

**Herausgeber:** Prof. Dr. Markus Artz, Prof. Dr. Martin Böse, Prof. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Dr. h.c. 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, Prof. Dr. Julian Krüper, 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*

##### **Delisting – von Macrotron bis heute**

Von Rechtsanwalt Fabian Kraupe, LL.M. Eur., München 691

##### **Der Kaskadenverweis in Widerrufsinformationen**

##### **Ein Fall des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs?**

Von Stud. iur. Julia Buschmann, Bielefeld 708

##### **Erfüllung verbraucherrechtlicher Informationspflichten beim Einsatz von Sprachassistenten?**

Von Stud. iur. Maximilian Kloth, Berlin 716

#### *Öffentliches Recht*

##### **Von Gendersternen und Verwaltungsakten**

Von Städt. Verwaltungsdirektor Dr. Sebastian Schlingloff, LL.M., Dortmund 727

##### **Die Zuständigkeit der Europäischen Kommission zur Impfstoffbeschaffung im Namen der Mitgliedstaaten im Rahmen der COVID-19-Pandemie**

Von Stud. iur. Niusha Rabbanifar, Hamburg 732

### DIDAKTISCHE BEITRÄGE

#### *Zivilrecht*

##### **Ein Vertragsrecht für das digitale Zeitalter?**

##### **Überblick und Anmerkungen zur Umsetzung der Warenkaufrichtlinie und der Richtlinie über digitale Inhalte im BGB**

Von Stud. iur. Jan Philipp Huth, Stud. iur. Franziska Kühl, PD Dr. Daniel Könen, LL.M. (Köln), Frankfurt (Oder)/Köln 740

**DIDAKTISCHE BEITRÄGE***Strafrecht***Die Gewässerverunreinigung nach § 324 StGB – Teil 1  
Zugleich eine Einführung in ausgewählte Probleme des  
Allgemeinen Teils des Umweltstrafrechts**

Von Rechtsanwalt Dr. Martin Linke, Berlin 749

*Rechtsgeschichte***Die rechtsgeschichtliche Seminararbeit**

Von Wiss. Mitarbeiter Theodor Wanninger, Bayreuth 757

**ÜBUNGSFÄLLE***Zivilrecht***Examensübungsklausur: Von missratenen Söhnen und  
schnellen Sportwagen**Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Simon Gerdemann, LL.M. (Berkeley),  
Göttingen 764**Fortgeschrittenenklausur: Die goldenen Heringsköpfe**Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. Elisabeth Heukenkamp, Maître en  
Droit (Paris), München 775**Anfängerübungsklausur Schuldrecht AT: Lockdownende  
oder vielmehr „Lockdownente“?**

Von Wiss. Mitarbeiter Leonhard Pleuger, LL.B., Bochum 782

*Öffentliches Recht***Examensübungsklausur: Die obduzierte Leiche und die  
EMRK**Von Wiss. Mitarbeiter und Rechtsanwalt Dr. Moritz von Rochow,  
Kiel 788**Examensübungsklausur zum Baurecht: Rotlicht im  
Allgemeinen Wohngebiet**

Von Wiss. Mitarbeiter Maximilian Roth, Gießen 800

*Strafrecht***(Original-)Examensklausur: „Alles für die Provision“**

Von Prof. Dr. Katharina Beckemper, Leipzig 808

**ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN***Zivilrecht***BGH, Beschl. v. 16.6.2021 – XII ZB 58/20****(Umgangsrecht des nichtrechtlichen leiblichen Vaters bei  
privater Samenspende)**

(Ref. iur. Lennart Giesen, Bielefeld) 819

*Strafrecht***BGH, Beschl. v. 8.4.2021 – 1 StR 78/21****(Beihilfe beim Einsatz von Ransomware)**

(Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster) 824

## BUCHREZENSIONEN

### *Strafrecht*

**Hilgendorf, Eric/Valerius, Brian, Strafrecht, Besonderer Teil I, 2021**

(Stud. iur. Philipp Mädje, Halle [Saale])

828

## VARIA

### *Strafrecht*

**Fortsetzungsbericht über ein besonderes strafrechtliches Seminar an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster: „NSU-Strafprozess und das Urteil“**

Von Prof. Dr. Jörg Arnold, Freiburg i.Br./Münster, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster

829

# Delisting – von Macrotron bis heute

Von Rechtsanwalt **Fabian Kraupe**, LL.M. Eur., München\*

*Im Einzelnen weist der freiwillige Börsenrückzug im deutschen Recht eine facettenreiche Historie auf und stellt sich als Lehrstück juristischer Methodik, judikativen Wankelmuts sowie folgenreicher legislativer Zögerlichkeit dar.*

## I. Der Weg des regulären Delistings in den Bundestag

Delisting beschreibt den Rückzug eines börsennotierten Unternehmens von einem regulierten Markt und stellt damit den *actus contrarius* zum ursprünglichen Listing an einer Börse dar; juristisch-technisch vollzieht sich ein solches Delisting mittels Widerrufs der ursprünglichen Börsenzulassung durch Verwaltungsakt.<sup>1</sup>

Ein solcher Börsenrückzug kann grundsätzlich (i.) regulär auf freiwilligen Entschluss des Rückzugsinteressierten hin, (ii.) unfreiwillig durch Zwangsausübung seitens der dafür zuständigen Behörde, oder (iii.) unecht<sup>2</sup> in Form eines Rechtsreflexes auf andere umwandlungs-/verschmelzungsrechtliche Maßnahmen hin geschehen.<sup>3</sup>

Im Falle eines Delisting liegen mit Blick auf Emittenten, Großaktionäre und Kleinanleger in aller Regel kollidierende Interessen vor. Delisting und Anlegerschutz sind deshalb seit jeher als zwangsnotwendiges Begriffspaar nicht ohneinander vorstellbar:

So wurde Emittenten der freiwillige Börsenrückzug erstmals im Zuge des dritten Finanzmarktförderungsgesetzes vom 13.2.1998<sup>4</sup> in § 43 Abs. 4 BörsG a.F. gestattet, wobei dieser dem Anlegerschutz nicht widersprechen durfte.<sup>5</sup> Nach damals ganz h.M.<sup>6</sup> konnte dem lediglich ein angemessenes Abfindungsangebot an die Minderheitsaktionäre gerecht werden,

nicht hingegen die bloße weitere Aufrechterhaltung des Börsenhandels über eine gewisse Zeitspanne nach erfolgtem Widerruf, innerhalb welcher die betroffenen Anteilseigner ihre Anteile noch zu liquidieren vermochten, ehe diese durch das Delisting ohnehin nicht mehr am regulären Markt handelbar wurden.<sup>7</sup> Ebenso sah § 39 BörsG auch in seiner spürbar knapperen<sup>8</sup> a.F.<sup>9</sup> vor, dass ein Delisting dem Anlegerschutz nicht widersprechen darf. Die Realisierung dieses Anlegerschutzes wurde nach § 39 Abs. 2 S. 5 BörsG a.F. jedoch den regionalen Börsen übertragen. Weil die einzelnen Börsenordnungen in ihrer Ausgestaltung teilweise erheblich voneinander abwichen, konnte ein harmonischer Anlegerschutz nicht oder zumindest nicht ausreichend sichergestellt werden.

### 1. Judikativer Wankelmut *ad perfectum*

#### a) Der Macrotron-Dreiklang des BGH

Dieser unsicheren Situation versuchte der BGH zu entgegen, indem er das BörsG *praeter legem*<sup>10</sup> fortbildete:

Mit Urteil vom 25.11.2002<sup>11</sup> entschied der *II. Zivilsenat* des BGH, dass das reguläre Delisting das unter dem Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG stehende Aktieneigentum dadurch beeinträchtigt, dass durch den Rückzug vom regulären Markt die Verkehrsfähigkeit der Wertpapiere beeinträchtigt würde.<sup>12</sup> Konsequenz dieser Einsicht war, dass der BGH einen Dreiklang an Voraussetzungen für ein zulässiges Delisting statuierte: Demnach bedurfte es (i.) eines Beschlusses der Hauptversammlung der betroffenen Aktiengesellschaft sowie (ii.) eines Abfindungsangebots an die Minderheitsaktionäre über den Kauf der Aktien gegen Erstattung des vollen Aktienwertes und (iii.) der Überprüfbarkeit der gewährten Gegen-

\* Der Autor schloss das Studium der Rechtswissenschaften sowie das Referendariat nebst Magisterstudium in Regensburg und München ab und ist nun Rechtsanwalt in München.

<sup>1</sup> Zum Begriff etwa *Groß*, in: Ebenroth u.a. (Hrsg.), Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2020, BörsG § 39 Rn. 9 ff. sowie *Heidelbach*, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechts-Kommentar, 5. Aufl. 2020, BörsG § 39 Rn. 11; *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum AktG, 2. Aufl. 2020, § 119 Rn. 37.

<sup>2</sup> Zum unechten/kalten Delisting, knapp *Kumpan*, in: *Baumbach/Hopt* (Hrsg.), Kommentar zum HGB, 40. Aufl. 2021, BörsG § 39 Rn. 16 sowie ausführlicher *Groß* (Fn. 1), BörsG § 39 Rn. 9; *Pluskat*, BKR 2007, 54; *Grunewald*, ZIP 2004, 542 und aus der Rspr. OLG Düsseldorf NZG 2005, 317; LG Köln ZIP 2004, 220; das kalte Delisting ist nicht Gegenstand dieser Abhandlung – behandelt wird vielmehr allein das vorbenannte reguläre Delisting, welches auf eigenem, unmittelbar auf das Delisting gerichteten Handlungsentschluss des Rückzugsinteressierten basiert.

<sup>3</sup> Vgl. dazu auch den instruktiven Überblick bei *Groß* (Fn. 1), BörsG § 39 Rn. 3 ff.; *ders.*, Kapitalmarktrecht, 7. Aufl. 2019, BörsG § 39 Rn. 3 ff.; sowie näher *Heidelbach* (Fn. 1), BörsG § 39 Rn. 4 ff., 11 ff.

<sup>4</sup> BGBl. I 1998, S. 529.

<sup>5</sup> Eindringlich dazu *Bayer*, ZfPW 2015, 163 (168 ff.).

<sup>6</sup> Einzelne Nachweise bei *Bayer*, ZfPW 2015, 163 (178).

<sup>7</sup> Sog. Fristenlösung; näher dazu *Bayer*, ZfPW 2015, 163 (169 f.).

<sup>8</sup> Die Vorschrift hatte lediglich zwei Absätze; seit 26.11.2015 sind es sechs Absätze mit Untergliederung auf teilweise mehrfachen Ebenen; vgl. dazu etwa BT-Drs. 18/6220, S. 36 ff., sowie die Darstellung bei BGBl. I 2015, S. 2029, 2039 und freilich die einzelnen Ausführungen zur Neuregelung unten.

<sup>9</sup> In der Fassung v. 16.7.2007 (BGBl. I 2007, S. 1330 [1351]).

<sup>10</sup> Dazu näher noch unten I. 2. b).

<sup>11</sup> BGH NZG 2003, 280 (Macrotron), auch BayObLG AG 2005, 288; zur Entscheidung im Einzelnen etwa *Benecke*, WM 2004, 1122; *Lutter*, in: Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag, 1999, Bd. 1, S. 381; *Bayer*, ZfPW 2015, 163 (180 ff.); a.A. noch LG München ZIP 1999, 2017; *Bungert*, BB 2000, 57; *Mülbert*, ZHR 165 (2001), 104 (125); *Wackerbarth*, WM 2012, 2078; zum Delisting zu Zeiten vor Macrotron vgl. etwa *Zetsche*, NZG 2000, 1065.

<sup>12</sup> BGH NZG 2003, 280 (280 Ls. 2) (Macrotron); dazu auch *Kubis*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2018, § 119 Rn. 86; zum Eigentum am Unternehmen und Anteilseigentum im Lichte des Art. 14 GG vgl. *Depenheuer/Froese*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 142 f.

leistung nach den Regeln des Spruchverfahrens.<sup>13</sup> Obschon in ihrer dogmatischen Herleitung umstritten, fand die Entscheidung im Ergebnis in weiten Kreisen Zustimmung.<sup>14</sup>

#### b) Grundlagenentziehung durch das BVerfG

Mit Urteil seines *Ersten Senats* vom 11.7.2012<sup>15</sup> hat sich das BVerfG im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Herleitung der Macrotron-Grundsätze diametral gegen die Ansicht des BGH<sup>16</sup> gestellt und statuiert, dass der im Rahmen eines regulären Delistings erfolgende Widerruf der Börsenzulassung bereits den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG nicht eröffnet.<sup>17</sup> Der Bestandsschutz des Art. 14 Abs. 1 GG erfasse allein die Verkehrsfähigkeit der Wertpapiere im Rechtssinne, nicht dagegen die tatsächliche Verkehrsfähigkeit, denn in Anbetracht der von einem regulären Delisting betroffenen Aktien der Minderheitsaktionäre handelt es sich dabei allein um eine Ertrags- und Handelschance. Dem Macrotron-Dreiklang des BGH wurde hierdurch die wesentliche verfassungsrechtliche Quelle, aus welcher der BGH seine Erwägungen zuvor noch zu schöpfen vermochte, entzogen. Dies bedeutete jedoch nicht, dass der BGH damit seine Rechtsprechungsbefugnisse übertreten hätte – im Gegenteil – die von ihm angestellte Rechtsfortbildung billigte das BVerfG sogar ausdrücklich.<sup>18</sup>

#### c) Die Frosta-Kehrtwende des BGH

Mit seiner Frosta-Entscheidung vom 8.10.2013<sup>19</sup> wandte der BGH diesen im Ergebnis zuvor noch vom BVerfG gebilligten Macrotron-Grundsätzen dennoch entschieden den Rücken zu.<sup>20</sup>

<sup>13</sup> BGH NZG 2003, 280 (280 Ls. 3) (Macrotron); *Kubis* (Fn. 12), § 119 Rn. 86; *Hoffmann*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2019, § 119 Rn. 40.

<sup>14</sup> Im Einzelnen dazu *Bayer*, ZfPW 2015, 163 (188); *Habersack*, ZHR 176 (2012), 463 (464); *Heldt/Royé*, AG 2012, 660; *Kiefner/Gillessen*, AG 2012, 645; *Klöhn*, NZG 2012, 1041; *Schnaittacher/Westerheide/Stindt*, WM 2012, 2225; *Wackerbarth*, WM 2012, 2077; *Drygala/Staake*, ZIP 2013, 905; *Paschos/Klaaßen*, ZIP 2013, 154; kritisch schon unmittelbar im Anschluss an Macrotron *Bürgers*, NJW 2003, 1642.

<sup>15</sup> BVerfGE 132, 99 ff. = BVerfG NZG 2012, 826; ausführliche Entscheidungsbesprechung bei *Bayer*, ZfPW 2015, 163 (189 ff.).

<sup>16</sup> BGH NZG 2003, 280 (280 Ls. 2) (Macrotron).

<sup>17</sup> BVerfGE 132, 99 ff. = BVerfG NZG 2012, 826 (826 Ls. 1); so unmittelbar auf Macrotron hin bereits *Ekkenga*, ZGR 2003, 878 (882 ff.); *Adolff/Thieves*, BB 2003, 797 (798 ff.); *Habersack*, AG 2005, 137 (151); *K. Schmidt*, NZG 2003, 601 (603); und bereits zuvor *Mülbert*, ZHR 165 (2001), 104 (113 ff.).

<sup>18</sup> Vgl. BVerfGE 132, 99 ff. = BVerfG NZG 2016, 826 (826 Ls. 2); *Hoffmann* (Fn. 13), § 119 Rn. 44; *Kubis* (Fn. 12), § 119 Rn. 87.

<sup>19</sup> BGH NZG 2013, 1342 (Frosta).

<sup>20</sup> Dazu auch *Kocher/Widder*, NJW 2014, 127; *K. Schmidt*, JuS 2014, 174; *Mense/Klie*, GwR 2013, 505; *Bayer*, ZfPW 2015, 163; *ders.*, ZIP 2015, 853; *Brellochs*, AG 2014, 633; *Bungert/Leyendecker-Langner*, BB 2014, 521; *Glienke/Röder*,

Entgegen der Erwartung, der BGH würde seine Macrotron-Grundsätze nunmehr auf einfachgesetzlicher Grundlage verankern,<sup>21</sup> wurde der Macrotron-Dreiklang vom selben *II. Zivilsenat* des BGH mit umfassender Begründung nunmehr wieder zum Verstummen gebracht.<sup>22</sup>

#### aa) Kein überprüfbares Abfindungsangebot

Schulmäßig prüfte der BGH dabei die für die mögliche Annahme eines im Rahmen eines regulären Delistings erforderlichen Abfindungsangebots in Betracht kommenden Vorschriften der Reihe nach durch. Ein im Spruchverfahren überprüfbares Abfindungsangebot sollte im Ergebnis jedoch nicht länger Voraussetzung für ein reguläres Delisting sein.

##### (1) Keine Analogie zu § 207 UmwG

Der BGH verneinte zunächst ein Abfindungsangebot in entsprechender Anwendung von § 207 UmwG. Nach der Regel steht dem dissentierenden Anteilsinhaber eines formwechselnden Rechtsträgers ein Abfindungsanspruch zu. Die grundlegende Organisationsstruktur einer Aktiengesellschaft werde durch die Unanwendbarkeit bestimmter Regelungen, die eine Börsennotierung voraussetzen, jedoch gerade nicht betroffen.<sup>23</sup> So mangle es bereits an einer vergleichbaren Interessenlage und damit einer Analogievoraussetzung: Der Fall des regulären Delistings unterscheide sich von einem Rechtsformwechsel dahingehend, dass die rechtliche Einkleidung der vom Börsenrückzug betroffenen Gesellschaft im Wesentlichen unverändert bestehen bleibe.<sup>24</sup>

##### (2) Keine Anwendung von § 243 Abs. 2 S. 2 AktG

Sodann hatte sich der BGH damit auseinanderzusetzen, ob nicht § 243 Abs. 2 S. 2 AktG eine taugliche Rechtsgrundlage für ein Abfindungsangebot darstellen könnte. Weil ein reguläres Delisting jedoch nicht notwendigerweise zu einem Sondervorteil für den Großaktionär führen müsse,<sup>25</sup> scheidet auch die

BB 2014, 899; *Habersack*, JZ 2014, 147; *Hasselbach/Pröhl*, NZG 2015, 209; *Kocher/Widder*, NJW 2014, 127; *Lampert/Weichel*, WM 2014, 1024; *von der Linden*, NZG 2015, 176; *Paschos/Klaaßen*, ZIP 2013, 153; *dies.*, AG 2014, 22; *Roskopf*, ZGR 2014, 487; *Schmitt/Süßmann*, BB 2014, 1451; *Stöber*, WM 2014, 1757; *Thomale*, ZGR 2013, 686; *Wasmann/Glock*, DB 2014, 105; *Wieneke*, NZG 2014, 22.

<sup>21</sup> Etwa *Habersack*, ZHR 176 (2012), 463 (466 ff.); *Paschos/Klaaßen*, ZIP 2013, 154 (159); *Hoffmann* (Fn. 13), § 119 Rn. 44 („Die besseren Gründe sprachen [...] für die Beibehaltung der Rechtsprechung aufgrund einer nur einfach-gesetzlichen Analogie.“).

<sup>22</sup> BGH NZG 2013, 1342 (Frosta), ausdrückliche Aufgabe von Macrotron (BGH NJW 2003, 1032); eindringlich dazu auch *Bayer*, ZfPW 2015, 163 (190 f., 199 ff.).

<sup>23</sup> BGH NZG 2013, 1342 (1342 Rn. 5 ff.) – Frosta; a.A. etwa *Drygala/Staake*, ZIP 2013, 905 (912).

<sup>24</sup> BGH NZG 2013, 1342 (1342 Rn. 5 ff.) – Frosta; (keine Veränderung der Binnenstruktur der Gesellschaft); so auch etwa *Wieneke*, NZG 2014, 22 (23).

<sup>25</sup> BGH NZG 2013, 1342 (1342 Rn. 7) – Frosta; a.A. etwa

Anwendung von § 243 Abs. 2 S. 2 AktG generell als Grundlage für ein Abfindungsangebot entlang der ursprünglichen Macrotron-Erwägungen aus.

### (3) Keine Analogie zu § 29 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 Fall 2 UmwG

Weiter war die Frage aufgeworfen, ob nicht eine Analogie zu § 29 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 Fall 2 UmwG die Grundlage für ein Abfindungsangebot beim regulären Delisting ergeben könne. Danach hat bei der Verschmelzung einer börsennotierten Aktiengesellschaft auf eine nicht börsennotierte Aktiengesellschaft der übernehmende Rechtsträger den dissentierenden Aktionären den Erwerb der betroffenen Aktien gegen eine angemessene Abfindung anzubieten. Diese Regelung sei als Ausnahme von dem Grundsatz, dass eine formwahrende Verschmelzung abfindungsfrei ist, jedoch eng auszulegen und auf den Fall eines regulären Delistings nicht anzuwenden.<sup>26</sup> Zum einen greife beim Delisting im Wege der Verschmelzung<sup>27</sup> der kapitalmarktrechtliche Schutz des § 39 Abs. 2 S. 2 BörsG nicht ein und zum anderen habe der historische Gesetzgeber mit Einführung des § 29 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 Fall 2 UmwG gerade keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz schaffen wollen, der jedweden Börsenrückzug an ein Abfindungsangebot koppeln würde.<sup>28</sup>

### (4) Keine Gesamtanalogie zu Strukturmaßnahmen

Ein Abfindungsangebot hätte sich schließlich noch aus einer Gesamtanalogie zu den gesetzlichen Regeln für sonstige Strukturmaßnahmen ergeben können. Eine solche lehnte der BGH jedoch mit der Begründung ab, es läge bei einem regulären Delisting gerade keine die Binnenverfassung der betroffenen Aktiengesellschaft ändernde Maßnahme vor, sondern es komme allenfalls zu einer mittelbaren Beeinträchtigung von Vermögens- und Mitgliedschaftsinteressen der vom Börsenrückzug betroffenen Anteilseigner.<sup>29</sup>

Wackerbarth, WM 2012, 2077 (2079 f.).

<sup>26</sup> BGH NZG 2013, 1342 (1342 Rn. 8 f.) – Frosta; a.A. dagegen Klöhn, NZG 2012, 1041 (1045) sowie Habersack, ZHR 176 (2012), 463 (464 f.).

<sup>27</sup> Zum unechten/kalten Delisting vgl. schon die Nachweise oben sowie weiter etwa Pluskat, BKR 2007, 54; aus der Rspr. OLG Düsseldorf NZG 2005, 317; LG Köln ZIP 2004, 220 und im speziellen Zusammenhang mit Macrotron Grunewald, ZIP 2004, 542.

<sup>28</sup> BGH NZG 2013, 1342 (1343 Rn. 9) – Frosta, mit Hinweis auf BT-Drs. 16/2919, S. 28; hierdurch wird zum einen deutlich, dass der BGH Regelungs- und Vollzugsdefizite im Kapitalmarktrecht durch gesellschaftsrechtliche Korrekturen kompensieren möchte, zum anderen sieht sich der II. Senat des BGH auch nicht als der bessere Gesetzgeber/Quasigesetzgeber für das Delisting und will dessen Wertungen daher nicht durch die eigenen Ansichten ersetzen; mit diesem Testat auch Wieneke, NZG 2014, 22 (23).

<sup>29</sup> BGH NZG 2013, 1342 (1343 Rn. 10 ff.) – Frosta; Kubis (Fn. 12), § 119 Rn. 88.

### bb) Kein Hauptversammlungsbeschluss

Weiterhin zog der BGH aus der Entscheidung des BVerfG die Konsequenz, dass für ein reguläres Delisting ein entsprechender Hauptversammlungsbeschluss nicht länger erforderlich sein sollte.<sup>30</sup> Dieses Ergebnis war logische Folge aus den vorbenannten Erwägungen zur fehlenden Beeinträchtigung des Aktieneigentums und des Nichtvorliegens einer gesellschaftsrechtlichen Strukturmaßnahme; denn in Ermangelung von mitgliedschaftlicher Relevanz eines regulären Delistings besteht auch kein Erfordernis eines Beschlusses der Hauptversammlung zur Initiierung des Börsenrückzugs.<sup>31</sup> Hierdurch verlagerte der BGH die Zuständigkeit von der Hauptversammlung hin (zurück) zum Aufsichtsrat der betroffenen Gesellschaft, welcher dabei regelmäßig den Anweisungen des beherrschenden Großaktionärs Folge leisten wird.

### cc) Kein Fungibilitätsverlust?

Besondere Bedeutung für die Frosta-Entscheidung<sup>32</sup> des BGH hatte die darin vorgenommene Beurteilung der durch ein reguläres Delisting möglicherweise eintretenden tatsächlichen Beeinträchtigung der Anteilsinhaber durch Einbüßung der Verkehrsfähigkeit ihrer Wertpapiere. Denn zu Zeiten von Macrotron war der BGH noch der Ansicht, dass die auf ein reguläres Delisting folgende Negation des Marktes für Minderheitsaktionäre wirtschaftlich erheblich einschneidende Nachteile mit sich bringen würde.<sup>33</sup> Dreh- und Angelpunkt für diese Beurteilung waren diese vom BGH erkannten Einbußen, die die Aktionäre mit Wegfall der Fungibilität erleiden würden – bereits die Ankündigung des regulären Delistings wäre fähig, den Aktienkurs erheblich sinken zu lassen.<sup>34</sup> Die Annahme einer wesentlichen Beeinträchtigung der Anteilsinhaber durch einen Delisting-verbundenen Fungibilitätsverlust erwies sich in der Zeit nach Macrotron als angeblich falsch.<sup>35</sup> Kursverfälle, die in Verbindung mit Ankündigung eines Delistings gebracht werden könnten, wurden zunächst nicht festgestellt.<sup>36</sup>

<sup>30</sup> BGH NZG 2013, 1342 (1342 Ls.) – Frosta; Hoffmann (Fn. 13), § 119 Rn. 4; zustimmend auch etwa Bungert/Wettich, DB 2012, 2265 (2268); Klöhn, NZG 2012, 1041 (1044); Wackerbarth, WM 2012, 2077 dazu auch Kubis (Fn. 12), § 119 Rn. 88.

<sup>31</sup> BGH NZG 2013, 1324 (1342 Rn. 4) – Frosta; näher dazu Groß, Kapitalmarktrecht, 7. Aufl. 2019, BörsG § 39 Rn. 21a ff. und Hoffmann (Fn. 13), § 119 Rn. 45.

<sup>32</sup> BGH NZG 2013, 1342 (Frosta).

<sup>33</sup> BGH NZG 2003, 280 (282) – Macrotron; Hoffmann (Fn. 13), § 119 Rn. 40; Kubis (Fn. 12), § 119 Rn. 86.

<sup>34</sup> So bereits Schwark/Geiser, ZHR 161 (1997), 739 (762) und sich dem anschließend BGH NZG 2003, 280 (283) – Macrotron.

<sup>35</sup> Vgl. dazu die Stellungnahme des Deutschen Aktieninstituts zu Delisting und Spruchverfahren – Anfrage des BVerfG zu Az. 1 BvR 3142/07, abrufbar unter <https://silo.tips/download/stellungnahme-des-deutschen-aktieninstituts-zu-delisting-und-spruchverfahren-anf-5> (10.11.2021).

<sup>36</sup> Einzelheiten dazu bei Heldt/Royé, AG 2012, 660 (670)

Ein dogmatischer und rechtstatsächlicher Fehltritt, wie er sich später als falscher nicht hätte herausstellen können.<sup>37</sup>

#### d) Die abfindungsfreie post-Frosta-Ära

Was auf die vorgenannte Maximalkonsequenz des BGH folgte war eine Zunahme an Börsenrückzügen – abfindungsfrei; und dies gestützt auf die damalige *lex lata*.<sup>38</sup> Dabei waren es die bereits beherrschenden Großaktionäre, welche sich in der Situation wiederfanden, die betroffenen Aktien zum Zwecke der vollständigen Übernahme der Anteile nunmehr ohne Abfindungsangebot akquirieren zu können, während sich private Kleinanleger, Minderheitsaktionäre und institutionelle Anleger dem durch den Wegfall der Börsenzulassung verursachten Verkaufsdruck beugten.<sup>39</sup> Die Frosta-Entscheidung<sup>40</sup> hatte zudem allen noch anhängigen Spruchverfahren, die noch zu Macrotron-Zeiten eingeleitet worden waren, die Grundlage entzogen.<sup>41</sup>

Was bald folgen musste war die Widerlegung der Frosta-These, Anleger hätten im Falle eines abfindungsfreien Delistings keine Kursverluste zu befürchten – denn das Gegenteil war der Fall, was entsprechende Empirie schon bald belegten sollte.<sup>42</sup> Obgleich massive Anlegerverluste rechtstatsächlich

nun doch belegt waren, stellten sich einzelne Stimmen dennoch gegen ein Tätigwerden des Gesetzgebers<sup>43</sup> und konnten so zu Gunsten der ehemals Abfindungspflichtigen und zu Lasten des Anlegerschutzes das Zeitfenster für abfindungsfreie Börsenrückzüge erweitern.

Abfindungsfreie Delistingverfahren nach Maßgabe der negierten Macrotron-Vorgaben wurden in der Interimszeit als taktische Vorschaltmaßnahme bei Umstrukturierungen damit zunächst weiter praktiziert.<sup>44</sup>

#### e) Zwischenergebnis

Die Abwendung des BGH von den gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen eines Delistings wurde von vielen Stimmen<sup>45</sup> positiv angenommen – nur Einzelne<sup>46</sup> übten Kritik. Nach der Frosta-Entscheidung bestand weder eine Zuständigkeit der Hauptversammlung, noch hatten die betroffenen Aktionäre einen Anspruch auf eine Abfindung, deren Angemessenheit im Spruchverfahren überprüfbar gewesen wäre. Dass mit diesem Testat die berechtigten Interessen der Anteilseigner im Falle eines regulären Delistings nicht mehr hinreichend geschützt wurden, lag auf der Hand und wurde richtigerweise schon bald umfassender adressiert:<sup>47</sup> Der deutsche Kapital-

sowie weiter und m.w.N. *Thomale*, ZGR 2013, 686 (709 f.).

<sup>37</sup> Dazu sogleich I. 2. d).

<sup>38</sup> Etwa der Kabel Deutschland Holding AG mit Ad-hoc-Mitteilung v. 3.9.2015, abrufbar unter <https://www.boerse-online.de/nachrichten/aktien/dgap-adhoc-kabel-deutschland-holding-ag-weisung-den-widerruf-der-zulassung-der-aktien-zum-handel-im-regulaeren-markt-zu-beantragen-delisting-1000794534> (4.11.2021);

dazu auch *Kubis* (Fn. 12), § 119 Rn. 91 („Rückzugswelle“).

<sup>39</sup> Dazu *Bayer*, ZfPW 2015, 163 (194 ff.); *Bayer/Hoffmann*, AG 2015, R 55 ff.; *Pasch/Schmeling/Starke*, CF 2015, 259 (268).

<sup>40</sup> BGH NZG 2013, 1342 (Frosta).

<sup>41</sup> So OLG München NZG 2015, 556 m. Anm. *Wasmann*; OLG Stuttgart NZG 2015, 629; OLG Düsseldorf NZG 2015, 518; OLG Jena NZG 2015, 600; *Wasmann/Glock*, DB 2014, 105 (108); *Roskopf*, ZGR 2014, 487 (502); *Schockenhoff*, ZIP 2013, 2429 (2433); *Wieneke*, NZG 2014, 22 (25); ausführlich dazu auch *Müller/Schorn*, AG 2015, 420 m.w.N.; a.A. dagegen LG Stuttgart ZIP 2014, 2346; *Lochner/Schmitz*, AG 2014, 489; *Hoffmann* (Fn. 13), § 119 Rn. 45a; freilich mit ebenso positiven Folgen für die abfindungspflichtigen Großaktionäre (dazu im Einzelnen auch *Lochner/Schmitz*, AG 2014, 489 – auch mit a.A., gestützt auf das Rückwirkungsverbot).

<sup>42</sup> Dazu *Bayer*, ZfPW 2015, 163 (194 ff.); Rechtstatsachen dazu bei *Bayer/Hoffmann*, AG 2015, R 55 ff.; *Pasch/Schmeling/Starke*, CF 2015, 259 (268) („können sich Unternehmen schnell und kostengünstig aus dem regulierten Markt zurückziehen“) und ausführlich *Karami/Schuster*, Eine empirische Analyse des Kurs- und Liquiditätseffekts auf die Ankündigung eines Börsenrückzugs am deutschen Kapitalmarkt im Lichte der „FRoSTA“-Entscheidung des BGH, abrufbar unter <https://bewertung-im-recht.de/sites/default/files/working-paper/eine-empirische-analyse-des-kurs->

[und liquiditätseffekts auf die ankuendigung im frosta-zeitalter stand 02 2016.pdf.pdf](https://bewertung-im-recht.de/sites/default/files/working-paper/eine-empirische-analyse-des-kurs-und-liquiditaetseffekts-auf-die-ankuendigung-im-frosta-zeitalter-stand-02-2016.pdf.pdf) (4.11.2021);

sowie *Doumet/Limbach/Theissen*, Ich bin dann mal weg: Werteffekte von Delistings deutscher Aktiengesellschaften nach dem Frosta-Urteil, S. 24 („statistisch und ökonomisch signifikante Vermögensverluste“), abrufbar unter [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2660074](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2660074) (4.11.2021).

<sup>43</sup> Etwa *Paschos*, FAZ v. 3.12.2014, S. 16, abrufbar im Archiv der FAZ unter

[https://fazarchiv.faz.net/faz-portal/document?uid=FAZ\\_FD2\\_201412034425826](https://fazarchiv.faz.net/faz-portal/document?uid=FAZ_FD2_201412034425826) (19.6.2021);

ebenso wohl *Lampert/Weichel*, WM 2014, 1024 (1028).

<sup>44</sup> Paketverkauf an Großaktionär ohne Abfindungsangebot, Verschmelzung auf nichtbörsennotierte Aktiengesellschaft ohne Abfindung gem. § 29 UmwG, Squeeze Out ohne Börsenkurs als unterer Abfindungswert nähere Nachweise hierzu bei *Bayer*, ZfPW 2015, 163 (197).

<sup>45</sup> *Paschos/Klaaßen*, AG 2014, 33; *Kocher/Widder*, NJW 2014, 127; *Wasmann/Glock*, DB 2014, 105; *Lampert/Weichel*, WM 2014, 1024 („folgerichtig“); *Roskopf*, ZGR 2014, 487 (497 ff.); *Glienke/Röder*, BB 2014, 899.

<sup>46</sup> Apodiktisch *Habersack*, JZ 2014, 147 („Unglück“); *Stöber*, WM 2014, 1757; kritisch auch bereits *Bayer/Hoffmann*, AG-Report 2013, R 371 ff., *dies.*, AG 2014, Rn. 3 ff.; sowie später *Bayer*, ZfPW 2015, 163.

<sup>47</sup> So etwa *Koch/Harnos*, NZG 2015, 729 m.w.N. in Fn. 3; nachdrücklich bereits *Bayer*, ZfPW 2015, 163 (194 ff.); *Habersack*, JZ 2014, 147; *Stöber*, WM 2014, 1757; vgl. auch *Hoffmann* (Fn. 13), § 119 Rn. 39 ff.; *Brellocks*, AG 2014, 633 (644 f.); *Buckel/Glindemann/Vogel*, AG 2015, 373 (375): „gesetzgeberische Initiative (könnte) gerechtfertigt sein“; nachdrücklich für Delisting-Schutz auch *Wicke*, DNotZ 2015, 488; BR-Drs. 22/15, S. 7; BT-Drs. 18/5010, S. 4 sowie BT-Drs. 18/6220 (Vorabfassung), S. 91 f.

markt sollte nicht nur für Emittenten und Großaktionäre attraktiv sein; eine einseitige Abwälzung der Risiken eines Börsenrückzugs auf die Minderheitsaktionäre unter Stärkung der Position der übernahmewilligen Großaktionäre war damit rechtspolitisch nicht und dogmatisch nur schwer hinnehmbar.<sup>48</sup>

Das dem BVerfG überobligatorische<sup>49</sup> Folgeleisten durch den BGH führte zu einer Volatilität in der Entscheidungsrichtung des Zweiten *Zivilsenats*, die in eine Rechtsleere für die von einem regulären Delisting betroffenen Minderheitsaktionäre mündete und damit dem freiwilligen Börsenrückzug schließlich den Weg in den Bundestag ebnete.

## 2. Legislatives Eingreifen – die Eckpfeiler<sup>50</sup>

Ogleich bald nach Frosta auf die zunächst vermutete und sodann empirisch belegte Fehlentwicklung hingedeutet wurde,<sup>51</sup> dauerte es insgesamt noch zwei weitere Jahre, ehe sich die Politik dem Problem zuwandte.<sup>52</sup> Nach zwei Jahren abfindungsfreiem Delisting, europarechtlichen Vorgaben und der monierten Rechtsleere für Minderheitsaktionäre wurde das reguläre Delisting schließlich umfassend<sup>53</sup> neu geregelt.<sup>54</sup> Den Gesetzgebungsprozess initiierte letztlich die Stellungnahme des Bundesrats zur Aktienrechtsnovelle 2014.<sup>55</sup> Ziel der in nur sieben Monaten generierten und durch Art. 2 des Gesetzes zur Umsetzung der Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie vom 20.11.2015<sup>56</sup> implementierten Neuregelung des

<sup>48</sup> Ebenso *Bayer*, NZG 2015, 1169 (1172); wohl auch *Hoffmann* (Fn. 13), § 119 Rn. 44.

<sup>49</sup> Die vom BGH in *Macrotron* (BGH NJW 2003, 1032) angestellte Rechtsfortbildung wurde vom BVerfG schließlich gebilligt (BVerfG NZG 2012, 826 [830 f.]), sodass es der Frosta-Wende eigentlich (so) nie bedurft hätte; dazu auch *Hoffmann* (Fn. 13), § 119 Rn. 44 f. („Eine Änderung der Rechtsprechung war auch von Verfassungs [sic] wegen nicht geboten“ und „Dennoch“), sowie *Kubis* (Fn. 12), § 119 Rn. 88 („Maximalkonsequenz“).

<sup>50</sup> Zusammenfassung bei *Groß*, AG 2015, 812; *Bayer*, ZIP 2015, 853 (857 ff.); Einzelheiten zur Neuregelung etwa bei *Harnos*, ZHR 179 (2015), 750; *Morell*, AcP 217 (2017), 61; *ders.*, ZBB 2016, 67; *Wackerbarth*, WM 2016, 385; *Gegler*, BKR 2016, 273; *Bungert/Leyendecker-Langner*, ZIP 2016, 1056; *Koch/Harnos*, NZG 2015, 729 (730 ff.); *Rubner/Pospiech*, NJW-Spezial 2016, 207; *Linnerz/Freyling*, BB 2017, 1354; *Schulz/Wieneke*, NZG 2017, 449.

<sup>51</sup> Dazu schon oben I. 2. d).

<sup>52</sup> Dazu im Einzelnen *Bayer*, ZIP 2015, 853 (856) m.w.N.; *ders.*, NZG 2015, 1169 (1172): „Armutzeugnis“.

<sup>53</sup> Zum formalen Umfang schon oben Fn. 9.

<sup>54</sup> Vgl. Art. 2 des Gesetzes zur Umsetzung der Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie (diese v. 22.10.2013 – vgl. Richtlinie 2013/50/EU, ABl. EU 2013 Nr. 294, S. 13) v. 20.11.2015, BGBl. I 2015, S. 2039; dazu auch *Weber*, NJW 2016, 992 und zum Delisting als Regulierungsaufgabe *Thomale/Walter*, ZGR 2016, 679.

<sup>55</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Aktiengesetzes (Aktienrechtsnovelle 2014), BR-Drs. 22/15.

<sup>56</sup> BGBl. I 2015, S. 2029.

regulären Delistings war es, die in Wissenschaft und Praxis geführte Diskussion durch Herstellung praktischer Konkordanz zwischen Emittenteninteresse und Interessen der vom Börsenrückzug betroffenen Minderheitsaktionäre herzustellen, wobei als angemessen die Einführung einer Abfindungsregelung angesehen wurde;<sup>57</sup> wie diese Neuregelung im Einzelnen jedoch auszusehen habe, war – wie sich in der Zeit post Frosta bereits abbildete – heftig umstritten und sorgte auch im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens noch für erheblichen Streitstoff.

### a) Verortung der Neuregelung?

Für die Neuregelung von maßgeblicher Bedeutung war freilich zunächst die fundamentale Frage, wo diese überhaupt Platz finden sollte, da sich daran die einzelnen Fragen der Zulässigkeit eines regulären Delistings anknüpfen. Dem Gesetzgeber standen dabei zwei grundsätzliche Möglichkeiten zur Verfügung: die bereits in *Macrotron* vom BGH vertretene gesellschaftsrechtliche Anknüpfung oder die sog. kapitalmarktrechtliche Lösung:

#### aa) Gesellschaftsrechtliches Lager

Eine gesellschaftsrechtliche Verortung der Neuregelung des regulären Delistings wurde aus der Erwägung heraus befürwortet, dass der dabei in seiner Rolle als Gesellschafter betroffen sei und deswegen gesellschaftsrechtliche Vorgaben Anwendung finden müssten. Zur Lösung wurde eine Gesamtanalogie zu den Strukturmaßnahmen der §§ 29, 207 UmwG sowie §§ 305, 320b, 327b AktG befürwortet.<sup>58</sup>

Das reguläre Delisting führe für den Anleger zur Situation, dass dieser mit Blick auf den Verlust der Handelbarkeit der betroffenen Aktien faktisch zu einer Veräußerung gezwungen werde – also seine Gesellschafterstellung aufgeben wird –, während die Erzielung eines etwaigen, in der Zukunft liegenden höheren Ertrags wegen des Abschneidens der Handelbarkeit an der Börse für ihn ohnehin ausscheide.<sup>59</sup>

#### bb) Kapitalmarktrechtliches Lager

Wie bereits eingangs<sup>60</sup> genannt, wird ein erfolgreiches Delisting mittels Widerrufs der ursprünglichen Börsenzulassung durch Verwaltungsakt vollzogen. Weil es sich dabei um einen kapitalmarktrechtlichen Vorgang handele, habe sich die Zu-

<sup>57</sup> Dazu im Einzelnen auch Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses BT-Drs. 18/6220, S. 84; *Bungert/Leyendecker-Langner*, ZIP 2016, 49; *Häller*, ZIP, 2016, 1903 (zum Delisting in der Insolvenz); *Morell*, ZBB 2016, 67; *Thomale/Walter*, ZGR 2016, 679; *Wackerbarth*, WM 2016, 385; *Hammen*, ZBB 2016, 398.

<sup>58</sup> Einzelheiten zur Gesamtanalogie durch die fachgerichtliche Rspr. bei BVerfG NZG 2012, 826 (830) sowie *Kubis* (Fn. 12), § 119 Rn. 86, 88; *Hoffmann* (Fn. 13), § 119 Rn. 42.

<sup>59</sup> Zutreffend *Wieneke*, NZG 2014, 22 (23), knapp *Kubis* (Fn. 12), § 119 Rn. 91.

<sup>60</sup> Oben I. 1.



lässigkeit eines regulären Delistings konsequenterweise auch an kapitalmarktrechtlichen Vorgaben zu orientieren.<sup>61</sup>

cc) *Entscheidung des Gesetzgebers*

Sodann durchgesetzt hat sich die letztbenannte kapitalmarkt-rechtliche Lösung, wobei als *sedes materiae* § 39 BörsG, welcher bereits die Möglichkeit eines regulären Delistings statuierte, herangezogen wurde. Der Gesetzgeber stellte sich damit hinter die Vertreter der Ansicht, dass es sich um keinen an Gesellschaftsrecht zu orientierenden Vorgang handelt, sondern das Kapitalmarktrecht der einzig richtige Standpunkt für die Neuregelung sei.

b) *Ausgestaltung des Abfindungsangebots im Einzelnen*

Besonders umstritten war im Gesetzgebungsverfahren die Frage nach der genauen Ausgestaltung des Mechanismus zur Bestimmung der Höhe des den vom regulären Delisting betroffenen Minderheitsaktionären zu unterbreitenden Abfindungsangebots, wobei dem Gesetzgeber wiederum zwei Möglichkeiten vorlagen:

aa) *Anknüpfung an den Börsenkurs*

In Betracht kam zunächst die Bestimmung der Höhe des Abfindungsangebots am Maßstab des Börsenkurses.<sup>62</sup> Hierfür wurde mit Blick auf Praktikabilitätsgesichtspunkte zuvorderst ins Feld geführt, dass der Börsenkurs leicht zu ermitteln sei,<sup>63</sup> soweit es sich um gewöhnliche Umstände handele, dieser die tatsächliche Marktbewegung widerspiegele<sup>64</sup> und erhebliche Kosten für aufwändige Bewertungsgutachten vermieden werden könnten.<sup>65</sup> Für den Verlust der Fungibilität der Aktien an der Börse sei es zudem angemessen, die entsprechende Entschädigung ebenso systemgerecht an ebendiesem, entlang des Börsenkurses ermittelten, Wert zu koppeln.<sup>66</sup>

<sup>61</sup> Dazu *Kubis* (Fn. 12), § 119 Rn. 91; *Hoffmann* (Fn. 13), § 119 Rn. 45a; *Wieneke*, NZG 2014, 22 (23); zu Delistingvarianten nach deutschem Kapitalmarktrecht vgl. bereits *Zetsche*, NZG 2000, 1065.

<sup>62</sup> *Buckel/Glindemann/Vogel*, AG 2015, 373 (379); *Bungert/Leyendecker-Langner*, DB 2015, 2251 (2254); *Habersack*, JZ 2014, 147 (148 f.).

<sup>63</sup> So *Habersack*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Aktiengesetzes, S. 7, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/372592/4fa5dcc6925299639e78e4ee209de2f5/habersack-data.pdf> (4.11.2021); *Noack*, Stellungnahme zur Aktienrechtsnovelle 2014, S. 8, abrufbar unter

<https://www.bundestag.de/resource/blob/373542/7ca5d39034fa08336cd40001e7ced860/noack-data.pdf> (4.11.2021); auch *Koch/Harnos*, NZG 2015, 729 (730); *Bungert/Leyendecker-Langer*, DB 2015, 2251 (2254); *Buckel/Glindemann/Vogel*, AG 2015, 373 (375).

<sup>64</sup> *Koch/Harnos*, NZG 2015, 729 (732); zur Berechnung der Gegenleistung etwa *Herfs/Leyendecker*, BB 2018, 643.

<sup>65</sup> *Buckel/Glindemann/Vogel*, AG 2015, 373 (379).

<sup>66</sup> So *Brellochs*, AG 2014, 633 (645); *Habersack*, ZHR 176 (2012), 463 (467); *ders.*, JZ 2014, 147 (149); *Noack*, Stellungnahme zur Aktienrechtsnovelle 2014, S. 8, abrufbar unter

bb) *Anknüpfung an den Unternehmenswert*

Gegenüber stand das Lager, welches die Bestimmung der Abfindungshöhe am Unternehmenswert befürwortete.<sup>67</sup> Denn gerade in von hoher Volatilität geprägten Märkten habe der Börsenkurs nur verminderte Aussagekraft; weiter bestehe im Falle eines regulären Delisting das Problem, dass nur noch wenige Aktien frei gehandelt würden und der Börsenkurs so zusätzlich keine repräsentative Aussagekraft (mehr) besitze.<sup>68</sup> Ein anhand einer ertragsorientierten Unternehmensbewertung ermittelter Wert führe dagegen zu realistischeren Ergebnissen, da dergestalt insbesondere auch zukunftsbezogene Aspekte berücksichtigt würden.<sup>69</sup>

cc) *Entscheidung des Gesetzgebers*

Während teilweise bis zuletzt an prominenter Stelle sogar noch um ein reguläres Delisting ohne jede Abfindungspflicht gerungen wurde,<sup>70</sup> nahm der Gesetzgeber die auf die Frosta-Entscheidung des BGH hin folgende Kritik auf, die sowohl aus Kreisen der Anlegerschutzverbände<sup>71</sup>, dem DAV<sup>72</sup> sowie

<https://www.bundestag.de/resource/blob/373542/7ca5d39034fa08336cd40001e7ced860/noack-data.pdf> (4.11.2021);

vgl. auch *M. Arnold/Rothenburg*, DStR 2014, 150 (154); *Roskopf*, ZGR 2014, 487 (500 f.).

<sup>67</sup> *Bayer*, ZfPW 2015, 163 (221 f.); *ders.*, ZIP 2015, 853 (857);

*BRAK*, Stellungnahme Nr. 37/2015, S. 4 f., abrufbar unter <https://brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2015/oktober/stellungnahme-der-brak-2015-37.pdf> (4.11.2021);

*Koch/Harnos*, NZG 2015, 729 (732 f.); *Brellochs*, AG 2014, 633; *DSW-Stellungnahme v. 3.9.2015 für den Finanzausschuss*, S. 8, abrufbar unter

[https://www.dsw-info.de/fileadmin/Redaktion/Dokumente/PDF/Publikationen/DSW-Stellungnahme\\_Transparenzrichtlinie\\_und\\_Delisting\\_03092015.pdf](https://www.dsw-info.de/fileadmin/Redaktion/Dokumente/PDF/Publikationen/DSW-Stellungnahme_Transparenzrichtlinie_und_Delisting_03092015.pdf) (4.11.2021);

*Koch*, Stellungnahme zur Aktienrechtsnovelle 2014 und Änderungsanträgen, S. 7, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/373420/7f7973bb06ba786c2060c6795ce4b7d7/koch-data.pdf> (4.11.2021).

<sup>68</sup> *Bayer*, ZIP 2015, 853 (857); *ders.*, ZfPW 2015, 163 (222); *Koch/Harnos*, NZG 2015, 729 (732).

<sup>69</sup> Zum Ganzen *Bayer*, ZIP 2015, 853 (857); *ders.*, ZfPW 2015, 163 (222); *Koch/Harnos*, NZG 2015, 729 (732).

<sup>70</sup> Etwa *Bungert/Leyendecker-Langner*, DB 2015, 2251; zuvor bereits *Buckel/Glindemann/Vogel*, AG 2015, 373; in diese Richtung ebenso *Brellochs*, Stellungnahme v. 3.9.2015 für den Finanzausschuss, abrufbar unter

<https://www.bundestag.de/resource/blob/386820/5ea2c4ee849631dfe2a4f220555d778c/01-Dr-Brellochs-data.pdf> (4.11.2021).

<sup>71</sup> *DSW-Stellungnahme v. 3.9.2015 für den Finanzausschuss*, abrufbar unter

[https://www.dsw-info.de/fileadmin/Redaktion/Dokumente/PDF/Publikationen/DSW-Stellungnahme\\_Transparenzrichtlinie\\_und\\_Delisting\\_03092015.pdf](https://www.dsw-info.de/fileadmin/Redaktion/Dokumente/PDF/Publikationen/DSW-Stellungnahme_Transparenzrichtlinie_und_Delisting_03092015.pdf) (4.11.2021);

*SdK-Stellungnahme v. 14.9.2015 für den Finanzausschuss*, abrufbar unter

aus der Wissenschaft<sup>73</sup> hallte und folgte schließlich den Verfechtern der Anknüpfung am Börsenkurs:

Über einen Verweis des § 39 Abs. 3 S. 2 BörsG auf § 31 WpÜG, aus dessen Abs. 7 folgt, dass bei der Berechnung der Gegenleistung die §§ 3 bis 7 WpÜG-AngVO anzuwenden sind, folgt, dass die Höhe des Abfindungsangebots an den Börsenkurs anzuknüpfen hat.<sup>74</sup> Gem. § 39 Abs. 3 S. 4 BörsG kann eine Bestimmung dagegen ausnahmsweise dann anhand des Unternehmenswerts vorgenommen werden, wenn (i.) der Börsenkurs für die Aktien innerhalb des Referenzzeitraums von sechs Monaten an weniger als einem Drittel der Börsentage festgestellt wurde und (ii.) mehrere nacheinander festgestellte Börsenkurse um mehr als fünf Prozent voneinander abweichen und (iii.) demzufolge erhebliche Zweifel an der Aussagekraft des Börsenkurses bestehen.<sup>75</sup> Gleiches gilt nach § 39 Abs. 3 S. 3 BörsG für den Fall, dass der Börsenkurs wegen eines Verstoßes gegen §§ 15, 20a WpHG keine verlässliche Grundlage des Abfindungsanspruchs mehr darstellen kann.<sup>76</sup> Weitere Ausnahmen kommen nicht in Betracht; die Regelung ist abschließend.<sup>77</sup>

Den regionalen Börsen wurde damit der entsprechende Abweichungsspielraum entzogen – tertium non datur –; ein wichtiger Schritt mit Blick auf die Herbeiführung harmonischen Anlegerschutzes.

<https://sdk.org/assets/Uploads/2015-09-04-Stellungnahme-SdK-Anderungsantrag-18-5010-31.08.2015pdf.pdf>

(4.11.2021).

<sup>72</sup> DAV-Stellungnahme Nr. 49/2015 für den Finanzausschuss, abrufbar unter

<https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-49-15-delisting>

(4.11.2021).

<sup>73</sup> Koch/Harnos, NZG 2015, 729 m.w.N. in Fn. 3; Bayer, ZfPW 2015, 163 (194 ff.); Habersack, JZ 2014, 147; Stöber, WM 2014, 1757; auch Hoffmann (Fn. 13), § 119 Rn. 39 ff.

<sup>74</sup> Entgegen § 5 Abs. 1 WpÜG-AngVO ist für die Bestimmung der Angemessenheit der Gegenleistung hier jedoch nicht der gewichtete durchschnittliche inländische Börsenkurs der letzten drei Monate maßgeblich (dafür noch Habersack, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Aktiengesetzes, S. 6, abrufbar unter

<https://www.bundestag.de/resource/blob/372592/4fa5dcc6925299639e78e4ee209de2f5/habersack-data.pdf> [4.11.2021]),

sondern der letzten sechs Monate; hierdurch soll dem vom gegnerischen Lager bemängelten, besonderen Börsenumfeld Rechnung getragen werden, vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses BT-Drs. 18/6220, S. 84.

<sup>75</sup> Kritik an den Ausnahmetatbeständen unten II. 3. c) cc); dazu auch Harnos, ZHR 179 (2015), 750 (760 ff.); Bayer, NZG 2015, 1169 (1175); Wackerbarth, WM 2016, 385 (388); Mense/Klie, DStR 2015, 2782 (2785); Kumpfan (Fn. 2), BörsG § 39 Rn. 9 („Börsenkurs verzerrt“).

<sup>76</sup> Dazu bereits Groß, AG 2015, 812 (818); Bayer, NZG 2015, 1169 (1175); Wackerbarth, WM 2016, 385 (387); Mense/Klie, DStR 2015, 2782 (2785); Kocher/Seiz, DB 2016, 153 (155).

<sup>77</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses BT-Drs. 18/6220, S. 84; siehe auch Harnos, ZHR 179 (2015), 750 (771 f.).

## II. Einzelfacetten der Neuregelung und Kritik

Zwar wurde das reguläre Delisting mit § 39 Abs. 2–6 BörsG n.F. einer gesetzlichen Regelung zugeführt, die aus Anleger-schutzgesichtspunkten a priori freilich begrüßt werden muss. In Einzelfacetten erweist sich allerdings auch der durch die Neuregelung geschaffene Rechtszustand bis dato als nicht vollends zielführend.

### 1. Initiativrichtung

Im Grunde unverändert kann der Börsenrückzug nach § 39 Abs. 1 BörsG unabhängig vom Willen des Emittenten zwangsweise oder nach § 39 Abs. 2 BörsG auf Basis seines freien Willens sowie auf Antrag hin erfolgen.

#### a) Zwangsdelisting

Soweit (i.) ein ordnungsgemäßer Börsenhandel mit den Aktien der betroffenen Gesellschaft dauerhaft nicht mehr möglich ist und (ii.) die Börsengeschäftsführung das Listing daher eingestellt hat oder (iii.) der Emittent seine Zulassungspflicht nach Ablauf einer angemessenen Frist nicht erfüllt hat, erfolgt ein Delisting zwangsweise ex officio wegen Verstoßes gegen die entsprechenden kapitalmarktrechtlichen Vorgaben.<sup>78</sup> Der das Zwangsdelisting regelnde § 39 Abs. 1 BörsG hatte mit Macrotron oder Frosta nichts zu tun und ist von der n.F. der übrigen Absätze der Vorschrift auch unangetastet gelassen worden; dementsprechend bleibt das Zwangsdelisting bei der Abhandlung auch außer Betracht.<sup>79</sup>

#### b) Reguläres Delisting

Der Schritt des Emittenten, freiwillig den Widerruf seiner Börsenzulassung zu suchen, kann dagegen ganz vielfältige Gründe haben.

Zum einen erweist sich das ursprüngliche Listing für die dann börsennotierte Gesellschaft im Vergleich zu den Vorteilen möglicherweise als kostenmäßig irrational, etwa, wenn die betroffene Aktiengesellschaft nur eine geringe Marktkapitalisierung und niedrige Handelsaktivität aufweist.<sup>80</sup> Illiquide Aktien und damit verbundene Volatilität der Preise am Markt spiegeln nicht die reale Unternehmensentwicklung wider und können so eine negative Wahrnehmung in der Öffentlichkeit hervorrufen.<sup>81</sup> Nicht zuletzt können Emittenten freilich auch schlicht daran interessiert sein, die mit dem ehemaligen Listing einhergehenden Publizitäts- und sonstigen Pflichten etwa aus § 3 Abs. 2 AktG, § 264d HGB, § 3 Abs. 5 WpHG, § 1 Abs. 1 WpÜG samt die damit verknüpfte Kostenlast wieder hinter sich zu lassen und durch den Börsenrückzug so eine

<sup>78</sup> Groß (Fn. 31), BörsG § 39 Rn. 5; ders. (Fn. 1), BörsG § 39 Rn. 4 ff.

<sup>79</sup> Verwiesen werden kann dazu im Einzelnen etwa auf Groß (Fn. 31), BörsG § 39 Rn. 5 oder ders. (Fn. 1), BörsG § 39 Rn. 4 ff.

<sup>80</sup> Aders/Muxfeld/Lill, CF 2015, 389 (399); vgl. zum hier nicht behandelten Thema des Delistings in der Insolvenz etwa Hüller, ZIP 2016, 1903 sowie jünger Korch, BKR 2020, 285 und VG Frankfurt ZIP 2020, 1816.

<sup>81</sup> Kastl, Rückzug von der Börse, S. 386.

Vereinfachung durch „Privatisierung“ der Geschäftsabläufe herzustellen.<sup>82</sup>

## 2. Anwendungsbereich des § 39 BörsG

### a) Persönlicher Anwendungsbereich

#### aa) Adressatenkreis?

Weder der Wortlaut des Gesetzes selbst noch die Gesetzesbegründung äußern sich näher zur Frage, wer Adressat der Regelungen des § 39 BörsG ist, wer also das nunmehr erforderliche Abfindungsangebot<sup>83</sup> zu unterbreiten hat und den Abfindungsbetrag bezahlen muss.

Obschon es sich dabei zwar regelmäßig um den Großaktionär handeln wird, der die Übernahme der Gesellschaft samt Rückzug derselben von der Börse anvisiert, sind prima facie auch keine Gründe ersichtlich, warum nicht ebenso ein Dritter dieses Angebot unterbreiten können sollte;<sup>84</sup> aus Sicht des Anlegerschutzes kommt es dem einzelnen Aktionär – in Parallele zur Leistung durch Dritte im allgemeinen Zivilrecht (§ 267 BGB) – schließlich doch ganz grundsätzlich nicht darauf an, wer den Abfindungsbetrag leistet, solange er überhaupt abgefunden wird.

#### bb) Ausländische Emittenten mit einbezogen

Gesellschaften mit Sitz im Ausland aber Listing an einem regulierten Markt in Deutschland unterliegen nicht dem deutschen Gesellschaftsrecht und waren damit nach der vom BGH in seiner Macrotron-Entscheidung<sup>85</sup> geschaffenen, gesellschaftsrechtlich geprägten Rechtslage auch nicht verpflichtet, den Minderheitsaktionären bei einem regulären Delisting ein Abfindungsangebot zu unterbreiten.<sup>86</sup> § 39 BörsG n.F. weicht hiervon nunmehr ausdrücklich ab, indem er in seinem Abs. 4 das WpHG auch dann für anwendbar erklärt, wenn es sich bei dem rückzugsgewillten Emittenten um einen solchen mit Sitz im Ausland handelt. Diesem Umweg bedarf es, da das WpHG im Grunde uneingeschränkt nur für inländische Emittenten Geltung entfaltet.<sup>87</sup> Zum Zwecke des Anlegerschutzes ist die so erfolgte Ausweitung des Adressatenkreises aber erforder-

lich und geboten, denn auch ausländische Emittenten, die den Widerruf ihrer Börsenzulassung anstreben und deshalb zu einem regulären Delisting schreiten,<sup>88</sup> sollten den Anlegerschutz nicht konterkarieren können, indem für sie weiterhin die Möglichkeit eines abfindungsfreien Börsenrückzugs besteht.

Nach neuer Rechtslage kommt es nunmehr allein auf die kapitalmarktrechtliche Verknüpfung mit einer deutsche Börse durch entsprechende Zulassung und nicht mehr auf den Sitz der betroffenen Gesellschaft an,<sup>89</sup> sodass im Ergebnis auch jeder ausländische Emittent den Minderheitsaktionären ein Abfindungsangebot zu unterbreiten hat, ehe er sich freiwillig wieder vom regulierten Markt zurückziehen vermag. Dass dies als Standortnachteil Deutschlands gesehen werden könnte, muss im Namen des Anlegerschutzes außer Betracht bleiben.

#### b) Zeitlicher Anwendungsbereich

In zeitlicher Hinsicht entfaltet die Neuregelung ausweislich des Anwendungsbefehls des § 52 Abs. 9 BörsG auch auf solche Delisting-Anträge Anwendung, die zwar nach dem 7.9.2015 gestellt wurden, über welche bis zum Inkrafttreten der Neuregelung jedoch noch nicht mit Bestands- oder Rechtskraft entschieden worden war. Die Heranziehung dieses konkreten Datums findet seine Rechtfertigung in dem Umstand, dass nach Ansicht des Gesetzgebers spätestens seit dem 7.9.2015, als die öffentliche Anhörung betreffend die Neuregelung vor dem Finanzausschuss stattgefunden hat,<sup>90</sup> kein schützenswertes Vertrauen mehr in den Erhalt der durch die Frosta-Entscheidung geschaffenen abfindungsfreien Rechtslage bestehe.<sup>91</sup>

#### aa) Abstand zwischen Veröffentlichung und Antrag?

Aus dem Wortlaut des § 39 Abs. 2 BörsG folgt, dass das Abfindungsangebot an die Minderheitsaktionäre dem Delisting-Antrag vorauszugehen hat. Eine Antwort darauf, welcher zeitlicher Abstand in concreto zwischen Angebotsveröffentlichung und Delisting-Antrag liegen muss, kann die Vorschrift jedoch nicht liefern. Nach dem Willen des Gesetzgebers muss es sich um ein „aktuelles“ Erwerbsangebot als Zulässigkeitsvoraussetzung handeln.<sup>92</sup> Bei weiter Auslegung des Begriffs ließe sich wohl jedes vorausgegangene Übernahmeangebot unter die Vorschrift subsumieren, wofür auch Emittenteninteressen an einem einfachen Börsenrückzug streiten würden; demgegenüber stünden freilich wieder Anlegerschutzgesichtspunkte als erhebliches Abwägungsmaterial. Obschon einige Fraktionen es in ihrem Änderungsantrag zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie<sup>93</sup> noch für angemessen erachteten, den

<sup>82</sup> *Kastl* (Fn. 81), S. 386; umfassend zum sog. Going Private freilich auch unter Einschluss des regulären Delisting etwa *Walz*, in: Schüppen/Schaub (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch zum Aktienrecht, 3. Aufl. 2018, § 50.

<sup>83</sup> Zu Einzelheiten betreffend die Ausgestaltung des Angebots unten II. 3. a).

<sup>84</sup> Auch *Goetz*, BB 2015, 2691 (2692); in Betracht kommen dabei die emittierende Gesellschaft (wobei diese den zusätzlichen Anforderungen des § 71 AktG unterliegt; Ermächtigung und Rücklagen), freilich der Großaktionär oder schließlich auch etwaige externe Investoren, solange der Liquiditätsnachweis nach § 13 WpÜG erbracht werden kann.

<sup>85</sup> BGH NZG 2003, 280 (Macrotron) dazu näher bereits oben I. 2. a).

<sup>86</sup> *Buckel/Glindemann/Vogel*, AG 2015, 374 (380); *Goetz*, BB 2015, 2691 (2692).

<sup>87</sup> BT-Drs. 18/6220, S. 86; *Kumpan* (Fn. 2), BörsG § 39 Rn. 11; *Versteegen*, in: Hirte/v. Bülow (Hrsg.), Kölner Kommentar zum WpÜG, 2. Aufl. 2010, § 1 Rn. 4.

<sup>88</sup> Zu den Gründen für ein reguläres Delisting vgl. bereits oben II. 1. b).

<sup>89</sup> *Brellocks*, AG 2014, 633 (644 ff.); *Bungert/Leyendecker-Langer*, ZIP 2016, 349 (350).

<sup>90</sup> Dazu BT-PIPr. 18/51, Finanzausschuss (verbatim).

<sup>91</sup> BT-Drs. 18/6220, S. 87, 94 f.

<sup>92</sup> BT-Drs. 18/6220, S. 84.

<sup>93</sup> Gesetzentwurf vgl. BT-Drs. 18/5010; hierzu auch etwa

von einem regulären Delisting betroffenen Aktionären keine Abfindung zu bezahlen, sollten diese ein nicht länger als sechs Monate zurückliegendes Übernahmeangebot nicht angenommen haben,<sup>94</sup> hat sich der Gesetzgeber schließlich dagegen und richtigerweise für den Anlegerschutz entschieden. Logische Folge wäre gewesen, dass die Minderheitsaktionäre unter massivem Druck hinsichtlich der Annahme des Übernahmeangebots gestanden hätten und der für die Delisting-Situation intendierte Anlegerschutz durch ein vorausgeschicktes Übernahmeangebot ohne Ansehung des § 39 BörsG hätte konterkariert werden können.<sup>95</sup>

Nach Maßgabe von § 39 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BörsG muss die zu veröffentlichende Angebotsunterlage daher einen ausdrücklichen Hinweis auf den vorausgegangenen Delisting-Antrag enthalten; hierdurch wird klar, dass also gerade nicht jedes bereits abgeschlossene Angebot den Schutzzorstellungen des Gesetzgebers entsprechen kann.<sup>96</sup>

#### bb) Ausnahmsweise nachfolgende Veröffentlichung

In diesem Zusammenhang stellte sich für Unternehmen, die einen Delisting-Antrag nach dem 7.9.2015 bereits gestellt hatten und damit grundsätzlich unter die Übergangsvorschrift des § 52 Abs. 9 BörsG fielen, die Frage, wie diese mit der Pflicht zur gleichzeitigen Veröffentlichung eines Abfindungsangebots nach § 39 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 BörsG umzugehen hatten. Soweit ein Delisting-Antrag nach dem 7.9.2015 gestellt wurde und über diesen bis zum 1.10.2015 nicht bestands-/rechtskräftig befunden war, konnte die Veröffentlichung des Erwerbsangebots im Einklang mit dem Wortlaut des Gesetzes in § 52 Abs. 9 BörsG ausnahmsweise auch der Antragstellung nachfolgen.<sup>97</sup>

Hierdurch hat der Gesetzgeber auch in dieser Hinsicht einen gerechten Ausgleich für in der Vergangenheit begonnene, bei Anhörung des Finanzausschusses am 7.9.2015 jedoch nicht abgeschlossene Delisting-Verfahren geschaffen.

*Zimmer/v. Imhoff*, NZG 2016, 1056 (1060) und besonders ausführlich zu den Änderungen durch die dritte Transparenzrichtlinie *Söhner*, ZIP 2015, 2451.

<sup>94</sup> *Kastl* (Fn. 81), S. 308; der betroffene Aktionär habe sich schließlich freiwillig gegen die Annahme und für einen Verbleib in der Gesellschaft entschieden, sodass eine Risikoabwälzung auf ihn gerechtfertigt sei; zustimmend *Koch/Harnos*, NZG 2015, 729 (732); *Buckel/Glindemann/Vogel*, AG 2015, 373 (377).

<sup>95</sup> Auch *Kastl* (Fn. 81), S. 308.

<sup>96</sup> Insofern wurden die niedrigen Anforderungen des § 31 WpÜG (dazu im Einzelnen die Kommentierung von *Kremer/Osterhaus*, in: *Hirte/v. Bülow* [Hrsg.], *Kölner Kommentar zum WpÜG*, 2. Aufl. 2010, § 31) für die besondere Situation eines Delistings modifiziert; *Bungert/Leyendecker-Langer*, ZIP 2016, 49 (52) sehen ein kombiniertes Angebot jedoch als zulässig an.

<sup>97</sup> BT-Drs. 18/6220, S. 84 f.; zustimmend *Buckel/Glindemann/Vogel*, AG 2015, 373 (378); dazu *Bayer*, AG-Report 2016, R 3 f.; kritisch zur grundsätzlich in § 52 Abs. 9 BörsG vorgesehenen Rückwirkung *Buckel/Glindemann/Vogel*, AG 2015, 373 (378).

### 3. Realisierung des Anlegerschutzes<sup>98</sup>

#### a) Obligatorisches Abfindungsangebot

Im Anschluss an die post-Frosta-Erhebungen hat auch der Gesetzgeber anerkannt, dass ein Delisting für die betroffenen Anteilseigner eine Beeinträchtigung bzw. den totalen Verlust der Handelbarkeit ihrer Wertpapiere durch konkrete Kursverluste bedeutet<sup>99</sup> – richtige Einsichten, wenngleich aus der Perspektive etwaiger von abfindungsfreien Delistings nach Frosta betroffenen Anteilseignern zu einem verspäteten Zeitpunkt.

Vor diesem Hintergrund stärkt der Gesetzgeber den Schutz der Anleger im Zuge eines regulären Delistings nun durch Einführung des bereits benannten Abfindungsangebots<sup>100</sup> nach den Vorgaben des WpÜG und wendet sich damit teilweise wieder den ursprünglichen, vom Anlegerschutz getriebenen Wertungen des BGH zu Zeiten von Macrotron<sup>101</sup> zu.

#### b) Bedingungsfeindlichkeit des Angebots

Gem. § 39 Abs. 3 S. 1 BörsG ist es unzulässig, das erforderliche Abfindungsangebot an die Minderheitsaktionäre an Bedingungen zu koppeln, sodass im Moment der Veröffentlichung des Angebots alle gesetzlichen Voraussetzungen für den Börsenrückzug vorzuliegen haben.<sup>102</sup> Manche Autoren stellen sich jedoch gegen den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes und kommen durch eine teleologische Reduktion von § 39 Abs. 3 S. 1 BörsG zu dem Ergebnis, dass das Abfindungsangebot dennoch von regulatorischen Erlaubnissen abhängig gemacht werden könne.<sup>103</sup> Mit Blick auf den erfreulich klaren Gesetzeswortlaut und die Gesetzesbegründung erscheint eine solche Auslegung jedoch teleologisch und historisch nicht geboten: Im Namen der Rechtssicherheit für Minderheitsaktionäre sollte die Erfüllbarkeit des veröffentlichten Erwerbsangebots fixiert werden – nicht zuletzt wurden deshalb auch die §§ 18, 25 WpÜG für unanwendbar erklärt.<sup>104</sup> Denn nur

<sup>98</sup> Spezifisch zum aktienrechtlichen Aktionärsschutz bei Delisting und Downgrading etwa *Reger/Schulha*, NJW 2012, 3066.

<sup>99</sup> BT-Drs. 18/6220, S. 84; zum entsprechenden Paradigmenwechsel im Rahmen der Rechtsprechung zwischen Macrotron und Frosta ausführlich schon oben II. 2.

<sup>100</sup> Vgl. vor allem oben I. 3. b).

<sup>101</sup> Zum vom BGH (NJW 2003, 1032) geschaffenen Macrotron-Dreiklang näher schon oben I. 2. a).

<sup>102</sup> Das Angebot darf nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes damit nicht von den naheliegenden Bedingungen eines Gesellschafterversammlungsbeschlusses des Bieters, dem Erreichen einer Mindestannahmequote oder einer etwaigen Kartellfreigabe abhängig gemacht werden; Einzelheiten etwa bei *Schulz/Wieneke*, NZG 2017, 449 mit besonderem Bezug zum Delisting ausländischer Emittenten sowie *dies.*, AG 2016, 809 (812), die in Teilbereichen eine teleologische Reduktion der Vorschrift für gerechtfertigt halten und *Zimmer/v. Imhoff*, NZG 2016, 1056.

<sup>103</sup> So *Mense/Klie*, DStR 2014, 2782 (2784); *Zimmer/v. Imhoff*, NZG 2016, 1056 (1058) und *Kocher/Seiz*, DB 2016, 153 (156).

<sup>104</sup> BT-Drs. 18/6220, S. 85.

dergestalt haben die Anleger die Sicherheit, für ihre Anteile noch einen angemessenen Preis zu erzielen;<sup>105</sup> sollte das Angebot nachträglich durch Nichteintritt einer etwaigen Bedingung negiert werden (§ 158 BGB), würde dieser Schutzgedanke konterkariert.<sup>106</sup> Daneben wurde die Bedingungsfeindlichkeit gerade für Delisting-Situationen geschaffen, bei welchen zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Widerruf das Angebotsverfahren noch nicht beendet wurde,<sup>107</sup> was in eine unerträgliche Schwebelage für die anspruchsberechtigten Minderheitsaktionäre münden könnte.

### c) Kritik im Einzelnen

#### aa) Verknüpfung des Angebots mit dem Börsenkurs

In Anlehnung an § 31 WpÜG hat sich der Gesetzgeber, wie dargestellt, für die Akzessorietät von Börsenkurs und Abfindungshöhe ausgesprochen:<sup>108</sup> Weil der von einem regulären Delisting betroffene Anteilseigner der Handelbarkeit seines Unternehmensanteils verlustig geht, müsse ihm hierfür Ersatz geboten werden. Zur Bemessung der Kompensation biete sich in erster Linie der Börsenkurs an, weil es die Erzielung dessen Wertes ist, der dem Aktionär im Falle des Börsenrückzugs genommen wird.<sup>109</sup>

Dabei ist jedoch zu kritisieren, dass es freilich die minderheitsbeteiligten Aktionäre sind, die sich nach der Ankündigung eines regulären Delistings in jedem Fall Verkaufsdruck ausgesetzt sehen; hierbei steht dem veräußerungswilligen Kleinanleger jedoch nur noch ein recht enger, ansprechbarer Markt zur Verfügung – denn seine Anteile wird regelmäßig (wenn) nur ein anderer Kleinanleger zu Anlagezwecken übernehmen.<sup>110</sup> Daneben gilt mit Blick auf das Ab-

findungsangebot, dass die Entscheidung über ein reguläres Delisting als solche regelmäßig auf dem alleinigen Entschluss des Großaktionärs, der den Börsenkurs im Blick haben wird, um einen Zeitraum abzapfen, an dem der Börsenkurs für ihn günstig liegt, beruhen wird. Eine Interventionsmöglichkeit seitens der Minderheitsbeteiligten Aktionäre besteht dabei von Rechts wegen nicht und auch ein Referenzzeitraum von sechs Monaten vermag daran nichts zu ändern.<sup>111</sup> Denn mit Ankündigung eines regulären Delistings sinkt die Nachfrage nach Unternehmensanteilen, die Wertpapiere werden günstiger.

Kleinanleger sind mit Blick auf all das also wohl auch geneigter, ein nach Vorstellung des Gesetzgebers – wie sie unter der Möglichkeit der Abpassung eines günstigen Referenzzeitraums gerade nicht Gesetz geworden ist – eigentlich unangemessenes Abfindungsangebot anzunehmen.<sup>112</sup>

#### (1) § 31 WpÜG nicht übertragbar

Aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber das reguläre Delisting als *actus contrarius* zum ursprünglichen Listing qualifiziert und es dabei als allein kapitalmarktrechtlich relevanten Vorgang betrachtet, war die Anknüpfung der Abfindungshöhe an den Börsenkurs zunächst ein naheliegendes Argument.<sup>113</sup>

Dabei wurde die Wertung angestellt, dass § 31 Abs. 1 WpÜG als systemprägende, auch auf den Fall des regulären Delistings ausstrahlende Vorschrift über ihren Anwendungsbereich zur Bestimmung der Angemessenheit der Gegenleistung beim übernahmerechtlichen Übernahme- und Abfindungsangebot heranzuziehen sei.<sup>114</sup> Hier missachtet der Gesetzgeber jedoch, dass die Anknüpfung am Unternehmenswert zwar detaillierte Informationen über das Zielunternehmen voraussetzt, welche dem Bieter in der klassischen Übernahmesituation in der Regel nicht vorliegen werden,<sup>115</sup> was beim regulären Delisting, das auf Antrag des Emittenten in Gang gesetzt wird,<sup>116</sup> regelmäßig jedoch gerade nicht der Fall sein wird. Denn sowohl Großaktionär als auch der Emittent selbst verfügen über diejenigen Informationen (oder können Zugang erhalten), derer es zur Bestimmung des Unternehmenswerts bedarf.

Weiterhin stellt § 31 Abs. 1 WpÜG allgemein eine Ausnahmevorschrift dar, die nicht auf den Fall des regulären Delistings übertragen werden kann: Der Anknüpfung an den Börsenkurs im Übernahmerecht liegt die Wertung zugrunde,

überhaupt Auswirkungen auf den Börsenkurs haben könnte; dazu *Buckel/Glindemann/Vogel*, AG 2015, 373 (379) und *Bungert/Leyendecker-Langner*, DB 2015, 2251 (2254) mit der Argumentation, dem Anleger stehe es frei, auf eine möglicherweise spätere lukrative Veräußerung zu spekulieren.

<sup>111</sup> *Kocher/Seiz*, DB 2016, 1053 (1055); *Buckel/Glindemann/Vogel*, AG 2015, 373 (374).

<sup>112</sup> Auch *Kastl* (Fn. 81), S. 316.

<sup>113</sup> Auch *Gegler*, BKR 2016, 273 (277); Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses BT-Drs. 18/6220, S. 84.

<sup>114</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses BT-Drs. 18/6220, S. 84.

<sup>115</sup> Zutreffend *Koch/Harnos*, NZG 2015, 729 (733).

<sup>116</sup> Einzelheiten zum Verfahrensablauf unten II. 4.

<sup>105</sup> BT-Drs. 18/6220, S. 62; auch *Zimmer/v. Imhoff*, NZG 2016, 1056 (1058).

<sup>106</sup> *Zimmer/v. Imhoff*, NZG 2016, 1056 (1058); *Kumpan* (Fn. 2), BörsG § 39 Rn. 9.

<sup>107</sup> BT-Drs. 18/6220, S. 85.

<sup>108</sup> Dazu oben I. 3. b) aa); zudem *Buckel/Glindemann/Vogel*, AG 2015, 373 (379); *Bungert/Leyendecker-Langer*, DB 2015 2251 (2254); *Habersack*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Aktiengesetzes, S. 6, abrufbar unter

<https://www.bundestag.de/resource/blob/372592/4fa5dcc6925299639e78e4ee209de2f5/habersack-data.pdf> (4.11.2021);

*Noack*, Stellungnahme zur Aktienrechtsnovelle 2014, S. 8, abrufbar unter

<https://www.bundestag.de/resource/blob/373542/7ca5d39034fa08336cd40001e7ced860/noack-data.pdf> (4.11.2021).

<sup>109</sup> BT-Drs. 18/6220, S. 78 f.; jedenfalls soll der Anleger nach einem Delisting aber auch nicht bessergestellt werden, als er zu Zeiten des normalen Handels mit dem Wertpapier stand; dazu auch *Buckel/Glindemann/Vogel*, AG 2015, 373 (379); *Bungert/Leyendecker-Langner*, DB 2015, 2251 (2254); zur freilich risikobehafteten Anlageentscheidung des Aktionärs vgl. *Mülbert*, ZHR 177 (2013), 160 (165).

<sup>110</sup> *Kastl* (Fn. 81), S. 390; eine Steigerung des Börsenwerts ist dabei jedoch nahezu ausgeschlossen, da Kleinanleger regelmäßig nicht eine langfristige Beteiligung intendieren, welche

dass das durch Übernahme- und Abfindungsangebot ausgelöste Ausstiegsrecht der Aktionäre ihren Grund darin findet, dass sich die Investitionsgrundlage bei einem Kontrollwechsel fundamental ändert.<sup>117</sup> Das übernahmerechtliche Abfindungsangebot knüpft jedoch an eine nur abstrakte Gefahr der Beeinträchtigung der Vermögensinteressen an, während das reguläre Delisting – wie sich empirisch belegen ließ<sup>118</sup> – zu einer konkreten Gefährdungslage für die Minderheitsaktionäre führt.<sup>119</sup>

Den Aktionären steht es in der übernahmerechtlichen Situation zudem frei, das unterbreitete Angebot anzunehmen oder an einem noch hypothetischen, weil nur möglicherweise aus der Übernahme folgenden, Vermögenzuwachs innerhalb ihrer Gesellschaft zu partizipieren.<sup>120</sup> Die Situation gestaltet sich im Falle eines regulären Delistings dagegen ungleich anders: Die Gefährdungslage ist dabei vor allem für Kleinanleger, die in erster Linie Kurs- beziehungsweise Veräußerungsgewinne anstreben, um ein vielfaches potenziert, weil sich etwaige Gewinne nach dem Börsenrückzug der Gesellschaft auf Dividendenzahlungen beschränken. Kleinanleger werden sich also zwangsläufig in einer Situation des Verkaufsdrucks wiederfinden. Demgemäß ist das Bedürfnis nach einer Abfindung, die den Wert der eigentlichen Beteiligung sachgerecht abbildet, beim regulären Delisting aufgrund des erhöhten Verkaufsdrucks wesentlich höher als in normalen Übernahme-Situationen.

Die Verknüpfung von Abfindungshöhe und Börsenkurs war mithin auch systematisch nicht geboten.<sup>121</sup>

## (2) Orientierung an §§ 305, 327b AktG überzeugender

Freilich birgt die Orientierung der Höhe des Abfindungsangebots am Börsenkurs vor allem mit Blick auf die Informationsvielfalt zur Bestimmung des Unternehmenswerts einen Vereinfachungseffekt mit sich.<sup>122</sup> Ein legitimer Zweck, der a priori nicht kritikwürdig ist; daraus folgt aber freilich nicht, dass dieses Ergebnis endgültig richtig sein müsse.

Jedoch bildet sich auch in der neueren Rechtsprechung zu §§ 305, 327b AktG ab, dass diese sich bei der Ermittlung des Unternehmenswerts zunehmend umgekehrt am Börsenkurs orientiert und diese Methode den ertragsorientierten Bewertungsverfahren in Abhängigkeit vom Einzelfall gleichberechtigt gegenüberstellt.<sup>123</sup> Die Rechtsprechung geht folglich

zwar auch nicht davon aus, dass eine ertragswertorientierte Unternehmensbewertung dem tatsächlichen Unternehmenswert generell näher kommt als eine Bewertung nach dem Börsenkurs. Jedoch ist eine ausschließliche Anknüpfung am Börsenkurs in Delisting-Konstellationen insofern problematisch, als ein Börsenrückzug insbesondere für Gesellschaften attraktiv ist, deren tatsächlicher Wert den Börsenwert übersteigt.<sup>124</sup> An der Prämisse der Befürworter einer börsenkurstützten Ermittlung, der zufolge der Börsenwert im Allgemeinen den tatsächlichen Unternehmenswert widerspiegelt, bestehen in Delisting-Konstellationen also erhebliche Zweifel.<sup>125</sup>

Nach § 39 Abs. 3 S. 4 BörsG ist die Bestimmung anhand des Unternehmenswerts nur in evidenten Ausnahmefällen vorzunehmen,<sup>126</sup> sodass die Bestimmung der Höhe der Gegenleistung am Börsenwert hier noch klaren Vorrang genießt. So besteht das Problem, dass durch diese vorrangige Anknüpfung am Börsenwert die Höhe der Gegenleistung durch den Emittenten in gewissem Maße doch gestaltbar ist.<sup>127</sup> So etwa, indem dieser eine Marktphase abwartet, in der die Anteile zu einem günstigen Preis gehandelt werden, um sodann mit Antrag und Angebot tätig zu werden. Hierbei wären zwar die gesetzlichen Anforderungen erfüllt; auf der anderen Seite würde das unterbreitete Angebot aber jedenfalls allgemein als zu niedrig empfunden. Der Referenzzeitraum von sechs Monaten erschwert derartige Gestaltungen beim Delisting zwar; sie liegen aber doch in der Natur der Anknüpfung an den Börsenkurs.

Eine Lösung entlang der §§ 305, 327b AktG hätte dabei zu weniger Gestaltungsspielraum gesorgt, vor allem, weil dem Börsenkurs keine klare Vorrangstellung eingeräumt worden wäre.<sup>128</sup> Folglich wäre einer Regelung, die die flexible Anwendung der einen oder anderen Bewertungsmethode im Einzelfall erlaubt, der Vorzug zu geben gewesen.<sup>129</sup>

---

Frankfurt a.M. NZG 2014, 464 (465 ff.); OLG München AG 2012, 749 (750 ff.); auf diese Tendenz in der Rspr. hinweisend *Koch/Harnos*, NZG 2015, 729 (733); *Gegler*, BKR 2016, 273 (276).

<sup>124</sup> Zu dieser logischen Konsequenz auch *Bayer*, ZIP 2015, 853 (857) sowie *Gegler*, BKR 2016, 273 (276); überspitzt könnte man die Frage nach einem Delisting in dieser Hinsicht auch als Rechenaufgabe für die rückzugswillige Gesellschaft benennen – übersteigt der Unternehmenswert den Börsenkurs im Referenzzeitraum wäre einem Delisting-Antrag aus Emittentensicht sicherlich der Vorzug zu geben.

<sup>125</sup> *Bayer*, ZIP 2015, 853 (857) unter Verweis auf *Streit*, ZIP 2003, 392; *ders.*, ZIP 2002, 1279 (1280); *Gegler*, BKR 2016, 273 (276).

<sup>126</sup> Zu den Ausnahmetatbeständen und der teilweise erheblichen Kritik im Einzelnen unten II. 3. c) cc).

<sup>127</sup> Vgl. zu „low-balling“ und „creeping-in“, wodurch Reformdiskussionen hervorgerufen wurden statt vieler *Baums*, ZIP 2010, 2374 ff. sowie *Merkt*, NZG 2011, 561 ff.

<sup>128</sup> *Gegler*, BKR 2016, 273 (277).

<sup>129</sup> Dafür auch *Koch/Harnos*, NZG 2015, 729 (733).

<sup>117</sup> Vgl. auch *Krause*, WM 1998, 893 (899).

<sup>118</sup> Dazu bereits oben I. 2. d).

<sup>119</sup> Zum Normzweck des § 35 WpÜG ausführlich *Hasselbach*, in: *Hirte/v. Bülow* (Hrsg.), *Kölner Kommentar zum WpÜG*, 2. Aufl. 2010, § 35 Rn. 5 ff.; und zur konkreten Gefahr im Falle eines Delistings näher oben II. 3. c).

<sup>120</sup> So treffend *Baums*, ZIP 2010, 2374 (2382).

<sup>121</sup> Mit diesem Ergebnis auch *Gegler*, BKR 2016, 273 (277).

<sup>122</sup> BT-PIPr. 18/127, S. 12385 (verbatim); siehe auch *Bayer*, NZG 2015, 1169 (1173); *Gegler*, BKR 2016, 273 (277).

<sup>123</sup> BGH NZG 2016, 139 (142); BGH NZG 2016, 461 (463 f.); zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit dieses Vorgehens BVerfG NZG 2011, 869 (870); vgl. dazu auch bereits BVerfG NZG 1999, 931 (932 f.); aus der instanzgerichtlichen Rspr. etwa OLG Frankfurt a.M. NZG 2010, 1141 (1142); OLG

*bb) Fungibilitätsverlust nicht allein relevant*

Für die Anknüpfung am Börsenkurs ließ sich weiter der Wegfall der von den Anteilseignern erlittene Verlust der Fungibilität ins Feld führen, welcher so prima facie exakt kompensiert werden könne.<sup>130</sup> Denn durch den Widerruf der Börsenzulassung werde die Handelbarkeit der Beteiligung als kapitalmarktrechtlicher Teil der durch die Aktie vermittelten Vermögensposition beeinträchtigt, ohne dass dies die Gesellschafterstellung des Aktionärs berühre.<sup>131</sup>

Hieraus ergebe sich die zunächst konsequente Annahme, dass zu kompensieren grundsätzlich nur die weggefallene Handelbarkeit der Aktie und nicht ein etwaiger Verlust der Gesellschafterstellung sei.<sup>132</sup> Insoweit scheint sich die Situation beim regulären Delisting maßgeblich von umwandlungsrechtlichen Abfindungstatbeständen zu unterscheiden, da dort an tiefgehende Eingriffe in die Gesellschafterstellung des betroffenen Aktionärs angeknüpft wird.<sup>133</sup>

Dementsprechend lag der Gedanke nahe, dass sich die Abfindung beim regulären Delisting anders als im Umwandlungsrecht nicht am Unternehmenswert als Sinnbild der verbandsrechtlichen Stellung des Aktionärs, sondern am Börsenkurs als Sinnbild der (nur) verlustig gegangenen Fungibilität zu orientieren habe.<sup>134</sup>

*(1) Gesellschafterstellung zu kompensieren*

Eine unwesentlich genauere Betrachtung zeigt jedoch, dass der Aktionär bei Annahme des Abfindungsangebots nicht nur die Fungibilität seiner Anteile, sondern auch und vor allem seiner Gesellschafterstellung verlustig geht.<sup>135</sup> Die vorgesehene Abfindung der Minderheitsaktionäre mittels Ausstiegsrecht zum Börsenkurs, also singuläre Kompensation des Fungibilitätsverlusts hat also mit einer gerechten Entschädigung der Gesamteinbußen der Minderheitsaktionäre, nicht allzu viel gemein.<sup>136</sup>

Im Einklang mit anderen Stimmen aus der Literatur<sup>137</sup> müsste eine Entschädigung daher auf der einen Seite zwar

den Fungibilitätsverlust kompensieren, auf der anderen Seite aber auch die Gesellschafterstellung unberührt lassen.<sup>138</sup>

*(2) Regelung entlang § 15 UmwG überzeugender*

Vorstellbar und im Ergebnis überzeugender wäre wegen der vorbenannten problematischen Teilkompensation der Minderheitsaktionäre die Schaffung einer Regelung nach dem Vorbild des § 15 UmwG gewesen. Danach ist dem Anteilseigner im Rahmen einer Verschmelzung eine bare Zuzahlung zu leisten, sofern die durch Anteilsinhaberschaft am übertragenden wirtschaftlich nicht jener am übernehmenden Rechtsträger entspricht.<sup>139</sup>

Im Fall des regulären Delistings wäre damit, daran anknüpfend, die Differenz des Werts der Anteilsinhaberschaft an der börsennotierten und des Werts der Anteilsinhaberschaft an der nicht (mehr) börsennotierten Gesellschaft als Zuzahlung zu leisten. Da es dabei aber letztlich auch um die gesellschaftsrechtliche Vermögensposition geht, muss ein Ausgleichsanspruch folglich immer den vollen Anteilswert ersetzen,<sup>140</sup> selbst wenn für manchen Kleinanleger der Ausstieg eher in Betracht kommen sollte.

*cc) Zu den Ausnahmetatbeständen*

Dem Gesetzgeber ist im Ergebnis darin positiv beizupflichten, dass dieser anerkannt hat, dass die Ermittlung der Abfindungshöhe allein am Börsenkurs in Einzelfällen an Grenzen zu stoßen vermag.

Unter besonderen Ausnahmeveraussetzungen und im Namen des Anlegerschutzes ist die Bestimmung der Abfindungshöhe anhand des Unternehmenswerts daher trotz anderslautender Grundentscheidung subsidiär zugelassen worden. Die in § 39 Abs. 3 S. 3 und 4 BörsG enumerativ aufgelisteten Ausnahmetatbestände sind in diesem Zusammenhang abschließend, lassen also jedenfalls keine weiteren Ausnahmen von der Bestimmungsentscheidung zugunsten des Börsenkurses zu.<sup>141</sup>

*(1) Partielles Unterlaufen des Kleinanlegerschutzes*

Als Ausnahme von der Regel wird die Höhe des Abfindungsangebots etwa am Unternehmenswert ausgerichtet, wenn (i.) der Emittent keine oder eine fehlerhafte Ad-hoc-Mitteilung betreffend Insiderinformationen veröffentlicht hat oder (ii.) der Bieter<sup>142</sup> bezüglich der von seinem Angebot betroffenen

<sup>138</sup> Als Möglichkeit wird dort etwa § 304 Abs. 2 AktG herangezogen, der den im Vertragskonzern verbleibenden Gesellschafter eine Ausgleichszahlung für die mit der Konzernierung verbundene Schmälerung der Gewinnchancen vorzieht; *Gegler*, BKR 2016, 273 (276) und *Koch/Harnos*, NZG 2015, 729 (733) weisen aber zugleich auch auf die legislatorisch schwierige bis fehlende Darstellbarkeit hin.

<sup>139</sup> *Gegler*, BKR 2016, 273 (276).

<sup>140</sup> Auch *Gegler*, BKR 2016, 273 (276); *Bayer*, ZfPW 2015, 163, 221 f.; *ders.*, ZIP 2015, 853 (857); *Koch/Harnos*, NZG 2015, 729 (733).

<sup>141</sup> Aufzählung bei *BT-Drs. 18/6220*, S. 84 ff.

<sup>142</sup> Zum Adressatenkreis der Abfindungspflicht siehe oben II.

<sup>130</sup> Dazu schon oben I. 3. b) aa).

<sup>131</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses BT-Drs. 18/6220, S. 84; *Hasselbach/Pröhl*, NZG 2015, 209 (210); *Gegler*, BKR 2016, 273 (276).

<sup>132</sup> Deziert *Gegler*, BKR 2016, 273 (276); *Habersack*, JZ 2014, 147 (148); *ders.*, ZHR 176 (2012), 463 (466 f.).

<sup>133</sup> *Gegler*, BKR 2016, 273 (276); *Habersack*, JZ 2014, 147 (148); *Habersack*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Aktiengesetzes, S. 7, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/372592/4fa5dcc6925299639e78e4ee209de2f5/habersack-data.pdf> (4.11.2021).

<sup>134</sup> Zutreffende Konsequenz nach *Gegler*, BKR 2016, 273 (276).

<sup>135</sup> *Gegler*, BKR 2016, 273 (276); *Koch/Harnos*, NZG 2015, 729 (733); *Bayer*, NZG 2015, 1169 (1173); *ders.*, ZIP 2015, 853 (857).

<sup>136</sup> So im Ergebnis auch *Gegler*, BKR 2016, 273 (276) sowie *Koch/Harnos*, NZG 2015, 729 (733).

<sup>137</sup> *Gegler*, BKR 2016, 273 (276); *Koch/Harnos*, NZG 2015, 729 (733).

Aktien gegen die §§ 15, 20a WpHG bzw. Art. 12, 15, 17 MAR (Verbot der Marktmanipulation) verstoßen hat, § 39 Abs. 3 S. 3 BörsG. In beiden Fällen kann der Börsenkurs keine zuverlässige Grundlage für die Ermittlung der Höhe des Abfindungsangebots mehr darstellen. Die benannten Ausnahmetatbestände greifen dabei nach § 39 Abs. 3 S. 3 BörsG wiederum nicht ein, soweit die Verstöße keine wesentlichen Auswirkungen auf den maßgeblichen Börsenkurs hatten. Welche Bezugspunkte für die Wesentlichkeit herangezogen werden müssen, teilt der Gesetzeswortlaut allerdings nicht mit.<sup>143</sup>

Nach Ansicht des Gesetzgebers würden die Ausnahmetatbestände jedoch ohnehin erst dadurch ausgelöst, dass ein entsprechender Verstoß durch den Bieter bestands-/rechtskräftig seitens der BaFin festgestellt wurde.<sup>144</sup> Weil hierin ein Risiko für den Kleinanlegerschutz gesehen wird, fordern manche Stimmen aus der Literatur<sup>145</sup>, denen insofern zuzustimmen ist, dass ein objektiver Verstoß genügen müsse.<sup>146</sup>

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist zudem zu konzedieren, dass dem einzelnen Aktionär die Anstrengung der Bewertung hin zum Unternehmenswert jedenfalls abgeschnitten ist, da die BaFin allein im Interesse der Öffentlichkeit und nicht im Interesse des einzelnen Minderheitsbeteiligten aktiv wird.<sup>147</sup>

Systematisch problematisch erscheint schließlich, dass Marktmanipulationen durch Dritte nach dem Willen des Gesetzgebers von den Ausnahmeregeln ausgenommen sein sollen.<sup>148</sup> Aus Emittentensicht mag dies gerechtfertigt erscheinen – der abzufindende Minderheitsaktionär sieht sich demgegenüber ungesehen u.U. einem verfälschten Abfindungswert gegenüber.<sup>149</sup>

### (2) Günstige Aktien für den Großaktionär

Nach Maßgabe von § 39 Abs. 3 S. 4 BörsG ist es ausnahmsweise gestattet, die Höhe des Abfindungsangebots am Unternehmenswert auszurichten, wenn der Börsenkurs wegen mangelnder Liquidität der Aktien keine Aussagekraft besitzt.<sup>150</sup>

Davon sind vor allem solche Gesellschaften erfasst, welche durch geringen Streubesitz und geringem Handelsumsatz gekennzeichnet sind;<sup>151</sup> ein ohnehin niedriger Börsenkurs soll in diesem Fall nicht ausgenutzt werden können, um ein regu-

läres Delisting mit niedrigen Abfindungen zu realisieren.<sup>152</sup> Allerdings handelt es sich bei den benannten Gesellschaften doch um solche, für die ein Börsenrückzug am ehesten Sinn machen wird? Dennoch sind sie nach der Neuregelung gehalten, ein am Unternehmenswert ausgerichtetes Angebot vorzulegen, während Gesellschaften, welche über großes Handelsvolumen und großen Streubesitz verfügen, weiterhin eine Abfindung anhand des Börsenkurses zu leisten haben.

Den übernehmenden Großaktionären zweitbenannter Gesellschaften ist es daher von Gesetzes wegen nicht verwehrt, unter Beachtung des sechsmonatigen Referenzzeitraums Krisenzeiten abzapfen, welche sich in einem niedrigeren Börsenwert widerspiegeln, wobei der Unternehmenswert mitnichten reflektiert sein wird, um so die Aktien der Minderheitsaktionäre günstiger einzusammeln.<sup>153</sup>

### (3) Benachteiligung von US-Emittenten

In den Fällen von Teildelistings nach § 39 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 lit. b BörsG kann der Börsenrückzug (nur) unter der Prämisse stattfinden, dass die Gesellschaft an einer ausländischen Börse in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum mit einem § 39 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 BörsG entsprechenden Schutzstandard gelistet bleibt.<sup>154</sup> Hieraus ergibt sich, dass auch der Widerruf der Zulassung am regulierten Markt in Deutschland nur zulässig sein kann, wenn der Widerruf am ausländischen Markt, an dem das Wertpapier weiterhin gehandelt wird, ebenso nur bei gleichzeitigem Abfindungsangebot zulässig sein kann. Denn die anlegerschützenden Voraussetzungen des § 39 BörsG sollen über eine Zweitzulassung an einem organisierten Markt im Ausland nicht konterkariert werden können.<sup>155</sup>

Dabei muss jedoch beachtet werden, dass Gesellschaften, die eine weitere Zulassung an einer US-amerikanischen Börse besitzen, wegen der Erweiterung des Anwendungsbereichs der Neuregelung auf diese<sup>156</sup> benachteiligt werden, denn die strengeren Regelungen des § 39 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 BörsG findet nunmehr uneingeschränkt auch auf diese Anwendung, obwohl das börsliche Schutzniveau betreffend die Kleinanleger dort regelmäßig mit demjenigen an deutschen Handelsplätzen vergleichbar ist<sup>157</sup> und ihre Bedeutung für den deutschen Aktienmarkt als erheblich mitprägend einzustufen sein wird.

2. a) aa).

<sup>143</sup> Ebenso *Koch/Seiz*, DB 2016, 1053 (1055).

<sup>144</sup> BT-Drs. 18/6220, S. 85.

<sup>145</sup> *Harnos*, ZHR 176 (2015), 750 (767 f.); *Wackerbarth*, WM 2016, 385 (387).

<sup>146</sup> Schließlich ist die Gesetzesbegründung kein bindendes Normenwerk für den Richter; zur möglichen Heranziehung der 5 %-Schwelle des § 39 Abs. 3 S. 4 BörsG zur Näherung an den Wesentlichkeitsbegriff vgl. *Kumpfan* (Fn. 2), BörsG § 39 Rn. 9.

<sup>147</sup> Ebenso *Kastl* (Fn. 81), S. 327.

<sup>148</sup> BT-Drs. 18/6220, S. 85.

<sup>149</sup> Zutreffend *Kastl* (Fn. 81), S. 324.

<sup>150</sup> BT-Drs. 18/6220, S. 85.

<sup>151</sup> Ebenso *Kastl* (Fn. 81), S. 324.

<sup>152</sup> Zu diesem Risiko bereits *Harnos*, ZHR 179 (2015), 750 (760).

<sup>153</sup> Auch *Bayer*, NZG 2015, 1169 (1175).

<sup>154</sup> *Goetz*, BB 2015, 2691 (2693); *Mense/Klie*, DStR 2015, 2782 (2784).

<sup>155</sup> BT-Drs. 18/6220, S. 86.

<sup>156</sup> Dazu oben II. 2. a) bb).

<sup>157</sup> Auch *Koch/Harnos*, NZG 2015, 729 (731); die Bedeutung von US-amerikanischen Emittenten für den deutschen Aktienmarkt liegt auf der Hand; zur US-Berichtssaison vgl. etwa <https://www.boerse-frankfurt.de/nachrichten/4660d59b-5ecb-4b2a-a32c-a0fa95ee3d19> (4.11.2021).



#### 4. Ablauf von Delistings nach § 39 BörsG Abs. 2 n.F.<sup>158</sup>

##### a) Entscheidung zur Abgabe eines Angebots

Die Entscheidung betreffend die künftige Abgabe eines Delisting-Abfindungsangebots ist in einem ersten Schritt an die Börsengeschäftsführung und der BaFin zu richten und zu veröffentlichen;<sup>159</sup> dieser Zeitpunkt ist nach § 39 Abs. 3 S. 2 BörsG maßgeblich für die Berechnung des sechsmonatigen Referenzzeitraums zur Berechnung des durchschnittlichen Börsenkurses. Die Veröffentlichung richtet sich über die Verweisung des § 39 Abs. 3 S. 2 BörsG nach §§ 10, 35 Abs. 1 S. 1 WpÜG. Dabei sollen die Regeln für einfache Erwerbangebote maßgeblich sein.<sup>160</sup>

##### b) Erstellung der Angebotsunterlage

Im Anschluss ist die Angebotsunterlage nach Maßgabe von § 11 WpÜG i.V.m. § 2 WpÜGAngebVO zu erstellen, wobei die Modifikationen gem. § 39 Abs. 3 BörsG zu beachten sind. Im Unterschied zu einem normalen Übernahmeangebot sollten die Anforderungen im Falle einer Delisting-Abfindung indes nicht überspannt werden, um dem Emittenten den Rückzug von der Börse nicht unnötig zu erschweren.<sup>161</sup>

##### c) Sicherstellung der Finanzierung

Die Finanzierung der Gegenleistung ist nach Maßgabe von § 13 WpÜG sicherzustellen.

##### d) Übermittlung der Angebotsunterlage

Innerhalb weiterer vier Wochen nach Veröffentlichung der Angebotsunterlage muss diese sodann nach den Vorgaben des § 10 WpÜG der BaFin zur inhaltlichen Prüfung übermittelt werden, § 14 Abs. 1 WpÜG.<sup>162</sup> Diese überprüft im Rahmen einer Evidenzkontrolle<sup>163</sup> (i.) die offensichtliche Unangemessenheit des Angebots, (ii.) das Vorliegen einer Finanzierungsbestätigung sowie (iii.), ob der zur Bestimmung der Angebotshöhe grundsätzlich allein maßgebliche Börsenkurs<sup>164</sup> binnen des sechsmonatigen Referenzzeitraums zutreffend berechnet wurde.<sup>165</sup>

##### e) Veröffentlichung der Angebotsunterlage

Nach positiver Prüfung durch die BaFin oder nach Ablauf der Zehn-Tagesfrist des § 14 Abs. 1 WpÜG zur Untersagung ist die Angebotsunterlage in einem nächsten Schritt als Ausprägung des Ad-hoc-Prinzips unverzüglich zu veröffentlichen, § 14 Abs. 2, Abs. 3 WpÜG.<sup>166</sup>

##### f) Antrag auf Delisting bei Börsengeschäftsführung

Erst nach der vorbenannten Veröffentlichung kann der Delisting-Antrag schließlich an die Geschäftsführung der Börse gerichtet werden, welche die Unterlage im Rahmen ihrer Entscheidungsfindung einer letzten Prüfung unterzieht. Nach dem Willen des Gesetzgebers hat die Börsengeschäftsführung dabei jedoch allein eine formale Prüfung durchzuführen, die sich auf die Vorgaben des WpÜG betreffend die ordnungsgemäße Veröffentlichung der Angebotsunterlage beschränkt.<sup>167</sup> Durch dieses Antragsprinzip wird deutlich, dass die Börsenzulassung im Namen des Aktionärsschutzes nicht durch einseitigen Verzicht wieder aufgegeben werden kann, sondern ein reguläres Delisting stets im Antragsverfahren abzulaufen hat.<sup>168</sup>

Die Entscheidung über den Widerruf liegt sodann im Ermessen der Börsengeschäftsführung; das Ermessen ist dabei nicht gänzlich frei, sondern ein durch § 39 Abs. 2 bis 4 BörsG eingeschränktes, pflichtgemäßes Ermessen, das im Einzelfall auf Null reduziert sein kann.<sup>169</sup>

##### g) Veröffentlichung der Widerrufsentscheidung

Ihre Widerrufsentscheidung hat die Börsengeschäftsführung sodann nach Maßgabe von § 39 Abs. 5 S. 1 BörsG unverzüglich öffentlich zu machen. Im Gegensatz zum Angebot des Emittenten<sup>170</sup> darf der Widerruf durchaus unter Bedingungen stehen, mit derjenigen Maßgabe, dass zwischen Veröffentlichung des Widerrufs und dessen Wirksamwerden ein Zeitraum von zwei Jahren nicht überschritten werden darf. Ab positiver Entscheidung über den Antrag des Emittenten hat dieser mithin längstens zwei Jahre zu befürchten, entgegen seinem Willen noch an der Börse festgehalten zu werden; er hat somit einen Anspruch auf Entlassung aus dem regulierten Markt.<sup>171</sup>

<sup>158</sup> Zur Durchführung eines Delistings auch *Wieneke/Schulz*, AG 2016, 809.

<sup>159</sup> Diese Pflicht zur Veröffentlichung der Ankündigung des Angebots ist ein Spezialfall der Ad-hoc-Publizität: *Noack/Holzborn*, in: *Schwark/Zimmer*, KMRK, § 10 WpÜG Rn. 5; *Bayer*, NZG 2015, 1169 (1177).

<sup>160</sup> BT-Drs. 18/6220, S. 84 ff.

<sup>161</sup> Auch *Bayer*, NZG 2015, 1169 (1177); *Koch/Harnos*, NZG 2015, 729 (735).

<sup>162</sup> *Kocher/Seiz*, DB 2016, 1053 (1054).

<sup>163</sup> Zur Prüfung durch die BaFin *Kremer/Osterhaus*, in: *Hirte/v. Bülow* (Hrsg.), *Kölnener Kommentar zum WpÜG*, 2. Aufl. 2010, § 31 Rn. 105 f.; *Lenz/Linke*, AG 2002, 361 (363).

<sup>164</sup> Zu den Ausnahmen und entsprechender Kritik ausführlich schon oben II. 3. c) cc).

<sup>165</sup> BT-Drs. 18/6220, S. 86.

<sup>166</sup> *Zimmer/v. Imhoff*, NZG 2016, 1056 (1057).

<sup>167</sup> Dazu im Allgemeinen *Geibel/Süßmann*, BKR 2002, 52; Der Gesetzgeber ordnet in § 39 Abs. 6 BörsG an, dass die Rechtmäßigkeit des Widerrufs im Hinblick auf das Erwerbangebot unberührt bleibt, was deutlich macht, dass hierbei zwei selbständige Verfahren vorliegen. Falls die Voraussetzungen des § 39 Abs. 3 BörsG entgegen der Entscheidung der BaFin doch nicht vorliegen, hat dies somit keinen Einfluss auf die Entscheidung der Rechtmäßigkeit des Widerrufs der Börsenzulassung durch die Börsengeschäftsführung.

<sup>168</sup> A.A. noch *Eickhoff*, WM 1988, 1713; *Fluck*, WM 1995, 553.

<sup>169</sup> *Kumpan* (Fn. 2), BörsG § 39 Rn. 6.

<sup>170</sup> Zur Bedingungsfeindlichkeit nach § 39 Abs. 3 BörsG schon oben II. 3. b).

<sup>171</sup> So auch *Kumpan* (Fn. 2), BörsG § 39 Rn. 10.

### 5. Rechtsschutz dissentierender Aktionäre

#### a) Gegen den Widerruf der Börsenzulassung

Das Rechtsschutzbegehren der von einem Delisting betroffenen Aktionäre kann sich zunächst gegen den Börsenrückzug als solchen richten. Weil sich ein Delisting in Form eines Widerrufs der Zulassung durch die Börsengeschäftsführung vollzieht, steht dabei ein belastender Verwaltungsakt nach § 35 VwVfG im Raum, sodass zunächst verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz nahe liegt. Zu Zeiten der Geltung von § 39 Abs. 2 BörsG a.F. war in diesem Zusammenhang bereits umstritten, inwieweit die Vorschrift drittschützend wirke und den Minderheitsaktionären selbst den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO).<sup>172</sup> Soweit dies zu bejahen wäre, könnten sich die betroffenen Aktionäre etwa mit dem Argument zur Wehr setzen, § 39 BörsG sei ermessensfehlerhaft angewandt worden.

Durch § 39 Abs. 2 BörsG n.F. und den Willen des Gesetzgebers, den Anlegerschutz stärken zu wollen, lässt sich nunmehr eine Tendenz in Richtung Drittschutz wohl noch mehr bekräftigt annehmen.<sup>173</sup> Die höchstrichterlich bislang nicht entschiedene Frage wird aller Voraussicht nach jedoch umstritten bleiben.<sup>174</sup>

#### b) Zur Überprüfung der angemessenen Gegenleistung

##### aa) Vorgeschalteter Rechtsschutz durch die BaFin?

Mit dem Gestattungsverfahren der BaFin betreffend die Angebotsunterlage gem. § 14 Abs. 2 S. 1 WpÜG<sup>175</sup> geht einer etwaigen gerichtlichen Auseinandersetzung betreffend die Angemessenheit der Gegenleistung ein gewisser präventiv-prozessualer Schutz der Aktionäre einher.

Indes kann hierin aus Anlegersicht kein effektiver Rechtsschutz erblickt werden, da die BaFin innerhalb der kurz bemessenen Regelfrist von zehn Werktagen lediglich prüft, ob die Angebotsunterlage in formeller Hinsicht alle gesetzlich vorgeschriebenen Angaben enthält und in materieller Hinsicht nicht offensichtlich gegen Vorschriften des WpÜG und der WpÜGAngebVO verstößt. Einzelheiten der Angemessenheit der Gegenleistung sind damit schon nicht vom vorgeschalteten Prüfungsrahmen der BaFin erfasst.<sup>176</sup>

<sup>172</sup> Dazu *Auer*, JZ 2015, 71 (76); *Gegler*, BKR 2016, 273 (278); *Groß*, AG 2015, 812 (818 f.); gegen eine Antragsbefugnis aus der Rspr. nunmehr VG Frankfurt a.M. AG 2013, 847.

<sup>173</sup> Auch *Gegler*, BKR 2016, 273 (278); *Groß*, AG 2015, 812 (818); *Harnos*, ZHR 179 (2015), 750 (776); recht apodiktisch für ein Klagerecht des einzelnen Anlegers *Kumpan* (Fn. 2), BörsG § 39 Rn. 15.

<sup>174</sup> Auch *Kocher/Seiz*, DB 2016, 153 (157).

<sup>175</sup> Zu oben II. 4. d).

<sup>176</sup> Zur Evidenzkontrolle durch die BaFin *Kremer/Osterhaus* (Fn. 163), § 31 Rn. 105 f.; vgl. weiter *Verse*, in: Mülbert/Kiem/Wittig (Hrsg.), 10 Jahre WpÜG, ZHR-Beiheft 76 (2011), 276 (277 f.).

#### bb) Kein verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz

Dass das Vorgehen gegen das reguläre Delisting in seiner Reinform nicht das adäquate Mittel sein kann, um einen Streit über die Angemessenheit der an die Minderheitsaktionäre zu zahlende Abfindung zu entscheiden, wurde im Gesetzgebungsverfahren ubiquitär vertreten.<sup>177</sup>

Auch dogmatisch überzeugt diese Überlegung nicht, denn der Streit um die Angemessenheit entbehrt entgegen der Widerrufentscheidung bereits der zur Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs erforderlichen Öffentlich-Rechtlichkeit; dies wird umso mehr dadurch deutlich, dass nach § 39 Abs. 6 BörsG die Börsengeschäftsführung im Delisting-Verfahren die Angemessenheit der Gegenleistung nicht überprüft.

Weiterhin kommt seitens der Anleger ein subjektives Recht auf Untersagung des Delistings, welches sich auf die Unangemessenheit der Gegenleistung stützt, nicht in Betracht, da § 39 Abs. 2 S. 2 BörsG nur die Gesamtheit der Anleger im öffentlichen Interesse schützt; im Rahmen des Widerspruchs- und Beschwerdeverfahrens nach §§ 41 f., 48 ff. WpÜG fehlt ihnen damit bereits die erforderliche Antragsbefugnis.<sup>178</sup>

Der Widerruf der Börsenzulassung sollte ebenso nicht dadurch erschwert werden, dass dieser mit der Argumentation angegriffen wird, die Gegenleistung habe nicht den Voraussetzungen des § 39 Abs. 3 BörsG entsprochen.<sup>179</sup>

#### cc) Zivilgerichtlicher Rechtsschutz

Die Kontrolle der Gegenleistung soll nach dem Konzept des Gesetzgebers<sup>180</sup> daher in einem vom regulären Delisting als solchen unabhängigen Verfahren vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit erfolgen.<sup>181</sup> Dies folgt für den Regelfall einer anhand des Börsenkurses ermittelten Gegenleistung aus der Geltung von § 31 WpÜG und § 39 Abs. 3 S. 3 und 4 BörsG,

<sup>177</sup> Dazu *Hammen*, ZBB 2016, 398; *Bayer*, ZfPW 2015, 163 (198 f.); und ausführlich *Mayen*, ZHR 179 (2015), 1 ff. beide jeweils m.w.N.

<sup>178</sup> VG Frankfurt a.M. AG 2013, 848 (nur die Gesamtheit der Aktionäre); anders noch VG Frankfurt a.M. EWiR 2002, 953; dagegen auch OLG Frankfurt a.M. AG 2003, 515 (516); OLG Frankfurt a.M. BKR 2003, 717 ff. (kein Rechtsschutz der Aktionäre gegen die Genehmigung eines Übernahmeangebots); vgl. dazu auch *Pohlmann*, ZGR 2007, 1 (22 ff.); *Hammen*, ZBB 2016, 398; a.A. *Hellwig/Bomann*, ZGR 2002, 468; *Groß*, ZHR 165 (2001), 158 f.; *Kumpan* (Fn. 2), BörsG § 39 Rn. 15.

<sup>179</sup> BT-Drs. 18/6220, S. 94; zum weitergehenden Prüfungsumfang im Falle des § 39 Abs. 2 Nr. 2 BörsG vgl. *Harnos*, ZHR 179 (2015), 750 (775).

<sup>180</sup> BT-Drs. 18/6220, S. 94; *Bayer*, NZG 2015, 1169 (1177).

<sup>181</sup> Der Delisting-Vollzug soll durch den Streit um die Angemessenheit nicht behindert werden; vgl. auch *Bayer*, ZfPW 2015, 163 (222); *ders.*, ZIP 2015, 853 (858); *Koch/Harnos*, NZG 2015, 729 (736); aus Sicht der kapitalmarktrechtlichen Lösung auch *Brellocks*, AG 2014, 633 (645); für Vertreter der gesellschaftsrechtlichen Lösung lag dabei die Anwendung des Spruchverfahrens nahe, etwa nochmals *Bayer*, ZfPW 2015, 163 (222) m.w.N. sowie *Koch/Harnos*, NZW 2015, 729 (737); *Kubis* (Fn. 12), § 119 Rn. 92.

welche den Aktionären ein subjektives Klagerecht sowie einen Nachzahlungsanspruch bei zu niedrig bemessener (nicht angemessener) Gegenleistung vermittelt.<sup>182</sup>

Problematisch erscheint jedoch die Effektivität der Durchsetzung: Denn der Anspruch des einzelnen Aktionärs kann nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 KapMuG n.F.<sup>183</sup> zwar im Rahmen eines Musterfeststellungsverfahrens geltend gemacht werden,<sup>184</sup> jedoch muss in Bezug auf § 31 WpÜG bemängelt werden, dass die Möglichkeit eines Zwischenverfahrens nach dem KapMuG keinen angemessenen Aktionärsschutz vermittelt und ein adäquates Schutzniveau nur durch ein Spruchverfahren<sup>185</sup> (oder ein vergleichbares Verfahren)<sup>186</sup> verwirklicht werden kann.

Zum einen besitzt ein Spruchverfahren den Vorteil, dass die Aktionäre den Klageantrag nicht genau beziffern müssten.<sup>187</sup> Zum anderen wirkt ein Urteil gem. § 13 S. 2 SpruchG erga omnes, sodass die Minderheitsaktionäre nicht gezwungen wären, ihre Ansprüche in zahlreichen zersplitterten Einzelprozessen durchzusetzen.<sup>188</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint es problematisch, dass sich der Gesetzgeber nun auch in Delisting-Konstellationen gegen die Möglichkeit eines Spruchverfahrens entschieden hat.<sup>189</sup>

<sup>182</sup> So abgeleitet aus dem Übernahmerecht aus der Postbank-Entscheidung des BGH v. 29.7.2014 (BGH NZG 2014, 985); vgl. auch die ausdrückliche Bezugnahme des Gesetzgebers: BT-Drs. 18/6220, S. 94; dazu etwa *Verse*, ZIP 2004, 199, (202 ff.); *Mülbert/Schneider*, WM 2003, 2301, (2302).

