständigkeit.[146] Das Verfahren vor dem IStGH ist zulässig.

[143] *Werle/Jeßberger* sprechen im Hinblick auf Art. 21 Abs. 3 IStGH-Statut treffend von den Menschenrechten als „[dem] materiell[en] Bezugspunkt des gesamten Rechts des Internationalen Strafgerichtshofs, *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 250.
[144] *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 345; *Burchards*, Die Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen durch Drittstaaten, 2005, S. 334; Hinweise zur Gegenansicht *Geneuss*, Völkerrechtsverbrechen und Verfolgungsermessen, 2013, S. 153 f.
[145] *Burchards* (Fn. 144), S. 334; *Werle/Jeßberger* (Fn. 1), Rn. 345; *Geneuss* (Fn. 144), S. 155 f.; vgl. auch *Zappalà* „Human rights provisions, […] they are the fundamental bedrock of international criminal trials“, Human Rights in international Criminal proceedings, 2003, S. 247.
[146] *Burchards* (Fn. 144), S. 334.

Fortgeschrittenenklausur: Die große Corona-Sause*

Von Wiss. Mitarbeiter **Alexander Benz**, Marburg**

Sachverhalt

Im Winter 2020/2021 ist die Corona-Pandemie in vollem Gange und trotz erster Impfstofferfolge ist noch keine flächendeckende Immunisierung der Bevölkerung absehbar. Aufgrund der wieder stark steigenden Infektionszahlen ordnet die für die Stadt M zuständige Behörde formell und materiell rechtmäßig umfassende Maßnahmen an. Um das Infektionsgeschehen zu verlangsamen und damit das öffentliche Gesundheitssystem und die medizinische Versorgung vor einem Zusammenbruch zu bewahren, werden unter anderem sowohl im öffentlichen als auch privaten Raum Treffen von mehr als zwei Personen untersagt, sofern diese mehr als einem Hausstand angehören.Der renitente X sieht sich durch diese neuen Maßnahmen in seiner Lebensführung unzulässig beschränkt. Er entschließt sich daher aus Protest dazu, zu seinem baldigen Geburtstag all seine Freunde aus M in seine Einzimmerwohnung einzuladen. Seine Einladung versendet er über eine WhatsApp-Gruppe mit dem Titel „Große Corona-Sause“. Dem Aufruf folgen auch tatsächlich 15 Personen, die ähnlich denken wie X.

Zur Feier geladen ist unter anderem A, der noch wenige Tage zuvor im fernen Land Z war. Das Land Z ist kurz vor seiner Rückkehr vom Robert-Koch-Institut als „Risikogebiet“ eingestuft worden, was A bekannt ist. Tatsächlich hat er sich dort am Flughafen mit dem Coronavirus infiziert. Obwohl er am Geburtstag des X ermattet und mit Halskratzen, trockenem Husten sowie einer Körpertemperatur von 38,5 °C aufwacht, will er sich die Feier nicht entgehen lassen. Er erkennt zwar, dass es sich um typische Symptome von COVID-19 handelt, macht sich abends aber dennoch nach Einnahme einer fiebersenkenden Schmerztablette auf den Weg zur Feier des X.

Auf der Feier des X kommt A mit mehreren Menschen, darunter B und C ins Gespräch. Dabei sorgen der steigende Alkoholkonsum sowie die Freude darüber, alte Bekannte nach langer Zeit im Ausland wieder zu treffen, dafür, dass sich die drei bald schunkelnd und singend in den Armen liegen. A erzählt niemandem von seiner Rückkehr aus einem Risikogebiet und verschweigt allen Anwesenden seine Symptome. Dabei erkennt er, dass es aufgrund der beengten Verhältnisse und des engen körperlichen Kontakts mehr als wahrscheinlich ist, dass er andere Partygäste, insbesondere B und C, infiziert. Dies und die Infizierung weiterer Personen durch die Anwesenden nimmt er billigend in Kauf und vertraut darauf, dass schon niemand zu Tode kommen werde. Im Zweifel würden sich die allesamt jungen Gäste eben nur mit grippeähnlichen Symptomen herumschlagen müssen und Dritte wohl nicht so schlimm betroffen sein, denkt A.

Es kommt, wie es kommen muss: A infiziert durch das Schunkeln und Singen C und B mit dem Virus.

C merkt in der Folgezeit nichts von dem Virus, bei ihm verläuft die Infektion ohne Beschwerden völlig symptomlos. Er ist sichtlich überrascht, als das zuständige Gesundheitsamt für alle Besucher der Feier wegen personeller Überlastung erst eine Woche später Quarantäne anordnet. Nachdem sich daraufhin auch B ordnungsgemäß in Quarantäne begeben hat, hält er schon nach kurzer Zeit aufgrund seiner Kopfschmerzen und des Fiebers (beides Folgen seiner COVID-19 Infektion) das laute Posaunenspiel seines Nachbarn N nicht mehr aus. Als seine Wut über dieses „Gedudel“ überhandnimmt, fasst er den Entschluss, N einen „Denkzettel“ zu verpassen und ihn mit COVID-19 zu infizieren. Dabei geht B davon aus, dass N nicht sterben wird, aber durch die Erkrankung einen ordentlichen Schrecken bekommt. Er klingelt bei N. Als dieser ihm die Tür öffnet, hustet und spuckt B ihm mehrmals ins Gesicht. Wie erwartet, erkrankt auch N am Virus, allerdings bleibt es nicht bei gewöhnlichen Symptomen. Die Viruserkrankung führt zu einer Lungenembolie, an der N alsbald auf der Intensivstation des Krankenhauses in M verstirbt.

Bearbeitungsvermerk

Wie haben sich A und B nach dem StGB strafbar gemacht?

Erforderliche Strafanträge sind gestellt. Alle Teilnehmer auf der Feier des X waren voll schuldfähig. Es ist davon auszugehen, dass das SARS-CoV-2 Virus im Vergleich zu gewöhnlichen Grippeviren eine erhöhte Infektiosität besitzt. Zudem bringt die COVID-19 Infektion im Vergleich zur Grippe ein erhöhtes Sterberisiko in allen Altersgruppen mit sich. Daneben kann es nach einer Erkrankung zu noch nicht vollständig absehbaren – aber durchaus bereits bestätigten –Langzeitfolgen kommen (etwa anhaltende Kurzatmigkeit, chronische Erschöpfungszustände und irreparable Organschäden), welche weitere Nachbehandlungen erforderlich machen.

Lösungsvorschlag

Tatkomplex 1: Auf der Feier – Strafbarkeit des A

I. Strafbarkeit nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 StGB durch Infektion des B

A könnte sich durch das Singen und Schunkeln wegen gefährlicher Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 StGB zulasten des B strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Erfolgseintritt i.S.d. § 223 Abs. 1 StGB

(1) Körperliche Misshandlung

Körperliche Misshandlung ist jede üble unangemessene Be-

* Besonderer Dank gilt Frau Prof. *Dr. Stefanie Bock* (Philipps-Universität Marburg) für ihre äußerst wertvollen Anregungen. Der Sachverhalt wurde im Rahmen ihrer Fortgeschrittenenübung im Strafrecht im Wintersemester 2020/2021 als zweite Klausur gestellt (120 Minuten Bearbeitungszeit, 55 Teilnehmer, Durchfallquote 60%, durchschnittliche Punktzahl 3,18).

** Der *Verf.* ist Wiss. Mitarbeiter am Internationalen Forschungs- und Dokumentationszentrum Kriegsverbrecherprozesse (ICWC) in Marburg.

handlung, die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt.[1] Das gemeinsame Singen und Schunkeln ist auf Feiern eine sozialübliche Verhaltensweise. Es stellt für sich genommen damit keine üble unangemessene Behandlung des B dar. Auch wird dadurch das körperliche Wohlbefinden des B zunächst nicht beeinträchtigt. Folglich hat A B nicht körperlich misshandelt.

(2) Gesundheitsschädigung

Allerdings könnte A B durch das Schunkeln und die damit verbundene Übertragung des Virus an der Gesundheit geschädigt haben. Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen, Steigern oder Aufrechterhalten eines vom Normalzustand abweichenden (= pathologischen) Zustandes.[2] Im Nachgang der Feier kommt es bei B durch die Infektion zu Kopfschmerzen und Fieber, somit wird ein nachteilig vom körperlichen Normalzustand abweichender Zustand hervorgerufen. Damit hat A B zumindest an der Gesundheit geschädigt und ihn so am Körper verletzt.

bb) Tathandlung und Kausalität

Das Schunkeln und Singen als tatbestandliche Handlung des A war kausal für den o.g. Erfolg, namentlich die Körperverletzung des B.

cc) Objektive Zurechnung

Die Körperverletzung müsste dem A auch objektiv zurechenbar sein, wozu er ein unerlaubtes Risiko geschaffen haben müsste, welches sich sodann auch im tatbestandlichen Erfolg realisierte.[3]

(1) Schaffen eines unerlaubten Risikos

Fraglich ist, ob das Schunkeln und Singen mit den anderen Gästen der Feier einen Fall des erlaubten Risikos darstellen könnte. Dafür spricht, dass sich das Risiko einer Infektion mit Viruserkrankungen über Tröpfchen- oder Schmierinfektionen nur dann vollständig ausschließen ließe, wenn man das soziale Leben gänzlich lahmlegt.[4] Dies kann aber nicht das Ziel eines auf Freiheitssicherung ausgerichteten Rechtsstaates sein, weshalb Handlungen, auf die die Gesellschaft für den Erhalt des „üblichen Soziallebens“ nicht verzichten will und kann, üblicherweise kein „unerlaubtes Risiko“ im strafrechtlichen Sinne begründen.[5]

Das Verhalten des A ist hier allerdings gerade nicht an dem Maßstab zu bewerten, der zu gewöhnlichen Zeiten gelten würde. Schon zu diesen Zeiten ließe sich die Teilnahme an einer Feier und dortiger enger Körperkontakt mit solchen starken Symptomen, wie sie der A aufweist, möglicherweise nicht mehr als sozialadäquat ansehen. Der Sachverhalt gibt hier aber darüber Aufschluss, dass die Infektionszahlen mit COVID-19 ungebremst steigen und der Kollaps des Gesundheitssystems durch umfangreiche Maßnahmen verhindert werden soll. Zusammenkünfte mit so großer Teilnehmerzahl wie bei der Feier des X sind deshalb von M behördlich untersagt worden. Auch handelt es sich gerade nicht um die zu dieser Jahreszeit übliche Grippewelle, sondern um eine globale Pandemie. Somit ist das Verhalten des A nicht mehr unter die Fallgruppe des erlaubten Risikos zu fassen. Er hat schon durch Besuchen der Feier ein unerlaubtes Risiko geschaffen.

(2) Verwirklichung des Risikos im tatbestandlichen Erfolg

Dieses Risiko müsste sich auch im tatbestandlichen Erfolg realisiert haben. Hiergegen könnte vorgebracht werden, dass sich die Gäste durch ihre Teilnahme an einer behördlich verbotenen Feier eigenverantwortlich selbst gefährdeten. Dies würde eine Erfolgszurechnung ausschließen. Dagegen spricht aber, dass es bei jedem einzelnen Teilnehmer trotzdem an der regelmäßig nötigen vollen Risikokenntnis um die eigene Gefährdung fehlen dürfte[6] – gerade da A hier seine Symptome verschweigt und diese auch keinem auffallen. Der Zweck der Feier ist letztlich nicht – wie etwa eine Masernparty – die Infektion um jeden Preis. Hinzu kommt, dass den anderen Teilnehmern nicht bekannt ist, dass A gerade aus einem Risikogebiet zurückgekehrt ist. Damit hat sich das Risiko auch im tatbestandlichen Erfolg verwirklicht, als B mit dem Virus infiziert wurde.

> *Hinweis*: Mit einer guten Argumentation wäre auch die Gegenauffassung vertretbar. Dann muss allerdings bedacht werden, dass die Prüfung einer vollendeten Körperverletzung hier endet. Ausführungen zu § 228 StGB können dann nicht mehr erfolgen.

dd) Merkmale des § 224 StGB

Die Infektion des B mit dem Virus durch gemeinsames Singen und Schunkeln könnte zudem den Tatbestand einer Qualifikation nach § 224 StGB erfüllen.

(1) § 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StGB

In Betracht kommt zunächst, dass A die Körperverletzung durch Beibringung eines gesundheitsschädlichen Stoffes gem. § 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StGB beging.

(a) Gesundheitsschädlicher Stoff

> *Hinweis*: An dieser Stelle kam es maßgeblich darauf an, dass die Studierenden Problembewusstsein zeigten. Dies konnte sich insbesondere dadurch äußern, dass nach Erkennen der Möglichkeit eines § 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StGB überhaupt Überlegungen angestellt wurden, ob „lebende“ Organismen wie Viren Stoffe sein können. Auf Basis dieser Überlegung und des Stoffbegriffes sollte ein

[1] BGHSt 14, 269 (271).
[2] BGHSt 36, 1, (6); *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 68. Aufl. 2021, § 223 Rn. 8.
[3] *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 15 Rn. 156.
[4] Ausführungen des BGH im Rahmen seiner HIV-Rechtsprechung hierzu: BGH NJW 1989, 781 (785).
[5] *Cerny/Makepeace*, Jura 2020, 1128 (1129).
[6] Vgl. BGHSt 36, 1 (17 f.); *Herzberg*, NJW 1987, 2283 (2284).

sauber begründetes Ergebnis hergeleitet werden. Derart vertiefte Ausführungen wie nachfolgend dargestellt waren nicht zu erwarten. Erfolgten sie dennoch, war dies besonders positiv zu honorieren. Wichtig war neben der Diskussion um den Stoffbegriff vor allem, die Problematik der hinreichenden Erheblichkeit zu erkennen und einem begründeten Ergebnis zuzuführen:

Fraglich ist zunächst, ob es sich bei Coronaviren um einen gesundheitsschädlichen Stoff handelt. Hiergegen kann zunächst sprechen, dass in § 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StGB ein naturwissenschaftlicher Stoffbegriff zugrunde gelegt wird, der die Körperlichkeit des Stoffes verlangt.[7] Zudem stellt sich die Frage, ob sich der Begriff des Stoffes nur auf unbelebte Materie bezieht, so dass Mikroorganismen jeglicher Art ausgenommen wären.[8] Belebte Krankheitserreger wären hiernach streng genommen keine Stoffe und wirken sich auch nicht – gerade in Bezug auf Viren – von selbst auf mechanische oder thermische Weise nachteilig auf die Gesundheit aus.[9] Stellt man hingegen darauf ab, dass Viren ebenfalls aus chemischen Bausteinen und damit Materie bestehen, wird man ihre Stofflichkeit grundsätzlich bejahen können.[10] Dafür spricht auch, dass Viren im Gegensatz zu den meisten Bakterien und höherwertigen Organismen keinen Zellkern zur eigenständigen Reproduktion besitzen und darauf angewiesen sind, dass ihr Erbgut nach Injektion in die Wirtszelle durch diese vervielfältigt wird.

Hinweis: Alternativ könnte darauf abgestellt werden, dass durch den engen körperlichen Kontakt und insbesondere das Singen (Speichel-)Tröpfchen oder noch kleinere Aerosole durch die Raumluft übertragen werden, an die sich das Virus anheftet. Die Qualifizierung dieser Trägermedien dürfte unproblematisch sein, da es sich bei diesen Körpersubstanzen nach Entweichen aus dem menschlichen Körper nicht mehr um Teile des Körpers handelt.[11] Hier liegt eine Zäsur vor, welche die Tröpfchen zu Stoffen werden lässt.[12] Diese Überlegungen wurden ebenfalls nicht erwartet; erfolgten sie dennoch, war dies deutlich positiv zu honorieren.

Geht man von einem Stoff i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StGB aus, bleibt jedoch zu diskutieren, ob dieser auch gesundheitsschädlich im spezifischen Sinne der Vorschrift ist. Nach dem bloßen Wortlaut genügt hierfür jede noch so geringe Gesundheitsschädlichkeit. Jedoch setzt schon § 223 Abs. 1 Var. 2 StGB eine nicht bloß unerhebliche Gesundheitsschädigung voraus. Soll nun für § 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StGB jede Körperverletzung ausreichen, die die Erheblichkeitsschwelle gerade so überschreitet, sind Grund- und Qualifikationstatbestand kaum mehr voneinander zu trennen.[13] Die damit einhergehende Erhöhung des Strafrahmens wäre dann nicht mehr zu rechtfertigen.[14] Daher wird gefordert, dass durch die Beibringung des gesundheitsschädlichen Stoffes die Gefahr von Verletzungen oder Gesundheitsschädigungen besteht, welche in ihrer Erheblichkeit über die Anforderungen des § 223 Abs. 1 Var. 2 StGB hinausgehen.[15] Dass der gesundheitsschädliche Stoff diesen erheblichen Körperverletzungserfolg auch herbeiführt, ist allerdings nicht erforderlich. Vielmehr genügt es, wenn er nach seiner Art und dem konkreten Einsatz dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen im vorgenannten Sinn zu bewirken.[16] Zu berücksichtigen sind bei dieser Betrachtung unter anderem die Menge und die Konzentration des zugeführten Stoffes sowie die Konstitution und das Alter des Opfers.[17] Bei der Infektion mit dem Coronavirus ist sogar ein tödlicher Verlauf nicht ausgeschlossen, weshalb zumindest eine abstrakte Gesundheitsschädlichkeit vorliegt.[18] Sofern die konkreten Umstände des Falles hier miteinbezogen werden, ergibt sich nichts anderes. Zwar ist B ebenfalls jungen Alters und auf Basis des Sachverhalts frei von Vorerkrankungen, schwere und sogar tödliche Verläufe sind aber aufgrund der bisherigen Erfahrungen auch bei jungen und völlig gesunden Menschen nicht ausgeschlossen.

Die Coronaviren sind (ggf. in Verbindung mit den Tröpfchen, auf denen sie aufsitzen) demnach als gesundheitsschädlicher Stoff i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StGB zu kategorisieren.

(b) Beibringen

Dieser gesundheitsschädliche Stoff müsste B auch beigebracht worden sein. Dafür genügt jede Art des Einführens oder Anwendens, durch die der Stoff seine gesundheitsschädigende Wirkung auf den Körper entfalten kann.[19] Dies ist stets der Fall, wenn der Stoff ins Körperinnere gelangt.[20] Auch Infektionen durch engen körperlichen Kontakt – wie etwa hier

[7] Hier unproblematisch; nicht unter dieses Kriterium fallen etwa Strom und Strahlung (vgl. *Hardtung*, in: Erb/Schäfer [Hrsg.], Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 5).
[8] *Hotz*, NStZ 2020, 320 (324); *Eschelbach*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 50. Ed., Stand: 1.5.2021, § 224 Rn. 18.
[9] *Eschelbach* (Fn. 8), § 224 Rn. 18.
[10] *Fischer* (Fn. 2), § 224 Rn. 5; *Rengier*, ZStW 111, 1999, 1 (9).
[11] *Eschelbach* (Fn. 8), § 224 Rn. 18.
[12] *Hardtung* (Fn. 7), § 224 Rn. 5.
[13] *Cerny/Makepeace*, Jura 2020, 1128 (1133).
[14] *Hardtung*, JuS 2008, 960 (964); *Grünewald*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 7/1, 12. Aufl. 2019, § 224 Rn. 4.
[15] *Cerny/Makepeace*, Jura 2020, 1128 (1133).
[16] BGHSt 51, 18, (22 f.); *Cerny/Makepeace*, Jura 2020, 1128 (1133).
[17] BGHSt 51, 18 (22 f.).
[18] *Pörner*, JuS 2020, 498 (499 f.); *Hotz*, NStZ 2020, 320 (324); a.A. bzw. kritisch *Makepeace*, ZJS 2020, 189 (192).
[19] BGHSt 15, 113 (114 f.); die vielleicht eintretende Diskussion darüber, ob das Beibringen auf eine innere Wirkung zu beschränken ist (so etwa *Jäger*, JuS 2000, 31 [35]) ist hier nicht zielführend.
[20] *Grünewald* (Fn. 14), § 224 Rn. 11; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 22. Aufl. 2021, § 14 Rn. 19 f.

durch das Schunkeln und Singen – sind erfasst.[21] Damit wurde B das Virus als gesundheitsschädlicher Stoff auch beigebracht.

Hinweis: Nach hier vertretener Ansicht erfüllt das Verhalten des A den Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StGB. Ein anderes Ergebnis war bei entsprechender Argumentation zum Stoffbegriff und/oder der Gesundheitsschädlichkeit selbstverständlich ebenfalls vertretbar.

Hinweis: Die Studierenden konnten zudem auf die Idee kommen, die Viren als gefährliches Werkzeug i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB einzustufen. Insbesondere konnten Vergleiche zu Fällen gezogen werden, in denen das Opfer bspw. gezielt mit einer kontaminierten Spritze angegriffen wird. Solche Ausführungen wurden hier allerdings nicht erwartet. Wurden sie gemacht, waren sie (sofern argumentativ schlüssig) positiv zu honorieren. Gegen die Einordnung als Werkzeug spricht aber, dass der Werkzeugbegriff an sich zwar weit ausgelegt wird, seine Grenze jedoch im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG im Wortsinn findet.[22] So kann etwa zugrunde gelegt werden, dass die Alltagssprache unter einem Werkzeug einen „für bestimmte Zwecke geformte[n] Gegenstand, mit dessen Hilfe etwas bearbeitet wird“,[23] versteht. Die Viren sind zwar noch körperlich, aber mit ihnen kann nichts mehr gezielt bearbeitet werden. Zu bejahen wäre § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB also nur bei der Verwendung eines kontaminierten Objektes, mit dem gezielt eine Ansteckung herbeigeführt werden soll.

(2) § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

Fraglich ist zudem, ob A die Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB begangen hat. Hierbei ist umstritten, ob eine konkrete oder nur eine abstrakte Lebensgefährdung zu fordern ist.

Teile der Literatur verlangen mit Blick auf das hohe Strafmaß das Erfordernis einer konkreten Lebensgefahr.[24] Folgt man dieser Ansicht, muss eine das Leben gefährdende Behandlung hier abgelehnt werden. Zwar ist B von Fieber und Kopfschmerzen betroffen, sein körperlicher Zustand ist aber noch nicht so desolat, dass der Eintritt seines Todes „nur noch vom Zufall abhängt“[25].

Weit überwiegend wird dieses Tatbestandsmerkmal von Literatur und Rechtsprechung aber so ausgelegt, dass bereits eine generelle Eignung zur Lebensgefährdung genügt, womit aus dem § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB ein abstraktes Gefährdungsdelikt wird. Hierfür spricht zunächst der Wortlaut, wonach auf eine Handlung (*Be*handlung) abgestellt wird und nicht auf den konkreten Erfolgseintritt.[26] Daneben spricht auch das systematische Argument für die Annahme einer bloß generellen Eignung zur Lebensgefährdung: Würde nur die konkrete Lebensgefährdung zur Erfüllung des Tatbestandes ausreichen, so würde dieser Vorschrift neben dem versuchten Totschlag nahezu kein eigener Anwendungsbereich mehr zukommen.[27] Hinzu kommt, dass alle anderen Varianten des § 224 Abs. 1 StGB ebenfalls nur abstrakte Gefährlichkeitssteigerungen beschreiben (etwa das erhöhte Risiko durch die Begehung seitens mehrerer in Nr. 4 oder die Verwendung eines gefährlichen Werkzeuges bei der Körperverletzung in Nr. 2 – beides ist nur abstrakt gefahrerhöhend).

Hinweis: Zuletzt spricht für diese Ansicht auch die Gesetzesbegründung, deren Kenntnis von den Studierenden selbstverständlich nicht erwartet wurde.[28]

Eine konkrete Gefahr ist demnach nicht erforderlich, vielmehr muss das Vorgehen des Täters nur zur Herbeiführung einer solchen Gefahr wegen seiner allgemeinen Gefährlichkeit – wenn auch unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des einzelnen Falles – geeignet sein.[29] Auch wenn das Schunkeln und Singen an sich grundsätzlich keine gefährliche Tätigkeit darstellt, ändert sich diese Bewertung bei Betrachtung der konkreten Umstände des hiesigen Falles. Berücksichtigt man die hohe Virulenz[30] des Coronavirus, so wird deutlich, dass diese zunächst neutrale Handlung hier genügen kann, um das Leben weiterer Personen in Gefahr zu bringen, gerade auch weil es auf engstem Raum geschieht. Eine allgemeine Gefährlichkeit kann somit bejaht werden.[31] Insbesondere brachen bei B bereits Symptome aus, welche sich ebenfalls noch hätten steigern können – ein tödlicher Verlauf der Infektion ist auch bei jungen Menschen nicht ausgeschlossen.

Damit hat A die Körperverletzung auch mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB begangen.

Demzufolge ist hier der objektive Tatbestand einer gefährlichen Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2, Nr. 5 StGB erfüllt.

---

[21] *Kühl*, in Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 224 Rn. 1b.
[22] *Hardtung* (Fn. 7), § 224 Rn. 14.
[23] Duden, Stichwort „Werkzeug“ unter 1. a), abrufbar unter https://www.duden.de/rechtschreibung/Werkzeug (20.7.2021).
[24] *Paeffgen*/*Böse*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 224 Rn. 27 f.
[25] Vgl. *Stree*, Jura 1980, 281 (291).
[26] *Joecks/Jäger*, Studienkommentar StGB, 13. Aufl. 2021, § 224 Rn. 49.
[27] *Rengier* (Fn. 20), § 14 Rn. 50.
[28] BT-Drs. 13/8587, S. 83.
[29] BGHSt 2, 160 (163); *Hardtung*, JuS 2008, 960 (965); *Rengier* (Fn. 20), § 14 Rn. 50.
[30] Damit bezeichnet man die grundsätzliche Fähigkeit von Viren, einen bestimmten Organismus krank zu machen, auch wenn nicht jede Infektion zu einer Krankheit führt.
[31] Vgl. auch *Hotz*, NStZ 2020, 320 (325); m.w.N. *Rengier* (Fn. 20), § 14 Rn. 51a.

