

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

**Geschäftsführende Herausgeber:** Prof. Dr. Markus Artz, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann

**Schriftleitung:** Prof. Dr. Thomas Rotsch, Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Wagner

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

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

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

**Webmaster:** Prof. Dr. Thomas Rotsch

**Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung:** Frederike Emme

**Internetauftritt:** René Grellert

**ISSN:** 1865-6331

## Inhalt

### AUFSÄTZE

#### *Zivilrecht*

##### **Vertragsschlüsse im E-Commerce**

##### **Eine kompakte Darstellung für Studium und Examen**

Von Wiss. Mitarbeiter Cyril Hergenröder, M.A., Würzburg 131

##### **Verantwortlichkeit von Host Providern**

##### **Bewertungsplattformen im Spannungsfeld zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrechtsschutz**

Von stud. iur. Lars Herwig, stud. iur. Alexander Karl, Siegen 137

#### *Öffentliches Recht*

##### **Zum Gedanken von der Internationalen Gemeinschaft und seiner Relevanz für die Global Commons**

Von Wiss. Mitarbeiter Maximilian Waßmuth, Hamburg 145

#### *Strafrecht*

##### **Die Staatsschutzdelikte im Lichte des Medienstrafrechts – Teil 1: Friedens-, Hoch- und Landesverrat**

##### **Beiträge zum Medienstrafrecht – Teil 8**

Von Prof. Dr. Manfred Heinrich, Kiel 153

##### **Bericht über einen Moribunden: Das Privatklageverfahren Rechtliches, Rechtstatsächliches, Reform- und Zukunftsperspektiven – Teil 2**

Von Jun.-Prof. Dr. Tillmann Bartsch, Tübingen 167

### DIDAKTISCHE BEITRÄGE

#### *Strafrecht*

##### **Das Strafbefehlsverfahren: Ein Überblick über prüfungsrelevante Fragestellungen**

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. Tamina Preuß, Würzburg 176

**ÜBUNGSFÄLLE***Zivilrecht***Übungshausarbeit: Eine Reise mit Hindernissen**

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Tim Husemann, Wiss. Mitarbeiterin Antje Weirauch, Bochum 188

**Fortgeschrittenenklausur: Großer Streit, kleine Erholung**

Von Wiss. Mitarbeiter Simon Schwichtenberg, Bremen 197

*Öffentliches Recht***Klausur: „DON'T BE A MAYBE“**

Von Wiss. Mitarbeiterin Aleksandra Kozłowska, Erlangen 205

**Hausarbeit: Rückforderung von Entschädigungsleistungen wegen Stasi-Mitarbeit**

Von Ref. iur. Frauke Kruse, Berlin 212

*Strafrecht***Examensklausur: Skate-by-night**

Von Prof. Dr. Carsten Momsen, Diplom-Jurist Sebastian Laudien, Berlin 218

**Übungsfall: Korn und Schrot**

Von Prof. Dr. Georg Steinberg, stud. iur. Sara Bayer, Potsdam 225

**ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN***Zivilrecht***BGH, Urt. v. 13.7.2016 – VIII ZR 296/15****(Zur Kündigung bei Wohnraummietverhältnissen)**

(Wiss. Mitarbeiter Jan Singbartl, Dr. Josef Zintl, München) 228

*Öffentliches Recht***OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16****(Verwaltungsgerichtlicher Eilrechtsschutz, Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG, richterliches Prüfungsrecht)**

(Prof. Dr. Hinnerk Wißmann, Münster) 231

**BVerfG, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 2646/15****(Die unzutreffende Einordnung einer Aussage als Schmähkritik verletzt die Meinungsfreiheit)**

(Wiss. Mitarbeiter Alexander Al Hamwi, München) 235

**BVerfG (K), Nichtannahmebeschl. v. 8.3.2017 – 2 BvR 483/17****(Auftritte ausländischer Regierungsmitglieder im Inland)**

(Wiss. Mitarbeiter Timo Schwander, Münster) 242

**Entscheidungsanmerkungen (Forts.)*****Strafrecht***

- OLG München, Beschl. v. 20.5.2016 – 1 Ws 369/16**  
**(Beurteilung des Haftgrundes der Fluchtgefahr)**  
(Prof. Dr. Janique Brüning, Kiel) 246
- BGH, Beschl. v. 6.10.2016 – 2 StR 330/16**  
**(Sachliche Gerichtszuständigkeit)**  
(Prof. Dr. Michael Hegmanns, Münster) 253
- BGH, Beschl. v. 15.7.2016 – GSSt 1/16**  
**(Zum Erfordernis der qualifizierten Belehrung bei einer richterlichen Zeugenvernehmung)**  
(RiLG Sebastian Beining, Düsseldorf) 258

**Rezensionen*****Zivilrecht***

- Florian Faust, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil,**  
**5. Aufl. 2016**  
(Wiss. Mitarbeiter Lukas Beck, Würzburg) 262

**Varia*****Zivilrecht***

- Tagungsbericht zur VI. Herbstakademie Mietrecht 2016**  
Von stud. iur. Hans Steege, stud. iur. Leif-Magnus Wishöth,  
Hannover/Göttingen 264

# Vertragsschlüsse im E-Commerce

## Eine kompakte Darstellung für Studium und Examen

Von Wiss. Mitarbeiter Cyril Hergenröder, M.A., Würzburg\*

*Der Kauf und Verkauf von Produkten im Internet ist aufgrund der oft unkomplizierten und bequemen Bestellmöglichkeiten und der meist raschen Lieferung in der heutigen Zeit ein alltäglich gewordenes Phänomen. Die Kenntnis der in diesem Bereich maßgeblichen rechtlichen Voraussetzungen und Problemkomplexe, welche zu einem großen Teil dem Allgemeinen Teil des BGB entstammen, ist sowohl für Studierende in den Anfangssemestern als auch für Examenskandidaten besonders essentiell. Denn Vertragsschlüsse unter Zuhilfenahme des Internets stellen auch ein regelmäßig auftretendes Phänomen in juristischen Klausuren dar. Der vorliegende Beitrag stellt vor diesem Hintergrund die aus Sicht des Verfassers wesentlichen rechtlichen Probleme im Bereich des E-Commerce anhand eines illustrierenden Beispielsfalles knapp dar.*

### I. Rechtliche Voraussetzungen eines Vertragsschlusses im E-Commerce

Unter dem Begriff Electronic Commerce, kurz E-Commerce, versteht man allgemein den Vertrieb von Waren und Dienstleistungen über das Internet. Der Kauf und Verkauf von Waren auf elektronischem Wege, etwa mittels einer Bestellung auf einer Internetseite unter Zuhilfenahme eines elektronischen Bestellformulars, folgt zunächst den allgemeinen Regelungen, welche das BGB für „klassische“ Vertragsschlüsse aufstellt.<sup>1</sup> Sofern es sich dabei um einen Verbrauchervertrag nach § 310 Abs. 3 BGB, also einen Vertragsschluss zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher im Sinne der §§ 13, 14 BGB handelt, sind darüber hinaus allerdings zusätzlich die Vorgaben der §§ 312 ff. BGB zu beachten.

*Beispielsfall:* Verbraucher V möchte eine neue Stereoanlage erwerben. Im Webshop des Unternehmers U findet er eine große Auswahl an solchen Produkten, unter anderem auch die Anlage „Super Sound Machine 3000“, die aufgrund ihrer Eigenschaften für seinen Bedarf besonders geeignet erscheint. Diese ist mit einem Preis von 1000 € ausgezeichnet. Durch Anklicken legt er diese in den Warenkorb des Webshops und klickt sodann auf die Schaltfläche „Zur Kasse“. Dort wird dem V seine Produktauswahl und der Gesamtpreis der Bestellung aufgezeigt. Zudem findet sich ein deutlich erkennbarer, eingerückter Link mit dem Betreff „Beachten Sie bitte unsere AGB“.

Nach Angabe seiner persönlichen Daten, seiner Kreditkarteninformationen und seiner Email-Adresse klickt V mit dem Mauszeiger auf die Schaltfläche „Jetzt kosten-

pflichtig bestellen“. Kurz darauf erhält er eine E-Mail von U mit unter anderem folgendem Inhalt: „Vielen Dank für Ihre Bestellung! Die von Ihnen angegebene Kreditkarte Nr. xxxx wird mit dem Betrag von 1000 € belastet. Das von Ihnen gewünschte Produkt wird demnächst versandt. Sie erhalten es voraussichtlich in 3 bis 5 Werktagen.“

Ist zwischen U und V ein wirksamer Kaufvertrag im Sinne des § 433 BGB über die Stereoanlage zustande gekommen?

#### 1. Vertragsschluss und Willenserklärung

Notwendige Grundvoraussetzung auch im E-Commerce ist der Abschluss eines Kaufvertrages nach § 433 BGB.<sup>2</sup> Ein Vertrag stellt nach allgemeiner Definition ein Rechtsgeschäft dar, welches durch mindestens zwei inhaltlich übereinstimmende, mit Bezug aufeinander abgegebene Willenserklärungen in Form eines Antrags und einer Annahme nach §§ 145, 147 BGB zustande kommt.<sup>3</sup> Die zwingende Voraussetzung des Vorliegens zweier kongruenter Willenserklärungen auf Seiten sowohl des Käufers als auch des Verkäufers gilt uneingeschränkt auch im Bereich des elektronischen Vertragsschlusses.

Unter einer Willenserklärung ist jede private Willensäußerung zu verstehen, welche auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet ist.<sup>4</sup> Dabei gelten die vom jeweils Erklärenden selbst formulierten und unter Zuhilfenahme eines Computers oder anderer elektronischer Hilfsmittel erstellten Willensäußerungen unproblematisch als Willenserklärungen im rechtlichen Sinne, sofern die notwendigen Voraussetzungen einer solchen in Gestalt von Handlungswille, Erklärungsbewusstsein und Geschäftswille vorliegen.<sup>5</sup>

Aber auch solche Erklärungen, welche nicht von natürlichen Personen aufgrund eines aktuellen Willensentschlusses formuliert werden, sondern von einem Computer aufgrund dessen Programmierung erstellt und versandt werden, stellen Willenserklärungen im genannten Sinne dar.<sup>6</sup> Hierzu zählen etwa automatisierte Antwortschreiben nach Absenden einer elektronischen Bestellanfrage.

Von einem automatisierten Antwortschreiben in diesem Sinne ist nach Wortlaut und Gestaltung der Antwortmail des U sowie aufgrund des engen zeitlichen Zusammenhangs mit der Bestellung des V im Beispielsfall auszugehen. Eine Wil-

<sup>2</sup> Sofern ein Rechtskauf vorliegt, etwa im Falle des Erwerbs von Software, ist zudem die Vorschrift des § 453 BGB zu beachten. Vgl. hierzu *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 75. Aufl. 2016, § 453 Rn. 8.

<sup>3</sup> Vgl. *Eckert*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 40, Stand: 1.8.2016, § 145 Rn. 2.

<sup>4</sup> Vgl. *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 40. Aufl. 2016, Rn. 82.

<sup>5</sup> Vgl. *Glossner* (Fn. 1), Teil 2 Rn. 15.

<sup>6</sup> Vgl. *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2016, § 2 Rn. 5.

\* Der Autor ist Rechtsassessor und Europajurist (Univ. Würzburg) sowie Wiss. Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte, Kirchenrecht und Bürgerliches Recht, Julius-Maximilians-Universität Würzburg (Prof. Dr. Anja Amend-Traut).

<sup>1</sup> Vgl. *Glossner*, Münchner Anwaltshandbuch IT-Recht, 3. Aufl. 2013, Teil 2 Rn. 14.

lenserklärung stellt diese folglich ungeachtet der automatisierten Versendung dar.

Argument für eine Einordnung unter den Begriff der Willenserklärung ist, dass der Programmierung eines Computers stets menschliches Handeln zugrunde liegt. Der Vertrauensschutz auf Seiten des potentiellen Vertragspartners, der bei Verwendung elektronischer Hilfsmittel sein Gegenüber nicht identifizieren kann, gebietet eine Gleichstellung solcher „Willensäußerungen“ mit denjenigen natürlicher Personen.<sup>7</sup>

Schließlich gilt auch im Fall einer elektronisch geführten Kommunikation, dass Willenserklärungen sowohl ausdrücklich als auch konkludent geäußert werden können. So kann nach dem objektiven Empfängerhorizont etwa eine Bestätigungs-E-Mail mit dem Wortlaut „Die Lieferung erfolgt nach Zahlungseingang. Bitte überweisen Sie den Rechnungsbetrag [...] auf folgendes Konto [...]“ als konkludente Angebotsannahme verstanden werden.<sup>8</sup>

## 2. Abgabe und Zugang elektronischer Willenserklärungen

Eine empfangsbedürftige Willenserklärung unter Abwesenden<sup>9</sup> muss zunächst abgegeben, also unter erkennbarer Kundgabe des rechtsgeschäftlichen Willens in Richtung auf den Empfänger in Bewegung gesetzt werden, so dass der Entäußernde unter normalen Umständen mit einem Zugang beim Empfänger rechnen darf.<sup>10</sup> Zudem muss die Willenserklärung dem Empfänger auch tatsächlich zugehen, um Rechtsfolgen herbeizuführen.<sup>11</sup>

### a) Abgabe

Die Abgabe elektronischer Willenserklärungen im Internet, etwa bei Nutzung eines Online-Bestellformulars oder einer Anmeldemaske, erfolgt durch Mausclick oder Drücken der Eingabetaste auf der Tastatur.<sup>12</sup> Bei der Versendung von E-Mails liegt eine Abgabe mit Erteilung des Sendebefehls vor.<sup>13</sup> Auch bei elektronischen Willenserklärungen kommen naturgemäß die Vorschriften über die Irrtumsanfechtung nach § 119 BGB zur Anwendung, so dass beispielsweise im Falle des Vertippens des Erklärenden bei Erstellung einer E-Mail eine Anfechtung wegen Erklärungsirrtums gem. § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB in Betracht kommt.<sup>14</sup>

<sup>7</sup> Vgl. *Glossner* (Fn. 1), Teil 2 Rn. 15.

<sup>8</sup> Vgl. hierzu AG Dieburg BeckRS 2015, 19901.

<sup>9</sup> Um eine solche handelt es sich bei elektronisch geäußerten Willenserklärungen regelmäßig, sofern keine direkte Kommunikation wie etwa bei Nutzung von Skype oder ähnlichen Online-Chat-Systemen besteht, vgl. *Brox/Walker* (Fn. 4), Rn. 147.

<sup>10</sup> Vgl. *Brox/Walker* (Fn. 4), Rn. 143.

<sup>11</sup> Vgl. *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 75. Aufl. 2016, § 130 Rn. 2, 4.

<sup>12</sup> Vgl. *Brox/Walker* (Fn. 4), Rn. 147.

<sup>13</sup> Vgl. *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, 839 (840).

<sup>14</sup> Vgl. *Wendtland*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 40, Stand: 1.8.2016, § 119 Rn. 28; zu den Besonderheiten bei einer fehlerhaften automatisierten Willenserklärung vgl. *Wendtland* (Fn. 14), § 119 Rn. 29.

Insbesondere kann es zu einer ungewollten Abgabe der elektronischen Willenserklärung kommen, etwa bei Erteilung des Sendebefehls durch ein versehentliches Klicken auf die Maus oder eine ungewollte Betätigung der Eingabetaste.

*Abwandlung zum Beispielfall:* Nachdem V die Stereoanlage im Warenkorb platziert hat, ist er sich unsicher geworden, ob diese seinen Ansprüchen genügen wird, oder ob er nicht doch lieber eine Anlage der Marke „Sound Monster 4000“ erwerben sollte, die er beim Scrollen im Onlineshop des U ebenfalls gefunden hatte. Daher möchte er durch Klick auf die Schaltfläche „Zurück zum Shop“ zur Produktübersicht zurückkehren, um die Anlagen erneut zu vergleichen. Aus Unachtsamkeit klickt er stattdessen auf die räumlich abgehobene Schaltfläche „Jetzt kostenpflichtig bestellen“. Hat V einen Antrag auf Abschluss eines Kaufvertrages abgegeben?

Sofern es in einer entsprechenden Konstellation nicht bereits am Handlungswillen fehlen sollte<sup>15</sup>, ist umstritten, wie ein solcher Fall hinsichtlich der Wirksamkeit der Willenserklärung zu bewerten ist.

Unter Anlehnung an die Konstellation der „abhanden gekommenen“ Willenserklärung bestehen dabei letztlich zwei Lösungsansätze. Nach einer Auffassung soll die ohne Wissen oder Wollen des Erklärenden abgegebene Willenserklärung als nicht abgegeben gelten und lediglich ein Anspruch des Erklärungsempfängers aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB bzw. § 122 BGB analog in Betracht kommen. Nach anderer Ansicht könnte dem Absender die Willenserklärung über die Grundsätze des fehlenden Erklärungsbewusstseins zugerechnet werden, gleichwohl bestünde eine Anfechtungsmöglichkeit desselben analog § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB.<sup>16</sup>

### b) Zugang

Nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB wird eine unter Abwesenden abgegebene, empfangsbedürftige Willenserklärung wirksam, sobald sie dem Empfänger zugeht. Nach allgemeiner Definition liegt ein solcher Zugang vor, sobald sich die Willenserklärung dergestalt im räumlichen Machtbereich des Empfängers befindet, dass dieser unter normalen Umständen von ihr Kenntnis nehmen kann.<sup>17</sup> Ein Eintritt in den Machtbereich ist im Fall mittels E-Mail oder im Internet abgegebener Erklärungen anzunehmen, sobald diese von der Empfangseinrichtung des Empfängers aufgenommen werden und abrufbereit zur Verfügung stehen.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Zu diesen Fällen vgl. *Spindler*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, Vorb. zu §§ 116 ff. Rn. 3.

<sup>16</sup> Vgl. zur gesamten Problematik die Darstellung des Streitstandes bei *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, 839 (840).

<sup>17</sup> Vgl. *Faust* (Fn. 6), § 2 Rn. 23, welcher auch die von den genannten Voraussetzungen abweichende Mindermeinungen darstellt.

<sup>18</sup> Vgl. *Faust* (Fn. 6), § 2 Rn. 33; *Brox/Walker* (Fn. 4), Rn. 149.

Tatsächlich zugegangen ist eine solche Erklärung gleichwohl erst dann, sobald nach der Verkehrsanschauung mit der Leerung des elektronischen Postfaches zu rechnen ist.<sup>19</sup> Zu differenzieren ist dabei nach überwiegender Meinung zwischen geschäftlicher und privater E-Mail-Nutzung.<sup>20</sup> Bei für den Bereich des E-Commerce relevanter geschäftlicher Nutzung auf Seiten des Verkäufers ist der Zeitpunkt der gewöhnlichen Kenntnisnahme anhand der geschäftlichen Gepflogenheiten zu bestimmen. Im Allgemeinen soll daher von einem Zugang spätestens am Ende des Geschäftstages auszugehen sein, da eine tägliche Leerung geschäftlich genutzter elektronischer Postfächer erwartet werden könne.<sup>21</sup> Hiervon abweichende Einzelfälle sind durchaus denkbar, etwa im Fall eines automatisierten minutenweisen Abrufs geschäftlicher Emails über POP3 oder IMAP, bei welchem ein entsprechend früherer Zugang vorliegen kann.<sup>22</sup>

### 3. Antrag und Annahme

Zum Zustandekommen eines Kaufvertrages mittels elektronisch abgegebener Erklärungen ist zunächst ein Antrag auf Abschluss des Kaufvertrages im Sinne des § 145 BGB vonnöten, welcher sowohl vom Käufer als auch vom Verkäufer abgegeben werden kann und dabei die oben dargestellten Merkmale einer Willenserklärung aufweisen muss.

#### a) Antrag

Notwendige Voraussetzung eines Antrags ist, dass dieser sämtliche Punkte enthält, welche inhaltlich für den Abschluss des Kaufvertrages vonnöten sind, sog. *essentialia negotii*.<sup>23</sup> Hierzu zählen insbesondere die Vertragsparteien, der Verkaufsgegenstand und der durch den Käufer zu bezahlende Preis der Ware. Entscheidend für das Vorliegen eines Antrags ist zudem, dass sich aus der jeweiligen Erklärung ein objektiv erkennbarer Rechtsbindungswille ergibt.

Bietet ein Unternehmer Waren auf einer Website an, so ist zunächst mittels einer Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zu überprüfen, ob darin bereits ein an eine Vielzahl nicht näher bestimmter Personen gerichteter Antrag im Sinne des § 145 BGB oder lediglich eine sogenannte *invitatio ad offerendum*

zu sehen ist.<sup>24</sup> Einer *invitatio ad offerendum*, also einer bloßen Aufforderung zur Abgabe eines Antrags, mangelt es an einem objektiv erkennbaren Rechtsbindungswillen.

Insbesondere im Fall des Freischaltens einer Verkaufsseite im Internet samt Buchungsmaske und des Anbietens von bestellbaren Waren auf derselben ist im Zweifel von einer bloßen *invitatio ad offerendum* auszugehen.<sup>25</sup> Denn aus Sicht eines objektiven Dritten in der Position des Kaufinteressenten kann nicht davon ausgegangen werden, dass sich der Anbieter der Ware durch das Freischalten der Angebotsseite mit Rechtsbindungswillen an alle potentiellen Kunden richtet.<sup>26</sup> Dies würde ihm im Fall der gehäuften Annahme eines entsprechenden Antrages *ad incertas personas* ein erhebliches Haftungsrisiko insbesondere für den Fall eines nicht ausreichenden Warenbestandes auferlegen.<sup>27</sup> Ein Antrag im Sinne des § 145 BGB erfolgt somit in solchen Fällen durch den Kunden, welcher eine Bestellung der Ware vornimmt.

Im eingangs gestellten Beispielfall liegt im Warenangebot des U im Rahmen seines Webshops demnach lediglich eine *invitatio ad offerendum* vor. Eine abweichende Einschätzung ist hier mangels näherer Angaben im Sachverhalt nicht geboten. Durch Betätigung des Buttons „Jetzt kostenpflichtig bestellen“ entäußert V rechtswirksam eine Willenserklärung gegenüber U, welcher dieser nach dem objektiven Empfängerhorizont auf Grundlage der Gesamtumstände nur als Antrag auf Abschluss eines Kaufvertrages auffassen konnte.

Anders gestaltet sich die Sachlage jedoch im Fall einer Internetversteigerung, etwa über eBay oder ähnliche Plattformen. Auch bei diesen Online-Versteigerungen kommen die §§ 145 ff. BGB zur Bestimmung des Vorliegens eines Vertragsschlusses zur Anwendung, da es insoweit an einem für „klassische“ Versteigerungen charakteristischen Zuschlag nach § 156 BGB fehlt.<sup>28</sup> Entgegen den obigen Feststellungen ist dann im Freischalten der Angebotsseite nach überwiegender Auffassung ein verbindliches Verkaufsangebot des Verkäufers zu sehen, da dieser objektiv betrachtet den Willen aufweist, mit dem nach Ablauf der Auktionszeit Höchstbietenden zu kontrahieren.<sup>29</sup> Zur Ermittlung des Erklärungsinhaltes sind überdies im Rahmen der dabei erforderlichen

<sup>19</sup> Mansel, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2015, § 130 Rn. 5.

<sup>20</sup> Vgl. Mansel (Fn. 19), § 130 Rn. 5.

<sup>21</sup> Vgl. Brox/Walker (Fn. 4), Rn. 150b. Im Falle privater Nutzung hingegen ist, entsprechend der Grundsätze zur Nutzung eines Hausbriefkastens, jedenfalls von einer einmaligen täglichen Leerung des E-Mail-Postfaches auszugehen. Problematisch erscheint dabei, dass sich im Unterschied zum Hausbriefkasten keine im Sinne der Verkehrsanschauung einheitliche Tageszeit für die Leerung eines E-Mail-Postfaches bestimmen lässt. Daher schlagen etwa Brox/Walker ([Fn. 4], Rn. 150b) vor, von einem Zugang spätestens einen Tag nach Eingang der abrufbar gespeicherten E-Mail im Postfach des Empfängers auszugehen.

<sup>22</sup> Vgl. Spindler (Fn. 15), § 130 Rn. 8.

<sup>23</sup> Vgl. Faust (Fn. 6), § 3 Rn. 3.

<sup>24</sup> Vgl. Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2016, Rn. 59.

<sup>25</sup> Vgl. Sutschet, NJW 2014, 104.

<sup>26</sup> Vgl. Oechsler, Jura 2012, 497 (498).

<sup>27</sup> Vgl. Köhler (Fn. 24), Rn. 59, mit dem Hinweis, dass dies im Fall von uneingeschränkt verfügbaren Waren anders sein kann, etwa bei der Möglichkeit eines Downloads von Software.

<sup>28</sup> Vgl. hierzu näher Leipold, BGB I – Einführung und Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2015, § 14 Rn. 43.

<sup>29</sup> Vgl. Sutschet, NJW 2014, 1041 (1042); alternativ könnte konstruktiv im Freischalten der Angebotsseite eine antizipierte Annahme des Verkäufers gesehen werden, vgl. hierzu etwa Leipold (Fn. 28), § 13 Rn. 44, dort auch Fn. 54. Zur Möglichkeit einer in den AGB der Versteigerungsplattform zu regelnden Zurücknahme des Angebots durch den Verkäufer vgl. Köhler (Fn. 24), Rn. 59.

Auslegung die AGB des betreffenden Unternehmens, beispielsweise eBay, heranzuziehen.<sup>30</sup>

#### b) Annahme

Auf Seiten des jeweiligen Vertragspartners bedarf es wiederum einer Annahme dieses Angebots, welche ebenfalls den oben dargestellten Anforderungen an eine wirksame Willenserklärung genügen muss. Problematisch ist dabei oftmals, ob in einer Bestätigung des Zugangs einer elektronischen Bestellung, wie sie nach § 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB vorgeschrieben ist, bereits eine Annahme zu sehen ist. Dies ist im Einzelfall mittels einer Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont gem. §§ 133, 157 BGB anhand der konkreten Ausgestaltung der Bestätigung durch den Unternehmer zu ermitteln. Dabei ist zu überprüfen, ob die betreffende Bestätigung lediglich der Information des Bestellers über den Eingang seiner Bestellung dienen soll, oder ob sie darüber hinaus bereits eine Willenserklärung des Unternehmers hinsichtlich einer Annahme des Vertragsangebots darstellt.<sup>31</sup> Bei Vorliegen einer bloßen Zugangsbestätigung bedarf es zusätzlich noch einer eigenen Annahmeerklärung, welche gem. § 151 S. 1 BGB auch durch bloßes Zusenden der Ware erfolgen kann.<sup>32</sup>

Im Beispielfall ergibt eine Auslegung nach §§ 133, 157 BGB, dass es sich bei der dem V zugegangenen, automatisiert generierten Zugangsbestätigung zugleich um eine Annahme des Antrags handelt. Insbesondere wird nicht ersichtlich, dass auf Seiten des U eine Bedenkzeit oder eine weitere Prüfung des Antrags oder der Person des V vonnöten wären. Die Ankündigung des baldigen Warenversands durch U legt vielmehr eine unmittelbare Annahme nahe.

## II. Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen

Im E-Commerce werden von Unternehmern regelmäßig Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) verwendet. Entsprechend den Vorgaben aus § 305 Abs. 2 BGB müssen diese in den Vertrag einbezogen werden, um Inhalt desselben werden zu können.<sup>33</sup> Hierzu verlangt § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB zunächst einen ausdrücklichen Hinweis auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers. Dies ist bei entsprechender Gestaltung des Webauftritts grundsätzlich unproblematisch auf der Website des Unternehmers selbst möglich.