<sup>183</sup> BGBl. I 2012, S. 2182.

<sup>184</sup> Das KapMuG wurde damit in seinem Anwendungsbereich auf Delisting-Fälle erweitert, um auf diese Weise die Geltendmachung von Ansprüchen wegen einer etwaigen zu niedrigen Gegenleistung zu ermöglichen und zur Frage, ob wesentliche Verstöße gegen die §§ 15, 20a WpHG vorliegen; dazu *Brellocks*, AG 2014, 633 (645); *Buckel/Glindemann/Vogel*, AG 2015, 373 (380).

<sup>185</sup> *Verse*, ZIP 2004, 199 (207); *Seibt*, ZIP 2003, 1865 (1874) sowie Nachweise aus Fn. 181.

<sup>186</sup> *Verse*, in: *Mülbert/Kiem/Wittig* (Hrsg.), 10 Jahre WpÜG, ZHR-Beiheft 76 (2011), 276 (290).

<sup>187</sup> *Kubis*, in: *Münchener Kommentar zum AktG*, 5. Aufl. 2020, SpruchG § 4 Rn. 2.

<sup>188</sup> *Verse*, in: *Mülbert/Kiem/Wittig*, 10 Jahre WpÜG, ZHR-Beiheft 76 (2011), 276 (291); zu den sonstigen Vorzügen des Spruchverfahrens im Vergleich zum KapMuG, insbesondere im Hinblick auf die funktionale Zuständigkeit des Spruchkörpers *Harnos*, ZHR 179 (2015), 750 (777 ff.); *Gegler*, BKR 2016, 273 (279).

<sup>189</sup> *Gegler*, BKR 2016, 273 (279); freilich ist dabei zu konzedieren, dass ausweislich der Gesetzesmaterialien beobachtet werden soll, ob sich die zivilprozessuale Geltendmachung im Musterverfahren praktisch bewährt, oder ob der Rechtsschutz ggf. durch prozessuale Elemente aus dem Spruchverfahren fortentwickelt werden muss, vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses BT-Drs. 18/6220, S. 79.

## 6. Beispiele für Delistings nach § 39 BörsG n.F.

### a) OSRAM Licht AG<sup>190</sup>

Am 4.5.2021 gab die OSRAM-Licht AG bekannt, dass der Vorstand von ihrem österreichischen Großaktionär angewiesen wurde, ein Delisting-Verfahren einzuleiten. Die Gesellschaft soll vom regulierten Markt an der Frankfurter Wertpapierbörse und der Börse München genommen werden. Den Minderheitsaktionären, welche die übrigen 28 % der Anteile an der Gesellschaft halten, wurde ein Erwerbsangebot zu 52,30 € unterbreitet.

### b) Axel Springer SE<sup>191</sup>

Einem Delisting-Antrag der seit 1985 börsennotierten Axel Springer SE wurde am 1.4.2020 stattgegeben. Der Widerruf der Börsenzulassung wurde gemäß den Bestimmungen der Börsenordnung der Frankfurter Wertpapierbörse mit Ablauf des 6.4.2020 wirksam. Danach konnten die Axel Springer SE-Aktien nicht mehr an der Frankfurter Wertpapierbörse gehandelt werden.

### c) Sachsenmilch AG<sup>192</sup>

Am 29.9.2015 sowie erneut am 23.9.2016 gab der Vorstand der Sachsenmilch AG jeweils per Ad-hoc-Mitteilung bekannt, einen Delisting-Antrag stellen zu wollen; die Aktien sollten damit durch Widerruf der Börsenzulassung von der Frankfurter Wertpapierbörse genommen werden. Am 20.12.2016 gab die Frankfurter Wertpapierbörse sodann bekannt, dass dem Antrag der Sachsenmilch AG stattgegeben wurde und die Aktien mit Ablauf des 23.12.2016 nicht mehr handelbar sein werden.

<sup>190</sup> Siehe unter

<https://www.it-times.de/news/osram-licht-mehrheitsaktionae-ams-plant-delisting-der-licht-ikone-fuer-52-30-euro-je-aktie-138644/> (4.11.2021) und

<https://www.finanztreff.de/nachrichten/osram-bald-verschwindet-die-aktie-von-den-kurszetteln/24530467> (4.11.2021).

<sup>191</sup> Siehe unter

<https://www.axelspringer.com/de/presseinformationen/delisting-der-axel-springer-se-aktien-von-der-frankfurter-wertpapierboerse-erfolgt-mit-ablauf-des-6-april-2020>

(4.11.2021) und betreffend das Erwerbsangebot

<https://www.axelspringer.com/de/investor-relations/oeffentliches-delisting-erwerbsangebot-durch-kkr> (4.11.2021).

<sup>192</sup> Siehe unter

<https://www.sachsenmilchag.de/publikationen/einzelansicht/a-d-hoc-meldung-nach-15-wphg-beschluss-zum-delisting-1/> und

<https://www.sachsenmilchag.de/publikationen/einzelansicht/a-d-hoc-meldung-nach-15-wphg-beschluss-zum-delisting/> und <https://www.dgap.de/dgap/News/corporate/sachsenmilch-widerruf-der-zulassung-zum-handel-regulierten-markt-der-frankfurter-wertpapierboerse/?newsID=979215> (4.11.2021).

d) *BDI-BioEnergy International AG*<sup>193</sup>

Mit Bekanntmachung vom 20.12.2016 teilte die BDI-Bio-Energy International AG mit, dass ihr Delisting-Antrag vom 7.12.2016 positiv verbeschieden wurde und die Börsenzulassung an der Frankfurter Wertpapierbörse damit mit Ablauf des 22.12.2016 widerrufen wird und Aktien zum entsprechenden Zeitpunkt nicht mehr im regulierten Markt börslich zu handeln sein werden.

e) *ISARIA Wohnbau AG*<sup>194</sup>

Am 31.8.2016 hat die ISARIA Wohnbau AG auf ein erfolgreiches Delisting-Verfahren nach § 39 BörsG n.F. hin bekanntgegeben, dass ISARIA-Aktien mit Ablauf des 30.8.2016 nicht mehr an der Frankfurter Wertpapierbörse handelbar sein werden. Bei diesem Börsenrückzug handelte es sich seinerzeit um den ersten nach Maßgabe des neuen Rechts.

**III. Zentrale Ergebnisse**

Der Rückzug von der Börse vollzieht sich auf Antrag durch Verwaltungsakt der Börsengeschäftsführung gegenüber der emittierenden Gesellschaft und damit als *actus contrarius* zur ehemaligen Aufnahme in den regulierten Markt. Nachdem die Rechtsprechung erheblichen Wankelmut an den Tag legte, wurde das reguläre Delisting in § 39 BörsG Abs. 2–6 BörsG n.F. im Namen des Anlegerschutzes umfassend neu kodifiziert.

Dabei hat sich der Gesetzgeber vor allem auf einen geldwerten Ausgleich für die Minderheitsaktionäre für den von ihnen erlittenen Fungibilitätsverlust fokussiert und eine Abfindungsregel in Form eines obligatorischen Abfindungsangebots an die Minderheitsaktionäre statuiert. Unter Bedingungen darf das abzugebende Angebot generell nicht stehen, damit der Anlegerschutz nicht durch ungewisse künftige Ereignisse unterlaufen werden kann.

Die Höhe des Abfindungsangebots ist in erster Linie mit dem Börsenkurs und in zweiter Linie mit dem Unternehmenswert verknüpft. Hierbei besteht trotzdem das Restrisiko, dass der Delisting-interessierte Großaktionär für ihn positive Börsenentwicklungen abwartet, um einen niedrigen Abfindungspreis zu generieren. Dies wäre bei einer grundsätzlichen Anknüpfung an den Unternehmenswert kein Problem gewesen – Gegenargumente scheinen dabei unter keinem Aspekt zu verfangen; insbesondere stellt sich die Ermittlung des Unternehmenswerts in der Delisting-Konstellation nicht als derart kompliziert dar, dass mit der Anknüpfung an den Börsenkurs ein so massiver Vereinfachungseffekt einherginge.

Eine eigentlich zusätzlich erforderliche Kompensation der mit einem Delisting für die Kleinanleger so oder so einherge-

henden Einbüßung ihrer Gesellschafterstellung verkennt der Gesetzgeber; dabei wäre es am angemessensten, den Fungibilitätsverlust zu kompensieren und die Gesellschafterstellung aufrecht zu erhalten.

Das angestrebte hohe Maß an Anlegerschutz konterkariert der Gesetzgeber stellenweise selbst, da er die rechts-/bestandskräftige Feststellung eines Verstoßes gegen § 39 Abs. 3 S. 3 BörsG fordert, ehe eine Bestimmung der Abfindungshöhe an Stelle des Börsenwerts nach Maßgabe des Unternehmenswerts stattfinden kann. Dabei wird die BaFin jedoch allein im Interesse der Öffentlichkeit tätig und der einzelne Kleinanleger hat kein Initiativrecht betreffend das Überprüfungsverfahren. Weiterhin sind Verhaltensweisen Dritter, die zu einem verfälschten Börsenkurs führen, generell vom Regelungsbereich ausgenommen, sodass es im Einzelfall zu einer Bestimmung der Abfindungshöhe an einem eigentlich nicht repräsentativen Börsenkurs kommt, obschon ein Verstoß zu Lasten der Kleinanleger attestiert werden könnte.

In prozessualer Hinsicht kann sich gegen das Delisting als solches vor den Verwaltungsgerichten nur die Gesamtheit der Aktionäre richten, da der einzelne Anleger einem subjektiven Klagerecht ermangelt. Die Angemessenheit der Höhe der Abfindung vermag der einzelne Anleger dagegen vor den Zivilgerichten überprüfen zu lassen; das Spruchverfahren steht ihm nicht länger offen. Insgesamt ist das Rechtsschutzsystem um den Börsenrückzug aus Sicht der betroffenen Kleinanleger daher als defizitär einzuordnen.

**IV. Fazit und Ausblick**

Aus Anlegergesichtspunkten kann der Neuregelung des regulären Delistings in § 39 BörsG n.F. attestiert werden, den Schlusspunkt hin zu einem ausgeglichenen Rückzug von der Börse noch nicht final gesetzt zu haben. Vielmehr muss nach wie vor eine Lösung angestrebt werden, die den Besonderheiten des Delisting-Verfahrens durch eine eigenständige teleologische Antwort auf das kollidierende Interessengefälle zwischen Emittent, Großaktionär und Minderheitsaktionären gerecht wird und diese in praktische Konkordanz überführt. Während die Anleger einem besonderen Schutzbedürfnis unterliegen, sollte der Börsenrückzug dabei jedoch auch nicht unnötig erschwert werden; mit anderen Worten: Bei allem Anlegerschutz dürfen die Interessen des Initiators eines regulären Delistings nicht über ein erforderliches Maß hinaus in den Hintergrund gerückt werden. Entsprechende Möglichkeiten wurden aufgezeigt.

Delistings funktionieren auch entlang der Neuregelung, wie einige namhafte aktuelle Beispiele zeigen. Mit der Kodifikation „partiell zurück zu Macrotron“ hat der Gesetzgeber einen zwar zögerlichen, aber wichtigen Schritt getan, um die schwer zu ertragende Phase abfindungsfreier Delistings nach Frosta zu beenden. Praxis und Wissenschaft werden jedoch weiterhin mit den teilweise erheblichen Streitfragen um den freiwilligen Börsenrückzug beschäftigt bleiben.

Wie stets: „Ideas are easy, execution is everything.“<sup>195</sup>

<sup>193</sup> Siehe unter <https://www.bdi-bioenergy.com/de/newsroom/detail/delisting-der-bdi-bioenergy-international-ag-mit-ablauf-des-22-12-2016> (4.11.2021).

<sup>194</sup> Siehe unter <https://www.dgap.de/dgap/News/corporate/isaria-wohnbau-isaria-wohnbau-gibt-delisting-bekannt/?newsID=958281> (4.11.2021) und von Beraterseite <https://www.noerr.com/de/newsroom/press/noerr-berat-isaria-wohnbau-ag-bei-kapitalerhöhung-und-dem-ersten-delisting-nach-neuem-recht> (4.11.2021).

<sup>195</sup> John E. Doerr, etwa an der Universität Berkeley, unter <https://www.edsurge.com/news/2016-02-03-john-doerr-s-passions-and-cautions> (4.11.2021).

# Der Kaskadenverweis in Widerrufsinformationen

## Ein Fall des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs?

Von Stud. iur. **Julia Buschmann**, Bielefeld\*

*Nachdem im Frühjahr 2020 ausgiebig über die Frage der Wirksamkeit von Widerrufsinformationen gestritten wurde, hat sich diese Diskussion nun – jedenfalls für den Verbraucher – im Ergebnis erübrigt. Mit seinem neuen Urteil vom 9.9.2021 gibt der EuGH ihm zahlreiche weitere Möglichkeiten an die Hand, sich von einem Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag lösen zu können. Dies ist insbesondere für solche Vertragskonstrukte interessant, bei denen der Darlehensvertrag der Finanzierung eines Pkws diene; mithilfe des § 358 Abs. 2 BGB könnte der Verbraucher bei Vorliegen eines verbundenen Vertrags neben dem Darlehensvertrag dann zugleich den Kaufvertrag widerrufen.*

*Die neuesten Geschehnisse geben Anlass dazu, die kontrovers diskutierte Frage der Wirksamkeit von Widerrufsinformationen in Verbraucherdarlehensverträgen erneut zu durchdenken; dies vor allem auch aus dem Grund, dass anhand dessen die Tragweite des neuen Urteils erst wirklich deutlich wird.*

### I. Problemstellung

Ausgangspunkt aller Diskussion ist Art. 10 Abs. 2 lit. p RL 2008/48/EG<sup>1</sup>, der Verbraucherkreditrichtlinie, und dessen Umsetzung in § 492 Abs. 2 BGB, Art. 247 §§ 6–13 EGBGB und Anlage 7 zum EGBGB.

Art. 10 Abs. 2 lit. p RL 2008/48/EG besagt, der Vertrag müsse in klarer und prägnanter Form die Frist und die anderen Modalitäten für die Ausübung des Widerrufsrechts enthalten. Bevor der Verbraucher nicht alle Informationen gem. Art. 10 Abs. 2 RL 2008/48/EG erhalten hat, mithin auch die Information über die Voraussetzungen des Fristbeginns, läuft die Frist gem. Art. 14 Abs. 1 UAbs. 2 lit. b RL 2008/48/EG nicht an. D.h., der Verbraucher muss klar und prägnant darüber informiert werden, dass die Widerrufsfrist erst zu laufen beginnt, wenn er alle Informationen nach Art. 10 Abs. 2 RL 2008/48/EG in klarer und prägnanter Form erhalten hat, weil sonst die Widerrufsfrist nicht zu laufen beginnt. Da jedoch Art. 10 Abs. 2 RL 2008/48/EG zahlreiche Informationspunkte enthält, die zu erteilen sind, schaffte der Gesetzgeber dem Darlehensgeber die Möglichkeit, durch die Nutzung eines in Anlage 7 EGBGB eingeführten Widerrufsformulars die gesetzlichen Anforderungen an eine Widerrufsinformation zu erfüllen. Wurde jenes Muster verwendet, so sollte die Widerrufsinformation bezüglich der Anforderungen aus Art. 10 Abs. 2 lit. p RL 2008/48/EG, also die Information über die Frist und andere Umstände für die Erklärung des Widerrufs, gem.

\* Die Autorin ist Stud. Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung an der Universität Bielefeld (Prof. Dr. Markus Artz).

<sup>1</sup> RL 2008/48/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates v. 23.4.2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der RL 87/102/EWG des Rates, ABl. EU 2008 Nr. L 133, S. 66.

Art. 247 § 6 Abs. 2 S. 3 EGBGB als gesetzeskonform gelten; es handelt sich um eine sog. Gesetzlichkeitsfiktion.

Problematisch war jedoch die Funktionsweise des Widerrufsmusters. Dieses enthielt nämlich in seinem zweiten Satz für die Beschreibung des Fristbeginns folgenden sog. „Kaskadenverweis“:

„Die Frist beginnt nach Abschluss des Vertrags, aber erst, nachdem der Darlehensnehmer alle Pflichtangaben nach § 492 Absatz 2 BGB (z.B. Angabe zur Art des Darlehens, Angabe zum Nettodarlehensbetrag, Angabe zur Vertragslaufzeit) erhalten hat.“

§ 492 Abs. 2 BGB verweist den Verbraucher weiter zu Art. 247 §§ 6–13 EGBGB, worin sämtliche Angaben zu finden sind, die im Vertrag gem. Art. 10 Abs. 2 RL 2008/48/EG enthalten sein müssen, damit die Widerrufsfrist zu laufen beginnt.

Diese Verweisungskette stand seither in massiver Kritik und war daher Gegenstand zahlreicher gerichtlicher Entscheidungen (II.). Insbesondere die nach der Richtlinie geforderte „Klarheit und Prägnanz“ jenes Kettenverweises wurde stark bezweifelt. Nachdem jedoch der EuGH die Konformität des Verweises mit den unionsrechtlichen Vorgaben verneint hatte, musste der BGH darüber befinden, wie mit Verträgen, die derartige Verweise enthalten, umzugehen ist (III). Auch stellt sich aufgrund der nunmehr entschiedenen fehlerhaften Umsetzung der Richtlinie die Frage nach einem Staatshaftungsanspruch (IV.). Abschließend soll das neue Widerrufsmuster kurz erläutert (V.) und die neuesten Erkenntnisse des EuGH-Urteils vom 9.9.2021 dargelegt werden (VI).

### II. Gang der Rechtsprechung

Um einen Eindruck für die gegensätzlichen Positionen des BGH einerseits und des EuGH andererseits zu gewinnen, der eine nachfolgende Bewertung ermöglicht, bietet sich ein schwerpunktfokussierter Abriss der bisherigen Rechtsprechung zur Kaskadenverweisung an.

#### 1. BGH, Urt. v. 22.11.2016 – XI ZR 434/15

Nachdem das OLG München die Rechtmäßigkeit des Kaskadenverweises in Widerrufsinformationen angezweifelt hatte,<sup>2</sup> entschied der BGH in diesem Urteil für einen Immobiliendarlehensvertrag, dass der Verweis auf § 492 Abs. 2 BGB samt in Klammern geführter Beispielsangaben sehr wohl klar und verständlich sei.<sup>3</sup>

Er unterzog die in Rede stehende Widerrufsinformation als Allgemeine Geschäftsbedingung i.S.v. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB dem AGB-Recht und stellte die Vereinbarkeit eines Verweises auf eine konkret bezeichnete Vorschrift mit dem Transparenzgebot fest. Dies gelte insbesondere dann, wenn der verwiesene Gesetzestext für jedermann frei zugänglich

<sup>2</sup> OLG München BeckRS 2015, 11203 Rn. 11 f.

<sup>3</sup> BGH NJW 2017, 1306 (1308 Rn. 18 ff.).

sei. Ohne derartige Verweisungen entstünden allzu detaillierte, unübersichtliche oder auch unvollständige Klauselwerke.<sup>4</sup> Auch die in Klammern gesetzten Beispiele änderten nichts an der Verständlichkeit, hat sie doch der Gesetzgeber selbst für sinnvoll erachtet.<sup>5</sup> Eine nicht nur beispielhafte, sondern vollständige Auflistung der Pflichtangaben führe nicht zu einer „knappen und prägnanten“ Information, sondern zu einer redundanten und kaum mehr lesbaren „Information“.<sup>6</sup>

### 2. BGH, Beschl. v. 19.3.2019 – XI ZR 44/18

Dieser Beschluss lässt sich mitunter als Reaktion auf das Vorabentscheidungsersuchen des LG Saarbrücken<sup>7</sup> deuten, welches sich mit dem Widerruf eines Immobiliendarlehens zu beschäftigen hatte. Das LG legte dem EuGH Fragen zur Vorabentscheidung bezüglich der Auslegung des Art. 10 Abs. 2 lit. p RL 2008/48/EG vor. Mit seiner ersten Frage wollte das LG wissen, ob zur „Frist“ oder zu den „anderen Modalitäten des Widerrufsrechts“ gem. Art. 10 Abs. 2 lit. p RL 2008/48/EG auch die Voraussetzungen für den Beginn der Frist zählten. Ohne dies in Zweifel zu ziehen, widmet sich der BGH in seinem Beschluss überwiegend der zweiten an den EuGH gerichteten Vorlagefrage:

„Steht Art. 10 Abs. 2 lit. p der RL 2008/48/EG einer Auslegung entgegen, dass eine Widerrufsinformation „klar“ und „prägnant“ ist, wenn sie hinsichtlich des Beginns der Widerrufsfrist die für den Fristanlauf zu erteilenden Pflichtangaben nicht selbst vollständig benennt, sondern diesbezüglich auf eine nationalgesetzliche Vorschrift verweist, die ihrerseits auf weitere nationale Vorschriften weiterverweist?“<sup>8</sup>

Diese Frage verneint der BGH in Einklang mit seinem Urteil vom 22.11.2016. Ergänzend zu seiner dortigen Argumentation führt er an, aus den Gesetzesmaterialien gehe hervor, dass der Verweis samt Beispielsangaben nicht nur für sinnvoll, sondern auch mit den sonstigen gesetzlichen Vorgaben als in Einklang stehend erachtet worden sei.<sup>9</sup> Dadurch, dass die Kaskadenformulierung in Anlage 7 EGBGB i.V.m. Art. 247 § 6 Abs. 2 S. 3 EGBGB mit Gesetzesrang ausgestattet wurde, habe der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass dem Verbraucher die Ermittlung der für den einschlägigen Vertragstyp jeweils relevanten Pflichtangaben anhand des Gesetzes zugetraut werden könne.<sup>10</sup> Nehme man Gegenteiliges an, so läge darin eine Missachtung der gesetzlichen Anordnung, zu der die Gerichte nicht befugt seien. Das Regelungsziel würde verfehlt und einer von ihrem Wortlaut und Sinn her eindeutigen Norm ein entgegenstehender Sinn ge-

ben.<sup>11</sup> Der BGH sah zudem keine Notwendigkeit für das Vorabentscheidungsersuchen des LGs:

Zum einen finde die Verbraucherkreditrichtlinie nach Art. 2 Abs. 2 lit. a, b RL 2008/48/EG auf einen Immobiliendarlehensvertrag keine Anwendung, sodass eine Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH keine Auswirkungen auf die Rechtsprechung zu derartigen Verträgen haben könne. Des Weiteren ergebe der Wortlaut des Art. 10 Abs. 2 lit. p RL 2008/48/EG offenkundig und ohne Raum für vernünftige Zweifel, dass in der Widerrufsinformation bei der Umschreibung der Voraussetzungen für den Fristbeginn nicht sämtliche Informationen i.S.d. Art. 14 Abs. 1 UAbs. 2 lit. b RL 2008/48/EG aufgelistet sein müssten.

Falls der EuGH anderer Ansicht sein und die Auflistung sämtlicher Angaben für erforderlich halten sollte, so könne der BGH dennoch nicht von seiner gefestigten Rechtsprechung abkehren, da der Wille des deutschen Gesetzgebers derart eindeutig sei, dass eine entgegenstehende richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung aufgrund der contra-legen-Grenze<sup>12</sup> ausscheide.<sup>13</sup>

### 3. EuGH, Urt. v. 26.3.2020 – C-66/19 (Sparkasse Saarlouis)

Mit Blick auf die eindeutige Position des BGH wurde das Urteil aus Luxemburg mit Spannung erwartet. Würde der EuGH die Zweifel des LG Saarbrücken bestätigen?

Seine Zuständigkeit damit bejahend, dass das LG Saarbrücken eine überschießende Umsetzung der Richtlinie auf Immobiliendarlehen angenommen hatte und die Auslegung nationalen Rechts in der Verantwortung der nationalen Gerichte liege,<sup>14</sup> führt er zum Kaskadenverweis an, dass dieser nicht dem Erfordernis des Art. 10 Abs. 2 lit. p RL 2008/48/EG genüge, den Verbraucher klar und prägnant über die Frist und die anderen Modalitäten für die Ausübung des Widerrufsrechts zu informieren. Der EuGH begründet dies damit, dass der Verbraucher nicht in die Lage versetzt werde, auf der Grundlage des Vertrags zu überprüfen, ob sein Vertrag alle erforderlichen Pflichtangaben enthalte und somit die Widerrufsfrist angelaufen sei. Sehe eine Verbraucherschutzrichtlinie für den Unternehmer eine Informationspflicht bezüglich der Vertragserklärung vor und seien bestimmte Aspekte davon in bindenden Rechtsvorschriften des Mitgliedsstaates geregelt, so müsse der Unternehmer den Verbraucher über den Inhalt dieser Regelungen informieren. Ein bloßer Verweis auf jene Vorschriften reiche jedenfalls nicht aus.<sup>15</sup>

<sup>4</sup> BGH NJW 2017, 1306 (1308 Rn. 19).

<sup>5</sup> BGH NJW 2017, 1306 (1308 Rn. 22), mit Verweis auf BT-Drs. 17/1394, S. 25 f. und BT-Drs. 17/2095, S. 17.

<sup>6</sup> BGH NJW 2017, 1306 (1308 Rn. 22).

<sup>7</sup> LG Saarbrücken, Vorlagebeschl. v. 17.1.2019 – 1 O 164/18 = BeckRS 2019, 1690.

<sup>8</sup> LG Saarbrücken, Vorlagebeschl. v. 17.1.2019 – 1 O 164/18 = BeckRS 2019, 1690, 2. Vorlagefrage, gekürzt wiedergegeben.

<sup>9</sup> BGH BKR 2020, 30 (31 Rn. 16).

<sup>10</sup> BGH BKR 2020, 30 (31 Rn. 16).

<sup>11</sup> BGH BKR 2020, 30 (31 Rn. 16).

<sup>12</sup> Zur Anerkennung der contra-legen-Grenze sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene BVerfG NJW 2012, 669 (670 Rn. 41); EuGH, Urt. v. 4.7.2006 – C-212/04 (Adeneler u.a./ELOG), Rn. 110 = NJW 2006, 2465; *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 80. Aufl. 2021, Einl. Rn. 43.

<sup>13</sup> BGH BKR 2020, 30 (31 Rn. 16).

<sup>14</sup> EuGH, Urt. v. 26.3.2020 – C-66/19 (Sparkasse Saarlouis), Rn. 23 ff. = BKR 2020, 248.

<sup>15</sup> EuGH, Urt. v. 26.3.2020 – C-66/19 (Sparkasse Saarlouis), Rn. 44 ff. = BKR 2020, 248.

#### 4. Die Beschlüsse des BGH vom 31.3.2020

Gerade einmal drei Werkstage später ordnete der BGH das EuGH-Urteil in gleich zwei Beschlüssen für die Anwendung des innerstaatlichen Rechts ein.

##### a) BGH, *Beschl. v. 31.3.2020 – XI ZR 581/18*

In seinem ersten Beschluss stellte der *XI. Zivilsenat* klar, dass das Urteil des EuGH keinerlei Auswirkungen auf Immobiliendarlehen haben werde, da diese nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fielen und auch nicht überschießend umgesetzt worden seien.<sup>16</sup> Somit bleibe es für Immobiliendarlehen bei den Grundsätzen des nationalen Rechts, wonach der Kaskadenverweis in einer Widerrufsinformation klar und verständlich ist.<sup>17</sup>

##### b) BGH, *Beschl. v. 31.3.2020 – XI ZR 198/19*

Der zweite Beschluss ging weiter: In diesem erklärte der BGH, dass das Urteil des EuGH auch nichts an der Ordnungsgemäßheit von Widerrufsinformationen in Allgemein-Verbraucherdarlehensverträgen ändere, die dem Muster aus Anlage 7 EGBGB entsprechen.<sup>18</sup> Dem stehe die eindeutige Anordnung des Gesetzgebers in Art. 247 § 6 Abs. 2 S. 3 EGBGB entgegen, wonach eine Information, die dem Muster entspricht, den gesetzlichen Anforderungen an eine klare und verständliche Widerrufsinformation genügt (Gesetzlichkeitsfiktion). Der Grundsatz der Gewaltenteilung verbiete es, diesen Willen durch eine entgegengesetzte Rechtsprechung zu umgehen.<sup>19</sup> Eine dahingehende richtlinienkonforme Auslegung des Art. 247 § 6 Abs. 2 S. 3 EGBGB überschreite die auch vom EuGH anerkannte *contra-legem-Grenze*<sup>20</sup>, nach welcher es den Gerichten verwehrt ist, eine Norm entgegen ihrem eindeutigen Sinn und Zweck auszulegen. Das mit der Schaffung des Musters und der Gesetzlichkeitsfiktion erstrebte Ziel der Rechtssicherheit würde eindeutig verfehlt, spräche man dem Muster aufgrund des darin enthaltenden Verweises seine Ordnungsgemäßheit ab.<sup>21</sup>

#### 5. BGH, *Urt. v. 27.10.2020 – XI ZR 498/19*

Gut ein halbes Jahr später musste sich der BGH der noch ausstehenden Konstellation stellen: „Auf der Grundlage des EuGH-Urteils“<sup>22</sup> entschied er, dass Allgemeinverbraucherdarlehensverträge, deren Widerrufsinformation den Verweis enthalten, aber nicht dem Muster entsprechen, nicht klar und verständlich i.S.d. Art. 247 § 6 Abs. 1 S. 1 EGBGB über den Beginn der Widerrufsfrist informieren und folglich den Anlauf der Widerrufsfrist hindern. Die nationalen Regelungen des § 492 Abs. 2 BGB und Art. 247 § 6 Abs. 1 S. 1 EGBGB seien von ihrem Wortlaut her offen und ließen daher außer-

halb der Gesetzlichkeitsfiktion durchaus eine richtlinienkonforme Auslegung zu.<sup>23</sup>

Zur Entscheidung war die Sache jedoch noch nicht gereift: Der BGH ließ dem Berufungsgericht noch den Ausweg durch die Hintertür: Es solle prüfen, ob dem Widerruf durch den Verbraucher der Einwand des Rechtsmissbrauchs gem. § 242 BGB entgegenstehen könnte.<sup>24</sup>

### III. Folgefragen

Damit scheint die Frage um die Verständlichkeit des Kaskadenverweises in Einklang mit dem EuGH-Urteil nunmehr beantwortet. Dennoch bleibt es zu klären, wie sich dies auf die verschiedenen Konstellationen von Darlehensverträgen auswirkt. Im Einzelnen ist dabei zwischen Allgemein-Verbraucherdarlehen zu unterscheiden, die die Gesetzlichkeitsfiktion und damit den Musterschutz genießen und solchen, die aufgrund von Abweichungen vom Muster nicht geschützt sind.

#### 1. Allgemein-Verbraucherdarlehensverträge mit Musterschutz

Für Allgemein-Verbraucherdarlehen, deren vertragliche Widerrufsinformation dem Muster aus Anlage 7 EGBGB entspricht, hat der BGH bereits mit seinem Beschluss vom 31.3.2020 – XI ZR 198/19 entschieden, dass eine richtlinienkonforme Auslegung der Gesetzlichkeitsfiktion gem. Art. 247 § 6 Abs. 2 S. 3 EGBGB aufgrund des eindeutigen Wortlauts schlichtweg nicht möglich ist.<sup>25</sup> Streitig ist jedoch, ob diese rigorose Ansicht zutreffend ist, da die Pflicht zur Verwirklichung des Unionsrechts nicht an der Wortlautgrenze halt macht.<sup>26</sup> So ist eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung der entsprechenden Norm nach der Rechtsprechung des BGH immer dann möglich, wenn eine planwidrige Regelungslücke in dem Sinne besteht, dass der Gesetzgeber trotz Umsetzungswillens eine richtlinienwidrige Norm geschaffen hat.<sup>27</sup> Anders: Hätte der Gesetzgeber gesehen, dass die Norm nicht der Richtlinie entspricht, hätte er sie nicht (so) erlassen.

#### a) Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke

Dafür, dass eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes besteht, spricht zunächst, dass der Gesetzgeber bei der Einführung des Musters der rechtsirrigen Ansicht war, dass es mit den Vorgaben des Art. 10 Abs. 2 lit. p RL 2008/48/EG vereinbar sei.<sup>28</sup> Neben dem Willen der korrekten Umsetzung hatte der Gesetzgeber jedoch noch ein weiteres Ziel: Er wollte, angeregt durch die Entschließung des Bundestags,<sup>29</sup> mit der Schaffung des Musters für Rechtssicherheit, die Vereinfachung des Rechtsverkehrs und die Vermeidung von Rechtsstreitig-

<sup>16</sup> BGH BKR 2020, 255 (256 Rn. 4).

<sup>17</sup> BGH BKR 2020, 255 (256 Rn. 5).

<sup>18</sup> BGH BKR 2020, 253 (254 Rn. 12).

<sup>19</sup> BGH BKR 2020, 253 (254 Rn. 11).

<sup>20</sup> Vgl. EuGH, *Urt. v. 4.7.2006 – C-212/04 (Adeneler u.a./ELOG)*, Rn. 110 = NJW 2006, 2465.

<sup>21</sup> BGH BKR 2020, 253 (255 Rn. 14).

<sup>22</sup> BGH NJW 2021, 307 (308 Rn. 16).

<sup>23</sup> BGH NJW 2021, 307 (308 Rn. 16).

<sup>24</sup> BGH NJW 2021, 307 (309 Rn. 27 f.).

<sup>25</sup> BGH BKR 2020, 253 (255 Rn. 13 f.).

<sup>26</sup> *Strohmeier*, VuR 2020, 224 (226).

<sup>27</sup> BVerfGE 34, 269 (287 f.); BGH NJW 2009, 427 (429 Rn. 23 ff.); BGH NJW 2012, 1073 (1076 Rn. 31 ff.).

<sup>28</sup> BT-Drs. 17/1394, S. 21; *Lühmann/Latta/Siemonsen-Grauer*, BKR 2020, 232 (234).

<sup>29</sup> BT-Drs. 17/1394, S. 21; BT-Drs. 16/13669, S. 3, 5.

keiten sorgen.<sup>30</sup> Die bei Verwendung des Musters erstrebte Rechtssicherheit ist damit nicht nur Ausfluss des allgemeinen Grundsatzes, wonach das Vertrauen in die Geltung des einfachen Gesetzesrechts prinzipiell schützenswert ist, sondern war zusätzlich innerer Geltungsgrund der ganz konkreten Regelung.<sup>31</sup> Dieses konkrete Ziel überlagert den generellen Willen zur richtlinienkonformen Umsetzung, sodass eine planwidrige Regelungslücke und damit auch eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung ausscheidet.<sup>32</sup>

#### b) Gesetzlichkeitsfiktion = Richtlinienkonformitätsfiktion?

Hingegen ist auch eine Überlegung dahingehend möglich, der Wille des Gesetzgebers sei darauf beschränkt gewesen, den Verwender des Musters nur gegen entgegenstehendes nationales Recht abzusichern, nicht jedoch gegen eine entgegenstehende Auslegung der Richtlinienvorgaben durch den EuGH.<sup>33</sup> Die Konsequenz wäre, dass das Muster samt Kaskadenverweis dann einer Auslegung durch den EuGH unterliegen würde. Hauptargument dabei ist, dass dem Gesetzgeber nach obiger Ansicht unterstellt würde, bewusst Regelungen geschaffen zu haben, die selbst dann von Bestand sind, wenn sie der Richtlinie widersprechen.<sup>34</sup> Damit hätte er aber gleich in zweifacher Hinsicht gegen Unionsrecht verstoßen.

Zum einen sieht die Richtlinie ein grundsätzlich unbefristetes Widerrufsrecht vor, sofern der Unternehmer unzureichend belehrt und auch keine Nachbelehrung vorgenommen hat. Dagegen ist es im deutschen Recht nicht von Belang, ob die Information den Anforderungen des Art. 10 Abs. 2 RL 2008/48/EG genügt, solange sich der Unternehmer auf die Gesetzlichkeitsfiktion berufen kann. Diese Diskrepanz ist aufgrund des Vollharmonisierungsgrundsatzes unzulässig und verstößt somit gegen die Umsetzungspflicht der Mitgliedstaaten.<sup>35</sup> Das Problem liegt damit nicht in einem falschen Verständnis der Richtlinie, was einen „normalen“ Umsetzungsfehler darstellen würde. Vielmehr bedeutet die Arbeit mit einer Fiktion, dass man bestehende Divergenzen zwischen Richtlinienvorgaben und deren Umsetzung bewusst nicht ausschließt, die deutsche Umsetzung aber dennoch für rechtmäßig erklärt – egal, wie der EuGH darüber befindet.

Zum anderen ist ein etwaiger Verstoß gegen den in Art. 4 Abs. 3 EUV niedergelegten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit zu beachten. Zu diesem gehört insbesondere, die einheitliche Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH zu ermöglichen und nicht etwa zu verhindern.<sup>36</sup> Die durch eine

Fiktion der Richtlinienkonformität hervorgerufene Abschottung des nationalen Rechts gegenüber der Auslegung durch den EuGH widerspricht diesem Grundsatz in aller Deutlichkeit.

Weiterhin wird argumentiert, es treffe nicht zu, dass Art. 247 § 6 Abs. 2 S. 3 EGBGB „völlig entkernt“<sup>37</sup> würde, wenn man in der Gesetzlichkeitsfiktion nicht auch eine Richtlinienkonformitätsfiktion erkennen würde. Der Kern bestehe nämlich darin, das Muster gegen Abweichungen vom deutschen, nationalen Recht abzusichern. Dass der Gesetzgeber sein Ziel, Rechtssicherheit zu schaffen, noch besser erreicht hätte, wenn er das Muster auch gegen eine abweichende Auslegung der Richtlinie abgeschirmt hätte, könne die Annahme, er habe seine Kompetenzen tatsächlich überschreiten wollen, nicht rechtfertigen.<sup>38</sup>

Aus diesen Gründen wird vertreten, die Gesetzlichkeitsfiktion dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass sie nur solchen Musterwiderrufsinformationen gelten soll, die in Einklang mit der Richtlinie stehen.<sup>39</sup>

#### c) Stellungnahme

Die Richtlinie harmonisiert sowohl den Inhalt als auch die Art und Weise der Informationserteilung abschließend, sodass eine auf nationale Vorgaben für die Information beschränkte Regelung von vornherein aufgrund des Vollharmonisierungsgrundsatzes unzulässig gewesen wäre, was dem nationalen Gesetzgeber bekannt war.<sup>40</sup> Kurz: Für eine Fiktion bezüglich der Vereinbarkeit mit rein nationalem Recht besteht kein Raum.

Weiterhin führt die Annahme, die Gesetzlichkeitsfiktion stehe unter dem Vorbehalt einer entgegenstehenden Auslegung der Richtlinienvorgaben, dazu, dass von dem Darlehensgeber im Grunde eine „bessere“ Kenntnis der Unionsvorgaben erwartet wird als vom Gesetzgeber. Die Gesetzlichkeitsfiktion würde mithin gerade dann entfallen, wenn die Rechtslage aufgrund der Richtlinienumsetzung besonders komplex ist. In der Praxis wäre von der Verwendung des Musters geradezu abzuraten, solange noch Streitigkeiten über dessen Konkordanz mit der Richtlinie bestünden.<sup>41</sup> Das Muster als „Wohltat des Gesetzgebers zugunsten des Darlehensgebers“<sup>42</sup> erwiese sich als Danaergeschenk<sup>43</sup>.

Zuletzt lässt sich anhand dessen, dass der Gesetzgeber auch die Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie<sup>44</sup> nicht zum Anlass genommen hat, das Muster in Anlage 7 zu ändern, die Vermutung aufstellen, dass er dem Muster eine

<sup>30</sup> BT-Drs. 16/13669, S. 3, 5; Lühmann/Latta/Siemonsen-Grauer, BKR 2020, 232 (235).

<sup>31</sup> Freitag, ZBB 2020, 205 (209).

<sup>32</sup> Hainthaler, ZJS 2015, 13 (19); Lorenz, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, Vor. § 474 Rn. 5.

<sup>33</sup> Maier, BKR 2020, 225 (227 f.); Knops, in: Beck'scher Online Großkommentar zum BGB, Stand: 1.7.2021, § 495 Rn. 83.2.

<sup>34</sup> Vgl. BGH NJW 2014, 2646 (2648 Rn. 22 f.), dort im Kontext des § 5a Abs. 2 S. 4 VVG a.F.

<sup>35</sup> Allstadt/Freitag, BKR 2021, 1 (2 f.).

<sup>36</sup> Allstadt/Freitag, BKR 2021, 1 (3).

<sup>37</sup> Herresthal, ZIP 2020, 745 (751).

<sup>38</sup> Maier, BKR 2020, 225 (228).

<sup>39</sup> Knops, NJW 2020, 2297 (2299 Rn. 12 ff.).

<sup>40</sup> Freitag, ZBB 2020, 205 (209).

<sup>41</sup> Herresthal, ZIP 2020, 745 (751).

<sup>42</sup> Grüneberg, BKR 2019, 1 (4).

<sup>43</sup> Herresthal, ZIP 2020, 745 (751).

<sup>44</sup> RL 2014/17/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates v. 4.2.2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der RL 2008/48/EG und 2013/36/EU und der VO (EU) Nr. 1093/2010, ABl. EU 2014 Nr. L 60, S. 34.



„Richtlinienimmunität“<sup>45</sup> zukommen lassen wollte; denn ihm müsste die Diskussion um die Zulässigkeit des Kaskadenverweises bekannt gewesen sein.<sup>46</sup>

Damit sprechen die besseren Argumente dafür, von einem gesetzgeberischen Willen auszugehen, der das Muster auch gegen abweichende Vorgaben der Richtlinie abschirmen wollte. Daraus folgt, dass eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung dazu führen würde, dass einer von ihrem Wortlaut und Sinn her eindeutigen Norm ein gänzlich anderer Gehalt gegeben würde. Dies ist aufgrund der damit überschrittenen contra-*legem*-Grenze nicht zulässig. Somit können (Allgemein-)Verbraucherdarlehensverträge, deren Widerrufsinformation dem Muster der jeweiligen Anlage entsprechen, nicht aufgrund des Kaskadenverweises widerrufen werden.

## 2. Allgemein-Verbraucherdarlehensverträge ohne Muster-schutz

Anders liegt es seit dem Urteil des BGH vom 27.10.2020 in Fällen von Allgemein-Verbraucherdarlehensverträgen, deren Widerrufsinformationen nicht dem Muster entsprechen, jedoch den Kaskadenverweis enthalten. Seitdem soll dieser nämlich „auf der Grundlage des EuGH-Urteils“<sup>47</sup> nicht mehr genügen, um den Verbraucher angemessen zu informieren.

Zwar scheint eine dahingehende Auslegung auf den ersten Blick verwunderlich, denn schließlich hatte der BGH den eindeutigen Willen des Gesetzgebers herausgestellt, den Verweis an sich, also unabhängig vom Eingreifen des Muster-schutzes, als eine ordnungsgemäße Information einstufen zu wollen.<sup>48</sup>

Auf der anderen Seite stützen gewichtige Argumente die Richtigkeit des Urteils.

Erstens lässt sich der Gesetzesbegründung entnehmen, dass die Fiktion ausdrücklich nur bei vollständiger Verwendung des Musters gelten sollte.<sup>49</sup> Demnach entspreche es gerade nicht der Vorstellung des Gesetzgebers, einzelne Teile des Musters „herauszupicken“, um sie quasi als „Bollwerk“ gegen abweichende unionsrechtliche Anforderungen zu verwenden.<sup>50</sup> Dem entspreche auch der rein formale Charakter des Musters, welcher nur das Vertrauen in die Ordnungsgemäßheit des Musters rechtfertigt, nicht aber in seine materielle Richtigkeit.<sup>51</sup>

Zweitens gilt es für den BGH, seine Pflicht zur Unions-treue zu erfüllen. Danach muss er sich gem. Art. 4 Abs. 3 AEUV bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten für diejenige entscheiden, die dem Inhalt der EU-Richtlinie entspricht. In Fällen ohne eingreifende Gesetzlichkeitsfiktion bleibt es daher bei den durchaus auslegungsfähigen Begriffen der Klarheit und Verständlichkeit gem. Art. 247 § 6 Abs. 1 S. 1 EG-

BGB. Diese mit dem durch den EuGH ausgelegten Unionsrecht zu füllen, war also nicht nur möglich, sondern auch unionsrechtlich geboten.

## IV. Versäumnis der staatlichen Organe?

Während den Verbrauchern, denen eine Widerrufsinformation ohne Musterschutz, aber mit Kaskadenverweis vorgelegt wurde, nun die Möglichkeit zum Widerruf offensteht, bleibt dies Verbrauchern von Verträgen mit Widerrufsmustern und Gesetzlichkeitsfiktion verwehrt. Für sie könnte daher interessant sein, ob nicht der Staat im Rahmen eines unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs für den ihnen entstandenen Schaden – die unwiderrufliche Vertragsbindung trotz unzureichender Belehrung – aufkommen muss.

Das Instrument des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs entstammt keiner Norm des Unions- oder nationalen Rechts, sondern maßgeblich der EuGH-Rechtsprechung in den Rechtssachen *Francovich*<sup>52</sup> und *Brasserie du Pêcheur*<sup>53</sup>. Grund für die Schaffung eines solchen Anspruchs war die Absicherung der Verwirklichung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten. Dafür sollte dem Einzelnen, der durch ein mitgliederschaftliches Organ in seinen Rechten verletzt wurde, die ihm als Individuum durch das Unionsrecht zustehen, Ersatz für die ihm entstandenen Schäden zustehen.<sup>54</sup>

Auch wenn solche Fälle häufiger im Bereich der Legislative aufgrund falsch umgesetzter Richtlinienvorgaben anzusiedeln sind, können genauso die Judikative und Exekutive haftbare Organe darstellen,<sup>55</sup> für die allesamt folgende Voraussetzungen vorliegen müssen:

Zunächst bedarf es des Verstoßes gegen eine individual-schützende Norm, d.h. die Norm, die verletzt wurde, muss bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen. Zweitens muss der Verstoß hinreichend qualifiziert sein. Für dessen Beurteilung sind bestimmte Kriterien entwickelt worden, unter anderem das Maß an Klarheit und Präzision der verletzten Vorschrift, die Vorsätzlichkeit des Verstoßes, die Entschuldigbarkeit eines etwaigen Rechtsirrtums, ggf. die Stellungnahme eines Gemeinschaftsorgans sowie die Verletzung der Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV durch das in Rede stehende Gericht.<sup>56</sup> Zuletzt ist ein unmittelbarer Kausalzusammenhang zwischen Unionsrechtsverstoß und entstandenem Schaden notwendig, um den Anspruch bejahen zu können.

Vorliegend ist an gleich zwei staatliche Organe zu denken, die für einen unionsrechtlichen Haftungsanspruch in Betracht kommen könnten, und auch an zwei unterschiedliche Anknüpfungspunkte, auf die sich ein derartiger Anspruch stützen könnte.

<sup>45</sup> *Herresthal*, ZIP 2020, 745 (751).

<sup>46</sup> *Knoll/Nordholtz*, NJW 2020, 1407 (1410); als Bsp. OLG München BeckRS 2015, 11203.

<sup>47</sup> BGH NJW 2021, 307 (308 Rn. 16).

<sup>48</sup> *Lehmann*, NJW 2021, 311; eindeutig in BGH BKR 2020, 30 (31 Rn. 16).

<sup>49</sup> BT-Drs. 17/1394 I, S. 22; *Deiß/Graf*, BKR 2021, 104 (106).

<sup>50</sup> *Maier*, BKR 2020, 225 (229).

<sup>51</sup> *Schürnbrand*, JZ 2015, 974 (976).

<sup>52</sup> EuGH, Urt. v. 19.11.1991 – C-6/90, C-9/90 (*Francovich*) = NJW 1992, 165.

<sup>53</sup> EuGH, Urt. v. 5.3.1996 – C-46/93 und C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur*) = NJW 1996, 1267.

<sup>54</sup> *Dörr*, EuZW 2012, 86.

<sup>55</sup> EuGH, Urt. v. 5.3.1996 – C-46/93, C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur*) = NJW 1996, 1267 (1268 f. Rn. 32 ff.).

<sup>56</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 30.9.2003 – C-224/01 (*Köbler/Republik Österreich*), Rn. 54 f. = EuR 2004, 71.

### 1. Die Legislative

Der deutsche Gesetzgeber hat mit dem Verweis in Verbindung mit der Gesetzlichkeitsfiktion im Widerrufsmuster Normen geschaffen, die den Anforderungen einer europäischen Richtlinie nicht genügen. Da die Voraussetzung der Verletzung eines individualschützenden Rechts überaus weit gehandhabt wird<sup>57</sup> und der Gesetzgeber dem Verbraucher mit seiner Umsetzung das Recht verwehrt hat, sich wegen unzureichender Information vom Vertrag lösen zu können, so wie es die Richtlinie vorsieht, kann diese Anspruchsvoraussetzung unproblematisch angenommen werden.

Schwieriger wird es bezüglich des Erfordernisses eines hinreichend qualifizierten Verstoßes, welcher den Zweck einer Begrenzung der Haftung verfolgt. Im Bereich der Legislative ist dies insbesondere deshalb notwendig, damit sich nicht jede Rechtssetzungstätigkeit mit anschließenden Schadensersatzansprüchen konfrontiert sehen muss.<sup>58</sup> Für die Bejahung der hinreichenden Qualifikation ist daher eine offenkundige und erhebliche Überschreitung der legislativen Befugnisse erforderlich. Dies kann jedoch schneller erreicht sein, wenn das Ermessen des Gesetzgebers ohnehin begrenzt ist, etwa weil er bei der Umsetzung von Richtlinien an eben diese gebunden ist.<sup>59</sup> So liegt der Fall auch hier.

Dabei ist wiederum zu unterscheiden: Dass der Gesetzgeber es für unionsrechtskonform hielt, den Kaskadenverweis als klare und prägnante Information zum Fristbeginn einzuführen, mag vor dem Hintergrund, dass Verweise als eine typische Gesetzgebungstechnik genutzt werden und auch die Literatur nicht einstimmig für die Unionsrechtswidrigkeit eines solchen Verweises plädiert hat, wahrscheinlich noch keinen qualifizierten Verstoß gegen die Richtlinie in Verbindung mit der Umsetzungspflicht aus Art. 288 Abs. 3 AEUV bedeuten.

Anders hingegen könnte es um die Gesetzlichkeitsfiktion stehen. Eine Fiktion fingiert Rechtskonformität, sie stellt sie nicht fest oder gleich mit ihr. Sie beinhaltet folglich den Gedanken, ggf. nicht dem Gesetz, in diesem Fall dem Unionsrecht, zu entsprechen. Indem aber dennoch die Gesetzlichkeit fingiert wird, ist damit die Möglichkeit eingeschlossen, demjenigen, dem das Gesetz dienen soll, hier dem Verbraucher, sein Recht zu verwehren. Auch wenn die Absicht einer rechts-sicheren Belehrung für die Darlehensgeberseite nicht unbillig gewesen ist, bleibt dennoch der Gedanke, Art. 10 Abs. 2 lit. p RL 2008/48/EG mit einer bloßen Fiktion Abhilfe geleistet haben zu wollen. Damit geht es folglich nicht mehr um den Ermessensspielraum, den die konkrete Richtlinie dem Gesetzgeber bei der Umsetzung gab, sondern um die generelle Umsetzungspflicht von Richtlinien. Zwar gebührt dem Staat gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV die Wahl und die Form der Mittel der Umsetzung; dies ändert jedoch nichts an der Pflicht, den konkreten Regelungsgehalt der Richtlinie in nationales Recht umzusetzen, und sie nicht durch eine davon bewusst potentiell abweichende nationale Norm zu ersetzen.

<sup>57</sup> Dörr, in: Beck'scher Online Großkommentar zum BGB, Stand: 1.8.2021, § 839 Rn. 885.

<sup>58</sup> Dörr (Fn. 57), § 839 Rn. 901.

<sup>59</sup> Dörr, EuZW 2012, 86 (87).

Daraus erschließt sich zugleich auch die Antwort auf die Frage nach der Vorsätzlichkeit des Verstoßes, der als weiteres Kriterium zur Beurteilung herangezogen wird: Indem ein Verstoß gegen die korrekte Umsetzung von Richtlinienvorgaben regelrecht mitgedacht wird, ist zumindest die Vorsatzform des *dolus eventualis* einschlägig, da das mögliche und nunmehr entschiedene Ergebnis der Richtlinienwidrigkeit hingenommen wurde.

Fraglich könnte nur noch sein, ob der Gesetzgeber bei Einführung der Fiktion einem Rechtsirrtum unterlag. Schließlich ging er davon aus, er hätte die Richtlinienvorgabe zur Widerrufsfrist mit dem Kaskadenverweis korrekt umgesetzt. Wie aber schon erläutert, liegt der relevante Verstoß nicht darin, die Verweisung für richtig, sondern sie für ggf. nicht richtig gehalten zu haben.

Mithin spricht vieles dafür, einen qualifizierten Verstoß gegen eine individualschützende Norm, hier der Umsetzungspflicht aus Art. 288 Abs. 3 AEUV i.V.m. Art. 10 Abs. 2 lit. p RL, anzunehmen.

Hätte der Gesetzgeber von der Einführung der Gesetzlichkeitsfiktion abgesehen, könnten sich die Verbraucher aufgrund des auslegungsfähigen Art. 247 § 6 Abs. 1 EGBGB auf ihre unzureichende Information berufen und den Darlehensvertrag widerrufen. So aber bleibt es bei einer fingierten ausreichenden Information, sodass nach dem BGH ein Widerruf ausgeschlossen ist. Diese Diskrepanz verdeutlichen die beiden unterschiedlich ausfallenden Entscheidungen des BGH vom 31.3.2020 einerseits und dem 27.10.2020 andererseits. Damit ist auch die Unmittelbarkeit zwischen Unionsrechtsverstoß und entstandenem Schaden gegeben.

Folglich lägen die vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen vor. Was zu prüfen bliebe, wären die den Anspruch aus nationalem Recht ergänzenden Voraussetzungen. Die Regelung dieser Erfordernisse überließ der EuGH den Mitgliedstaaten, solange sie das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen nicht praktisch unmöglich machten oder übermäßig erschwerten (Grundsatz der Effektivität) und sie nicht ungünstiger sind als bei ähnlichen Klagen, die nur nationales Recht betreffen (Grundsatz der Gleichwertigkeit)<sup>60</sup>. Der deutsche Gesetzgeber führte dafür keine neue Anspruchsnorm ein, sondern füllt in Fällen, in welchen die unionsrechtlichen Haftungsvoraussetzungen vorliegen, Fragen wie die nach der Verjährung, möglichem Mitverschulden und der Beweislast mit den Regelungen des § 839 BGB.<sup>61</sup> Da der Rechtsstreit hier jedoch aufgrund individueller Umstände höchst unterschiedlich ausfallen kann, ist eine Prüfung dieser Voraussetzungen für die Quintessenz, das grundsätzliche Vorliegen der unionsrechtlichen Haftungsvoraussetzungen, irrelevant. Damit wären Verbraucher ggf. gut damit beraten, vor den ordentlichen Gerichten zu klagen.

### 2. Die Judikative

Neben dem deutschen Gesetzgeber könnte der unionsrechtliche Schadensersatzanspruch jedoch auch auf die Handlungen

<sup>60</sup> EuGH, Urt. v. 19.11.1991 – C-6/90, C-9/90 (Francovich), Rn. 43 = NJW 1992, 165 (167).

<sup>61</sup> Dörr (Fn. 57), § 839 Rn. 921.

– oder besser gesagt – Unterlassungen des BGH zu stützen sein. Schließlich hatte dieser im Verlauf der Jahre einige Gelegenheiten gehabt, die Frage nach der Vereinbarkeit des Kaskadenverweises mit den Richtlinienvorgaben dem EuGH vorzulegen.

Infrage kommt mithin ein Verstoß gegen die Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte aus Art. 267 Abs. 3 AEUV. Bevor zu klären ist, ob der BGH gegen jene Pflicht verstoßen hat, ist im Rahmen des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruches jedoch zunächst zu prüfen, ob es sich bei Art. 267 Abs. 3 AEUV um eine individualschützende Norm handelt. Wie bereits ausgeführt, wird das Vorliegen eines solchen Normcharakters sehr großzügig behandelt. Das Vorlageverfahren soll der einheitlichen und richtigen Anwendung von Unionsrecht dienen. Der EuGH entscheidet dann eine solche Vorlagefrage im Rahmen eines Prozesses, für dessen Ausgang die Auslegung einer unionsrechtlichen Norm entscheidend ist. Die Vorlageverpflichtung aus Art. 267 Abs. 3 AEUV ist damit eine Norm, welche dem Einzelnen einerseits den Weg zu seinem gesetzlichen Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG beschert und andererseits die richtige Auslegung von Gesetzen sicherstellt. Damit ist eine individualschützende Norm anzunehmen.<sup>62</sup>

Gegen diese müsste der BGH auch verstoßen haben. Nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist dem EuGH eine Vorlagefrage zu unterbreiten, wenn er eine Entscheidung zum Erlass seines Urteils für erforderlich hält. Dies muss er tun, da seine Urteile nicht mehr mit Rechtsmitteln angefochten werden können. Die Vorlagepflicht besteht nur dann nicht, wenn die Beantwortung der Frage nicht entscheidungserheblich ist oder die Auslegung des entsprechenden Unionsrechts so eindeutig ist, dass für vernünftige Zweifel kein Raum bleibt (*acte clair*).

Bezüglich der Vereinbarkeit des Kaskadenverweises mit der von Art. 10 Abs. 2 lit. p RL 2008/48/EG geforderten Klarheit und Prägnanz hat der BGH zunächst auf einen Fall des *acte clairs* verwiesen – die Auslegung von Art. 10 Abs. 2 lit. p RL 2008/48/EG ergebe zweifelsfrei, dass nicht alle Angaben aufzulisten sind, die der Verbraucher erhalten muss, damit die Frist zu laufen beginnt. Warum dies so klar ist, wo doch vorinstanzliche Gerichte große Zweifel äußerten und der Wortlaut „klar und prägnant“ zumindest nicht sofort verstehen lässt, welche und wie viel Information verlangt wird, ist fraglich. Um sich jedoch umfassend abzusichern, verwies der BGH hilfsweise auf die fehlende Entscheidungserheblichkeit.<sup>63</sup> Stellt man sich schließlich die Folgen einer EuGH-Entscheidung vor, die die Richtlinienwidrigkeit des Kaskadenverweises feststellt – oder noch vielmehr – die Unvereinbarkeit der Gesetzlichkeitsfiktion mit primärem Unionsrecht (vgl. III. 1. b), gelangt man nämlich zu dem Ergebnis, dass es dem BGH aufgrund des *contra legem* Verbots nicht möglich wäre, die Gesetzlichkeitsfiktion entgegen ihrem Wortlaut und Sinn auszulegen. Dabei wurde jedoch die Option, die Norm für den Fall der Unvereinbarkeit mit primärem Unionsrecht gänzlich unangewendet zu lassen, nicht im Ansatz aufgeworfen. Dabei

existiert grundsätzlich das Gebot, für die volle Wirksamkeit unionsrechtlicher Bestimmungen zu sorgen, indem erforderlichenfalls jede entgegenstehende nationale Bestimmung aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet bleiben sollte.<sup>64</sup>

Was jedenfalls festzustellen ist, ist die Kürze der Begründung des BGH, von einem Vorabentscheidungsverfahren abzusehen. Die Behauptung eines *acte clairs* bedarf der festen Überzeugung, auch jedes andere Gericht der Union hätte in gleicher Weise über die Auslegung der Norm befunden.<sup>65</sup> Die hilfsweise Stütze auf die ohnehin bestehende Unerheblichkeit einer anderweitigen Auslegung ist zudem, wie festgestellt, nicht abschließend geprüft worden. So ist ein Verstoß gegen Art. 267 Abs. 3 AEUV denkbar – für einen qualifizierten Verstoß wird es jedoch aufgrund der kurzen, aber vorhandenen Begründung wohl nicht ausreichen; ein etwaiger Vorsatz wäre zudem noch schwieriger feststellbar.

Folglich ist dem BGH tendenziell kein Verstoß gegen individualschützendes Unionsrecht anzulasten, welches für einen unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch genügen würde. Es verbleibt jedoch der Beigeschmack, der BGH könnte seine Vorlagepflicht geschickt umgangen haben, um sich nicht mit einer entgegenstehenden Überzeugung des EuGH konfrontiert zu sehen.

## V. Neues Widerrufsmuster

Da nun spätestens seit dem Urteil des EuGH vom 26.3.2020 feststand, dass der Kaskadenverweis nicht den Anforderungen der Richtlinie entsprach, bestand beim Gesetzgeber dringender Handlungsbedarf. Mit dem Gesetz vom 9.6.2021<sup>66</sup> erließ er ein neues Widerrufsmuster, welches anstelle des Kaskadenverweises 27 Nummern enthält, die jeweils Informationspunkte aufzählen, von denen der Verbraucher unterrichtet worden sein muss, damit die Widerrufsfrist zu laufen beginnt. Von diesen 27 Punkten sind 15 zwingend aufzuzählen, die restlichen zwölf nur dann, wenn sie für den jeweiligen Darlehensvertrag einschlägig sind. Anders als teilweise befürchtet, bewahrheitet sich der Eindruck eines überfrachteten Dokuments nicht – was natürlich eine höchst subjektive Betrachtung darstellt. Andererseits bestand auch keine andere, kürzere Lösung, die in Einklang mit den EuGH-Vorgaben gestanden hätte.

Die Gesetzlichkeitsfiktion hingegen bleibt bestehen. Sollte es also erneut zu Auslegungszweifeln des Art. 10 Abs. 2 lit. p RL 2008/48/EG kommen, stünden ähnliche Diskussionen wie derer zum Kaskadenverweis an. Daran wird erneut deutlich, dass die Fiktion der eigentliche, nun fortbestehende, Störfaktor ist.

<sup>64</sup> EuGH, Urt. v. 9.3.1978 – C-106/77 (Simmenthal), Rn. 24.

<sup>65</sup> *Karpenstein* (Fn. 61), Rn. 58.

<sup>66</sup> Gesetz zur Anpassung des Finanzdienstleistungsrechts an die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 11. September 2019 in der Rechtssache C-383/18 und vom 26. März 2020 in der Rechtssache C-66/19 v. 9.6.2021, BGBl. I 2021, S. 1666.

<sup>62</sup> Vgl. *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 73. EL (2021), AEUV Art. 267 Rn. 3.

<sup>63</sup> BGH BKR 2020, 30 (31 Rn. 16).

**VI. Neues EuGH-Urt. v. 9.9.2021 – C-33/20, C-155/20, C-187/20**

Mit dem kürzlich ergangenen Urteil eröffnet der EuGH vielen Verbrauchern jedoch gänzlich neue Möglichkeiten, ihren Darlehensvertrag auf seine Widerruflichkeit prüfen zu können. Am 9.9.2021 bündelte er gleich drei Vorabentscheidungsersuchen, die teilweise die gleichen bzw. ähnlich gerichtete Fragestellungen enthielten. Stets ging es dabei im Kern um die Frage, ob die vom Darlehensgeber erteilte Information „klar und prägnant“ i.S.d. Art. 10 Abs. 2 RL 2008/48/EG ist – was in den meisten Fällen zugunsten der Verbraucher verneint wurde.

Besonders praxisrelevant ist die neue Erkenntnis, dass Art. 10 Abs. 2 lit. 1 RL 2008/48/EG verlangt, den Satz der Verzugszinsen in der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden absoluten Zahl auszudrücken und den Anpassungsmechanismus, nach welchem sich dieser verändert, konkret zu erläutern. Somit sind Klauseln wie „Der jährliche Verzugszins beträgt 5 % Punkte über dem Basiszinssatz.“ für sich allein nicht genügend. Wird hingegen vereinbart, die Veränderung des Verzugszinses orientiere sich an den Änderungen des Basiszinssatzes, welchen die Zentralbank eines Mitgliedsstaates festlegt und welcher für jedermann in einem frei zugänglichen Amtsblatt einzusehen ist, ist dies in Verbindung mit der Berechnungsmethode des Verzugszinssatzes als ausreichend zu bewerten.<sup>67</sup>

Ebenso hohe Auswirkungen wird die Entscheidung des EuGH haben, Art. 10 Abs. 2 lit. r RL 2008/48/EG verlange nicht nur einen Verweis auf die Berechnungsgrundsätze des BGH, sondern die Beschreibung des konkreten Rechenwegs für die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung.<sup>68</sup>

Weiterhin hat der EuGH der Verweisungstechnik in einem anderen Zusammenhang die Richtlinienkonformität abgesprochen. So erfordere Art. 10 Abs. 2 lit. t RL 2008/48/EG, dass die wesentlichen Zugangsvoraussetzungen zu außergerichtlichen Beschwerdeverfahren im Vertrag selbst enthalten sein müssen; ein diesbezüglicher Hinweis auf eine Internetseite reicht nicht aus.<sup>69</sup>

Schließlich ist noch einmal auf die im Rahmen der Diskussion um den Kaskadenverweis aufkommende Frage nach einer eventuellen Verwirkung oder Rechtsmissbräuchlichkeit der Geltendmachung des Widerrufsrechts einzugehen. Bezüglich der Verwirkungsfrage wendet der EuGH ein, dass die zeitlichen Voraussetzungen zur Ausübung des Widerrufsrechts unter den harmonisierten Bereich der Richtlinie fielen. Da diese jedoch bei unterbliebener Information ein unendliches Widerrufsrecht vorsieht, könne insofern keine zeitliche Beschränkung angenommen werden, innerhalb derer der Widerruf auszuüben sei.<sup>70</sup> Im Gegensatz dazu enthalte die

Richtlinie keine Regelung zum Einwand des Rechtsmissbrauchs. Jedoch bestehe auch im Unionsrecht der Grundsatz, dass sich der Einzelne nicht in betrügerischer oder missbräuchlicher Weise auf die Vorschriften des Unionsrechts berufen darf. Dabei fehlt es allerdings bereits an der zu fordernden Gesamtheit objektiver Umstände, die darauf schließen ließen, dass das von der Norm bezweckte Ziel trotz bestehender Voraussetzungen bei ihrer Anwendung verfehlt würde. Dies ist hier aber gerade nicht der Fall, da, wie der EuGH feststellt, Art. 14 Abs. 1 UAbs. 2 lit. b RL 2008/48/EG nicht nur dazu dienen soll, dem Verbraucher alle notwendigen Informationen in verständlicher Weise zu verschaffen, sondern auch dazu, den Unternehmer zu eben dieser Information anzuhalten, indem er im Falle der Nichterteilung mit einer nicht anlaufenden Widerrufsfrist „bestraft“ wird. Somit fehle es schon an dieser Voraussetzung, sodass ein etwaiger Rechtsmissbrauch auch dann nicht anzunehmen ist, wenn sich der Verbraucher erst Jahre nach Vertragsschluss vom Vertrag lösen möchte.<sup>71</sup>

Mit diesen neuen Ansätzen dürfte es für den Verbraucher in vielen Fällen nicht mehr auf den unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch ankommen. Vielmehr besteht nun die Möglichkeit, die erteilten Informationen – ohne Abschirmung durch eine Gesetzlichkeitsfiktion – am neu gesetzten Maßstab, der durch die offene Formulierung der „klaren und verständlichen“ Information gem. Art. 247 § 6 S. 1 EGBGB Eingang ins nationale Recht finden kann, zu überprüfen. Am Ende könnte oftmals das Ergebnis einer unzureichenden Information stehen, die einen Widerruf mangels angelaufener Frist möglich macht.

<sup>67</sup> EuGH, Urt. v. 9.9.2021 – C-33/20, C-155/20, C-187/20, Rn. 87 ff. = BeckRS 2021, 25389.

<sup>68</sup> EuGH, Urt. v. 9.9.2021 – C-33/20, C-155/20, C-187/20, Rn. 96 ff. = BeckRS 2021, 25389.

<sup>69</sup> EuGH, Urt. v. 9.9.2021 – C-33/20, C-155/20, C-187/20, Rn. 128 ff. = BeckRS 2021, 25389.

<sup>70</sup> EuGH, Urt. v. 9.9.2021 – C-33/20, C-155/20, C-187/20, Rn. 117 = BeckRS 2021, 25389.

<sup>71</sup> EuGH, Urt. v. 9.9.2021 – C-33/20, C-155/20, C-187/20, Rn. 122 ff. = BeckRS 2021, 25389.

# Erfüllung verbraucherrechtlicher Informationspflichten beim Einsatz von Sprachassistenten?

Von Stud. iur. **Maximilian Kloth**, Berlin\*

## I. Einleitung

Seit den frühen 2000er Jahren entwickeln sich das Internet und die digitale Welt stetig weiter. Während man zu Beginn des Jahrtausends mit Mobiltelefonen nur telefonieren und Textnachrichten verschicken konnte, sind Smartphones heutzutage leistungsfähige und hoch technische „Computer im Taschenformat“. Seit geraumer Zeit werden auch sog. Sprachassistenten immer populärer. So gibt es bereits mehrere solcher Systeme wie Apple Siri, Amazon Alexa, Cortana und Google Assistant, die heutzutage vielfach Verwendung finden. Vor allem Verbraucher nutzen diese Möglichkeit, um bequem vom Sofa aus Musik und Filme zu streamen, aber auch um online einzukaufen.

Mit dieser Entwicklung entstanden auch neue Risiken für den Verbraucher. Um diesen Risiken gerecht zu werden, wurde das europäische und deutsche Verbraucherrecht weiterentwickelt. So sind eine Vielzahl von Richtlinien erlassen worden sowie das BGB mehrfach novelliert worden. Auch im kommenden Jahr stehen wieder Neuerungen mit Wirksamwerden der deutschen Umsetzung der sog. „Omnibus-Richtlinie“<sup>1</sup> am 28.5.2022 sowie der geplanten Verordnung über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Digital Services Act)<sup>2</sup> an. Mit den geplanten Rechtsakten soll der Verbraucherschutz im Internet eine weitere Stärkung unter anderem durch Einführung weiterer Informationspflichten für den Unternehmer erfahren.

Im Hinblick auf diese parallele Entwicklung will dieser Aufsatz untersuchen, inwieweit der Unternehmer de lege lata im elektronischen Geschäftsverkehr seine Informationspflichten gegenüber dem Verbraucher erfüllen kann, wenn der Verbraucher online einen Kaufvertrag mittels Sprachassistenten schließt.

## II. Grundlegendes

Hierfür muss zunächst erörtert werden, welches Ziel verbraucherrechtliche Informationspflichten verfolgen und welche Anforderungen an die Erfüllung der Informationspflichten zu stellen sind.

---

\* Der *Autor* ist Student im siebten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin.

<sup>1</sup> RL 2019/2161/EU des europäischen Parlaments und des Rates v. 27.11.2019 zur Änderung der RL 93/13/EWG des Rates und der RL 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, ABl. EU 2019 Nr. L 328, S. 7.

<sup>2</sup> Vorschlag für eine VO des europäischen Parlaments und des Rates über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste) und zur Änderung der RL 2000/31/EG, Dokument COM (2020) 825 final.

Das Verbraucherrecht basiert auf der Vorstellung der Existenz zweier im Rechtsverkehr unterschiedlich starker Parteien:<sup>3</sup> dem Verbraucher (§ 13 BGB) und Unternehmer (§ 14 BGB). Ziel ist der Schutz des unterlegenen Verbrauchers vor dem Unternehmer oder anders formuliert die Beseitigung der gestörten Vertragsparität zwischen den Parteien. Diese zeigt sich gerade im digitalen Geschäftsverkehr darin, dass der Verbraucher den Vertragspartner und die Ware nicht sieht, den Vertrag nicht mitgestalten kann und der Unternehmer entscheidet, welche Informationen er zur Verfügung stellt.<sup>4</sup> Der Verbraucher hat folglich ein Informationsdefizit, das einen gleichberechtigten Vertragsschluss behindert. Als Reaktion auf diese Informationsasymmetrie sind dem Unternehmer Informationspflichten auferlegt, die er im Verhältnis zum Verbraucher erfüllen muss. Dadurch soll der Verbraucher die Informationen erhalten, die er für einen wohlüberlegten Vertragsschluss benötigt.<sup>5</sup> Ziel ist also die Wiederherstellung der Vertragsparität durch Schaffung eines informatorischen Gleichgewichts zwischen Verbraucher und Unternehmer.<sup>6</sup>

Damit die verbraucherrechtlichen Informationspflichten aber auch dem Verbraucher nützen, muss sich die Erfüllung der Pflichten auch an ihm orientieren. Hierfür maßgeblich ist das geltende Verbraucherleitbild des „Durchschnittsverbrauchers, der angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch ist“<sup>7</sup>. Dieser Durchschnittsverbraucher verfügt über eine gewisse Intelligenz und Erfahrung und ist fähig, die ihm angebotenen Informationen richtig zu verarbeiten.

---

<sup>3</sup> Auf die heiß geführte Diskussion der Legitimation und des Umfangs des Verbraucherschutzes sei an dieser Stelle nur hingewiesen.

<sup>4</sup> *Dethloff*, Jura 2003, 730 (733); i.E. so auch *Grapentin*, NJW 2019, 181 (182); *Thüsing*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, § 312d Rn. 4; *Koch*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, Vor § 312 Rn. 3; *Zimmermann*, E-Commerce, Verbraucherschutz und die Entwicklung Intelligenter Agenten, 2008, S. 36, 115.

<sup>5</sup> BT-Drs. 14/2658, S. 38; *Grundmann*, JZ 2013, 53 (57); *Härtling*, Internetrecht, 6. Aufl. 2017, Rn. 1139; *Segger-Piening*, ZfPW 2020, 358 (358, 361).

<sup>6</sup> *Howells/Twigg-Flesner/Wilhelmsson*, Rethinking EU Consumer Law, 2018, S. 96; *Kästle-Lamparter*, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Law, 2018, S. 402 f.; *Schulte/Schulte*, NJW 2003, 2140 (2142).

<sup>7</sup> EuGH JuS 2000, 76 (76); EuGH GRUR Int. 2015, 471 (477 Rn. 75); EuGH BeckRS 2021, 3241 Rn. 39; BGH GRUR 2004, 793 (796); BGH NJW-RR 2012, 499 (499); BGH GRUR 2016, 521 (521 Rn. 10); BGHZ 209, 86 = NJW 2016, 1881 (1883 Rn. 33); *Hörmann*, Der Internethandel und die neue Richtlinie über die Rechte der Verbraucher, 2014, S. 29; *Schmidt-Kessel/Germelmann*, in: Schmidt-Kessel/Germelmann (Hrsg.), Verbraucherleitbilder – Zwecke, Wirkweisen und Maßstäbe, 2016, S. 61.

ten.<sup>8</sup> Diese Vorstellung von den Fähigkeiten des Verbrauchers bildet den Maßstab für die Kriterien der Erfüllung der Informationspflichten: dem Transparenzgebot und der Mediengerechtigkeit. Hiernach müssen die Informationen inhaltlich, sprachlich und formal so gestaltet sein, dass sie für den Verbraucher leicht erkennbar und verständlich sind. Dabei sind immer die Grenzen und Möglichkeiten des benutzten Fernkommunikationsmittels zu berücksichtigen, wobei unter bestimmten Umständen ein „Medienbruch“ zulässig ist.<sup>9</sup> Der Unternehmer darf dann die Informationen, die er mit dem eingesetzten Medium nicht transparent vermitteln kann, über ein anderes Medium zur Verfügung stellen.<sup>10</sup> Dies ist aber nur dann zulässig, wenn der Verbraucher das andere Medium auch benutzen kann.

### III. Der Einsatz von Sprachassistenten

Fraglich ist, ob das Schutzinstrument der Informationspflichten auch bei neuen technischen Entwicklungen wirksam ist und der Unternehmer auch bei Einsatz neuer Technologien die Informationspflichten erfüllt. Die aktuell bedeutsamste Entwicklung ist der Einsatz sog. Sprachassistenten. Bereits im Jahr 2019 kauften elf Prozent der deutschen Verbraucher wöchentlich mit dem Sprachassistenten ein.<sup>11</sup> Dieser Trend soll sich in den kommenden Jahren massiv verstärken.<sup>12</sup>

Sprachassistenten sind Geräte, die künstliche Intelligenzen benutzen, um Aufgaben auf Grundlage von Sprachbefehlen und mithilfe von Datenbanken und personalisierten Benutzereingaben zu erfüllen.<sup>13</sup> Für den Vertragsschluss mittels Sprachassistent muss zunächst ein Kundenkonto beim Anbieter des Assistenten eröffnet und der Sprachassistent damit verknüpft werden. Dann muss der Assistent durch ein Schlüsselwort aktiviert werden. Ist dies geschehen, kann der Nutzer mittels Sprachbefehl die Bestellung durchführen. Der Sprachassistent wird also nur im vorvertraglichen Bereich tätig.

<sup>8</sup> Cremer/Ostermann, in: Klinck/Riesenhuber (Hrsg.), Verbraucherleitbilder, 2015, S. 89; Hörmann (Fn.7), S. 29; Weber, VuR 2020, 9 (11); Weber, ZRP 2020, 98 (99).

<sup>9</sup> Martens, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 59, Stand:1.8.2021, EGBGB Art. 246a § 4 Rn. 14; Schirnbacher, in: Verbraucherrecht, Handbuch, 3. Aufl. 2019, § 9 Rn. 87; Thüsing (Fn.4), § 312d Rn. 89.

<sup>10</sup> Schirnbacher (Fn. 9), § 9 Rn. 87a; Schirnbacher/Schmidt, CR 2014, 107 (111); Wendehorst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 312d Rn. 79.

<sup>11</sup> Abrufbar unter <https://www.it-finanzmagazin.de/shoppen-per-stimme-97463/> (6.11.2021).

<sup>12</sup> Abrufbar unter <https://www.handelsjournal.de/handel/e-commerce/artikel-2020/voice-commerce-waechst-um-205-prozent.html> (6.11.2021).

<sup>13</sup> Dale, *Naturale Language Engineering* 2016, 811 (811); Koetter u.a., ICAART 2019, 1 (3); Micklitz/Namyslowska/Jablonowska, in: *Künstliche Intelligenz und Robotik*, 2020, § 6 Rn. 16.

Gerade für Verbraucher sind Sprachassistenten die bequemste Möglichkeit, online Verträge zu schließen, weil dies über die einfachste Form der Kommunikation, die Sprache, möglich ist. Dadurch besteht aber wiederum die Gefahr, dass den Verbraucher die Gefahren im digitalen Geschäftsverkehr verstärkt treffen. Die Gefahr eines übereilten und uninformatierten Vertragsschlusses liegt hierbei besonders nahe. Auch die Frage, ob Informationspflichten allein durch sprachliche Wiedergabe erfüllt werden können, drängt sich auf. Deswegen muss zunächst gefragt werden, ob und inwieweit Sprachassistenten dem Informationsregime im digitalen Rechtsverkehr unterliegen. Hierbei wird unterschieden zwischen fernabsatzrechtlichen Informationspflichten und solchen des E-Commerce.

#### 1. Fernabsatzrechtliche Informationspflichten

Damit die fernabsatzrechtlichen Informationspflichten einschlägig sind, müsste es sich bei einem Vertragsschluss mittels Sprachassistent um einen Fernabsatzvertrag i.S.v. § 312c BGB handeln.

##### a) Vorliegen eines Fernabsatzvertrages

Dafür müssten der Verbraucher und Unternehmer einen entgeltlichen Vertrag<sup>14</sup> mittels eines Fernkommunikationsmittels schließen und der Unternehmer über ein organisiertes Fernabsatzsystem verfügen (§ 312c Abs. 2 BGB). Diese Voraussetzungen sind etwa bei Abschluss eines Kaufvertrages mittels Alexa bei Amazon, als Versandunternehmen, gegeben. Auch müssten Sprachassistenten Fernkommunikationsmittel i.S.v. § 312c Abs. 2 BGB sein. Maßgeblich hierfür ist, dass die Kommunikation ohne gleichzeitige physische Anwesenheit erfolgt und die Ware nicht in Augenschein genommen werden kann.<sup>15</sup> Beim Vertragsschluss mittels Sprachassistenten kommuniziert der Verbraucher mit dem Assistenten, sodass keine persönlich physische Kommunikation mit dem Unternehmer stattfindet. Somit sind Sprachassistenten Fernkommunikationsmittel i.S.d. § 312c BGB<sup>16</sup> und es liegt ein Fernabsatzvertrag vor, wenn der Vertragsschluss mittels Sprachassistent stattfindet.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Härting (Fn. 5), Rn. 1075; Föhlich, in: *Handbuch Multimedia-Recht*, 54. EL, Teil 13.4 Rn. 41; Müllerter Jung, BB 2010, 1874 (1876).

<sup>15</sup> Junker, in: *juris PraxisKommentar BGB*, 8. Aufl. 2017, § 312c Rn. 27; Leeb, MMR 2017, 89 (92); Koch (Fn. 4), § 312c Rn. 10; Martens, in: *Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB*, 4. Aufl. 2019, § 312c Rn. 11; Rauschenbach, K&R 2017, 221 (223).

<sup>16</sup> So auch Schirnbacher, in: *Recht der elektronischen Medien*, 4. Aufl. 2019, BGB § 312c Rn. 6; Sein, *EuCML* 2018, 179 (180); Winkemann, CR 2020, 451 (452).

<sup>17</sup> Brunotte, CR 2017, 583 (586); Buchmann, K&R 2014, 221 (224); Micklitz/Namyslowska/Jablonowska (Fn. 13), § 6 Rn. 113; Sein, *EuCML* 2018, 179 (180); Winkemann, CR 2020, 451 (452).

## b) Erleichterung nach Art. 246 § 3 EGBGB?

Ob der Unternehmer die Informationspflichten aus Art. 246a § 1 EGBGB oder nur die reduzierten Pflichten gem. Art. 246a § 3 EGBGB erfüllen muss, hängt davon ab, ob der Sprachassistent ein Fernkommunikationsmittel mit begrenztem Raum oder begrenzter Zeit für die Informationserteilung ist.

Wann dies der Fall ist, ist aufgrund des offenen<sup>18</sup> Wortlautes des Art. 246a § 3 EGBGB und des zugrundeliegenden Art. 8 Abs. 4 VRRG unklar. So wird angenommen, dass es darauf ankomme, wie der Unternehmer die Informationen konkret räumlich und zeitlich auf dem Kommunikationsmittel ausgestaltet.<sup>19</sup>

Dagegen streitet aber das verbraucher-schützende Telos des Art. 246a § 3 EGBGB. Wenn das eingesetzte Kommunikationsmittel nicht in der Lage ist, die Informationen des Art. 246a § 1 EGBGB dem Verbraucher transparent zur Verfügung zu stellen, soll gewährleistet werden, dass er zumindest die wichtigsten Kerninformationen transparent erhält.<sup>20</sup> Würde die Anwendbarkeit dieser Ausnahme vom Verhalten des Unternehmers abhängen, würde das Telos untergraben.<sup>21</sup> Darüber hinaus missachtet diese konkrete Betrachtung auch das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen dem umfangreichen Katalog des Art. 246a § 1 EGBGB und den reduzierten Pflichten nach Art. 246a § 3 EGBGB, wenn der Unternehmer grundsätzlich immer dazu imstande wäre, die Erleichterung herbeizuführen.<sup>22</sup> Folglich muss es darauf ankommen, ob das Fernkommunikationsmittel abstrakt eine immanente zeitliche und räumliche Begrenzung aufweist.<sup>23</sup>

<sup>18</sup> Föhlisch/Dyakova, MMR 2013, 3 (7); Rose/Taeger, K&R 2010, 159 (163); Weber, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung: Eine Untersuchung am Beispiel des elektronischen Geschäftsverkehrs und sonstiger Fernabsatzverträge, 2019, S. 130.

<sup>19</sup> Schirnbacher (Fn. 16), EGBGB Art. 246a Rn. 173; siehe auch Wendehorst (Fn. 10) § 312d Rn. 64.

<sup>20</sup> OLG Düsseldorf WRP 2016, 739 (745 Rn. 52); Busch, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum Zivilrecht, Stand: 1.6.2021, EGBGB Art. 246a § 3 Rn. 1 f., 5; Schirnbacher (Fn. 16), EGBGB Art. 246a Rn. 167 f.; Schirnbacher/Engelbrecht, ITRB 2014, 89 (90).

<sup>21</sup> OLG Düsseldorf WRP 2016, 739 (745 Rn. 57); Busch (Fn. 20), EGBGB Art. 246a § 3 Rn. 5; Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 80. Aufl. 2021, EGBGB Art. 246a § 3 Rn. 1; Oelschlägel, in: Rechts-Handbuch Onlineshop, 2. Aufl. 2017, Rn. 2.210.

<sup>22</sup> OLG Düsseldorf WRP 2016, 739 (742 f. Rn. 35); wohl auch Becker/Rätze, WRP 2019, 429 (437); Martens (Fn. 15), EGBGB Art. 246a § 3 Rn. 3; Thüsing (Fn. 4), § 312d Rn. 65.

<sup>23</sup> EuGH GRUR 2019, 296 (297 Rn. 39); BGH WRP 2017, 1074 (1076); OLG Düsseldorf WRP 2016, 739 (743); Föhlisch, in: E-Commerce Rechts-Handbuch, 2017, S. 191; Martens (Fn. 9), EGBGB Art. 246a § 3 Rn. 2; Schirnbacher/Engelbrecht, ITRB 2014, 89 (89); Schirnbacher/Schmidt, CR 2014, 107 (110); Thüsing (Fn. 4), § 312d Rn. 65; Winkemann,

Da Sprachassistenten in der Regel über keinen Bildschirm verfügen, sondern nur über Mikrofon und Lautsprecher, existiert de facto kein Raum für eine Informationserteilung, sodass die Voraussetzung des begrenzten Raumes erfüllt ist.<sup>24</sup> Ob auch eine zeitliche Begrenzung vorliegt, könnte anzuzweifeln sein, da Sprachassistenten dauerhaft zur Verfügung stehen und die Informationen wiederhol- und abrufbar sind. Dagegen spricht jedoch, dass die sprachliche Wiedergabe einen festen zeitlichen Rahmen aufweist. Dies ändert sich auch nicht durch eine Abruf- oder Wiederholungsmöglichkeit. Auch wird die auditive Wiedergabe der umfangreichen Informationen des Art. 246a § 1 EGBGB den Verbraucher regelmäßig überrollen, weil er nicht fähig sein wird, sich jede einzelne Information zu merken.<sup>25</sup> Damit ginge aber der verbraucher-schützende Zweck der Informationspflichten fehl und es würde das Transparenzgebot nicht gewahrt werden. Somit liegt auch eine zeitliche Begrenzung vor.

Folglich sind Sprachassistenten Fernkommunikationsmittel mit räumlicher und zeitlicher Begrenzung, sodass der Unternehmer lediglich die reduzierten Informationspflichten des Art. 246a § 3 EGBGB erfüllen muss.

## c) Erfüllung der Informationspflichten

Hierbei ist zunächst zu klären, ob die Erfüllung auch in auditiver Form erfolgen kann. Nach dem Erfüllungskriterium der Mediengerechtigkeit (Art. 246a § 4 Abs. 3 EGBGB) richtet sich die Form der Erfüllung nach dem benutzten Fernkommunikationsmittel.<sup>26</sup> Folglich können die Informationen auch auditiv zur Verfügung gestellt werden<sup>27</sup>, sodass der Einsatz von Sprachassistenten nicht von vornherein gegen Art. 246a § 3 EGBGB verstößt. Dies folgt auch daraus, dass nach § 312c Abs. 2 BGB das Telefonmarketing von den fernabsatzrechtlichen Informationspflichten erfasst ist. Auch hier erfolgt die Informationserteilung nur über das gesprochene Wort.<sup>28</sup>

## aa) Die einzelnen Informationspflichten

Gem. Art. 246a § 3 S. 1 Nrn. 1–4 EGBGB muss der Verbraucher über die wesentlichen Eigenschaften der Ware, den Gesamtpreis, die Unternehmeridentität und über das Bestehen eines Widerrufsrechts informiert werden. Ferner müssen ihm

CR 2020, 451 (452); a.A. Buchmann/Hoffmann, K&R 2016, 462 (464 f.), Föhlisch/Dyakova, MMR 2013, 3 (7).

<sup>24</sup> So auch Sein, EuCML 2018, 179 (182).

<sup>25</sup> OLG Düsseldorf WRP 2016, 739 (744 Rn. 49); Busch (Fn. 20), EGBGB Art. 246a § 3 Rn. 5; Koch/Schmidt-Hern, WRP 2018, 671 (674); i.E. gleich Schirnbacher (Fn. 16), EGBGB Art. 246a Rn. 184; Winkemann, CR 2020, 451 (452).

<sup>26</sup> Busch (Fn. 20), EGBGB Art. 246a § 4 Rn. 23; Martens (Fn. 9), EGBGB Art. 246a Rn. 12; Oelschlägel (Fn. 21), Rn. 2.149; so auch Thüsing (Fn. 4), § 312d Rn. 88; Unger, ZEuP 2012, 270 (283).

<sup>27</sup> Sein, EuCML 2018, 179 (182); Unger, ZEuP 2012, 270 (284); Winkemann, CR 2020, 451 (453).

<sup>28</sup> Dies sieht auch Sein, EuCML 2018, 179 (182).

die Informationen nach Art. 246a § 1 EGBGB in geeigneter Weise zugänglich gemacht werden (Art. 246a § 3 S. 2 EGBGB).

#### (1) Wesentliche Eigenschaften der Waren

Die Information über die wesentlichen Eigenschaften der Ware (Art. 246a § 3 Nr. 1 EGBGB) soll es dem Verbraucher ermöglichen, eine Einschätzung des Produkts vorzunehmen.<sup>29</sup> Gerade im Fernabsatz ist dies von Bedeutung, weil der Verbraucher die Ware nicht vor sich hat und mit anderen Waren vergleichen kann. Andererseits darf er nicht mit unwichtigen Produktinformationen überschwemmt werden, sondern benötigt nur die Kernmerkmale der Ware.<sup>30</sup> Der Umfang und Inhalt der Information hängt deshalb vom Wert und der Komplexität des Kaufgegenstandes ab.<sup>31</sup> Wesentliche Eigenschaften sind also die Merkmale, die nach der Verkehrsanschauung für den Vertragsschluss des Verbrauchers im konkreten Fall<sup>32</sup> entscheidend sind.<sup>33</sup> Also in jedem Fall die *essentialia negotii*.<sup>34</sup> Dazu zählen Preis, Name und charakteristische Merkmale des Produkts. Der Sprachassistent muss den Nutzer folglich mindestens diese drei Informationen zur Verfügung stellen.

Derzeit teilt der Assistent dem Nutzer den Namen, Preis und ggf. die geschätzte Lieferzeit des Produkts mit.<sup>35</sup> Name und Preis sind jedoch nur ein Teil der *essentialia negotii* und erlauben es dem Verbraucher nicht, eine ausreichende Produkteinschätzung vorzunehmen, geschweige denn einen Vergleichsmaßstab zu bilden. Vielmehr wäre die Information über die wichtigsten Produktmerkmale nötig. Diese kann der Verbraucher aber lediglich über die App oder Website des Unternehmers abrufen.<sup>36</sup> Dieser Medienbruch ist jedoch gem.

<sup>29</sup> Föhlisch (Fn. 14), Teil. 13.4 Rn. 154; Martens (Fn. 9), EGBGB Art. 246 Rn. 11; Tamm, VuR 2014, 9 (10); so auch Wendehorst (Fn. 10), § 312a Rn. 18.

<sup>30</sup> Busch (Fn. 20), EGBGB Art. 246 Rn. 18; Grigoleit, in: Revision des Verbraucher-acquis, 2012, S. 238; Weber (Fn. 18), S. 120.

<sup>31</sup> Ähnlich OLG München MMR 2019, 249 (250 Rn. 25) m. Anm. Föhlisch; Clausnitzer/Delfs, ZVertriebsR 2014, 343 (347); Föhlisch (Fn. 14), Teil 13.4 Rn. 154; Martens (Fn. 9), EGBGB Art. 246 Rn. 12.

<sup>32</sup> Bergt, NJW 2012, 3541 (3542); Busch (Fn. 20), EGBGB Art. 246 Rn. 18; Martens (Fn. 9), EGBGB Art. 246 Rn. 11, 11a.

<sup>33</sup> Härting (Fn. 5), Rn. 1176; Lütcke, Fernabsatzrecht, 2002, BGB § 312c Rn. 16; Schirnbacher (Fn. 16), EGBGB Art. 246a Rn. 7; Tamm, VuR 2014, 9 (10); Wendehorst (Fn. 10), § 312a Rn. 18.

<sup>34</sup> Lütcke (Fn. 33), BGB § 312c Rn. 16; Schirnbacher (Fn. 16), EGBGB Art. 246a Rn. 7; Weber (Fn. 18), S. 120.

<sup>35</sup> Abrufbar unter

<https://www.homeandsmart.de/alexa-online-einkaufen> (6.11.2021).

<sup>36</sup> Abrufbar unter

[https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html?nodeId="](https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html?nodeId=)

Art. 246a § 3 S. 1 EGBGB unzulässig, weil die Informationen mittels des Fernkommunikationsmittels zur Verfügung gestellt werden müssen. Der Unternehmer verstößt somit beim Einsatz von Sprachassistenten gegen die Informationspflicht aus Art. 246a § 3 S. 1 Nr. 1 EGBGB.

#### (2) Unternehmeridentität

Ferner muss nach Art. 246a § 3 S. 1 Nr. 2 EGBGB über die Identität des Unternehmers informiert werden. Hierdurch soll dem Kunden eine zuverlässige Möglichkeit der Identifikation des Unternehmers gegeben werden.<sup>37</sup> Anzugeben sind deshalb bei natürlichen Personen Vor- und Nachname<sup>38</sup> und bei Kaufleuten zusätzlich die Nennung der Firma und Rechtsform.<sup>39</sup> Die Kontaktinformationen finden sich grundsätzlich in den AGB des Unternehmers und werden vom Sprachassistenten nicht gesondert mitgeteilt. Auch dies stellt, wie oben festgestellt, einen unzulässigen Medienbruch dar. Diese Informationspflicht wird somit auch nicht erfüllt.

#### (3) Informationen zum Gesamtpreis

Der Unternehmer ist verpflichtet, den Gesamtpreis der Waren anzugeben oder die Art der Preisberechnung. Der Gesamtpreis setzt sich aus den Preisen zusammen, die einschließlich der Umsatzsteuer und sonstiger Preisbestandteile zu zahlen sind (§ 1 Abs. S. 1 PAngV). Nach Einlegen des Produkts im Warenkorb und vor Abschluss der Bestellung wird der Preis jeden Produkts dem Nutzer vom Sprachassistenten mitgeteilt.<sup>40</sup> Somit erfüllt die aktuelle Ausgestaltung von Sprachassistenten die Informationspflicht zum Preis nach Art. 246a § 3 S. 1 Nr. 3 EGBGB.

#### (4) Information über das Widerrufsrecht

Schließlich muss der Verbraucher gem. Art. 246a § 3 S. 1 Nr. 4 EGBGB über das Bestehen des Widerrufsrechts informiert werden. Im Gegensatz zu Art. 246a § 1 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB muss also nicht zusätzlich über die Bedingungen<sup>41</sup>, Fristen, das Verfahren der Ausübung des Widerrufs und das Muster-Widerrufsformular informiert werden. Folglich ließe

[d=201809740](https://www.homeandsmart.de/alexa-online-einkaufen) (6.11.2021).

<sup>37</sup> Lorenz, VuR 2008, 321 (324); Oelschlägel (Fn. 21), Rn. 2.171; Schirnbacher (Fn. 16), EGBGB Art. 246a Rn. 13.

<sup>38</sup> KG Berlin NJW-RR 2007, 1050 (1051); LG Berlin MMR 2003, 202 (202); Brennscheidt, in: Borges (Hrsg.), Rechtsfragen der Internet-Auktion, 2. Aufl. 2014, S. 177; Föhlisch (Fn. 14), Teil 13.4 Rn. 133.

<sup>39</sup> BGH GRUR 2013, 1169 (1169 Rn. 11 f.); Föhlisch (Fn. 14), Teil 13.4 Rn. 134; Lorenz, VuR 2008, 312 (324).

<sup>40</sup> Abrufbar unter

<https://www.homeandsmart.de/alexa-online-einkaufen> (6.11.2021).

<sup>41</sup> Ob unter Bedingungen auch die Rechtsfolgen des Widerrufs fallen ist str.; bejahend Buchmann/Hoffmann, K&R 2016, 462 (462); Schmidt/Brönneke, VuR 2013, 448 (451 f.); Wendehorst (Fn. 10), § 312d Rn. 42; ablehnend Thüsing (Fn. 4), § 312d Rn. 47; Janal, VuR 2015, 43 (46).



sich annehmen, dass die Widerrufsinformation des Art. 246a § 3 EGBGB einen geringeren Umfang als in Art. 246a § 1 EGBGB hat.<sup>42</sup> Der dem Art. 246a § 3 EGBGB zugrundeliegende Art. 8 Abs. 4 VRRL verweist allerdings auf Art. 6 Abs. 1 lit. h VRRL, der Grundlage des Art. 246a § 1 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB ist. Dies würde wiederum dafürsprechen, dass sich die beiden Informationspflichten inhaltlich decken.<sup>43</sup> Diese Ansicht hat der EuGH bestätigt.<sup>44</sup> Nach Ansicht des EuGH muss der Unternehmer auch im Fall von Art. 8 Abs. 4 VRRL vor Vertragsschluss über die Bedingungen, Fristen und das Verfahren für die Ausübung des Widerrufsrechts informieren.<sup>45</sup> Das Muster-Widerrufsformular muss lediglich auf andere Weise in klarer und verständlicher Weise zur Verfügung gestellt werden.<sup>46</sup>

Dies stellt sich für den Einsatz von Sprachassistenten als problematisch dar und leuchtet unter praktischen Gesichtspunkten nicht ein. Es ist nicht überzeugend, warum im Fall von Art. 246a § 3 EGBGB einerseits die Informationspflichten des Art. 246a § 1 Abs. 1 EGBGB reduziert werden, um andererseits die volle Pflichtinformation des Art. 246a § 1 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB zu fordern.<sup>47</sup> Ferner missachtet der EuGH das Telos des Art. 8 Abs. 4 VRRL. Ziel der Vorschrift ist es, dem Verbraucher immer die Kerninformationen in transparenter und mediengerechter Weise zur Verfügung zu stellen. Gerade bei sprachlicher Erfüllung der Informationen ist auf Pausen, Prägnanz und klare Sinnabschnitte zu achten, sodass die Information für den Verbraucher verständlich und nachvollziehbar ist und ihn so schützt. Dies ist aber nicht zu erwarten, wenn der Verbraucher die vollständige Widerrufsinformation vorgelesen bekommt und so von dem Sprachassistenten „zugetextet“ wird.<sup>48</sup> Auch überzeugt die Argumentation nicht, dass nur dann vom Widerrufsrecht profitiert werden könne, wenn die vollständige Information vor Vertragsschluss erfolgt.<sup>49</sup> Das Widerrufsrecht als Möglichkeit der Vertragslösung wird im Detail für den Verbraucher erst dann relevant, wenn er die Ware erhalten hat, also nach Vertrags-

schluss.<sup>50</sup> Die ausgiebige vorvertragliche Information über die Widerrufsmöglichkeit fördert dagegen nicht den informierten Vertragsschluss des Verbrauchers.<sup>51</sup> Ohnehin erhält der Verbraucher sowieso vor Vertragsschluss die ausgiebige Information über das Widerrufsrecht, weil nach Art. 246a § 3 S. 2 EGBGB die Informationen nach Art. 246a § 1 EGBGB zugänglich gemacht werden müssen.<sup>52</sup> Es leuchtet somit nicht ein, warum es nicht ausreichen soll, dass der Assistent über das Bestehen des Widerrufsrechts informiert und darauf hinweist, dass die weiteren Informationen zum Widerrufsrecht auf der Website des Unternehmers zu finden sind.<sup>53</sup>

Im Ergebnis könnte der Einsatz von Sprachassistenten nach der abzulehnenden Auffassung des EuGH weder jetzt noch in der Zukunft die Informationspflicht des Art. 246a § 3 S. 1 Nr. 4 EGBGB erfüllen.<sup>54</sup>

#### (5) weitere Angaben nach Art. 246a § 1 EGBGB

Dem Verbraucher müssen die weiteren Informationen nach Art. 246a § 1 EGBGB zugänglich gemacht werden (Art. 246a § 3 S. 2 EGBGB). Dafür muss ihm eine transparente Information darüber bereitgestellt werden, wo und wie die weiteren Informationen zugänglich sind.<sup>55</sup> Der Zugang zu den weiteren Informationen darf nicht erschwert und muss mit zumutbarem Aufwand möglich sein.<sup>56</sup>

Es wird insoweit vertreten, dass die Angabe über die weiteren Informationen bei Sprachassistenten dann erfüllt sei, wenn sie in der dazugehörigen App erfolge.<sup>57</sup>

Diese Auffassung beachtet hierbei nicht, dass auch für die weiterführende Information das Transparenzgebot gilt.<sup>58</sup> Dieses wäre nicht gewahrt, wenn der Verbraucher ohne Anregung und auf Verdacht in der App nach einem Hinweis auf die weiteren Informationen suchen müsste.<sup>59</sup> Erforderlich wäre somit, dass der Assistent den Verbraucher auf die weiteren Informationen in der App ausdrücklich hinweist.<sup>60</sup>

<sup>42</sup> Buchmann/Hoffmann, K&R 2016, 462 (462); ähnlich Rose/Taeger, K&R 2010, 159 (164); so Wendehorst (Fn. 10), § 312d Rn. 67.

<sup>43</sup> OLG Düsseldorf WRP 2016, 739 (745 Rn. 53); Busch (Fn. 20), EGBGB Art. 246a § 3 Rn. 8; Klocke, NJW 2015, 293 (298); Martens (Fn. 9), EGBGB Art. 246a § 3 Rn. 7; Schmidt/Brönneke, VuR 2013, 448 (452).

<sup>44</sup> EuGH GRUR 2019, 296 (298 Rn. 44).

<sup>45</sup> EuGH GRUR 2019, 296 (298 Rn. 46); kritisch dazu Schirnbacher, WRP 2019, 312 (317).

<sup>46</sup> EuGH GRUR 2019, 296 (298 Rn. 46).

<sup>47</sup> Schirnbacher, WRP 2017, 1079 (1080).

<sup>48</sup> BGH GRUR 2017, 930 (933 Rn. 28), ähnlich Becker/Rätze, WRP 2019, 429 (435); siehe auch Buchmann/Hoffmann, K&R 2016, 462 (463); ähnlich Koch/Schmidt-Hern, WRP 2018, 671 (674).

<sup>49</sup> So aber EuGH GRUR 2019, 296 (298 Rn. 46).

<sup>50</sup> So aber auch EuGH GRUR 2019, 296 (298 Rn. 45); siehe auch EuGH NJW 2009, 3015 (3015 Rn. 20); Schirnbacher, WRP 2019, 312 (316).

<sup>51</sup> So auch Schirnbacher, WRP 2019, 312 (316).

<sup>52</sup> Schirnbacher (Fn. 16), EGBGB Art. 246a Rn. 190.

<sup>53</sup> So auch BGH GRUR 2017, 930 (933 Rn. 28); zustimmend Becker/Rätze, WRP 2019, 429 (437); i.E. ähnlich Rose/Taeger, K&R 2010, 159 (165 f.).

<sup>54</sup> Ähnlich Busch (Fn. 20), EGBGB Art. 246a § 3 Rn. 8.1.

<sup>55</sup> Schirnbacher (Fn. 16), EGBGB Art. 246a Rn. 190; Tamm, VuR 2014, 9 (14); Weber (Fn. 18), S. 131.

<sup>56</sup> Busch (Fn. 20), EGBGB Art. 246a § 3 Rn. 10; Schirnbacher (Fn. 16), EGBGB Art. 246a Rn. 192; Thüsing (Fn. 4), § 312d Rn. 71.

<sup>57</sup> So Busch (Fn. 20), EGBGB Art. 246a § 3 Rn. 11.

<sup>58</sup> Schirnbacher (Fn. 16), EGBGB Art. 246a Rn. 197; ders./Engelbrecht, ITRB 2014, 89 (92).

<sup>59</sup> Koch/Schmidt-Hern, WRP 2018, 671 (675); Schirnbacher (Fn. 16), EGBGB Art. 246a Rn. 197.

<sup>60</sup> Koch/Schmidt-Hern, WRP 2018, 671 (675).

Heutzutage hat der Kunde lediglich nach Abgabe der Bestellung die Möglichkeit, in einem Zeitfenster die Bestellung einzusehen, zu ändern, Details zu bestätigen oder zu löschen.<sup>61</sup> Diese Lösung genügt bereits nicht den zeitlichen Anforderungen, weil der Kunde nach Abgabe der Bestellung dem Unternehmer ein Angebot (§ 145 BGB) übermittelt und somit bereits eine Vertragserklärung i.S.v. Art. 246a § 4 Abs. 1 EGBGB vorliegt. Ferner wird der Kunde nicht vom Sprachassistenten auf das Einsehen der weiteren Informationen hingewiesen. Somit erfüllt der Unternehmer nicht die Informationspflicht nach Art. 246a § 3 S. 2 EGBGB, wenn die weiteren Informationen ohne Hinweis über die App oder Website auffindbar sind.

#### bb) Zwischenergebnis

Sprachassistenten unterfallen den fernabsatzrechtlichen Informationspflichten. Mit Ausnahme der Informationspflicht bezüglich der Preisangabe wird der Großteil der vorvertraglichen Informationspflichten nach Art. 246a § 3 EGBGB aktuell nicht erfüllt. Insbesondere die Einhaltung des Transparenzgebotes und der inhaltliche Umfang einiger Informationen bereitet Sprachassistenten große Probleme.

#### 2. E-Commerce

Neben den fernabsatzrechtlichen Informationspflichten können auch die Informationspflichten im E-Commerce (§§ 312i, 312j BGB) einschlägig sein.

##### a) Anwendbarkeit der Pflichten im E-Commerce

Dafür ist erforderlich, dass der Vertragsschluss durch einen Sprachassistenten ein Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr ist. Der Unternehmer müsste sich also zum Vertragsabschluss der Telemedien bedienen (§ 312i Abs. 1 S. 1 BGB). Gleiches gilt für § 312j Abs. 2 und 3 BGB. § 312j Abs. 1 BGB fordert darüber hinaus das Vorliegen einer Website im elektronischen Geschäftsverkehr. Klar ist, dass der Assistent vom Unternehmer zum Vertragsabschluss eingesetzt wird.

##### aa) Sprachassistent als Telemedium?

Fraglich ist aber, ob der Sprachassistent ein Telemedium i.S.v. § 312i BGB ist. Der Begriff der Telemedien in § 312i BGB deckt sich mit der Negativdefinition in § 1 Abs. 1 S. 1 TMG.<sup>62</sup> Danach sind Telemedien alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht solche des § 3 Nr. 24, 25 TKG und Rundfunkstaatsvertrages sind. Erfasst ist somit jeder Online-Auftritt.<sup>63</sup> Entscheidend

<sup>61</sup> Abrufbar unter

<https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html?nodeId=201809740> (6.11.2021).

<sup>62</sup> Grüneberg (Fn. 21), § 312i Rn. 2; Koch (Fn. 4), § 312i Rn. 7; Maume, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2019, § 312i Rn. 10; Stadler, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 312i Rn. 5.

<sup>63</sup> Lorenz, VuR 2008, 321 (322). Maume, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 59, Stand: 1.8.2021, § 312i

ist, dass der Nutzer das Telemedium individuell elektronisch für einen Vertragsschluss benutzen kann.<sup>64</sup> Bei Sprachassistenten kann der einzelne Kunde gezielt per Sprachbefehl Produkte bestellen. Somit sind auch Sprachassistenten Telemedien, da sich gegenüber der „klassischen“ Computer-Kommunikation nur die Art der Kommunikation ändert.<sup>65</sup> Folglich sind die Informationspflichten der §§ 312i, 312j Abs. 2–3 BGB einschlägig.

##### bb) Sprachassistent als Website?

Ob auch die besondere Informationspflicht nach § 312j Abs. 1 BGB einschlägig ist, hängt davon ab, ob Sprachassistenten eine Website i.S.v. § 312j Abs. 1 BGB sind. Eine Website ist ein im Internet abrufbares Dokument, wohingegen der Assistent physisch greifbar und eine „künstliche Intelligenz“ ist, mit der der Verbraucher interaktiv interagieren kann. Dies ist bei der Website nicht der Fall, sodass der Sprachassistent nach dem Wortverständnis keine Website darstellt.

Von § 312j Abs. 1 BGB erfasst sein sollen die klassischen Internet- oder Webshops, die online einen Vertragsschluss ermöglichen.<sup>66</sup> Möglicherweise ist es im Interesse des Verbraucherschutzes angesichts neuer technischer Entwicklungen aber geboten, den § 312j Abs. 1 BGB trotz des eindeutigen Wortlautes so auszulegen, dass auch andere Möglichkeiten eines Online-Vertragsschlusses erfasst sind. Die VRRL hilft hierbei nicht weiter, da der zugrundeliegende Art. 8 Abs. 3 VRRL sowie Erwägungsgrund 38 VRRL wörtlich mit § 312j Abs. 1 BGB übereinstimmen.<sup>67</sup> Allerdings wird in den anderen sprachlichen Fassungen der VRRL der Begriff der Website so konkretisiert, dass sie „lisiblement“, „legibly“, „legible“, also lesbar sein muss. Daraus folgt, dass der Gesetzgeber der VRRL nicht davon ausging, dass die Information auch auditiv zur Verfügung gestellt werden kann, er also mit einer derartigen technischen Entwicklung nicht rechnete.<sup>68</sup>

Somit findet im Ergebnis § 312j Abs. 1 BGB auf Sprachassistenten keine Anwendung, weil diese keine Website im elektronischen Geschäftsverkehr sind.<sup>69</sup>

Rn. 12; Maume (Fn. 62), § 312i Rn. 12; Sieber/Liesching, MMR-Beilage 2007, 1 (4).

<sup>64</sup> Koch (Fn. 4), § 312i Rn. 10. Maume (Fn. 62), § 312i Rn. 12; Schulte-Nölke, in: Schulze, Handkommentar zum BGB, 10. Aufl. 2019, § 312i Rn. 2.

<sup>65</sup> Busch (Fn. 20), § 312i Rn. 9; implizit auch Duden, ZRP 2020, 102 (103); Koch/Schmidt-Hern, WRP 2018, 671 (674); Maume (Fn. 63), § 312i Rn. 12; Schirmbacher (Fn. 16), BGB § 312i Rn. 13; Wendehorst (Fn. 10), § 312i Rn. 16.

<sup>66</sup> Busch (Fn. 20), § 312j Rn. 5; Kaufhold, in: E-Commerce Rechts-Handbuch, 2017, S. 133; Wendehorst (Fn. 10), § 312j Rn. 4.

<sup>67</sup> So auch Sein, EuCML 2018, 179 (183 Fn. 56).

<sup>68</sup> Busch, EuCML 2018, 78 (80); Sein, EuCML 2018, 179 (184); Stiegler, MDR 2020, 1100 (1103).

<sup>69</sup> So i.E. auch Sein, EuCML 2018, 179 (184).

*b) Ausnahme: individuelle Kommunikation*

Nach den §§ 312i Abs. 2 S. 1, 312j Abs. 5 S. 1 BGB ist der Unternehmer dann von der Erfüllung der Informationspflichten befreit, wenn eine individuelle Kommunikation zwischen ihm und dem Verbraucher vorliegt. Dies beruht auf der Annahme, dass der Verbraucher nicht den typischen Gefahren des E-Commerce ausgesetzt ist, wenn er individuell mit einem Unternehmer den Vertrag schließt.<sup>70</sup> Umstritten ist, wann eine solche individuelle Kommunikation vorliegt.

Nach den, § 312i BGB zugrundeliegenden, Art. 10 Abs. 4, Art. 11 Abs. 3 ECRL liegt individuelle Kommunikation vor, wenn der Vertragsschluss über ausschließlichen Austausch elektronischer Post oder auf eine damit vergleichbare Weise erfolgt. Erfasst ist somit vor allem der E-Mail-Verkehr.<sup>71</sup>

Daraus schließt eine technisch-formale Betrachtungsweise, dass allein die verwendete Form der Kommunikation maßgeblich wäre<sup>72</sup>, also zielgerichtete, konkret-individuelle Nachrichten zwischen den Parteien vorliegen müssten.<sup>73</sup> Entscheidend sei, dass der Verbraucher als technisch-individualisierter Kunde selbst aktiv wird und den Inhalt seiner Erklärungen bestimmen kann.<sup>74</sup> Bei Sprachassistenten gibt der konkrete Nutzer zielgerichtet Sprachbefehle oder Fragen an den Sprachassistenten, der auf diese reagiert. Folglich läge nach dieser technisch-formalen Betrachtung eine individuelle Kommunikation vor.

Dagegen lässt sich einwenden, dass der Sprachassistent nur auf bestimmte Befehle des Nutzers auf Basis vorprogrammierter Prozesse reagiert.<sup>75</sup> Die Kommunikation ist somit nicht individuell, sondern unterliegt Einschränkungen.<sup>76</sup> Ferner könnte der Unternehmer nach obiger Ansicht allein durch die Wahl der Kommunikationsform die verbraucherschützenden Informationspflichten umgehen. Dazu soll der Ausnahmebestand der individuellen Kommunikation nach Erwägungsgrund 39 ECRL aber gerade nicht führen.<sup>77</sup> Auch aufgrund des verbraucherschützenden Telos der §§ 312i, 312j BGB kann für die Annahme der individuellen Kommunikation nur das Vorliegen der Risiken des E-Commerce für den Verbrau-

cher maßgeblich sein.<sup>78</sup> Diese sind beim Einsatz von Sprachassistenten sogar verstärkt, da der Kunde wegen des fehlenden Bildschirms und der sprachlichen Wiedergabe allein auf seine Vorstellung angewiesen ist. Zuletzt kann auch nach einer historischen Betrachtung die rein technische Ansicht nicht überzeugen. Ging der Gesetzgeber davon aus, dass E-Mails die typische Form individueller Kommunikation im E-Commerce sind, sind diese heutzutage Massenkommunikationsmittel, deren Inhalt automatisiert vorgegeben ist.<sup>79</sup> Die technisch-formale Betrachtungsweise missachtet somit die technische Entwicklung.

Im Ergebnis ist der inhaltlich-materiellen Sichtweise Vorzug zu geben, weil sie den aktuellen technischen Entwicklungen Rechnung trägt und zutreffend auf den Zweck der Vorschriften, den Verbraucherschutz, abstellt. Somit stellt der Vertragsschluss mittels Sprachassistent keine individuelle Kommunikation im Sinne der Ausnahmeregelung der §§ 312i, 312j BGB dar.<sup>80</sup>

Folglich muss der Unternehmer auch bei Einsatz eines Sprachassistenten die Informationspflichten im E-Commerce erfüllen.

*c) Erfüllung der Informationspflichten**aa) Informationen nach Art. 246c EGBGB*

Der Unternehmer muss dem Verbraucher die Informationen des Art. 246c EGBGB rechtzeitig vor Abgabe der Bestellung klar und verständlich mitteilen, § 312i Abs. 1 S.1 Nr. 2 BGB. Darunter fallen die Information über den technischen Ablauf des Vertragsschlusses (Art. 246c Nr. 1 EGBGB), die Vertragsspeicherung (Art. 246c Nr. 2 EGBGB) und Korrekturmöglichkeiten von Eingabebefehlen (Art. 246c Nr. 3 EGBGB).

*(1) Technischer Ablauf des Vertragsschlusses*

Mithilfe dieser Informationspflicht soll dem Verbraucher verdeutlicht werden, welche seiner Handlungen vertragliche Bindung entfaltet.<sup>81</sup> Er soll somit zwischen Angeboten und dem eigentlichen Bestellvorgang unterscheiden können.<sup>82</sup> Ziel der Information ist also der Übereilungs- und Vertrauensschutz

<sup>70</sup> Busch (Fn. 20), § 312j Rn. 49; Koch (Fn. 4), § 312i Rn. 22; Thüsing (Fn. 4), § 312i Rn. 29, § 312j Rn. 23.

<sup>71</sup> Brennscheidt (Fn. 39), S. 241; Junker (Fn. 15), § 312i Rn. 90; Koch (Fn. 4), § 312i Rn. 22; Raue, MMR 2012, 438 (440); Thüsing (Fn. 4), § 312i Rn. 30.

<sup>72</sup> Wendehorst (Fn. 10), § 312i Rn. 48.

<sup>73</sup> Grigoleit, NJW 2002, 1151 (1152); Junker (Fn. 15), § 312i Rn. 90; Martens (Fn. 15), § 312i Rn. 20; Raue, MMR 2012, 438 (441); Schirnbacher (Fn. 16), BGB § 312i Rn. 21.

<sup>74</sup> Martens (Fn. 15), § 312i Rn. 19; Maume (Fn. 63), § 312i Rn. 19; Raue, MMR 2012, 438 (441); Schirnbacher (Fn. 16), BGB § 312i Rn. 21; Wendehorst (Fn. 10), § 312i Rn. 48.

<sup>75</sup> Busch (Fn. 20), § 312i Rn. 51; Sein, EuCML 2018, 179 (178); Winkemann, CR 2020, 451 (455).

<sup>76</sup> Zustimmend Sein, EuCML 2018, 179 (178); siehe dazu Wendehorst (Fn. 10), § 312i Rn. 50.

<sup>77</sup> So auch Thüsing (Fn. 4), § 312i Rn. 30; Wendehorst (Fn. 10), § 312i Rn. 49.

<sup>78</sup> Busch (Fn. 20), § 312i Rn. 50; Wendehorst (Fn. 10), § 312i Rn. 49 f.

<sup>79</sup> So auch Raue, MMR 2012, 438 (441); Thüsing (Fn. 4), § 312i Rn. 30.

<sup>80</sup> Zustimmend Brunotte, CR 2017, 583 (588); Koch (Fn. 4), § 312i Rn. 22; Sein, EuCML 2018, 179 (187); Winkemann, CR 2020, 451 (455).

<sup>81</sup> Grüneberg (Fn. 21), EGBGB Art. 246c Rn. 2; Maume (Fn. 63), EGBGB Art. 246c Rn. 3; Schirnbacher (Fn. 16), EGBGB Art. 246c Rn. 2; Wendehorst (Fn. 10), § 312i Rn. 69; a.A. Bierehoven, in: Auer-Reinsdorff/Conrad (Hrsg.), Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 26 Rn. 71 f.; wohl Busch (Fn. 20), EGBGB Art. 246c Rn. 4; Junker (Fn. 15), § 312i Rn. 28.