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz hinsichtlich des Grunddeliktes, § 223 Abs. 1 StGB

Der A nimmt gemäß den Angaben im Sachverhalt eine Infektion aller Gäste billigend in Kauf. Er handelt also mit Eventualvorsatz hinsichtlich einer Gesundheitsschädigung gem. § 223 Abs. 1 Var. 2 StGB.

bb) Vorsatz hinsichtlich der Qualifikationstatbestände, § 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2, Nr. 5 StGB

A handelte ebenfalls mit Eventualvorsatz im Hinblick auf die Verwirklichung des § 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StGB, dieser reicht zur Verwirklichung des subjektiven Tatbestandes aus.[32] Selbst wenn die Viren seiner Vorstellung nach keine Stoffeigenschaft aufweisen, handelt es sich hierbei nur um einen – insoweit unbeachtlichen – Subsumtionsirrtum.

Was den Vorsatz des A in Hinblick auf die Lebensgefährdung des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB angeht, so ist nach überwiegender Ansicht die Kenntnis (oder das Für-möglich-Halten) und das Wollen (oder das billigende Inkaufnehmen) der Umstände erforderlich und ausreichend, aus denen sich eine abstrakte Eignung der Behandlung des Opfers zur Herbeiführung des Todes ergibt, auch wenn der Täter sie nicht als solche bewertet.[33] A geht gerade nicht davon aus, dass anderen mehr als ein grippeähnlicher Verlauf drohe und auch Dritte schon nicht so schlimm betroffen sein würden. Er erkennt daher schon nicht, dass die Ansteckung mit COVID-19 abstrakt geeignet ist, das Leben anderer zu gefährden. Er hat also keinen Vorsatz hinsichtlich einer das Leben gefährdenden Behandlung.

c) Rechtswidrigkeit

Fraglich ist, ob A auch rechtswidrig handelte. In Betracht kommt eine Rechtfertigung durch Einwilligung. Wer wissentlich auf eine Feier geht, auf der bewusst gegen das behördliche Kontaktverbot zur Verhinderung der Verbreitung des Coronavirus verstoßen wird und die zudem den Namen der Infektionskrankheit trägt, kann grundsätzlich nicht davon ausgehen, dass er einer Infizierung mit dem Virus entgehen kann.[34] B und C denken über die Corona-Beschränkungen ähnlich wie der Veranstalter X und begeben sich trotz der Maßnahmen und mit dem Wissen über die steigenden Infektionszahlen auf die Feier in den beengten Räumlichkeiten des X. Durch seine Teilnahme willigt B also in eine mögliche Ansteckung ein. Hiergegen lässt sich zwar anführen, dass B nichts von den Symptomen des A und seiner Rückkehr aus einem Risikogebiet wusste, dieses Informationsdefizit tritt aber hinter dem Umstand zurück, dass die Feier an sich als „Große Corona-Sause“ angekündigt war. Unter diesem Betreff versammelte X aus Protest 15 Teilnehmer, welche alle ähnlich risikogeneigt waren wie er selbst. Eine Infektion mit dem Virus auf solch einer Feier war zu den im Sachverhalt geschilderten Umständen – auch ohne Anwesenheit eines nachweislich Infizierten – kaum mehr auszuschließen.

Gemäß § 228 StGB handelt der Täter nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt. Fraglich ist, in welchem Umfang in riskante Handlungen eingewilligt werden kann, insbesondere ob eine Einwilligung auch in eine Lebensgefährdung möglich ist, die im Ergebnis zum Tode führen kann.[35] Eine maßgebliche Rolle spielt die Frage, wie hoch das Risiko der Lebensgefahr ist. Besteht eine hohe Lebensgefahr, wird man der Einwilligung jede rechtfertigende Wirkung absprechen müssen.[36] Grundsätzlich gilt: Je höher das Risiko für das Leben veranschlagt werden muss, desto strengere Anforderungen sind an die rechtfertigende Wirkung der Einwilligung zu stellen.[37] Für die Sittenwidrigkeit ist es also insoweit entscheidend, ob die Körperverletzung unter Berücksichtigung des Umfangs der eingetretenen Körperverletzung und des damit verbundenen Gefahrengrads für Leib und Leben des Opfers trotz Einwilligung des Rechtsgutsträgers nicht mehr als von der Rechtsordnung hinnehmbar erscheint.[38] An der Feier des X nehmen nur junge Menschen teil, welche zunächst nicht pauschal einer Risikogruppe unterfallen. In der entsprechenden Altersgruppe ist die Mortalität deutlich niedriger als etwa bei Menschen über 60 Jahren. Deshalb ließe sich vertreten, dass eine Einwilligung dieser Teilnehmer nicht gegen die guten Sitten verstößt. Dafür kann angeführt werden, dass junge Menschen zumeist nur milderen Krankheitsverläufen entgegensehen und damit keine besondere Last für das Gesundheitssystem darstellen. Anderes ergibt sich aber, wenn man die insgesamt angespannte Lage miteinbezieht, unter der schon jeder Fall, der nur etwas über einen grippeähnlichen Verlauf hinaus geht, das Gesundheitssystem insgesamt nicht nur unerheblich zusätzlich belastet. Dazu kommt auch, dass gerade zur Vermeidung solcher Belastungen die oben genannten behördlichen Maßnahmen ergriffen wurden. Alle Teilnehmer verstoßen gegen behördliche Auflagen zum Schutz der Funktionsfähigkeit öffentlicher Daseinsvorsorge. Zudem sind auch bei jungen Menschen tödliche Krankheitsverläufe nicht ausgeschlossen und die Zahl ihrer Einweisungen auf Intensivstationen ist deutlich gestiegen. Unter diesen Gesichtspunkten sind hier an die rechtfertigende Wirkung der Einwilligung strenge Anforderungen zu stellen, die im Ergebnis nicht erfüllt werden können.

A kommt demnach keine Rechtfertigung über § 228 StGB zugute, er handelte auch rechtswidrig.

> *Hinweis*: Eine andere Auffassung scheint – auch mit Blick auf die Ausführungen zur eigenverantwortlichen Selbstgefährdung (s.o.) – kaum vertretbar zu sein.

d) Schuld

A handelte hinreichend schuldhaft.

---

[32] *Eschelbach* (Fn. 8), § 224 Rn. 47.
[33] BGH NStZ-RR 2015, 172 (173); *Eschelbach* (Fn. 8), § 224 Rn. 47; a.A. *Hardtung* (Fn. 7), § 224 Rn. 52.
[34] *Außem*, JSE 1/2020, 10 (13).
[35] *Berz*, GA 1969, 145 (148).
[36] *Helgerth*, NStZ 1988, 261 (263).
[37] *Dölling*, GA 1984, 71 (92).
[38] BGHSt 49, 166 (169).

e) Zwischenergebnis

A hat sich, indem er das Virus durch Singen und Schunkeln übertrug, wegen gefährlicher Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StGB zulasten des B strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit gem. § 223 Abs. 1 StGB durch Infektion des C

Durch dieselbe Tathandlung könnte sich A auch wegen gefährlicher Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB zulasten von C strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Fraglich ist bereits, ob A den objektiven Tatbestand einer Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB erfüllte, indem er C beim Singen und Schunkeln infizierte.

Eine körperliche Misshandlung ist hierin nicht zu sehen (s.o.).

Allerdings könnte A C an der Gesundheit geschädigt haben. Genauso wie B wurde C zwar infiziert, blieb aber völlig symptomlos. § 223 Abs. 1 StGB verlangt im Rahmen der körperlichen Misshandlung explizit eine Schädigung, womit eine nur unerhebliche Beeinträchtigung des Körpers zur Erfüllung des Merkmales nicht ausreicht. Dementsprechend ist auch für die zweite Tatbestandsvariante der Gesundheitsschädigung zu verlangen, dass die Abweichung vom Normalzustand *erheblich* ist.[39]

> *Hinweis*: Die nachfolgenden Ausführungen wurden von den Studierenden nicht in dieser Tiefe erwartet. Wichtig war allein, dass sie Problembewusstsein zeigten und sich um eine begründete Lösung bemühten.

Zunächst könnte man darauf abstellen, dass schon bei einer Infektion das Virus in die Wirtszellen des infizierten Körpers eintritt. Hier beginnt das Virus sich zu reproduzieren, wofür es Veränderungen auf Zellebene an den Wirtszellen und damit im Wirtskörper vornimmt. Auf dieser mikrozellularen Ebene kommt es also zu einem vom Normalzustand nachteilig abweichenden Zustand.[40] Fraglich ist aber, ob diese Abweichung auch *erheblich* genug ist, um die Schwelle zur Strafbarkeit nach § 223 Abs. 1 StGB zu überschreiten. Dies ließe sich wohl in Fällen bejahen, in denen nach der Infektion eine körperliche Krankheit ausbricht, sich also ein pathologischer Zustand manifestiert.[41] Hier ist der Fall aber anders gelagert, da C gerade keine Symptome einer Erkrankung zeigt. Er ist sogar so beschwerdefrei, dass er völlig überrascht reagiert, als er durch das Gesundheitsamt Kenntnis von seiner Infektion erlangt.

Damit bleibt weiterhin fraglich, ob auch bei einer symptomlosen Infektion der Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB erfüllt sein kann.

Dies wird teilweise bejaht, sofern es sich um eine Infektion mit einer „nicht ganz unerheblichen Krankheit“ handelt.[42] Zu solchen nicht ganz unerheblichen Krankheiten werden bspw. Masern und vor allem HI-Virus gezählt.[43] Sofern man COVID-19 ebenfalls als „nicht ganz unerhebliche Krankheit“ einstuft, wäre damit im vorliegenden Fall die nötige Erheblichkeitsschwelle überschritten und eine Gesundheitsschädigung i.S.d. § 223 Abs. 1 StGB letztlich zu bejahen. Für eine solche Einstufung sprechen jedenfalls die Angaben im Bearbeitungsvermerk. So besteht ein – im Vergleich zur normalen Grippe – höheres Sterberisiko in allen Altersgruppen. Die hohe Infektiosität des Virus sowie die noch nicht vollständig absehbaren – aber durchaus bereits bestätigten – Langzeitfolgen einer Infektion und der ggf. notwendigen Behandlung (etwa anhaltende Kurzatmigkeit, chronische Erschöpfungszustände und irreparable Organschäden) sprechen ebenfalls gegen eine bloß unerhebliche Erkrankung.

Zu bedenken ist allerdings, dass schon die Entscheidungen des BGH zur Infektion mit dem HI-Virus nicht unumstritten geblieben sind.[44] Zudem wird in der Rechtsprechung die Frage, wie zu verfahren ist, wenn Symptome überhaupt nicht auftreten, bisher wohl nicht beantwortet.[45] Der BGH geht bei dem HI-Virus zwar davon aus, dass zumindest irgendwann „grippeähnliche“ Symptome auftreten, womit sich der pathologische Zustand letztlich manifestiere.[46] Ungeachtet dessen sind bereits die Grundsätze dieser Rechtsprechung nicht auf COVID-19 übertragbar. Genau wie bei einer Infektion mit Masern bleibt eine mit dem Coronavirus infizierte Person nicht wie bei dem HI-Virus „für die gesamte Dauer [ihres] weiteren Lebens“ infiziert und ist auch nicht dauerhaft infektiös gegenüber anderen Menschen.[47] Ebenso treten nach bisherigen Erkenntnissen auch nicht mit naturgesetzlicher Regel wie etwa bei Infektion mit HI-Virus Symptome auf.[48] Auch wenn anstatt der Vergleichbarkeit zu anderen nicht nur unerheblichen Krankheiten gefordert wird, dass die Erheblichkeitsschwelle überschritten ist, wenn die Schädigung für das Opfer zumindest irgendwie spürbar sei, um die Ausweitung von § 223 Abs. 1 StGB zu einem Gefährdungsdelikt zu verhindern,[49] wird man im vorliegenden Fall eine Gesundheitsschädigung verneinen müssen.

[39] BGH NStZ 1999, 132 (132); *Hardtung*, JuS 2008, 864 (867); *Cerny/Makepeace*, Jura 2020, 1128 (1131).
[40] *Wedlich*, ZJS 2013, 559 (560); *Cerny/Makepeace*, Jura 2020, 1128 (1131).
[41] *Fischer* (Fn. 2), § 223 Rn. 13; *Cerny/Makepeace*, Jura 2020, 1128 (1131).
[42] BGHSt 36, 1 (17); *Pörner*, JuS 2020, 498 (499).
[43] Zu Masern: *Ellbogen*, medstra 2016, 273 (274); *Wedlich*, ZJS 2013, 559 (560); zu HIV etwa: BGHSt 36, 1 (17); *Eberbach*, JR 1986, 230 (231 f.).
[44] Kritisch z.B. *Prittwitz*, StV 1989, 123 (127).
[45] *Makepeace*, ZJS 2020, 189 (190).
[46] BGHSt 36, 1 (7).
[47] *Makepeace*, ZJS 2020, 189 (190); vgl. zur Argumentation des BGH bei HIV: BGHSt 36, 1 (7).
[48] Zum HI-Virus: BGHSt 36, 1 (17).
[49] *Makepeace*, ZJS 2020, 189 (191); *Hotz*, NStZ 2020, 320 (322).

2. Zwischenergebnis

Damit liegt kein Körperverletzungserfolg vor und A hat sich nicht einer vollendeten Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB zulasten von C strafbar gemacht.

Hinweis: Im Ergebnis sind hier beide Ansichten gut vertretbar. Vollbefriedigend konnte eine Bearbeitung an dieser Stelle bereits sein, wenn der tatbestandliche Erfolg nicht einfach ohne Problembewusstsein bejaht, sondern die Problematik der symptomlosen Infektion zumindest näher beleuchtet wurde. Eine Entscheidung war dann in beide Richtungen möglich. Studierende konnten sich deutlich nach oben abheben, wenn sie innerhalb der Gesundheitsschädigung die Erheblichkeitsschwelle und deren Anforderungen näher thematisierten. Dies galt insbesondere dann, wenn Vergleiche zur HI-Virus-Rechtsprechung gezogen wurden. Ein anderes Ergebnis war entsprechend der vorherigen Argumentation natürlich vertretbar. Dabei durfte aber nicht außer Acht gelassen werden, dass dann nach wie vor eine Versuchsstrafbarkeit in Betracht kam (s.o.).

III. Strafbarkeit gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB durch Infektion des C

A könnte sich jedoch durch dieselbe Tathandlung einer versuchten gefährlichen Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB an C strafbar gemacht haben.

1. Tatentschluss

Zunächst müsste A Tatentschluss zur Begehung einer gefährlichen Körperverletzung besessen haben. Er stellte sich hier vor, dass er C wie alle anderen Gäste der Feier durch sein Handeln zumindest an der Gesundheit hätte schädigen können (siehe unter I.). Insbesondere sollte dies unter Beibringung eines gesundheitsschädlichen Stoffes i.S.v. § 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StGB passieren (siehe ebenfalls Ausführungen unter I.). Damit hatte er Vorsatz im Hinblick auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale und auch hinsichtlich einer gefährlichen Körperverletzung. Er handelte also diesbezüglich mit dem für eine Versuchsstrafbarkeit notwendigen Tatentschluss.

2. Unmittelbares Ansetzen

Zu dieser Tat hätte er auch unmittelbar angesetzt haben müssen. Ein unmittelbares Ansetzen liegt vor, wenn ein Täter die Schwelle zum „Jetzt geht's los“ überschritten hat, aus seiner Sicht keine weiteren Zwischenakte mehr nötig sind und das Rechtsgut konkret gefährdet ist.[50] Hier hat A C bereits infiziert und alles Notwendige getan, damit es nachfolgend zu einer Gesundheitsschädigung mittels der Viren kommen konnte. Damit ist auch das unmittelbare Ansetzen gegeben.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Folgt man den Ausführungen unter I., handelte A auch rechtswidrig und hinreichend schuldhaft.

[50] Vgl. BGHSt 26, 201 (202 f.).

4. Zwischenergebnis

A hat sich somit durch dieselbe Tathandlung einer versuchten gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB an C strafbar gemacht.

Tatkomplex 2: Auseinandersetzung mit N

I. Strafbarkeit des B gem. § 212 Abs. 1 StGB an N

Hinsichtlich einer Tötung des N hatte B ersichtlich keinen Vorsatz. Damit hat sich B nicht gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des B gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 1, 5 StGB an N

B könnte sich, indem er N ins Gesicht hustete und spuckte, wegen gefährlicher Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 1, 5 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Erfolgseintritt i.S.d. § 223 Abs. 1 StGB

Dies setzt zunächst voraus, dass der Grundtatbestand einer Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB erfüllt ist, hierzu müsste B N körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben.

(1) Körperliche Misshandlung

Zunächst könnte hierin eine körperliche Misshandlung zu sehen sein. Das ist jede üble unangemessene Behandlung, welche das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt.[51] Hierfür muss das Opfer keine Schmerzen empfinden,[52] womit das Spucken und Husten auf N als körperliche Misshandlung angesehen werden könnte. Hierfür spricht auch, dass es für dieses Merkmal auf eine negative Befindlichkeitsänderung beim Opfer ankommt.[53] Dagegen spricht aber, dass bspw. unmittelbar durch das Anspucken empfundener Ekel nicht mehr als Taterfolg einer Körperverletzung kategorisiert werden kann.[54] Im Ergebnis wird eine körperliche Misshandlung an N durch B hier zu verneinen sein.

Hinweis: Ein anderes Ergebnis war noch vertretbar.

(2) Gesundheitsschädigung

Die Infizierung mit dem Virus stellt allerdings eine Schädigung an der Gesundheit des N dar (s.o.).

bb) Handlung, Kausalität und Objektive Zurechnung

Durch das Anspucken und Anhusten hat B den Körperverletzungserfolg in kausaler und objektiv zurechenbarer Weise hervorgerufen.

[51] BGHSt 14, 269 (271).
[52] BGHSt 25, 277 (278); *Eschelbach* (Fn. 8), § 223 Rn. 19.
[53] *Eschelbach* (Fn. 8), § 223 Rn. 19.
[54] *Eschelbach* (Fn. 8), § 223 Rn. 20.

cc) Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2, Nr. 5 StGB

Die Qualifikationsmerkmale des gesundheitsschädlichen Stoffes und der lebensgefährdenden Behandlung sind erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

Ebenfalls handelte B vorsätzlich, wollte er N doch gerade körperlichen Schaden zufügen und ihm damit einen Denkzettel verpassen. Insbesondere hatte er der hier vertretenen Auffassung zufolge auch Vorsatz bzgl. einer das Leben gefährdenden Behandlung nach § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB.

Hinweis: Ein anderes Ergebnis war vertretbar.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte auch rechtswidrig und hinreichend schuldhaft.

3. Zwischenergebnis

B hat sich somit einer gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2, Nr. 5 StGB an N strafbar gemacht, indem er ihm ins Gesicht hustete und spuckte.

III. Strafbarkeit des B gem. § 227 Abs. 1 StGB an N

Durch dieselbe Tathandlung könnte sich der B auch einer Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 Abs. 1 StGB an N strafbar gemacht haben.

1. Vorsätzlich begangene Körperverletzung

Das Grunddelikt in Form einer vorsätzlich begangenen Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB liegt vor.

2. Eintritt der schweren Folge, Kausalität und objektive Zurechnung

Mit dem Tod des N ist die schwere Folge (Tod eines Menschen) eingetreten. Dies geschah gerade infolge der Körperverletzung durch die Infektion durch den B an N. Auch hinsichtlich der objektiven Zurechenbarkeit ergeben sich keine Bedenken.

3. Spezifischer Gefahrverwirklichungszusammenhang

Als über die vorgenannten Kriterien hinausgehende Einschränkung der Zurechnung i.R.d. § 227 StGB wird unter anderem aufgrund des hohen Strafrahmens von § 227 Abs. 1 StGB noch verlangt, dass zwischen dem Grunddelikt und dem qualifizierenden Erfolg ein spezifischer Gefahrverwirklichungszusammenhang besteht.[55] Dessen genaue Ausgestaltung ist umstritten. Die Letalitätstheorie als engste vertretene Auffassung verlangt, dass sich gerade die Gefahr realisieren muss, die aus der Schwere des eingetretenen Körperverletzungserfolges erwächst.[56] Weit überwiegend wird hingegen an die Gefährlichkeit der Körperverletzungshandlung angeknüpft.[57] Dieser Streit kann hier dahinstehen. N ist an der Viruserkrankung infolge der Gesundheitsschädigung gestorben. Damit hat sich genau die Gefahr realisiert, die schon in der Verwirklichung des Grundtatbestandes angelegt war.

4. Fahrlässige Verursachung der schweren Folge, § 18 StGB

Hinsichtlich des Eintritts der schweren Folge (Tod des N) muss B zudem mindestens Fahrlässigkeit zur Last fallen, § 18 StGB. Mit der Infizierung des N verletzte B eine objektive Sorgfaltspflicht. Er sollte sich durch die angeordnete Quarantäne gerade von Menschen in seiner Umgebung fernhalten und eine Infektion dieser unbedingt vermeiden. Die Infektion führt er hier sogar vorsätzlich aus. Die daraus resultierende tödliche Folgeinfektion des N war auch objektiv vorhersehbar, da der Kausalverlauf und der eingetretene Erfolg nicht außerhalb aller Lebenserfahrung lagen.

5. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

6. Schuld

Der Schuldvorwurf hinsichtlich der fahrlässigen Todesfolge setzt einen individuellen Sorgfaltspflichtverstoß sowie individuelle Vorhersehbarkeit voraus. Die allgemeinen Sorgfaltsanforderungen entsprachen den individuellen Fähigkeiten des B. Auch für ihn war der eingetretene, sich aus dem Sorgfaltspflichtverstoß ergebende Kausalverlauf einschließlich der schweren Folge vorhersehbar. Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich. B handelte somit auch hinreichend schuldhaft.

7. Zwischenergebnis

Durch dieselbe Tathandlung hat sich B auch einer Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 Abs. 1 StGB an N strafbar gemacht.

IV. Strafbarkeit des A gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 1, 5 StGB an N

A könnte sich durch das Infizieren des B einer gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 1, 5 StGB an N strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Erfolgseintritt der §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 1, 5 StGB, Handlung und Kausalität

N wurde unter Verwendung eines gefährlichen Stoffes und mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung an der Gesundheit geschädigt. Für diesen Erfolgseintritt war das Handeln des A auch kausal, insbesondere wäre ohne seine Infektion des B die Infektionskette, welche zur Ansteckung des N führte, nie in Gang gesetzt worden.

[55] *Rengier* (Fn. 20), § 16 Rn. 5; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 227 Rn. 3.

[56] M.w.N. *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 115 f.

[57] Vgl. BGHSt 48, 34 (37 f.).

b) Zurechenbarkeit

Fraglich ist, ob die Gesundheitsschädigung des N A objektiv zurechenbar ist.

Mit der Infektion des B durch Schunkeln und Singen schaffte A das unerlaubte Risiko einer Drittinfektion durch fortlaufende Kettenansteckungen.

aa) Atypischer Kausalverlauf

Dieses Risiko müsste sich auch im tatbestandlichen Erfolg realisiert haben. Dies wäre nicht der Fall, wenn es sich um einen atypischen Kausalverlauf handelt. Atypisch ist ein Kausalverlauf, sofern der eingetretene Erfolg völlig außerhalb dessen liegt, was nach allgemeiner Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge zu erwarten wäre.[58] Eine solche völlige Unvorhersehbarkeit des Kausalverlaufes ist dann nicht gegeben, wenn mit dem eingetretenen Kausalverlauf nach der allgemeinen Lebenserfahrung zu rechnen gewesen ist und sich insoweit im Erfolg (noch) die Ausgangsgefahr realisiert hat.[59] Im vorliegenden Fall ist gerade wegen der bereits erwähnten hohen Virulenz von SARS-CoV-2 eine Kettenansteckung weder ungewöhnlich noch unwahrscheinlich, sondern geradezu typisch für solche Infektionskrankheiten.[60] Es ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung gerade damit zu rechnen, dass weitere Menschen angesteckt werden, nachdem das Virus das erste Mal übertragen wurde. Dies ist schon bei weit harmloseren Viren der Normalfall (etwa zur Grippesaison) und auch bei HI-Viren nicht ungewöhnlich, obwohl gerade bei letzterem die Virulenz aufgrund seiner Übertragungswege weitaus geringer ausfällt. Im Ergebnis liegt damit kein atypischer Kausalverlauf vor.

> *Hinweis*: Dieses Problem konnte ggf. auch auf Ebene des Vorsatzes angesprochen werden.

bb) Eigenverantwortliches Dazwischentreten Dritter

Die Zurechnung des Erfolges könnte allerdings durch das Dazwischentreten des B ausgeschlossen sein. Grundsätzlich soll jeder nur für sein eigenes Handeln verantwortlich gemacht werden können. Diese Verantwortung endet dort, wo die Verantwortung der anderen beginnt, womit ein deliktisches Eingreifen Dritter die Zurechnung ausschließen kann (Verantwortungsprinzip).[61] Für die Abgrenzung dieser Verantwortungsbereiche haben sich bis jetzt keine festen dogmatischen Kriterien durchgesetzt.[62] Tritt ein Dritter nur fahrlässig dazwischen, so soll nach überwiegender Ansicht der Zurechnungszusammenhang grundsätzlich bestehen bleiben.[63] Wenn aber der Dritte – wie hier B – vorsätzlich handelt, wird nach der (alten) Lehre vom Regressverbot der vom Erstverursacher initiierte Ursachenzusammenhang grundsätzlich unterbrochen.[64] Etwas anderes soll dann in Betracht kommen, wenn der Dritte erkennbar tatgeneigt war. Hier gab es keine Anhaltspunkte dafür, dass B mutwillig versuchen würde, andere Personen zu infizieren. Auch bei Rückbesinnung auf die Leitlinien objektiver Zurechnung kommt man zu diesem Ergebnis.[65] Die Weiterinfektion selbst liegt zwar noch im Bereich des allgemein Erwartbaren, der gezielte Angriff auf N entfällt aber dem Verantwortungsbereich des A. Der objektive Tatbestand ist damit nicht erfüllt.