Nach § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB muss der Unternehmer des Weiteren der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschaffen, in zumutbarer Weise von den AGB Kenntnis zu nehmen. Darüber hinaus verlangt § 312i Abs. 1 Nr. 4 BGB für Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr, dass der Unternehmer dem Kunden die Möglichkeit verschafft, die

Vertragsbestimmungen einschließlich der AGB bei Vertragschluss abzurufen und in wiedergabefähiger Form abzuspeichern. Beiden Normen kann der Unternehmer durch Wiedergabe des Textes der AGB auf der Website selbst oder mittels eines Links sowie durch die Ermöglichung des Herunterladens derselben entsprechen.<sup>34</sup>

Im Beispielfall liegt ein entsprechender Link zu den AGB des U vor. Dieser muss hinreichend erkennbar sein für den durchschnittlichen Verbraucher, etwa durch Gestaltung von Schriftart und -größe sowie Platzierung auf der Website.

## III. Geltung besonderer Vorschriften beim Vertragschluss im E-Commerce

Neben den vorgenannten allgemeinen Anforderungen an einen wirksamen Vertragsschluss unter Zuhilfenahme elektronisch übermittelter Willenserklärungen enthält das BGB für den Bereich des E-Commerce mit den §§ 312 ff. BGB einige spezielle Vorschriften, welche im Rahmen eines solchen Vertragsschlusses ergänzend zu beachten sind.

### 1. Besondere Vorschriften für Fernabsatzverträge

Schließen ein Unternehmer im Sinne des § 14 BGB und ein Verbraucher im Sinne des § 13 BGB einen sog. Verbrauchervertrag nach § 310 Abs. 3 BGB unter ausschließlicher<sup>35</sup> Verwendung von Fernkommunikationsmitteln, so liegt gem. §§ 312 Abs. 1, 312c Abs. 1 BGB ein Fernabsatzvertrag vor, sofern der Vertragsschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt. Im Falle des Vorliegens eines Fernabsatzvertrages ergeben sich für den Unternehmer aus §§ 312d, 312f Abs. 2 BGB besondere Pflichten, während dem Verbraucher gem. § 312g BGB ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB zusteht.

*Hinweis:* In Klausuren stellt die Prüfung der Voraussetzungen eines Widerrufsrechts des Verbrauchers gem. §§ 312g I, 355 BGB eine häufige Anforderung an die Klausurbearbeiter dar. Das Widerrufsrecht ist als Gestaltungsrecht in Klausuren neben den Instituten der Anfechtung und des Rücktritts denkbar. Bei der Prüfung desselben kommt es regelmäßig vor allem auf eine saubere Prüfung des Fristlaufs gem. § 356 BGB sowie die Rechtsfolgen des Widerrufs nach § 357 BGB an.

Den Begriff der Fernkommunikationsmittel definiert § 312c Abs. 2 BGB. Fernkommunikationsmittel sind danach alle Kommunikationsmittel, die zur Anbahnung oder zum Abschluss eines Vertrags eingesetzt werden können, ohne dass die Vertragsparteien gleichzeitig körperlich anwesend sind.

<sup>30</sup> Vgl. Mansel (Fn. 19), § 133 Rn. 10.

<sup>31</sup> Vgl. Köhler (Fn. 24), Rn. 60; zur Möglichkeit einer Anfechtung automatisch generierter Erklärungen durch den Unternehmer etwa im Falle eines Online-Shops vgl. beispielsweise Faust (Fn. 6), § 21 Rn. 23.

<sup>32</sup> Vgl. Köhler (Fn. 24), Rn. 60.

<sup>33</sup> Vgl. Mansel (Fn. 19), § 312c Rn. 8.

<sup>34</sup> Vgl. Köhler (Fn. 24), Rn. 61.

<sup>35</sup> Zu denkbaren „Mischfällen“ vgl. etwa Schulte-Nölke, in: Schulze u.a., Handkommentar zum BGB, 9. Aufl. 2017, § 312c Rn. 5.

Exemplarisch nennt die Vorschrift Briefe, Katalog, E-Mails und SMS, wobei diese Aufzählung nicht abschließend ist.<sup>36</sup>

Im Falle des Vorliegens eines Fernabsatzvertrages im Sinne des § 312c BGB werden dem Unternehmer gegenüber dem Verbraucher durch § 312d Abs. 1 S. 1 BGB Informationspflichten nach Maßgabe des Art. 246a EGBGB bzw. im Falle eines Fernabsatzvertrages über Finanzdienstleistungen gem. § 312d Abs. 2 BGB nach Maßgabe des Art. 246b EGBGB auferlegt. Kommt der Unternehmer diesen umfangreichen Informationspflichten nicht nach, so beginnt als Konsequenz hieraus die Frist für die Ausübung des dem Verbraucher nach § 312g BGB zustehenden Widerrufsrechts gem. § 356 Abs. 3 S. 1 BGB nicht zu laufen. Eine Verletzung von Informationspflichten über Fracht-, Liefer-, Versand- oder sonstige Kosten aus § 312d Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246a EGBGB, § 1 S. 1 Nr. 4 BGB zieht zudem gem. § 312e BGB einen Verlust des Anspruchs des Unternehmers gegen den Verbraucher auf entsprechende Kosten nach sich.

Schließlich verpflichtet § 312f Abs. 2 BGB den Unternehmer grundsätzlich dazu, dem Verbraucher innerhalb einer angemessenen Frist nach Vertragsschluss, spätestens aber bei Lieferung der Ware, eine Bestätigung des Vertrags nebst der in Art. 246a EGBGB genannten Angaben auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen.<sup>37</sup>

Im Beispielsfall schließen Verbraucher V und Unternehmer U durch Nutzung des online gestellten Webshops einen Verbrauchervertrag unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln. Insbesondere liegt auch ein Vertragsschluss im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebssystems vor, da U seinen Betrieb so organisiert, dass Verträge regelmäßig im Fernabsatz abgeschlossen werden können.<sup>38</sup> U hat folglich die besonderen Anforderungen aus § 312d Abs. 2 BGB zu beachten, um den Beginn der Widerrufsfrist auszulösen.

## 2. Besondere Vorschriften für Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr

Für den Bereich des elektronischen Geschäftsverkehrs enthalten die §§ 312i, j BGB ebenfalls spezielle Pflichten für den Unternehmer. Die genannten Vorschriften dienen der Umsetzung der sog. E-Commerce-Richtlinie.<sup>39</sup> Während § 312i BGB allgemeine Pflichten eines Unternehmers im elektronischen Geschäftsverkehr statuiert, sieht § 312j BGB besondere Pflichten des Unternehmers gegenüber Verbrauchern vor.

<sup>36</sup> Schirnbacher, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 312c Rn. 5.

<sup>37</sup> Eine Ausnahme von der Pflicht zur Beifügung der Informationen nach Art. 246a EGBGB sieht § 312f Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BGB vor, sofern der Unternehmer diese Informationen bereits vor Vertragsschluss zur Erfüllung seiner Informationspflichten aus § 312d Abs. 1 BGB auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt hat.

<sup>38</sup> Vgl. Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 75. Aufl. 2016, § 312c Rn. 6.

<sup>39</sup> Schulte-Nölke (Fn. 35), § 312i Rn. 1.

### a) Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr

Grundsätzliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit beider Vorschriften ist ein Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr, wie ihn § 312i Abs. 1 BGB konkretisiert. Der Unternehmer muss sich demnach zum Zwecke des Abschlusses eines Vertrages über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von Dienstleistungen sog. Telemedien bedienen. Die Definition der Telemedien enthält § 1 Abs. 1 TMG. Unter § 312i BGB fallen demzufolge beispielsweise Teleshopping, Webportale, der Vertragsschluss per E-Mail sowie Angebote von Waren und Dienstleistungen auf Internetseiten mit interaktivem Zugriff, klassischerweise einem Warenkorbsystem, und unmittelbarer Bestellmöglichkeit.<sup>40</sup> Insbesondere die letztgenannten „Online-Shops“ gewinnen zunehmend an Bedeutung für das alltägliche Konsumverhalten.

Ein solcher Online-Shop liegt im Beispielsfall der Bestellung des V zugrunde. Der zwischen V und U abgeschlossene Kaufvertrag stellt folglich einen Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr dar.

Auch über Mobiltelefone in ihrer Funktion als mobile Endgeräte abgeschlossene Verträge, sogenannter „M-Commerce“, unterfallen dem sachlichen Anwendungsbereich des § 312i BGB.<sup>41</sup> Insgesamt ist der Begriff der Telemedien enger gefasst als derjenige der Fernkommunikationsmittel in § 312c Abs. 2 BGB, da unter letzteren auch Briefe oder Kataloge fallen können, während der Begriff „Telemedien“ nach § 1 TMG ausschließlich elektronische Informations- und Kommunikationsdienste erfasst.<sup>42</sup>

### b) Allgemeine Pflichten des Unternehmers

Zu den allgemeinen Pflichten des Unternehmers im elektronischen Geschäftsverkehr zählen insbesondere die sich aus § 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. Art. 246c EGBGB ergebenden vorvertraglichen Informationspflichten, die unverzügliche elektronische Bestätigung des Zugangs der Bestellung des Kunden nach § 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB sowie die Bereitstellung der Vertragsbestimmungen einschließlich der verwendeten AGB in der von § 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB vorgeschriebenen Weise.

Die in Art. 246c EGBGB genannten Informationen sind dem Kunden rechtzeitig vor Abgabe seiner Bestellung klar und verständlich mitzuteilen. Zu diesen Informationen zählt etwa die Unterrichtung über die einzelnen zum Vertragsschluss führenden technischen Schritte sowie über die dem Kunden für den Vertragsschluss zur Verfügung stehenden Sprachen. Die Anforderung der rechtzeitigen Information ist dann als erfüllt anzusehen, wenn die Informationen während des Bestellvorgangs auf der Website des Unternehmers mitgeteilt werden; nicht ausreichend ist es hingegen, wenn der Kunde die Information erst nach Betätigung des unterhalb des jeweiligen Produkts befindlichen Bestellbuttons erhält.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Schulte-Nölke (Fn. 35), § 312i Rn. 2.

<sup>41</sup> Schirnbacher (Fn. 36), § 312i Rn. 12.

<sup>42</sup> Vgl. auch Maume, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 40, Stand: 1.8.2016, § 312i Rn. 13.

<sup>43</sup> Schirnbacher (Fn. 36), § 312i Rn. 41 f.

Eine erforderliche unverzügliche elektronische Bestätigung liegt in der Praxis auch dann vor, wenn der Unternehmer eine automatische Antwortfunktion eingerichtet hat, mittels derer jegliche eingehende E-Mail umgehend beantwortet wird.<sup>44</sup> Üblicherweise stellt eine solche von § 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB vorgeschriebene unverzügliche elektronische Bestätigung noch keine Willenserklärung des Unternehmers in Form der Annahme des Vertragsangebotes dar, sondern lediglich eine bloße Wissenserklärung. In Zweifelsfällen ist die Abgrenzung mittels einer Auslegung nach dem Empfängerhorizont gem. §§ 133, 157 BGB vorzunehmen.<sup>45</sup>

Eine entsprechende unverzügliche elektronische Bestätigung ist im Beispielsfall erfolgt. Diese war gem. § 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB auch erforderlich, da aufgrund der Nutzung eines Online-Shops im oben beschriebenen Sinne ein Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr vorliegt.

Die sich aus § 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB ergebende Pflicht des Unternehmers zur Bereitstellung der Vertragsbestimmungen einschließlich der AGB geht über die Anforderungen des § 305 Abs. 2 BGB hinaus, da die AGB nicht nur elektronisch abrufbar, sondern zudem in wiedergabefähiger Form speicherbar sein müssen.<sup>46</sup>

Spezifische Rechtsfolgen für die Nichtbeachtung der genannten Pflichten durch den Unternehmer enthält das Gesetz nicht, gleichwohl können in diesem Fall die allgemeinen schuldrechtlichen Regelungen zu einem Anspruch des Kunden gegen den Unternehmer beispielsweise wegen eines Vertrauensschadens führen.<sup>47</sup>

#### c) Besondere Pflichten gegenüber Verbrauchern

Zusätzlich zu den vorgenannten allgemeinen Pflichten des Unternehmers im elektronischen Geschäftsverkehr enthält § 312j BGB besondere Pflichten für den Unternehmer im Falle eines Vertragsschlusses mit Verbrauchern im Sinne des § 13 BGB. Insbesondere hat der Unternehmer dem Verbraucher gem. § 312j Abs. 2 BGB die sich aus Art. 246a EGBGB, § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 4, 5, 11 und 12 BGB ergebenden Informationen unmittelbar vor Abgabe der Bestellung klar, verständlich und in hervorgehobener Weise zur Verfügung zu stellen. Folglich hat der Unternehmer dem Verbraucher Informationen über die wesentlichen Eigenschaften der Ware (Nr. 1), den Gesamtpreis der Ware sowie die Art der Preisberechnung und gegebenenfalls anfallende Fracht- oder Lieferkosten (Nr. 4) mitzuteilen.

Zudem hat der Unternehmer die Bestellsituation gem. § 312j Abs. 3 S. 1 BGB so zu gestalten, dass der Verbraucher mit seiner Bestellung ausdrücklich bestätigt, sich zur Zahlung zu verpflichten. Bei Bestellung mittels einer Schaltfläche, sog. Button, erfüllt der Unternehmer die vorgenannte Pflicht gem. § 312j Abs. 3 S. 2 BGB allerdings nur, wenn die betreffende Schaltfläche ausschließlich mit den Worten „zahlung-

spflichtig bestellen“ oder ähnlich eindeutigen Formulierungen beschriftet ist.

Kommt der Unternehmer dieser Verpflichtung nicht nach, so kommt nach § 312j Abs. 4 BGB der Vertrag nicht zustande.<sup>48</sup> Ein Verstoß gegen die sich aus § 312j Abs. 2 BGB ergebenden Informationspflichten hingegen hat keine Auswirkung auf den Vertragsschluss, denkbar sind gleichwohl wiederum Ansprüche des Verbrauchers nach den allgemeinen Vorschriften.<sup>49</sup>

Im Beispielsfall hat U eine Ausgestaltung der elektronischen Bestellfläche entsprechend der Button-Lösung des § 312j Abs. 3 S. 2 BGB vorgenommen, so dass ein wirksamer Vertrag zustande kommen konnte. Die nach § 312j Abs. 2 BGB hier ebenfalls erforderlichen Pflichtangaben müsste der U dabei in räumlicher Nähe zu dieser Schaltfläche so dargestellt haben, dass sie in der Regel bei einer üblichen Bildschirmauflösung gleichzeitig mit der Schaltfläche zu sehen sind und nach Schriftart und -größe ohne Weiteres zu erkennen sind.<sup>50</sup>

#### IV. Fazit

Abschließend lässt sich festhalten, dass für eine zufriedenstellende Lösung der sich im Bereich des E-Commerce ergebenden Rechtsprobleme in einer Klausur zunächst fundierte Kenntnisse des BGB AT unentbehrlich sind. Nur unter Zugrundelegung der allgemeinen Voraussetzungen etwa hinsichtlich der Elemente einer Willenserklärung und der Auslegung einer solchen lassen sich spezifische Probleme des Vertragsschlusses im Internet, etwa im Bereich der automatisierten Willenserklärungen, identifizieren und zutreffend einordnen.

Auch die Grundsätze der Abgabe und des Zugangs von Willenserklärungen werden in entsprechenden Klausuren vorausgesetzt. Hier kann beispielsweise der traditionelle Hausbriefkasten schlichtweg durch ein Email-Postfach ersetzt werden, um Transferleistungen der Klausurbearbeiter abzufragen.

Darüber hinaus sollten die §§ 312 ff. BGB in ihrer Regelungssystematik bekannt sein, um Fallkonstellationen, die einen Fernabsatzvertrag bzw. einen Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr enthalten, mit den dafür geltenden Vorschriften korrekt in den Griff bekommen zu können. Hier ist zu empfehlen, sich mit den jeweiligen Verweisungen auf die maßgeblichen Vorschriften des EGBGB vertraut zu machen. Gerade eine Kenntnis der maßgeblichen Widerrufsvorschriften erscheint unabdingbar, da Widerrufskonstellationen häufig Gegenstand von Klausuren sind.

<sup>44</sup> Schirnbacher (Fn. 36), § 312i Rn. 48.

<sup>45</sup> Vgl. hierzu auch schon die Ausführungen oben unter I. 3. b).

<sup>46</sup> Zu den Möglichkeiten, dieser Anforderung gerecht zu werden, vgl. die Ausführungen unter II.

<sup>47</sup> Vgl. Schulte-Nölke (Fn. 35), § 312i Rn. 12.

<sup>48</sup> Vgl. Schirnbacher (Fn. 36), § 312j Rn. 49. Zu Überlegungen bezüglich einer teleologischen Reduktion der Norm vor dem Hintergrund des europarechtlichen Telos derselben vgl. Weiss, JuS 2013, 590, (593).

<sup>49</sup> Vgl. Schirnbacher (Fn. 36), § 312j Rn. 36.

<sup>50</sup> Vgl. Grüneberg (Fn. 38), § 312j Rn. 6, 7.

# Verantwortlichkeit von Host Providern

## Bewertungsplattformen im Spannungsfeld zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrechtsschutz

Von stud. iur. **Lars Herwig**, stud. iur. **Alexander Karl**, Siegen\*

### I. Einleitung

Die höchstrichterliche Rechtsprechung sieht sich in den letzten Jahren vermehrt mit Fällen von Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet konfrontiert. Hierbei sind in jüngster Zeit insbesondere Bewertungsportale stark in den Fokus gerückt.<sup>1</sup>

Die Häufung von Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Netz kommt dabei nicht von ungefähr. Gerade der in § 13 Abs. 4 S. 1 TMG verankerte Anspruch auf Anonymität bei der Nutzung von Telemedien führt dazu, dass das Internet einen „Nährboden für Persönlichkeitsrechtsverletzungen“<sup>2</sup> bietet, da die anonyme Internetnutzung offensichtlich zu einem Absinken der Hemmschwelle bei den jeweiligen Nutzern führt.<sup>3</sup> Dies ist insoweit problematisch, als dass persönlichkeitsrechtsverletzende Äußerungen im Internet aufgrund ihrer ubiquitären Verfügbarkeit, ihrer dauerhaften Auffindbarkeit sowie der leichten Zugänglichkeit mit erheblichen Folgen für den Betroffenen verbunden sein können.<sup>4</sup> Diese Folgen können von einer Verletzung seines sozialen Geltungswertes in der Gesellschaft und daraus eventuell entstehenden wirtschaftlichen Einbußen bis hin zu Beeinträchtigungen seiner Privat- und Intimsphäre reichen.

Ein besonderes Gefährdungspotential für Persönlichkeitsrechte zeigt sich dabei im Bereich von Internetplattformen, auf denen Nutzer pseudonym oder anonym persönliche Bewertungen abgeben können. Solche Online-Bewertungsplattformen<sup>5</sup>, deren Grundgedanke darin besteht, dem Nutzer einen Eindruck über Qualität und Leistung eines bestimmten Produktes oder einer bestimmten Leistung nahezubringen, spielen zwar einerseits eine bedeutende Rolle im Meinungsbildungsprozess, können andererseits jedoch auch einen erheblichen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Betroffe-

nen zur Folge haben.<sup>6</sup> Zugleich zeigt sich, dass es für den von einer Persönlichkeitsrechtsverletzung Betroffenen nicht immer leicht ist, seine Rechte geltend zu machen.

Schon die Qualifizierung eines Beitrags als persönlichkeitsrechtsverletzend erfordert regelmäßig einen komplexen Abwägungsprozess zwischen den schutzwürdigen Interessen des Bewerteten auf der einen und den schutzwürdigen Interessen des Bewertenden auf der anderen Seite. Im Regelfall stehen sich dabei das grundrechtlich geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und die ebenfalls grundrechtlich geschützten Kommunikationsfreiheiten, insbesondere die Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG), gegenüber, wobei keine der beiden Grundrechtspositionen per se Vorrang genießt.<sup>7</sup> Vielmehr ist stets eine Abwägung aller Umstände des konkreten Einzelfalls erforderlich.<sup>8</sup>

Darüber hinaus gestaltet sich auch die Durchsetzung von persönlichkeitsrechtlichen Ansprüchen im Regelfall als problematisch. Eine Inanspruchnahme des zumeist anonym oder pseudonym auftretenden Bewertenden ist nämlich oftmals nicht möglich, weil der Betroffene grds. keinen Auskunftsanspruch bezüglich der personenbezogenen Daten des Nutzers gegenüber dem Portalbetreiber hat.<sup>9</sup>

Ausgehend von der höchstrichterlichen Rechtsprechung und vor dem Hintergrund der geschilderten Problemlage möchte der vorliegende Beitrag einen Überblick über die persönlichkeitsrechtlichen Herausforderungen im Zusammenhang mit Online-Bewertungsplattformen geben. Neben der Frage nach der persönlichkeitsrechtlichen Relevanz von Bewertungsplattformen soll insbesondere auf die Haftungsproblematik sowie die Auswirkungen der jüngst hierzu ergangenen BGH-Rechtsprechung<sup>10</sup> eingegangen werden. Abschließend erfolgen eine Bewertung der Entscheidungen sowie ein kurzer Ausblick auf mögliche weitere Fragestellungen und Fallgestaltungen.

### II. Persönlichkeitsrechtliche Relevanz von Plattformen

Es ist nicht verwunderlich, dass gerade Bewertungsplattformen immer wieder im Mittelpunkt des Persönlichkeitsrechtsschutzes stehen. Betrachtet man die Funktionsweise solcher, meist produkt- oder personenbezogener Plattformen, wird schnell deutlich, warum diese ein erhöhtes Potential für Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aufweisen: Ziel von Bewertungsplattformen ist es, für ihre Nutzer ein höchstmögliches Transparenzniveau zu schaffen. Nutzer können und sollen hier ihre Erfahrungen mit einem speziellen

---

\* Die Autoren sind Studenten des Masterstudiengangs Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht an der Universität Siegen. Der vorliegende Beitrag wurde im Rahmen eines Forschungskolloquiums zum Medien- und Urheberrecht am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht, insb. Immaterialgüterrecht sowie Medienrecht von Univ.-Prof. Dr. Nadine Klass verfasst.

<sup>1</sup> BGHZ 181, 328; 201, 380; 202, 242; BGH GRUR 2016, 855.

<sup>2</sup> Vgl. Klass, in: Erman, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2014, Anh. zu § 12 Rn. 276i.

<sup>3</sup> Klass (Fn. 2), Anh. zu § 12 Rn. 276i; Heckmann, NJW 2012, 2631 (2631); Ladeur/Gostomzyk, NJW 2012, 710 (714).

<sup>4</sup> Im Extremfall bis hin zur Prangerwirkung; BVerfGE 104, 65 (72); Härting, Internetrecht, 5. Aufl. 2014, Rn. 20 ff.

<sup>5</sup> Wie etwa [www.jameda.de](http://www.jameda.de) (22.3.2017) für Ärztebewertungen, [www.kununu.com](http://www.kununu.com) (22.3.2017) für Arbeitgeberbewertungen.

<sup>6</sup> Paal, NJW 2016, 2081.

<sup>7</sup> BVerfGE 90, 241 (248).

<sup>8</sup> BGHZ 191, 219 (227).

<sup>9</sup> BGHZ 201, 380 (383).

<sup>10</sup> BGHZ 191, 219; 201, 380; 202, 242; BGH GRUR 2016, 855 (857).

Produkt oder einer bestimmten Leistung durch ausführliche und oftmals anonyme Bewertungen miteinander teilen. In der Regel werden bei dieser Gelegenheit Bewertungen, z.B. in Form von Schulnoten, verteilt. Während sich solche Portale dabei grds. einer enormen Popularität erfreuen, liegt es in der Natur der Sache, dass diese Beliebtheit nicht von allen geteilt wird. Insbesondere bei von negativen Bewertungen Betroffenen wird das Verlangen nach immer mehr Transparenz im Netz auf wenig Gegenliebe stoßen.

Auch wenn den Betroffenen zwar grds. kein Anspruch darauf zusteht, in der Öffentlichkeit nur nach ihrem Wunsch-Selbstbild dargestellt zu werden,<sup>11</sup> sind Konstellationen denkbar, in denen negative Bewertungen nicht ohne Gegenwehr hingenommen werden müssen. Rechtlich problematisch sind Äußerungen beispielsweise immer dann, wenn es sich um falsche Tatsachenbehauptungen handelt oder die Aussagen einen ehrverletzenden Inhalt haben. Denn die Meinungsfreiheit findet ihre Schranken gem. Art. 5 Abs. 2 GG, unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit und der Umstände des Einzelfalls, vor allem in der persönlichen Ehre.<sup>12</sup>

Bei Ehrverletzungen ist zwischen einer Verletzung der inneren und Verletzungen der äußeren Ehre zu differenzieren.<sup>13</sup> Die innere Ehre umfasst dabei den persönlichen Geltungswert eines Menschen, während die äußere Ehre seinen sozialen Geltungswert und damit seinen guten Ruf schützt.<sup>14</sup>

Im Rahmen der äußerungsrechtlichen Beurteilung muss grds. zwischen Meinungsäußerungen und Tatsachenbehauptungen unterschieden werden.<sup>15</sup> Meinungsäußerungen, die im Allgemeinen durch „das Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens“<sup>16</sup> geprägt sind, sind dabei vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG erfasst und stellen regelmäßig keinen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht dar. Soweit eine Meinungsäußerung den Betroffenen allerdings in seiner Menschenwürde verletzt oder als Formalbeleidigung oder Schmähkritik zu qualifizieren ist, ist diese nicht vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG erfasst.<sup>17</sup> Anders verhält es sich bei Tatsachenbehauptungen, also Behauptungen über deren Inhalt grds. Beweis erhoben werden kann.<sup>18</sup> Eine wahre Tatsachenbehauptung, soweit sie nicht die Privat- oder Intimsphäre betrifft, ist in der Regel hinzunehmen, denn eine Äußerung, die das Bild des Betroffenen zutreffend darstellt, verletzt die Ehre nicht.<sup>19</sup> Unwahre Tatsachenbehauptungen genießen hingegen grds. keinen Schutz.<sup>20</sup>

Äußerungen in personenbezogenen Bewertungsportalen betreffen zumeist die äußere Ehre<sup>21</sup> und damit, wie aufgezeigt, den sozialen Geltungswert sowie die Reputation des Einzelnen.<sup>22</sup> Solange die Bewertung in Form von Meinungsäußerungen nicht die Grenze zur Prangerwirkung oder der Stigmatisierung überschreitet,<sup>23</sup> oder die Bewertung eine unwahre Tatsachenbehauptung beinhaltet, ist sie daher vom Bewerteten hinzunehmen. Dass die Bewertungen dabei anonym abgegeben werden, spielt nach Ansicht der Rechtsprechung keine Rolle.<sup>24</sup> Denn auch anonyme Äußerungen sind nach Maßgabe des BVerfG vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG erfasst.<sup>25</sup> Durch die auf Bewertungsplattformen vorherrschende Anonymität ergibt sich jedoch in Bezug auf das Persönlichkeitsrecht ein erhebliches Gefahrenpotential. Die Freiheit, sich im Internet weitgehend anonym bewegen zu können, geht mit der nicht zu unterschätzenden Nebenwirkung einher, dass die Hemmschwelle der sich äuernden Nutzer rapide abzunehmen scheint.<sup>26</sup> Unter dem Deckmantel der Anonymität werden Meinungen geäußert, die von Beleidigungen bis hin zur Verbreitung wahrheitswidriger Tatsachen reichen, und die der sich Äuernde wohl oftmals nicht getätigt hätte, wenn er mit seinem Klarnamen dafür hätte geradestehen müssen. Dies stellt insbesondere für personenbezogene Bewertungsplattformen eine nicht unerhebliche Gefahr dar, zumal das Konzept der anonymen Bewertungsabgabe geradezu zum Missbrauch in Form von Bewertungsmanipulationen einlädt. Zu denken ist hierbei beispielsweise an berufliche Konkurrenten, die mit einer negativen Bewertung den Betroffenen in ein schlechtes Licht rücken wollen, weil sie sich davon einen Wettbewerbsvorteil versprechen.