<sup>82</sup> Brennscheidt (Fn. 39), S. 242; Maume (Fn. 63), EGBGB Art. 246c Rn. 3; Schirnbacher (Fn. 16), EGBGB Art. 246c Rn. 2; Wendehorst (Fn. 10), § 312i Rn. 69.

des Verbrauchers im E-Commerce.<sup>83</sup> Zur Modalität der Erfüllung äußern sich aber weder Art. 246c Nr. 1 EGBGB noch Art. 10 Abs. 1 lit. a ECRL.

Deswegen wird vertreten, dass der Unternehmer die Informationspflicht durch Bereitstellung der Informationen in seinen AGB erfüllen könne.<sup>84</sup> Dies überzeugt gerade im Lichte des Übereilungsschutzes und der vielfältigen Ausgestaltungsmöglichkeiten des Vertragsschlusses im E-Commerce nicht.<sup>85</sup> Das Ziel der ECRL, das Vertrauen in den E-Commerce zu stärken<sup>86</sup>, wird nicht erreicht, wenn der Verbraucher die Information nur im „Kleingedruckten“ erhält, weil er genau deshalb dem E-Commerce abgeneigter ist als dem stationären Handel. Deswegen ist die Ansicht wegen des verbraucher-schützenden Zwecks der Vorschrift abzulehnen.<sup>87</sup> Der Verbraucher muss also während des gesamten Bestellvorgangs über die rechtliche Bedeutung seiner Handlungen und dem Stadium des Vertragsschlusses informiert werden, sodass er jederzeit Klarheit hat und Irrtümer vermieden werden können.<sup>88</sup> Folglich muss der Sprachassistent bei jedem neuen Bestellabschnitt den Nutzer über die rechtlichen Auswirkungen seiner Sprachbefehle informieren.

Derzeit wird lediglich die Ware per Sprachbefehl in den Warenkorb gelegt und nach einem weiteren Befehl die Bestellung durch den Sprachassistenten vollendet.<sup>89</sup> Dementsprechend informiert der Sprachassistent den Verbraucher aktuell nicht über den Ablauf des Vertragsschlusses. Somit erfüllt der Unternehmer nicht seine Informationspflicht nach Art. 246c Nr. 1 EGBGB.

### (2) Vertragstextspeicherung und -zugänglichkeit

Die Informationspflicht des Art. 246c Nr. 2 EGBGB korrespondiert mit § 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB<sup>90</sup>, wonach der Unternehmer die Möglichkeit schaffen muss, den Vertrag aufzurufen und zu speichern. Dies kann nach einstimmiger Ansicht in den AGB des Unternehmers oder per Mail an den Verbraucher erfolgen<sup>91</sup>, sodass sich keine Besonderheiten bei Sprachassistenten ergeben.

<sup>83</sup> Kaufhold (Fn. 66), S. 130.

<sup>84</sup> Brennscheidt (Fn. 39), S. 243; Kaufhold (Fn. 66), S. 130; Spindler, in: Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, EGBGB Art. 246c Rn. 5.

<sup>85</sup> Brönneke, in: Verbraucherrecht Handbuch, 3. Aufl. 2019, § 10 Rn. 22.

<sup>86</sup> Siehe EWG 7 der E-Commerce-RL.

<sup>87</sup> Brönneke (Fn. 85), § 10 Rn. 21; Föhlisch, Das Widerrufsrecht im Onlinehandel, 2009, S. 240.

<sup>88</sup> Brönneke (Fn. 85), § 10 Rn. 21 f.; Busch (Fn. 20), EGBGB Art. 246c Rn. 5; Oelschlägel (Fn. 21), Rn. 2.118, 2.121.

<sup>89</sup> Abrufbar unter

<https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html?nodeId=GFEBOXE7DH7G9EQ4> (6.11.2021).

<sup>90</sup> Busch (Fn. 20), EGBGB Art. 246c Rn. 7 f.; Maume (Fn. 63), EGBGB Art. 246c Nr. 6; Schirnbacher (Fn. 16), EGBGB Art. 246c Rn. 10; Wendehorst (Fn. 10), § 312i Rn. 72.

<sup>91</sup> Busch (Fn. 20), § 312i Rn. 35; Föhlisch (Fn. 14), Teil 13.4

### (3) Korrektur von Eingabefeldern

Ferner muss der Verbraucher über die Korrekturmöglichkeit von Eingabefeldern informiert werden (Art. 246c Nr. 3 EGBGB) Fraglich erscheint, ob bei Einsatz von Sprachassistenten Eingabefehler passieren können. Der Wortlaut suggeriert, dass ein Eingabefehler ein Vertippen oder Verklicken ist<sup>92</sup> und nicht ein Versprechen. Der Begriff des Eingabefelders ist allerdings inhaltlich mit einem Erklärungsirrtum i.S.v. § 119 Abs. 1 Var. 2 BGB gleichzusetzen.<sup>93</sup> Daher kann auch ein Sich-Versprechen ein Eingabefehler sein.

Erforderlich für die Erfüllung ist gem. Art. 246c Nr. 3 EGBGB, dass eine technische Möglichkeit nach § 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB besteht, Eingabefehler zu erkennen und zu berichtigen. Fraglich ist hierbei, wie eine solche Korrekturmöglichkeit ausgestaltet sein muss. In Online-Shops hat sich etabliert, dass der Kunde am Ende der Bestellkette eine visuelle Übersicht über seine Bestellungen erhält und hier auf die Korrekturmöglichkeit hingewiesen wird.<sup>94</sup> Nach aktuellem Stand gibt es bei Sprachassistenten nur die Möglichkeit, nach Aufgabe der Bestellung diese per Sprachbefehl zu stornieren.<sup>95</sup> Der Nutzer wird aber darauf nicht hingewiesen. Ferner ist eine Stornierung keine Korrektur der Bestellung, sondern der Widerruf der zugangsbedürftigen Willenserklärung. Folglich erfüllt der Unternehmer diese Informationspflicht nicht.

### bb) Kerninformationen, § 312j Abs. 2 BGB

Nach § 312j Abs. 2 BGB muss der Verbraucher, bevor er seine Bestellung abgibt, nochmals die Informationen des Art. 246a § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 4, 5, 11, 12 EGBGB klar, verständlich und in hervorgehobener Weise erhalten. Dadurch und durch die, im Vergleich zu Art. 246a § 4 Abs. 1 und Abs. 3 EGBGB, verschärften formalen Anforderungen, soll der Verbraucher vor Kosten- und Abfallen geschützt werden.<sup>96</sup>

Umstritten ist hierbei, ob sich der inhaltliche Umfang der nach § 312j Abs. 2 BGB geschuldeten Informationen mit de-

Rn. 229; Kaufhold (Fn. 66), S. 130; Schirnbacher (Fn. 16), EGBGB Art. 246c Rn. 14; Thüsing (Fn. 4), § 312i Rn. 58.

<sup>92</sup> Klimke, CR 2005, 582 (583); Schirnbacher (Fn. 16), BGB § 312i Rn. 29.

<sup>93</sup> Busch (Fn. 20), § 312i Rn. 14; Grigoleit, NJW 2002, 1151 (1157); Maume (Fn. 63), EGBGB Art. 246c Rn. 8; Wendehorst (Fn. 10), § 312i Rn. 62; Wiebe, Die elektronischen Willenserklärung, 2020, S. 510.

<sup>94</sup> OLG Hamburg VuR 2010, 357 (358); Busch (Fn. 20), § 312i Rn. 15; Grigoleit, NJW 2002, 1151 (1157); Lubitz, K&R 2004, 116 (120); Klimke, CR 2005, 582 (583); Schirnbacher (Fn. 16), BGB § 312i Rn. 35; Schulte-Nölke (Fn. 64), § 312i Rn. 7; Oelschlägel (Fn. 21), Rn. 2.126.

<sup>95</sup> Abrufbar unter

<https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html?nodeId=GFEBOXE7DH7G9EQ4> (6.11.2021).

<sup>96</sup> BT-Drs. 17/7745, S. 1; Boos/Bartsch/Volkamer, CR 2014, 119 (120); Schirnbacher (Fn. 16), BGB § 312j Rn. 1.

nen in Art. 246a § 1 Abs. 1 EGBGB deckt.<sup>97</sup> Hierzu wird vertreten, dass die Informationen des § 312j Abs. 2 BGB inhaltlich zu reduzieren seien<sup>98</sup>, weil der Kunde die Waren unmittelbar vor Bestellabschluss selbst in den Warenkorb gelegt habe und so wisse, was er bestellt.<sup>99</sup> Ferner könne nur durch komprimierte Informationen der vermeintliche Schutzzweck der Vorschrift, den Verbraucher vor Fehlbestellungen zu schützen, erreicht werden.<sup>100</sup> Nur durch eine verkürzte Darstellung könne dieser Bestellirrtümer erkennen.<sup>101</sup>

Unter Berücksichtigung der VRRl ist dies allerdings abzulehnen,<sup>102</sup> da der dem § 312j Abs. 2 BGB zugrundeliegende Art. 8 Abs. 2 VRRl auf die Informationen des Art. 6 VRRl verweist, der in Art. 246a § 1 Abs. 1 EGBGB umgesetzt wurde. Ferner soll § 312j Abs. 2 BGB den Verbraucher durch die gesteigerten Transparenzanforderungen und nicht durch Informationsreduktion schützen. Da der Sprachassistent aber nicht einmal den reduzierten Informationskatalog des Art. 246a § 3 EGBGB einhält<sup>103</sup>, erfüllt er auch den Informationsumfang des § 312j Abs. 2 BGB nicht.

Abgesehen davon, stellt sich die Frage, ob der Assistent die erhöhten Transparenzanforderungen, der Unmittelbarkeit und der hervorgehobenen Weise erfüllt.

Die Unmittelbarkeit besteht aus einem zeitlichen und räumlichen Kriterium.<sup>104</sup> Der zeitliche Aspekt ist dann erfüllt, wenn die Information kurz vor Abschluss des Bestellvorgangs bereitgestellt wird.<sup>105</sup> Dies wird der Sprachassistent ohne Weiteres erfüllen. Für die Erfüllung des räumlichen Kriteriums ist erforderlich, dass die Information in einem räumlich-funktionalen Zusammenhang mit der Abgabe der Bestellung steht.<sup>106</sup> Bei digitalen Schaltflächen wird dies angenommen, wenn die Informationen direkt über dem Bestellbutton ange-

ordnet sind, sodass unverkennbar Information und Button zusammengehören.<sup>107</sup> Diese Anforderung wird ein Sprachassistent nicht genügen können, weil er über keinen Bildschirm verfügt. Das Unmittelbarkeitskriterium kann der Assistent somit nicht erfüllen. Durch die Bereitstellung der Information in hervorgehobener Weise sollen sich die Kerninformationen deutlich vom übrigen Text und den anderen Gestaltungselementen abheben.<sup>108</sup> Auch das kann der Assistent nicht erfüllen, weil die Information nur über sprachliche Wiedergabe erfolgt und der Nutzer keinen Text vor sich hat.

Deshalb könnte angenommen werden, dass der Gesetzgeber nicht davon ausging, dass Informationen auch non-visuell erteilt werden können.<sup>109</sup>

Etwas anderes könnte sich jedoch aus Auslegung des Wortlautes und Telos des § 312j Abs. 2 BGB bzw. Art. 8 Abs. 2 VRRl ergeben. So lässt sich dem Wortlaut beider Vorschriften nicht entnehmen, dass die Information nur in Textform<sup>110</sup> erfolgen kann, zumal der Gesetzgeber die Lesbarkeit als eigenes Kriterium neben Klarheit und Verständlichkeit stellt, wie sich aus Art. 8 Abs. 1 VRRl ergibt. Auch der Zweck der Vorschrift, den Verbraucher vor Kosten- und Abfällen zu schützen, indem die wichtigsten Informationen unmittelbar vor Vertragsschluss wiederholt werden, spricht nicht gegen die Möglichkeit der auditiven Erfüllung.

Der Schutzzweck wäre auch dann erfüllt, wenn der Sprachassistent unmittelbar vor Abgabe der Bestellung die Informationen nach § 312j Abs. 2 BGB wiedergibt und den Verbraucher mittels Signalton darauf aufmerksam macht. Ferner erscheint es denkbar, dass der Vertrag erst nach mündlicher Bestätigung, die vorangegangenen Informationen zur Kenntnis genommen zu haben, geschlossen werden kann.

Somit könnte der Sprachassistent also die gesteigerten Transparenzanforderungen des § 312j Abs. 2 erfüllen,<sup>111</sup> sofern die dargestellten Voraussetzungen vorliegen.

#### cc) Information über Zahlungsverpflichtung, § 312j Abs. 3 BGB

Gem. § 312j Abs. 3 BGB muss sichergestellt sein, dass der Verbraucher seine Zahlungsverpflichtung ausdrücklich bestätigt, sodass § 312j Abs. 3 BGB eine Informationspflicht über die Zahlungsverpflichtung enthält. Sprachassistenten sind bildschirmlos und stellen somit keine Schaltfläche i.S.v. § 312j Abs. 3 S. 2 BGB dar, weil sie kein vom Unternehmer gestell-

<sup>97</sup> Erklärungsbedürftig ist bezüglich des Informationsumfangs, ferner das Verhältnis zwischen § 312j Abs. 2 BGB, Art. 246a § 1 EGBGB und Art. 246a § 3 EGBGB.

<sup>98</sup> Brönneke (Fn. 86), § 10 Rn. 35j f.; Hoeren/Föhlisch, CR 2014, 242 (243); wohl auch Föhlisch, MMR 2017, 447 (448); Kaufhold (Fn. 66), S. 152.

<sup>99</sup> Schirnbacher (Fn. 16), BGB § 312j Rn. 26.

<sup>100</sup> So wohl auch Roth, VuR 2012, 477 (480 f.); Schirnbacher (Fn. 16), BGB § 312j Rn. 26.

<sup>101</sup> Schirnbacher (Fn. 16), BGB § 312j Rn. 27; Wendehorst (Fn. 10), § 312j Rn. 18.

<sup>102</sup> OLG München MMR 2019, 249 (250 Rn. 23) m. Anm. Föhlisch; Busch (Fn. 20), § 312j Rn. 18; differenziert de Franceschi, GRUR Int. 2013, 865 (868); Härting (Fn. 5), Rn. 1253 f.; Koch (Fn. 4), § 312j Rn. 5; Maume (Fn. 62), § 312j Rn. 13.

<sup>103</sup> Siehe oben III. 1. d).

<sup>104</sup> BT-Drs. 17/7745, S. 10; Busch (Fn. 20), § 312j Rn. 22; Thüsing (Fn. 4), § 312j Rn. 12.

<sup>105</sup> LG Berlin MMR 2013, 780 (780); Busch (Fn. 20), § 312j Rn. 23; Rätze, in: Solmecke (Hrsg.), Handel im Netz, 2014, Kap. 5 Rn. 80.

<sup>106</sup> BT-Drs. 17/17745, S. 10; Alexander, NJW 2012, 1985 (1988); Koch (Fn. 4), § 312j Rn. 6; Thüsing (Fn. 4), § 312j Rn. 12; a.A. Schirnbacher (Fn. 16), BGB § 312j Rn. 31.

<sup>107</sup> Brönneke (Fn. 86), § 10 Rn. 35n; Busch (Fn. 20), § 312j Rn. 24 f.; Thüsing (Fn. 4), § 312j Rn. 12.

<sup>108</sup> BT-Drs. 17/17745, S. 11; Busch (Fn. 20), § 312j Rn. 27; Leier, CR 2012, 378 (382); Rätze (Fn. 106), Kap. 5 Rn. 79; Schirnbacher (Fn. 16), BGB § 312j Rn. 39; Thüsing (Fn. 4), § 312j Rn. 14.

<sup>109</sup> So auch Busch (Fn. 20), § 312j Rn. 24.2.

<sup>110</sup> Die Einhaltung der Textform stellt sich insbesondere bei Websites als höchst problematisch dar, siehe Baudenbacher/Haas, GRUR Int. 2015, 519 ff.; Lehmann/Rettig, NJW 2020, 569 ff.; Reiff, ZJS 2012, 432 ff.; Thalmer, NJW 2011, 14 ff.

<sup>111</sup> Duden, ZRP 2020, 102 (103); Sein, EuCML 2018, 179 (183); a.A. Busch (Fn. 20), § 312j Rn. 24.1.

tes grafisches Bedienelement sind, das es dem Verbraucher ermöglicht, eine auf den Vertragsabschluss bezogene Willenserklärung abzugeben. Somit ist für die Erfüllung die ausdrückliche Bestätigung des Verbrauchers zur Zahlungsverpflichtung nach § 312j Abs. 3 S. 1 BGB ausreichend.

Erforderlich ist eine klare, eindeutige und unmissverständliche, bewusste Willenserklärung des Verbrauchers,<sup>112</sup> da die Anforderung an die Ausdrücklichkeit am strengeren Maßstab der Spezialvorschrift des § 312j Abs. 3 S. 2 BGB zu messen sind.<sup>113</sup> Weder aus § 312j Abs. 3 BGB noch aus Art. 8 Abs. 2 VRRL ergibt sich, dass dies in Schriftform erfolgen muss,<sup>114</sup> sodass auch der Gebrauch von Sprache die Informationspflicht des § 312j Abs. 3 S. 1 BGB erfüllen kann.<sup>115</sup>

Für Sprachassistenten heißt dies, es muss sichergestellt sein, dass nur der spätere Vertragspartner die ausdrückliche Bestätigung erbringen kann und nicht ein Dritter. Dies lässt sich mittels Stimmprofil oder Abfrage eines Codes verwirklichen und ist heutzutage schon möglich.<sup>116</sup> Diese Option basiert aber auf der Freiwilligkeit des Verbrauchers, sodass zu hinterfragen ist, ob dies den Anforderungen des § 312j Abs. 3 S. 1 BGB entspricht. Gerade im Lichte der durch § 312j Abs. 3 S. 2 BGB erhöhten Anforderungen und weil die Wirksamkeit des Vertragsschlusses von der Erfüllung der Informationspflicht abhängt (§ 312j Abs. 4 BGB), könnte dies zu verneinen sein.

Dagegen spricht aber, dass es nicht Zweck des § 312j Abs. 3 BGB ist, sicherzustellen, dass zwischen den Personen, die die Zahlungsverpflichtung bestätigen und Waren in den Warenkorb legen, Personenidentität besteht. Ferner fordert auch der strengere § 312j Abs. 3 S. 2 BGB keine Personenidentität. Dies wäre im E-Commerce auch nur unter unverhältnismäßigen Kosten und Aufwand realisierbar. So wie bei Sprachassistenten eine andere Person Sprachbefehle geben kann, kann auch bei einem Online-Shop eine andere Person den Mausclick ausführen. Die Freiwilligkeit des Verbrauchers, solche zusätzlichen Sicherheitsmaßnahmen zu ergreifen, ist somit unschädlich. Außerdem müssten konkrete Sprachkom-

mandos eingeführt werden, die den Anforderungen der Ausdrücklichkeit entsprechen. Hierbei könnten bestimmte zwingende Sprachbefehle wie „zahlungspflichtig bestellen“ integriert werden.<sup>117</sup> Dafür könnten die zulässigen Beschriftungen bei der Verwendung einer Schaltfläche nach § 312j Abs. 2 S. 3 BGB übernommen werden.

Bei einer Bestellung über Amazon Alexa ist aktuell ausreichend, dass der Kunde den Befehl „Mit Artikel zur Kasse gehen“ verwendet.<sup>118</sup> Ob das dem Ausdrücklichkeitskriterium genügt, ist zweifelhaft. Durch die Worte „zur Kasse gehen“ wird nicht unmissverständlich klar, dass der Verbraucher direkt eine Zahlungsverpflichtung eingeht. „Zur Kasse gehen“ beschreibt zwar einen finalen Vorgang im Bestellprozess, suggeriert aber nicht, dass auch gezahlt werden muss. Wer in einem Laden zur Kasse geht, hat bis zum letzten Moment die Möglichkeit, sich umzuentcheiden. Vor allem unter Betrachtung der strengen Rechtsprechung, die missverständliche Formulierungen wie „Bestellung abschicken“<sup>119</sup>, aber auch „Bestellen und Kaufen“<sup>120</sup> als unzulässig erachtet, weil die Zahlungsverpflichtung nicht ausdrücklich genannt wird,<sup>121</sup> ist der Sprachbefehl „zur Kasse gehen“ unzulässig.

Im Ergebnis genügt die momentane Ausgeltung der Sprachassistenten folglich auch nicht der Informationspflicht des § 312j Abs. 3 S. 1 BGB.

#### IV. Zusammenfassung

(1) Aktuell erfüllt der Einsatz von Sprachassistenten de lege lata nicht die verbraucherrechtlichen Informationspflichten.

(2) Das geltende Informationsregime ist, bis auf § 312j Abs. 1 BGB, offen für neue technische Entwicklungen.

(3) Allerdings beruhen die Anforderungen an die Erfüllung der Informationspflichten zu sehr auf der Annahme, dass die Information nur lesbar und sichtbar sein kann. Daraus folgt, dass für Sprachassistenten die größte Problematik im inhaltlichen Umfang der Informationspflichten und der Wahrung des Transparenzgebotes liegt.

(4) Insgesamt müsste der Einsatz von Sprachassistenten praktisch und technisch verbessert werden, um die Informationspflichten zu erfüllen. Auf der anderen Seite sollten die Kriterien der Erfüllung, ohne den Verbraucherschutz zu senken, bearbeitet werden, sodass auch neuere technische Ent-

<sup>112</sup> Hergenröder, VuR 2017, 174 (178); so auch Maume (Fn. 62), § 312j Rn. 19; so Stiegler, MDR 2020, 1100 (1104); Thüsing (Fn. 4), § 312j Rn. 18.

<sup>113</sup> OLG München MMR 2019, 532 (534 Rn. 68); Brönneke (Fn. 86), § 10 Rn. 36e; Maume (Fn. 63), § 312j Rn. 19; Stiegler, MDR 2020, 1100 (1104).

<sup>114</sup> Sein, EuCML 2018, 179 (183, 185).

<sup>115</sup> Brönneke (Fn. 86), § 10 Rn. 36e; i.E. auch Duden, ZRP 2020, 102 (103); Koch/Schmidt-Hern, WRP 2018, 671 (674); Maume (Fn. 63), § 312j Rn. 19a; Schirmbacher (Fn. 16), BGB § 312j Rn. 45; Wendehorst (Fn. 10), § 312j Rn. 30.; a.A. Thorun/Spindler/Blom, Evaluierung des Gesetzes zum besseren Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr – Button Lösung, 2014, S. 20.

<sup>116</sup> Abrufbar unter [https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html/ref=hp\\_left\\_v4\\_sib?ie=UTF8&nodeId=GAA2RYUEDNT5ZSNK](https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html/ref=hp_left_v4_sib?ie=UTF8&nodeId=GAA2RYUEDNT5ZSNK) (6.11.2021).

<sup>117</sup> Ähnlich Duden, ZRP 2020, 102 (103).

<sup>118</sup> Abrufbar unter

<https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html?nodeId=GFEBUXE7DH7G9EQ4> (6.11.2021).

<sup>119</sup> OLG Hamm MMR 2014, 534 (534); siehe auch Leier, CR 2012, 378 (383).

<sup>120</sup> AG Köln MMR 2014, 736 (736) m. Anm. Föhlisch/Stariradeff; Wendehorst (Fn. 10), § 312j Rn. 28; a.A. Bierehoven (Fn. 81), § 26 Rn. 114; Brisges, NJW 2014, 183 (184); Buchmann, K&R 2013, 535 (538); Föhlisch (Fn. 14), Teil 13.4 Rn. 217.

<sup>121</sup> BT-Drs. 17/7745, S. 12; Alexander, NJW 2012, 1985 (1988), Grüneberg (Fn. 21), § 312j Rn. 9; Leier, CR 2012, 378 (383); Koch (Fn. 4), § 312j Rn. 8.

wicklungen sie einhalten können. Hierbei könnte an die Übernahme der Mediengerechtigkeit aus dem Fernabsatz für die Vorschriften des E-Commerce (§§ 312i, 312j BGB) zu denken sein.

#### V. Ausblick für das deutsche Verbraucherrecht

Mit Inkrafttreten der „Omnibus-Richtlinie“ hat die Europäische Union erneut auf die fortschreitende technische Entwicklung reagiert. Ziel der Richtlinie ist die Anpassung des Verbraucherschutzes an diese Entwicklung.<sup>122</sup> Hierfür wurden veraltete Begriffe gestrichen<sup>123</sup> und technologisch neutral formulierte Begriffe hinzugefügt.<sup>124</sup> Wie zuvor sind Informationspflichten das Mittel, den Risiken der fortschreitenden technischen Entwicklung zu begegnen. So wird Art. 6 VRRl eine weitere Informationspflicht erhalten und ein neuer Katalog an Informationspflichten i.F.d. Art. 6a VRRl eingeführt. Diese Informationspflichten dürfen auch nicht mehr in AGB oder ähnlichen Vertragsdokumenten erteilt werden.<sup>125</sup> Begrüßenswert ist, dass der Gesetzgeber erkannt hat, dass es einer weiteren Modernisierung des Verbraucherschutzes bedarf und nunmehr veraltete Begriffe technikneutraler formuliert sind. Insoweit ist zu erwarten, dass neue Technologien nun vollständig in den Anwendungsbereich des elektronischen Informationsregimes fallen werden. Bedauerlich ist hingegen, dass die Rechtsprechung des EuGH zu den Informationspflichten nach Art. 8 Abs. 4 VRRl wohl kodifiziert wird.<sup>126</sup> Dies wird den Einsatz der Sprachassistenten unnötig erschweren, ohne dabei den Verbraucherschutz zu fördern. Auch hätten die Erfüllungskriterien ambivalenter ausgestaltet werden können, sodass nicht nur Lesbarkeit und Sehbarkeit der Information der Grundfall ist. Insgesamt ist aber erfreulich, dass der fortschreitenden Entwicklung kein legislativer Riegel vorgehoben, sondern stattdessen versucht wird, Entwicklung und Verbraucherschutz nebeneinander existieren zu lassen.

<sup>122</sup> EWG 17 der RL 2019/2161/EU.

<sup>123</sup> EWG 46 der RL 2019/2161/EU.

<sup>124</sup> EWG 25 der RL 2019/2161/EU.

<sup>125</sup> EWG 27 der RL 2019/2161/EU.

<sup>126</sup> EWG 41 der RL 2019/2161/EU.

# Von Gendersternen und Verwaltungsakten

Von Städt. Verwaltungsdirektor Dr. **Sebastian Schlingloff**, LL.M., Dortmund\*

## I. Einleitung

Verschiedene öffentliche Institutionen bedienen sich inzwischen einer genderneutralen Sprache; als Beispiele können hier die Städte Dortmund<sup>1</sup>, Flensburg<sup>2</sup>, Hamburg<sup>3</sup>, Kiel<sup>4</sup> und Köln<sup>5</sup> dienen. Diese Umstellung hat einerseits zu Kritik<sup>6</sup>, andererseits auch bereits zu rechtlichen Auseinandersetzungen geführt.<sup>7</sup>

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich nicht mit der grundsätzlichen Frage, ob die Verwendung des Gendersternchens („Lehrer\*in“) bzw. anderen genderneutralen Personenbezeichnungen („Lehrer\_in“, „LehrerIn“, „Lehrer:in“) aus politischen, rechtlichen oder gesellschaftlichen Gründen geboten oder sinnvoll ist.<sup>8</sup> Er möchte vielmehr darstellen, ob die Verwendung der vorgenannten genderneutralen Formulierungen Auswirkungen auf die Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes haben kann. Formulierungen, die ganz offenkundig den gewohnten Regeln der deutschen Rechtschreibung entsprechen („Lehrerinnen und Lehrer“, „Lehrende“), sind daher nicht Gegenstand dieses Beitrags.

Im Zusammenhang mit der genderneutralen Sprache geht der Beitrag auf allgemeine Grundsätze des Verwaltungsverfahrens ein, so dass er auch abseits der oben genannten Thematik für die Vorbereitung auf Prüfungen im Verwaltungsrecht dienen soll.

---

\* Der *Autor* ist Städt. Verwaltungsdirektor bei der Stadt Dortmund.

<sup>1</sup> [http://www.dortmund.de/media/p/frauenbuero/downloads/frauenbuero/Leitfaden\\_fuer\\_gendersensible\\_Sprache.pdf](http://www.dortmund.de/media/p/frauenbuero/downloads/frauenbuero/Leitfaden_fuer_gendersensible_Sprache.pdf) (15.9.2021).

<sup>2</sup> [www.flensburg.de/?object=tx\\_2306.9128.1](http://www.flensburg.de/?object=tx_2306.9128.1) (15.9.2021).

<sup>3</sup> [www.hamburg.de/personalamt/gleichstellung/4451650/personalamt-gleichstellung-sprache/](http://www.hamburg.de/personalamt/gleichstellung/4451650/personalamt-gleichstellung-sprache/) (15.9.2021).

<sup>4</sup> [www.gleichstellung-sh.de/geschlechtergerechteSprache.html](http://www.gleichstellung-sh.de/geschlechtergerechteSprache.html) (15.9.2021).

<sup>5</sup> [www.stadt-koeln.de/mediaasset/content/pdf/6/leitfaden\\_wertsch%C3%A4tzende\\_kommunikation\\_bei\\_der\\_stadt\\_k%C3%B6ln\\_barrierefrei.pdf](http://www.stadt-koeln.de/mediaasset/content/pdf/6/leitfaden_wertsch%C3%A4tzende_kommunikation_bei_der_stadt_k%C3%B6ln_barrierefrei.pdf) (15.9.2021).

<sup>6</sup> [www.zeit.de/kultur/2021-05/gender-geschlechtergerechte-sprache-rechtschreibung-regeln-staat](http://www.zeit.de/kultur/2021-05/gender-geschlechtergerechte-sprache-rechtschreibung-regeln-staat) (15.9.2021).

<sup>7</sup> LAG Schleswig-Holstein NZA-RR 2021, 408 ff., Gegenstand der Entscheidung war nicht zentral die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes, sondern eine mögliche Diskriminierung von mehrgeschlechtlich geborenen Menschen durch die Verwendung des Gendersternchens im Rahmen des AGG. Zwar geht von dieser arbeitsgerichtlichen Entscheidung im Einzelfall keine Bindungswirkung für Behörden oder Verwaltungsgerichte aus; sie gibt aber einen ersten Anhaltspunkt für ein mögliches grundsätzliches gerichtliches Verständnis hinsichtlich der Verwendung des Gendersternchens vor dem Hintergrund sich wandelnder Sprachgewohnheiten.

<sup>8</sup> Zu den genannten grundlegenden Themen: *Bertram*, ZRP 2019, 59 ff.; *Seybold*, DÖV 2020, 977 ff. und *Kowalski*, NJW 2020, 2229 ff.

## II. Verstoß gegen den Grundsatz der deutschen Amtssprache (§ 23 VwVfG)

Es könnte zunächst kritisiert werden, dass z.B. die Schreibweise „Lehrer\*in“ der deutschen Rechtschreibung unbekannt ist und dass die Verwendung dieser Schreibweise in Verwaltungsakten gegen den Grundsatz der deutschen Amtssprache nach § 23 VwVfG verstößt. Die Norm gilt für alle Verfahrensschritte des Verwaltungsverfahrens<sup>9</sup> und umfasst insbesondere nicht nur (wie der Wortlaut der Norm suggerieren könnte) Eingaben von Bürgern an die Verwaltung, sondern auch Äußerungen und Tätigkeiten, die von der Behörde ausgehen.<sup>10</sup> Maßstab der Norm ist dabei die Garantie der Verständlichkeit des Informationsaustauschs. Ein solcher sicherer und verständlicher Informationsaustausch verlangt daher im Zweifel die Verwendung des Hochdeutschen.<sup>11</sup> Eine Verwendung fremdsprachiger Begriffe ist dann zulässig, wenn diese Begriffe allgemein geläufig sind und dem (nur) deutschsprachigen Adressatenkreis ihre Bedeutung ohne weiteres klar ist.<sup>12</sup>

Ob eine Formulierung bzw. ein Wort der deutschen Sprache zuzuordnen ist, kann im ersten Schritt durch Auslegung anhand der gängigen Institutionen für die deutsche Sprache ermittelt werden. Diese werden zwar selbst nicht rechtsetzend in dem Sinne tätig, dass sie ein demokratisches Mandat für die rechtsverbindliche Ausfüllung des Begriffs der „deutschen Sprache“ innehaben. Sie können jedoch den (insofern maßgeblichen) gesellschaftlichen Gebrauch und Wandel von Sprache beobachten und werten sowie Empfehlungen hinsichtlich der Verwendung von Begrifflichkeiten und der daraus resultierenden Auswirkungen auf den verständlichen Informationsaustausch aussprechen. So stellt z.B. der Duden eine von den Gerichten regelmäßig zitierte Quelle dar, wenn es um die Bedeutung von Sprache geht.<sup>13</sup> Es kann in diesem Zusammenhang zunächst festgehalten werden, dass der Duden zwar den Begriff des „Gendersterns“ kennt<sup>14</sup>, jedoch hinsichtlich seiner Verwendung feststellt, dass diese vom amtlichen Regelwerk nicht abgedeckt ist.<sup>15</sup> Das ebenfalls

---

<sup>9</sup> *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl. 2018, § 23 Rn. 17; *Heßhaus*, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 52. Ed., Stand: 1.7.2021, § 23 Rn. 6.

<sup>10</sup> *Schmitz* (Fn. 9), § 23 Rn. 24, 28; *Schwarz*, in: Fehling/Kastner/Störmer (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, VwVfG § 23 Rn. 7, 15.

<sup>11</sup> *Rixen*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, Grundwerk Juli 2020, § 23 Rn. 17.

<sup>12</sup> *Schmitz* (Fn. 9), § 23 Rn. 24.

<sup>13</sup> VG Köln, Beschl. v. 7.6.2018 – 4 L 711/18, Rn. 77; OLG Düsseldorf (3. Kartellsenat), Beschl. v. 5.9.2018 – 3 Kart 69/17 (V), Rn. 30; BGH (Kartellsenat), Beschl. v. 1.9.2020 – EnVR 104/18, Rn. 30.

<sup>14</sup> [www.duden.de/rechtschreibung/Genderstern](http://www.duden.de/rechtschreibung/Genderstern) (15.9.2021).

<sup>15</sup> [www.duden.de/sprachwissen/sprachratgeber/Geschlechtergerechter-Sprachgebrauch](http://www.duden.de/sprachwissen/sprachratgeber/Geschlechtergerechter-Sprachgebrauch) (15.9.2021).



vom Dudenverlag veröffentlichte Werk „Handbuch geschlechtergerechte Sprache“ stellt zwar das Gendersternchen und andere Möglichkeiten des geschlechtergerechten Formulierens dar, erwähnt dabei aber auch, dass sich diese nicht im amtlichen Regelwerk der deutschen Rechtschreibung finden<sup>16</sup> und man sich in einem „kreativen Raum“ bewege.<sup>17</sup> Die Gesellschaft für deutsche Sprache e.V. (GfdS) erfüllt als Redaktionsstab beim Deutschen Bundestag die in § 80a GOBT vorgesehene Aufgabe der Überprüfung von Gesetzentwürfen auf sprachliche Richtigkeit und Verständlichkeit.<sup>18</sup> Sie rät ausdrücklich von der Verwendung des Gendersternchens ab, da die so entstehenden Formen nicht den Regeln der deutschen Rechtschreibung entsprechen.<sup>19</sup> Auch der Rat für deutsche Rechtschreibung<sup>20</sup> hat sich zuletzt gegen die Verwendung des Gendersternchens ausgesprochen.<sup>21</sup> Das LAG Schleswig-Holstein ließ in seiner Entscheidung vom 22.6.2021 ausdrücklich offen, ob das Gendersternchen den offiziellen deutschen Rechtschreibregeln entspricht.<sup>22</sup> Vor diesem Hintergrund lässt sich zunächst feststellen, dass genderneutrale Begrifflichkeiten mit Gendersternchen bislang zumindest nicht in das „offizielle“ Regelwerk der deutschen Sprache aufgenommen sind.

Fraglich bleibt dann allerdings, was dies vor dem Hintergrund des § 23 VwVfG für Konsequenzen für Verwaltungsakte haben kann, in denen genderneutrale Begrifflichkeiten verwendet werden. Generell kann die Verwendung einer unverständlichen Sprache im Verwaltungsverfahren zu einem Formfehler führen, der regelmäßig nicht ohne Einfluss auf das Ergebnis der Entscheidung bleiben dürfte, so dass er zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts führen würde.<sup>23</sup>

<sup>16</sup> *Diwald/Steinhauer*, Handbuch geschlechtergerechte Sprache, Dudenverlag, 2020, S. 126, 142.

<sup>17</sup> *Diwald/Steinhauer* (Fn. 16), S. 143.

<sup>18</sup> [www.bmju.de/DE/Themen/Rechtssetzung/Buerokratieabbau/Sprachberatung/Sprachberatung\\_node.html](http://www.bmju.de/DE/Themen/Rechtssetzung/Buerokratieabbau/Sprachberatung/Sprachberatung_node.html) (15.9.2021) und [www.gfds.de/ueber-die-gfds/redaktionsstab-im-bundestag](http://www.gfds.de/ueber-die-gfds/redaktionsstab-im-bundestag) (15.9.2021); eine verbindliche Ausfüllung des Begriffs der „deutschen Sprache“ kann die GfdS jedoch nicht vornehmen.

<sup>19</sup> [www.gfds.de/gendersternchen/](http://www.gfds.de/gendersternchen/) (15.9.2021).

<sup>20</sup> Dieser gibt mit dem amtlichen Regelwerk das Referenzwerk für die deutsche Rechtschreibung heraus. Eine über diese Regelungen hinausgehende Kompetenz für die Ausfüllung des Begriffs „deutsche Sprache“ hat er jedoch nicht inne. Zu den Kompetenzen des Rates für deutsche Rechtschreibung vgl. die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages, Sachstand „Rechtsverbindlichkeit der Verwendung der deutschen Rechtschreibung in Schulen und anderen Einrichtungen“, abrufbar unter [www.bundestag.de/resource/blob/691396/0fe6c9cce82af97036faec0bc3dcd1c/WD-10-001-20-pdf-data.pdf](http://www.bundestag.de/resource/blob/691396/0fe6c9cce82af97036faec0bc3dcd1c/WD-10-001-20-pdf-data.pdf) (15.9.2021).

<sup>21</sup> [www.rechtschreibrat.com/geschlechtergerechte-schreibung-empfehlungen-vom-26-03-2021/](http://www.rechtschreibrat.com/geschlechtergerechte-schreibung-empfehlungen-vom-26-03-2021/) (15.9.2021).

<sup>22</sup> LAG Schleswig-Holstein NZA-RR 2021, 408 (409 Rn. 28).

<sup>23</sup> *Heßhaus* (Fn. 9), § 23 Rn. 12; *Rixen* (Fn. 11), § 23 Rn. 73 lässt offen, ob ein Verstoß Rechtswidrigkeit oder schon Nichtigkeit nach sich zieht; eine unverständliche Sprache könnte ebenfalls Auswirkungen auf die Bestimmtheit des Verwaltungsaktes haben, dazu III.

Hierzu muss hinterfragt werden, welche Ansprüche § 23 VwVfG an die zu verwendende deutsche Amtssprache stellt. Es besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass z.B. orthographische, grammatikalische und vergleichbare Fehler dann unschädlich sind, wenn sie die Lesbarkeit nicht aufheben bzw. die Bestimmung des Informationsgehalts nicht verunmöglichen. Entscheidend ist, wie bereits dargestellt, die Verständlichkeit des Informationsaustauschs,<sup>24</sup> was auch die Verwendung fremdsprachlicher Begriffe zulässig machen kann, wenn diese allgemein geläufig sind und ihre Bedeutung dem Adressatenkreis ohne weiteres klar ist.<sup>25</sup>

Ob diese Voraussetzung vorliegt, ist in einem zweiten Schritt zu ermitteln. Angesichts der Tatsache, dass die genderneutrale Sprache zunehmend Eingang in die Öffentlichkeit findet und diese Entwicklung sowohl über die Medien<sup>26</sup> als auch über Unternehmen<sup>27</sup> und Organisationen<sup>28</sup> mit vorangetrieben wird, wird der Einwand, dass die Bedeutung von z.B. „Lehrer\*in“ dem Empfänger eines Verwaltungsaktes nicht bekannt ist, ins Leere gehen und ein Verstoß gegen § 23 VwVfG nicht zu erblicken sein. Die oben zitierten Institutionen (Duden, GfdS und der Rat für deutsche Rechtschreibung) begründeten ihre Ablehnung gegenüber dem Gendersternchen insbesondere jeweils damit, dass es nicht den bisherigen Regeln der Rechtschreibung entspräche; mangelnde Verständlichkeit der so genderneutral gebildeten Begrifflichkeiten oder eine fehlende Bestimmbarkeit des Informationsgehalts dieser Begriffe wurden dabei jedoch nicht gerügt, so dass auch aus diesem Blickwinkel der Grundsatz des § 23 VwVfG nicht verletzt ist. Das LAG Schleswig-Holstein ist in der Begründung seines Beschlusses zudem ganz selbstverständlich davon ausgegangen, dass das Gendersternchen eine der momentan am weitesten verbreiteten Methoden ist, um gendergerecht zu schreiben,<sup>29</sup> und hielt es nicht für geboten, auf die Verständlichkeit der Formulierung einzugehen.

Insgesamt betrachtet besteht zwar keine rechtliche Verpflichtung für Behörden, z.B. das Gendersternchen im Zusam-

<sup>24</sup> *Rixen* (Fn. 11), § 23 Rn. 16, 17; *Heßhaus* (Fn. 9), § 23 Rn. 9 stellt dabei auf den gesellschaftlichen Gebrauch der Sprache als Anknüpfungspunkt der Norm ab.

<sup>25</sup> OVG Münster NJW 2005, 2246.

<sup>26</sup> So z.B. das ZDF, abrufbar unter <https://presseportal.zdf.de/wissenswert/mappe/zeige/Special/gendergerechte-sprache-im-zdf/> (15.9.2021).

<sup>27</sup> So z.B. Microsoft, abrufbar unter [www.kom.de/medien/inklusion-mit-sternchen](http://www.kom.de/medien/inklusion-mit-sternchen) (15.9.2021).

<sup>28</sup> So z.B. die Evangelische Kirche in Deutschland, abrufbar unter

[www.ekd.de/ekd\\_de/ds\\_doc/Sie\\_ist\\_unser\\_bester\\_Mann\\_Gendergerechte\\_Sprache\\_2020.pdf](http://www.ekd.de/ekd_de/ds_doc/Sie_ist_unser_bester_Mann_Gendergerechte_Sprache_2020.pdf) (15.9.2021),

das Bistum Hildesheim, abrufbar unter [www.bistum-hildesheim.de/fileadmin/dateien/PDFs/Gleichstellung/gendern/handreicherung-geschlechtersensible-sprache\\_2021.pdf#page=7](http://www.bistum-hildesheim.de/fileadmin/dateien/PDFs/Gleichstellung/gendern/handreicherung-geschlechtersensible-sprache_2021.pdf#page=7) (15.9.2021)

und die Bundessteuerberaterkammer, abrufbar unter [www.bstbk.de/de/infothek?rid=902&cHash=4331e7449913e9f8517c498c8c2cb60b](http://www.bstbk.de/de/infothek?rid=902&cHash=4331e7449913e9f8517c498c8c2cb60b) (15.9.2021).

<sup>29</sup> LAG Schleswig-Holstein NZA-RR 2021, 408 (409 Rn. 27).

menhang mit der genderneutralen Sprache zu verwenden<sup>30</sup>, es stellt jedoch auch keinen Verstoß gegen den Grundsatz der deutschen Amtssprache dar. Dies ist auch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts folgerichtig, welches in seiner Entscheidung vom 14.7.1998 (1 BvR 1640/97) feststellte, dass das Grundgesetz keine Vorschriften über die sprachwissenschaftlich richtige Schreibung der deutschen Sprache enthalte<sup>31</sup> und dass der Staat die Sprache nicht beliebig regeln könne.<sup>32</sup>

### III. Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz (§ 37 Abs. 1 VwVfG)

Die Verwendung des Gendersternchens könnte weiter der Kritik begegnen, dass ein Verwaltungsakt, in dem sich solche Begrifflichkeiten finden, gegen das Bestimmtheitsgebot des § 37 Abs. 1 VwVfG verstoßen würde. Die in dieser Norm zum Ausdruck kommenden rechtsstaatlichen Anforderungen an die Bestimmtheit eines Verwaltungsakts sind durch dessen Wirkungen vorgegeben: Ihm kommt eine Individualisierungs- und Klarstellungsfunktion zu.<sup>33</sup> Daher muss der Verwaltungsakt klar und für die Beteiligten unzweideutig vermitteln, welche Rechtsbeziehungen durch ihn geregelt werden sollen.<sup>34</sup>

Vor diesem Hintergrund könnte fraglich sein, ob die genderneutrale Bezeichnung von Inhalten des Verwaltungsaktes der Individualisierungs- und Klarstellungsfunktion und damit dem Bestimmtheitsgrundsatz zuwiderlaufen würde. So könnte angeführt werden, dass bei der genderneutralen Verwendung von (ggf. rechtlich besetzten) Begriffen wie „Bürger\*in“, „Eigentümer\*in“, „Halter\*in“ etc. eine klare Bestimmung der verpflichteten bzw. in Bezug genommenen Person nicht mehr möglich ist. Die Rechtsfolge für einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot kann sich von der bloßen materiellen Rechtswidrigkeit bis hin zur Nichtigkeit erstrecken (dies insbesondere dann, wenn der Inhaltsadressat unbestimmt ist).<sup>35</sup>

Dabei ist zunächst zu beachten, dass das geforderte Maß der Bestimmtheit sich nicht abstrakt bestimmen lässt; die Norm verlangt in jedem Fall jedoch nur eine hinreichende und keine (ohnehin kaum in jedem Einzelfall zu erreichende) absolute Bestimmtheit. Die Frage, was unter einer hinreichenden Bestimmtheit zu verstehen ist, ist aus der Sicht eines objektiven und verständigen Adressaten zu beurteilen.<sup>36</sup> Dabei sind die üblichen Methoden rechtswissenschaftlicher Auslegung heranzuziehen und insbesondere der objektive Erklärungswert (entsprechend §§ 133, 157 BGB)<sup>37</sup> unter Berücksichtigung

von Treu und Glauben (§§ 157, 242 BGB)<sup>38</sup> zu ermitteln.

Ein Verstoß gegen § 23 Abs. 1 VwVfG kann dabei ebenfalls zur Unbestimmtheit des Verwaltungsaktes führen, wenn die verwendeten fremdsprachigen Begriffe nicht allgemein geläufig sind.<sup>39</sup> Im Zusammenhang mit dem Gendersternchen wurde jedoch bereits oben (siehe unter II.) dargestellt, dass dieses nicht zu einem Verstoß gegen § 23 Abs. 1 VwVfG und somit auch aus diesem Blickwinkel nicht zu einem Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot führt.

In Anwendung der vorgenannten Grundsätze der Auslegung werden hinsichtlich der Bezeichnung von Personen in Verwaltungsakten einhellig keine hohen Maßstäbe an die Beantwortung der Frage angelegt, wann eine hinreichende Bestimmtheit vorliegt. Es wird als ausreichend angesehen, wenn die Betroffenen nach generellen Merkmalen bezeichnet werden, solange und soweit aus dem Verwaltungsakt selbst konkret erkennbar ist, wer als Adressat überhaupt in Frage kommt.<sup>40</sup> So wird es auch für ausreichend erachtet, wenn ein Verwaltungsakt an „Eheleute X“ und nicht ausdrücklich an „Herrn X“ und „Frau X“ gerichtet ist.<sup>41</sup> Solange klar erkennbar ist, wer gemeint ist, kann die Personenangabe sogar durch ein Pseudonym oder unter der Geschäftsbezeichnung eines Gewerbetreibenden erfolgen.<sup>42</sup> Auch eine unzutreffende Schreibweise des Namens ist für die Bestimmtheit des Verwaltungsaktes nur dann schädlich, wenn dadurch eine Verwechslungsgefahr entsteht.<sup>43</sup>

Unter Berücksichtigung der schon gemachten Ausführungen (siehe II.) hinsichtlich der zunehmenden gesellschaftlichen Verbreitung des Gendersternchens kann auch bezüglich der Bestimmtheit des Verwaltungsaktes festgestellt werden, dass in der Verwendung einer genderneutralen Begrifflichkeit kein Verfahrensfehler zu sehen ist. Wie dargestellt kommt es bei der Bezeichnung von Personen in Verwaltungsakten entscheidend darauf an, dass eine klare Zuordnung möglich ist und der Leser dem Bescheid eindeutig entnehmen kann, wer angesprochen wird. Wenn ein Verwaltungsakt z.B. an „Herrn Müller“ adressiert ist und dieser in der Anredeformel auch mit „Herr Müller“ angesprochen wird, so wird ein neutraler Dritter bei verständiger Auslegung des objektiven Erklärungswertes zu keinem anderen Schluss kommen können, als dass bei der Verwendung der Begrifflichkeit „Eigentümer\*in“ innerhalb des Verwaltungsaktes eben jener Herr Müller gemeint ist.

<sup>30</sup> Heßhaus (Fn. 9), § 23 Rn. 9.3.

<sup>31</sup> BVerfG NJW 1998, 2515 (2518).

<sup>32</sup> BVerfG NJW 1998, 2515 (2519).

<sup>33</sup> Schröder, in Schoch/Schneider (Fn. 11), § 37 Rn. 21.

<sup>34</sup> Stelkens, in Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 9), § 37 Rn. 2; Schröder (Fn. 33), § 37 Rn. 36.

<sup>35</sup> Stelkens (Fn. 34), § 37 Rn. 40; Schwarz (Fn. 10), VwVfG § 37 Rn. 23.

<sup>36</sup> Schröder (Fn. 33), § 37 Rn. 23; Schönenbroicher, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2019, § 37 Rn. 15, 25; Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 6. Aufl. 2018, Rn. 465.

<sup>37</sup> Schröder (Fn. 33), § 37 Rn. 24; Stelkens (Fn. 34), § 37 Rn. 7.

<sup>38</sup> Schwarz (Fn. 10), VwVfG § 37 Rn. 9.

<sup>39</sup> Stelkens (Fn. 34), § 37 Rn. 6.

<sup>40</sup> Schwarz (Fn. 10), VwVfG § 37 Rn. 11; Schröder (Fn. 33), § 37 Rn. 30; zum Beispiel der Wohneigentümergeinschaft siehe BVerwG NJW-RR 1995, 73.

<sup>41</sup> VGH Mannheim NVwZ-RR 1989, 597; Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch (Fn. 9), § 37 Rn. 13; Schönenbroicher (Fn. 36), § 37 Rn. 32.

<sup>42</sup> OVG Weimar LKV 2006, 281; Stelkens (Fn. 34), § 37 Rn. 11.

<sup>43</sup> BFH NVwZ-RR 1991, 660; Stelkens (Fn. 34), § 37 Rn. 20; zu Schreibfehlern im Zusammenhang mit dem Gendersternchen siehe unten IV.

#### IV. Anspruch auf Berichtigung (§ 42 VwVfG)

Eine weitere Frage, die sich im Zusammenhang mit der Verwendung genderneutraler Zeichen wie dem Gendersternchen in einem Verwaltungsakt ergeben kann, ist die, ob die erlassende Behörde verpflichtet sein kann, die Formulierung gem. § 42 VwVfG zu ändern. Dabei ist zunächst zu beachten, dass die Berichtigung nach § 42 VwVfG sich auf eine bloße Unrichtigkeit bezieht und nicht die Korrektur eines inhaltlich fehlerhaften oder an formellen Mängeln leidenden Verwaltungsaktes zum Gegenstand hat.<sup>44</sup> Wie oben dargestellt (II. und III.), liegt bei der Verwendung des Gendersternchens kein Verstoß gegen zwingende formelle Grundsätze des Verwaltungsverfahrens vor, so dass eine Berichtigung nach § 42 VwVfG daher grundsätzlich in Frage kommt.

Um den Anwendungsbereich des § 42 VwVfG jedoch überhaupt zu eröffnen, müsste zunächst z.B. in der Formulierung „Eigentümer\*in“ ein Schreibfehler oder eine ähnliche offenbare Unrichtigkeit i.S.d. § 42 S. 1 VwVfG zu sehen sein. Rechtsprechung und Literatur sind sich dabei einig, dass das Merkmal „offenbar“ auch für Schreibfehler positiv festgestellt werden muss und diese nicht (wie der Wortlaut der Norm suggeriert) stets einen Unterfall der offenbaren Unrichtigkeiten darstellen.<sup>45</sup>

Eine Unrichtigkeit i.S.d. § 42 VwVfG liegt vor, wenn in der Formulierung des Verwaltungsaktes etwas anderes ausgesagt wird, als die Behörde gewollt hat.<sup>46</sup> Es ist dabei auf den erkennbaren Willen der Behörde abzustellen, welcher durch Auslegung zu ermitteln ist. Wenn das Ergebnis der Auslegung einerseits von dem Text des Verwaltungsaktes bei wörtlichem Verständnis andererseits abweicht, so ist eine Unrichtigkeit im Sinne der Norm gegeben.<sup>47</sup> Der Begriff des Schreibfehlers als Unterfall bezeichnet Unrichtigkeiten orthografischer oder grammatikalischer Natur, die bei der handschriftlichen oder maschinellen Erstellung von Schriftzeichen entstehen.<sup>48</sup> Auch hier muss zunächst der wahre Inhalt des Verwaltungsaktes durch Auslegung ermittelt werden. Wenn die verwendeten Schriftzeichen das seitens der Behörde erkennbar Gewollte nicht ausdrücken, so handelt es sich um einen Schreibfehler.<sup>49</sup>

Bezüglich der Verwendung des Gendersternchens kann bereits an dieser Stelle der Prüfung angesetzt werden. Wenn die Behörde beispielsweise in einem Verwaltungsakt die Formulierung „Eigentümer\*in“ verwendet und darin im konkreten Zusammenhang kein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz zu erblicken ist (siehe oben), so ist zunächst der erkennbare Wille der Behörde durch Auslegung zu ermitteln. Diese Auslegung dürfte zu dem Ergebnis kommen, dass die Behörde mit dieser Formulierung genderneutral Personen jeglichen Geschlechts ansprechen möchte. Diesem Ergebnis

ist sodann das wörtliche Verständnis des Textes des Verwaltungsaktes gegenüber zu stellen. Ausgehend von den oben (unter II.) gemachten Ausführungen ist davon auszugehen, dass die Verwendung genderneutraler Formulierung inzwischen eine solche Verbreitung in der Gesellschaft gefunden hat, dass ein objektiver Dritter die Formulierung „Eigentümer\*in“ als Ansprache an Personen jeglichen Geschlechts verstehen wird. Der erkennbare Wille der Behörde und das wörtliche Verständnis des Textes weichen daher nicht voneinander ab, so dass hier schon kein Schreibfehler bzw. keine Unrichtigkeit vorliegt.

Wenn man an dieser Stelle eine andere Auffassung vertreten und (dann folgerichtig) in dem Abweichen auch eine „offenbare“ Unrichtigkeit erblicken würde<sup>50</sup>, so müsste man sich aber auf der Rechtsfolgenseite der Frage widmen, wie das Ermessen der Behörde (§ 42 S. 1 VwVfG: „kann“) hinsichtlich der Berichtigung auszuüben ist bzw. wann ein berechtigtes Interesse des Beteiligten (§ 42 S. 2 VwVfG) an einer Berichtigung besteht.

Ein ermessensleitender Gesichtspunkt i.R.d. § 42 S. 1 VwVfG kann insbesondere die Bedeutung der Unrichtigkeit sein.<sup>51</sup> Auch der Umstand, dass eine Unrichtigkeit geringfügig ist und dass keine Auswirkungen zu erwarten sind, können in die Ermessensentscheidung einfließen.<sup>52</sup> Vor dem oben (unter II.) dargelegten Hintergrund der Zunahme der genderneutralen Sprache im gesellschaftlichen und auch behördlichen Austausch dürfte die „Unrichtigkeit“ an dieser Stelle als nahezu bedeutungs- und auswirkungslos anzusehen sein, so dass die Behörde im Ermessenswege regelmäßig keine Verpflichtung zur Berichtigung treffen wird.

Ein berechtigtes Interesse des Beteiligten nach § 42 S. 2 VwVfG liegt dann vor, wenn die offenbare Unrichtigkeit zu Unklarheiten führt, die sich zulasten der Rechtsposition des Beteiligten auswirkt. Dies ist dann anzunehmen, wenn die erstrebte Berichtigung die Durchsetzung seiner Rechtsposition erleichtert oder der Verteidigung seiner Rechtsposition dient.<sup>53</sup> In dem hier vorliegenden Beispiel der gendergerechten Sprache ist eine negative Auswirkung auf die Rechtsposition des Empfängers jedoch nicht zu erblicken (insbesondere, weil die Formulierung an der Bestimmtheit des Verwaltungsaktes nichts ändert, siehe oben).

Insgesamt dürfte die Behörde unter keinen rechtlichen Gesichtspunkten eine Pflicht zur Berichtigung einer genderneutralen Formulierung innerhalb eines Verwaltungsaktes treffen.

#### V. Fazit

Wie zuvor aufgezeigt, hat die Verwendung von genderneutralen Formulierungen in einem Verwaltungsakt keine Auswirkungen auf dessen Rechtmäßigkeit. Es liegt weder ein Ver-

<sup>44</sup> Schwarz (Fn. 10), VwVfG § 42 Rn. 1; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 9), § 42 Rn. 1; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Fn. 36), § 42 Rn. 5.

<sup>45</sup> Uechtritz (Fn. 44), § 42 Rn. 15 m.w.N.

<sup>46</sup> OVG Münster, Beschl. v. 29.10.2010 – 7 B 1293/10, Rn. 8.

<sup>47</sup> Baer, in: Schoch/Schneider (Fn. 11), § 42 Rn. 13.

<sup>48</sup> Uechtritz (Fn. 44), § 42 Rn. 8; Schemmer, in: Bader/Ronellenfisch (Fn. 9), § 42, Rn. 7.

<sup>49</sup> Baer (Fn. 47), § 42 Rn. 16.

<sup>50</sup> Offenbar ist eine Unrichtigkeit dann, wenn sie sich jedermann aufdrängen muss, der in die Lage der Beteiligten versetzt wird; vgl. OVG Münster, Beschl. v. 29.10.2010 – 7 B 1293/10, Rn. 8.

<sup>51</sup> Schemmer (Fn. 48), § 42 Rn. 14.

<sup>52</sup> Sachs (Fn. 44), § 42 Rn. 28.

<sup>53</sup> Uechtritz (Fn. 44), § 42 Rn. 35.

stoß gegen den Grundsatz der deutschen Amtssprache noch ein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz vor. Auch § 42 VwVfG statuiert keine Pflicht der Behörde, die genderneutrale Formulierung zu berichtigen. Es ist zu erwarten, dass auch in Zukunft Diskussionen darüber geführt werden, ob der Gebrauch genderneutraler Formulierungen den Lesefluss von (insbesondere längeren) Texten stört und ob eine solche Veränderung im alltäglichen (Schrift-)Sprachgebrauch gesellschaftlich notwendig ist. Aus rein rechtlicher Sicht gibt es aber gegen die Verwendung von genderneutralen Formulierungen in Verwaltungsakten keine Bedenken.

# Die Zuständigkeit der Europäischen Kommission zur Impfstoffbeschaffung im Namen der Mitgliedstaaten im Rahmen der COVID-19-Pandemie

Von Stud. iur. **Niusha Rabbanifar**, Hamburg

## I. Die „Europäische Impfstoffbeschaffung“ in der Corona-Pandemie

Im Juni 2020 legte die Europäische Kommission zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie eine gemeinsame europäische Impfstoff-Strategie vor.<sup>1</sup> Ziel dieser Strategie war es, möglichst schnell und kostengünstig sichere und wirksame Impfstoffe für die Mitgliedstaaten zugänglich zu machen.

Die Europäische Kommission wurde hierbei von den 27 Mitgliedstaaten dazu ermächtigt, mit potenziellen Impfstoffherstellern zu verhandeln und Abnahmeverträge abzuschließen. Im Zuge dessen wurden durch die Kommission Abnahmevereinbarungen mit mehreren Herstellern geschlossen, wobei nicht die Kommission Vertragspartei war, sondern die Mitgliedstaaten selbst. Nach außen hin hat somit zwar die Kommission die Verträge geschlossen, aber die Mitgliedstaaten sind die Berechtigten und Verpflichteten aus diesen Verträgen.<sup>2</sup>

Dieser zivilrechtliche Vertrag zur Vertretung der Mitgliedstaaten in Kaufgeschäften ist untypisch für die Kommission. Zu Anfang der Corona-Krise zeichnete sich zudem ab, dass die EU nicht auf eine Pandemiebekämpfung vorbereitet war und ihr im Bereich der Gesundheitspolitik die Kompetenzen für eine gemeinschaftliche Bewältigung fehlten.<sup>3</sup>

Daher stellt sich die Frage, ob und inwiefern die EU nach dem Unionsrecht eine solche Kompetenz besaß, die Verhandlungen und Vorabkäufe für Impfstoffe durchzuführen.

Zunächst wird ein Überblick über die relevanten rechtlichen Grundlagen gegeben (II.) und das unionale Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung erläutert (III.). Sodann wird vertieft auf das einschlägige Sekundärrecht sowie den Ermächtigungsvertrag eingegangen (IV.) und die primärrechtliche Kompetenznorm diskutiert (V.). Schließlich wird ein potenzieller Verstoß gegen Kompetenzausübungsregeln geprüft (VI.).

## II. Rechtliche Grundlagen

Zur Veranschaulichung werden zunächst die rechtlichen Grundlagen der Impfstoffbeschaffung vorweggenommen:

### 1. Primärrecht

Das Primärrecht nimmt den höchsten Rang in der Normenhierarchie des Unionsrechts ein. Jegliches Sekundärrecht der EU muss auf einer primärrechtlichen Kompetenzgrundlage beruhen. Für die Impfstoffbeschaffung kommen insbesondere Art. 168 AEUV und Art. 122 Abs. 1 AEUV in Betracht.

<sup>1</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat und die Europäische Investitionsbank v. 17.6.2020, EU-Strategie für COVID-19-Impfstoffe, KOM (2020) 245 endg.

<sup>2</sup> *Calliess*, NVwZ 2021, 505 (507).

<sup>3</sup> Vgl. *Beaussier/Cabane*, EJRR 11 (2020), 808 (810 f.).

### 2. Sekundärrecht

In Art. 288 AEUV sind folgende Sekundärrechtsakte der EU vorgesehen: (verbindliche) Verordnungen, Richtlinien und Beschlüsse sowie (unverbindliche) Empfehlungen und Stellungnahmen. Relevant ist hier die Verordnung (EU) 2016/369, die im Jahr 2020 durch die Verordnung (EU) 2020/521 unter Berücksichtigung der COVID-19-Pandemie geändert und aktiviert wurde (sog. Emergency Support Instrument, „ESI“).<sup>4</sup> Das ESI enthält Maßnahmen zur Soforthilfe im Katastrophenfall. Die Ermächtigung zur Impfstoffbeschaffung basiert auf Art. 4 Abs. 5 lit. b des ESI.

### 3. „Agreement“

Das Agreement bezeichnet die Einigung zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission zur Auftragsvergabe für Impfstoffbeschaffungen. Eine solche Einigung ist als notwendige Voraussetzung in Art. 4 Abs. 5 lit. b des ESI vorgegeben. Mit dem Agreement wurde die Kommission ermächtigt, als Vertreterin der Mitgliedstaaten Abnahmeverträge mit Impfstoffherstellern zu schließen.

### 4. „Advance Purchase Agreements“ (APA)

Die APA schließlich stellen die zivilrechtlichen Abnahmeverträge dar, die die Kommission mit den Impfstoffherstellern geschlossen hat. Diese Verträge berechtigen und verpflichten die Mitgliedstaaten und die Hersteller als Vertragspartner.

## III. Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung

Die Union darf nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten handeln, die ihr die Mitgliedstaaten nach Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 EUV in den Verträgen (EUV und AEUV nach Art. 1 Abs. 3 S. 1 EUV und Art. 1 Abs. 2 S. 2 AEUV) zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben.<sup>5</sup> In allen anderen Bereichen verbleibt die Zuständigkeit bei den Mitgliedstaaten (Art. 5 Abs. 2 S. 2 und Art. 4 Abs. 1 EUV). Somit muss eine Ermächtigung der Kommission zur Impfstoffbeschaffung von den Verträgen umfasst sein.

In Art. 2 ff. AEUV sind die Arten der Zuständigkeiten aufgezählt. Diese stellen an sich noch keine Kompetenzgrundlagen dar, wie Art. 2 Abs. 6 AEUV zeigt. Sie zeigen die Kompetenztypen der EU in bestimmten Bereichen auf. Diese lassen sich in ausschließliche Zuständigkeiten (Art. 3 AEUV),

<sup>4</sup> Verordnung (EU) 2016/369 des Rates v. 15.3.2016 über die Bereitstellung von Soforthilfe innerhalb der Union, ABl. EU 2016 Nr. L 70, S. 1 in der Fassung der Verordnung (EU) 2020/521 des Rates v. 14.4.2020 zur Aktivierung der Soforthilfe gemäß der Verordnung (EU) 2016/369 und zur Änderung von deren Bestimmungen unter Berücksichtigung des COVID-19-Ausbruchs, ABl. EU 2020 Nr. L 117, S. 3.

<sup>5</sup> *Bieber/Kotzur*, in: Bieber u.a. (Hrsg.), Die Europäische Union – Europarecht und Politik, 14. Aufl. 2020, § 3 Rn. 21.

geteilte Zuständigkeiten (Art. 4 AEUV) oder Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungszuständigkeiten (Art. 6 AEUV) zuordnen.

Im Rahmen der Pandemiebekämpfung stützen sich die Handlungen der Union insbesondere auf Art. 168 AEUV, welcher die Zuständigkeiten der EU in der Gesundheitspolitik regelt.<sup>6</sup> Für die Impfstoffbeschaffung kommt hierneben jedoch auch Art. 122 Abs. 1 AEUV in Betracht, der der Union v.a. bei „gravierenden Schwierigkeiten in der Versorgung mit bestimmten Waren“ besondere Kompetenzen zuteilt.

Aufgrund dessen, dass es sich um zivilrechtliche Verträge handelt, ist es hier nicht relevant, dass die EU Völkerrechtspersönlichkeit gem. Art. 47 EUV i.V.m. Art. 216 AEUV besitzt und begrenzte Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge hat.<sup>7</sup>

#### IV. Art. 4 Abs. 5 lit. b der „ESI“-Verordnung und der darauf beruhende Ermächtigungsvertrag

Um die relevante Kompetenzgrundlage zu finden, ist es zunächst erforderlich, den Inhalt der Vereinbarung und der sekundärrechtlichen Grundlage zu beleuchten. Die Verordnung (EU) 2020/521 aktiviert nach ihrem Art. 1 die Soforthilfe gem. der Verordnung (EU) 2016/369 für den Zeitraum vom 1.2.2020 bis zum 31.1.2022. Des Weiteren ändert sie ihre Bestimmungen unter Berücksichtigung der COVID-19-Pandemie<sup>8</sup>, wozu auch die neu eingefügte Grundlage der Auftragsvergabe in ihrem Art. 4 Abs. 5 gehört.

Nach Art. 4 Abs. 5 des ESI können Soforthilfemaßnahmen durch eine gemeinsame Auftragsvergabe der Mitgliedstaaten nach Art. 165 Abs. 2 der Verordnung (EU, Euratom) 2018/1046 erfolgen (lit. a) oder es kann eine Auftragsvergabe durch die Kommission im Namen der Mitgliedstaaten auf der Grundlage einer Vereinbarung zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten durchgeführt werden (lit. b). Als dritte Möglichkeit kann die Kommission als Großhändler eintreten durch Ankauf, Lagerung und Weiterverkauf (lit. c). Im Fall der Ermächtigung der Kommission zur Impfstoffbeschaffung handelt es sich um eine Auftragsvergabe i.S.d. Art. 4 Abs. 5 lit. b des ESI.

Die Einigung zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission zur Auftragsvergabe findet sich in der Entscheidung der Kommission C (2020) 4192 vom 18.6.2020 wieder („Agreement“). In Art. 1 des Agreements ist festgelegt, dass die Kommission aufgrund dieser Vereinbarung ermächtigt ist, im Namen der Mitgliedstaaten „Advance Purchase Agreements“ (APA) mit Impfstoffherstellern zu schließen. Bei den APA handelt es sich um Abnahmeverträge, die den Mitgliedstaaten eine Garantie zum Erhalt von bestellten Impfstoffdosen bieten sollen. Nach Art. 2 des Agreements sollen die Mitgliedstaaten die gelieferten Impfstoffdosen vom Hersteller erhalten und sie bleiben nach Art. 6 Abs. 3 für ihre Impfstoffstrategie verantwortlich. Die Kommission ist dafür nach Art. 6 Abs. 2 des Agreements für das Beschaffungsverfahren und

den Abschluss der APA alleinig verantwortlich. Nach Art. 7 Abs. 1 des Agreements dürfen die unterzeichnenden Mitgliedstaaten keine eigenen Verfahren für Abnahmeverträge mit denselben Herstellern verfolgen.

Für eine genauere Betrachtung der Aufteilung der Verantwortlichkeiten, ist zwischen zwei Formen der Abnahmeverträge zu unterscheiden, die die Kommission nach dem Agreement schließen kann: Die erste Form von Abnahmeverträgen ist in Art. 3 des Agreements geregelt. Dort geht es um Abnahmeverträge, die den Mitgliedstaaten ein Recht zum Erwerb von Impfstoffdosen zugestehen. Dieses Recht kann der Mitgliedstaat ausüben, indem er einen Vertrag mit dem Hersteller hierüber schließt. Dazu soll der Mitgliedstaat aber nicht verpflichtet sein. Für diese Unverbindlichkeit sollen solche Abnahmeverträge eine entsprechende Klausel enthalten.

Nach Art. 4 des Agreements kann die Kommission aber auch Abnahmeverträge schließen, die eine rechtliche Pflicht zur Abnahme der Impfstoffdosen für Mitgliedstaaten beinhalten. Hierfür muss die Kommission die Mitgliedstaaten über eine solche Intention informieren. Von der Information an haben die Mitgliedstaaten das Recht, innerhalb von fünf Werktagen aus diesem Vorhaben „auszusteigen“ (sog. „Opt-out“). Für diese Mitgliedstaaten begründet der Abnahmevertrag keine rechtliche Verbindlichkeit (Art. 5 Hs. 2 des Agreements). Sie können nach dem Gebrauch des „Opt-out“ nach Art. 7 Abs. 2 des Agreements zudem eigene Verhandlungen mit demselben Hersteller verfolgen.

Demnach hat die Kommission aus diesem Agreement die Befugnis (verbindliche) Abnahmeverträge im Namen der Mitgliedstaaten zu schließen, woraus für die Mitgliedstaaten als Vertragsparteien Verpflichtungen einhergehen können. Allerdings können die Mitgliedstaaten sich durch ein „Opt-Out“ den Verpflichtungen entziehen.

#### V. Primärrechtliche Kompetenznorm

Das ESI müsste aufgrund des erwähnten Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung auf einer primärrechtlichen Kompetenznorm gestützt sein. Die Impfstoffbeschaffungen der Union erfolgten dem ersten Anschein nach zwar primärrechtlich im Bereich der Gesundheitspolitik, die in Art. 168 AEUV geregelt ist. Das ESI ist hingegen auf Art. 122 AEUV als Rechtsgrundlage gestützt.

Relevant ist somit, welche der beiden Normen vorliegend einschlägig ist. Wenn zwei Normen in Betracht kommen, weil der Rechtsakt zwei Zielsetzungen oder Komponenten hat, ist nach dem Schwerpunkt der Handlung zu entscheiden.<sup>9</sup> Im Falle, dass die Zielsetzungen oder Komponenten untrennbar miteinander verbunden sind, ohne dass die eine gegenüber der anderen nur zweitrangig und mittelbar ist, ist der Rechtsakt ausnahmsweise auf beide einschlägigen Rechtsgrundlagen zu stützen.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Vgl. *Beaussier/Cabane*, EJRR 11 (2020), 808 (810 f.).

<sup>7</sup> *Kokott*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 3. Aufl. 2018, EUV Art. 47 Rn. 1.

<sup>8</sup> Siehe oben II.

<sup>9</sup> EuGH, Urt. v. 10.12.2002 – C-491/01 (*British American Tobacco*), EU:C:2002:741, Rn. 94.

<sup>10</sup> EuGH, Urt. v. 10.1.2006 – C-178/03 (*KOM/Parlament und Rat*), EU:C:2006:4, Rn. 41–43.

*I. Art. 168 AEUV: Gesundheitsschutz*

Der Titel „Gesundheitswesen“, unter dem sich Art. 168 AEUV befindet, bezieht sich nicht auf das öffentliche Gesundheitssystem, wie der Begriff im Deutschen häufig interpretiert wird. Vielmehr ist der öffentliche bzw. bevölkerungsbezogene Gesundheitsschutz hiervon umfasst (im Englischen „Public Health“).<sup>11</sup> Somit weist die Regelung einen bestimmenden Kompetenzrahmen für die EU bzgl. der Bekämpfung von Pandemien auf.

Die Kompetenz der EU zum Schutz der öffentlichen Gesundheit ist hiernach jedoch sehr beschränkt.<sup>12</sup> So hat die EU nach Art. 168 Abs. 1 AEUV und Art. 6 S. 1 AEUV im Grundsatz lediglich eine die Politik der Mitgliedstaaten ergänzende, fördernde oder koordinierende Zuständigkeit.<sup>13</sup> Die Mitgliedstaaten behalten somit ihre Hauptzuständigkeit im Bereich der Gesundheitspolitik.<sup>14</sup>

Die Zuständigkeit wird auch durch die Charta der Grundrechte der EU (GRC) nicht erweitert, die in Art. 35 ein Grundrecht „auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und ärztlichen Versorgung“ beinhaltet.<sup>15</sup> Gem. Art. 51 Abs. 2 GRC dehnt diese Charta „den Geltungsbereich des Unionsrechts nicht über die Zuständigkeiten der Union hinaus und begründet weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Union, noch ändert sie die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben“.

Bei den Tätigkeiten der Union i.R.d. Art. 168 AEUV verbleibt größtenteils die Zuständigkeit gem. Art. 2 Abs. 5 UAbs. 1 Hs. 2 AEUV bei den Mitgliedstaaten.

Dies macht auch Art. 168 Abs. 7 S. 1 AEUV deutlich, der besagt, dass bei der Tätigkeit der EU „die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Festlegung ihrer Gesundheitspolitik sowie für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung gewahrt [wird]“. Dies wird in Art. 168 Abs. 7 S. 2 AEUV konkretisiert, nach dem die Verantwortung der Mitgliedstaaten „die Verwaltung des Gesundheitswesens und der medizinischen Versorgung sowie die Zuweisung der dafür bereitgestellten Mittel [umfasst]“.<sup>16</sup>

Lediglich bei gemeinsamen Sicherheitsanliegen im Bereich der öffentlichen Gesundheit nach Art. 168 Abs. 4 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 2 lit. k AEUV hat die EU eine geteilte Zuständigkeit.<sup>17</sup> Dazu gehören nach Art. 168 Abs. 4 lit. b AEUV Pflanzen- und Tierkrankheiten, soweit sie „unmittelbar den

Schutz der menschlichen Gesundheit zum Ziel haben“. Hierunter fällt jedoch keine Infektionskrankheit wie COVID-19.<sup>18</sup>

*a) Art. 168 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 AEUV*

Art. 168 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 AEUV könnte der Kommission eine Befugnis im Rahmen der Pandemiebekämpfung schaffen. Danach kann die Kommission „in enger Verbindung mit den Mitgliedstaaten alle Initiativen ergreifen, die dieser Koordinierung förderlich sind“.

Diese Kompetenz ist im Zusammenhang mit Art. 168 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 AEUV zu verstehen<sup>19</sup>, nach der die Mitgliedstaaten untereinander im Benehmen mit der Kommission ihre Politiken und Programme in den in Abs. 1 genannten Bereichen koordinieren.

Ein relevanter „Bereich“ in Abs. 1 stellt dabei Art. 168 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 AEUV dar, nach dem die Tätigkeit der EU „die Politik der Mitgliedstaaten [ergänzt] und [...] auf die Verbesserung der Gesundheit der Bevölkerung, die Verhütung von Humankrankheiten und die Beseitigung von Ursachen für die Gefährdung der körperlichen und geistigen Gesundheit gerichtet [ist]“.<sup>20</sup>

Darunter fällt nach Art. 168 Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 AEUV die Bekämpfung der weit verbreiteten schweren Krankheiten<sup>21</sup> und die Bekämpfung schwerwiegender grenzüberschreitender Gesundheitsgefahren<sup>22</sup>.

Bei der COVID-19-Pandemie handelt es sich um eine schwerwiegende, grenzüberschreitende und weit verbreitete Humankrankheit i.S.d. Art. 168 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1, 2 AEUV. Die Krankheit kann zu schweren körperlichen Folgen bis zum Tode führen und erforderte daher eine Verhütung ihrer Ausbreitung durch entsprechende Gesundheitspolitik von allen Mitgliedstaaten im Jahre 2020.<sup>23</sup>

Unklar bleibt, welche konkrete Rolle die Kommission hat, wenn in Abs. 2 UAbs. 2 von einer Koordinierung „im Benehmen mit der Kommission“ (S. 1) oder das Ergreifen „aller Initiativen, die dieser Koordinierung förderlich sind“ in enger Verbindung mit den Mitgliedstaaten (S. 2) die Rede ist.

Nach der geläufigen Ansicht in der Literatur umfasst dies eine aktive Beteiligung der Kommission<sup>24</sup>, die von der Koordinierungskompetenz der EU, wie in Abs. 2 UAbs. 1, zu unterscheiden ist.<sup>25</sup> Es handelt sich um eine Positivierung der bisher informellen Methode der „Offenen Koordinierung“ unter den Mitgliedstaaten.<sup>26</sup> Die EU kann „freiwilliges Parallelverhalten“ der Mitgliedstaaten anregen, jedoch keine eigenen Maßnahmen erlassen<sup>27</sup>. Als Beispiel nennt Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 Hs. 2 „insbesondere Initiativen, die darauf abzielen, Leitlinien und Indikatoren festzulegen, den Austausch bewährter

<sup>11</sup> Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 168 Rn. 11 f.; Thym/Bornemann, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, 2021, Kap. 2 Rn. 50; Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 9. Aufl. 2021, § 33 Rn. 50.

<sup>12</sup> Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 6, 2010, Rn. 4159 f.

<sup>13</sup> Calliess, NVwZ 2021, 505 (507).

<sup>14</sup> Frenz (Fn. 12), Rn. 4169.

<sup>15</sup> So auch Calliess, NVwZ 2021, 505 (507).

<sup>16</sup> Vedder, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2018, AEUV Art. 168 Rn. 12.

<sup>17</sup> Niggemeier, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Kommentar, Bd. 3, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 168 Rn. 34.

<sup>18</sup> Mögele, EuZW 2020, 297 (297).

<sup>19</sup> Vgl. Kingreen (Fn. 11), AEUV Art. 168 Rn. 24.

<sup>20</sup> Lurger, in: Streinz (Fn. 7), AEUV Art. 168 Rn. 44.

<sup>21</sup> Vgl. Frenz (Fn. 12), Rn. 4177.

<sup>22</sup> Vgl. Frenz (Fn. 12), Rn. 4178.

<sup>23</sup> Vgl. Renda/Castro, EJRR 11 (2020), 273 (273 f.).

<sup>24</sup> Niggemeier (Fn. 17), AEUV Art. 168 Rn. 24 f.

<sup>25</sup> Kingreen (Fn. 11), AEUV Art. 168 Rn. 23.

<sup>26</sup> Ebd.

<sup>27</sup> Ebd.

Verfahren durchzuführen und die erforderlichen Elemente für eine regelmäßige Überwachung und Bewertung auszuarbeiten“.

In diesem Rahmen kann die Kommission eine Abstimmung der Mitgliedstaaten z.B. über eine gemeinsame Impfstoffbeschaffung bewirken.

#### b) Art. 168 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1, Abs. 5 AEUV

Nach Art. 168 Abs. 5 AEUV kann die EU u.a. „unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung [...] auch Fördermaßnahmen zum Schutz und zur Verbesserung der menschlichen Gesundheit sowie insbesondere zur Bekämpfung der weit verbreiteten schweren grenzüberschreitenden Krankheiten, Maßnahmen zur Beobachtung, frühzeitigen Meldung schwerwiegender grenzüberschreitender Gesundheitsgefahren [...] erlassen“.

Der Begriff der „Fördermaßnahmen“ hatte ursprünglich zwar zu Unklarheiten bei dessen Definition geführt, aber es wird inzwischen in der Literatur einheitlich zugestimmt, dass dadurch alle unionalen Handlungsformen, also auch die verbindlichen Rechtsakte nach Art. 288 AEUV umfasst sein sollen.<sup>28</sup>

Das explizit genannte Harmonisierungsverbot verdeutlicht dabei den bereits erwähnten Art. 2 Abs. 5 AEUV. Es sind also auch hier nur Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungsmaßnahmen zulässig. Normative, verbindliche Eingriffe in das Gesundheitswesen der Mitgliedstaaten sind hier nach nicht zulässig.<sup>29</sup> Die Kompetenz der EU bleibt mithin auch hier äußerst eingeschränkt.<sup>30</sup>

Art. 168 Abs. 5 dient u.a. der Erfüllung der in Art. 168 Abs. 1 UAbs. 2 genannten Ziele.<sup>31</sup> Die Ergänzung der Politik der Mitgliedstaaten durch die EU, ausgerichtet auf die Bekämpfung einer Pandemie, die schwere Gesundheitsgefahren nach sich ziehen kann, ist von Art. 168 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1, 2 AEUV umfasst.<sup>32</sup>

#### c) Koordinierungstätigkeit bei der Impfstoffbeschaffung

Es wurde festgestellt, dass die Tätigkeiten der EU auf Grundlage des Art. 168 AEUV mit Ausnahme des Abs. 4 nicht über Koordinierungs-, Unterstützungs- und Fördermaßnahmen hinaus gehen dürfen. Daher stellt sich die Frage, ob bzw. inwieweit die Impfstoffbeschaffungen durch die EU hierunter einzuordnen sind.

Die Gesprächsführungen der Kommission mit den Mitgliedstaaten über eine gemeinsame Impfstoffstrategie, die zum Konsens führte, war eine unverbindliche horizontale Abstimmung der Mitgliedstaaten<sup>33</sup> und damit eine koordinie-

rende Tätigkeit der Kommission.<sup>34</sup> Allerdings ist nicht eindeutig, ob die daraus resultierende Ermächtigung der Kommission zur Verhandlung und zum Abschluss von Abnahmeverträgen auch unter „Koordination“ fällt.

Dagegen spricht, dass der Kommission damit ein erheblicher Einfluss und Entscheidungsspielraum in den Verhandlungen und bei der Vertragsschließung mit den verschiedenen Herstellern eingeräumt wird. Sie kann beeinflussen, ob verbindliche oder unverbindliche Abnahmeverträge geschlossen werden und zu welchen Konditionen und hat hierzu eine exklusive Verantwortlichkeit.<sup>35</sup> Das „Agreement“ begründet zudem rechtliche Pflichten für die Mitgliedstaaten: So dürfen diese keine eigenen Verhandlungen mit demselben Hersteller verfolgen, außer sie haben von ihrem Recht zum „Opt-Out“ Gebrauch gemacht.<sup>36</sup> Weiterhin werden sie bei verbindlichen Abnahmeverträgen verpflichtet und müssen, um der Verpflichtung zu entgehen, aktiv ihren „Opt-Out“ erklären.<sup>37</sup>

Andererseits haben die Mitgliedstaaten einheitlich und freiwillig der Kommission diese Befugnisse übertragen.<sup>38</sup> Es ist jedoch vorzuzugewürdigt, den Begriff der Koordinierung eng auszulegen und materiell verpflichtende Maßnahmen trotzdem nicht hiervon zu erfassen.<sup>39</sup> Nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung muss diese Kompetenz nämlich ausdrücklich in den Verträgen zugewiesen sein. Dies wird umgangen, wenn Vereinbarungen außerhalb des Primärrechts ausreichen würden, um der EU weitergehende Kompetenzen zu erteilen. Aus diesem Grund sind die Verhandlungen und die Vertragsabschlüsse der Kommission mit den Zuständigkeiten in Art. 168 AEUV nicht vereinbar.

#### 2. Art. 122 Abs. 1 AEUV: Gravierende Schwierigkeiten

Eine weitergehende Kompetenz könnte jedoch durch Art. 122 Abs. 1 AEUV entstehen. Art. 122 Abs. 1 AEUV ermöglicht es dem Rat auf Vorschlag der Kommission, „unbeschadet der sonstigen in den Verträgen vorgesehenen Verfahren im Geiste der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten über die Wirtschaftslage angemessene Maßnahmen [zu] beschließen, insbesondere falls gravierende Schwierigkeiten in der Versorgung mit bestimmten Waren, vor allem im Energiebereich auftreten“.

Es wird nicht konkretisiert, welches Rechtsinstrument dem Rat zur Verfügung steht, um über die „angemessenen“ Maßnahmen zu entscheiden.<sup>40</sup> Gem. Art. 296 Abs. 1 AEUV muss in solchen Fällen die Art des Rechtsakts von Fall zu

<sup>28</sup> *Thym/Bornemann* (Fn. 11), Kap. 2 Rn. 52; *Lurger* (Fn. 20), AEUV Art. 168 Rn. 54; *Kingreen* (Fn. 11), AEUV Art. 168 Rn. 15.

<sup>29</sup> *Frenz* (Fn. 12), Rn. 4198 f.

<sup>30</sup> Ebd.

<sup>31</sup> *Kingreen* (Fn. 11), AEUV Art. 168 Rn. 15.

<sup>32</sup> Siehe oben V. 1. a).

<sup>33</sup> Vgl. zur Definition der Koordinierung *Vedder* (Fn. 16), AEUV Art. 6 Rn. 6; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim

(Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union, Kommentar*, Bd. 1, 73. Erg.-Lfg., Stand: Mai 2021, AEUV Art. 6 Rn. 13.

<sup>34</sup> *Brooks/De Ruijter/Geer*, in: Vanhercke/Spasova/Fronteddu (Hrsg.), *Social policy in the European Union: state of play 2020, 2021*, S. 33 (44); vgl. *Mögele*, *EuZW* 2020, 297 (298).

<sup>35</sup> Siehe oben IV.

<sup>36</sup> Siehe oben IV.

<sup>37</sup> Siehe oben IV.

<sup>38</sup> So *Calliess*, *NVwZ* 2021, 505 (507).

<sup>39</sup> *Nettesheim* (Fn. 33), AEUV Art. 6 Rn. 13; *Vedder* (Fn. 16), AEUV Art. 6 Rn. 6.

<sup>40</sup> *Smulders/Keppenne*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 17), AEUV Art. 122 Rn. 4.



Fall unter Einhaltung der geltenden Verfahren und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ausgewählt werden.<sup>41</sup> Somit ist grundsätzlich auch der Erlass einer Verordnung wie die der ESI-Verordnung auf dieser Grundlage möglich.

Auch die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 122 Abs. 1 AEUV und der Inhalt der auf dieser Grundlage zu erlassenden Maßnahmen sind nicht klar formuliert.<sup>42</sup> Somit bedürfen sie der weiteren Interpretation nach den allgemeinen Auslegungskriterien Wortlaut, Systematik, Telos und Genese.<sup>43</sup> Zusätzlich soll untersucht werden, inwieweit ein Mangel an Impfstoffen für eine Krankheit, die eine Pandemie wie die Corona-Krise begründet, unter den Tatbestand des Art. 122 Abs. 1 AEUV fällt.

*a) Auslegung: Anwendungsbereich und Art der erlassbaren Maßnahmen*

Durch die sehr allgemeine Formulierung, dass der Rat „im Geiste der Solidarität [...] die der Wirtschaftslage angemessenen Maßnahmen“ beschließen kann, lässt sich ableiten, dass der Rat bei der Bestimmung der Situation und dem Inhalt der Maßnahmen einen weiten Ermessensspielraum haben soll.<sup>44</sup>

Allerdings muss für die Anwendung des Art. 122 Abs. 1 AEUV eine Notsituation oder eine außergewöhnliche Situation vorliegen, die zu erheblichen Problemen in der Wirtschaftslage der Mitgliedstaaten führt.<sup>45</sup> Insbesondere „gravierende Schwierigkeiten“ in der Versorgung mit bestimmten Waren sollen den Anwendungsbereich eröffnen.<sup>46</sup>

Diese Schwierigkeiten müssen in einem derartigen Ausmaß sein, dass die Mitgliedstaaten sie nicht allein oder mit anderen Unionsmaßnahmen bewältigen können.<sup>47</sup> Dieser Ausnahmecharakter wird durch die Formulierung „unbeschadet der sonstigen in den Verträgen vorgesehenen Verfahren“ bestätigt.<sup>48</sup>

Aus diesem Ausnahmecharakter lässt sich auch entnehmen, dass die auf der Grundlage des Art. 122 Abs. 1 AEUV beruhenden Maßnahmen nicht dauerhafter Natur, sondern nur zeitlich begrenzt für die Dauer der Notsituation sein dürfen.<sup>49</sup>

Der Inhalt der zu erlassenden Maßnahmen muss wirtschaftlicher Natur sein.<sup>50</sup> Das lässt sich aus der systematischen Einordnung des Art. 122 AEUV in Titel VIII Kapitel 1 des dritten Teils des AEUV, welcher die Wirtschaftspolitik der EU regelt, herleiten.<sup>51</sup>

Zudem ist der „Geist der Solidarität“ ein Hinweis auf Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 EUV<sup>52</sup> und auf die Solidaritätsklausel in Art. 222 Abs. 1 S. 1 AEUV<sup>53</sup>. Hieraus lässt sich entnehmen, dass im Einzelfall auch Maßnahmen, die zu Lasten eines Mitgliedstaates ergehen, möglich sein sollen.<sup>54</sup>

*b) Impfstoffbeschaffung auf Grundlage des Art. 122 Abs. 1 AEUV*

Damit eine Ermächtigung der Kommission zur Beschaffung von Impfstoffen für die Mitgliedstaaten auf Art. 122 Abs. 1 AEUV gestützt werden kann, muss eine akute Notsituation vorliegen. Zudem müssen die Maßnahmen, wozu der Art. 4 Abs. 5 lit. b des ESI und die hierauf beruhende Entscheidung der Kommission C (2020) 4192 vom 18.6.2020 gehören, wirtschaftlicher Natur, zeitlich begrenzt und „angemessen“ i.S.d. Art. 122 Abs. 1 AEUV sein.

Eine akute Notsituation könnte in der neuartigen COVID-19-Krise, die am 11.3.2020 von der WHO zu einer Pandemie erklärt wurde<sup>55</sup>, und der Schwierigkeit zur Versorgung mit Impfstoffen gegen diese Krankheit im Jahre 2020 liegen.<sup>56</sup>

In Abs. 2 des Art. 122 AEUV, der den finanziellen Beistand eines Mitgliedstaats durch die EU in Notsituationen regelt, wird auf Naturkatastrophen und „außergewöhnlichen Ereignissen“ Bezug genommen. Unter diesem Gesichtspunkt und aus dem herausgearbeiteten Telos des Art. 122 AEUV, das ein Kriseninterventionsmittel der EU darstellt<sup>57</sup>, ist erkennbar, dass auch Pandemien als Notsituationen anerkannt werden können.

Zum Zeitpunkt des Ermächtigungsvertrags am 18.6.2020 gab es noch keine hergestellten und in der EU zugelassenen, bewiesenermaßen wirksamen und sicheren Impfstoffe. Allerdings waren mehrere Impfstoffe in der Herstellungsphase und es war erkennbar, dass mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit einige von ihnen sich als wirksam und sicher herausstellen würden.

Gleichzeitig war absehbar, dass die Produktion und Lieferung genügender Impfstoffdosen viel Zeit in Anspruch nehmen würde.

Zudem herrschte aufgrund der hohen Nachfrage der Staaten die Befürchtung, dass ein globaler und v.a. innereuropäischer Wettlauf um die Sicherung der knappen Impfstoffdosen

<sup>41</sup> Ebd.

<sup>42</sup> Herrmann/Dausinger, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Bd. 3, 2017, AEUV Art. 122 Rn. 9.

<sup>43</sup> Hobe/Fremuth, Europarecht, 10. Aufl. 2020, Rn. 439 ff.

<sup>44</sup> Bandilla, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 33), AEUV Art. 122 Rn. 13.

<sup>45</sup> Kempen, in: Streinz (Fn. 7), AEUV Art. 122 Rn. 9.

<sup>46</sup> Khan/Richter, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2017, AEUV Art. 122 Rn. 3.

<sup>47</sup> Ebd.

<sup>48</sup> Gutachten des juristischen Dienstes des Rates der EU, Vorschläge zu „Next GenerationEU“, Eudox Dok. NR. 9062/20, S. 50 v. 3.7.2020; a.A. Smulders/Keppenne (Fn. 40), AEUV Art. 122 Rn. 9.

<sup>49</sup> EuGH, Urt. v. 24.10.1973 – 5/73, Rn. 15 ff.

<sup>50</sup> Gutachten des juristischen Dienstes des Rates der EU, Vorschläge zu „Next GenerationEU“, Eudox Dok. NR. 9062/20, S. 50 v. 3.7.2020.

<sup>51</sup> Ebd.

<sup>52</sup> Khan/Richter (Fn. 46), AEUV Art. 122 Rn. 5.

<sup>53</sup> Herrmann/Dausinger (Fn. 42), AEUV Art. 122 Rn. 7.

<sup>54</sup> Khan/Richter (Fn. 46), AEUV Art. 122 Rn. 5.

<sup>55</sup> Vgl. VO (EU) 2020/251, Erwägungsgrund 1.

<sup>56</sup> Vgl. KOM (2020) 245 endg., S. 1.

<sup>57</sup> Khan/Richter (Fn. 46), AEUV Art. 122 Rn. 3.

entstehen würde.<sup>58</sup> Diese Befürchtung war aufgrund ähnlicher Ereignisse in der Grippepandemie (H1N1) 2009/2010 begründet.<sup>59</sup> Dies hätte zur Folge, dass strategisch und finanziell besser gestellte Staaten früher und in höherem Ausmaß an Impfstoffe kommen können.<sup>60</sup>

Von Art. 122 Abs. 1 AEUV erfasst sind auch Präventionsmaßnahmen, soweit sie zur Verhinderung solcher vorhersehbaren gravierenden Schwierigkeiten erforderlich sind.<sup>61</sup>

Die EU hat diese Schwierigkeiten in der Impfstoffbeschaffung erkannt<sup>62</sup> und sich deshalb für eine gemeinsame Impfstoffstrategie entschieden. Durch die Abnahmevereinbarungen sollte die EU eine frühzeitige Sicherstellung von genügenden Impfstoffdosen ermöglichen und aufgrund der gemeinsamen Beschaffung eine gute Verhandlungsposition innehaben.<sup>63</sup>

Aufgrund der gemeinsamen Beschaffung sollte auch sichergestellt werden, dass auch finanziell schlechter gestellte Mitgliedstaaten der EU garantiert an Impfstoff zu erschwinglichen Preisen kommen können.<sup>64</sup> Dies entspricht dem „Geiste der Solidarität“, den Art. 122 Abs. 1 AEUV ausdrücklich nennt und auf den auch im 3. Erwägungsgrund der Verordnung (EU) 2020/521 wörtlich Bezug genommen wurde.

In der Entscheidung, inwieweit eine solche Notsituation besteht, kommt der EU letztlich ein weites Ermessen zu, das sie hier nicht überschritten hat.

Ein weites Ermessen kommt ihr auch bei der Auswahl der Maßnahmen zu. Dem könnte entgegenstehen, dass nach Art. 4 Abs. 5 des ESI die Möglichkeit, Beschaffungsmaßnahmen zu schließen, eingeschränkt ist. So musste zunächst eine Vereinbarung zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten nach Art. 4 Abs. 5 lit. b des ESI erfolgen, damit die Auftragsvergabe durch die Kommission im Namen der Mitgliedstaaten möglich ist.

Beschaffungsmaßnahmen, die sich auf Art. 122 Abs. 1 AEUV stützen, können jedoch direkt auf Grundlage des Unionsrechts erfolgen und müssen nicht eine zusätzliche Ermächtigung durch die Mitgliedstaaten erhalten, wie Art. 4 Abs. 5 des ESI dies erfordert.<sup>65</sup>

Aufgrund des weiten Spielraums der EU, kann sie aber ihre Kompetenz hierzu an weiteren Voraussetzungen, wie eine Ermächtigung der Mitgliedstaaten, knüpfen.<sup>66</sup>

Dies kann sinnvoll sein, um der Subsidiarität unionalen Handelns gegenüber mitgliedstaatlichem Handeln, welche

allgemein in Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 EUV geregelt, aber bereits Tatbestandsmerkmal des Art. 122 Abs. 1 AEUV ist<sup>67</sup>, größtmöglich zu entsprechen. Zudem kann dies nützlich sein, um den nötigen politischen Rückhalt und die Unterstützung zu haben. So erscheint es politisch nicht sinnvoll, Staaten, die eine eigene Impfstoffbeschaffung vorziehen, zu einer gemeinsamen Strategie zu zwingen.

Die Maßnahmen dienen zudem auch lediglich der Bekämpfung der Corona-Krise und gehen nicht über diesen Ausnahmecharakter hinaus. Dies wird in den Erwägungsgründen der zugrundeliegenden Verordnung bekräftigt und findet sich in der Präambel des Ermächtigungsvertrags wieder. In Art. 1 des Ermächtigungsvertrages wird schließlich festgelegt, dass die Kommission lediglich Abnahmegarantien für Impfstoffe abschließen kann, wenn mit diesen das Ziel verfolgt wird, die COVID-19-Pandemie auf Unionsebene zu bekämpfen. Die Impfstrategie verbleibt nach Art. 1 und 6 Abs. 3 des Agreements alleinige Verantwortung der Mitgliedstaaten, sodass die Maßnahme auch nur wirtschaftlicher Natur bleibt.

Zudem sind sie nach Art. 1 der Verordnung (EU) 2020/521 befristet. Nach diesem Artikel wird die Soforthilfe gem. der Verordnung (EU) 2016/369 für den Zeitraum vom 1.2.2020 bis zum 31.1.2022 aktiviert.

Als Ergebnis lässt sich feststellen, dass die EU bei den Maßnahmen zur Impfstoffbeschaffung im Rahmen des von Art. 122 Abs. 1 AEUV Erfassten gehandelt hat.

### 3. Bestimmung der einschlägigen Kompetenznorm

Wie herausgearbeitet wurde, erfasst die Koordinierungskompetenz nach Art. 168 AEUV zum Schutz der Gesundheit nur die horizontale Abstimmung der Mitgliedstaaten. Eine Auftragsvergabe durch die Kommission im Namen der Mitgliedstaaten ist hiervon aber nicht umfasst. Diese ist stattdessen von Art. 122 Abs. 1 AEUV erfasst. Art. 122 Abs. 1 AEUV ist für eine temporäre Ausnahmesituation geschaffen<sup>68</sup> und greift lediglich dann, wenn andere Unionsmaßnahmen nicht effektiv die Notsituation bewältigen können.<sup>69</sup> So ist diese Regelung als *lex specialis* zu anderen Normen des Unionsrechts zu sehen, u.a. zu Art. 168 AEUV.<sup>70</sup> Mithin stellt Art. 122 Abs. 1 AEUV eine Kompetenzgrundlage für die Maßnahmen zur Impfstoffbeschaffung dar.

## VI. Begrenzung der Zuständigkeit durch Kompetenzausübungsregeln

Auch wenn eine Kompetenzgrundlage für unionale Maßnahmen besteht, kann die Zuständigkeit der EU durch sog. Kompetenzausübungsregeln im Einzelfall begrenzt werden. Hierzu gehört etwa das Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 Abs. 3 EUV oder der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach Art. 5 Abs. 4 AEUV. Auch europäische Grundrechte und allgemeine

<sup>58</sup> Vgl. VO (EU) 2020/251, Erwägungsgrund 2.

<sup>59</sup> Vgl. Vorschlag für Beschluss des Europäischen Parlaments und des Rates zu schwerwiegenden grenzüberschreitenden Gesundheitsbedrohungen, KOM (2011) 866 endg., 8.12.2011, 2011/0421 (COD), S. 43 f.

<sup>60</sup> Vgl. VO (EU) 2020/251, Erwägungsgrund 15.

<sup>61</sup> *Rodi*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Fn. 16), AEUV Art. 122 Rn. 5.

<sup>62</sup> Vgl. VO (EU) 2020/251, Erwägungsgründe 9 und 20.

<sup>63</sup> Vgl. KOM (2020) 245 endg., S. 3.

<sup>64</sup> Vgl. KOM (2020) 245 endg., S. 5.

<sup>65</sup> Vgl. BT (Unterabteilung Europa/Fachbereich Europa), Kurzinformation v. 7.1.2021 – PE 6 - 3000 - 001/21, S. 2 f.

<sup>66</sup> Ebd.

<sup>67</sup> Siehe oben V. II. a).

<sup>68</sup> EuGH, Urt. v. 24.10.1973 – 5/73, Rn. 15 ff.

<sup>69</sup> *Khan/Richter* (Fn. 46), AEUV Art. 122 Rn. 3.

<sup>70</sup> Vgl. BT (Unterabteilung Europa/Fachbereich Europa), Kurzinformation v. 7.1.2021 – PE 6 - 3000 - 001/21, S. 2.

Rechtsgrundsätze können zu beachten sein, wobei sie hier allerdings nicht besonders relevant sind.

### 1. Subsidiaritätsprinzip

Nach dem in Art. 5 Abs. 3 AEUV geregelten Subsidiaritätsprinzip wird die EU in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind. Das Prinzip wird durch das Protokoll (Nr. 2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit konkretisiert.<sup>71</sup>

Die Beurteilung der besseren Umsetzbarkeit auf Unionsebene kann jedoch schwierig sein, weil dies nur durch ungenaue Prognoseentscheidungen erfolgen kann.<sup>72</sup> Aufgrund dessen überlässt der Gerichtshof dem Unionsgesetzgeber eine Einschätzungsprärogative und prüft lediglich, ob dieser seine Entscheidung ausreichend begründet hat.<sup>73</sup>

Die Begründungspflicht ergibt sich aus Art. 296 Abs. 2 AEUV<sup>74</sup> und Art. 5 des Protokolls.

In seiner neueren Rechtsprechung bekräftigt der Gerichtshof zudem seine Pflicht zu prüfen, „ob der Unionsgesetzgeber aufgrund detaillierter Angaben davon ausgehen durfte, dass das mit der in Betracht gezogene Maßnahme verfolgte Ziel auf Unionsebene besser verwirklicht werden konnte“.<sup>75</sup>

Das Subsidiaritätsprinzip gilt für Art. 122 Abs. 1 AEUV, da die EU keine ausschließliche Zuständigkeit hat, sondern nur subsidiär zu den Mitgliedstaaten reagiert.<sup>76</sup>

Wegen des grenzüberschreitenden Charakters der COVID-19-Krankheit wird die Corona-Krise nach Ansicht des Gesetzgebers nicht ausreichend effektiv bekämpft, wenn einige Mitgliedstaaten im Alleingang ihre Immunisierungsprogramme durchsetzen, während andere dies nicht in dem Ausmaß schaffen.<sup>77</sup>

Insbesondere in Anbetracht der Freizügigkeitsrechte, wie des freien Waren- und Personenverkehrs innerhalb der Union, sei dies auch nicht wünschenswert. Der Binnenmarkt bewirke eine enge Verknüpfung der Volkswirtschaften der Mitglied-

staaten.<sup>78</sup> Dies führe zu einer gegenseitigen Abhängigkeit ihrer finanziellen und sozialen Lage.<sup>79</sup> Eine gemeinsame Strategie und insbesondere eine gemeinsame Impfstoffbeschaffung auf Unionsebene sei daher effektiver und erfolgversprechender.<sup>80</sup>

Zudem wird angeführt, dass eine einzige zentrale Auftragsvergabe eine Vereinfachung des Verhandlungsprozesses und somit ein kostengünstigeres und schnelleres Verfahren darstelle.<sup>81</sup>

Außerdem würde ein europäischer Ansatz auch Rivalitäten zwischen den Mitgliedstaaten verhindern und stattdessen Solidarität zwischen ihnen schaffen.<sup>82</sup> Die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten ist ein Unionsziel gem. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 EUV.<sup>83</sup>

Das Ziel der Bekämpfung der Corona-Krise kann nach dieser Begründung nicht ausreichend durch Maßnahmen der Mitgliedstaaten, sondern besser auf Unionsebene verwirklicht werden.

### 2. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Bei allen Maßnahmen der Union ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach Art. 5 Abs. 4 AEUV zu beachten. Danach dürfen die Maßnahmen inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinausgehen.

Diesem wird genüge getan, wenn die Maßnahme geeignet ist, das legitime Ziel zu erreichen, hierzu erforderlich und angemessen ist.<sup>84</sup> Die Erforderlichkeit einer Maßnahme kann bejaht werden, wenn sie das mildeste gleich effektive Mittel darstellt.<sup>85</sup> Sie ist angemessen, wenn eine Abwägung der Interessen nicht entgegensteht.<sup>86</sup>

Auch bei der Überprüfung der Einhaltung dieses Grundsatzes betont der Gerichtshof den weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraum des Unionsgesetzgebers, insbesondere in Bereichen, „in denen seine Tätigkeit sowohl politische als auch wirtschaftliche oder soziale Entscheidungen verlangt und in denen er komplexe Prüfungen und Beurteilungen vornehmen muss“.<sup>87</sup>

Es wurde bereits festgestellt, dass die Maßnahmen zur Impfstoffbeschaffung durch die Kommission im Namen der

<sup>71</sup> Protokoll (Nr. 2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, ABl. EU 2008 Nr. C 115, S. 206–209; *Craig/de Búrca*, EU Law: Text, Cases, and Materials, 7. Aufl. 2020, S. 97.

<sup>72</sup> Vgl. BT (Unterabteilung Europa/Fachbereich Europa), Ausarbeitung v. 19.2.2021 – PE 6 - 3000 - 115/20, S. 9.

<sup>73</sup> Ebd.

<sup>74</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 13.5.1997 – C-233/94 (Bundesrepublik Deutschland/Rat), EU:C:1997:231, Rn. 22 ff.

<sup>75</sup> EuGH, Urt. v. 4.5.2016 – C-547/14 (Philipp Morris), EU:C:2016:325, Rn. 218.

<sup>76</sup> Siehe oben V. II. a).

<sup>77</sup> Vgl. Empfehlung des Rates v. 7.12.2018 zur verstärkten Zusammenarbeit bei der Bekämpfung von durch Impfung vermeidbaren Krankheiten (2018/C 466/01) Erwägungsgrund Nr. 4.

<sup>78</sup> Vgl. KOM (2020) 245 endg., S. 3.

<sup>79</sup> Ebd.

<sup>80</sup> Siehe oben V. II. b).

<sup>81</sup> KOM (2020) 245 endg., S. 3.

<sup>82</sup> Ebd.

<sup>83</sup> Siehe oben V. II. a).

<sup>84</sup> *Hobe/Fremuth* (Fn. 43), Rn. 229.

<sup>85</sup> Vgl. *Haratsch/König/Pechstein*, Europarecht, 12. Aufl. 2020, Rn. 119.

<sup>86</sup> EuGH, Urt. v. 11.7.1989 – C-265/87 (Schräder), EU:C:1989:303, Rn. 21; *Haratsch/König/Pechstein* (Fn. 85), Rn. 119; vgl. auch Art. 5 des Protokolls (Nr. 2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, ABl. EU 2008 Nr. C 115, S. 206.

<sup>87</sup> EuGH, Urt. v. 8.6.2010 – C-58/08, C:2010:321, Rn. 52; BT (Unterabteilung Europa/Fachbereich Europa), Ausarbeitung v. 19.2.2021 – PE 6 - 3000 - 115/20, S. 10.

Mitgliedstaaten geeignet sind, die Corona-Krise zu bewältigen. Für die Erforderlichkeit spricht, dass die Mitgliedstaaten durch alleinige Impfstoffbeschaffungen mit bloß koordinierender Rolle der EU nicht derartig effektiv eine grenzüberschreitende Krankheit bewältigen können.<sup>88</sup> Zu fragen ist dennoch, ob es mildere, gleich effektive Alternativen in der Gestaltung des Ermächtigungsvertrags gibt, die der Kommission weniger Entscheidungsspielraum bei den Abnahmeverträgen überlassen. So könnte Art. 7 des Agreements die Mitgliedstaaten allzu sehr einschränken, weil er ihnen verbietet, eigene Verfahren für Abnahmeverträge mit denselben Herstellern zu verfolgen.

Dagegen spricht jedoch, dass es dem Solidaritätsgedanken dient, in Zeiten von Knappheit an COVID-19-Impfstoffen die gemeinsame unionale Strategie zur Beschaffung nicht mit eigenen konkurrierenden Bestrebungen zu behindern.<sup>89</sup> Weiterhin spricht gegen eine übermäßige Einschränkung, dass die Mitgliedstaaten, die hiermit nicht einverstanden sind, die Möglichkeit hatten, das Agreement nicht zu unterschreiben. Das Agreement begrenzt zudem die Einflussmöglichkeit der EU auf das geringstmögliche Maß. So schließt die Kommission die Abnahmevereinbarungen nicht selbst, sondern im Namen der Mitgliedstaaten (Art. 1 des Agreements) und die Mitgliedstaaten erhalten selbst die gelieferten Impfstoffdosen vom Hersteller und bleiben für ihre Impfstoffstrategie verantwortlich (Art. 2 und 6 Abs. 3 des Agreements).<sup>90</sup> Zudem geben die geschlossenen APA nach Art. 3 des Agreements den Mitgliedstaaten lediglich das Recht, die vereinbarten Impfstoffdosen durch entsprechende Vertragsabschlüsse zu erhalten. Sie verpflichten die Mitgliedstaaten aber nicht solche Verträge zu schließen. Die verbindlichen APA, die die Kommission nach Art. 4 des Agreements schließen kann, verpflichten die Mitgliedstaaten zwar zum Kauf, indessen besteht ein Recht zum „Opt-Out“ innerhalb von fünf Werktagen.<sup>91</sup> Nach dem „Opt-Out“ besteht nach Art. 7 Abs. 2 keine Pflicht mehr, eigene Verhandlungen mit demselben Hersteller zu unterlassen.

Somit lässt sich feststellen, dass das Agreement die Hauptverantwortung für die Impfstoffbeschaffung weiterhin bei den Mitgliedstaaten belässt. Der Kommission wurde ein zur effektiven Durchführung nötiger Entscheidungsspielraum bei den Verhandlungen und dem Abschluss von Abnahmeverträgen übertragen (Art. 6 Abs. 2 des Agreements). Ein offensichtlicher Verstoß gegen die Erforderlichkeit des Agreements liegt damit nicht vor. Entsprechend ist auch die Angemessenheit der Maßnahme zu beurteilen.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach Art. 5 Abs. 4 EUV wurde somit nicht verletzt.

## VII. Schlussbetrachtung

Die Impfstoffbeschaffungen der EU stellen sich bei näherer Betrachtung als komplexe juristische Vorgänge dar, die so-

wohl auf sekundärrechtlicher Ebene als auch auf primärrechtlicher Ebene einige Besonderheiten aufweisen.

Weiterhin zeigt das Beispiel der Impfstoffbeschaffung durch die EU stellvertretend für ihre gesamte Kompetenz der Pandemiebekämpfung, dass das „Vorurteil“, die EU habe kaum Kompetenzen im Bereich der Gesundheitspolitik, nicht zwangsläufig stimmt. Zwar hat die EU lediglich Koordinierungs- Unterstützungs- und Ergänzungskompetenzen im Bereich der Humankrankheiten, während sie eine geteilte Zuständigkeit bei für Menschen gefährlichen Tier- und Pflanzenkrankheiten hat. Allerdings wird oft dabei übersehen, dass die EU zusätzlich Kompetenzen etwa im Bereich des Katastrophen- und Zivilschutzes (Art. 196, 122 und 222 AEUV) und in der (u.a. medizinischen) Forschung (Art. 180 ff. AEUV) hat.<sup>92</sup>

<sup>88</sup> Siehe oben VI. 1.

<sup>89</sup> Siehe oben VI. 1.

<sup>90</sup> Siehe oben V. II. b).

<sup>91</sup> Siehe oben IV.

<sup>92</sup> Vgl. *Purnhagen u.a.*, EJRR 11 (2020), 297 (298, 303 ff.), die sogar von einem „Web of Competence“ sprechen; *Alemanno*, EJRR 11 (2020), 307 (312).

# Ein Vertragsrecht für das digitale Zeitalter?

## Überblick und Anmerkungen zur Umsetzung der Warenkaufrichtlinie und der Richtlinie über digitale Inhalte im BGB

Von Stud. iur. **Jan Philipp Huth**, Stud. iur. **Franziska Kühn**, PD Dr. **Daniel Könen**, LL.M. (Köln), Frankfurt (Oder)/Köln\*

- |   |
|---|
| I. Einleitung   |
| II. Abgrenzung der Anwendungsbereiche der Warenkaufrichtlinie und der Richtlinie über digitale Inhalte                      |
| III. Überblick über die wesentlichen ausbildungsrelevanten Änderungen   |
| 1. Parallele Änderungen durch die Warenkaufrichtlinie und die Richtlinie über digitale Inhalte                              |
| a) §§ 327e, 434, 475b BGB n.F. (Sach-/Produktmangel)  |
| b) §§ 327h, 476 BGB n.F. (Abweichungen von den objektiven Anforderungen bei Verbraucherverträgen)                           |
| c) §§ 327i Abs. 1 S. 2, 475 Abs. 5, 475d Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F. (Fristsetzung bei Geltendmachung von Gewährleistungsrechten) |
| d) §§ 327k, 477 BGB n.F. (Beweislastumkehr und Ausnahmen)   |
| 2. Änderungen durch die Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte  |
| a) Systematik und Begriffsbestimmungen  |
| b) § 327b BGB n.F.: Bereitstellung digitaler Produkte   |
| c) § 327c BGB n.F.: Rechte bei unterbliebener Bereitstellung  |
| d) §§ 327f, 327r BGB n.F.: Aktualisierungen und Änderungen  |
| e) § 327m BGB: Vertragsbeendigung und Schadensersatz  |
| f) § 327n BGB: Minderung  |
| g) § 327q BGB n.F.: Vertragsrechtliche Folgen datenschutzrechtlicher Erklärungen des Verbrauchers                           |
| 3. Änderungen durch die Umsetzung der Warenkaufrichtlinie   |
| a) § 439 BGB n.F.: Nacherfüllung  |
| b) § 475 BGB n.F.: Unverhältnismäßigkeit der Kosten der Nacherfüllung   |
| IV. Abschließende Stellungnahme   |

### I. Einleitung

Das Schuldrecht des BGB ist bereits heute zu einem nicht unbedeutenden Teil durch europarechtliche Vorgaben ge-

\* *Jan Philipp Huth* ist Stud. Hilfskraft am Lehrstuhl für Völkerrecht, Ostrecht und Rechtsvergleichung (Prof. Dr. *Carmen Thiele*) an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder). *Franziska Kühn* studiert Rechtswissenschaften an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder). *Dr. Daniel Könen*, LL.M. (Köln) ist Privatdozent am Institut für Europäisches Wirtschaftsrecht an der Universität zu Köln.

prägt.<sup>1</sup> Der Ursprung dieser Entwicklung kann in den – in der beabsichtigten Form nicht umgesetzten – Überlegungen zu einem Europäischen Privatrecht, die 2009 in den „Draft Common Frame of Reference“ mündeten, sowie anschließend einem enger gefassten Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht<sup>2</sup> gesehen werden.<sup>3</sup> Die Warenkaufrichtlinie<sup>4</sup> (im Folgenden: WKRL) sowie die Digitale-Inhalte-Richtlinie<sup>5</sup> (im Folgenden: DIDRL) sind die jüngsten Entwicklungen in diesem Prozess und wurden für Deutschland jeweils mit Gesetz vom 25.6.2021 umgesetzt.<sup>6</sup> Die Richtlinien sollen einen Ausgleich zwischen einem hohen Verbraucherschutzniveau, dem im Recht der Europäischen Union eine herausgehobene Stellung zukommt,<sup>7</sup> und den notwendigen Anpassungen an die fortschreitende Digitalisierung und Vernetzung herstellen.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> Zur Europäisierung des Privatrechts instruktiv *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 80. Aufl. 2021, Einl. Rn. 30 ff.; *Prütting*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2020, Einl. Rn. 28 ff.; *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 16. Aufl. 2021, S. 5 ff.

<sup>2</sup> Vorschlag für eine VO des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM/2011/0635, abrufbar unter <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/de/TXT/?uri=CELEX%3A52011PC0635> (10.11.2021).

<sup>3</sup> Kritisch zum Entwicklungsprozess *Bach*, NJW 2019, 1705 (1711).

<sup>4</sup> RL 2019/771/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der VO 2017/2394/EU und der RL 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der RL 1999/44/EG, ABl. EU 1999 Nr. L 136/28 v. 22.5.2019, abrufbar unter <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0771> (10.11.2021).

<sup>5</sup> RL 2019/770/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. EU 2019 Nr. L 136/1 v. 22.5.2019, abrufbar unter <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/DE/TXT/?uri=CELEX:32019L0770> (10.11.2021).

<sup>6</sup> Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen v. 25.6.2021, BGBl. I 2021, S. 2123 ff. (Nr. 37 v. 30.6.2021); Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags v. 25.6.2021, BGBl. I 2021, S. 2133 ff. (Nr. 37 v. 30.6.2021).

<sup>7</sup> Zum Verbraucherschutz im AEUV vgl. *Schmidt-Kessel*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), EUV/AEUV, 2017, AEUV Art. 12 Rn. 1 ff.

<sup>8</sup> Erwägungsgrund (i.F.: EwG.) 1 und 2 DIDRL; EwG. 1 und 2 WKRL; *Staudenmayer* setzt die Digitalisierung hinsichtlich

Im Gegensatz zur Verbrauchsgüterkauf-RL<sup>9</sup>, die noch eine Mindestharmonisierung vorsah,<sup>10</sup> ergibt sich aus Art. 4 WKRL und Art. 4 DIDRL, dass diese vollharmonisierend<sup>11</sup> sind. Die nunmehr gesetzlich beschlossenen Änderungen werden zum 1.1.2022 in Kraft treten und nach Art. 229 §§ 57, 58 EGBGB auf Verträge anwendbar sein, die ab diesem Tag geschlossen werden.