2. Zwischenergebnis

A hat sich somit durch das Infizieren des B nicht einer gefährlichen Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn.1, 5 StGB an N strafbar gemacht.

Gesamtergebnis und Konkurrenzen

A ist strafbar gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StGB zulasten von B und gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB zulasten von C. Beide Delikte stehen in Tateinheit zueinander, § 52 Abs. 1 StGB.

B ist strafbar gem. § 227 Abs. 1 StGB zulasten des N.

[58] Vgl. *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2020, § 13 Rn. 62 ff.
[59] *Rengier* (Fn. 58), § 13 Rn. 65.
[60] *Cerny/Makepeace*, Jura 2020, 1128 (1135).
[61] Vgl. *T. Walter*, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, Vor § 13 Rn. 103 ff.
[62] Vgl. ebd.
[63] *Rengier* (Fn. 58), § 13 Rn. 95.
[64] *Rengier* (Fn. 58), § 13 Rn. 88.
[65] Vgl. ebd.

Fortgeschrittenenklausur: Fernweh

Von Wiss. Mitarbeiterin **Jennifer Hedel**, Hannover*

Nicht immer sind Sachverhalte eindeutig. Ein Beispiel, wie in der Klausursituation mit solchen Sachverhaltsungewissheiten umzugehen ist, zeigt der folgende Fall und entspricht dabei einer sehr anspruchsvollen Fortgeschrittenenklausur. Neben der Kenntnis der echten Wahlfeststellung sind zur Lösung umfassende Kenntnisse im Bereich des Vermögensstrafrechts erforderlich. Der Sachverhalt wurde im Rahmen der Großen Übung im Strafrecht an der Leibniz Universität Hannover im Sommersemester 2020 als Klausur gestellt. Pandemiebedingt bearbeiteten die Studierenden den Fall von zuhause aus, Hilfsmittel waren zugelassen, Literaturhinweise hingegen – außer bei wörtlichen Zitaten – nicht notwendig. Für die Bearbeitung standen 24 Stunden zur Verfügung. Von 223 Bearbeitungen sind 98 durchgefallen (43,95 %), der Notendurchschnitt lag bei 4,98 Punkten. 41 Bearbeitungen (18,39 %) erreichten den Prädikatsbereich (9 Punkte und darüber), die beste vergebene Note waren 15 Punkte.

Sachverhalt

A und B führen zwischen Hannover und Berlin eine Fernbeziehung. Als A knapp bei Kasse ist, bucht sie am 31.1.2020 auf der Internetseite der F-GmbH, die Busreisen in ganz Deutschland anbietet, eine Hin- und Rückfahrt nach Berlin zu einem Preis von je 74 €. Dabei gibt sie sich selbst als Fahrgast an. Unter dem Punkt „Bezahlung“ wählt sie das Lastschriftverfahren aus und trägt hierzu den Namen und die IBAN von C ein (diese Informationen hatte sie von ihm erhalten, als C ihr sein altes Handy verkauft hatte). Es kann im Nachhinein nicht aufgeklärt werden, ob die Buchung und die Einleitung des SEPA-Verfahrens von Fs Mitarbeiter M vorgenommen wird, oder ob die Buchung maschinell von einer Buchungssoftware, die die Eingaben mittels eines installierten Sicherungssystems auf Plausibilität prüft, verarbeitet wird. A erhält daraufhin eine Buchungsbestätigung samt Fahrkarten zum Ausdrucken. Das Konto des C wird sodann in Höhe von 148 € belastet. Direkt nach Erhalt der Buchungsbestätigung druckt A die Fahrkarten aus. Am 13.2.2020 ist es schließlich so weit: A zeigt beim Einsteigen in den Bus auf Aufforderung von Fahrer Y den Ausdruck ihres Tickets vor. Nachdem dieser das Ticket einer Sichtkontrolle unterzogen hat, lässt er A in den Bus einsteigen. Auch bei ihrer Rückfahrt am 15.2., bei der sie den entsprechenden Ticketausdruck vorlegt, gibt es, wie von A erwartet, keine Probleme. Als C am 16.2. seinen Online-Kontoauszug überprüft, stutzt er angesichts der Lastschrift zu Gunsten der F. Er kann sich diese nicht erklären und nutzt schließlich den „Lastschrift zurückgeben“-Button, woraufhin die Lastschrift zurückgebucht wird und die 148 € seinem Konto wieder gutgeschrieben werden.

Aufgabe

Strafbarkeit von A nach den §§ 242, 243, 263, 263a StGB? Es ist zu unterstellen, dass das SEPA-Verfahren, sobald es eingeleitet ist, automatisch abläuft.

Lösungsvorschlag

Tatkomplex 1: Die Buchung

I. § 242 Abs. 1 StGB

Eine Strafbarkeit der A wegen Diebstahls scheidet aus. Soweit es um die Angabe der Bankdaten von C geht, fehlt es schon an der Sachqualität sowohl der Bankdaten als auch der Geldsumme, in deren Höhe das Konto von C belastet wurde. Ein Diebstahl an den Fahrkarten scheitert ebenfalls an deren Sachqualität.

> *Hinweis*: Die Diebstahlsstrafbarkeit scheidet hier recht offensichtlich aus und ist daher nicht zwingend zu prüfen.

II. § 263 Abs. 1 StGB

A könnte sich eines Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber M und zu Lasten von F schuldig gemacht haben, indem sie bei der Buchung der Tickets die Zahlungsdaten des C angab. Zunächst müsste sie dazu über Tatsachen getäuscht haben. Tatsachen sind Vorgänge der Gegenwart oder Vergangenheit, die dem Beweis zugänglich sind.[1] Täuschung meint das Vorspiegeln falscher Tatsachen.[2] Jedoch können nur Menschen getäuscht werden.[3] Da unklar ist, ob die Buchung automatisch oder von M verarbeitet wurde, ist aufgrund des in-dubio-pro-reo-Grundsatzes zu Gunsten der A zu unterstellen, dass die Buchung maschinell verarbeitet wurde. Es liegt also keine Täuschung vor.

> *Hinweis*: Es ist auch vertretbar, die Täuschung zu bejahen und erst beim Irrtum auf eine fehlende menschliche Bearbeitung abzustellen.

III. § 263a Abs. 1 StGB

Weiterhin könnte sich A eines Computerbetruges gem. § 263a Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem sie den Namen und die IBAN des C in die Buchungsmaske eingab. Hierzu bräuchte es einen Datenverarbeitungsprozess. Da unklar ist, ob die Buchung maschinell oder von M verarbeitet wurde, ist

* Die *Autorin* ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Leibniz Universität Hannover (PD *Dr. Erol Pohlreich*). Ihr herzlicher Dank für die Unterstützung gilt Herrn PD *Dr. Erol Pohlreich*.

[1] *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 263 Rn. 6; *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 8; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 23. Aufl. 2021, § 13 Rn. 4; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 43. Aufl. 2020, Rn. 493.

[2] *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 61; *Perron* (Fn. 1), § 263 Rn. 11; *Rengier* (Fn. 1), § 13 Rn. 9; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 1), Rn. 492.

[3] *Fischer* (Fn. 1), § 263, Rn. 66; *Rengier* (Fn. 1), § 13 Rn. 10; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 1), Rn. 490.

infolge des in-dubio-pro-reo-Grundsatzes zu Gunsten der A zu unterstellen, dass die Buchung von M verarbeitet wurde. Somit hat sich A mangels Datenverarbeitungsprozesses keines Computerbetruges schuldig gemacht.

IV. § 263 Abs. 1 StGB oder § 263a Abs. 1 StGB

A könnte sich aber eines Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB oder eines Computerbetruges gem. § 263a Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem sie den Namen und die IBAN des C in die Buchungsmaske eingab.

1. Verfassungsmäßigkeit der Wahlfeststellung

> *Hinweis*: Auch in der Klausursituation ist auf die Frage der Verfassungsmäßigkeit einer echten Wahlfeststellung einzugehen, insbesondere muss eine Auseinandersetzung mit der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, deren Kenntnis von Studierenden erwartet werden kann, erfolgen.

Die Verfassungsmäßigkeit der Wahlfeststellung ist umstritten.[4] Da die bei strikter Beachtung des Grundsatzes in dubio pro reo zwingend anzunehmende Straflosigkeit in Fällen wie dem vorliegenden allenfalls durch die echte Wahlfeststellung überwunden werden kann, diese also nach teilweise vertretener Auffassung durchaus strafbarkeitsbegründend wirkt,[5] und die echte Wahlfeststellung nicht bloß auf logischen Denkgesetzen beruht, sondern durchaus wertende Kriterien voraussetzt, für die es keinen gesetzlichen Maßstab gibt, erscheint die Zulässigkeit der echten Wahlfeststellung vor dem Hintergrund des verfassungskräftig verbürgten Gebots strafrechtlicher Gesetzesbestimmtheit und des Analogieverbots (Art. 103 Abs. 2 GG) zweifelhaft. Zudem begegnet die echte Wahlfeststellung, die die Frage, wegen welchen Delikts der Täter sich nun genau strafbar gemacht hat, offenlässt und dem Täter damit notwendigerweise zumindest zum Teil ein Verdachtsurteil auferlegt, mit Blick auf das Schuldprinzip und die Unschuldsvermutung verfassungsrechtlichen Bedenken, die auch den 2. *Strafsenat* des BGH zu einer Divergenzvorlage an den *Großen Senat* veranlassten.[6] Im Beschluss BGHSt 62, 164 bestätigte dieser dann für die Konstellation der gesetzesalternativen Verurteilung wegen (gewerbsmäßig begangenen) Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei die Verfassungsmäßigkeit der echten Wahlfeststellung. Die hiergegen eingelegte Verfassungsbeschwerde nahm das BVerfG[7] nicht zur Entscheidung an. Das BVerfG ordnet – ebenso wie die Anhänger der echten Wahlfeststellung – diese nicht als strafbarkeitsbegründendes Institut, sondern als Institut zur Bewältigung verfahrensrechtlicher Erkenntnislücken ein, für die Art. 103 Abs. 2 GG nicht gilt.[8] Dass die Strafbarkeit für die Rechtsunterworfenen hinreichend absehbar sei, sei auch in Wahlfeststellungskonstellationen durch die gesetzliche Bestimmtheit der wahldeutig zu bejahenden Tatbestände gesichert.[9] Durch das Kriterium der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit der Tatbestände werde ausgeschlossen, dass die Verurteilten mit einem Verdachtsurteil belegt würden.[10] Voraussetzung der echten Wahlfeststellung ist, dass mindestens zwei Geschehensabläufe in Betracht kommen und A sich nach jeder Variante wegen verschiedener Straftatbestände strafbar gemacht hat, zwischen denen kein rechtslogisches oder normatives Stufenverhältnis besteht und bei denen kein Auffangtatbestand eingreift. Schließlich hängt die Strafbarkeit von der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit der Straftatbestände ab.

> *Hinweis*: Die Prüfung der echten Wahlfeststellung ist sehr anspruchsvoll, zumal die gängige Ausbildungsliteratur das Thema zumeist knapp und häufig ohne ausführliche Hinweise zum Gutachtenaufbau behandelt. Alternativ zum hier gewählten Aufbau wäre es zum Beispiel auch denkbar, die in Frage kommenden Geschehensvarianten jeweils durchzuprüfen und sodann eine wahldeutige Strafbarkeit nach den Grundsätzen der echten Wahlfeststellung zu erörtern.[11] Entscheidend ist in der Klausursituation vor allem, dass deutlich wird, dass eine strikte Beachtung von in dubio pro reo zur Straflosigkeit der A führen müsste und dass eine Konstellation der echten Wahlfeststellung vorliegt.

2. Mindestens zwei Geschehensvarianten

Da im Nachhinein nicht aufgeklärt werden kann, ob die Buchung und die Einleitung des SEPA-Verfahrens von Fs Mitarbeiter M vorgenommen wurde, oder ob die Buchung maschinell verarbeitet wurde, kommen auch nach Ausschöpfung aller Erkenntnisquellen zwei Geschehensvarianten in Betracht.

3. Jedenfalls Strafbarkeit wegen verschiedener Straftatbestände

Ferner müsste sich A in beiden Geschehensvarianten strafbar gemacht haben und zwar wegen unterschiedlicher Tatbestände.[12] Würde es sich um Geschehensvarianten handeln, die jedenfalls nach demselben Straftatbestand strafbar wären, läge

[4] Vgl. zum Ganzen statt vieler *Freund*, in: Zöller u.a. (Hrsg.), Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension, Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, Teilbd. 1, 2013, S. 35; *Pohlreich*, ZStW 128 (2016), 676; *Stuckenberg*, ZIS 2014, 461 sowie *Wagner*, ZJS 2014, 436.
[5] BGH NStZ 2014, 392 (394).
[6] BGH BeckRS 2015, 20998; BGH BeckRS 2016, 113380.
[7] BVerfG NJW 2019, 2837.
[8] BVerfG NJW 2019, 2837 (2838).
[9] BVerfG NJW 2019, 2837 (2839).
[10] BVerfG NJW 2019, 2837 (2840).
[11] Vgl. etwa *Böhringer*, ZJS 2015, 518; *Kühl/Lange*, JuS 2010, 42.
[12] *Dannecker*, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, Anh. § 1 Rn. 5; *Fischer* (Fn. 1), § 1 Rn. 33.

ein Fall der unechten Wahlfeststellung vor.[13] Sobald auch nur eine Geschehensvariante straflos ist, hätte sich A wegen des In-dubio-pro-reo-Grundsatzes nicht strafbar gemacht.

a) Strafbarkeit für den Fall der menschlichen Bearbeitung

aa) Strafbarkeit der A gem. § 263 Abs. 1 StGB

Eine menschliche Bearbeitung unterstellt, könnte sich A eines Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber M und zu Lasten von F schuldig gemacht haben, indem sie bei der Buchung der Tickets die Zahlungsdaten des C angab.

(1) Objektiver Tatbestand

(a) Täuschung über Tatsachen

Zunächst müsste sie dazu über Tatsachen getäuscht haben. Durch das Eingeben der Daten des C erklärt A schlüssig, es liege ein entsprechendes Einverständnis zum Lastschrifteinzug des C vor. Das Bestehen dieses Einverständnisses ist dem Beweis zugänglich, damit also eine Tatsache. Weil C kein Einverständnis erteilt hat, ist diese Tatsache zudem unwahr. Indem sie die Angaben des C in das Online-Formular der F einträgt, spiegelt A eine unwahre Tatsache vor, täuscht M also.

(b) Irrtum

Infolge dieser Täuschung müsste sich M geirrt haben. Irrtum meint die unrichtige Vorstellung über Tatsachen.[14] M stellt sich in Folge der Täuschung vor, dass C mit dem Lastschrifteinzug einverstanden ist, irrt sich mithin über eine Tatsache.

(c) Vermögensverfügung

Infolgedessen muss M eine Vermögensverfügung getätigt haben. Vermögensverfügung meint jedes Tun, Dulden oder Unterlassen mit unmittelbar vermögensmindernder Wirkung.[15] Infolge der Dateneingabe der A schließt M einen Vertrag mit A und verfügt so über das Vermögen der F. Zwar fallen der Verfügende und die Geschädigte auseinander, allerdings ist, da F den M ermächtigt hat, Buchungen vorzunehmen und Beförderungstickets zu versenden, die Vermögensverfügung des M der F auch nach der engsten Auffassung, nämlich der Theorie von der rechtlichen Befugnis,[16] zurechenbar, so dass der Streit, welche Anforderungen an die Zurechenbarkeit zu stellen sind, hier dahinstehen kann und ein Dreiecksbetrug vorliegt.

d) Vermögensschaden

Zudem muss ein Vermögensschaden eingetreten sein. Dazu wird das Vermögen des Geschädigten vor und nach der Vermögensverfügung im Rahmen einer Gesamtsaldierung betrachtet.[17] Das Vermögen des M ist durch die Vermögensverfügung nicht betroffen, möglicherweise ist allerdings bei F ein Vermögensschaden eingetreten. Diese sieht sich einem Anspruch der A auf Beförderung ausgesetzt und hat insofern eine Vermögensminderung erlitten, der keine gleichwertige Kompensation gegenübersteht. Die zunächst erfolgte Lastschrift auf Kosten des C kompensiert die Vermögensminderung nicht. Denn zum einen bestand mit diesem mangels Vertretungsmacht der A weder eine Vertragsbeziehung noch hatte C die A zur Erteilung einer Lastschriftermächtigung befugt. Überdies hatte C die Lastschrift wirksam zurückbuchen lassen. Die Vermögensminderung wurde auch nicht dadurch kompensiert, dass F gegen A einen Zahlungsanspruch erworben hatte. Selbst wenn man davon ausginge, dass ein solcher Anspruch entstanden ist, würde dieser die Vermögensminderung nicht kompensieren, weil A nicht zahlungswillig war, mithin ein Eingehungsbetrug vorliegt, bei dem das Vermögen der F im Zeitpunkt der Vermögensverfügung durch M schadensgleich gefährdet war.[18] In Gefährdungsfällen genügt allerdings nicht jedwedes Risiko des Zahlungsausfalls, sondern ist wegen des aus Art. 103 Abs. 2 GG herzuleitenden Verschleifungsverbots über die schon im Tatbestandsmerkmal der Vermögensverfügung liegende Vermögensminderung hinaus für das Vorliegen eines Vermögensschadens zu fordern, dass das Vermögen des Betroffenen bei wirtschaftlicher Betrachtung schon durch das Risiko, dem es infolge der Verfügung ausgesetzt ist, eine bezifferbare Einbuße erlitten hat.[19] In casu ist der Zahlungsanspruch der F gegen A wirtschaftlich nicht so werthaltig wie das A erteilte Beförderungsticket, weil absehbar ist, dass F seinen Zahlungsanspruch gegen die zahlungsunwillige A nicht wird durchsetzen können, zumal F die Identität der A unbekannt und ein Regress gegen sie insofern erschwert ist. Das Risiko eines Zahlungsausfalls lässt sich in dieser Konstellation mit 100 % beziffern, so dass der Vermögensschaden 148 € beträgt.

(2) Subjektiver Tatbestand

A handelte willentlich und in Kenntnis aller objektiven Tatumstände. Zudem handelte sie in der Absicht stoffgleicher Bereicherung, weil die von ihr begehrte Bereicherung in Form einer kostenlosen Fahrkarte wie der bei F eingetretene

[13] *Dannecker* (Fn. 12), Anh. § 1 Rn. 4; *Fischer* (Fn. 1), § 1 Rn. 39; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2020, § 57 Rn. 17.

[14] *Fischer* (Fn. 1), § 263 Rn. 54; *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 263 Rn. 169; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 263 Rn. 18; *Rengier* (Fn. 1), § 13 Rn. 40; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 1), Rn. 510.

[15] *Fischer* (Fn. 1), § 263 Rn. 70; *Kühl* (Fn. 14), § 263 Rn. 22; *Perron* (Fn. 1), § 263 Rn. 55; *Rengier* (Fn. 1), § 13 Rn. 63; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 1), Rn. 515.

[16] *Hefendehl* (Fn. 2), § 263 Rn. 358; *Kühl* (Fn. 14), § 263 Rn. 29.

[17] *Hefendehl* (Fn. 2), § 263 Rn. 531; *Kühl* (Fn. 14), § 263 Rn. 36; *Perron* (Fn. 1), § 263 Rn. 99; *Rengier* (Fn. 1), § 13 Rn. 155; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 1), Rn. 538.

[18] *Perron* (Fn. 1), § 263 Rn. 128, 143 f.; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 1), Rn. 539.

[19] BVerfG NJW 2010, 3209 (3220); BVerfG NJW 2012, 907 (916); *Kühl* (Fn. 14), § 263 Rn. 40; *Rengier* (Fn. 1), § 13 Rn. 183 ff.; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 1), Rn. 572.

Vermögensschaden auf derselben Vermögensverfügung beruhte und insofern stoffgleich war. Mangels fälligen und einredefreien Anspruchs der A, die ja über keine Befugnis, C wirksam zu vertreten, verfügte, war die erstrebte Bereicherung auch rechtswidrig; A besaß entsprechenden Vorsatz.

(3) Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

(4) Zwischenergebnis

Somit hat sich A eines Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber M und zu Lasten von F schuldig gemacht.

bb) Strafbarkeit der A gem. § 263 Abs. 1 StGB

Zudem könnte sich A durch dieselbe Handlung eines Betruges gegenüber M und zu Lasten des C gem. § 263 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben.

(1) Objektiver Tatbestand

Durch die Eingabe der Zahlungsdaten des C täuschte A M über Tatsachen, woraufhin M sich irrte und eine Vermögensverfügung tätigte. Fraglich ist, ob bei C ein Vermögensschaden eingetreten ist und ob die Verfügung des M C zugerechnet werden kann. C hat die ungerechtfertigte Buchung rechtzeitig bemerkt, sodass der Betrag zurückgebucht und seinem Konto wieder gutgeschrieben wurde. Im Sinne einer Gesamtsaldierung lag also schlussendlich kein Vermögensschaden vor. Allerdings war das Vermögen des C für den Zeitraum, in dem er die Abbuchung noch nicht entdeckt hatte, gemindert. Dass C die Buchung bemerkte, hing aus Sicht der A von bloßem Zufall ab. Insoweit kann hier von einer schadensgleichen Vermögensgefährdung ausgegangen werden,[20] bei der das Risiko wiederum mit 100 % veranschlagt werden kann, so dass der Schaden sich letztlich auf 148 € beläuft. Da Verfügender und Geschädigter auseinanderfallen, ist erneut ein Dreiecksbetrug zu prüfen. Nach der Theorie vom faktischen Näheverhältnis[21] hatte M durch die Anweisung an die Bank die Möglichkeit, auf das Konto des C zuzugreifen, und wäre die Verfügung des M C zuzurechnen. Die von den Anhängern der Befugnistheorie[22] für eine Zurechnung geforderte rechtliche Befugnis, über das Vermögen des Geschädigten zu verfügen, fehlte demgegenüber. Eine Zurechnung wäre auch nach der Lagertheorie zu verneinen: Danach wäre erforderlich, dass sich der Verfügende bei wertender Gesamtbetrachtung im Lager des Vermögensinhabers befindet;[23] dies setzt voraus, dass – woran es freilich fehlt, da die Kontobelastung nicht im Interesse des C erfolgte – M der Vermögenssphäre des C nahesteht, weil er die Wahrung von Vermögensinteressen des C zur Aufgabe hat.

(2) Zwischenergebnis

A hat sich keines Betruges gegenüber M und zu Lasten von C schuldig gemacht.

cc) Strafbarkeit der A gem. §§ 263a Abs. 1 Var. 2, Var. 3, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB

Durch dieselbe Handlung könnte sich A zudem eines Computerbetruges in mittelbarer Täterschaft zu Lasten von C schuldig gemacht haben. Wer für die §§ 263, 263a StGB ein tatbestandliches Exklusivitätsverhältnis und Betrug in Grenzfällen dann annimmt, wenn die Vermögensminderung unmittelbare Folge menschlichen Handelns ist,[24] muss, da die Vermögensminderung bei C nach dem oben Gesagten unmittelbar auf menschlichem Handeln beruht, einen Computerbetrug schon auf Tatbestandsebene ablehnen. Nach anderer Ansicht kann ein und dieselbe Handlung dagegen durchaus sowohl § 263 als auch § 263a StGB erfüllen, allerdings tritt § 263a StGB wegen seiner Auffangfunktion dann im Wege materieller Subsidiarität hinter § 263 StGB zurück.[25] Demnach würde selbst die Auffassung, die in Fällen wie dem vorliegenden einen Dreieckscomputerbetrug in mittelbarer Täterschaft bejaht, weil M undoloses Werkzeug des A ist und im Vertrauen auf eine tatsächlich bestehende Forderung gegen C die Hausbank von F mit der Einziehung des Beförderungsentgelts vom Konto des C beauftragt und hierdurch das automatisierte SEPA-Lastschriftverfahren in Gang setzt,[26] nicht zu einer Strafbarkeit des A wegen Computerbetrugs in mittelbarer Täterschaft gelangen.

b) Strafbarkeit für den Fall der maschinellen Bearbeitung

aa) § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB

Eine maschinelle Bearbeitung unterstellt, könnte sich A eines Computerbetruges gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB zu Lasten von F schuldig gemacht haben, indem sie die IBAN des C in die Buchungsmaske eingab.

(1) Objektiver Tatbestand

(a) Unbefugte Verwendung von Daten

Die IBAN bzw. der Name des C sind codierbare Informationen und damit Daten.[27] Diese hat A in das Buchungssystem eingegeben und damit verwendet. Umstritten ist allerdings, wann eine Verwendung unbefugt ist.