Dabei sind solche Manipulationen keine Lappalien. Aufgrund der großen Breitenwirkung und den fehlenden Zugangsvoraussetzungen für Bewertungsplattformen, können Manipulationen neben finanziellen Schäden unter Umständen auch eine Prangerwirkung zur Folge haben.<sup>27</sup> Es ist dementsprechend nicht von der Hand zu weisen, dass Äußerungen auf Bewertungsportalen einen erheblichen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Bewerteten darstellen können.

---

lichkeitsschaden, der außer Verhältnis zum Interesse der Verbreitung der Wahrheit steht“, BVerfG NJW 2016, 3362; insbesondere Prangerwirkung, Stigmatisierung, soziale Ausgrenzung, BGHZ 202, 242 (254).

<sup>20</sup> BVerfGE 61, 1 (8); BVerfGE 54, 208 (219).

<sup>21</sup> BGHZ 202, 242 (254).

<sup>22</sup> BGHZ 202, 242 (254).

<sup>23</sup> *Klass* (Fn. 2), Anh. zu § 12 Rn. 127.

<sup>24</sup> BGHZ 181, 328 (341 f.).

<sup>25</sup> BVerfGE 95, 28 (36); BGHZ 181, 328 (341 f.); a. A. *Bernreuther*, AfP 2011, 218 (222 ff.); *Braam*, Die anonyme Meinungsäußerung – rechtliche Bewertung einer internettypischen Kommunikationsform, 2015, S. 195 ff.

<sup>26</sup> *Klass*, (Fn. 2), Anh. zu § 12 Rn. 276i; *Heckmann*, NJW 2012, 2631; *Ladeur/Gostomzyk*, NJW 2012, 710 (714).

<sup>27</sup> BVerfGE 104, 65 (72, Schuldnerspiegel im Internet); *Härtling* (Fn. 4), Rn. 20 ff.

---

<sup>11</sup> *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, 78. Ergänzungslieferung 2016, Art. 2 Rn. 168; BVerfGE 99, 185 (194).

<sup>12</sup> *Grabenwarter*, in Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, 78. Ergänzungslieferung 2016, Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 Rn. 139; BVerfGE 7, 198 (210 f.).

<sup>13</sup> *Klass* (Fn. 2), Anh. zu § 12 Rn. 94.

<sup>14</sup> *Klass* (Fn. 2), Anh. zu § 12 Rn. 94.

<sup>15</sup> BVerfG, NJW 2012, 3712 m.w.N.

<sup>16</sup> BVerfGE 61, 1 (8).

<sup>17</sup> *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1703); BVerfGE 82, 272 (281).

<sup>18</sup> BVerfGE 90, 241 (247, Leugnung der Judenverfolgung).

<sup>19</sup> Vgl. *Rixecker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, Anh. zu § 12 Rn. 170; Ausnahmen: „Persön-

### III. Haftung von Plattformen für rechtswidrige Inhalte

Mit Blick auf die Haftung für Persönlichkeitsrechtsverletzungen auf Bewertungsplattformen ist eine entscheidende Frage, gegen wen der Betroffene einen Anspruch geltend machen kann. Als Anspruchsgegner kommen dabei zum einen der bewertende Nutzer und zum anderen der Portalbetreiber in Betracht.

Eine Inanspruchnahme des Bewertenden gestaltet sich oftmals als äußerst schwierig. Die vom BGH als schützenswert erachtete Anonymität im Internet<sup>28</sup> hat – wie schon erwähnt – zur Folge, dass der Bewertende regelmäßig nicht identifizierbar ist. Möglich wäre lediglich eine Identitätsfeststellung über die zugehörige IP-Adresse. Diesbezüglich hat der BGH jedoch ausdrücklich festgestellt, dass die Herausgabe der personenbezogenen Daten des bewertenden Nutzers zum Zweck der Durchsetzung von Ansprüchen, die sich aus Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ergeben, gegen den in § 14 Abs. 2 TMG normierten Ausnahmekatalog verstößt.<sup>29</sup> Soweit nicht ausnahmsweise eine Einwilligung des Betroffenen vorliegt, ist ein Auskunftsanspruch bezüglich der personenbezogenen Daten des bewertenden Nutzers daher auf strafbewährte Handlungen, wie Verleumdungen oder Beleidigungen, beschränkt.<sup>30</sup> Die Staatsanwaltschaft nimmt in diesen Fällen jedoch oftmals keine Ermittlungen auf<sup>31</sup>, was zur Folge hat, dass dem Bewertenden häufig nur die Inanspruchnahme des Portalbetreibers möglich sein wird.

Bevor nun auf die haftungsrechtlichen Besonderheiten von Plattformen eingegangen werden kann, muss zunächst geklärt werden, in welche Kategorie von Diensteanbietern des TMG ein Betreiber einer Bewertungsplattform einzuordnen ist. Weil Bewertungsplattformen in der Regel nur als Vermittler der von den Nutzern eingestellten Inhalte auftreten und sie die Informationen dauerhaft für ihre Nutzer speichern, sind sie im Allgemeinen als Hostprovider im Sinne von § 10 TMG zu klassifizieren.<sup>32</sup>

Für diese enthält § 10 TMG eine Haftungsprivilegierung, nach der ein Portalbetreiber für fremde Inhalte, die er für einen Nutzer speichert, nicht verantwortlich ist, soweit er keine Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der Handlung oder Information hat. Voraussetzung für die Privilegierung ist jedoch, dass der Dienst des Hostproviders nicht über die technische und automatische Speicherung der von den Nutzern eingegebenen Informationen hinausgeht.<sup>33</sup> Eine täter-schaftliche Haftung kann demnach nur in Betracht gezogen werden, wenn der Portalbetreiber sich die fremden Inhalte zu Eigen gemacht hat.<sup>34</sup> Ein Zueigenmachen von Fremdinhalten

kann allerdings nur in wenigen Ausnahmefällen angenommen werden.<sup>35</sup>

Fremde Informationen werden demnach dann als eigene Informationen angesehen, wenn sie für einen Durchschnittsnutzer nicht als fremd erkennbar sind.<sup>36</sup> Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Portalbetreiber nach Wahrnehmung eines verständigen Durchschnittsnutzers die inhaltliche Verantwortung für den Beitrag übernimmt, er also beispielsweise eine redaktionelle Überprüfung der Beiträge vornimmt.<sup>37</sup> Die bloße Ermittlung einer durchschnittlichen Bewertungsnote ohne redaktionelle Überprüfung allein ist jedoch nicht ausreichend, um ein Zueigenmachen der Fremdinhalte zu bejahen.<sup>38</sup> Etwas anderes wäre auch nicht mit dem Kerngedanken eines Bewertungsportals vereinbar, dessen Geschäftsmodell gerade darauf beruht, dass die Bewertungen von Nutzern und nicht vom Betreiber selbst kommen.<sup>39</sup>

Scheidet dementsprechend eine Täterhaftung aus, verbleibt lediglich die Haftung des Portalbetreibers als Störer, die der Betroffene im Übrigen selbst im Falle einer Identifizierbarkeit des Nutzers in Anspruch nehmen kann.<sup>40</sup> Diese soll gewährleisten, dass der Betroffene nicht nur die Möglichkeit hat, am Ursprung der Äußerung anzusetzen, sondern auch bei demjenigen, der sie verbreitet.<sup>41</sup> Es ist allerdings auch in diesem Fall grds. die Haftungsprivilegierung des § 10 TMG zu beachten. Der BGH hat jedoch in einer Reihe von Verfahren klargestellt, dass allein die strafrechtliche Verantwortlichkeit und die Schadensersatzhaftung von der Haftungsprivilegierung erfasst sind und diese keine Anwendung auf Unterlassungsansprüche findet.<sup>42</sup> Will der Betroffene also rechtlich gegen den Portalbetreiber vorgehen, kann er diesen daher lediglich als Störer auf Unterlassung in Anspruch nehmen. Störer ist dabei derjenige, der wesentlich und adäquatkausal zur Verletzung eines geschützten Rechtsguts beiträgt.<sup>43</sup> Dies setzt nach ständiger Rechtsprechung eine Verletzung von Prüfpflichten des Portalbetreibers voraus. Dabei ist allerdings anzumerken, dass die Beiträge gem. § 7 Abs. 2 TMG nicht bereits vorab auf ihre inhaltliche Rechtmäßigkeit hin überprüft werden müssen, da solche Vorabprüfungspflichten mit erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen für den Portalbetreiber verbunden wären und das an sich weitgehend akzeptierte Geschäftsmodell von Meinungsportalen gefährden könnten.<sup>44</sup>

<sup>28</sup> BGHZ 181, 328 (341).

<sup>29</sup> BGHZ 201, 380 (383).

<sup>30</sup> Vgl. *Paschke/Halder*, MMR 2016, 723 (725).

<sup>31</sup> *Paschke/Halder*, MMR 2016, 723 (726).

<sup>32</sup> Vgl. *Wimmers*, AfP 2015, 202 (203).

<sup>33</sup> *Hetmank*, Internetrecht, 2016, S. 192.

<sup>34</sup> *Spindler/Volkman*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, Dritter Teil: Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl. 2015, § 1004 Rn. 10.

<sup>35</sup> *Specht/Eickhoff*, CR 2016, 740 (741).

<sup>36</sup> *Hoffmann*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, Zwölfter Teil: Telemediengesetz, 3. Aufl. 2015, § 7 TMG Rn. 16.

<sup>37</sup> BGH GRUR 2010, 616 (618); *Schwartzmann/Polzin*, in: *Hoeren/Bensinger*, Haftung im Internet, 2014, Kap. 6 Rn. 15.

<sup>38</sup> BGH GRUR 2016, 855 (857).

<sup>39</sup> *Specht/Eickhoff*, CR 2016, 740 (741).

<sup>40</sup> BGH GRUR 2007, 724 (726).

<sup>41</sup> *Peifer*, AfP 2015, 193 (195).

<sup>42</sup> BGHZ 158, 236 (246); BGH GRUR 2007, 724 (725); BGH GRUR 2016, 855 (857).

<sup>43</sup> *Spindler/Volkman* (Fn. 34), § 1004 Rn. 9.

<sup>44</sup> BGH GRUR 2016, 855 (859).

Dem folgend besteht eine Verantwortlichkeit erst ab dem Zeitpunkt, ab dem der Portalbetreiber Kenntnis von der potenziellen Rechtswidrigkeit erlangt.<sup>45</sup> Wird er vom Betroffenen darüber in Kenntnis gesetzt, muss er eine Reihe von Prüfpflichten beachten, deren Prüfungsaufwand grds. von den Umständen des Einzelfalls abhängig ist.<sup>46</sup> Zu berücksichtigen sind dabei zum einen die Erkenntnismöglichkeiten des Portalbetreibers und zum anderen die Schwere der Persönlichkeitsrechtsverletzung, insbesondere der „Gefährdungsgrad“ der Plattform, für den beispielsweise Faktoren wie die Sensibilität der behandelten Thematik oder die Breitenwirkung des Mediums ausschlaggebend sind.<sup>47</sup>

Um dem Vorgenannten gerecht zu werden, hat der BGH in seiner Blogeintrag-Entscheidung<sup>48</sup> ein komplexes Stellungnahmeverfahren entwickelt, wonach der Portalbetreiber verpflichtet ist, nach Erhalt eines konkreten Hinweises durch den Betroffenen, aus dem die Rechtswidrigkeit des Beitrags eindeutig hervorgeht, den vorliegenden Sachverhalt zu ermitteln. Weil eine umgehende Löschung einen erheblichen Einschnitt in die grundrechtlich geschützte Meinungsfreiheit darstellen würde, muss der Portalbetreiber zunächst die Beanstandungen des Betroffenen dem sich Äußernden zur Stellungnahme weiterleiten, um diesem die Möglichkeit einzuräumen, sich zu den Vorwürfen zu äußern.<sup>49</sup> Reagiert der Nutzer nicht auf die Beschwerde, ist die Äußerung vom Portalbetreiber zu löschen. Erfolgt hingegen eine Reaktion auf die Beanstandung und ergeben sich dem Portalbetreiber aus dieser Erwiderung berechnete Zweifel an der Rechtswidrigkeit der Äußerung, ist Letzterer verpflichtet, die Stellungnahme des sich Äußernden dem Betroffenen zuzuleiten, um diesem wiederum die Chance zu eröffnen, zu den Ausführungen Stellung zu beziehen.<sup>50</sup> Unterbleibt eine Rückmeldung des Betroffenen oder ist seine Reaktion nicht geeignet, die begründeten Zweifel auszuräumen, kann die Äußerung bestehen bleiben. Sollte der Betroffene jedoch die Ausführungen des sich Äußernden entkräften können, muss der Portalbetreiber die Äußerung umgehend entfernen und darüber hinaus dafür Sorge tragen, dass weitere derartige Verletzungen zukünftig verhindert werden.<sup>51</sup>

Dem Portalbetreiber kommt damit die schwierige Aufgabe zu, sich einen Überblick über die Gesamtsituation zu verschaffen, alle erforderlichen Informationen für die Bewertung des beanstandeten Beitrags einzuholen und die Sachlage letztlich selbst rechtlich zu beurteilen.

Die Komplexität des vorstehenden Prüfverfahrens hat der BGH jüngst in seiner viel diskutierten<sup>52</sup> Ärztebewertung III-

Entscheidung<sup>53</sup> noch einmal deutlich verschärft. Dabei ging es in der Sache um einen Zahnarzt, der auf der Ärztebewertungsplattform Jameda von einem Nutzer negativ beurteilt wurde. Der Bewertende hatte ihn in dem nach Schulnoten gegliederten Bewertungssystem sowohl für die Behandlung selbst, als auch für die dazugehörige Aufklärung sowie das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patienten mit der Schulnote 6 bewertet. Der fragliche Zahnarzt bestritt jedoch das Vorliegen eines Behandlungskontakts, worauf der Portalbetreiber das oben beschriebene Stellungnahmeverfahren einleitete. Nachweise für das Vorliegen des Behandlungskontakts legte der Portalbetreiber dem Arzt jedoch nicht vor. Er wies lediglich darauf hin, dass der Bewertende dem Portalbetreiber die Behandlung sehr ausführlich bestätigt habe.

Der Zahnarzt klagte daher auf Unterlassung der Bewertung und verlangte darüber hinaus Auskunft über den Namen des Bewertenden oder ersatzweise Herausgabe der Jameda vorliegenden Unterlagen zum Behandlungskontakt. Nachdem vorinstanzlich das LG Köln Jameda zur Unterlassung, nicht jedoch zur Herausgabe der Unterlagen verpflichtet hatte,<sup>54</sup> und in zweiter Instanz das OLG Köln die Klage sogar vollständig mit der Begründung zurückwies, dass Jameda seinen Prüfpflichten hinreichend nachgekommen sei,<sup>55</sup> gelangte die Rechtssache vor den BGH.

Dieser entschied zugunsten des Zahnarztes, wobei das Gericht dabei zunächst auf die besondere Gefahr hinwies, die von Meinungsportalen wie Ärztebewertungsplattform ausgehe.<sup>56</sup> Es bestehe im Vergleich zu anderen Plattformen ein gesteigertes Risiko für Persönlichkeitsrechtsverletzungen und damit auch die Gefahr, dass diese Plattformen für eben solche persönlichkeitsrechtsverletzenden Äußerungen missbraucht werden.<sup>57</sup> Weil die Anonymität der abgegebenen Bewertungen es dem Arzt regelmäßig erheblich erschwere, gegen den Bewerteten vorzugehen, sei eine „gewissenhafte Prüfung“ der Beanstandung für den Schutz des Persönlichkeitsrechts zwingend erforderlich.<sup>58</sup> Diese müsse dabei über das bloße Einholen eines kurzen Statements hinausgehen. Vielmehr müsse der Portalbetreiber weitere – gegebenenfalls geschwärzte – Nachweise wie beispielsweise Rechnungen, Terminkarten oder Rezepte vom bewertenden Nutzer anfordern, die zumindest indizienweise auf einen Behandlungskontakt hinweisen könnten. Soweit dies mit § 12 Abs. 1 TMG vereinbar ist, habe er diese dann letztlich auch dem betroffenen Arzt weiterzuleiten.<sup>59</sup>

#### IV. Bewertung des Haftungskonzepts

Um die Aufgabe, einen angemessenen Haftungsrahmen für Intermediäre und damit einen gerechten und angemessenen Ausgleich zwischen den berechtigten Interessen aller Beteiligten zu finden, ist der BGH nicht zu beneiden. Denn die

<sup>45</sup> *Koreng/Feldmann*, in: Hoeren/Bensinger, Haftung im Internet, 2014, Kap. 8 Rn. 44; BGH GRUR 2009, 1093 (1095); BGHZ 191, 219 (226).

<sup>46</sup> *Härtig* (Fn. 4), Rn. 2159 f.; BGH GRUR 2016, 855 (857).

<sup>47</sup> *Koreng/Feldmann* (Fn. 45), Kap. 8 Rn. 66.

<sup>48</sup> BGHZ 191, 219.

<sup>49</sup> BGHZ 191, 219 (227).

<sup>50</sup> BGHZ 191, 219 (227 f.).

<sup>51</sup> BGHZ 191, 219 (226 ff.).

<sup>52</sup> *Paal*, NJW 2016, 2081; *Specht/Eickhoff*, CR 2016, 740; *Wienen*, MMR-Aktuell 2016, 377549 m.w.N.

<sup>53</sup> BGH GRUR 2016, 855.

<sup>54</sup> LG Köln, Urt. v. 9.7.2014 – 28 O 516/13.

<sup>55</sup> OLG Köln ZD 2015, 430.

<sup>56</sup> BGH GRUR 2016, 855 (859).

<sup>57</sup> BGH GRUR 2016, 855 (859).

<sup>58</sup> BGH GRUR 2016, 855 (859).

<sup>59</sup> BGH GRUR 2016, 855 (859).

besondere Herausforderung besteht darin, die sich gegenüberstehenden Interessen des Persönlichkeitsrechtsschutzes, der Meinungsfreiheit, die Interessen des Plattformbetreibers, sowie das Interesse der Öffentlichkeit am Zugang zu den Informationen in Einklang zu bringen.<sup>60</sup> Eine Lösung zu finden, die für alle Beteiligten akzeptabel und gerecht ist, scheint dabei kaum möglich zu sein. Der BGH versucht in der Ärztebewertung III-Entscheidung<sup>61</sup> daher mit Hilfe des Stellungnahmeverfahrens einen Interessensausgleich zwischen dem Äußernden und dem Betroffenen sicherzustellen. Ebenso verweist er erneut auf die persönlichkeitsrechtliche Relevanz von Bewertungsportalen und legt stichhaltig und begründet dar, dass von Bewertungsportalen im Vergleich zu anderen Host Providern ein „gesteigertes Risiko“ für Persönlichkeitsrechtsverletzungen ausgeht.<sup>62</sup>

Dennoch vermag es der BGH nicht, die komplizierte Haftungssystematik zu entschärfen. Im Gegenteil, seine Entscheidung verschärft noch einmal das ohnehin schon komplexe Prüfverfahren für den Host Provider. Dabei verbleibt es nach wie vor bei der eigentlichen Problematik, dass der Betroffene den Verursacher der Persönlichkeitsrechtsverletzung aufgrund der Anonymität der abgegebenen Bewertung nicht in Anspruch nehmen kann. Der Betroffene wird daher auch weiterhin weder Schadensersatz- noch Geldentschädigungsansprüche geltend machen können. Er wird auch zukünftig lediglich einen Anspruch auf Unterlassung im Wege der Störerhaftung gegen den Portalbetreiber geltend machen können. Dies ist insofern nicht optimal, da dadurch ein möglicher Hemmeffekt für Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet, der sich aus der Inanspruchnahme des Bewertenden hätte ergeben können, nicht erreicht wird, weil der Bewertende „weder rechtlich noch moralisch zur Rechenschaft gezogen werden“ kann.<sup>63</sup>

Indem der BGH die Nachforschungspflichten für Portalbetreiber noch einmal deutlich erweitert hat, wurden jedoch immerhin aus Sicht des Persönlichkeitsrechtsschutzes die Voraussetzungen verbessert, um gegen unwahre und deshalb rechtswidrige Behauptungen vorzugehen. Dies führt auf der einen Seite zum wünschenswerten Effekt, dass die Risiken von in der Geschäftspraxis häufig anzutreffenden Bewertungsmanipulationen durch den nun obligatorischen Nachweis des geschäftlichen Kontakts weitgehend minimiert werden.<sup>64</sup> Gleichzeitig wirken sich die umfassenden Pflichten zur Ermittlung des Sachverhalts jedoch übermäßig zu Lasten des Portalbetreibers aus.<sup>65</sup>

Problematisch erscheint hierbei nicht nur, dass der Portalbetreiber durch seine Aufgaben im Stellungnahmeverfahren in die Rolle eines Richters gedrängt wird.<sup>66</sup> Er muss sich nicht nur die unterschiedlichen Stellungnahmen beschaffen

und zwischen den beiden Parteien moderieren, durch die eingeführte Recherchepflicht fällt ihm jetzt zusätzlich noch die Pflicht zur Beweiswürdigung zu.<sup>67</sup> Gerade vor dem Hintergrund des ohnehin schon äußerst komplexen Abwägungsprozesses bei Konflikten zwischen Persönlichkeitsrecht und Meinungsäußerungsfreiheit erscheint es nicht optimal, die Abwägungsentscheidung zugunsten eines der beiden grundrechtlich geschützten Rechte in die Hände eines privaten Unternehmens zu legen, dem damit quasi die Rolle eines Schiedsgerichts zukommt. Denn nicht ohne Grund fällt die Bewertung dieses Abwägungsprozesses in den „originären Aufgabenbereich“ von Gerichten,<sup>68</sup> zumal dem Betreiber darüber hinaus auch die Möglichkeit gegeben wird, die Meinungsbildung auf seiner Bewertungsplattform in gewisser Weise zu beeinflussen.

Neben dieser Problematik stellt die Verpflichtung zur Verhinderung zukünftiger Rechtsverletzungen aber noch eine weitere Herausforderung für den Portalbetreiber dar. Obwohl die vom BGH aufgestellten Prüfpflichten den Diensteanbieter einerseits nicht unverhältnismäßig beeinträchtigen sollen, müssen andererseits zukünftige Rechtsverletzungen verhindert werden. Dies scheint mit automatisierten Mitteln unmöglich, da die Löschpflichten für zukünftige Rechtsverletzungen auch Äußerungen umfassen, die sich zwar im Wortlaut, nicht jedoch im Sinngehalt von der ersten Verletzungshandlung unterscheiden.<sup>69</sup> Verstärkend kommt hier hinzu, dass sich gerade bei Meinungsportalen automatisierte Vorabüberwachungen als schwierig gestalten, weil die Feststellung einer Persönlichkeitsrechtsverletzung regelmäßig eine Abwägung aller betroffenen Interessen erfordert.<sup>70</sup> Teile der Literatur nehmen deshalb an, dass ein Unterlassungsanspruch gegen zukünftige Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nur wortgleiche Äußerungen umfasst.<sup>71</sup>

Darüber hinaus wird vermehrt kritisiert, dass der Portalbetreiber durch die Pflicht zur Einschätzung der Rechtswidrigkeit das Haftungsrisiko für falsche Einschätzungen trägt<sup>72</sup> und damit für ihn ein Anreiz zur Löschung der Bewertung geschaffen wird.<sup>73</sup> Denn, entscheidet der Portalbetreiber im Rahmen seiner Rolle als „Richter“ zugunsten des Bewertenden, besteht das Risiko, dass er von demjenigen, der von der Persönlichkeitsrechtsverletzung betroffen ist, gerichtlich auf Unterlassung in Anspruch genommen wird. Weil ein solches Gerichtsverfahren mit teilweise nicht unerheblichen finanziellen Nachteilen verbunden sein kann, könnte der Portalbe-

<sup>60</sup> Vgl. *Paal*, MMR 2016, 422 (423), Anm. zu BGH MMR 2016, 418.

<sup>61</sup> BGH GRUR 2016, 855.

<sup>62</sup> BGH GRUR 2016, 855 (859).

<sup>63</sup> *Lauber-Rönsberg*, MMR 2014, 10 (12).

<sup>64</sup> *Palzer*, ZD 2016, 285 (287), Anm. zu BGH ZD 2016, 281.

<sup>65</sup> *Specht/Eickhoff*, CR 2016, 740 (745).

<sup>66</sup> *Specht/Eickhoff*, CR 2016, 740.

<sup>67</sup> „Sekundäre Darlegungslast“; BGH GRUR 2016, 855 (860).

<sup>68</sup> Vgl. *Paal*, MMR 2016, 422 (423), Anm. zu BGH MMR 2016, 418.

<sup>69</sup> KG ZUM-RD 2008, 298 f.; *Koreng/Feldmann* (Fn. 45), Kap. 8 Rn. 74 ff.

<sup>70</sup> Ähnlich auch: *Koreng/Feldmann* (Fn. 45), Kap. 8 Rn. 74 ff.

<sup>71</sup> Vgl. *Peifer*, AfP 2015, 193 (199); *Spindler*, CR 2012, 176 (178).

<sup>72</sup> *Feldmann*, K&R 2012, 113 (115); *Nolte/Wimmers*, GRUR-Beilage 2014, 58 (66).

<sup>73</sup> *Specht/Eickhoff*, CR 2016, 740 (742).

treiber sich im Zweifel für eine Löschung des Beitrags entscheiden. Ein solches Resultat wäre nicht unproblematisch, würde es doch einen erheblichen Einschnitt in die für eine Demokratie konstituierende Meinungsfreiheit darstellen.

Ob diese Besorgnis letztlich begründet ist, darf zumindest in Frage gestellt werden. Ähnliche Befürchtungen konnten jedenfalls auch vor nicht allzu langer Zeit beim EuGH-Urteil zum „Recht auf Vergessenwerden“ vernommen werden.<sup>74</sup> Auch hier wurde befürchtet, dass sich der Suchmaschinenbetreiber Google bei einem das Persönlichkeitsrecht verletzenden Eintrag in seinen Suchergebnissen ohne umfassende Prüfung für die Löschung eines solchen Beitrags entscheiden würde.<sup>75</sup> Die Besorgnis erwies sich jedoch im Nachhinein als unbegründet, da Google nach eigenen Angaben die Mehrzahl der Löschersuchen ablehnt.<sup>76</sup> Darüber hinaus wird auch dem Portalbetreiber daran gelegen sein, dass die Bewertungen auf seinem Portal möglichst aussagekräftig sind. Dies wird er nicht erreichen, indem er bei Beanstandungen prinzipiell zu Lasten der Meinungsfreiheit entscheidet.