Mit der Richtlinienumsetzung ist der in der Literatur überaus kontrovers geführte Streit, welche im Bürgerlichen Gesetzbuch bereits kodifizierten Vertragstypen auf die verschiedenen Formen digital geprägter Schuldverhältnisse anzuwenden seien, im Wesentlichen hinfällig,<sup>12</sup> jedoch bringen die Neuregelungen zahlreiche bislang ungeklärte dogmatische Schwierigkeiten mit sich.

## II. Abgrenzung der Anwendungsbereiche der Warenkaufrichtlinie und der Richtlinie über digitale Inhalte

Bereits heute ist umstritten, wie die Abgrenzung der Anwendungsbereiche von WKRL und DIDRL im Einzelnen zu erfolgen hat. Unbestritten und auch aus dem Wortlaut der §§ 327, 327a, 475b BGB n.F. ersichtlich ist jedoch immerhin, dass Überschneidungen der Anwendungsbereiche nicht vorgesehen sind.<sup>13</sup> Gemein ist beiden Richtlinien, dass sie sich auf die Regelung von B2C<sup>14</sup>-Verträgen beschränken. Im Gegensatz zur in den §§ 434 ff. BGB n.F. umgesetzten WKRL, die Kauf und Werklieferung beweglicher Sachen erfasst, ist die in den §§ 327 ff. BGB n.F. umgesetzte DIDRL jedoch nicht auf bestimmte Vertragstypen festgelegt, sondern setzt lediglich die Entgeltlichkeit des Vertrages voraus.<sup>15</sup> Darüber hinaus ist der Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB n.F. gem. § 327 Abs. 3 Hs. 1 BGB n.F. auch dann eröffnet, wenn die Hauptleistungspflicht des Verbrauchers in der Bereitstellung personenbezogener Daten i.S.d. Art. 4 Nr. 1 Datenschutz-Grundverordnung<sup>16</sup> (im Folgenden: DS-GVO) liegt.

ihrer Auswirkungen gar mit der Erfindung der Dampfmaschine durch *James Watt* gleich, siehe *Staudenmayer*, ZEuP 2019, 663.

<sup>9</sup> RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EU 1999 Nr. L 171/12 v. 7.7.1999, abrufbar unter <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/DE/ALL/?uri=CELEX%3A31999L0044> (10.11.2021).

<sup>10</sup> Art. 1 Abs. 1 RL 1999/44/EG.

<sup>11</sup> Zu den Begriffen der Mindest- und Vollharmonisierung *Terhechte*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), EUV/AEU, 2017, AEUV Art. 114 Rn. 15 ff.

<sup>12</sup> Für eine Übersicht siehe *Metzger*, JZ 2019, 577 (578) m.w.N.

<sup>13</sup> Dazu auch *Tonner*, VuR 2019, 363 (367).

<sup>14</sup> Business-to-Consumer.

<sup>15</sup> Zur digitalen Darstellung eines Werts, die nach § 327 Abs. 1 BGB n.F. ebenfalls entgeltliche Gegenleistung eines Vertrages sein kann, zählen nach EwG. 23 DIDRL auch Kryptowährungen.

<sup>16</sup> VO 2016/679/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der

Eine Ausnahme sieht § 327 Abs. 3 Hs. 2 BGB n.F. i.V.m. § 312 Abs. 1a BGB n.F. für den Fall vor, dass die Verarbeitung der personenbezogenen Daten lediglich der Erfüllung der Leistungspflicht oder sonstiger rechtlicher Verpflichtungen des Unternehmers dient.<sup>17</sup>

Die Abgrenzung der Anwendungsbereiche kann durchaus praktische Bedeutung entfalten. Dies zeigt sich bereits daran, dass in den §§ 475b f. BGB n.F. eine Regelung zur Nutzung der durch den Verbraucher bereitgestellten oder erstellten Inhalte wie in § 327p BGB n.F. fehlt. Auch wird zwar die Aktualisierung der Ware mit digitalen Elementen objektive Anforderung nach § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB n.F., Änderungen des digitalen Produktbestandteils wurden jedoch anders als in § 327r BGB n.F. nicht eigens geregelt.

Aus der Richtlinienumsetzung ergeben sich im Ergebnis drei verschiedene Vertragskategorien, die hinsichtlich ihres materiell-rechtlichen Umfangs und des auf sie anwendbaren Regelungsregimes voneinander zu unterscheiden sind. Zunächst regelt § 327a Abs. 1 BGB n.F. den Paketvertrag, der neben der Bereitstellung digitaler Produkte auch zur Bereitstellung anderer Sachen oder Dienstleistungen verpflichtet. Die §§ 327 ff. BGB n.F. sind auf seine digitalen Elemente anwendbar. Dies gilt auch für Verträge über Sachen, die digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, § 327a Abs. 2 BGB n.F. Davon abzugrenzen sind jedoch Verträge über Waren mit digitalen Elementen nach § 327a Abs. 3 BGB n.F., die dadurch gekennzeichnet sind, dass die Waren ihre Funktionen ohne das ebenfalls vertragsgegenständliche digitale Produkt nicht erfüllen können. Sofern sich der Unternehmer in diesem Fall verpflichtet, die digitalen Elemente selbst oder durch einen Dritten bereitzustellen (was nach § 327a Abs. 3 S. 2 BGB n.F. im Zweifelsfall vermutet wird), gelten nicht die §§ 327 ff. BGB n.F., sondern § 475b BGB n.F.

Die genaue Abgrenzung kann im Einzelfall schwierig sein. In der Literatur werden bisweilen Smart-TVs mit vorinstallierten Anwendungen als Musterbeispiel für Waren mit digitalen Elementen benannt.<sup>18</sup> Dies mag in den meisten Fällen zutreffend sein, allerdings ist der hierbei regelmäßig vorgenommene Verweis auf EwG. 21 DIDRL insofern weder notwendig noch völlig zutreffend, als dass der EwG. sich mit Smart-TVs lediglich im Zusammenhang mit der Vermutungswirkung nach § 327a Abs. 3 S. 2 BGB n.F. auseinandersetzt und es im Ergebnis stets auf eine Betrachtung des konkret in Rede stehenden Produktes und dem Grad seiner funktionellen Abhängigkeit von digitalen Elementen ankommt.

Interessante Abgrenzungsfragen dürften sich im Hinblick auf Navigationssysteme in Fahrzeugen ergeben. Je nach Ver-

Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der RL 95/46/EG, ABl. EU 1995 Nr. L 119/1, abrufbar unter <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679> (13.7.2021).

<sup>17</sup> Dies dürfte Datenverarbeitungen auf Grundlage von Art. 6 Abs. 1 lit. b, lit. c DS-GVO entsprechen.

<sup>18</sup> *Kupfer/Weiß*, VuR 2020, 95; *Gsell*, ZUM 2018, 75 (76); *Kühner/Piltz*, CR 2021, 1 (3).

trags- und Produktgestaltung dürfte es sich heute noch um Paketverträge nach § 327a Abs. 1 BGB n.F. oder um Verträge i.S.d. § 327a Abs. 2 BGB n.F. handeln. In beiden Fällen wären auf die digitalen Elemente die §§ 327 ff. BGB n.F. anwendbar. Mit zunehmender Automatisierung ist es jedoch durchaus vorstellbar, dass Fahrzeuge ab einem gewissen Stand der technologischen Entwicklung ihre Funktionen nicht mehr ohne ein digitales Navigationssystem erfüllen können, sodass § 327a Abs. 3 BGB n.F. und damit Kaufrecht einschlägig wäre.

### III. Überblick über die wesentlichen Änderungen im Zuge der Richtlinienumsetzung

#### 1. Parallele Änderungen durch die Warenkaufrichtlinie und die Richtlinie über digitale Inhalte

##### a) §§ 327e, 434, 475b BGB n.F. (Sach-/Produktmangel)

Eine der augenfälligsten Änderungen ergibt sich aus der Neufassung des Mangelbegriffs sowohl beim Kaufvertrag (auch einer Ware mit digitalen Elementen) als auch bei Verträgen über digitale Produkte und Dienstleistungen. Während § 434 Abs. 1 BGB bisher von einem subjektiven Fehlerbegriff ausging, der lediglich sekundär auf objektive Kriterien zurückgriff,<sup>19</sup> so wird in §§ 327e, 434, 475b BGB n.F. eine Gleichrangigkeit subjektiver und objektiver Anforderungen vollzogen. Diese Neufassung erfolgte in Umsetzung der Art. 5 ff. WKRL, Art. 6 ff. DIDRL, deren Wortlaut eine solche Gleichrangigkeit zwingend erforderlich macht.

Im Zusammenhang mit diesen Bestimmungen ist zunächst auf das im Vergleich zur geltenden Rechtslage neu hinzutretende Merkmal der Haltbarkeit einzugehen. Nach § 434 Abs. 3 S. 2 BGB n.F., der über den Verweis in § 475b Abs. 4 Nr. 1 BGB n.F. auch für Waren mit digitalen Elementen gilt, unterfällt die Haltbarkeit der üblichen Beschaffenheit nach § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB n.F. und wird damit im Rahmen der objektiven Anforderungen geschuldet. Ausweislich EWG. 32 WKRL soll die Anforderung an das Produkt, erforderliche Funktionen und Leistung bei normaler Verwendung zu behalten, der Nachhaltigkeit dienen. Von besonderem Interesse wird sein, ob sich daraus eine gesetzliche Haltbarkeitsgarantie ergibt. Der Regierungsentwurf macht deutlich, dass dies durch den Gesetzgeber nicht beabsichtigt war,<sup>20</sup> in der Literatur wird unbeschadet dessen verschiedentlich eine solche Haltbarkeitsgarantie angenommen.<sup>21</sup> Zwar ist der Einwand, das Merkmal der Haltbarkeit erlange durch die Ablehnung der Garantie insbesondere unter Nachhaltigkeitsaspekten eine nur untergeordnete Bedeutung,<sup>22</sup> nicht von der Hand zu weisen. Doch ist § 434 BGB n.F. – und dies spricht entscheidend

gegen eine Haltbarkeitsgarantie – insofern unverändert, als dass für das Vorliegen der Anforderungen an die Kaufsache wie unter der derzeitigen Rechtslage der Zeitpunkt des Gefahrübergangs maßgeblich ist. Darüber hinaus verbleibt entgegen anderslautenden Stimmen<sup>23</sup> ein Anwendungsbereich für Fälle der geplanten Obsoleszenz, da eine solche wohl regelmäßig dazu führen würde, dass das Merkmal der Haltbarkeit bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs nicht vorlag.

Anders als § 434 Abs. 3 BGB a.F., der die Lieferung einer „zu geringen Menge“ dem Sachmangel gleichstellt, ist die Menge bei §§ 327e Abs. 2 Nr. 1 lit. a, Abs. 3 Nr. 2, 434 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 2 BGB n.F. sowohl subjektive als auch objektive Anforderung. Hier wird diskutiert, ob damit die bisherige Differenzierung zwischen offener und verdeckter Mankolieferung<sup>24</sup> obsolet wird.<sup>25</sup> Dies begegnet jedoch ernstzunehmenden Bedenken, handelt es sich doch bei der offenen Mankolieferung systematisch um eine Teil- und nicht um eine Schlechtleistung.<sup>26</sup> Dies ist für den Verbraucher auch keineswegs nachteilig, da es insofern bei der Rechtsfolge des § 266 BGB bleibt und er die Teilleistung ablehnen kann.

Der Übersichtlichkeit halber sei angemerkt, dass die in § 434 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 2 BGB n.F. verwendeten digital-spezifischen Begriffe der *Funktionalität*, *Kompatibilität* und *Interoperabilität* in § 327e Abs. 2 BGB n.F. legaldefiniert werden.

##### b) §§ 327h, 476 BGB n.F. (Abweichungen von den objektiven Anforderungen bei Verbraucherverträgen)

Unbeschadet dessen sind jedoch – und der Grundsatz der Privatautonomie<sup>27</sup> ließe dies wohl auch kaum anders zu – weiterhin vertragliche Abreden möglich, die ein Abweichen von objektiven Anforderungen ermöglichen. Diese unterliegen im B2B<sup>28</sup>-Bereich auch keinen besonderen Hürden, anders dagegen zukünftig bei B2C-Verträgen. Um im Rahmen von Verbraucherverträgen von den objektiven Anforderungen abweichen zu dürfen, sind zukünftig die Voraussetzungen der §§ 327h, 476 Abs. 1 BGB n.F. zu beachten. Danach muss der Verbraucher von einer solchen Abweichung noch vor Abgabe seiner Vertragserklärung gesondert in Kenntnis gesetzt werden und dieser Abweichung auch ausdrücklich zustimmen. Aus einem Umkehrschluss aus § 327e Abs. 3 Nr. 6 BGB n.F.,

<sup>23</sup> Schrader, NZV 2021, 67.

<sup>24</sup> Vgl. grundlegend zur bisherigen Rechtslage Faust, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 59, Stand: 1.5.2021, § 434 Rn. 116.

<sup>25</sup> So jedenfalls ausdrücklich RegE RL 2019/770/EU, S. 62; im Regierungsentwurf zur Umsetzung der WKRL fehlt ein entsprechender Hinweis; dafür Rosenkranz, ZUM 2021, 195 (206).

<sup>26</sup> Kupfer/Weiß, ZVertriebsR 2021, 21 (22); so auch zur bisherigen Rechtslage Westermann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 434 Rn. 47.

<sup>27</sup> Instruktiv zum Grundsatz der Privatautonomie Paulus/Zenker, JuS 2001, 1.

<sup>28</sup> Business-to-Business.

<sup>19</sup> Weidenkaff, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 80. Aufl. 2021, § 434 Rn. 1; Kupfer/Weiß, VuR 2020, 95 (97).

<sup>20</sup> RegE RL 2019/771/EU, S. 23; gegen die Annahme einer gesetzlichen Haltbarkeitsgarantie auch Staudenmayer, NJW 2019, 2889 (2890); Schrader, NVZ 2021, 67 (68).

<sup>21</sup> Bach, NJW 2019, 1705 (1707); Kupfer/Weiß, VuR 2020, 95 (97).

<sup>22</sup> Eingehend hierzu Kupfer/Weiß, ZVertriebsR 2021, 21 (22 f.).

der nicht den Anforderungen des § 327h BGB n.F. unterliegt und lediglich verlangt, dass die Parteien „nichts anderes vereinbart haben“, ergibt sich, dass §§ 327h, 476 Abs. 1 BGB n.F. Hürden aufstellen, die spürbar über eine einfache vertragliche Abrede hinausgehen. Damit sollen etwa eine Abweichung über den Weg der Allgemeinen Geschäftsbedingungen<sup>29</sup> oder durch eine konkludente negative Beschaffensvereinbarung<sup>30</sup> etwa durch besondere Hervorhebung der subjektiv vereinbarten Merkmale nicht zulässig sein. Dazu kommt nach EWG. 49 DIDRL die Notwendigkeit eines „aktiven und eindeutigen Verhaltens“ auf Verbraucherseite, das für auf digitalem Wege abgegebenen Willenserklärungen etwa im Anklicken eines nicht vorangekreuzten Buttons<sup>31</sup> oder ähnlichem liegen könnte. Ob damit bei mehreren Abweichungen mehrere ausdrückliche und gesonderte Vereinbarungen notwendig sind, wird letztendlich auch davon abhängen, inwieweit die Abweichungen miteinander verbunden sind. Als Grundsatz wäre es jedoch durchaus im Einklang mit dem Zweck der Norm, durch vor Vertragsschluss eingreifende Warnemente ein hohes Verbraucherschutzniveau herzustellen.

Die praktische Anwendung der §§ 327h, 476 Abs. 1 BGB n.F. dürfte für die betroffenen Unternehmen zu erheblichen Schwierigkeiten und möglicherweise einer gewissen Rechtsunsicherheit führen, jedenfalls solange sich in der Rechtsprechung noch kein genaues Bild hinsichtlich der Unternehmerpflichten im Zusammenhang mit diesen Vorschriften abzeichnet. Dies gilt bei Stückschulden im Vergleich zu Gattungsschulden noch in verstärkter Weise.<sup>32</sup> Hier ist im Ergebnis fraglich, ob die Regelung in der praktischen Durchführung tatsächlich zu einer Verbesserung der Verbraucherstellung führen wird, denn es erscheint jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen, dass Unternehmen sich etwa in Form höherer Preise gegen mögliche und im Vergleich zur jetzigen Situation vergleichsweise unwägbare Schadensersatzrisiken absichern werden.<sup>33</sup>

c) §§ 327l Abs. 1 S. 2, 475 Abs. 5, 475d Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F. (Fristsetzung bei Geltendmachung von Gewährleistungsrechten)

Für die Geltendmachung eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung oder die Ausübung des Rücktrittsrechts ist es nach den §§ 281 Abs. 1 S. 1, 323 Abs. 1 BGB grundsätzlich erforderlich, dass der Gläubiger dem Schuldner eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung gesetzt hat. Dies soll sich jedenfalls für Verbraucherverträge ändern: Nach den §§ 327l Abs. 1 S. 2, 475 Abs. 5, 475d Abs. 1 Nr. 1 BGB

n.F. soll zukünftig bereits die Mitteilung des Mangels an den Unternehmer eine angemessene Frist in Gang setzen.

Aus EWG. 55 WKRL ergibt sich, dass die Angemessenheit der Frist objektiv unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu bestimmen ist, wobei den Mitgliedstaaten ausdrücklich ein Ausgestaltungsspielraum bleiben soll. Diese Regelung vereinfacht die Vorgehensweise für Verbraucher an einem entscheidenden Punkt und trägt so zur Rechtssicherheit bei. Jedoch dürfen die praktischen Auswirkungen auch nicht überschätzt werden, denn bereits zur derzeitigen Rechtslage ist nach Ansicht der Rechtsprechung keine Benennung eines ausdrücklichen Fristzeitraums mehr, sondern lediglich ein ausdrückliches, ernsthaftes Leistungsverlangen erforderlich,<sup>34</sup> aus dem allerdings eine zeitliche Begrenztheit der Möglichkeit zur Leistung oder Nacherfüllung hervorgehen muss.<sup>35</sup>

Einzugehen ist zudem auf den Ausschlussgrund der „unverhältnismäßigen Kosten“ nach § 327l Abs. 2 BGB n.F., der strukturell an § 439 Abs. 4 S. 1 BGB angelehnt ist. Anders als § 439 BGB sieht § 327l BGB n.F. nur eine Art der Nacherfüllung, die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes, vor, sodass stets nur eine absolute Unverhältnismäßigkeit in Betracht kommt. Ab welchem Grad des Missverhältnisses eine absolute Unverhältnismäßigkeit vorliegt, ist i.R.v. § 439 BGB umstritten.<sup>36</sup> Der BGH nimmt sie an, wenn die Kosten der Nacherfüllung 150 % des Werts der mangelfreien Sache oder 200 % des mangelbedingten Minderwerts übersteigen.<sup>37</sup> Es ist jedoch stets eine Betrachtung des Einzelfalles unter Einbeziehung aller Umstände erforderlich.<sup>38</sup>

d) §§ 327k, 477 BGB n.F. (Beweislastumkehr und Ausnahmen)

Die §§ 327k Abs. 1, 477 BGB n.F. stellen zugunsten des Verbrauchers die Vermutung auf, ein Mangel des Vertragsgegenstandes habe bereits bei Bereitstellung vorgelegen, sofern sich dieser innerhalb eines Jahres nach der Bereitstellung zeigt. Im Vergleich zu § 477 BGB in der derzeitigen Fassung wird lediglich der Zeitraum der Beweislastumkehr von sechs Monaten auf ein Jahr erhöht.

Das genaue Verständnis des § 477 BGB war früher umstritten. Insbesondere ging der BGH zunächst davon aus, der Verkäufer einer Sache könne sich damit entlasten, dass der konkrete Mangel im Zeitpunkt des Gefahrübergangs noch nicht vorgelegen habe.<sup>39</sup> Seit dem Urteil des EuGH in der

<sup>29</sup> So auch Kupfer/Weiß, ZVertriebsR 2021, 21 (24); Schrader, NZV 2021, 67 (68); Spindler, MMR 2021, 451 (456).

<sup>30</sup> Kupfer/Weiß, ZVertriebsR 2021, 21 (24).

<sup>31</sup> EWG. 49 DIDRL; dazu auch Staudenmayer, ZEuP 2019, 663 (679).

<sup>32</sup> Kupfer/Weiß, ZVertriebsR 2021, 21 (24).

<sup>33</sup> Kritisch dazu auch Kumkar, ZfPW 2020, 306 (312); für eine Beibehaltung der Subsidiarität des objektiven Mangelbegriffs bereits früh Riehm/Abold, ZUM 2018, 82 (86).

<sup>34</sup> BGH, Urt. v. 18.3.2015 – VIII ZR 176/14, Rn. 11; Bach, NJW 2019, 1705 (1709).

<sup>35</sup> BGH, Versäumnisurt. v. 12.8.2009 – VIII ZR 254/08, Rn. 10 f. (juris).

<sup>36</sup> Einzelnachweise auch zur Literatur Faust (Fn. 24), § 439 Rn. 65.1 f.

<sup>37</sup> BGH, EuGH-Vorl. v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, Rn. 14 f. (juris); BGH, Urt. v. 4.4.2014 – V ZR 275/12 = BGHZ 200, 350 Rn. 41.

<sup>38</sup> Westermann (Fn. 26), § 439 Rn. 27.

<sup>39</sup> BGH, Urt. v. 2.6.2004 – VIII ZR 329/03 = BGHZ 159, 215 Rn. 11 f. (juris); BGH, Urt. v. 14.9.2005 – VIII ZR 363/04, Rn. 24 ff. (juris); BGH, Urt. v. 15.1.2014 – VIII ZR 70/13 = BGHZ 200, 1 Rn. 20 f.



Rechtssache *Faber*<sup>40</sup> ist § 477 BGB richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass dem Verbraucher die Vermutungswirkung bereits zugutekommt, sofern er innerhalb der Frist irgendeine Vertragswidrigkeit nachweist.<sup>41</sup> Die Ratio der Entscheidung ist auf § 327k BGB n.F. entsprechend anwendbar.

§ 327k Abs. 3 BGB n.F. benennt Ausschlussstatbestände, bei denen die Vermutung der § 327k Abs. 1, Abs. 2 BGB n.F. keine Anwendung findet. § 327k Abs. 3 Nr. 1, 2 BGB n.F. stellt dabei auf die Kompatibilität (§ 327e Abs. 2 S. 3 BGB n.F.) der digitalen Umgebung (§ 327e Abs. 4 S. 3 BGB n.F.) sowie auf das Unterlassen etwaiger Mitwirkungshandlungen aufseiten des Verbrauchers ab. Auf den Entfall der Beweislastumkehr – und damit auf die übliche Beweislastverteilung – kann sich der Unternehmer jedoch nur dann berufen, wenn er die besonderen Anforderungen des § 327k Abs. 4 BGB n.F. beachtet hat. Im Ergebnis führt dies zu einer Aufklärungsobliegenheit hinsichtlich der Umstände, unter denen die Beweislastumkehr nicht gilt.

Als problematisch könnte sich in der praktischen Anwendung § 327k Abs. 3 Nr. 2 BGB n.F. erweisen. Hiernach gilt die Vermutung zugunsten des Verbrauchers bereits dann nicht, wenn der Verbraucher eine Mitwirkungshandlung nicht vorgenommen hat, für die der Unternehmer ein technisches Mittel einsetzen wollte, das für den Verbraucher den „geringsten Eingriff“ dargestellt hätte und der Unternehmer den Verbraucher nach § 327k Abs. 4 Nr. 2 BGB n.F. über eine dementsprechende Mitwirkungsobliegenheit aufgeklärt hat.

Der Wortlaut kann sinnvollerweise zunächst nur dahingehend verstanden werden, dass es sich im Vergleich mit anderen geeigneten Mitteln um dasjenige handeln müsste, das im Vergleich zu ebenjenen den geringsten Eingriff aufseiten des Verbrauchers hervorrufen würde. Es handelt sich somit lediglich um eine relative Bestimmung der Eingriffstiefe, die jedoch – auch wenn dies aus dem Umsetzungsgesetz nicht unmittelbar hervorgeht – durch die EwG. 37–39 sowie Art. 3 Abs. 8 DIDRL insofern begrenzt wird, als dass die DIDRL die datenschutzrechtlichen Anforderungen durch die DSGVO unberührt lässt. Auch spricht die Regierungsbegründung davon, dass der Einsatz eines technischen Mittels insbesondere mit Blick auf datenschutzrechtliche Aspekte im Einzelfall „unzumutbar“ sein könnte<sup>42</sup>. Eine Klarstellung im Gesetzestext wäre hier jedoch im Sinne der Rechtsklarheit wünschenswert gewesen.<sup>43</sup>

Aus dem Wortlaut des Gesetzestextes ergibt sich noch nicht unmittelbar, ob es bei der Konkretisierung dieser Mittel auf die Möglichkeiten des konkret in Rede stehenden oder abstrakt auf die eines durchschnittlichen, im jeweiligen Geschäftsfeld tätigen Unternehmers ankommt. Für letzteres spricht jedoch unter Berücksichtigung des Verbraucherschüt-

zenden Charakters der Richtlinie, dass der im Hinblick auf den Schutz der Sphäre seiner Vertragspartner nachlässige Unternehmer andernfalls unangemessen privilegiert werden könnte.

## 2. Änderungen durch die Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte

### a) Systematik und Begriffsbestimmungen

Die Umsetzung der DIDRL erfolgt ganz überwiegend durch einen nach § 326 BGB neu einzufügenden Titel.<sup>44</sup> Darüber hinaus sind an verschiedenen anderen Stellen im Bürgerlichen Gesetzbuch Anpassungen notwendig. Der neue Titel 2a im Anschluss an § 326 BGB (§§ 327 bis 327u BGB n.F.) ist nochmals unterteilt in zwei Untertitel, die sich mit Verträgen über digitale Produkte zwischen Verbrauchern und Unternehmern (§§ 327–327s BGB n.F.) und solchen, bei denen beide Vertragsparteien Unternehmer sind (§§ 327t, 327u BGB n.F.), befassen.

Der Begriff des „digitalen Produkts“ umfasst gem. § 327 Abs. 1 BGB n.F. sowohl digitale Inhalte als auch digitale Dienstleistungen. Die Begriffe werden durch § 327 Abs. 2 BGB n.F. legaldefiniert. Hierbei dürfte es in vielen Fällen zu Überschneidungen kommen sowie zu Verträgen, die beide Erscheinungsformen zum Inhalt haben. Eine trennscharfe Differenzierung ist jedoch nur von untergeordneter praktischer Bedeutung, vielmehr wird hier der „entwicklungsoffene“<sup>45</sup> Charakter der Richtlinie und ihrer Umsetzung deutlich.<sup>46</sup>

Der Begriff der Spezifikationen gem. § 327 Abs. 4 BGB n.F. ist in Zusammenschau mit EwG. 26 DIDRL auszulegen, der beispielhaft „maßgeschneiderte digitale Inhalte“ benennt. In diesem Bereich soll unter der bisherigen Rechtslage Werkvertragsrecht anwendbar sein.<sup>47</sup> Unter den Ausnahmetatbeständen des § 327 Abs. 6 BGB n.F. sind insbesondere die Abgrenzung zu solchen Verträgen, bei denen digitale Mittel lediglich der Übermittlung der eigentlich geschuldeten Leistung dienen (§ 327 Abs. 6 Nr. 1 BGB n.F.) sowie die Ausnahme quelloffener Software (§ 327 Abs. 6 Nr. 6 BGB n.F.) hervorzuheben.

### b) § 327b BGB n.F.: Bereitstellung digitaler Produkte

Die *Bereitstellung* des digitalen Produkts stellt die zentrale Leistungspflicht des Unternehmers im Rahmen eines Vertrages i.S.d. §§ 327 ff. BGB n.F. dar. Zwar differenziert § 327b Abs. 2, Abs. 3 BGB zwischen digitalen Inhalten und Dienstleistungen, doch muss der Vertragsgegenstand dem Verbraucher in beiden Fällen, unter Umständen mittels einer *durch den Verbraucher bestimmten Einrichtung*, zugänglich gemacht werden, sodass die praktischen Auswirkungen gering bleiben dürften.

<sup>40</sup> EuGH, Urt. v. 4.6.2015 – C-497/13 (*Faber*), Rn. 66 ff. = NJW 2015, 2237.

<sup>41</sup> BGH, Urt. v. 12.10.2016 – VIII ZR 103/15 = BGHZ 212, 224 Rn. 35 (juris); BGH, Urt. v. 27.5.2020 – VIII ZR 315/18 = BGHZ 226, 1 Rn. 54 ff.

<sup>42</sup> RegE RL 2019/770/EU, S. 75.

<sup>43</sup> Zu weiterführenden datenschutzrechtlichen Problemen m.w.N. *Staudenmayer*, ZEuP 2019, 663 (676).

<sup>44</sup> Zur zeitweise diskutierten Variante einer punktuellen Umsetzung *Metzger*, JZ 2019, 577 (586) m.w.N.

<sup>45</sup> RegE RL 2019/770/EU, S. 41, 43.

<sup>46</sup> Dazu *Kumkar*, ZfPW 2020, 306 (309).

<sup>47</sup> *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 631 Rn. 142 m.w.N.

Als *Einrichtung* i.S.d. § 327b Abs. 3, Abs. 4 BGB n.F. nennt EWG. 41 DIDRL beispielhaft Cloud-Dienste und weist zugleich darauf hin, dass diese dann nicht als durch den Verbraucher *bestimmt* anzusehen sind, wenn sie unmittelbar mit dem Unternehmer verbunden sind oder wenn der Unternehmer die Auswahl auf eine bestimmte Einrichtung beschränkt hatte. Die Regierungsbegründung erwähnt dies nicht ausdrücklich, jedoch kann sich schon aus dem verbraucher-schützenden Grundansatz der DIDRL und damit auch aus Sinn und Zweck der Norm nur schwerlich etwas anderes ergeben. Schließlich greift auch ein Vergleich mit dem strukturell ähnlichen § 447 Abs. 1 BGB – digitale Einrichtung im Falle des § 327b Abs. 3, Abs. 4 BGB n.F., zur Ausführung der Versendung bestimmte Person in § 447 Abs. 1 BGB – nicht, denn anders als § 447 Abs. 1 BGB setzt § 327b Abs. 3, Abs. 4 BGB n.F. bereits nach seinem Wortlaut eine Bestimmung durch den Leistungsempfänger voraus.

*c) § 327c BGB n.F.: Rechte bei unterbliebener Bereitstellung*

Nach § 327c Abs. 1 BGB n.F. kann der Verbraucher den Vertrag beenden, sofern der Unternehmer das digitale Produkt auch nach Aufforderung durch den Verbraucher nicht unverzüglich bereitgestellt hat. Die Vorschrift orientiert sich an bereits bekannten Strukturen des Leistungsstörungenrechts, etwa im Hinblick auf die teilweise Entbehrlichkeit der Aufforderung nach § 327c Abs. 3 BGB n.F. in Parallelität zu § 323 Abs. 2, Abs. 4 BGB, und bezieht sich über eine Rechtsgrundverweisung<sup>48</sup> auf die §§ 280, 281 Abs. 1 S. 1, 284 BGB.

Der Regierungsbegründung lässt sich entnehmen, dass der Schadensersatzanspruch an keine weiteren als die Vorschriften geknüpft werden soll, auf die § 327c Abs. 2 BGB n.F. ausdrücklich verweist.<sup>49</sup> Im Zusammenhang mit kurzfristigen Unterbrechungen bei Verpflichtungen zur dauerhaften Bereitstellung ist das insofern von Bedeutung, als dass nach dem Wortlaut das Erheblichkeitserfordernis nach § 281 Abs. 1 S. 3 BGB nicht erfasst wäre.<sup>50</sup> Dies stünde jedoch im Widerspruch zu EWG. 51 DIDRL, der eine solche Erheblichkeit fordert. Denkbar wäre es, den Verweis auf § 281 Abs. 1 S. 1 BGB lediglich als Ausklammerung der Teilleistungen nach § 281 Abs. 1 S. 2 BGB (Produktmangel i.S.d. §§ 327d ff. BGB n.F., vgl. Art. 7a, 8 Abs. 1 lit. b DIDRL) sowie den durch § 327c Abs. 2 BGB n.F. modifizierten § 281 Abs. 2 BGB zu verstehen. Sofern man dagegen eine Ausklammerung auch des § 281 Abs. 1 S. 3 BGB annimmt, bliebe lediglich die Möglichkeit, die Erheblichkeit als ungeschriebenes Merkmal aus der Zielsetzung der Richtlinie abzuleiten, die nach EWG. 1 DIDRL neben dem Verbraucherschutz auch der Förderung des grenzüberschreitenden Handels und der Entfaltung des damit verbundenen unternehmerischen Potentials dient. Bei Annahme einer Erheblichkeitsschwelle wäre diese freilich zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen auch auf die Vertragsbeendigung nach § 327c Abs. 1 BGB n.F. zu erstrecken. Eine Einordnung der kurzfristigen Unterbrechung als

Sachmangel i.S.d. § 327e BGB n.F. kann dagegen nicht überzeugen, da bei Unterbleiben der vertraglich geschuldeten Bereitstellung – auch temporär – das digitale Produkt aus Sicht des Verbrauchers für den Zeitraum der Unterbrechung schon gar nicht vorliegt und daher auch nicht sinnvoll an den Maßstäben des § 327e BGB n.F. gemessen werden kann.<sup>51</sup>

*d) §§ 327f, 327r BGB n.F.: Aktualisierungen und Änderungen*

Rasche technologische Weiterentwicklungen und damit auch ein hoher Anpassungsbedarf bei bereits bestehender digitaler Infrastruktur sind prägend für das Zeitalter der Digitalisierung. Dieser Umstand findet in den §§ 327f, 327r BGB n.F. seinen Niederschlag, die Aktualisierungen und Änderungen digitaler Produkte und Dienstleistungen für den Zeitraum nach Vertragsschluss regeln.<sup>52</sup>

Als praktisch bedeutsam wird sich hier wohl die Frage nach der Abgrenzung zwischen beiden Vorschriften erweisen.<sup>53</sup> Diese ist auch insofern entscheidend, als dass es sich bei den Aktualisierungen um eine objektive Anforderung gem. § 327e Abs. 3 Nr. 5 BGB n.F. handelt, von der nur unter den hohen Voraussetzungen des § 327h BGB n.F. abgewichen werden kann, bei den Änderungen jedoch um ein Recht des Unternehmers, das dieser nur unter bestimmten Voraussetzungen ausüben darf. Ausweislich des Wortlautes des § 327r Abs. 1 BGB n.F. ist die Abgrenzung anhand der Frage vorzunehmen, ob die Veränderung des Produkts für die Aufrechterhaltung der Vertragsmäßigkeit erforderlich ist – ist dies der Fall, so soll es sich um eine Aktualisierung nach § 327f BGB n.F. handeln; geht sie darüber hinaus, liegt eine Änderung i.S.d. § 327r BGB n.F. vor. Dass diese Abgrenzung jedoch nicht durchweg trennscharf ist, machen bereits die EWG. 74, 75 DIDRL deutlich, die Aktualisierungen als Unterfall der Änderungen betrachten. Auch die in EWG. 75 DIDRL als Beispiel für einen triftigen Änderungsgrund i.S.d. § 327r Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F. benannte Anpassung an höhere Nutzerzahlen könnte, sofern sie die Nutzbarkeit des Produktes betreffen, bereits eine Aktualisierungspflicht nach § 327f BGB n.F. auslösen. Letztendlich ist hier die ratio legis der Norm entscheidend. Die hohen Anforderungen an den Unternehmer nach § 327r Abs. 1, 2 BGB n.F. im Vergleich zur vertraglich geschuldeten Aktualisierung sind unter Zugrundelegung des verbraucher-schützenden Charakters der Bestimmung nur dann systematisch kohärent, wenn durch die Änderung charakteristische Merkmale des Produkts verändert werden und ein schutzwürdiges Interesse des Verbrauchers an der Mitteilung der Änderung besteht. Eine solche Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 327r BGB n.F. ist insofern verbraucherfreundlich, als dass sie zugleich den Anwendungsbereich des § 327f BGB n.F. und damit den Kreis des durch den Verbraucher rechtlich erzwingbaren Handelns des Unternehmers erweitert. Die Bezeichnung von derartigen

<sup>51</sup> Offengelassen in *Spindler*, MMR 2021, 451 (453).

<sup>52</sup> Für die Normierung einer Aktualisierungspflicht über die durch § 327 Abs. 1 BGB n.F. erfassten B2C-Verträge hinaus auf B2B- und C2C-Verträge *Kupfer/Weiß*, ZVertriebsR 2021, 21 (23).

<sup>53</sup> Dazu auch *Kumkar*, ZfPW 2020, 306 (317).

<sup>48</sup> RegE RL 2019/770/EU, S. 57.

<sup>49</sup> RegE RL 2019/770/EU, S. 57.

<sup>50</sup> Zum Begriff der Erheblichkeit siehe die Anmerkungen zu § 327m BGB n.F.

Verträgen mit Aktualisierungspflichten als „verkappte Dauerschuldverhältnisse“<sup>54</sup> ist wenigstens irreführend, da aufgrund der Eigenschaft der Aktualisierungspflicht als objektive Anforderung bereits von vornherein wiederkehrende Leistungen oder ein dauerhaftes Tun<sup>55</sup> geschuldet werden, die nach einhelliger Auffassung charakteristisch für ein Dauerschuldverhältnis sind.<sup>56</sup>

Die in der Literatur geäußerte Befürchtung, die Bestimmung des Zeitraums der Aktualisierungsverpflichtung anhand der durch die Umstände des Einzelfalls konkretisierten Verbrauchererwartungen nach § 327f Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB n.F. führe zu Rechtsunsicherheit,<sup>57</sup> ist durchaus begründet. Es handelt sich hierbei um einen ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriff, der unter Zugrundelegung der in § 327f Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F. benannten Kriterien ebenso wie durch EwG. 47 DIDRL, der auf die „vernünftigen Erwartungen“ der Verbraucher abstellt, allenfalls ansatzweise eingegrenzt werden kann. Im Zusammenhang mit § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB, der ebenfalls auf die Erwartungen des durchschnittlichen Verbrauchers abstellt,<sup>58</sup> wurden diese dahingehend konkretisiert, dass sie sich unter Anwendung der verkehrüblichen Sorgfalt gebildet haben müssen.<sup>59</sup> Schließlich wird die Substituierbarkeit des digitalen Produkts als Abgrenzungskriterium vorgeschlagen.<sup>60</sup> Letztendlich bleibt es jedoch auch damit bei Einzelfallentscheidungen, die dogmatische Schärfung wird der Rechtsprechung überlassen. Eine Bindung der Aktualisierungspflicht an den Gewährleistungszeitraum<sup>61</sup> erscheint jedoch ebenfalls nicht sachgerecht, da die Geltendmachung von Aktualisierungsansprüchen über den Gewährleistungszeitraum hinaus den Verbraucherschutz stärken und die Dauer der Aktualisierungspflicht von den jeweiligen Charakteristika des vertragsgegenständlichen digitalen Produkts abhängig machen soll.<sup>62</sup> Entsprechend betrachtet EwG. 47 DIDRL die Gewährleistungsfrist als Mindestdauer für die Aktualisierungsverpflichtung.

<sup>54</sup> So Rosenkranz, ZUM 2021, 195 (198).

<sup>55</sup> Sutschet, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 59, Stand: 1.5.2021, § 241 Rn. 27.

<sup>56</sup> Zustimmend zum Ganzen wohl auch Gsell, ZUM 2018, 75 (80); Spindler spricht im Zusammenhang mit vernetzten Produkten, die dem Unternehmer Kontrollmöglichkeiten einräumen, gar von einer „Erosion des Eigentums“, siehe Spindler, JZ 2016, 805 (815).

<sup>57</sup> Spindler, MMR 2021, 451 (455); Kühner/Piltz, CR 2021, 1 (6).

<sup>58</sup> Saenger, in: Schulze (Hrsg.), Handkommentar zum BGB, 10. Aufl. 2019, § 434 Rn. 13.

<sup>59</sup> Faust (Fn. 24), § 434 Rn. 74; für die Heranziehung dieses Kriteriums auch Spindler, MMR 2021, 451 (454).

<sup>60</sup> Spindler, MMR 2021, 451 (454); zum Begriff der Substituierbarkeit siehe Thomas, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2020, § 36 Rn. 66 f.

<sup>61</sup> Kumkar, ZfPW 2020, 306 (317).

<sup>62</sup> Zur Frage der – wohl abzulehnenden – Zulässigkeit von Zwangsaktualisierungen Spindler, MMR 2021, 451 (456); kritisch zur Angemessenheit der Regelung insgesamt Kumkar, ZfPW 2020, 306 (317).

Inwieweit sich diese begriffliche Unschärfe tatsächlich als praktisch bedeutsam erweisen wird, bleibt abzuwarten. Denn dem Unternehmer verbleibt die Möglichkeit, bei dauerhaften Bereitstellungen vertraglich einen festen Bereitstellungszeitraum zu bestimmen, der dann nach § 327f Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F. dem Zeitraum der Aktualisierungsverpflichtung entsprechen würde.

Das offensichtliche Problem, dass ein Zwischenhändler als Vertragspartner des Verbrauchers selbst die Aktualisierung aufgrund Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB verweigern kann (die für den Händler nachteiligen Rechtsfolgen aus § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1, S. 5 Hs. 1 BGB inbegriffen), wird sich wohl mit Vertragsgestaltungen lösen lassen, die es dem Händler erlauben, sich – schon im Eigeninteresse – des Herstellers als Erfüllungsgehilfen zu bedienen. Unbeschadet dessen verbleibt für den Verbraucher ein Restrisiko, da er im Zweifelsfall die vertraglichen Beziehungen zwischen Händler und Hersteller nicht überblicken kann.

#### e) § 327m BGB n.F.: Vertragsbeendigung und Schadensersatz

Im Zusammenhang mit § 327m BGB n.F. ist zunächst von Interesse, wie sich der Begriff der „Vertragswidrigkeit“ aus Art. 14 Abs. 4 DIDRL, die durch § 327m BGB n.F. umgesetzt wird, zum in § 327m BGB n.F. verwendeten „Mangel“ verhält. Dies ist insbesondere im Hinblick auf die Beendigungsgründe nach § 327m Abs. 1 Nr. 3, Nr. 4 BGB n.F. von Bedeutung. Im Hinblick auf Art. 14 Abs. 4 lit. c DIDRL – umgesetzt durch § 327m Abs. 1 Nr. 3 BGB n.F. – lässt sich aufgrund der Formulierung in der Richtlinie, die Vertragswidrigkeit trete „trotz“ des Versuchs der Mangelbeseitigung ein, vertreten, dass Vertragswidrigkeit und Mangelhaftigkeit des Produkts oder der Dienstleistung hier gleichzusetzen sind. Im Hinblick auf Art. 14 Abs. 4 lit. d DIDRL ist eine solche Konnexität jedoch nicht erkennbar, sodass hier „Vertragswidrigkeit“ nach dem Wortlaut jede Verletzung einer Haupt- oder Nebenleistungspflicht darstellen könnte. Es erscheint jedoch in einer Zusammenschau von Systematik und Wortlaut schlüssiger, den Begriff der „Vertragswidrigkeit“ hier als spiegelbildliches Gegenstück zur durch die Art. 6 ff. DIDRL näher bestimmten „Vertragsmäßigkeit“ zu sehen, sodass im Ergebnis eine solche nur dann vorliegt, wenn eine der Anforderungen an sie nach Art. 6 ff. DIDRL nicht erfüllt ist.

§ 327m Abs. 2 BGB n.F. schließt eine Beendigung des Vertrages bei lediglich unerheblichem Mangel aus. Ein solcher Erheblichkeitsvorbehalt im Leistungsstörungenrecht findet sich heute bereits in § 281 Abs. 1 S. 3 BGB für den Schadensersatz statt der Leistung sowie in § 323 Abs. 5 S. 2 BGB für den Rücktritt. Bei beiden Bestimmungen ist umstritten, ob die Unerheblichkeit eng zu verstehen und lediglich auf den Mangel als solchen zu beziehen ist,<sup>63</sup> oder eine umfassende Inte-

<sup>63</sup> Überblick über den Meinungsstand bei § 281 BGB siehe Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2021, § 281 Rn. 32 sowie bei Höpfner, NJW 2011, 3693 (3693 ff.); für § 323 BGB Ernst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 323 Rn. 248.

ressenabwägung stattzufinden hat.<sup>64</sup> Als Anhaltspunkt mag der durch den BGH für das Kaufrecht entwickelte Wert dienen, dass Mängelbeseitigungskosten, die 5 % des Kaufpreises überstiegen, erheblich seien.<sup>65</sup> Dies kann jedoch nur als Näherungswert dienen und steht zudem unter dem Vorbehalt, dass es sich bei den Verträgen i.S.d. §§ 327 ff. BGB n.F. regelmäßig um gemischttypische Verträge handeln wird.

§ 327m Abs. 4 BGB n.F. bestimmt, dass im Falle des § 327m Abs. 1 BGB n.F. bei Paketverträgen eine Loslösung vom gesamten Vertrag möglich ist, sofern der Verbraucher ohne das mangelhafte digitale Produkt an den übrigen Teilen des Paketvertrages kein Interesse hat. Diese ausdrückliche Regelung ist notwendig, da nach § 327a Abs. 1 S. 2 BGB n.F. die Vorschriften der §§ 327 ff. BGB n.F. nur auf die das digitale Produkt betreffenden Bestandteile des Paketvertrages Anwendung finden. Die bereits durch den Regierungsentwurf vorgenommene Einordnung als Rechtsfolgenverweisung auf die jeweils auf den analogen Bestandteil des Paketvertrages anwendbaren Regelungen des Besonderen Schuldrechts<sup>66</sup> ist schlüssig, da nicht zuletzt § 327m Abs. 4 BGB n.F. (sowie der ähnlich gelagerte § 327c Abs. 6 BGB n.F.) eigene Voraussetzungen für die Ausübung des Rechts festlegen.<sup>67</sup>

#### f) § 327n BGB n.F.: Minderung

Alternativ zur Vertragsbeendigung ist der Verbraucher auch berechtigt, den Preis für das digitale Produkt zu mindern. Dies soll ausweislich EwG. 67 DIDRL auch für Verträge gelten, bei denen die Zahlung eines Preises und die Bereitstellung von Daten kombiniert werden. Bei der Berechnung des Minderungsbetrages ist zu beachten, dass § 327n Abs. 2 S. 1 BGB n.F. – anders als §§ 441 Abs. 3 S. 1, 638 Abs. 3 S. 1 BGB – nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, sondern der Bereitstellung nach § 327b BGB n.F. abstellt. Es wären somit Fälle denkbar, in denen sich der Minderungsbetrag durch eine unterbliebene Bereitstellung vonseiten des Unternehmers reduziert. Praktisch wird dies jedoch eine untergeordnete Rolle spielen, da Vertragsschluss und Bereitstellung regelmäßig in unmittelbarer zeitlicher Beziehung zueinanderstehen dürften.

Ein Minderungsrecht aufgrund unterbliebener Bereitstellung kommt jedoch nicht in Betracht. Zwar stehen Vertragsbeendigung und Minderung nach § 327n Abs. 1 S. 1 BGB n.F. in einem Alternativitätsverhältnis zueinander und § 327c Abs. 1 S. 1 BGB n.F. verleiht dem Verbraucher bei unterbliebener Bereitstellung ein Recht zur Vertragsbeendigung. Jedoch verweist § 327n Abs. 1 S. 1 BGB n.F. ausdrücklich auf die Beendigungsgründe des § 327m Abs. 1 BGB n.F., darüber hinaus fehlt der für die Berechnung des Minderungsbetrages erforderliche Wert des Produkts im mangelbehafteten Zustand.

<sup>64</sup> BGH, Urt. v. 28.5.2014 – VIII ZR 94/13 = BGHZ 201, 290 Rn. 16 (juris).

<sup>65</sup> BGH, Urt. v. 28.5.2014 – VIII ZR 94/13 = BGHZ 201, 290 Rn. 12 (juris).

<sup>66</sup> RegE RL 2019/770/EU, S. 59, 80.

<sup>67</sup> Dahingehend auch *Rosenkranz*, ZUM 2021, 195 (200).

#### g) § 327q BGB n.F.: Vertragsrechtliche Folgen datenschutzrechtlicher Erklärungen des Verbrauchers

Hierzu sei lediglich angemerkt, dass sich die Bestimmung insbesondere auf den Widerruf nach Art. 7 Abs. 3 DS-GVO sowie auf das Widerspruchsrecht nach Art. 21 DS-GVO bezieht.

### 3. Änderungen durch die Umsetzung der Warenkaufrichtlinie

#### a) § 439 BGB n.F.: Nacherfüllung

Nach § 439 Abs. 5 BGB n.F. hat der Käufer dem Verkäufer die Sache zum Zweck der Nacherfüllung zur Verfügung zu stellen. Der Regierungsentwurf geht davon aus, dass es sich hierbei nicht um eine bloße Obliegenheit, sondern um eine durch den Verkäufer erzwingbare Rechtspflicht handelt.<sup>68</sup> Hier ist zunächst zwischen den verschiedenen Nacherfüllungsmöglichkeiten zu differenzieren. Für den Fall, dass der Käufer die Beseitigung des Mangels begehrt, ist die Nacherfüllung bereits nach § 275 Abs. 1 BGB unmöglich, wenn der Käufer dem Verkäufer die nachzubessernde Sache zugleich vorenthält. Etwas anderes könnte lediglich für die Fälle gelten, in denen die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangt wird. Hier ist jedoch auf den Wortlaut des Art. 14 Abs. 2 S. 1 WKRL abzustellen, der auch in diesem Fall davon spricht, dass die Sache „zum Zweck“ der Nacherfüllung zur Verfügung gestellt wird. Damit dürfte es auch hier bei einer bloßen Obliegenheit bleiben, zumal die Pflicht zur Rückgewähr der mangelhaften bei Lieferung einer mangelfreien Sache nach § 439 Abs. 5 BGB (§ 439 Abs. 6 BGB n.F.) unberührt bleibt.

#### b) § 475 BGB n.F.: Unverhältnismäßigkeit der Kosten der Nacherfüllung

Die wesentliche ausbildungsrelevante Änderung des § 475 BGB n.F. besteht in der Aufhebung des § 475 Abs. 4 BGB. Bislang war es dem Unternehmer verwehrt, bei Unmöglichkeit oder berechtigter Verweigerung einer Art der Nacherfüllung auch die andere Art der Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit der Kosten zu verweigern. Die Einführung dieser Regelung setzte die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Weber/Putz*<sup>69</sup> um. Hier besteht unter Ausklammerung der Neuregelung des Aufwendersersatzanspruchs nach § 439 Abs. 3 BGB mit Inkrafttreten der Neuregelungen zum Verbrauchsgüterkauf im Wesentlichen wieder die ursprüngliche Rechtslage.

## IV. Abschließende Stellungnahme

Wie bereits die Verbrauchsgüterkauf-RL, so sind auch die WKRL und die DIDRL von dem Ziel eines hohen Verbraucherschutzniveaus geprägt. Insbesondere die DIDRL, jedoch auch die WKRL, soweit sie Waren mit digitalen Elementen betrifft, sollen zudem eine angemessene Antwort auf die Herausforderungen der Digitalisierung und Vernetzung für die Vertragsgestaltung finden. Dass die Richtlinien das vorhandene Potential nur zum Teil ausschöpfen, ist bereits dar-

<sup>68</sup> RegE RL 2019/771/EU, S. 26.

<sup>69</sup> EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-65/09, C-87/09, Rn. 76 ff. (juris) = NJW 2011, 2269.

aus ersichtlich, dass die zunehmende Mehrpoligkeit der digital geprägten Rechtsverhältnisse, deren Relevanz insbesondere im Zusammenhang mit den Aktualisierungspflichten deutlich wurde, keinen Niederschlag gefunden hat.<sup>70</sup> Ebenfalls unter dem Aspekt der Rechtsharmonisierung im Binnenmarkt bleiben die Richtlinien auch insofern möglich, als dass sie sich einseitig auf die Bestimmung der Rechte des Verbrauchers und Pflichten des Unternehmers konzentrieren und damit unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Lösungen einen weiten Spielraum einräumen.<sup>71</sup>

Durch die – hinsichtlich ihrer Dauer je nach vertraglicher Gestaltung mit Rechtsunsicherheit behafteten – Aktualisierungspflichten sowie durch die mit der Abbedingung objektiver Kriterien verbundenen hohen Anforderungen könnte es für kleinere Unternehmen oder neue Marktakteure in Zukunft deutlich schwieriger werden, signifikante Marktanteile zu erlangen. Denn zum einen ist es denkbar, dass in Zukunft über einen bedeutenden Zeitraum bei Weiterentwicklung des Produkts mehrere „Aktualisierungsstränge“ aufrechterhalten werden müssen, was unter Umständen mit einem nicht unerheblichen Ressourceneinsatz verbunden sein kann. Zum anderen wäre selbst ein innovatives Produkt, das zu einem guten Teil über, jedoch in bestimmten Bereichen (noch) unter dem Marktstandard liegt, stets mit dem Makel versehen, nicht den objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit zu genügen, zumal dies dem Verbraucher auch in der besonderen Form des § 327h BGB n.F. vor Augen geführt werden muss. Die eigentlich mit dem Ziel eines hohen Verbraucherschutzniveaus ergangenen Richtlinien könnten sich also im Ergebnis als spürbar innovationshemmend erweisen. Ein dadurch bedingtes geringeres Marktangebot stünde dem Ziel des Verbraucherschutzes jedenfalls teilweise entgegen.

Es wäre schließlich, wie sich auch aus EwG. 16 DIDRL ergibt, unbeschadet des vollharmonisierenden Ansatzes der WKRL und der DIDRL möglich gewesen, Regelungen zu Waren mit digitalen Elementen nicht lediglich im B2C-, sondern auch im B2B-Verhältnis zu treffen. Dies wäre auch insofern systematisch kohärent gewesen, als dass B2B-Verträge über Produkte oder Dienstleistungen, die in den Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB n.F. fallen, durch die §§ 327t ff. BGB n.F. geregelt werden. Auch eine klarstellende Regelung zu Dual-Use-Verträgen, bei denen der Vertrag sowohl zu privaten als auch zu gewerblichen Zwecken geschlossen wird,<sup>72</sup> wäre nach EwG. 17 DIDRL möglich und im Sinne der Rechtssicherheit auch wünschenswert gewesen.<sup>73</sup>

Insgesamt muss somit festgehalten werden, dass die Richtlinien und ihre Umsetzung wichtige und in hohem Maße ausbildungsrelevante Neuerungen für Verträge im digitalen Zeitalter mit sich bringen, jedoch an nicht unbedeutenden

Punkten Schwachstellen aufweisen, die zu schließen der Rechtsprechung oder zukünftigen gesetzlichen Regelungen überlassen bleibt.

Abschließend ist hervorzuheben, dass mit den §§ 327 ff. BGB n.F. erstmalig ein ausdifferenziertes Leistungsstörungenrecht für Dienstverträge in den Startlöchern steht. Dies zunächst zwar nur im Verhältnis B2C und nur für Dienstverträge mit digitalen Elementen. Unter Berücksichtigung der unionsrechtlich gebotenen funktionalen Betrachtung des Begriffs der Dienstleistung sowie der in vielen Fällen angezeigten richtlinienkonformen Auslegungen der Neuregelungen besteht das methodische Potential, den §§ 327 ff. BGB n.F. derart einen Leitbildcharakter zuzubilligen, wie er den §§ 308, 309 BGB bereits i.R.d. § 307 Abs. 1 BGB zuerkannt wird. Zu thematisieren sein wird insoweit ein hypothetischer überschießender Umsetzungswille des Gesetzgebers.

<sup>70</sup> Kritisch dazu auch *Kumkar*, ZfPW 2020, 306 (332); *Gsell*, ZUM 2018, 75 (80 f.); *Tonner*, VuR 2019, 363 (369).

<sup>71</sup> Kritisch dazu auch *Metzger*, JZ 2019, 577 (584).

<sup>72</sup> Zur europarechtlichen Prägung von Dual-Use-Verträgen *Schulte-Nölke*, in: Schulze/Janssen/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 38.

<sup>73</sup> Dazu weiterführend *Kumkar*, ZfPW 2020, 306 (309); *Spindler/Sein*, MMR 2019, 415 (416).

# Die Gewässerverunreinigung nach § 324 StGB – Teil 1

## Zugleich eine Einführung in ausgewählte Probleme des Allgemeinen Teils des Umweltstrafrechts

Von Rechtsanwalt Dr. Martin Linke, Berlin\*

### I. Einleitung

Das Umweltstrafrecht des 29. Abschnitts ist erst seit 1980 Teil des Strafgesetzbuches.<sup>1</sup> Zuvor waren die Straftatbestände auf die jeweiligen Spezialgesetze aufgeteilt. Obwohl das Umweltstrafrecht in einigen Bundesländern zum Pflichtstoff für die Erste Juristische Prüfung gehört<sup>2</sup>, findet sich abseits einschlägiger Lehrbücher<sup>3</sup> nur spärlich Ausbildungsliteratur zu diesem Teilbereich des Strafrechts. Der Beitrag stellt den Tatbestand der Gewässerverunreinigung in seinen wesentlichen Grundzügen dar und beleuchtet zugleich einige grundlegende Probleme aus dem Allgemeinen Teil des Strafrechts, denen im Zusammenhang mit umweltstrafrechtlichen Strafvorschriften und hierbei insbesondere mit § 324 StGB besondere Relevanz zukommt.

Im ersten Teil dieses Beitrags geht es um grundlegende Probleme des Umweltstrafrechts sowie um den ersten Abschnitt der Darstellung der Gewässerverunreinigung.

### II. Das Rechtsgut der Umweltdelikte

Strafrecht dient dem Rechtsgüterschutz. Das bedeutet, dass der Gesetzgeber nicht jedes beliebige Verhalten unter Strafe stellen darf, sondern nur solche Verhaltensweisen sanktionieren kann, die den Schutz legitimer Rechtsgüter bezwecken.<sup>4</sup> Aus der Überschrift des 29. Abschnitts ergibt sich, dass solche Verhaltensweisen unter Strafe gestellt sind, die sich gegen die Umwelt richten.<sup>5</sup>

#### 1. Meinungsüberblick

Die Schwierigkeiten, das jeweils geschützte Rechtsgut zu be-

stimmen<sup>6</sup>, werden im Umweltstrafrecht besonders deutlich. Im Wesentlichen werden vier Positionen vertreten.<sup>7</sup> Zum einen existiert ein rein anthropozentrisches Rechtsgutsverständnis. Kern dieser Theorie ist die auf den Menschen bezogene Auslegung. Die §§ 324 ff. StGB dienen hiernach nicht dem Schutz der Umwelt, sondern dem Schutz des Menschen vor den Gefahren der Umwelt.<sup>8</sup> Dem diametral entgegengesetzt ist ein rein ökologisches Verständnis. Demnach wird die Umwelt um ihrer selbst willen geschützt, ohne dass es hierbei auf menschliche Interessen ankommt. In der Strafrechtswissenschaft hat ein solches Verständnis nicht Fuß fassen können, vielmehr handelt es sich um eine hauptsächlich aus der Naturethik stammende Betrachtungsweise.<sup>9</sup> Weder die Umwelt noch den Menschen stellen diejenigen in den Mittelpunkt, die die Umweltgüter als Verwaltungsrechtsgüter ansehen. Demnach ist die Umwelt lediglich in dem Zustand geschützt, der durch die Verwaltung festgelegt worden ist.<sup>10</sup> Heute ist ein Rechtsgutsverständnis herrschend, das eine vermittelnde Position zwischen den beiden erstgenannten Betrachtungsweisen einnimmt. Die Umwelt wird demnach in ihren verschiedenen Erscheinungsformen als elementare natürliche Lebensgrundlage des Menschen geschützt.<sup>11</sup> Damit dienen die §§ 324 ff. StGB einem doppelten Rechtsgüterschutz. Praktische Auswirkungen hat ein solches Rechtsgutsverständnis insbesonde-

<sup>6</sup> Siehe zur Frage des Rechtsgutsbegriffs ausführlich *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § Rn. 2 ff.

<sup>7</sup> Ausführlich hierzu *Hohmann*, Das Rechtsgut der Umweltdelikte, 1991; *Bloy*, JuS 1997, 577 (578 ff.); *Rengier*, NJW 1990, 2506 ff.; *Saliger* (Fn. 3), Rn. 27 ff.; im Überblick auch *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Hrsg.), Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 41 Rn. 12 ff.

<sup>8</sup> Ein solches Verständnis ist dem Alternativentwurf zum Strafgesetzbuch „Straftaten gegen die Person“ von 1971 zugrunde gelegt worden. Der Gesetzgeber ist dem nicht gefolgt und hat stattdessen dem Schutz der Umweltmedien den Vorrang eingeräumt, siehe BT-Drs. 8/23832, S. 9 ff.; *Schmitz* (Fn. 1), Vor § 324 Rn. 21.

<sup>9</sup> Vgl. die Nachweise bei *Saliger* (Fn. 3), Rn. 32.

<sup>10</sup> Siehe zu diesem Verständnis insb. *Papier*, NuR 1986, 1 (2); *Wernicke*, NJW 1977, 1662 (1665 f.), der zwar verlangt, dass eine „spürbare Beeinträchtigung einer konkreten oder einer von den Fachbehörden angestrebten Gewässerbenutzung eingetreten ist“, zugleich aber sagt, dass nicht die abstrakte Reinheit um ihrer selbst willen geschützt werden, sondern der Mensch vor Schäden und Nachteilen durch eine Gewässerverunreinigung.

<sup>11</sup> Vgl. statt vieler *Saliger* (Fn. 3), Rn. 44; *Szesny*, in: *Leipold/Tsambikakis/Zöller* (Hrsg.), *AnwaltKommentar zum StGB*, 3. Aufl. 2020, Vor §§ 324 ff. Rn. 12; *Kuhlen*, ZStW 105 (1993), 697 (714); für §§ 324–329 StGB so im Grundsatz auch *Schmitz* (Fn. 1), Vor § 324 Rn. 26, zweifelnd jedoch bzgl. § 327 StGB Vor § 324 Rn. 27.

\* Der Autor ist Rechtsanwalt in Berlin.

<sup>1</sup> Siehe zur historischen Entwicklung *Schmitz*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, Vor § 324 Rn. 1 ff.; *Bloy*, JuS 1997, 577 f.

<sup>2</sup> Nach *Joecks/Jäger*, *Studienkommentar zum StGB*, 13. Aufl. 2021 gehört § 324 StGB in Bremen, Hessen, dem Saarland und in Thüringen zum Pflichtstoff; im Überblick werden Kenntnisse in Baden-Württemberg und in Schleswig-Holstein verlangt. An vielen Universitäten gehört das Umweltstrafrecht zum strafrechtlichen Schwerpunktbereich, so bspw. an den Universitäten in Augsburg, Osnabrück, Gießen und Potsdam sowie an der Freien Universität Berlin.

<sup>3</sup> Aus aktuellerer Zeit insbesondere *Saliger*, *Umweltstrafrecht*, 2. Aufl. 2020; *Börner*, *Umweltstrafrecht*, 2020; *Krell*, *Umweltstrafrecht*, 2017; *Kloepfer/Heger*, *Umweltstrafrecht*, 3. Aufl. 2014.

<sup>4</sup> Vgl. einführend *Rengier*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 13. Aufl. 2021, § 3 Rn. 1 ff.; *Fischer*, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 68. Aufl. 2021, Vor § 13 Rn. 12.

<sup>5</sup> *Möhrenschlager*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 12, 12. Aufl. 2020, Vor § 324 Rn. 19.

re im Bereich der rechtfertigenden Einwilligung, die dann nicht in Betracht kommt, wenn dem Einwilligenden die Dispositionsbefugnis über das betreffende Rechtsgut entzogen ist<sup>12</sup>, sowie – ganz aktuell – in Bezug auf die Möglichkeit eines Klageerzwingungsverfahrens nach § 172 StPO.<sup>13</sup> Indem mit dem Schutz der Umwelt ein überindividuelles Rechtsgut betroffen ist, scheidet eine Einwilligung insoweit aus. Eine Sonderstellung hat in diesem Zusammenhang § 330a StGB inne. Bei dieser Norm handelt es sich nicht um eine spezifische Umweltstraftat, sondern um eine Regelung, die allein dem Schutz der menschlichen Gesundheit und des menschlichen Lebens dient, sodass eine rechtfertigende Einwilligung jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen ist.<sup>14</sup>

## 2. Das Rechtsgut des § 324 StGB

Auf Grundlage des herrschenden ökologisch-anthropozentrischen Rechtsgutsverständnisses werden die Gewässer durch § 324 StGB nicht um ihrer selbst willen geschützt, sondern „als Umweltgut mit all seinen Funktionen für den Menschen“<sup>15</sup>. Maßgeblich für die Betrachtung ist der status quo des Gewässers im Tatzeitpunkt. § 324 StGB schützt nämlich nicht das Gewässer in seinem Ideal-, sondern in seinem Ist-Zustand.<sup>16</sup> Das hat zur Konsequenz, dass auch bereits verschmutzte Gewässer Gegenstand einer erneuten Gewässerverunreinigung sein können.<sup>17</sup>

## III. Die Deliktsstrukturen im Umweltstrafrecht

Die einzelnen Straftatbestände des deutschen Strafrechts lassen sich in verschiedene Kategorien unterteilen.<sup>18</sup> Für das Umweltstrafrecht haben insbesondere die Verletzungs- und die Gefährdungsdelikte eine erhöhte Bedeutung, wobei im Einzelnen vielfach die jeweilige Kategorisierung umstritten ist.

### 1. Verletzungsdelikte

Verletzungsdelikte sind dadurch gekennzeichnet, dass sich die Verwirklichung des Tatbestands nicht in der Vornahme einer bestimmten Handlung oder der (bloßen) Gefährdung des jeweils geschützten Rechtsguts erschöpft. Vielmehr ist der Eintritt einer tatsächlichen Verletzung erforderlich.<sup>19</sup> Als

Paradebeispiele lassen sich der Totschlag nach § 212 Abs. 1 StGB und die Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB anführen. Aus dem Kreis der Umweltdelikte setzen jedenfalls §§ 324 Abs. 1, 324a Abs. 1 Nr. 2 sowie § 329 Abs. 3 StGB einen Verletzungserfolg voraus.<sup>20</sup> Mit Blick auf § 324 StGB ergibt sich jedoch dann ein Problem, wenn man – wie die ganz h.M. – nicht voraussetzt, dass das gesamte Gewässer verunreinigt oder sonst nachteilig verändert wird. Es wird vielmehr für ausreichend erachtet, dass lediglich ein Teil des Gewässers betroffen ist.<sup>21</sup> Beklagt wird insoweit, dass § 324 StGB trotz des Erfordernisses eines Verunreinigungserfolgs von einem Verletzungs- zu einem Gefährdungsdelikt verkürzt werde. Begründet wird dies damit, dass das Ausreichenlassen einer Verschmutzung lediglich eines Gewässerteils dafür Sorge, dass vom Tatbestand auch solche Handlungen erfasst würden, die auf den Gewässerzustand insgesamt ohne Auswirkungen bleiben.<sup>22</sup> Vorgeschlagen worden ist insoweit, § 324 StGB als sog. Kumulationsdelikt zu begreifen, das insgesamt ungefährliche Verhaltensweisen deshalb tatbestandlich erfasst, weil ohne Sanktionierbarkeit damit zu rechnen sei, dass gewässerverschmutzende Handlungen in einer Vielzahl von Fällen vorgenommen werden und es deshalb zu einer Störung der Gewässerfunktion komme.<sup>23</sup> Dieser Vorschlag ist im Ergebnis zwar auf geteiltes Echo gestoßen, wird aber überwiegend abgelehnt.<sup>24</sup>

### 2. Gefährdungsdelikte

Überwiegend sind die Strafvorschriften des Umweltstrafrechts als Gefährdungsdelikte ausgestaltet.<sup>25</sup> Indem hierdurch die Strafbarkeit einsetzt, bevor es zu einer Rechtsgutsverletzung kommt, ist der Rechtsgüterschutz vorverlagert. Begründet wird diese Herangehensweise zum einen mit dem hohen Schadenspotential der möglichen Verhaltensweisen sowie der hohen Schadensempfindlichkeit der jeweils geschützten Objekte.<sup>26</sup>

#### a) Abstrakte Gefährdungsdelikte

Abstrakte Gefährdungsdelikte zeichnen sich durch einen besonders weit vorverlagerten Vollendungszeitpunkt aus. Klas-

<sup>12</sup> BGH NJW 1992, 250 (251); Fischer (Fn. 4), Vor § 32 Rn. 3c.

<sup>13</sup> OLG Karlsruhe NJW 2019, 2950, hierzu auch Schall, NStZ 2020, 569.

<sup>14</sup> H.M., vgl. Schmitz (Fn. 1), § 330a Rn. 14; Heine/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 330a Rn. 8.

<sup>15</sup> So Schmitz (Fn. 1), § 324 Rn. 2; ähnlich Fischer (Fn. 4), § 324 Rn. 2 m.w.N.

<sup>16</sup> Szesny (Fn. 11), § 324 Rn. 2; Saliger (Fn. 3), Rn. 338 ff. auch zur Frage der Bedeutung der abweichenden Rechtsgutstheorien.

<sup>17</sup> BT-Drs. 8/2382, S. 14; Möhrenschröder (Fn. 5), § 324 Rn. 29.

<sup>18</sup> Siehe zur Einteilung der Delikte im Allgemeinen Rengier (Fn. 4), § 10.

<sup>19</sup> Kloepfer/Heger (Fn. 3), 1. Teil: Allgemeiner Teil Rn. 52.

<sup>20</sup> So Schmitz (Fn. 1), Vor § 324 Rn. 29.

<sup>21</sup> BT-Drs. 8/2382, S. 14; Kloepfer/Heger (Fn. 3), 2. Teil: Besonderer Teil Rn. 182; Fischer (Fn. 4), § 324 Rn. 5a.

<sup>22</sup> Siehe hierzu die Kritik bei Schmitz (Fn. 1), Vor § 324 Rn. 29.

<sup>23</sup> Vgl. hierzu insbesondere Kuhlen, ZStW 105 (1993), 697 (716 ff.); ders., GA 1986, 389 (399 ff.).

<sup>24</sup> Bspw. Saliger (Fn. 3), Rn. 245; Schmitz (Fn. 1), Vor § 324 Rn. 30; Meurer, NJW 1988, 2065 (2068); zuneigend etwa Krell (Fn. 3), § 3 Rn. 71; siehe hierzu insbesondere auch Rogall, in: Universität zu Köln, Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, S. 505 (518 ff.), der § 324 StGB als potentiell Gefährdungsdelikt bzw. Eignungsdelikt begreift.

<sup>25</sup> Siehe hierzu auch den Kurzüberblick bei Szesny (Fn. 11), Vor §§ 324 ff. Rn. 15 ff.

<sup>26</sup> Hierzu Saliger (Fn. 3), Rn. 51 ff.

sisches Beispiel für ein solches ist § 316 StGB. Die bloße Teilnahme am Straßenverkehr unter etwa Alkoholeinfluss<sup>27</sup> begründet bereits die Strafbarkeit, ohne dass – anders als bei § 315c StGB – eine darüber hinausgehende Gefährdung anderer Rechtsgüter hinzutreten muss. Als abstrakte Gefährdungsdelikte ausgestaltet sind die §§ 325 Abs. 2, 325a Abs. 2, 326 Abs. 1 Nrn. 1–3, 327, 328 Abs. 1, Abs. 2, 329 Abs. 1 und Abs. 2 StGB. Der Vorteil abstrakter Gefährdungsdelikte besteht darin, dass tatsächliche Nachweisschwierigkeiten umgangen werden.<sup>28</sup> Umweltdelikte sind häufig von sehr komplexen Zusammenhängen geprägt. Im Gegensatz etwa zu Fällen des Totschlags, in denen regelmäßig klar ist, welches konkrete Verhalten letztlich zum Todeserfolg geführt hat, sind im Umweltstrafrecht hierzu oftmals umfangreiche tatrichterliche Feststellungen zu treffen, die oftmals nur unter Einsatz von Sachverständigengutachten möglich sind.<sup>29</sup> Indem bei abstrakten Gefährdungsdelikten keine irgendwie geartete Verbindung zwischen der Tathandlung und einem (Gefährdungs-)Erfolg bestehen muss, fällt dieses Problem insofern weg.<sup>30</sup>

#### b) Konkrete Gefährdungsdelikte

Im Gegensatz zu den abstrakten Gefährdungsdelikten zeichnen sich konkrete Gefährdungsdelikte dadurch aus, dass ihr Unrecht nicht in der bloßen Vornahme der Tathandlung besteht, sondern darüber hinaus der Eintritt eines Gefährdungserfolgs in Gestalt einer konkreten Gefährdung eintreten muss.<sup>31</sup> Sie zählen also zu den Erfolgsdelikten.<sup>32</sup> Eine Gefahr ist dann konkret, wenn das Rechtsgut in eine derart kritische Situation gerät, dass es nur noch vom Zufall abhängt, ob der Erfolg eintritt.<sup>33</sup> Tathandlung und Gefährdungserfolg dürfen hierbei aber nicht zusammenhanglos nebeneinander stehen. Vielmehr bedarf es eines Zurechnungszusammenhangs zwischen beiden Elementen, in der Regel gekennzeichnet durch das Wort „dadurch“. Denn der Gefährdungserfolg muss gerade durch die spezifische Gefährlichkeit der Tathandlung hervorgerufen worden sein.<sup>34</sup>

#### c) Eignungsdelikte

Einige Tatbestände des 29. Abschnitts setzen neben dem tat-

bestandlichen Verhalten und der Herbeiführung eines bestimmten Zustands zusätzlich voraus, dass diese(r) geeignet sein muss, das jeweils geschützte Rechtsgut zu beeinträchtigen. So verlangt § 325 Abs. 1 StGB bspw. solche Veränderungen der Luft, die geeignet sind, außerhalb des zur Anlage gehörenden Bereichs die Gesundheit eines anderen, Tiere, Pflanzen oder andere Sachen von bedeutendem Wert zu schädigen.<sup>35</sup> Des Eintritts eines solchen Schadens bedarf es daher nicht. Wie diese Eignungsdelikte, auch potentielle Gefährdungsdelikte genannt<sup>36</sup>, dogmatisch einzuordnen sind, ist nicht abschließend geklärt. Überwiegend werden sie als besondere Spielart der abstrakten Gefährdungsdelikte angesehen.<sup>37</sup> Hierbei muss jedoch beachtet werden, dass sie sich vom „Normalfall“ der abstrakten Gefährdungsdelikte insofern unterscheiden, als dass das Gericht Feststellungen zur Schadenseignung treffen muss.<sup>38</sup>

### IV. Die Gewässerverunreinigung nach § 324 StGB

Nach diesen für das gesamte Umweltstrafrecht geltenden Grundlagen ist im Folgenden § 324 StGB Gegenstand der Darstellung. Der strafrechtliche Gewässerschutz wird in erster Linie durch diese Regelung gewährleistet. Flankiert wird dieser Schutz jedenfalls durch §§ 327 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, Abs. 2 S. 2, 329 Abs. 2 sowie 329 Abs. 3 Nr. 3 StGB.<sup>39</sup>

#### 1. Tatobjekt: Gewässer

§ 324 StGB schützt „Gewässer“.<sup>40</sup> Welche Gewässer durch diese Strafnorm erfasst werden, regelt insbesondere § 330d Abs. 1 Nr. 1 StGB, indem es dort heißt: „ein oberirdisches Gewässer, das Grundwasser und das Meer“. Die begriffliche Auslegung orientiert sich im Grundsatz an den Regelungen des Wasserhaushaltsgesetzes (WHG). Oberirdische Gewässer sind nach § 3 Nr. 1 WHG ständig oder zeitweilig in Betten fließende oder stehende oder aus Quellen wild abfließende Wasser. In Bezug auf das Meer geht der strafrechtliche Gewässerbegriff insoweit über den verwaltungsrechtlichen Gewässerbegriff des § 3 Nr. 2a WHG hinaus, als dass das gesamte Meer erfasst ist einschließlich der Hohen See<sup>41</sup> und der Küstengewässer anderer Staaten.<sup>42</sup> Dieses weitere Verständnis eröffnet Probleme im Bereich des Strafanwendungsrechts der §§ 3 ff. StGB. Vielfach sind Gewässer nicht nur einem Staatsgebiet zugeordnet, sondern vielmehr dem Zugriff

<sup>27</sup> Siehe zur alkoholbedingten Fahruntüchtigkeit bspw. *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 22. Aufl. 2021, § 43 Rn. 7 ff.

<sup>28</sup> So auch die Intention des Gesetzgebers für § 326 StGB, BT-Drs. 8/2382, S. 16 f.

<sup>29</sup> Siehe *Alt*, in: Joecks/Miebach (Fn. 1), § 324 Rn. 31 für die Feststellung des Taterfolgs bei § 324 StGB; *Michalke*, Umweltstrafsachen, 2. Aufl. 2000, § 324 Rn. 35.

<sup>30</sup> *Szesny* (Fn. 11), Vor §§ 324 ff. Rn. 17.

<sup>31</sup> *Kloepfer/Heger* (Fn. 3), 1. Teil: Allgemeiner Teil Rn. 52.

<sup>32</sup> *Walter*, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, Vor §§ 13 ff. Rn. 65.

<sup>33</sup> *Roxin/Greco* (Fn. 6), § 10 Rn. 124; *Börner*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöllner (Fn. 11), Vor §§ 306 ff. Rn. 3 m.w.N.

<sup>34</sup> *Börner* (Fn. 3), § 3 Rn. 48 ff.; *Rengier* (Fn. 27), § 44 Rn. 23 für § 315c StGB.

<sup>35</sup> Weitere Eignungsdelikte finden sich in den §§ 324a Abs. 1 Nr. 1, 325a Abs. 1, 326 Abs. 1 Nr. 4, 327 Abs. 2 S. 2, 328 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

<sup>36</sup> *Hilgendorf* (Fn. 7), § 41 Rn. 10.

<sup>37</sup> Vgl. *Heine/Schittenhelm* (Fn. 14), Vor §§ 324 ff. Rn. 9; *Roxin/Greco* (Fn. 6), § 11 Rn. 162 m.w.N.

<sup>38</sup> *Saliger* (Fn. 3), Rn. 58.

<sup>39</sup> *Saliger* (Fn. 3), Rn. 332; weitergehend *Witteck*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar zum Strafgesetzbuch, Stand: 1.5.2021, § 324 Rn. 4.

<sup>40</sup> Siehe hierzu umfassend *Möhrenschlager* (Fn. 5), § 324 Rn. 11 ff.

<sup>41</sup> *Szesny* (Fn. 11), § 324 Rn. 3.

<sup>42</sup> *Saliger* (Fn. 3), Rn. 342.



verschiedener Staaten ausgesetzt. Insofern ergeben sich Fragen der Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts.<sup>43</sup> § 324 StGB schützt jedoch nicht jedes Gewässer vor unbefugter Verunreinigung oder nachteiligen Veränderung. Indem oberirdische Gewässer nur insoweit geschützt sind, als dass sie in Betten fließen, ergibt sich, dass das in Leitungen, Behältnissen, Becken oder das sonst wie gefasste Wasser nicht durch § 324 StGB<sup>44</sup> geschützt ist.<sup>45</sup>

## 2. Taterfolge

### a) Allgemeines

§ 324 StGB benennt zwei Taterfolge<sup>46</sup>, die Verunreinigung und die sonst nachteilige Veränderung. Aus dem Wortlaut ergibt sich somit, dass die Verunreinigung lediglich einen speziell geregelten Fall der nachteiligen Veränderung darstellt. Hinsichtlich des Taterfolgs bestehen diverse Probleme. Ein erstes betrifft die Frage nach der Erfolgsdefinition, mithin, wann der Erfolg eingetreten ist. Für beide Varianten ist erforderlich, dass der Zustand des Gewässers vor der Tathandlung mit dem Zustand danach verglichen wird.<sup>47</sup> An früherer Stelle wurde bereits darauf hingewiesen, dass der Taterfolg nicht nur dann gegeben ist, wenn das Gewässer in seiner Gesamtheit beeinträchtigt worden ist. Das eröffnet die Möglichkeit, mit der jeweiligen Bezugsgröße den Tatbestand als erfüllt oder nicht erfüllt anzusehen.<sup>48</sup> Kippt etwa A 100 Liter Altöl in den Starnberger See, wird diese Menge nicht geeignet sein, den See in seiner Gänze zu verunreinigen. Nimmt man dagegen nur den unmittelbaren Umkreis des Geschehens als Anknüpfungspunkt der Betrachtung, erscheint ein gegenteiliges Ergebnis nicht ausgeschlossen.<sup>49</sup> Problematisch ist das vor allem mit Blick auf die dem Tatbestand innewohnende sog. Minima-Grenze.<sup>50</sup> Bereits der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass nicht jede Beeinträchtigung des Gewässers den Tatbestand erfüllen soll, sondern es einer gewissen Erheblichkeit bedarf.<sup>51</sup> Neben der Erfolgsdefinition bereiten die

Anforderungen an die tatrichterlichen Feststellungen des Taterfolgs in der Praxis Probleme. Das Gericht hat hierbei die Beschaffenheit des Wassers, die Größe und Tiefe, die Wasserführung und die Fließgeschwindigkeit sowie die Menge und die Gefährlichkeit der Schadstoffe sowie die Vorbelastung zu berücksichtigen.<sup>52</sup> Wenngleich eine genaue Abgrenzung der beiden Taterfolge nicht nötig ist<sup>53</sup>, muss das Gericht bei Unsicherheiten aber darlegen, warum der Erfolg überhaupt eingetreten sein soll.<sup>54</sup>

### b) Verunreinigung

Ein Gewässer ist verunreinigt, wenn die physikalischen, chemischen oder biologischen Eigenschaften des Gewässers durch das Einbringen von Stoffen verschlechtert worden sind.<sup>55</sup> Maßgeblich ist hierbei die äußerliche Wahrnehmbarkeit der Veränderungen<sup>56</sup>, wobei rein ästhetische Gesichtspunkte keine Rolle spielen.<sup>57</sup>

### c) Sonst nachteilige Veränderung der Gewässereigenschaften

Im Gegensatz zur Verunreinigung wird als sonstige nachteilige Veränderung der Eigenschaften des Gewässers alles erfasst, was zu keiner äußerlich erkennbaren Veränderung führt und nicht durch den Eintrag von Stoffen erfolgt.<sup>58</sup> Einschlägig ist vor allem die Veränderung der thermischen Eigenschaften des Gewässers.<sup>59</sup> Umstritten ist, ob auch die Benutzbarkeit des Wassers – bspw. zum Schwimmen – als geschützt anzusehen ist. Das hat Auswirkungen auf die umstrittene Frage, ob z.B. auch das Versenken scharfkantiger Gegenstände, an denen sich Badende verletzen können, tatbestandsmäßig ist, was von der h.M. angenommen wird.<sup>60</sup> Dem ist entgegenzutreten. Beide Tatvarianten stellen auf die Wasserqualität ab.<sup>61</sup> Folgerichtig kann das Einbringen fester Stoffe nur dann zum Taterfolg zugehörig angesehen werden, wenn wegen Zersetzung eine Vermischung mit dem Wasser statt-

<sup>43</sup> Weiterführend hierzu *Börner* (Fn. 3), § 7 Rn. 53 ff., § 8 Rn. 13 f.; *Szesny* (Fn. 11), Vor §§ 324 ff. Rn. 7 ff.

<sup>44</sup> Siehe etwa § 314 StGB für den Schutz von Wasser in Brunnen und Leitungen.

<sup>45</sup> *Fischer* (Fn. 4), § 324 Rn. 2b; *Saliger* (Fn. 3), Rn. 343 m.w.N.

<sup>46</sup> Siehe auch *Brahms*, Definition des Erfolges der Gewässer-  
verunreinigung, 1994.

<sup>47</sup> *Rettenmaier/Gehrmann*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, 2. Aufl. 2020, § 324 Rn. 9; OLG Frankfurt NStZ-RR 1996, 103; *Saliger* (Fn. 3), Rn. 347 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

<sup>48</sup> *Samson*, ZStW 99 (1987), 617 (625); *Krell* (Fn. 3), § 3 Rn. 69.

<sup>49</sup> Siehe zu diesem Problem insbesondere *Saliger* (Fn. 3), Rn. 225 ff.

<sup>50</sup> *Fischer* (Fn. 4), § 324 Rn. 5b; *Heine/Schittenhelm* (Fn. 14), § 324 Rn. 8; *Alt* (Fn. 29), § 324 Rn. 36; *Börner* (Fn. 3), § 8 Rn. 20; *Bloy*, JuS 1997, 577 (582); a.A. *Szesny* (Fn. 11), § 324 Rn. 4.

<sup>51</sup> BT-Drs. 8/2382, S. 14 („[...] zur Ausscheidung unerheblicher

beeinträchtigungen [...]“).

<sup>52</sup> *Börner* (Fn. 3), § 8 Rn. 17.

<sup>53</sup> *Ransiek*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 324 Rn. 16.

<sup>54</sup> *Börner* (Fn. 3), § 8 Rn. 18, der konsequent für eine Festlegung auf eine Variante eintritt.

<sup>55</sup> *Rettenmaier/Gehrmann* (Fn. 47), § 324 Rn. 9.

<sup>56</sup> BT-Drs. 8/2382, S. 14; *Börner* (Fn. 3), § 8 Rn. 17.

<sup>57</sup> *Szesny* (Fn. 11), § 324 Rn. 8.

<sup>58</sup> *Börner* (Fn. 3), § 8 Rn. 18.

<sup>59</sup> OLG Frankfurt NStZ 1987, 508. Indem in der Entscheidung die thermischen Eigenschaften in einem Atemzug auch mit den physikalischen genannt werden, wird deutlich, dass die Grenzen zwischen den beiden Tatbeständen fließend sind, wie auch der Gesetzgeber deutlich gemacht hat, BT-Drs. 8/2382, S. 14.

<sup>60</sup> *Ransiek* (Fn. 53), § 324 Rn. 15; *Fischer* (Fn. 4), § 324 Rn. 6 jeweils m.w.N.; wohl auch *Michalke* (Fn. 29), § 324 Rn. 28.

<sup>61</sup> *Börner* (Fn. 3), § 8 Rn. 25; siehe auch *Witteck* (Fn. 39), § 324 Rn. 17.2; *Bock*, in: *Hilgendorf/Kudlich/Valerius* (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 5, 2020, § 48 Rn. 77.

findet.<sup>62</sup> Fraglich ist zudem, ob der Tatbestand auch erfüllt ist, wenn das Gewässer vom Täter gänzlich beseitigt wird. Das wird von der h.M. mit einem Erst-recht-Schluss angenommen. Wenn negative Beeinträchtigungen, wie die Absenkung des Wasserspiegels, ausreichen, muss erst recht die gänzliche Beseitigung als höchste Form der negativen Beeinträchtigung tatbestandsmäßig sein.<sup>63</sup> Die Gegenauffassung hält die Beseitigung des Gewässers dagegen für nicht tatbestandsmäßig.<sup>64</sup> Zur Begründung wird auf § 329 Abs. 3 Nr. 3 StGB verwiesen, der die Beseitigung eines Gewässers separat unter Strafe stellt.<sup>65</sup> In § 329 Abs. 3 Nr. 3 StGB wird die Veränderung neben der Beseitigung genannt. Der Gesetzgeber gehe also augenscheinlich davon aus, dass „Beseitigen“ etwas anderes sei als „Verändern“, andernfalls wäre die Nennung des Beseitigens in § 329 Abs. 3 Nr. 3 StGB überflüssig. Im Wege der systematischen Auslegung ergebe sich somit, dass die Beseitigung eines Gewässers nur dann strafbar sein soll, wenn es sich dabei – wie es die Überschrift des § 329 StGB ausdrückt – um schutzbedürftige Gebiete handelt. Weiterhin schütze § 324 StGB nur die Eigenschaften des Gewässers, nicht aber dessen Bestand.<sup>66</sup> Dieser Standpunkt verfängt nicht, denn die Verringerung des Wasserspiegels erfüllt den Tatbestand.<sup>67</sup> Die gänzliche Beseitigung des Gewässers führt nicht zur Aufhebung der durch Wasserspiegelabsenkung begründeten Tatbestandsverwirklichung.<sup>68</sup>

### 3. Kausalität und objektive Zurechnung

#### a) Allgemeines

Die Probleme der Erfolgsdefinition setzen sich fort bei der Frage nach der Zurechnung der einzelnen Tathandlung zu einer bestimmten Person. Da es sich bei § 324 StGB um ein Erfolgsdelikt handelt, muss das Verhalten des jeweils Handelnden für den Erfolg ursächlich sowie dieser Erfolg dem Täter auch objektiv zurechenbar sein. Die Zurechnung des Erfolgs ist eine Problematik, die mit einem hohen dogmatischen Aufwand diskutiert wird.<sup>69</sup>

#### b) Die Kausalität im Einzelnen

Im Grundsatz gelten auf rechtlicher Ebene keine Besonderheiten. Die Frage nach der Ursächlichkeit des jeweiligen Verhaltens wird anhand der allgemeinen Grundsätze beurteilt.

Gemäß der herrschenden *condicio-sine-qua-non*-Formel ist eine Handlung dann kausal, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfielen.<sup>70</sup> Unerheblich ist hierbei, ob der Erfolg auf Summations- oder Synergieeffekten beruht.<sup>71</sup> Bei Summationseffekten treten mehrere Einzelbeeinträchtigungen auf, die in der Summe der Gesamtbelastung entsprechen.<sup>72</sup> Dagegen sind Synergieeffekte dadurch gekennzeichnet, dass das Zusammenwirken einzelner Faktoren zu einer überproportionalen Beeinträchtigung führt und hierbei über die bloße Summation hinausgeht.<sup>73</sup>

#### aa) Exkurs: Kausalität bei Gremienentscheidungen

Strafbare Handlungen im Bereich der Umweltdelikte haben in vielen Fällen einen wirtschaftlichen Hintergrund. Oftmals stehen unternehmerische Entscheidungen im Fokus der Betrachtung. Die Frage der Kausalität begegnet in solchen Fällen Problemen, in denen nicht ein einzelner Entscheidungsträger, sondern ein Gremium den Anstoß für das jeweilige Verhalten gibt. Die Problematik der Kausalität in Fällen von Gremienentscheidungen soll angesichts ihrer Komplexität im Folgenden nur überblicksartig vorgestellt werden. Für eine vertiefte Befassung wird daher auf weiterführende Literatur verwiesen.<sup>74</sup>

Werden aus einem Entscheidungsgremium heraus Beschlüsse gefasst, an deren Ende die Vornahme einer Umweltstraftat steht, kann eine strafrechtliche Haftung unter Kausalitätsaspekten fraglich sein. Angenommen, in einem Gesellschaftsvertrag geregelt, dass für eine wirksame Beschlussfassung eine Mehrheit von zumindest 51 % der abgegebenen Stimmen erforderlich ist und das Entscheidungsgremium besteht aus 8 Personen. Dann sind für eine wirksame Beschlussfassung zumindest fünf „Dafür-Stimmen“ erforderlich. Ist dann die Stimme des D, der für den Beschluss gestimmt hat, kausal, wenn das Ergebnis 7:1 für den Beschluss zur Durchführung einer Umweltstraftat lautet? Unter strikter Anwendung der *Condicio-sine-qua-non*-Formel muss das Ergebnis nein lauten. Denn denkt man die positive Stimmabgabe hinweg, wäre unabhängig von einem alternativen Abstimmungsergebnis weiterhin die erforderliche Stimmenmehrheit gegeben. Diese Überlegung könnte in der Folge für jeden, der für den Beschluss stimmte, angestellt werden, sodass im Ergebnis keine der abgegebenen Dafür-Stimmen kausal gewesen wäre.

<sup>62</sup> Alt (Fn. 29), § 324 Rn. 30 m.w.N.; ablehnend auch Heine/Schittenhelm (Fn. 14), § 324 Rn. 8.

<sup>63</sup> Saliger (Fn. 3), Rn. 352; Alt (Fn. 29), § 324 Rn. 28.

<sup>64</sup> Szesny, in: Leipold/Tsambikakis/Zöllner (Hrsg.), *Anwaltkommentar zum StGB*, 2. Aufl. 2015, § 324 Rn. 12; Krell (Fn. 3), § 6 Rn. 202.

<sup>65</sup> Heger, in: Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch*, 29. Aufl. 2018, § 324 Rn. 5.

<sup>66</sup> Horn, *JZ* 1994, 1057 (1058).

<sup>67</sup> Fischer (Fn. 4), § 324 Rn. 6; Ransiek (Fn. 53), Vor § 324 Rn. 17; zweifelnd Krell (Fn. 3), § 6 Rn. 202.

<sup>68</sup> Zutreffend Börner (Fn. 3), § 8 Rn. 25.

<sup>69</sup> Schall, in: Wolter (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 6, 9. Aufl. 2016, Vor §§ 324 ff. Rn. 38; vgl. auch Samson, *ZStW* 99 (1987), 617 (618 ff.).

<sup>70</sup> Vgl. statt vieler BGHSt 1, 332, 333; Rengier (Fn. 4), § 13 Rn. 3; Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 9; krit. Roxin/Greco (Fn. 6), § 11 Rn. 11.

<sup>71</sup> Schall (Fn. 69), Vor §§ 324 ff. Rn. 38; siehe hierzu auch Samson, *ZStW* 99 (1987), 617; gegen ihn Bloy, *JuS* 1997, 577 (583).

<sup>72</sup> Schmitz (Fn. 1), Vor § 324 Rn. 34.

<sup>73</sup> Schmitz (Fn. 1), Vor § 324 Rn. 35.

<sup>74</sup> Siehe zu dieser Frage insbesondere Narjes, *ZJS* 2019, 97; Knauer/Kämpfer, in: Volk/Beukelmann (Hrsg.), *Münchener Anwaltshandbuch, Verteidigung in Wirtschafts- und Strafsachen*, 3. Aufl. 2020, § 3 Rn. 48 ff.; Waßmer, in: Leipold/Tsambikakis/Zöllner (Fn. 11), § 25 Rn. 75; Knauer, *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, 2001.

Dennoch wird die Ursächlichkeit der Stimmabgabe auch in solchen Fällen angenommen.<sup>75</sup> Auch wenn in Bezug auf das Ergebnis Einigkeit herrscht, bleibt die Begründung umstritten. Die wohl h.M. gelangt hierbei über die Mittäterschaft nach § 25 Abs. 2 StGB zu einer Zurechnung.<sup>76</sup> Damit verzichtet sie auf einen Kausalitätsnachweis in Bezug auf die jeweilige Stimme. Demgegenüber wird – will man die Kausalität der einzelnen Stimme festgestellt haben – davon ausgegangen, dass dies über die Formel der gesetzmäßigen Bedingung erfolgen könne.<sup>77</sup> Wieder andere ziehen die alternative Kausalität heran.<sup>78</sup>

Einigkeit besteht weitestgehend insoweit, als dass derjenige, der sich mit einer Gegenstimme an der Abstimmung beteiligt, für sein Abstimmungsverhalten nicht strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann. Soweit die Rechtsprechung<sup>79</sup> dem teilweise widerspricht und jeden Teilnehmer der Abstimmung schon allein wegen der Teilnahme zur Verantwortung ziehen will, ist dem entgegenzutreten.<sup>80</sup> Denn das Abgeben einer Gegenstimme stellt gerade keinen Beitrag dar, der in rechtlich relevanter Weise eine Gefahr begründen könnte.<sup>81</sup> Allerdings kommt eine Straffreiheit für den Dagegen-Stimmenden nur dann in Betracht, wenn er alles ihm Mögliche und Zumutbare unternimmt, um den Eintritt des rechtswidrigen Zustands zu verhindern. Insofern bestehen unterschiedliche Aspekte, an die eine strafrechtliche Verantwortlichkeit geknüpft werden kann.

#### bb) Alternative und kumulative Kausalität

Typischerweise werden im Zusammenhang mit der Kausalitätsfrage auch die alternative und die kumulative Kausalität relevant.<sup>82</sup> Die alternative Kausalität zeichnet sich dadurch aus, dass mehrere voneinander gesetzte Ursachen unabhängig voneinander den Erfolg herbeiführen.<sup>83</sup> Bei strikter Anwendung der Äquivalenztheorie müsste die Kausalität des einzelnen Beitrags eigentlich zu verneinen sein, da das Verhalten des anderen hinweggedacht werden kann, der tatbestandliche Erfolg aber gleichwohl eintritt.<sup>84</sup> Um dieses Ergebnis zu vermeiden, bedient sich die h.M. einer Modifikation der Äquivalenztheorie. Können die jeweiligen Handlungen zwar alterna-

tiv, aber nicht kumulativ hinweggedacht werden, so ist jede für den Erfolg ursächlich.<sup>85</sup> Dem gegenüber bereitet die kumulative Kausalität auf dieser Ebene keine Probleme. Im Gegensatz zur alternativen Kausalität wirkt hierbei nicht jede Ursache für sich bereits tatbestandserfüllend, sondern erst das Zusammenwirken der Effekte bewirkt letztlich den Erfolgseintritt. Die Ursächlichkeit der jeweiligen Teilbeiträge ergibt sich somit unmittelbar aus der Anwendung der Äquivalenztheorie.

Allein die Bejahung der Kausalität zwischen Tathandlung und Taterfolg führt jedoch bei Erfolgsdelikten nach h.M. nicht ohne Weiteres dazu, dass einer handelnden Person der Erfolg auch wirklich zugerechnet wird. Ferner bedarf es auch der objektiven Zurechnung. Bevor auf diese Rechtsfigur eingegangen wird, sollen zunächst die Anforderungen an den Kausalitätsnachweis aufgezeigt werden.

#### c) Die Anforderungen an den Kausalitätsnachweis

Die Probleme im Zusammenhang mit der Kausalität liegen dabei in der Praxis weniger auf der rechtlichen Ebene der Kausalität. Die weit problematischere Frage ist, welche Anforderungen an die tatrichterlichen Feststellungen zu stellen sind, um die Kausalität im Einzelfall rechtsfehlerfrei nachzuweisen. Den Ausgangspunkt bildet § 261 StPO, wonach jeder Umstand, der für die Schuld- und Rechtsfolgenfrage von Bedeutung ist, zur Überzeugung des Gerichts festzustellen ist.<sup>86</sup> Im Grundsatz bedarf es daher theoretisch des Nachweises der Kausalität ggf. der jeweils den Erfolg herbeiführenden Substanz. Diese strengen Nachweisanforderungen sind durch die Rechtsprechung in zwei bekannten Entscheidungen abgemildert worden.<sup>87</sup> Zunächst entschied der BGH im sog. Lederspray-Fall, dass die Frage, welche Substanz letztlich den Schaden verursacht hat, offenbleiben könne, wenn andere in Betracht kommende Schadensursachen auszuschließen seien.<sup>88</sup> Diese schwächeren Anforderungen an die tatgerichtliche Kausalitätsfeststellung sind im Holzschutzmittel-Fall erneut abgesenkt worden. Nach dieser Entscheidung, die freilich nicht ohne Kritik blieb, könne die Kausalität sogar dann rechtsfehlerfrei festgestellt werden, wenn selbst unter naturwissenschaftlichen Sachverständigen keine Einigkeit dahingehend besteht, ob und inwieweit das Holzschutzmittel die Gesundheitsschäden der Verbraucher hervorgerufen hat.<sup>89</sup> Der BGH begründet diesen Standpunkt damit, dass es für eine rechtsfehlerfreie Feststellung ausreichen könne, dass andere Ursachen dadurch ausgeschlossen werden, dass nach einer Gesamtbewertung der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und

<sup>75</sup> Vgl. die Nachweise bei *Walter* (Fn. 32), Vor §§ 13 ff. Rn. 82.

<sup>76</sup> BGHSt 37, 107, 129; *Knauer/Kämpfer* (Fn. 74), § 3 Rn. 63; *Walter* (Fn. 32), Vor § 13 Rn. 83.

<sup>77</sup> *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 14), Vor §§ 13 ff. Rn. 83a m.w.N.

<sup>78</sup> So bspw. *Gercke/Hembach*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Fn. 11), Vor § 13 Rn. 19; *Hombrecher*, JA 2012, 535 (536).

<sup>79</sup> OLG Düsseldorf NJW 1980, 71; OLG Stuttgart NStZ 1981, 27.

<sup>80</sup> *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder (Fn. 14), § 25 Rn. 81; *Joecks/Scheinfeld*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 25 Rn. 256.

<sup>81</sup> Vgl. *Schumann*, StV 1994, 106 (110).

<sup>82</sup> Siehe hierzu auch den knappen Überblick bei *Krell* (Fn. 3), § 3 Rn. 77 f.

<sup>83</sup> BGHSt 36, 195 (198).

<sup>84</sup> *Gercke/Hembach* (Fn. 78), Vor § 13 Rn. 19.

<sup>85</sup> *Eisele*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 10 Rn. 25; *Rengier* (Fn. 4), § 13 Rn. 28; kritisch zu dieser Modifikation *Walter* (Fn. 32), Vor §§ 13 ff. Rn. 77.

<sup>86</sup> *Ott*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 261 Rn. 2.

<sup>87</sup> Siehe hierzu *Börner* (Fn. 3), § 3 Rn. 14.

<sup>88</sup> BGHSt 37, 106 (112); siehe hierzu auch *Hilgendorf*, NStZ 1994, 561.

<sup>89</sup> BGHSt 41, 206.

anderer Indizien die Mitverursachung des Holzschutzmittels zweifelsfrei festgestellt werde.<sup>90</sup>

#### d) Die objektive Zurechnung

Ist rechtsfehlerfrei festgestellt, dass ein bestimmtes Verhalten den Erfolg ursächlich herbeigeführt hat, muss der Erfolg dem Täter auch als sein Werk zugerechnet werden. Die h.M. wendet hierzu die Lehre von der objektiven Zurechnung an.<sup>91</sup> Nach dieser ist ein Erfolg dann objektiv zurechenbar, wenn der Täter 1. eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat und 2. sich diese Gefahr im konkreten Erfolg auch realisiert hat.<sup>92</sup> Die objektive Zurechnung bereitet im Kontext des § 324 StGB in Fällen der Nebentäterschaft Probleme. Hierbei handelt es sich um Konstellationen, in denen (mindestens) zwei Personen unabhängig und ohne die Voraussetzungen des § 25 Abs. 2 StGB zu erfüllen, gewässerbeeinträchtigende Verhaltensweisen vollziehen, die für den Erfolg kumulativ kausal waren.<sup>93</sup> Typischerweise werden hierbei zwei Konstellationen unterschieden, namentlich das sukzessive und das gleichzeitige Zusammenwirken. Sukzessives Handeln zeichnet sich dadurch aus, dass mindestens zwei Personen zeitlich nacheinander agieren und so kumulativ letztlich den tatbestandlichen Erfolg herbeiführen. In diesen Fällen stellt sich die Frage nach der objektiven Zurechnung des Erfolgs zu dem jeweils Handelnden. Von ausschlaggebender Bedeutung ist hierbei, welcher Stellenwert dem Aspekt der Eigenverantwortlichkeit bei der Argumentation beigemessen wird. Die wohl h.A. nimmt eine Gesamterfolgsszurechnung vor, sodass sowohl dem Erst- als auch dem Zweithandelnden der Erfolg in seiner Gesamtheit zugerechnet wird.<sup>94</sup> Diese Gesamterfolgsszurechnung ist nicht unproblematisch, denn im Grundsatz gilt, dass jeder nur für das verantwortlich gemacht werden kann, was er selbst verursacht hat. Vertreter einer Gesamterfolgsszurechnung verweisen in diesem Zusammenhang aber darauf, dass niemand davon ausgehen könne, das Gewässer sei frei von Belastungen durch andere. Dem Einzelnen obliege daher, bereits vorhandene Belastungen in Rechnung zu stellen.<sup>95</sup> Der BGH zieht zur Begründung seines Standpunkts überdies den Aspekt der Risikoerhöhung heran, indem er da-

rauf abstellt, dass durch das jeweilige Verhalten die Gefahren und Nachteile i.S.d. § 324 StGB jedenfalls erhöht worden seien.<sup>96</sup> Dem Konzept der Gesamterfolgsszurechnung stehen im Wesentlichen zwei Gegenpositionen entgegen. Zum einen wird zwischen dem Erst- und Zweithandelnden differenziert. Manche betonen das Eigenverantwortungs- und das Prioritätsprinzip, sodass der Einzelne auf rechtskonformes Verhalten der Mitbürger vertrauen dürfe und der Ersthandelnde folglich nur für den von ihm verursachten Beitrag zu haften habe, wohingegen der Zweithandelnde sich den Beitrag des Ersthandelnden zurechnen lassen müsse und der insoweit für diesen eine Gesamterfolgsszurechnung eintritt.<sup>97</sup> Gegen die Gesamterfolgsszurechnung sei zudem vorzutragen, dass unter dem Gesichtspunkt der Abschichtung von Verantwortungsbereichen die Strafbarkeit des Ersthandelnden von einem späteren Verhalten einer zweiten Person abhängen soll. Darüber hinaus bleibe unbeantwortet, welche begrenzende Funktion der tatbestandsimmanenten Minima-Klausel zukomme.<sup>98</sup> Strikt zwischen den jeweiligen Tatbeiträgen trennen die Vertreter einer konsequenten Einzelerfolgsszurechnung.<sup>99</sup> Der Einzelne schaffe gerade nicht die spezifische Gefahr der nachteiligen Veränderung dadurch, dass auch Dritte gewässerschädigende Handlungen vornehmen.<sup>100</sup> Die Gesamterfolgsszurechnung sei zudem mit den Grundsätzen der Täterschaft nicht vereinbar.<sup>101</sup> Abseits des § 25 Abs. 2 StGB verbiete das Schuldprinzip die Mithaftung für freiverantwortliche Verhaltensweisen Dritter.<sup>102</sup> Dieses letztgenannte Verständnis verdient den Vorzug.<sup>103</sup> Es ist nicht einzusehen, weswegen das Prinzip der Eigenverantwortung durch die Pflicht zur Berücksichtigung bereits erfolgter Verunreinigungen im Umweltstrafrecht durchbrochen werden soll. Abseits des Umweltstrafrechts findet ebenfalls keine derartige Gesamterfolgsszurechnung statt.<sup>104</sup> Sofern allerdings auf die untergrabene beschränkende Funktion der Minima-Grenze abgestellt wird, ist zuzugeben, dass dieses Verständnis Erfolgsdefinition und Erfolgsszurechnung miteinander vermengt.<sup>105</sup> Dieselbe Frage nach Einzel- oder Gesamterfolgsszurechnung stellt sich auch bei zeitgleichem Zusammenwirken. Vertreter der Gesamterfolgsszurechnung kommen hierbei, in Übereinstimmung mit den Anhängern eines diffe-

<sup>90</sup> BGHSt 41, 206 (215 f.).

<sup>91</sup> Siehe nur *Eisele* (Fn. 85), § 10 Rn. 64; umfassend hierzu *Goetzenjan*, Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung, 2017 sowie zum Umweltstrafrecht *Daxenberger*, Kumulationseffekte: Grenzen der Erfolgsszurechnung im Umweltstrafrecht, 1997.

<sup>92</sup> *Rengier* (Fn. 4), § 13 Rn. 46; *Börner* (Fn. 3), § 3 Rn. 12; *Roxin/Greco* (Fn. 6), § 11 Rn. 49.

<sup>93</sup> Zum Folgenden siehe insb. *Saliger* (Fn. 3), Rn. 239 ff.; *Börner* (Fn. 3), § 3 Rn. 17 f.

<sup>94</sup> BGH NStZ 1987, 323 (324); OLG Stuttgart NJW 1977, 1406 (1407); *Ransiek* (Fn. 53), § 324 Rn. 19; *Bloy*, JuS 1997, 577 (584); wohl auch *Möhrenschlager* (Fn. 5), § 324 Rn. 32; vgl. auch *Börner* (Fn. 3), § 3 Rn. 21 ff., der dafür plädiert, die Grenze der Gesamterfolgsszurechnung anhand der Verwaltungsakzessorietät zu bestimmen.

<sup>95</sup> So *Ransiek* (Fn. 53), § 324 Rn. 19; *Heine/Schittenhelm* (Fn. 14), § 324 Rn. 8.

<sup>96</sup> BGH NStZ 1987, 324.

<sup>97</sup> *Bloy*, JuS 1997, 577 (583); *Saliger* (Fn. 3), Rn. 248 f.; so auch *Schall* (Fn. 69), § 324 Rn. 39.

<sup>98</sup> *Saliger* (Fn. 3), Rn. 241.

<sup>99</sup> *Schmitz* (Fn. 1), Vor § 324 Rn. 36 ff.; *Bock*, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2017, § 324 Rn. 16; *Sammüller-Gradl*, Die Zurechnungsproblematik als Effektivitätshindernis im Deutschen Umweltstrafrecht, 2015, S. 176.

<sup>100</sup> *Szesny* (Fn. 11), § 324 Rn. 6; siehe auch *Schmitz* (Fn. 1), Vor § 324 Rn. 36 ff.

<sup>101</sup> Vgl. hierzu *Daxenberger* (Fn. 91), S. 87 ff.; *Schmitz* (Fn. 1), Vor § 324 Rn. 39.

<sup>102</sup> *Szesny* (Fn. 11), Vor §§ 324 Rn. 75 m.w.N.

<sup>103</sup> So bspw. auch *Bock* (Fn. 61), § 48 Rn. 81.

<sup>104</sup> Siehe hierzu *Sammüller-Gradl* (Fn. 99), S. 142 ff.

<sup>105</sup> *Schall* (Fn. 69), Vor §§ 324 ff. Fn. 177.

renzierenden Ansatzes zu einer Gesamterfolgszurechnung<sup>106</sup>, während Vertreter einer strikten Teilerfolgszurechnung auch hier streng nach den Verursachungsbeiträgen differenzieren.

#### 4. Subjektiver Tatbestand

§ 324 Abs. 1 StGB ist ein Vorsatzdelikt. Der Täter muss daher den tatbestandlichen Erfolg zumindest billigend in Kauf nehmen. Die Haftung für Fahrlässigkeit ist in § 324 Abs. 3 StGB normiert. Im Rahmen der tatbestandlichen Prüfung sind dabei die Sorgfaltspflichtverletzung sowie die objektive Zurechnung und hierbei der Pflichtwidrigkeitszusammenhang von tragender Bedeutung.<sup>107</sup> Erforderlich ist zunächst der Verstoß gegen eine gewässerspezifische Sorgfaltspflicht.<sup>108</sup> Kommen im jeweiligen Fall straßenverkehrsrechtliche Sorgfaltspflichtverstöße in Betracht, ist danach zu schauen, ob sie nicht lediglich allgemeiner straßenverkehrsrechtlicher Natur und somit als Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit nach § 324 Abs. 3 StGB ausscheiden.<sup>109</sup> Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang beschreibt die Verknüpfung von Sorgfaltswidrigkeit und Erfolgseintritt.<sup>110</sup> Gerade die Sorgfaltspflichtverletzung muss sich im tatbestandlichen Erfolg auswirken.<sup>111</sup>

#### 5. Rechtswidrigkeit

##### a) Allgemeines

Ein strafbarer Vorwurf setzt in jedem Fall voraus, dass das beurteilende Verhalten rechtswidrig ist. Die Prüfung der Rechtswidrigkeit folgt im Umweltstrafrecht ebenfalls den allgemeinen Regeln. Hierbei werden die „klassischen“ Rechtfertigungsgründe, von Ausnahmefällen abgesehen, kaum praktische Bedeutung erlangen können.<sup>112</sup> Die folgende Darstellung orientiert sich daher vorwiegend an umweltstrafspezifischen Rechtswidrigkeitsproblemen.

##### b) Zur Bedeutung des Merkmals der Unbefugtheit

Die tatbestandliche Beschreibung des § 324 StGB verlangt, dass der Täter die Verunreinigung oder sonst nachteilige Veränderung „unbefugt“ vornimmt. Die dogmatische Einordnung dieses Merkmals ist umstritten. Zum Teil wird davon ausgegangen, dass Gewässerverunreinigungen, die befugt erfolgen, bereits den Tatbestand ausschließen.<sup>113</sup> Die h.M. sieht hierin nur einen deklaratorischen Hinweis auf die Ebene der Rechtswidrigkeit.<sup>114</sup> Die systematische Einordnung steht auch

in Zusammenhang mit der Rechtsgutbetrachtung. Insbesondere Vertreter eines eher administrativ geprägten Verständnisses der Umweltdelikte verorten die Unbefugtheit auf Ebene der Tatbestandsmäßigkeit. Diese Fragestellung wirkt sich vor allem im Bereich der Irrtümer aus. Wenn bspw. eine behördliche Genehmigung bereits zum Tatbestandsausschluss führt, sind Irrtümer über das Innehaben einer Genehmigung als vorsatzausschließende Tatumstandsirrtümer nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zu werten. Den Vorzug verdient hierbei die h.M. Es ist zwar richtig, dass ein solcher Hinweis auf die Rechtswidrigkeit oftmals überflüssig ist<sup>115</sup>, da selbstverständlich nur rechtswidriges Verhalten Anknüpfungspunkt für strafgerichtliche Sanktionen sein kann. Die Frage, ob die Verwaltungsakzessorietät als das tragende Prinzip des deutschen Umweltstrafrechts<sup>116</sup> im Merkmal „unbefugt“ auf Ebene des Tatbestands oder auf Ebene der Rechtswidrigkeit anzusiedeln ist, wird nach der herrschenden Differenzierungstheorie davon abhängig gemacht, ob es sich um ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt oder um ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt handelt.<sup>117</sup> Diese Differenzierung kann für sich beanspruchen, eine dogmatisch nachvollziehbare Aufteilung zu gewährleisten. Präventive Verbote nehmen im Grundsatz Verhaltensweisen in Bezug, die nicht per se unerwünscht sind, sondern sich – so *Welzel* – „innerhalb der geschichtlich gewordenen sozialetischen Ordnung des Gemeinschaftslebens“<sup>118</sup> bewegen und daher als sozialadäquat zu bewerten sind. Das Erfordernis einer Genehmigung stellt sicher, dass im Wege einer Vorabkontrolle überprüft werden kann, ob die zur Gefahrenvermeidung erforderlichen Voraussetzungen vorliegen.<sup>119</sup> Ein Beispiel hierfür bietet das Erfordernis einer Erlaubnis zum Fahren von PKW. Das Fahren von Kraftfahrzeugen ist eine Tätigkeit, die nicht im Grundsatz unerwünscht ist, bei der jedoch im Vorfeld durch das Erfordernis einer Fahrerlaubnis Gefahrenstellungen entgegengewirkt wird. Dem gegenüber sind solche Verhaltensweisen, die einem repressiven Verbot mit Befreiungsvorbehalt unterliegen, bereits im Grundsatz unerwünscht. Eine Erlaubnis wird nur nach Abwägung im Einzelfall erteilt. Ein Beispiel hierfür bildet das sog. Schächten als besondere Form der Tierschlachtung. Eine solche ist grundsätzlich verboten und nur unter den Voraussetzungen des § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG gestattet. Gemessen an diesen Maßstäben handelt es sich bei § 324 StGB um ein solches repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt.<sup>120</sup> (*Der Beitrag wird fortgesetzt.*)

<sup>106</sup> *Bloy*, JuS 1997, 577 (583); *Saliger* (Fn. 3), Rn. 249; *Schall* (Fn. 69), Vor §§ 324 ff. Rn. 38.

<sup>107</sup> Ausführlich hierzu *Börner* (Fn. 3), § 3 Rn. 67 ff.; *Alt* (Fn. 29), § 324 Rn. 41 ff.

<sup>108</sup> *Ransiek* (Fn. 53), § 324 Rn. 47.

<sup>109</sup> OLG Oldenburg NSTZ-RR 2016, 14 (15); hierzu *Krell*, NZV 2012, 116.

<sup>110</sup> *Möhrenschlager* (Fn. 5), § 324 Rn. 89.

<sup>111</sup> *Rengier* (Fn. 4), § 52 Rn. 26.

<sup>112</sup> *Ransiek* (Fn. 53), § 324 Rn. 48; *Heger* (Fn. 65), § 324 Rn. 14.

<sup>113</sup> *Papier*, NuR 1986, 1 (3); *Ransiek* (Fn. 53), Vor §§ 324 ff. Rn. 9 ff; siehe auch *Meinberg*, NSTZ 1988, 201 (203).

<sup>114</sup> *Börner* (Fn. 3), § 4 Rn. 104; *Szesny* (Fn. 11), § 324 Rn. 35;

*Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2021, § 324 Rn. 19; *Möhrenschlager* (Fn. 5), § 324 Rn. 65 m.w.N.; *Hilgendorf* (Fn. 7), § 41 Rn. 59.

<sup>115</sup> *Rengier* (Fn. 4), § 8 Rn. 14; a.A. *Börner* (Fn. 3), § 4 Rn. 105.

<sup>116</sup> Siehe einführend hierzu *Bloy*, JuS 1997, 577 (584 ff.); *Krell* (Fn. 3), § 2 Rn. 20 ff.; *Fischer* (Fn. 4), Vor § 324 Rn. 6 ff.

<sup>117</sup> *Börner* (Fn. 3), § 4 Rn. 105; *Rönnau*, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, Vor §§ 32 ff. Rn. 274.

<sup>118</sup> *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 1947, S. 35.

<sup>119</sup> *Kloepfer*, Umweltrecht, 4. Aufl. 2016, § 5 Rn. 211.

<sup>120</sup> *Börner* (Fn. 3), § 4 Rn. 108.

# Die rechtsgeschichtliche Seminararbeit

Von Wiss. Mitarbeiter **Theodor Wanninger**, Bayreuth\*

*Während im juristischen Studium die rechtswissenschaftlichen Methoden umfassend gelehrt werden, gilt dies nicht für die Methoden der Grundlagenfächer. Eine korrekte Anwendung der maßgeblichen Methoden ist jedoch der Schlüssel zum Erfolg im wissenschaftlichen Arbeiten. Dieser Beitrag hat zum Ziel, eine knappe Einführung in die methodische Vorgehensweise in rechtsgeschichtlichen Seminararbeiten zu bieten.*

## I. Einleitung

Noch immer erfreut sich die Rechtsgeschichte bei Studierenden einer großen Beliebtheit. Jahr für Jahr wählen viele Studierende mit Interesse rechtsgeschichtliche Seminare, um die in den Prüfungsordnungen vorgesehenen Seminarleistungen zu erbringen. Während die Teilnehmer dogmatischer Seminare auf umfangreiche Literatur zur juristischen Methodik und zum allgemeinen Vorgehen beim Abfassen einer Seminararbeit zurückgreifen können,<sup>1</sup> ist dies für Teilnehmer rechtsgeschichtlicher Seminare nur bedingt der Fall. Wenn methodische Fehler, die Studierenden bei der Bearbeitung von Seminararbeiten unterlaufen, festgestellt und beklagt werden,<sup>2</sup> so wird dies zu einem Teil auch an der vorhandenen Ausbildungsliteratur liegen. Diese konzentriert sich noch immer auf die klassische Quellenexegese, also die Bearbeitung von Themenstellungen, bei denen in einer schematischen Weise einzelne Quellen dargestellt und kontextualisiert werden sollen.<sup>3</sup> Die Realität der rechtsgeschichtlichen Seminararbeit sieht heutzutage aber oftmals anders aus. Der Fokus liegt inzwischen meist auf abstrakten Themenstellungen, bei denen das Abarbeiten eines vorgegebenen Schemas nur ausnahmsweise erfolgsversprechend ist. Stattdessen bedarf es einer der Forschungsfrage angepassten Bearbeitung unter Kenntnis der methodischen Prinzipien der Rechtsgeschichte.