[20] Vgl. BGHSt 58, 119 (127).
[21] *Kindhäuser* (Fn. 14), § 263 Rn. 212, 220.
[22] *Hefendehl* (Fn. 2), § 263 Rn. 358; *Kühl* (Fn. 14), § 263 Rn. 29.
[23] BGHSt 18, 221; BGH wistra 2017, 484 (485); *Fischer* (Fn. 1), § 263 Rn. 82; *Perron* (Fn. 1), § 263 Rn. 66; *Rengier* (Fn. 1), § 13 Rn. 100; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 1), Rn. 645.
[24] *Fischer* (Fn. 1), § 263a Rn. 38; *Mühlbauer*, in: Joecks/Miebach (Fn. 2), § 263a Rn. 125.
[25] *Heger*, in: Lackner/Kühl (Fn. 14), § 263a Rn. 27; *Kindhäuser* (Fn. 14), § 263a Rn. 62; *Tiedemann/Valerius*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263a Rn. 17.
[26] *Ullenboom*, NZWiSt 2018, 26 (27 f.) m.w.N.
[27] *Heger* (Fn. 26), § 263a Rn. 2; *Kindhäuser* (Fn. 14), § 263a Rn. 10 f.; *Mühlbauer* (Fn. 24), § 263a Rn. 14; *Rengier* (Fn. 1), § 14 Rn. 4.

Eine subjektivierende Ansicht stellt dabei auf den (tatsächlichen oder mutmaßlichen) Willen des Systembetreibers ab.[28] F als Systembetreiber wollte nicht, dass A fremde Daten ohne Wissen des Betroffenen verwendet, sodass die Verwendung hier unbefugt wäre. Wer mit der computerspezifischen Auslegung fordert, dass im Programm angelegte Zugriffssicherungen (Pin, Passwort etc.) überwunden werden,[29] müsste hier einen Computerbetrug verneinen. Die Verwendung ist nach der betrugsspezifischen Auslegung dann unbefugt, wenn die Verwendung der Daten gegenüber einer natürlichen Person Täuschungscharakter hätte. Welcher Maßstab dabei an die fiktive natürliche Person anzulegen ist, ist innerhalb der Ansicht umstritten. Teilweise wird vertreten, dass eine Betrugsäquivalenz nur vorliegt, wenn die Daten vom Programm auch verarbeitet werden, da nur dann sowohl Täuschungs- als auch Irrtumsäquivalenz gegeben ist.[30] Somit ist nicht auf das Vorstellungsbild eines Mitarbeiters, der die Interessen der F umfassend wahrnimmt, abzustellen, sondern vielmehr auf das eines Mitarbeiters, der sich nur mit Fragen befasst, die auch der Computer prüft oder für die sich im Computerprogramm Ansätze zur Kontrolle finden.[31] Kritiker dieser Ansicht sehen darin eine zu weitgehende Beschränkung des Anwendungsbereichs des Computerbetruges und stellen vielmehr darauf ab, welche Prüfungspflichten eine natürliche Person hätte, wenn sie anstelle des Computers die Daten verarbeiten würde.[32] Wie oben geprüft, würde Mitarbeiter M, der die Daten anstelle der Buchungssoftware verarbeitet, durch die Datenverwendung getäuscht. Weil die Buchungssoftware aber auch über ein integriertes Sicherungssystem verfügt, welches die eingegebenen Daten auf Plausibilität überprüft, würde selbst ein Mitarbeiter, der sich nur mit Fragen befasst, die auch das Programm prüft, getäuscht werden,[33] sodass nach beiden Spielarten der betrugsspezifischen Auslegung eine betrugsäquivalente unbefugte Verwendung von Daten vorliegt.

Da die Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist der Streit zu entscheiden. Gegen die subjektive Auslegung spricht, dass durch diese der Tatbestand ausufern würde und letztlich schlichte Vertragswidrigkeiten pönalisiert würden.[34] Auch die computerspezifische Auslegung entspricht nicht dem eigentlichen Sinn des Tatbestandes, die durch die Tatbestandsmerkmale „Täuschung“ und „Irrtum“ begründete Strafbarkeitslücken des § 263 Abs. 1 StGB bei der Nutzung von Computern, die man naturgemäß nicht täuschen kann und die sich ebenso wenig irren können, zur Deliktsbegehung zu schließen.[35] Daher ist auch die computerspezifische Auslegung abzulehnen. Lediglich die betrugsspezifische Auslegung wird dem Charakter des § 263a StGB als „Auffangtatbestand“[36] gerecht und ist daher vorzugswürdig. Demnach liegt eine unbefugte Verwendung der Daten hier vor.

(b) Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorganges

Durch die Eingabe der IBAN des C hat A einen Datenverarbeitungsvorgang in Gang gesetzt und damit dessen Ergebnis beeinflusst.

(c) Vermögensschaden

Ein Vermögensschaden der F liegt vor (s.o.).

(2) Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich und in Absicht rechtswidriger, stoffgleicher Bereicherung.

(3) Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

(4) Zwischenergebnis

A hat sich eines Computerbetruges gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB zu Lasten von F schuldig gemacht, indem sie die IBAN des C in die Buchungsmaske eingab.

bb) § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB

Durch die gleiche Handlung könnte sich A eines Computerbetruges gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB zu Lasten von C schuldig gemacht haben.

(1) Tatbestand

Mit der Auswahl des Lastschriftverfahrens und der Eingabe der IBAN und des Namens des C verwendete A unbefugt die Daten des C (s.o.). Infolgedessen beeinflusste sie auch das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorganges und C erlitt einen Schaden (s.o.). Allerdings ist hier fraglich, ob die Voraussetzungen eines Dreieckscomputerbetruges vorliegen. Aufgrund der Parallelität der Tatbestände können dabei die Voraussetzungen eines Dreiecksbetruges herangezogen werden, sodass ein Näheverhältnis zwischen Systembetreiber und Geschädigtem bestehen muss.[37] Hier bestand allerdings kein hinreichendes Näheverhältnis zwischen F als Systembetreiber und C (s.o.), sodass ein Dreieckscomputerbetrug hier ausscheidet.

Hinweis: Zwar kann das Ergebnis des Datenverarbeitungsvorgangs Folge eines einstufigen Ablaufs, aber auch eines

[28] *Fischer* (Fn. 1), § 263a Rn. 10; *Kindhäuser* (Fn. 14), § 263a Rn. 27; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 1), Rn. 613.
[29] *Fischer* (Fn. 1), § 263a Rn. 10a; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 1), Rn. 613.
[30] *Heghmanns*, ZJS 2014, 323 (327); *ders.*, ZJS 2020, 494 (495 f.).
[31] BGH NJW 2002, 905 (906); OLG Hamm BeckRS 2020, 9059 m. Anm. *Heghmanns*, ZJS 2020, 494 (495).
[32] *Mühlbauer* (Fn. 24), § 263a Rn. 55; *Rengier* (Fn. 1), § 14 Rn. 22; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 1), Rn. 615.
[33] Vgl. auch obiter dictum BGH MMR 2017, 693.
[34] *Fischer* (Fn. 1), § 263a Rn. 10.
[35] *Kindhäuser* (Fn. 14), § 263a Rn. 24; *Fischer* (Fn. 1), § 263a Rn. 10a.
[36] *Fischer* (Fn. 1), § 263a Rn. 2; *Kindhäuser* (Fn. 14), § 263a Rn. 3; *Heger* (Fn. 26), § 263a Rn. 13; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 1), Rn. 601.
[37] *Fischer* (Fn. 1), § 263a Rn. 21; *Heger* (Fn. 26), § 263a Rn. 21; *Perron* (Fn. 1), § 263a Rn. 22.

mehrstufigen Prozesses sein, weshalb hier möglicherweise die Datenverarbeitung bei der Bank des C mitzuberücksichtigen wäre; dies ist aber im Ergebnis abzulehnen, denn der Verarbeitungsprozess muss vom selben Datenverarbeiter herrühren, hier also F.

c) Zwischenergebnis

Somit hat sich A in beiden Sachverhaltsalternativen strafbar gemacht, und zwar wegen unterschiedlicher Tatbestände: für den Fall der menschlichen Bearbeitung wegen Betruges, für den Fall der maschinellen Bearbeitung wegen Computerbetruges.

4. Kein rechtslogisches oder normatives Stufenverhältnis

Zwischen dem Betrug und dem Computerbetrug dürfte ferner kein rechtslogisches oder normatives Stufenverhältnis bestehen. Ein rechtslogisches Stufenverhältnis ist dann anzunehmen, wenn der eine in Betracht kommende Straftatbestand den anderen zwingend umfasst.[38] Bei einem normativen Stufenverhältnis unterscheiden sich die in Betracht kommenden Straftatbestände bei wertender Betrachtung in der Schwere ihres Unrechtsgehalts und schließen sich gegenseitig aus.[39] Da der Betrug den Computerbetrug nicht notwendig umfasst und dies sich auch umgekehrt nicht bejahen lässt, besteht kein rechtslogisches Stufenverhältnis. Auch ein normatives Stufenverhältnis ist zu verneinen, weil Betrug und Computerbetrug, wie der gemeinsame Strafrahmen verdeutlicht, nicht in einem Mehr-Weniger-Verhältnis zueinanderstehen, sondern in einem aliud-Verhältnis.

5. Rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit der Tatbestände

Die Delikte müssten darüber hinaus rechtsethisch und psychologisch vergleichbar sein. Die rechtsethische Vergleichbarkeit setzt voraus, dass die in Frage kommenden Delikte abstrakt vergleichbar sind, also ein ähnliches Rechtsgut schützen, einen ähnlichen Schuldvorwurf enthalten und eine nach dem allgemeinen Rechtsempfinden sittlich und rechtlich vergleichbare Bewertung erfahren.[40] Sowohl der Betrug als auch der Computerbetrug schützen das Rechtsgut Vermögen[41] und weisen dabei den gleichen Strafrahmen auf. In beiden Fällen handelt es sich zudem um ein Selbstschädigungsdelikt, bei dem der Täter sein Gegenüber überlistet, beim Betrug durch Täuschung eines Menschen, beim Computerbetrug durch die Manipulation eines Datenverarbeitungsprogrammes, um dadurch einen Vermögensvorteil zu Lasten eines anderen zu erlangen. Insofern sind die Delikte rechtsethisch vergleichbar. Die psychologische Vergleichbarkeit setzt eine vergleichbare seelische Beziehung des Täters zu den Delikten voraus.[42] Dem Täter kommt es, wie gerade beschrieben, sowohl beim Betrug als auch beim Computerbetrug in erster Linie auf einen Vermögensvorteil auf Kosten eines anderen an, nicht aber darauf, ob sein Gegenüber ein Mensch oder ein Datenverarbeitungsprogramm ist. In beiden Fällen wird das Gegenüber überlistet und gewissermaßen als Werkzeug gegen sich selbst eingesetzt. Somit sind die Delikte auch psychologisch vergleichbar.

Hinweis: *Dannecker* geht davon aus, dass der psychologischen Vergleichbarkeit neben der rechtsethischen Vergleichbarkeit keine eigenständige Bedeutung zukommt[43] und auch in der Rechtsprechung wird dieses Merkmal häufig nicht ausführlich bis gar nicht geprüft.[44] Der Schwerpunkt der Bearbeitung darf daher in der Prüfung der rechtsethischen Vergleichbarkeit liegen. Nach wohl überwiegender und hier vertretener Auffassung ist das Merkmal der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit abstrakt zu prüfen,[45] es ist aber auch vertretbar, die Prüfung auf den konkreten Fall zu beziehen.[46] Vertretbar ist es auch, mit einer Literaturauffassung anstelle des Merkmals der psychologischen und rechtsethischen Vergleichbarkeit einen gemeinsamen Unrechtskern beider Delikte zu fordern,[47] allerdings muss dann eine Auseinandersetzung mit dem oben erwähnten Beschluss des BVerfG erfolgen, wonach eine Sachverhaltsgewissheit hinsichtlich eines eindeutig feststehenden gemeinsamen Unrechtskerns für eine gesetzesalternative Verurteilung nicht genügen soll.[48]

6. Zwischenergebnis

Somit hat sich A wahldeutig wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB oder Computerbetruges gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht.

Tatkomplex 2: Die Fahrten

I. § 263 Abs. 1 StGB

A könnte sich eines Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber Y und zu Lasten F schuldig gemacht haben, indem sie bei den Fahrten die nicht bezahlten Fahrkarten vorzeigte.

[38] *Dannecker* (Fn. 12), Anh. § 1 Rn. 64; *Schmitz*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Anh. § 1 Rn. 24.
[39] *Dannecker* (Fn. 12), Anh. § 1 Rn. 64; *Schmitz* (Fn. 38), Anh. § 1 Rn. 35.
[40] BGHSt 9, 390, (392 ff.); 21, 152 (153); 25, 182 (183 f.); 62, 164 (176 f.); *Dannecker* (Fn. 12), Anh. § 1 Rn. 136 f.; *Schmitz* (Fn. 38), Anh. § 1 Rn. 57.
[41] *Fischer* (Fn. 1), § 263 Rn. 3, § 263a Rn. 2.
[42] BGHSt 9, 390 (392 ff.); 21, 152 (153); 25, 182 (183 f.); 62, 164 (176 f.); *Dannecker* (Fn. 12), Anh. § 1 Rn. 145; *Schmitz* (Fn. 38), Anh. § 1 Rn. 59.
[43] *Dannecker* (Fn. 12), Anh. § 1 Rn. 145.
[44] Vgl. für das Verhältnis von Betrug und Computerbetrug BGH NStZ 2008, 281; BGH NStZ 2014, 42.
[45] Vgl. etwa BGHSt 21, 152 (153 f.) sowie BGH NStZ 1985, 123.
[46] So auch *Kühl/Lange*, JuS 2010, 42 (48).
[47] So etwa *Jakobs*, GA 1971, 257 (271).
[48] BVerfG NJW 2019, 2837 (2839).

1. Tatbestand

Zunächst müsste A Y über Tatsachen getäuscht haben. Indem sie die Fahrkarte vorzeigte, erklärt sie, dass eine entsprechende Buchung vorgenommen wurde, die Karte gültig und sie somit berechtigt ist, die Fahrt in Anspruch zu nehmen, nicht aber, dass die Karte auch ordnungsgemäß bezahlt wurde. Somit hat sie keine Tatsachen entstellt und Y daher nicht getäuscht.

> *Hinweis*: Andere Ansicht sehr gut vertretbar. Wird eine konkludente Täuschung angenommen, so ist beim Irrtum vor allem auf das Vorstellungsbild des Y und dessen sachgedankliches Mitbewusstsein abzustellen. Im Ergebnis dürfte diese Tat allerdings als Sicherungsbetrug[49] hinter der ersten Betrugstat zurücktreten.

2. Zwischenergebnis

A macht sich keines Betruges gegenüber Y und zu Lasten von F schuldig.

II. Zwischenergebnis

Im zweiten Tatkomplex bleibt A straffrei.

Gesamtergebnis

A hat sich wahldeutig wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB oder Computerbetruges gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht.

[49] *Fischer* (Fn. 1), § 263 Rn. 233.

Entscheidungsbesprechung

Zum Ausstellen gefälschter Kunstwerke und dem Verkauf echter Bilder unter erfundener Provenienz

1. Für einen Vermögensschaden bei gegenseitigen Verträgen ist maßgeblich, ob der objektive Wert hinter dem Wert dessen zurückbleibt, was die aufgrund der Täuschung verfügende Person als eigene Leistung aufwendet. Bei einem Kunstwerk mit gefälschter Provenienz ist der Schaden danach zu bestimmen, ob und ggf. inwieweit dem Kunstwerk trotz gefälschter Provenienz ein Vermögenswert zukommt.
2. Ein Gemälde erlangt eine Urkundenqualität erst mit seiner Signierung. Es reicht nicht aus, dass es lediglich einem bestimmten Künstler „zugeschrieben" wird.
3. Sind an mehreren Taten mehrere Personen beteiligt, ist die Frage, ob die einzelnen Taten tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen, bei jedem Beteiligten gesondert zu entscheiden.
(Leitsätze der *Verf.*)

StGB §§ 52, 53, 263, 267
StPO § 357

BGH, Beschl. v. 19.5.2020 – 2 StR 398/19[1]

I. Einleitung

Egal ob *Wolfgang Beltracchi*, *Han van Meegeren* oder *Tom Keating*: Enthüllungen über gewiefte Kunstfälscher, die in großem Umfang stilsicher die bekanntesten Künstler der Kunstgeschichte fälschen konnten, erschüttern immer wieder die Kunstwelt. Gleichwohl wird ihnen oftmals unverhohlen Sympathie entgegengebracht. Auch wenn die Schadenfreude, dass millionenschwere Kunstsammler und renommierte Kunstexperten an der Nase herumgeführt wurden, durchaus nachvollziehbar erscheinen mag, fügt ein derartig „kreatives" Verhalten den betroffenen Käufern Schäden in Millionenhöhe zu und schadet auch den Künstlern, deren Bilder unter dem Generalverdacht stehen, gefälscht zu sein.[2]

Der vorliegenden Entscheidung liegt einer der größten Prozesse gegen Kunstfälscher aller Zeiten zugrunde[3]: Nach Ermittlungen, an denen hunderte Personen aus mehreren Ländern beteiligt waren, wurden im Jahr 2013 in einem Lager in Wiesbaden 1.700 Kunstwerke (insbesondere aus der Russischen Avantgarde) beschlagnahmt, deren Wert sich – ihre Echtheit unterstellt – auf eine dreiviertel Milliarde Euro belaufen würde.[4]

II. Sachverhalt

T und M betreiben gemeinsam eine Galerie, in der dem M gehörende Gemälde verkauft werden, die dieser zuvor selbst angekauft hatte. Zu den Bildern werden Exposés verfasst, die neben den „technischen" Daten auch Angaben zur Provenienz[5], also Informationen zur Herkunft des Bildes und dessen Eigentums- und Besitzhistorie, enthalten.

Der erste Tatkomplex betrifft zwei gefälschte Bilder der Künstler *Rodchenko* und *Exter*, wobei T und M nur bzgl. des ersteren Werkes um den Fälschungscharakter wissen. Da jedoch zu beiden Werken eine Provenienz fehlt, erfindet der T mit Billigung des M Provenienzen, um die Authentizität der Bilder zu steigern. Im Folgenden interessiert sich K für die Gemälde. Ihm werden die Exposés mit den gefälschten Provenienzen ausgehändigt und auf Nachfrage die Echtheit der Werke bestätigt. T führt im Folgenden die Vertragsverhandlungen und verkauft die Kunstwerke im Dezember 2008 bzw. Januar 2009 für 43.000 € bzw. 29.000 € an K.

In einem weiteren Fall führen T und M weit fortgeschrittene Verhandlungen über zwei andere, echte Bilder, die von ihnen mit erfundenen Provenienzen ausgestattet wurden. Letztlich führen die Verhandlungen aber nicht zum Ankauf der Bilder.

Schließlich stellen T und M ein gefälschtes Bild des Künstlers *El Lissitzky* zum Zwecke des Verkaufs aus. Dieses Bild enthielt keine Signatur, sondern wurde dem Künstler nur aufgrund sonstiger Umstände zugeschrieben.

III. Einführung in die Problematik

Der vorliegende Fall liefert ein anschauliches Beispiel, um den Betrug sowie die Urkundenfälschung zu wiederholen. Schwierigkeiten ergeben sich ferner für die Anwendung der Konkurrenzen.

1. Zum Betrug gem. § 263 StGB

Der Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB ist dadurch gekennzeichnet, dass ein gutgläubiges Opfer aufgrund eines vom

[1] Die Entscheidung ist veröffentlicht in BeckRS 2020, 28772; wistra 2021, 67; NStZ-RR 2020, 373 und abrufbar unter http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=2e791949ef32fd0eb72c629c64c05911&nr=111639&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf (14.7.2021).

[2] Ausführlich zur rechtlichen Beurteilung von Kunstfälschungen *Löffels*, NJW 1993, 1421; *Sandmann*, Die Strafbarkeit der Kunstfälschung, 2004. Eine Übungsklausur dazu bieten *Dobrosz/Onimus*, ZJS 2016, 689.

[3] So wurde an 150 Tagen verhandelt und allein die Verfahrenskosten beliefen sich auf 955.000 €, https://www.wiesbadener-kurier.de/lokales/wiesbaden/nachrichten-wiesbaden/kunstfalscher-prozess-in-wiesbaden-verfahrenskosten-und-einzug-von-vermogen-als-strafe_18509028 (14.7.2021).

[4] https://www.sueddeutsche.de/kultur/kunstfaelscher-prozess-bilder-vor-gericht-1.3908751 (14.7.2021).

[5] Von lat. „provenire": herkommen, entstehen. Die Provenienz dient zum einen als Beleg der Echtheit eines Werkes und gibt zum anderen Auskunft darüber, ob ggf. Restitutionsansprüche bestehen oder dieses zumindest mit einem immateriellen Makel behaftet ist, etwa weil das Bild vom NS-Staat beschlagnahmt oder von seinem Eigentümer verfolgungsbedingt veräußert wurde. Außerdem kann die bloße frühere Zugehörigkeit zu einer berühmten Kunstsammlung wertsteigernd wirken.

Täter hervorgerufenen Irrtums über sein Vermögen verfügt und sich dadurch einen Vermögensschaden zufügt. Daraus ergibt sich folgendes Prüfungsschema:

I. Tatbestand
  1. Objektiver Tatbestand
    a) Täuschung
    b) Irrtum
    c) Vermögensverfügung
    d) Vermögensschaden
  2. Subjektiver Tatbestand
    a) Vorsatz
    b) Bereicherungsabsicht
    c) Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung und Vorsatz diesbezüglich
II. Rechtswidrigkeit
III. Schuld

Gegenstand des vorliegenden Beschlusses ist insbesondere die Frage, ob die Voraussetzungen eines Vermögensschadens erfüllt sind. Dieser ist nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung durch einen Vergleich zwischen dem Vermögenswert vor und nach der Vermögensverfügung zu ermitteln. Ein Schaden liegt vor, wenn die durch die Vermögensverfügung eingetretene Vermögensminderung nicht unmittelbar durch einen Vermögenszuwachs kompensiert wird.[6] Die Schadensberechnung erfolgt demnach grundsätzlich nach einer objektiven, marktorientierten und damit wirtschaftlichen Methode.

Bei der Frage, ob und wenn ja in welcher Höhe eine Person einen Vermögensschaden erlitten hat, die Kunstfälschern auf den Leim gegangen ist, sind mit Blick auf den vorliegenden Beschluss zwei Gesichtspunkte der Schadensbestimmung von Interesse. Zunächst stellt sich die Frage, ob der Käufer, der ein gefälschtes Werk oder ein echtes Werk aber mit gefälschter Provenienz erlangt hat, eine für ihn vollkommen wertlose Sache erhalten hat. Dann läge ein Fall des sog. individuellen Schadenseinschlags[7] vor. Lehnt man dies ab, dann stellt sich die Frage, wie man den Wert einer solchen Sache bestimmen kann. Dies ist vor allem dann problematisch, wenn sich aufgrund fehlender Vergleichsgeschäfte kein objektiver Marktwert – etwa für Kunstobjekte – ermitteln lässt. In diesen Fällen greift der BGH auf die sog. intersubjektive Wertfestsetzung zurück, bei der zur Schadensberechnung ausschließlich auf die Preisabrede zwischen Täter und Geschädigtem abgestellt wird.

Grundsätzlich ist der Vermögensschaden nach wirtschaftlichen Maßstäben zu bestimmen und muss der Höhe nach beziffert werden, um dem Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG zu genügen.[8] Normative Gesichtspunkte dürfen – auf der Grundlage der Rechtsprechung des BVerfG – bei der Feststellung des Vermögensschadens die wirtschaftlichen Überlegungen nicht verdrängen.[9] Demnach soll grundsätzlich eine objektiv-marktorientierte Berechnungsweise im Vordergrund stehen und nur nachrangig auf die individuellen Gegebenheiten des Getäuschten abzustellen sein.

Nun könnte man bei dem Erwerb von gefälschten Werken oder solchen mit gefälschter Provenienz annehmen, dass diese deswegen völlig wertlos seien, weil der Käufer diese nicht oder nicht in vollem Umfang für den von ihm vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise verwenden kann. In diesen Fällen würden die wirtschaftlichen Gesichtspunkte von normativen Aspekten auf der Grundlage der Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags überlagert. Die Verfehlung des vertraglich vorausgesetzten Zwecks stellt dabei die wichtigste und am häufigsten vorkommende Fallgruppe innerhalb der unter diesem Oberbegriff diskutierten Konstellationen dar.[10]

Im Jahr 2014 hat der *5. Strafsenat* des BGH aber klargestellt, dass die objektive Schadensermittlung im Wege des Saldierungsprinzips Vorrang vor der Schadensfeststellung im Wege des individuellen Schadenseinschlags habe. Nur soweit sich nach einer Gesamtsaldierung „kein Negativsaldo ergibt, […] ist] in einem zweiten Schritt zu prüfen […], ob im Hinblick auf eine weitgehende Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit gleichwohl unter dem Aspekt des persönlichen Schadenseinschlags ein Vermögensnachteil anzunehmen ist“[11].