Allerdings offenbart sich in diesem Zusammenhang eine weitere Problematik. Denn insbesondere bei Ärztebewertungsportalen zeigt das vom BGH entwickelte Moderationsverfahren eine erhebliche Schwäche. Es ist nämlich nicht auszuschließen, dass das für dieses Verfahren typische Hin und Her zwischen den Beteiligten dazu führt, dass auch an sich rechtmäßige Beiträge gelöscht werden.<sup>77</sup> Zum einen könnte der Bewertende den mit dem Verfahren verbundenen Aufwand scheuen und nicht Stellung nehmen. Zum anderen handelt es sich gerade dann, wenn wie vorliegend eine ärztliche Behandlung im Raum steht, um sehr sensible persönliche Informationen, die der Bewertende im Zweifel nur sehr ungern herausgeben wird. Zumal die jeweilige Erkrankung dem Portalbetreiber ja gerade auch nicht bekannt werden soll.<sup>78</sup> Zwar hat der BGH diese Situation berücksichtigt, indem er auf die Möglichkeit einer Schwärzung sensibler Daten verweist. Nichtsdestotrotz dürfte das Abschreckungspotential insbesondere bei geforderten Nachweisen, wie Rezepten, immens sein, besonders, da regelmäßig auch das Risiko einer Identifizierbarkeit des Bewertenden besteht.<sup>79</sup>

Das Prüfungsverfahren mag daher zwar für Fälle von wahrheitswidrigen Behauptungen – wie beispielsweise Bewertungen bei fehlendem Behandlungskontakt – durchaus

sinnvoll sein. Es könnte letzten Endes aber auch als Instrument missbraucht werden, mit dem Ärzte gegen schlechte Bewertungen vorgehen könnten, auch wenn es sich dabei um eine rechtmäßige und wahrheitsgemäße Beurteilung handelt. Denn beanstandet ein Arzt eine Bewertung mit der Behauptung, es habe keinen Behandlungskontakt gegeben – obwohl eine Behandlung tatsächlich erfolgt ist, – ist es zumindest nicht ausgeschlossen, dass das oben aufgezeigte Szenario eintritt und der Bewertende aus genannten Gründen auf die Beanstandung nicht reagiert. Die negative, aber an sich rechtmäßige Bewertung wäre in diesem Fall von der Bewertungsplattform zu entfernen. Es erscheint dabei nicht im Sinne der Meinungsfreiheit, dass aufgrund einer unterbliebenen Stellungnahme des Verfassers, der Beitrag ohne weiteres zu löschen ist.<sup>80</sup>

Aus der Löschpflicht ergibt sich zugleich die Problematik, dass anonyme Beiträge, deren Verfasser der Portalbetreiber nicht ausfindig machen kann, ebenfalls zu löschen sind. Dies wird aufgrund des daraus folgenden geringeren Schutzes anonymer Meinungsäußerungen von Teilen der Literatur als nicht zu rechtfertigender Eingriff in die Meinungsfreiheit bewertet.<sup>81</sup> Diese Ansicht verkennt jedoch, dass es anonymen Äußerungen oftmals an Authentizität und Glaubhaftigkeit fehlt und somit ein geringes Schutzniveau gerechtfertigt sein kann.<sup>82</sup>

Darüber hinaus liegt in diesem Punkt ein zusätzliches Gefährdungspotential für das Geschäftsmodell eines Bewertungsportalbetreibers. Gehen die Nutzer davon aus, dass eine Vielzahl negativer Beiträge aufgrund ausbleibender oder nicht hinreichend begründeter Stellungnahmen möglicherweise entfernt wurde, könnte dies das Vertrauen der Nutzer in die Aussagekraft der Bewertungen stark beeinträchtigen. Das Geschäftsmodell wird hierdurch erheblich belastet, weil es dem Plattformbetreiber praktisch unmöglich ist, die aufgezeigte Manipulation und den damit einhergehenden Vertrauensverlust zu verhindern. Vor diesem Hintergrund ist dem Verfasser der negativen Beurteilung, die das Ärztebewertung III-Verfahren auslöste zuzustimmen, wenn er schreibt: „Leider ist es einfach, eine positive Bewertung zu schreiben, eine negative dagegen ist – auch rechtlich – schwierig.“<sup>83</sup>

Auch wenn das Urteil das Risiko von unwahren und damit rechtswidrigen Bewertungen zu minimieren vermag, kann die Entscheidung in der Gesamtbetrachtung nicht überzeugen. Zu groß sind die potentiellen Risiken, die sich für die Meinungsfreiheit auf Bewertungsportalen darstellen und zu komplex sind die Pflichten, die sich für den Portalbetreiber

<sup>74</sup> So z.B. Generalanwalt *Jäskinen*, Schlussantrag zur Rechtssache C-131/12, abrufbar unter <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=138782&doclang=DE> (22.3.2017).

<sup>75</sup> *Jäskinen*, Schlussantrag zur Rechtssache C-131/12, abrufbar unter <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=138782&doclang=DE> (22.3.2017).

<sup>76</sup> Vgl. Google Transparenzbericht 2016, abrufbar unter <https://www.google.com/transparencyreport/removals/europe/privacy/?hl=de> (22.3.2017).

<sup>77</sup> *Paal* (NJW 2016, 2081 [2082]) bezeichnet das Moderationsverfahren als „Hin- und Herschaukel“.

<sup>78</sup> *Paal*, NJW 2016, 2081 (2082).

<sup>79</sup> Vgl. *Paal*, MMR 2016, 422 (423), Anm. zu BGH MMR 2016, 418.

<sup>80</sup> *Wimmers*, AfP 2015, 202 (208).

<sup>81</sup> *Härtling*, NJW 2013, 2065 (2068); *Wimmers*, AfP 2015, 202 (208).

<sup>82</sup> *Bernreuther*, AfP 2011, 218 (222 ff.); *Braam* (Fn. 25), S. 195 ff.; *Klass* (Fn. 2), Anh. zu § 12 Rn. 103a; Ausnahme: besondere Interessenslage, insbesondere die Furcht vor Repressalien, BGHZ 181, 328 (342).

<sup>83</sup> BGH GRUR 2016, 855 (856).

ergeben.<sup>84</sup> Es bleibt damit letztlich bei einem komplizierten und wenig überschaubaren Haftungssystem, das aufgrund seiner hohen Komplexität mehr Unsicherheit als Rechtssicherheit schafft.

#### V. Ausblick

In Anbetracht dessen, dass das Urteil sich hauptsächlich auf Ärztebewertungsportale bezieht, dürfte vor allem interessant sein, wie sich die Entscheidung auf andere Bewertungsplattformen auswirkt. So könnten beispielsweise auch Nutzer von Hotelbewertungsportalen zukünftig im Rahmen des entwickelten Stellungnahmeverfahrens aufgefordert werden, Nachweise über ihren tatsächlichen Aufenthalt im bewerteten Hotel, z.B. in Form von Rechnungen, zu erbringen. Ähnliches dürfte auch für Produktbewertungen gelten. Hier wird der Bewertende dem Portalbetreiber wohl im Zweifelsfall Unterlagen über den Kauf des rezensierten Produkts vorlegen müssen. Eine Idee, die etwa der Online-Versandhändler Amazon schon in abgewandelter Form aufgegriffen hat: Gibt ein Nutzer eine Rezension zu einem von ihm auf Amazon gekauften Produkt ab, wird seine Bewertung mit dem Vermerk „verifizierter Kauf“ versehen.<sup>85</sup> Dies steigert für den am Kauf interessierten Nutzer die Chancen, den Wahrheitsgehalt der Bewertung besser einschätzen zu können. Eventuell könnte dies auch eine Option für dedizierte Bewertungsplattformen darstellen. Muss beispielsweise der Betreiber eines Ärztebewertungsportals eine Überprüfung im Rahmen des Moderationsverfahrens durchführen und erbringt der Bewertende entsprechende Nachweise, dass ein Behandlungskontakt tatsächlich stattgefunden hat, könnte die Bewertung vom Portalbetreiber mit einem entsprechenden Hinweis versehen werden. Dies könnte auch eine Abschreckungswirkung mit sich bringen, die der anzutreffenden Gefahr entgegenwirkt, dass Ärzte gegen wahrheitsgemäße und gerechtfertigte Bewertungen vorgehen.

Darüber hinaus könnte die Einführung von Registrierungspflichten im Innenverhältnis von Nutzer und Portalbetreiber zukünftig erneut in den Fokus gerückt werden.<sup>86</sup> Dann wäre es dem Portalbetreiber in jedem Fall möglich, dem Verfasser der Äußerung die Anzeige zur Stellungnahme zu übermitteln, wodurch ungerechtfertigte Löschungen im Sinne der Meinungsfreiheit verhindert werden würden. Verbunden mit der Registrierungspflicht wäre es wünschenswert, einen Auskunftsanspruch des Betroffenen gegenüber dem Portalbetreiber auch für Persönlichkeitsrechtverletzungen in § 14 Abs. 2 TMG aufzunehmen.<sup>87</sup> Dies würde dazu führen, dass die Haftungsrisiken nicht mehr einseitig dem Portalbetreiber auferlegt werden, wenn eine sachgerechtere Inanspruchnahme

des Verursachers möglich wäre.<sup>88</sup> Es wird argumentiert, dass der Anspruch des Nutzers auf Anonymität bei Diensteanbietern mit besonders hohem Gefährdungspotential für Persönlichkeitsrechtsverletzungen zugunsten der „Herstellung von Waffengleichheit“ zwischen dem Betroffenen und dem Bewertenden zurücktreten müsse.<sup>89</sup> Der Betroffene könnte dann neben seinem Anspruch auf Unterlassung auch Schadensersatz- und Geldentschädigungsansprüche geltend machen.

Es erscheint allerdings fraglich, ob eine solche Registrierungspflicht mit der gegenwärtigen Rechtslage vereinbar wäre. § 13 Abs. 4 S. 1 TMG beinhaltet den Grundsatz, dass Diensteanbieter ihren Nutzern eine anonyme und pseudonyme Nutzung ihrer angebotenen Dienste ermöglichen müssen, sofern dies im Rahmen ihrer technischen Möglichkeiten liegt und zumutbar ist. Die anonyme Nutzung gilt dabei nicht nur im Außenverhältnis, sondern auch im Innenverhältnis zum Portalbetreiber, da durch den datenschutzrechtlichen Grundsatz der Datensparsamkeit aus § 3a BDSG die Entstehung personenbezogener Daten möglichst verhindert werden soll.<sup>90</sup> Die technischen Möglichkeiten, die Nutzung eines Bewertungsportals anonym oder unter Verwendung eines Pseudonyms zu gewährleisten, sind unstrittig gegeben. Ob die anonyme Nutzung jedoch für den Portalbetreiber auch zumutbar ist, darf zumindest hinterfragt werden. Denn, solange er Beiträge, deren Urheber er nicht ermitteln kann, löschen muss, wird sein Interesse an einer möglichst hohen Anzahl rechtmäßiger Beiträge stark eingeschränkt.<sup>91</sup> Angesichts der weitgehenden Prüfungspflichten und insbesondere der Rechtsfigur der Störerhaftung würde ihn die Einführung einer Registrierungspflicht und eines Auskunftsanspruchs erheblich entlasten. Offen ist dabei bisher auch die Frage, ob solche Registrierungspflichten mit geltendem Recht vereinbar wären. Nach der aktuellen Gesetzeslage muss zumindest davon ausgegangen werden, dass die anonyme bzw. pseudonyme Nutzung für den Portalbetreiber zumutbar ist und eine Registrierungspflicht folglich gegen geltendes Recht verstoßen würde.<sup>92</sup> Die Art. 29-Datenschutzgruppe und Teile der Literatur befürworten jedenfalls zum Zwecke einer effektiven Rechtsdurchsetzung die Einführung von Registrierungspflichten im Innenverhältnis zwischen Portalbetreiber und Nutzer.<sup>93</sup> Klarheit wird es in dieser Thematik aber wohl erst dann geben, wenn der BGH mit der konkreten Frage nach Registrierungspflichten konfrontiert wird. Konsequenterweise wäre dies unter Berücksichtigung des entwickelten Stellungnahmeverfahrens, welches eine Identifizierung des Bewertenden implizit voraussetzt, zu erwarten. Berücksichtigt man jedoch, dass die Anonymität von im Internet getätigten Meinungsäuße-

<sup>84</sup> Zur Komplexität der Pflichten für Portalbetreiber insoweit *Paal*, MMR 2016, 422 (423), Anm. zu BGH MMR 2016, 418.

<sup>85</sup> Siehe <https://www.amazon.de/gp/community-help/amazon-verified-purchase> (22.3.2017).

<sup>86</sup> So auch *Specht/Eickhoff*, CR 2016, 740 (743 ff.); *Lauber-Rönsberg*, MMR 2014, 10 (12 f.) m.w.N.

<sup>87</sup> *Braam* (Fn. 25), S. 246 ff.

<sup>88</sup> *Specht/Eickhoff*, CR 2016, 740 (743).

<sup>89</sup> *Lauber-Rönsberg*, MMR 2014, 10 (12).

<sup>90</sup> *Hetmank* (Fn. 33), S. 191.

<sup>91</sup> *Specht/Eickhoff*, CR 2016, 740 (742).

<sup>92</sup> *Hetmank* (Fn. 33), S. 191.

<sup>93</sup> Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 5/2009 zur Nutzung sozialer Online-Netzwerke, WP 163, S. 13; *Specht/Eickhoff*, CR 2016, 740 (745); *Lauber-Rönsberg*, MMR 2014, 10 (13).

rungen in ständiger Rechtsprechung<sup>94</sup> stets als immanent angesehen wurde, lässt sich der Status quo nur schwerlich bestimmen.

Nicht zuletzt könnten auch die unterschiedlichen Standpunkte in der Rechtsprechung des Ersten und Sechsten Zivilsenats bezüglich der Haftungsprivilegierung des TMG noch Bedeutung erlangen.<sup>95</sup> Denn während der für das Persönlichkeitsrecht zuständige 6. Senat die Haftungsprivilegierung nicht auf Unterlassungsansprüche anwendet, hat der 1. Senat in aktuellen Entscheidungen eine Beschränkung der Haftungsprivilegierung nicht mehr ausdrücklich benannt.<sup>96</sup> Dies könnte insoweit von Interesse sein, als dass eine Haftungsprivilegierung auch für Unterlassungsansprüche erhebliche Auswirkungen auf das Persönlichkeitsrecht im Internet haben könnte.

---

<sup>94</sup> BGHZ 181, 328; 202, 242 m.w.N.

<sup>95</sup> Hierzu ausführlich *Krüger*, ZUM 2016, 335.

<sup>96</sup> BGHZ 194, 339 (345); BGH NJW 2013, 3245 (3247).

# Zum Gedanken von der Internationalen Gemeinschaft und seiner Relevanz für die Global Commons

Von Wiss. Mitarbeiter **Maximilian Waßmuth**, Hamburg\*

*Der Begriff der Internationalen Gemeinschaft beschäftigt Philosophen, Sozial-, Politik- und Rechtswissenschaftler seit geraumer Zeit. Während Kant eine Weltgemeinschaft bereits vordachte, als das Westfälische System und seine Konstrukte der Nation und des Nationalstaates derlei Gedankengut zu einer Außenseiterthese machten, so gewinnt das Vorhaben mit fortschreitender Globalisierung, aufkommendem Nationalismus und der Zuspitzung internationaler Konflikte nicht nur an Popularität, sondern auch an Dringlichkeit. Während die Gesellschaften scheinbar auseinander driften, suggeriert das Konzept der Internationalen Gemeinschaft die Genese eines global village, einer einzigen Welt, in dem die Hervorhebung von Gemeinsamkeiten das Konkurrenzdenken überstrahlt.*

*Für die Räume jenseits des legitimen nationalstaatlichen Herrschaftsanspruchs besitzt das Gemeinschaftsdenken besondere Relevanz: Die Global Commons, zum Beispiel der Tiefseeboden und die Antarktis, gehören der Menschheit als Ganzes. Ihre Erforschung und Bewirtschaftung erfordern besondere Kooperation und ein sich-lösen aus dem klassisch zwischenstaatlichen Rahmen. Ihre institutionelle Fassung birgt einige Elemente die den Wandel des Völkerrechts zu einem Mehrebenensystem unter Einbeziehung nichtstaatlicher Akteure mitgestalten können. Die Global Commons Regime können als Laboratorien für ein Völkerrecht dienen, das in der Menschheit seinen ersten und letzten Bezugspunkt<sup>1</sup> erkennt, gleichsam zum Menschheitsrecht<sup>2</sup> erwachsen kann und in dem sich die globale Kooperation rechtlich verdichtet.*

## I. Die Internationale Gemeinschaft

### 1. Eine Spurensuche

Der Begriff der Internationalen Gemeinschaft wurzelt im kosmopolitischen Gedankengut der spanischen Scholastiker. So begriff *F. de Vitoria* die Völkergemeinschaft als eine naturgegebene, einheitsbildende Zusammenfassung aller Menschen und Völker.<sup>3</sup> *F. Suárez* stellte sodann fest, dass „die Menschheit stets eine gewisse moralische und politische Einheit bilde, aus der gewisse Grundverpflichtungen aller Staaten flössen.“ Völker und Nationen seien Teil einer universalen Menschheitsgemeinschaft deren Gemeinwohl das Ziel des Völkerrechts sei.<sup>4</sup>

\* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter bei Freshfields Bruckhaus Deringer in Hamburg. Die vorliegende Arbeit wurde im Rahmen eines Seminars bei Prof. Dr. Markus Kotzur, LL.M. (Duke) als Examenshausarbeit eingereicht.

<sup>1</sup> Kotzur, in: Blankenagel (Hrsg.), Den Verfassungsstaat nachdenken, Eine Geburtstagsgabe für Peter Häberle, 2014, S. 43 f.

<sup>2</sup> Häberle, in: Ziemske u.a. (Hrsg.), Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag, 1997, S. 1304.

<sup>3</sup> Sog. Orbisidee.

<sup>4</sup> Sog. bonum commune humanitatis.

Inspiziert von den Ansätzen der spanischen Scholastiker, dachte die protestantische Naturrechtslehre des 17. und 18. Jahrhunderts die Gemeinschaftsidee fort. *Ch. Wolff* sah eine „civitas maxima“, eine von der Natur selbst gebildete Gemeinschaft, die alle Nationen zu einem Ganzen zusammengefügt habe.<sup>5</sup> Auch *H. Grotius* übernahm diese universalistische Völkerrechtsidee: Er erachtete den einzelnen Staat als Glied einer Staatengemeinschaft und postulierte, dass der Herrscher nicht nur Diener seiner eigenen, sondern auch ein solcher der menschlichen Gemeinschaft in ihrer Gesamtheit sei.<sup>6</sup>

Mit *Kant* erhielt das Gemeinschaftsdenken seinen entscheidenden Impuls. Sechs Jahre nach Beginn der französischen Revolution skizzierte er erste Strukturen einer möglichen kosmopolitischen Föderation. Ausgehend von seiner Idee einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht<sup>7</sup>, in der er eine Weltrepublik als notwendigen Endpunkt der Entwicklung der menschlichen Gesellschaften ansieht, erdachte sich *Kant* in seiner berühmten Schrift „Zum ewigen Frieden“ eine internationale Gesellschaft freier, aber rechtsstaatlich organisierter Staaten, in denen die Individuen die ultimativen Subjekte einer Weltordnung sind.<sup>8</sup> So sei „die Idee eines Weltbürgerrechts keine phantastische und überspannte Vorstellungsart des Rechts, sondern eine notwendige Ergänzung des ungeschriebenen Kodex sowohl des Staats- als Völkerrechts zum öffentlichen Menschenrechte überhaupt und so zum ewigen Frieden.“<sup>9</sup>

Schließlich erneuerte *A. Verdross* die klassische christliche Völkerrechtslehre auf der Grundlage der Schule von Salamanca.<sup>10</sup> Den Staaten komme nur noch eine relative Souveränität zu, weshalb es auch ein „bonum commune“ der Menschheit gebe.<sup>11</sup> Der Entscheidungsspielraum des Staates sei durch die universelle Ethik der Internationalen Gemeinschaft begrenzt, die ein ethisches Minimum darstelle.<sup>12</sup> Die Internationale Gemeinschaft ist nach *A. Verdross* nicht bloß die Summe der sie bestimmenden nationalen Teilordnungen, sondern eine sich am bonum commune orientierende, durch

<sup>5</sup> Wolff, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, 1764, §§ 7, 9.

<sup>6</sup> Grotius, *De iure belli ac pacis*, 1625, Prolegomena 6; obgleich bei *H. Grotius* neben diesem Universalismus der Gedanke, dass das Völkerrecht durch Übereinkunft der Staaten geschaffen wird, prominent wird.

<sup>7</sup> Kant, Idee einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht, 7. Satz.

<sup>8</sup> Kant, *Zum ewigen Frieden*, 1795, 1. und 2. Definitivartikel; vgl. *Kants Weltbürgertum aus heutiger Sicht*; *Habermas*, *Der gespaltene Westen*, 2004, S. 133 ff.

<sup>9</sup> Kant (Fn. 8), 3. Definitivartikel.

<sup>10</sup> Einführend *O'Donoghue*, *Oxford Journal of Legal Studies* 32 (2012), 799.

<sup>11</sup> Bezugnehmend auf *Suárez*.

<sup>12</sup> Verdross, *American Journal of International Law* 31 (1937), 571 (574).

rechtliche Mindeststandards geordnete, eigenständige globale Gemeinschaft.<sup>13</sup>

## 2. Die gegenwärtige Konzeption der Internationalen Gemeinschaft – Verrechtlichung

Wenn heute von der Internationalen Gemeinschaft gesprochen wird, so kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass man es nur mit einer Neuauflage der in der vorangegangenen Spurensuche umrissenen Konzeptionen zu tun hat. Denn all diese Konzepte „deduzierten aus gewissen selbstgesetzten philosophischen Annahmen über das Wesen der Menschheit und ihrer Verfassung“.<sup>14</sup> Der bloße Rekurs auf Philosophie und Naturrecht mag zu einer Zeit akzeptabel gewesen sein, in der die Menschheit noch in dem Glauben war, dass Gott die Welt nach seinem Willen geschaffen hat. In einer globalisierten, von Rationalität durchzogenen Welt und im Bewusstsein der Legitimationsproblematik internationaler Rechtsregime, kann sich die Menschheit weder auf Gott noch auf die Natur verlassen. Die Menschheit ist „the master of its own fate“.<sup>15</sup> Wer heute von der Internationalen Gemeinschaft spricht, erkennt eine „living reality“ oder besser gesagt: eine „institutional reality“.<sup>16</sup>

### a) Grundlagen der heutigen Internationalen Gemeinschaft

#### aa) Positivierung

Das Denken von der Internationalen Gemeinschaft hat sich positiviert. Die Staaten haben sich in mehreren Dokumenten eindeutig und ohne Umschweife<sup>17</sup> dazu bekannt, in ihrer Gesamtheit eine Internationale Gemeinschaft zu bilden.

Augenfälligstes Beispiel ist die Wiener Vertragsrechtskonvention, die in ihrem Art. 53 die „international community of States as a whole“<sup>18</sup> zur Instanz der Anerkennung von ius cogens-Normen<sup>19</sup> macht und Verträge für nichtig erklärt, die bei ihrem Abschluss einer solchen Norm widersprechen. Für das Völkerrecht stellte dies 1969 eine Innovation, wenn nicht gar eine Revolution dar. Art. 53 der Wiener Vertragsrechtskonvention verdeutlichte, dass für absolute Souveränität im Völkerrecht kein Raum mehr besteht, und Staaten nicht mehr frei darin sind, Rechtsverpflichtungen jeder Art zu begründen.<sup>20</sup>

Auch der StIGH sprach schon 1927 in berühmten Lotus-Fall von einer „community of States“.<sup>21</sup> Deutlicher wurde der IGH, welcher regelmäßig Bezug auf die Internationale Gemeinschaft nimmt. So etablierte er 1970 in einem obiter dictum zu seiner berühmten Barcelona Traction-Entscheidung die erga omnes-Pflichten; Pflichten der Staaten gegenüber der „international community as a whole“.

Die Unterzeichnung der Charta der Vereinten Nationen kann darüber hinaus als „constitutional moment“ angesehen werden,<sup>22</sup> der den Wandel beschleunigte und ein neues Zeitalter in der internationalen Zusammenarbeit einläutete.<sup>23</sup> Auch wird der Begriff der Internationalen Gemeinschaft in geradezu inflationärer Weise in Abschlussdokumenten von internationalen Konferenzen und als Dauerton<sup>24</sup> in Generalversammlungsresolutionen benutzt. Auch der UN-Sicherheitsrat hat den Begriff schon verwendet.<sup>25</sup>

Doch nun genug der normativen Inventur: Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass den Quellen ein Denken zugrunde liegt, dass die Existenz einer Internationalen Gemeinschaft voraussetzt. Was einst philosophische Utopie war, ist zu normativer Realität geronnen und besitzt somit nun ein festes Fundament.<sup>26</sup>

#### bb) Globalisierung und Interdependenzen

Es ist kein Zufall, dass das Denken von der Internationalen Gemeinschaft an Popularität gewonnen hat. Die Menschheit wird sich den Konsequenzen der Globalisierung immer bewusster: Einst unüberwindliche Grenzen verschwinden, oder verschwinden gänzlich; Waren, Dienstleistungen, Personen und Informationen zirkulieren weltweit. Menschen und Kulturen vermengen sich immer mehr. Sie leben gleichzeitig in ihren eigenen Gemeinschaften und in der Welt als Ganzes. Dabei hebt die Internationale Gemeinschaft kleinere Gemeinschaften nicht auf.<sup>27</sup> Es entstehen vielmehr einander überlappende, sog. interlocking communities.<sup>28</sup> Es gibt weltweit mittlerweile eine lange Liste von Problemen ohne Pass<sup>29</sup>, welche die Notwendigkeit der internationalen Zusammenarbeit nachhaltig verstärken.<sup>30</sup>

Deutlich wird die Notwendigkeit der noch stärkeren Hinwendung des Völkerrechts zum Gemeinschaftsdenken auch in der öffentlichen Wahrnehmung, die sich zwar eine stärkere Internationale Gemeinschaft zu wünschen scheint, doch größ-

<sup>13</sup> Kotzur, Theorieelemente des internationalen Menschenrechtsschutzes, 2001, S. 149.

<sup>14</sup> Tomuschat, AVR 33 (1995), 1 (7).

<sup>15</sup> Tomuschat, Recueil des Cours 241 (1993), 195 (234).

<sup>16</sup> *Abi-Saab*, European Journal of International Law 9 (1998), 248 (250).

<sup>17</sup> *Abi-Saab*, European Journal of International Law 9 (1998), 248 (250).

<sup>18</sup> Der Vertragstext bezieht sich 1969 noch auf eine „international community of states as a whole“. Spätere Rechtstexte verzichteten darauf und sprechen nur noch von der „international community as a whole“.

<sup>19</sup> Lateinisch für zwingendes, nicht abdingbares Recht.

<sup>20</sup> Tomuschat, AVR 33 (1995), 1 (2); Nennung des Begriffs noch in vielen weiteren Verträgen, wie z.B. im Römischen Statut, siehe für weitere Nachweise ILC ASR Commentary,

Yearbook of the International Law Commission, 2001, Bd. 2/2, S. 84.

<sup>21</sup> StIGH, Urt. v. 7.9.1927 (S.S. „Lotus“) = PCIJ, Series A, No. 10, S. 37.

<sup>22</sup> Kotzur, in: Häberle (Hrsg.), Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart, Bd. 62, 2014, S. 449.

<sup>23</sup> Fassbender, in: v. Münkler/Fischer (Hrsg.), Gemeinwohl und Gemeinwohl im Recht, Bd. 3, 2002, S. 235.