Ziel einer Seminararbeit ist es, die Fähigkeit der Studierenden im selbstständigen wissenschaftlichen Arbeiten zu prüfen.<sup>4</sup> Wissenschaftliches Arbeiten ist die Anwendung der maßgeblichen Methodik.<sup>5</sup> Da die in der Rechtsgeschichte anzu-

wendende Methodik maßgeblich von der Geschichtswissenschaft geprägt wurde, erhöht sich damit der Schwierigkeitsgrad rechtsgeschichtlicher Seminarleistungen. Dies wird oft unterschätzt. Zwar wird von Studierenden der Rechtswissenschaft nicht die Anwendung der historischen Methodik auf höchstem Niveau verlangt. Größere Fehler sollten jedoch vermieden werden, da sich daran die Qualität der Arbeit misst.<sup>6</sup>

Viele Hinweise zum Vorgehen bei der Bearbeitung von Themenstellungen in Seminararbeiten sind über Methodengrenzen hinweg gültig. Formvorgaben, Zeitplanung und Exzerpiertechnik können somit aus der vorhandenen Literatur entnommen werden. Anderes gilt für das methodische Selbstverständnis der Rechtsgeschichte.

Zunächst soll es um eine genauere Charakterisierung der methodischen Problemstellung in der Rechtsgeschichte gehen (II.). Es folgt eine Darstellung der maßgeblichen rechtsgeschichtlichen Methodik (III.). Zuletzt wird auf die Darstellung der Erkenntnisse und die Frage, wann die geschichtliche Methodik anzuwenden ist, eingegangen (IV.).

## II. Rechtsgeschichte als Wissenschaft

Sowohl die dogmatische Rechtswissenschaft als auch die Rechtsgeschichte untersuchen das Recht. Der maßgebliche Unterschied ist die Perspektive, aus der die normativen Aussagen des Rechts betrachtet werden.

Das Ziel der rechtswissenschaftlichen Methoden ist es, rechtliche Entscheidungen zu begründen.<sup>7</sup> Ergebnis der Methodenanwendung sind Argumente zur Reichweite einer Norm, die durch Auslegung, oder zum Ausgleich verschiedener Rechtsprinzipien, die durch Abwägung gewonnen werden. Die so gewonnenen Aussagen sind Aussagen über das Recht, mithin normativen Charakters, da sie der Formulierung rechtlicher (Be-)Wertungen dienen. Ein bestimmter Sachverhalt soll von Rechts wegen in einer bestimmten Art behandelt werden. Die getroffenen Wertungen werden zur Steigerung ihrer Überzeugungskraft als Wertungen des Rechts selbst und nicht des Rechtsanwenders verstanden. Diesem Selbstverständnis folgt meistens auch die Kommunikation der Ergebnisse.

Das Ziel der Rechtsgeschichte ist es hingegen, Recht, Rechtsverständnis und Rechtsanwendung historisch zu erfassen. Ob sich dafür die rechtswissenschaftlichen Methoden eignen, war lange Zeit umstritten.<sup>8</sup> Die rechtswissenschaftlichen Methoden sind jedoch selbst einem historischen Wandel unterworfen, wie inzwischen zwei Bände über die Geschichte der juristischen Methodik eindrücklich zeigen.<sup>9</sup> Daher stellen

*Rüsen*, Geschichte Denken, 2020, S. 7.

<sup>6</sup> So auch *Schimmel/Basak/Reiß* (Fn. 1), Rn. 594.

<sup>7</sup> *Möllers* (Fn. 5), § 1 Rn. 63 ff.

<sup>8</sup> Zur Entwicklung der Methodik in der Rechtsgeschichte: *Klippel*, Juristische Zeitgeschichte, 1985, S. 5 ff.

<sup>9</sup> *Schröder*, Recht als Wissenschaft, 3. Aufl. 2020 (2 Bde.); vgl. *Stolleis*, in: Cordes u.a. (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 2016, Bd. 3, Sp. 1475 ff.

\* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Rechtsgeschichte (Prof. Dr. Bernd Kannowski) an der Universität Bayreuth.

<sup>1</sup> Z.B.: *Schimmel/Basak/Reiß*, Juristische Themenarbeiten, 3. Aufl. 2017; *Möllers*, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 10. Aufl. 2021, S. 165 ff. (§ 7); *Becker/Pordzik*, Jura 2019, 617, 750 und 851.

<sup>2</sup> *Kiehnle/Klinck*, ZDRW 2019, 114 (117 ff.).

<sup>3</sup> *Schlosser/Sturm/Weber*, Die rechtsgeschichtliche Exegese, 2. Aufl. 1993; *Waßmer/Wittemann*, Die verfassungsgeschichtliche Exegese, 1999; *Hattenhauer*, Die deutschrechtliche Exegese, 1975; *Wesel*, Die Hausarbeit in der Digestenexegese, 3. Aufl. 1989; vgl. auch *Hähnchen*, Rechtsgeschichte, 4. Aufl. 2012, § 1 Rn. 26 ff.

<sup>4</sup> Dies wissenschaftliche Prägung der Juristenausbildung ist z.B. festgelegt in: § 16 Abs. 2 S. 2 BayJAPO, § 3 Abs. 1 BW JAPro, § 2 Abs. 2 f. JAG NRW.

<sup>5</sup> *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2020, § 1 Rn. 2;

sie als Teil des Rechtsverständnisses einen Gegenstand rechts-historischer Forschung dar. Eine überzeitliche juristische Methodik gibt es nicht. Zumindest mit heutiger juristischer Methodik können keine Aussagen über das vergangene Recht getroffen werden. Vorgefundene Rechtsnorm, Rechtsverständnis und Rechtsanwendung sind als historische Produkte, im Kontext einer historischen Situation, zu verstehen. Zur erklärenden Beschreibung des vergangenen Rechts und der vergangenen Rechtskultur wird heute in der Rechtsgeschichte die geschichtliche Methodik angewendet.<sup>10</sup>

Wie in der Geschichtswissenschaft ist zugleich die Grenze der rechtsgeschichtlichen Methodik zu beachten. Das ideale Ziel ist es zwar, die Geschichte objektiv zu beschreiben. Aus verschiedenen, noch zu erörternden, Gründen ist dies jedoch nie vollumfänglich möglich. Die Vergegenwärtigung dieses Problems sorgt dafür, dass Aussagen, die jenseits der Erkenntnismöglichkeiten geschichtlicher Methodik liegen, vermieden werden.

Somit ergeben sich zwei verschiedene Blickwinkel auf das Recht. Im Gegensatz zum normativen Blickwinkel der rechtswissenschaftlichen Methoden ist der methodische Blickwinkel der Rechtsgeschichte ein beschreibender.<sup>11</sup> Die methodische Schwierigkeit ist es, dass gerade Recht, ein System normativer Aussagen, beschrieben werden muss. Eine möglichst objektive Beschreibung erfordert daher ein gewisses Fingerspitzengefühl.

### III. Die rechtsgeschichtliche Methodik

Eine unmittelbare Erfahrung des vergangenen Rechts ist für uns nicht mehr möglich. Wir verfügen durch Texte, Bilder und mündliche Überlieferungen lediglich über Spuren des vergangenen Rechts. Nur auf dieser Grundlage kann die Rekonstruktion des vergangenen Rechts stattfinden. Im Kontext geschichtswissenschaftlicher Methodik nennt man diese Spuren Primärquellen. Das, was heute als Primärquelle bezeichnet wird, war jedoch nicht immer eine Primärquelle. Vielmehr hatte die Primärquelle einst einen anderen Zweck, als den, Rückschlüsse auf vergangenes Recht zu ermöglichen. Ein historischer Text sollte so einst eine Rechtsnorm, ein überzeugendes Urteil oder eine originelle Dissertation sein. Dieser ursprüngliche Zweck sorgt dafür, dass die Quelle nicht direkt die historische Frage beantworten kann. Sie hatte ein eigenes, davon abweichendes Ziel, das bei der Arbeit mit der Primärquelle berücksichtigt werden muss. Der Gegensatz zu Primärquellen sind spätere Zeugnisse über das vergangene Recht, die Sekundärquellen. Faustformelartig kann man also sagen, dass Primärquellen aus der zu untersuchenden Zeit stammen, Sekundärquellen aus einer späteren. Letztere sind somit aus einer Ex-post-Perspektive verfasst.<sup>12</sup>

Bis heute wird die geschichtliche Methode in den Dreischritt Heuristik (Primärquellensuche), Primärquellenkritik

und Primärquelleninterpretation eingeteilt. Diese klassische<sup>13</sup> Einteilung geht davon aus, dass sich neue geschichtswissenschaftliche Fragestellungen aus der Entdeckung und Auswertung neuen, unbearbeiteten Quellenmaterials ergeben. Diese Überzeugung ist inzwischen überholt. Das Quellenmaterial kann nämlich aus vielfältigen Perspektiven ausgewertet werden. Genau wie eine Rechtsnorm nicht ohne Auslegungsfrage ausgelegt werden kann,<sup>14</sup> bedarf auch die Auswertung einer historischen Quelle einer Fragestellung. Diese wird im Folgenden zunächst näher untersucht.

#### 1. Die Forschungsfrage

Auf den ersten Blick erscheint die rechtsgeschichtliche Forschungsfrage für Studierende, die eine rechtsgeschichtliche Arbeit anfertigen, von sehr geringer Relevanz. Immerhin wird ihnen mit der Themenstellung die Forschungsfrage scheinbar fertig präsentiert. Eine Vergegenwärtigung des Forschungsproblems ist dennoch unumgänglich. Erst wenn die Forschungsfrage aus der Aufgabenstellung extrahiert ist, wird klar, welches Quellenmaterial heranzuziehen und unter welchen Gesichtspunkten es auszuwerten ist.

Zudem erschließt sich schon mit der Forschungsfrage eine Grenze der geschichtlichen Methodik. Ein Einwand gegen die Idee, dass komplett erforscht werden kann, wie ein historischer Sachverhalt tatsächlich gewesen ist, betrifft die Forschungsfrage. Denn diese ist immer vom Vorverständnis des Historikers geprägt.<sup>15</sup> Dies können persönliche Überzeugungen sein, wie politische Einstellung oder Geschmack. Die wichtigste Prägung ist jedoch die Prägung des Historikers durch seine Zeit. Er wird vorwiegend „aktuelle“ Forschungsfragen behandeln. Für die Rechtsgeschichte ergibt sich die Forschungsfrage daher auch wesentlich aus dem aktuellen Recht und aus aktuellen Themen der Rechtswissenschaft. Sie ist aber keineswegs auf solche Untersuchungen beschränkt.<sup>16</sup> Das Bewusstsein für diese Grenze geschichtswissenschaftlicher Objektivität sorgt dafür, dass die Forschungshypothesen nicht unreflektiert in die Vergangenheit projiziert werden, mithin, dass die gewonnenen Erkenntnisse sich aus dem Primärquellenmaterial ergeben und nicht das Primärquellenmaterial lediglich genutzt wird, um eine vorherige Annahme zu stützen.

#### 2. Die Primärquellen

Für die Rechtsgeschichte ergeben sich Besonderheiten bei dem Primärquellenmaterial, das äußerst vielfältig ist. Im Zentrum steht in der Rechtsgeschichte meist die Norm. Da diese geschaffen werden musste, finden sich zumindest für den modernen Staat regelmäßig Plenarprotokolle oder Verwaltungsakten, die Auskunft darüber geben, welche Kontroversen und

<sup>13</sup> Zurückgehend auf: *Droysen*, Grundriss der Historik, 1869, §§ 19 ff.

<sup>14</sup> *Möllers* (Fn. 5), § 4 Rn. 10 ff.

<sup>15</sup> *Willoweit/Schlinker*, Deutsche Verfassungsgeschichte, 8. Aufl. 2019, § 2 Rn. 1.

<sup>16</sup> *Stolleis*, in: *Ruppert/Vec* (Hrsg.) Ausgewählte Aufsätze und Beiträge, Bd. 2, S. 1098.

<sup>10</sup> *Klippel*, in: *Eibach/Lottes* (Hrsg.) Kompass der Geschichtswissenschaft, 2. Aufl. 2006, S. 131 ff.

<sup>11</sup> *Eckert/Beigel*, Historisch Arbeiten, 2019, S. 12 ff.

<sup>12</sup> *Jordan*, Einführung in das Geschichtsstudium, 2005, S. 49.

Motive um die Schaffung einer Rechtsnorm bestanden. Diese Kontroversen werden oft auch in der Öffentlichkeit ausgetragen, wovon meist ein weiterer Quellenbestand Zeugnis ablegt. Normen können aber auch durch Verschriftlichung von Gewohnheitsrecht überliefert sein. Recht muss auch angewendet werden, wobei insbesondere Gerichtsentscheidungen von größerer Bedeutung sind, da Gerichte dabei oftmals neues Recht schaffen. Zudem erfolgte meist eine wissenschaftliche Beschäftigung mit dem Thema Recht, über die zeitgenössische Lehrbücher, Abhandlungen oder Dissertationen Aufschluss geben können. Dazu gehören auch rechtsphilosophische Texte, aus denen Grundüberzeugungen der vergangenen Rechtskultur erschlossen werden können.

Primärquellen bieten als Spuren der Vergangenheit nur eine beschränkte Möglichkeit zu ihrer Erfassung, da nicht alles durch sie überliefert und jeder Primärquelle eine Perspektive immanent ist. Schon aufgrund der Unvollständigkeit jeder Quellengrundlage ist eine komplette, objektive Erfassung der Vergangenheit nicht möglich.

Die Erschließung des Primärquellenmaterials gestaltet sich höchst vielfältig. Zunächst kann auf die Primärquelle unmittelbar zugegriffen werden. Vor allem seit dem 19. Jahrhundert sind viele Quellen in Sammlungen gebündelt. Diese sind in der Regel auch nach thematischen Gesichtspunkten geordnet. Für das Arbeiten im Rahmen der rechtshistorischen Seminararbeit ist zu beachten, dass auch Quellensammlungen ergiebig sein können, die nicht direkt ein rechtliches Thema zum Leitmotiv haben. Recht berührt und berührte schließlich fast alle Lebensbereiche. Bei der Suche nach Gesetzen lässt sich auf die Gesetzessammlungen, in denen diese veröffentlicht wurden, zurückgreifen. Da jedes seriöse wissenschaftliche Werk nach den hier dargestellten Grundsätzen seine Aussagen auf Primärquellen aufbaut, können die Primärquellen auch durch wissenschaftliche Sekundärliteratur erschlossen werden. Zu beachten ist dabei, dass die von der Sekundärquelle bearbeitete Forschungsfrage meist von der eigenen abweicht, somit nur ein Ausschnitt, der für einen selbst relevanten Primärquellen, verwendet wurde. Zudem sollten in der Sekundärliteratur gezogene Schlüsse nicht ohne gründliche Überprüfung in die eigene Arbeit übernommen werden. Sehr viele Primärquellen sind heutzutage als Digitalisate abrufbar, viele dabei auch durchsuchbar.

*Beispiel 1:* Ein oft diskutiertes Thema der Menschenrechte ist ihre Universalität. Es stellt sich dabei auch die Frage, ob die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte tatsächlich zur Zeit ihrer Entstehung allgemein im Sinne von universal war. Taugliches Quellenmaterial, um die Frage nach der Universalität der AEMR zu beantworten, kann zum einen in Form der Verhandlungsprotokolle gefunden werden, in denen Vertreter aus vielen UN-Staaten ihr Verständnis von Menschenrechten und ihre Motive für eine Menschenrechtserklärung festhielten.<sup>17</sup> Zum anderen kann eine Quelle die, in jüngerer Zeit diskutierte,

<sup>17</sup> Die Verhandlungsprotokolle hat die UN weitgehend in einer digitalen Bibliothek zusammengetragen: <https://research.un.org/en/undhr> (2.11.2021).

UNESCO-Umfrage von 1947 sein. Bei dieser hat die UNESCO anlässlich der parallelen Entstehung der AEMR eine Umfrage unter Philosophen aus aller Welt durchgeführt. Ergebnis dieser Umfrage ist ein Essayband mit verschiedensten Stellungnahmen zur Frage einer Menschenrechtserklärung.<sup>18</sup> Deutlich schwieriger zu erschließen sind sonstige Einzelquellen. In Betracht kommen hier unabhängige Veröffentlichungen, wie das berühmte Buch von *Hersch Lauterpacht*,<sup>19</sup> aber auch Zeitungsartikel und sonstige Stellungnahmen aus aller Welt.

*Beispiel 2:*<sup>20</sup> Eine, durch Art. 1 Abs. 1 GG und verschiedene Erwähnungen in Menschenrechtsverträgen<sup>21</sup> aufgeworfene, verfassungsgeschichtliche Fragestellung ist die nach dem Ursprung und der Entwicklung der Menschenwürde. Bei der Frage nach der Geschichte der Menschenwürde ist hinsichtlich der Quellen zu beachten, dass die rechtliche Verankerung dieses Konzepts ein sehr junges Konstrukt ist. Natürlich wird man hier Gesetzgebungsmaterialien zu den Fragen, wann und warum die Menschenwürde ins Recht gekommen ist, befragen können. Da die Menschenwürde die meiste Zeit ein philosophisch-theologisches Konstrukt war, sind vorrangig philosophische Abhandlungen heranzuziehen. Bei der Suche nach rechtsphilosophischem Quellenmaterial kann man auch auf eine Schrift stoßen, die oftmals als Ausgangspunkt der modernen Menschenwürde gesehen wird,<sup>22</sup> nämlich die Schrift „*Oratio de hominis dignitate*“ oder auf Deutsch „*Rede von der Würde des Menschen*“ von *Pico della Mirandola*.

### 3. Die Quellenkritik

Sind die Quellen gefunden, so sind sie im Folgenden auszuwerten. Als erster Schritt gilt dabei klassischerweise die Quellenkritik. Im 19. Jahrhundert stellte man sich diese als den Prozess des Reinigens der Quelle vor.<sup>23</sup> Dabei werden die beiden Aspekte der äußeren und der inneren Quellenkritik unterschieden. Die äußere Quellenkritik betrifft die Frage, ob die Quelle echt oder im Laufe der Zeit verfälscht worden ist. Diese Frage kann sich grundsätzlich bei Quellen aus allen Zeiten stellen, ist aber besonders dann virulent, wenn die Quelle oft mündlich oder schriftlich weitergegeben wurde, da es bei diesem Vorgang zu vielen Veränderungen kommen kann.

*Fortführung von Beispiel 1:* Sowohl die Verhandlungsprotokolle zur AEMR als auch die UNESCO-Umfrage

<sup>18</sup> Die Antworten sind abgedruckt bei: *Goodale*, *Letters to the Contrary, A curated history of the UNESCO Human Rights Survey*, 2018.

<sup>19</sup> Ein aktueller Neudruck ist: *Lauterpacht*, *An International Bill of the Rights of Man*, 2013 [1945].

<sup>20</sup> Beispiel 2 orientiert sich an dem Aufsatz von: *Kannowski*, *ARSP 107* (2021), 417.

<sup>21</sup> Präambel und Art. 1 AEMR, Art. 5 Banjul-Charta, Art. 1 GRC.

<sup>22</sup> M.w.N. *Kannowski*, *ARSP 107* (2021), 417 (419 Fn. 13).

<sup>23</sup> Vgl. *Droysen* (Fn. 13), §§ 28 ff.



sind nicht ohne Veränderungen. Die Verhandlungsprotokolle mussten nach den jeweiligen Verhandlungen niedergeschrieben werden. Dass dabei Fehler passierten, zeigt allein, dass oftmals Änderungen vorgenommen werden mussten. Dies legt aber auch den Schluss nahe, dass die Verhandlungsteilnehmer die Protokolle oft noch einmal auf ihre Korrektheit prüften. Die Veränderungen der Delegiertenaussagen werden im Ergebnis daher meist marginal sein. Bei der UNESCO-Umfrage nahmen schon die Mitarbeiter der UNESCO Kürzungen und Korrekturen vor. Diese Änderungen sind auch heute noch in den publizierten Quellen vorhanden.<sup>24</sup> Auch die Umfrage der UNESCO wurde also verändert. Aber auch diese Veränderungen sind von relativ geringem Umfang, so dass die Aussagen der Quellen als authentisch angesehen werden können.

*Fortführung von Beispiel 2:* Im Gegensatz zum *Beispiel 1* ist bei der Frage nach den Veränderungen an der „*Oratio de hominis dignitate*“ eine ganz wesentliche Veränderung festzustellen. Der Titel des Werkes wurde nicht von *della Mirandola* selbst entworfen, sondern von seinem Verleger und Drucker, der damit vielleicht auch den Absatz ankurbeln wollte.<sup>25</sup> Mit dieser Feststellung wird klar, dass *Pico della Mirandola* selbst gar nicht unbedingt die Intention hatte, die Würde des Menschen in den Mittelpunkt seines Werkes zu stellen.

Als Gegenstück der äußeren Quellenkritik wird oftmals die innere Quellenkritik gesetzt.<sup>26</sup> Bei dieser geht es um die Ermittlung der Umstände der Entstehung der Quelle. Nahegelegener ist es, diesen Prozess als „Kontextualisierung“ zu begreifen. Es geht hier darum, zu ermitteln, wer, wann, wo, zu welchem Zweck und in welcher Art die Quelle geschaffen hat. Da der Gegenstand der Rechtsgeschichte regelmäßig eine Norm oder die Beschäftigung mit einer Norm ist, ist hier von besonderer Relevanz, wodurch die Autoren der Primärquellen in ihrem Rechtsdenken geprägt waren. Aber auch das Verhältnis der Autoren zu den behandelten Rechtsproblemen durch deren individuelle Lebensgeschichte kann von Bedeutung sein. Unabhängig von persönlichen Ideen und Prägungen des Autors wird die Quelle zu Problemen, die aus der Lebenswelt der Zeitgenossen entsprangen, Bezug haben. Somit kann von einer Trias von Idee, Norm und Lebenswelt gesprochen werden.<sup>27</sup> Bei der Kontextualisierung erschließen sich oftmals weitere Quellenbestände, die wiederum der Quellenkritik unterzogen werden müssen.

*Fortführung von Beispiel 1:* Die Staatenvertreter, die die Verhandlungen zur Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte führten, kamen zwar aus vielen verschiedenen Ländern und Kulturen, genossen jedoch oft eine westlich

geprägte Ausbildung. Dies betrifft zum Beispiel den libanesischen Vertreter *Malik*, der an der American University in Beirut studiert hat, aber auch durch seine Studienaufenthalte an der Harvard University und in Freiburg im Breisgau geprägt wurde.<sup>28</sup> Der philippinische Vertreter *Romulo* war ursprünglich Journalist auf den US-amerikanisch besetzten Philippinen. Während des zweiten Weltkrieges war er im amerikanischen Militär an der Seite General *McArthurs* aktiv.<sup>29</sup> Auch der chinesische Diplomat *Chang* hatte große Erfahrungen im westlich geprägten Ausland.<sup>30</sup> Ob diese Vertreter aus nichtwestlichen Ländern tatsächlich die allgemeine Überzeugung für Menschenrechte in ihren Ländern vermittelten, muss hinterfragt werden. Einiges spricht dafür, dass es sich um westlich geprägte Mitglieder einer intellektuellen Oberschicht handelte. Bezüglich der UNESCO-Umfrage ist es für die Beantwortung der Frage nach der Universalität wichtig, zu erfassen, wer überhaupt befragt wurde. Die UNESCO-Umfrage war keine Umfrage im Sinne der empirischen Datenerhebung, sondern wurde vielmehr an einen Kreis von Philosophen und Intellektuellen im Umfeld der UNESCO-Mitarbeiter gesendet.<sup>31</sup> Diese Einseitigkeit schlägt sich auch in der Verteilung der Antworten nieder. 45 % der Antworten kamen aus den Vereinigten Staaten oder dem Vereinigten Königreich, 40 % aus Westeuropa, 15 % aus den Ostblockstaaten sowie dem Rest der Welt. Aus Indien kamen dabei drei, aus China eine Antwort.<sup>32</sup> Bei den Antworten aus Asien handelt es sich somit um vereinzelte Ansichten. Dies muss bei der Frage, ob sich aus der Umfrage der UNESCO belastbare Aussagen zur Universalität der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte zur Zeit ihrer Entstehung ergeben, Berücksichtigung finden.

*Fortführung von Beispiel 2:* Die „*Oratio de hominis dignitate*“ stellte ursprünglich die Einleitung zu 900 philosophischen und theologischen Thesen dar, die der 23-jährige *Pico della Mirandola* zur Diskussion stellen wollte. Zu dieser Diskussion kam es nicht mehr, da eine päpstliche Untersuchungskommission einige der Thesen als häretisch verwarf.<sup>33</sup> In dem Text selbst verwendet *Pico della Mirandola* den Begriff „Würde“ nur zwei Mal. Beide Male wird der Begriff nicht einmal im Kontext von Menschen verwendet, sondern in Bezug auf den Wert von Engeln und den Wert der außerchristlichen Theologie. Dabei wird „Würde“ als ein äußerer, individueller Wert verstanden. Auf Menschen gemünzt beschreibt dieser Würdebegriff den Wert des einzelnen Menschen je nach Stand, Macht und Ansehen.<sup>34</sup> Es stellt sich hier die Frage, ob der von *Pico della Mirandola* verwendete Würdebegriff in irgend-

<sup>24</sup> Goodale (Fn. 18), S. 7.

<sup>25</sup> Kannowski, ARSP 107 (2021), 417 (424).

<sup>26</sup> Budde/Freist, in: Budde/Freist/Günther-Arndt (Hrsg.), *Geschichte, Studium – Wissenschaft – Beruf*, 2008, S. 160.

<sup>27</sup> Klippel, *Scientia Poetica* 4 (2000), 179 (189 f.).

<sup>28</sup> Glendon, *A World made new*, 2001, S. 124 ff.

<sup>29</sup> Glendon (Fn. 28), S. 11.

<sup>30</sup> Glendon (Fn. 28), S. 132 ff.

<sup>31</sup> Vgl. Goodale (Fn. 18), S. 19.

<sup>32</sup> Goodale (Fn. 18), S. 21.

<sup>33</sup> Kannowski, ARSP 107 (2021), 417 (423).

<sup>34</sup> Kannowski, ARSP 107 (2021), 417 (424 f.).

einer Form herausragte. Dazu sind weitere Primärquellen zum Vergleich heranzuziehen. Eine solche kann der Ewige Landfriede von 1495 sein. Im Ewigen Landfrieden von 1495 steht, dass es niemals erlaubt sei, einen anderen zu bekriegen, gleich „von was Wirden, Stats oder Wesens der sey“.<sup>35</sup> Auch hier wird „Würde“ also als ein individueller Wert des konkreten Menschen verstanden. Somit entsprach der Würdebegriff des *Pico della Mirandola* dem Würdebegriff seiner Zeit. Das moderne Verständnis der Menschenwürde kann man in seiner Schrift gerade nicht erkennen, da nach seiner Konzeption Menschen gerade nicht alle die gleiche unveränderliche Menschenwürde kraft Menschseins, sondern einen höchst individuellen Wert haben.<sup>36</sup>

Die Quellenkritik hat für die historische Arbeit zwei wesentliche Funktionen: Zum einen geht es darum, einzuschätzen, was die Quelle uns überhaupt zuverlässig überliefern kann.<sup>37</sup> Zum anderen wird hier schon die Interpretation, also die Thesenbildung, vorbereitet, indem die Aussagen der Quelle in einen Entstehungskontext gestellt werden.

#### 4. Interpretation

Beim Arbeitsschritt der Interpretation geht es nun darum, ausgehend von den Primärquellen zu Erkenntnissen zu gelangen. Diese Erkenntnisse müssen zudem geordnet werden. Dabei erfolgt eine Thesenbildung. Die Entwicklung der rationalen Begründung einer Geschichtserzählung erfolgt also im Gegensatz zur Rechtswissenschaft mit ihrer Begründungslehre nicht deduktiv, sondern induktiv.

Sofern die Kontextualisierung mit der notwendigen Sorgfalt vorgenommen wurde, treten nur in seltenen Fällen gröbere Fehler im Rahmen der Interpretation auf. Die zeitliche Verortung der Quellen und die Einordnung und Hinterfragung der Quelle aus der Zeit heraus sind bereits erfolgt. Freilich bleibt ein Restrisiko. Um dieses zu minimieren, sollten die im Folgenden aufgezeigten Aspekte bedacht werden.

Bei der Systematisierung und Thesenbildung sind die gestellten Fragen aus der Zeit heraus zu beantworten. Es ist konsequent darauf zu achten, dass möglichst keine heutigen Vorstellungen von Recht, Rechtsmethodik und Rechtsphilosophie in die Ergebnisse einfließen. Dies würde eine Projektion heutiger Vorstellungen in die Vergangenheit bedeuten, mithin einen Anachronismus darstellen. Somit ist auch die Aussage, dass die Rechtsgeschichte sich eigentlich Unrechtsgeschichte nennen müsse, da sie weniger die Geschichte des Rechts und mehr die Geschichte des Unrechts darstelle,<sup>38</sup> aus

rechtsgeschichtlicher Sicht mit Vorsicht zu genießen. Die Vorstellung von Recht und Unrecht hat sich historisch entwickelt. Was heute Recht ist, kann früher noch Unrecht gewesen sein und umgekehrt. Anachronismen zu vermeiden, stellt besonders bei der historischen Begriffsverwendung eine Herausforderung dar. Es kann vorkommen, dass ein heutiger Rechtsbegriff noch nicht existierte, er damit auch nicht im Primärquellenmaterial gefunden werden kann. Um dennoch die Geschichte der Idee hinter dem Rechtsbegriff zu erfassen, müssen dann der Quellenauswertung inhaltliche Kriterien zum Leitfaden gemacht werden. Zudem ändert sich die inhaltliche Bedeutung von Rechtsbegriffen im Laufe der Zeit. Es wäre vorschnell, zum Verständnis einer Primärquelle eine heutige Definition heranzuziehen. Vielmehr ist das zeitgenössische Begriffsverständnis maßgeblich, das durch die Primärquelle selbst oder durch andere Primärquellen der Zeit, etwa Lehrbüchern, Wörterbüchern oder Lexika, zu erfassen ist.

*Fortführung von Beispiel 2:* Der Schweizer Kulturhistoriker *Jacob Burckhardt* wies *Pico della Mirandola* in seinem 1860 erschienenen Werk „Die Cultur der Renaissance in Italien. Ein Versuch“ eine entscheidende Bedeutung zu. Er schrieb, dass „in Italien damals die Geburtsunterschiede zwischen den Menschenklassen ihre Geltung verloren. Gewiß trug hierzu viel bei, daß man hier zuerst die Menschen und die Menschheit in ihrem tiefern Wesen vollständig erkannt hatte. Schon dieses eine Resultat der Renaissance darf uns mit ewigem Dankgefühl erfüllen.“<sup>39</sup> Er fuhr fort: „Die höchste Ahnungen auf diesem Gebiete spricht *Pico della Mirandola* aus in seiner Rede von der Würde des Menschen, welche wohl eines der edelsten Vermächtnisse jener Kulturepoche heissen darf.“<sup>40</sup> *Burckhardt* stellt das Werk *Pico della Mirandas* also in einen Zusammenhang mit der Idee einer im Menschen kraft Menschsein veranlagten Gleichheit. Die obige Kontextualisierung ergab jedoch, dass *Pico della Mirandola* gar keine besondere Konzeption der Menschenwürde entwickelte, sondern inhaltlich den Auffassungen seiner Zeit folgte. *Burckhardts* Aussage stellt somit eine Projektion eines moderneren Menschenwürdebegriffes in das Werk *Pico della Mirandas* dar. Da der moderne Menschenwürdebegriff in dem Werk nicht vorkommt, liegt ein Anachronismus vor.

Bei der Ordnung und Systematisierung der Quellenbefunde ist zudem zwingend die Chronologie zu beachten. Nur so können belastbare Aussagen über gegenseitige Beeinflussungen im Rechtsdenken, über Kausalverhältnisse und über den Kontext rechtlicher Normen und Akte getroffen werden.

Das induktive Vorgehen ist schließlich auch bei der Thesenbildung zu berücksichtigen. Die Ergebnisse müssen sich gerade auf das Primärquellenmaterial stützen lassen. Große Vorsicht muss gegenüber Thesen walten, nach denen die Geschichte zwangsläufig zu unserem heutigen Recht und Rechts-

<sup>35</sup> § 4 des Ewigen Landfriedens von 1495, in: Buschmann (Hrsg.), Kaiser und Reich, Verfassungsgeschichte des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation vom Beginn des 12. Jahrhunderts bis zum Jahre 1806 in Dokumenten, Teil I: Vom Wormser Konkordat 1122 bis zum Augsburger Reichsabschied von 1555, 2. Aufl. 1994, S. 157 ff. (160 f.).

<sup>36</sup> *Kannowski*, ARSP 107 (2021), 417 (424 f.).

<sup>37</sup> *Budde*, in: *Budde/Freist/Günther-Arndt* (Fn. 26), S. 66.

<sup>38</sup> *Rüthers*, JZ 2009, 969; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 11. Aufl. 2020, § 9 Rn. 395.

<sup>39</sup> *Burckhardt*, Die Cultur der Renaissance in Italien, 1860, S. 353 f.

<sup>40</sup> *Burckhardt* (Fn. 39), S. 354.

verständnis geführt habe. Die Entwicklung des Rechts kann nämlich nicht als zwingend vorgegeben betrachtet werden. Vielmehr geht es darum, die tatsächliche Entwicklung und die (was sie nur aus heutiger Sicht sind) Sackgassen und Irrwege mit den Gründen ihres Bestehens und Verschwindens zu erläutern. Ebenso vorsichtig muss mit materiellen Theorien, also Theorien, die allgemeingültig den Lauf der Geschichte zu erklären versuchen, umgegangen werden. Sei es, indem die Geschichte als ein kontinuierlicher Fortschritt gesehen wird, oder sonstige Zwangsläufigkeiten in der geschichtlichen Entwicklung erkannt werden sollen. Die Schlüsse und Thesen sollten sich auf das beschränken, was man den Primärquellen entnehmen kann. Auch wenn dann die Gefahr besteht, dass eine etwas weniger pathetische und stimmige Geschichte erzählt wird. Spannend bleibt die Geschichte allemal.

#### 5. Neubewertung von Rechtsanwendungen?

Die Versuchung kann groß sein, historische Normen mit den erlernten methodischen Werkzeugen der juristischen Methodik zu bearbeiten und historische Bewertungen von Rechtsproblemen auf dieser Grundlage als richtig oder falsch zu bezeichnen. Dies entspricht dem Instinkt des Juristen, in jeder Lebenslage juristisch zu argumentieren. In der Rechtsgeschichte geht es jedoch nicht um die Beurteilung eines juristischen Sachverhalts. Es geht darum, eine historische juristische Wertung, sei es durch eine Norm, sei es durch einen Juristen, zu erklären. Die historische Anwendung der Methodik ist selbst Gegenstand für die Rechtsgeschichte.<sup>41</sup> Sie ist nicht wiederholbar.<sup>42</sup> Eine Abstinenz des Rechtshistorikers von der Entscheidung alter Rechtsfälle scheint geboten.

Dieser Argumentation wird entgegengesetzt, dass sich nicht alles historische Recht einer juristischen Bewertung entziehe. Zum Beispiel seien Rechtsnormen aus dem Dritten Reich für einen heutigen Juristen unmittelbar verständlich. Zudem könne man so leicht das Unrecht des Dritten Reiches über die zeitgenössische Rechtsauffassung entschuldigen.<sup>43</sup>

Die Lösung dieses Problems liegt schon in der historischen Methodik selbst. Die Maßstäbe einer Quelleninterpretation dürfen nicht anachronistisch geprägt sein.<sup>44</sup> Die juristische Bewertung kann aufgrund der fremden Gedankenwelt und den anderen Methodenvorstellungen nicht wiederholt werden. Seriöse Ergebnisse lassen sich durch die unumgängliche Kontextualisierung erreichen. Es ist danach zu fragen, wie die konkrete Rechtsanwendung oder Rechtsetzung zum Rechtsverständnis der Zeit stand.<sup>45</sup> So bleibt bei sauberer Methodenanwendung zum Beispiel der Unrechtscharakter des

NS-Unrechts bestehen, da die NS-Gräueltaten, die auch mit dem Mittel des Rechts verübt wurden, auch im Kontext der Zeit als Zivilisationsbruch verstanden werden mussten.

#### IV. Die Darstellung

Das vorgestellte methodische Vorgehen eignet sich nur in Ausnahmekonstellationen zur Gliederung der Seminararbeit. Die methodisch korrekte Vorgehensweise sollte vielmehr gleich einem nicht sichtbaren aber für den verständigen Betrachter erahnbaren Skelett eingeführt werden. Für rechtshistorische Arbeiten bedeutet dies, über weite Strecken möglichst direkt die Primärquellen als Grundbaustein der historischen Erkenntnis zu zitieren. Die Zitation einer Primärquelle über den Umweg einer Sekundärquelle („zitiert nach“) ist, sofern möglich, zu vermeiden. Es kann der Eindruck entstehen, dass der Bearbeiter nicht die gesamte Quelle in Augenschein genommen hat. Da in der Sekundärliteratur Quellen nur dann zitiert werden, wenn sie Relevanz für die konkrete Forschungsfrage haben und die Forschungsfrage des Bearbeiters ganz regelmäßig von der der herangezogenen Sekundärliteratur abweicht, wäre ein solches Vorgehen problematisch.

Bezüglich der Intensität der Quellenbearbeitung können sich die gestellten Themen in rechtsgeschichtlichen Seminararbeiten unterscheiden. Manche Themen bauen maßgeblich auf eine einzige Primärquelle auf. Hier kann es sinnvoll sein, den Inhalt dieser Quelle darzustellen, gemäß der Forschungsfrage auszuwerten und dabei zu kontextualisieren. Solche Themen sind vergleichbar mit der Quellenexegese, die bis ins letzte Jahrhundert die Aufgabenstellungen in der Rechtsgeschichte geprägt haben. Heutzutage deutlich häufiger sind hingegen Themen, die nicht von einer einzelnen oder zumindest einigen wenigen Quellen ausgehen, sondern von abstrakten Forschungsfragen. Zu deren Beantwortung ist oftmals das Heranziehen einer großen Anzahl von Quellen erforderlich. Dieses Quellenmaterial sollte dann geordnet ausgewertet werden.

Schließlich ist zu beachten, dass nicht in jedem Punkt einer rechtsgeschichtlichen Seminararbeit eine vollständige Anwendung der geschichtlichen Methodik verlangt ist. Meistens kann man einen Kernteil und Herleitungsteile unterscheiden. Letztere bieten dann lediglich die zum Verständnis des Hauptteils unerlässlichen Grundinformationen, während der Kernteil den Schwerpunkt der wissenschaftlichen Eigenleistung darstellen wird und somit auch eine umfassende Primärquellenanalyse erwartet werden kann. In Herleitungsteilen wäre eine ausführliche Quellenanalyse schon im Hinblick auf die notwendige Schwerpunktsetzung fehl am Platz. Hier ist ein Zurückgreifen auf seriöse Sekundärliteratur angebracht.

Mit der Darstellung der Ergebnisse ist noch eine weitere Grenze beim Streben nach einer objektiven Geschichtserzählung erreicht. Sprache ist immer wertend, da mit Auswahl und Anordnung von Wörtern vielfältige Bedeutungsnuancen geschaffen werden.<sup>46</sup> Um unerwünschte Wertungen zu vermeiden, sind Texte mit entsprechender Aufmerksamkeit für solche Wertungen zu schreiben.

<sup>41</sup> *Willoweit/Schlinker* (Fn. 15), § 1 Rn. 6; *Oestmann*, Max Planck Institute for European Legal History research paper series, No. 2014-06, S. 3, abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=2526811> (2.11.2021).

<sup>42</sup> *Willoweit/Schlinker* (Fn. 15), § 32 Rn. 13.

<sup>43</sup> *Zollmann*, RG 23 (2015), 277 (278).

<sup>44</sup> *Reppen*, RG 23 (2015), 268; siehe auch oben unter III. 4.

<sup>45</sup> *Willoweit*, *Rechtstheorie* 43 (2012), 143 (157); *Reppen*, RG 23 (2015), 268; im Ergebnis so wohl auch *Zollmann*, RG 23 (2015), 277 (279).

<sup>46</sup> *Jordan*, *Theorien und Methoden der Geschichtswissenschaft*, 4. Aufl. 2018, S. 19 f.

### **V. Fazit**

In methodischer Hinsicht unterscheidet sich also die Rechtsgeschichte deutlich von der Dogmatik. Dieses Problem lässt sich aber dadurch überwinden, dass bereits mit einigen wenigen Grundkenntnissen größere Fehler vermieden werden können. Freilich sind hier nur einige Grundlagen der geschichtswissenschaftlichen Methodik mit einigen Besonderheiten der Rechtsgeschichte skizziert worden. Für speziellere Problemstellungen kann sich daher unter Umständen ein Blick in speziellere geschichtswissenschaftliche Methodenabhandlungen lohnen.

# Examensübungsklausur: Von missratenen Söhnen und schnellen Sportwagen\*

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Simon Gerdemann**, LL.M. (Berkeley), Göttingen\*\*

*Die Klausur baut auf einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2020 zum Abhandenkommen von Kfz im Rahmen von Probefahrten auf. Hieran anknüpfend werden verschiedene examensrelevante Anspruchsgrundlagen und „klassische“ Problemstellungen insbesondere des Sachenrechts sowie des Schuld-, Delikts- und Kondiktionsrechts abgeprüft. Die Klausur hat durch Komplexität und Umfang ein gehobenes Anforderungsniveau; eine gutachterliche Lösung entsprechend dem Detailgrad der hiesigen, didaktisch aufbereiteten Lösungsskizze wird indes nicht erwartet.*

## Sachverhalt

Am Montag des 9.8.2021 fährt der Postbeamte B in Northeim zum ansässigen Autohändler A, um sich einen neuen Kleinwagen anzuschaffen. Bei der Besichtigung der in Frage kommenden Fahrzeugtypen fällt ihm im Vorbeigehen ein roter Sportwagen der Marke Ferrari, Modell Testarossa, im Wert von 100.000 € auf. A, als geschäftstüchtiger Autohändler im Bemerkenswerten Kundendienst bestens geübt, ergreift daraufhin die Chance, B das beeindruckende Gefährt ordentlich schmackhaft zu machen. Als dieser sich ziert, statt des üblichen Volvos einen derart teuren und unfallgefährdeten Wagen zu erwerben, bietet A ihm an, das Auto bei einer zweitägigen Probefahrt doch ruhig erst einmal ausgiebig auszuprobieren, bevor er sich entscheidet. Immerhin sei ihm B als zuverlässiger Mensch und vorsichtiger Fahrer bestens bekannt, über die Risiken einer anfangs ungewohnten Geschwindigkeit des Wagens solle er sich mal keine Sorgen machen. Von den warmen Worten des A überzeugt, fährt B daraufhin mit dem Sportwagen vom Hof.

Schon auf dem Weg nach Hause ist sich der grundsolide B aber zunehmend sicher, dass ein derart prolliges Fortbewegungsmittel eigentlich gar nichts für ihn ist und er den Wagen letztendlich nicht erwerben möchte. Als er in seine Garageneinfahrt einbiegt, sieht sein volljähriger Sohn, der aufstrebende Jurastudent C, der seinen Eltern über das Wochenende aus Göttingen einen Besuch abstattet, den roten Sportwagen und ist sofort hellauf begeistert. Im Gespräch mit seinem Vater bittet er diesen, den Wagen für die verbleibende Probezeit nutzen zu dürfen, da er wegen eines Bahnstreiks andernfalls nur schwer zurück nach Göttingen kommen würde und mit dem schicken Gefährt außerdem seine Kommilitoninnen beeindrucken möchte. A müsse man davon ja nichts erzählen und er würde den Wagen am Mittwochmorgen pünktlich zurückbringen. B ist skeptisch, da er weiß, dass C nicht nur

Jurastudent, sondern auch allgemein recht missraten ist und darüber hinaus erst seit einem Jahr seinen Führerschein besitzt. Daraufhin bittet C seinen Vater inständig und verspricht ihm, für die nächsten drei Monate kostenlos den Familienrasen zu mähen und zudem 100 € zu zahlen, wenn er im Gegenzug frei über den Wagen verfügen darf. B willigt daraufhin ein.

Als C am Dienstag auf den Uniparkplatz fährt und einparken möchte, überschätzt er die rückwärtige Beschleunigung des Autos und setzt dieses leicht fahrlässig gegen eine Wand. Hierdurch entsteht ein Schaden am Heck des Sportwagens i.H.v. 5.000 €. Während C sich noch über seinen ärgerlichen Fehler aufregt, entdeckt er im Handschuhfach des Wagens die Fahrzeugpapiere des Autos, welche A dort liegen gelassen hatte. Da er sich sicher ist, dass sein Vater ihm wegen des Heckschadens ohnehin die Hölle heiß machen wird, beschließt er kurzerhand, gleich Nägeln mit Köpfen zu machen und das Auto gewinnbringend weiter zu veräußern, um mit dem Geld erst einmal in den verdienten Urlaub zu fahren, bis sich alles beruhigt hat.

Da C sich schon durch geschicktes Fälschen seiner Abitururkunde erfolgreich ins Jurastudium gemogelt hatte, fällt es ihm leicht, mit entsprechendem Werkzeug die Namensangaben in der Zulassungsbescheinigung Teil II (früher: Fahrzeugbrief) derart zu fälschen, dass ein Laie dies nur bei besonders genauem Hinsehen erkennen könnte. Am Abend bietet er den Sportwagen sodann auf einer Feier seinem wohlhabenden Kommilitonen D zum Preis von 90.000 € zum Verkauf an. D ist zwar etwas überrascht, dass ein Kommilitone einen so wertigen Wagen besitzt und ihn so kurzfristig verkaufen will, glaubt dem überzeugungsstarken C nach einem kurzen Blick in die Zulassungsbescheinigung aber, dass er neben seinem Studium unfassbar viel Geld durch Bitcoin-Geschäfte gemacht hat und er sich ohnehin bald einen noch teureren Wagen leisten will. D fragt daraufhin nicht weiter nach, überweist per Handy kurzerhand den geforderten Betrag und fährt mit dem Sportwagen nach Hause.

Als C den Wagen am Mittwoch nicht nach Northeim zurückbringt, ruft B ihn an, um zu erfahren, was denn nun los sei. C, der schon im Flieger nach Barbados sitzt, berichtet seinem wütenden Vater daraufhin von den Vorkommnissen am Dienstag und teilt ihm den Namen des D mit. Tief zerknirscht ruft B daraufhin A an und schildert ihm die Untaten seines Sprösslings.

## Frage 1

Kann A von D die Herausgabe des Sportwagens verlangen?

## Frage 2

Stehen A wegen der Beschädigung und Veräußerung des Wagens Ansprüche gegen B und/oder C zu?

## Frage 3

Könnte D von A die Herausgabe des noch bei diesem befindlichen Zweitschlüssels verlangen?

---

\* Die Klausur wurde im Sommersemester 2021 im Examens-klausurenkurs der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen gestellt. Die Durchschnittspunktzahl der 86 Bearbeitungen betrug 5,97 Punkte bei einer Durchfallquote von 16,3 %.

\*\* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Spindler an der Georg-August-Universität Göttingen und Wiss. Mitarbeiter des Deutschen Bundestages, Büro Dr. Nina Scheer, MdB.

**Lösungsvorschlag****Frage 1: Anspruch auf Herausgabe des Wagens gegen D****I. Anspruch des A gegen D auf Herausgabe des Sportwagens gem. § 985 BGB**

A könnte gegen B einen Anspruch auf Herausgabe des Sportwagens gem. § 985 BGB zustehen.

*1. Eigentum des A*

Hierfür müsste A Eigentümer des Kfz als beweglicher Sache i.S.v. § 90 BGB sein. A war ursprünglich Eigentümer des Wagens und hat diesen auch nicht im Rahmen der Probefahrt an B übereignet. Allerdings könnte A sein Eigentum durch Übereignung des Wagens von C an D anschließend verloren haben.

*a) Eigentumsverlust durch Übereignung von C an D gem. § 929 S. 1 BGB*

Zwischen C und D liegen zwar eine dingliche Einigung und Übergabe vor, allerdings war C weder Eigentümer noch anderweitig zur Verfügung befugt (§ 185 BGB), so dass ein Eigentumsverlust insoweit ausscheidet.

*b) Eigentumsverlust durch gutgläubigen Erwerb des D gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB*

Jedoch könnte D das Eigentum an dem Wagen gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB erworben haben. Neben Einigung und einer Übergabe im Rahmen eines Verkehrsgeschäfts müsste D hierfür gutgläubig i.S.d. § 932 Abs. 2 BGB gewesen sein, zudem dürfte der Wagen nicht abhandengekommen sein, § 935 Abs. 1 BGB.

*aa) Einigung und Übergabe im Rahmen eines Verkehrsgeschäfts*

C und D haben sich am Dienstagabend über den Eigentumsübergang geeinigt und den Wagen gem. § 929 S. 1 BGB übergeben. Da auf Erwerber- und Veräußererseite auch bei wirtschaftlicher Betrachtung unterschiedliche Personen aufgetreten sind, handelt es sich zudem um ein Verkehrsgeschäft.<sup>1</sup>

*bb) Gutgläubigkeit des D*

Des Weiteren müsste D zum Zeitpunkt der Übergabe gutgläubig gewesen sein. Gutgläubigkeit liegt nach § 932 Abs. 2 BGB vor, wenn dem Erwerber unbekannt ist, dass der Veräußerer nicht Eigentümer der Sache ist und diese Unkenntnis auch nicht auf grobe Fahrlässigkeit zurückzuführen ist. Grobe Fahrlässigkeit ist wiederum anzunehmen, wenn der Erwerber die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße verletzt und dasjenige unbeachtet gelassen hat, was im gegebenen Fall jedem auffallen müsste.

Auch beim Kauf eines Kfz kann der Erwerber grundsätzlich auf den Rechtsschein des Besitzes vertrauen, ohne dass ihn ohne weiteren Anlass konkrete Nachforschungsobliegen-

heiten treffen würden (vgl. § 1006 Abs. 2 BGB).<sup>2</sup> Allerdings geht die h.M. davon aus, dass er als Mindestvoraussetzung eines gutgläubigen Erwerbs insofern jedenfalls in die Zulassungsbescheinigung Teil II (früher: Fahrzeugbrief) Einsicht nehmen muss, da diese im Rechtsverkehr eine zentrale Funktion bei der Bestimmung der Eigentümerstellung über ein Kfz einnimmt. Ist der Veräußerer nicht als Halter eingetragen oder lassen die Zulassungsbescheinigung oder die weiteren Umstände des Erwerbs „offenkundige“ Unstimmigkeiten erkennen, treffen den Erwerber weitere Nachforschungsobliegenheiten.<sup>3</sup>

C war als Halter in der Fahrzeugbescheinigung Teil II eingetragen, so dass D insofern keine weiteren Nachforschungsobliegenheiten getroffen haben. Wenngleich es sich hierbei um eine gefälschte Eintragung gehandelt hat, war dies aufgrund der handwerklich guten Fälschungsarbeit des C jedenfalls für D nicht „offenkundig“ erkennbar. Dass einer Person mit entsprechendem Erfahrungs- bzw. Sonderwissen die Fälschung ggf. aufgefallen wäre, ist für die Beurteilung der Bösgläubigkeit des D nicht von Belang,<sup>4</sup> so dass D insofern als gutgläubig i.S.d. § 932 Abs. 2 BGB anzusehen ist.

Auch der Umstand, dass C als junger Student ein besonders hochwertiges Kfz sein (vermeintliches) Eigen nennt und die Veräußerung sehr kurzfristig erfolgt, mag nach objektivem Verkehrshorizont zwar gewisse Zweifel an seiner Berechtigung auslösen und hat dies bei D offenbar auch getan. Eine „offenkundige“ Unstimmigkeit, die den gem. § 932 Abs. 2 BGB prinzipiell ausreichenden Rechtsschein des Besitzes beseitigen bzw. weitere Nachforschungsobliegenheit auslösen könnte, ist hierin allerdings nicht zu sehen. Auch wenn man die von C vorgetragene Erläuterung, er sei im Bitcoin-Geschäft zu erheblichem Vermögen gekommen und verkaufe seinen Wagen daher aufgrund eines geplanten Neuerwerbs, als nicht besonders glaubhaft einstuft, erreichen die Umstände des Erwerbs jedenfalls nicht einen Grad derart offenkundiger Unstimmigkeit, dass angesichts des erwerberfreundlichen Maßstabs des § 932 Abs. 2 BGB von einer Bösgläubigkeit des D ausgegangen werden könnte.

D war somit zum Zeitpunkt der Übergabe gutgläubig.<sup>5</sup>

*cc) Kein Abhandenkommen gem. § 935 Abs. 1 BGB*

Fraglich ist allerdings, ob der Sportwagen A abhandengekommen ist, § 935 Abs. 1 BGB. Unter Abhandenkommen versteht man den unfreiwilligen Verlust des unmittelbaren Besitzes, ohne – nicht notwendig gegen – den Willen des Eigentümers. Auch bei einer freiwilligen Weggabe des Besitz-

<sup>2</sup> BGH NJW 1975, 735 (736).

<sup>3</sup> BGH NJW 2020, 3711 (3714 Rn. 29); im Einzelnen hierzu *Gerdemann/Helmes*, JA 2019, 856 (858 ff.) m.w.N.

<sup>4</sup> H.M., vgl. insbesondere OLG Braunschweig BeckRS 2019, 814 Rn. 49 ff.; *Gerdemann/Helmes*, JA 2019, 856 (859).

<sup>5</sup> Eine a.A. wäre hier allenfalls mit sehr guter Begründung vertretbar. Die Kenntnis des spezifischen Maßstabs der Offenkundigkeit beim gutgläubigen Erwerb von Kraftfahrzeugen ist für eine gute Bearbeitung nicht zwingend erforderlich, sofern eine entsprechende Argumentation anhand des Begriffs der groben Fahrlässigkeit erfolgt.

<sup>1</sup> Zu diesem (ungeschriebenen) Kriterium *Vieweg/Werner*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2018, § 5 Rn. 8 ff. m.w.N.

zes durch einen Besitzdiener ist dabei nach h.M. auf den Willen des Eigentümers abzustellen, da der Besitzdiener keinen eigenen Besitz innehat, sondern diesen lediglich für seinen Besitzherrscher ausübt.<sup>6</sup> Ist der Eigentümer hingegen nur mittelbarer Besitzer, kommt es für das Abhandenkommen gem. § 935 Abs. 1 S. 2 BGB auf die Freiwilligkeit des Besitzverlustes des Besitzmittlers an. Gibt der Besitzmittler die Sache freiwillig an einen Dritten weiter, so stellt dies kein Abhandenkommen für den Eigentümer als mittelbaren Besitzer dar, da dieser an der Entstehung des (falschen) Rechtscheins des (Eigen-)Besitzes freiwillig mitgewirkt hat und sich das Verhalten des Besitzmittlers insoweit zurechnen lassen muss.<sup>7</sup>

*(1) Abhandenkommen durch Weitergabe an C*

Als Zeitpunkt eines unfreiwilligen Besitzverlustes kommt hier zunächst die absprachewidrige Weitergabe des Kfz von B an C in Betracht. Wie die Besitzverhältnisse und damit die Frage nach dem Abhandenkommen bei Probefahrten eines Kfz einzuordnen sind, wird unterschiedlich beantwortet.

Nach einer Ansicht handelt es sich bei einer Probefahrt regelmäßig weder um einen Fall der Besitzdienerschaft, noch einer Besitzmittlung, sondern vielmehr um eine bloße Besitzlockerung, da die tatsächliche Sachherrschaft als Voraussetzung des Besitzes eine gewisse Dauerhaftigkeit voraussetze.<sup>8</sup> Dies hätte zur Folge, dass der Eigentümer A für die Dauer der Probefahrt nach wie vor als Besitzer anzusehen und die gegen seinen Willen erfolgende Weggabe des Wagens von B an C als Abhandenkommen i.S.d. § 935 Abs. 1 S. 1 BGB zu qualifizieren wäre.

Nach anderer Ansicht liegt zwischen dem potenziellen Veräußerer und dem Kaufinteressenten bei Probefahrten in der Regel eine Besitzdienerschaft i.S.d. § 855 BGB vor. Begründet wird dies insbesondere damit, dass die Gebrauchsüberlassung des Kfz lediglich zur Vertragsanbahnung erfolge und dem Probefahrenden keine eigenen Entscheidungsbefugnisse hinsichtlich des Besitzes übertragen werden sollen.<sup>9</sup> Während einige Stimmen innerhalb dieser Ansicht vom generellen Vorliegen einer Besitzdienerschaft bei Probefahrten ausgehen,<sup>10</sup> differenzieren andere nach den individuellen Umständen der Fahrt und nehmen insbesondere bei nur kurzer

Fahrtdauer eine Besitzdienerschaft an.<sup>11</sup> Jedenfalls bei Zugrundelegung der erstgenannten Auffassung wäre B damit als Besitzdiener des A zu qualifizieren, mit der Konsequenz, dass in der Überlassung des Kfz an C ein Abhandenkommen gem. § 935 Abs. 1 S. 1 BGB läge.<sup>12</sup>

Die h.M. ordnet Probefahrten hingegen überwiegend als Besitzmittlungsverhältnisse i.S.v. § 868 BGB ein. Namentlich der BGH geht mittlerweile davon aus, dass dem Kaufinteressenten das Fahrzeug im Rahmen der Vertragsanbahnung eigenständig anvertraut wird, so dass gem. § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB ein gesetzliches Schuldverhältnis als ein der Miete oder Verwahrung „ähnliches Verhältnis“ gem. § 868 Var. 6 BGB und damit ein entsprechendes Besitzkonstitut vorliegt.<sup>13</sup> Dies gelte – in Abgrenzung zu einer bloßen Besitzlockerung – jedenfalls dann, wenn der potenzielle Erwerber eine unbegleitete und auch nicht durch technische Vorrichtungen, die einer Begleitung vergleichbar sind, gesicherte Probefahrt von einer Stunde vornehme. Demgemäß wäre im vorliegenden Fall gem. § 935 Abs. 1 S. 2 BGB nicht auf den Willen des A, sondern auf den des B abzustellen, so dass eine freiwillige Weggabe und damit kein erwerbsfeindliches Abhandenkommen vorläge.

Nicht zuletzt mit Blick auf die hiesige Sachverhaltskonstellation sprechen überzeugende Gründe für die Annahme eines Besitzmittlungsverhältnisses zwischen A und B und damit gegen ein Abhandenkommen des Kfz durch Weitergabe an C. Entgegen der erstgenannten Ansicht erscheint die Annahme einer bloßen Besitzlockerung jedenfalls bei unbegleiteten Probefahrten fernliegend. Besitz erfordert gem. § 854 Abs. 1 BGB tatsächliche Sachgewalt. Der hierfür notwendigen Einflussnahmemöglichkeit begibt sich der potenzielle Veräußerer eines Kfz durch freiwilligen Besitzverlust bereits in dem Moment, in dem er den Kaufinteressenten mit dem Kfz vom Hof fahren lässt.<sup>14</sup> Dies gilt erst recht, wenn sich die Probefahrt – wie vorliegend – über mehrere Tage erstreckt, ohne dass der Eigentümer in irgendeiner Form tatsächliche Herrschafts- oder auch nur Kontrollmöglichkeiten hat.

Die generelle Einordnung von Probefahrten als Fälle einer Besitzdienerschaft ist sowohl aus allgemeinen wie aus fallspezifischen Gründen abzulehnen. Allgemein verlangt § 855 BGB die Weisungsunterworfenheit des Besitzdieners und (nach h.M.) zudem das Vorliegen eines sozialen Abhängigkeitsverhältnisses. Ein Kaufinteressent unterliegt während sei-

<sup>6</sup> H.M., BGH NJW 2014, 1524 (1525 Rn. 9); zur Gegenansicht, die in der Regel danach differenziert, ob die Besitzdienerschaft für den Dritten erkennbar war oder nicht, vgl. *Vieweg/Werner* (Fn. 1), § 5 Rn. 45 m.w.N.

<sup>7</sup> C. Heinze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 935 Rn. 5.

<sup>8</sup> *Oechsler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 935 Rn. 11; vgl. BGH NJW 2020, 3711 (3712 Rn. 13 f.).

<sup>9</sup> *Klinck*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.7.2021, § 935 Rn. 24.

<sup>10</sup> OLG Frankfurt BeckRS 2016, 119911 Rn. 23; OLG Köln NZV 2006, 260.

<sup>11</sup> KG BeckRS 2018, 28236 Rn. 3 ff.; *Götz*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.7.2021, § 854 Rn. 138.4.

<sup>12</sup> Insoweit h.M.; Zur Gegenansicht, die den Besitzdiener i.R.v. § 935 BGB dem Besitzmittler gleichstellen möchte, siehe *Oechsler* (Fn. 12), § 935 Rn. 10.

<sup>13</sup> BGH NJW 2020, 3711 (3713 Rn. 26); für eine generelle Einordnung als Besitzmittlungsverhältnis, siehe die sich dem Urteil anschließende Anm. von *Hofmann* (S. 1715).

<sup>14</sup> Der gegenteiligen Auffassung liegen dementsprechend auch nicht am Besitzbegriff orientierte Gründe, sondern der Versuch eines Ausgleichs für die (ebenfalls angenommene) Nichtanwendbarkeit von § 855 BGB zugrunde (vgl. *Oechsler* [Fn. 8], § 935 Rn. 10 f.).

ner eigenverantwortlich und im eigenen Interesse durchgeführten Probefahrt aber weder durchsetzbaren Weisungen des potenziellen Verkäufers, noch befindet er sich zu diesem in irgendeinem Abhängigkeitsverhältnis.<sup>15</sup> Selbst wenn man § 855 BGB trotz dieser Gründe jedenfalls bei kurzer Fahrt-dauer für anwendbar hielte, scheitert die Annahme einer Besitzdienerschaft vorliegend an den Umständen des Einzelfalls, da B der Wagen von A absprachegemäß nicht nur für eine kurze Testfahrt, sondern für eine ausgedehnte und freiverantwortliche Probenutzung überlassen wurde.

Eben diese Abrede zwischen A und B spricht denn auch für die Annahme eines konkreten Rechtsverhältnisses, vermöge dessen B einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt ist und damit für die Annahme eines Besitzkonstituts gem. § 868 BGB. Da A und B jeweils entgegengesetzte, wirtschaftliche Interessen vertreten, ist in der Probefahrt auch nicht lediglich ein vonseiten des A fremdnütziges Gefälligkeitsverhältnis ohne schuldrechtliche Bindung zu sehen.<sup>16</sup> Ob mit dem BGH von einem gesetzlichen Vertragsanbahnungsschuldverhältnis oder von einem eigenständigen, vertraglich begründeten Schuldverhältnis auszugehen ist, kann an dieser Stelle noch dahinstehen.<sup>17</sup> In jedem Fall wurde durch die freiwillige zweitägige Überlassung zur Probe ein Besitzmittlungsverhältnis geschaffen, dass ein Abhandenkommen des Kfz wegen der freiwilligen Weitergabe des Wagens von A an B gem. § 935 Abs. 1 S. 2 BGB ausschließt.<sup>18</sup>

#### (2) Abhandenkommen durch Weiterveräußerung an D

Als möglicher weiterer Zeitpunkt eines unfreiwilligen Besitzverlustes kommt allerdings noch die unberechtigte Weiterveräußerung des Kfz von C an D in Betracht.

Auch insoweit ist wieder entscheidend, wie das konkrete Besitzverhältnis zu qualifizieren ist. Läge zwischen B und C lediglich eine Besitzlockerung oder eine Besitzdienerschaft vor, wäre in der unberechtigten Weiterveräußerung durch C ein Abhandenkommen gem. § 935 Abs. 1 S. 1 BGB zu sehen. Wäre das Verhältnis zwischen B und C hingegen als Besitzmittlungsverhältnis zu qualifizieren, würde ein Abhandenkommen aufgrund der freiwilligen Weggabe durch den unmittelbaren Besitzer C ausscheiden, da § 935 Abs. 1 S. 2 BGB auch bei mehrstufigem mittelbarem Besitz i.S.d. § 871 BGB Anwendung findet.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> BGH NJW 2020, 3711 (3713 Rn. 22), mit weiteren Argumenten auch gegen eine analoge Anwendung der Norm (Rn. 24).

<sup>16</sup> Auf die Beantwortung der Frage, ob im Rahmen von Gefälligkeitsverhältnissen eine analoge Anwendung des § 855 BGB prinzipiell möglich ist, kommt es daher nicht an; so auch BGH NJW 2020, 3711 (3713 Rn. 24).

<sup>17</sup> Hierzu im Rahmen der Beantwortung der Frage 2., I. 1.

<sup>18</sup> Eine a.A. wäre insbesondere aufgrund der hier vorliegenden Dauer und Freiverantwortlichkeit der Probefahrt allenfalls mit sehr guter Begründung vertretbar.

<sup>19</sup> *Oechsler* (Fn. 8), § 935 Rn. 9.; zu einer vertretbaren Ablehnung des Abhandenkommens würde auch die Überlegung führen, dass die Gefahr einer Veräußerung bereits in der Weitergabe des Kfz von A an B angelegt war und sich durch

Eine bloße Besitzlockerung während des Zeitraums, in dem C in Göttingen frei über den Wagen verfügen darf, scheidet aufgrund der fehlenden Sachherrschaft des B aus. Auch wenn es sich bei C um den Sohn des B handelt, scheidet auch die Annahme einer Besitzdienerschaft nach § 855 Var. 1 BGB qua Zugehörigkeit zum „Haushalt“ des B jedenfalls daran, dass C mittlerweile volljährig ist und nicht mehr im Haushalt des B wohnt.<sup>20</sup> Denkbar wären allenfalls die Qualifizierung der Besitzbeziehung zwischen B und C als „ähnliches Verhältnis“ i.S.d. § 855 Var. 3 BGB. Dies wird von der überwiegenden Ansicht auch ohne langfristige soziale Abhängigkeit insbesondere bei solchen Gefälligkeitsverhältnissen angenommen, im Rahmen derer der Besitzdiener sich den Weisungen des Besitzherrn unterwirft.<sup>21</sup> Abgesehen davon, dass eine Weisungsgebundenheit des C aufgrund der frei verfügbaren Nutzung des Kfz hier nicht anzunehmen ist, spricht der Inhalt der nach den §§ 133, 157 BGB auszulegenden Abrede zwischen B und C vorliegend jedoch trotz persönlicher Verbundenheit für einen mit Rechtsbindungswillen abgeschlossenen Vertrag, der zugleich die Voraussetzungen eines Besitzkonstitutes gem. § 868 BGB erfüllt. C legt erkennbar Wert darauf, den Wagen bis Mittwoch im eigenen Interesse nutzen zu dürfen und diesen erst danach wieder an B herauszugeben. Hierfür hat B sich wiederum von C eine konkrete Gegenleistung in Form eines Nutzungsentgeltes einschließlich Rasenmäähens versprechen lassen. Unabhängig von der genauen Einordnung des Vertragstyps<sup>22</sup> liegt damit ein Besitzmittlungsverhältnis vor, mit der Folge, dass es für die Frage der (Un-)Freiwilligkeit des Besitzverlustes allein auf C ankommt.

Der Sportwagen ist folglich auch durch Weiterveräußerung von C an D gem. § 935 Abs. 1 S. 2 BGB nicht abhandengekommen und ein gutgläubiger Erwerb daher nicht ausgeschlossen. A hat somit das Eigentum an dem Kfz gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB an D verloren.

#### 2. Ergebnis

A hat gegen D mangels Eigentums keinen Anspruch auf Herausgabe des Sportwagens gem. § 985 BGB.

### II. Weitere Herausgabeansprüche

Andere Anspruchsgrundlagen kommen nicht in Betracht; insbesondere scheitern Ansprüche nach § 1007 Abs. 1, Abs. 2 BGB an der Gutgläubigkeit des D bzw. dem fehlenden Abhandenkommen, ein Anspruch nach § 861 Abs. 1 BGB am Nichtvorliegen verbotener Eigenmacht und eine Eingriffs-

das Verhalten des C lediglich verwirklicht hat, ohne dass es auf die Beurteilung des zwischen B und C bestehenden Besitzverhältnisses ankommt, vgl. *Kindl*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.8.2021, § 935 Rn. 5.

<sup>20</sup> Vgl. *Fritzsche*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 59, Stand: 1.8.2021, § 855 Rn. 14.

<sup>21</sup> Vgl. BGH NJW 2020, 3711 (3713 Rn. 24); *Fritzsche* (Fn. 20), § 855 Rn. 16; auch zur möglichen analogen Anwendung der Norm.

<sup>22</sup> Hierzu im Rahmen der Beantwortung der Frage 2., III. 1.



kondiktion gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB am Vorrang der Leistungsbeziehung.

**III. Ergebnis Frage 1**

A steht gegen D kein Anspruch auf Herausgabe des Sportwagens zu.

**Frage 2: Ansprüche des A gegen B und/oder C**

**I. Anspruch A gegen B auf Schadensersatz i.H.v. 100.000 € gem. §§ 311 Abs. 2 Nr. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB**

A könnte gegen B einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 100.000 € gem. §§ 311 Abs. 2 Nr. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB wegen der Beschädigung und Weiterveräußerung des Kfz zustehen.

*1. Schuldverhältnis*

Voraussetzung hierfür ist zunächst das Vorliegen eines Schuldverhältnisses gem. § 280 Abs. 1 BGB.

In Betracht käme hier auf den ersten Blick ein eigenständiger Leihvertrag zwischen A und B i.S.d. § 598 BGB. Hierfür müssten A und B eine verbindliche, unentgeltliche Gebrauchsüberlassung vereinbart haben. Unabhängig von der Frage, ob A und B nach objektivem Empfängerhorizont gem. §§ 133, 157 BGB eine verbindliche Gebrauchsüberlassung vereinbaren wollten, spricht die erkennbare Interessenlage bei einer Probefahrt jedenfalls gegen die Annahme der Unentgeltlichkeit. Die Gebrauchsüberlassung an B erfolgt aus Sicht des A nicht zu fremdnützigen Zwecken, sondern zur wirtschaftlichen Absatzförderung durch Anbahnung eines für den A wirtschaftlich vorteilhaften Vertrages.<sup>23</sup> Die auf gegenleistungsfreie Überlassungen ausgelegten Vorschriften der §§ 598 ff. BGB mit ihren entleihergünstigen Privilegierungen erweisen sich für eine derartigen Interessenlage als unpassend. Aus entsprechenden Gründen scheidet auch die Annahme eines Gefälligkeitsverhältnis aufgrund der gegensätzlichen, wirtschaftlich motivierten Interessenlage der Parteien vorliegend aus.<sup>24</sup>

Die h.M. ordnet die Vereinbarung einer Probefahrt, wie bereits erwähnt, nicht als eigenständige vertragliche Vereinbarung, sondern als Vertragsanbahnungsverhältnis im Sinne eines gesetzlichen Schuldverhältnisses gem. § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB ein. Begründet wird dies damit, dass die Annahme eines rechtlich selbstständigen Nutzungsvertrages mit eigenständigen Leistungspflichten von den Parteien in der Regel nicht gewollt sei, sondern die vorläufige Gebrauchsüberlassung vielmehr lediglich einen unselbstständigen Teil des intendierten Kaufvertrages darstelle.<sup>25</sup> Konsequenz dieser Ansicht ist

eine potenzielle Haftung wegen Pflichtverletzungen während der Dauer der Probefahrt nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo. Dem könnte im hiesigen Fall allerdings entgegenstehen, dass A und B sich auf eine außergewöhnlich lange Probefahrt von zwei Tagen geeinigt haben, in denen B den Wagen ausführlich testen soll. Diese Dauerhaftigkeit und Bedeutung der Gebrauchsüberlassung sprechen eher für einen zwar aus Anlass des Kaufvertrages geschlossenen, rechtlich allerdings selbstständigen, mietähnlichen Vertrag eigener Art i.S.v. § 311 Abs. 1 BGB.<sup>26</sup> Andererseits wird man aufgrund des besonderen Zusammenhangs zwischen Probefahrt und späteren Kauf allgemein nur unter besonderen Umständen annehmen können, dass die Parteien einen Rechtsbindungswillen zum Abschluss eines gesonderten Vertrages mit eigenständigen Leistungspflichten gebildet und i.S.d. §§ 133, 157 BGB für die andere Seite erkennbar geäußert haben. So kann mangels konkreter Anhaltspunkte vorliegend insbesondere nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass B einen unbedingten vertraglichen Anspruch auf Nutzung des Wagens erlangen sollte, der jede vorzeitige Rückforderung des Wagens durch A für die gesamte Dauer der Probefahrt ausschließen sollte.

Damit sprechend die besseren Gründe gegen die Annahme eigenständigen Vertragsverhältnisses und für das Vorliegen eines gesetzlichen Schuldverhältnisses zur Vertragsanbahnung gem. § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB.

*Anmerkung:* Eine a.A. ist hier sehr gut vertretbar. Zu diskutieren wären dann im Folgenden ein Schadensersatzanspruch aus §§ 311 Abs. 1, 280 Abs. 1, 283 BGB soweit es die Unmöglichkeit der Herausgabe des Kfz betrifft und ein weiterer Schadensersatzanspruch bezüglich des Unfallschadens auf Basis der §§ 311, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB.

*2. Pflichtverletzung*

B müsste gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zudem eine vorvertragliche Schutzpflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des A verletzt haben. In Betracht kommen hier zwei unterschiedliche Anknüpfungspunkte für eine Pflichtverletzung: Zum einen eine direkte Zurechnung der Handlungen des C an B über § 278 S. 1 BGB und zum anderen die vorgelagerte, absprachewidrige Weitergabe des Kfz an C als eigene Pflichtverletzungshandlung des B.

Für Letzteres müsste C als Erfüllungsgehilfe mit Willen des B in dessen Pflichtenkreis tätig geworden sein. Zum Pflichtenkreis des B gehörte gem. § 241 Abs. 2 Var. 2 BGB insbesondere, auf das ihm zum Gebrauch überlassene Fahrzeug und das daran bestehende Eigentum des A Rücksicht zu nehmen. In eben diesen Pflichtenkreis setzt er C durch Weitergabe des Kfz willentlich ein. Dabei ist nach h.M. unerheblich, ob dem Schuldner die Einschaltung eines Erfüllungsgehilfen

<sup>23</sup> Vgl. Häublein, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 598 Rn. 11.

<sup>24</sup> Vgl. BGH NJW 2020, 3711 (3713 f. Rn. 26); Jox, NZV 1990, 53; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 27. Aufl. 2019, Rn. 368.

<sup>25</sup> BGH NJW 2020, 3711 (3713 Rn. 25); BGH NJW 1968, 1472 (1472 f.); OLG Köln NZV 2006, 260; Häublein (Fn. 23), § 598 Rn. 11; Illmer, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2018, Vor. § 598 Rn. 4.

<sup>26</sup> Allgemein bei Probefahrten ähnlich Staudinger/Tröster, DAR 2021, 8 (10); ebenfalls noch BGH MDR 1964, 408.

gestattet ist,<sup>27</sup> da das Verhalten eines Dritten dem Schuldner im Interesse des Gläubigers erst recht dann zuzurechnen ist, wenn er zur Einschaltung von Erfüllungsgehilfen dem Gläubiger gegenüber überhaupt nicht berechtigt gewesen wäre.

Da mittels § 278 S. 1 BGB über dessen Wortlaut hinaus nicht nur Vertretenmüssen, sondern auch Pflichtverletzungen zugerechnet werden,<sup>28</sup> liegen sowohl in der Beschädigung des Kfz als auch in der späteren, A gegenüber wirksamen Veräußerung des Wagens an D jeweils eine relevante Verletzung der Schutzpflicht auf Rücksichtnahme auf das Eigentum des A.

*Anmerkung:* Sofern Bearbeiter\*innen die Anwendbarkeit des § 278 BGB ablehnen, wäre im Folgenden auf die Weitergabe des Wagens als eigene Pflichtverletzungshandlung des B abzustellen, welche aber zu einem im Wesentlichen ähnlichen Ergebnis führt. So wären die Beschädigung und Veräußerung durch C insbesondere auch als adäquat kausale Folgen der unberechtigten Weitergabe durch B einzuordnen, zumal dieser sich über die Unzuverlässigkeit seines Sohnes im Klaren war. Unterschiede können sich allerdings bezüglich eines anspruchsmindernden Mitverschuldens des A ergeben (siehe unten), da der Schaden von B jedenfalls nicht vorsätzlich herbeigeführt wurde.

### 3. Vertretenmüssen

Gem. §§ 280 Abs. 1, 278 S. 1 BGB wird das B zugerechnete Vertretenmüssen des C vermutet. Gem. §§ 278 S. 1, 276 Abs. 1, Abs. 2 BGB hat C grundsätzlich sowohl die vorsätzliche Veräußerung des Wagens als auch die leicht fahrlässige Beschädigung des Fahrzeughecks zu vertreten.

Allerdings könnte C bzw. B mit Blick auf die leicht fahrlässige Beschädigung des Hecks eine vertragliche Haftungsmilderung zugutekommen. Die h.M. nimmt im Falle einer Probefahrt auch ohne konkrete Abrede im Wege ergänzender Vertragsauslegung über §§ 133, 157, 242 BGB einen Ausschluss für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen an, sofern diese typischerweise mit den Gefahren der Probefahrt zusammenhängen, wozu insbesondere mangelnde Erfahrung mit dem Fahrverhalten des konkreten Wagens gezählt wird. Begründet wird dies unter anderem damit, dass sich der Händler im Gegensatz zum Kaufinteressenten gegen das (kaum vermeidbare) Risiko derartiger Schäden leicht versichern kann.<sup>29</sup> Im vorliegenden Fall spricht sogar viel dafür, statt eines Rückgriffs auf das Institut der ergänzenden Vertragsauslegung in der ausdrücklichen Erklärung des A, B solle sich über die Risiken einer anfangs ungewohnten Geschwindigkeit mal

<sup>27</sup> RGZ 152, 125 (128); Lorenz, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 59, Stand: 1.8.2021, § 278 Rn. 19; a.A. Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 80. Aufl. 2021, § 278 Rn. 26.

<sup>28</sup> Vgl. Grundmann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 278 Rn. 50; Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 45. Aufl. 2021, § 20 Rn. 24.

<sup>29</sup> BGH NJW 1972, 1363 (1364 f.); Häublein (Fn. 23), § 598 Rn. 11.

keine Sorgen machen, einen gem. §§ 133, 157 BGB zwischen den Parteien konkludent vereinbarten Haftungsausschluss anzunehmen.

Fraglich ist allerdings, ob diese vertragliche Haftungsmilderung nur für das Fahrverhalten des B oder auch für das des C gelten soll. Gegen Letzteres spricht, dass A den tendenziell unfallgefährdeten Sportwagen nur dem ihm bekannten B, nicht hingegen C für die Probefahrt anvertraut hat. Mit einer Weitergabe an ihm unbekannt, zumal aufgrund des Alters fahrerunfähre Dritte, hat A sich hingegen nicht einverstanden erklärt und hätte dies angesichts der besonderen Interessenlage im Vorfeld der Vertragsanbahnung auch nicht getan. Da sowohl für eine ergänzende Vertragsauslegung als auch die Annahme und Auslegung einer konkludenten Haftungsmilderung die konkrete Interessenlage der Parteien entscheidend ist, sprechen durchgreifende Gründe dafür, den vertraglichen Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit nicht auf die Pflichtverletzung des Erfüllungsgehilfen C zu erstrecken.

*Anmerkung:* Selbst wenn man dies anders sähe, wäre eine Haftung des B jedenfalls auf Basis seiner eigenen Pflichtverletzungshandlung in Gestalt der (vorsätzlich) absprachewidrigen Überlassung des Wagens an C anzunehmen (vgl. Fn. 30).

Ein gem. § 278 BGB A zuzurechnendes Vertretenmüssen des B liegt damit vor.

### 4. Kausaler Schaden

Durch die wirksame Weiterveräußerung hat A einen kausalen Schaden in Höhe des Zeitwerts des Kfz von 95.000 € erlitten, durch die vorherige Beschädigung des Wagens einen Schaden i.H.v. 5.000 €. Letzterer ist auch nicht dadurch entfallen, dass später D das Eigentum an dem Wagen erworben hat, da es für die Anspruchsberechtigung allein auf den Zeitpunkt der Rechtsgutverletzung ankommt.<sup>30</sup> Zum Zeitpunkt des Unfalls war A noch Eigentümer, wohingegen D von vornherein nur Eigentum am dem bereits beschädigten Kfz erhalten hat.

### 5. Mitverschulden

Ein mögliches Mitverschulden des A an der späteren Veräußerung des Kfz durch das versehentliche Liegenlassen der Fahrzeugpapiere im Handschuhfach hat insoweit keine anspruchsmindernde Wirkung, als zur Anspruchsbegründung auf das zugerechnete Verhalten des C abgestellt wird, da bei einer vorsätzlichen Schadensverursachung durch den Schädiger ein lediglich fahrlässiges Mitverschulden des Geschädigten regelmäßig keine Berücksichtigung findet.<sup>31</sup>

### 6. Ergebnis

A hat gegen B einen Schadensersatzanspruch i.H.v. 100.000 € aus §§ 311 Abs. 2 Nr. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB.

<sup>30</sup> Vgl. nur Spindler, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.5.2021, § 823 Rn. 120.

<sup>31</sup> Vgl. etwa BGH NJW 2018, 1751 (1753 Rn. 21) m.w.N.

## II. Anspruch A gegen B auf Schadensersatz i.H.v. 100.000 € aus § 823 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch des A gegen B wegen einer Verletzung des Besitzes des A als „sonstiges Recht“ i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB scheidet selbst dann aus, wenn man den mittelbaren Besitz überhaupt als deliktsrechtlich schutzfähig ansieht,<sup>32</sup> da das Besitzschutzsystem der §§ 854 ff. BGB generell keine Ansprüche des mittelbaren Besitzers gegen den unmittelbaren Besitzer kennt und diese Wertung nicht über die Annahme deliktsrechtlicher Parallelansprüche unterlaufen werden soll.<sup>33</sup>

## III. Anspruch A gegen C auf Schadensersatz i.H.v. 100.000 € aus §§ 535, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

A könnte gegen C zunächst ein Anspruch auf 100.000 € auf Basis einer Verletzung des zwischen B und C bestehenden Schuldverhältnisses aus §§ 535, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zustehen.

### 1. Schuldverhältnis

Hierfür müsste zwischen B und C als Anknüpfungspunkt zunächst ein Schuldverhältnis vorliegen. In Betracht kommt hier der Abschluss eines Mietvertrages gem. § 535 BGB durch die zwischen B und C getroffene Vereinbarung, dass C den Sportwagen für den Rest der Probefahrtzeit gegen Zahlung von 100 € und dreimonatiges Rasenmähen zur freien Verfügung erhalten soll. Die Vereinbarung des Rasenmähens als dienstvertraglicher Gegenleistung spricht der Einordnung als Mietvertrag nicht entgegen, da der Mietzins auch in einer Realleistung liegen kann.<sup>34</sup> Insofern handelt es sich um einen schwerpunktmäßig mietrechtlichen, atypischen Vertrag in Form eines Typenkombinationsvertrags, auf den je nach Umständen und Interessenlage entweder nach der sog. Absorptionstheorie das Recht des schwerpunktmäßigen Vertragstyps oder nach der sog. Kombinationstheorie das Recht des jeweils betroffenen Vertragsbestandteils angewendet wird.<sup>35</sup> Welche Methode hinsichtlich der dienstvertraglichen

Elemente des Vertrages heranzuziehen ist, kann vorliegend dahinstehen, da es sich bei den in Rede stehenden Pflichtverletzungen des C jedenfalls um eine Verletzungen der mietvertraglichen Sorgfaltspflichten handelt. Ebenfalls dahinstehen kann die genaue dogmatische Herleitung der Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, die je nach Ansicht über eine ergänzende Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB, die Annahme einer richterrechtlichen Rechtsfortbildung auf Basis von § 242 BGB oder eine Analogie zu § 328 BGB begründet werden,<sup>36</sup> da über das Bestehen des Rechtsinstituts als solches ebenso wie die konkreten Anspruchsvoraussetzungen insoweit Einigkeit herrscht.

### 2. Leistungsnähe des A

Eine Leistungsnähe des A ist gegeben, da dieser bzw. dessen Interesse als Eigentümer mit den Sorgfaltspflichten gegenüber dem Sportwagen als Mietsache bestimmungsgemäß in Berührung kommen.

### 3. Gläubigerinteresse des B

Ein qualifiziertes Interesse des B an der Einbeziehung des A in die Schutzwirkung des Mietvertrages erscheint indes zweifelhaft. Weder ist B für „Wohl und Wehe“ des A verantwortlich, noch ist ein sonstiges berechtigtes Interesse erkennbar, da zwischen A und B kein besonderes Näheverhältnis vorliegt,<sup>37</sup> sondern es sich bei ihnen vielmehr um Vertragspartner mit entgegengesetzten Interessen handelt.<sup>38</sup>

### 4. Schutzbedürftigkeit des A

Selbst wenn man das Bestehen eines Gläubigerinteresses und das weitere Kriterium der Erkennbarkeit des geschützten Personenkreises bejahen sollte, steht einem Anspruch jedenfalls die mangelnde Schutzbedürftigkeit des A entgegen. An einer solchen fehlt es regelmäßig, wenn der Dritte bereits über inhaltsgleiche und gleichwertige Ansprüche hinreichend geschützt ist.<sup>39</sup> Vorliegend verfügt A über einen inhaltsgleichen und gleichwertigen Ersatzanspruch gegen B (siehe oben) sowie über weitere Ansprüche gegen C (siehe unten), so dass ein zusätzlicher Anspruch über die Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter im Ergebnis ausscheidet.

### 5. Ergebnis

A hat gegen C keinen Schadensersatzanspruch auf Zahlung von 100.000 € auf Basis der Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

<sup>32</sup> Dagegen etwa Förster, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 59, Stand: 1.8.2021, § 823 Rn. 156 f.; siehe auch Medicus/Petersen (Fn. 24), Rn. 608.

<sup>33</sup> BGHZ 32, 194 (204 f.) = NJW 1960, 1201 (1204); Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 16. Aufl. 2021, § 60 Rn. 19; eine a.A. als die (soweit ersichtlich) allgemeine Meinung wäre hier mit guter Begründung allerdings vertretbar, insbesondere sofern Bearbeiter\*innen darauf abstellen, dass es vorliegend nicht um eine (den §§ 854 ff. BGB ggf. widersprechende) Besitzerräumung mit Mitteln des Deliktsrechts geht, sondern um eine Entschädigung für den endgültigen Besitzverlust durch die kausale Entziehung des Eigentums.

<sup>34</sup> H. Schmidt, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.7.2021, § 535 Rn. 467.

<sup>35</sup> Herresthal, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.1.2021, § 311 Rn. 95–98 m.w.N.; siehe auch Looschelders (Fn. 33), Einl. Rn. 11 ff.

<sup>36</sup> Brox/Walker (Fn. 28), § 33 Rn. 6 m.w.N.

<sup>37</sup> Vgl. Brox/Walker (Fn. 28), § 33 Rn. 9 m.w.N.

<sup>38</sup> Es sei angemerkt, dass der BGH das Kriterium des Gläubigerinteresses auf Basis eines Näheverhältnisses in den letzten Jahren immer wieder aufgeweicht hat, um im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit selbst bei offenkundiger Gegensätzlichkeit der Interessenlagen Ansprüche gewähren zu können, vgl. etwa BGH NJW 2009, 217 (218).

<sup>39</sup> Brox/Walker (Fn. 28), § 33 Rn. 12.

**IV. Anspruch A gegen C auf Schadensersatz i.H.v. 100.000 € gem. §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB**

A könnte gegen C des Weiteren ein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 100.000 € gem. §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB zustehen.

*1. Vindikationslage zum Zeitpunkt der schädigenden Ereignisse*

Hierfür müsste zum Zeitpunkt der beiden schädigenden Ereignisse – der Beschädigung des Hecks und der Weiterveräußerung – zunächst eine Vindikationslage zwischen A und C bestanden haben. Diese liegt vor, wenn A zu diesem Zeitpunkt das Eigentum am Sportwagen innehatte und B Besitzer des Wagens war, ohne über ein Recht zum Besitz zu verfügen.

A war zum Zeitpunkt der schädigenden Ereignisse (noch) Eigentümer und C unmittelbarer Besitzer. Fraglich ist indes, ob C gegenüber A gem. § 986 Abs. 1 S. 1 BGB nicht zum Besitz berechtigt war, obwohl er über kein unmittelbar von A abgeleitetes Besitzrecht verfügte. Hierfür wäre gem. § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB eine lückenlose Besitzrechtskette von A über B zu C erforderlich. B ist auf Basis des vorvertraglichen Schuldverhältnisses gem. § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB gegenüber A zum Besitz berechtigt, C gegenüber B aufgrund des zwischen ihnen vereinbarten Mietvertrages gem. § 535 BGB. Indes erfordert eine lückenlose Besitzrechtskette, dass B gegenüber A auch zur Überlassung des Besitzes an C befugt gewesen ist (vgl. § 986 Abs. 1 S. 2 BGB).<sup>40</sup> Dies ist vorliegend nicht der Fall, da A den Besitz ausdrücklich nur dem B als Kaufinteressenten und zuverlässigen Fahrer überlassen hat, ohne eine (seinen Interessen nicht entsprechende) Benutzung des Sportwagens durch Dritte zu gestatten.

Mangels eines Rechts zum Besitz liegt zwischen A und C damit eine Vindikationslage vor.

*2. Bösgläubigkeit des C*

C war zum Zeitpunkt seines Besitzererwerbs gem. §§ 990 Abs. 1 S. 1 BGB auch bösgläubig i.S.v. § 932 Abs. 2 BGB, wobei aufgrund der Äußerung des C, man müsse A ja nichts von der Überlassung des Wagens erzählen, von positiver Kenntnis auszugehen ist. Jedenfalls wäre eine Annahme des C, B sei als Kaufinteressent zur Weitergabe des schnellen Sportwagens auch an dritte, zumal fahrerfähre Personen berechtigt, als grob fahrlässig einzustufen.

*3. Verschlechterung der Sache oder Unmöglichkeit der Herausgabe*

Durch den Heckschaden hat sich die Sache gem. § 989 Var. 1 BGB verschlechtert, durch den gutgläubigen Wegerwerb durch D ist die Herausgabe gem. § 989 Var. 3 BGB unmöglich geworden.

*4. Verschulden*

C hat die Verschlechterung des Wagens gem. §§ 989, 276 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, Abs. 2 BGB fahrlässig und die Unmöglichkeit der Herausgabe gem. §§ 989, 276 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB vorsätzlich verschuldet.

*5. Rechtsfolge: Schadensersatz*

Gem. §§ 249, 251 Abs. 1 BGB ist C A zum Schadensersatz i.H.v. 100.000 € verpflichtet.

*6. Ergebnis*

A hat gegen C einen Anspruch auf Zahlung von 100.000 € aus §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB.

**V. Anspruch A gegen C aus § 823 Abs. 1 BGB**

Darüber hinaus könnte A gegen C wegen der Verletzung seines Eigentums ein Schadensersatzanspruch gem. § 823 Abs. 1 BGB zustehen.

*1. Keine Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses*

Voraussetzung hierfür wäre, dass die Anwendbarkeit des Deliktsrecht nicht durch die allgemeine Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses ausgeschlossen ist, die nach h.M. auch zugunsten des bösgläubigen Besitzers gilt.<sup>41</sup> Vorliegend könnte die Sperrwirkung durch die Rechtsgrundverweisung des § 992 BGB (Haftung des deliktischen Besitzers) mit Blick auf die Weiterveräußerung des Kfz an D allerdings entfallen, sofern C sich den Besitz durch verbotene Eigenmacht oder durch eine Straftat verschafft hat.

Zum Zeitpunkt der Besitzerlangung von B hat C zwar weder in verbotener Eigenmacht gehandelt noch eine Straftat begangen. Allerdings hat C sich durch Eintragung seines Namens in der Zulassungsbescheinigung Teil II, spätestens aber durch die Veräußerung des Kfz an D vorsätzlich eine fremde bewegliche Sache durch äußerlich erkennbares Verhalten rechtswidrig zugeeignet und damit eine Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB begangen.

Insofern ist umstritten, ob die Rechtsgrundverweisung des § 992 BGB auch in jenen Fällen Anwendung finden soll, in denen der Besitzer nicht bereits beim erstmaligen Besitzerwerb, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt eine Straftat in Gestalt einer Unterschlagung begeht.<sup>42</sup> Hiergegen könnte zwar sprechen, dass § 992 BGB den Begriff der Verschaffung des Besitzes verwendet und damit nur die erstmalige Erlangung des Besitzes und eine hiermit einhergehende Störung des äußeren Rechtsfriedens meinen könnte.<sup>43</sup> Abgesehen davon, dass die h.M. etwa i.R.v. § 986 BGB auch die spätere Umwandlung von Fremd- in Eigenbesitz als Erlangung des

<sup>41</sup> Thole, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, Vor. §§ 987 ff. Rn. 105.

<sup>42</sup> Die Tatbestandsvariante der verbotenen Eigenmacht kommt hingegen schon deshalb nicht in Betracht, weil diese nur gegen den unmittelbaren Besitzer, nicht aber den mittelbaren Besitzer gerichtet sein kann (siehe nur BGH NJW 1977, 1818).

<sup>43</sup> Thole (Fn. 41), § 992 Rn. 23.

<sup>40</sup> Siehe dazu Spohnheimer, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.8.2021, § 986 Rn. 66; Vieweg/Werner (Fn. 1), § 7 Rn. 13.

Besitzes begreift,<sup>44</sup> spricht i.R.v. § 992 BGB aber insbesondere die mangelnde Schutzwürdigkeit des sich durch eine Straftat zum Eigenbesitzer aufschwingenden unmittelbaren Besitzers gegen dessen Privilegierung durch die Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses und damit für eine Anwendung des §§ 992 BGB auch im Falle einer späteren Unterschlagung.<sup>45</sup>

Der Anwendungsbereich von § 823 Abs. 1 BGB ist damit, soweit es die Veräußerung des Sportwagens betrifft, gem. § 992 Alt. 2 BGB eröffnet.<sup>46</sup>

### 2. Eigentumsverletzung durch kausale Verletzungshandlung

C hat das Eigentum des A durch die diesem gegenüber wirksame Übereignung des Sportwagens an D unmittelbar verletzt.

### 3. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit ist durch die Rechtsgutsverletzung indiziert; die Wirksamkeit des gutgläubigen Erwerbs ändert nichts an der Rechtswidrigkeit der Verfügung.

### 4. Verschulden

C handelte bei der rechtswidrigen Veräußerung des Kfz vorsätzlich i.S.d. § 276 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB

### 5. Kausaler Schaden

Durch die wirksame Verfügung über den Sportwagen ist A ein Schaden in Höhe des Sachwerts zum Zeitpunkt der Verletzungshandlung, hier also 95.000 €, entstanden, den C gem. §§ 249 Abs. 1, 251 Abs. 1 BGB zu ersetzen hat.

### 6. Ergebnis

A hat gegen C einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 95.000 € aus § 823 Abs. 1 BGB.

## VI. Anspruch A gegen C aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 246 Abs. 1 StGB

Durch die Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB hat C zudem ein Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB verletzt und ist dementsprechend auch aus dieser Norm zum Ersatz von 95.000 € verpflichtet.

<sup>44</sup> BGHZ 31, 129 (133); dagegen allerdings die überwiegende Literatur, siehe *Fritzsche*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 59, Stand: 1.8.2021, § 987 Rn. 17 m.w.N.

<sup>45</sup> So im Ergebnis auch die wohl überwiegende Literatur, siehe etwa *Raff*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 992 Rn. 9 m.w.N.

<sup>46</sup> Eine a.A. ist hier gut vertretbar. In der Folge müssten die Bearbeiter\*innen dann auch den Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 246 Abs. 1 StGB ablehnen, wohingegen die Anwendbarkeit des § 826 BGB durch die Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses generell nicht ausgeschlossen ist, vgl. *Raff* (Fn. 45), § 993 Rn. 17.

## VII. Anspruch A gegen C aus § 826 BGB

Voraussetzung eines Anspruchs aus § 826 BGB ist die rechtswidrige Verursachung eines Schadens durch eine sittenwidrige Schädigungshandlung, wobei der Anspruchsgegner „doppelten“ Vorsatz sowohl hinsichtlich der Tatumstände der Schädigungshandlung als auch der Schadenszufügung haben muss.<sup>47</sup>

Mit der Begehung einer strafbaren Unterschlagung zulasten des A hat C eine dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widersprechende und damit sittenwidrige Schädigungshandlung vorgenommen, die bei A zu einem Vermögensschaden in Höhe des Wertes des Kfz geführt hat. Hierbei handelte C auch vorsätzlich, da ihm die Umstände seiner Handlung bekannt waren und er den Schaden des A wissentlich herbeigeführt hat.

A hat daher gegen C auch aus § 826 BGB einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 95.000 €.

## VIII. Anspruch A gegen C aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB

Ferner könnte A gegen C ein Anspruch auf Herausgabe des von D gezahlten Kaufpreises aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB zustehen.

### 1. Entgeltliche Verfügung eines Nichtberechtigten

Hierfür müsste C zunächst als Nichtberechtigter über einen Gegenstand entgeltlich verfügt haben. Eine Verfügung ist jede Aufhebung, Übertragung, Belastung und Inhaltsänderung eines Rechts, mithin auch die Eigentumsübertragung eines Sportwagens gem. §§ 929 ff. BGB. Als C D den Wagen gegen ein Entgelt von 90.000 € übertragen hatte, handelte er auch ohne Berechtigung.

### 2. Wirksamkeit der Verfügung gegenüber dem Berechtigten

Die Verfügung des C an D war dem A gegenüber als gutgläubiger Erwerb gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB wirksam (siehe oben).

### 3. Rechtsfolge: Herausgabe des Erlangten

Der Inhalt und wirtschaftliche Wert des Anspruchs hängen vorliegend davon ab, welche Rechtsposition als „durch die Verfügung“ Erlangtes i.S.v. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB zu verstehen ist.

Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht ist hierunter aufgrund des Wortlauts der Norm die durch die Verfügung über die Sache unmittelbar erlangte Befreiung von der schuldrechtlichen Verbindlichkeit zu verstehen.<sup>48</sup> Da diese in natura nicht herausgegeben werden kann, schulde der Verfügende gem. § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz, wobei der Wert der Befreiung von der schuldrechtlichen Verbindlichkeit i.S.d.

<sup>47</sup> Siehe zu den Voraussetzungen von § 826 BGB etwa *Looschelders* (Fn. 33), § 65 Rn. 2 ff.

<sup>48</sup> *Medicus/Petersen* (Fn. 24), Rn. 723; diskutiert wird die Thematik häufiger in Zusammenhang mit einer gegenüber dem objektiven Sachwert höheren Gegenleistung, siehe eingehend *Lorenz*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 816 Rn. 23 ff. m.w.N.

§ 818 Abs. 3 BGB noch in seinem Vermögen vorhanden ist und er somit stets den objektiven Wert des Verfügungsgegenstandes herauszugeben habe.<sup>49</sup> Nach dieser Ansicht müsste C A daher im Ergebnis den objektiven Wert des Sportwagens i.H.v. 95.000 € ersetzen.

Im Gegensatz hierzu versteht die h.M. unter dem gem. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB Erlangten die im Zusammenhang mit der Verfügung aufgrund des Kausalgeschäfts erlangte Gegenleistung.<sup>50</sup> Dies wäre vorliegend der von C durch die Handy-Überweisung des D erworbene Auszahlungsanspruch gegen seine Bank i.H.v. (nur) 90.000 €. Auch soweit C einen Teil dieser Summe möglicherweise schon für seine Flugreise nach Barbados ausgegeben hat, wäre der dem A gem. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB zustehende Ersatzanspruch auf den insofern geringeren Wert der erlangten Gegenleistung begrenzt.

Orientiert man sich bei der Auslegung von § 816 Abs. 1 S. 1 BGB eng am Wortlaut der Norm, erscheint ein auf den Wert der Verbindlichkeit gerichteter Anspruchsinhalt dogmatisch auf den ersten Blick zwingend, da die unmittelbare rechtliche Folge einer Verfügung in der Tat in der Befreiung von der zugrundeliegenden schuldrechtlichen Verbindlichkeit liegt. Indes sprechen sowohl rechtssystematische wie teleologisch-praktische Argumente letzten Endes für die h.M. So liegt dem (verschuldensunabhängigen) Kondiktionsrecht allgemein das Prinzip zugrunde, dass der Schuldner lediglich die von ihm rechtsgrundlos erlangten Vorteile herauszugeben hat, soweit nicht die zusätzlichen Voraussetzungen einer verschärften Haftung vorliegen. Dieses Prinzip würde durch die letztlich unbedingte Haftung auf den Wert des Verfügungsgegenstandes im Ergebnis unterlaufen, zumal eine solche Auslegung in Konflikt mit der dem § 816 BGB verwandten Vorschrift des § 285 BGB treten würde und ihre dogmatisch etwas feinsinnig anmutenden Annahme in der Gesetzgebungshistorie keinerlei Stütze finden. Demgegenüber erscheint es ebenso naheliegend wie praxisgerecht, in § 816 BGB den kondiktionsrechtlichen Spezialfall eines Anspruchs auf das stellvertretende commodum zu sehen, der sich auf den wegen der Verfügung konkret erlangten Gegenstand und nicht auf einen erst noch zu bestimmenden, objektiven Gegenstandswert richtet.

*Anmerkung:* Die Gegenansicht ist hier selbstverständlich sehr gut vertretbar. Gleiches gilt bei entsprechender Begründung auch für die mittlerweile zahlreichen (Unter-)Ansichten, die zum „klassischen“ Problemkomplex des Anspruchsinhalts bei § 816 Abs. 1 S. 1 BGB innerhalb der Literatur vertreten werden.

#### 4. Ergebnis

A hat gegen C einen Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB auf Abtretung des gegenüber der Bank des C bestehenden

<sup>49</sup> Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl. 2016, S. 321 ff. m.w.N.

<sup>50</sup> BGHZ 29, 157 (159 f.); Röthel, Jura 2012, 844 (847 f.); Martinek/Heine, in: juris PraxisKommentar BGB, 9. Aufl., Stand: 1.2.2020, § 816 Rn. 24.

Auszahlungsanspruchs i.H.v. 90.000 €. Soweit C für die Flugreise nach Barbados ggf. bereits Geld ausgegeben hat, ist er A zum Ersatz verpflichtet.

#### IX. Ansprüche A gegen C aus §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2 BGB

Schließlich stellt die unberechtigte Veräußerung des Eigentums des A vonseiten des C auch eine angemäße Eigen-geschäftsführung i.S.v. § 687 Abs. 2 BGB dar, so dass A von C auch gem. §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 678 BGB Schadensersatz wegen des Verlusts des Eigentums am Sportwagen in Höhe des Zeitwerts von 95.000 € verlangen könnte, wobei auch das hierfür erforderliche Übernahmeverschulden in Form des Vorsatzes zum Zeitpunkt der unberechtigten Veräußerung des Wagens vorliegt. Alternativ könnte A auch lediglich die Herausgabe des erlangten Kaufpreises i.H.v. 90.000 € gem. §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 Var. 2 BGB verlangen, sofern er sich zur Geltendmachung dieses Anspruchs entscheidet.<sup>51</sup>

#### X. Ergebnis Frage 2

A hat gegen B einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 100.000 € aus §§ 311 Abs. 2 Nr. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB.

Gegen C hat A einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 100.000 € aus §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB. Darüber hinaus stehen A hiermit konkurrierende Schadensersatzansprüche auf Zahlung von 95.000 € aus § 823 Abs. 1 BGB, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 246 Abs. 1 StGB, § 826 BGB und §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 678 BGB sowie schließlich Herausgabeansprüche im Wert von 90.000 € aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB und §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 Var. 2 BGB zu.

Die Ansprüche gegen B und C stehen zueinander im Verhältnis der Gesamtschuldnerschaft gem. § 421 S. 1 BGB.

#### Frage 3: Ansprüche D gegen A auf Herausgabe des Zweitschlüssels

##### I. Anspruch D gegen A aus § 985 BGB

D könnte gegen A einen Anspruch auf Herausgabe des bei A befindlichen Zweitschlüssels für den Sportwagen aus § 985 BGB haben.

Hierfür müsste D Eigentümer des ursprünglich A gehörenden Schlüssels geworden sein. Mangels eigenständigen Übertragungsaktes käme ein Eigentumserwerb allein im Zuge des gutgläubigen Erwerbs des Sportwagens gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB in Betracht. Ein gleichzeitiger Eigentumsübergang an dem Schlüssel wäre insofern zu bejahen,

<sup>51</sup> Praktisch ratsam wäre dies freilich nicht, da ein Vorgehen nach § 687 Abs. 2 S. 1 BGB gegenüber anderen Parallelansprüchen (wie zumeist) keine Vorteile bietet, potenziell Gegenansprüche nach § 687 Abs. 2 S. 2 BGB auslöst und das Konkurrenzverhältnis zu anderen, oft erfolversprechenderen Ansprüchen bis heute nicht geklärt ist, vgl. etwa Hartmann, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.8.2021, § 687 Rn. 117–119 m.w.N.

wenn es sich bei ihm um einen wesentlichen Bestandteil des Sportwagens i.S.d. § 93 BGB handeln würde, da wesentliche Bestandteile nicht Gegenstand eigener Rechte sein können und das Eigentum an ihnen folglich mit dem Eigentum der Hauptsache übergeht.<sup>52</sup>

Gem. § 93 BGB sind wesentliche Bestandteile indes nur solche Sachen, die unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung von der Hauptsache nicht getrennt werden können, ohne dass der eine oder der andere Gegenstand zerstört oder in seinem Wesen verändert würden. Dies trifft auf einen Zweitschlüssel, der sich problemlos ohne negative Folgen von einem Kfz körperlich trennen lässt, allerdings nicht zu. Ein Autoschlüssel ist vielmehr nur dazu bestimmt, dem wirtschaftlichen Zweck eines Kfz zu dienen und stellt somit ein Zubehör i.S.d. § 97 BGB dar, für dessen Übereignung es eines eigenen Übertragungsaktes bedarf.<sup>53</sup> Selbst wenn man annähme, dass mit der auf den Sportwagen bezogenen Eini-gung gem. § 929 S. 1 BGB konkludent auch die Übereignung sämtlicher Zweitschlüssel erklärt wurde, scheitert ein gut-gläubiger Erwerb des bei A befindlichen Zweitschlüssels jedenfalls an der hierfür noch erforderlichen Übergabe.

D hat daher gegen A keinen Anspruch auf Herausgabe des Zweitschlüssels aus § 985 BGB.

## II. Weitere Anspruchsgrundlagen

Andere erfolgversprechende Anspruchsgrundlagen zur Herausgabe des Schlüssels sind nicht ersichtlich.

*Anmerkung:* Die Entscheidung des BGH geht insofern ausschließlich auf den Anspruch aus § 985 BGB ein. Eine eigenständige Diskussion weiterer möglicher Anspruchsgrundlagen wird von Bearbeiter\*innen nicht erwartet, wäre (je nach individueller Begründung) aber ggf. gesondert zu honorieren.

Denkbar wäre allenfalls ein auf § 242 BGB gestützter Herausgabeanspruch, sofern man das Auseinanderfallen des Eigentums am Kfz und am zugehörigem Schlüssel bereits als Sonderverbindung im Sinne eines qualifizierten sozialen Kontakts einordnen wollte<sup>54</sup> und davon ausginge, dass das Behalten eines Zweitschlüssels, für das der ursprüngliche Eigentümer der Hauptsache im Gegensatz zum Neueigentümer keinerlei wirtschaftlich sinnvolle Verwendung mehr hat, als treuwidrig einzustufen ist. Dem steht allerdings entgegen, dass unmittelbar auf dem Gebot von Treu und Glauben fußende Ansprüche aus systematischen Gründen wenn überhaupt nur mit äußerster Zurückhaltung anzuerkennen sind und D sich (jedenfalls de jure) gegen eine unbefugte Verwendung des Zweitschlüssels (ggf. auch vorbeugend) zur Wehr setzen kann (vgl. § 1004 Abs. 1 BGB). Mag der Gedanke, dass eine fremde Person über einen Zweitschlüssel zu seinem Sportwagen verfügt, für D verständlicher Weise auch höchst unange-

nehm sein, wird hierdurch jedenfalls kein dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widersprechender Zustand geschaffen, gegen den die Rechtsordnung zwingend Abhilfe schaffen müsste.

## III. Ergebnis Frage 3

D hat gegen A keinen Anspruch auf Herausgabe des noch bei ihm befindlichen Zweitschlüssels.

<sup>52</sup> Vieweg/Werner (Fn. 1), § 1 Rn. 13; Stresemann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 93 Rn. 19.

<sup>53</sup> BGH NJW 2020, 3711 (3714 Rn. 33).

<sup>54</sup> Vgl. Schubert, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 242 Rn. 88–90.

# Fortgeschrittenenklausur: Die goldenen Heringsköpfe

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. Elisabeth Heukenkamp, Maître en Droit (Paris), München\*

*Diese Fortgeschrittenenklausur für drei Zeitstunden behandelt das Wegnahmerecht des Mieters und seine Abwendung durch den Vermieter – ein häufig vernachlässigtes, gleichwohl nicht zuletzt wegen seiner sachenrechtlichen Implikationen examensrelevantes Institut. Die Klausur ruft die leicht zu übersehende kurze Verjährung in das Gedächtnis zurück und vertieft den gesetzlichen Eigentumserwerb beim Einbau in Wohnungseigentum. Auch der fast nie gelehrte, gleichwohl geprüfte Schutz des Teilbesitzes wird intensiv beleuchtet. Maßgeblich für das Gelingen dieser Klausur ist die saubere Subsumtion der gesetzlichen Herausgabeansprüche.*

## Sachverhalt

Der Musiker Louis Marchand (M) mietete mit unbefristetem Vertrag vom 1.1.2017 von seinem verarmten Kollegen Johann Vach (V) eine Wohnung. Der Wohnungseigentümer Georg Erdmann (E), von dem V seinerseits die Wohnung unbefristet gemietet hatte und von dem sie ihm auch überlassen worden war, räumte M wirksam ein Vorkaufsrecht ein. M wollte die Wohnung bei nächster Gelegenheit erwerben.

M plante, sich im Salon der Wohnung in stundenlangen Orgelvariationen zu ergehen. M ließ deshalb zunächst mit Einwilligung des V in den Kaminschacht des Salons für 10.000 € eine Orgel einbauen. Die Pfeifen wurden dergestalt gegossen, dass sie sich exakt in den Freiraum einfügten. Die sog. kleine Schwalbennestorgel wurde fest mit hierfür in die Wand eingelassenen Stahlträgern verschweißt. Ihr Dröhnen allerdings machte es Ms Kindern unmöglich, auf dem leisen Cembalo im Nebenzimmer zu üben. Deshalb entschloss sich M mit Einwilligung des V zu einer Schallisolierung des Orgelzimmers in Form eines Raum-im-Raum-Konzepts zum Preis von 10.000 €. Dabei wird vor jede Wand eine weitere Wand aus einer Trägerkonstruktion mit einer Gipskartonplatte, gefüllt mit Akustikschwerschaum, gesetzt. Da diese Isolierung das Orgelzimmer allerdings stark verkleinern würde, wollte M die Verkleidung nach dem Auszug seiner Kinder wieder beseitigen lassen.

Als der begnadete Tastenritter V ihn eines Tages beim abendlichen Treffen im Kaffeehaus zu einem musikalischen Wettstreit am Cembalo auffordert, kriegt es M jedoch mit der Angst zu tun. Hals über Kopf ergreift er die Flucht über die Landesgrenze. V, der längst einen Blick auf die schöne Orgel und die bequeme Dämmung geworfen hat, will nun selbst in die Wohnung einziehen. Die Dämmung des Salons soll V auch für seine Kammermusikabende dienen, die sonst seine Kinder aufzuwecken pflegen. So beenden M und V das Mietverhältnis durch Aufhebungsvertrag einvernehmlich am 19.3.2021. Am 21.3.2021 erhält V noch einen kleinlauten Brief mit allen Wohnungsschlüsseln.

---

\* Die Verf. ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Römisches Recht, Antike Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht an der Ludwig-Maximilians-Universität München (Prof. Dr. Johannes Platschek).

Von seinen Erfolgen in Frankreich ermutigt taucht M am 20.9.2021 unerwartet bei V auf und verlangt Orgel und Schalldämmung von ihm heraus. Zumindest müsse V ihre Wegnahme dulden. V aber ist durch ein kleines Wunder zu Geld gekommen: Als er eines Abends hungrig im Biergarten saß, ging das Küchenfenster auf und zwei Heringsköpfe flogen ihm vor die Füße. Erstaunt hob er sie auf und wurde gewahr: Sie waren mit Goldstücken gefüllt. So kann er am 22.9.2021 M anbieten, Orgel und Isolierung gegen Zahlung von 25.000 € in bar zurückzulassen. M lehnt ab, obwohl er zumindest die auf den Salon angepassten Schalldämmplatten nicht gebrauchen kann. Die Wohnung will M nicht mehr erwerben und die Dämmplatten wegen des damit verbundenen Aufwandes auch nicht an die neuen räumlichen Verhältnisse anpassen. Die Orgel dagegen plant M, in seine neue Wohnung einbauen zu lassen. V meint, er müsse Orgel und Dämmplatten nicht herausgeben oder ihre Wegnahme dulden, weil Ms Auszug schon viel zu lange her sei. Die Orgel läge ihm – V – am Herzen, die Dämmung aber sei für seine Kammermusikabende schlicht unentbehrlich.

## Frage

Kann M von V Duldung der Wegnahme von Orgel und Dämmplatten oder deren Herausgabe verlangen? Auf § 5 Abs. 1 WEG wird hingewiesen.

## Lösungsvorschlag

### I. Ansprüche bzgl. der Orgel

*1. Duldung der Wegnahme aus §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB Zug um Zug gegen Sicherheitsleistung für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden*

Gem. § 539 Abs. 2 BGB ist der Mieter berechtigt, eine Einrichtung wegzunehmen, mit der er die Mietsache versehen hat.<sup>1</sup>

*a) Einrichtung, mit der der Mieter die Mietsache versehen hat*

Die Orgel muss eine Einrichtung sein. Einrichtungen sind bewegliche Sachen, die mit der Mietsache vorübergehend oder dauerhaft verbunden werden, um ihrem Zweck zu dienen.<sup>2</sup> Unerheblich ist also, ob die Sache durch Verbindung wesent-

---

<sup>1</sup> Grundlegend hierzu *Brinkmann*, Das Wegnahmerecht des Mieters nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch unter Berücksichtigung des Gemeinen Rechts und verwandter Rechte, 1922.

<sup>2</sup> *Bieber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 539 Rn. 17; a.A. *Lehmann-Richter*, in: Schmidt-Futterer, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2019, § 539 Rn. 49: Einrichtung nur bei Eigentumsverlust des Mieters nach § 946 BGB, also nicht bei bloß vorübergehender Verbindung; wieder anders *Emmerich*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 539 Rn. 26, 29 keine Einrichtung bei Einfügung auf Dauer.



licher Bestandteil der Mietsache geworden ist.<sup>3</sup> Die Orgel ist auf Veranlassung des M mit der Wohnung verbunden worden, um seinem Orgelspiel zu dienen, und somit eine Einrichtung.

*b) Keine Abwendung durch den Vermieter*

Gem. § 552 Abs. 1 BGB kann der Vermieter bei Mietverhältnissen über Wohnraum die Ausübung des Wegnahmerechts durch Zahlung einer angemessenen Entschädigung abwenden, wenn nicht der Mieter ein berechtigtes Interesse an der Wegnahme hat. Ein Affektionsinteresse genügt hierfür.<sup>4</sup>

V hat M eine angemessene Entschädigung – Wiederbeschaffungswert im Zeitpunkt der Abwendung<sup>5</sup> – tatsächlich angeboten.<sup>6</sup> Aber M möchte die Orgel in seine neue Wohnung einbauen lassen. M hat deshalb ein berechtigtes Interesse an der Wegnahme. V kann daher die Ausübung des Wegnahmerechts nicht abwenden.

*c) Rechtsfolge*

Nach § 539 Abs. 2 BGB ist der Mieter berechtigt, die Einrichtung wegzunehmen. Hat, wie hier bezüglich der Wohnung, der Herausgabeberechtigte den Besitz an der Mietsache erlangt, wird das Wegnahmerecht nach § 258 S. 2 BGB zum dinglichen Anspruch auf Gestattung der Wegnahme gegen den Besitzer.<sup>7</sup> M kann daher Duldung der Wegnahme verlangen,<sup>8</sup> und zwar gem. § 258 S. 2 BGB a.E. Zug um Zug gegen Sicherheitsleistung für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden.

Der Anspruch aus § 539 Abs. 2 BGB ist dinglicher Natur: In der Wegnahme vollzieht sich die Aneignung.<sup>9</sup> Wer Eigentümer der Orgel ist, kann hier deshalb noch offenbleiben.

*d) Keine Verjährung*

Fraglich ist aber, ob der Anspruch des M gegen V aus §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB, die Wegnahme der Orgel zu dulden, verjährt ist. V hat eingewandt, Ms Auszug sei schon viel zu lange her, und sich damit konkludent auf Verjährung berufen. M hat nämlich erst am 20.9.2021 von V Herausgabe der Orgel bzw. die Duldung ihrer Wegnahme verlangt.