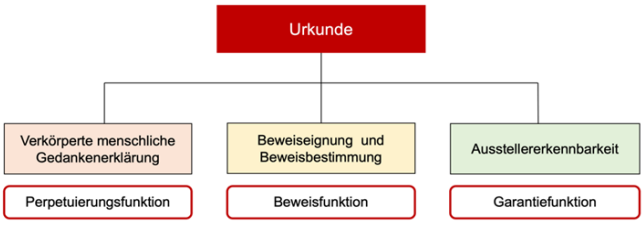
Hingegen sah sich der *3. Strafsenat* nicht veranlasst, seine Normativierungstendenzen einhegen zu müssen und hatte im Jahr 2018 einen Vorrang der objektiven Schadensermittlung gegenüber dem persönlichen Schadenseinschlag verneint.[12] Im Rahmen der Gesamtsaldierung sei „auch der subjektive Wert des Erlangten für den Verletzten zu berücksichtigen“. Wenn „nach dem Urteil eines objektiven Dritten eine (möglicherweise objektiv werthaltige) Gegenleistung des Täuschenden bei normativer Betrachtung unter Berücksichtigung der individuellen und wirtschaftlichen Bedürfnisse und Verhältnisse des Geschädigten sowie der von ihm verfolgten Zwecke subjektiv wertlos [sei]“, so begründe dies einen Vermögensschaden.[13]

Dogmatisch interessant ist dabei die Frage, ob die Bestimmung der Schadenshöhe im Tatbestand zu verorten ist und damit den Schuldspruch erfasst oder ob die Frage die Strafzumessungsebene betrifft und insoweit (lediglich) den Strafausspruch erfasst. Damit ist die Frage nach der dogmatischen Verankerung des Bezifferungsgebotes aufgeworfen.[14]

[6] BGH NJW 2016, 2434 (2435).
[7] Zu den Voraussetzungen siehe *Brüning*, ZJS 2019, 143 (144 f.).
[8] BVerfG NJW 2010, 3209 (3215); BVerfG NJW 2012, 907.
[9] BVerfG NJW 2010, 3209 (3215).
[10] In den anderen Konstellationen wird das Opfer durch die eingegangene Verpflichtung zu vermögensschädigenden (Folge-)Maßnahmen veranlasst oder kann infolge der Verpflichtung nicht mehr über die Mittel verfügen, die für eine seinen persönlichen Verhältnissen angemessene Wirtschafts- oder Lebensführung unerlässlich sind.
[11] BGH NStZ 2014, 518 (519).
[12] BGH, Beschl. v. 12.6.2018 – 3 StR 171/17, siehe dazu *Brüning*, ZJS 2019, 143.
[13] BGH, Beschl. v. 12.6.2018 – 3 StR 171/17.
[14] Dazu *Brüning*, ZJS 2016, 781 (784).

2. Zur Urkundenfälschung gem. § 267 StGB

Außerdem streift die Entscheidung Aspekte der Urkundendelikte. Hinsichtlich des Ausstellens der Bilder kommt eine Strafbarkeit wegen Gebrauchs einer unechten Urkunde gem. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB in Betracht. Dafür muss das ausgestellte Gemälde eine unechte Urkunde sein. Eine Urkunde ist eine verkörperte Gedankenerklärung, die allgemein oder für Eingeweihte verständlich ist, zum Beweis einer rechtlich erheblichen Tatsache geeignet und bestimmt ist und einen Aussteller erkennen lässt.[15] Eine unechte Urkunde liegt vor, wenn die Urkunde über die Identität des Ausstellers täuscht, d.h. wahrer und scheinbarer Aussteller auseinanderfallen (sog. Geistigkeitstheorie).[16]



Auf den ersten Blick erscheint es kontraintuitiv, dass ein Gemälde eine Urkunde (im strafrechtlichen Sinne) sein soll. Im Kunstwerk werden die Eindrücke des Künstlers und der Schaffensprozess durch eine bestimmte Formensprache offenbar. Jedenfalls einem unsignierten Werk scheint sich keine (rechtserhebliche) Gedankenerklärung und kein Aussteller entnehmen zu lassen. Dies könnte sich durch die Signatur ändern. Eine Signatur stellt ein sog. Beweiszeichen[17] dar. Mit dieser von der Rechtsprechung[18] eingeführten Begrifflichkeit wird zum Ausdruck gebracht, dass unter den Urkundenbegriff nicht nur in Schriftform verkörperte, aus sich selbst heraus verständliche Erklärungen sowie klassische Schriftstücke fallen[19], sondern auch sonstige nichtschriftliche Angaben, Abkürzungen und Symbole, denen ein rechtserheblicher Inhalt zukommt.[20] Erforderlich ist lediglich, dass die Erklärung dauerhaft optisch-visuell wahrnehmbar und in einem körperlichen Gegenstand fixiert ist.[21] Es kommt demgemäß weniger auf die Art und Weise der Erklärung, sondern vielmehr auf die Frage an, ob im Rechtsverkehr dem Zeichen oder Symbol (nach Gesetz, Herkommen oder Vereinbarung) ein Beweiswert zukommt oder es nur als Kennzeichen der Unterscheidung oder Ordnung dient (sog. Kennzeichen).[22]

Auch wenn die dogmatische Einordnung des Begriffs „Beweiszeichen" nicht immer einheitlich gehandhabt wird, so besteht in der Sache doch überwiegend Einigkeit bezüglich der grundsätzlichen Anerkennung der Beweiszeichen und der Notwendigkeit der „Abgrenzung" von Kennzeichen.[23] In der Fallbearbeitung bietet es sich an, zunächst festzustellen und kurz zu begründen, dass auch Abkürzungen, Symbole und sonstige Zeichen taugliche Gedankenerklärungen sein können. Sodann ist die Beweiseignung und -bestimmung genau herauszuarbeiten, in Abgrenzung zu bloßen Kennzeichnungs-, Unterscheidungs- oder Sicherungszwecken.

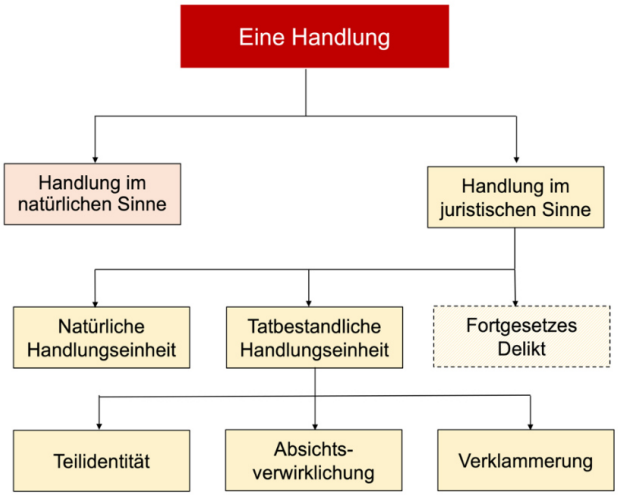
3. Konkurrenzen

Weiterhin eröffnet der Fall Gelegenheit, die Konkurrenzen zu wiederholen. Konkurrenzen haben eine doppelte Aufgabe: Sie bestimmen zunächst, wie viele Straftaten begangen wurden und legen damit den Schuldspruch im Urteilstenor fest. Ferner bilden sie die Grundlage für die Unrechtsfolgen und wirken sich damit auf die Strafzumessung aus. Betrachtet man die Vorschriften der §§ 52 ff. StGB, ist es für die Strafzumessung entscheidend, ob der Täter die Straftatbestände durch eine oder durch mehrere Handlungen begangen hat. Je nach dem, liegt Tateinheit oder Tatmehrheit vor. Liegt ein Fall der Tateinheit nach § 52 StGB vor, so ist dies für den Täter bei der Strafzumessung günstiger. Nach dessen Abs. 1 ist nur eine Strafe zu bilden, die nach Abs. 2 dem schwersten Delikt zu entnehmen ist. Liegt dagegen Tatmehrheit vor, ist gem. §§ 53, 54 StGB eine Gesamtstrafe zu bilden. In diesem Fall wird zunächst für jeden verwirklichten Straftatbestand eine Einzelstrafe gebildet. Aus diesen Einzelstrafen wird dann in einem zweiten Schritt eine sog. Gesamtstrafe i.S.d. § 54 StGB gebildet. Diese Gesamtstrafe muss höher sein als die höchste Einzelstrafe, die Gesamtstrafe darf aber die Summe aller Einzelstrafen nicht erreichen.

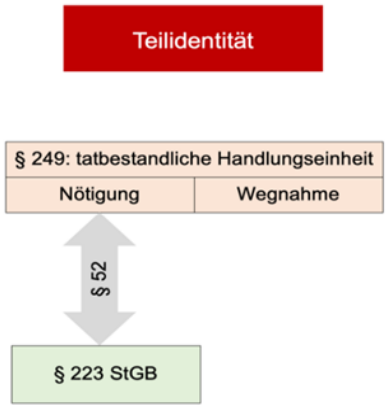
Um festzustellen, ob Tateinheit nach § 52 StGB oder Tatmehrheit nach § 53 StGB vorliegt, nimmt man zunächst § 52 StGB in den Blick, der lautet: Verletzt dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals, so

[15] Allgemein zum Urkundenbegriff *Satzger*, Jura 2012, 106.
[16] *Weidemann*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, 50. Ed., Stand: 1.5.2021, § 267 Rn. 21.
[17] Ausführlich *Sandmann* (Fn. 2), S. 30 ff.
[18] BGHSt 2, 370; 5, 151; 9, 235; 16, 94; 18, 66; 45, 197.
[19] So aber das ältere Schrifttum, *Binding*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 2, 2. Aufl. 1904, S. 169 ff.; *Maurach/Schröder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 7. Aufl. 1991, S. 137; *Schmidhäuser*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 1983, Kap. 14 Rn. 10. Dagegen spricht jedoch, dass der Rechtsverkehr auf wortvertretende Abkürzungen und Bezeichnung angewiesen ist und ihnen das gleiche Vertrauen entgegenbringt, vgl. *Freund*, Urkundenstraftaten, 2. Aufl. 2010, Rn. 91.
[20] Anders der prozessuale Urkundenbegriff, nach dem nur Schriftstücke mit verlesbaren Inhalt Urkunden darstellen, vgl. *Ostendorf/Brüning*, Strafprozessrecht, 4. Aufl. 2021, § 16 Rn. 36.
[21] *Freund* (Fn. 19), Rn. 97a.
[22] *Satzger*, Jura 2012, 106 (107); vgl. auch die Beispielssammlung bei *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl 2019, § 267 Rn. 23 f.
[23] So wird dieses Problem teilweise i.R.d. Perpetuierungsfunktion (so etwa *Heger*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 267 Rn. 9), teilweise i.R.d. Beweisfunktion (so *Satzger*, Jura 2012, 106 [110]) oder auch in einem gesonderten Punkt aufgeführt (so *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 22. Aufl. 2021, § 32 Rn. 21).

wird nur auf eine Strafe erkannt. Damit stellt sich die Frage, was unter „dieselbe Handlung“ zu verstehen ist. Man unterscheidet zwischen einer Handlung im natürlichen Sinn und Handlungen im juristischen Sinn, wie sich aus folgendem Schaubild ergibt:



Eine Handlung im natürlichen Sinne liegt vor, wenn ein Willensentschluss eine Körperbewegung hervorgerufen hat und durch diese Körperbewegung dann mehrere Gesetze verletzt wurden, etwa wenn ein Schuss einen Menschen verletzt und gleichzeitig eine Sache zerstört. Etwas komplizierter ist die Frage, wann eine Handlung im juristischen Sinne gegeben ist. Hier muss man unterscheiden zwischen einer natürlichen Handlungseinheit, einer tatbestandlichen Handlungseinheit und dem fortgesetzten Delikt, wobei es Letzteres nicht mehr gibt. Alles in diesem Bereich ist hochumstritten. Für den hier vorliegenden Fall ist die tatbestandliche Handlungseinheit näher zu betrachten. Darunter werden die Problemkreise Teilidentität, Absichtsverwirklichung und Verklammerung gefasst, wobei für die hier zu besprechende Entscheidung nur die sog. Teilidentität von Relevanz ist. Tateinheit kraft Teilidentität der Ausführungshandlungen liegt vor, wenn die Ausführungshandlung in einem für beide Tatbestandsverwirklichungen notwendigen Teil zumindest teilweise identisch ist und so dazu beiträgt, den Tatbestand des einen und des anderen Strafgesetzes zu erfüllen. Schlägt der Täter etwa sein Opfer nieder, um diesem eine Sache zu entwenden, so erfüllt der Schlag sowohl das Tatbestandsmerkmal der körperlichen Misshandlung i.S.d. § 223 Abs. 1 StGB als auch das Tabestandsmermal „Gewalt gegen eine Person“ i.S.d. § 249 Abs. 1 StGB. Der Raub gem. § 249 Abs. 1 StGB besteht wiederum aus zwei Teilakten, und zwar der qualifizierten Nötigung und der Wegnahme. Zwischen beiden Teilhandlungen besteht eine sog. tatbestandliche Handlungseinheit. Wenn die Handlung eines Teilaktes gleichzeitig einen weiteren Straftatbestand erfüllt, so wie in unserem Beispiel die Gewaltanwendung i.S.d. Raubes den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt, dann ist es ausreichend, wenn eine von beiden Ausführungshandlungen des Raubes mit der Ausführungshandlung der Körperverletzung identisch ist, um Tateinheit nach § 52 StGB zu begründen. Die Ausführungshandlung der Körperverletzung ist dann gleichsam teilidentisch mit den (zwei) Ausführungshandlungen des Raubes.



Mit Blick auf den vorliegenden Fall, der verschiedene Umsatzgeschäfte erfasst, ist zu erwähnen, dass der BGH die Rechtsfigur der Teilidentität auf Betäubungsmitteldelikte anwendet und verschiedene Umsatzgeschäfte zu einer einheitlichen Handlung i.S.d. § 52 StGB zusammenfasst, wenn sich etwa die Ausführungshandlungen einzelner Umsatzgeschäfte z.B. durch die gleiche Transportfahrt überschneiden.[24]

Sind mehrere Personen als Mittäter an einer Tat beteiligt, so ist das Konkurrenzverhältnis bei jedem Beteiligten gesondert anhand seiner individuellen Tatbeiträge zu prüfen und zu entscheiden. Maßgeblich ist dabei der Umfang des erbrachten Tatbeitrags. Irrelevant ist, ob die anderen Mittäter die einzelnen Delikte tatmehrheitlich begangen haben.[25]

IV. Die Entscheidung

Der BGH hebt das Urteil des Landgerichts Wiesbaden teilweise auf und verweist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurück.

1. Betrug gem. § 263 StGB

Hinsichtlich des Verkaufs des *Exter*- sowie des *Rodchenko*-Werks bestätigt der *2. Strafsenat* des BGH zunächst die Verurteilung wegen vollendeten Betruges. Die Täuschungshandlung, d.h. das intellektuelle Einwirken auf das Vorstellungsbild eines anderen mit dem Ziel der Irreführung über Tatsachen[26], besteht hier im Aushändigen der Exposés, die die gefälschten Provenienzen enthalten sowie im ersten Tatkomplex zusätzlich im Bestätigen der Echtheit der Gemälde.

[24] BGH NJW 2018, 2905 (2906 f.).
[25] So die st. Rspr., vgl. etwa BGH BeckRS 2012, 2533; BGH NStZ 2013, 641; BGH BeckRS 2021, 4730.
[26] So die h.M., vgl. nur BGHSt 47, 1 (3); *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 22), § 263 Rn. 6; zur Gegenmeinung, die den Täuschungsbegriff rein objektiv als „Kundgabe existierender Tatsachen als nichtexistierend oder umgekehrt“ definiert, siehe *Bock*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 2018, S. 262.

Dabei stellt die Provenienz eine den Bildern unmittelbar anhaftende wertbildende Tatsache dar, wie der BGH ausführt: „[Die Provenienz] dient dem Beleg der Echtheit des Werkes; sie ist ggf. geeignet, Zweifel an der Echtheit des Werkes zu zerstreuen. Die Provenienz eines Bildes stellt […] einen wertbildenden und -steigernden Faktor dar, insbesondere auch bei Gemälden der Russischen Avantgarde, weil es bei diesen Werken nicht sehr viele gibt, bei denen tatsächlich lückenlos der Weg vom Künstler bis zum heutigen Eigentümer dokumentiert ist."[27]

Mit Blick auf den Vermögensschaden rügt der BGH allerdings den Strafausspruch, weil das Landgericht bei der Schadensermittlung einen unzutreffenden rechtlichen Maßstab angelegt habe, mit der Folge, dass für die Strafzumessung ein zu hoher Schadensumfang zugrunde gelegt wurde. Damit verankert der BGH das Bezifferungsverbot dogmatisch auf der Strafzumessungsebene.

Ein Vermögensschaden liege vor, „wenn die Vermögensverfügung des Getäuschten bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts des Vermögens des Verfügenden [geführt hat] (Prinzip der Gesamtsaldierung […]). Maßgeblich ist bei Austauschverhältnissen aufgrund gegenseitiger Verträge, ob der objektive Wert hinter dem Wert dessen zurückbleibt, was die aufgrund der Täuschung verfügende Person als eigene Leistung aufwendet".[28]

Im Rahmen der Schadensberechnung differenziert der BGH zwischen gefälschten und nicht gefälschten Werken. Im Falle eines gefälschten Bildes meint das Gericht, dass derartige Kunstwerke auf dem Kunstmarkt ohne Wert seien und legt den Wert damit auf „0" fest. Sodann beziffert der BGH den Schaden „in Höhe des vollständigen Kaufpreises"[29].

Anders soll es sich nach Ansicht des BGH aber bei (mutmaßlich) echten Kunstwerken verhalten, bei denen nur die Provenienz gefälscht worden sei. Der BGH moniert an den Feststellungen der Vorinstanz, dass dieses „bei der Bestimmung des Schadens nicht ohne Weiteres als Wert der erhaltenen bzw. angebotenen Kunstwerke […] einen Betrag in Höhe des Kaufpreises [hätte] annehmen dürfen, sondern sich mit der Frage [hätte] auseinandersetzen müssen, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe einem von dem jeweiligen Künstler gefertigten Originalwerk, für das (lediglich) eine gefälschte Provenienz vorgelegt wird, ein Wert zukommt."

Da die Provenienz einen wertbildenden und -steigernden Faktor darstelle, läge es „zwar auf der Hand, dass das Fehlen einer Provenienz oder auch die Vorlage einer falschen zu einer Reduzierung seines objektiven Wertes [führe]". Doch folge daraus nicht die völlige Wertlosigkeit eines Kunstwerks, das (höchst)wahrscheinlich nicht gefälscht oder dessen Echtheit jedenfalls in dubio pro reo nicht ausgeschlossen werden könne. „In einem solchen Fall wird auch das ohne oder mit falscher Provenienz verschaffte Kunstwerk einen Wert aufweisen, der – bleibt er auch hinter dem gezahlten Kaufpreis zurück – zu einem Schaden, allerdings nur in Höhe der Differenz zwischen Kaufpreis und ermitteltem Wert des Kunstwerks, führt."

2. Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB

Mit Blick auf die Strafbarkeit wegen Urkundenfälschung bestätigt der BGH die h.M. und stellt kurz und knapp fest, dass einem unsignierten Werk keine Urkundenqualität zukomme, sondern diese erst mit seiner Signierung erlange.[30]

3. Konkurrenzen

Der BGH widerspricht sodann aber den konkurrenzrechtlichen Ausführungen des Landgerichts. Da nur T Revision eingelegt hatte, kam es zunächst nur darauf an, ob die Feststellung der Tatsacheninstanz, dass zwischen den beiden Betrugstaten hinsichtlich der Werke von *Rodchenko* und *Exner* Tatmehrheit bestehe, einer rechtlichen Überprüfung standhielt. Hierzu stellt der BGH fest, dass T mit K „die Vertragsmodalitäten hinsichtlich beider Werke [besprach] und Grundlage dieser insoweit zeitgleich geführten Verhandlungen der von [T] schon durch die falschen Provenienzen erzeugte und in den Vertragsgesprächen weiter verfestigte Eindruck echter Gemälde, die Grundlage für den späteren Kaufentschluss des [K] war. Insoweit liegt hier hinsichtlich der sich über den gesamten Erwerbsvorgang erstreckenden Täuschung des [K] eine Teilidentität von Ausführungshandlungen durch den [T] vor, die beide Betrugstaten zur Tateinheit verbindet."

Nachdem der BGH festgestellt hatte, dass entgegen der Vorinstanz von tateinheitlich verwirklichten Tatbeständen auszugehen war, stand er vor der Frage, ob diese Feststellung auf den nicht revidierenden Angeklagten M zu erstrecken sei. Dazu ordnet § 357 StPO aus Gerechtigkeitsgründe an, dass auch gegenüber dem Nichtrevidenten das Urteil (rechtskraftdurchbrechend) aufzuheben ist, wenn das Revisionsgericht zugunsten eines anderen Angeklagten das Urteil wegen einer Gesetzesverletzung aufgehoben hatte. Auf den ersten Blick könnte man daher meinen, dass der BGH auch den Schuldausspruch bezüglich M hätte aufheben müssen. Allerdings gilt § 357 StPO nur, wenn insoweit ein gleichgelagerter Sachverhalt vorliegt, denen die gleichen materiell-rechtlichen Erwägungen zugrunde liegen. Dies lehnt der BGH indes ab: „Sind an mehreren Taten – wie hier – mehrere Personen beteiligt, ist die Frage, ob die einzelnen Taten tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen, bei jedem Beteiligten gesondert zu entscheiden. Leistet ein Mittäter für alle oder einige Einzeltaten einen individuellen, nur je diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten […] als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen. Fehlt es an einer solchen individuellen Tatförderung, erbringt der Täter aber im Vorfeld […] Tatbeiträge, durch die alle […] Einzeltaten seiner Tatgenossen gleichzeitig gefördert werden, sind ihm diese […] Straftaten als tateinheitlich begangen zuzurechnen, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung i.S.d. § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ohne Bedeutung

[27] BGH, Beschl. v. 19.5.2020 – 2 StR 398/19, Rn. 6.
[28] BGH, Beschl. v. 19.5.2020 – 2 StR 398/19, Rn. 24.
[29] BGH, Beschl. v. 19.5.2020 – 2 StR 398/19, Rn. 24.
[30] BGH, Beschl. v. 19.5.2020 – 2 StR 398/19, Rn. 17. So auch schon RGSt 34, 53; 56, 357; 76, 28; OLG Frankfurt NJW 1970, 673; anders *Sandmann* (Fn. 2), S. 34 ff.

ist dabei, ob die Mittäter die einzelnen Delikte tatmehrheitlich begangen haben.

Nach diesen Maßstäben ist die Annahme zweier tatmehrheitlicher Taten hinsichtlich [M] nicht zu beanstanden. [M] hat durch die Beschaffung und Lieferung des jeweiligen Kunstwerks im Vorfeld der späteren Betrugshandlungen einen jeweils konkret auf die jeweilige betrügerische Veräußerung jedes Kunstwerks bezogenen Tatbeitrag erbracht. Anhaltspunkte dafür, dass die Überlassung der Kunstwerke durch eine einheitliche Handlung erfolgt ist, lassen sich den Urteilsgründen nicht entnehmen, ebenso wenig eine spätere Beteiligung an den Taten, die sich auf die einzelnen Betrugstaten gleichermaßen fördernd ausgewirkt hätte."[31]

V. Bewertung der Entscheidung

Die vorliegende Entscheidung verdient mit Blick auf den Betrug sowie die Urkundenfälschung Zustimmung. Die Überlegungen zum Konkurrenzverhältnis sind dagegen differenzierter zu betrachten.

1. Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB: Vorrang der rein wirtschaftlichen Berechnungsmethode

Zu Recht geht der BGH im vorliegenden Fall von einem vollendeten bzw. versuchten Betrug aus. Bei den (potenziellen) Käufern entstand eine Fehlvorstellung, die zumindest im ersten Tatkomplex zu einem Kaufvertragsabschluss und der Zahlung des Kaufpreises führte, d.h. einer Handlung, die sich unmittelbar vermögensmindernd ausgewirkt hat. Im zweiten Tatkomplex liegt hingegen nur ein versuchter Betrug vor, da es zu keinem Vertragsschluss kam. Gleichwohl war die Versuchsschwelle überschritten, da die Angeklagten alle ihrerseits erforderlichen (Tat-)Handlungen erbracht hatten, eine unmittelbare Rechtsgutsgefährdung bestand und es ein bloßer Zufall war, dass kein Vermögensschaden eintrat.

Zutreffend geht der BGH ferner in beiden Tatkomplexen davon aus, dass ein Vermögensschaden vorliegt, bzw. im Falle des versuchten Betruges Tatentschluss bzgl. des Tatbestandsmerkmals Vermögensschaden anzunehmen ist. Während das Landgericht bei der Schadensfeststellung und vor allem bei der Bestimmung der Schadenshöhe nicht zwischen dem gefälschten Bild und dem (echten) Bild mit gefälschter Provenienz differenzieren wollte, nimmt der BGH zutreffend eine solche Differenzierung vor und hält lediglich das gefälschte Bild für vollkommen wertlos. Die Bilder können nur dann mit einem Wert von „0" in die Bewertung eingestellt werden, wenn ihnen entweder gar kein wirtschaftlicher Wert mehr zukommt oder aber, wenn sie mit Hilfe von normativen Kriterien – wie etwa der Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags – für vollkommen unbrauchbar erklärt würden.