<sup>24</sup> Für Nachweise siehe Tomuschat, AVR 33 (1995), 1 (5).

<sup>25</sup> Für Nachweise siehe Tomuschat, AVR 33 (1995), 1 (4).

<sup>26</sup> Tomuschat, Recueil des Cours 281 (1999), 9 (74).

<sup>27</sup> Paulus, Die Internationale Gemeinschaft, 2001, S. 161.

<sup>28</sup> Thompson, Justice and World Order, 1992, S. 171, 180.

<sup>29</sup> Annan, Gastkommentar in der FAZ v. 24.12.1999.

<sup>30</sup> Kotzur (Fn. 13), S. 150.

tenteils Skepsis an ihrer Existenz hegt. So wird von einer „globalen Sehnsuchtsvokabel“<sup>31</sup> oder der „nebulous international community“<sup>32</sup> gesprochen.

Nichtsdestotrotz ist der generelle Konsens in Politik und Rechtswissenschaft, dass zumindest bereits das faktische Element einer Gemeinschaft, nämlich ein ausreichendes Maß an Kontakt und Interdependenz, in den internationalen Beziehungen bereits auszumachen ist.<sup>33</sup>

#### cc) Akteure der Internationalen Gemeinschaft

Die Internationale Gemeinschaft besteht freilich nicht exklusiv – aber dennoch essentiell<sup>34</sup> – aus Staaten und ist insofern vom Begriff der Völkerrechtsgemeinschaft abzugrenzen, die ihrerseits ausschließlich Staaten zu ihren Mitgliedern zählt.<sup>35</sup> Vielmehr zählen zum heutigen Begriff der Internationalen Gemeinschaft die Staaten, Internationale Organisationen, NGO's, multinationale Unternehmen und – nicht zuletzt, aber doch nur begrenzt – Individuen.<sup>36</sup>

#### b) Ein institutionalisiertes, kantianisches Modell von der Internationalen Gemeinschaft

Ein kantianisches Modell von der Internationalen Gemeinschaft definiert sich durch gemeinschaftliche Interessen „beyond the State“<sup>37</sup>, die aus dem klassischen zwischenstaatlichen Rahmen herausfallen.<sup>38</sup> Dazu zählen die internationale Sicherheit, die Menschenrechte, aber auch – und vor allem – die Global Commons.<sup>39</sup> Darüber hinaus besteht Einigkeit, dass mittlerweile ein ausgedehnter Katalog verschiedenster weiterer Gemeinschaftsinteressen besteht.<sup>40</sup>

Im Begriff der Internationalen Gemeinschaft vereinen sich mithin vielfältige – teils scheinbar unverbundene – Elemente miteinander. Grundvoraussetzung für ihr Bestehen ist jedoch, dass diese Grundwerte im Allgemeinen bejaht wer-

den und gemeinsame, gleichsam globale Güter bestehen.<sup>41</sup> Dies kann nach allem bisher gesagten nur noch schwerlich bestritten werden. *A. Paulus* spricht gar von einer heutzutage bestehenden „single community of fate“.<sup>42</sup> Sie existiere in ihrer von Staaten verliehenen Verfassung im kollektiven Interesse der Menschheit.<sup>43</sup> Das Völkerrecht betrifft heutzutage jeden.<sup>44</sup> Wer es von der Menschheit her denkt<sup>45</sup>, kommt nicht umhin in ihm ein Menschheitsrecht<sup>46</sup> zu sehen, dass um des Menschen Willen<sup>47</sup> da ist. Dieser kosmopolitische Idealismus hat eine lange Tradition<sup>48</sup> und findet seine berühmteste Formulierung in *Kants* Diktum von der Rechtsverletzung, die zwar an einem Ort begangen, aber an allen gefühlt wird.<sup>49</sup> Dass ein solches Prinzip der Solidarität im Völkerrecht tatsächlich und nicht nur in Gedanken besteht, zeigt die UN Millennium Declaration<sup>50</sup> exemplarisch und wird auch in der Literatur angenommen.<sup>51</sup>

Auch außerhalb des rechtlichen Rahmens ist die Internationale Gemeinschaft am Werk: Anders sind die unzähligen internationalen Hilfs- und Spendenaktionen für Opfer von Naturkatastrophen und Kriegen in aller Welt nicht zu erklären, wo doch die meisten Helfenden keinerlei Verbindung zu den Opfern zu haben scheinen. Die Internationale Gemeinschaft folgt ihrem humanitären Impuls. Dieser „true sense of community“<sup>52</sup> ist ihre Vorbedingung und Existenzgrundlage. *K. Annan* sprach 1999 von der Internationalen Gemeinschaft als dem Grundgerüst des Völkerrechts, von der gemeinsamen Vision einer besseren Welt für alle Menschen und gemeinsamer Verwundbarkeit.<sup>53</sup>

*B. Obama* ließ 2009 folgendes wissen: „The interest we share as human beings are far more powerful than the forces that drive us apart.“<sup>54</sup>

In einem vom Ende her gedachten Völkerrecht sind die Dinge nicht in Stein gemeißelt, sondern das Produkt des ständigen Ausfechtens gegenläufiger Argumente. Es ist nicht gesagt, dass das internationale System für immer in seinem staatszentrierten New Yorker Gewand der UN gefangen

<sup>31</sup> *Schulz-Ojala*, Tagesspiegel v. 26.3.11, abrufbar unter <http://www.tagesspiegel.de/kultur/internationale-gemeinschaft-das-globale-gewissen/3992514.html> (20.3.2017).

<sup>32</sup> *Pfaff*, International Herald Tribune v. 17.6.98.

<sup>33</sup> *Simma/Paulus*, European Journal of International Law 9 (1998), 266 (269); *Keohane/Nye*, Power and Interdependence, 2. Aufl. 1989, S. 1.

<sup>34</sup> *Rao*, in: Fastenrath u.a. (Hrsg.), Essays in Honour of Judge Bruno Simma, 2011, S. 326; „Grundaxiom“, vgl. *Tomuschat*, AVR 33 (1995), 1 (6).

<sup>35</sup> *Mosler*, Recueil des Cours 140 (1974), 1 (32).

<sup>36</sup> *De Wet*, ZaöRV 67 (2007), 777 (779).

<sup>37</sup> Umfassend *Krisch*, Beyond Constitutionalism, 2012.

<sup>38</sup> *Simma*, Recueil des Cours 250 (1994), 229 (235 ff.).

<sup>39</sup> *Paulus*, International Community, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Rn. 8; *Hiroshi Taki*, Effectiveness, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Rn. 8.

<sup>40</sup> Zusammenfassend zu diesen Gemeinschaftsinteressen, siehe *Oeter*, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, 2002, S. 224; *Tomuschat*, Recueil des Cours 281 (1999), 9 (78).

<sup>41</sup> *Weiler*, ZaöRV 64 (2004), 547 (556).

<sup>42</sup> Vgl. *Paulus* (Fn. 39), Rn. 15.

<sup>43</sup> *Paulus* (Fn. 27), S. 188 ff.

<sup>44</sup> *Cancado Trindade*, International Law for all Humankind: Towards a New Jus Gentium, 2010, S. 28.

<sup>45</sup> *Kotzur* (Fn. 1), S. 43 f.

<sup>46</sup> *Häberle*, in: Häberle (Fn. 22), S. 417.

<sup>47</sup> *Häberle*, in: Häberle (Hrsg.), Verfassungsvergleichung in europa- und weltbürgerlicher Absicht, Späte Schriften, 2009, S. 232.

<sup>48</sup> *Kotzur* (Fn. 22), S. 457.

<sup>49</sup> *Kant* (Fn. 8), 3. Definitivartikel a.E.

<sup>50</sup> U.N. Doc A/Res/55/2, 2000.

<sup>51</sup> *Kotzur*, JZ 2008, 265; *Brunkhorst*, Solidarity: From Civic Friendship to a Global Legal Community, 2005.

<sup>52</sup> *Abi-Saab*, European Journal of International Law 9 (1998), 248.

<sup>53</sup> *Annan*, Gastkommentar in der FAZ v. 24.12.1999.

<sup>54</sup> *Obama* in seiner Rede am 4.6.2009 in Kairo, abrufbar unter [http://www.nytimes.com/2009/06/04/us/politics/04obama.text.html?pagewanted=all&\\_r=0](http://www.nytimes.com/2009/06/04/us/politics/04obama.text.html?pagewanted=all&_r=0) (20.3.2017).

bleiben wird. Von Genf<sup>55</sup> aus betrachtet sieht das Völkerrecht schon heute sehr modern, ja gar außerordentlich gemeinschaftlich aus. Hier, obwohl immer noch im Staatenkonsens wurzelnd, ist Kooperation statt Koexistenz der *modus operandi*.<sup>56</sup>

Eine besonders starke Rolle in diesem Veränderungsprozess des Völkerrechts spielt deshalb die Institutionalisierung.<sup>57</sup> Institutionen bieten ein Forum für den Austausch der Vielzahl der individuellen Interessen und Kooperation. Sie fungieren als eine Art Trichter für die Herausbildung kollektiver Gemeinschaftsinteressen. Die Institutionalisierung ist der Schlüssel zum Kern dessen, was die Internationale Gemeinschaft heute darstellt.<sup>58</sup>

### c) Gemeinschaft nur durch Abgrenzung?

Nicht unterschlagen werden soll, dass auch völlig andere – nämlich skeptische – Ansätze im Nachdenken über die Internationale Gemeinschaft bestehen. So wird teilweise vertreten, dass Gemeinschaft nicht ohne Exklusion und Unterdrückung der Anderen denkbar sei.<sup>59</sup> Exemplarisch deutlich wird dies an den Wortschöpfungen „Schurkenstaaten“ oder „Achse des Bösen“.

Sicherlich führt die globale kulturelle Vielfalt zu einem unterschiedlichen Verständnis von Werten, die immer wieder miteinander kollidieren. Doch strebt das Konzept der Internationalen Gemeinschaft eine globale kulturelle Homogenität gar nicht an. Ihr genügt als gemeinsames Interesse der Friede, die Menschenrechte, die Erhaltung der Umwelt und der verantwortungsvolle und faire Umgang mit den *Global Commons*. Diese Interessen als spezifisch bzw. exklusiv westlich anzusehen bereitet Unbehagen. Die größte Herausforderung liegt mithin darin, Institutionen zu entwickeln<sup>60</sup>, die in der Lage sind Kompromisse genau dort herauszuarbeiten, wo Werte und Interessen aufeinanderprallen. Die Entwicklung einer gemeinsamen Philosophie, welche die kulturellen Unterschiede leugnet, steht nicht in Rede.<sup>61</sup> Nach den bisher dargestellten Denkmodellen erscheint es schwerlich denkbar, dass gerade die Abgrenzung zu anderen Gemeinschaften die integrierende Kraft der Internationalen Gemeinschaft sein soll. Denkt man die Internationale Gemeinschaft ganzheitlich, so gibt es keine mit ihr konkurrierenden menschlichen Verbände.<sup>62</sup>

<sup>55</sup> Mit seiner Ansammlung von Internationalen Organisationen.

<sup>56</sup> *Bethlehem* mit dem schönen Ausspruch „The world looks different from Geneva than it does from New York“, *European Journal of International Law* 25 (2014), 9 (11).

<sup>57</sup> *Simma/Paulus*, *European Journal of International Law* 9 (1998), 266 (268).

<sup>58</sup> *Oeter*, in: Dupuy u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Christian Tomuschat*, 2006, S. 583 (588).

<sup>59</sup> Vgl. *Paulus* (Fn. 39), Rn. 26.

<sup>60</sup> Siehe *Haass*, *The Sunday Times* v. 28.7.2013.

<sup>61</sup> *Simma/Paulus*, *European Journal of International Law* 9 (1998), 266 (272).

<sup>62</sup> *Oeter* (Fn. 40), S. 215.

### d) Zwischenfazit: Die Internationale Gemeinschaft ist keine hollow fiction

Wir haben gesehen, dass die Ideen von der Internationalen Gemeinschaft mehrheitlich einen naturrechtlichen Einschlag haben, und dass sie von ihrem natürlichen Feind, dem Positivismus ständig herausgefordert wurden. In modernerer Sprache handelt es sich um die gleiche Spannung, denselben Konflikt, der zwischen Gemeinschaftsinteressen und individuellen Staatsinteressen herrscht.<sup>63</sup>

Oggleich ihre Hauptakteure weiterhin die Staaten sind, offenbart die Internationale Gemeinschaft mittlerweile viele verschiedene Gesichter. Stellt sie zwar keine homogene Einheit dar oder wäre gar Völkerrechtssubjekt, so hat sie doch ein Mandat im Namen und zu Diensten der Menschheit.<sup>64</sup>

Der Begriff der Internationalen Gemeinschaft ist heute eine Kurzformel für alle direkten und indirekten Beziehungen der staatlichen Stellen, NGO's, transnationalen Unternehmen und auch der Individuen jenseits staatlicher Grenzen und zur Auseinandersetzung mit gemeinsamen Problemen, die die Staaten nicht individuell lösen können oder wollen bzw. zu deren Lösung sie unilateral nicht legitimiert sind. Sie ist durch eine Reihe völkerrechtlicher Normen, Verfahrensweisen und Mechanismen definiert, die Gemeinschaftsinteressen auf der Grundlage der Erkenntnis von gemeinsamen Belangen zur Geltung bringt.<sup>65</sup> Den Entwicklungsstand der Internationalen Gemeinschaft beschreibt *Ch. Tomuschat* wie folgt: „States have in fact, in their best moments, subscribed to an impressive catalogue of common goals. To speak of an international community is no hollow fiction.“<sup>66</sup>

Die Befürwortung einer „responsibility to protect“ auf dem UN Weltgipfel 2005<sup>67</sup> ist mit seinem Postulat der gemeinschaftlichen Ersatz-Verantwortung, der jüngste Frühlingsbote für die Fortentwicklung der Internationalen Gemeinschaft.<sup>68</sup> Dass jedwede zukünftige Entwicklung ihren Ursprung jedoch in New York und nicht in Genf nehmen muss, d.h. nur im Konsens der auf in derlei Prozessen auf Teile ihrer Souveränität verzichtenden Staaten stattfinden kann, darf weder vergessen noch unterschätzt werden.

## II. Bedeutung des Gemeinschaftsdenkens für die Global Commons

### 1. Ausdruck des Gemeinschaftsdenkens in den Global Commons Regimen

„Nature knows no sovereignty“,<sup>69</sup> dieser Ausspruch<sup>70</sup> von *H. Grotius* entfaltet bis heute wegweisende Wirkung für die

<sup>63</sup> *Klabbers*, *International Law*, 2013, S. 19.

<sup>64</sup> *Tomuschat*, *Recueil des Cours* 281 (1999), 9 (88).

<sup>65</sup> *Danilenko*, *Harvard International Law Journal* 32 (1991), 353; *Tomuschat*, *Recueil des Cours* 281 (1999), 9 (88).

<sup>66</sup> *Tomuschat*, *Recueil des Cours* 241 (1993), 195 (239).

<sup>67</sup> United Nations (General Assembly), 2005 World Summit Outcome, Rn. 139.

<sup>68</sup> *Paulus* (Fn. 39), Rn. 35.

<sup>69</sup> *Grotius*, *Mare Liberum*, 1609, S. 23.

<sup>70</sup> Freilich in abgewandelter Form.

Global Commons Regime. Auf diesem Erbe<sup>71</sup> aufbauend entwickelten sich im 20. Jahrhundert einige Regime für Räume jenseits nationalstaatlicher Jurisdiktion. Diese Global Commons umfassen heute vor allem den Tiefseeboden, die Hohe See, die beiden Polarregionen, die Atmosphäre und den Weltraum.<sup>72</sup>

Die Global Commons Regime stellen letztlich einen beispielhaften Ausdruck der Kodifizierung von Gemeinschaftsinteressen dar. Sie sind menscheitsorientiert, wurden im Konsens der Vertragsparteien geschaffen und sind somit – wie letztlich das gesamte Völkervertragsrecht<sup>73</sup> – Ausdruck eines internationalen Gemeinschaftsinteresses.

In der Vertragsgestaltung ist es häufig notwendig, die Interessen der beteiligten Akteure gegeneinander abzuwiegen und in einem Prozess gegenseitiger Annäherung so zu verändern, bis eine allseits geteilte Wahrnehmung eines gemeinsamen Interesses entsteht,<sup>74</sup> das im Kooperationsprozess der Staaten gefunden wird.<sup>75</sup> Gerade für den Umgang mit den Global Commons beansprucht diese These Gültigkeit, da sie global und nur jenseits der nationalstaatlichen Grenzen realisiert werden können.<sup>76</sup> Ein ständiger Diskurs über das Bestehen oder Nichtbestehen von Gemeinschaftsinteressen und ihrer Realisierung spielt eine entscheidende Rolle in ihrer Entwicklung. Die lange andauernden Verhandlungen bezüglich des Seerechts-übereinkommens stehen hierfür exemplarisch. Sie gelten als die umfangreichsten aller Zeiten.

Ein kursorischer Überblick zeigt, dass – trotz erheblicher Unterschiede in Bereich der Institutionalisierung und der Nutzungsrechte – eine entscheidende Gemeinsamkeit zwischen den Global Commons Regimen besteht: Souveräne Rechte an den Ressourcen werden ausgeschlossen oder sind zumindest auf Eis gelegt.<sup>77</sup> Gemeinsames Regelungsziel ist es internationale Gemeinwohlkonkretisierungen zu ermöglichen.<sup>78</sup>

Ausdruck findet das Gemeinwohl gleich in mehreren Global Commons Regimen. So statuiert der Antarktisvertrag „that it is in the interest of all mankind that Antarctica shall continue forever [...]“ während der Weltraumvertrag von „province of all mankind“ spricht und damit nicht nur die Rechte der Mitgliedsstaaten beschränkt, sondern diese darüber hinaus verpflichtet der Allgemeinheit, d.h. auch den ökonomisch und technisch schwächeren Mitgliedern der Internationalen Gemeinschaft zu dienen. Darüber hinaus fand der Begriff des „common concern of mankind“ Eingang in zwei Konventionen des Umweltvölkerrechts mit einem hohen Ratifizierungsgrad: Die United Nations Framework Conven-

tion on Climate Change und die Convention on Biological Diversity. Die rechtlichen Implikationen des common concern-Prinzips<sup>79</sup> sind jedoch vergleichsweise gering.<sup>80</sup> So steht es doch bloß für gemeinsame Verantwortung bei freierer Kooperation, und weniger für eine Institutionalisierung des Gemeinschaftsinteresses. Selbiges gilt für das sog. Antarktische System, das nur eine embryonale entwickelte gemeinschaftliche Verwaltung vorsieht.<sup>81</sup>

Die Essenz all’ dieser Begriffe liegt in der Idee, dass die Räume jenseits staatlicher Jurisdiktion ihren Status der Nichtaneignungsfähigkeit nicht verlieren sollen und beschränkt ihre Nutzung auf eine solche im Interesse der gesamten Menschheit.<sup>82</sup> Sie vereinen in sich universelle Solidarität und soziale Verantwortung, und stehen damit beispielhaft für die Grundwerte der Internationalen Gemeinschaft.<sup>83</sup> Insgesamt verbleiben die erwähnten Ansätze jedoch allesamt unterhalb der Schwelle einer internationalen Verwaltung.

## 2. Die Konzeption des Common Heritage of Mankind als allüberstrahlendes Beispiel

Die Präambel des Seerechtsübereinkommens spricht von „[...] taking into account the interests and need of mankind as a whole“ und bezeichnet das Gebiet des Meeresbodens und des Meeresuntergrunds als „Common Heritage of Mankind“.<sup>84</sup> Zwar benennt auch der Mondvertrag in seinem Art. 11 seine Naturschätze als ein solches, doch wird dieser Vertrag allgemein als Fehlschlag angesehen.<sup>85</sup>

P. Häberle sieht im „Common Heritage of Mankind“ die vornehmste Bezugnahme auf das ganzheitlich gedachte Gemeinwohl.<sup>86</sup> Es sei mittlerweile zu einem völkerrechtlichen Schlüsselbegriff geworden,<sup>87</sup> zu einem Prinzipien- und Normenkanon gehörend, die das Völkerrecht zum Menschheitsrecht reifen lassen können<sup>88</sup> und für welches das berühmte „bonum commune humanitatis“ Pate steht. Das Gemeinwohl erfährt eine rechtliche Verdichtung<sup>89</sup> und kann sogar als ein

<sup>71</sup> Schrijver/Prislan, Grotiana 30 (2009), 168 (204).

<sup>72</sup> Schrijver/Prislan, Grotiana 30 (2009), 168 (204).

<sup>73</sup> Treffend Oeter (Fn. 40), S. 220.

<sup>74</sup> Oeter (Fn. 40), S. 220.

<sup>75</sup> Bleckmann, Allgemeine Staats- und Völkerrechtslehre, 1995, S. 54.

<sup>76</sup> Franck, The Power of Legitimacy among Nations, 1990, S. 51.

<sup>77</sup> Kotzur (Fn. 1), S. 65.

<sup>78</sup> Feichtner, Community Interest, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Rn. 9.

<sup>79</sup> Zusammenfassend zu diesem Prinzip Durner, Common Goods, Statusprinzipien von Umweltgütern im Völkerrecht, 2001, S. 234 ff.

<sup>80</sup> Schrijver/Prislan, Grotiana 30 (2009), 168 (204).

<sup>81</sup> Graf Vitzthum/Proelß, Völkerrecht, 6. Aufl. 2013, S. 402.

<sup>82</sup> Dolzer, in: Dolzer u.a. (Hrsg.), Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes, S. 20.

<sup>83</sup> Cancado Trindade (Fn. 44), S. 144.

<sup>84</sup> Siehe auch Art. 136 Seerechtsübereinkommen (SRÜ); Zusammenfassend Baslar, The Concept of Common Heritage of Mankind in International Law, 1998.

<sup>85</sup> Nur 15 Staaten haben ihn ratifiziert; keiner von ihnen mit nennenswerten Weltraumaktivitäten. Er ist deshalb nicht Gegenstand weiterer Betrachtung; vgl. Fassbender (Fn. 23), S. 254.

<sup>86</sup> Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 2. Aufl. 2006, S. 791.

<sup>87</sup> Kewenig, in: von Münch (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer zum 75. Geburtstag, 1981, S. 385.

<sup>88</sup> Häberle (Fn. 2), S. 1304.

<sup>89</sup> Knauff, ZaöRV 68 (2008), 453 (471).

Prinzip mit „constitutional validity“ angesehen werden, da es die Belange der gesamten Menschheit betrifft.<sup>90</sup>

Der Begriff ist letztlich eine Konsequenz des Ansatzes der Erforschung und Nutzung des Meeresbodens zugunsten der gesamten Internationalen Gemeinschaft und dient zur Begründung gemeinsamer Verantwortung.<sup>91</sup> Er umfasst die Nichtaneignungsfähigkeit, die Offenheit der Nutzung für alle Staaten, die Verpflichtung zur Kooperation, die Berücksichtigung des Interesses kommender Generationen und die Verpflichtung zur fairen Aufteilung der immateriellen und materiellen Nutzungen.<sup>92</sup> Ansprüche werden limitiert: Nicht mehr das Wettbewerbsprinzip soll vorherrschen, sondern die globale Solidarität, unter Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse der Entwicklungsländer.<sup>93</sup> Das Prinzip der „common but differentiated responsibilities“ ist nicht unverwundt.<sup>94</sup> Die Menschheit wird sich der Begrenztheit der natürlichen Ressourcen immer bewusster.<sup>95</sup>

Die Meeresbodenerklärung<sup>96</sup> war 1970 der erste Schritt zur Materialisierung des „Common Heritage of Mankind“. Konkretisiert und kodifiziert wurde sie durch das Seerechtsübereinkommen von 1982.

Zur Institutionalisierung und Realisierung des Menschheitserbkonzepts wurde die Internationale Meeresbodenbehörde samt operativem Arm, dem sog. „Unternehmen“ geschaffen. Die Behörde verwaltet und überwacht die Aktivitäten in ihrem Referenzgebiet im Namen<sup>97</sup> derjenigen, der auch die Rechte an den Ressourcen zustehen: der gesamten Menschheit. Das Seerechtsübereinkommen mag in seiner Entstehung ein klassischer völkerrechtlicher Vertrag gewesen sein, doch – und das wird insbesondere am Meeresbodenregime deutlich – ist in ihm ein Darüber-Hinauswachsen<sup>98</sup> angelegt.

Mit dem Meeresbodenregime haben die Global Commons eine vielversprechende Regelungsalternative hinzugewonnen. Ein Regime das erga omnes-Wirkung beansprucht und das Leitbild der nachhaltigen Entwicklung inkorporiert.

Diese die Staaten zur Kooperation verpflichtende Ordnung des Gebiets<sup>99</sup> – auf dem potentiell weitreichenden Prinzip<sup>100</sup> des „Common Heritage of Mankind“ basierend – könn-

te Präcedenzwirkung für die anderen Global Commons erlangen.<sup>101</sup>

### III. Die Global Commons Regime als Konstitutionalisierungs-Laboratorien

Zukunftsweisend für das gesamte Völkerrecht könnte darüber hinaus die neuartige Struktur der Global Commons Regime sein, die nach überblicksartigen Ausführungen zu einer möglichen *pouvoir constituant* der Internationalen Gemeinschaft, Gegenstand der folgenden Betrachtung ist.

#### 1. *Pouvoir Constituant der Internationalen Gemeinschaft?*

B. Fassbender sieht eine *pouvoir constituant* der Internationalen Gemeinschaft im „Peoples of the United Nations“ und betrachtet die Generalversammlung als dasjenige Organ, das einer Repräsentation der Weltgemeinschaft am nächsten komme.<sup>102</sup> Dies verbleibt jedoch ein zu starrer und staatszentrierter Ansatz um die heutige Bedeutungsvielfalt des Begriffs der Internationalen Gemeinschaft zu erfassen. Die Generalversammlung in ihrem heutigen Zuschnitt ist lediglich repräsentativ für die Sicht der Staaten; nicht notwendigerweise jedoch für diejenige der gesamten Internationalen Gemeinschaft.<sup>103</sup>

Kann die Menschheit in abstracto Trägerin einer *pouvoir constituant* sein? Folgt aus der Menschheitsorientierung der Global Commons Regime das Emporsteigen der Menschheit in diese Rolle?

Klar ist heute nur, dass wir die althergebrachten verfassungsstaatlichen Kategorien nicht ohne weiteres auf die Räume jenseits staatlicher Herrschaft übertragen können.<sup>104</sup> Nationale Verfassungen erkennen im Volk den Träger verfassungsgebender Gewalt und ziehen ihre Autorität aus Wahlen.<sup>105</sup> Auf internationaler Ebene sind derlei Prozesse viel komplexer.

Mag es auch wünschenswert sein, die Menschheit in dieser Rolle zu sehen, so kann man eine solche nicht allein aus der Menschheitsorientierung konstruieren. Zwar treten Akteure innerhalb der Global Commons Regime mitunter im Namen der Menschheit auf,<sup>106</sup> doch können diese Akteure Vollmacht nur idealiter, nicht realiter<sup>107</sup> auf die Menschheit zurückführen.

Ein möglicher Weg dorthin könnten geeignete Verfahren darstellen, durch die völkerrechtliches Agieren im Namen der

<sup>90</sup> Wiener u.a., in: Wiener u.a. (Hrsg.), *Global Constitutionalism*, 2012, S. 10.

<sup>91</sup> Kotzur (Fn. 1), S. 56.