Gem. § 548 Abs. 2 BGB verjähren Ansprüche des Mieters auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung in sechs Monaten nach Beendigung des Mietverhältnisses. Der An-

spruch aus §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB unterliegt der Verjährungsregelung des § 548 Abs. 2 BGB.<sup>10</sup> § 548 Abs. 2 BGB meint, obwohl der Anspruch auf Duldung der Wegnahme aus §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB erst mit Rückgabe der Mietsache an den Vermieter entsteht, nicht die tatsächliche Beendigung etwa durch den Auszug des Mieters, sondern die rechtliche.<sup>11</sup> Auf den Erhalt der Wohnungsschlüssel am 21.3.2021 kommt es deshalb nicht an. Die Frist berechnet sich gem. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB.<sup>12</sup>

Das Mietverhältnis ist am 19.3.2021 einvernehmlich durch Aufhebungsvertrag beendet worden. Die Frist für die Verjährung des Wegnahmerechts begann gem. § 187 Abs. 1 BGB am 20.3.2021 zu laufen und dauerte gem. § 548 Abs. 2 BGB sechs Monate. Sie endete gem. § 188 Abs. 2 BGB an sich am 19.9.2021. Danach wäre der Anspruch auf Duldung der Wegnahme aus § 539 Abs. 2 BGB am 20.9.2021 bereits verjährt gewesen. Aber der 19.9.2021 war ein Sonntag. Die Frist könnte daher gem. § 193 BGB erst am Montag, den 20.9.2021, abgelaufen sein mit der Folge, dass M den Anspruch auf Duldung der Wegnahme rechtzeitig geltend gemacht hätte.

Ist an einem bestimmten Tage oder innerhalb einer Frist eine Willenserklärung abzugeben oder eine Leistung zu bewirken und fällt der bestimmte Tag oder der letzte Tag der Frist auf einen Sonntag oder einen Sonnabend, so tritt gem. § 193 BGB an die Stelle eines solchen Tages der nächste Werktag. Die Geltendmachung des Anspruchs gegen V, die Wegnahme zu dulden, ist weder eine Leistung noch eine Willenserklärung. Für den Ablauf von Verjährungsfristen trifft § 193 BGB keine Regelung. Aber die Vorschrift könnte hier analog anwendbar sein. Eine Analogie setzt eine Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit sowie die teleologische Vergleichbarkeit der Fälle voraus.<sup>13</sup> § 193 BGB dient „zum Schutz der jüdisch-christlichen Tradition der Heiligung von Sonn- und Feiertagen, wie er dem 3. der Zehn Gebote entspricht“.<sup>14</sup> Störende Handlungen zur Einhaltung der Frist sollen vermieden werden.<sup>15</sup> Auch die Geltendmachung eines Anspruchs stört die Sonn- und Feiertagsruhe. Es ist deshalb anzunehmen, dass der Gesetzgeber, hätte er dies bedacht, § 193 BGB auch für den Ablauf von Verjährungsfristen angeordnet hätte. § 193 BGB gilt deshalb analog auch für § 548 Abs. 2 BGB.<sup>16</sup> Die Verjährungsfrist endete deshalb erst am 20.9.2021. Der Anspruch aus §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB ist daher nicht durch Verjährung erloschen.

*2. Herausgabe aus § 985 BGB*

Für einen Anspruch aus § 985 BGB muss M Eigentümer der Orgel sein und V deren Besitzer ohne Recht zum Besitz, vgl.

<sup>3</sup> Weidenkaff, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 80. Aufl. 2021, § 539 Rn. 9.

<sup>4</sup> Bieber (Fn. 2), § 552 Rn. 8.

<sup>5</sup> Bieber (Fn. 2), § 552 Rn. 6: keine Berücksichtigung ersparter Kosten; Weidenkaff (Fn. 3), § 552 Rn. 3; Zehelein, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 59, Stand: 1.8.2021, § 552 Rn. 7: Berücksichtigung ersparter Kosten.

<sup>6</sup> Vgl. Bieber (Fn. 2), § 552 Rn. 5; Zehelein (Fn. 5), § 552 Rn. 6.

<sup>7</sup> OLG Bamberg NZM 2004, 342 (342); Bittner/Kolbe, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 258 Rn. 1.

<sup>8</sup> BGHZ 81, 146 = BeckRS 9998, 103914; OLG Düsseldorf BeckRS 9998, 36879.

<sup>9</sup> BGHZ 81, 146 = BeckRS 9998, 103914; Weidenkaff (Fn. 3), § 539 Rn. 10.

<sup>10</sup> Emmerich (Fn. 2), § 548 Rn. 21.

<sup>11</sup> BGH NZM 2008, 519 (520 Rn. 15); Emmerich (Fn. 2), § 548 Rn. 36.

<sup>12</sup> Weidenkaff (Fn. 3), § 548 Rn. 2.

<sup>13</sup> Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 4 Rn. 80.

<sup>14</sup> Repgen, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 193 Rn. 3.

<sup>15</sup> Repgen (Fn. 14), § 193 Rn. 3.

<sup>16</sup> Weidenkaff (Fn. 3), § 548 Rn. 2.

§ 986 BGB. Hier ist schon das Eigentum des M fraglich. E könnte die Orgel durch Einbau gem. § 946 BGB, § 5 Abs. 1 WEG erworben haben. Dies erfordert die Verbindung einer beweglichen Sache mit einem Grundstück dergestalt, dass die bewegliche Sache dessen wesentlicher Bestandteil wird.

*a) Verbindung einer beweglichen Sache mit einem Grundstück, § 946 BGB*

Die Orgel wurde in die Wohnung eingebaut. Deshalb scheidet eine unmittelbare Verbindung mit einem Grundstück als Grund und Boden i.S.v. § 94 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB aus. Aber eine mittelbare Verbindung mit dem Grundstück kommt in Betracht, wenn die Orgel wesentlicher Bestandteil des Gebäudes i.S.v. § 94 Abs. 2 BGB ist, da dieses seinerseits gem. § 94 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB wesentlicher Bestandteil des Grundstücks ist. Voraussetzung hierfür ist, dass die Orgel zur Herstellung des Gebäudes eingefügt wurde, § 94 Abs. 2 BGB.

Einfügen verlangt die Herstellung eines räumlichen Zusammenhangs beim Bau oder später.<sup>17</sup> Die Orgel ist mit Boden und Wand verbunden worden. Dies geschah zur Herstellung des Gebäudes. Die Orgel war zwar nicht notwendig, um das Gebäude zu erbauen. Zur Herstellung des Gebäudes eingefügt i.S.v. § 94 Abs. 2 BGB werden jedoch nicht nur die für den Bau unentbehrlichen, also wesentlichen Teile, sondern auch diejenigen, die dem Bau das seiner Zweckbestimmung entsprechende besondere Gepräge geben.<sup>18</sup> Hierzu kann auch eine ungewöhnliche Ausstattung gehören.<sup>19</sup> Erhält durch den Einbau nur ein einzelner Raum ein bestimmtes Gepräge, genügt dies, wenn dadurch zugleich der Gesamtcharakter des Gebäudes mitgestaltet wird, etwa weil dessen Anpassung erforderlich ist.<sup>20</sup> Kann das Gebäude nach seiner Art verschiedenen Zwecken dienen, verdient der Rechtsverkehr Vertrauensschutz dahin, dass die zur Zweckerreichung eingefügten Sachen dieselbe Rechtslage aufweisen wie das Gebäude, zudem nur dann, wenn die Sache speziell für das Gebäude angefertigt oder das Gebäude speziell für die Sache angepasst wurde.<sup>21</sup> Die Orgel gibt dem Innenraum sein besonderes Gepräge, wurde die Orgel doch genau auf den Kaminschacht angepasst und wurden hierfür sogar die Wände erst mit Stahlträgern versehen. Danach ist die Orgel zur Herstellung des zu verschiedenen Zwecken nutzbaren Gebäudes eingefügt.

*b) Dergestalt, dass sie wesentlicher Bestandteil wird, § 946 BGB*

Durch Einfügen der Orgel zur Herstellung des Gebäudes i.S.v. § 94 Abs. 2 BGB wird diese, unabhängig von den (hier gegebenen) Voraussetzungen des § 93 BGB,<sup>22</sup> dessen wesentlicher Bestandteil, sofern die Verbindung nicht nur zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt ist, § 95 Abs. 1 S. 1 BGB.<sup>23</sup> Bei Sachen, die ein Mieter vertragsgemäß einfügt, spricht eine tatsächliche Vermutung für die auf die Mietzeit begrenzte und demnach nur vorübergehende Verbindung.<sup>24</sup> Diese Vermutung wird aber durch den Nachweis der positiven Belassungsabsicht widerlegt.<sup>25</sup> Maßgeblich dafür ist die innere Willensrichtung des Einfügenden, die mit dem nach außen in Erscheinung tretenden Sachverhalt und der besonderen Gestaltung der zugrundeliegenden Rechtsbeziehungen vereinbar sein muss.<sup>26</sup> Hier plante M den Erwerb der Wohnung zum nächstmöglichen Zeitpunkt. Er beabsichtigte bei Einfügung der Orgel, diese dauerhaft dort zu belassen. E hatte ihm wirksam ein Vorkaufsrecht eingeräumt; diese innere Willensrichtung wird deshalb durch die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse bestätigt. Die Tatbestandsvoraussetzungen müssen nur im Moment der Rechtsänderung vorliegen. Die nachträgliche Sinnesänderung des M schadet deshalb nicht.<sup>27</sup>

*c) Rechtsfolge*

Nach § 946 BGB erwirbt der Grundstückseigentümer die Orgel. Hier handelt es sich aber um Wohnungseigentum des E i.S.v. § 1 Abs. 2 WEG. Zu diesem Sondereigentum erklärt § 5 Abs. 1 WEG auch die zu diesen Räumen gehörenden wesentlichen Bestandteile des Gebäudes i.S.v. § 94 Abs. 2 BGB.<sup>28</sup> Dies gilt unter der Voraussetzung, dass diese verändert, beseitigt oder eingefügt werden können, ohne dass dadurch das gemeinschaftliche Eigentum oder ein auf Sondereigentum beruhendes Recht eines anderen Wohnungseigentümers über das nach § 14 WEG zulässige Maß hinaus beeinträchtigt oder die äußere Gestaltung des Gebäudes verändert wird.<sup>29</sup> Maßgeblich ist die Verkehrsanschauung.<sup>30</sup> Die Orgel ist wesentlicher Bestandteil des Gebäudes i.S.v. § 94 Abs. 2 BGB (siehe oben). Einbau, Veränderung oder Ausbau der

<sup>17</sup> RGZ 158, 362 (367); BGHZ 53, 324 (325) = NJW 1970, 895; *Stresemann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 94 Rn. 22.

<sup>18</sup> RGZ 150, 22 (26); BGHZ 53, 324 (325) = NJW 1970, 895; *Stresemann* (Fn. 17), § 94 Rn. 25.

<sup>19</sup> RGZ 158, 362 (374 ff.): Einfügung eines handwerklichen Kunstwerks in Wohnräume.

<sup>20</sup> *Stieper*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 94 Rn. 25; OLG Zweibrücken NJW-RR 1989, 84 (84): Sonderanfertigung einer Einbauküche, hierfür Entfernung von Trennwänden.

<sup>21</sup> *Stieper* (Fn. 20), § 94 Rn. 25–27; *Stresemann* (Fn. 17), § 94 Rn. 34.

<sup>22</sup> RGZ 150, 22 (26); RGZ 63, 416 (418); *Rapp*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2018, WEG § 5 Rn. 1.

<sup>23</sup> RGZ 158, 362 (375); BGHZ 53, 324 (325) = NJW 1970, 895; *Fritzsche*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 59, Stand: 1.8.2021, § 94 Rn. 19.

<sup>24</sup> RGZ 153, 231 (236); *Fritzsche* (Fn. 23), § 94 Rn. 5 f.

<sup>25</sup> BGHZ 8, 1 (8) = NJW 1953, 137; *Pikart*, in: Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB, 12. Aufl. 1979, § 946 Rn. 22.

<sup>26</sup> RGZ 158, 362 (376); RGZ 153, 231 (235 f.); *Stresemann* (Fn. 17), § 95 Rn. 3.

<sup>27</sup> Vgl. BGH WM 1974, 126 (127) = MDR 1974, 298; *Fritzsche* (Fn. 23), § 95 Rn. 8.

<sup>28</sup> BGHZ 73, 302 Rn. 26 (juris) = NJW 1979, 2391; BGHZ 78, 225 Rn. 18 (juris) = NJW 1981, 455.

<sup>29</sup> *Commichau*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, WEG § 5 Rn. 7.

<sup>30</sup> *Commichau* (Fn. 29), WEG § 5 Rn. 10.

Orgel beeinträchtigen weder gemeinschaftliches Eigentum noch anderes Sondereigentum über das nach § 14 WEG hinzunehmende Maß; die äußere Gestaltung des Gebäudes wird nicht verändert. Die Zugehörigkeit des wesentlichen Gebäudebestandteils zum Raum ist stets dann zu bejahen, wenn sich der wesentliche Bestandteil innerhalb des Raumes befindet,<sup>31</sup> was bzgl. der Orgel der Fall ist. Da die Wohnung im Sondereigentum des E steht, wird E nach § 5 Abs. 1 WEG Eigentümer der Orgel. Ein Anspruch aus § 985 BGB scheidet aus.

### 3. Herausgabe aus §§ 861, 865 BGB

Gem. § 861 BGB kann, wenn der Besitz an einer Sache durch verbotene Eigenmacht i.S.v. § 858 Abs. 1 BGB entzogen wurde, Herausgabe von demjenigen verlangen, welcher ihm gegenüber fehlerhaft i.S.v. § 858 Abs. 2 BGB besitzt.

Hier ist schon fraglich, ob die eingebaute Orgel possessorischen Besitzschutz genießt. Die Orgel ist wesentlicher Bestandteil des Gebäudes i.S.v. § 94 Abs. 2 BGB (siehe oben). M ist nicht unmittelbarer Besitzer des Gebäudes. § 865 BGB gewährt possessorischen Besitzschutz nach § 861 BGB auch zugunsten des Teilbesitzes. Teilbesitz setzt aber voraus, dass eine gesonderte räumliche Herrschaft an dem einen Teil einer Sache neben der räumlichen Herrschaft anderer Personen über die anderen Teile denkbar ist.<sup>32</sup> Sache i.S.v. § 865 BGB ist wegen ihrer Sonderrechtsfähigkeit nach § 1 Abs. 2 WEG die Wohnung selbst. Wer Zugriff auf die Orgel hat, hat zumindest auch Zugriff auf den Raum, in dem sie sich befindet. Eine gesonderte räumliche Herrschaft über die Orgel allein ist deshalb zweifelhaft.

Jedenfalls beendete M mit Rückgabe aller Wohnungsschlüssel willentlich und freiwillig seine tatsächliche Sachherrschaft und verschaffte diese dem V.<sup>33</sup> Deshalb ist M der Besitz an der Orgel nicht entzogen worden, vielmehr hat er diesen aufgegeben i.S.v. § 856 Abs. 1 Var. 1 BGB. Ein Anspruch aus §§ 861, 865 BGB scheidet deshalb aus.

### 4. Herausgabe aus § 1007 Abs. 1 BGB oder § 1007 Abs. 2 BGB

Gem. § 1007 Abs. 1 BGB kann der frühere Besitzer einer beweglichen Sache ihre Herausgabe von dem jetzigen Besitzer verlangen, wenn dieser bei Besitzerwerb bezüglich seines Besitzrechts nicht in gutem Glauben war. § 1007 Abs. 2 BGB verschafft einen selbständigen Herausgabeanspruch auch gegen denjenigen, der bei Besitzerwerb gutgläubig bezüglich seines Besitzrechts ist, wenn dem Anspruchsteller die Sache abhandengekommen war. Damit stellt § 1007 Abs. 2 BGB wie § 935 Abs. 1 BGB das Bestandsinteresse bei unfreiwilligem Besitzverlust über das Erwerbsinteresse des Gutgläubigen. Etwas anderes gilt nach dieser Wertung, wenn Letzterem der Besitz selbst vor der Besitzzeit des Anspruchstellers abhandengekommen war.

<sup>31</sup> Rapp (Fn. 22), § 5 Rn. 22.

<sup>32</sup> Kregel, in: Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB, 12. Aufl. 1979, § 855 Rn. 1; Gutzeit, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2018, § 865 Rn. 2.

<sup>33</sup> Vgl. BGHZ 67, 207 = NJW 1977, 42 zu den Anforderungen an die Besitzaufgabe.

Petitorischer Besitzschutz nach § 1007 Abs. 1 BGB oder § 1007 Abs. 2 BGB setzt eine bewegliche Sache voraus.<sup>34</sup> Die Orgel ist als wesentlicher Bestandteil der Wohnung nicht Sache i.S.v. § 1007 BGB. Dies gilt auch, wenn man § 865 BGB dahin versteht, dass Teilbesitz „in jeder Beziehung als Besitz“ zu behandeln ist<sup>35</sup> und deshalb seine Anwendung auch auf § 1007 BGB bejaht. Denn wie gesehen ist eine gesonderte tatsächliche Sachherrschaft über die Orgel zweifelhaft. Die eingebaute Orgel ist zudem keine bewegliche Sache. Selbst bei einer Gleichstellung des Teilbesitzes mit dem Besitz an der Sache selbst scheidet § 1007 BGB deshalb in beiden Tatbeständen aus.

Zudem verleiht die Verpflichtung des Vermieters zur bloßen Gestattung der Wegnahme nach §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB diesem ein Besitzrecht gegenüber dem Mieter zumindest solange, bis der Mieter die Wegnahme verlangt.<sup>36</sup> Deshalb war V mit Rückgabe der Mietsache zu ihrem Besitz berechtigt und konnte daher nicht bösgläubig sein bezüglich eines fehlenden Besitzrechts.

Schließlich hat M den Besitz an der Orgel aufgegeben i.S.v. § 856 Abs. 1 Var. 1 BGB (siehe oben). Deshalb sind die Ansprüche nach § 1007 Abs. 3 S. 1 Var. 2 BGB ausgeschlossen. Petitorischer Besitzschutz nach § 1007 Abs. 1 oder § 1007 Abs. 2 BGB scheidet aus.

### 5. Herausgabe aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB

§ 823 Abs. 1 BGB setzt die rechtswidrige und schuldhaft Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts voraus. M ist nicht Eigentümer der eingebauten Orgel (siehe oben). In Betracht kommt deshalb nur eine Verletzung des berechtigten Besitzes als sonstiges Recht. Nimmt man wegen § 865 BGB an, auch der berechtigte Teilbesitz sei ein sonstiges Recht i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB, ist wiederum zweifelhaft, dass solcher an der eingebauten Orgel begründbar war (siehe oben). Jedenfalls aber hätte M einen solchen Teilbesitz an der Orgel aufgegeben i.S.v. § 856 Abs. 1 Var. 1 BGB, sodass eine Verletzungshandlung des V ausscheidet. Auch ein Anspruch auf Herausgabe aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB ist deshalb nicht gegeben.

### 6. Herausgabe aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB (Leistungskondition)

Ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB setzt voraus, dass der Anspruchsgegner durch Leistung des Anspruchstellers etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat.

Zwar hat V Besitz an der Orgel mit Rückgabe der Mietsache erlangt. Aber mit der Besitzverschaffung der Orgel hat M keinen Leistungszweck verfolgt. Insbesondere zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit aus § 546 Abs. 1 BGB war die

<sup>34</sup> Thole, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 1007 Rn. 1.

<sup>35</sup> Gutzeit (Fn. 32), § 865 Rn. 7; Schäfer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 865 Rn. 1.

<sup>36</sup> Streyll, in: Schmidt-Futterer, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2019, § 548 Rn. 52; Bieber (Fn. 2), § 539 Rn. 18; BGHZ 81, 146 = BeckRS 9998, 103914; RGZ 109, 128 (131).

Besitzverschaffung an der Orgel nicht erforderlich, hätte er sie doch vorher wegnehmen können gem. § 539 Abs. 2 BGB. M hat V nicht durch Leistung als bewusste und zweckgerichtete Mehrheit fremden Vermögens Besitz an der Orgel verschafft.

Ein Anspruch auf Herausgabe des Erlangten aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB ist ebenfalls nicht gegeben.

#### 7. Herausgabe aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB (Aufwendungskondition)

Aber ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB in Gestalt der Aufwendungskondition könnte gegeben sein. Diese Kondition gründet anders als die Eingriffskondition darauf, dass der Entreicherte selbst, allerdings ohne einen anerkannten Leistungszweck zu verfolgen, die kondiktionsbegründende Vermögensverschiebung vorgenommen hat.<sup>37</sup>

##### a) Etwas erlangt durch eine Aufwendung auf Kosten des Entreicherten

Erforderlich ist eine Aufwendung, d.h. eine freiwillige Aufopferung von Werten aus dem Vermögen des Entreicherten zugunsten des Bereicherten, die, ohne Leistung zu sein, zu einer Vermögensmehrung bei einem anderen führt.<sup>38</sup> M hat V freiwillig, ohne einen anerkannten Leistungszweck zu verfolgen, Besitz an der Orgel verschafft und damit zumindest seinen eigenen Besitz sowie sein Wegnahmerecht nach § 539 Abs. 2 BGB aufgegeben.

##### b) Ohne rechtlichen Grund

Der Vermögensvorteil ist dann ohne rechtlichen Grund erlangt worden, wenn die Rechtsordnung für die dem Bereicherten zufallende Vermögensmehrung einen Behaltensgrund nicht zur Verfügung stellt.<sup>39</sup> Muss V auch Nutzungen nicht herausgeben, da er zumindest bis zur Ausübung des Wegnahmerechts zum Besitz der Orgel berechtigt ist,<sup>40</sup> darf er die Orgel doch nicht behalten, vgl. §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB.

##### c) Rechtsfolge

Nach § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB kann M Herausgabe des Erlangten verlangen. Die §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB modifizieren allerdings konkurrierende Ansprüche,<sup>41</sup> sodass auch nach § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB M nur Duldung der Wegnahme Zug um Zug gegen Sicherheitsleistung für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden verlangen kann.

Die kurze Verjährungsfrist nach § 548 Abs. 2 BGB findet auch für mit § 539 Abs. 2 BGB konkurrierende Ansprüche

aus Bereicherung Anwendung,<sup>42</sup> ist hier aber noch nicht abgelaufen (siehe oben).

## II. Ansprüche bzgl. der Dämmplatten

### 1. Duldung der Wegnahme aus §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB Zug um Zug gegen Sicherheitsleistung für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden

Fraglich ist, ob V die Wegnahme der Dämmplatten aus §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB zu dulden hat.

#### a) Einrichtung, mit der der Mieter die Mietsache versehen hat

Die Dämmplatten sind als bewegliche Sachen, die mit der Mietsache vorübergehend verbunden wurden, um dem Orgelspiel des Mieters zu dienen, eine Einrichtung.<sup>43</sup> Sie wurden auf Veranlassung des M mit der Mietsache versehen.

#### b) Keine Abwendung durch den Vermieter

Gem. § 552 Abs. 1 BGB kann der Vermieter bei Mietverhältnissen über Wohnraum aber die Ausübung des Wegnahmerechts durch Zahlung einer angemessenen Entschädigung abwenden, wenn nicht der Mieter ein berechtigtes Interesse an der Wegnahme hat.

V hat M eine angemessene Entschädigung – Wiederbeschaffungswert im Zeitpunkt der Abwendung – tatsächlich angeboten.<sup>44</sup> M benötigt auch die auf den Salon angepassten Dämmplatten nicht mehr. Die Wohnung will M nicht mehr erwerben und die Dämmplatten wegen des damit verbundenen Aufwandes auch nicht an die neuen räumlichen Verhältnisse anpassen. M hat deshalb kein berechtigtes Interesse an der Wegnahme.

V muss die Wegnahme der Dämmplatten nicht aus §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB dulden.

### 2. Herausgabe aus § 985 BGB

Ein Anspruch des M auf Herausgabe der Dämmplatten aus § 985 BGB setzt voraus, dass M deren Eigentümer ist und V deren Besitzer ohne Recht zum Besitz, vgl. § 986 BGB.

#### a) Eigentum des M

Auch ein Werkvertrag i.S.v. § 631 BGB verpflichtet den Unternehmer zur Verschaffung der Rechtsinhaberschaft an dem Werk, sofern diese nicht schon kraft Gesetzes bewirkt wird.<sup>45</sup> Ursprünglich war M deshalb Eigentümer der Dämmplatten.

Die Dämmplatten sollten nur vorübergehend i.S.v. § 95 Abs. 1 S. 1 BGB das Orgelzimmer isolieren und kann V die Vermutung der bloß vorübergehenden Verbindung des Mieters auch nicht widerlegen. M hat das Eigentum daher auch

<sup>37</sup> Sprau, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 80. Aufl. 2021, § 812 Rn. 47; Schwab, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 812 Rn. 341.

<sup>38</sup> Sprau (Fn. 37), § 812 Rn. 48.

<sup>39</sup> Sprau (Fn. 37), § 812 Rn. 51; Wendehorst, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 59, Stand: 1.8.2021, § 812 Rn. 159.

<sup>40</sup> Bittner/Kolbe (Fn. 7), § 258 Rn. 7.

<sup>41</sup> Emmerich (Fn. 2), § 539 Rn. 24.

<sup>42</sup> Streyll (Fn. 36), § 548 Rn. 53.

<sup>43</sup> Vgl. Bieber (Fn. 2), § 539 Rn. 17.

<sup>44</sup> Vgl. Bieber (Fn. 2), § 552 Rn. 5; Zehelein (Fn. 5), § 552 Rn. 6.

<sup>45</sup> Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 631 Rn. 61.

nicht wieder durch Einbau gem. §§ 946, 94 Abs. 2 BGB verloren.

*b) Besitz des V ohne Recht zum Besitz*

V ist unmittelbarer Fremdbesitzer der Dämmplatten. Bis zur Ausübung des Wegnahmerechts ist der Vermieter als Besitzer auch dem Mieter als Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt.<sup>46</sup> Wird es wirksam ausgeübt, kann der Eigentümer aus § 985 BGB sodann nur auf Duldung der Wegnahme klagen.<sup>47</sup> Aber V hat das Wegnahmerecht des M durch das tatsächliche Angebot einer angemessenen Entschädigung gem. § 552 Abs. 1 BGB abgewendet (siehe oben). V ist in der Folge zum Besitz berechtigt, sodass ein Anspruch aus § 985 BGB ausscheidet.

*Hinweis:* Ist der Anspruch auf Duldung der Wegnahme nach §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB gem. § 548 Abs. 2 BGB verjährt, verschafft dies dem Vermieter gegen einen Herausgabeanspruch des Mieters aus § 985 BGB ein Recht zum Besitz als dauernde Einrede i.S.v. § 986 Abs. 1 S. 1 BGB.<sup>48</sup>

*3. Herausgabe aus § 861 BGB*

Ein Anspruch aus § 861 BGB setzt zunächst voraus, dass dem Anspruchsteller der Besitz an der Sache durch verbotene Eigenmacht entzogen worden ist. M ist der Besitz an den Dämmplatten aber nicht entzogen worden; vielmehr hat er diesen aufgegeben i.S.v. § 856 Abs. 1 Var. 1 BGB. Ein Anspruch aus § 861 BGB scheidet aus.

*4. Herausgabe aus § 1007 Abs. 1 BGB*

Für einen Anspruch aus § 1007 Abs. 1 BGB darf der Anspruchsgegner bei Erwerb des Besitzes an der beweglichen Sache nicht in gutem Glauben gewesen sein.

V war bei Inbesitznahme der Dämmplatten als beweglicher Sache zu deren Besitz zumindest bis zur Ausübung des Wegnahmerechts aus §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB berechtigt. In der Folge konnte er bei Besitzerwerb nicht bösgläubig sein bezüglich eines fehlenden Besitzrechts. Zudem hat M den Besitz an ihnen aufgegeben, weshalb der Anspruch auch gem. § 1007 Abs. 3 S. 1 Var. 2 BGB ausgeschlossen ist.

Petitorischer Besitzschutz aus § 1007 Abs. 1 BGB ist ebenfalls nicht gegeben.

*5. Herausgabe aus § 1007 Abs. 2 BGB*

Ein Anspruch aus § 1007 Abs. 2 BGB setzt voraus, dass dem Anspruchsteller die bewegliche Sache abhandengekommen ist. M sind die Dämmplatten nicht abhandengekommen; vielmehr hat er den Besitz an ihnen aufgegeben i.S.v. § 856 Var. 1 BGB. Ein Anspruch aus § 1007 Abs. 2 BGB scheidet aus.

*6. Herausgabe aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB*

Ein Anspruch aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB scheidet schon mangels Verletzungshandlung des V am Eigentum des M aus. Denn M hat den Besitz an seinen Dämmplatten aufgegeben i.S.v. § 856 Var. 1 BGB.

*7. Herausgabe aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB (Aufwendungskondiktion)*

Die Aufwendungskondiktion setzt voraus, dass der Anspruchsgegner etwas durch Aufwendung des Anspruchstellers auf dessen Kosten ohne rechtlichen Grund erlangt hat.<sup>49</sup> Der dem V verschaffte Besitz an den Dämmplatten erfolgte zwar durch eine freiwillige Vermögensmehrung des M aus seinem Vermögen als Eigentümer der Dämmplatten, ohne dass er einen anerkannten Leistungszweck verfolgte. Aber zugunsten des V besteht mit Abwendung des Wegnahmerechts nach § 552 Abs. 1 BGB ein Rechtsgrund zu ihrem Behaltendürfen. V hat die Dämmplatten nicht ohne rechtlichen Grund erlangt. Ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB scheidet aus.

**III. Ergebnis**

M kann von V aus §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB und §§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2, 258 S. 2 BGB verlangen, die Wegnahme der Orgel Zug um Zug gegen Sicherheitsleistung für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden zu dulden, nicht aber die Wegnahme der Dämmplatten.

Zwar kann das Wegnahmerecht nach § 539 Abs. 2 BGB nur einheitlich hinsichtlich der gesamten Einrichtung ausgeübt werden.<sup>50</sup> Damit ist aber nur gemeint, dass der Berechtigte, hat er das für ihn Nutzbare weggenommen, die Sache insgesamt wieder in den vorigen Zustand versetzen, also auch das für ihn Wertlose entfernen muss.<sup>51</sup> Dies steht einer teilweisen Abwendung des Wegnahmerechts nach § 552 Abs. 1 BGB nicht entgegen, so sie wie hier dem Interesse des Vermieters entspricht. Hier nämlich benötigt V die Dämmung für seine Kammermusikabende; sie ist deshalb für ihn auch ohne die Orgel von Interesse.

*Hinweis:* Aus dieser Klausur sollten Sie Folgendes über das Wegnahmerecht des Mieters gelernt haben: Das Wegnahmerecht aus § 539 Abs. 2 BGB ist von den Eigentumsverhältnissen an der Einrichtung unabhängig. Es wandelt sich nach Rückgabe der Mietsache gem. § 258 S. 2 BGB in einen Anspruch auf Duldung der Wegnahme Zug um Zug gegen Sicherheitsleistung für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden um. Der Anspruch aus §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB modifiziert konkurrierende Heraus-

<sup>46</sup> BGHZ 81, 146 = BeckRS 9998, 103914; RGZ 109, 128 (131).

<sup>47</sup> RGZ 109, 128 (129).

<sup>48</sup> BGH NJW 1981, 2564 (2565).

<sup>49</sup> *Sprau* (Fn. 37), § 812 Rn. 47 f.; *Schwab* (Fn. 37), § 812 Rn. 341.

<sup>50</sup> *Emmerich* (Fn. 2), § 539 Rn. 30.

<sup>51</sup> BGH NJW 1970, 754 (755); BGH MDR 1966, 498 (499) = WM 1966, 371: „Die Beklagte muss deshalb, nachdem sie die Vorteile des Abbaus der Gleisanlage für sich in Anspruch genommen hat, den Abbau auch in der durch § 258 BGB vorgeschriebenen Weise zu Ende führen und deshalb das Grundstück wieder in den früheren Stand setzen.“

gabeansprüche, indem diese ebenfalls nur noch auf Duldung der Wegnahme gerichtet werden können. Die kurze Verjährung nach § 548 Abs. 2 BGB erfasst auch konkurrierende Ansprüche aus GoA, Bereicherungs- und Deliktsrecht.<sup>52</sup> Der Vermieter erwirbt mit Rückgabe der Mietsache ein Besitzrecht an den Einrichtungen des Mieters, bis der Mieter die Duldung der Wegnahme verlangt. Mit der Verjährung dieses Anspruchs erwirbt der Vermieter ein dauerndes Recht zum Besitz der Einrichtungen, das er gem. § 986 Abs. 1 S. 1 BGB dem Anspruch aus § 985 BGB entgegenhalten kann.

---

<sup>52</sup> *Bieber* (Fn. 2), § 548 Rn. 23; *Streyll* (Fn. 36), § 548 Rn. 53.

---

# Anfängerübungsklausur Schuldrecht AT: Lockdownende oder vielmehr „Lockdownente“?

Von Wiss. Mitarbeiter **Leonhard Pleuger**, LL.B., Bochum\*

*Die Anfängerklausur wurde im Sommersemester 2021 im „open-book“-Verfahren an der Ruhr-Universität Bochum als Abschlussklausur zur Vorlesung Grundlehren des Bürgerlichen Rechts II (Schuldrecht AT) von Prof. Dr. Peter A. Windel ausgegeben. Die Bearbeitungszeit betrug 120 Minuten. Durchschnittlich erzielten die Bearbeiter<sup>1</sup> 4,20 Punkte, wobei die Misserfolgsquote 47,80 % betrug. Die Korrekturhinweise wurden hier für die Leser zu Übungs- und Vertiefungszwecken in die Form eines ausführlichen Mustergutachtens mit eingerückten Hinweisen gebracht.*

*Es dürfte sich insgesamt um eine Aufgabenstellung von durchschnittlichem Schwierigkeitsgrad handeln. Aufgrund der Besonderheiten des „open-book“-Verfahrens ist der Sachverhalt gerade nicht einer bestimmten Entscheidung nachgebildet. Gleichwohl sind Themen zu erörtern, die in der aktuellen Rechtsprechung und Diskussion in der Literatur durchaus – in der Regel aber in anderen Konstellationen – wiederzufinden sind. Wichtig ist daher, dass die Bearbeiter Kernaussagen solcher Entscheidungen nicht einfach unreflektiert auf Fallkonstellationen anwenden, die sich in den Details von den diesen Entscheidungen zugrundeliegenden tatsächlichen Umständen unterscheiden.*

*Von Bedeutung ist vor allem eine sorgfältige Arbeit mit dem Gesetz. Zudem ist Wert auf eine klare Gliederung, die Darstellung eines sauberen Gedankengangs sowie fachterminologische und allgemeine sprachliche Präzision zu legen. Weniger entscheidend als die Begründung und Argumentation ist das jeweils gewonnene Ergebnis. Im Rahmen der Bearbeitung von Frage 1 müssen die Bearbeiter erkennen, dass es um einen Fall der Unmöglichkeit gehen könnte. Bei Annahme von Unmöglichkeit ist § 313 BGB nicht mehr zu prüfen. Bei der Bearbeitung von Frage 2 muss erkannt werden, dass der Schwerpunkt auf der Erörterung des § 313 BGB liegt.*

## Sachverhalt

Oma O organisiert für das soziale Netzwerk der „Wild‘n‘-Happy Oldies“ den Squaredance, der turnusmäßig alle zwei Monate freitagabends stattfindet. Ende 2020 mietet O in der Gaststätte des Wirts V den großen Saal für 200 € pro Abend für sechs Termine im Jahr 2021, beginnend mit Februar, im eigenen Namen an. V bietet diese günstige Miete nur an, weil er sich zusätzliche Einnahmen durch die Bewirtung der Gäste verspricht. Beide verlassen sich auf die Versprechungen des Bundesgesundheitsministers, nach dem Weihnachtslockdown sei alles wieder gut. Im Frühjahr war die Zahl der mit COVID-19 Infizierten gleichwohl derart hoch, dass jeglicher Gaststättenbetrieb auf der Grundlage der Coronaschutzver-

ordnung NRW in ihrer jeweils gültigen Fassung vollständig untersagt war und die für Februar und April geplanten Termine ersatzlos ausfallen mussten.

## Frage 1

Hat V gegen O Ansprüche auf Zahlung von je 200 € für die Termine im Februar und April?

## Bearbeitungshinweis

Auszug aus der Coronaschutzverordnung für das Land NRW in der ab dem 25.1.2021 gültigen Fassung. Der Ausschnitt findet sich unverändert auch in der ab dem 29.3.2021 gültigen Fassung wieder:

### § 2 Kontaktbeschränkung, Mindestabstand

(1) Partys und vergleichbare Feiern sind generell untersagt. [...]

### § 14 Gastronomie

(1) Der Betrieb von Restaurants, Gaststätten, [...] und anderen gastronomischen Einrichtungen ist untersagt. [...]

## Fallfortsetzung

Anfang Juni 2021 durfte vor Ort zwar die Innengastronomie unter Auflagen wieder betrieben werden, doch blieben Tanzveranstaltungen jeglicher Art selbst in kleinen Kreisen untersagt. Daher beschloss O, den Termin vom 11.6. nicht erneut zu streichen, sondern wenigstens ein rechtskonformes Bingo zu veranstalten. Erfahrungsgemäß wird dabei freilich viel weniger gegessen und vor allem getrunken als bei Tanzlustbarkeiten. Dadurch sieht V seine Kalkulationsgrundlage gestört und verlangt eine auf 300 € angehobene Miete, damit das Geschäft für ihn rentabel bleibe. O meint dagegen, Bingo sei ganz im Gegenteil nur halb so viel wert wie Squaredance.

## Frage 2

Welche Ansprüche hat V gegen O hinsichtlich des Termins im Juni?

## Bearbeitungsvermerk

Das besondere Mietgewährleistungsrecht (§§ 536 ff. BGB) ist nicht zu prüfen. § 33b GewO ist nicht zu erörtern. Im Übrigen ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen.

\* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Prozessrecht und Bürgerliches Recht an der Ruhr-Universität Bochum (Prof. Dr. Peter A. Windel).

<sup>1</sup> Gemeint sind in diesem Beitrag selbstverständlich durchgängig Personen jeglichen Geschlechts. Aus Lesbarkeitsgründen wird indes auf andere Schreibweisen verzichtet.

**Lösungsvorschlag****Frage 1****I. Anspruch des V gegen O auf Mietzahlung i.H.v. 400 € für Februar und April**

Gem. § 535 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Mietvertrag könnten dem V gegen O Ansprüche auf Zahlung des vereinbarten Mietzinses i.H.v. jeweils 200 € – insgesamt also 400 € – für die Termine im Februar und April zustehen.

*1. Anspruch entstanden: wirksamer Mietvertrag*

Folglich müsste zwischen den Parteien ein wirksamer Mietvertrag (§ 535 BGB) entsprechenden Inhalts geschlossen worden sein.

*a) Wirksame Einigung zwischen O und V*

Mittels übereinstimmender Willenserklärungen (§§ 145 ff. BGB) haben V und O vereinbart, O und ihr soziales Netzwerk könnten den Saal an sechs Terminen im Jahr 2021 zu einem Mietzins von 200 € pro Abend nutzen. Die Parteien einigten sich somit über die entgeltliche Gebrauchsüberlassung einer Sache<sup>2</sup>, weshalb es sich bei der Abrede um einen Mietvertrag i.S.d. § 535 BGB handelt. Hierbei handelte O explizit im eigenen Namen, sodass die Voraussetzungen des § 164 Abs. 1 S. 1 BGB nicht erfüllt sind und folglich nur O selbst – nicht auch das soziale Netzwerk – Vertragspartnerin und damit Schuldnerin des V wurde. Im Umkehrschluss zu § 578 Abs. 2 BGB ergibt sich die Fälligkeit der Ansprüche hier zwar nicht aus § 556b Abs. 1 BGB, folgt aber gleichwohl aus § 271 Abs. 1 BGB.

*b) Zwischenergebnis*

Damit sind die geltend gemachten vertraglichen Zahlungsansprüche des V für die Monate Februar und April entstanden.

*Hinweis:* Die Einordnung der Rechtsnatur des Vertrags sollte keine Probleme bereiten, kann aber im Ergebnis sogar dahinstehen, da ausschließlich Primäransprüche Gegenstand der Prüfung sind. Die Annahme eines typen gemischten Vertrags erscheint eher fernliegend. Zwar sollte die Bewirtung durch V erfolgen, doch rechnet er diese mangels anderslautender Vereinbarungen separat mit den jeweiligen Gästen ab. Sie ist also nur mittelbar Bestandteil der Abrede zwischen O und V.

Ausführungen zur Fälligkeit der Ansprüche sind an dieser Stelle nicht zwingend erforderlich. Auch die kurze Verneinung der Voraussetzungen der Stellvertretung dient hier eher der Klarstellung und kann im Klausurgutachten weggelassen werden.

*2. Anspruch nicht untergegangen*

Die Zahlungsansprüche könnten indes untergegangen sein.

*a) Erfüllung, § 362 Abs. 1 BGB*

Nach § 362 Abs. 1 BGB erlischt das Schuldverhältnis – in dieser Vorschrift ist damit der konkrete Anspruch gemeint<sup>3</sup> –, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. Nicht vorgetragen ist, dass O den Mietzins für Februar und April schon gezahlt hätte, weshalb Erfüllung vorliegend ausscheidet.

*Hinweis:* Weitergehende Ausführungen zur Erfüllung sollten im Klausurgutachten mangels Fallrelevanz weggelassen werden.

*b) Befreiung von der Gegenleistungspflicht, § 326 Abs. 1 BGB*

Hingegen statuiert § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB, dass der Anspruch auf die Gegenleistung auch dann entfällt, wenn der Schuldner nach § 275 Abs. 1–3 BGB nicht zu leisten braucht.

*aa) Gegenseitiger Vertrag*

Der Mietvertrag stellt einen gegenseitigen Vertrag dar, weshalb die Vorschriften der §§ 320 ff. BGB anwendbar sind.

*bb) Befreiung von der Leistungspflicht, § 275 Abs. 1 BGB*

V könnte infolge Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB von seiner Pflicht zur Leistung befreit sein. Unter Unmöglichkeit ist die dauerhafte Nichterbringbarkeit der Leistung für den Schuldner oder für jedermann zu verstehen.<sup>4</sup>

*(1) Unmöglichkeit der Leistungserbringung*

V könnte daran gehindert gewesen sein, den Saal zur vereinbarten Zeit zur Nutzung zu überlassen. Die für Februar und April geplanten Termine mussten wegen zu hoher Infektionszahlen ersatzlos entfallen, weil die Coronaschutzverordnung NRW jeglichen Gaststättenbetrieb vollständig untersagte (§ 14 Abs. 1 CoronaSchVO NRW). Gaststätten waren geschlossen zu halten und durften von Gästen nicht betreten werden. Auch deren Nutzung war nicht erlaubt. V war somit gesetzlich daran gehindert, O und ihrem sozialen Netzwerk den angemieteten Saal zu den vereinbarten Terminen zur Verfügung zu stellen.<sup>5</sup> Damit liegt ein Fall rechtlicher Unmöglichkeit<sup>6</sup> vor.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 80. Aufl. 2021, Überbl. v. § 362 Rn. 2.

<sup>4</sup> *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 45. Aufl. 2021, § 22 Rn. 3.

<sup>5</sup> Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zu den vielfach in der Rechtsprechung erörterten Fällen bezüglich der Auswirkungen von Beschränkungen im Zuge der Coronapandemie auf die Gewerberaummieta im Einzelhandel, vgl. exemplarisch nur OLG Dresden BeckRS 2021, 2461 m. Bespr. *Looschelders*, JA 2021, 512. In diesen Fällen ist der Mieter regelmäßig der Inhaber der tatsächlichen Gewalt über die Mieträumlichkeiten, hier hingegen mangels vorheriger (dauerhafter) Überlassung gerade nicht.

<sup>6</sup> Dazu *Grüneberg* (Fn. 3), § 275 Rn. 16.

<sup>7</sup> Vgl. schon RGZ 89, 203 (205 f.); vgl. weiter LG Heidelberg BeckRS 2020, 19165; *Leo/Götz*, NZM 2020, 402 (405);

<sup>2</sup> Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 80. Aufl. 2021, Einf. v. § 535 Rn. 1 f.



*(2) Dauerhafte Unmöglichkeit*

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass die Coronaschutzverordnung NRW Maßnahmen und Verbote grundsätzlich nur befristet ausspricht.<sup>8</sup> § 275 Abs. 1 BGB erfasst nämlich nur das dauerhafte Leistungshindernis.<sup>9</sup> Dadurch, dass die Termine ersatzlos entfallen sind, könnte von einer solchen nicht bloß vorübergehenden Unmöglichkeit ausgegangen werden. Gegen den in diesem Sinne vorübergehenden Charakter des Leistungshindernisses spricht nämlich, dass es nicht absehbar<sup>10</sup> war, zu welchem Zeitpunkt die Infektionszahlen wieder derart sinken würden, dass die Coronaschutzverordnung NRW entsprechende andere (mildere) Maßnahmen vorsähe und nicht bloß in der geltenden Fassung verlängert oder sogar verschärft würde.

Teilweise wird hiergegen eingewandt, eine bloß abstrakte Aussicht auf Wegfall des Leistungshindernisses – hier der Verbote aus der Verordnung – reiche ohne Rücksicht auf weitere Kriterien aus, eine dauerhafte und damit rechtlich relevante Unmöglichkeit zu verneinen.<sup>11</sup>

Eine diesbezügliche Abwägung erübrigt sich jedoch, wenn sich das Vorliegen dauerhafter Unmöglichkeit noch aus einem anderen Grund ergibt.

*(3) Absolutes Fixgeschäft*

Die Annahme von Unmöglichkeit i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB lässt sich hier nämlich zudem auf den Gedanken stützen, dass es sich bei der Pflicht des V zur Nutzungsüberlassung, wie bei der Raummiete im Regelfall<sup>12</sup>, um eine absolute Fixschuld handelt, was daran deutlich wird, dass die Veranstaltung turnusmäßig zu bestimmten Terminen stattfinden soll. Das Leistungsinteresse der O würde durch Nachholtermine in unbestimmbarer, ferner Zukunft nicht mehr hinreichend adäquat befriedigt werden können, sodass ein Abweichen von dieser Regel hier nicht geboten ist.

Folglich ist V jedenfalls aufgrund des Fixschuldcharakters seiner Verpflichtung nach § 275 Abs. 1 Var. 2 BGB für Februar und April von seiner Gebrauchsüberlassungspflicht befreit.

*Hinweis:* In einer zweistündigen Klausur können derart ausführliche Ausführungen selbstverständlich nicht erwartet werden. Wichtig sind dennoch präzise und vollständige

Definitionen, damit die Bearbeitung insgesamt gelingen kann. Im Übrigen ist der Sachverhalt in vertretbarer Weise zu interpretieren und schließlich bedarf es der sauberen Subsumtion.

*cc) Eingreifen einer Anspruchserhaltungsnorm*

Anhaltspunkte für das Eingreifen einer Anspruchserhaltungsnorm sind nicht ersichtlich.

*c) Zwischenergebnis*

Damit liegen die Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB vor. Die Ansprüche des V auf die Gegenleistung sind somit untergegangen.

Aufgrund der Subsidiarität des Rechtsinstituts der Störung der Geschäftsgrundlage<sup>13</sup> nach § 313 BGB, insbesondere gegenüber den Vorschriften zum Recht der Unmöglichkeit<sup>14</sup>, kann V auch unter diesem Aspekt keine Zahlungsansprüche geltend machen.

*Hinweis:* Die Klausur ist in ihrer Fortsetzung insbesondere auf die Erörterung von § 313 BGB ausgerichtet. In dem hier bevorzugten Lösungsvorschlag muss § 313 BGB im Rahmen der Bearbeitung zu Frage 1 prinzipiell überhaupt nicht angesprochen werden, wobei ein kurzer Hinweis auf dessen Subsidiarität entsprechend positiv gewürdigt werden sollte.

Anderes gilt nur, wenn die Bearbeiter (mit gehörigem Begründungsaufwand) zuvor das Vorliegen einer Unmöglichkeit ablehnen, was hier aber sehr fernliegt, da – wie oben erwähnt – bereits das bloße Einräumen der tatsächlichen Sachherrschaft über die Räumlichkeiten an den Mieter fehlschlägt. Bei dieser (fernliegenden) Annahme müsste § 313 BGB schon hier ausführlich geprüft werden. Wichtig ist, dass der Gesamtverlauf der Prüfung in sich widerspruchsfrei ist und die Argumentation überzeugt.

**II. Ergebnis**

V stehen demnach keine Zahlungsansprüche aus § 535 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Mietvertrag gegen O für die Termine im Februar und April zu.

*Hinweis:* Andere als vertragliche Ansprüche liegen aufgrund der Fragestellung fern, sodass eine Erörterung nicht erwartet wird.

**Frage 2****I. Anspruch des V gegen O auf Mietzahlung für Juni**

Gem. § 535 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Mietvertrag könnte dem V gegen O ein Anspruch auf Mietzahlung i.H.v. 200 € für den Termin im Juni zustehen.

*Schall*, JZ 2020, 388 (389); vgl. ferner *Blank/Börstinghaus*, in: *Blank/Börstinghaus*, Kommentar zum Mietrecht, 6. Aufl. 2020, BGB § 537 Rn. 8; *Riehm*, in: *Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB*, Stand: 1.4.2021, § 275 Rn. 191.

<sup>8</sup> So etwa § 7 Abs. 1 der CoronaSchVO NRW v. 17.8.2021; dies aufgreifend *Riehm* (Fn. 7), § 275 Rn. 89.

<sup>9</sup> *Grüneberg* (Fn. 3), § 275 Rn. 10.

<sup>10</sup> Vgl. zu diesem Aspekt schon RGZ 89, 203 (206); ferner BGH NJW 1982, 1458.

<sup>11</sup> *Riehm* (Fn. 7), § 275 Rn. 89, 158 ff., sowie speziell zu den Folgen der Covid-19-Pandemie Rn. 188 ff.; a.A. unter bestimmten Voraussetzungen BGH NJW 2007, 3777.

<sup>12</sup> *Emmerich*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB, 2021, § 537 Rn. 3; *Riehm* (Fn. 7), § 275 Rn. 105, 209.

<sup>13</sup> OLG Karlsruhe NZM 2021, 224 (225); *Sittner*, NJW 2020, 1169 (1172).

<sup>14</sup> *Grüneberg* (Fn. 7), § 313 Rn. 13.

*1. Anspruch entstanden*

Ein entsprechender wirksamer Mietvertrag (§ 535 BGB) wurde geschlossen, sodass der Anspruch entstanden ist. Der Mietvertrag beziffert den zu zahlenden Mietzins auf 200 € pro Termin.

*2. Anspruch nicht untergegangen*

Auch der Mietzinsanspruch für den Monat Juni könnte nach § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB infolge Unmöglichkeit der Hauptleistung des V gem. § 275 Abs. 1 BGB untergegangen sein. Dann müsste V auch im Juni an der Leistungserbringung gehindert gewesen sein.

Anders als in den Vormonaten durfte im Juni die Innengastronomie wieder betrieben werden, wobei sämtliche Tanzveranstaltungen weiterhin untersagt blieben. V konnte O und ihrem sozialen Netzwerk den Saal folglich zu dem vereinbarten Termin im Rahmen der geltenden Bestimmungen zur Nutzung überlassen. O wollte den Saal schließlich auch nutzen, um ein zulässiges Bingo zu veranstalten und den Termin nicht erneut absagen zu müssen.

Fraglich ist, wie sich demgegenüber das Tanzverbot auswirkt. Schließlich war V bei Vertragsschluss klar, dass O mit ihren Freunden in seinen Räumlichkeiten den Squaredance veranstalten will. Dieser Aspekt müsste indes Einfluss auf den Inhalt der von V geschuldeten Leistung haben. Eine besondere Abrede haben die Parteien diesbezüglich nicht getroffen. Ohne eine solche trägt aber grundsätzlich der Mieter das Verwendungsrisiko hinsichtlich der Mieträumlichkeiten.<sup>15</sup> Gründe für die Annahme einer Ausnahme von diesem Grundsatz sind nicht ersichtlich.

Die Leistung des V, das Zurverfügungstellen des Saals, ist ferner nicht teilbar, weshalb auch eine Teilunmöglichkeit ausscheidet.

Mithin konnte V in Ansehung des Junitermins die von ihm geschuldete Leistung erbringen. Unmöglichkeit liegt also nicht vor.<sup>16</sup> Folglich ist der Anspruch des V nicht gem. § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB untergegangen.

*Hinweis:* Hier dürfen sich die Bearbeiter auch kürzer halten. Es ist lediglich zu würdigen, wie sich die geänderten Umstände auf die rechtliche Bewertung auswirken und ein vertretbares Ergebnis knapp zu begründen.

Das spezielle Mietgewährleistungsrecht<sup>17</sup> hätte selbstverständlich Anregung zu weiteren Diskussionen und divergierenden Lösungsansätzen (etwa unter dem Stichwort

<sup>15</sup> OLG Karlsruhe NZM 2021, 224 (225); *Looschelders*, JA 2021, 512 (513); vgl. dazu auch *Blank/Börstinghaus* (Fn. 7), BGB § 537 Rn. 6; *Sittner*, NJW 2020, 1169 (1172).

<sup>16</sup> Vgl. zu diesem Aspekt der Lösung auch OLG Dresden BeckRS 2021, 2461 m. Bespr. *Looschelders*, JA 2021, 512; OLG München NZM 2021, 226; LG Heidelberg BeckRS 2020, 19165; LG Frankfurt a.M. NJOZ 2021, 266 (267); *Blank/Börstinghaus* (Fn. 7), BGB § 537 Rn. 6 ff.

<sup>17</sup> Hierzu in diesem Zusammenhang etwa OLG Dresden BeckRS 2021, 2461 m. Bespr. *Looschelders*, JA 2021, 512; vgl. auch *Eibenstein*, IWRZ 2021, 20 (25 f.).

„zugesicherte Eigenschaft“ § 536 Abs. 2 BGB) gegeben, ist ausweislich des Bearbeitervermerks aber von der Prüfung ausgeschlossen.

*3. Anspruch durchsetzbar*

Zumindest gegen einen Teil des Zahlungsanspruchs des V könnte der O eine rechtshemmende Einrede zustehen.

*a) Erhebung der Einrede*

O führt aus, Bingo sei nur halb so viel wert wie Squaredance. Sie gibt also zu erkennen, nur 100 € für die Nutzung des Saals im Juni zahlen zu wollen. Nimmt man diesbezüglich eine Parallelwertung in der Laiensphäre vor, so hat O konkludent einen Anspruch auf Vertragsanpassung gem. § 313 Abs. 1 BGB wegen Störung der Geschäftsgrundlage geltend gemacht. Stünde O ein solcher Anspruch zu, so könnte sie in Höhe des Anpassungsbetrags die Zahlung verweigern. Ob sich die entsprechende Einrede auf §§ 273, 320 oder 242 BGB (*dolo agit*) gründet, ist zwar umstritten<sup>18</sup>, es wird aber einhellig anerkannt, dass der Vertragsanpassungsanspruch dem Anspruchsinhaber im Ergebnis eine Einrede gewährt<sup>19</sup>, sodass sich eine Stellungnahme insofern erübrigt. Aus der Aussage der O ergibt sich schließlich ferner die Erklärung der Erhebung der entsprechenden Einrede.

*b) Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 Abs. 1 BGB*

O könnte ein Anspruch auf Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB zustehen. Dafür müssten die Voraussetzungen der Störung der Geschäftsgrundlage erfüllt sein.

*aa) Anwendbarkeit des § 313 Abs. 1 BGB*

Vorrangige Regelungen wie Unmöglichkeit, Anfechtung oder Gewährleistung entfalten hier keine Sperrwirkung zulasten der Rechtsfigur der Störung der Geschäftsgrundlage, sodass diese anwendbar ist.

*bb) Bestimmter Umstand als Geschäftsgrundlage*

Nach § 313 Abs. 1 BGB muss ein bestimmter Umstand Geschäftsgrundlage geworden sein. Das ist der Fall, wenn mindestens eine Partei einen Umstand bei Abschluss des Vertrages als für den Vertragsschluss wesentlich vorausgesetzt hat und sich die andere Partei auf die Berücksichtigung dieses Umstands redlicherweise hätte einlassen müssen. Der Geschäftswille der Parteien muss auf dem Umstand aufgebaut haben.<sup>20</sup>

Auf Basis von Verlautbarungen des Bundesgesundheitsministers hatten O und V beide die Vorstellung, nach Weihnachten 2020 würde es keinen neuen Lockdown und damit

<sup>18</sup> M.w.N. *Finkenauer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 125 f.; dazu auch *Kumkar/Voß*, ZIP 2020, 893 (901).

<sup>19</sup> *Prütting*, in: Effer-Uhe/Mohnert (Hrsg.), Vertragsrecht in der Coronakrise, 2020, S. 59; *Schall*, JZ 2020, 388 (396); *Finkenauer* (Fn. 18), § 313 Rn. 125 f.

<sup>20</sup> BGHZ 25, 390 (392); m.w.N. *Brox/Walker* (Fn. 4), § 27 Rn. 5.

keine Beschränkungen durch die Coronaschutzverordnung NRW geben. Sie gingen also übereinstimmend von der vollen Nutzbarkeit des Saals vor allem zum Zwecke des Tanzens aus, woran auch beide ein Interesse hatten. Hierauf baute ihr Geschäftswille auf, den Vertrag genau zu den konkreten Konditionen zu schließen.

*cc) § 313 Abs. 2 BGB*

Nach Vertragsschluss müssen sich diese Umstände schwerwiegend verändert haben (reales Element). Dem steht es nach § 313 Abs. 2 BGB gleich, wenn sich wesentliche Vorstellungen der Parteien, die die Geschäftsgrundlage bilden, als falsch herausstellen.<sup>21</sup>

*(1) Art. 240 § 7 Abs. 1 EGBGB*

Hierfür könnte die Vermutung des Art. 240 § 7 Abs. 1 EGBGB<sup>22</sup> sprechen, deren tatbestandliche Voraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt sind. Fraglich ist aber, ob die Vorschrift die vorliegende Konstellation überhaupt erfasst. Dies ist durch Auslegung zu ermitteln.

Aus dem Wortlaut folgt ohne Weiteres keine Einschränkung. Ausweislich der Gesetzesbegründung gilt die Norm zudem auch für die Raummiete zu Freizeit Zwecken.<sup>23</sup> Doch sollen nach der Gesetzesbegründung solche Verträge grundsätzlich ausgeschlossen sein, die in Kenntnis der Pandemie geschlossen wurden.<sup>24</sup> Dies wird durch Sinn und Zweck der Vorschrift gestützt. Wurde der Vertrag erst während der Pandemie geschlossen, konnten die Parteien nicht mehr durch das plötzliche Aufkommen eines zuvor unbekanntes Virus „überrascht werden“. Damit lagen auch staatliche Maßnahmen nicht mehr außerhalb aller Wahrscheinlichkeit. Es kann also nicht im Sinne einer Vermutung pauschal unterstellt werden, es läge in jedem Fall eine schwerwiegende Änderung von Umständen vor. Im Ergebnis ist die Vorschrift damit teleologisch zu reduzieren mit der Folge, dass sie hier nicht eingreift.

*Hinweis:* Art. 240 § 7 EGBGB ist erst zum 31.12.2020 in Kraft getreten und stellt somit eine sehr neue Vorschrift dar, die teils als wenig gewinnbringend eingeschätzt wird.<sup>25</sup> Ihre praktische Bedeutung könnte überschaubar bleiben.<sup>26</sup> Daher dürfte es nicht gravierend sein, wenn sich Bearbeiter nicht mit dieser, in der der Originalklausur zugrundeliegenden Vorlesung thematisierten Norm, auseinandersetzen. Jedenfalls würde aber auch die Auffassung, die Norm solle die vorliegende Konstellation erfassen, nicht davon befreien, die Sachverhaltsangaben zu würdigen, da die Vermutung widerleglich ist.<sup>27</sup>

*(2) Veränderung der Umstände bzw. falsche Vorstellung*

Mit Blick auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses (Ende 2020) könnte hier § 313 Abs. 2 BGB einschlägig sein. Zu diesem Zeitpunkt herrschte der sog. harte Lockdown. Das heißt, dass der Gaststättenbetrieb vollkommen brachlag. Zwar dürfen Anfang Juni 2021 Gaststätten wieder betrieben werden, doch bleibt der Tanz verboten. O und V hingegen vertrauten auf die Verheißungen des Bundesgesundheitsministers aus 2020, die weitestgehende Lockerungen im kommenden Frühjahr versprochen. Sie hatten also die Vorstellung, dass es keinerlei ihren Vertrag berührende Einschränkungen mehr geben werde. Diese Vorstellung stellt sich jedoch als falsch heraus. § 313 Abs. 2 BGB gilt indes nur für Umstände, die schon bei Vertragsschluss vorgelegen haben oder vorliegen sollten, nicht aber für Irrtümer über den Ein- bzw. Nicht-eintritt künftiger Ereignisse – wie hier –, auf welche § 313 Abs. 1 BGB anzuwenden ist.<sup>28</sup>

Jedenfalls ist aber das erforderliche reale Element gegeben.

*Hinweis:* Die genaue Abgrenzung ist freilich von geringer praktischer Relevanz, da beide Fälle nach den gleichen Kriterien zu beurteilen sind.<sup>29</sup>

*dd) Wesentlichkeit des Umstands für den Vertragsschluss*

Der konkrete Umstand muss für den Vertragsschluss relevant gewesen sein (hypothetisches Element).<sup>30</sup>

O und V geben beide hinreichend deutlich zu erkennen, sie hätten in Kenntnis der wahren Umstände jeweils auf Vereinbarung eines anderen Mietzinses bestanden. Damit hat sich der Umstand auf die konkrete Ausgestaltung der Gegenleistungspflicht als Hauptleistungspflicht der O ausgewirkt. Die erforderliche Relevanz für den Vertragsschluss ist also gegeben.<sup>31</sup>

*Hinweis:* Auffällig ist, dass sich die Vorstellungen von O und V konträr zueinander verhalten. Findige Bearbeiter könnten auf die Idee kommen, O und V hätten sich dann möglicherweise „bei der Mitte getroffen“, indem sie die Vorträge argumentativ miteinander verbinden. Das lässt sich zwar hören, bleibt aber gewiss Spekulation. In gewissem Maße kommt man bei der Betrachtung dieses Prüfungspunktes um Spekulationen aber gar nicht herum. Daher sollte eine solche Argumentation nicht von vornherein als falsch bewertet werden. Die Prüfung wäre dann aber beendet, da das Tatbestandsmerkmal nicht erfüllt wäre.

<sup>21</sup> Dazu Finkenauer (Fn. 18), § 313 Rn. 58.

<sup>22</sup> BT-Drs. 19/25322, S. 20; Brinkmann/Thüsing, NZM 2021, 5 (6).

<sup>23</sup> BT-Drs. 19/25322, S. 20.

<sup>24</sup> BT-Drs. 19/25322, S. 20.

<sup>25</sup> Brinkmann/Thüsing, NZM 2021, 5 (6).

<sup>26</sup> Brinkmann/Thüsing, NZM 2021, 5 (6).

<sup>27</sup> Brinkmann/Thüsing, NZM 2021, 5 (9).

<sup>28</sup> Grüneberg (Fn. 3), § 313 Rn. 38.

<sup>29</sup> Looschelders, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 19. Aufl. 2021, Rn. 767.

<sup>30</sup> Looschelders (Fn. 29), Rn. 754.

<sup>31</sup> Vgl. zu diesem Aspekt Brinkmann/Thüsing, NZM 2021, 5 (8); ähnlich auch OLG Dresden BeckRS 2021, 2461 m. Bespr. Looschelders, JA 2021, 512.

*ee) Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag*

Schließlich muss das Festhalten am unveränderten Vertrag einer der Parteien unzumutbar sein (normatives Element). Um eine etwaige Unzumutbarkeit feststellen zu können, bedarf es einer Wertung und Interessenabwägung, die alle relevanten Einzelfallumstände berücksichtigt.<sup>32</sup>

*(1) Risikoübernahme*

Den Ausgangspunkt bilden dabei die gesetzlichen und vertraglichen Risikosphären.<sup>33</sup> Mit Blick auf das Gesetz wurde schon weiter oben (Frage 2 I. 2.) ausgeführt, dass grundsätzlich der Mieter das Verwendungsrisiko hinsichtlich der Mietsache trägt.<sup>34</sup> In vertraglicher Hinsicht haben hier ferner beide Parteien gleichermaßen das Risiko übernommen, die Aussage des Gesundheitsministers zur Beruhigung der Bevölkerung werde sich als unzutreffend herausstellen.<sup>35</sup> Für eine einseitige Risikoübernahme durch eine der Parteien finden sich keine Anhaltspunkte.

*(2) Nachteile für die Parteien*

Überdies machen beide Parteien plausibel geltend, Nachteile durch die veränderten Umstände zu erleiden. Damit besteht keine einseitige Belastung zum Nachteil der O. Vielmehr heben sich die Belastungen von O und V untereinander auf.<sup>36</sup>

*(3) Untragbare Härte für V*

Ferner müsste der Fortbestand des unveränderten Vertrags zu einem Ergebnis führen, welches mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbaren ist und so eine untragbare Härte darstellt.<sup>37</sup> Hiervon kann aus Sicht der O und ihrem Netzwerk bei einer Belastung i.H.v. 100 € keine Rede sein.<sup>38</sup> V wird zwar vermutlich weniger Speisen und Getränke absetzen. Doch darf er zum einen sein gesamtes Angebot feilbieten und zum anderen könnten die Gäste nach der langen Zeit des Lockdowns mehr konsumieren wollen als üblich. Auch ihn trifft damit keine untragbare Härte.

*(4) Zwischenergebnis*

Im Ergebnis stellen sich die Belastungen der Parteien als ausgewogen dar. Das Festhalten am unveränderten Vertrag ist den Parteien mithin zumutbar. Damit liegen die Vorausset-

zungen der Störung der Geschäftsgrundlage nicht vor. Keine der beiden Parteien und somit auch nicht O hat gegen die andere Partei einen Anspruch auf Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB.

*Hinweis:* An dieser Stelle der Klausur ist schlicht Argumentation und nachvollziehbare Wertung gefragt. Ein „richtiges“ Ergebnis gibt es nicht. Die Bearbeiter können sich daher auch anders entscheiden, müssen die Prüfung dann nur in entsprechender Weise zu Ende führen.

*c) Zwischenergebnis*

O steht keine Einrede gegen den Anspruch des V zu.

*4. Zwischenergebnis*

Der Anspruch ist durchsetzbar.

**II. Ergebnis**

Gem. § 535 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Mietvertrag steht dem V demnach gegen O ein Anspruch auf Mietzahlung i.H.v. 200 € für den Termin im Juni zu.

<sup>32</sup> Brox/Walker (Fn. 4), § 27 Rn. 8.

<sup>33</sup> Vgl. insofern Beispiele bei Looschelders (Fn. 29), Rn. 755 ff.; sowie instruktiv OLG München NZM 2021, 226.

<sup>34</sup> So mit Blick auf die Corona-Pandemie auch LG Frankfurt a.M. NJOZ 2021, 266 (267).

<sup>35</sup> Vgl. dazu Stadler, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 313 Rn. 24.

<sup>36</sup> Häufige Teilung des Risikos etwa im Fall des OLG Köln BeckRS 2021, 16198 Rn. 31 m.w.N; so auch in vielen weiteren aktuellen Fällen der Rechtsprechung vgl. Übersicht bei Lorenz, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 59, Stand: 1.8.2021, EGBGB Art. 240 § 7 Rn. 6.

<sup>37</sup> So die st. Rspr., etwa BGHZ 121, 378 (393).

<sup>38</sup> Vgl. hierzu auch OLG Karlsruhe NZM 2021, 224 (225); vgl. ferner LG Frankfurt a.M. NJOZ 2021, 266 (267).

# Examensübungsklausur: Die obduzierte Leiche und die EMRK

Von Wiss. Mitarbeiter und Rechtsanwalt Dr. **Moritz von Rochow**, Kiel\*

*Die auf eine Bearbeitungszeit von fünf Stunden angelegte Klausur problematisiert examensrelevante Aspekte des Allgemeinen Verwaltungsrechts, des Staatsorganisationsrechts und der EMRK. Sie weist einen überdurchschnittlichen Schwierigkeitsgrad auf.*

## Sachverhalt

Leyla (L) war 14 und hat im August 2021 aufgrund ihrer Adipositas trotz Minderjährigkeit eine Impfung gegen das neuartige Coronavirus COVID-19 erhalten. Eine Woche nach der Impfung klagte L über starke Kopfschmerzen und Sehstörungen. Sie wurde daraufhin in ein Privatklinikum verbracht, wo sie kurz nach der Einlieferung am 18.8.2021 verstarb. Angesichts der Symptome äußerten die behandelnden Ärzte den Verdacht einer Hirnvenenthrombose. Das Gesundheitsamt versandte daraufhin an das Klinikum ein Schreiben, welches unter anderem den folgenden Satz enthielt:

„Ich ordne gegenüber Ihnen als Gewahrsamsinhaber die innere Leichenschau der am 18.8.2021 verstorbenen L Yilmaz an. Sie haben den Ärzten des Gesundheitsamtes und dessen ärztlichen Beauftragten die Untersuchung zu gestatten. Beauftragt mit der Sektion wird das Universitätsklinikum Schleswig-Holstein AöR. Stellen Sie dem dortigen Institut für Pathologie den Leichnam umgehend zur Verfügung.“

Zur Begründung führte das Gesundheitsamt aus:

„Im Interesse der Erforschung der mit der Impfung gegen das neuartige Coronavirus COVID-19 verbundenen Gesundheitsrisiken hat das Ministerium für Soziales, Gesundheit, Jugend, Familie und Senioren des Landes Schleswig-Holstein mit Erlass vom 1.8.2021 angeordnet, dass alle im Zusammenhang mit einer Impfung gegen das neuartige Coronavirus verstorbenen Patienten, bei denen der Verdacht auf eine Hirnvenenthrombose oder andere bekannte Impfnebenwirkungen besteht, zur Gewinnung weiterer Erkenntnisse zu obduzieren sind (innere Leichenschau). Das öffentliche Interesse an der Bekämpfung der Pandemie und Erforschung von möglichen Impfnebenwirkungen überwiegt grundsätzlich das postmortale Persönlichkeitsrecht des Einzelnen.“

Bereits am 28.5.2021 hatten Bundesrat und Bundestag ein Gesetz beschlossen, wonach § 25 Abs. 1 IfSG um einen Satz 2 ergänzt wurde. Dieser besagt:

„<sup>2</sup>Das Gesundheitsamt kann auch Ermittlungen anstellen, wenn sich ergibt oder anzunehmen ist, dass jemand durch eine Schutzimpfung oder andere Maßnahme der spezifischen Prophylaxe eine gesundheitliche Schädigung erlitten hat.“

Die Fraktionen beabsichtigten hiermit eine bundeseinheitlich umfassende Regelung zur effizienten Pandemiebekämpfung. Das Gesetz wurde am 31.5.2021 im Bundesgesetzblatt verkündet und ist am 1.6.2021 in Kraft getreten. Am 1.8.2021 versandte das Ministerium für Soziales, Gesundheit, Jugend, Familie und Senioren des Landes Schleswig-Holstein an die

Gesundheitsämter der Kreise und kreisfreien Städte des Landes folgendes Schreiben:

„Erlass an die Gesundheitsämter des Landes Schleswig-Holstein:

Mit Änderung des IfSG vom 1.6.2021 können die Gesundheitsämter Ermittlungen anstellen, wenn sich ergibt oder anzunehmen ist, dass jemand durch eine Schutzimpfung oder andere Maßnahme der spezifischen Prophylaxe eine gesundheitliche Schädigung erlitten hat. Im Rahmen dieser Ermittlungen soll i.S.d § 25 Abs. 4 S. 2 IfSG auch eine ‚innere Leichenschau‘ (Obduktion) angeordnet werden. Das durch § 25 Abs. 1 S. 2 IfSG eingeräumte behördliche Ermessen soll ab sofort dahingehend ausgeübt werden, dass eine Obduktion stets und ggf. auch gegen den Willen der Totenfürsorgeberechtigten durchzuführen ist, wenn sich bei einem verstorbenen Patienten oder einer Patientin Symptome einer möglichen Hirnvenenthrombose oder anderer bekannter Nebenwirkungen im Zusammenhang mit einer COVID-19-Impfung gezeigt haben.“

Als die Eltern der L (E) den Leichnam ihrer verstorbenen Tochter am Morgen des 19.8.2021 abholen wollen, um die nach islamischem Brauch gebotenen Rituale, insbesondere die rituellen Reinigungen, durchzuführen, erfahren sie vom Krankenhaus, dass eine Herausgabe nicht erfolgen könne, da der Leichnam für die behördlich angeordnete innere Leichenschau vorgesehen sei. Hierbei würden einige innere Organe, z.B. Gehirn und Leber entnommen. Die entnommenen Organe müssten noch etwas länger beim mit der Sektion beauftragten Universitätsklinikum Schleswig-Holstein AöR verbleiben, bis die Laboruntersuchungen abgeschlossen seien. E haben in diesem Gespräch erstmals von der geplanten Obduktion erfahren. Das Gesundheitsamt hatte sich nicht an sie gewandt.

Über die geplante Obduktion sind die Eltern entsetzt: Nicht nur, dass das islamische Recht eine schnellstmögliche Bestattung vorsieht; der Leichnam muss nach ihren religiösen Vorstellungen auch unversehrt bestattet werden, was nicht mehr gewährleistet ist, wenn zuvor Organe entnommen worden sind. E kontaktieren daraufhin ihre Rechtsanwältin Dr. Schlaw mit der Bitte, die Obduktion ihrer Tochter zu verhindern. Dr. Schlaw hat glücklicherweise den Newsletter des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg abonniert und hierüber erfahren, dass der Gerichtshof gerade kürzlich am 20.7.2021 ein Urteil in der Rechtssache Polat/Österreich verkündet hat, in dem eine klinisch-wissenschaftliche Obduktion gegen den Willen der Angehörigen für rechtswidrig erklärt worden ist:

„89. Doch auch wenn tatsächlich ein wissenschaftliches Interesse an der Durchführung der Obduktion bestand, erinnert das Gericht daran, [...] dass eine Obduktion unter solchen Umständen [ohne den Willen der Hinterbliebenen] nur dann durchgeführt werden kann, wenn sie zur Wahrung eines solchen wissenschaftlichen Interesses ‚erforderlich‘ ist, was den Ärzten bei der Entscheidung, ob eine Obduktion in einem bestimmten Fall durchgeführt werden sollte, einen gewissen Ermessensspielraum lässt, auch was das Ausmaß des erforderlichen Eingriffs betrifft.“

\* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht und Rechtsanwalt für Verwaltungs-, Verfassungs- und Europarecht.

[...]

91. Die vorstehenden Erwägungen reichen aus, um den Gerichtshof zu dem Schluss kommen zu lassen, dass die Behörden im vorliegenden Fall weder einen gerechten Ausgleich zwischen den relevanten konkurrierenden Interessen gefunden haben, indem sie die Erfordernisse der öffentlichen Gesundheit in höchstem Maße mit dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens in Einklang gebracht haben [...], noch haben sie das Interesse der Beschwerdeführerin an einer Beerdigung ihres Sohnes in Übereinstimmung mit ihren religiösen Überzeugungen abgewogen. Dieses Versäumnis, eine Abwägung vorzunehmen, stellte eine Verletzung der Artikel 8 und 9 der Konvention [Anm.: Nr. 1003 im Sartorius] dar.“

Dem von Rechtsanwältin Schlau verfassten Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung hat das Verwaltungsgericht Schleswig stattgegeben mit der Begründung, dass das Aussetzungsinteresse das Vollziehungsinteresse unabhängig von der Rechtslage bereits deshalb überwiege, weil im Falle der Durchführung der Obduktion ein irreversibler Zustand eintreten würde.

Den von Rechtsanwältin Dr. Schlau an das Gesundheitsamt gerichteten Widerspruch hat dieses als zuständige Widerspruchsbehörde als unzulässig zurückgewiesen. Der Widerspruch sei unzulässig, da E nicht widerspruchsbefugt seien. Sie seien zum einen nicht Adressaten der allein an das Privatklinikum ergangenen Obduktionsanordnung. Zum anderen seien sie als Eltern auch deshalb nicht in subjektiven Rechten betroffen, weil ein postmortales Persönlichkeitsrecht allenfalls der Toten, nicht aber deren Angehörigen zustehe. Schließlich müssten sie auch nicht nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 S. 2 Var. 2 SchlHBestattG in die Obduktion einwilligen, weil der Bund mit § 25 Abs. 1 S. 2 IfSG eine abschließende Regelung zur Pandemiebekämpfung bezweckt habe, deren Erfolg nicht dadurch konterkariert werden könne, dass einzelne Länder die Obduktion von einer Einwilligung abhängig machen. Die Bekämpfung grenzüberschreitender übertragbarer Krankheiten und das Arzneimittelrecht dürfen nicht dem Provinzialismus anheimfallen.

Sie haben bei Rechtsanwältin Dr. Schlau gerade Ihr Referendariat begonnen. Die Anwältin bittet Sie, in einem Gutachten Ihr Können unter Beweis zu stellen. In einem gemeinsamen Brainstorming äußert sie folgende Gedanken: Das Gesundheitsamt habe beim Erlass der Obduktionsanordnung an das Krankenhaus die Bedeutung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens und die Religionsfreiheit der Angehörigen überhaupt nicht in seine Erwägungen einbezogen – ja diese haben überhaupt nur durch Zufall von der geplanten Obduktion erfahren und selbst nicht einmal eine Duldungsverfügung erhalten. Weiterhin leuchtet ihr nicht ein, dass man das aus der Menschenwürde folgende postmortale Persönlichkeitsrecht so einfach mit Verweis auf die Pandemiebekämpfung wegwischen könne. Überhaupt gehe es bei § 25 Abs. 1 S. 2 IfSG doch gar nicht um eine unmittelbare Bekämpfung der Krankheit COVID-19, sondern um das in Gesetzgebungskompetenz der Länder fallende Bestattungs-, Leichen- und Obduktionswesen. Das Land habe hiervon in Gestalt des SchlHBestattG Gebrauch gemacht und danach sei eine Obduk-

tion nicht ohne Einverständnis möglich. Auch die Forschung sei doch eigentlich Ländersache.

### **Bearbeitungsvermerk**

Prüfen Sie in einem umfassenden Rechtsgutachten die Erfolgsaussichten einer Klage beim Verwaltungsgericht Schleswig gegen die Landeshauptstadt Kiel als Rechtsträgerin des Gesundheitsamts. Gehen Sie dabei (ggf. hilfsgutachterlich) auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen ein! Gehen Sie davon aus, dass die Eltern dem Gesundheitsamt bei Erlass der Obduktionsanordnung bekannt waren.

### **Bundesrecht**

#### *§ 25 IfSG – Ermittlungen*

(1) Ergibt sich oder ist anzunehmen, dass jemand krank, krankheitsverdächtig, ansteckungsverdächtig oder Ausscheider ist oder dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, so stellt das Gesundheitsamt die erforderlichen Ermittlungen an, insbesondere über Art, Ursache, Ansteckungsquelle und Ausbreitung der Krankheit. Das Gesundheitsamt kann auch Ermittlungen anstellen, wenn sich ergibt oder anzunehmen ist, dass jemand durch eine Schutzimpfung oder andere Maßnahme der spezifischen Prophylaxe eine gesundheitliche Schädigung erlitten hat.

[...]

(4) Den Ärzten des Gesundheitsamtes und dessen ärztlichen Beauftragten ist vom Gewahrsamsinhaber die Untersuchung der in Absatz 1 genannten Verstorbenen zu gestatten. Die zuständige Behörde soll gegenüber dem Gewahrsamsinhaber die innere Leichenschau anordnen, wenn dies vom Gesundheitsamt für erforderlich gehalten wird.

### **Landesrecht**

#### *§ 10 Gesundheits-Dienst-Gesetz (SchlHGDG) – Infektionsschutz<sup>1</sup>*

Die Kreise und kreisfreien Städte nehmen die Aufgaben nach dem Infektionsschutzgesetz vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045) und den hierzu erlassenen Verordnungen wahr, soweit nicht durch Rechtsvorschrift etwas anderes bestimmt ist. Sie wirken auf einen umfassenden Impfschutz der Bevölkerung und auf die Erhöhung der Impfquote hin.

#### *§ 9 Bestattungsgesetz (SchlHBestattG) – Leichenöffnung<sup>2</sup>*

(1) Die Leichenöffnung ist ein Eingriff

1. zur Aufklärung der Todesart, der den Tod bedingenden Grundleiden oder Zusammenhänge und der Todesursache (Obduktion) oder

<sup>1</sup> Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: Art. 16 Bay-GDVG, § 2 BlnGDG i.V.m. § 1 Abs. 3 Nr. 4 BlnGDG, § 3 BbgGDG, § 4 BremÖGDG, § 3 NGöGD, § 5 ÖGDG NRW.

<sup>2</sup> Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: § 5 BestattG M-V, § 10 BestG NRW, § 11 Bremer LeichenG, § 10 Bbg-BestG, § 4 HmbSektionsG, § 9 BestattG LSA, § 15 Sächs-BestG, § 41 BestattG SL.

2. zu Zwecken der Forschung und Lehre über den Aufbau des menschlichen Körpers (anatomische Leichenöffnung).

Die Obduktion darf nur von oder unter der Aufsicht von ärztlichen Personen vorgenommen werden, die die Anerkennung zum Führen der Gebietsbezeichnung Pathologie oder Rechtsmedizin besitzen. Eine anatomische Leichenöffnung darf auch von oder unter der Aufsicht von Hochschullehrerinnen oder Hochschullehrern der Anatomie vorgenommen werden.

(2) Eine Obduktion ist zulässig,

1. wenn sie zur Verfolgung rechtlicher Interessen der Hinterbliebenen, insbesondere zur Feststellung rentenrechtlicher oder versicherungsrechtlicher Leistungsansprüche, erforderlich ist und ein begründeter schriftlicher Auftrag einer oder eines Hinterbliebenen dazu vorliegt.

2. aus gewichtigem medizinischem Interesse an der Klärung der Todesursache, an der Überprüfung der ärztlichen Diagnose und Therapie (Qualitätssicherung), der Lehre, der medizinischen Forschung und der Epidemiologie. Weitere Zulässigkeitsvoraussetzung ist, dass die verstorbene Person zu Lebzeiten schriftlich dazu eingewilligt hat, oder, wenn eine Erklärung der verstorbenen Person nicht vorliegt, die oder der entscheidungsberechtigte Hinterbliebene schriftlich eingewilligt hat. Die oder der Hinterbliebene kann ihre oder seine Einwilligung auch mündlich erteilen; hierüber ist ein Protokoll anzufertigen. Die Obduktion darf auch durchgeführt werden, wenn die oder der entscheidungsberechtigte Hinterbliebene nach dokumentierter Information über die beabsichtigte Obduktion und über die Möglichkeit, dieser innerhalb von 24 Stunden ohne Angabe von Gründen zu widersprechen, innerhalb dieser Frist nicht widersprochen hat.

### Gutachten

Die verwaltungsgerichtliche Klage hat Erfolg, wenn und soweit die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und die Klage begründet ist.

#### A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen für eine verwaltungsgerichtliche Klage müssen vorliegen.

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Da eine aufdrängende Sonderzuweisung nicht vorliegt, ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn es sich gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art handelt. Nach der Sonderrechtstheorie ist eine Streitigkeit in jedem Fall dann öffentlich-rechtlicher Natur, wenn die streitentscheidende Norm eine solche des öffentlichen Rechts ist, was dann der Fall ist, wenn sie einen Hoheitsträger einseitig berechtigt oder verpflichtet.<sup>3</sup> Streitentscheidende Norm ist hier § 25 IfSG, der zumindest

das Gesundheitsamt – die Behörde eines Hoheitsträgers – einseitig berechtigt.

Die Verfahrensbeteiligten nehmen nicht unmittelbar am Verfassungsleben teil und es geht im Kern nicht um die Anwendung und Auslegung von Verfassungsrecht. Somit fehlt es an einer doppelten Verfassungsunmittelbarkeit. Es liegt keine Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art vor.

Abdrängende Sonderverweisungen sind nicht ersichtlich.

#### II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich gem. §§ 88, 86 Abs. 3 VwGO nach dem durch Auslegung zu ermittelnden klägerischen Begehren. Begehrt der Kläger die gerichtliche Aufhebung eines Verwaltungsakts, dann ist die Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO) statthaft. In der Obduktionsanordnung des Gesundheitsamts könnte ein solcher Verwaltungsakt zu sehen sein. Ein Verwaltungsakt ist gem. § 106 Abs. 1 LVwG (§ 35 S. 1 VwVfG) jede Verfügung, Entscheidung oder andere öffentlich-rechtliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Mit der Obduktionsanordnung regelt das Gesundheitsamt hoheitlich einen Einzelfall. Da es sich bei der Adressatin um ein Privatklinikum handelt, liegt auch die für einen Verwaltungsakt erforderliche Außenwirkung vor.

Problematisch ist aber, dass der Verwaltungsakt nicht gegenüber den E ergangen ist, sondern gegenüber der Klinik. Fraglich ist somit, ob eine Anfechtungsklage auch bei einem Verwaltungsakt statthaft ist, der nicht den Kläger, sondern einen anderen Dritten belastet.

Gem. § 112 Abs. 1 LVwG (§ 43 Abs. 1 VwVfG) wird ein Verwaltungsakt gegenüber derjenigen Person, für die er bestimmt ist oder die von ihm betroffen wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in dem er ihr bekanntgegeben wird. Die Obduktionsanordnung ist den E aber nicht bekanntgegeben worden, sondern sie haben durch Zufall davon erfahren. Fraglich ist, ob dies der Statthaftigkeit einer Anfechtungsklage entgegensteht.

Nach einer Ansicht ist es für die Statthaftigkeit der Anfechtungsklage nicht entscheidend, ob der Verwaltungsakt gegenüber dem Kläger wirksam ist, sondern ob er gegenüber irgendjemandem wirksam ist.<sup>4</sup> Die nach dem materiellen Recht zu beantwortende Frage, ob die E vom Verwaltungsakt betroffen sind, kann daher nach dieser Ansicht für die Statthaftigkeit dahinstehen, da es hierfür nicht erheblich ist, ob der Verwaltungsakt gegenüber den E wirksam ist.

Nach anderer Ansicht wird vertreten, ein Verwaltungsakt müsse auch gegenüber dem Kläger ein Verwaltungsakt sein.

„Ein Verwaltungsakt ist auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet (§ 35 S. 1 VwVfG). Diese Eigenschaft muss der Verwaltungsakt – zumindest auch – gegenüber der Person aufweisen, die sich mittels Anfechtungsklage gegen ihn wendet.“<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Siehe zur Abgrenzung *Unruh*, in: Fehling/Kastner/Störmer (Hrsg.), *Verwaltungsrecht: VwVfG, VwGO, Nebengesetze, Handkommentar*, 5. Aufl. 2021, VwGO § 40 Rn. 94 ff.

<sup>4</sup> Ebd.

<sup>5</sup> BVerwG NVwZ 1994, 784 (784); i.d.S. auch VGH Mannheim NVwZ-RR 1996, 306 (306).

Diese Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts gelangt im konkreten Fall zu keinem abweichenden Ergebnis.<sup>6</sup> Nach ihr soll die Drittanfechtungsklage lediglich dann unstatthaft sein, wenn durch den Verwaltungsakt eine andere Behörde zu einem drittbelastenden Handeln verpflichtet wird, weil erst dieses Handeln eine unmittelbare Belastung darstelle. Zwar ist es grundsätzlich möglich einen anderen Hoheitsträger durch Verwaltungsakt – also mit Außenwirkung – zu verpflichten. Sofern dieser Verwaltungsakt allerdings noch einen Zwischenakt der angewiesenen Stelle erfordert, fehlt es an der z.B. bei einer Baugenehmigung<sup>7</sup> vorliegenden Unmittelbarkeit gegenüber dem drittbelasteten Bürger. Hier hat das Gesundheitsamt aber etwas gegenüber Privaten angeordnet und somit eine Außenwirkung erzeugt, die auch die E unmittelbar ohne behördlichen Zwischenakt belastet.

Dementsprechend wäre die Anfechtungsklage gegen das Gesundheitsamt im vorliegenden Fall lediglich dann unstatthaft, wenn L in einem öffentlich-rechtlichen Krankenhaus gestorben wäre, nicht aber – wie hier – in einer Privatklinik.

### III. Klagebefugnis

Die E müssten ferner klagebefugt sein. Dies ist gem. § 42 Abs. 2 VwGO der Fall, wenn sie geltend machen können, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in ihren Rechten verletzt zu sein. Nach der Adressatentheorie ist dies stets der Fall, wenn jemand Adressat eines belastenden Verwaltungsakts ist. Dies ist hier jedoch nur die Klinik und nicht die E.

Nach der Möglichkeitstheorie besteht eine Klagebefugnis aber ebenfalls, wenn es zumindest möglich – also nicht gänzlich und aus jeder Betrachtung auszuschließen – ist, dass die Kläger in subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt sind.

Diese Rechtspositionen können begründet werden durch die Grundrechte, durch materielle Gesetze, Rechtsverordnungen, Satzungen, aber auch durch unmittelbar geltende Vorschriften des Gemeinschaftsrechts und durch völkerrechtliche Verträge.<sup>8</sup>

Zu diesen völkerrechtlichen Verträgen, die subjektiv-öffentliche Rechte gewähren, gehört auch die EMRK,<sup>9</sup> denn in Deutschland hat diese den Rang einfachen Bundesrechts.<sup>10</sup> Es ist zumindest nicht ausgeschlossen, dass die Rechte aus Art. 8 und 9 EMRK durch die Anordnung der Obduktion verletzt werden. Daneben ist es möglich, dass das Recht auf ungestörte Religionsausübung (Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG) verletzt wird.

Zwar ist anerkannt, dass auch Tote ein postmortales Persönlichkeitsrecht haben,<sup>11</sup> allerdings steht dieses nicht den E

als subjektives Recht zu, sondern ist eine allenfalls im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigende objektive Verpflichtung des Staates.<sup>12</sup> Den Hinterbliebenen steht allerdings ein subsidiäres Entscheidungsrecht, was aus dem Totensorgerecht abgeleitet wird, zu.<sup>13</sup> Dieses verankert das Bundesverfassungsgericht in Art. 2 Abs. 1 GG.

Es ist mithin nicht von vornherein auszuschließen, dass die E in subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt sind.

### IV. Vorverfahren

Ein Vorverfahren nach § 68 VwGO wurde erfolglos durchgeführt.

### V. Klagefrist

Mangels entgegenstehender Hinweise und aufgrund der angeedeuteten Eilbedürftigkeit ist von einer Wahrung der Klagefrist auszugehen.

### VI. Richtiger Beklagter

Gem. § 78 Abs. 1 VwGO<sup>14</sup> ist die Klage gegen das Land oder die Körperschaft, deren Behörde den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hat, zu richten (Rechtsträgerprinzip).<sup>15</sup> Dies ist hier die Landeshauptstadt Kiel als Rechtsträger des Gesundheitsamts.

### VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Die E sind gem. § 61 Nr. 1 Var. 1 VwGO als natürliche Personen beteiligtenfähig. Die Landeshauptstadt Kiel ist nach § 61 Nr. 1 Var. 2 VwGO beteiligtenfähig.

Das Gesundheitsamt selbst ist nicht i.S.d. § 61 Nr. 3 VwGO beteiligtenfähig, da dies nach § 69 Abs. 1 LJG<sup>16</sup> nur Landesbehörden sind.

Die E sind nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die Landeshauptstadt Kiel ist nach § 62 Abs. 3 VwGO prozessfähig und wird durch den Oberbürgermeister vertreten.

### VIII. Weitere Sachentscheidungsvoraussetzungen

#### 1. Sachliche und örtliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts

Sachlich zuständig ist gem. § 45 VwGO in erster Instanz das

<sup>12</sup> Maurer, DÖV 1980, 7 (9 f.).

<sup>13</sup> Maurer, DÖV 1980, 7 (13).

<sup>14</sup> Dazu im Detail Kastner, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 3), VwGO § 78.

<sup>15</sup> Meissner/Schenk, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht – VwGO, Kommentar, Bd. 1, 40. Lfg., Stand: Februar 2021, § 78 Rn. 33.

<sup>16</sup> Gem. § 61 Nr. 3 VwGO sind Behörden beteiligtenfähig, soweit das Landesrecht dies vorsieht. Dies ist der Fall gem. § 14 Abs. 1 AGGerStrG M-V, § 19 Abs. 1 AGVwGO SL und § 8 Abs. 1 BbgVwGG; gem. § 17 Abs. 2 AGVwGO RhPf für die Aufsichtsbehörde im Beanstandungsverfahren; und gem. § 69 Abs. 1 LJG SH, § 79 Abs. 1 NJG, § 8 S. 1 AGVwGO LSA nur für unmittelbare Landesbehörden und nicht für Kommunalbehörden.

<sup>6</sup> BVerwG, NVwZ 1994, 784 (784).

<sup>7</sup> BVerwGE 44, 294 (294).

<sup>8</sup> Schwarz, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 3), VwVfG vor § 1 Rn. 117.

<sup>9</sup> VG Kassel, Beschl. v. 23.7.2019 – 6 L 1751/19.KS.A.

<sup>10</sup> BVerfGE 74, 358 (370); 111, 307 (313); 128, 326 (366); BVerfG NJW 2013, 3714 (3715); Schubert, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2020, EMRK Art. 1 Rn. 90.

<sup>11</sup> BVerfGE 30, 173 (194).



Verwaltungsgericht; örtlich zuständig jenes in Schleswig, § 52 Nr. 3 S. 1 VwGO.

### 2. Streitgenossenschaft

Die Eltern sind gem. § 64 VwGO i.V.m. §§ 59, 61 ZPO einfache Streitgenossen.

### 3. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Anhaltspunkte für ein Fehlen des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses liegen nicht vor. Insbesondere können die Kläger ihr Ziel nicht einfacher erreichen, die Klage ist nicht missbräuchlich oder sinnlos und der Rechtsanspruch wurde auch nicht verwirkt.

## IX. Zwischenergebnis

Die Anfechtungsklage ist zulässig.

### B. Klagehäufung

Die subjektive Klagehäufung stellt gleichzeitig eine objektive Klagehäufung i.S.d. § 44 VwGO dar.

### C. Begründetheit

Die Anfechtungsklage müsste ferner begründet sein. Dies ist sie, wenn und soweit die E durch den angefochtenen Verwaltungsakt tatsächlich in subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt sind.

Dazu müsste der Verwaltungsakt zunächst auf eine wirksame Ermächtigungsgrundlage gestützt sein.

### I. Ermächtigungsgrundlage

In Betracht kommt als Ermächtigungsgrundlage § 25 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 4 IfSG. Diese Norm wäre indes als Ermächtigungsgrundlage dann nicht heranzuziehen, wenn sie unwirksam ist. Eine Norm des einfachen Rechts ist unwirksam, wenn sie verfassungswidrig ist. Da die Verwerfungskompetenz für formelle Gesetze beim Bundesverfassungsgericht liegt, wäre das Gericht gehalten, das Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG auszusetzen und dem Bundesverfassungsgericht im Wege der konkreten Normenkontrolle vorzulegen.

#### 1. Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage

Der neue § 25 Abs. 1 S. 2 IfSG könnte verfassungswidrig sein, wenn dem Bund für dessen Erlass die Verbandskompetenz fehlt.

Ausgangspunkt der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern ist Art. 70 GG. Grundsätzlich sind die Länder für die Gesetzgebung zuständig, wenn dem Bund nicht durch das Grundgesetz ausdrücklich die Kompetenz zugewiesen wird.<sup>17</sup> Die Kompetenztitel der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz finden sich in Art. 73 Abs. 1 GG, jene der konkurrierenden Gesetzgebung in Art. 74 Abs. 1 GG. Im Be-

reich der konkurrierenden Gesetzgebung kann entweder der Bundesgesetzgeber oder der Landesgesetzgeber tätig werden, wobei nach Art. 72 Abs. 1 GG die Länder nur zur Gesetzgebung befugt sind, solange und soweit der Bund noch keine Regelung auf diesem Gebiet erlassen hat.<sup>18</sup>

Im Bereich des Gesundheitswesens sind grundsätzlich nur die Länder befugt, Gesetze zu erlassen. Das Gesundheitswesen umfasst auch das Bestattung-, Leichen- und Obduktionswesen.<sup>19</sup> Für das Bestattungs-, Leichen und Obduktionswesen besitzt der Bund somit keine umfassende Gesetzgebungskompetenz.<sup>20</sup> Das Land Schleswig-Holstein hat in Gestalt des SchlHBestattG seine Kompetenz auch ausgeübt. Die Einführung eines bundesweit einheitlich geregelten und umfassenden Obduktionsrechts durch den Bundesgesetzgeber – sei es durch Verwaltungssektion oder klinische Obduktion – mit einer gesundheitspolitischen Ausrichtung ist daher von der Kompetenzordnung des Grundgesetzes grundsätzlich nicht gedeckt.<sup>21</sup> Hierfür bedürfte es einer Verfassungsänderung.<sup>22</sup> Nach einer Ansicht kommt daher dem Bund nur dann eine Gesetzgebungskompetenz zu, wenn die Obduktionsregelung „jegliche gesundheitspolitische Aspekte ausklammert“<sup>23</sup>.

Allerdings kann in Sonderbereichen eine Obduktionsregelung gleichwohl von der jeweiligen Bundeskompetenz erfasst sein – dann nämlich, wenn sich der damit verfolgte Zweck einem der in Art. 74 Abs. 1 GG geregelten Kompetenztitel zuordnen lässt, wie dies z.B. bei der gerichtsmedizinischen Autopsie gem. §§ 87 ff. StPO der Fall ist. Diese ist gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 GG von der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes erfasst. Einen weiteren Kompetenztitel enthält Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG: Danach erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz auch auf das Gebiet von Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten bei Menschen und Tieren, die Zulassung zu ärztlichen und anderen Heilberufen und zum Heilgewerbe, sowie das Recht des Apothekenwesens, der Arzneien, der Medizinprodukte, der Heilmittel und der Gifte.

Das Infektionsschutzgesetz dient dem Schutz gegen gemeingefährliche übertragbare Krankheiten und erlaubte schon lange Obduktionen von Menschen, die unmittelbar an COVID-19 verstorben sind.<sup>24</sup> Die vorliegend angeordnete Obduktion dient allerdings nicht der unmittelbaren Bekämpfung einer gemeingefährlichen übertragbaren Krankheit, sondern der Erforschung von Impfstoffen. Auch die Forschung ist zwar grundsätzlich Ländersache, allerdings erlaubt Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG dem Bund Regelungen zu Arzneien und Heilmitteln. Hierzu gehören auch Impfstoffe, sodass die Ermäch-

<sup>18</sup> Ebd.

<sup>19</sup> Ebd.

<sup>20</sup> Ebd.; *Dettmeyer/Madea*, KritV 87 (2004), 349 (349).

<sup>21</sup> WD 3 – 3000 – 201/14, S. 7.

<sup>22</sup> *Hörnle*, in: Tag/Groß (Hrsg.), Der Umgang mit der Leiche, 2010, S. 111.

<sup>23</sup> WD 3 – 3000 – 201/14, S. 9.

<sup>24</sup> Vgl. *Heidemann*, Interview zu Corona-Obduktionen – Da arbeitet man in einem sensiblen Bereich, in: LTO v. 15.12.2020, abrufbar unter

[https://www.lto.de/persistent/a\\_id/43743/](https://www.lto.de/persistent/a_id/43743/) (10.11.2021).

<sup>17</sup> Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Verfassungsmäßigkeit einer bundesgesetzlichen Obduktionspflicht für Kleinkinder und Säuglinge, WD 3 – 3000 – 201/14, S. 7.

tigungsgrundlage verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist.

## 2. Verhältnis zu § 9 Abs. 2 S. 2 Var. 2 SchlHBestattG

Fraglich ist, wie sich § 25 Abs. 1 S. 2 IfSG zu § 9 Abs. 2 S. 2 Var. 2 SchlHBestattG verhält, ob nämlich die landesgesetzliche Norm die Ermächtigungsgrundlage des IfSG näher ausgestaltet, bzw. derart konkretisiert, dass ihr in Gestalt eines notwendigen Einverständnisses der Hinterbliebenen ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal hinzugefügt wird. Ob dies der Fall ist, ist durch Auslegung zu ermitteln.

### a) Wortlaut

Ausdrücklich verbietet der Wortlaut des § 25 IfSG nicht, das Einverständnis der Hinterbliebenen einzuholen.

### b) Zweck der Norm

Allerdings würde das zwingende Erfordernis eines solchen Einverständnisses dem Zweck der Norm zuwiderlaufen: Das Gesundheitsamt darf vom Gewahrsamsinhaber, z.B. dem Krankenhaus, die Obduktion verlangen. Müsste dieses vor Befolgung der Anordnung noch das Einverständnis der Hinterbliebenen einholen, sähe das Krankenhaus sich einem unlösbaren Interessenkonflikt ausgesetzt.

### c) Gesetzgeberischer Wille

Überdies hat der Bundesgesetzgeber mit der Neufassung des § 25 Abs. 1 S. 2 IfSG eine bundeseinheitliche effektive Pandemiebekämpfung bezweckt. Viren halten nicht an Landesgrenzen. Dieser Zweck würde leerlaufen, wenn die Bundesländer durch die Hintertür eines Einverständnisses, die bundesrechtlich anzuordnenden Obduktionen unterließen.

Ausdrücklich hat der Bundesgesetzgeber die Anordnungsmöglichkeit einer Obduktion nur gegenüber dem Gewahrsamsinhaber geregelt. Hätte er ein Einverständnis der Hinterbliebenen indes für erforderlich gehalten, so hätte er dies gleichfalls geregelt.

### d) Systematik des verfassungsrechtlichen Kompetenzgefüges

Schließlich hat das Land auch keine Befugnis, von der Norm des § 25 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 4 IfSG abzuweichen. Dies ergibt sich aus der föderalen Kompetenzstruktur der Art. 70 ff. GG. Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG fällt das hier einschlägige Recht der Arzneimittel und das Recht zur Regelung übertragbarer Krankheiten in die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit. Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung nur, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Dies hat der Bund nun aber durch § 25 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 4 IfSG getan. In diesem Fall dürfen die Länder nur noch i.R.v. Art. 72 Abs. 3 GG abweichende Regelungen treffen. Keiner der in Abs. 3 genannten Bereiche ist hier jedoch betroffen, und selbst wenn dies der Fall wäre, so gälte nach Art. 72 Abs. 3 S. 3 GG das jeweils spätere Gesetz – hier die Neufassung des IfSG.

### e) Sperrwirkung des IfSG

Das IfSG entfaltet somit durch seine abschließende Regelung gegenüber dem Landesgesetzgeber eine Sperrwirkung. Dem Bund kommt für das Infektionsschutzrecht eine umfassende Regelungskompetenz zu, von der er i.R.d. Art. 72 Abs. 1 GG auch erschöpfend Gebrauch machen kann, sodass Landesrecht gesperrt ist.

Dieser Sperrwirkung steht es auch nicht entgegen, dass der Bundesgesetzgeber über ein Einverständnis der Hinterbliebenen kein Wort verloren hat. Eine Sperrwirkung kann nämlich auch durch „absichtsvollen Regelungsverzicht“, bzw. ein „beredtes Schweigen“ oder „absichtsvolles Unterlassen“ entstehen.<sup>25</sup> Zu einem erkennbar gewordenen Willen des Bundesgesetzgebers, zusätzliche Regelungen auszuschließen, darf sich ein Landesgesetzgeber nicht in Widerspruch setzen, selbst wenn er das Bundesgesetz – gemessen an höherrangigen Grundrechtsverbürgungen – wegen des Fehlens der Regelung für unzureichend hält.<sup>26</sup> Landesgesetze sind in diesem Fall auch in Punkten unzulässig, die der Bundesgesetzgeber nicht ausdrücklich positiv geregelt hat.<sup>27</sup>

Wenn der Bundesgesetzgeber zu einem zwingenden Zustimmungserfordernis der Angehörigen zur Obduktion geschwiegen hat, dann hat er dies bewusst getan, sodass dem Landesgesetzgeber auch hinsichtlich dieser nur durch beredtes Schweigen geregelten Frage, ein Abweichen verwehrt ist. Die Sperrwirkung umfasst sogar die Entscheidung für ein bestimmtes Regelungskonzept: Will der Bund kooperativ regieren, sind Zwangsregelungen der Länder unzulässig;<sup>28</sup> entscheidet sich der Bund für durchgreifende Hoheitsbefugnisse, dürfen die Länder dieses Konzept nicht durch Einverständnisregeln aufweichen.

Folglich widerspricht der § 9 Abs. 2 S. 2 Var. 2 SchlHBestattG dem vom Bundesgesetzgeber im Bereich des Infektionsschutzes avisierten Regelungskonzept, wie es in § 25 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 4 IfSG zum Ausdruck kommt.

### f) Völkerrechtskonforme Auslegung

Auch eine völkerrechtskonforme Auslegung im Lichte der EGMR-Rechtsprechung Polat/Österreich führt zu keinem abweichenden Ergebnis. Der EGMR fordert nur eine Berücksichtigungspflicht im Rahmen der Abwägung, aber kein zwingendes und unumstößliches Einverständnis.

### g) Zwischenergebnis

Beim § 9 Abs. 2 S. 2 Var. 2 SchlHBestattG handelt es sich um eine eigenständige Rechtsgrundlage in einem – zwar ähn-

<sup>25</sup> Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Aufl. Art. 72 Rn. 26; BVerfG, Urt. v. 27.10.1998 – 1 BvR 2306/96, 1 BvR 2314/96, 1 BvR 2314/1108, 1 BvR 2314/1109, 1 BvR 1110/97; BVerfG, Beschl. v. 9.2.1972 – 1 BvR 111/68 = BVerfGE 32, 319 (327 f.).

<sup>26</sup> Vgl. BVerfGE 32, 319 (327 f.); 36, 193 (211 f.); 85, 134 (147); 98, 265 (300).

<sup>27</sup> Degenhart (Fn. 25), Art. 72 Rn. 26; BVerfGE 2, 232 (236); 32, 319 (327); 98, 265 (300); 109, 190 (229); 113, 348 (371).

<sup>28</sup> BVerfGE 98, 106 (125 ff.).

lichen – aber doch anders gelagerten Sachverhalt, deren Übertragung auf den vorliegenden Fall sich in Widerspruch zum bundesgesetzlichen Regelungskonzept des IfSG setzen würde.

## II. Formelle Rechtmäßigkeit der Obduktionsanordnung

Die Obduktionsanordnung müsste formell rechtmäßig erfolgt sein.

### 1. Zuständigkeit

Das Gesundheitsamt der Landeshauptstadt Kiel ist zuständig, § 10 SchlHGdG.

### 2. Verfahren

Das Gesundheitsamt müsste die maßgeblichen Verfahrensbestimmungen eingehalten haben.

#### a) Anhörung und Benachrichtigung

Über die nach § 87 Abs. 1 LVwG (§ 28 VwVfG) erforderliche Anhörung ist nichts bekannt. Diese kann jedoch nach § 114 Abs. 2 LVwG (§ 45 Abs. 2 VwVfG) bis zur letzten mündlichen Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden.

Fraglich ist indes, ob auch die E hätten angehört werden müssen. § 87 Abs. 1 LVwG (§ 28 VwVfG) ordnet an, dass, bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in Rechte eines Beteiligten eingreift, diesem Gelegenheit zu geben ist, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern. Die E wären somit anzuhören gewesen, wenn sie Beteiligte sind. Wer Beteiligter ist, regelt § 78 LVwG (§ 13 VwVfG).

Beteiligte sind 1. Antragstellerinnen oder Antragsteller und Antragsgegnerinnen oder Antragsgegner, 2. diejenigen, an die die Behörde den Verwaltungsakt richten will oder gerichtet hat, 3. diejenigen, mit denen die Behörde einen öffentlich-rechtlichen Vertrag schließen will oder geschlossen hat oder 4. diejenigen, die nach Absatz 2 von der Behörde zu dem Verfahren hinzugezogen worden sind.

Die E sind weder Antragsteller noch Antragsgegner, sie waren nicht Adressaten des Verwaltungsaktes und wurden auch nicht förmlich hinzugezogen.

Zwar sind sie gleichfalls durch den Verwaltungsakt betroffen. Betroffene sind aber nicht zwingend Beteiligte.<sup>29</sup> Ein Betroffener wird gem. § 78 Abs. 2 LVwG (§ 13 VwVfG) erst Beteiligter, wenn er von der Behörde formell als Beteiligter hinzugezogen worden ist, was nicht erfolgt ist. Die E haben auch keinen Antrag auf Beteiligung als Betroffene gestellt, § 78 Abs. 2 S. 2 LVwG (§ 13 VwVfG).

Die Behörde könnte indes formell rechtswidrig gehandelt haben, indem sie die E nicht von der Einleitung des Verfahrens benachrichtigt hat und ihnen so keine Möglichkeit eingeräumt haben, einen Antrag auf Beteiligung zu stellen. Nach § 78 Abs. 2 S. 2 Hs. 3 LVwG (§ 13 VwVfG) hat die Behörde, soweit eine betroffene Person ihr bekannt ist,

diese von der Einleitung des Verfahrens zu benachrichtigen. Dies hat die Behörde versäumt.

Sie hat die Obduktionsanordnung somit formell rechtswidrig erlassen. Allerdings führt die formelle Rechtswidrigkeit grundsätzlich nicht zur Nichtigkeit. Nach § 113 Abs. 1 LVwG (§ 46 Abs. 1 VwVfG) ist ein Verwaltungsakt nur dann nichtig, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist. Dies ist bei einer unterbliebenen Mitteilung nicht der Fall. Die Mitteilung soll nur den Antrag auf Beiladung ermöglichen mit der Konsequenz, dass die Betroffenen zu Beteiligten werden und ebenfalls angehört werden müssen. Wenn aber schon die unterbliebene Anhörung nicht zur Nichtigkeit führt, sondern nach § 114 Abs. 2 LVwG (§ 45 Abs. 2 VwVfG) noch bis zur letzten Tatsacheninstanz nachgeholt werden kann, führt die Vorstufe der Anhörung – die Benachrichtigung – erst recht nicht zur Nichtigkeit. Der Verwaltungsakt bleibt gleichwohl – bis zur Nachholung der Anhörung – formell rechtswidrig.

Indem die E im Rahmen des Widerspruchsverfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme hatten, ist der Formmangel inzwischen gem. § 114 Abs. 1 Nr. 3 LVwG (§ 45 VwVfG) geheilt worden.

#### b) Duldungsanordnung

Die Obduktionsanordnung könnte ferner an einem Formfehler dergestalt leiden, dass gegenüber den E keine Duldungsverfügung ergangen ist. Muss der Pflichtige zur Erfüllung seiner Verpflichtungen in die Rechte Dritter eingreifen und ist der Dritte nicht bereit, den Eingriff in seine Rechte zu dulden, so besteht ein Vollzugshindernis.<sup>30</sup> Es bedarf dann einer Duldungsanordnung gegenüber dem Dritten zur Durchsetzung des Vollzugs.<sup>31</sup> Die Obduktionsanordnung greift jedenfalls auch in das aus dem Totensorgerecht abgeleitete Entscheidungsrecht der Angehörigen ein<sup>32</sup> und hätte somit eines Verwaltungsaktes bedurft. Als Rechtsgrundlage ist die Befugnisnorm für die Maßnahme, um deren Durchsetzung es geht, heranzuziehen.<sup>33</sup> Allerdings stellt die Duldungsverfügung einen von der Obduktionsanordnung unabhängigen eigenständigen Verwaltungsakt dar, der deren Rechtmäßigkeit nicht berührt. Vielmehr bildet die fehlende Duldungsanordnung lediglich ein Vollzugshindernis.<sup>34</sup>

<sup>29</sup> Schwarz, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 3), VwVfG § 43 Rn. 13.

<sup>30</sup> VG Cottbus, Beschl. v. 13.10.2016 – 3 L 244/16; OVG Koblenz NVwZ-RR 2010, 214 (214); OVG Greifswald, Beschl. v. 13.9.2004 – 3 M 66/04, Rn. 20 (juris); VG Köln, Beschl. v. 16.7.2014 – 2 L 1212/14, Rn. 20 ff. (juris).

<sup>31</sup> VGH München, Beschl. v. 18.9.2017 – 15 CS 17.1675.

<sup>32</sup> Maurer, DÖV 1980, 7 (13).

<sup>33</sup> VGH München, Urt. v. 16.2.2015 – 1 B 13.649, Rn. 16 (juris).

<sup>34</sup> VG Cottbus, Beschl. v. 13.10.2016 – 3 L 244/16; OVG Koblenz, Urt. v. 25.11.2009 – 8 A 10502/09, Rn. 18 (juris); OVG Greifswald, Beschl. v. 13.9.2004 – 3 M 66/04, Rn. 20 (juris); VG Köln, Beschl. v. 16.7.2014 – 2 L 1212/14, Rn. 20 ff. (juris); VGH München, Urt. v. 16.2.2015 – 1 B 13.649, Rn. 16 (juris).

## 2. Form

Eine besondere Form – insbesondere Schriftform – ist für Maßnahmen nach dem IfSG nicht vorgeschrieben.

### III. Materielle Rechtmäßigkeit der Obduktionsanordnung

#### 1. Materielle Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

Die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage müssten erfüllt sein.

##### a) Materielle Tatbestandsvoraussetzungen von § 25 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 4 IfSG

Zunächst müssten die materiellen Tatbestandsvoraussetzungen des § 25 Abs. 1 S. 2 IfSG erfüllt sein.

Das Gesundheitsamt kann auch Ermittlungen anstellen, wenn sich ergibt oder anzunehmen ist, dass jemand durch eine Schutzimpfung oder andere Maßnahme der spezifischen Prophylaxe eine gesundheitliche Schädigung erlitten hat. Vorliegend hat L in engem zeitlichem Zusammenhang mit ihrer Corona-Schutzimpfung Symptome erlitten, die für eine Hirnvenenthrombose typisch sind. Corona-Impfstoffe stehen im Verdacht, in seltenen Fällen für solche Hirnvenenthrombosen verantwortlich zu sein.

Es ist daher anzunehmen, dass L durch die Schutzimpfung eine gesundheitliche Schädigung erlitten hat. Der Tatbestand des § 25 Abs. 1 S. 2 IfSG ist mithin erfüllt.

##### b) Materielle Tatbestandsvoraussetzungen des § 25 Abs. 4 IfSG

Weiterhin müssten die materiellen Tatbestandsvoraussetzungen des § 25 Abs. 4 IfSG erfüllt sein.

Den Ärzten des Gesundheitsamtes und dessen ärztlichen Beauftragten ist vom Gewahrsamsinhaber die Untersuchung der in Abs. 1 genannten Verstorbenen zu gestatten. Die zuständige Behörde soll gegenüber dem Gewahrsamsinhaber die innere Leichenschau anordnen, wenn dies vom Gesundheitsamt für erforderlich gehalten wird.

Gewahrsamsinhaber ist entsprechend der strafrechtlichen Definition, wer die tatsächliche Herrschaft über den Leichnam getragen von einem natürlichen Herrschaftswillen innehat.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Hier wurde die strafrechtliche Definition des § 242 StGB zum Ausgangspunkt genommen, weil diese den Klausurbearbeitern geläufig sein und den Erwartungen an eine Examensklausurbearbeitung genügen dürfte. Streng genommen ist dies nicht ganz korrekt: Während § 242 StGB an die „tatsächliche Sachherrschaft, getragen von einem natürlichen Herrschaftswillen“ anknüpft, ist die i.R.d. § 168 StGB geläufige Definition ein wenig anders. Sie knüpft an den Begriff der „Obhut“ an. Neben dem faktischen Herrschaftselement bezieht die Obhut auch die rechtliche Ebene einer Totenfürsorgepflicht mit ein. Dieses normative Element verengt den Tatbestand gegenüber dem § 242 StGB, vgl. *Stübinger*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 168 Rn. 8.

Herrschende Literatur<sup>36</sup> und Rechtsprechung<sup>37</sup> legen dieses Tatbestandsmerkmal unter Berufung auf den Wortlaut eng aus. Die tatsächliche Herrschaft hat danach, wer eine tatsächliche Obhut über die Leiche hat, die immanent das „Moment der Faktizität“ durch reale Ausübung der Totensorge auszeichnet.<sup>38</sup> Diese liegt bei der Privatklinik.

Das Anknüpfen an die tatsächliche Obhut wird mit guten Argumenten kritisiert, da es die Totensorgeberechtigten übergeht.<sup>39</sup> Sinnvoller sei es nach einer Minderansicht, statt auf den Gewahrsam auf die Berechtigung am Leichnam abzustellen. Wenngleich diese Auffassung ethisch-moralische Argumente auf ihrer Seite hat, so steht ihr doch der eindeutige Wortlaut, sowohl von § 25 Abs. 4 IfSG als auch von § 168 StGB entgegen. Beide Normen stellen ausdrücklich auf den Gewahrsamsinhaber und nicht auf den Totensorgeberechtigten ab. Dahinter stehen letztlich Überlegungen der praktischen Handhabbarkeit. Insbesondere das Gesundheitsamt ist i.S.d. § 25 Abs. 4 IfSG darauf angewiesen, schnell und unkompliziert auf einen Ansprechpartner zurückgreifen zu können, ohne zuvor zeitaufwendige Erkundungen über den rechtlichen Totensorgeberechtigten anstellen zu müssen. Auch dient der Gleichlauf mit der strafrechtlichen Begriffsdefinition der rechtlichen Klarheit. Im Strafrecht wiederum verstieße eine Anknüpfung an die Totensorgeberechtigung gegen das in Art. 103 Abs. 2 GG normierte Analogieverbot.

Das Gesundheitsamt hat die Leichenöffnung für erforderlich gehalten.

##### c) Erfordernis eines Einverständnisses der Hinterbliebenen – § 9 Abs. 2 S. 2 Var. 2 SchlHBestattG

Ein Einverständnis der Hinterbliebenen, wie es § 9 Abs. 2 S. 2 Var. 2 SchlHBestattG fordert, ist zusätzlich zu den Tatbestandsvoraussetzungen des IfSG nicht erforderlich, da diese Norm eine eigenständige Rechtsgrundlage in einem anderen Sachverhalt darstellt, deren Übertragung auf den vorliegenden Fall sich in Widerspruch zum bundesgesetzlichen Regelungskonzept setzen würde.<sup>40</sup>

#### 2. Rechtsfolge – Ermessen

Das Gesundheitsamt könnte sein Ermessen fehlerhaft ausgeübt haben.

##### a) Prüfungsmaßstab

§ 25 Abs. 1 S. 2 IfSG räumt dem Gesundheitsamt ein Ermessen ein. Dieses kann – muss aber nicht – Ermittlungen anstellen.

<sup>36</sup> *Roxin*, JuS 1976, 505 (506 f.); *Geilen*, JZ 1971, 42 (43); *ders.*, JZ 1975, 379 (380); *Otto*, Jura 1992, 666 (667); *Stübinger* (Fn. 33), § 168 Rn. 8; *Bosch/Schittenhelm*, in: *Schönke/Schröder* (Begr.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 168 Rn. 6.