Letztlich geht es um die Frage, in welchem Umfang wirtschaftliche Gesichtspunkte bei der Schadensfeststellung von normativen Kriterien überlagert werden dürfen, wobei der BGH die Frage gar nicht offen angesprochen hat. Wenn man es genau nimmt, ist eine ganz strikte Unterscheidung zwischen rein wirtschaftlichen und rein normativen Bewertungskriterien aber gar nicht möglich.[32] Vermögen schafft vor allem Handlungspotenziale, da niemand Vermögen um seiner selbst willen akkumuliert. Stattdessen werden Verträge aus bestimmten Zwecken und Motiven abgeschlossen. Die Werthaftigkeit einer Vermögensposition hängt damit von der Person des Vermögensträgers ab.[33] Kann der Leistungsempfänger den Leistungsgegenstand nicht effektiv einsetzen, weil dieser für seine individuellen Verhältnisse objektiv unbrauchbar ist, wird dadurch dessen wirtschaftliches Handlungspotenzial geschwächt. Dies gilt aber nur dann, wenn er den Gegenstand nicht oder jedenfalls nicht zum „Einkaufspreis" wieder veräußern kann.[34] Ein Schaden ist also immer dann ausgeschlossen, wenn ein für den Vermögensträger nutzloser Gegenstand einen realisierbaren Geldwert erzielen kann.[35] Denn in diesem Fall ist das wirtschaftliche Handlungspotenzial nicht geschwächt. Dies entspricht im Ergebnis auch der Rechtsprechung des *5. Strafsenates.*

Das Landgericht hatte offenbar – in Anlehnung an den *3. Strafsenat* – darauf verzichtet, vorrangig im Wege einer objektiven Schadensbestimmung den Marktpreis für ein echtes Gemälde mit gefälschter Provenienz zu ermitteln, sondern einen individuellen Schadenseinschlag wegen persönlicher Zweckverfehlung angenommen.[36] Dies ermöglichte es der Tatsacheninstanz, einen Schaden in Höhe des gesamten gezahlten Kaufpreises anzunehmen. Diese Annahme des Landgerichts, Werke mit gefälschter Provenienz für wertlos zu erklären, erscheint aber bereits auf der Grundlage der Rechtsfigur des persönlichen Schadenseinschlags für fragwürdig. Denn es ist völlig unklar, ob die Leistung aus Sicht eines objektiven Dritten in der Lage des Getäuschten tatsächlich unbrauchbar war und damit ein aliud gegenüber der eigentlich vereinbarten Soll-Situation darstellte. Die vom BGH implizit ausgesprochene Absage an ein weites Verständnis des persönlichen Schadenseinschlags und das Bekenntnis zum Vorrang der rein objektiven Schadensermittlung sind daher zu begrüßen und entsprechen den Vorgaben des BVerfG, dass bei der Schadensfeststellung wirtschaftliche Erwägungen nicht von normativen Gesichtspunkten überlagert werden dürfen. Primärer Maßstab muss eine Berechnung anhand wirtschaftlicher Kennzahlen sein. Je mehr die Schadensfeststellung von normativen Erwägungen getragen wird, desto höher ist die Gefahr, dass nicht mehr das Vermögen das geschützte Rechtsgut darstellt, sondern die Dispositionsfreiheit und das wirtschaftliche Selbstbestimmungsrecht des Getäuschten. Es ist nicht Aufgabe des Strafrechts, jeden unliebsamen und ungewollten Leistungsaustausch zu pönalisieren, mag dieser auch durch eine Täuschung zustande gekommen sein. Der Betrugs-

[31] BGH, Beschl. v. 19.5.2020 – 2 StR 398/19, Rn. 14 f.

[32] *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 406; *Kasiske*, NZWiSt 2016, 302 (306); *Kindhäuser/Nikolaus*, JuS 2006, 293 (296); vgl. zum Ganzen bereits *Brüning*, ZJS 2019, 143 (146).

[33] *Ceffinato*, NZWiSt 2015, 90 (94).

[34] BGH NStZ-RR 2001, 41.

[35] *Hefendehl* (Fn. 32), § 263 Rn. 812.

[36] BGH, Beschl. v. 12.6.2018 – 3 StR 171/17, siehe dazu *Brüning*, ZJS 2019, 143.

tatbestand ist kein „Superrecht“ gegen Lug und Trug im Kontext einer Vertragsverhandlung und -durchführung.

Zu erwähnen ist aber, dass der *2. Strafsenat* in der vorliegenden Entscheidung diese Grundsätze letztlich nicht für die gefälschten Bilder angewendet hat, sondern ohne jede sachliche Prüfung davon ausgegangen ist, dass ein gefälschtes Werk auf dem legalen Markt gar keinen realisierbaren Gegenwert erzielen wird.

Dem neuen Tatgericht, an das die Sache zurückverwiesen wurde, wird damit die Aufgabe zukommen, dem vom BVerfG postulierten Bezifferungsgebot nachzukommen und eine konkrete Schadenshöhe anzugeben.[37] Dabei wird ein Schaden (nur) bestehen, wenn sich bei den Kunstwerken keine Provenienz ermitteln lässt oder die tatsächliche Provenienz zu einem geringeren Verkehrswert führt, etwa weil das Gemälde nicht wie behauptet aus einer berühmten Sammlung stammt. Lässt sich dagegen eine andere Provenienz ermitteln, die den Wert der Bilder gegenüber der erfundenen Provenienz nicht sinken lässt, so läge kein Vermögensschaden vor.

Begrüßenswert ist schließlich, dass nach Ansicht des BGH das Bezifferungsgebot und damit die konkrete Höhe des Vermögensschadens nicht den Tatbestand betrifft, sondern erst auf der Strafzumessungsebene verortet werden muss.[38] Das BVerfG hatte sich nicht festgelegt, ob sich das Bezifferungserfordernis aus dem materiellen Recht ergibt, oder eine prozessuale Anforderung darstellt. Für Letzteres spricht, dass der tatbestandliche Prüfungspunkt „Vermögensschaden“ nur die Feststellung verlangt, dass überhaupt eine nicht kompensierte Vermögensminderung vorliegt. Die konkrete Höhe des Vermögensschadens ist allerdings für die auf der Strafzumessungsebene festzustellende Schuld des Täters relevant, weil Grundlage der Strafzumessung nach § 46 Abs. 1 S. 1 StGB die Schuld des Täters ist, die wiederum beim Betrug von der Höhe des angerichteten Schadens abhängt. Steht daher fest, dass ein Schaden eingetreten ist, aber die genaue Berechnung fehlerhaft erfolgt ist, ist in diesen Fällen nur die Strafzumessung davon betroffen, sodass nur der Strafausspruch, nicht aber der Schuldspruch aufzuheben ist.[39]

2. Urkundenfälschung gem. § 267 StGB

Auch die in der vorliegenden Entscheidung angeführten Erwägungen zum Urkundenbegriff sind überzeugend.

Selbst wenn das Bild wegen seines markanten Stils scheinbar unverwechselbar einem bestimmten Künstler zugeordnet werden kann und der Künstler mit dem Werk eine bestimmte Auffassung zu bestimmten Themenstellungen zum Ausdruck bringt, kommt einem solchen künstlerischen Statement weder eine Beweiseignung oder -bestimmung zu, noch ist eine Ausstellererkennbarkeit gegeben.[40] Völlig zu Recht betont der BGH daher, dass es nicht ausreiche, wenn ein Bild einem bestimmten Künstler bloß „zugeschrieben“ werde, nicht aber unterschrieben oder signiert wurde.[41]

Erst durch die Signatur wird das Bild einem bestimmten Künstler zugeordnet. Der Künstler bringt zum Ausdruck, dass er es für vollendet und verkehrsreif hält, dass er es als seine Schöpfung gegenüber der Öffentlichkeit anerkennen und vertreten will und es zu seinem Œuvre gehört.[42] Die Signatur kann als Echtheits- und Urheberschaftserklärung verstanden werden, durch die offenkundig gemacht wird, dass dieses Kunstwerk von diesem Künstler in dieser Art und Weise entstanden ist.[43] Damit verkörpert das signierte Kunstwerk eine rechtlich erhebliche Gedankenerklärung und lässt ihren Aussteller erkennen.

Auch das Rechtsgut des § 267 StGB, die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs mit Urkunden, spricht dafür, signierte Kunstwerke unter den Urkundenbegriff zu subsumieren.[44] Wenn sich offenbart, dass auf dem Kunstmarkt eine nicht unerhebliche Anzahl von Fälschungen eines bestimmten Künstlers im Umlauf sind, nimmt das Vertrauen in die Authentizität aller vorhandenen Kunstwerke des Künstlers ab. Das Interesse von Museen, Kunstsammlern und der kunstinteressierten Öffentlichkeit an Bildern und Ausstellungen des Künstlers nimmt ab, weil ein nicht ausräumbarer Fälschungsverdacht erhalten bleibt.

Daher ist es konsequent und richtig, dass der BGH in der vorliegenden Entscheidung – anders als die Tatsacheninstanz – mit Blick auf die Urkundenqualität hinsichtlich der Werke differenziert: Bezüglich des Bildes ohne Signatur scheidet eine Strafbarkeit aus. In Bezug auf die signierten Bilder handelt es sich dagegen um unechte Urkunden, die die Angeklagten auch „gebrauchten“ i.S.d. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB, denn durch das öffentliche Ausstellen in der Galerie hatte jedermann die Möglichkeit[45], die Bilder wahrzunehmen.[46]

Auf die Unterscheidung zwischen Kenn- und Beweiszeichen geht der BGH dagegen nicht ein. Dies ist nicht verwunderlich, ist doch eine klare und vorhersehbare Abgrenzung zwischen Kenn- und Beweiszeichen bislang mangels trennscharfer Abgrenzungskriterien nicht zufriedenstellend gelungen.[47] Stattdessen scheint die Einteilung eher abstrakt anhand des vorhandenen Rechtsgefühls und einer Idealvorstellung von Beweis- und Kennzeichen zu erfolgen.[48] Insbesondere wird

[37] Vgl. dazu *Brüning*, ZJS 2016, 781.
[38] Vgl. dazu *Brüning*, ZJS 2016, 781 (785).
[39] BGH NStZ 2014, 458.
[40] *Löffler*, NJW 1993, 1421 (1423).
[41] BGH, Beschl. v. 19.5.2020 – 2 StR 398/19, Rn. 17.
[42] RGSt 34, 53.
[43] RGSt 34, 53; *Löffler*, NJW 1993, 1421; a.A. *Weismann*, ZStW 11 (1891), 1 (24) unter Verweis auf Werkstattbilder älterer Meister, die von Schülern gemalt und vom namensgebenden Werkstattinhaber signiert wurden.
[44] So auch *Dobrosz/Onimus*, ZJS 2016, 689 (691).
[45] Eine *tatsächliche* Kenntnisnahme durch eine konkrete Person ist nicht erforderlich.
[46] Die Gebrauchsvariante ermöglicht demnach insbesondere die Bestrafung von Galeristen und Kunsthändlern, die bewusst gefälschte Gemälde ausstellen.
[47] Zur Kritik *Heine/Schuster* (Fn. 22), § 267 Rn. 22.
[48] In der Literatur wurden verschiedene Abgrenzungsansätze vorgeschlagen, die sich nicht an den abstrakten Begriffskategorien „Beweis- und Kennzeichen“ orientieren. Nach *Erb*, in: Joecks/Miebach (Fn. 32), § 267 Rn. 78 soll es darauf ankommen, ob sich aus der Urkunde unmittelbar rechtserhebliche Erklärungen ergeben oder der Erklärung nur mittelbar als

moniert, dass Künstlersignaturen anders behandelt würden als andere Herstellerzeichen.[49] Die Schwierigkeit der Abgrenzung mag auch daran liegen, dass Herstellerzeichen mehrere Funktionen zugleich erfüllen. So dienen diese der Unterscheidung von anderen, gleich aussehenden Gegenständen anderer Hersteller, bezwecken dadurch aber gleichzeitig, die Eigentums- oder Besitzverhältnisse zu dokumentieren. Schließlich ist der Hersteller oftmals nicht nur unerheblich an den damit einhergehenden Werbezwecken interessiert. Die Abgrenzung danach, was primär bezweckt ist und was bloßer Reflex ist, erscheint schwierig und für den Rechtsanwender kaum vorhersehbar. Für die Fallbearbeitung bedeutet dies aber, dass nur sauber unter die Funktionsmerkmale der Urkunde zu subsumieren ist und in der Regel jedes Ergebnis vertretbar ist.

3. Konkurrenzen

Die konkurrenzrechtlichen Ausführungen entsprechen der Grundlinie des BGH, der bei einer Teilidentität von Ausführungshandlungen Tateinheit gem. § 52 Abs. 1 StGB annimmt.[50] T hatte während der zeitgleich geführten Verkaufsgespräche hinsichtlich der Werke von *Rodchenko* und *Exter* die jeweils erforderlichen Täuschungshandlungen erbracht. Insoweit liegt eine Identität der Ausführungshandlungen vor. Zwar wird der Angeklagte schon denklogisch erst über das eine und dann über das andere Bild gesprochen haben müssen. Aber die Täuschungshandlungen werden sich in einem einheitlichen Gesprächsverlauf ereignet haben, bei dem sich viele Aspekte auf beide Bilder und damit auf beide „Umsatzgeschäfte" bezogen haben werden.

Ferner bestätigt der BGH seine Rechtsprechung zur Reichweite des konkurrenzrechtlichen Handlungsbegriffs bei mehreren Tatbeteiligten[51] und stellt klar, dass für jeden Beteiligten dessen Handlungen und damit auch das Vorliegen von Tateinheit und Tatmehrheit individuell festgestellt werden müssen. Bei einer mittäterschaftlich handelnden Person muss sorgfältig geprüft werden, ob diese eine Handlung vornimmt, die alle Taten gleichermaßen und insgesamt fördert oder ob diese mehrere Handlungen vornimmt, die isoliert nur die jeweiligen Einzeltaten fördern. Paradebeispiel mag der Bandenchef sein, der alle Vorbereitungshandlungen übernimmt und den Tatplan erstellt, sodass die Mittäter diesen mehrfach hintereinander in gleicher Weise umsetzen können. Gleiches gilt auch, wenn ein mittelbarer Täter auf den Tatmittler so einwirkt, dass dieser im Folgenden mehrere Taten begeht.[52] In gleicher Weise ist auch für den Teilnehmer zu verfahren, sodass insoweit die Akzessorietät durchbrochen sein kann.[53]

Berücksichtigt man, dass es bei der Mittäterschaft – anders als bei der mittelbaren Täterschaft – um die wechselseitige Zurechnung geht und die einzelnen Tatbeiträge als solche zugerechnet werden, dann stellt sich jedoch zumindest die Frage, aus welchem Grund das Prinzip dieser wechselseitigen Zurechnung bei der Beurteilung der konkurrenzrechtlichen Verhältnisse im Rahmen der Mittäterschaft durchbrochen wird. Letztlich werden die Mittäter dann auf der Ebene der Konkurrenzen gerade nicht mehr so behandelt, als hätten sie alle Tatbeiträge selbst begangen.

VI. Fazit und Ausblick

Die Entscheidung gibt Anlass, bekannte Probleme aus den besonders klausur- und examensrelevanten Tatbeständen des Betrugs und der Urkundenfälschung zu wiederholen und zu vertiefen. Dabei zeigt sich einmal mehr, dass sich bei methodengerechter Auslegung und sauberem Subsumieren die problematischen Punkte von selbst ergeben. Zudem zwingt die Entscheidung die Studierenden dazu, sich noch einmal mit dem unbeliebten Themengebiet der Konkurrenzen auseinanderzusetzen, das gerade im mündlichen Prüfungsgespräch Gelegenheit bietet, materiellrechtliche Fragestellungen mit prozessualen Aspekten zu verbinden.

In einer Klausur ließen sich die Probleme mit Blick auf die Urkundenfälschung um eine Irrtumskonstellation erweitern. Denn gerade bei Beweiszeichen mag es den juristischen Laien verwundern, dass diese unter den Urkundenbegriff fallen, sodass die Vorsatzprüfung grundsätzlich einer sorgfältigen Untersuchung bedarf. Da der Urkundenbegriff ein rechtlich-normativ aufgeladenes Tatbestandsmerkmal ist und nicht einen unmittelbar sinnlich wahrnehmbaren Gegenstand der realen Welt betrifft, bedarf es einer Subsumtionsleistung durch den Täter. Der Täter muss nicht nur die tatsächlichen Umstände kennen, aus denen sich die Urkundeneigenschaft ergibt, sondern muss zumindest nach laienhafter Vorstellung auch den wesentlichen rechtlich-sozialen Sinngehalt des Tatbestandsmerkmals „Urkunde" erkennen. Andernfalls fehlt dem Täter die Kenntnis über einen Umstand, „der zum gesetzlichen Tatbestand gehört" (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB). Ein solcher Irrtum über das normative Tatbestandsmerkmal „Urkunde" betrifft den Grenzbereich zwischen Tatsachen- und Rechtsirrtum. Wenn die h.M. dabei täterfreundlich Irrtümer über rechtliche Fragen großzügig dem Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zuschlägt, so beruht das auf der Erwägung, dass der Täter grundsätzlich im Einklang mit der Rechtsordnung handeln will und die Verbotsnorm anerkennt, ihm aber bei der Subsumtion bzw. rechtlichen Wertung ein Fehler unterläuft. Demnach müsste T und M nachgewiesen werden, dass ihnen die Bedeutung der Künstlersignatur als Echtheits- und Urheberschaftsgarantie bekannt gewesen ist. Sie müssten erkannt haben, dass der Rechtsverkehr der Signatur in Verbindung mit dem Gemälde die Bedeutung bei-

Indiz ein Beweiswert zukomme. Nach *Satzger*, Jura 2012, 106 (110) und *Heine/Schuster* (Fn. 22), § 267 Rn. 27 soll entscheidend sein, ob der Erklärung nur eine Abwehrfunktion zukomme oder ihr selbst eine nicht nur unerhebliche originäre Funktion im Beweisverkehr beigemessen werde.

[49] *Sandmann* (Fn. 2), S. 34 ff.

[50] Vgl. dazu vor allem die Entscheidung des *Großen Senats für Strafsachen*, BGH NJW 2018, 2905.

[51] BGH NStZ-RR 2018, 42; BGH NStZ-RR 2019, 239.

[52] BGHSt 40, 218 (238); BGH NStZ 1994, 34; BGH NJW 2004, 380.

[53] BGH NStZ 1994, 34; BGH NStZ-RR 2004, 146; anders noch RGSt 70, 26; BGHSt 1, 21.

misst, dauerhaft als Beweis für die Urheberschaft des Signierenden zu dienen.

Prof. Dr. Janique Brüning, Henning Heidemann, Kiel

E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

Erlass einer Ordnungsverfügung zwecks indirekten Vollzugs von Unionsrecht

1. Einer durch Verstoß gegen eine unionsrechtliche Verordnung drohenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit kann durch Erlass einer ordnungsbehördlichen Verfügung auf Grund der polizeirechtlichen Generalklausel begegnet werden.
2. Unionsrechtliche Bindungen können hierbei zu einer Ermessensreduktion auf Null führen.
3. Normen des Gewerbe-, Bauordnungs- und Außenwirtschaftsrechts verdrängen die polizeiliche Generalklausel in Fällen eines Verstoßes gegen die Vorschriften der VO (EU) 2017/1509 nicht.
(Leitsätze des *Verf.*)

BlnASOG § 17
VO (EU) 2017/1509 Art. 20
EUV Art. 3, 4
AEUV Art. 288

VG Berlin, Urt. v. 28.1.2020 – 4 K 135.19[1]
OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.5.2020 – 1 N 31/20[2]

I. Sachverhalt

Das von der EGI-GmbH betriebene City-Hostel Berlin, eine aufgrund seiner zentralen Lage in Berlin-Mitte (Glinkastraße) insbesondere bei Schulklassen beliebte Unterkunft (fußläufig zum Brandenburger Tor, Checkpoint Charlie, Gendarmenmarkt und Potsdamer Platz), war seit 2018 Gegenstand ordnungsbehördlicher und verwaltungsgerichtlicher Auseinandersetzungen. Das unscheinbare, leicht heruntergekommene Gebäude, das noch im Sommer 2020 seine kostengünstigen Zimmer anbot (ab 17 € pro Nacht),[3] steht auf dem Gelände der nordkoreanischen Botschaft. Seit 2017 untersagt eine Verordnung der Europäischen Union, die vor dem Hintergrund nordkoreanischer Nuklearversuche der Umsetzung einer Resolution des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen dient,[4] „sich mit einer Tätigkeit zu befassen, die mit der Nutzung von Immobilien zusammenhängt, die im Eigentum von Personen, Organisationen oder Einrichtungen der Regierung“ von Nordkorea stehen (Art. 10 Abs. 1 lit. c VO [EU] 2017/1509).[5] Zur Durchsetzung dieser Wirtschaftssanktionen erging in der Folge eine entsprechende Verfügung des Bezirksamts Berlin-Mitte gegenüber der das Hotel betreibenden GmbH, mit der dieser jede Tätigkeit im Zusammenhang mit der Nutzung des Gebäudes untersagt wurde. Der Sachverhalt gewann in den folgenden Monaten insbesondere aufgrund des Einsatzes der Eltern des 2017 in Nordkorea verstorbenen amerikanischen Studenten *Otto Warmbier* an politischer Brisanz, die öffentlichkeitswirksam die Schließung des Hostels forderten.[6] Eine Anfechtungsklage der GmbH gegen die Untersagungsverfügung vor dem VG Berlin war erfolglos. Der Antrag auf Zulassung der Berufung vor dem OVG Berlin-Brandenburg hatte keinen Erfolg. Das City-Hostel ist – nach einigem Hin und Her[7] – mittlerweile geschlossen.[8]

Entgegen des durch den Sachverhalt auf den ersten Blick vermittelten exotischen Eindrucks der Streitigkeit führt der Fall in grundlegende Fragen des Verwaltungs- und Europarechts und weist daher eine hohe Relevanz für schriftliche und mündliche Prüfungen auf.

II. Kernaussagen des VG Berlin

1. Rechtsgrundlage

Taugliche Rechtsgrundlage für den Erlass der Untersagungsverfügung gegenüber der GmbH ist die polizeiliche Generalklausel des § 17 Abs. 1 BlnASOG.[9] Die Norm wird nicht durch §§ 1 Abs. 1, 35 Abs. 1 GewO verdrängt. Hiernach ist die Ausübung eines Gewerbes ganz oder teilweise zu untersagen, „wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden […] dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist“. Die GewO ist schon deshalb nicht einschlägig, da die Untersagungsverfügung nicht die Ausübung des Gewerbes als solches betrifft, sondern lediglich die Ausübung des Gewerbes an einem bestimmten Ort untersagt, sich also nur auf die Art und Weise der Gewerbe-

[1] Das Urteil ist abrufbar unter https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/JURE200002544 (10.5.2021); Anm. *Payandeh*, JuS 2020, 470.
[2] Der Beschluss ist abgedruckt in EuZW 2020, 773 (m. Anm. *Engels/Sattler*) und abrufbar unter https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/MWRE200001620 (10.5.2021).
[3] Siehe https://www.cityhostel-berlin.com/ (10.5.2021).
[4] Siehe Erwägungsgrund 1 der Verordnung (EU) 2017/1509 des Rates vom 30.8.2017 über restriktive Maßnahmen gegen die Demokratische Volksrepublik Korea und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 329/2007.
[5] Die Verordnung ist abrufbar unter https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A32017R1509 (10.5.2021)
[6] Hierzu *Giesen/Mascolo*, Süddeutsche Zeitung v. 12.11.2019, S. 3.
[7] Hierzu *Mascolo*, Süddeutsche Zeitung v. 24.3.2020, S. 5: „Aber als Ordnungsamt und Polizei vergangene Woche beim City-Hostel vorfuhren, war dies geöffnet und in Betrieb. Es wurde entschieden, den Betrieb sofort zu schließen. Da aber erschien ein nordkoreanischer Diplomat, der sich als Botschafter ausgab, und verweigerte dies. Da sich das Hostel auf einem durch diplomatische Übereinkommen geschützten Gebiet befindet, konnten weder Polizei noch Behörden die Schließung formal durchsetzen. […] In Berliner Senatskreisen hieß es, ‚diese Leute sind einfach unglaublich dreist‘.“
[8] Siehe dpa, Süddeutsche Zeitung v. 30./31.5./1.6.2020, S. 12.
[9] VG Berlin, Urt. v. 28.1.2020 – 4 K 135.19, Rn. 14 (juris). Siehe zu den Ermächtigungsgrundlagen in anderen Bundesländern etwa § 8 Abs. 1 NRWPolG, Art. 11 Abs. 1 BayPAG, § 11 HessSOG. Eine Zusammenstellung der Ermächtigungsgrundlagen in allen Bundesländern findet sich bspw. bei *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. 2020, § 5 Rn. 1 Fn. 1 f.

ausübung bezieht.[10] Der Anwendungsbereich der GewO ist damit schon nicht eröffnet. Hieran ändert die in § 35 Abs. 1 GewO vorgesehene Möglichkeit der teilweisen Untersagung nichts, da ein Verstoß gegen eine Rechtsvorschrift in Rede steht, die nicht die persönliche Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden betrifft.[11] Unzuverlässigkeit i.S.d. § 35 Abs. 1 GewO läge etwa bei mangelnder Sachkunde, Trunksucht, Straftaten oder mangelnder wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit des Gewerbetreibenden vor.[12] Auch die bauordnungsrechtliche Norm des § 80 S. 2 BlnBauO[13] (Nutzungsuntersagung) beansprucht mit Blick auf ihren Schutzzweck keinen Vorrang vor der polizeilichen Generalklausel. Vorliegend geht es nicht um die Einhaltung des formellen Baurechts, die die Rechtsgrundlagen der repressiven Bauaufsicht sichern sollen, da von dem Gebäude keine gebäudespezifische Gefahr ausgeht.[14] Daher bleibt es bei § 17 Abs. 1 BlnASOG.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

a) Zuständigkeit

Das Bezirksamt Berlin-Mitte ist nach den einschlägigen landesrechtlichen Normen für den Erlass der Ordnungsverfügung zuständig (allgemeine Zuständigkeit).[15] Der durch die VO (EU) 2017/1509 bedingte europarechtliche Bezug ändert hieran nichts: Gem. Art. 4 Abs. 3 EUV und Art. 291 AEUV liegt die Verantwortlichkeit für die Durchführung des Unionsrechts bei den Mitgliedstaaten (Grundsatz des indirekten Vollzugs).[16] Vorbehaltlich besonderer unionsrechtlicher Regelungen – die hier nicht ersichtlich sind – ist es im Rahmen des indirekten Vollzugs Sache der nationalen Rechtsordnung, die Zuständigkeit derjenigen Behörde festzulegen, die im konkreten Fall das Unionsrecht vollzieht.[17]

bb) Bestimmtheit

Gem. § 37 Abs. 1 VwVfG (i.V.m. § 1 Abs. 1 BlnVwVfG) muss ein Verwaltungsakt inhaltlich hinreichend bestimmt sein.[18] Der Bescheid verbietet der GmbH jede Tätigkeit, die mit der Nutzung des Gebäudes zusammenhängt. Unschädlich ist insoweit, dass der Text des Verwaltungsaktes an die Formulierung von Art. 20 Abs. 1 lit. c VO (EU) 2017/1509 angelehnt ist, schließlich wird unmissverständlich die umfassende Untersagung jedweden Handelns im Zusammenhang mit besagter Immobilie formuliert. Der Inhalt der Verfügung ist damit hinreichend klar; einer weiteren Konkretisierung bedarf es nicht.[19]

3. Materielle Rechtmäßigkeit

a) Tatbestand

aa) Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung

Die Untersagungsverfügung ist auch materiell rechtmäßig. Die polizeiliche Generalklausel des § 17 Abs. 1 BlnASOG setzt „Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung" voraus. Das Vorliegen einer konkreten Gefahr ist bei einer Sachlage anzunehmen, die bei ungehindertem Ablauf des zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden an einem polizeilich geschützten Rechtsgut führt.[20] Die öffentliche Sicherheit umfasst hierbei die objektive Rechtsordnung, Individualrechtsgüter und die Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates und sonstiger Hoheitsträger.[21] Die VO (EU) 2017/1509 bedarf keiner Umsetzung in nationales Recht, sondern beansprucht gem. Art. 288 Abs. 2 AEUV unmittelbare Geltung und ist daher Bestandteil der objektiven Rechtsordnung.