<sup>92</sup> Wolfrum, *Common Heritage of Mankind*, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Rn. 18, 22, 26.

<sup>93</sup> Siehe Präambel SRÜ.

<sup>94</sup> Stone, *American Journal of International Law* 98 (2004), 276.

<sup>95</sup> Kotzur (Fn. 1), S. 56; Feichtner (Fn. 78), Rn. 24.

<sup>96</sup> A/RES/2749 (XXV).

<sup>97</sup> Wolfrum (Fn. 92), Rn. 15.

<sup>98</sup> Kotzur (Fn. 1), S. 61.

<sup>99</sup> Dieser Begriff steht in einer Reihe mit anderen merkwürdigen Übersetzungen der englischen Originalfassung.

<sup>100</sup> Pardo dachte das Prinzip in seiner berühmten Rede 1967 einst als „umfassende Neuordnungsidee“; siehe [http://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/pardo\\_ga1967.pdf](http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/pardo_ga1967.pdf) (7.3.2017).

<sup>101</sup> „The UNCLOS could become precedent for the resources of outer space“, *Rumsfeld*, *Washington Times* v. 14.6.2012.

<sup>102</sup> Fassbender, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 94.

<sup>103</sup> O'Donoghue, *Oxford Journal of Legal Studies* 32 (2012), 799 (820).

<sup>104</sup> Habermas (Fn. 8), S. 113 ff.

<sup>105</sup> Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. 1995, Rn. 42.

<sup>106</sup> So zum Beispiel die Meeresbodenbehörde.

<sup>107</sup> Kotzur (Fn. 1), S. 57.

Menschheit Legitimation gewinnen könnte.<sup>108</sup> Denn auch im Verfassungsstaat bildet sich der demos erst im Prozess der Verfassungsgebung, da er sich in demokratischen Verfahren erstmals artikulieren und den Inhalt seines Gemeinwohls formen kann.<sup>109</sup>

## 2. Konstitutionelle Qualität der Global Commons Regime

Neben den Menschenrechten sind es die Global Commons Regime, in welchen Verfassungsqualität am naheliegendsten scheint. Als illustrierende Beispiele sollen das Seerechtsübereinkommen und das Antarktische System herausgegriffen werden.

Ihre institutionellen Voraussetzungen erlauben einen ständigen Diskurs über ihre Weiterentwicklung,<sup>110</sup> der den bereits dargestellten Prozess ihrer Entstehung widerspiegelt. Sowohl das Seerechtsübereinkommen und das Antarktische System stellen globale Formen für das Behaupten wie Bestreiten vom menscheitsbezogenen Willen zur Verfasstheit dar,<sup>111</sup> und binden bewusst vielfältige Akteure und deren konfligierende Interessen ein, so dass das ständige Bestreiten geradezu gefördert wird.<sup>112</sup> Der Konsens über die prozeduralen Aspekte gemeinschaftlicher Entscheidungsfindung bildet gleichsam die Basis für konstitutionelle Qualität.<sup>113</sup>

Innerhalb des Antarktischen Systems sind nicht nur die Staaten<sup>114</sup>, sondern auch nichtstaatliche Akteure auf teils formellem, teils informellen Wege beteiligt. So partizipieren NGO's und private Unternehmen als Beobachter.<sup>115</sup> Das gesamte Vertragsregime basiert auf formalisierten, semi-formalisierten oder ganz informellen diskursiven Strukturen zwischen einer Vielzahl klassischer und neuartiger Akteure.<sup>116</sup> Die gemeinschaftliche Verwaltung ist zwar weder universell noch institutionell näher ausgeformt, doch repräsentieren die Parteien des Antarktischvertrags rund 80 % der Weltbevölkerung, was ihnen repräsentatives Gewicht<sup>117</sup> verleiht.

Das jährliche Treffen der Vertragsparteien des Seerechtsübereinkommens, welches überwachende Funktionen erfüllt, ist ein weiteres Beispiel für ständigen Dialog und Diskurs. Die Meeresbodenbehörde mit seinen exekutiven Funktionen gegenüber den Staaten, natürlichen, sowie juristischen Personen, ist darüber hinaus ein wegweisendes Beispiel für eine

globale Verwaltung. Ihre Struktur und Abstimmungsmechanismen sind auf globaler Ebene beispiellos, insbesondere weil ein Plenarorgan existiert, das in den Prozess des Erlasses von Sekundärnormen eingebunden ist.

Darüber hinaus existiert ein ausgeklügelter Streitbeilegungsmechanismus, der Staaten und natürlichen, sowie juristischen Personen offen steht, und die Beachtung der Rule of Law institutionell absichert.<sup>118</sup>

## 3. Legitimationsfragen - Input, Output und Verfahren

Auch wenn den vorangegangenen Ausführungen nach eine konstitutionelle Qualität der Global Commons Regime angenommen werden kann, so stellt das Fehlen eines klar umrissenen demos ein schier unüberwindbares Hindernis für die Konstruktion einer wahren Input-Legitimation dar. Die Global Commons Regime können auf keine traditionellen Regeln von Verfassungsgebung zurückgreifen. Möge diesbezüglich auf globaler Ebene ein geringeres Niveau auch akzeptabel erscheinen, so kann dennoch nicht komplett auf die Konstruktion einer plausiblen Input-Legitimation verzichtet werden.<sup>119</sup> Hier haben Rechts- und Politikwissenschaft gleichwohl noch keine akzeptablen Lösungen finden können. Ansätze könnten sich derzeit lediglich in der Vermittlungsleistung der Vertragsstaaten und der neuartigen Akteursvielfalt finden lassen.<sup>120</sup>

Die Global Commons Regime bedürfen daher einer anderen Legitimationsquelle, die ihrerseits nur auf Output-Legitimation und Legitimation durch Verfahren fußen kann.

Allgemein ist im Diskurs über global governance ein „shift from input to output legitimacy“ zu beobachten.<sup>121</sup> So bezeichnen *A. Buchanan* und *R. Keohane* die „comparative benefits“ einer Institution als eines der primären Kriterien für ihre Legitimation.<sup>122</sup> Wenn eine bestimmte Institution nicht die gewünschten Resultate erreicht, derentwegen sie errichtet wurde, so untergräbt dies langfristig ihre Legitimation. Das Schicksal der UN Human Rights Commission ist ein dienliches Beispiel. Die Unzufriedenheit der Internationalen Gemeinschaft mit dieser früheren Institution führte zur Einrichtung des anders zusammengesetzten Human Rights Council.<sup>123</sup>

Letztlich kann Legitimität auch durch die Implementierung sachgemäßer und fairer Verfahrensregeln hergestellt werden.<sup>124</sup> Das sich-halten an diese zuvor im Konsens für sachgerecht und fair befundenen Verfahrensregeln hat den gleichen legitimierenden Effekt, den es auch im nationalen Recht besitzt.<sup>125</sup> Der institutionelle Rahmen der Global

<sup>108</sup> Grundlegend *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1987.

<sup>109</sup> *Kotzur*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 69 (2010), 173 (196).

<sup>110</sup> *Hestermayer/Matz-Lück/Seibert-Fohr/Vöneky*, Law of the Sea in Dialogue, 2011.

<sup>111</sup> *Kotzur* (Fn. 1), S. 60.

<sup>112</sup> *Vigni*, Max Planck Yearbook of United Nations Law 4 (2001), 481.

<sup>113</sup> *Danilenko*, Harvard International Law Journal 32 (1991), 353 (355).

<sup>114</sup> Und auch diese nicht „equal“, sondern mit graduell ausdifferenzierten Rechten.

<sup>115</sup> *Vöneky/Addison-Agyei*, Antarctica, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Rn. 27.

<sup>116</sup> *Kotzur* (Fn. 1), S. 63.

<sup>117</sup> *Klein*, Statusverträge im Völkerrecht, 1980, S. 250 f.

<sup>118</sup> Im Ganzen *Wolfrum*, German Law Journal 9 (2008), 2039 (2054).

<sup>119</sup> *Krisch* (Fn. 37), S. 264.

<sup>120</sup> *Kotzur* (Fn. 1), S. 63.

<sup>121</sup> *Krisch*, American Journal of International Law 108 (2014), 1 (6).

<sup>122</sup> *Buchanan/Keohane*, Ethics & International Affairs 20 (2005), 405 (422).

<sup>123</sup> *Wolfrum*, German Law Journal 9 (2008), 2039 (2041).

<sup>124</sup> *Franck* (Fn. 76), S. 91 ff.

<sup>125</sup> *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 2. Aufl. 1989.

Commons Regime bietet ein hohes Maß an solcher Legitimität, da sie sich in dem konsentierten Rahmen von Verfahrensregeln bewegen.<sup>126</sup>

#### 4. Die Global Commons Regime als Global Governance-Laboratorien – Zugleich eine Schlussbetrachtung

Es ist deutlich geworden, dass das überkommene, überwiegend auf Konsens abstellende Völkerrecht an Lebenskraft<sup>127</sup> verliert und in Teilen neuen Formen kooperativen Völkerrechts gewichen ist. Die menscheitsorientierten Global Commons Regime mit ihrer Idee der „common ownership“<sup>128</sup> sind hier das Referenzfeld.

Die Welt des Lotus-Prinzips, in der Staaten nur durch ihre explizite Zustimmung gebunden werden konnten, macht Stück für Stück Platz für ein gemeinschaftsorientierteres Völkerrecht auf Kooperationsbasis. Den Wurzelgrund dieses Fortschritts verdanken wir dem kosmopolitischen Gedanken- gut der spanischen Scholastiker und vor allem *I. Kant*. Sie eint die Prämisse, dass eine Weltordnung jenseits des Nationalstaates möglich ist, die dem „bonum commune“ dient. Klar ist, dass eine demokratische Welt-Föderation derzeit nicht realistisch ist. Sehr wohl denkbar ist jedoch eine enge Kooperation der Staaten auf Basis effizienter internationaler Institutionen, die ein ständiges Forum für „contestation“ bieten. Die Debatte um die bis heute fruchtlose Reform des Sicherheitsrats der UN<sup>129</sup> ist ein mahnendes Beispiel, wenn für contestation-Prozesse keine passenden Verfahren zur Verfügung stehen. Sie bleiben häufig erfolglos und finden keinen Weg zur Definition des Gemeinschaftsinteresses.

Wenn das Völkerrecht weiterhin etwas bedeutsames auf der internationalen Bühne zu sagen haben will, muss es sich der sich verändernden Welt anpassen.<sup>130</sup> Dazu gehört auch die weitere Relativierung des Gedankens der absoluten und reinen staatlichen Souveränität,<sup>131</sup> der in Zeiten der Globalisierung zunehmend zu einem Anachronismus wird. Das Vor-denken der Internationalen Gemeinschaft ist hierzu notwendiger Zwischenschritt.

Die Global Commons können insofern als ein Laboratorium für eine derartige Entwicklung angesehen werden. Viele der notwendigen Schritte zu einer Veränderung des Völkerrechts im Ganzen sind in ihnen bereits vorgedacht und in ihren Regimen implementiert. In ihnen ist das Kantische Projekt gelebte Realität; zumindest im Ansatz.

<sup>126</sup> Shaw, *International Law*, S. 62; Franck (Fn. 76), S. 24.

<sup>127</sup> Kotzur (Fn. 1), S. 58.

<sup>128</sup> Risse, *On Global Justice*, 2012, S. 89 ff.

<sup>129</sup> Fassbender, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 7 (2003), 183.

<sup>130</sup> Klabbers (Fn. 63), S. 17.

<sup>131</sup> Fassbender, in: Walker (Hrsg.), *Sovereignty in Transition*, 2003, S. 115; Kokott, *ZaöRV* 64 (2004), 517 (521); Simma, *Recueil des Cours* 250 (1994), 229 (244).

# Die Staatsschutzdelikte im Lichte des Medienstrafrechts – Teil 1: Friedens-, Hoch- und Landesverrat

## Beiträge zum Medienstrafrecht – Teil 8\*

Von Prof. Dr. **Manfred Heinrich**, Kiel

*Die im Rahmen der ersten fünf Abschnitte des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches (§§ 80-109k StGB) geregelten Staatsschutzdelikte im engeren Sinne<sup>1</sup> sind dem Schutz verschiedener auf den Staat als solchen bezogener Rechtsgüter verpflichtet, nämlich dem Schutz seines Bestandes (vgl. § 92 Abs. 1, 3 Nr. 1 StGB), seiner äußeren und inneren Sicherheit (§ 92 Abs. 3 Nr. 2 StGB) sowie der ihn im Sinne eines demokratischen Rechtsstaates tragenden Verfassungsgrundsätze (§ 92 Abs. 2, 3 Nr. 3 StGB).<sup>2</sup>*

*Nun ist es zwar denkbar, mit erhobener Waffe gegen diese Rechtsgüter zu Felde zu ziehen, nicht minder wirksam aber ist es letztlich, unter Ausnutzung der vielfältigen Möglichkeiten medialer Kommunikation zum Angriff auf den Staat zu blasen. Nicht von ungefähr ist in den letzten Jahren in immer stärkerem Maße zu beobachten, dass – von den Brennpunkten des sog. Arabischen Frühlings über den (nochmaligen) Machtwechsel in Ägypten bis hin zu dem revolutionären Umsturz in der Ukraine – weltweit bei nahezu jeder von innen heraus erzwungenen Umgestaltung staatlicher Strukturen sowohl die Kommunikationsplattform Internet, wie auch die umfassende nahezu zeitgleich erfolgende globale Medienberichterstattung eine mitbestimmende Rolle spielen. Was aber bei der Beseitigung von Unrechtsregimen eine solche Wirkungsmacht entfaltet, stellt im Missbrauchsfalle auch im Gefüge eines Rechtsstaats einen möglichen Hebel dar.*

---

\* Dieser Beitrag ist der achte einer Reihe von Beiträgen des *Autors* zum Medienstrafrecht, die sukzessive in der ZJS erscheinen. Die vorhergehenden Beiträge waren den Besonderheiten der Verjährung im Presse-, Rundfunk- und Telemedienstrafrecht (ZJS 2016, 17 und 414), der Verbreitung von Pornografie gem. § 184 StGB (ZJS 2016, 132 und 197) sowie – in tatbestandsübergreifender Weise – den medienstrafrechtlich besonders relevanten Tathandlungen des „Verbreitens“ (ZJS 2016, 569), des „Zugänglichmachens“ und „öffentlich“ Begehens (ZJS 2016, 698) gewidmet sowie (in ZJS 2017, 25) einer Reihe weiterer Tathandlungen, die im Rahmen medienstrafrechtlich relevanter Tatbestände immer wiederkehren. Auf dieser Grundlage soll im vorliegenden Beitrag und in weiteren Beiträgen die Behandlung einzelner medienstrafrechtlich relevanter Tatbestände (zunächst aus dem Bereich der Staats- und Friedensschutzdelikte) angeschlossen werden.

<sup>1</sup> Zu dieser Zuordnung *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 3. Aufl. 2015, § 42 Rn. 2, § 43 Rn. 1, 2; siehe aber zu §§ 80, 80a StGB *Otto*, *Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte*, 7. Aufl. 2005, § 62 Rn. 1.

<sup>2</sup> Vgl. *Hilgendorf* (Fn. 1), § 43 Rn. 2; *Laufhütte/Kuschel*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 4, 12. Aufl. 2007, Vor § 80 Rn. 20; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 2, 10. Aufl. 2013, § 82 Rn. 9 ff.

*In diesem Ersten Teil der Betrachtung der Staatsschutzdelikte aus medienstrafrechtlicher Sicht soll es neben einem eher kursorischen Eingehen auch auf die (wenigen) Tatbestände des Friedens- und des Hochverrats insbesondere um eine nähere Darstellung der (deutlich zahlreicheren) medienstrafrechtlich relevanten Tatbestände des Landesverrats gehen.*

*Während Friedens- und Landesverrat dem Schutz der äußeren Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland dienen, geht es beim Hochverrat um die innere Sicherheit. In allen drei Bereichen ist auch eine Begehung über bzw. durch die Medien ohne Weiteres denkbar, und bei einigen Tatbeständen (§§ 80a, 95 StGB, vgl. unten I. 3. und III. 3.) ist sie vom Gesetzgeber sogar ganz dezidiert ins Auge gefasst.*

### I. Der Friedensverrat (§§ 80 a.F., 80a StGB)

Ob bzw. inwieweit der Friedensverrat überhaupt im Bereich der Staatsschutzdelikte anzusiedeln ist, war schon vor der gerade eben erst<sup>3</sup> – zum 1.1.2017 – erfolgten Streichung des § 80 StGB und der damit einhergehenden Änderung des § 80a StGB strittig. So wurde der Friedensverrat schon seit langem von einigen als Fremdkörper im Staatsschutzstrafrecht angesehen.<sup>4</sup> Der in den damaligen §§ 80, 80a StGB thematisierte „Angriffskrieg“ meine nur denjenigen, an dem die Bundesrepublik als Angreifer beteiligt sei, nicht aber auch den, mit dem sie selbst als Opfer überzogen werde,<sup>5</sup> und deshalb – so der Schluss – schützten die Friedensverratsdelikte nur (bzw. vor allem) ausländische Staaten<sup>6</sup>, nicht aber die Bundesrepublik selbst. Diese Kritik war jedoch verfehlt: So war schon jene vermeintliche Beschränkung auf die Rolle des Angreifers nicht durch den Wortlaut des § 80 a.F. StGB geboten,<sup>7</sup> widersprach sie vielmehr dem Willen des historischen

---

<sup>3</sup> Durch das Gesetz zur Änderung des Völkerstrafgesetzbuches v. 22.12.2016, BGBl. I 2016, S. 3150 (3151), in Kraft ab 1.1.2017.

<sup>4</sup> Vgl. *Schroeder* (Fn. 2), § 82 Rn. 10: „Die Einordnung [...] ist verfehlt“; vgl. auch *Otto* (Fn. 1), § 62 Rn. 1 f.

<sup>5</sup> *Schroeder*, JZ 1969, 41 (49); *ders.* (Fn. 2), § 90 Rn. 7; *Kreß*, ZStW 115 (2003), 294 (344 ff., 348).

<sup>6</sup> In diesem Sinne *Schroeder* (Fn. 2), § 82 Rn. 10, § 90 Rn. 7; siehe auch *Schroeder*, JZ 1969, 41 (47).

<sup>7</sup> H.M., vgl. *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 80 Rn. 18; *Rudolphi*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 53. Lfg, Stand: Oktober 2001, § 80 Rn. 4; *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Aufl. 2014, § 80 Rn. 2; *Classen*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 80 Rn. 29; a.A. *Schroeder*, JZ 1969, 41 (47); *Kreß*, ZStW 115 (2003), 294 (344).

Gesetzgebers<sup>8</sup> und vermochte sie auch teleologisch nicht zu überzeugen<sup>9</sup>. Aber selbst für den Fall der Beteiligung der Bundesrepublik als Angreifer ging es – was sich den insoweit klaren Worten des damaligen § 80 Abs. 1 StGB: „[...] und dadurch die Gefahr eines Krieges für die Bundesrepublik Deutschland herbeiführt“ entnehmen ließ – doch jedenfalls *nicht nur* um den Schutz des jeweils angegriffenen ausländischen Staates<sup>10</sup> bzw. den Schutz des überstaatlichen Rechtsguts des „Völkerfriedens“<sup>11</sup>, sondern auch darum, die Bundesrepublik in ihrem eigenen Interesse<sup>12</sup> vor einer Involvierung in einen (immer auch für sie nachteiligen<sup>13</sup>) kriegerischen Konflikt zu bewahren.<sup>14</sup>

Nun gehört seit dem 1. Januar diesen Jahres § 80 StGB der Vergangenheit an,<sup>15</sup> ist er doch entfallen bzw. inhaltlich in dem neuen, mit „Verbrechen der Aggression“ überschriebenen Tatbestand des § 13 VStGB aufgegangen,<sup>16</sup> und stellt – diesem Perspektiv- und Standortwechsel folgend – der im Gesetzgebungsverfahren zunächst ebenfalls von Streichung bedrohte,<sup>17</sup> dann aber doch lediglich neugefasste § 80a StGB jetzt nicht mehr auf das Aufstacheln zum Angriffskrieg ab, sondern auf das Aufstacheln zum Verbrechen der Aggression.

Ob nun der einzige unter der Überschrift „Friedensverrat“ im Ersten Titel<sup>18</sup> des Ersten Abschnitts des Besonderen Teils

des StGB verbliebene Tatbestand des § 81a StGB nach seiner inhaltlichen Anbindung an § 13 VStGB ob dessen (zumindest primärer) Ausrichtung auf den Schutz des Rechtsguts „Weltfrieden“ hin<sup>19</sup> noch als dem Ziel des Staatsschutzes verpflichtet angesehen werden kann, mag – mehr noch als zuvor – zu bezweifeln sein, soll an dieser Stelle aber – da es für die nachfolgende ohnehin nur cursorische Darstellung dieses Tatbestandes letztlich nicht darauf ankommt – nicht näher thematisiert werden.<sup>20</sup>

#### 1. Rückblick: Vorbereitung eines Angriffskrieges (§ 80 a.F. StGB)

In § 80 a.F. StGB waren mit „Vorbereiten“ eines Angriffskrieges – d.h. einer völkerrechtswidrigen bewaffneten Aggression<sup>21</sup> – „alle Maßnahmen“ (von einigem Gewicht<sup>22</sup>) gemeint, „die geeignet sind, einen kriegerischen Konflikt herbeizuführen“<sup>23</sup>, so dass auch der Bereich medialer Betätigung prinzipiell erfassbar war.<sup>24</sup>

Dennoch war dieses Delikt von eher geringem medienstrafrechtlichen Interesse,<sup>25</sup> da (ohne die beachtlichen Möglichkeiten geballter Medienmacht herunterspielen zu wollen) ein mediales Geschehen, das im Hinblick auf die zur Tatbestandsverwirklichung erforderliche tatsächliche Begründung

<sup>8</sup> Vgl. BT-Drs. V/2860, S. 2; kritisch insoweit jedoch *Kreß*, ZStW 115 (2003), 294 (344 f.).

<sup>9</sup> Vgl. insoweit *Classen* (Fn. 7), § 80 Rn. 29; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 80 Rn. 2; *Otto* (Fn. 1), § 62 Rn. 3.

<sup>10</sup> Dies ist für *Schroeder* (Fn. 2), § 82 Rn. 10, § 85 Rn. 2, der Hauptzweck; siehe auch *Hefendehl*, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 453 (456).

<sup>11</sup> Vgl. *Klug*, in: Vogler (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Bd. 1, 1985, S. 583 (595); *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 80 Rn. 1; *Güntge*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2017, § 80a Rn. 2.

<sup>12</sup> Auch *Schroeder* (Fn. 2), § 82 Rn. 10, vermag hier immerhin einen „staatsegoistischen Zug“ auszumachen.

<sup>13</sup> So ganz richtig *Schroeder*, JZ 1969, 41 (47); *ders.* (Fn. 2), § 90 Rn. 9.

<sup>14</sup> Deutlich in diesem Sinne *Rudolphi* (Fn. 7), § 80 Rn. 1; siehe auch *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 80 Rn. 1; *Güntge* (Fn. 11), § 80a Rn. 2.

<sup>15</sup> Vgl. bereits oben Fn. 3.

<sup>16</sup> Vgl. hierzu den Gesetzesentwurf der Bundesregierung v. 1.6.2016, BT-Drs. 18/8621, S. 21: „Der Verbrechenstatbestand der Aggression ersetzt den bisherigen Tatbestand der Vorbereitung eines Angriffskrieges nach § 80 StGB.“

<sup>17</sup> Vgl. den einschlägigen Gesetzesentwurf der Bundesregierung v. 1.6.2016, BT-Drs. 18/8621, S. 7, 21 f. Man hielt § 80a StGB angesichts der Streichung des § 80 StGB nunmehr für verzichtbar: „Die in § 80a StGB geregelten Fälle des Aufstachelns zum Angriffskrieg, namentlich die hetzerische Propaganda für einen Angriffskrieg als Unterfall der Vorbereitung, werden durch § 111 StGB abgedeckt“ (a.a.O., S. 22).

<sup>18</sup> Von dem durch Streichung auch des § 80a StGB dräuenden Schicksal völliger Beseitigung – nicht nur aller dem „Friedens-

verrat“ unterfallenden Tatbestände, sondern auch der Deliktskategorie des Friedensverrats selbst (vgl. den Entwurfs-Text in BT-Drs. 18/8621, S. 7) – verschont geblieben, ist am Ende neben § 80a StGB auch der Erste Titel des Ersten Abschnitts des Besonderen Teils des StGB einschließlich seiner Beteiligung mit „Friedensverrat“ am Leben erhalten worden.

<sup>19</sup> Zur (wohl primären) Relevanz eben dieses Rechtsguts BT-Drs. 18/8621, S. 17.

<sup>20</sup> Nur so viel: Nachdem in § 13 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VStGB noch immer – wie bereits in § 80 a.F. StGB – ein Inlandsbezug (nunmehr: Herbeiführung der Gefahr eines Angriffskrieges oder einer sonstigen Angriffshandlung für die Bundesrepublik Deutschland) vermerkt ist, geht es offenkundig noch immer (zumindest: auch) darum, die Bundesrepublik in ihrem eigenen Interesse vor einer Involvierung in einen (immer auch für sie nachteiligen) kriegerischen Konflikt zu bewahren (vgl. hierzu bereits oben im Text bei Fn. 12-14).

<sup>21</sup> *Otto* (Fn. 1) § 62 Rn. 3; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 64. Aufl. 2017, § 80 Rn. 3; siehe auch *Güntge* (Fn. 11), § 80 Rn. 4; *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 80 Rn. 8.

<sup>22</sup> So zu Recht einschränkend beispielsweise *Rudolphi* (Fn. 7), § 80 Rn. 5; *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 80 Rn. 8.

<sup>23</sup> *Otto* (Fn. 1), § 62 Rn. 3; siehe auch *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 80 Rn. 5; *Fischer* (Fn. 21), § 80 Rn. 8; *Güntge* (Fn. 11), § 80 Rn. 6.

<sup>24</sup> Vgl. *Fischer* (Fn. 21), § 80 Rn. 8: „auch eine nur propagandistische Vorbereitung (§ 80a) reicht grds. aus“.

<sup>25</sup> Vgl. *B. Heinrich*, in: Wandkte/Ohst (Hrsg.), Praxishandbuch Medienrecht, Bd. 4, 3. Aufl. 2014, Kap. 6 Rn. 198: „kaum relevant werden dürfte“.

einer konkreten Kriegsgefahr<sup>26</sup> hinreichend wirkungskräftig wäre, nur in begrenztem Maße vorstellbar erscheint.<sup>27</sup>

## 2. Ausblick: Verbrechen der Aggression (§ 13 VStGB)

Auch in § 13 VStGB – der im Gegensatz zu § 80 a.F. StGB nicht als Tatbestand des „Friedensverrats“ firmiert<sup>28</sup> – geht es in der Sache um das Führen eines *Angriffskrieges* (in Abs. 1) bzw. das Planen, Vorbereiten oder Einleiten eines solchen (Abs. 2), wobei diesen Verhaltensweisen freilich das Begehen (Abs. 1) bzw. das Planen, Vorbereiten oder Einleiten (Abs. 2) einer *sonstigen Angriffshandlung* (im Sinne des Abs. 3) an die Seite gestellt ist.