<sup>37</sup> OLG München, Beschl. v. 31.5.1976 – 1 Ws 1540/75; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 6.9.1991 – 1 Ws 81/91406 Js 10936/90.

<sup>38</sup> *Czerner*, ZStW 115 (2003), 91 (94).

<sup>39</sup> Ebd.

<sup>40</sup> Siehe oben C. I. 2.

len. Ein behördliches Ermessen ist gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar, nämlich auf das Vorliegen von Ermessensfehlern.

*b) Ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften*

Fraglich ist, ob einer Ermessensüberprüfung des Gerichts entgegensteht, dass das Gesundheitsamt sich lediglich an eine ermessenslenkende Verwaltungsvorschrift des Gesundheitsministeriums gehalten hat. Grundsätzlich ist eine Bindung der Verwaltung an ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften rechtlich zulässig und auch mit der gesetzlichen Ermächtigung einer Behörde, ihr Ermessen selbst auszuüben, vereinbar.<sup>41</sup> Eine Bindungswirkung an die ermessenslenkenden Verwaltungsvorschriften besteht allerdings nur insoweit, als diese rechtmäßig sind.<sup>42</sup> Daraus ergibt sich bei Vorliegen einer ermessenslenkenden Verwaltungsvorschrift der folgende Prüfungsaufbau: (aa) Ist die Verwaltungsvorschrift mit höherem Recht vereinbar? (bb) Liegt ein atypischer Fall vor, der ein Abweichen von dem generalisiert ausgeübten Ermessen der Verwaltungsvorschrift im Einzelfall gebietet?

*aa) Rechtmäßigkeit der ermessenslenkenden Verwaltungsvorschrift*

Ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften binden die Gerichte nicht. Sie werden vom Gericht nur insoweit inhaltlich zur Kenntnis genommen, als dies notwendig ist, um eine darauf gestützte Ermessensentscheidung der Verwaltung zu kontrollieren. Dazu muss das Gericht prüfen, ob sich die jeweilige Verwaltungsvorschrift ihrerseits innerhalb der Grenzen des § 114 VwGO bewegt.<sup>43</sup>

Die Ermessensrichtlinien müssen die Gesetze oder höherrangiges Recht einhalten.<sup>44</sup> Der Maßstab ihrer Überprüfung ist derselbe wie hinsichtlich der Ermessensausübung im Einzelfall und ergibt sich aus § 114 VwGO, d.h. die ermessenslenkenden Verwaltungsvorschriften müssen sachgerecht sein und dürfen nicht zu rechtswidrigen Ergebnissen führen.

Ein Ermessensfehler liegt insbesondere dann vor, wenn die Behörde höherrangiges Recht, vor allem Grundrechte des Adressaten sowie – stets – den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht berücksichtigt.<sup>45</sup>

*(1) Postmortales Persönlichkeitsrecht*

Die ermessenslenkende Verwaltungsvorschrift könnte das postmortale Persönlichkeitsrecht von L. missachtet haben. Umstritten ist, ob sich dieses – so die Literatur<sup>46</sup> – aus der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG oder aber aus

dem durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Recht auf Totenfürsorge ableitet, so das Bundesverfassungsgericht<sup>47</sup>. Die besseren Argumente sprechen für die Ansicht der Rechtsprechung. Zum einen ermöglicht ein Abstellen auf das Recht zur Totenfürsorge, den Hinterbliebenen – denen dieses Recht zusteht – eigene Rechte geltend zu machen. Zum anderen ist ein Verzicht auf die Menschenwürde nicht möglich. Demnach wäre es z.B. ausgeschlossen, den eigenen Körper zu Forschungs- oder Lehrzwecken zur Verfügung zu stellen. Selbst ein Organspendeausweis wäre vor diesem Hintergrund problematisch. Ungeachtet der rechtlichen Verortung des postmortalen Persönlichkeitsschutzes ist die fachgerechte Obduktion jedenfalls nicht vom Schutzbereich umfasst. Die Leichenöffnung dient der Feststellung der Todesursache oder Todeszeit. Eine solche Untersuchung würdigt den Toten in seinem allgemeinen Achtungsanspruch, der ihm kraft seiner Menschenwürde zukommt und auch noch nach dem Tode Schutz genießt, nicht herab, erniedrigt ihn auch nicht.<sup>48</sup>

*(2) Freiheit des Glaubens aus Art. 4 Abs. 1 GG*

Die ermessenslenkende Verwaltungsvorschrift könnte gegen die Freiheit des Glaubens und der Religionsausübung gem. Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG (einheitlicher Schutzbereich<sup>49</sup>) verstoßen. Dazu müsste das Recht, Angehörige körperlich unversehrt zu bestatten, vom Schutzbereich der Glaubensfreiheit umfasst sein. Glauben und Weltanschauung geht es um die Stellung des Menschen in der Welt, seine Herkunft, sein Ziel und seine Beziehung zu höheren Mächten oder tieferen Seinschichten.<sup>50</sup> Zum Schutzbereich gehören insbesondere auch Kulthandlungen<sup>51</sup>, wie die Bestattung nach einem bestimmten religiösen Ritus. Auch die Überzeugung, dass der Leichnam zur Bestattung möglichst unversehrt sein soll, ist von der Glaubensfreiheit gedeckt.

Die Anordnung, einen Leichnam zu obduzieren, stellt einen Eingriff in dieses Grundrecht dar.

Der Eingriff könnte jedoch gerechtfertigt sein. Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG steht jedoch nicht unter einem Schrankenvorbehalt.<sup>52</sup> Allerdings können auch unbeschränkt gewährte

<sup>41</sup> Wolff, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar*, 5. Aufl. 2018, § 114 Rn. 87; BVerwGE 14, 307 (309); 15, 190 (196); 31, 212 (214); 34, 278 (280 f.); 37, 57 (58 f.).

<sup>42</sup> Wolff (Fn. 41), § 114 Rn. 98.

<sup>43</sup> BVerwG, Urt. v. 26.11.1970 – VIII C 104.68 = BVerwGE 36, 323 (325 ff.); 58, 181 (188); Wolff (Fn. 41), § 114 Rn. 104.

<sup>44</sup> Wolff (Fn. 41), § 114 Rn. 98.

<sup>45</sup> Riese, in: Schoch/Schneider (Fn. 15), § 114 Rn. 68.

<sup>46</sup> Höfling, in: Sachs (Fn. 25), Art. 1 Rn. 63.

<sup>47</sup> BVerfG NJW 1994, 783 (783).

<sup>48</sup> BVerfG NJW 1994, 783 (783).

<sup>49</sup> Kingreen/Poscher, *Grundrechte, Staatsrecht II*, 36. Aufl. 2020, S. 170 Rn. 604.

<sup>50</sup> BVerwG NJW 2005, 85 (88).

<sup>51</sup> Kingreen/Poscher (Fn. 49), S. 171 Rn. 608.

<sup>52</sup> So die h.M. Eine Auffassung in der Lit., der sich das BVerwG teilweise angeschlossen hat, nimmt hingegen über Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV einen einfachen Gesetzesvorbehalt an, da sich die fehlende Schrankenregelung in Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG nur vor dem Hintergrund der Fortgeltung des Art. 136 Abs. 1 WRV erschließe (vgl. BVerwG NJW 2001, 1225 [1226]; Jarass, in: Jarass/Pieroith [Hrsg.], *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar*, 16. Aufl. 2020, Art. 4 Rn. 32). Für die Annahme verfassungsimmanenter Schranken mit der h.M. spricht jedoch die Systematik: Art. 136 Abs. 1 WRV erfasst im Gegensatz zu Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG nur die Religionsfreiheit und nicht die Gewissensfreiheit, demnach würde die Annahme eines

Grundrechte durch verfassungsimmanente Schranken eingeschränkt werden, also andere Güter von Verfassungsrang, die mit Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG im Wege der praktischen Konkordanz in Einklang gebracht werden müssen. Vorliegend stehen der Glaubensfreiheit der Hinterbliebenen von L das staatliche Interesse an der Gesundheit der Bevölkerung (Art. 2 Abs. 2 GG) entgegen. Darüber hinaus rechtfertigen ggf. Forschung und Entwicklung (Art. 5 Abs. 3 GG) eine Obduktion zur Weiterentwicklung von Impfstoffen. Beides stellen legitime Zwecke zur Einschränkung von Grundrechten dar.

Zwischen diesen widerstreitenden Interessen muss die das Ermessen ausübende Behörde einen gerechten Ausgleich finden. Die gerichtliche Überprüfung dieser Ermessensausübung ist eingeschränkt und auf die Überprüfung von Ermessensfehlern reduziert. Eine Ermessensunterschreitung bzw. deren extremste Form, der totale Ermessensausfall, ist bereits dann gegeben, wenn die Behörde ein relevantes Grundrecht gar nicht in ihre Ermessenserwägungen miteinbezogen haben.

Dies ist hier der Fall. Das Gesundheitsministerium hat keine Erwägungen dergestalt angestellt, dass in Einzelfällen religiöse Vorstellungen der Durchführung einer Obduktion entgegenstehen könnten. Es hat die Freiheit des Glaubens gar nicht berücksichtigt. Die Verwaltungsvorschrift hat für den ggf. atypischen Fall, eines besonders religiös geprägten Sachverhalts dem Gesundheitsamt keine Abweichungsbefugnisse eingeräumt. Dies stellt unabhängig von einer ggf. vorliegenden Verhältnismäßigkeit eine Ermessensunterschreitung dar.

### (3) Art. 8 Abs. 1 EMRK

Daneben könnte auch ein Eingriff in Art. 8 EMRK vorliegen. Verwaltungsvorschriften sind zwingend im Lichte völkerrechtlicher Verpflichtungen auszulegen, denn andernfalls könnte die Exekutive die völkervertragliche Bindung nach ihrem Ermessen beseitigen.<sup>53</sup>

Fraglich ist somit, ob sich durch Einbeziehung des EGMR-Urteils Polat/Österreich eine andere Ermessensentscheidung ergeben hätte. Hierfür ist von entscheidender Bedeutung, ob und auf welche Art die EMRK und die Entscheidungen des EGMR bei der Rechtsfindung Berücksichtigung finden.

Zunächst bindet die EMRK als völkerrechtlicher Vertrag die Vertragsstaaten nur im Verhältnis zueinander. Innerstaatliche Geltung erlangen völkerrechtliche Verträge in der Bundesrepublik Deutschland gem. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG nur mittels Umsetzung durch ein Bundesgesetz. Ein solches Umsetzungsgesetz steht im Rang eines einfachen Bundesgesetzes<sup>54</sup> und bindet gem. Art. 20 Abs. 3 GG auch die Rechtsprechung.

Gesetzesvorbehalts für die Religionsfreiheit zu einem stärkeren Schutz der Gewissensfreiheit führen, obschon Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG ein einheitliches Grundrecht darstellt. Auch eine historische Auslegung ergibt, dass der h.M. zu folgen ist: Art. 136 Abs. 1 WRV soll die Religionsfreiheit erweitern und nicht beschränken. Vgl. zur h.M. BVerfGE 33, 23 (30 f.); 93, 1 (21); *Kokott*, in: Sachs (Fn. 25), Art. 4 Rn. 137.

<sup>53</sup> BVerwGE 80, 233 (245 f.).

<sup>54</sup> *Kingreen/Poscher* (Fn. 49), S. 25 Rn. 70.

Allerdings hat auch das IfSG den Rang eines einfachen Bundesgesetzes, sodass sich das Verhältnis beider Regelungskomplexe grundsätzlich nach dem Lex-posterior-Grundsatz ermitteln ließe. Aufgrund grundgesetzlicher Wertungsentscheidungen der EMRK in ihrer konkretisierten Auslegung durch den EGMR, in der sich der aktuelle Entwicklungsstand der Konvention widerspiegelt, entfaltet diese eine über einfaches Bundesrecht hinausgehende Bedeutung. Dies folgt daraus, dass sich dem Grundgesetz eine gewisse „Völkerrechtsfreundlichkeit“ entnehmen lässt. Eine solche „völkerrechtsfreundliche“ Ausrichtung des Grundgesetzes ergibt sich bereits aus der Präambel in der es heißt: „...von dem Willen beseelt, als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen, hat sich das deutsche Volk...“ Des Weiteren haben Art. 23, 24 GG die öffentliche Gewalt auf ein kooperatives Zusammenwirken mit anderen Staaten mithin auf eine internationale Zusammenarbeit festgelegt. Art. 25 GG bekennt sich sogar zu einem Vorrang von allgemeinen Regeln des Völkerrechts vor Bundesrecht und Art. 26 Abs. 1 S. 1 GG berücksichtigt das friedliche Zusammenleben der Völker. Art. 59 Abs. 2 GG schließlich ordnet das Völkervertragsrecht in das deutsche Normengefüge ein. Eine Völkerrechtsfreundlichkeit ist dem Grundgesetz mithin immanent.

Fraglich ist somit, wie diese Völkerrechtsfreundlichkeit in Ausgleich mit anderen Wertungen des Grundgesetzes zu bringen ist, z.B. dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung (Art. 2 Abs. 2 GG) und der Freiheit der Forschung (Art. 5 Abs. 3 GG). Dies kann durch Auslegung erfolgen. Denn § 25 Abs. 1 S. 2 IfSG räumt der Behörde ein Ermessen ein. Sie kann Ermittlungen anstellen, muss aber nicht. Die Norm des § 25 Abs. 1 S. 2 IfSG ist dann nicht zu beanstanden, wenn bei ihrer Auslegung und Anwendung die Wertungen des Art. 8 EMRK und die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes berücksichtigt werden.

Nach Art. 8 EMRK hat jede Person das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz. Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

Zwar ist es nicht auszuschließen, dass die auf gesetzlicher Grundlage ergangene ermessenslenkende Verwaltungsvorschrift notwendig ist, um die Gesundheit zu schützen. Allerdings hat der EGMR entschieden, dass das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens jedenfalls dann verletzt ist, wenn die Behörde im vorliegenden Fall keinen gerechten Ausgleich zwischen den relevanten konkurrierenden Interessen gefunden hat, indem sie die Erfordernisse der öffentlichen Gesundheit in höchstem Maße mit dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens in Einklang zu bringen versucht hat.

Das Ministerium hat das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens hier in keiner Weise berücksichtigt und somit Art. 8 EMRK missachtet. Dieses Versäumnis, eine

Abwägung vorzunehmen, stellt eine Verletzung des Art. 8 EMRK dar.

(4) *Art. 9 Abs. 1 EMRK*

Das Gleiche gilt für Art. 9 EMRK: Danach hat jede Person das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit; dieses Recht umfasst die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung zu wechseln, und die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung einzeln oder gemeinsam mit anderen öffentlich oder privat durch Gottesdienst, Unterricht oder Praktizieren von Bräuchen und Riten zu bekennen.

Die Norm verbietet es nach der Rechtsprechung des EGMR nicht in jedem Fall, eine aus wissenschaftlichen Gründen gebotene Obduktion durchzuführen. Allerdings verpflichtet sie die Behörde dazu, die Notwendigkeit einer solchen Obduktion mit dem Interesse der Kläger an einer rituellen Beerdigung ihrer Tochter in Übereinstimmung mit ihren religiösen Überzeugungen abzuwägen. Dies ist hier nicht erfolgt, sodass unabhängig vom potentiellen Ausgang einer solchen Abwägung die Ermessensausübung fehlerhaft erfolgt ist. Dieses Versäumnis, eine Abwägung vorzunehmen, stellt eine Verletzung des Art. 9 EMRK dar.

(5) *Verhältnismäßigkeit*

Die Verwaltungsvorschrift könnte den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz missachtet haben. Dem verfassungsrechtlich radierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kommt mit Blick auf die Ermessensentscheidung eine zentrale Bedeutung zu.<sup>55</sup> Jede behördliche Entscheidung muss ein legitimes Ziel verfolgen und zur Erreichung desselben geeignet, erforderlich und angemessen sein. Es soll nach beiden Seiten im Wege der praktischen Konkordanz ein schonender Ausgleich hergestellt werden.<sup>56</sup>

Auf der Seite der Hinterbliebenen sind vor allem deren Freiheit der Glaubensausübung (Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG, Art. 8 Abs. 1 EMRK) und das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 9 Abs. 1 EMRK) sowie das aus der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes folgende Gebot, die deutschen Grundrechte völkerrechtskonform auszulegen, zu beachten. Dem steht das öffentliche Interesse am Schutz der Gesundheit der Bevölkerung (Art. 2 Abs. 2 GG) und der Forschung (Art. 5 Abs. 3 GG) gegenüber.

Eine Obduktion ist grundsätzlich geeignet, diese Interessen zu fördern. Es ist auch kein milderes gleichermaßen geeignetes Mittel ersichtlich, welches den verfolgten Zweck in derselben Weise fördern würde. Die Obduktion ist somit auch erforderlich.

Die Obduktion müsste mit Blick auf die kollidierenden Rechtsgüter und Interessen, insbesondere der Angehörigen, auch angemessen sein. Dies ist sie, wenn der Eingriff bzw. die Beeinträchtigung, die der Eingriff für den Einzelnen bedeutet, und der mit dem Eingriff verfolgte Zweck in recht

gewichtetem und wohl abgewogenem Verhältnis zueinander stehen.<sup>57</sup>

Abstrakt wiegen beide Seiten schwer, sodass ein abstrakter Vorrang der ein- oder anderen Seite nicht erkennbar ist.

Auf konkreter Ebene ist auch die Eingriffsintensität zu berücksichtigen. Die Duldung einer Obduktion von Angehörigen kann, insbesondere für religiös geprägte Menschen, einen schweren Eingriff darstellen.

Demgegenüber wird mit einer weiteren obduzierten kürzlich geimpften Person nur ein ungewisser und möglicherweise geringer Forschungserfolg erzielt, sodass konkret die Interessen der Hinterbliebenen das öffentliche Interesse überwiegen.<sup>58</sup> Zwar überwiegt grundsätzlich das öffentliche Interesse an der Bekämpfung einer weltweiten Pandemie das private und religiöse Interesse Einzelner. Die Obduktion dient vorliegend allerdings nicht primär der Pandemiebekämpfung, sondern in erster Linie der Erforschung von Impfnebenwirkungen, die mit der Pandemiebekämpfung nur in einem mittelbaren Zusammenhang stehen.

Der wesentliche Grund für die Rechtswidrigkeit der Verwaltungsvorschrift ist indes nicht die mögliche Unverhältnismäßigkeit, sondern vor allem der Ermessensausfall. Diesem hätte durch Festlegung einer Abweichungsbefugnis in besonderen ggf. atypischen Einzelfällen begegnet werden können und müssen.

bb) *Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts*

Im Rahmen der ermessenslenkenden Verwaltungsvorschrift wurde das Ermessen fehlerhaft ausgeübt. Dies ist indes unschädlich, wenn die ausführende Behörde im konkreten Fall von den Maßgaben der Verwaltungsvorschrift abweicht, indem sie alle widerstreitenden Interessen korrekt in ihre Ermessenserwägungen einbezieht und sich mit der Frage eines möglicherweise atypischen Falls auseinandersetzt. Die Ermessensentscheidung im Einzelfall unterliegt der – wenn gleich beschränkten – Kontrolle durch das Gericht, sodass jede rechtswidrige Ermessensausübung einen Rechtsfehler darstellt, der zur Aufhebung der Verwaltungsentscheidung durch das Gericht führt.

Eine Bindungswirkung der Verwaltung an ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften ist rechtlich nicht zu beanstanden, obwohl im Grundsatz jede Behörde ihr Ermessen selbst auszuüben hat.<sup>59</sup> Trotz ihrer grundsätzlichen Bindungswirkung für die Verwaltung dürfen die Verwaltungsvorschriften im konkreten Fall jedoch nicht ohne Einzelfallprüfung herangezogen werden.<sup>60</sup> Die Behörde ist auch in diesem Fall zu einer eigenverantwortlichen Ermessensentscheidung unter sachlicher Berücksichtigung aller einschlägigen Gesichtspunkte des konkreten Falles verpflichtet.<sup>61</sup>

<sup>57</sup> Kingreen/Poscher (Fn. 49), S. 96 Rn. 340.

<sup>58</sup> So i.E. auch Ulsenheimer, in: Laufs/Kern/Rehborn (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 134 Rn. 55; a.A. sehr gut vertretbar.

<sup>59</sup> Wolff (Fn. 41), § 114 Rn. 87; BVerwGE 14, 307 (309); 15, 190 (196); 31, 212 (214); 34, 278 (280 f.); 37, 57 (58 f.).

<sup>60</sup> Wolff (Fn. 41), § 114 Rn. 93, 94.

<sup>61</sup> Ebd.

<sup>55</sup> Schwarz, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 3), VwGO § 114 Rn. 29.

<sup>56</sup> Ebd.

Jeder ermessenslenkenden Verwaltungsvorschrift ist der Vorbehalt einer Abweichung im Einzelfall immanent – insbesondere in einem atypischen Fall.<sup>62</sup> Dies gilt auch dann, wenn die Richtlinie strikt und vorbehaltlos formuliert ist. Liegt ein atypischer Fall vor, muss die Behörde diesen bei ihrer Ermessensanwendung berücksichtigen und ggf. eine von der Verwaltungsvorschrift abweichende Rechtsfolge wählen,<sup>63</sup> auch wenn eine solche Abweichungsbefugnis in der Verwaltungsvorschrift nicht explizit angeordnet wird.

Bei auf Verwaltungsvorschriften gestützten Ermessensentscheidungen hat die Entscheidung im Ergebnis, d.h. in der Kombination der abstrakten Ermessensentscheidung der Verwaltungsvorschrift mit der konkreten Einzelfallregelung, eine sachgerechte Entscheidung darzustellen.<sup>64</sup> Wesentliche Ermessensgesichtspunkte, die nach der Ermessensnorm oder aufgrund anderer Vorgaben zu beachten sind, müssen entweder in der Ermessensrichtlinie berücksichtigt sein oder sind im jeweiligen Einzelfall ergänzend in die Auswahlentscheidung einzustellen.<sup>65</sup>

Da eine abstrakt-generelle Berücksichtigung der privaten und religiösen Belange der E auf Ebene der Verwaltungsvorschrift nicht erfolgt ist und diese insbesondere keine Abweichungsbefugnis in atypischen Ausnahmefällen statuiert hat, hätte sich die ermessensausübende Behörde im konkreten Einzelfall selbstständig mit dem möglichen Vorliegen eines solch atypischen Einzelfalls befassen müssen und die Belange der Religion und der Achtung des Privat- und Familienlebens, ungeachtet der Vorgaben der Verwaltungsvorschrift, in ihre eigenen Ermessenserwägungen einbeziehen müssen. Indem sie dies nicht getan hat, ist ihre Entscheidung schon aufgrund des vorliegenden Ermessensausfalls rechtswidrig.

Allerdings hat das Gesundheitsamt gem. § 114 S. 2 VwGO die Möglichkeit, seine Ermessenserwägungen hinsichtlich des Verwaltungsaktes auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren – und zwar bis zur letzten mündlichen Verhandlung in der letzten Tatsacheninstanz – zu ergänzen.

#### **IV. Ergebnis**

Angesichts der Ermessensfehler der Verwaltung sind die Obduktionsanordnung und der diese bestätigende Widerspruchsbescheid aufzuheben.

Die Klage ist insoweit begründet.

#### **D. Ergebnis**

Die Anfechtungsklage gegen die Obduktionsanordnung und den diese bestätigenden Widerspruchsbescheid wird Erfolg haben.

---

<sup>62</sup> BVerwGE 31, 212 (213 f.); 70, 127 (142); 85, 177 (180); *Wolff* (Fn. 41), § 114 Rn. 95, 96.

<sup>63</sup> *Wolff* (Fn. 41), § 114 Rn. 95, 96.

<sup>64</sup> *Wolff* (Fn. 41), § 114 Rn. 99.

<sup>65</sup> Ebd.; BVerwGE 77, 352 (364).



# Examensübungsklausur zum Baurecht: Rotlicht im Allgemeinen Wohngebiet

Von Wiss. Mitarbeiter **Maximilian Roth**, Gießen\*

*Die nachfolgende Klausur auf Niveau der Ersten Juristischen Staatsprüfung behandelt in Einkleidung eines verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutzes Fragen des Bauordnungs- und Bauplanungsrechts sowie des Bestandsschutzes bzw. der aktiven/passiven Duldung. Die mannigfaltigen Argumente des Sachverhalts bieten eine Hilfestellung für ein strukturiertes und argumentativ überzeugendes Gutachten. Inhaltlich ist der Sachverhalt einem Original-Eilrechtsschutzverfahren nachgebildet und in einigen Details bewusst überspitzt worden.*

## Sachverhalt

X ist Eigentümer eines Grundstücks im Ortsteil AB der Gemeinde B des hessischen Landkreises G. Das Grundstück liegt am Ortsrand an der Landstraße 1 und umfasst ein Wohnhaus mit Wintergarten und Swimmingpool im Garten sowie 30 Parkplätze. Diesem Anwesen liegt eine Baugenehmigung aus den 1970er-Jahren des Landkreises G als Wohngebäude zugrunde. Es liegt im Geltungsbereich des rechtmäßigen Bebauungsplans, der das Grundstück und umliegende Baugebiet als Allgemeines Wohngebiet i.S.d. § 4 BauNVO festsetzt. X betreibt seit 1980 dort als „Club 96“ einen bordellartigen Betrieb mit Öffnungszeiten täglich von 16 bis 04 Uhr nachts, der sich auch auf Garten und Pool erstreckt. Die Fassade wurde rot gestrichen und anzüglich dekoriert. Das Eintrittsgeld beträgt seit einiger Zeit 50 € – inkl. reichhaltigem Buffet und alkoholischen Getränken wie Pils vom Fass. Kostbarkeiten wie Kaviar oder Champagner werden gegen Aufpreis serviert. In verschiedenen Räumen des „Club 96“ bieten Frauen, die selbständig tätig sind, sexuelle Dienstleistungen an. Diese Räume wiederum mieten die Frauen von X täglich aufs Neue zu einem Preis von 100 € pro Tag an. Langfristige Mietverträge bestehen nicht; die Fluktuation ist hoch. Täglich handelt es sich dabei um 10 bis 20 Frauen. Diese Umstände meldete X Anfang der 1980er Jahre dem Landkreis G, erhielt aber keine Rückmeldung, weil er nicht alle erforderlichen Unterlagen eingereicht hatte.

Nach vorheriger Anhörung erlässt der Kreisausschuss des Landkreises G gegenüber X folgenden Bescheid, der am 15.7.2021 ordnungsgemäß zugestellt wird:

1. Nach § 82 Abs. 1 S. 2 HBO wird Ihnen untersagt, spätestens ab dem 7. Monat nach Zustellung des Bescheids, das Haus nebst Anlagen als bordellartigen Betrieb zu nutzen, zu vermieten oder weiteren Dritten dazu zur Verfügung zu stellen.
2. Für den Fall der Nichtbefolgung der Zf. 1 drohen wir Ihnen die Festsetzung eines Zwangsgelds i.H.v. 10.000 € nach §§ 69, 76 HVwVG an. Im Falle der Wirkungslosigkeit der Vollstreckung des angedrohten Zwangsgelds wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein erneutes Zwangsgeld in gleicher Höhe festgesetzt.

---

\* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter an der Professur für Öffentliches Recht und Rechtstheorie (Prof. Dr. Franz Reimer) an der Justus-Liebig-Universität Gießen.

3. Die sofortige Vollziehung der Zf. 1 wird gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO angeordnet.

Zur Begründung führt der Landkreis G aus, dass die von X praktizierte Nutzung der Grundstücke als bordellartiger Betrieb eine genehmigungspflichtige Nutzungsänderung gegenüber der Baugenehmigung aus den 1970er-Jahre darstelle. Eine solche liege aber zugunsten des X nicht vor. Sie könnte auch nicht erteilt werden, da die praktizierte Nutzung bauplanungsrechtlich unzulässig sei. Dass der Landkreis G als Bauaufsicht erst nach über 30 Jahren gegen die tatsächliche Nutzung vorgehe, führe nicht zur Unverhältnismäßigkeit. Zwar sei der Vorgang Anfang der 1980er Jahre aktenkundig geworden, aber er wurde weder mit einer Baugenehmigung noch mit einer Bauordnungsverfügung gegenüber X abgeschlossen, sondern aus Gründen, die heute nicht mehr recherchierbar seien, ohne Entscheidung abgelegt. Aus dem Nichthandeln könne keine Verwirkung oder Verjährung eines Einschreitens abgeleitet werden, weil die Behörde gerade keine aktive Duldungsentscheidung getroffen habe. Bei der Bemessung der großzügigen Frist von sechs Monaten sei zu Gunsten des X berücksichtigt worden, dass das Gebäude seit Jahrzehnten ohne Baugenehmigung für Prostitutionszwecke genutzt werde. Zur sofortigen Vollziehbarkeit wird ausgeführt, dass die Eilbedürftigkeit der Nutzungsuntersagung daraus abzuleiten sei, dass nur dadurch die Wirksamkeit der Anordnung gesichert würde. Andernfalls würde die Rechtsordnung demjenigen, der sich über das formelle Baurecht hinwegsetzt gegenüber dem gesetzestreuen Bürger zumindest einen zeitweiligen Vorteil verschaffen. Bei der Bemessung des angedrohten Zwangsgeldes sei berücksichtigt worden, dass mit einem Bordellbetrieb, in dem täglich zehn bis 20 Prostituierte arbeiteten, hohe Einnahmen erzielt würden.

X legt gegen den Bescheid am 30.7.2021 Widerspruch ein, über den noch nicht entschieden ist. Am 2.8.2021 begehrt er vor dem zuständigen VG Gießen einstweiligen Rechtsschutz. X meint, den Anforderungen der Begründung der sofortigen Vollziehung sei nicht hinreichend Rechnung getragen worden. Darüber hinaus seien die Voraussetzungen für eine Nutzungsuntersagung nicht gegeben, weil längst eine Genehmigungsfiktion eingetreten sei. Jedenfalls sei die praktizierte Nutzung des Anwesens genehmigungsfähig, da sie aufgrund atypischer Verhältnisse ausnahmsweise zulässig sei: Gründe dafür seien das unauffällige Erscheinungsbild des Anwesens, die Betriebsstruktur sowie die Ortsrandlage. Zumindest sei die Nutzungsuntersagung unverhältnismäßig, weil der Landkreis G jahrzehntelang nicht eingeschritten und die Befugnis zum Nutzungsverbot verjährt oder verwirkt sei. Zudem sei die Nutzung als bordellartiger Betrieb in der Vergangenheit aktiv oder passiv geduldet worden. Die Nutzungsuntersagung hätte nicht gegenüber ihm, sondern den einzelnen Mieterinnen ausgesprochen werden müssen, weil die sexuellen Dienstleistungen, auf die der Landkreis G abstellt, gerade nicht durch ihn, sondern durch die Mieterinnen vollzogen werden. Die Rechtswidrigkeit der Zwangsgeldandrohung sei

der Höhe nach unangemessen und für die in Zf. 2 enthaltene „Vorratsandrohung“ fehle eine gesetzliche Grundlage.

### Fallfrage

Wie wird das Verwaltungsgericht Gießen entscheiden?

### Lösungsvorschlag

#### Thematik

Bauordnungsrecht, Bauplanungsrecht, Verwaltungsprozessrecht

#### Problemschwerpunkte

Formelle und materielle Illegalität, Ausnahmsweise-Zulassung, Störerauswahl, aktive und passive Duldung, Zwangsgeld

Das VG wird dem Antrag des X stattgeben und die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 30.7.2021 wiederherstellen bzw. anordnen, wenn alle Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und soweit er begründet ist.

### A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

#### I. Verwaltungsrechtsweg

##### 1. Keine aufdrängende Sonderzuweisung

Eine aufdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich.

##### 2. Generalklausel, § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg könnte nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet sein.

##### a) Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Nach der Sonderrechtstheorie ist die Streitigkeit öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen einen Hoheitsträger als solchen berechtigten oder verpflichten.<sup>1</sup> X und der Landkreis G streiten um die sofortige Vollziehbarkeit einer Nutzungsuntersagung gegenüber X nach § 82 Abs. 1 S. 2 HBO sowie über die Androhung eines Zwangsgelds (§§ 2, 69, 76 HVwVG)<sup>2</sup>, die nur den Landkreis G als Hoheitsträger berechtigen. Es liegt damit eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor.

##### b) Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art

Weder X oder der Landkreis G sind Verfassungsorgane, noch streiten diese um Verfassungsrecht, sodass die Streitigkeit mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit nichtverfassungsrechtlicher Art ist.

##### c) Keine abdrängende Sonderzuweisung

Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich.

### 3. Zwischenergebnis

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

### II. Statthafte Antragsart

Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem Begehren des Antragstellers (§§ 122, 88 VwGO). X wendet sich gegen die sofort vollziehbare Nutzungsuntersagung sowie gegen die Androhung eines Zwangsgelds. Nach § 123 Abs. 5 VwGO genießen die §§ 80, 80a VwGO Anwendungsvorrang im einstweiligen Rechtsschutzverfahren. Es ist zu prüfen, welche Klageart in der Hauptsache statthaft wäre: Ist in der Hauptsache die Anfechtungsklage statthaft, so ist §§ 80, 80a VwGO einschlägig; falls nicht, § 123 VwGO. Die Nutzungsuntersagung als Bordellbetrieb schränkt X in seiner Verfügungsmacht über sein Grundstück ein, sodass ein belastender Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 HVwVfG vorliegt. Auch eine angedrohte Vollstreckungsmaßnahme in Form des Zwangsgelds stellt einen belastenden Verwaltungsakt dar.<sup>3</sup> Damit ist in der Hauptsache die Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO und im einstweiligen Rechtsschutz jeweils ein § 80 Abs. 5 VwGO-Verfahren statthaft.

#### 1. Nutzungsuntersagung

Gegen die nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO für sofort vollziehbar erklärte Nutzungsuntersagung ist ein Antrag gem. § 80 Abs. 5 S. 1 Var. 2 VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung statthaft.

#### 2. Androhung des Zwangsgelds

Nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 16 S. 1 Hess-AGVwGO<sup>4</sup> haben Rechtsbehelfe, die sich gegen Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung richten, keine aufschiebende Wirkung. Dazu zählt auch die *Androhung* der Vollstreckungsmaßnahme,<sup>5</sup> hier das Zwangsgeld. Damit ist ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 S. 1 Var. 1 VwGO statthaft.

*Hinweis:* Eine Trennung der beiden Streitgegenstände ist unabdingbar, da es sich um zwei verschiedene Verwaltungsakte handelt.

### III. Antragsbefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO analog

X ist in seiner Verfügungsmacht und Nutzungsfreiheit seines Grundstücks als Ausfluss von Art. 14 GG betroffen. Hinsichtlich der Zwangsgeldandrohung ist er als Adressat der Verfügung in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) betroffen.

<sup>1</sup> Deterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2021, Rn. 1324.

<sup>2</sup> Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: Art. 19, 29, 31, 36 BayVwZVG; §§ 55, 60 VwVG NRW; §§ 3, 28, 30 VwVG Bbg.

<sup>3</sup> App, JuS 1987, 455 (460).

<sup>4</sup> Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: Art. 21a S. 1 BayVwZVG; § 112 S. 1 JustG NRW; § 39 S. 1 VwVG Bbg.

<sup>5</sup> Bodenbender, in: Dirnberger u.a. (Hrsg.), Praxis der Kommunalverwaltung, A 17 He, 4. Fssg. 2018, HessAGVwGO § 16 Erl. 1.

**IV. Richtiger Antragsgegner, § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog**

Nach dem Rechtsträgerprinzip ist analog § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO richtiger Antragsgegner der Landkreis G.

**V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit**

X ist als natürliche Person nach § 61 Nr. 1 Var. 1 VwGO beteiligten- und als nach dem bürgerlichen Recht Geschäftsfähiger nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Der Landkreis G ist als juristische Person nach § 61 Nr. 1 Var. 2 VwGO beteiligtenfähig und wird gem. § 62 Abs. 3 VwGO durch seinen gesetzlichen Vertreter im Prozess vertreten. Dies ist gem. §§ 8 S. 2, 45 Abs. 1 HKO<sup>6</sup> in Hessen der Kreis-ausschuss.

**VI. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis**

X hat dann kein Rechtsschutzbedürfnis, wenn sein Begehren in der Hauptsache unzulässig wäre. Vorliegend hat X insbesondere fristgerecht Widerspruch eingelegt,<sup>7</sup> sodass der Antrag im einstweiligen Rechtsschutz nicht rechtsmissbräuchlich gestellt wurde.<sup>8</sup> Eines vorherigen Antrags auf Aussetzung der sofortigen Vollziehung (§ 80 Abs. 6 VwGO) bedarf es nicht, weil dies nur in den Fällen des § 80 Abs. 2 1 Nr. 1 VwGO nötig ist.<sup>9</sup> X ist rechtsschutzbedürftig.

**VII. Zwischenergebnis**

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen liegen vor.

**B. Objektive Antragshäufung, § 44 VwGO analog**

Die Begehren wenden sich gegen den Landkreis G; für beide ist das VG Gießen zuständig und sie stehen in einem inneren Zusammenhang, weil sich die verfügte Androhung des Zwangsgelds durch die für sofort vollziehbar erklärte Nutzungsuntersagung erst rechtfertigt und unmittelbar an diese anknüpft. Die Voraussetzungen nach § 44 VwGO analog liegen vor.

**C. Begründetheit**

Der Antrag des X ist begründet, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Nutzungsuntersagung (I.) nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO in formeller Hinsicht rechtswidrig ist und/oder das Aussetzungsinteresse gegenüber dem Vollzugsinteresse überwiegt. Dabei kommt es maßgeblich auf die Erfolgsaussichten in der Hauptsache an. Erweist sich die Nutzungsuntersagung bei summarischer Prüfung als rechts-

widrig, so überwiegt das Aussetzungsinteresse.<sup>10</sup> Hinsichtlich der Androhung des Zwangsgelds (II.) kommt es darauf an, ob das Aussetzungs- dem Vollzugsinteresse überwiegt.

**I. Nutzungsuntersagung**

Zu prüfen ist, ob die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtswidrig (1.) und/oder die Nutzungsuntersagung rechtswidrig ist (2.).

*1. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung**a) Zuständigkeit*

Zuständig ist die Ausgangsbehörde, die den Bescheid an sich erlassen hat,<sup>11</sup> also der Kreis-ausschuss des Landkreises G, der auch die sofortige Vollziehung angeordnet hat.

*b) Verfahren*

Fraglich ist, welche rechtliche Qualität die Anordnung der sofortigen Vollziehung aufweist. Wenn sie einen eigenständigen Verwaltungsakt darstellt, erwächst daraus eine Anhörungspflicht nach § 28 Abs. 1 HVwVfG. Gegen den Verwaltungsaktcharakter spricht die fehlende Bestandskraftfähigkeit mit der jederzeitigen, nicht fristgebundenen Möglichkeit der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, die fehlende Vollstreckbarkeit und die fehlende isolierte Anfechtbarkeit.<sup>12</sup> Damit stellt sie keinen eigenständigen Verwaltungsakt dar, sondern ist eine verfahrensrechtliche Nebenentscheidung und unselbständiger Annex zum solchen.<sup>13</sup> Gegen eine analoge Anwendung spricht, dass in den verfahrensrechtlich abschließenden § 80 Abs. 2, 3 VwGO keine Anhaltspunkte zu finden sind und wegen der Rechtsschutzmöglichkeiten der §§ 80, 80a VwGO kein Bedürfnis dafür besteht.<sup>14</sup> Eine gesonderte Anhörung ist daher nicht nötig.

*c) Begründung, § 80 Abs. 3 VwGO*

Nach § 80 Abs. 3 VwGO muss die Behörde die Anordnung der sofortigen Vollziehung gesondert begründen. Sie darf keine bloße Wiederholung der Begründung des Bescheids darstellen; Leerformeln, die in nahezu jeden Bescheid übertragbar sind, sind nicht zulässig, sondern es müssen die Gründe angeführt werden, die die sofortige Vollziehung im konkreten Einzelfall tragen sollen.<sup>15</sup> Vorliegend wurde die sofortige Vollziehung damit begründet, dass die Eilbedürftigkeit daraus abzuleiten sei, dass hierdurch die Wirksamkeit der Anordnung gesichert würde. Die dargetane Begründung als solche ist für eine Vielzahl für Fälle der Nutzungsuntersagung übertragbar, damit nicht auf den Einzelfall des X zur bisheri-

<sup>6</sup> Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: Art. 35 Abs. 1 S. 1 LKrO Bayern; § 42 lit. e KrO NRW; § 131 Abs. 1 i.V.m. § 53 Abs. 1 S. 2 BbgKVerf; Der Landrat.

<sup>7</sup> Die Verfügung wurde X am 15.7.2021 zugestellt; Widerspruch hat er am 30.7.2021 eingelegt.

<sup>8</sup> Zum Streit, ob vor dem Ersuchen einstweiligen Rechtsschutzes bereits Widerspruch erhoben worden sein muss, siehe *Koehl*, JA 2016, 610 (612).

<sup>9</sup> *Schoch*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, 40. EL. Februar 2021, § 80 Rn. 503.

<sup>10</sup> Weitere Formulierungen bei *Hummel*, JuS 2011, 413 ff.

<sup>11</sup> *Puttler*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Aufl. 2018, § 80 Rn. 75.

<sup>12</sup> *Windoffer*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2019, § 35 Rn. 88.

<sup>13</sup> OVG Berlin NVwZ 1993, 198 m.w.N.

<sup>14</sup> *Erbguth*, JA 2008, 357 (359).

<sup>15</sup> *Schoch* (Fn. 9), § 80 Rn. 247 f.

gen Bordellnutzung zugeschnitten und folglich grundsätzlich formell rechtswidrig.

Allerdings hat die Rechtsprechung in immer wieder vor kommenden Fällen mit einer typischen Interessenlage toleriert, dass sich die Begründung darauf beschränken kann, dass die für diese Fallgruppe typische Interessenlage für die Vollziehungsanordnung aufgezeigt und deutlich gemacht wird, dass nach Auffassung der Behörde diese typische Interessenlage im konkreten Fall gegeben ist. Das Gebot der Einzelfallbezogenheit schließt nicht aus, dass für bestimmte Fallgruppen, die sich in typischen Interessenlagen gleichen, auch typisierende Argumentationsmuster verwendet werden könnten.<sup>16</sup> So sei es für eine Nutzungsuntersagung typisch, das nur durch ihre sofortige Vollziehung sichergestellt werde, dass der „Schwarzbauer“ keine ungerechtfertigten Vorteile gegenüber dem rechtstreuen Bürger erzielt und die präventive Kontrolle der Bauaufsicht ihre Wirksamkeit behält.<sup>17</sup> Folgt man der Rechtsprechung, so genügt die Begründung des Landkreises G noch den Anforderungen des § 80 Abs. 3 VwGO.

*Hinweis:* Beide Ansichten sind gut vertretbar.

#### d) Zwischenergebnis

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist formell rechtmäßig.

### 2. Rechtmäßigkeit der Nutzungsuntersagung

#### a) Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt § 82 Abs. 1 S. 2 HBO<sup>18</sup> in Betracht.

#### b) Formelle Rechtmäßigkeit

##### aa) Zuständigkeit

Nach § 60 Abs. 1 Nr. 1 lit. b HBO<sup>19</sup>, § 3 Abs. 1 Nr. 1 HVwVfG ist der Kreisausschuss des Landkreises G zuständig, der die Nutzungsuntersagung verfügt hat.

##### bb) Verfahren

Eine Anhörung gem. § 28 Abs. 1 HVwVfG ist erfolgt.

##### cc) Form

Zweifel an der Form bestehen nicht.

#### c) Materielle Rechtmäßigkeit

##### aa) Tatbestand, § 82 Abs. 1 S. 2 HBO

Nach dem Tatbestand des § 82 Abs. 1 S. 2 HBO müsste X eine bauliche Anlage im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften nutzen, was durch formelle und/oder materielle Illegalität des bordellartigen Betriebs auf seinem Grundstück der Fall sein könnte.

##### (1) Bauliche Anlage

Die Nutzung des Grundstücks und Hauses als bordellartiger Betrieb stellt eine bauliche Anlage i.S.d. § 2 Abs. 2 S. 1 HBO<sup>20</sup> dar.

##### (2) Formelle Illegalität

Der bordellartige Betrieb könnte formell illegal sein. Dafür müsste die Errichtung, Änderung oder Nutzung einer bauordnungsrechtlich relevanten Anlage genehmigungsbedürftig sein, eine Baugenehmigung jedoch nicht vorliegen.<sup>21</sup> X kann nur eine Baugenehmigung aus den 1970er-Jahren zur Nutzung als Wohngebäude mit Swimmingpool vorweisen. Seit 1980 nutzt X das Anwesen als bordellartigen Betrieb, was er dem Landkreis G anzeigte, aber keine Genehmigung zu *dieser* Nutzung erhielt. Nach § 62 Abs. 1 S. 1 HBO<sup>22</sup> bedarf eine Nutzungsänderung einer Baugenehmigung; zumindest, wenn die tatsächliche Nutzung nicht von der erteilten Baugenehmigung „gedeckt“ ist.<sup>23</sup> Die Nutzung eines als Wohngebäudes genehmigten Hauses unterscheidet sich in bauplanungs- und bauordnungsrechtlicher Hinsicht vom Betreiben eines bordellartigen Betriebs. Die von der Baugenehmigung aus den 1970er-Jahren umfasste Nutzung weicht durch das gewerbliche Betreiben des „Club 96“ daher ab, stellt eine Nutzungsänderung dar, die einer (neuen) Baugenehmigung nach § 62 Abs. 1 S. 1 HBO bedarf. Diese hat X aber nicht. Eine Baugenehmigungsfreiheit oder -freistellung nach §§ 63, 64 HBO<sup>24</sup> liegt mangels Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen ebenfalls nicht vor.

Die Nutzung als bordellartiger Betrieb wäre aber formell legal, wenn eine Genehmigungsfiktion nach § 65 Abs. 2 S. 3 HBO<sup>25</sup> eingetreten ist. Zwar hat der Landkreis G nicht binnen drei Monaten über den Antrag entschieden (§ 65 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 HBO). Für den Beginn des Fristlaufes der Baugenehmigungsfiktion nach § 65 Abs. 2 S. 3 HBO setzt es aufgrund der Verknüpfung zu § 65 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 HBO aber voraus,

<sup>16</sup> VGH Kassel NJOZ 2020, 700; OVG Weimar LKV 2012, 425; VGH München BeckRS 2002, 25764.

<sup>17</sup> OVG Greifswald BeckRS 2016, 42880; VGH München BeckRS 2002, 25764; VGH Kassel NJOZ 2020, 700.

<sup>18</sup> Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: Art. 76 S. 2 BayBO; § 82 Abs. 1 S. 2 BauO NRW; § 80 Abs. 1 S. 2 BbgBO.

<sup>19</sup> Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: Art. 53 Abs. 1 BayBO; § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, S. 2 BauO NRW; §§ 57 Abs. 1, 58 Abs. 1 S. 2 BbgBO.

<sup>20</sup> Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: Art. 2 Abs. 1 S. 1 BayBO; § 2 Abs. 1 S. 1 BauO NRW; § 2 Abs. 1 S. 1 BbgBO.

<sup>21</sup> Lindner, JuS 2014, 118 (119) mit weiteren Definitionen.

<sup>22</sup> Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: Art. 55 Abs. 1 BayBO; § 60 Abs. 1 BauO NRW; § 59 Abs. 1 BbgBO.

<sup>23</sup> VGH Kassel, Urt. v. 8.11.1979 – IV OE 51/75, Hornmann, Hessische Bauordnung, 3. Aufl. 2019, § 62 Rn. 17.

<sup>24</sup> Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: Art. 57, 58 BayBO; §§ 62, 63 BauO NRW; § 61 BbgBO.

<sup>25</sup> Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: Art. 68 Abs. 2 BayBO; § 63 Abs. 4 S. 2 BbgBO.

dass der Bauantrag vollständig war.<sup>26</sup> X hatte Anfang der 1980er-Jahre (und auch zu keinem späteren Zeitpunkt) nicht alle erforderlichen Unterlagen eingereicht, sodass die Frist für die Baugenehmigungsfiktion nie zu laufen begann. Eine Genehmigungsfiktion konnte nicht eintreten.

Der bordellartige Betrieb ist damit formell illegal.

### (3) Materielle Illegalität

Fraglich ist, ob für eine Nutzungsuntersagung zusätzlich eine materielle Illegalität erforderlich ist. Dies kann dahinstehen, wenn die bordellartige Nutzung auch materiell illegal ist.<sup>27</sup>

*Hinweis:* Ebenso ist es aufgrund des Wortlauts des § 82 Abs. 1 S. 2 HBO vertretbar, die formelle Illegalität tatbestandlich als ausreichend genügen zu lassen. Dann sind die folgenden Ausführungen im Ermessen bzw. der Verhältnismäßigkeit zu thematisieren. Da im Gutachten typischerweise eine Auseinandersetzung mit allen in Betracht kommenden Punkten erfolgen sollte, erscheint an dieser Stelle ein Hilfsgutachten im engeren Sinne nicht notwendig.

Materielle Illegalität läge vor, wenn die bordellartige Nutzung gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt.<sup>28</sup> Dies könnte der Fall sein, wenn die bordellartige Nutzung bauplanungsrechtlich unzulässig ist. Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit richtet sich nach den §§ 30 ff. BauGB. Eine bauliche Anlage i.S.d. § 29 Abs. 1 BauGB liegt vor. Das Grundstück des X liegt im Geltungsbereich des gültigen (qualifizierten) Bebauungsplans, sodass sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach § 30 Abs. 1 BauGB beurteilt. Danach ist ein Vorhaben zulässig, wenn es den Festsetzungen des Bebauungsplans nicht widerspricht und die Erschließung gesichert ist. Für die Festsetzung über die Art der Nutzungen gibt § 1 Abs. 2 BauNVO Baugebiete vor, die im Bebauungsplan zulässiger Weise festgesetzt werden können, § 1 Abs. 3 S. 1 BauNVO. Sie werden gem. § 1 Abs. 3 S. 2 BauNVO Bestandteil des Bebauungsplans. Das Grundstück des X liegt im Geltungsbereich des gültigen Bebauungsplans, für den ein allgemeines Wohngebiet i.S.d. § 4 BauNVO ausgewiesen ist.

#### a) Allgemeine Zulässigkeit

Unter die nach § 30 Abs. 1 BauGB i.V.m. § 4 Abs. 2 Nrn. 1–3 BauNVO für Allgemeine Wohngebiete allgemein zulässigen erklärten Nutzungstypen fällt ein bordellartiger Betrieb tatbestandlich nicht.

#### b) Ausnahme-Zulassung

Möglicherweise kommt aber eine Ausnahme-Zulassung als sonstiger nicht störender Gewerbebetrieb gem. § 4 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO in Betracht. Dafür müsste der Betrieb nach

seiner typischen Nutzungsweise gebietsverträglich ist. Für diese Beurteilung sind alle mit der Zulassung des Betriebs nach seinem Gegenstand, Struktur und Arbeitsweise typischerweise verbundenen Auswirkungen auf die nähere Umgebung relevant: Die Art und Weise der Betriebsvorgänge, Umfang, Häufigkeit und Zeitpunkte der Vorgänge sowie der Einzugsbereich des Betriebs.<sup>29</sup> Die von einem bordellartigen Betrieb bei dieser typisierenden Betrachtung ausgehenden Störungen in einem planungsrechtlich dem Wohnen dienenden Gebiet bestehen nicht nur vordergründig in einer Beeinträchtigung der Wohnruhe, z.B. durch verstärkten KFZ-Verkehr in den Abend- und Nachtstunden oder lautstarken Lebensäußerungen von Besuchern, sondern allgemein in den negativen „milieubedingten“ Auswirkungen derartiger Einrichtungen auf das – das Wohnumfeld in dem betreffenden Gebiet prägende – soziale Klima.<sup>30</sup> Es handelt sich wegen ihrer Wirkungen auf die Nachbarschaft typischerweise um einen Gewerbebetrieb, der das Wohnen wesentlich stört.<sup>31</sup>

Möglicherweise liegen besondere Umstände des Einzelfalls bei X vor, die eine atypische Betrachtung und damit eine ausnahmsweise Zulässigkeit rechtfertigen. Voraussetzung wäre ein Betrieb, bei dem von vornherein aufgrund seiner Art und konkreten Betriebsweise keine Störungen zu befürchten sind und die Gebietsverträglichkeit dauerhaft sowie zuverlässig sichergestellt ist.<sup>32</sup> Der von X geführte bordellartige Betrieb, in dem zwischen 10 bis 20 Prostituierte ihr Gewerbe ausüben und der in der Zeit von 16:00 Uhr bis 04:00 Uhr nachts geöffnet ist, weist keine Besonderheiten auf, die ihn von Betrieben dieser Art wesentlich unterscheiden. Allein die Lage am Ortsrand und an einer Landesstraße ist nicht ausreichend. Vielmehr ist mit An- und Abreiseverkehr aus dem gesamten Landkreis- oder Landesgebiet zu rechnen, was für ein allgemeines Wohngebiet gebietsunverträglich ist. Des Weiteren sticht das Haus durch die rote Fassade und die anzügliche Dekoration hervor, das „Geschehen“ erstreckt sich auf Außenpool und Gartenbereich, es findet eine große Fluktuation bei den Prostituierten statt und es wird mit Öffnungszeiten von mehr als 10 Stunden täglich geworben, was sich von der nach § 4 Abs. 1 BauNVO in einem Allgemeinen Wohngebiet vorgesehenen Nutzungen (insbesondere des Wohnens) diametral unterscheidet.

*Hinweis:* Die Bearbeitungen sollen zeigen, dass die Informationen aus dem Sachverhalt ausgeschöpft werden. Besondere Vorsicht gilt hinsichtlich des im Sachverhalt gewählten Baugebiets (hier: Allgemeines Wohngebiet) und der Art des Bordells (hier: über das gesamte Grundstück und Haus). Sollte es sich aber z.B. um eine (kleinere) Wohnungsprostitution in einem Mischgebiet handeln, so ist diese nach einem ganz jungen Judikat des BVerwG

<sup>26</sup> Vgl. zur alten Rechtslage schon VGH Kassel NVwZ-RR 1997, 402; Hornmann (Fn. 23), § 65 Rn. 61.

<sup>27</sup> Guckelberger/Zott, LKRZ 2013, 84 m.w.N. zum Streitstand in Literatur und Rechtsprechung.

<sup>28</sup> Lindner, JuS 2014, 118 (119) mit weiteren Definitionen.

<sup>29</sup> Hornmann, in: Spannowsky/Hornmann/Kämper (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zur BauNVO, § 4 Rn. 121.

<sup>30</sup> OVG Berlin UPR 2003, 394; Schimpfermann/Stühler, in: Fickert/Fieseler, Baunutzungsverordnung, 13. Aufl. 2018, § 4 Abs. 3 Rn. 9.69.

<sup>31</sup> BVerwG NVwZ 2014, 69.

<sup>32</sup> BVerwG NVwZ 1993, 987.

nicht von vornherein bauplanungsrechtlich unzulässig und es bedarf einer umfassenden Einzelfallprüfung (BVerwG, Urt. v. 9.11.2021 – 4 C 5.20).

### c) Zwischenergebnis

Die Nutzung durch X ist materiell illegal. Einer Entscheidung, ob die formelle Illegalität ausreicht, bedarf es nicht. Der Tatbestand der Nutzungsuntersagung nach § 82 Abs. 1 S. 2 HBO ist erfüllt.

### bb) Richtiger Adressat, § 55 HBO, § 3 Abs. 1 S. 3 HSOG i.V.m. §§ 6 ff. HSOG

X betreibt den bordellartigen Betrieb und ist Eigentümer des Grundstücks. X ist daher als Verhaltensstörer nach § 55 HBO<sup>33</sup> sowie als Zustandsstörer gem. § 7 Abs. 2 S. 1 HSOG<sup>34</sup> für den rechtswidrigen Zustand verantwortlich, und somit richtiger Adressat der Nutzungsuntersagung.

*Hinweis:* Es ist ebenfalls vertretbar, wenn die Bearbeitungen bereits an dieser Stelle die Ausführungen zur Adressaten-/Störerauswahl und den Prostituierten als Mieterinnen diskutieren.

### cc) Rechtsfolge: Ermessen

Die Grenzen des Ermessens, welches § 82 Abs. 1 S. 2 HBO eröffnet, müsste der Landkreis G eingehalten haben, § 114 S. 1 VwGO, § 40 HVwVfG.

### (1) Verjährung bzw. Verwirkung

Eine Verjährung scheidet bereits mangels einer gesetzlichen Verjährungsregelung in der HBO aus. Die Verpflichtung und Berechtigung der Bauaufsichtsbehörde zum Einschreiten kann nicht verwirkt werden. Denn die Verwirkung setzt voraus, dass auf ein Recht verzichtet werden kann. Eine behördliche Pflicht, für rechtmäßige Zustände – wie die in § 61 Abs. 2 S. 1 HBO<sup>35</sup> als Aufgabenzuweisung an die Bauaufsichtsbehörden – zu sorgen, kann nicht verwirkt werden.<sup>36</sup>

### (2) Aktive Duldung

Möglicherweise hat der Landkreis G die bordellartige Nutzung jahrzehntelang geduldet, sodass es ermessensfehlerhaft sein könnte, dass der Landkreis G nun eine Nutzungsuntersagung verfügt. Die aktive Duldung könnte konkret in Form eines Duldungsverwaltungsakts<sup>37</sup> geschehen sein, und eine Legalisierungswirkung begründen, wenn der Landkreis G dem X zugesichert hätte, einen baurechtswidrigen Zustand hinzuneh-

men und nicht gegen ihn einzuschreiten.<sup>38</sup> Eine solche schriftliche Zusicherung (§ 38 HVwVfG) wurde gegenüber X nicht abgegeben. Andererseits könnte auch eine schlichte aktive Duldung durch den Landkreis G vorgelegen haben. Davon wird gesprochen, wenn die Bauaufsichtsbehörde gegenüber dem Betroffenen eine hinreichend deutliche Erklärung des Inhalts abgegeben hat, sie werde gegen einen baurechtswidrigen Zustand nicht einschreiten.<sup>39</sup> Dies ist erst dann anzunehmen, wenn die zuständige Baubehörde in Kenntnis der formellen und gegebenenfalls materiellen Illegalität eines Vorhabens zu erkennen gibt, dass sie sich mit dessen Existenz abzufinden gedenkt.<sup>40</sup> Eine solche aktive Duldung führt dazu, dass gesteigerte Anforderungen an die Ermessensbetätigung und deren Begründung zu stellen sind.<sup>41</sup>

Den Angaben des Sachverhalts lässt sich nicht entnehmen, dass eine solche Erklärung durch den Landkreis G gegenüber X mit einem Inhalt gemacht wurde, es werde trotz der ungenehmigten Nutzung des Anwesens zum Führen eines bordellartigen Betriebes von einem Einschreiten abgesehen. Es ergibt sich lediglich ein Kontakt zwischen der Bauaufsichtsbehörde des Landkreises G und X vor ca. 30 Jahren, bei dem X zwar eine Nutzungsänderung beantragte, aber dabei nicht alle erforderlichen Unterlagen einreichte. Der weitere Verlauf dieses Vorgangs kann aus Gründen, die heute nicht mehr recherchierbar seien, nicht mehr aufgeklärt werden.<sup>42</sup> Eine aktive Duldung durch den Landkreis G ist zu verneinen.

### (3) Faktische Duldung

Es kommt noch eine sog. faktische (passive) Duldung in Betracht, die anzunehmen wäre, wenn die Behörde einen illegalen Zustand über längere Zeit trotz Kenntnis der Nutzung tatsächlich hinnimmt.<sup>43</sup> Die faktische Duldung führt aber weder zu einer Legalisierung des illegalen Zustandes, noch hindert sie die Behörde, diesen zu unterbinden.<sup>44</sup> Eine längere faktische Duldung kann allerdings auf der Rechtsfolgenseite im Rahmen des behördlichen Ermessens relevant sein.<sup>45</sup> Hat eine illegale Nutzung jahrzehntelang unter den Augen der Behörde stattgefunden, spricht Einiges dafür, dass weitergehende Ermessenserwägungen zu verlangen sind und eine Nutzungsuntersagung nicht allein auf formelle Illegalität gestützt werden kann.<sup>46</sup> Vorliegend hat der Landkreis die Nutzungsuntersagung aber auch auf die materielle Illegalität gestützt, die vorliegt (siehe oben). Eine jahrzehntelange faktische Duldung durch die Behörde führt auch aus anderen Gründen nicht zu einer Unverhältnismäßigkeit der Nutzungsuntersagung: Denn das Vertrauen, dass ein rechtswidriger

<sup>33</sup> VG Gießen, Beschl. v. 26.7.2019 – 1 L 2835/19.GI; Art. 49 BayBO; § 52 BauO NRW; § 52 BbgBO.

<sup>34</sup> Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: Art. 8 Abs. 2 BayPAG; § 5 Abs. 2 PolGNRW; § 6 Abs. 2 BbgPolG.

<sup>35</sup> Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: Art. 54 Abs. 2 S. 1 BayBO; § 58 Abs. 2 S. 1 BauO NRW; § 58 Abs. 2 S. 1 BbgBO.

<sup>36</sup> VGH München BeckRS 2009, 41187.

<sup>37</sup> Dazu in bauordnungsrechtlichen Sachverhalten ausführlich Sommer, JA 2017, 567 (570).

<sup>38</sup> VGH Kassel, Beschl. v. 29.3.1993 – 4 UE 470/90.

<sup>39</sup> OVG Münster NVwZ-RR 2016, 851.

<sup>40</sup> OVG Münster BeckRS 2016, 51077.

<sup>41</sup> VGH München BeckRS 2008, 28602.

<sup>42</sup> Gleichwohl X für das Vorliegen einer aktiven Duldung beweispflichtig ist; vgl. OVG Greifswald NJOZ 2014, 418 (421).

<sup>43</sup> Ähnlich Sommer, JA 2017, 567.

<sup>44</sup> VGH Kassel NJOZ 2020, 700.

<sup>45</sup> Hornmann (Fn. 23), § 82 Rn. 129.

<sup>46</sup> VGH München BeckRS 2016, 112335.

Zustand aufgrund langjähriger Duldung aufrechterhalten wird, ist nicht schutzwürdig.<sup>47</sup>

*(4) Fristsetzung*

Fraglich ist, ob die Fristsetzung von sechs Monaten angemessen ist. Dabei gilt, dass bei Nutzungsuntersagungen angemessene Fristen zu gewähren sind, wenn die Bauaufsichtsbehörde – wie hier über 30 Jahre – über einen längeren Zeitraum untätig geblieben ist.<sup>48</sup> X wurde für die Umsetzung des Nutzungsverbotes eine Frist von sechs Monaten gewährt, sodass ihr ausreichend Zeit gegeben wurde, dem Nutzungsverbot fristgerecht nachzukommen. Weiterhin gilt, dass derjenige, der ein Vorhaben ohne die erforderliche Baugenehmigung nutzt, die nachteiligen Folgen dieses Verhaltens für sein Vermögen selbst zu tragen hat.<sup>49</sup> Die sechsmonatige Umsetzungsfrist ist angemessen.

*(5) Fehlerhafte Adressaten-/Störerauswahl*

Fraglich ist, ob auch die Prostituierten als Mieterinnen taugliche Adressaten der Nutzungsuntersagung sein könnten. Hier wurde nur X als Adressat ausgewählt, sodass dies ermessensfehlerhaft sein könnte. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass, wenn die Nutzer der einzelnen Räumlichkeiten ständig wechseln und der Behörde daher nicht bekannt sein können, es unter dem Gesichtspunkt der effektiven Gefahrenabwehr genügt, wenn allein der Vermieter als Adressat eines Nutzungsverbots ausgewählt wird.<sup>50</sup> Diese Voraussetzungen liegen mit den 10–20 Prostituierten, die (täglich) wechselnd tätig sind, vor. Auch ist X am schnellsten und wirksamsten in der Lage, die Gefahr zu beseitigen. Zudem bestehen keine langfristigen Mietverträge mit den Prostituierten, sodass er ohne weitere Probleme der Nutzungsuntersagung nachkommen kann. Dass X als alleiniger Adressat ausgewählt wurde, ist nicht ermessensfehlerhaft.

*(6) Zwischenergebnis*

Das Nutzungsverbot ist materiell rechtmäßig.

*dd) Eilbedürftigkeit*

Schließlich ist zu prüfen, ob die Durchsetzung der Nutzungsuntersagung eilbedürftig ist und ein öffentliches Interesse daran vorliegt. Die Nutzungsuntersagung kann ihre Funktion nur wirksam erfüllen, wenn sie für sofort vollziehbar erklärt wird, da anderenfalls der rechtswidrige Zustand für die Dauer des Hauptsacheverfahrens hingenommen werden müsste, trotz des erheblichen entgegenstehenden öffentlichen Interesses und den Belangen der Nachbarschaft an der Erhaltung des Charakters eines allgemeinen Wohngebietes. Für die Annahme eines Eilbedürfnisses kommt es nur darauf an, ob zum Zeitpunkt der Anordnung ein besonderes Interesse an der sofortigen Vollziehung besteht. Die langjährige Existenz des Betriebs ist nicht als ein den sofortigen Vollzug hindernder

besonderer Umstand anzusehen, weil hieraus kein schutzwürdiger Vertrauenstatbestand resultiert. Auch die wirtschaftlichen Interessen des X müssen hinter dem öffentlichen Interesse an der Beendigung baurechtswidriger Zustände zurücktreten, denn es ist Sache des Grundeigentümers oder Besitzers, durch einen Bauantrag die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass sein Vorhaben den formellen und materiellen Anforderungen des Baurechts entspricht.<sup>51</sup> Wenn dieser gleichwohl die nicht genehmigte Nutzung aufgenommen hat, ist sein Interesse am Erhalt der getätigten Investitionen nicht schutzwürdig.<sup>52</sup> Zudem ist zu berücksichtigen, dass der „Schwarzbauer“ andernfalls möglicherweise gegenüber dem rechtmäßigen Bauherrn bevorzugt wird. Die sofortige Vollziehung ist eilbedürftig.

*3. Zwischenergebnis*

Die Nutzungsuntersagung ist rechtmäßig und die Durchsetzung der Nutzungsuntersagung eilbedürftig, sodass das VG den Antrag als unbegründet zurückweisen wird (a.A. zu § 80 Abs. 3 VwGO vertretbar).

**II. Androhung des Zwangsgelds**

*1. Keine gesonderte Begründung nach § 80 Abs. 3 VwGO*

Da der Widerspruch gegen die Androhung des Zwangsgelds nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 16 S. 1 Hess-AGVwGO kraft Gesetzes als Maßnahme der Verwaltungsvollstreckung keine aufschiebende Wirkung entfaltet, bedarf es keiner gesonderten Begründung nach § 80 Abs. 3 VwGO.

*2. Rechtmäßigkeit der Androhung des Zwangsgelds*

*a) Ermächtigungsgrundlage*

Als Ermächtigungsgrundlage kommen §§ 2, 68, 69, 76 HVwVG<sup>53</sup> in Betracht.

*b) Formelle Rechtmäßigkeit*

Die Vollstreckungsbehörde ist nach § 68 Abs. 1 HVwVG<sup>54</sup> die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat; d.h. der Kreisausschuss des Landkreises G, der die Androhung verfügt hat. Es bedurfte keiner Anhörung (arg. e § 28 Abs. 2 Nr. 5 HVwVfG). Zudem wurde die Androhung schriftlich und ordnungsgemäß zugestellt (arg. e § 69 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 HVwVG<sup>55</sup>).

<sup>51</sup> VGH Kassel NJOZ 2020, 700.

<sup>52</sup> VGH München BeckRS 2001, 25706.

<sup>53</sup> Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: Art. 19, 29, 30, 31, 36 BayVwZVG; §§ 55, 56, 57, 63 VwVG NRW; §§ 3, 26, 27, 28, 30 VwVG Bbg.

<sup>54</sup> Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: Art. 30 Abs. 1 S. 1 BayVwZVG; § 56 Abs. 1 S. 1 VwVG NRW; § 26 Abs. 1 VwVG Bbg.

<sup>55</sup> Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: Art. 36 Abs. 1 S. 1, Abs. 7 BayVwZVG; § 63 Abs. 1 S. 1, Abs. 6 VwVG NRW; § 28 Abs. 1 S. 1, Abs. 6 VwVG Bbg.

<sup>47</sup> VGH Kassel BeckRS 2017, 126684.

<sup>48</sup> Sommer, JA 2017, 567 (571).

<sup>49</sup> VGH Mannheim, Beschl. v. 1.7.1970 – II 274/67.

<sup>50</sup> OVG Lüneburg NVwZ-RR 2016, 18.

*c) Materielle Rechtmäßigkeit**aa) §§ 2 Nr. 2, 69 Abs. 1 HVwVG*

Nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 16 S. 1 Hess-AGVwGO haben Rechtsbehelfe in der Verwaltungsvollstreckung – dazu zählt auch die Androhung des Zwangsgelds – keine aufschiebende Wirkung, sodass die Voraussetzungen nach §§ 2 Nr. 2, 69 Abs. 1 HVwVG<sup>56</sup> vorliegen. Auch liegt mit der Nutzungsuntersagung ein wirksamer Grundverwaltungsakt vor, der rechtmäßig ist (siehe oben). Auf die Frage, ob der Grundverwaltungsakt zwingend rechtmäßig oder bloß wirksam sein muss, kommt es nicht an.<sup>57</sup>

*bb) Richtiges Zwangsmittel*

Da es sich bei der Durchsetzung der Nutzungsuntersagung um eine nur gegenüber X aufgegebene Unterlassung der Nutzung handelt, liegt eine unvertretbare Handlung vor,<sup>58</sup> die mit einem Zwangsgeld durchgesetzt werden kann (§ 76 Abs. 1 S. 1 HVwVG<sup>59</sup>).

*cc) Höhe des angedrohten Zwangsgelds*

Nach § 76 Abs. 2 HVwVG<sup>60</sup> beträgt das Zwangsgeld mindestens 10 € und höchstens 50.000 €. Für die Bestimmung der Höhe des Zwangsgeldes sind die konkreten Umstände maßgeblich, d.h. vornehmlich die Bedeutung der Sache und die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Adressaten, wobei das Zwangsgeld das wirtschaftliche Interesse der betroffenen Person an der Nichtbeseitigung der Gefahr im Interesse der Erzielung einer Vermeidungswirkung übersteigen soll.<sup>61</sup> Vorliegend wurde ein Betrag i.H.v. 10.000 € angedroht. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung ist davon auszugehen, dass mit einem bordellartigen Betrieb in der von X betriebenen Größe erhebliche Einnahmen erwirtschaftet werden. Dies gilt vor allem, weil der Eintrittspreis bei 50 € pro Person und die Miete für die Zimmer bei 100 € pro Tag liegen sowie hochpreisige Köstlichkeiten wie Kaviar oder Champagner umgesetzt werden. Dies wird durch die Öffnungszeiten von 16 Uhr bis 04 Uhr nachts sowie die Anzahl von täglich 10–20 arbeitenden Frauen untermauert. Unter Berücksichtigung dieser Aspekte erscheint die Zwangsgeldandrohung i.H.v. 10.000 € nicht unangemessen.

<sup>56</sup> Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: Art. 19 Abs. 1, 29 Abs. 1, 2 BayVwZVG; § 55 Abs. 1 VwVG NRW; §§ 3, 30 Abs. 1 VwVG Bbg.

<sup>57</sup> M.w.N. zum Streitstand *Baumeister*, in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.), Sicherheit des Bundes, 2. Aufl. 2019, VwVG § 6 Rn. 14.

<sup>58</sup> VGH Kassel NVwZ-RR 996, 361.

<sup>59</sup> Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: Art. 31 Abs. 1 BayVwZVG; § 60 Abs. 1 VwVG NRW; § 30 Abs. 1 VwVG Bbg.

<sup>60</sup> Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: § 60 Abs. 2 S. 1 VwVG NRW, § 30 Abs. 2 S. 1 VwVG Bbg. Geringfügig anders Art. 31 Abs. 2 S. 1 BayVwZVG: mindestens 15 Euro und höchstens 50.000 Euro.

<sup>61</sup> *Hornmann* (Fn. 23), § 82 Rn. 247 m.w.N.

*dd) Vorratsandrohung*

Fraglich ist, wie die weitergehende Androhung durch den Landkreis G zu beurteilen ist, im Falle der Wirkungslosigkeit der Vollstreckung des angedrohten Zwangsgelds für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein erneutes Zwangsgeld in gleicher Höhe festzusetzen. Dies ist insoweit möglich, als dies § 76 Abs. 3 HVwVG<sup>62</sup> ausdrücklich unter diesen dort kumulativ genannten Voraussetzungen ermöglicht. Diese „Vorratsandrohung“ ist unschädlich.

*3. Zwischenergebnis*

Die Androhung des Zwangsgelds ist rechtmäßig.

**D. Ergebnis**

Der Antrag des X ist zwar zulässig, aber sowohl hinsichtlich der Nutzungsuntersagung als auch hinsichtlich der Androhung des Zwangsgelds unbegründet. Er hat damit keine Aussicht auf Erfolg. Das VG Gießen wird den Antrag ablehnen.

<sup>62</sup> Anders Art. 36 Abs. 6 S. 2 BayVwZVG: Eine neue Androhung ist erst dann zulässig, wenn die vorausgegangene Androhung des Zwangsmittels erfolglos geblieben ist. Ebenso anders: § 28 Abs. 3 S. 3 VwVG Bbg; Auch die Wiederholung eines Zwangsmittels ist anzudrohen. Siehe auch § 13 Abs. 6 S. 2 VwVG (Bund): Eine neue Androhung ist erst dann zulässig, wenn das zunächst angedrohte Zwangsmittel erfolglos ist.



# (Original-)Examensklausur: Alles für die Provision\*

Von Prof. Dr. Katharina Beckemper, Leipzig\*\*

## Sachverhalt

Die Lehramtsstudentin Patrizia (P) finanziert sich ihr Studium mit einer Tätigkeit als Verkäuferin in dem dreigeschossigen Laden für Sportartikel „Sportcenter“ (SC) in Leipzig. Dabei verdient sie 9,50 €/Stunde plus eine Provision in Höhe von einem Prozent pro verkauftem Warenwert.

Die Personalabteilung ermittelt die Provisionen nach folgendem, mit den Beschäftigten vereinbarten Verfahren: Jeder Verkäufer erhält eine Rolle mit 1.000 sog. „Verkäuferaufklebern“, die mit der Personalnummer des Verkäufers und einem zugehörigen Barcode bedruckt sind. Möchte ein Kunde einen Artikel kaufen, nimmt der Verkäufer dem Kunden den Artikel ab. Er trennt das Preisschild vom Artikel, klebt auf das Preisschild – in einem dafür vorgesehenen Feld – seinen Verkäuferaufkleber und händigt nur dieses Preisschild dem Kunden wieder aus. Die Ware wird separat an die Kasse geschickt. Der Kunde geht mit dem so beklebten Preisschild zur Kasse, an der bei jedem Artikel der Barcode des Verkäufers und der des Artikels eingescannt werden. Anschließend bezahlt der Kunde und erhält die Ware. Mit dem Einscannen wird die Provision automatisch auf das Provisionskonto des Verkäufers gebucht. Eine Auszahlung der Provision erfolgt ohne Prüfung durch die Personalabteilung jeweils zum Monatsende.

Viele Kunden suchen sich Artikel auch ohne eine Beratung aus dem Sortiment heraus. Daher ist es üblich und von der Geschäftsleitung geduldet, dass die Verkäufer den Kunden anbieten, ihnen die Artikel abzunehmen, um diese an der Kasse zu hinterlegen, damit die Kunden nicht mit den Waren umherlaufen müssen. Sie können sich aber auch weigern, die Ware dem Verkäufer auszuhändigen, sodass dieser dann nicht berechtigt ist, seinen Aufkleber anzubringen. Wenn ein Kunde im Einzelfall mit der Ware und einem Preisschild ohne Verkäuferaufkleber zur Kasse gelangt, haben die Kassierer die Anweisung „rundzukleben“, das heißt, an der Kasse hinterlegte Verkäuferaufkleber der in dieser Schicht arbeitenden Verkäufer auf die Preisschilder in einem rotierenden System aufzukleben und einzuscannen. Die Abrechnung eines Artikels, ohne dass zugleich eine Provision auf das Provisionskonto eines Verkäufers gebucht wird, kann es somit nicht geben.

Außerhalb der jeweiligen Arbeitszeit werden die Rollen mit den Verkäuferaufklebern getrennt voneinander in Umschlägen, auf denen der Name des jeweiligen Verkäufers vermerkt ist, im Aufenthaltsraum der Verkäufer in einer für alle Beschäftigten frei zugänglichen Schublade verwahrt. Die Verkäufer wurden angewiesen, die Verkäuferaufkleber nur während der Arbeitszeit und nicht in der Freizeit zu benutzen, sie nicht mit nach Hause zu nehmen und sie nicht an andere auszuhändigen.

Bei P – mit der Personalnummer 2928 – läuft es mit der Provision leider nicht so gut, weshalb sie über kreative Lösungen nachdenkt. Die erste Idee kommt ihr beim Trainingslauf mit ihrer Freundin Alexandra (A), die erzählt, sie sei mit ihrer Garmin-Uhr nicht mehr zufrieden. P – voll mit allem Fachwissen, das sie bei SC gelernt hat – referiert ausführlich über die Vorteile der neuen Polaruhr, die bei SC gerade im Angebot ist. Nach dem Lauf händigt P der A einen Verkäuferaufkleber mit ihrem Barcode von SC aus und bittet sie, bei dem Erwerb der Uhr bei SC den Aufkleber auf das Preisschild aufzukleben, damit sie die Provision erhalte. P erläutert der A auch, was es mit den Verkäuferaufklebern auf sich hat und welche Dienstanweisungen es hierzu gibt.

Am 3.5.2019 – einem für P arbeitsfreien Tag – nimmt A die besagte Uhr zum Preis von 300 € aus dem Regal im ersten Stock, klebt den Verkäuferaufkleber mit dem Barcode der P auf dem dafür vorgesehenen Feld auf dem Preisschild auf und begibt sich auf den Weg zur Kasse im Erdgeschoss. Kurz vor der Treppe wird sie von der Verkäuferin Vera (V) angesprochen, ob diese ihr den Artikel abnehmen könne, weil es Geschäftspolitik sei, die Kunden nicht mit den Waren durch das Haus laufen zu lassen. A will P die Provision sichern und antwortet daher, sie sei von jemand anderem beraten worden und würde die Uhr selbst zur Kasse bringen. An der Kasse wird erst der Barcode von P und dann der Artikel eingescannt. A zahlt 300 €. Die Provision wird auf das Provisionskonto der P gebucht.

Kurz danach sieht P, dass V eine ziemlich ähnliche Personalnummer hat, nämlich 2929. Da P davon ausgeht, dass V beim Aufkleben ganz bestimmt nicht so genau hinschaut, tauscht sie am 8.5.2019 die Rollen in den Umschlägen von ihr und V. An den drei Folgetagen, an denen P frei hat, klebt V deshalb unbewusst die Verkäuferaufkleber der P auf die Preisschilder der von ihr – V – verkauften Waren im Gesamtwert von 5.000 €. Die Verkäuferaufkleber werden dementsprechend auf P eingescannt und für P gebucht. Am 13.5.2019 tauscht P die Rollen morgens unbemerkt zurück.

Am selben Tag kommt um 19:15 Uhr die etwas gestresste Kundin Kathy (K), die spontan zu einer Gletscherskitour eingeladen worden war und nun „auf den letzten Drücker“ passendes Material braucht. P erkennt, dass K den Preisschildern keine Aufmerksamkeit schenkt. Für K scheinen nur die Passform und die Optik entscheidend zu sein. K entscheidet sich für eine Jacke der Marke „Skihase“ zu einem dem Verkehrswert entsprechenden Preis von 259 €, ohne nach dem Preis zu fragen. In einem unbemerkten Augenblick reißt P ein mit dem Firmenlogo SC versehenes Preisschild von einer höherwertigeren Jacke der Marke „Skihase“ ab, die für einen Preis von 459 € angeboten wird. Auf das Preisschild der teureren Jacke klebt P einen Verkäuferaufkleber mit ihrem Barcode, um eine höhere Provision zu erhalten, und händigt dieses Preisschild der K aus. Das ebenfalls mit dem Firmenlogo versehene Preisschild der billigeren Jacke lässt P verschwinden. Ein neues Preisschild an der im Laden verbleibenden teureren Jacke befestigt P nicht, weil es – wie sie sicher weiß – üblich ist, dass Preisschilder an Produkten gelegentlich ver-

\* Die Klausur wurde in der Ersten Juristischen Staatsprüfung in Sachsen im Rahmen der Kampagne 2019/2 gestellt.

\*\* Die Autorin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Leipzig.

loren gehen und ersetzt werden, was später – wovon P ausgeht – auch geschieht. K zahlt an der Kasse nach dem Ein-scannen des Preisschildes den geforderten höheren Betrag in dem Glauben, dass der Preis dem ursprünglich von der Geschäftsleitung von SC ausgewiesenen Preis entspricht. Auf das Provisionskonto der P wird eine Provision ausgehend von 459 € gebucht.

Das Ganze fliegt fünf Tage später auf, weil die Personalabteilung durch Zufall stutzig wird. Der Umsatz von P passt größtenteils nicht mit ihrer Arbeitszeit zusammen.

Es kommt zu einem Prozess gegen P vor einer Strafrichter-in beim Amtsgericht Leipzig. P bittet A um die Aussage, dass sie nicht am 3.5., sondern am 4.5. – einem Arbeitstag von P – einkaufen war. Dabei geht P davon aus, dass A zu schusselig sei, um sich an den richtigen Tag zu erinnern und deshalb unbewusst lügen werde. A erinnert sich aber wider Erwarten sehr genau an das Datum, weil sie sich an diesem Tag die Schulter gebrochen hatte und deshalb nicht sicher war, ob sie die Uhr in der näheren Zukunft benutzt hätte. Ohne dies P offenzulegen, sagt A aus lauter Freundschaft dennoch vor dem Amtsgericht das Gewünschte aus. A wird nicht vereidigt, was A und P so vorhergesehen hatten. Die Strafrichter-in glaubt A allerdings nicht und ist davon überzeugt, dass sich alles so zugetragen hat, wie es tatsächlich geschehen ist.

Das Gericht hält das Geschehen nun für unbedeutend und möchte das Verfahren ohne Urteil erledigen, wenn P einen Geldbetrag an eine gemeinnützige Organisation zahlt.

### Aufgaben

1. Wie haben sich die Beteiligten nach dem StGB strafbar gemacht?
2. Welche Möglichkeit hat das Gericht, das Verfahren ohne Urteil zu beenden?

### Bearbeitungsvermerk

Etwa erforderliche Strafanträge sind gestellt.

### Lösungsvorschlag

#### Aufgabe 1

#### Erster Tatkomplex: Das Geschehen um die Polaruhr

##### A. Strafbarkeit der A

##### I. Urkundenfälschung, § 267 Abs. 1 Var. 1 und 3 StGB

A könnte sich wegen Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 1 und 3 StGB strafbar gemacht haben, indem sie den Aufkleber der P auf das Preisschild angebracht hat und dieses der Kassiererin vorlegte.

##### 1. Objektiver Tatbestand

Dafür müsste eine Urkunde vorliegen, mithin eine körperliche Gedankenerklärung, die zum Beweis geeignet und bestimmt ist und einen Aussteller erkennen lässt.<sup>1</sup> Dies ist hier der Fall,

<sup>1</sup> Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 267 Rn. 2; Heger, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 267

weil das Preisschild der Polaruhr zusammen mit dem Aufkleber des Barcodes der P eine Gedankenerklärung enthält, dass diese als Verkäuferin vor Ort war und eine Beratungsleistung erbracht hat oder zumindest A vor der Kasse abgefangen hat (zusammengesetzte Urkunde<sup>2</sup>). Verkörpert ist diese Gedankenerklärung durch den Aufkleber und dem Preisschild auf der Uhr. Zum Beweis geeignet und bestimmt ist die Erklärung aus dem Preisschild und dem Barcode auch, weil sie Grundlage für eine Abrechnung der Provisionen ist. Da der Verkäufereufkleber eine Personalnummer enthält, ist auch ein Aussteller erkennbar.

Diese Urkunde muss unecht sein. Eine unechte Urkunde liegt vor, wenn der scheinbare und der tatsächliche Aussteller nicht übereinstimmen.<sup>3</sup> Fraglich ist hier, wer der Aussteller ist. Da A den Aufkleber auf das Preisschild aufgebracht hat, spricht vordergründig vieles dafür, sie als die Ausstellerin zu sehen. In diesem Fall wären die tatsächliche Ausstellerin (A) und die scheinbare Ausstellerin (P) nicht identisch, so dass eine unechte Urkunde vorliegen würde.

Um eine echte Urkunde handelt es sich aber auch, wenn zwar Aussteller und Hersteller nicht identisch sind, aber eine wirksame Ermächtigung des Ausstellers zu seiner Urheber-schaft vorliegt.<sup>4</sup> In diesen Konstellationen wird nicht auf den Hersteller abgestellt, sondern auf den geistigen Aussteller. Dieser ist nach der herrschenden sog. „Geistigkeitstheorie“ gerade nicht die Person, welche die Verkörperung tatsächlich vornimmt, sondern der geistige Urheber.<sup>5</sup>

Eine solche Konstellation liegt hier auf den ersten Blick vor, weil P die A ermächtigt hat, den Aufkleber auf das Preisschild aufzubringen. Das spricht dafür, P als geistige Ausstellerin anzusehen. Damit stimmten der geistige und der scheinbare Aussteller überein, so dass die Urkunde nicht unecht wäre.

Der geistige Aussteller kann aber statt des Herstellers nur dann entscheidend sein, wenn er sich im Rahmen des Zulässigen eines anderen bedient, um die Verkörperung herzustellen.<sup>6</sup> Daran scheitert es hier. Laut Sachverhalt besteht eine ausdrückliche Dienstanweisung, die Aufkleber nicht mit nach

Rn. 2; Weidemann, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum StGB, Stand: 1.5.2021, § 267 Rn. 3.

<sup>2</sup> Zur Definition BGHSt 18, 66 (70).

<sup>3</sup> BGHSt 1, 117 (121); 33, 159 (160); Maier, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 267 Rn. 63; Puppe/Schumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 267 Rn. 79; Weidemann (Fn. 1), § 267 Rn. 21.

<sup>4</sup> Erb, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 267 Rn. 123; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 68. Aufl. 2021, § 267 Rn. 28; Weidemann (Fn. 1), § 267 Rn. 22.

<sup>5</sup> BGHSt 13, 382 (385); OLG Karlsruhe, Urt. v. 23.1.2017 – 2 (4) Ss 401/16; Erb (Fn. 4), § 267 Rn. 125; Heine/Schuster (Fn. 1), § 267 Rn. 55; Heger (Fn. 1), § 267 Rn. 14.

<sup>6</sup> Erb (Fn. 4), § 267 Rn. 131; Kleczewski, Strafrecht, Besonderer Teil, 2016, § 17 Rn. 36.

Hause zu nehmen und an Freunde auszuhändigen. Die Aufkleber dürfen nur von den Mitarbeitern während der Dienstzeit angebracht werden und nicht etwa vom Kunden selbst.

Damit liegt eine unechte Urkunde vor, weil es unerheblich ist, dass A im Willen der P gehandelt hat, weil dies nicht zulässig war. Diese unechte Urkunde hat A durch das Anbringen des Aufklebers hergestellt.

Zudem hat A sie auch gebraucht, indem sie die so hergestellte unechte Urkunde der Kassiererin übergab.

### 2. Subjektiver Tatbestand

A handelte auch vorsätzlich und zur Täuschung im Rechtsverkehr, weil die von ihr hergestellte Urkunde auch nach ihrer Vorstellung zur Grundlage der Abrechnung der Provision von P gemacht werden sollten.

### 3. Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

### 4. Ergebnis

A hat sich durch das Anbringen des Aufklebers aus dem Preisschild und der Übergabe desselbigen an die Kassiererin wegen Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 1 und 3 StGB strafbar gemacht. Die verwirklichte dritte Variante (Gebrauchen) wird mit der ersten Variante (Herstellen) als eine Tat gewertet.<sup>7</sup>

## II. Betrug gegenüber und zulasten der V

A könnte sich auch wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zulasten der V strafbar gemacht haben, indem sie gegenüber V erklärte, sie sei von jemand anderen beraten worden.

### 1. Objektiver Tatbestand

Dafür müsste A die V getäuscht haben. Unter einer Täuschung ist eine unrichtige Erklärung zu verstehen.<sup>8</sup> Problematisch ist dieses Merkmal hier, weil A tatsächlich von P über die Funktionsweise der Uhr informiert worden ist. Damit ist die ausdrückliche Erklärung der A, sie sei von jemand anderem beraten worden, vordergründig nicht unrichtig.

Allerdings lässt sich der Aussage, sie sei von jemand anderem beraten worden, auch der Inhalt entnehmen, A sei im Laden und nicht außerhalb von einem Verkäufer während seiner Arbeitszeit bedient worden und habe damit eine Dienstleistung von einem Mitarbeiter von SC in dieser Funktion in Anspruch genommen. Diese Erklärung ist unwahr, so dass eine konkludente Täuschung über die näheren Umstände der Beratung vorliegt.

Diese Auslegung der ausdrücklichen Erklärung überzeugt. Unter den Gesamtumständen kann die Aussage über eine vorangegangene Beratung nur so aufgefasst werden, dass diese im Geschäft und von einem Verkäufer in seiner Funktion

<sup>7</sup> Heine/Schuster (Fn. 1), § 267 Rn. 79; Puppe/Schumann (Fn. 3), § 267 Rn. 108; Erb (Fn. 4), § 267 Rn. 217; Weidemann (Fn. 1), § 267 Rn. 37.

<sup>8</sup> Perron (Fn. 1), § 263 Rn. 6.

und nicht von einer Freundin vorgenommen worden ist. Die Erklärung soll V gerade davon abhalten, ihren Provisionsaufkleber aufzubringen. Nur eine Leistung während der Arbeitszeit ihrer Kollegen kann aber diesen Effekt haben. Es liegt deshalb eine konkludente Erklärung mit dem Inhalt vor, A sei im Geschäft von einem Verkäufer in seiner Funktion beraten worden. Diese Erklärung ist unwahr. Eine Täuschung liegt folglich vor.

Weiter muss ein Irrtum vorgelegen haben, der definiert wird als jeder Widerspruch zwischen Vorstellung und Wirklichkeit.<sup>9</sup> Hier hat sich V geirrt, weil ihre Vorstellung von der Wirklichkeit (Beratung der durch eine Verkäuferin vor Ort) nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmt.

Des Weiteren müsste V über ihr Vermögen verfügt haben. Eine Vermögensverfügung ist jedes Handeln oder Unterlassen das unmittelbar vermögensmindernd wirkt.<sup>10</sup>

In casu kommt nur ein Unterlassen in Betracht, weil V nicht darauf bestanden und es damit unterlassen hat, ihren Aufkleber auf das Preisschild aufzubringen. Nach herrschender Meinung ist eine Vermögensverfügung auch durch Unterlassen möglich, z.B. durch das Absehen von der Ausübung eines Rechts.<sup>11</sup> Hier sieht V davon ab, darauf zu bestehen, ihren Provisionsanspruch durchzusetzen.

Allerdings ist Voraussetzung für eine Vermögensverfügung durch Unterlassen, dass ein Anspruch besteht.<sup>12</sup> Das ist hier zu verneinen, weil die Verkäufer gegenüber den Kunden kein Recht darauf haben, das jeweilige Preisschild mit ihrem Barcode zu kennzeichnen. Mangels eines Rechts der V auf das Anbringen ihres Provisionsaufklebers scheidet eine Vermögensverfügung durch Unterlassen aus.

### 2. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zulasten der V strafbar gemacht haben, indem sie ihr gegenüber erklärte, sie sei von jemand anderen beraten worden.

## III. Betrug gegenüber der Kassiererin und zulasten von SC, § 263 Abs. 1 StGB

A könnte sich wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber der Kassiererin und zulasten SC strafbar gemacht haben, indem sie das Preisschild mit dem Aufkleber der P der Kassiererin zur Bezahlung und Abrechnung ausgehändigt hat.

<sup>9</sup> Perron (Fn. 1), § 263 Rn. 33.

<sup>10</sup> Beukelmann, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 1), § 263 Rn. 31; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 3), § 263 Rn. 197; Kühl, in: Lackner/Kühl (Fn. 1), § 263 Rn. 22.

<sup>11</sup> Fischer (Fn. 4), § 263 Rn. 73; Hefendehl, in: Joecks/Miebach (Fn. 4), § 263 Rn. 328; Kindhäuser (Fn. 10), § 263 Rn. 200; Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 263 Rn. 60.

<sup>12</sup> Perron (Fn. 11), § 263 Rn. 58; Saliger, in: Matt/Renzikowski (Fn. 3), § 263 Rn. 115.

*I. Objektiver Tatbestand*

Voraussetzung ist eine Täuschung, mithin eine unrichtige Erklärung. Als A das Preisschild der Kassiererin übergab, hat sie keine ausdrückliche Erklärung darüber abgegeben, wer den Aufkleber der P angebracht hat. Es lässt sich aber dem Verhalten die konkludente Erklärung darüber entnehmen, dass P das Preisschild während ihrer Arbeitszeit angebracht hat. Dies kann aus den Umständen gefolgert werden, weil die Mitnahme der Aufkleber untersagt war und diese in der Arbeitszeit aufgeklebt werden sollen. Da diese Aussage unwahr ist, liegt eine konkludente Täuschung vor.

Weiterhin müsste ein Irrtum vorliegen. Der Sachverhalt enthält keine Angaben darüber, inwiefern sich die Kassiererin Gedanken darüber machte, ob sich der Aufkleber auf dem Preisschild befindet, weil P ihre Arbeit als Verkäuferin aktuell ausgeübt hat. Ein solches Nachdenken wird aber für das Merkmal des Irrtums nicht unbedingt gefordert; vielmehr reicht auch ein sog. sachgedankliches Mitbewusstsein.<sup>13</sup> Danach wird es als genügend angesehen, wenn das Opfer davon ausgeht, bei dem konkreten Geschäft „sei alles in Ordnung“.<sup>14</sup> Die Abgrenzung ist abstrakt nur schwer zu ziehen. Ein Irrtum kann aber jedenfalls bei gleichförmigen, massenhaften oder routinemäßigen Geschäften angenommen werden, weil sie von festen Erwartungsmustern geprägt sind.<sup>15</sup> Eine solche Konstellation liegt hier vor. Zwar macht sich die Kassiererin nicht ausdrücklich Gedanken über die Ordnungsgemäßheit des Verfahrens, aber aufgrund der Gleichförmigkeit und der Routine beim Abkassieren und dem dabei vorgenommenen Einscannen des Verkäuferbarcodes hat sie das sachgedankliche Mitbewusstsein, der Aufkleber sei auf ordnungsgemäßem Wege auf das Preisschild gelangt.

Erforderlich ist darüber hinaus eine Vermögensverfügung, mithin ein vermögensminderndes Tun oder Unterlassen. Die Kassiererin hat durch die mit dem Einscannen automatisch bewirkte Buchung auf das Provisionskonto der P über das Vermögen von SC verfügt. Grundsätzlich ist es unschädlich, wenn der Getäuschte nicht über sein eigenes, sondern ein fremdes Vermögen verfügt. Es handelt sich hierbei um eine klassische Konstellation des Dreiecksbetrugs.<sup>16</sup> Die Behandlung ist streitig, weil entweder gefordert wird, die verfügende Person müsse befugt sein, die Verfügung vorzunehmen<sup>17</sup>, im

Lager des Geschädigten stehen<sup>18</sup> oder ein Näheverhältnis zum Geschädigten haben<sup>19</sup>. Hier spielt der Streit keine Rolle. Die Kassiererin steht sowohl im Näheverhältnis zu SC als auch in dessen Lager mit SC als ihrem Arbeitgeber. Sie ist außerdem befugt, Buchungen auf das Provisionskonto durch das Einscannen des Barcodes zu veranlassen. Deshalb liegt nach allen drei genannten Theorien die Voraussetzung für die Annahme eines Dreiecksbetrugs vor.

Als viertes Merkmal ist ein Vermögensschaden erforderlich. Ein solcher liegt vor, wenn nach der Gesamtsaldierung das Vermögen nach der Verfügung geringer ist als vor der Vermögensverfügung.<sup>20</sup> Ein Schaden scheint zu bejahen zu sein, weil bei ungehindertem Fortgang des Geschehens eine Auszahlung der Provision an P erfolgt wäre, mithin infolge der Buchung zumindest ein sog. Gefährdungsschaden vorliegt. Mit der Buchung der Provision ist bei lebensnaher Betrachtung nämlich davon auszugehen, dass diese Vermögensverfügung durch die nachfolgende Auszahlung zu einer endgültigen Vermögensminderung bei SC führen wird.<sup>21</sup>

Die Provisionszahlung an die P könnte aber durch eine gleichwertige Gegenleistung kompensiert worden sein. Da jeder abgerechnete Artikel spätestens an der Kasse dem Provisionskonto eines Verkäufers zugeordnet wird, hätte SC auf jeden Fall eine Provision zu zahlen.<sup>22</sup>

Die Ablehnung eines Schadens mit diesem Argument überzeugt jedoch nicht. Gemäß den arbeitsvertraglichen Vereinbarungen von SC mit ihren Verkäufern besteht ein Anspruch auf Provision nur, wenn man einen Kunden beraten, die ausgewählten Artikel zur Kasse gebracht oder zumindest zur Zeit des Kaufes Schichtdienst hatte. Eine stattdessen erfolgte Zahlung an einen anderen Verkäufer stellt einen hypothetischen Sachverhalt dar, der nach der anhand der zum Abrechnungsbetrag entwickelten Rechtsprechung des BGH<sup>23</sup> bei der Kompensation unberücksichtigt bleibt. Entscheidend ist allein, dass P – trotz ihrer Beratung der A – keinen Anspruch auf die Provision hatte und die Kassiererin die Zuordnung zu ihrem Konto deshalb ohne Rechtsgrund vornimmt.

Damit hat SC nach der Verfügung in einer Gesamtsaldierung einen Vermögensschaden, weil der Buchung auf das Provisionskonto der P keine vertraglich vereinbarte Leistung gegenüberstand. Ein Rekurs auf die dann hypothetisch erbrachte Leistung eines anderen Verkäufers verbietet sich unter dem Gesichtspunkt des Verbots der Berücksichtigung von hypothetischen Kausalverläufen im Strafrecht.

<sup>13</sup> BGH NStZ 2014, 215; BGH NStZ 2017, 347 f.; *Beukelmann* (Fn. 10), § 263 Rn. 25; *Dannecker*, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 263 Rn. 60; *Kühl* (Fn. 10), § 263 Rn. 18.

<sup>14</sup> Vgl. BGHSt 24, 389; 51, 165; *Fischer* (Fn. 4), § 263 Rn. 62; *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 3. Aufl. 2015, Kap. 5, S. 290.

<sup>15</sup> BGH NStZ 2014, 215 (216); *Tiedemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 79.

<sup>16</sup> Vgl. *Beukelmann* (Fn. 10), § 263 Rn. 34 f.; *Kindhäuser* (Fn. 10), § 263 Rn. 209 f.; *Saliger* (Fn. 12), § 263 Rn. 129.

<sup>17</sup> *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl. 2017, § 263 Rn. 144 ff.; *Kindhäuser* (Fn. 10), § 263 Rn. 215; *Schünemann*, GA 1969, 46 (53); *Schröder*, ZStW 60 (1941), 33 (66).

<sup>18</sup> *Dannecker* (Fn. 13), § 263 Rn. 75; *Geppert*, JuS 1977, 70 (72); *Hefendehl* (Fn. 11), § 263 Rn. 357; *Kindhäuser* (Fn. 10), § 263 Rn. 213.

<sup>19</sup> BGH NStZ 2008, 339; *Kühl* (Fn. 10), § 263 Rn. 30; *Perron* (Fn. 11), § 263 Rn. 66.

<sup>20</sup> *Kindhäuser* (Fn. 10), § 263 Rn. 226; *Perron* (Fn. 11), § 263 Rn. 99.

<sup>21</sup> Siehe dazu *Fischer* (Fn. 4), § 263 Rn. 160; *Kühl* (Fn. 10), § 263 Rn. 4.

<sup>22</sup> In diese Richtung bei einer vergleichbaren Konstellation *Volk*, NJW 2000, 3385.

<sup>23</sup> BGH NJW 2003, 1198; BGH, Beschl. v. 25.1.2012 – 1 StR 45/11; BGH NZWiSt 2012, 340 (346).

2. *Subjektiver Tatbestand*

A handelte auch vorsätzlich.

Weiterhin müsste sie mit Bereicherungsabsicht gehandelt haben. Diese umfasst auch die Absicht, eine dritte Person zu bereichern. Da sie der P einen unberechtigten Provisionsanspruch sichern wollte, handelte sie mit der notwendigen Drittbereicherungsabsicht.

3. *Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit*

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. *Ergebnis*

A hat sich wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber der Kassiererin und zulasten SC strafbar gemacht haben, indem sie das Preisschild mit dem Aufkleber der P der Kassiererin zur Bezahlung und Abrechnung ausgehändigt hat.

**B. Strafbarkeit der P**

**I. Anstiftung zur Urkundenfälschung, §§ 267 Abs. 1 Var. 1 und 3, 26 StGB**

P könnte sich wegen Anstiftung zur Urkundenfälschung, §§ 267 Abs. 1 Var. 1 und 3, 26 StGB strafbar gemacht haben, indem sie A den Aufkleber gab mit der Bitte, diesen beim Kauf der Uhr zu verwenden.

1. *Objektiver Tatbestand*

In der Urkundenfälschung der A liegt die erforderliche vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat.

Zu dieser müsste P die A bestimmt haben. Dafür müsste sie ihren Tatentschluss hervorgerufen haben.<sup>24</sup> Erst durch die Bitte der P während des Trainingslaufs ist in A der Entschluss gewachsen, den Aufkleber der P zu nutzen, um dieser die Provision zu sichern. Deshalb hat P den Tatentschluss der A hervorgerufen.

2. *Subjektiver Tatbestand*

P müsste mit dem sog.<sup>25</sup> doppelten Anstiftervorsatz gehandelt haben, mithin sowohl bezüglich der Haupttat als auch des Bestimmens Vorsatz gehabt haben.

Sie wollte, dass A durch das Aufbringen des Aufklebers eine unrichtige Urkunde herstellt, deshalb hatte sie Vorsatz bezüglich der vorsätzlich rechtswidrigen Haupttat.

Da es ihr gerade darauf ankam, den Tatentschluss bei A mit ihrer Bitte zu wecken, hatte sie auch Vorsatz bezüglich ihres Bestimmens.

3. *Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit*

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

**II. Ergebnis**

P hat sich wegen Anstiftung zur Urkundenfälschung gem. §§ 267 Abs. 1 Var. 1 und 3, 26 StGB strafbar gemacht, indem

sie A den Aufkleber gab mit der Bitte, diesen beim Kauf der Uhr zu verwenden.

**C. Strafbarkeit der P**

**I. Anstiftung zum Betrug, §§ 263 Abs. 1, 26 StGB**

P könnte sich wegen Anstiftung zum Betrug gem. §§ 263 Abs. 1, 26 StGB strafbar gemacht haben, indem sie A die Aufkleber gab.

1. *Objektiver Tatbestand*

Die erforderliche vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat liegt im Betrug der A.

Zu dieser hat P die A auch bestimmt, weil sie erst durch ihre Bitte den Tatenschluss der A geweckt hat.

2. *Subjektiver Tatbestand*

P müsste sowohl bezüglich der Haupttat als auch des Bestimmens Vorsatz gehabt haben.

Sie wollte, dass A durch das Aufbringen des Aufklebers die Kassiererin täuscht und so eine Vermögensverfügung und einen Vermögensschaden zu Lasten der SC herbeiführt. Sie hatte folglich Vorsatz bezüglich der vorsätzlich rechtswidrigen Haupttat des Betrugs.

Sie hatte auch Vorsatz bezüglich ihres eigenen Bestimmens, weil sie die Bitte mit dem Ziel äußerte, dass A einen Betrug begehen solle.

3. *Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit*

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

**II. Ergebnis**

P hat sich wegen Anstiftung zum Betrug gem. §§ 263 Abs. 1, 26 StGB strafbar gemacht haben, indem sie A den Aufkleber gab.

**2. Tatkomplex: Der Austausch der Aufkleber**

**Strafbarkeit der P**

**I. Diebstahl, § 242 StGB**

P könnte sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie die Rolle mit den Verkäuferaufklebern der V aus dem Umschlag an sich nahm.

1. *Objektiver Tatbestand*

Dafür müsste P eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben. Die Rolle mit den Aufklebern ist eine bewegliche Sache, die nicht im Alleineigentum der P steht, also fremd ist<sup>26</sup>. Für die Wegnahme ist ein Gewahrsamsbruch und die Begründung neuen Gewahrsams erforderlich.<sup>27</sup> Der Gewahrsam ist die vom Herrschaftswillen getragene tatsächliche

<sup>24</sup> Statt vieler *Kühl*, JA 2014, 668 (672).

<sup>25</sup> *Kühl*, JA 2014, 668 (672) m.w.N.

<sup>26</sup> Allgemein zur Definition der Fremdheit siehe *Jäger*, Examens-Repititorium, Strafrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl. 2021, Rn. 277.

<sup>27</sup> *Jäger* (Fn. 26), Rn. 277.

Sachherrschaft.<sup>28</sup> Zwar befand sich die Rolle mit den Verkäuferaufklebern in der Schublade im Hause von SC, aber auf dem Umschlag stand der Name der V. Diese hatte deshalb den Herrschaftswillen, aber auch die nach der Verkehrsauffassung zu bestimmende tatsächliche Sachherrschaft, weil die Rolle durch den sie umgebenden Umschlag klar der V zugeordnet werden kann.

An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts durch den jederzeit möglichen Zugriff der Kollegen. Für die Zuordnung einer Sache zur Person und damit einem Gewahrsam ist es unerheblich, ob der Zugriff durch andere grundsätzlich möglich ist (sog. gelockerter Gewahrsam).<sup>29</sup>

Den Gewahrsam der V hat die P durch das Ansichnehmen der Rolle gebrochen und neuen Gewahrsam begründet.

### 2. Subjektiver Tatbestand

P handelte vorsätzlich. Des Weiteren müsste sie aber auch mit Zueignungsabsicht gehandelt haben. Diese liegt vor, wenn der Täter Absicht bezüglich der zumindest zeitweiligen Aneignung und den Eigentümer dauerhaften Enteignung hat.<sup>30</sup> P hat hier von Anfang an die Rückgabe der Rolle geplant, weshalb Zueignungsabsicht nicht gegeben ist.

### 3. Ergebnis

P hat sich nicht wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, indem sie die Rolle mit den Verkäuferaufklebern der V aus dem Umschlag an sich nahm.

## II. Urkundenfälschung in mittelbarer Täterschaft, §§ 267 Abs. 1 Var. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB

P könnte sich wegen Urkundenfälschung in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 267 Abs. 1 Var. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie die Verkäuferaufkleber der V mit ihren austauschte und V diese benutzte.

### 1. Objektiver Tatbestand

Voraussetzung ist, dass V als Tatmittlerin eine unechte Urkunde hergestellt hat. Bei den Preisschildern mit dem aufgeklebten Verkäufersbarcode handelt es sich, wie oben festgestellt (Verweis), um eine Urkunde. Fraglich ist aber, ob diese unecht sind, mithin der scheinbare und der tatsächliche Aussteller nicht identisch sind, wenn V den Aufkleber der P anbringt. Der erkennbare und damit scheinbare Aussteller der von V beklebten Preisschilder ist P. Zweifelhaft ist allerdings, wer der tatsächliche Aussteller ist. Hersteller im tatsächlichen Sinne ist V, indem sie die Aufkleber anbringt. Stellt man auf den Hersteller der Urkunde als den Aussteller ab, dann fallen hier scheinbarer Aussteller (P) und tatsächlicher Aussteller (V) auseinander.

P könnte aber die geistige Ausstellerin sein, da sie ein Handeln der V in ihrem Namen gerade bezweckt. Insofern

erscheint die Konstellation mit der bereits oben geprüften durchaus vergleichbar. Es besteht allerdings ein nicht unerheblicher Unterschied: Der geistige Aussteller kann den Hersteller zwar durchaus ermächtigen, in seinem Namen zu handeln. Eine Ermächtigung setzt aber ein einverständliches Handeln voraus.<sup>31</sup> Dies ergibt sich schon aus der Natur einer Ermächtigung, folgt aber auch daraus, dass eine mittelbare Täterschaft bei der Urkundenfälschung grundsätzlich für möglich gehalten wird.<sup>32</sup>

Da V nicht bemerkt, dass sie eine Urkunde mit einem anderen Namen als ihren eigenen herstellt und somit kein einverständliches Handeln mit P besteht, liegt kein Fall einer geistigen Ausstellerschaft vor. Tatsächlich ist V die Ausstellerin der so hergestellten Urkunden. Damit ist der scheinbare Aussteller nicht der tatsächliche Aussteller und die Urkunde unecht.

P handelte dabei als mittelbare Täterin, weil sie ihr überlegenes Wissen der V gegenüber ausnutzt und folglich V als vorsatzloses Werkzeug einsetzte.

### 2. Subjektiver Tatbestand

P handelte vorsätzlich sowohl hinsichtlich des Tatbestandes als auch hinsichtlich der Begehung in mittelbarer Täterschaft. Außerdem hatte sie die erforderliche Absicht zur Täuschung im Rechtsverkehr, da sie die unrechtmäßige Buchung auf ihr Provisionskonto veranlassen wollte.

### 3. Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit

P handelte rechtswidrig und schuldhaft.

### 4. Ergebnis

P hat sich wegen Urkundenfälschung in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 267 Abs. 1 Var. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht, indem sie die Verkäuferaufkleber der V mit ihren austauschte und V diese benutzte.

## III. Betrug in mittelbarer Täterschaft, §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB

P könnte sich wegen Betrages in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB gegenüber den Kassierern und zulasten von SC strafbar gemacht haben, indem P die V dazu veranlasste, die Verkäuferaufkleber von P zu benutzen, und die Kassierer diese dann einscannen.

Die Kassierer glaubten daraufhin, dass P selbst die Aufkleber während ihrer Arbeitszeit aufgebracht hat. Sie unterlagen jeweils einem dementsprechenden Irrtum. Eine Vermögensverfügung lag, wie oben in ähnlicher Konstellation geprüft (A. III. 1.), in dem Einscannen des Barcodes der P. Die Kassierer hat durch die dadurch bewirkte Buchung auf das Provisionskonto der P über das Vermögen von SC verfügt. Es handelt sich, wie erwähnt, um eine klassische Konstellation des Dreiecksbetrugs, die, wie oben ausgeführt (A. III. 1.), vorliegend unproblematisch ist.

<sup>28</sup> Ausführlich zu diesem Begriff *Rönnau*, JuS 2009, 1088 ff.

<sup>29</sup> Siehe dazu *Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 242 Rn. 26; *Hoyer* (Fn. 17), § 242 Rn. 24; *Kindhäuser* (Fn. 10), § 242 Rn. 38; *Rönnau*, JuS 2009, 1088 (1090).

<sup>30</sup> *Jäger*, JuS 2000, 651.

<sup>31</sup> *Erb* (Fn. 4), § 267 Rn. 180; *Maier* (Fn. 3), § 267 Rn. 84.

<sup>32</sup> *Fischer* (Fn. 4) § 267 Rn. 47.

Einen Schaden von SC lag darin, dass einer Zuordnung der Provision an P kein Rechtsgrund zugrunde lag. Auch hierzu sei auf die Argumentation oben (A. III. 1.) verwiesen.

Hier könnte aber zusätzlich auch ein Schaden der V vorliegen, weil ihre Chance auf eine Provision erloschen ist. Diese Expektanz auf die Provision ist jedoch nicht so verdichtet, dass die Nichterlangung der Provision einen Vermögensschaden begründen könnte.<sup>33</sup> Dem Verkaufspersonal ist zwar die Möglichkeit eingeräumt, auf die Preisetiketten der Waren nach Beratung der Kunden ihren Aufkleber zu kleben. Dies ist aber kein subjektives Recht, weil z.B. die Kunden es immer noch ablehnen können, den Aufkleber der entsprechenden Verkäuferin auf das Etikett kleben zu lassen und ihre Waren mitsamt dem leeren Etikettenfeld an die Kasse zu bringen.

### 2. Subjektiver Tatbestand

P handelte auch vorsätzlich bezüglich der Tatbestandsmerkmale und der Begehung in mittelbarer Täterschaft. Sie handelte überdies mit der Absicht, sich zu bereichern. Die Bereicherung durch die beabsichtigte Auszahlung der Provision ist dabei auch die Kehrseite der Medaille des Schadens von SC und damit stoffgleich.

### 3. Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

### 4. Ergebnis

P hat sich wegen Betruges in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB gegenüber den Kassierern und zulasten von SC strafbar gemacht, indem P die V dazu veranlasste, die Verkäuferaufkleber von P zu benutzen, und die Kassierer diese dann einscannen.

## 3. Tatkomplex: Der Verkauf der Jacke an K

### I. Urkundenunterdrückung in Bezug auf die teurere Jacke, § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB

P könnte sich wegen Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie das Etikett von der teureren Jacke abriss.

#### 1. Objektiver Tatbestand

Dafür müsste P eine echte Urkunde unterdrückt haben. Bei der Jacke mit dem daran befestigten Preisschild müsste es sich deshalb um eine echte Urkunde handeln. Ist eine Ware mit einem Preisetikett fest verbunden, könnte eine zusammengesetzte Urkunde vorliegen. Eine solche erfordert, dass eine verkörperte Gedankenerklärung mit einem Augenscheinsobjekt räumlich fest derart verbunden ist, dass beide zusammen einen einheitlichen Beweis- und Erklärungsinhalt bilden.<sup>34</sup> Dies ist hier der Fall, weil das Etikett die Gedankenerklärung eines Schildes enthält, aber erst die Zusammenfügung des Etiketts mit der Jacke den Erklärungsinhalt bilden kann, dass gerade diese Jacke den abgedruckten Preis kosten soll.<sup>35</sup> Da auch ein Firmenlogo auf dem Preisschild angebracht ist, ist auch ein Aussteller erkennbar.

P hat das Preisschild von der Jacke gerissen, somit eine zusammengesetzte Urkunde zerstört.

#### 2. Subjektiver Tatbestand

P handelte auch vorsätzlich.

Daneben ist aber eine Nachteilszufügungsabsicht erforderlich. Eine solche liegt vor, wenn beabsichtigt wird, einem anderen einen Nachteil zuzufügen, namentlich indem das Benutzen des gedanklichen Inhalts der Urkunde in einer aktuellen Beweissituation vereitelt wird.<sup>36</sup> Eine solche Nachteilszufügung bei SC ist nicht von P gewollt, da sie keine Beweissituation vereiteln wollte und davon ausging, dass das Preisschild wieder, wie es auch geschah, erneuert wird.

#### 3. Ergebnis

P hat sich nicht wegen Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB bei der teuren Jacke strafbar gemacht, indem sie das Etikett von der teureren Jacke abriss.

## II. Urkundenunterdrückung in Bezug auf die günstigere Jacke, § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB

P könnte sich einer Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie das Etikett an der billigeren Jacke entfernt hat.

#### 1. Objektiver Tatbestand

Es handelt sich bei dem Preisetikett und einer Jacke um eine zusammengesetzte Urkunde (siehe oben 3. Tatkomplex I.). Diese sind aber nach den Regeln von SC voneinander zu trennen, so dass P sich nicht wegen Urkundenunterdrückung strafbar gemacht hat. Hat sich ein Kunde – wie hier die K – für einen Artikel entschieden, dann sind nach dem bei SC geübten Geschäftsablauf Etikett und Jacke zu trennen. Die Vernichtung der zusammengesetzten Urkunde geschah hier also mit Einwilligung des Beweisführungsberechtigten, hier der Firma SC.

#### 2. Ergebnis

P hat sich nicht wegen Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie das Etikett an der billigeren Jacke entfernt hat.

<sup>33</sup> Zum Vermögensschaden bei dem Verlust von Exspektanzen siehe *Hefendehl* (Fn. 11), § 263 Rn. 419 ff.; *Saliger* (Fn. 12), § 263 Rn. 163 ff.; *Perron* (Fn. 11), § 263 Rn. 87 ff.

<sup>34</sup> *Erb* (Fn. 4), § 267 Rn. 47; *Kleszczewski* (Fn. 6), § 17 Rn. 24; *Puppe/Schumann* (Fn. 3), § 267 Rn. 58.

<sup>35</sup> Vgl. dazu OLG Köln NJW 1979, 729.

<sup>36</sup> *Fischer* (Fn. 4), § 274 Rn. 9; *Freund*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 4), § 274 Rn. 52 ff.; *Puppe/Schumann* (Fn. 3), § 274 Rn. 13; *Weidemann* (Fn. 1), § 274 Rn. 11.

**III. Betrug gegenüber und zulasten von K, § 263 Abs. 1 StGB**

P könnte sich wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zulasten von K strafbar gemacht haben, indem sie ihr das Preisetikett der teureren Jacke überreicht hat.

*1. Objektiver Tatbestand*

P hat gegenüber K keine ausdrückliche Erklärung abgegeben, so dass überhaupt nur eine konkludente Täuschung oder eine Täuschung durch Unterlassen in Betracht kommt. Schon eine konkludente Täuschung kann hier darin gesehen werden, dass in dem Überreichen des Preisetiketts eine Erklärung vorgenommen wird, dieses Preisschild entspräche dem der ausgetauschten Jacke. Einem solchen Irrtum erlag K auch.

Die Vermögensverfügung ist darin zu sehen, dass K das Preisetikett an der Kasse übergab und dabei einen Kaufvertrag abschloss und den Kaufpreis sogleich zahlte. K hat damit über ihr eigenes Vermögen verfügt, indem sie einen höheren Preis für die Jacke bezahlt hat.

Sie erlitt dadurch auch einen Schaden, weil die Gegenüberstellung in einer Gesamtsaldierung von erhaltenen Gut und der Forderung gegen sie negativ ausfällt: Sie hat für die Jacke 459 € bezahlt, deren Wert nur 259 € betrug.

*Hinweis:* Der Schaden entfällt nicht dadurch, dass der Kaufvertrag gem. § 123 Abs. 1, Abs. 2 BGB angefochten und rückabgewickelt werden könnte. Ein Vermögensnachteil in Form eines Eingehungsschadens ist durch die Erfüllung des Vertrages durch K aufgrund der sofortigen Bezahlung eingetreten. Eine spätere Rückabwicklung der ausgetauschten Leistungen bzw. eine Rückzahlung des zu viel gezahlten Kaufpreises könnte als nachträgliches Ereignis den schon entstandenen Schaden nicht mehr beseitigen.