Fraglich ist nun, ob gegen Normen aus der Verordnung verstoßen wurde, also eine Gefahr vorliegt. Der persönliche Anwendungsbereich der Verordnung ist gem. Art. 1 lit. d, lit. e VO (EU) 2017/1509 eröffnet; die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs folgt aus Art. 1 lit. d VO (EU) 2017/1509.[22] Da die GmbH vorgetragen hat, bereits seit Frühjahr 2017 keine Zahlungen mehr an Nordkorea zu entrichten, ist fraglich, ob ein Verstoß gegen Art. 20 Abs. 1 lit. b VO (EU) 2017/1509 angenommen werden kann, der es untersagt, „Immobilien unmittelbar oder mittelbar von Personen, Organisationen oder Einrichtungen der Regierung [von Nordkorea] zu pachten oder zu mieten". Dies kann indes dahinstehen, da die GmbH ihr Gewerbe weiterhin in den Gebäuden auf nordkoreanischem Botschaftsgelände betreibt und daher jedenfalls Art. 20 Abs. 1 lit. c VO (EU) 2017/1509 erfüllt ist, der es ausreichen lässt, „sich mit einer Tätigkeit zu befassen, die mit der Nutzung von Immobilien zusammenhängt, die im Eigentum von Personen, Organisationen oder Einrichtungen der Regierung" von Nordkorea stehen. Die Nutzung von Immobilien muss hierbei gerade Teil der untersagten Tätigkeit

[10] VG Berlin, Urt. v. 28.1.2020 – 4 K 135.19, Rn. 14 (juris).
[11] VG Berlin, Urt. v. 28.1.2020 – 4 K 135.19, Rn. 15 (juris).
[12] Siehe zu den einzelnen Fallgruppen m. Nachw. auf die Rspr. *Brüning*, in: Pielow, Beck'scher Online-Kommentar zur GewO, 53. Ed., Stand: 1.3.2021, § 35 Rn. 23.
[13] Siehe zu den Ermächtigungsgrundlagen in anderen Bundesländern etwa Art. 82 S. 2 NRWBauO, Art. 76 S. 2 BayBauO, § 72 Abs. 1 S. 2 HessBauO. Besteht keine spezielle Ermächtigungsgrundlage zur Nutzungsuntersagung, ist auf die jeweilige bauordnungsrechtliche Generalklausel abzustellen (*Stollmann/Beaucamp*, Öffentliches Baurecht, 11. Aufl. 2017, § 19 Rn. 2).
[14] VG Berlin, Urt. v. 28.1.2020 – 4 K 135.19, Rn. 16 (juris).
[15] VG Berlin, Urt. v. 28.1.2020 – 4 K 135.19, Rn. 17 (juris).
[16] Eingehend *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 6. Aufl. 2019, § 8 Rn. 1 ff.
[17] VG Berlin, Urt. v. 28.1.2020 – 4 K 135.19, Rn. 17 (juris); siehe auch *Schroeder* (Fn. 16), § 8 Rn. 12.
[18] Eingehend *Bader/Ronellenfitsch*, in: Tiedemann, Beck'scher Online-Kommentar zum VwVfG, 50. Ed., Stand: 1.1.2021, § 37 Rn. 1 ff., insbes. Rn. 3: „Das Gebot der hinreichenden Bestimmtheit soll das unabdingbare Minimum an Rechtsklarheit gewährleisten, das notwendig ist, damit das Verhalten von Bürgern und Behörden auch wirklich durch das Recht programmiert wird."
[19] VG Berlin, Urt. v. 28.1.2020 – 4 K 135.19, Rn. 18 (juris).
[20] BVerwGE 45, 51 (57); 116, 347 (351).
[21] Eingehend *Ibler*, in: Ennuschat/Ibler/Remmert, Öffentliches Recht in Baden-Württemberg, 3. Aufl. 2020, § 2 Rn. 67 ff.
[22] VG Berlin, Urt. v. 28.1.2020 – 4 K 135.19, Rn. 22 (juris).

sein, was vorliegend unproblematisch zu bejahen ist.[23] Entgegen der Rechtsauffassung der GmbH setzt die Norm nicht voraus, dass die Tätigkeit mit finanziellen Leistungen bzw. Gegenleistungen verknüpft sein muss. Zur Begründung führt das VG Berlin eine ausführliche Auslegung unter Rekurs auf systematische und teleologische Gesichtspunkte durch:[24]

- Weisen andere Normen der Verordnung Ausnahmeregelungen für unentgeltliche Tätigkeiten auf, die mit der Nutzung einer nordkoreanischen Immobilie zusammenhängen, so fehlt es bei Art. 10 Abs. 1 lit. c VO (EU) 2017/1509 gerade an einer solchen Ausnahmeregelung.
- Kapitel III der Verordnung, dem auch Art. 10 Abs. 1 lit. c VO (EU) 2017/1509 angehört, sieht „Beschränkungen für bestimmte kommerzielle Tätigkeiten" vor. Der Begriff der „kommerziellen Tätigkeit" bezieht sich nach herkömmlichem Begriffsverständnis umfassend auf geschäftliches Handeln bzw. das Wahrnehmen von Geschäftsinteressen und nicht lediglich auf finanzielle Austauschverhältnisse.
- Auch die Normen des Art. 2 Abs. 10, Art. 20 Abs. 1 lit. a VO (EU) 2017/1509 beziehen sich auf unentgeltliches Handeln.
- Eine weite Auslegung steht im Einklang mit Sinn und Zweck der Verordnung, die wirtschaftliche Sanktionen gegen Nordkorea vor dem Hintergrund nordkoreanischer Nuklearversuche vorsieht. Es soll der naheliegenden Gefahr begegnet werden können, verdeckte Geldflüsse an Nordkorea durch das Unterhalten vermeintlich unentgeltlicher Wirtschaftsbeziehungen zu verhindern.

Der Gültigkeit der Verordnung steht auch nicht ein Verstoß gegen Gewährleistungen der Grundrechtecharta entgegen, sodass kein Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 267 AEUV durchzuführen ist.[25] Eine Vorlagepflicht gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV besteht schon deshalb nicht, da die Entscheidung des VG noch mit Rechtsmitteln angefochten werden kann.[26] Da der Eingriff in das europäische Grundrecht der Berufsfreiheit gem. Art. 15 Abs. 1, Art. 16 GRCh zur Umsetzung der eingangs genannten UN-Resolution und damit zur Sicherung des internationalen Friedens gerechtfertigt ist, ist auch im Übrigen eine Vorlage nach Art. 267 Abs. 1 AEUV wegen eines anzunehmenden Verstoßes gegen Primärrecht nicht erforderlich.[27]

bb) Störer

Die GmbH ist als Nutzerin des Gebäudes Verhaltensstörerin i.S.d. § 13 Abs. 1 BlnASOG.[28]

b) Ermessen

Das Bezirksamt Berlin-Mitte hat auch ermessensfehlerfrei gehandelt.[29] Das behördliche Ermessen war vorliegend aufgrund des unionsrechtlichen Effektivitätsgebots auf Null reduziert: „Es ist anerkannt, dass das nationale Recht so anzuwenden ist, dass die Durchsetzung des Unionsrechts nicht praktisch unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert wird […]. Art. 20 Abs. 1 lit. c VO (EU) 2017/1509, dessen Verletzung das behördliche Einschreiten veranlasst hat, formuliert ein unbedingtes Handlungsverbot, dessen Durchsetzung zu garantieren die Mitgliedstaaten der Europäischen Union nach Art. 4 Abs. 3 EUV verpflichtet sind, und führt hier zu einer rechtlichen Bindung ordnungsbehördlichen Handelns."[30] Zudem hat die Behörde nicht willkürlich gehandelt; es ist schon nicht ersichtlich, dass das Bezirksamt gegenüber anderen vergleichbaren Betrieben untätig geblieben wäre, weshalb es schon an einem für die Annahme eines gleichheitswidrigen Verhaltens i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG notwendigen vergleichbaren Sachverhalt fehlt.[31]

Die Berufung wurde nicht gem. § 124a Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen.[32]

III. Kernaussagen des OVG Berlin-Brandenburg

Die GmbH stellte beim OVG Berlin-Brandenburg einen Antrag auf Zulassung der Berufung, der keinen Erfolg hatte.

Die GmbH machte geltend, das Bezirksamt Berlin-Mitte besitze für den Erlass der Untersagungsverfügung keine Zuständigkeit. Das VG habe insoweit die Regelungen des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) außer Acht gelassen. Verstöße gegen Art. 20 VO (EU) 2017/1509 seien abschließend durch das AWG und die Außenwirtschaftsverordnung sanktionierbar; die Umsetzung der hier einschlägigen Norm des § 4 AWG falle nicht in den Zuständigkeitsbereich des Bezirksamts Berlin-Mitte. Daher sei die Berufung gem. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO wegen ernstlichen Richtigkeitszweifeln zuzulassen. Indes ist das AWG nicht abschließend; § 1 Abs. 2 AWG lässt andere Rechtsvorschriften, die den Außenwirtschaftsverkehr außerhalb des Anwendungsbereichs des AWG in irgendeiner Form regeln, ausdrücklich unberührt.[33] Das

[23] VG Berlin, Urt. v. 28.1.2020 – 4 K 135.19, Rn. 22 (juris).
[24] VG Berlin, Urt. v. 28.1.2020 – 4 K 135.19, Rn. 22 (juris).
[25] Hierzu eingehend *Herdegen*, Europarecht, 22. Aufl. 2020, § 8 Rn. 93 ff.
[26] Auch im Falle eines letztinstanzlichen Urteils kann eine ungeschriebene Ausnahme von der Vorlagepflicht greifen. Möglich ist hier, dass die Auslegung der jeweiligen Norm offenkundig ist (acte clair) oder dass zur betreffenden Frage bereits eine gesicherte Judikatur des EuGH existiert (acte éclairé; dazu näher *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 267 Rn. 31 ff.).
[27] VG Berlin, Urt. v. 28.1.2020 – 4 K 135.19, Rn. 23 (juris).
[28] VG Berlin, Urt. v. 28.1.2020 – 4 K 135.19, Rn. 26 (juris).
[29] Eingehend zu den möglichen Ermessensfehlern *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 7 Rn. 19 ff.; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2021, Rn. 328 ff.
[30] VG Berlin, Urt. v. 28.1.2020 – 4 K 135.19, Rn. 27 (juris).
[31] VG Berlin, Urt. v. 28.1.2020 – 4 K 135.19, Rn. 27 (juris).
[32] VG Berlin, Urt. v. 28.1.2020 – 4 K 135.19, Rn. 30 (juris).
[33] OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.5.2020 – 1 N 31/20, Rn. 6 (juris); siehe ergänzend auch *Engels/Sattler*, EuZW 2020, 775 (775): „Richtig ist zwar, dass sich der Gesetzgeber 2013 dafür entschieden hat, in der Neufassung des § 13 AWG

Bezirksamt Berlin-Mitte war daher für den Erlass der Verfügung zuständig. Ernstliche Richtigkeitszweifel gem. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO liegen diesbezüglich mithin nicht vor.

Diese folgen auch nicht aus einer falschen Auslegung von Art. 20 Abs. 1 lit. c VO (EU) 2017/1509: „Zwar setzt die Vorschrift ihrem Wortlaut nach voraus, dass die Immobilie im Eigentum von Personen, Organisationen oder Einrichtungen der Regierung der DVRK [= Demokratische Volksrepublik Korea] steht. Die für Personen, Organisationen und Einrichtungen der DVRK geltende Bestimmung ist aber im Erst-Recht-Schluss auf den Staat der DVRK, der Eigner der Immobilie ist, gleichermaßen anzuwenden. Denn die für Personen, Organisationen und Einrichtungen der Regierung der DVRK beabsichtigten Rechts-/Sanktionsfolgen müssen umso mehr für den Staat der DVRK selbst gelten, gegen den die Wirtschaftssanktionen gerichtet sind."[34] Richtigkeitszweifel ergeben sich auch nicht aus dem Einwand, die Formulierung „zu pachten oder zu mieten" der Norm Art. 20 Abs. 1 lit. c VO (EU) 2017/1509, auf die der Verwaltungsakt ohnehin schon nicht gestützt wurde, erfasse nicht das Aufrechterhalten eines bestehenden Mietvertrages: „Weshalb sich die Begrifflichkeit nicht auf ein bestehendes Pacht- oder Mietverhältnis beziehen soll, erschließt sich bereits sprachlich nicht."[35] Ernstliche Richtigkeitszweifel folgen schließlich auch nicht aus der mangelnden Bestimmtheit der Untersagungsverfügung, die sich sprachlich an der Formulierung des Art. 20 Abs. 1 lit. c VO (EU) 2017/1509 orientiert. Der Inhalt der Verfügung ist hinreichend klar, sodass die GmbH ihr Verhalten hieran ausrichten kann.[36]

Eine Berufung ist auch nicht wegen besonderer tatsächlicher oder rechtlicher Schwierigkeiten gem. § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO zuzulassen. Erforderlich wäre hierfür, dass aufgrund des Zulassungsvorbringens keine Prognose über den Erfolg des Rechtsmittels getroffen werden kann. Dies ist hier nicht der Fall, da die von der GmbH geltend gemachten Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung nicht vorliegen.[37]

Auch die Zulassung der Berufung wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache gem. § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO scheidet aus. Erforderlich wäre hierfür, dass „eine bisher weder höchstrichterlich noch obergerichtlich beantwortete konkrete und zugleich entscheidungserhebliche Rechts- oder Tatsachenfrage aufgeworfen und erläutert wird, warum sie über den Einzelfall hinaus bedeutsam ist und im Interesse der Rechtseinheit oder Rechtsfortbildung der Klärung in einem Berufungsverfahren bedarf".[38] Die klagende GmbH legte in ihrem Antrag schon keine entscheidungserhebliche Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung dar.

IV. Fazit und Prüfungsrelevanz

Die Judikate des VG Berlin und des OVG Berlin-Brandenburg setzen die europarechtlichen Vorgaben der VO (EU) 2017/1509 souverän um und können die zahlreichen „Blendgranaten" der klägerischen Seite wirkungsvoll argumentativ entkräften. Aufgrund der Verknüpfung von Verwaltungs- und Europarecht handelt es sich um einen Fall von hoher Relevanz für schriftliche und mündliche Prüfungen, der dem Prüfer Gelegenheit gibt, Grundwissen aus verschiedenen Sachbereichen abzuprüfen. Möglich sind Fragen zu europarechtlichen Grundlagen (Stichworte: indirekter Vollzug, nationale Verfahrensautonomie, Effektivitätsgrundsatz, Vorabentscheidungsverfahren), zu Standardwissen zur polizeilichen Generalklausel (Definitionen und Konkurrenzen zu den Regelungsbereichen von Landes-BauO, GewO und AWG) und zur verwaltungsgerichtlichen Berufung. Angereichert werden kann die Falllösung durch Abprüfen des Auslegungskanons (insbesondere Systematik und Telos), mithilfe dessen der Bearbeiter sich die Regelungsgehalte der VO (EU) 2017/1509 und des AWG erschließen kann. Der politisch brisante, auf den ersten Blick rechtlich durchaus exotisch wirkende Fall weist daher eine hohe Prüfungsrelevanz auf und ist für Studierende von besonderem Interesse.

Wiss. Mitarbeiter Paul Hüther, Heidelberg

– anders als § 28 I AWG-alt – nicht mehr vom Grundsatz der Zuständigkeit der Länder für den Erlass von Verwaltungsakten nach dem AWG auszugehen. Grund für die Neufassung des § 13 AWG war aber lediglich, dass das AWG selbst in der Neufassung keine Zuständigkeiten der Länder mehr vorsah. Keine Bedeutung hatte die Gesetzesänderung dagegen für sonstige Zuständigkeiten, bei denen auf außenwirtschaftsrechtliche Ge- oder Verbote Bezug genommen wird. Mit anderen Worten: Das Außenwirtschaftsrecht lässt ordnungsrechtliche Zuständigkeiten der Länder unberührt."

[34] OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.5.2020 – 1 N 31/20, Rn. 9 (juris).

[35] OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.5.2020 – 1 N 31/20, Rn. 12 (juris).

[36] OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.5.2020 – 1 N 31/20, Rn. 13 (juris).

[37] OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.5.2020 – 1 N 31/20, Rn. 16 (juris).

[38] OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.5.2020 – 1 N 31/20, Rn. 14 (juris).

E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

Dolus alternativus bei Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter

Zur rechtlichen Bewertung eines Alternativvorsatzes, wenn sich dieser auf die Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter verschiedener Rechtsgutsträger bezieht.
(Amtlicher Leitsatz)

StGB §§ 15, 16, 224

BGH, Urt. v. 14.1.2021 – 4 StR 95/20[1]

I. Einleitung

Der dolus alternativus gehört aus studentischer Sicht zu den notorisch unbeliebtesten Themen in einer Strafrechtsklausur. Dies mag an den mit ihm verbundenen logischen (Liegen wirklich zwei Vorsätze oder liegt möglicherweise doch nur ein Vorsatz vor?), aber auch praktischen Schwierigkeiten (Wie geht man mit einer Mehrheit sich ausschließender Vorstellungsinhalte um?) liegen. Umso mehr besteht Anlass, sich mit der hier besprochenen Entscheidung des BGH auseinanderzusetzen, in der dieser sich erstmals ausführlich zu dieser Problematik äußert, die in keinem Lehrbuch des Allgemeinen Teils fehlt.

II. Sachverhalt

Der Angeklagte schlug am 11.3.2019 mit einem Hammer in Richtung der B und ihres unmittelbar hinter ihr stehenden Bruders A. Dabei hielt er es für möglich, dass der Hammer eine der beiden Personen treffen und verletzen könnte und nahm dies billigend in Kauf. Allerdings konnten B und A den Schlag so weit ablenken, dass A lediglich leicht am Kopf getroffen wurde. Das erstinstanzlich entscheidende Gericht ging davon aus, der Angeklagte habe sowohl im Hinblick auf A als auch im Hinblick auf B eine vorsätzliche gefährliche Körperverletzung begangen. Im Hinblick auf A erkannte das Landgericht auf eine vollendete (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB) und im Hinblick auf B auf eine versuchte Körperverletzung (§§ 224 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 22, 23 StGB), die zueinander im Verhältnis der Tateinheit stünden (§ 52).

III. Rechtliche Würdigung

1. Dass ein Täter durch sein Verhalten mehrere Tatbestände verwirklicht und eine hierauf bezogene Vorstellung hat, ist grundsätzlich unproblematisch. Unabhängig von der Art des Rechtsguts ist bei Vorliegen eines solchen dolus cumulativus Idealkonkurrenz zwischen den vom Vorsatz umfassten Tatbeständen anzunehmen.[2] Zu denken ist etwa an das Verhältnis zwischen Totschlag und Körperverletzung, für das mittlerweile einhellig davon ausgegangen wird, dass der Körperverletzungs- im Tötungsvorsatz als notwendiges Durchgangsstadium enthalten ist.[3] Im Falle der Vollendung oder des Versuchs beider Delikte tritt die Körperverletzung im Wege der Subsidiarität hinter dem Totschlag zurück.[4] Wenn die Körperverletzung im Gegensatz zum Totschlag vollendet wurde, soll dies freilich nicht der Fall sein, weil anderenfalls im Schuldspruch nicht hinreichend zum Ausdruck gebracht würde, dass diese immerhin vollendet wurde.[5]

2. Demgegenüber zeichnet sich der dolus alternativus dadurch aus, dass sich die Vorstellung des Täters (zumindest) zwei gesetzlichen Tatbeständen zuordnen lässt, die sich im Gegensatz zum dolus cumulativus wechselseitig ausschließen. Der BGH hebt gleich zu Beginn hervor, dass er noch keine Entscheidung dazu getroffen habe, „wie miteinander verbundene, auf sich ausschließende Erfolge bei verschiedenen Opfern gerichtete, bedingte Vorsätze zu behandeln sind“.[6] Das stimmt zwar, bedeutet aber nicht, dass er nicht längst über Sachverhalte zu entscheiden hatte, in denen die Annahme eines dolus alternativus zumindest nahe lag:

So zitiert der BGH selbst ein Urteil aus dem Jahre 2005, das ein Geschehen betraf, in dem der Täter zweimal auf ein Ehepaar schoss: den Mann wollte er mit Absicht töten, während er die tatsächlich herbeigeführte Tötung der Frau immerhin für möglich hielt und in Kauf nahm.[7] Angesichts der konkreten Tatsituation – der Tatort war dunkel und die Opfer waren lediglich umrisshaft erkennbar bzw. nicht genau unterscheidbar, zudem zitterten dem Täter vor Aufregung die Hände – hätte wohl bereits damals ein Anlass für eine Äußerung zu dieser Vorsatzkonstellation bestanden, zumal man die beiden Schüsse als natürliche Handlungseinheit zusammenfassen muss.[8] Der BGH interpretiert den damals zu entscheidenden Sachverhalt jedoch in der Weise, dass sich die Vorsätze nicht gegenseitig ausgeschlossen, sondern nach Vorstellung des Täters nebeneinander hätten verwirklicht werden können.[9]

[1] Die Entscheidung ist online abrufbar unter https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=41c8e83f345cde579aff678702a48c90&nr=114007&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf sowie abgedruckt in NJW 2021, 795 ff.

[2] *Eisele*, JuS 2021, 366 (367); *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 5 Rn. 27a; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 15 Rn. 91.

[3] BGHSt 16, 122 = BGH NJW 1961, 1179 (1179); BGHSt 21, 265 (267); BGH NStZ 1995, 282 (283); BGH NJW 1991, 990 (990); anders die frühere sog. Gegensatztheorie, siehe dazu RGSt 61, 375.

[4] *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 212 Rn. 18, 22.

[5] BGHSt 44, 196 = BGH NJW 1999, 69; *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 212 Rn. 23.

[6] BGH NJW 2021, 795 (795).

[7] BGH NStZ-RR 2006, 168 (169); siehe hierzu auch *Eisele*, JuS 2021, 366 (367).

[8] In diesem Sinne *Bosch*, JA 2006, 330.

[9] BGH NJW 2021, 795 (796).

Erst recht hätte sich in einem im Jahre 2008 entschiedenen Fall die Erörterung des dolus alternativus aufgedrängt:[10] Der Täter erwischte seine Ehefrau in flagranti mit seinem besten Freund und schlug mit einem Beil in Richtung dessen Kopfes; er nahm dabei in Kauf, seine Ehefrau tödlich zu verletzen, die dann auch zu Tode kam, weil der Beilhieb sein Ziel – den Kopf des Freundes – verfehlte. Der BGH deutete das Geschehen als aberratio ictus, was wenig überzeugend ist,[11] weil diese sich gerade dadurch auszeichnet, dass der Handelnde die Verletzung des tatsächlich getroffenen Opfers nicht einmal für möglich hielt. Auch hier hätten Ausführungen zum dolus alternativus nahegelegen, da der Schlag nach Lage der Dinge allein entweder den Freund oder die Ehefrau treffen konnte, zumal die Schneide des Beils bei Ausführung der Tat abbrach. Eine mögliche Erklärung mag man darin sehen, dass der Täter im Hinblick auf seinen Freund mit dolus directus ersten Grades handelte. Hierin liegt jedoch keine die aberratio ictus kennzeichnende, ausschließlich auf ihn bezogene innere Festlegung,[12] was durch den gleichzeitig angenommenen dolus eventualis im Hinblick auf die Ehefrau nur bestätigt wird. Womöglich verkannte der BGH diesen Gesichtspunkt auch deswegen, weil der Hieb den Kopf des Freundes „verfehlte“,[13] was die Referenz auf ein Fehlgehen des Schlages – und nichts anderes bedeutet „aberratio ictus“ wörtlich übersetzt – erklären mag.

3. Im aktuell zur Entscheidung stehenden Sachverhalt bewertet der BGH die Vorstellung des Täters jedoch völlig zu Recht als dolus alternativus. Denn der Angeklagte hielt es für möglich und nahm billigend in Kauf, dass der von ihm geführte Schlag mit dem Hammer entweder die B oder den A treffen bzw. verletzen konnte.