Nicht anders als bei § 80 a.F. StGB (vgl. soeben unter 1.) gilt auch hier, dass damit auch der Bereich medialer Betätigung prinzipiell erfassbar ist. Nicht anders als dort ist jedoch auch hier wieder von einer eher geringen medienstrafrechtlichen Relevanz der Vorschrift auszugehen, da auch hier ein hinreichend wirkungsmächtiges mediales Verhalten nur in seltenen Ausnahmefällen zu verzeichnen sein wird; denn auch in § 13 VStGB ist Strafbarkeitsvoraussetzung (und mithin nicht unerhebliche Schwelle für hinreichendes mediales Wirksamwerden), dass durch die Tat die Gefahr eines Angriffskrieges bzw. einer sonstigen Angriffshandlung herbeigeführt wird (vgl. Abs. 2 S. 2 Nr. 2) oder es gar – wiederum: aufgrund der Tat<sup>29</sup> – zur Führung des Angriffskrieges bzw. zur Begehung der Angriffshandlung gekommen ist (Abs. 2 S. 2 Nr. 1).

## 3. Der Aufstachelungs-Tatbestand des § 80a StGB

Ganz anders verhält es sich dagegen – und verhielt es sich auch nach vorheriger Rechtslage – bei dem gerade auf mediales Wirksamwerden zugeschnittenen und damit insoweit ersichtlich „passgenaueren“ § 80a StGB.<sup>30</sup> Indem dieser ganz gezielt gerade die auf das Führen eines Angriffskrieges, das Begehen einer sonstigen Angriffshandlung im Sinne des § 13 Abs. 3 VStGB oder auf das Planen, Vorbereiten oder Einleiten derartiger Handlungen gerichtete hetzerische Propaganda sanktionieren will,<sup>31</sup> ist er gegenüber § 13 VStGB als Vor-

feldtatbestand zu begreifen,<sup>32</sup> der gerade im Bereich nicht zuletzt auch medialer Kommunikation angesiedelt ist. Als typisches „Verbreitungsdelikt“ stellt er denn auch auf die Begehung „öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3)“ ab. Gegenüber den bereits in meinen früheren „Beiträgen zum Medienstrafrecht“ gemachten Ausführungen zum „Schriften-Verbreiten“<sup>33</sup> und zum „Öffentlich-Begehen“<sup>34</sup> sind hier keine Besonderheiten zu verzeichnen.

Zu beachten ist aber, dass die Tat „im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes“ – der nach dem Beitritt der DDR deckungsgleich ist mit „Inland“ im Sinne des § 3 StGB<sup>35</sup> – stattfinden muss, so dass im Ausland zu verortende Kriegstreiberei (auch wenn sie von einem Deutschen begangen wird) schon tatbestandlich nicht erfasst ist<sup>36</sup> – und nicht erst aufgrund des in § 3 StGB zur Geltung gebrachten Territorialitätsprinzips oder gar erst eines Umkehrschlusses aus § 1 S. 2 VStGB.<sup>37</sup>

Bei grenzüberschreitend vom Ausland ins Inland hinein wirkendem Mediengeschehen – man denke an im Ausland erscheinende, aber auch in Deutschland erhältliche Presseerzeugnisse, an (auch) im Inland empfangbare ausländische Rundfunkangebote sowie insbesondere an im Ausland eingestellte, aber auch bei uns abrufbare Internet-Inhalte – werden freilich die im Rahmen grenzüberschreitenden medialen Geschehens immer anzutreffenden strafenwendungsrechtlichen Probleme relevant, wobei die Frage nach dem Begehen im Inland gemäß den dafür heranzuziehenden medienpezifischen Regeln des deutschen Strafanwendungsrechts zu lösen sind.<sup>38</sup>

Inhaltlich bedeutet „Aufstacheln“ ein entsprechend ausgerichtetes „gesteigertes, auf die Gefühle des Adressaten ge-

---

erfassen wollte, vgl. *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 80a Rn. 1; *Paeffgen* (Fn. 7), § 80a Rn. 2.

<sup>32</sup> So nach alter Rechtslage zum Verhältnis zu § 80 a.F. StGB *Fischer* (Fn. 21), § 80a Rn. 2; siehe (ebenfalls noch mit Blick auf § 80 a.F. StGB) auch *Paeffgen* (Fn. 7), § 80a Rn. 2: „Vor-Vorfeld-Norm“, „Klima-Schutz-Norm“.

<sup>33</sup> Ausführlich *M. Heinrich*, ZJS 2016, 569.

<sup>34</sup> Ausführlich *M. Heinrich*, ZJS 2016, 698 (707 ff.).

<sup>35</sup> Vgl. *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), Vor §§ 3-9 Rn. 51; *Paeffgen* (Fn. 7), § 80a Rn. 9.

<sup>36</sup> So zur alten Rechtslage etwa *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 80a Rn. 7; *Paeffgen* (Fn. 7), § 80a Rn. 9; siehe auch *B. Heinrich* (Fn. 25), Kap. 6 Rn. 199.

<sup>37</sup> Dies galt auch bereits nach bisheriger Rechtslage, wobei es hier freilich noch um die Idee eines Umkehrschlusses aus § 5 Nr. 1 a.F. StGB ging, der die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auch bei Auslandstaten zwar für § 80 a.F. StGB, nicht jedoch für § 80a StGB bestimmte; gerade auf diesen Umkehrschluss stützen sich aber z.B. *Eser* (Fn. 35), Vor §§ 3-9 Rn. 51 und *Fischer* (Fn. 21), § 80a Rn. 7.

<sup>38</sup> Näher zu dieser – nicht leicht zu durchdringenden – Problematik etwa *Hilgendorf/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 133 ff., 142 ff.; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. 2013, § 5 Rn. 43 ff.

---

<sup>26</sup> *Otto* (Fn. 1), § 62 Rn. 3; *Fischer* (Fn. 21), § 80 Rn. 9; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 80 Rn. 7; *Güntge* (Fn. 11), § 80 Rn. 7.

<sup>27</sup> In diesem Sinne auch *B. Heinrich* (Fn. 25), Kap. 6 Rn. 198; *Fischer* (Fn. 21), § 80 Rn. 8; siehe auch *Paeffgen* (Fn. 7), § 80 Rn. 15.

<sup>28</sup> Dennoch sei er ob seiner Sachnähe in die hiesigen Betrachtungen mit einbezogen.

<sup>29</sup> Diese Voraussetzung findet sich so nicht explizit in § 13 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 VStGB, ist jedoch aufgrund der allgemeinen Kausalitäts- bzw. Zurechnungserfordernisse als gegeben anzunehmen.

<sup>30</sup> Vgl. – noch zur alten Rechtslage – *Fischer* (Fn. 21), § 80a Rn. 2; ergänzt § 80; *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 80a Rn. 1; Unterfall des § 80.

<sup>31</sup> So, wie er zuvor die auf das Vorbereiten eines Angriffskrieges gem. § 80 a.F. StGB gerichtete Hetzpropaganda

münztes propagandistisches Anreizen<sup>39</sup>, das auch vorliegen kann, wenn es in seriösem Gewande daherkommt<sup>40</sup> – etwa in Form eines (pseudo-)wissenschaftlichen Artikels in einer Fachzeitschrift<sup>41</sup> – wobei freilich der emotionale Aspekt nicht völlig in den Hintergrund gedrängt sein darf.<sup>42</sup> Erforderlich ist das hetzerische Ins-Auge-Fassen eines hinreichend bestimmten kriegerischen Angriffs<sup>43</sup> bzw. einer entsprechend konkretisierten sonstigen Angriffshandlung, während das bloße Schüren von Ressentiments ebenso wenig genügt, wie nur das Errichten eines allgemeinen Feindbildes<sup>44</sup> – wie beispielsweise das An-die-Wand-Malen einer apokryphen „islamischen Bedrohung“<sup>45</sup> – oder gar lediglich das Erzeugen einer allgemeinen „militaristischen Stimmung“<sup>46</sup>.

Das Hervorrufen konkreter Kriegsgefahr ist aber (anders als seinerzeit bei § 80 a.F. StGB und jetzt in § 13 VStGB, vgl. oben 1. und 2.) nicht vonnöten,<sup>47</sup> bei § 80a StGB handelt es sich um ein abstraktes Gefährungsdelikt.<sup>48</sup>

## II. Der Hochverrat (§§ 81 ff. StGB)

Zum Hochverrat ist aus medienstrafrechtlicher Sicht nur wenig zu sagen.<sup>49</sup> Das ergibt sich bei §§ 81, 82 StGB bereits ganz unvermittelt aus dem Umstand, dass hier als Tatmodalitäten nur die Begehungsformen „mit Gewalt“ und „durch Drohung mit Gewalt“ genannt sind. Gewiss lässt sich eine entsprechende Drohung auch massenmedial kommunizieren, jedoch stellt eine solche nur äußerliche Medienberührung keinen Faktor dar, der im Rahmen der strafrechtlichen Beurteilung von eigenständiger Bedeutung wäre, ermangelt es den beiden Tatbeständen also jener medien-spezifischen Besonderheit, die sie zu medienstrafrechtlichen Delikten im engeren Sinne machen würden.<sup>50</sup>

<sup>39</sup> LG Köln NStZ 1981, 261; siehe auch *Paeffgen* (Fn. 7), § 80a Rn. 5; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 80a Rn. 3.

<sup>40</sup> *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 80a Rn. 3; *Güntge* (Fn. 11), § 80a Rn. 3; *Fischer* (Fn. 21), § 80a Rn. 3.

<sup>41</sup> Vgl. den Fall LG Köln NStZ 1981, 261 („Wirtschaftsinformationsblatt“); siehe auch *Fischer* (Fn. 21), § 80a Rn. 3.

<sup>42</sup> Insofern dem Ansatz nach nicht unrichtig LG Köln NStZ 1981, 261; *Paeffgen* (Fn. 7), § 80a Rn. 5.

<sup>43</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 80a Rn. 3; *Fischer* (Fn. 21), § 80a Rn. 3; *B. Heinrich* (Fn. 25), Kap. 6 Rn. 200.

<sup>44</sup> *Fischer* (Fn. 21), § 80a Rn. 3; *Güntge* (Fn. 11), § 80a Rn. 3; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 80a Rn. 3.

<sup>45</sup> So das Beispiel bei *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 80a Rn. 3.

<sup>46</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 80a Rn. 3; *Paeffgen* (Fn. 7), § 80a Rn. 5; *B. Heinrich* (Fn. 25), Kap. 6 Rn. 200.

<sup>47</sup> *Otto* (Fn. 1), § 62 Rn. 5; *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 80a Rn. 4; *B. Heinrich* (Fn. 25), Kap. 6 Rn. 200.

<sup>48</sup> *Fischer* (Fn. 21), § 80a Rn. 2; *Güntge* (Fn. 11), § 80a Rn. 1; *B. Heinrich* (Fn. 25), Kap. 6 Rn. 200.

<sup>49</sup> So findet er sich denn auch nicht in den medienstrafrechtlichen Darstellungen von *Mitsch*, *Medienstrafrecht*, 2012, und *B. Heinrich* (Fn. 25).

<sup>50</sup> Näher zum Verständnis des Medienstrafrechts als medien-spezifisches Strafrecht und zu dem damit einhergehenden Erfordernis, dass der Aspekt der Medienberührung im Rahmen der strafrechtlichen Beurteilung des Geschehens auch

Medienstrafrechtliche Relevanz kann letztlich nur § 83 StGB erlangen, der als Vorbereitungshandlungen zum Hochverrat der §§ 81, 82 StGB auch „Fälle der geistigen und seelischen Beeinflussung der Bevölkerung durch Schriften (Flugblätter, Plakate usw.)“ zu erfassen vermag.<sup>51</sup> Auch die „Propaganda in Wort, Schrift und Bild (namentlich über Massenmedien)“<sup>52</sup> fällt ggf. unter den Tatbestand – wenn sie sich denn inhaltlich als „Vorbereitung eines bestimmten hochverräterischen Unternehmens“ gegen den Bund (Abs. 1) bzw. ein (Bundes-)Land (Abs. 2) darstellt (zu den inhaltlichen Anforderungen im Einzelnen vgl. die Kommentierungen zu § 83 StGB).

## III. Der Landesverrat (§§ 93 ff. StGB)

Terminologisch ist zu beachten, dass, wenn nur unspezifisch – etwa in einem Atemzug mit Friedens- und Hochverrat (so auch in der Überschrift dieses Beitrags) – von „Landesverrat“ die Rede ist, damit in der Regel die in §§ 93 ff. StGB genannten Strafbarstellungen, die sich mit der Kundgabe von (Staats-)Geheimnissen befassen, in ihrer Gesamtheit gemeint sind<sup>53</sup> (was unter anderem auf einem Fortwirken der Begrifflichkeit früherer Gesetzesfassung beruht<sup>54</sup>), dass demgegenüber aber das Gesetz in seiner heutigen Fassung speziell und nur den Tatbestand des § 94 StGB unter der Bezeichnung „Landesverrat“ führt. Geht es gerade um diesen, ist im Schrifttum der Klarheit willen nicht selten von „Landesverrat i.e.S.“ die Rede<sup>55</sup> – während demgemäß im Hinblick auf die anderen Delikte des Landesverrats im weiteren Sinne auch von den „minder schweren Fällen des Landesverrats“ gesprochen wird.<sup>56</sup>

Bei den im StGB unter der Abschnittsüberschrift „Landesverrat und [man ergänze: sonstiger]<sup>57</sup> Gefährdung der äußeren Sicherheit“ gebündelten Straftaten des Landesverrats im weiteren Sinne geht es neben dem Landesverrat im engeren

von eigenständiger Bedeutung ist, *M. Heinrich* in: *Zöller u.a. (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag*, 2013, S. 603 (611 f., 620 ff.).

<sup>51</sup> *Weberling*, in: *Ricker/Weberling, Handbuch des Presse-rechts*, 6. Aufl. 2012, § 50 Rn. 17.

<sup>52</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 83 Rn. 8; entsprechend *Paeffgen* (Fn. 7), § 83 Rn. 12; *Zöller*, in: *Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 148. Lfg., Stand: Dezember 2014, § 83 Rn. 10.

<sup>53</sup> Vgl. nur *Lampe/Hegmann*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 7), Vor §§ 93 ff. Rn. 1, die von „Landesverratsvorschriften“ sprechen.

<sup>54</sup> Zur historischen Entwicklung vgl. *Paeffgen* (Fn. 7), Vor §§ 93 ff. Rn. 1 ff.; *Schroeder* (Fn. 2), § 85 Rn. 1.

<sup>55</sup> Vgl. nur *Fischer* (Fn. 21), § 94 Rn. 1; siehe auch *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor § 93 Rn. 3: „eigentlicher Landesverrat“.

<sup>56</sup> So *Rudolphi/Pasedach/Wolter*, in: *Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 145. Lfg., Stand: Mai 2014, § 95 Rn. 1; siehe auch *Schroeder* (Fn. 2), § 85 Rn. 1; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor §§ 93 ff. Rn. 4.

<sup>57</sup> Denn (gerade) auch der Landesverrat betrifft ja die äußere Sicherheit, vgl. *Schroeder* (Fn. 2), § 85 Rn. 3.

Sinne (§ 94 StGB, vgl. unten 2.) in wohldurchdachter Abstufung um:

- das Offenbaren von Staatsgeheimnissen (§ 95 StGB, siehe unten 3.),
- die Landesverräterische Ausspähung (§ 96 StGB, siehe unten 4.)
- die Preisgabe von Staatsgeheimnissen (§ 97 StGB, siehe unten 5.),
- den Verrat illegaler Geheimnisse (§ 97a StGB, siehe unten 6.) bzw.
- den Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97b StGB, siehe unten 7.) sowie
- die Landesverräterische Fälschung (§ 100a StGB, siehe unten 8.).

All diese Delikte dienen der äußeren Sicherheit der Bundesrepublik (vgl. § 93 Abs. 1 StGB), d.h. dem Schutz deren „Fähigkeit, sich gegen Angriffe und Störungen von außen zur Wehr zu setzen“<sup>58</sup> bzw. (was deutlich martialischer klingt) der „Machtstellung der Bundesrepublik Deutschland im Verhältnis zu fremden Staaten“<sup>59</sup>.

Auch wenn es sich bei ihnen nicht um „typische“ Medien-delikte handelt,<sup>60</sup> sind sie doch sämtlich auch medial (insbesondere mittels massenmedialer Verbreitung<sup>61</sup> der geheimzuhaltenden Staatsgeheimnisse) begehbar, ja ist im Zusammenhang mit § 95 StGB gar vom Tatbild des „publizistischen Landesverrats“ die Rede (näher unten 3.) – während die als flankierender Schutz im Vorfeld des Verrats angesiedelten Delikte der landesverräterischen Konspiration gem. §§ 98-100 StGB<sup>62</sup> mangels Medienbezugs nicht von einschlägigem Interesse sind.

### 1. Der Begriff des Staatsgeheimnisses (§ 93 StGB)

Der Sache nach geht es in all den soeben genannten Tatbeständen letztlich um die *Kundgabe von Staatsgeheimnissen*.<sup>63</sup> Demgemäß hat der Gesetzgeber den einzelnen Delikten in § 93 StGB eine Legaldefinition dieses zentral wichtigen Begriffes vorangestellt – und ihn gewissermaßen zweistufig konzipiert, indem er zunächst in Abs. 1 positiv dartut, was unter einem Staatsgeheimnis zu verstehen ist – nämlich „Tatsachen, Gegenstände oder Erkenntnisse, die nur einem be-

grenzten Personenkreis zugänglich sind und vor einer fremden Macht geheimgehalten werden müssen, um die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland abzuwenden“, – um dann in Abs. 2 *negativ* eine bestimmte Fallgruppe wieder auszugrenzen:<sup>64</sup> „Tatsachen, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung oder unter Geheimhaltung gegenüber den Vertragspartnern der Bundesrepublik Deutschland gegen zwischenstaatlich vereinbarte Rüstungsbeschränkungen verstoßen, sind keine Staatsgeheimnisse.“ Wichtig: Andere Verstöße als die zwei genannten werden nicht erfasst.

Im Ergebnis sind „Staatsgeheimnisse“ also stets nur solche Gegebenheiten, die zwar dem Abs. 1 des § 93 StGB unterfallen, nicht aber auch dem Abs. 2; (nur) auf diese sind die Tatbestände der §§ 94, 95, 96 und 97 StGB anwendbar. Keine „Staatsgeheimnisse“ sind hingegen zum einen solche Gegebenheiten, die schon von vornherein nicht von Abs. 1 erfasst werden – und auf die denn auch keiner der Tatbestände der §§ 94 ff. StGB anwendbar ist, – zum anderen aber auch solche, die sowohl unter Abs. 1, wie auch Abs. 2 fallen – und die damit (angesichts ihres ja durchaus gegebenen Geheimnis-Charakters) als sog. illegale Staatsgeheimnisse<sup>65</sup> doch immerhin der Strafdrohung des § 97a StGB unterliegen (zu Inhalt, Sinn und Zweck dieser Strafbarstellung vgl. näher unten 6.).

Inhaltlich bekennt sich Abs. 1 zum *materiellen* Geheimnisbegriff, der auf der objektiven Geheimhaltungsbedürftigkeit eines Umstandes gründet<sup>66</sup> – anstatt gemäß dem *formellen* Geheimnisbegriff<sup>67</sup> an die subjektive Auffassung der betreffenden Behörde anzuknüpfen (Geheimnis ist, was die Behörde geheim halten will); ist eine Sekretierung erfolgt, kommt dem aber eine erhebliche indizielle Bedeutung zu.<sup>68</sup> Doch ist dabei nicht zu übersehen, dass einige Delikte (§§ 95, 96 Abs. 2, 97 StGB) nichtsdestotrotz – in Hinwendung an den sog. *faktischen* Geheimnisbegriff<sup>69</sup> – verlangen, dass der objektiv geheimzuhaltende Umstand (also: das Staatsgeheimnis) obendrein noch „von einer amtlichen Stelle oder auf deren Veranlassung“ auch tatsächlich „geheimgehalten wird“.

Staatsgeheimnisse können in erster Linie *Tatsachen* sein (d.h. vergangene oder gegenwärtige Geschehnisse oder Zustände sowohl äußerer, wie auch innerer Art, wobei letzteren-

<sup>58</sup> BGH NJW 1971, 441 f.; *Weberling* (Fn. 51), § 50 Rn. 52; *Schmidt*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 2), § 93 Rn. 13 m.w.N.

<sup>59</sup> *Otto* (Fn. 1), § 85 Rn. 1; ebenso *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor §§ 93 ff. Rn. 1.

<sup>60</sup> So ganz richtig *B. Heinrich* (Fn. 25), Kap. 6 Rn. 211.

<sup>61</sup> *B. Heinrich* (Fn. 25), Kap. 6 Rn. 211; siehe auch *Paschke*, Medienrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 1255: „insbesondere im Rahmen der Medienberichterstattung über militärische Angelegenheiten“.

<sup>62</sup> So auch die Zusammenfassung dieser drei Delikte bei *Otto* (Fn. 1), Überschrift vor § 85 Rn. 25.

<sup>63</sup> So treffend die zusammenfassende Charakterisierung der §§ 93 ff. StGB bei *B. Heinrich* (Fn. 25), Kap. 6 Rn. 211.

<sup>64</sup> Es ist dies eine Tatbestandseinschränkung, kein Rechtfertigungsgrund, vgl. *Otto* (Fn. 1), § 85 Rn. 4 m.w.N.

<sup>65</sup> Diese Bezeichnung ist nicht korrekt, da angesichts § 93 Abs. 2 StGB ein Widerspruch in sich; sprachlich nicht stimmig aber auch: illegales Geheimnis (so in der amtlichen Überschrift des § 97a StGB), da illegal nicht das Geheimnis, sondern nur sein Gegenstand; so zu Recht *Paeffgen* (Fn. 7), § 93 Rn. 32.

<sup>66</sup> Vgl. *Vogler*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 11), § 93 Rn. 7; *Schmidt* (Fn. 58), § 93 Rn. 7; ausführlich (und kritisch) *Paeffgen* (Fn. 7), § 93 Rn. 20.

<sup>67</sup> Vgl. zu ihm (und seinen Nachteilen) *Schmidt* (Fn. 58), § 93 Rn. 8; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 93 Rn. 5.

<sup>68</sup> *Lüttger*, GA 1970, 129 (144 f.); *Lampe/Hegmann* (Fn. 53), § 93 Rn. 10; *Schmidt* (Fn. 58), § 93 Rn. 7.

<sup>69</sup> *Weberling* (Fn. 51), § 50 Rn. 55; *Schmidt* (Fn. 58), § 93 Rn. 9 berührt nicht die Definition von Staatsgeheimnis.

falls insbesondere an Ansichten, Absichten, Vorhaben oder Pläne zu denken ist)<sup>70</sup>, aber auch *Gegenstände* (im Sinne von Verkörperungen geheimhaltungsfähiger Inhalte, wie Verteidigungsanlagen, Waffen, Schriften, Abbildungen und Modelle<sup>71</sup> sowie ggf. sogar Menschen, wie zur Auskunftserteilung befähigte Geheimnisträger<sup>72</sup>) und *Erkenntnisse* (rein gedankliche Vorgänge, nicht notwendig bereits niedergelegt, in Form etwa von Analysen, Prognosen und Einsichten in Zusammenhänge<sup>73</sup> sowie von lehr- und lernbaren besonderen menschlichen Fähigkeiten bzw. Fertigkeiten<sup>74</sup>).

Es müssen *deutsche* Geheimnisse sein, d.h. Angelegenheiten der Bundesrepublik Deutschland, nicht genügen Geheimnisse befreundeter bzw. verbündeter Staaten<sup>75</sup> – wobei aber (gemeinsame) sog. NATO-Geheimnisse ebenso mit erfasst sind, wie darüber hinaus nach Art. 7 Abs. 1 Nr. 1 des 4. StÄG auch „militärische Geheimnisse der Vertragsstaaten“<sup>76</sup>.

„Geheim“ bedeutet, nur einem durch bestimmte Kriterien (wie Mitgliedschaft in einem Forscherteam) klar abgegrenzten Personenkreis zugänglich zu sein<sup>77</sup> – wobei die jeweilige Anzahl der Personen nicht per se entscheidend ist.<sup>78</sup> Die Erlangbarkeit durch einen nicht in diesem Sinne begrenzten Personenkreis, insbesondere die für jeden bestehende Möglichkeit zur Kenntniserlangung aus allgemein zugänglichen Quellen oder gar die Offenkundigkeit,<sup>79</sup> steht dem Geheimnischarakter entgegen – nicht aber die Möglichkeit, sich mittels rechtswidriger Tat Kenntnis zu verschaffen.<sup>80</sup> Es schadet nicht, wenn das Geheimnis einer fremden Macht schon bekannt ist<sup>81</sup> (es sei denn, die Geheimhaltung war allein gegen-

über dieser Macht erforderlich<sup>82</sup>); auch hier beendet erst ein allgemeines Bekanntwerden den Geheimnischarakter.<sup>83</sup>

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob die von der Rechtsprechung noch unter der Geltung des alten Rechts entwickelte und angewandte sog. Mosaiktheorie<sup>84</sup> – nach der, um mit Rudolphi zu sprechen,<sup>85</sup> das „Zusammenstellen allgemein bekannter oder jedenfalls allgemein zugänglicher Einzeltatsachen dann ein Staatsgeheimnis darstellen kann, wenn sich daraus ein neues bisher nicht bekanntes Gesamtbild ergibt“ – trotz gesetzlicher Beschränkung auf die Zugänglichkeit für einen „begrenzten Personenkreis“ (§ 93 Abs. 1 StGB)<sup>86</sup> noch immer Geltung zu beanspruchen vermag.

Mitunter wird dies rundweg abgelehnt,<sup>87</sup> überwiegend jedoch gerade mit Blick auf den heutigen Gesetzestext als jedenfalls nicht generell verneinbar angesehen,<sup>88</sup> „da das Gesetz als taugliches Objekt eines Staatsgeheimnisses ausdrücklich auch Erkenntnisse nennt und diese [man mag ergänzen: schon ihrer Natur nach] nur auf Grund bereits bekannter Tatsachen und Erkenntnisse gewonnen werden können“<sup>89</sup>.

Tatsächlich ist es möglich, aufgrund intelligenter Verknüpfung vorhandener Informationsschnipsel ein eigenständiges Gesamtbild zu erlangen, was dann im Hinblick auf diese neue Erkenntnis zur Annahme eines Staatsgeheimnisses führen kann<sup>90</sup> – freilich nur unter engsten Voraussetzungen,<sup>91</sup> nämlich dann, wenn ihre Erlangung allein „einem klar abgegrenzten und bestimmbareren Kreis von eigentlichen Spezialisten“ möglich ist,<sup>92</sup> nicht aber dann, wenn sie schon jedem recherchiefreudigen Normalbürger, durchschnittlichen Aka-

<sup>70</sup> Näher *Paeffgen* (Fn. 7), § 93 Rn. 9; *Schmidt* (Fn. 58), § 93 Rn. 2; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 93 Rn. 3.

<sup>71</sup> Näher *Paeffgen* (Fn. 7), § 93 Rn. 10; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 93 Rn. 3; *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 93 Rn. 6.

<sup>72</sup> Strittig, so etwa BGH bei *Wagner*, GA 1961, 141 zur Verschleppung eines Geheimnisträgers; ebenso *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 93 Rn. 6; a.A. jedoch *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 93 Rn. 3; *Fischer* (Fn. 21), § 93 Rn. 2.

<sup>73</sup> Näher *Paeffgen* (Fn. 7), § 93 Rn. 11; *Schmidt* (Fn. 58), § 93 Rn. 2; *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 93 Rn. 6.