*2. Subjektiver Tatbestand*

P handelte mit Vorsatz. Fraglich ist allerdings die Bereicherungsabsicht, weil diese auch eine Stoffgleichheit voraussetzt.

Das angestrebte Ziel von P war zwar, sich selbst zu bereichern, indem sie die Provision ausbezahlt haben wollte. Die erstrebte Bereicherung muss jedoch die Kehrseite des Schadens sein. Den Schaden hat hier K. Aus deren Vermögen wird aber die Provision (unmittelbar) nicht bezahlt.<sup>37</sup> Vielmehr soll die Provision der P aus dem Vermögen von SC zufließen. Diese Bereicherung ist nicht stoffgleich mit dem Schaden der K. Ein Betrug gegenüber K zugunsten der P scheidet demnach aus.

Um ihr angestrebtes Ziel der Provisionsauszahlung zu erreichen, muss P freilich die Bereicherung von SC als Zwischenziel bezwecken. Hier sind Schaden und Bereicherung (Differenz zwischen Kaufpreis und Wert) stoffgleich. Da § 263 Abs. 1 StGB auch eine Drittbereicherungsabsicht ausreichen

<sup>37</sup> Vgl. zu den Fallgestaltungen des sog. Provisionsbetrugs BGHSt 21, 384; Dannecker (Fn. 13), § 263 Rn. 386 ff.; Gallandi, wistra 1996, 323.

lässt, hat P den subjektiven Tatbestand des Betruges damit erfüllt.

*3. Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit*

P handelte rechtswidrig und schuldhaft.

*4. Ergebnis*

P hat sich wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zulasten von K strafbar gemacht, indem sie ihr das Preisetikett der teureren Jacke überreicht hat.

**IV. Betrug gegenüber und zulasten von SC, §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB**

P könnte sich ferner wegen Betruges in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB gegenüber und zulasten von SC strafbar gemacht haben, indem sie der K das Preisetikett der teureren Jacke überreicht hat, die Kassiererinnen den Verkäufereufkleber dann einscannen und somit eine Provision zugunsten der P gebucht wurde.

*1. Objektiver Tatbestand*

Dafür müsste P sich der K für die Täuschung als Werkzeug bedient haben. K täuschte die Kassierer unbewusst darüber, dass der Aufkleber entsprechend den Regeln von SC auf das Preisschild aufgebracht worden sei und ihr die zum Preisschild passende Jacke angeboten worden sei. Ähnlich den oben dargestellten Konstellationen (Verweis) unterlag die Person an der Kasse einem dementsprechenden Irrtum und verfügte mit dem Einscannen des Barcodes der P über das Vermögen der SC, weil hierdurch eine Provision für P gebucht wurde (Dreiecksbetrug, siehe oben Verweis).

Fraglich ist, ob auch ein Vermögensschaden vorliegt. Ausgehend vom vermeintlichen Warenwert von 459 € erfolgte eine Gutschrift auf dem Provisionskonto der P i.H.v. 4,59 €. Hierin liegt ein Vermögensschaden von SC, wenn die Provision nicht durch eine gleichwertige Gegenleistung kompensiert wird. Als Gegenleistung für SC kommt die Befreiung von der Verbindlichkeit eines Anspruchs der P auf die Provision für die günstigere Jacke (259 €) i.H.v. 2,59 € in Betracht. In dieser Höhe wäre ein Provisionsanspruch der P rechtmäßig entstanden. Ein Schaden von SC in dieser Höhe besteht nicht.

*Hinweis:* Eine andere Ansicht ist mit entsprechender Begründung vertretbar.

Die übrigbleibenden 2 € können dagegen nicht mit einem gleichwertig wirtschaftlichen Vermögenszuwachs bei SC kompensiert werden.

Die zusätzlichen Einnahmen für SC i.H.v. 200 € für die günstigere Jacke (459 € statt 259 €) sind nicht gleichwertig, weil der zugrunde liegende Kaufvertrag mit einem Makel behaftet ist. Der Vertrag über die teurere Jacke ist für SC wirtschaftlich wertlos, weil eine Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, Abs. 2 BGB droht, sobald K bemerkt, dass ihr ein überhöhter Preis berechnet wurde.<sup>38</sup> Dem steht nicht entgegen, dass sich

<sup>38</sup> Vgl. zu vergleichbaren Konstellationen BGHSt 21, 384.



K nicht für den Preis interessiert hatte. Daraus lässt sich nicht ableiten, dass K bereit ist, für eine günstigere Jacke einen überhöhten Preis zu zahlen.

*3. Subjektiver Tatbestand*

P handelte auch vorsätzlich bezüglich der Tatbestandsmerkmale und der Begehung in mittelbarer Täterschaft. Sie handelte überdies mit der Absicht, sich zu bereichern. Die beabsichtigte Bereicherung (Auszahlung der Provision) ist dabei auch die Kehrseite des Schadens von SC und damit stoffgleich.

*3. Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit*

P handelte rechtswidrig und schuldhaft.

*4. Ergebnis*

P hat sich wegen Betruges in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB gegenüber und zulasten von SC strafbar gemacht haben, indem sie der K das Preisetikett der teureren Jacke überreicht hat und somit eine Provision zugunsten der P gebucht wurde.

**V. Urkundenfälschung, § 267 Abs. 1 Var. 1 und 3 StGB**

Indem P ihr Verkäuferetikett auf das Preisschild der teureren Jacke klebte und diese hat zur Kasse gelangen lassen, könnte sie sich wegen Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 1 und 3 strafbar gemacht haben.

*1. Objektiver Tatbestand*

Dafür müsste P eine unechte Urkunde hergestellt haben. Zwar hat P durch das Anbringen des Aufklebers auf dem Preisschild nach den obigen Ausführungen eine Urkunde hergestellt. Diese ist jedoch nicht unecht. Scheinbarer Aussteller ist P. Sie ist aber auch der tatsächliche Aussteller der Urkunde, indem sie das Etikett mit ihrer Nummer auf das Preisschild drückte. Scheinbarer und tatsächlicher Aussteller entsprechen sich damit, so dass die Urkunde nicht unecht ist.

*2. Ergebnis*

P hat sich nicht wegen Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 1 und 3 StGB strafbar gemacht, indem sie ihr Etikett auf die teurere Jacke klebte.

**Vierter Tatkomplex: Rund um den Prozess**

**A. Strafbarkeit der A**

**I. Uneidliche Falschaussage, § 153 StGB**

A könnte sich wegen uneidlicher Falschaussage gem. § 153 StGB strafbar gemacht haben, indem sie vor Gericht aussagte, sie sei am 4.5. einkaufen gegangen.

*1. Objektiver Tatbestand*

A wird vor Gericht als Zeugin i.S.d. §§ 48 ff. StPO vernommen und ist damit taugliche Täterin des § 153 StGB.

Voraussetzung der Aussagedelikte ist die Falschheit der Aussage. Es ist aber umstritten, wann eine Aussage falsch ist.

Nach der von der herrschenden Meinung vertretenen objektiven Theorie ist eine falsche Aussage durch den Widerspruch zwischen dem Inhalt der Aussage und dem tatsächlichen Geschehen gekennzeichnet.<sup>39</sup> Falsch ist eine Aussage damit, wenn sie nicht der Wirklichkeit entspricht. Begründet wird dies damit, dass die Rechtspflege nur durch eine der Wirklichkeit widersprechende Aussage gefährdet werden kann. Danach hat A den Tatbestand erfüllt, weil sie vor einem Gericht vorsätzlich objektiv falsch ausgesagt hat. Die Aussage stimmt aber auch nicht mit dem subjektiven Wissen der A überein. Deshalb ist sie auch subjektiv falsch, so dass auch nach der Auffassung, die auf die subjektive Wahrheit der Aussage abstellt,<sup>40</sup> ein tatbestandsmäßiges Handeln vorliegt. Es ist deshalb kein Streitentscheid erforderlich, weil nach beiden Ansichten der objektive Tatbestand erfüllt ist.

*2. Subjektiver Tatbestand*

A handelte vorsätzlich, weil sie wusste, dass sie nicht am 4.5. einkaufen war, diese falsche Angabe vor einem Gericht macht und dies auch wollte.

*3. Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit*

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

*4. Ergebnis*

A hat sich durch ihre Aussage, am 4.5. einkaufen gewesen zu sein, wegen uneidlicher Falschaussage nach § 153 StGB strafbar gemacht.

**II. Versuchte Strafvereitelung, §§ 258 Abs. 1, Abs. 4, 22, 23 Abs. 1 StGB**

A könnte sich darüber hinaus durch dieselbe Handlung wegen versuchter Strafvereitelung nach §§ 258 Abs. 1, Abs. 4, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

*1. Vorprüfung*

Das Gericht hat A die Aussage nicht geglaubt, weshalb es zu keinem Vereitelungserfolg kam, so dass keine vollendete Strafvereitelung vorliegt. Die versuchte Strafvereitelung ist nach § 23 Abs. 1 Var. 2 StGB i.V.m. § 258 Abs. 4 StGB strafbar.

*2. Tatentschluss*

Dafür müsste A den Vorsatz gehabt haben, die Bestrafung der P wegen einer rechtswidrigen Tat zu verhindern. A wollte durch ihre Aussage die Entscheidungsfindung so beeinflussen, dass es zu einem Freispruch kommt. Sie hatte also Tatentschluss, zu verhindern, dass P wegen einer rechtswidrigen Tat bestraft wird. Der erforderliche Tatentschluss zur Strafvereitelung liegt folglich vor.

<sup>39</sup> BGHSt 7, 148; *Hettinger/Bender*, JuS 2015, 577 (579); *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), Vorbem. zu den §§ 153 ff. Rn. 6; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 22. Aufl. 2021, § 49 Rn. 8; *Wolf*, JuS 1991, 180.

<sup>40</sup> RG HRR 40 Nr. 523; *Heger* (Fn. 1), Vor. § 153 Rn. 3; *Hettinger/Bender*, JuS 2015, 577 (579).

### 3. Unmittelbares Ansetzen

A müsste weiterhin nach ihrer Vorstellung unmittelbar zur Tat angesetzt haben. Hier hat A die Tathandlung bereits erbracht und somit alles getan, was für den Taterfolg notwendig ist. Da die Vollendung nur dahin scheiterte, dass das Gericht A nicht glaubte, hat sie mit ihrer Aussage unmittelbar zur Tat angesetzt.

### 4. Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

### 5. Ergebnis

A hat sich deshalb wegen versuchter Strafvereitelung nach §§ 258 Abs. 1, Abs. 4, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, indem sie einen falschen Tag ihres Einkaufs angab.

## B. Strafbarkeit der P

### I. Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage, §§ 153, 26 StGB

P könnte sich wegen Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage gem. §§ 153, 26 StGB strafbar gemacht haben, indem sie A bat, vor Gericht auszusagen, sie sei am Folgetag einkaufen gewesen.

#### 1. Objektiver Tatbestand

Eine Strafbarkeit der P wegen Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage gem. §§ 153, 26 StGB setzt im objektiven Tatbestand voraus, dass sie objektiv einen anderen zur Falschaussage und der Verwirklichung des Straftatbestandes bestimmt hat. Die vorsätzlich rechtswidrige Haupttat liegt in der Tat der A. Zu dieser hat P die A auch bestimmt, weil sie nur aufgrund der Bitte von P falsch ausgesagt und so den Tatentschluss in A geweckt hat.

#### 2. Subjektiver Tatbestand

Allerdings fehlt es P an dem erforderlichen doppelten Anstiftungsvorsatz, da sie davon ausging, A sage gutgläubig aus. P hatte keinen Vorsatz zu einer Anstiftung zu einer uneidlichen Falschaussage.

#### 3. Ergebnis

Sie hat sich deshalb nicht wegen Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage gem. §§ 153, 26 StGB strafbar gemacht, indem sie A bat, einen falschen Tag für ihren Einkauf vor Gericht anzugeben.

### II. Verleitung zur Falschaussage, § 160 Abs. 1 StGB

Es kommt aber aufgrund derselben Handlung eine Strafbarkeit wegen Verleitung zur Falschaussage nach § 160 Abs. 1 StGB in Betracht.

#### 1. Objektiver Tatbestand

Dafür müsste P die A verleitet haben, eine falsche uneidliche Aussage vor Gericht abzugeben. Problematisch ist allerdings, dass A nicht gutgläubig falsch aussagte.

Der sichere Anwendungsbereich des § 160 Abs. 1 StGB besteht in Aussagen einer gutgläubigen, vorsatzlosen Person, die vom Hintermann gesteuert aussagt.<sup>41</sup> Das ergibt sich aus der Funktion der Vorschrift, die Lücke zu schließen, die sich aus der Natur der Aussagedelikte als eigenhändige Delikte ergibt, was eine mittelbare Täterschaft ausschließt.<sup>42</sup> Diese ansonsten von der mittelbaren Täterschaft erfasste Konstruktion soll nicht straflos bleiben, so dass § 160 Abs. 1 StGB eingreift.

Umstritten ist aber, ob die Vorschrift ausschließlich einen Spezialfall der mittelbaren Täterschaft regelt oder auch das Verleiten eines nur vermeintlich Gutgläubigen erfasst. Die Aussageperson erfüllt in diesen Fällen § 153 StGB – wie hier A –, handelt aber entgegen der Vorstellung des Hintermanns nicht gutgläubig.

Ein Teil der Literatur wendet § 160 Abs. 1 StGB auch bei nicht gutgläubigen Aussagepersonen an.<sup>43</sup> Dem Tatbestand ließe sich eine exklusive Ausrichtung auf die Fälle der mittelbaren Täterschaft nicht entnehmen. Durch das Merkmal verleiten sei vielmehr klargestellt, dass jegliche Form des Bestimmens erfasst ist und nicht nur die Fälle, in denen der Vordermann Werkzeugqualität aufweist.

Allerdings würde eine solche Sicht den objektiven und subjektiven Tatbestand nicht miteinander in Konkordanz bringen, weil P gerade keine bewusst falsche Aussage bewirken wollte, sondern eine gutgläubige. Damit stände im objektiven Tatbestand des § 160 Abs. 1 StGB – das Bewirken einer gutgläubigen Absicht –, im subjektiven Tatbestand dagegen auch das Bewirken einer bösgläubigen Absicht. Deshalb lehnt eine andere Strömung in der Dogmatik die Anwendbarkeit des § 160 StGB auf Fallgestaltungen wie den hier vorliegenden ab.<sup>44</sup> Konstruktiv liege keine mittelbare Täterschaft vor; nur diese solle § 160 Abs. 1 StGB aber ersetzen.

Die erstgenannte Ansicht überzeugt. Es kann dem Wortlaut entnommen werden, dass auch das Verleiten zu einer bösgläubigen Aussage erfasst sein soll. Für eine einschränkende Auslegung besteht kein zwingender Grund, so dass es bei der aus dem Wortlaut folgenden Interpretation bleiben kann. Deshalb ist es unschädlich, dass A vorsätzlich eine falsche Aussage gemacht hat. P hat A zu dieser falschen Aussage verleitet, indem sie sie bat, einen falschen Tag anzugeben.

<sup>41</sup> *Bosch/Schittenhelm* (Fn. 39), § 160 Rn. 1; *Vormbaum*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 160 Rn. 14.

<sup>42</sup> *Kudlich*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 1), § 160 Rn. 1; *Bosch/Schittenhelm* (Fn. 39), § 160 Rn. 1; *Müller*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 160 Rn. 3.

<sup>43</sup> BGHSt 21, 117; *Bosch*, Jura 2015, 1303; *ders./Schittenhelm* (Fn. 39), § 160 Rn. 9; *Heinrich*, JuS 1995, 1118; *Heger* (Fn. 1), § 160 Rn. 4; *Rengier* (Fn. 39), § 49 Rn. 57.

<sup>44</sup> *Eschenbach*, Jura 1993, 407; *Kudlich/Henn*, JA 2008, 513; *Küper*, JZ 2012, 992 (999); *Maurach/Schroeder/Maiwald*, *Strafrecht, Besonderer Teil, Teilbd. 2*, 10. Aufl. 2013, § 75 Rn. 102; *Müller* (Fn. 42), § 160 Rn. 16.

2. Subjektiver Tatbestand

P handelte vorsätzlich bezüglich des Verleitens der A zu einer falschen Aussage.

3. Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit

P handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

P hat sich wegen Verleitens zu einer Falschaussage nach § 160 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, indem sie A bat, ein falsches Datum ihres Einkaufs anzugeben.

*Hinweis:* Wer der anderen Meinung folgt, muss die Prüfung des versuchten Verleitens zu einer Falschaussage nach §§ 160 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB vornehmen und bejahen.

**Gesamtergebnis und Konkurrenzen**

A hat sich im ersten Tatkomplex wegen Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 1, Var. 3 StGB und wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber der Kassiererin und zulasten des Geschäfts SC strafbar gemacht. Die Taten stehen in Tateinheit (§ 52 StGB) zueinander.

A hat sich im zweiten Tatkomplex wegen falscher uneidlicher Aussage gem. § 153 StGB und wegen versuchter Strafreitelung nach §§ 258 Abs. 1, Abs. 4, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Die Taten stehen in Tateinheit (§ 52 StGB) zueinander.

Die Taten aus den Tatkomplexen stehen in Tatmehrheit (§ 53 StGB) zueinander.

P hat sich im ersten Tatkomplex bezüglich der Polaruhr wegen Anstiftung zur Urkundenfälschung und zum Betrug gem. §§ 263 Abs. 1, 267 Abs. 1 Var. 1, Var. 3, 26 StGB strafbar gemacht. Die Taten stehen in Tateinheit (§ 52 StGB) zueinander.

Weiterhin hat sich P bezüglich des Austauschs der Aufkleber wegen Urkundenfälschung in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 267 Abs. 1 Var. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB und wegen Betrugs in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht. Die Taten stehen in Tateinheit (§ 52 StGB)<sup>45</sup> zueinander.

Zudem hat sich P wegen des Verkaufs der Jacke zu einem überhöhten Preis wegen Betrugs gegenüber und zulasten von K gem. § 263 Abs. 1 StGB und wegen Betruges in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB gegenüber K und zulasten von SC strafbar gemacht. Die Taten stehen in Tateinheit (§ 52 StGB) zueinander.

Die Taten innerhalb des ersten Tatkomplexes stehen in Tatmehrheit (§ 53 StGB) zueinander.<sup>46</sup>

Im zweiten Tatkomplex hat sich P wegen Verleitung zur Falschaussage gem. § 160 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Die Taten aus den Tatkomplexen stehen in Tatmehrheit (§ 53 StGB) zueinander.

**Aufgabe 2**

Wenn das Gericht das Verfahren ohne Urteil beenden will und P einen Geldbetrag an eine gemeinnützige Organisation zahlen soll, besteht die Möglichkeit, das Verfahren im Beschlussweg nach § 153a Abs. 2 S. 1 i.V.m. Abs. 1 S. 1 und 2 Nr. 2 StPO einzustellen.<sup>47</sup>

Es handelt sich beim Vorwurf des Verleitens zur Falschaussage mit einer Straferwartung von bis zu zwei Jahren um ein Vergehen (vgl. § 12 Abs. 2 StGB). Das Gericht ist vorliegend der Ansicht, dass die Geldauflage geeignet ist, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen. Zudem handelt es sich nach Auffassung des Gerichts um ein unbedeutendes Geschehen, sodass die Schwere der Schuld der Einstellung gegen die Geldauflage nicht entgegensteht.

Für die Einstellung ist weiterhin die Zustimmung der Staatsanwaltschaft und der Beschuldigten notwendig.<sup>48</sup>

*Hinweis:* Eine weitere Möglichkeit, ein Verfahren ohne Urteil zu beenden und dennoch zur Verhängung einer Auflage zu kommen, besteht theoretisch im Erlass eines Strafbefehls gem. §§ 407 ff. StPO, der dann als Rechtsfolge eine Verwarnung mit Strafvorbehalt mit einer Weisung gem. §§ 59, 59a Abs. 2 Nr. 2 StGB vorsehen müsste. Dies setzt jedoch einen Antrag der Staatsanwaltschaft gem. § 408a Abs. 1 StPO voraus, der vorliegend fehlt. Ein Strafbefehlsverfahren wäre zudem bereits unzulässig, weil gem. § 408a Abs. 1 S. 1 StPO nach Eröffnung des Hauptverfahrens – wie hier – die Staatsanwaltschaft einen Strafbefehl nur dann beantragen kann, wenn der Durchführung einer Hauptverhandlung das Ausbleiben oder die Abwesenheit des Angeklagten oder ein anderer wichtiger Grund entgegensteht. Das ist nicht der Fall.

<sup>45</sup> Siehe dazu v. Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 1), § 52 Rn. 1 ff.; Kühl (Fn. 10), § 52 Rn. 2 ff.; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl. 2017, Rn. 905 ff.

<sup>46</sup> Siehe dazu v. Heintschel-Heinegg (Fn. 45), § 53 Rn. 1 ff.

<sup>47</sup> Siehe dazu Beukelmann, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zur StPO, Stand: 1.7.2021, § 153a Rn. 76; Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 15. Aufl. 2020, Rn. 338.

<sup>48</sup> Beulke/Swoboda (Fn. 47), Rn. 338; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 64. Aufl. 2021, § 153a Rn. 47.

## Entscheidungsbesprechung

### Umgangsrecht des nichtrechtlichen leiblichen Vaters bei privater Samenspende

1. Ein Umgangsrecht kann dem leiblichen Vater auch im Fall der sogenannten privaten Samenspende zustehen (Fortführung von Senatsurteil BGHZ 197, 242 = FamRZ 2013, 1209 und Senatsbeschluss vom 18.02.2015 – XII ZB 473/13, FamRZ 2015, 828).
2. Die von § 1686a Abs. 1 BGB vorausgesetzte anderweitige rechtliche Vaterschaft muss nicht durch gesetzliche Abstammung, sondern kann auch durch Adoption begründet worden sein. Das gilt entsprechend, wenn das Kind im Wege der Stiefkindadoption von der eingetragenen Lebenspartnerin oder Ehefrau der Mutter angenommen wurde.
3. Die Einwilligung des leiblichen Vaters in die Adoption schließt das Umgangsrecht nur aus, wenn darin gleichzeitig ein Verzicht auf das Umgangsrecht zu erblicken ist. Daran fehlt es jedenfalls dann, wenn das Kind nach Absprache der Beteiligten den leiblichen Vater kennenlernen und Kontakt zu ihm haben sollte. Die rechtliche Unverbindlichkeit einer entsprechenden Vereinbarung steht dem nicht entgegen.
4. Ob und in welchem Umfang ein Umgang zu regeln ist, ist danach zu beurteilen, ob der leibliche Vater ein ernsthaftes Interesse am Kind gezeigt hat und inwiefern der Umgang dem Kindeswohl dient (im Anschluss an Senatsbeschluss BGHZ 212, 155 = FamRZ 2016, 2082). Dabei hat der leibliche Vater das Erziehungsrecht der rechtlichen Eltern zu respektieren, ohne dass dieses als solches die Eltern zur Verweigerung des Umgangs berechtigt (Fortführung der Senatsbeschlüsse vom 27.11.2019 – XII ZB 512/18, FamRZ 2020, 255 und vom 12.07.2017 – XII ZB 350/16, FamRZ 2017, 1688).  
(Amtliche Leitsätze)

BGB §§ 1686a Abs. 1 Nr. 1, 1697a, 1747 Abs. 1 S. 2  
FamFG § 167a  
AdVerMiG § 8a Abs. 1 S. 1

BGH, Beschl. v. 16.6.2021 – XII ZB 58/20 (KG Berlin, AG Tempelhof-Kreuzberg)<sup>1</sup>

#### I. Sachverhalt (gekürzt)

Der Antragsteller (Beteiligter zu 2) ist leiblicher Vater eines im August 2013 geborenen Kindes; leibliche Mutter ist die Beteiligte zu 3, das Kind wurde mittels privater Samenspende gezeugt. Die Beteiligte zu 4 hat mit der leiblichen Mutter eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründet und das Kind mit Einwilligung des Antragstellers im Jahr 2014 adoptiert.

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist veröffentlicht in BeckRS 2021, 18685 und abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=1228&nr=120328&pos=24&anz=667> (5.11.2021).

Bis 2018 bestand zwischen dem leiblichen Vater und dem Kind regelmäßiger Umgang, wobei die Beteiligten zu 3 und 4 stets zugegen waren. Das Kind weiß um die leibliche Vaterschaft des Antragstellers.

Die vom Antragsteller im Sommer 2018 geäußerte Bitte, mit dem Kind bei sich zuhause Umgang über einen längeren Zeitraum haben zu dürfen, lehnten die Beteiligten zu 3 und 4 ab. Nach erneuten Treffen brach schließlich der Kontakt zum Antragsteller ab.

Der Antragsteller begehrt Umgang mit dem Kind auch ohne Beisein der Eltern.

Das Amtsgericht hat den Antrag abgelehnt. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hat das Kammergericht zurückgewiesen. Mit seiner hiergegen gerichteten Rechtsbeschwerde verfolgt der Antragsteller sein Begehren weiter. Der BGH hat dieser nunmehr in hiesiger Entscheidung abgeholfen, die Entscheidung des Kammergerichts aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung zurückverwiesen.

#### II. Die Entscheidung des BGH

Der BGH verneint zunächst in Einklang mit den Vorinstanzen ein auf § 1684 Abs. 1 BGB und auf § 1685 Abs. 2 BGB gestütztes Umgangsrecht. Für ersteren fehle es bereits an der (rechtlichen) Elternstellung; zwar könne der Grundrechtsschutz des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG unter bestimmten Bedingungen auch für den leiblichen nichtrechtlichen Vater Geltung beanspruchen, für eine überdehnende Auslegung des § 1684 Abs. 1 BGB sei insoweit aber kein Raum, weil die Normen der §§ 1685 Abs. 2, 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB insoweit gerade als Auffangtatbestände statuiert seien.<sup>2</sup>

Für ein Umgangsrecht nach § 1685 Abs. 2 S. 1 BGB fehle es – so der BGH – bereits an einer sozial-familiären Beziehung des Kindes mit dem Antragsteller. Der leibliche Vater habe zu keiner Zeit in hierfür erforderlicher Art und Weise die tatsächliche Verantwortung getragen, insbesondere auch nicht mit dem Kind über längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft gelebt (vgl. § 1685 Abs. 2 S. 2 BGB). Da der BGH als Rechtsbeschwerdegericht an die tatsächlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts gebunden ist (§ 577 Abs. 2 S. 4 ZPO i.V.m. § 559 Abs. 2 ZPO), war insoweit allein der hieraus erwachsende Rechtsschluss überprüfungsfähig; eine Fehlerhaftigkeit der Vorinstanz schloss der BGH insoweit indes aus.<sup>3</sup>

Im Kern hatte sich der BGH folglich mit der Frage zu befassen, ob der leibliche Vater, welcher in die Adoption durch die mit der Mutter in Lebenspartnerschaft<sup>4</sup> verbundene Frau einwilligt, ein Umgangsrecht aus § 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB herleiten kann. Insoweit stellt der BGH zunächst fest, dass sich „eine entsprechende Anwendung der insoweit lückenhaften Vorschrift“<sup>5</sup> gebiete, weil sich diese unmittelbar allein

<sup>2</sup> BGH, Beschl. v. 16.6.2021 – XII ZB 58/20, Rn. 13 mit Verweis auf BGH NJW 2021, 1875 (1879 Rn. 46) hinsichtlich des grundrechtlichen Schutzes des leiblichen Vaters.

<sup>3</sup> BGH, Beschl. v. 16.6.2021 – XII ZB 58/20, Rn. 15 ff.

<sup>4</sup> Seit dem 1.10.2017 ist die Neubegründung einer solchen nicht mehr möglich, an ihre Stelle tritt die Ehe (§ 1353 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 1 S. 1 LPartG).

<sup>5</sup> BGH, Beschl. v. 16.6.2021 – XII ZB 58/20, Rn. 28.

auf die „Vaterschaft eines anderen Mannes“ beziehe; für die Stiefkindadoption durch die Partnerin der Mutter könne insoweit aber nichts anderes gelten.

Die Adoption und damit einhergehend die Aufhebung der Elternrechte gem. § 1755 Abs. 1 S. 1 BGB müssten stets getrennt von der Frage eines etwaigen Umgangsrechts des leiblichen Vaters betrachtet werden. Diese Trennung von Eltern- und Umgangsrecht zeige sich gerade an den Regelungen der §§ 1686a Abs. 1 und 1685 Abs. 2 BGB.<sup>6</sup> Ein Umgangsrecht müsse jedoch dann ausgeschlossen sein, wenn die Einwilligung in die Adoption zugleich als Verzicht auf ein solches verstanden werden könne. Gerade dies könne aber nicht pauschalisiert werden, insbesondere da durch die Regelung des § 8a Abs. 1 S. 1 AdVermiG zum Ausdruck gebracht ist, dass die Möglichkeit des Umgangs von leiblichen Eltern zum Kind auch nach erfolgter Adoption explizit erörtert werden soll.<sup>7</sup> Daher müsse der Verzicht auf den Umgang durch Einwilligung in die Adoption am Einzelfall erörtert werden. Von einer derartigen Übereinstimmung könne aber jedenfalls dann nicht ausgegangen werden, wenn zwischen den rechtlichen Eltern und dem leiblichen Vater zuvor abgesprochen war, dass dieser auch nach der Adoption Kontakt zu seinem Kind haben soll. Gerade dann verhielte sich der leibliche Vater nämlich widersprüchlich, wenn die Adoption zunächst unter der Prämisse späteren Kontakts stattfinde und anschließend auf den Umgang verzichtet werde.<sup>8</sup> Die im Rahmen des Umgangsrechts Dritter zu beachtende Störungsfreiheit der Familie sei i.R.d. § 1686a Abs. 1 BGB bereits dadurch beachtet, dass das Umgangsrecht in diesen Fällen dem Kindeswohl diene.<sup>9</sup>

Weiterhin befasst sich der BGH mit der Äußerung des Gesetzgebers im Rahmen der Neuschaffung des § 1686a Abs. 1 BGB. Hierdurch sollte eine „Vaterschaft light“ verhindert werden, indem sich der leibliche nichtrechtliche Vater allein auf sein Umgangs- und Auskunftsrecht nach § 1686a Abs. 1 BGB zurückzieht, obgleich er auch in die Rolle des rechtlichen Vaters hätte eintreten können. Eine solche Konstellation liege aber, so der BGH, bei der (geplanten) Stiefkindadoption gerade nicht vor, weil die Rolle des rechtlichen Vaters bereits durch die Partnerin der Mutter besetzt sei.<sup>10</sup> Zudem eröffnet das Gesetz dem leiblichen Vater die Möglichkeit eines Umgangsrechts nach § 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB auch dann, wenn zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater keine sozial-familiäre Beziehung besteht, sodass es dem leiblichen Vater möglich wäre, die rechtliche Vaterschaft gem. § 1600 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 BGB anzufechten und in die Rolle des rechtlichen Vaters zu treten. Somit müsse das Umgangsrecht a fortiori gegeben sein, wenn die Anfechtung wegen des Bestehens einer sozial-familiären Beziehung gem. § 1600 Abs. 2 BGB verwehrt ist.<sup>11</sup>

Schließlich stehe das erzeugte Ergebnis eines Umgangsrechts des leiblichen Vaters nach erfolgter Stiefkindadoption durch die Partnerin der Mutter auch im Einklang mit aktuellen Diskussionsständen. So hat sich das BMJV in einem aktuellen Entwurf für die Möglichkeit einer Mit-Mutterschaft bei künstlicher Befruchtung ausgesprochen, ohne dass insoweit eine Abweichung vom bestehenden § 1686a Abs. 1 BGB erfolgen soll.<sup>12</sup> Eine abweichende Beurteilung der geltenden Rechtslage sei mit ebendiesem Diskussionsstand nicht in Einklang zu bringen.<sup>13</sup>

### III. Stellungnahme

Familienrechtliche Entscheidungen zum Umgangs- und Sorgerecht wandeln stets auf schmalen Grat. Es gilt die Interessen unterschiedlicher Beteiligter in Einklang zu bringen und hierbei insbesondere dem Wohl und Schutz des betroffenen Kindes bestmöglich gerecht zu werden. Dies ist bei Auslegung und Lückenschließung stets im Auge zu behalten.

#### 1. Umgangsrecht aus §§ 1684 Abs. 1 und 1685 Abs. 2 BGB

Grundsätzlich steht jedem Elternteil das Umgangsrecht mit dem Kind zu (§ 1684 Abs. 1 Hs. 2 BGB). Da dieses Umgangsrecht jedoch allein an die rechtliche Elternstellung knüpft, steht es gerade nicht dem leiblichen, nichtrechtlichen Vater offen.<sup>14</sup> Mithin stand dem Antragsteller als lediglich leiblichem – nicht aber zugleich rechtlichem – Vater das Umgangsrecht nach § 1684 Abs. 1 Hs. 2 BGB gerade nicht zu.

Zutreffend und in geradezu vorbildlicher, beinahe lehrbuchartiger Manier führt der BGH zudem aus, dass ein aus § 1685 Abs. 2 BGB erwachsendes Umgangsrecht gerade voraussetzt, dass zwischen Kind und Bezugsperson bereits eine sozial-familiäre Beziehung besteht, nicht aber eine solche durch Gewährung des Umgangsrechts begründet werden kann. Dies folgt bereits unmittelbar aus der Vermutungsregelung des § 1685 Abs. 2 S. 2 BGB. Hiernach wird die Übernahme tatsächlicher Verantwortung in der Regel vermutet, wenn das Kind mit der Bezugsperson bereits in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt hat.

Die Übernahme tatsächlicher Verantwortung ist somit Tatbestandsvoraussetzung für die Gewährung des Umgangsrechts. Es gilt insoweit, eine bestehende sozial-familiäre Beziehung zu erhalten, nicht hingegen, eine solche aufbauen zu können.<sup>15</sup>

Unstreitig ist zwischen den Beteiligten, dass der Antragsteller niemals mit dem Kind in häuslicher Gemeinschaft gelebt hat. Zudem hat dieser auch im Übrigen keine tatsächliche Verantwortung getragen, vorherige Kontakte waren un-

<sup>12</sup> Siehe unter

[https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE\\_Reform\\_Abstammungsrecht.%20pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_Reform_Abstammungsrecht.%20pdf?__blob=publicationFile&v=1) (5.11.2021).

<sup>13</sup> BGH, Beschl. v. 16.6.2021 – XII ZB 58/20, Rn. 38.

<sup>14</sup> Vgl. *Altrogge*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.11.2019, § 1684 Rn. 39 m.w.N.

<sup>15</sup> Vgl. dazu auch die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/2253, S. 12.

<sup>6</sup> BGH, Beschl. v. 16.6.2021 – XII ZB 58/20, Rn. 32, 40.

<sup>7</sup> BGH, Beschl. v. 16.6.2021 – XII ZB 58/20, Rn. 41.

<sup>8</sup> BGH, Beschl. v. 16.6.2021 – XII ZB 58/20, Rn. 31 ff.

<sup>9</sup> BGH, Beschl. v. 16.6.2021 – XII ZB 58/20, Rn. 43.

<sup>10</sup> BGH, Beschl. v. 16.6.2021 – XII ZB 58/20, Rn. 30 ff.

<sup>11</sup> BGH, Beschl. v. 16.6.2021 – XII ZB 58/20, Rn. 37.

regelmäßig und fanden stets im Beisein der rechtlichen Eltern statt. Die für das Kind bestellte Verfahrensbeiständige hat hierzu weiterhin festgestellt, dass das Kind „den Antragsteller nicht als Teil seiner Familie, sondern lediglich als einen Besucher wahrnehme [...]“.<sup>16</sup>

## 2. Umgangsrecht des leiblichen Vaters

Mit der Regelung des § 1686a Abs. 1 BGB steht dem leiblichen nichtrechtlichen Vater nunmehr die Möglichkeit offen, ein Umgangsrecht auch abseits einer bereits bestehenden sozial-familiären Beziehung zu erwirken. Hiermit gilt es sich im Folgenden näher zu befassen.

### a) Beendigung der Verwandtschaft durch Adoption

Infolge der Adoption erlöschen sämtliche Verwandtschaftsverhältnisse des Kindes (§ 1755 Abs. 1 S. 1 BGB); bei der Stiefkindadoption hingegen erlöschen allein die Verwandtschaftsverhältnisse zu dem anderen Elternteil (§ 1755 Abs. 2 BGB). Hieraus resultierend stellt sich die Frage, ob nicht bereits deswegen der leibliche Vater einen Anspruch aus § 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB nicht geltend machen kann, weil er infolge der Adoption seine nichtrechtliche Vaterrolle verliert.<sup>17</sup> Der BGH hat dies verneint und auf die Trennung der Elternstellung und des Umgangsrechts verwiesen (s.o.). Dem ist im Ergebnis zuzustimmen, denn die Regelung des § 1755 Abs. 1 S. 1 BGB führt lediglich zur Beendigung des (rechtlichen) Verwandtschaftsverhältnisses, während die Regelung des § 1686a Abs. 1 BGB gerade erst durch das Fehlen der rechtlichen Elternstellung des leiblichen Vaters eröffnet wird. Eine der Vorschrift des § 1755 Abs. 1 S. 1 BGB entsprechende Regelung für den Fortfall der Stellung als leiblicher Vater infolge von Adoption fehlt indes im Hinblick auf den Regelungsgehalt des § 1686a Abs. 1 BGB.

Zudem führte ein Ausschluss des § 1686a Abs. 1 BGB gestützt auf die Regelung des § 1755 Abs. 1 S. 1 BGB zu einem systemwidrigen Wertungswiderspruch. Ist die Mutter im Zeitpunkt der Geburt verheiratet, wird der Ehemann rechtlicher Vater des Kindes (§ 1592 Nr. 1 BGB). Die Anfechtung ebendieser Vaterschaft ist für den leiblichen Vater ausgeschlossen, soweit zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater eine sozial-familiäre Beziehung besteht (§ 1600 Abs. 2 BGB). Für die Adoption ebendieses Kindes bedarf es sodann grundsätzlich<sup>18</sup> der Einwilligung der Eltern (§ 1747 Abs. 1 S. 1 BGB). Die Einwilligung des leiblichen Vaters ist insoweit aber nur erforderlich, als keine rechtliche Vaterschaft besteht (§ 1747 Abs. 1 S. 2 BGB). Ist also der Ehemann der Mutter rechtlicher Vater und die Anfechtung durch den leib-

lichen Vater ausgeschlossen, kann dieser die Adoption des Kindes weder verhindern, noch wird er hierzu gehört. Somit aber könnte in derartigen Konstellationen der rechtliche Vater die Verbindung zwischen Kind und leiblichem Vater vollkommen unterbinden. Da die Regelung des § 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB jedoch gerade bei Auseinanderfallen von rechtlicher und leiblicher Vaterschaft aufgrund des Kindeswohls ein Umgangsrecht schaffen soll, wäre ebendieser Schutz der Kindesinteressen unterminiert, ginge man von der einseitigen Möglichkeit des rechtlichen Vaters betreffs Unterbindung ebendieses Umgangsrechts aus.<sup>19</sup>

Ein Ausschluss des Umgangsrechts des leiblichen Vaters infolge von Adoption kann sich mithin allein durch Auslegung des § 1686a Abs. 1 BGB feststellen lassen; hierzu im Folgenden.

### b) Telos und Anwendungsbereich des § 1686a Abs. 1 BGB

Die Auslegung einer Norm sollte stets bei der Norm selbst beginnen. Kann aus ihrem Wortlaut nichts Weiteres gewonnen werden, ist darüber hinaus auf den eigentlichen Inhalt, welcher durch den Wortlaut lediglich verschriftlicht wird, abzustellen.

Die Vorschrift des § 1686a Abs. 1 BGB wurde durch das Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen nichtrechtlichen Vaters<sup>20</sup> eingefügt und diente insbesondere der Umsetzung zweier Entscheidungen des EGMR.<sup>21</sup> Hierin hatte das Gericht festgestellt, dass unter den Schutzbereich des Art. 8 EMRK auch das beabsichtigte Familienleben in Form eines Umgangs des leiblichen Vaters mit seinem Kind fallen könne, wenn der Grund für das Fehlen eines Kontaktes nicht dem leiblichen Vater zugerechnet werden könne.<sup>22</sup> Der Grund für ein schützenswertes Interesse resultiert insoweit daraus, dass das Kind und sein leiblicher Vater „durch ein natürliches Band unveränderbar miteinander verbunden“<sup>23</sup> seien.

Dem Vorstehenden soll die neueingefügte Regelung des § 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB gerecht werden. Hierdurch wird dem leiblichen Vater – sofern er bereits ernsthaftes Interesse an dem Kind gezeigt hat – die Möglichkeit eröffnet, Kontakt zu seinem Kind zu erhalten, auch wenn bislang keinerlei Beziehung bestand, dieselbe mithin durch das Umgangsrecht erstmals geschaffen werden soll; vorrangig ist insoweit aber stets das Kindeswohl, welches zum Ausschluss des Umgangsrechts führen kann (§ 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB a.E.).

Problematisch war im hiesigen Fall insoweit, dass Voraussetzung des § 1686a Abs. 1 BGB das Bestehen der Vaterschaft eines anderen Mannes ist, es vorliegend aber zu einer Adoption durch die Lebenspartnerin der Mutter gekommen war. Am Ergebnis kann dies freilich nichts ändern, denn ob inso-

<sup>16</sup> Hierzu umfassend die vorinstanzliche Entscheidung des KG FamRZ 2020, 1271.

<sup>17</sup> Dies wird angenommen von *Veit*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 59, Stand: 1.8.2021, § 1686a Rn. 7.1; ganz ähnlich, im Ergebnis aber kritisch *Botthof*, FamRZ 2020, 1274 f.; a.A. jedoch mit Kritik de lege lata *Altrogge*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 15.2.2021, § 1686a Rn. 61 f.

<sup>18</sup> Vgl. insoweit die Ersetzungsbefugnis des Familiengerichts gem. § 1748 BGB.

<sup>19</sup> Daher wird teilweise neben der Einwilligung der rechtlichen Eltern auch die des leiblichen Vaters gefordert: *Altrogge* (Fn. 17), § 1686a Rn. 62 m.w.N.

<sup>20</sup> Gesetz v. 4.7.2013, BGBl. I 2013, S. 2176 f.

<sup>21</sup> EGMR NJW 2012, 2781; EGMR NJW 2011, 3565, vgl. BT-Drs. 17/12163, S. 9.

<sup>22</sup> EGMR NJW 2012, 2781 (2784 f. Rn. 81, 86 ff.); EGMR NJW 2011, 3565 (3566 f. Rn. 60, 67 ff.).

<sup>23</sup> EGMR NJW 2011, 3565 (3566 Rn. 60).

weit eine rechtliche Vaterschaft oder eine gleichgeschlechtliche Elternschaft vorliegt, ändert an der Grundkonstellation nichts. Im Ergebnis ist dem BGH insoweit zuzustimmen, dass die Regelung auch auf Fälle der Stiefkindadoption durch die Partnerin der Mutter anzuwenden ist, wenngleich dies dogmatisch eher auf eine teleologische Extension zu stützen sein wird.

Der Gesetzgeber hat explizit darauf verzichtet, einen Vorrang der Anfechtungsmöglichkeit zu statuieren. Dem leiblichen Vater steht auch dann der Weg über § 1686a Abs. 1 BGB offen, wenn die rechtliche Vaterschaft mangels sozialfamiliärer Beziehung für ihn nach § 1600 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 BGB anfechtbar wäre. Grund hierfür war die Überlegung, dass das Gericht andernfalls bei der Prüfung des § 1686a Abs. 1 BGB stets inzident die Erfolgsaussichten einer etwaigen Anfechtung prüfen müsste, was aus prozessualen Gesichtspunkten unökonomisch wäre.<sup>24</sup> Das hieraus gewonnene *argumentum a fortiori* des BGH (s.o.) ist dennoch verfehlt. Denn allein, weil es dem leiblichen Vater selbst dann möglich ist, ein Umgangsrecht nach § 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB zu erwirken, wenn er gleichwohl vermittels Anfechtung die Rolle des rechtlichen Vaters einnehmen könnte, erwächst hieraus keineswegs der Rückschluss, dass dies erst recht möglich sein muss, wenn eine Anfechtung ausgeschlossen ist. Vielmehr wäre es in hiesiger Konstellation dem leiblichen Vater gleichsam möglich gewesen, die rechtliche Vaterschaft einzunehmen und der Lebenspartnerin der Mutter ein Umgangsrecht über die Regelung des § 1685 Abs. 2 BGB zu verschaffen. Da er hierauf aber gerade verzichtet und in die Adoption eingewilligt hat, scheint insoweit ein Erstrechtsschluss verfehlt. Dies verdeutlicht sich noch anhand des Nachfolgenden.

#### c) Die „Elternschaft light“

In der Gesetzesbegründung zu § 1686a Abs. 1 BGB heißt es: „Dementsprechend kann sich ein biologischer Vater, der seine rechtliche Vaterstellung im Wege der Adoption mit seiner Einwilligung verloren hat, nicht auf § 1686a berufen.“<sup>25</sup> Diese Aussage zielte darauf ab, eine „Elternschaft light“<sup>26</sup> zu verhindern, wie diese zum einen entstehen könnte, wenn das Kind überhaupt keinen rechtlichen Vater hat oder aber das Kind durch Adoption angenommen wird und der leibliche Vater sich sodann auf das Umgangsrecht ohne gleichzeitig bestehende Verpflichtungen beschränken könnte. Ersteres wurde unterbunden, indem die Vorschrift des § 1686a Abs. 1 BGB das Bestehen einer rechtlichen Vaterschaft voraussetzt.

Beachtlich ist insoweit nun, dass der Gesetzgeber aus der Einwilligung in die Adoption zugleich auch einen Ausschluss des Umgangsrechts nach § 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB gezogen hat, ohne dies explizit im Gesetz zu verankern. Vielmehr wurde wohl davon ausgegangen, die Einwilligung sei in derlei Konstellationen stets zugleich als Verzicht auszulegen.

Hiesiger Fall weicht insoweit aber von derartigen Konstellationen ab. Zunächst kann es indes keinen Unterschied

machen, ob sich der leibliche Vater durch die Einwilligung in die Adoption aus der Rolle des rechtlichen Vaters zurückzieht oder diese von Beginn an nicht einnimmt. In beiden Fällen muss ein Umgangsrecht nach § 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB jedenfalls dann ausscheiden, wenn hiermit eine Umgehung der aus der rechtlichen Vaterschaft erwachsenden Verpflichtungen unter gleichzeitiger Einforderung eines Umgangsrechts („Elternschaft light“) bezweckt ist. Hiervon kann indes vorliegend gerade nicht ausgegangen werden.

Das Umgangsrecht unterliegt nicht der Disponibilität der Eltern; es ergibt sich vielmehr *ex lege*. Wenn zwischen den Eltern und dem leiblichen Vater aber eine Absprache dergestalt stattgefunden hat, dass der Vater nach der Geburt Kontakt haben und die Adoption allein der Zuordnung der rechtlichen Elternschaft dienen soll, ist insoweit gerade nicht die Möglichkeit der „Elternschaft light“ eröffnet. Der Vater zieht sich nicht aus seiner rechtlichen Vaterschaft zurück bzw. verzichtet auf die Übernahme derselben, weil er sich selbst einen Vorteil verschaffen will, ohne zugleich die Pflichten der Vaterschaft zu übernehmen; vielmehr dient dies gerade der Herstellung einer familiären Einheit zwischen der Mutter und ihrer Lebenspartnerin. Dem Vater in diesen Fällen aber seine Einwilligung in die Adoption zum Nachteil gereichen zu lassen, käme einer (faktischen) Bestrafung für die Förderung des ehelichen Lebens gleich, ohne aber, dass es für eine solche Sanktionierung eine Rechtfertigung gäbe.

Die vom Gesetzgeber wohl statuierte pauschale Auslegung der Adoptionseinwilligung als gleichzeitigen Verzicht auf die Kontaktmöglichkeit dürfte – unter Zustimmung zum BGH – insoweit verfehlt sein.

Zudem haben die Eltern gerade den Weg über die private Samenspende mitsamt expliziter Absprache hinsichtlich der Kontaktmöglichkeit von Kind und leiblichem Vater gewählt. Da es an einer gesetzlichen Regelung hinsichtlich des Ausschlusses der Möglichkeit eines Umgangsrechts des in die Adoption einwilligenden leiblichen Vaters fehlt (s.o.), bedarf es einer Auslegung im Einzelfall. Dem BGH ist insoweit vollkommen zuzustimmen, dass es aus Sicht des Samenspenders keineswegs widersprüchlich ist, in die Adoption einzuwilligen und anschließend ein Umgangsrecht geltend zu machen; vielmehr wäre es – wie der BGH vollkommen zurecht vorträgt! – widersprüchlich, dies nicht zu tun.

#### IV. Denkanstoß: Stiefkindadoption durch Partner des leiblichen Vaters

Das Recht als systematische Einheit lebt von Vergleichen. Um also im Hinblick auf die Möglichkeit des Umgangsrechts des leiblichen Vaters einen Rückschluss aus etwaigen Wertungsfragen ziehen zu können, blicken wir abschließend noch auf die Möglichkeiten, welche in ähnlichen Konstellationen der Mutter eröffnet sind.

Insoweit sei vorangestellt, dass die Leihmutterchaft nach deutschem Recht nicht erlaubt ist. Wer an einer Frau, welche bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten zu überlassen, eine künstliche Befruchtung vornimmt, macht sich strafbar (§ 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG); Gleiches gilt für die künstliche Befruchtung mit einer „fremden“ Eizelle (§ 1 Abs. 2 ESchG). Gleichwohl besteht auch abweichend hiervon die Möglich-

<sup>24</sup> BT-Drs. 17/12163, S. 12.

<sup>25</sup> BT-Drs. 17/12163, S. 12.

<sup>26</sup> BT-Drs. 17/12163, S. 12.

keit, dass eine Frau von einem Partner eines männlichen gleichgeschlechtlichen Paares ein Kind bekommt. Willigt sie in die Adoption des Partners des (leiblichen) Vaters ein, können beide Männer Eltern des Kindes werden. Es besteht insoweit eine Vergleichbarkeit mit Konstellationen privater Samenspende, als es gerade hierauf (wohl) nicht ankommen wird, mithin ebendiese Denkansätze auch dann Anwendung finden, wenn die Mutter das Kind auf natürlichem Wege vom leiblichen Vater empfangen hat, dieser aber gleichsam in die Adoption durch die (Lebens-)Partnerin der Mutter einwilligt.

Da es aber an einer dem § 1686a BGB vergleichbaren Regelung für den vorstehend beschriebenen Fall fehlt, besteht für die leibliche Mutter keine Möglichkeit, ein Umgangsrecht allein gestützt auf ebendiese Stellung zu erwirken. Auch eine analoge Anwendung muss insoweit ausscheiden. Die Regelung des § 1686a Abs. 1 BGB trägt dem Umstand Rechnung, dass rechtlicher und leiblicher Vater auseinanderfallen können; eine Konstellation, welche im Hinblick auf die Mutter dem deutschen Recht fremd ist, sodass es für eine Analogie jedenfalls an einer Vergleichbarkeit der Interessenlagen fehlen dürfte.

Der leiblichen Mutter steht daher im Anschluss an die erfolgte Adoption allein die Möglichkeit eines Umgangsrechts über die Vorschrift des § 1685 Abs. 2 S. 1 BGB zu. Wenngleich sich auch die Lage des leiblichen nichtrechtlichen Vaters nicht unmittelbar mit derjenigen der leiblichen Mutter vergleichen lässt, so lassen sich doch aufgrund des Wegfalls jeglicher Umgangsrechte ebendieser Mutter infolge durchgeführter Adoption abseits einer zuvor bereits bestehenden sozial-familiären Beziehung gewisse Rückschlüsse gewinnen. Denn wieso sollte der leibliche Vater in ebensolcher Konstellation besser stehen als die leibliche Mutter?

Das geltende Recht scheint vor dem Hintergrund hiesiger Betrachtung nicht sämtlichen Fallkonstellationen gerecht zu werden. Vielleicht wäre es daher angezeigt, im Rahmen einer umfassenden Reform das Ineinandergreifen unterschiedlicher familienrechtlicher Konstrukte erneut zu überprüfen und dahingehende Wertungen im Gesetz zu verankern.

*Ref. iur. Lennart Giesen, Bielefeld*



## Entscheidungsbesprechung

### Beihilfe beim Einsatz von Ransomware

#### Zur Strafbarkeit der Verbreitung eines Erpressungstrojaners über das Internet (sog. Ransomware) (Amtlicher Leitsatz)

StGB §§ 253 Abs. 1, 303a Abs. 1, 303b Abs. 1 Nr. 1, 27

BGH, Beschl. v. 8.4.2021 – 1 StR 78/21 (LG Stuttgart)<sup>1</sup>

#### I. Einführung

Die Entscheidung urteilt einen der in letzter Zeit zahlreichen Versuche ab, mit Hilfe eines Trojanerprogramms von Nutzern privater und betrieblicher PCs Geld zu erpressen. Die fragliche Tätergruppierung, welcher der Angeklagte – freilich an eher untergeordneter Stelle – angehörte, hatte zwischen 2013 und 2016 weltweit rund 200 Mio. Rechnersysteme infiziert und dabei etwa 9 Mio. € an Erpressungsgeldern kassiert.<sup>2</sup> Im Vordergrund der Entscheidung des *Senats* stehen zwei Fragen: Zum einen geht es beim Tatbestand der Computersabotage (§ 303b Abs. 1 StGB) darum, welche Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal der Datenverarbeitung „von wesentlicher Bedeutung“ zu stellen sind. Zum anderen erwägt der *Senat*, wie viele Taten der Beihilfe i.S.d. §§ 52 f. StGB der Angeklagte beging, der nicht unmittelbar an den Einzeltaten mitwirkte, sondern im Hintergrund für Ausbau und Erhalt der Serverinfrastruktur zuständig war.

#### II. Sachverhalt und Verfahrensgang

Die Masche, mit welcher die Tätergruppe vorging und die der *Senat* ausführlich schildert, war kurz gefasst folgende: Auf einzelnen Websites wurden Werbeanzeigen platziert, bei deren Anklicken es ohne weiteres Zutun seitens der Nutzer zum Laden und zur Installation eines Trojaners auf den Rechnern der Geschädigten kam. Dieser Trojaner meldete Standort- und weitere Betriebsdaten an einen von der Gruppe betriebenen Server, der im Gegenzug eine Verschlüsselungssoftware übermittelte sowie einen Sperrbildschirm in der jeweiligen Landessprache mit einem auf die fragliche Region abgestimmten Text. In der Folge wurde die gesamte Festplatte der Geschädigten verschlüsselt und ihr Betriebssystem so konfiguriert, dass nur noch der jeweilige Sperrbildschirm zu sehen war. Dieser war mit landesspezifischen Behördenemblemen versehen (in Deutschland etwa des BKA oder des BND) und teilte mit, es hätten illegale Downloads stattgefunden oder es befänden sich kinderpornographische Inhalte auf dem befallenen Rechner. Zur Abwendung eines Strafverfahrens sowie zur

Freigabe des Computersystems wurde ein Betrag von 100 € gefordert, der über geldwerte PIN-Codes elektronischer Zahlungssysteme (z.B. paysafecard<sup>3</sup> oder Ukash<sup>4</sup>) entrichtet werden sollte, die über sog. Finanzagenten der Tätergruppe eingelöst wurden und der Gruppe zufließen.<sup>5</sup> Allerdings wurde selbst im Falle einer Zahlung durch die Geschädigten die Sperrung der PCs keineswegs aufgehoben; dies war nach der verwendeten Verschlüsselungssoftware gar nicht möglich. Im Ergebnis blieb den Geschädigten lediglich, ihre Festplatten völlig neu zu formatieren und das Betriebssystem unter Verlust sämtlicher gespeicherter Daten neu aufzusetzen.<sup>6</sup>

In der Zeit, in welcher der Angeklagte der Tätergruppierung angehörte, wurden auf diese Weise an 396 Tagen über 4.000 Rechner infiziert. In 393 Fällen übermittelten die Geschädigten die geforderten Geldwerte. Die Tätigkeit des Angeklagten, für die er ein „Gehalt“ von 1.000 € im Monat erhielt, bestand darin, die Server zu warten, neue Server anzumieten und die Gruppenführung technisch zu beraten.<sup>7</sup> Einen individuellen Tatbeitrag zu einzelnen Infektions- und Erpressungsgeschehen leistete er hingegen nicht.

Die erstinstanzlich entscheidende Strafkammer hatte den Angeklagten wegen Beihilfe zur versuchten Erpressung in Tateinheit mit Beihilfe zur versuchten Computersabotage in 396 Fällen sowie wegen Beihilfe zur Erpressung in Tateinheit mit Beihilfe zur Computersabotage in 393 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt.<sup>8</sup> Anscheinend hatte man zur Verfahrensvereinfachung nicht jede erfolgte Infektion als isolierten Versuch abgeurteilt (denn dann wären es mehr als 4.000 Taten gewesen), sondern lediglich angenommen, an jedem der 396 Tage sei jedenfalls zumindest einmal ein Rechner infiziert, daraufhin aber nicht gezahlt worden. Hingegen waren die 393 Fälle erfolgreicher Erpressung offenbar anhand der Zahlungen festgestellt worden und konnten daher auch abgeurteilt werden. Im Ergebnis wurden dem Angeklagten vom Tatgericht also 789 tatmehrheitliche Beihilfetaten angelastet.

#### III. Die Entscheidung des Senats

Diese Konkurrenzausgestaltung hatte auf Revision des Angeklagten hin keinen Bestand. Vielmehr änderte der *Senat* den Schuldspruch ab und fasste das gesamte Geschehen zu einer einzigen Beihilfe zur (vollendeten) Erpressung in Tateinheit mit Beihilfe zur (ebenfalls vollendeten) Computersabotage zusammen. Als weitere Folge wurde auch der Strafausspruch aufgehoben, weil der *Senat*, was plausibel ist, davon ausging, die Höhe der Gesamtfreiheitsstrafe erkläre sich auch durch die Vielzahl der Taten. Es sei daher möglich, zu einer niedrigeren Strafe zu gelangen, wenn man – bei gleicher Schadenshöhe – nur eine einzige Tat der Beihilfe zu Grunde lege. Zum Zwecke der neuen Strafbemessung auf Basis des nunmehr

<sup>1</sup> Veröffentlicht in NJW 2021, 2301 m. Anm. *Safferling* sowie in K&R 2021, 576 und abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=2b4b7dedf1b9454e1e4ae59a4a2dd077&nr=119728&pos=0&anz=1> (13.11.2021); weitere Besprechung *Neuhöfer/Schefer*, jurisPR-CompI 5/2021 Anm. 3.

<sup>2</sup> BGH, Beschl. v. 8.4.2021 – 1 StR 78/21, Rn. 7.

<sup>3</sup> Zu näheren Informationen siehe <https://de.wikipedia.org/wiki/Paysafecard> (13.11.2021).

<sup>4</sup> Dazu <https://de.wikipedia.org/wiki/Ukash> (13.11.2021).

<sup>5</sup> BGH, Beschl. v. 8.4.2021 – 1 StR 78/21, Rn. 7.

<sup>6</sup> BGH, Beschl. v. 8.4.2021 – 1 StR 78/21, Rn. 6.

<sup>7</sup> BGH, Beschl. v. 8.4.2021 – 1 StR 78/21, Rn. 8.

<sup>8</sup> BGH, Beschl. v. 8.4.2021 – 1 StR 78/21, Rn. 1.

rechtskräftigen Schuldspruchs wurde die Sache an eine andere Strafkammer des LG Stuttgart zurückverwiesen.<sup>9</sup>

### 1. Die Haupttaten (Erpressung und Computersabotage)

Im Hinblick auf die Akzessorität der in Rede stehenden Beihilfe behandelt der *Senat* zunächst die Verwirklichung der Haupttaten, also Erpressung und Computersabotage, durch die Tätergruppierung. Zu Recht wird dabei der Erpressung (§ 253 StGB) vergleichsweise geringe Aufmerksamkeit geschenkt, da ihre Voraussetzungen recht eindeutig vorliegen.<sup>10</sup> In allen Fällen wurde mit dem empfindlichen Übel der weiterbestehenden Sperrung sowie einem polizeilichen Verfahren gedroht, das es durch die Zahlung, den eintretenden Nachteil bzw. die erstrebte Bereicherung, abzuwenden gelte. Ginge es nur um die Sperrung, hätte sich das weitere Problem gestellt, ob ein Drohen mit einem Unterlassen (der Aufhebung der Sperre) tatbestandsmäßig sein kann.<sup>11</sup> Hier allerdings kam die jedenfalls konkludent mitschwingende Drohung hinzu, wegen der angeblichen illegalen Downloads bzw. pornographischen Inhalte gäbe es andernfalls weiteren behördlichen Ärger. Ob die Täter bei den jeweiligen Nutzern dabei zufällig „ins Schwarze getroffen“ haben (weil diese tatsächlich insoweit ein schlechtes Gewissen haben mussten) oder nicht, spielt dabei schon deshalb keine Rolle, weil selbst objektiv unschuldige Nutzer damit rechnen mussten, ihnen könnten ggf. neben der Schadsoftware auch solche kompromittierenden Inhalte aufgespielt worden sein.

Im Auge behalten muss man die zwei unterschiedlichen Fallgruppen der vollendeten (393 Haupttaten) und der versuchten Erpressung (396 Haupttaten). Auch letztere ist ohne Weiteres zu bejahen, weil ein Tatentschluss vorlag, eine Zahlung durch Drohung zu bewirken, und durch die Infektion der Rechner und das Aufspielen des die Drohung bewirkenden Sperrbildschirms i.S.v. § 22 StGB zur Verwirklichung bereits unmittelbar angesetzt worden war.

Die Strafkammer hatte ferner die Voraussetzungen gewerbs- und bandenmäßiger Begehung (§ 253 Abs. 4 StGB) angenommen.<sup>12</sup> Davon ist freilich nichts im Schuldspruch zu erkennen, weil die Verwirklichung besonders schwerer (oder minder schwerer) Fälle dort nach allgemeiner Auffassung nichts zu suchen hat.<sup>13</sup> Angesichts der Aufhebung des Straf-

auspruchs brauchte sich auch der *Senat* dazu nicht weiter zu äußern, weil über diese Strafzumessungsbestimmung ohnehin neu zu entscheiden sein wird.

Ausführlicher geht der *Senat* sodann auf § 303b StGB ein.<sup>14</sup> Dieses Delikt ist zweistufig aufgebaut. In § 303b Abs. 1 Nrn. 1–3 StGB wird als erste Stufe alternativ eine Tat nach § 303a StGB (Nr. 1), eine Datenübermittlung in Schädigungsabsicht (Nr. 2, unter anderem die sog. DDoS-Angriffe<sup>15</sup>) oder eine schlichte Sachbeschädigung an Rechnern oder Datenträgern (Nr. 3) verlangt. Einschlägig ist hier § 303a StGB (d.h. § 303b Abs. 1 Nr. 1 StGB), weil durch die Installation des Trojaners, die Eingriffe ins Betriebssystem und die Verschlüsselung des Datenbestandes jedenfalls (fremde) Daten unterdrückt (nämlich dem Zugriff des Berechtigten entzogen) und verändert wurden (§ 303a Abs. 1, Var. 2, Var. 4 StGB).

Auf der zweiten Stufe bedarf es sodann infolge der Tat handlung nach § 303b Abs. 1 Nrn. 1–3 StGB der erheblichen Störung einer Datenverarbeitung, die für einen anderen „von wesentlicher Bedeutung“ ist. Das Vorliegen einer erheblichen Störung kann hier zwanglos bejaht werden, wenn die Rechnernutzung für einen nicht nur kurzen Zeitraum letztlich komplett verhindert wird. Für die Subsumtion anderer Fallgestaltungen sollte man jedoch daran denken, nicht jede Störung als Erfolg anzusehen, sondern zwischen Störungen und *erheblichen* Störungen zu differenzieren.

Weniger eindeutig ist die Frage zu beantworten, wann die betroffene Datenverarbeitung „von wesentlicher Bedeutung“ für die Geschädigten ist. Der *Senat* bezieht sich an dieser Stelle zunächst auf die Gesetzesbegründung, die darauf abstellt, „ob die Datenverarbeitungsanlage für die Lebensgestaltung der Privatperson eine zentrale Funktion einnimmt.“<sup>16</sup> Dies sei regelmäßig zu bejahen, wenn die Rechnernutzung „im Rahmen einer Erwerbstätigkeit, einer schriftstellerischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Tätigkeit [erfolgte], nicht aber [bei] jegliche[m] Kommunikationsvorgang im privaten Bereich oder etwa Computerspiele[n].“<sup>17</sup> Nun tauchte hier allerdings ein Problem auf: Der Strafkammer „waren [...] konkrete Feststellungen zu den betroffenen Computersystemen nicht möglich.“<sup>18</sup> Man hätte sie wohl nur durch Befragung der 789 Geschädigten treffen können, was verständlicherweise offenbar unterblieben war, sieht man von einem Fall „des Anzeigerstatters“<sup>19</sup> ab, der freilich in der Entscheidung nur einmal kurz und ohne weitere Details erwähnt wird, weshalb man nur spekulieren kann, er habe durch

rend *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 5. Auflage 2017, Bd. 3, § 243 Rn. 61.

<sup>14</sup> BGH, Beschl. v. 8.4.2021 – 1 StR 78/21, Rn. 13 ff.

<sup>15</sup> Distributed Denial-of-Service-Angriffe, d.h. die Überflutung (und dadurch Lähmung) von Servern durch sinnlose Anfragen aus ausgedehnten Botnetzen.

<sup>16</sup> Regierungsentwurf zum 41. StÄG, BT-Drs. 16/3656, S. 13; BGH, Beschl. v. 8.4.2021 – 1 StR 78/21, Rn. 17.

<sup>17</sup> BT-Drs. 16/3656, S. 13; ähnlich *Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 11), § 303b Rn. 4.

<sup>18</sup> BGH, Beschl. v. 8.4.2021 – 1 StR 78/21, Rn. 17.

<sup>19</sup> BGH, Beschl. v. 8.4.2021 – 1 StR 78/21, Rn. 17.

<sup>9</sup> BGH, Beschl. v. 8.4.2021 – 1 StR 78/21, Rn. 24.

<sup>10</sup> BGH, Beschl. v. 8.4.2021 – 1 StR 78/21, Rn. 12.

<sup>11</sup> *Neuhöfer/Schefer*, jurisPR-Compl 5/2021 Anm. 3; vgl. dazu die entsprechende Diskussion zur Nötigung, insb. BGHSt 31, 195; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 240 Rn. 10; *Horn*, NStZ 1983, 497 (499); *Roxin*, JuS 1964, 373 (377); *Ostendorf*, NJW 1980, 2592 (2592); *Zopfs*, JA 1998, 813 (817 ff.).

<sup>12</sup> BGH, Beschl. v. 8.4.2021 – 1 StR 78/21, Rn. 9.

<sup>13</sup> *Sander*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 253 Rn. 48; vgl. auch BGH BeckRS 2015, 19657 sowie für den gleichgelagerten Fall des § 243 StGB BGH NStZ-RR 2007, 111 f.; OLG Hamm NStZ-RR 2001, 300 (302); *Velten*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, GVG und EMRK, Bd. 5, 5. Aufl. 2016, § 260 Rn. 26; differenzie-

seine Anzeige die Ermittlungen ins Rollen gebracht, welche sich dann auf die Täterseite konzentriert haben könnten. Es bleibt das Problem, nichts über die übrigen 788 Fälle zu wissen und daher auf Indizien zurückgreifen zu müssen. Die dazu vorgetragenen Überlegungen des *Senats* überzeugen allerdings nicht sonderlich.<sup>20</sup> Er schließt nämlich von der Schwere des Eingriffs in die Rechner und wegen des dabei eintretenden totalen Datenverlustes auf eine wesentliche Bedeutung, was logisch nicht schlüssig wirkt. Denn jedenfalls dann, wenn einzelne Rechner ausschließlich für private (Spiel-)Zwecke eingesetzt worden wären und nicht zugleich Berufsausübung oder Ausbildung dienten, wäre selbst ihr Totalausfall für die Lebensgestaltung kaum existenziell. Auch das weitere Argument, jedenfalls in den Fällen, in denen tatsächlich gezahlt worden sei, spräche dies für eine wesentliche Bedeutung,<sup>21</sup> wird den konkreten Fällen nur eingeschränkt gerecht. Immerhin wurden lediglich 100 € verlangt. Angesichts dessen könnte selbst der Nutzer eines ausschließlich im Freizeitbereich genutzten Rechners auf den Gedanken verfallen, dieser Betrag bilde einen geringeren Nachteil als die Mühen (und ggf. auch Kosten), die mit einer zeitaufwendigen Neuinstallation und individueller Anpassung von Betriebssystem und sämtlichen weiteren Programmen einhergehen. Das sähe zweifellos anders aus, wenn es im Einzelfall um höhere Erpressungssummen gegangen wäre. Hätte man zudem wenigstens bei einigen Nutzern mehr über die konkrete Rechnernutzung in Erfahrung gebracht, wäre ein Schluss auf die wesentliche Bedeutung in den übrigen, nicht näher untersuchten Fällen sicherlich eher tragfähig gewesen.<sup>22</sup>

Erpressung und Computersabotage bzw. deren Versuche stehen bei den einzelnen Vorgängen jeweils in Tateinheit (§ 52 StGB). Denn Datenveränderung (Erscheinen des Sperrbildschirms) und Äußerung der erpresserischen Drohungen liefen jeweils nahezu zeitgleich ab.<sup>23</sup>

## 2. Zur Anzahl der Beihilfetaten

Entsprechend dem sicherlich am weitesten verbreiteten Tatbild, bei dem ein Gehilfe jede einzelne einer Mehrheit von Haupttaten durch eine unterscheidbare Unterstützungshandlung fördert, hatte die Strafkammer den 789 Haupttaten auch spiegelbildlich 789 Beihilfetaten des Angeklagten zugeordnet. Dies hat der *Senat* völlig zu Recht beanstandet. Die Tätigkeit des Angeklagten erfolgte gewissermaßen im Hintergrund; er wirkte auf keine individuellen Geschädigten oder deren Rechner ein, sondern hielt die von der Tätergruppe betriebenen Server am Laufen. Dabei ließen sich zwar theoretisch noch einzelne Unterstützungsaktivitäten separieren; diese erfolgten

jedoch allesamt auf der Basis eines einzigen Tatentschlusses des Angeklagten, weshalb sie als eine einzige fortdauernde Unterstützungshandlung anzusehen sind.

Für die rechtliche Bewertung einer Beihilfe ist aber nun nach allgemeiner Auffassung nicht die Zahl der Haupttaten maßgebend, sondern die Zahl der trennbaren Handlungen des Gehilfen.<sup>24</sup> Wenn dieser wie hier durch letztlich eine Unterstützungshandlung eine Mehrzahl von Haupttaten fördert, kann er auch nur wegen einer Beihilfe zur Verantwortung gezogen werden. Als eindeutigeres Beispiel diene die (einmalige) Beschaffung einer Schusswaffe durch den Gehilfen, mit der in der Folge – wie im NSU-Verfahren – durch die Haupttäter über einen längeren Zeitraum hinweg immer wieder Morde begangen werden. In solch einer Konstellation ist wegen (einer einzigen) „Beihilfe zu neun Fällen des Mordes“ zu urteilen.<sup>25</sup>

In unserem Fall hat der *Senat* dies zwangsläufig ebenso werten müssen und im Ergebnis eine Beihilfe annehmen dürfen. Er hat freilich nur wegen (einer einzigen) „Beihilfe zur Erpressung in Tateinheit mit Beihilfe zur Computersabotage“ schuldig gesprochen, also die Zahl der Haupttaten dabei nicht genannt. Dahinter steht die – bislang als noch nicht geklärt anzusehende – Frage, ob in solchen Fällen bei der Beihilfe das Konstrukt der tatbestandlichen Handlungseinheit oder eine Idealkonkurrenz anzunehmen ist. Bei einer tatbestandlichen Handlungseinheit (wie sie etwa im Falle der Körperverletzung durch mehrere, aufeinanderfolgende Schläge gegen dieselbe Person auf Grund eines einzigen Tatentschlusses anzunehmen wäre) läge tatsächlich nur eine einzige Verwirklichung des Beihilfetatbestandes vor; die Zahl der Haupttaten wäre dabei nicht zu nennen. Das alternative Modell ginge von 789 Beihilfetatbestandsverwirklichungen aus, die in Tateinheit zueinander stünden (§ 52 StGB); hier wäre „wegen Beihilfe zu [...] in 789 rechtlich zusammentreffenden Fällen“ zu tenorieren. Für eine tatbestandliche Handlungseinheit spricht die eine einzige natürliche Handlung des Gehilfen in solchen Fällen, für die vorzugswürdige Idealkonkurrenz das Prinzip der Akzessorietät der Teilnahme, das es nötig erscheinen lässt, auch die Zahl der Haupttaten zu nennen. Ein weiteres Argument liefert die selbst hier im Tenor angenommene tateinheitliche Verwirklichung von Beihilfe zu Erpressung und zu Computersabotage. Warum man beim Zusammentreffen der Beihilfe zu zwei unterschiedlichen, aber gleichzeitig begangenen Haupttatdelikten Tateinheit der entsprechenden Beihilfen i.S.v. § 52 StGB annehmen sollte, nicht aber beim Vorliegen zeitlich nacheinander begangener Haupttaten desselben Tatbestandes, will nicht recht einleuchten.

<sup>20</sup> Kritisch insoweit auch *Safferling*, NJW 2021, 2304; *Neuhöfer/Schefer*, jurisPR-Compl 5/2021 Anm. 3.

<sup>21</sup> BGH, Beschl. v. 8.4.2021 – 1 StR 78/21, Rn. 17.

<sup>22</sup> Vgl. etwa zur Feststellung der Irrtumskausalität einer Vermögensverfügung bei fast 200.000 Einzelfällen durch Vernehmung einiger weniger repräsentativer Zeugen BGH ZWH 2014, 470 (471 f.); ähnlich BGH wistra 2009, 433 (434); BGH NStZ 2013, 422 (423).

<sup>23</sup> BGH, Beschl. v. 8.4.2021 – 1 StR 78/21, Rn. 19.

<sup>24</sup> BGHSt 40, 374 (377); BGH NStZ-RR 2019, 347; BGH NJW 2015, 2901 (2903); BGH NJW 2013, 2211 (2212); *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder (Fn. 11), § 27 Rn. 42; *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 27 Rn. 38.

<sup>25</sup> Vgl. das Urte. des OLG München v. 11.7.2018 – 6 St 3/12 – hinsichtlich des Angeklagten W., abrufbar unter <https://www.nsu-watch.info/2020/06/nsu-prozess-schriftliches-urteil/> (13.11.2021).

Außer der bei Annahme tateinheitlicher Beihilfe bewirkten gesteigerten Transparenz des Urteilstenors hat es jedoch keinerlei Auswirkungen, welcher der beiden Lösungen man folgen möchte (was vielleicht auch der Grund dafür ist, warum die Frage noch kaum behandelt wird und selbst die einschlägigen Entscheidungen sich nicht ausdrücklich und mit Angabe von Gründen zu einer der beiden Lösungen bekennen). Insbesondere ist die Strafbemessung bei beiden Konstellationen dieselbe: Es wird nur eine einzige Strafe für die Beihilfe gebildet, bei welcher dann das Ausmaß der geförderten Haupttaten einen wichtigen Strafzumessungsfaktor nach § 46 StGB darstellt.

Noch eine weitere Abweichung zum erstinstanzlichen Schuldspruch ist erwähnenswert: Die Strafkammer hatte noch zwischen Beihilfen zu vollendeten und zu versuchten Haupttaten differenziert. Der *Senat* hingegen bewertet das Gesamtgeschehen nur noch als Beihilfe zur vollendeten Haupttat. Auch das erweckt Bedenken. Immerhin treten die Versuche nicht hinter die Vollendungen zurück, weil die Haupttaten ja tatmehrheitlich (§ 53 StGB) begangen wurden und daher für eine Subsidiarität des Versuchs gegenüber der Vollendung, wie sie beim tateinheitlichen Zusammentreffen anzunehmen wäre, kein Raum bleibt. Bedenklicher erscheint eine solche Pauschalisierung, wenn man sich einmal die Haupttaten als Morde bzw. Mordversuche dächte: Es würde schon einen gewaltigen Unterschied ausmachen, ob sich die Beihilfe ausschließlich auf vollendete Morde bezieht oder einige (oder gar fast alle) der Haupttaten im Versuch steckengeblieben sind. Auch dies lässt die präzisere Nennung der Haupttaten als vorzugswürdig erscheinen. Der Schuldspruch könnte dann in unserem Fall auf eine Verurteilung „wegen tateinheitlicher<sup>26</sup> Beihilfe zur tateinheitlich begangenen Erpressung und Computersabotage in 393 und zur tateinheitlich begangenen versuchten Erpressung und versuchten Computersabotage in 396 Fällen“ lauten.

#### IV. Bewertung

Sog. Massentaten wie im vorliegenden Fall stellen, wie man sieht, nicht nur die Tatgerichte vor erhebliche praktische Probleme, wie sie mit vertretbarem Aufwand zu einer ausreichenden Tataufklärung gelangen können. Sie bereiten auch in der revisionsgerichtlichen Kontrolle ihre Probleme, denen der *Senat* auf eine nicht immer ganz präzise, letztlich aber wohl sehr pragmatische und im Ergebnis für den Angeklagten durchaus sachgerechte Weise begegnet. Sicherlich könnte man überlegen, ob wirklich alle 789 betroffenen Datenverarbeitungen für die Geschädigten „von wesentlicher Bedeutung“ waren. Fielen dort Einzelfälle nach § 303b StGB weg,<sup>27</sup> so blieben jedoch die entsprechenden Erpressungen (mit dem ohnehin höheren Strafraumen des § 253 Abs. 4 StGB) übrig.

Sicherlich könnte man ebenso das Konstrukt der Beihilfe und deren Tenorierung überdenken, aber auch dies führte zu keinen Auswirkungen auf das zu verhängende Strafmaß. Insofern hat der *Senat* mit der Annahme einer einzigen Beihilfe auf jeden Fall das Richtige bewirkt: Die jetzt alleine noch zur Strafzumessungsentscheidung berufene Strafkammer hat den Blick zwangsläufig ausschließlich auf das Gesamtgewicht der angerichteten Schäden und den Anteil, den die Unterstützungsleistung des Angeklagten an ihnen hatte, zu richten; sie läuft nicht mehr Gefahr, durch eine große Zahl von Einzeltaten und -strafen gewissermaßen vor lauter Bäumen den Wald nicht mehr zu sehen und so im Ergebnis eine zu hohe Gesamtfreiheitsstrafe zu bilden.

*Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster*

<sup>26</sup> Würde man stattdessen die tatbestandliche Handlungseinheit anwenden wollen, müsste es heißen „wegen einer rechtlich einheitlichen Beihilfe zur [...]“.

<sup>27</sup> Wobei man sogar vermutlich immer noch einen Versuch annehmen könnte, denn der Angeklagte dürfte bei lebensnaher Betrachtung mit der Möglichkeit einer wesentlichen Bedeutung gerechnet haben.

## B u c h r e z e n s i o n

**Hilgendorf, Eric/Valerius, Brian**, Strafrecht, Besonderer Teil I, C.H. Beck, München 2021, 284 S., 27,90 €.

I. Kurz und gut – auf diese knappe Formel ließe sich das hier zu besprechende Werk bringen. Mit dem Band zu den „Delikten gegen die Person und gegen überindividuelle Rechtsgüter“ komplettieren *Hilgendorf* und *Valerius* ihre Kurzlehrbuchreihe zum materiellen Strafrecht. Seine beiden Vorgänger hatten bereits den Allgemeinen Teil<sup>1</sup> und die Vermögensdelikte<sup>2</sup> behandelt, der Allgemeine Teil sogar eine Übersetzung ins Spanische erhalten.<sup>3</sup> Wie bereits eingangs angekündigt, versteht sich das mit 284 Seiten recht schmale Werk nicht als umfassender systematischer Grundriss oder Großlehrbuch, das neben dem didaktischen Anspruch einen Beitrag zur wissenschaftlichen Debatte leisten möchte. Es ist vielmehr als Kurzlehrbuch zum Einstieg in die Materie sowie als Kompendium für Examenskandidaten konzipiert. Daher regen die *Autoren* in der Einführung zu Recht dazu an, es bei der Lektüre ihres Werks allein nicht zu belassen, sondern gerade zur Auseinandersetzung mit divergierenden Ansichten und zur Aneignung juristischer Argumentationsfähigkeit mit der angebotenen weiterführenden Literatur zu vertiefen. Doch gerade in seiner Kürze zeigt sich bereits eine große Stärke des Buchs. Als Einstieg in die nicht immer leichte Kost der Nichtvermögensdelikte gelingt dem Werk wie kaum ein zweites in diesem Bereich in äußerst komprimierter Form alles Grundlegende anzusprechen, ohne dabei inhaltlich tiefe Einschnitte verkraften zu müssen. Nicht zuletzt ist das der klaren und prägnanten Sprache des Textes zu verdanken. Darüber hinaus finden sich hilfreiche Unterstützungen zum Einstieg. Zu Beginn jedes Kapitels ist die einschlägige Vorschrift abgedruckt, sodass selbst für den Fall, dass gerade kein Gesetz parat liegt, der Stoff dennoch schnell zum Gesetzeswortlaut in Bezug gesetzt werden kann. Dies kann gerade jenen Kommilitonen eine Handreichung sein, welche das Gesetz sonst gar nicht zur Hand nehmen würden. Hiernach folgt meist ein Prüfungsschema, das eine erste Orientierung zu geben und die Brücke zur Falllösung zu schlagen vermag. Dies gelingt auch durch viele wertvolle Hinweise zur Aufbereitung in der Klausur. Ferner sind in die abstrakte Erörterung des Stoffes immer wieder Beispiele zur Veranschaulichung eingewebt. Besonders hervorzuheben ist auch die Darstellung von Klassikern aus der Rechtsprechung. Hier werden etwa ein bis zwei Mal pro Abschnitt (bei problemträchtigen Fragestellungen wie der Selbsttötung entsprechend häufiger) Sachverhalt und Entscheidungsgründe eines grundlegenden Urteils in prägnanter und gut verständlicher Form dargestellt. Wie bereits bei den vorangegangenen Bänden rundet ein Kapitel mit „wesentlichen Definitionen“ zur raschen Wiederholung für (klausur-)gestressten Kommilitonen das Buch ab.

II. Gerade in Anbetracht der komprimierten Darstellung ist besonders positiv hervorzuheben, dass auch aktuelle rechtspolitische Debatten und verfassungsrechtliche Bezüge ihren Platz finden. So ist der Abschnitt zur Problematik der Sterbehilfe besonders gut gelungen. Hier werden auf acht Seiten die wesentlichen Distinktionen erläutert und auch auf den vom BVerfG<sup>4</sup> im vergangenen Jahr für nichtig erklärten § 217 StGB in gebotener Kürze eingegangen. Auf diese Weise findet auch der an möglichst straffer Darstellung orientierte Studierende die Möglichkeit, einen ersten Einstieg in die komplexe Debatte zu erhalten. Darüber hinaus wird auf die Diskussion um die Beschneidung von männlichen Kindern ebenso eingegangen wie auf die Problematik von Ehrverletzungen in den sozialen Medien. Ein weiteres Beispiel an Aktualität stellen auch die Bezüge zur COVID-19-Pandemie dar, beispielsweise durch die Verdeutlichung der „HIV-Problematik“ anhand eines ähnlich gelagerten „Corona-Falles“ im Rahmen der Körperverletzungsdelikte. Sogar ein kleiner Einschub zu den strafrechtlichen Problemen des autonomen Fahrens, der angesichts der Forschungsinteressen der *Autoren* aber nicht verwundert, vermag den Blick für Probleme abseits des studentischen Tellerrands zu schärfen.

III. All dies lässt das Buch zu einem hilfreichen Begleiter zum Einstieg werden. Im weiteren Verlauf des Studiums eignet es sich hervorragend, um halb Vergessenes rasch aufzuzusuchen sowie als Ausgangspunkt zu weiterführender Recherche. Die dazu bereitgestellte Literatur besteht im Wesentlichen aus zwei bis drei zu Kapitelbeginn genannten Aufsätzen studentischer Ausbildungszeitschriften. Ein ähnlich kompaktes Bild zeichnet der Fußnotenapparat, der in der Regel ein bis zwei Verweise pro Fußnote enthält. Dies ist im Hinblick auf die Zielgruppe des Buchs klug gewählt, als sich Anfänger nicht von Literatur erschlagen sehen und Examenskandidaten, deren Zeit zur Vertiefung ohnehin knapp ist, lediglich eine Handvoll ausgewähltes Material an die Hand gegeben wird. Auch zum Schreiben von Hausarbeiten wird es eher als Ausgangspunkt der Recherche dienen, da die wesentlichen Streitigkeiten zwar dargestellt, zumeist aber keine Stellung zu den vorgetragenen Argumenten bezogen wird.

IV. Wem also kann das Lehrbuch empfohlen werden? Aufgrund der vielen Einstiegshilfen grundsätzlich allen Anfängern – angesichts der inhaltlichen Prägnanz gerade jenen, die sich den betreffenden Stoff möglichst zeiteffizient aneignen möchten. Aber auch Examenskandidaten werden von der kompakten und gleichzeitig umfassenden Darstellung nur profitieren.

*Stud. iur. Philipp Mädje, Halle (Saale)*

<sup>1</sup> *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2015.

<sup>2</sup> *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2017.

<sup>3</sup> *Hilgendorf/Valerius*, Derecho Penal, Parte General, 2017.

<sup>4</sup> BVerfG, Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15 u.a. = BVerfGE 153, 182.

# Fortsetzungsbericht über ein besonderes strafrechtliches Seminar an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster: „NSU-Strafprozess und das Urteil“\*

Von Prof. Dr. **Jörg Arnold**, Freiburg i.Br./Münster, Prof. Dr. **Michael Heghmanns**, Münster\*\*

I. Mit dem Schreiben des letzten Absatzes des Berichtes für die ZJS über das Seminar „Der NSU-Strafprozess“<sup>1</sup> war die Hoffnung verbunden, dieses Seminar im Zusammenhang mit den kurze Zeit später vorliegenden schriftlichen Urteilsgründen vielleicht fortzusetzen und dann genau diesem Thema widmen zu können: „Das ‚NSU-Urteil‘“. Aber das konnte im Bericht noch nicht angekündigt werden, sondern es ließ sich nur formulieren, dass in dem Urteil wie auch in dem Fortgang der Revision viel neuer Stoff für Wissenschaft und Lehre liege.<sup>2</sup> Denn zu diesem Zeitpunkt im Februar 2020, dem Beginn der Corona-Pandemie auch in Deutschland, war trotz des noch vorhandenen Optimismus, die Pandemie werde so schlimm schon nicht werden, nicht abzusehen, unter welchen Bedingungen im Sommersemester 2021 ein Seminar werde stattfinden können. Nicht klar war auch, ob ein solches Seminar sich wieder in Kooperation mit der Goethe-Universität Frankfurt am Main realisieren lassen würde.

Doch über diese Ungewissheiten hinweg überwog bei uns der Wunsch, dass es unbedingt zu einer Fortsetzung kommen möge; für zu bedeutsam hielten wir das Thema gerade im Hinblick auf die erhofften Erkenntnisse. Das Seminar „Der NSU-Strafprozess“ hatte gezeigt, dass die teilnehmenden Studierenden sich diesem für die juristische Ausbildung eher ungewöhnlichen Thema sehr interessiert und aufgeschlossen zugewandt und es sich produktiv angeeignet hatten.<sup>3</sup> Das gab letztlich auch den Ausschlag, um – trotz des Wermuttopfens, dass es nicht zu einer Fortsetzung der Kooperation mit der Goethe-Universität Frankfurt am Main kommen würde – mit der konkreten Planung zu beginnen, die ab Juni 2020 erfolgte und die Themenauswahl wie auch die Terminfestlegung mit der Anmeldung des Seminars erneut im Landhaus Rothenberge umfasste. Seinerzeit gingen wir davon aus, im August 2021 werde das Seminar über ein Jahr später wieder unter normalen Bedingungen stattfinden können.

In einer Zoom-Vorbesprechung Anfang Februar 2021 konnten aus einer noch größeren Auswahl letztlich 18 Themen vergeben werden. Aus unterschiedlichen Gründen schieden im Laufe der Bearbeitung der Themen noch zwei Studenten und eine Studentin aus, so dass am Ende 15 Themen übrigblieben. Zunächst fast unbemerkt kam uns auf diese Weise aber auch das wichtige Thema zur Abgrenzung von

Mittäterschaft und Beihilfe im Fall der Verurteilten *Beate Zschäpe* zunächst abhandeln. Wir kommen noch darauf zurück, wem glücklichem Umstand es zu verdanken war, dass dieses Thema im Seminar dennoch die gebührende Aufmerksamkeit fand.

In Vorbereitung der Vorbesprechung erwies es sich als schwierig, dass für die zu vergebenden Themen zum einen hinsichtlich des Vergleiches des NSU-Prozesses und -urteils mit den Urteilen im „Auschwitz“- und im „Stammheimprozess“ die Urteilsgründe zu Letzterem nicht zugänglich veröffentlicht waren, und zum anderen die Revisionsbegründungen der Verteidigung im NSU-Verfahren für die Themenbearbeitung ebenfalls nicht zur Verfügung standen. Durch „Amtshilfe“, die Prof. Dr. *Florian Jessberger* von der Humboldt-Universität zu Berlin hinsichtlich des Urteils im Stammheimprozess sowie *Friedrich Burschel* von der Rosa-Luxemburg-Stiftung in Bezug auf das NSU-Verfahren dankenswerter Weise leisteten, konnte die Behandlung dieser wichtigen Themen gerettet werden.

II. Für die Betreuung der Teilnehmenden standen wir insbesondere durch individuelle Zoom-Meetings kontinuierlich zur Verfügung. Die Studierenden befanden sich bei den sich in der Bearbeitungszeit erst einmal wieder verschärfenden Pandemiebedingungen, die unter anderem nur begrenzten Zugang zur Literatur und eine gravierende Einschränkung des sozialen und wissenschaftlichen universitären Austausches bedeuteten, vor besonderen Herausforderungen. Dem trugen wir Rechnung, indem wir sowohl individuelle Literaturhinweise wie auch Hinweise auf Quellen gaben, die die NSU-Problematik insgesamt betrafen und damit für alle nützlich sein konnten. Unabhängig davon standen die Studierenden vor der enormen Aufgabe, sich für ihre Themen mit dem immerhin 3025-Seiten langen schriftlichen NSU-Urteil zu befassen. Zugänglich war dies unter anderem über die Internetseite von NSU-Watch.<sup>4</sup>

Bereits während der individuellen Zoom-Betreuungsgespräche fiel uns bei dem Großteil der Teilnehmerinnen und Teilnehmern auf, dass sie die Anfertigung der Seminararbeit nicht allein als Beschäftigung mit einer üblichen Seminararbeit betrachteten, sondern sie sich der im Kontext von Rechtsradikalismus und Strafrecht befindenden gesellschaftlich brisanten Materie engagiert und mit großer Ernsthaftigkeit zu stellen bereit waren. Davon zeugte so manche inhaltliche Diskussion, die Gegenstand schon der Online-Gespräche war und die auch der Spezifizierung einiger Themen galt. Bei zwei Themen, die einen Bezug zu den NSU-Untersuchungsausschüssen aufwiesen, wurde die Betreuung sachkundig durch *Laura Pick* verstärkt, die an dem ersten Seminar zum NSU-Prozess im Februar letzten Jahres teilgenommen hatte und mittlerweile als Doktorandin am Max-Planck-

\* Fortsetzungsbericht im Anschluss an *Arnold*, ZJS 2020, 298.

\*\* *Jörg Arnold* ist Honorarprofessor an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und Forschungsgruppenleiter am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht in Freiburg im Breisgau; *Michael Heghmanns* ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medienstrafrecht und Strafvollzugsrecht an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster sowie Vorsitzender Richter am Landgericht Münster.

<sup>1</sup> *Arnold*, ZJS 2020, 298 (300).

<sup>2</sup> *Arnold*, ZJS 2020, 298 (300).

<sup>3</sup> *Arnold*, ZJS 2020, 298.

<sup>4</sup> <https://www.nsu-watch.info/2020/06/nsu-prozess-schriftliches-urteil/> (5.9.2021).

Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht tätig ist.

Bei alledem empfanden wir es für die Studierenden sowohl im Hinblick auf die schwierigen inhaltlichen Anforderungen, die die Themen mit sich brachten, als auch hinsichtlich der erwähnten äußeren nicht einfachen Umstände, mit denen die Bearbeiterinnen und Bearbeiter der Seminararbeiten bei deren Anfertigung klar kommen mussten, als „schicksalhaft“ gerecht, dass sich die Pandemielage und der konkrete Impfstatus im letzten Moment so entwickelte, dass die Durchführung des Seminars im Landhaus Rothenberge und damit gewissermaßen als eine Art „Entschädigung“ möglich wurde. Dazu bedurfte es allerdings auch einer gewissen Beharrlichkeit gegenüber der Universitätsleitung, die sich auszahlte. Freilich musste ein plausibles Hygienekonzept erarbeitet und dieses auch mit dem Landhaus Rothenberge abgestimmt werden. Dazu gehörte die Aufteilung der Schlafgelegenheiten im Landhaus ebenso wie die Bekanntmachung der Regeln des Maske-Tragens in den Gängen des Landhauses und der Wahrung des Abstandes, die aber nicht während der Seminarbesprechungen und selbstverständlich auch nicht beim Einnehmen der Mahlzeiten galten. Mit ausschlaggebend für die Genehmigung der Durchführung des Seminars durch die Universitätsleitung war wohl auch die Tatsache, dass letztlich nur fünf unter den Teilnehmenden über keinen vollen Impfschutz verfügten.

III. Während an dem Seminar im Februar 2020 als Experten sowohl Rechtsanwältin *Anja Sturm* als Verteidigerin der Angeklagten *Zschäpe*, als auch *Gisela Friedrichsen*, die als erfahrene und renommierte Journalistin über den Prozess berichtet hatte, teilnahmen, hatten wir diesmal das große Glück, als Expertin *Dr. Margret Spaniol*, Richterin am Bundesgerichtshof a.D., begrüßen zu dürfen. Frau *Dr. Spaniol* gehörte bis vor kurzem jenem 3. Strafsenat des BGH an, der auch über die Revisionen im NSU-Prozess zu entscheiden hat. Da sie mit der Revision aufgrund ihres Ausscheidens aus dem BGH aber weder befasst ist noch war, konnte sie unserer Einladung unbefangen folgen.

a) Nach der Eröffnung des Seminars galt das erste Thema dem Vergleich zwischen NSU-Prozess, „Auschwitz-Verfahren“ und „Stammheim-Prozess“. Damit wurde eine Einordnung von großen historischen Prozessen im Hinblick auf Recht, Politik und Gesellschaft versucht, gerade auch in Bezug auf Gemeinsamkeiten und Unterschiede. Diskussionspunkte hierbei waren unter anderem rechtliche Reichweiten und Grenzen des Strafprozessrechts, das Verhältnis von Recht und Politik dabei (speziell die Frage nach dem Politischen derartiger Prozesse), die Berücksichtigung der Opferinteressen in den schriftlichen Urteilsgründen sowie die Rolle der Verteidigung.

b) Da Frau *Dr. Spaniol* aus persönlichen Gründen am ersten Seminartag noch nicht teilnehmen konnte, sahen wir uns veranlasst, den Themenblock, der sich mit den Strafbemessungsfragen beschäftigen sollte, vorzuziehen. Auch wenn das auf den ersten Blick als ein Bruch in der logischen Abfolge der zu behandelnden Themen erschien, ließ das die Diskussion über die einzelnen Referate zu den Themen dieser Seminararbeiten schnell vergessen. Es zeigte sich nämlich schon hier,

wie auch bei den Themen über Täterschaft und Teilnahme am nächsten Tag, wie wichtig und notwendig die Anwendung von grundlegenden strafrechtsdogmatischen Fragestellungen auf die Darlegungen der schriftlichen Urteilsgründe im NSU-Verfahren ist, das heißt, welche Bedeutung diese Grundlagen für die Auseinandersetzung mit den schriftlichen Urteilsgründen erlangen.

Der kritische Diskurs über die Strafbemessungsthemen reichte dabei unter anderem von den Grundlagen der Strafbemessung, insbesondere der vom BGH vertretenen „Spielraumtheorie“, über Fragen der gerechten Strafe bis hin zu kontrovers diskutierten konkreten Aspekten wie dem – entgegen dem Antrag des Generalbundesanwaltes – ausgesprochenen Teilfreispruch des Angeklagten *Eminger*,<sup>5</sup> der Feststellung der besonderen Schuldschwere gegenüber der Angeklagten *Zschäpe* (insbesondere, ob diese wirklich unausweichlich war), sowie der Frage nach der Bedeutung des zeitlichen Abstandes zwischen den einzelnen Taten als Strafzumessungsfaktor. Nicht minder instruktiv erwies sich die Erörterung der konkreten Unterschiede im Urteil hinsichtlich der Strafbemessung durch Anwendung des Jugendstrafrechts einerseits und Erwachsenenstrafrechts andererseits, insbesondere im Vergleich zwischen den Angeklagten *Eminger* und *Schultze*. Strafbemessungsdogmatisch herausfordernd war die Diskussion über die Strafmilderung bei einem Versuch und die (Nicht-)Anwendung bei der Angeklagten *Zschäpe*. Es entwickelte sich eine Debatte über die Faktoren bei der Strafrahmenwahl, wobei der Fokus auch auf der Frage lag, ob sich das Oberlandesgericht München bei den Erwägungen, die wohl nicht völlig im Einklang mit § 23 Abs. 2 StGB (fakultative mildere Bestrafung des Versuchs als die vollendete Tat) liegen, von der Bedeutung des NSU-Verfahrens und der medialen Erwartungshaltung leiten ließ.

c) Der zweite Seminartag zu den Themenschwerpunkten zu Mittäterschaft und Beihilfe begann mit einem Referat über die Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe in anderen großen historischen Prozessen der jüngeren Geschichte (z.B. „Gröning“<sup>6</sup>, „Demjanjuk“<sup>7</sup>), welches verdeutlichte, dass besonders die Rechtsprechung des BGH dazu alles andere als konsistent war, sondern sich als ein Auf und Ab erwies und sich im Zeitgeist jeweiliger Epochen bewegte. Wenn die jüngsten Verurteilungen der NS-Täter *Gröning* und *Demjanjuk* als Gehilfen für Massentötungen in faschistischen Lagern gemäß der zurückliegenden diskontinuierlichen Rechtsprechung nicht als eine Zäsur in der Gehilfenrechtsprechung in historischen Prozessen angesehen werden könne – so die Aussagen in der lebhaften Diskussion über dieses Thema –

<sup>5</sup> Mittlerweile hat der BGH hinsichtlich der Revisionen zu *Eminger* durch den Generalbundesanwalt und durch *Eminger* selbst Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt. Die Verurteilungen der Angeklagten *Zschäpe*, *Wohlleben* und *Gerlach*, die das OLG München ausgesprochen hatte, wurden durch BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20 rechtskräftig. Die Verurteilung des Angeklagten *Schultze* war bereits zuvor rechtskräftig geworden.

<sup>6</sup> BGH NJW 2017, 498 m. Anm. *Grünwald*.

<sup>7</sup> LG München II BeckRS 2011, 139286.

stelle sich aber im Hinblick auf die Verurteilung der Angeklagten *Zschäpe* die Frage, ob „kleine Rädchen“ wie *Gröning* und *Demjanjuk* immer nur als Gehilfen zu verurteilen sind oder derartige Handlungen in besonderen Fällen die Voraussetzungen der Mittäterschaft erfüllen können.

In ihrem Impulsreferat zum zunächst „abhanden“ gekommenen Thema der Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe konnte und wollte Frau Dr. *Spaniol* verständlicherweise nicht die Auffassung des 3. Strafsenats des BGH referieren. Dennoch setzte sie für die inhaltlichen Erörterungen des Themas Eckpunkte, die zu einer streitbaren Diskussion führten. Das methodisch Inspirierende bestand dabei darin, dass sie die bisherige Mittäterschafts-Gehilfen-Rechtsprechung des 3. Strafsenats, die im Einklang mit der Rechtsprechung aller Strafsenate des BGH stehe, erläuterte, so dass das in der Diskussion von den Seminarteilnehmerinnen und -teilnehmern aufgegriffen und in den Kontext mit der Angeklagten *Zschäpe* gestellt werden konnte. Ein dogmatischer Schlüsselbegriff, den Frau Dr. *Spaniol* unter Bezugnahme auf die bisherige besagte Rechtsprechung des 3. Strafsenats zentral erwähnte, lautete: „Wertende Gesamtbetrachtung“, auf die es ankomme. In diesem Zusammenhang wurde auch über jenes zeitlich neuere Urteil des 3. Strafsenats zur Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe<sup>8</sup> diskutiert, auf das sich zur Begründung von Mittäterschaft der Angeklagten *Zschäpe* auch das OLG München in seinen schriftlichen Urteilsgründen bezog.

Es war nicht etwa ein Spaß, sondern eine ernsthafte wenn auch in gewisser Weise zur Beruhigung einer lebhaften Debatte beitragende Aktion, dass Frau Dr. *Spaniol* am Ende des Diskurses zu diesem Thema eine Abstimmung unter den Seminarteilnehmerinnen und -teilnehmern über Pro und Contra der Mittäterschaft bei der Angeklagten *Zschäpe* anregte. Im Ergebnis war die ganz überwiegende Mehrheit der Meinung, die Voraussetzungen für eine Mittäterschaft bei der Hauptangeklagten lägen nicht vor.

Erwähnt sei überdies, dass Frau Dr. *Spaniol* deutlich machte, der 3. Strafsenat werde sich nicht von Zweckmäßigkeitserwägungen leiten lassen und habe dies auch bisher bei brisanten Staatsschutzverfahren nicht getan. Wenn er der Auffassung sei, dass die Voraussetzungen für Mittäterschaft nicht vorliegen würden, werde der BGH das Urteil des OLG München dann insoweit auch nicht aufrechterhalten.

Mit der mittlerweile vorliegenden Revisionsentscheidung des 3. Strafsenats des BGH vom 12.8.2021<sup>9</sup> wurde indes festgestellt, dass das OLG München die Angeklagte *Zschäpe* zu Recht als Mittäterin verurteilt habe. In der ausführlichen Begründung des die Revision im Wesentlichen verwerfenden Beschlusses spielt genau jenes von Frau Dr. *Spaniol* erwähn-

te Kriterium der wertenden Gesamtbetrachtung eine bedeutende Rolle.<sup>10</sup>

d) Der Nachmittag des zweiten Tages des Seminars stand zunächst im Zeichen der Revisionsthematik, freilich ohne die Entscheidung des BGH vom 12.8.2021 mit einbeziehen zu können. Die Diskussion kreiste vor allem um die Frage, ob aus dem Schweigen der Angeklagten in der Hauptverhandlung bzw. aus der Tatsache, dass sich *Zschäpe* erst sehr spät überhaupt eingelassen hat, das Gericht negative Schlussfolgerungen ziehen dürfe (Problematik „Teilschweigen“) und dies dann mit dem nemo-tenetur-Grundsatz in Konflikt gerate. Dies wurde anhand des Revisionsvorbringens der Verteidigung diskutiert, wonach das Gericht in der schriftlichen Urteilsbegründung formuliert habe, die Angeklagte habe sich erst sehr spät eingelassen, und andererseits die Wertung vor-

<sup>10</sup> Anschaulich zusammenfassend die Presseerklärung des BGH Nr. 157/21 v. 19.8.2021: „Die auf der Grundlage der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vorzunehmende wertende Gesamtbetrachtung aller vom Oberlandesgericht festgestellten Umstände führt zu dem Ergebnis, dass die Angeklagte Z. die Mordanschläge und Raubüberfälle im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB gemeinschaftlich mit *Bönnhardt* und *Mundlos* beging. Die Angeklagte hatte in hierfür ausreichendem Maße sowohl Tatherrschaft als auch Tatinteresse. [...] Unter dem Gesichtspunkt der Tatherrschaft ist in den Blick zu nehmen, dass die Angeklagte Z. zwar keinen tatherrschaftsbegründenden Beitrag im Ausführungsstadium der Taten leistete. Sie nahm jedoch maßgeblichen Einfluss bereits auf die Planung der Taten sowie auf den gemeinsamen Tatentschluss und den weiteren Willen ihrer beiden Komplizen zur Tatbegehung. Darüber hinaus beeinflusste sie durch die Zusage der von ihr vorzunehmenden Handlungen (Legendierungstätigkeit, Beweismittelvernichtung, Tatbekennung) wesentlich die Deliktsverwirklichung und erbrachte auch insoweit – zusätzlich über die Beteiligung an der Tatplanung hinaus – einen hierfür bedeutenden objektiven Tatbeitrag. Ohne das von ihr versprochene Verhalten hätten die nach dem Vereinigungskonzept verfolgten Ziele der Taten nicht erreicht werden können. [...] Bezüglich des Tatinteresses fällt wesentlich ins Gewicht, dass dasjenige der Angeklagten Z. nicht hinter demjenigen von *Bönnhardt* und *Mundlos* zurückstand. Dieses starke Interesse an der Durchführung und dem Gelingen der Taten hat nicht deshalb eine geringere Bedeutung für die Beurteilung der Tatbeteiligung als Mittäterschaft, weil es sich mit den übergeordneten gemeinsamen Zielen aller dem ‚NSU‘ zugehörigen Personen deckte. Zwar führt die Zugehörigkeit zu einer terroristischen Vereinigung für sich gesehen nicht zur Zurechnung der Tat an das einzelne Mitglied. Jedoch kann etwa ein weltanschaulich-ideologisches, religiöses oder politisches Ziel der Tatbegehung sowohl den Charakter eines hierauf gerichteten Personenzusammenschlusses bestimmen als auch erhebliche Bedeutung für die Qualifizierung der Tatbeteiligung als Täterschaft anstelle Teilnahme haben.“, abrufbar unter <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/2021157.html?nn=10690868> (24.11.2021).

<sup>8</sup> BGH NStZ 2020, 22

<sup>9</sup> <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&nr=121447&pos=0&anz=601> (24.11.2021); vgl. dazu demnächst *Arnold*, Die „Systemimmanenz“ des Beschlusses des 3. Strafsenats des BGH im Revisionsverfahren des NSU-Komplexes zu Beate *Zschäpe* (im Druck).



genommen, sie habe so die Möglichkeit gehabt, ihre Aussage dem Verfahrensstand anzupassen.

Bei der zweiten Revisionsthematik ging es insbesondere um die Diskrepanz zwischen Urteilsabsetzungs- und Revisionsbegründungsfrist am Beispiel des NSU-Prozesses und die Frage, ob eine Harmonisierung der Fristen erforderlich ist. Hierbei konnte auch die sozusagen in letzter Minute vor dem Seminar gesetzlich in Kraft getretene<sup>11</sup> Harmonisierungsregel kritisch hinterfragt werden (§ 345 Abs. 1 S. 2 StPO n.F.).

e) Danach folgten Referate, die sich mit der Kritik an den Urteilsgründen aus Sicht der Nebenklage bzw. der Medien befassten und auch die Parlamentarischen Untersuchungsausschüsse mit einbezogen. Dabei entzündete sich eine streitbare und lebhaftige Debatte sowohl zur Rolle der Medien nicht nur im Hinblick auf das Urteil, sondern auch in Bezug auf den gesamten NSU-Prozess. Auch die Rolle der Nebenkläger im Prozess ebenso wie ihre Kritik am Urteil wurden kontrovers diskutiert. Das betraf unter anderem solche von den Nebenklägern am Urteil gerügten Aspekte wie die Reduzierung der gerichtlichen Aufklärung quasi allein auf das Trio *Bönhardt-Mundlos-Zschäpe*, auf die unterbliebene Aufklärung der problematischen Rolle des Verfassungsschutzes bei den Verbrechen des NSU, ebenso die Unterlassung des OLG München, die Opfer und ihre Angehörigen im Urteil sichtbar zu machen, anstatt ihnen mit einer kalten und bürokratischen Urteilsprache zu begegnen.

Äußerst interessant war zudem die Frage, ob durch die mediale Berichterstattung über die Angeklagte *Zschäpe* schon vor und während des Prozesses zu einer Vorverurteilung geführt haben und dadurch der Grundsatz des fairen Verfahrens verletzt worden sein könnte. Wie schon bei dem Diskurs über die Nebenkläger wurde auch in Bezug auf die Rolle der Medien der Bogen weiter gespannt. Hinsichtlich der Nebenkläger drehte sich die Debatte über den Sinn der Zulassung einer solch großen Anzahl von Nebenklägern, von denen einige – so wurde kritisch hinterfragt – eine Politisierung vornahmen, die möglicherweise bei den Opfern zu noch größeren Erwartungen an den Prozess führten, die dieser aber gar nicht leisten kann. Was die Medien betrifft, spannt sich der Bogen in der Diskussion zu deren Verantwortung für eine generell angemessene und aufklärende Berichterstattung.

f) Der Vormittag des dritten und letzten Seminartages galt vor allem den Schlussfolgerungen, die sich aus dem NSU-Urteil ergeben. Verdeutlicht wurde, dass sich die zu Recht viel kritisierte „Einzel Täter-These“, die die Strafverfolgungsbehörden bei der strafrechtlichen Bekämpfung von Rechtsradikalismus regelmäßig in den Mittelpunkt stellen, auf eine in der internationalen sozialwissenschaftlichen und politikwissenschaftlichen Literatur herausgearbeitete Theorie der „einsamen Wölfe“ zurückführen lasse.<sup>12</sup> „Einsame Wölfe“

waren dann auch die Mörder von Hanau, des Regierungspräsidenten von Kassel *Walter Lübcke*, sowie der Anschlagsmörder auf die Synagoge von Halle, alles terroristische Geschehnisse, die sich nach dem NSU-Prozess ereigneten. Aber „einsame Wölfe“ agieren nicht wirklich einsam, sondern in einem gesellschaftlichen Umfeld, das ihr Wirken letztlich erst ermöglicht. Stichpunkte sind Hass und Hasskriminalität in den sozialen Medien, struktureller Rassismus, Antisemitismus, Muslimfeindlichkeit, Frauenfeindlichkeit/Antifeminismus, um nur einige wichtige gesellschaftlich begünstigenden Bedingungen für den Terrorismus der „einsamen Wölfe“ zu nennen.

Was aber folgt daraus? Diese Frage, die nicht abschließend beantwortet werden konnte, beschäftigte alle Teilnehmerinnen und Teilnehmer des Seminars sowohl hörbar als auch still und nachdenklich, wobei eine gewisse Ratlosigkeit nicht zu übersehen war. Einig waren sich alle wohl darin, dass von der Politik bisher zu wenig geleistet wurde, um eine umfassende gesellschaftliche Aufklärungsarbeit auf den Weg zu bringen, etwa über Antirassismus-Projekte, überhaupt über eine übergreifende Aufklärung und Bildungsarbeit, auch bei Polizei und Bundeswehr. Ein Gesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages vom 12.6.2015 oder auch Landesgesetze zur Stärkung von Antirassismus sind zu begrüßen, erscheinen aber dennoch als nicht ausreichend, noch dazu, weil die zugesagte bundesweite Gesetzesänderung zur Verbesserung des Diskriminierungsschutzes von der Bundesregierung in dieser Legislaturperiode nicht mehr umgesetzt worden ist.

*Wilhelm Heitmeyer*, der Bielefelder Sozialwissenschaftler, forscht schon über viele Jahre zu den Ursachen für Rechtsextremismus in der Gesellschaft. Mit seinen Projekten über „Autoritäre Versuchungen“<sup>13</sup> und zu „Gruppenbezogener Menschenfeindlichkeit“<sup>14</sup> in der Mitte der Gesellschaft sowie zu dem „konzentrischen Eskalationskontinuum“<sup>15</sup> hat er wichtige Aspekte herausgearbeitet, um die Wucht rechter Bedrohungsallianzen deutlich erkennbar zu machen. Nach *Heitmeyer* ist die Politik gefragt, die soziale Ungleichheit in der Gesellschaft zu bekämpfen.<sup>16</sup> Aber auch jeder Einzelne könne etwas tun, nämlich den Mund aufmachen und auf Demonstrationen zeigen, welche gesellschaftlichen Werte wichtig sind. Wir müssten auch in der Lage sein – so *Heitmeyer* –, in unserem Alltag die Stimme zu erheben.<sup>17</sup> Das sei nicht ganz einfach, denn man muss in seinen eigenen Bezugsgruppen – der Verwandtschaft, dem Sportverein, dem Arbeitsplatz, der Familie, dem Freundeskreis – die Stimme

Islamist Terrorists, *Developments in Radicalisation and Political Violence*, 2011 (e-Print).

<sup>13</sup> *Heitmeyer*, *Autoritäre Versuchungen*, 2018.

<sup>14</sup> *Heitmeyer/Freiheit/Sitzer*, *Rechte Bedrohungsallianzen*, 2020.

<sup>15</sup> *Heitmeyer/Freiheit/Sitzer* (Fn. 14), S. 58 ff.

<sup>16</sup> <https://www.fr.de/kultur/gesellschaft/afd-rechtsextremismus-rechtspopulismus-nationalismus-anti-corona-proteste-soziologie-90110479.html> (24.11.2021).

<sup>17</sup> <https://www.ndr.de/kultur/Rechtsextremismus-Wir-muessen-die-Stimme-erheben,rechtsextremismus440.html> (24.11.2021).

<sup>11</sup> Gesetz zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften v. 25.6.2021, BGBl. I 2021, S. 2099.

<sup>12</sup> *Hamm/Spaaij*, *The Age of Lone Wolf Terrorism*, *Studies in Transgression*, 2017 (e-Print); *Gill/Horgan/Deckert*, *Journal of Forensic Sciences* 59, H. 2 (2014), S. 425–435; *Pantucci*, *A Typology of Lone Wolves*, *Preliminary Analysis of Lone*

erheben, wenn es etwa um Ungleichwertigkeiten von Menschen und Gruppen gehe. Das sei eine ganz harte Bewährungsprobe – sie sei aber auch wirksam.

IV. Will man inhaltliche Aspekte des Ertrags der Seminarveranstaltung hervorheben, so lässt sich – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – sagen:

- Trotz aller schon genannten themenbezogenen inhaltlichen Kritik an dem Urteil und seiner Begründung zeigte sich gleichwohl dessen Bedeutung bei der Aufklärung der Verbrechen des NSU. Auch die Grenzen, die dem Gericht gerade bei historischen Prozessen durch Anklage und Strafprozessordnung gesetzt sind, erweisen sich als virulent. So verständlich die Erwartungen der Opfer an Verfahren und Urteil gerade im Hinblick darauf waren, ihnen eine Stimme zu geben, so eingeschränkt waren und sind dafür die gesetzlichen Möglichkeiten. Das aber heißt nicht, dass das Gericht unter Vorsitz des Richters *Götzl* alle dafür dennoch bestehenden Möglichkeiten ausgeschöpft hätte. Eine Lehre könnte darin bestehen, dass die Gerichte im Zusammenhang mit bedeutenden Prozessen mehr noch als bisher aktive Öffentlichkeitsarbeit auch selbst leisten, sei es mit der Urteilsbegründung, sei es auch durch aufklärende und verständliche, ausführlichere Pressemitteilungen. Ein Urteil „Im Namen des Volkes“ könnte dadurch seine Überzeugungskraft erhöhen und besser, als das mit den NSU-Urteil gelungen ist, die Opfer und deren Leid sichtbarer machen. Parlamentarische Untersuchungsausschüsse erscheinen dennoch am Ende als das probatere Mittel dafür.
- So wichtig die gerichtliche Aufarbeitung terroristischer Verbrechen ist und so notwendig, die Täter ihrer gerechten Strafe zuzuführen, der Kampf gegen Rechtsradikalismus ist damit nicht etwa ausgefochten oder zu gewinnen. Gerichtsverfahren sind nur ein Teil der notwendigen gesamtgesellschaftlichen Anstrengungen gegen rechte Bedrohungsallianzen.
- Diese „Verklammerung“ von juristischer wie gesellschaftlicher Verantwortung herauszuarbeiten, ist den meisten Teilnehmerinnen und Teilnehmern des Seminars nach unserem Eindruck in hervorragender fachlicher, engagierter und auch beispielhafter Weise gelungen. Wenn in der Diskussion eingeschätzt werden musste, dass es nicht ganz einfach ist, dass jeder Einzelne in seinem Alltag gewissermaßen seine Stimme gegen Rechtsradikalismus erhebt und damit verständlicher Weise auch ein gewisser Pessimismus zu erkennen war, so zeigt doch das Seminar, dass schon im Alltag des Studiums selbst Möglichkeiten geschaffen werden können, um diesem Anspruch jedenfalls in wissenschaftlicher Weise zu verwirklichen. Insofern war es beeindruckend, wie in den schriftlichen Seminararbeiten, den Vorträgen dazu und in den Diskussionen der Interdisziplinarität zwischen Strafrechtsdogmatik, juristischer Zeitgeschichte sowie Sozial- und Politikwissenschaften Raum gegeben wurde. Das Seminar hat somit insgesamt auch eine optimistische Markierung gesetzt, die uns froh stimmt.

V. Selbstverständlich trugen die Rahmenbedingungen zum Erfolg des Seminars bei. In dankens- und anerkennenswerter Weise hat wiederum das Personal des Landhauses für das leibliche Wohl gesorgt. Und neben Spaziergängen verhalten in den Abendstunden Spiele dazu, dass die ernste und bedrückende Thematik des Seminars nicht die ganze Zeit über allem stand. Die Hygieneregeln wurden von allen Teilnehmerinnen und Teilnehmern im Landhaus diszipliniert eingehalten. Wann immer es möglich war, und vor allem die Witterungsbedingungen es zuließen, tagten wir im Freien auf der Terrasse des Landhauses, was zusätzlich den Vorteil bot, die kommunikative Interaktion in größerer Freiheit zu erlauben.

Vielleicht verbanden sich dadurch fast unbemerkt sogar bestimmte symbolische Botschaften: Die Verbindung wiedererlangter Präsenzfreiheit im universitären Raum nach monatelanger, durch die Pandemie erzwungener Unfreiheit im Homeoffice mit der geistigen wissenschaftlichen Freiheit des Vortragens und Diskutierens in dem dafür erforderlichen sozialen Umfeld von humanistisch Gleichgesinnten, von jungen studierenden demokratischen Mitstreiterinnen und Mitstreitern. Es ist schließlich auch ein solches Gefühl von Freiheit, das der menschenfeindlichen Unfreiheit rechtsradikalen Denkens und Handelns diametral entgegensteht und Veranlassung für zivilgesellschaftliche Hoffnung gibt.