Damit ist die Frage gestellt, wie mit einer solchen Konstellation umzugehen ist: Es überzeugt nicht, unabhängig davon, ob es vollendet oder nur versucht wurde, allein wegen des schwereren Delikts – konkret also: § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB – zu bestrafen.[14] Dies wird gerade dann deutlich, wenn es nicht um ein und denselben, sondern um unterschiedliche Tatbestände geht. Man denke nur an das bekannte Schulbeispiel, in dem der nur noch über eine Patrone verfügende Dieb einen Schuss auf den ihn verfolgenden Polizisten sowie dessen Diensthund abgibt: Soll hier das weniger gravierende, aber doch immerhin vollendete Delikt des § 303 Abs. 1 StGB nicht im Schuldspruch erscheinen, sofern der Diensthund getroffen und der Polizist verfehlt wird?[15] Ebenso wenig überzeugt es, allein aus dem vollendeten Delikt zu bestrafen,[16] was abermals anhand dieses „Klassikers“ klar wird, da dann allein eine Strafbarkeit wegen vollendeten § 303 Abs. 1 StGB verbliebe. Dies erscheint eigenartig, wenn gerade das schwerere Delikt lediglich als Versuch vorliegt: Soll hier das Versuchsunrecht wirklich „verbraucht“ sein?[17] Dementsprechend leuchtet es ein, wenn der BGH mit der wohl nach wie vor überwiegenden Auffassung in der Literatur annimmt, der Angeklagte habe mit zwei ihm zurechenbaren bedingten Körperverletzungsvorsätzen gehandelt.[18]

4. Die Annahme des Vorliegens zweier Vorsätze muss sich jedoch mit dem Einwand auseinandersetzen, ob denkgesetzlich nicht von vornherein nur ein Vorsatz vorliegen kann. Hierfür könnte sprechen, dass der Vorsatz stets auf die Vollendung der Tat gerichtet sein muss, während ein lediglich auf ein unmittelbares Ansetzen i.S.d. § 22 StGB gerichteter Vorstellungsinhalt keinen Vorsatz begründen kann, was gerade in der Teilnahmelehre hervorgehoben wird und dort zur Straflosigkeit des agent provocateurs führt.[19] Der BGH begegnet einem solchen Einwand dadurch, dass ein Verstoß gegen Denkgesetze jedenfalls solange nicht angenommen werden könne, wie die auf sich wechselseitig ausschließenden Erfolge gerichteten Vorstellungsinhalte nicht den sicheren Eintritt eines der Erfolge zum Gegenstand haben.[20] Dies leuchtet ein, denn in dem Moment, wo der Täter einen Erfolg als sicher eintretend ansieht, kann er den Eintritt eines anderen Erfolges nicht mehr für möglich halten, wenn die Herbeiführung zweier Erfolge nach den konkreten Umständen auszuschließen ist. Jenseits dieser Konstellation ist die Koexistenz zweier sich ausschließender Vorsätze indes nicht logisch ausgeschlossen, selbst wenn nur einer dieser Vorsätze zur Tatvollendung führen kann. Vor diesem Hintergrund kommt die Problematik des dolus alternativus nur zum Tragen, wenn der Täter mit dolus directus ersten Grades oder mit dolus eventualis handelt, wobei diese Vorsatzformen in der Form auftreten können, dass der Eventualvorsatz doppelt bzw. eine Kombination von Absicht und Eventualvorsatz vorliegt.

Auch in dem aktuellen Fall handelte der Angeklagte mit dolus eventualis sowohl im Hinblick auf A als auch im Hinblick auf B. Hierbei war seine Vorstellung jeweils auf die Vollendung der Tat gerichtet, nur dass eben nicht klar war, ob diese am einen oder anderen Opfer realisiert würde. Der jeweils auf A und B bezogene Vorsatz zur gefährlichen Körperverletzung stand nicht mehr unter einer inneren Bedin-

[10] BGH NStZ 2009, 210 (210 ff.); treffend *Böhm*, FD-StrafR 2021, 436217.
[11] *Böhm*, FD-StrafR 2021, 436217; siehe auch *v. Heintschel-Heinegg*, JA 2009, 149.
[12] Treffend *Böhm*, FD-StrafR 2021, 436217.
[13] BGH NStZ 2009, 210 (210).
[14] *Joerden*, ZStW 95 (1983), 565 (589 ff.); *Kühl* (Fn. 2), § 5 Rn. 27b, § 15 Rn. 29; *Vogel/Bülte*, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 15 Rn. 136; *Lampe*, NJW 1958, 332 (333).
[15] In diesem Sinne *Kudlich*, JA 2021, 339 (340).
[16] *Mezger*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 3, 8. Aufl. 1957, § 59 Rn. 21c; *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 22 Rn. 20.
[17] Vgl. *Mezger* (Fn. 16), § 59 Rn. 21c; *Zaczyk* (Fn. 16), § 22 Rn. 20 m.w.N.
[18] BGH NJW 2021, 795 (796).
[19] In diesem Sinne *Mitsch*, NStZ 2021, 795 (799).
[20] BGH NJW 2021, 795 (796); siehe auch *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 8/33; *v. Heintschel-Heinegg*, JA 2009, 149 (150); *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 94.

gung, sondern die Vorstellung umfasste kognitiv und voluntativ die zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Umstände (vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB). Hierin unterscheidet sich der mit dolus alternativus Handelnde vom Agent provocateur, der erst gar nicht die Vollendung der Tat will, so dass sein Vorsatz nicht mit dem Strafgrund der Teilnahme korrespondiert.[21] Somit lässt sich von einer Entscheidung des Täters für die Rechtsgutsverletzung bzw. gegen zwei Rechtsgutsträger sprechen, die letztlich die Grundlage für die Vorsatzhaftung bildet.[22]

Insofern hätte sich sogar noch eine weitere Analogie angeboten, die der BGH in einem anderen Zusammenhang erst bei den späteren Ausführungen zum Strafausspruch vollzieht:[23] Auch für den untauglichen Versuch, der von vornherein nicht zur Vollendung führen kann, wird nicht in Abrede gestellt, dass ein Tatentschluss gegeben ist, obwohl die Tat von vornherein aus objektiven Gründen nicht vollendet werden kann. Dann aber spricht wenig dafür, dass derjenige, der die Verwirklichung von zwei sich ausschließenden Erfolgen für möglich hält, nicht zwei Vorsätze haben können soll.

5. Hiermit ist jedoch ein Konkurrenzproblem aufgeworfen, da die Frage beantwortet werden muss, wie der Täter denn nun konkret bestraft werden soll. Der BGH geht von gleichartiger Idealkonkurrenz aus, was im Ergebnis zu einer Strafbarkeit wegen § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB zum Nachteil des B und wegen §§ 224 Abs. 1 Nr. 22, 22, 23 Abs. 1 StGB zum Nachteil der A führt.[24] Er argumentiert, anderenfalls käme im Schuldspruch nicht zum Ausdruck, dass der Täter gleich zwei Vorsätze betätigt und damit größere Schuld auf sich geladen hat als derjenige, der nur einen einfachen Vorsatz hat.[25] Bemerkenswert erscheinen die Ausführungen des BGH auch wegen ihrer deutlichen normtheoretischen Anleihe, indem die größere Schuld des mit dolus alternativus handelnden Angeklagten darauf zurückgeführt wird, dass er sowohl die zum Schutz der körperlichen Integrität des B als auch der A aufgestellten Verhaltensnorm verletzt, nach der die körperliche Integrität anderer zu achten ist.[26]

Allerdings lässt sich einwenden, dass hierdurch das vom Täter verwirklichte Unrecht im Schuldspruch „überbordend" zum Ausdruck gebracht würde,[27] was dann auch zu dem Vorschlag führt, nur aus dem schwersten oder aus dem vollendeten Delikt zu bestrafen (siehe III. 3.). Indes ergibt sich das Unrecht eben nicht nur aus dem Erfolgs-, sondern auch aus dem Handlungsunrecht, welches im Falle des dolus alternativus notwendig dadurch herabgesetzt ist, dass – anders als beim dolus cumulativus – von vornherein nur ein Tatbestand vollendet werden kann.[28] Dies freilich muss in der konkreten Strafzumessung Ausdruck finden: Dementsprechend hob der BGH das erstinstanzliche Urteil im Strafausspruch auf, weil das Landgericht bei der Bemessung der Einzelstrafe aus dem Regelstrafrahmen des § 224 Abs. 1 StGB für die zum Nachteil des B begangene vollendete gefährliche Körperverletzung die in Tateinheit stehende versuchte gefährliche Körperverletzung zum Nachteil der A uneingeschränkt strafschärfend gewichtet hatte.[29] Jedenfalls insoweit lässt sich dann auch der Kritik begegnen, aus Alternativität werde letztlich doch Kumulation.[30]

6. Die in diesem Zusammenhang vom BGH angedeutete Analogie zum untauglichen Versuch könnte den Einwand provozieren, dass der Gesetzgeber beim untauglichen Versuch gerade nicht von einem geminderten Handlungsunwert ausgeht: Nur deswegen wird der untaugliche genauso wie der taugliche Versuch bestraft, so dass allenfalls unter den engen Voraussetzungen des § 23 Abs. 3 StGB ein Absehen von Strafe oder eine Strafmilderung in Betracht kommt. Der zentrale Unterschied besteht jedoch darin, dass der Täter beim untauglichen Versuch immerhin die Möglichkeitsvorstellung hat, der Erfolg werde eintreten, woran es beim dolus alternativus zumindest im Hinblick auf eine der im Raum stehenden Tatbestandsverwirklichungen fehlt. Daher versieht der BGH die angedeutete Analogie auch zu Recht mit einer Einschränkung („[…] ähnlich einem untauglichen Versuch […]").[31]

7. Der BGH lässt offen, ob die hier propagierte Lösung – idealkonkurrierende Bestrafung wegen aller in Betracht kommender Delikte – für Fälle eines Alternativvorsatzes generell gilt oder in bestimmten Konstellationen das versuchte Delikt im Wege der Gesetzeseinheit konsumiert wird.[32] Gedacht ist möglicherweise an Tatbestände, die höchstpersönliche Rechtsgüter ein und derselben Person betreffen oder bei denen das versuchte Delikt im Unrechtsgehalt weniger schwer wiegt.[33] Ausgehend von der Prämisse, dass der Schuldspruch das verwirklichte Unrecht vollständig zum Ausdruck bringen soll, erscheint dies freilich nicht zwingend, zumal einer überbordenden Unrechtsattribuierung – wie der BGH in der ihm vorliegenden Fallgestaltung überzeugend demonstriert – auch auf andere Weise begegnet werden kann.

Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Universität Konstanz

[21] Vgl. BGH NStZ 2008, 41; eingehend *Rönnau*, JuS 2015, 19 (19 f.); *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 26 Rn. 21.

[22] *Hassemer*, in: Dornseifer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 289 (295); *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 2), § 15 Rn. 3 f., 7.

[23] BGH NJW 2021, 795 (797).

[24] BGH NJW 2021, 795 (796 f.). Vgl. auch *Böhm/Stürmer*, JA 2017, 272 (276).

[25] BGH NJW 2021, 795 (796). Vgl. auch *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 2), § 15 Rn. 91.

[26] BGH NJW 2021, 795 (796).

[27] In diesem Sinne *Kudlich*, JA 2021, 339 (341).

[28] Treffend BGH NJW 2021, 795 (797).

[29] BGH NJW 2021, 795 (797).

[30] In diesem Sinne *Mitsch*, NJW 2021, 795 (799). Siehe auch *Joerden*, ZStW 95 (1983), 565 (589 ff.).

[31] BGH NJW 2021, 795 (797).

[32] BGH NJW 2021, 795 (796 f.).

[33] In diesem Sinne *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 50. Aufl. 2020, Rn. 352.

B u c h r e z e n s i o n

Dietlein, Johannes/Hellermann, Johannes, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 8. Aufl., C.H. Beck, München 2021, 604 S., 29,80 €.

Das Werk *Dietlein/Hellermann* „Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen" liegt nunmehr in der 8. Auflage 2021 vor. Es ist Teil der Reihe „Landesrecht in Nordrhein-Westfalen" und richtet sich vornehmlich an Studierende der Rechtswissenschaft, aber auch an Rechtsreferendarinnen und -referendare bzw. Rechtspraktikerinnen und -praktiker. Das Werk wurde von den Universitätsprofessoren Prof. *Dr. Johannes Dietlein* (Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf) und Prof. *Dr. Johannes Hellermann* (Universität Bielefeld) jeweils unter Beteiligung von wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern sowie Studierenden verfasst.

I. Konzeption

Das Werk „Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen" ist mittlerweile ein Standardwerk der Ausbildungsliteratur und als Lehrbuch zur vorlesungsbegleitenden Mitarbeit und Prüfungsvorbereitung konzipiert. Es kann auch als Grundlagenwerk für Rechtsreferendarinnen und -referendare zur schnellen Wiederholung zentraler Rechtsgebiete verwendet werden. Das Buch enthält eine prüfungsrelevante Darstellung der zentralen Themengebiete des Öffentlichen Rechts mit besonderem Bezug zum Landesrecht Nordrhein-Westfalen, nämlich des Verfassungsrechts (S. 1–116), des Kommunalrechts (S. 117–247), des Polizei- und Ordnungsrechts (S. 249–448), des öffentlichen Baurechts (S. 450–569) sowie der verwaltungsprozessualen Grundlagen (S. 570–594). Am Ende jedes Abschnitts befindet sich ein Anhang mit weiterführenden Literaturhinweisen zum Zweck der Vertiefung spezieller Problembereiche. Jedes Kapitel schließt mit Kontrollfragen zum jeweiligen Rechtsgebiet ab. Ergänzend kann das Studium des Werks „Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen" mit dem begleitenden „Klausurenbuch Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen"[1] kombiniert werden, das ebenfalls die vier Rechtsgebiete Verfassungsrecht, Kommunalrecht, Polizei- und Ordnungsrecht sowie öffentliches Baurecht abdeckt.

II. Änderungen in der Neuauflage

Die Neuauflage des Werks „Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen" von 2021 berücksichtigt wesentliche Änderungen in der Gesetzeslage in Nordrhein-Westfalen, so insbesondere die Einführung der Möglichkeit einer Individualverfassungsbeschwerde zum Verfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalens mit Wirkung zum 1.1.2019. Die Reform des Polizei- und Ordnungsrechts sowie die Änderung der Landesbauordnung, die bereits Gegenstand der Vorauflage waren, werden in der 8. Auflage vertieft und aktualisiert. Die Darstellungen erfolgen jeweils im Hinblick auf ihre Relevanz in der juristischen Ausbildung und Prüfung. Kern der Neuauflage sind die rechtlichen Auswirkungen der Coronapandemie auf die Bereiche des Polizei- und Ordnungsrechts sowie des Verwaltungsprozessrechts. Hier ist insbesondere die Erweiterung des Normenkontrollverfahrens gem. § 47 VwGO zu nennen, das in zahlreichen Antragsverfahren vor dem Oberverwaltungsgericht gegen die Coronaschutzverordnung des Landes Nordrhein-Westfalen zur Anwendung kam.

III. Inhalt

Der Inhalt des Werks gliedert sich in fünf Kapitel:

§ 1 Verfassungsrecht (Dietlein)

Das Kapitel zum Verfassungsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen nimmt einen relativ weiten Raum ein, was sich damit erklären lässt, dass grundlegende Kenntnisse über das Verfassungsrecht für das Verständnis des gesamten Öffentlichen Rechts in Nordrhein-Westfalen zwingend notwendig sind.

Die Ausführungen knüpfen an die föderalistische Grundordnung an und skizzieren das Zusammenwirken von Bundes- und Landesrecht. Dies leitet zu den speziellen Strukturprinzipien der Landesverfassung auf der Grundlage der Selbstverwaltungsgarantie in Art. 28 Abs. 1 GG über. Die landesrechtlichen Strukturprinzipien werden zu den Staatsprinzipien sowie dem föderalistischen Staatsaufbau in Bezug gesetzt. Der *Verf.* zeigt die Eigenarten der Landesverfassung zunächst in Bezug auf die Grundrechte auf. Das Land Nordrhein-Westfalen hat – im Gegensatz zu anderen Bundesländern wie z.B. Bayern oder Hessen – auf die selbstständige Grundrechtskodifikation weitgehend verzichtetet und stattdessen eine „en-bloc-Übernahme" der Bundesgrundrechte (vgl. Art. 4 Abs. 1 LV NRW) und im Übrigen nur ergänzende „partikulare Rezeptionsanordnungen" (vgl. z.B. Art. 8 Abs. 4 LV NRW – Privatschulen) vollzogen, sodass sich die Untersuchung des *Verf.* in diesem Kontext hauptsächlich auf die Reichweite der Rezeptionsanordnung beschränkt.

Des Weiteren konzentriert sich die spezifisch landesverfassungsrechtliche Betrachtung auf die Verfassungsorgane (Landtag, Landesregierung und Verfassungsgerichtshof) und deren Zusammensetzungen und Kompetenzen. Auf dieser Grundlage wird der Blick auf die legislativen und exekutiven Staatsaufgaben gerichtet. Besonderes Augenmerk gilt der Verordnungsgebung auf Landesebene, die vor allem in der Coronakrise als Regelungsinstrument im Gefahrenabwehrrecht besondere Bedeutung erlangt hat.

Ein ausführlicher Abschnitt des Kapitels zum Landesverfassungsrecht befasst sich mit der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, die durch den Gewährleistungsgehalt in Art. 78 f. LV NRW ihre landesgesetzliche Ausgestaltung in Form eines Gesetzgebungsauftrags erfährt. Diese Ausführungen bilden eine gute inhaltliche Überleitung zu dem nächsten Kapitel über das Kommunalrecht.

Zuvor werden jedoch die verschiedenen Verfahrensarten vor dem Verfassungsgerichtshof durchleuchtet. Dabei liegt das Augenmerk auf der neu eingeführten Rechtsschutzform

[1] *Dietlein/Hellermann*, Klausurenbuch Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen erschien 2021 in der 3. Auflage und orientiert sich an den im hier rezensierten Lehrbuch enthaltenen Rechtsmaterien des nordrhein-westfälischen Verfassungs- und Verwaltungsrechts und kleidet diese in besonders examensrelevante Fälle ein.

der Individualverfassungsbeschwerde nach Art. 75 Nr. 5a LV NRW und deren Verhältnis zu Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG. Besondere Beachtung erlangt auch die Konkretisierung des Normenkontrollverfahrens, das nicht in allen Bundesländern verfassungsrechtlich geregelt ist.

§ 2 Kommunalrecht (Hellermann)

Zu Anfang des Kapitels weist der *Verf.* auf die besondere Bedeutung des Prüfungsfachs Kommunalrecht hin. Kenntnisse über Aufbau, Organisation, Rechtsstellung, Funktionsweise und Aufgaben sowie Handlungsformen und Instrumente der Gemeinden und Gemeindeverbände im Staatsaufbau sind von maßgeblicher Bedeutung für das Verständnis des Öffentlichen Rechts in Nordrhein-Westfalen. Umfang und Gewichtung dieses Kapitels sind für das Prüfungsfach angemessen.

Der einführende Abschnitt über das Kommunalrecht gibt einen Überblick über den Verwaltungsorganisationstyp der kommunalen Selbstverwaltung innerhalb des verfassungsrechtlichen Staatsaufbaus, zeigt die maßgeblichen verfassungs- und einfachgesetzlichen landesrechtlichen Rechtsgrundlagen auf und stellt sie in einen Gesamtzusammenhang mit dem Europarecht.

Die Darstellung befasst sich dann mit der Binnenorganisation sowie der Rechtsstellung der Gemeinden im Staat und dem Rechtsschutz im Verhältnis zwischen Gemeinde und Staat. Der Rechtsschutz im Verhältnis Bürger gegen Gemeinde wird ausführlich jeweils im Abschnitt über die Handlungsformen und -instrumente abgehandelt. Hier liegt der eindeutige Schwerpunkt des Kapitels. Im Zusammenhang mit der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit wird auch auf den wichtigen Themenkreis der Privatisierung der Verwaltung eingegangen.

§ 3 Polizei- und Ordnungsrecht (Dietlein)

Der eindeutige Schwerpunkt des Werks liegt in der Darstellung des Polizei- und Ordnungsrechts in Nordrhein-Westfalen. Dieses Rechtsgebiet ist in seiner Bedeutung als Prüfungsfach nicht zu unterschätzen. Die ersten Abschnitte betreffen allgemein die Gefahrenabwehr in Form der Eingriffsverwaltung als zentrale Staatsfunktion und gehen nur im Zusammenhang mit der Gesetzgebung auf die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen ein. Dieser Gesamtzusammenhang ist für das Verständnis dieses Rechtsgebiets notwendig. Das Kapitel befasst sich hauptsächlich mit dem polizeilichen Einschreiten in Form der polizei- und ordnungsbehördlichen Standardmaßnahmen (§§ 34 ff. PolG NRW) und informationellen Standardermächtigungen, insbesondere aufgrund der Generalklausel in § 9 Abs. 1 PolG NRW. Damit trägt das Werk den Problemstellungen der Reform des Polizei- und Ordnungsrechts Rechnung, wobei vor allem die umstrittene Rasterfahndung und elektronische Aufenthaltsüberwachung zu erwähnen sind.

Inhaltlich wird das Kapitel durch die Darstellung der ordnungsbehördlichen Verordnungen, die aufgrund der Coronapandemie von aktueller Bedeutung sind, sowie durch die Ausführungen zu den Grundlagen des Verwaltungszwangs und des polizeilichen Haftungsrechts vervollständigt. Auch die versammlungsrechtlichen Bezüge des Polizeirechts werden angeschnitten. Damit enthält § 3 eine umfassende Gesamtdarstellung des Polizei- und Ordnungsrechts.

§ 4 Öffentliches Baurecht (Hellermann)

Das öffentliche Baurecht ist ebenfalls Prüfungsfach und wird dementsprechend breit und vertieft behandelt. Die landesrechtlichen Eigenarten werden in den Gesamtzusammenhang mit dem öffentlichen Baurecht auf der Grundlage der Vorschriften des Baugesetzbuchs gestellt. Insofern enthält das Werk Grundlagen zum öffentlichen Baurecht, wie sie auch in anderen Lehrwerken zu finden sind. Dabei werden die prüfungsrelevanten Problemstellungen der Bauleitplanung sowie der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von Einzelbauvorhaben abgehandelt. Speziell die Abschnitte über das materielle und das formelle Bauordnungsrecht befassen sich mit den Eigenarten des landesrechtlichen Bauordnungsrechts auf der Grundlage der Vorschriften der Landesbauordnung.

§ 5 Verwaltungsprozessuale Probleme in der Fallbearbeitung (Dietlein)

Die Ausführungen zu den verwaltungsprozessualen Grundlagen sind ebenfalls allgemein gehalten und dienen der Vollständigkeit der Darstellung des Öffentlichen Rechts in Nordrhein-Westfalen. Eine Besonderheit besteht lediglich hinsichtlich der Einführung der Rechtsschutzform eines allgemeinen Normenkontrollverfahrens zum OVG in § 47 VwGO, von deren Möglichkeit das Land Nordrhein-Westfalen mit Wirkung zum 1.1.2019 aufgrund von § 109a JustG NRW Gebrauch gemacht hat.

IV. Art der Darstellung, Verständlichkeit, Sprache

Bei den Themenbereichen Kommunalrecht, Polizei- und Ordnungsrecht sowie öffentliches Baurecht handelt es sich um Pflichtfächer in der juristischen Ausbildung. Dem gleicht die Themengewichtung des Werks „Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen“, wobei dem Polizei- und Ordnungsrecht der größte Seitenumfang zukommt. Da die genannten Themenbereiche stark landesrechtlich geprägt sind, ist es notwendig, neben dem überregional ausgerichteten Studium des Besonderen Verwaltungsrechts ergänzend die einschlägigen landesrechtlichen Eigenarten dieser Rechtsgebiete zu erschließen und sich anzueignen.

Die Darstellung der Grundlagen und des prüfungsrelevanten Stoffs wurde durch einen knappen und einprägsamen Sprachstil an die Lernbedürfnisse der Studierenden angepasst. Die relevanten Schlüsselbegriffe werden durch Fettdruck hervorgehoben. Dadurch fällt der Blick des Lesenden auf die essenziellen Textteile, ohne den Lesefluss an sich zu unterbrechen. Der Text wird durch Prüfungsschemata, Gliederungen sowie Darstellungen wichtiger Problemkreise, die übersichtlich in einem umrandeten Kasten dargestellt werden, ergänzt. Zusätzlich wird der Text durch Hervorhebungen besonders zu beachtender Rechtsprobleme und Beispiele, die in grau hinterlegte Kästen eingefügt werden, aufgelockert. Dies verleitet dazu, sich nach dem grundlegenden Studium des relevanten Lernstoffes vertieft mit einzelnen Themenbereichen

zu beschäftigen. Zahlreiche nützliche Literaturquellen hierzu befinden sich jeweils im Anhang.

V. Zusammenfassung und Fazit

Das Werk „Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen“ kann sowohl als Grundlagenwerk als auch als Lehrbuch zum Studium bestimmter Rechtsbereiche und des prüfungsrelevanten Stoffs bezeichnet werden. Aufgrund der Fülle der behandelten Themenbereiche kann dieses Werk nicht den Zweck erfüllen, vertieft auf jedes der behandelten Themen einzugehen. Vielmehr dient die Konzeption des Werks dazu, das Ineinandergreifen der Rechtsgebiete auf landesrechtlicher Ebene zu veranschaulichen. Zugleich ist es auf die spezifischen Lernbedürfnisse Studierender im Bundesland Nordrhein-Westfalen zugeschnitten. Der eindeutige Vorteil und Nutzen des Werks besteht darin, dass Studierenden ein einziges Lehrbuch zur Verfügung steht, mit dem sie sich sowohl die Grundlagen als auch die landesrechtlichen Eigenarten der relevanten Prüfungsfächer aneignen und bei Bedarf auch vertiefen können.

Das Werk weist somit eine hohe Relevanz und Eignung als Lehrbuch bzw. Werk für die Examensvorbereitung sowie als Grundlagenwerk für Praktikerinnen und Praktiker auf. Dem Buch „Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen“ gilt eine klare Leseempfehlung.

Stud. iur. Roman Kollenberg, Bielefeld