<sup>74</sup> Vgl. *Lampe/Hegmann* (Fn. 53), § 93 Rn. 6 (dort auch zur Verschleppungs-Problematik, vgl. Fn. 72).

<sup>75</sup> *Vogler* (Fn. 66), § 93 Rn. 3; *Schmidt* (Fn. 58), § 93 Rn. 18; *Kühl* (Fn. 14), § 93 Rn. 1.

<sup>76</sup> Näher zu diesen beiden Kategorien *Schmidt* (Fn. 58), § 93 Rn. 18; *Lampe/Hegmann* (Fn. 53), § 93 Rn. 27.

<sup>77</sup> Vgl. *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 93 Rn. 6, 9; *Vogler* (Fn. 66), § 93 Rn. 4; *Schmidt* (Fn. 58), § 93 Rn. 3.

<sup>78</sup> Vgl. die in Fn. 77 Genannten, aber auch *Schroeder* (Fn. 2), § 85 Rn. 14; *Fischer* (Fn. 21), § 93 Rn. 3.

<sup>79</sup> *Kühl* (Fn. 14), § 93 Rn. 2; *Schmidt* (Fn. 58), § 93 Rn. 6; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 93 Rn. 11.

<sup>80</sup> *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 93 Rn. 8; *Schmidt* (Fn. 58), § 93 Rn. 4.

<sup>81</sup> *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 93 Rn. 12; *Schmidt* (Fn. 58), § 93 Rn. 6; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 93 Rn. 10.

<sup>82</sup> Vgl. *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 93 Rn. 10; *Vogler* (Fn. 66), § 93 Rn. 6; Folge: Versuchsstrafbarkeit.

<sup>83</sup> *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 93 Rn. 13; in diesem Sinne auch *Vogler* (Fn. 66), § 93 Rn. 6.

<sup>84</sup> Für *Klug*, in: Bockelmann/Kaufmann/Klug (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S. 570 (574), eine der „bizarrsten Blüten juristischer Auslegungskunst“.

<sup>85</sup> *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 93 Rn. 15; siehe auch *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 93 Rn. 11.

<sup>86</sup> Die gerade die Mosaiktheorie zurückdrängen soll, siehe BT-Drs. V/2860, S. 15; BGHSt 24, 72 (76).

<sup>87</sup> *Schroeder* (Fn. 2), 85/12; *Kühl* (Fn. 14), § 93 Rn. 2; *Paeffgen* (Fn. 7), § 93 Rn. 16; *B. Heinrich* (Fn. 25), Kap. 6 Rn. 214.

<sup>88</sup> Zu ansonsten unvermeidlichen logischen Brüchen überzeugend *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 93 Rn. 12.

<sup>89</sup> So *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 93 Rn. 17 (Einschub von mir); ganz entsprechend *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 93 Rn. 12.

<sup>90</sup> So die in Fn. 89, 91, 92 Genannten; *Lampe/Hegmann* (Fn. 53), § 93 Rn. 12; *Vogler* (Fn. 66), § 93 Rn. 5.

<sup>91</sup> *Schmidt* (Fn. 58), § 93 Rn. 5: „strenger Prüfungsmaßstab“; ebenso *Weberling* (Fn. 51), § 50 Rn. 56.

<sup>92</sup> *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 93 Rn. 17; siehe auch *Fischer* (Fn. 21), § 93 Rn. 4, und ausführlich *Schmidt* (Fn. 58), § 93 Rn. 5.

demiker oder engagierten Journalisten zu Gebote steht.<sup>93</sup> Erst recht kann die nicht zu neuen Erkenntnissen führende bloße akribische Zusammenstellung allgemein zugänglicher Tatsachen noch kein Staatsgeheimnis begründen.<sup>94</sup>

Die Zurückschränkung der Mosaiktheorie ist insbesondere im Bereich der Medienberichterstattung von größter Bedeutung,<sup>95</sup> da gerade der investigative Journalismus es häufig mit allgemein zugänglichen, in ihrer Gesamtschau zu neuen Erkenntnissen führenden Einzelinformationen zu tun hat. Die im demokratischen Rechtsstaat unverzichtbare publizistische Rekonstruktion von Wirklichkeit mit Strafe zu bedrohen, stellte einen empfindlichen, rechtsstaatlich nicht hinnehmbaren Eingriff in die Medienfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG dar.

So sah es bereits der historische Gesetzgeber, als er gezielt versuchte, mittels Neufassung des § 93 StGB der Anwendbarkeit der Mosaiktheorie den Boden zu entziehen (vgl. schon bei und in Fn. 86). Da ihm dies jedoch nicht vollständig gelang,<sup>96</sup> ist gerade „im Hinblick auf die auf Informations- und Pressefreiheit basierende journalistische Arbeit“<sup>97</sup> darauf zu achten, durch Anlegung jenes oben (bei Fn. 91) beschriebenen strengen Maßstabes „den [noch verbliebenen möglichen] Anwendungsbereich der Mosaiktheorie weitgehend einzuschränken und ihn mit den Grundrechten des Art. 5 Abs. 1 GG in Einklang zu bringen“<sup>98</sup>.

## 2. Der Landesverrat im engeren Sinne (§ 94 StGB)

Die schwerste Straftat im zweiten Abschnitt des Besonderen Teils ist der Landesverrat im engeren Sinne gem. § 94 Abs. 1 StGB. Er kann auf zweierlei Art begangen werden: zum einen gem. Abs. 1 Nr. 1 durch Mitteilen des Staatsgeheimnisses an eine fremde Macht oder einen ihrer Mittelsmänner, zum anderen aber gem. Abs. 1 Nr. 2 auch dadurch, dass man das Staatsgeheimnis an einen Unbefugten gelangen lässt oder es gar öffentlich bekanntmacht. Alle drei genannten Begehensvarianten (insbesondere das Öffentlich-Bekanntmachen) können auch medial umgesetzt werden.<sup>99</sup>

Anders als beim „Mitteilen“ wird für die Tathandlungen der Nr. 2 über das (ggf. nur bedingt<sup>100</sup>) vorsätzliche Begehen

hinaus noch die Absicht verlangt, „die Bundesrepublik Deutschland zu benachteiligen oder eine fremde Macht zu begünstigen“. Dies erklärt sich daraus, dass beim „Mitteilen“ das Staatsgeheimnis der fremden Macht ganz direkt in die Hand gegeben wird, die letztlich zu verhindernde Kenntniserlangung durch eine fremde Macht also bereits per se eintritt, während dies beim bloßen „Gelangenlassen an einen Unbefugten“ bzw. „Öffentlich-Bekanntmachen“ nicht der Fall ist – so dass die „Verratsqualität“<sup>101</sup> in diesen Begehensvarianten nicht ohne Weiteres als gegeben unterstellt werden kann und daher gesondert festzustellen ist<sup>102</sup> (siehe auch Art. 7 Abs. 1 Nr. 2 des 4. StÄG).

Wie bei jeder Absicht im technischen Sinne<sup>103</sup> braucht auch hier die Benachteiligung bzw. Begünstigung nicht der alleinige Zweck, ja noch nicht einmal das Haupt- oder Endziel des Handelnden zu sein, das Anstreben als notwendiges Zwischenziel genügt.<sup>104</sup> Das Hinzutreten einer Bereicherungsabsicht schadet also nicht<sup>105</sup> – anders freilich, wenn es dem Täter ausschließlich um die Erlangung eines Entgelts geht<sup>106</sup> – oder, im publizistischen Bereich, allein um eine Auflagensteigerung.<sup>107</sup>

Gemäß dem Schutzziel der Norm muss es dem Täter dezidiert um den Aspekt der äußeren Sicherheit der Bundesrepublik zu tun sein,<sup>108</sup> nicht genügt der Wille, nur irgendeinen anderen Nachteil für die Bundesrepublik herbeizuführen.<sup>109</sup> Fehlt in den Fällen der Nr. 2 die Absicht, kommt (lediglich) eine Strafbarkeit nach § 95 StGB in Betracht (vgl. unten 3.).

Die in § 94 Abs. 1 Nr. 1 StGB genannten „Mittelsmänner“ sind, in Abgrenzung zu den in organhafter Stellung stehenden „Repräsentanten“ der fremden Macht – d.h. den Personen (in Führungsposition), welche die fremde Macht verkörpern<sup>110</sup> – solche Personen, „die in der Weise in einem Dienst- oder Auftragsverhältnis zur fremden Macht stehen, dass von ihnen

<sup>93</sup> Vgl. *Weberling* (Fn. 51), § 50 Rn. 56; *Schmidt* (Fn. 58), § 93 Rn. 5; *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 93 Rn. 17.

<sup>94</sup> So explizit *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 93 Rn. 16, sowie (mit Blick auf die Presse) *Weberling* (Fn. 51), § 50 Rn. 56.

<sup>95</sup> Vgl. *Weberling* (Fn. 51), § 50 Rn. 56: „für die Presse besonders gefährlich“; siehe auch *Paschke* (Fn. 61), Rn. 1255.

<sup>96</sup> Näher *Lampe/Hegmann* (Fn. 53), § 93 Rn. 12; *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 93 Rn. 15; a.A. *Schroeder* (Fn. 2), § 85 Rn. 12.

<sup>97</sup> Diesen Aspekt hervorhebend *Paeffgen* (Fn. 7), § 93 Rn. 15; entsprechend auch *Schmidt* (Fn. 58), § 93 Rn. 5.

<sup>98</sup> Vgl. *Weberling* (Fn. 51), § 50 Rn. 56; siehe auch *Schmidt* (Fn. 58), § 93 Rn. 5: „Grundrechtspositionen der Medien“.

<sup>99</sup> Näher zum Mitteilen, Gelangenlassen und Öffentlich-Bekanntmachen bereits *M. Heinrich*, ZJS 2017, 25 (36 f., 38 und 39).

<sup>100</sup> *Paeffgen* (Fn. 7), § 94 Rn. 21; *Kühl* (Fn. 14), § 94 Rn. 6.

<sup>101</sup> *Lampe/Hegmann* (Fn. 53), § 94 Rn. 12; siehe auch *Paeffgen* (Fn. 7), § 94 Rn. 19: „gleichsam kompensatorisch“.

<sup>102</sup> In diesem Sinne *Lampe/Hegmann* (Fn. 53), § 94 Rn. 12; siehe auch *Schroeder* (Fn. 2), § 85 Rn. 40; *Paeffgen* (Fn. 7), § 94 Rn. 19.

<sup>103</sup> Und eine solche ist mit „um zu“ gemeint, *Kühl* (Fn. 14), § 94 Rn. 6; *Paeffgen* (Fn. 7), § 94 Rn. 19.

<sup>104</sup> *Schmidt* (Fn. 58), § 94 Rn. 7; *Lampe/Hegmann* (Fn. 53), § 94 Rn. 12; *Paeffgen* (Fn. 7), § 94 Rn. 19.

<sup>105</sup> *Schmidt* (Fn. 58), § 94 Rn. 7; *Lampe/Hegmann* (Fn. 53), § 94 Rn. 12; *Paeffgen* (Fn. 7), § 94 Rn. 19.

<sup>106</sup> So ganz richtig *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 94 Rn. 12; *Weberling* (Fn. 51), § 50 Rn. 59.

<sup>107</sup> *B. Heinrich* (Fn. 25), Kap. 6 Rn. 215.

<sup>108</sup> *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 94 Rn. 14; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 94 Rn. 12; *Vogler* (Fn. 66), § 94 Rn. 11.

<sup>109</sup> So aber *Schmidt* (Fn. 58), § 94 Rn. 7; *Kühl* (Fn. 14), § 94 Rn. 6; siehe auch *Fischer* (Fn. 21), § 94 Rn. 7.

<sup>110</sup> Vgl. BGHSt 39, 260 (274); *Fischer* (Fn. 21), § 94 Rn. 3; *Schmidt* (Fn. 58), § 94 Rn. 2; *Vogler* (Fn. 66), § 94 Rn. 4.

die Weitergabe der Staatsgeheimnisse ggf. über weitere Mittelsmänner an die Repräsentanten zu erwarten ist<sup>111</sup>.

„Unbefugter“ im Sinne des § 94 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist „jeder, dem gegenüber der Täter nicht zur Offenbarung berechtigt oder verpflichtet ist“<sup>112</sup>. Die Befugnis kann sich aus expliziter Regelung (etwa Dienstweisung) ergeben,<sup>113</sup> aber auch Befugnisse „aus der Natur der Sache“ (enge Mitarbeiter, Sekretärin) sind hier von Bedeutung.<sup>114</sup> Dagegen sind Medienvertreter und Mitglieder politischer Parteien,<sup>115</sup> nach h.M. (ungeachtet des § 97b Abs. 1 S. 2 StGB) selbst Bundestagsabgeordnete,<sup>116</sup> nicht etwa generell zur Kenntnis von Staatsgeheimnissen befugt<sup>117</sup> (anders aber spezifisch zuständige Bundestagsausschüsse<sup>118</sup>), so dass es tatbestandsrelevant ist, ihnen geheimzuhaltendes Material zuzuspielen.

Als konkretes Gefährdungsdelikt setzt § 94 Abs. 1 StGB voraus, dass der Täter (konkret nachweisbar<sup>119</sup>) „die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland herbeiführt“ (siehe auch Art. 7 Abs. 1 Nr. 3 des 4. StÄG) – woran es beispielsweise fehlt, wenn das Geheimnis einer befreundeten Macht verraten wird, oder die fremde Macht bereits eine sichere und vollständige Kenntnis von ihm hatte.<sup>120</sup> Zur Feststellung des Vorliegens eines „schweren Nachteils“ geht es allein um Aspekte der äußeren Sicherheit, so dass eine Aufsoldierung mit etwaigen innenpolitischen Vorteilen (strittig: zumindest in aller Regel)<sup>121</sup> nicht in Betracht kommt.<sup>122</sup> Wird gar die Gefahr eines „besonders schweren Nachteils“ verursacht (wie beim Verrat von

Atomgeheimnissen<sup>123</sup>), ist das Regelbeispiel des Abs. 2 S. 2 Nr. 2 und damit „in der Regel“ ein (mit bis zu lebenslanger Freiheitsstrafe bedrohter!) besonders schwerer Fall gegeben. Dasselbe gilt bei Missbrauch einer verantwortlichen Stellung gem. § 94 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB.

### 3. Das Offenbaren von Staatsgeheimnissen (§ 95 StGB)

Als bloßes Vergehen setzt § 95 Abs. 1 StGB da ein, wo das Verbrechen des Landesverrats endet, dort nämlich, wo jemand zwar (wie auch in § 94 Abs. 1 Nr. 2 StGB, siehe oben 2.) „ein Staatsgeheimnis an einen Unbefugten gelangen lässt oder öffentlich bekanntmacht und dadurch die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland herbeiführt“<sup>124</sup>, dabei aber nicht in der (in § 94 Abs. 1 Nr. 2 noch zusätzlich verlangten) Absicht handelt, „die Bundesrepublik [...] zu benachteiligen oder eine fremde Macht zu begünstigen“. Damit soll gerade jener Fall der Kundgabe von Staatsgeheimnissen erfasst sein, bei dem der Vorwurf „verräterischen“ Vorgehens nicht erhoben werden kann.<sup>125</sup>

Hauptanwendungsbereich (und als solcher schon vom Gesetzgeber gezielt ins Visier genommen<sup>126</sup>) sind dabei die Fälle journalistischer bzw. publizistischer Tätigkeit in Erfüllung des in Art. 5 GG verankerten Verfassungsauftrags auf Versorgung der Bevölkerung mit umfassender Information: sog. publizistischer Landesverrat. Der Gesetzgeber hat erkannt, dass es rechtsethisch nicht angeht,<sup>127</sup> den Medienschaffenden, der womöglich zum (vermeintlichen) Wohle des Gemeinwesens sich geradezu verpflichtet fühlt, die Öffentlichkeit über Staatsgeheimnisse zu unterrichten,<sup>128</sup> auf eine Stufe zu stellen mit dem gewissenlos nur auf den eigenen Vorteil bzw. gar dezidiert auf die Schädigung des staatlichen Gefüges Bedachten, im eigentlichen Sinne „verräterisch“ Handelnden.

Mit der Schaffung des § 95 StGB im Jahre 1968<sup>129</sup> hat der damalige Gesetzgeber – auch unter dem Eindruck der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung zur Pressefreiheit im Zuge des seinerzeit die Gemüter bewegenden sog. „Spiegel“-Ver-

<sup>111</sup> Fischer (Fn. 21), § 94 Rn. 3; ganz entsprechend Schmidt (Fn. 58), § 94 Rn. 2; Rudolphi/Pasedach/Wolter (Fn. 56), § 94 Rn. 5.

<sup>112</sup> Schmidt (Fn. 58), § 94 Rn. 4; entsprechend Rudolphi/Pasedach/Wolter (Fn. 56), § 94 Rn. 10; Sternberg-Lieben (Fn. 7), § 94 Rn. 10.

<sup>113</sup> Schmidt (Fn. 58), § 94 Rn. 4; Lampe/Hegmann (Fn. 53), § 94 Rn. 9; Paeffgen (Fn. 7), § 94 Rn. 16.

<sup>114</sup> Vgl. nur Schmidt (Fn. 58), § 94 Rn. 4; Fischer (Fn. 21), § 93 Rn. 10; kritisch Paeffgen (Fn. 7), § 94 Rn. 16.

<sup>115</sup> Statt vieler Sternberg-Lieben (Fn. 7), § 94 Rn. 10; Weberling (Fn. 51), § 50 Rn. 61; siehe auch B. Heinrich (Fn. 25), Kap. 6 Rn. 218.

<sup>116</sup> Schmidt (Fn. 58), § 93 Rn. 28; Sternberg-Lieben (Fn. 7), § 94 Rn. 10; siehe aber Paeffgen (Fn. 7), § 93 Rn. 40a.

<sup>117</sup> Dasselbe gilt für Rechtsanwälte, Ärzte und Geistliche, vgl. Paeffgen (Fn. 7), § 93 Rn. 40a.

<sup>118</sup> Schmidt (Fn. 58), § 93 Rn. 28; Sternberg-Lieben (Fn. 7), § 94 Rn. 10; Paeffgen (Fn. 7), § 93 Rn. 40a.

<sup>119</sup> So explizit Otto (Fn. 1), § 85 Rn. 9; vgl. zur Feststellung der konkreten Gefahr Schroeder (Fn. 2), § 85 Rn. 39.

<sup>120</sup> BT-Drs. V/2860, S. 17; Rudolphi/Pasedach/Wolter (Fn. 56), § 94 Rn. 6; Lampe/Hegmann (Fn. 53), § 94 Rn. 12 f.; weitere Fälle bei Schroeder (Fn. 2), § 85 Rn. 39; Sternberg-Lieben (Fn. 7), § 94 Rn. 13; Schmidt (Fn. 58), § 94 Rn. 8 f.

<sup>121</sup> So zu verstehen wohl Lampe/Hegmann (Fn. 53), § 94 Rn. 15; a.A. die in Fn. 122 Genannten.

<sup>122</sup> BT-Drs. V/2860, S. 17; Schmidt (Fn. 58), § 94 Rn. 9; Sternberg-Lieben (Fn. 7), § 94 Rn. 14.

<sup>123</sup> Oder anderen „völlig außergewöhnlichen Nachteilen“, vgl. Rudolphi/Pasedach/Wolter (Fn. 56), § 94 Rn. 18.

<sup>124</sup> Näher zum Gelangenlassen und zum Öffentlich-Bekanntmachen bereits M. Heinrich, ZJS 2017, 25 (38, 39); zur Person des „Unbefugten“ und zur „Gefahr eines schweren Nachteils“ vgl. bereits die letzten beiden Absätze oben im Text unter 2.

<sup>125</sup> Insoweit also Auffangtatbestand, vgl. Paeffgen (Fn. 7), § 95 Rn. 2; Lampe/Hegmann (Fn. 53), § 95 Rn. 1.

<sup>126</sup> Näher BT-Drs. V/2860, S. 17; siehe auch Schroeder (Fn. 2), § 85 Rn. 34: „endgültige Interessenabwägung“.

<sup>127</sup> Vgl. Schroeder (Fn. 2), § 85 Rn. 32; siehe auch Schmidt (Fn. 58), § 94 Rn. 1; Lampe/Hegmann (Fn. 53), § 94 Rn. 12.

<sup>128</sup> Vgl. Sternberg-Lieben (Fn. 7), Vor §§ 93 ff. Rn. 4 („durchaus loyale Gesinnung“), § 95 Rn. 1.

<sup>129</sup> Eingeführt durch 8. StÄG v. 25.6.1968, BGBl. I 1968, S. 741 (745); siehe auch Schmidt (Fn. 58), § 95 vor Rn. 1.

fahrens<sup>130</sup> – gleich in zweierlei Hinsicht die Weichen gestellt: Zum einen war es ihm ein erklärtes Anliegen, die Fälle des sog. publizistischen Landesverrats<sup>131</sup> aus dem tatbestandlichen Anwendungsbereich des „eigentlichen“ Landesverrats herauszulösen und ihn einer privilegierenden Regelung zuzuführen.<sup>132</sup> Zum anderen hat er aber – den zuvor vereinzelt erhobenen Forderungen nach genereller Straflosigkeit im Falle der Verfolgung eines öffentlichen Interesses eine deutliche Absage erteilend<sup>133</sup> – in bewusster Konkretisierung der Grenzen der Pressefreiheit<sup>134</sup> auch verbindlich klargestellt, dass auch der Medienschaffende, selbst wenn er „in der Absicht handelt, durch öffentliche Diskussion das Staatswohl zu fördern“, nicht straflos bleiben kann, „wenn er dadurch die äußere Sicherheit des Staates gefährdet“<sup>135</sup>. Dies hat letztlich zur Folge, dass – da dieser bewusst so gesetzten Grundjustierung widerstreitend – jedenfalls auch die Möglichkeit einer nur allgemein auf die Mediengrundrechte (und nicht auf einen Legitimitätsmangel des Staatsgeheimnisses selbst) gestützten Rechtfertigung der publizistischen Offenbarung des Staatsgeheimnisses entfällt.<sup>136</sup>

Dabei hat der Gesetzgeber bei der Lösung des naturgegeben immer schwärenden Konflikts zwischen Medienfreiheit und Geheimnisschutz<sup>137</sup> die Position desjenigen, der das Staatsgeheimnis offenbart, nochmals insofern verbessert,<sup>138</sup> als dieser – was einen weiteren wichtigen Unterschied zum Landesverrat des § 94 StGB darstellt – nur dann gem. § 95 Abs. 1 StGB strafbar ist, wenn das Staatsgeheimnis auch tatsächlich „von einer amtlichen Stelle oder auf deren Veranlassung geheimgehalten wird“. Denn damit hängt seine Strafbarkeit nicht mehr (wie bei § 94 StGB) von seiner eigenen (mitunter schwierig zu erlangenden) Einschätzung ab, ob es sich denn bei dem zu offenbarenden Umstand um ein dem Schutz des Tatbestandes unterfallendes Objekt handelt, sondern nur von seiner Kenntnis de facto gegebener amtlicherseits verordneter Geheimhaltung: Sein strafrechtliches Risiko

bei der „Jagd“ nach Informationen soll so kalkulierbarer sein.<sup>139</sup>

#### 4. Landesverräterische Ausspähung (§ 96 Abs. 1 StGB) und Auskundschaften von Staatsgeheimnissen (§ 96 Abs. 2 StGB)

Weit ins Vorfeld der strafbaren Kundgabe von Staatsgeheimnissen hinein – sei es nun deren „Verrat“ gem. § 94 StGB oder ihre „Offenbarung“ gem. § 95 StGB – führt die insoweit ergänzende Strafbarkeit der in § 96 Abs. 1, 2 StGB zu selbständigen Delikten erhobenen Vorbereitungshandlungen<sup>140</sup> zu jenen beiden Tatbeständen. Dabei belegt das Gesetz Abs. 1 mit der Bezeichnung „landesverräterische Ausspähung“, Abs. 2 hingegen mit dem Titel „Auskundschaften von Staatsgeheimnissen“. In beiden Fällen geht es um das Sich-Verschaffen eines Staatsgeheimnisses in der Absicht, es im Sinne des § 94 Abs. 1 StGB zu verraten bzw. des § 95 Abs. 1 StGB zu offenbaren. Es genügt nicht, wenn die Absicht erst zu einem späteren Zeitpunkt gefasst wird,<sup>141</sup> sodass insbesondere beim unerwarteten Fund ein unverzüglicher Entschluss vonnöten ist.<sup>142</sup>

In beiden Fällen muss es sich um ein „echtes“ Staatsgeheimnis im Sinne des § 93 Abs. 1 StGB handeln – nicht aber um ein „illegales“ gem. § 93 Abs. 2 StGB (dazu § 97a S. 2 StGB, vgl. unten 6. b) oder ein ge- bzw. verfälschtes Objekt im Sinne des § 100a Abs. 1 StGB (dazu § 100a Abs. 2 StGB, unten 8. b) – und im Falle des auf § 95 StGB bezogenen § 96 Abs. 2 S. 1 StGB (gemäß der in der Bezugsnorm erklärten Eingrenzung) um ein (echtes) Staatsgeheimnis, das auch (wiederum im Sinne der Bezugsnorm) tatsächlich geheim gehalten wird.

Sowohl die „Ausspähung“ des Abs. 1, wie auch das „Auskundschaften“ des Abs. 2 basieren auf der Tathandlung des „Sich-Verschaffens“<sup>143</sup>. Alle drei Begriffe zeigen, dass nur „eine final-aktive, auf die Erlangung eines Staatsgeheimnisses gerichtete Tätigkeit“<sup>144</sup> tatbestandlich sein kann. Das zufällige Erlangen (etwa durch unbeabsichtigtes Mithören oder zunächst argloses Mitnehmen eines Fundstückes) vermag keine Strafbarkeit nach § 96 Abs. 1 oder 2 zu begründen,<sup>145</sup> ohne eigene Recherchetätigkeit erlangte Informationen fallen nicht unter den Tatbestand – so dass insbesondere auch

<sup>130</sup> BVerfGE 20, 162 (178 ff.); vgl. näher *Schmidt* (Fn. 58), § 95 vor Rn. 1 sowie ausführlich § 93 Rn. 33.

<sup>131</sup> Gängiger Sprachgebrauch, an den Begriff des Landesverrats im weiteren Sinne anknüpfend (vgl. zu jenem oben im Text zu Beginn des Abschnitts III.).

<sup>132</sup> *Schmidt* (Fn. 58), § 95 vor Rn. 1; *Paeffgen* (Fn. 7), § 95 Rn. 1; *Kühl* (Fn. 14), § 95 Rn. 1.

<sup>133</sup> Näher hierzu *Jescheck*, JZ 1967, 6 (10); *Schmidt* (Fn. 58), § 95 vor Rn. 1; siehe auch *B. Heinrich* (Fn. 25), Kap. 6 Rn. 216.

<sup>134</sup> *Otto* (Fn. 1), § 85 Rn. 12; *Schroeder* (Fn. 2), § 85 Rn. 34, 43; *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 95 Rn. 2.

<sup>135</sup> *Schroeder* (Fn. 2), § 85 Rn. 32; siehe auch *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 95 Rn. 17; *Lampe/Hegmann* (Fn. 53), § 94 Rn. 3.

<sup>136</sup> *Schroeder* (Fn. 2), 85/34; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 95 Rn. 17; *B. Heinrich* (Fn. 25), Kap. 6 Rn. 218.

<sup>137</sup> Vgl. *Schroeder* (Fn. 2), § 85 Rn. 31; ausführlich *Schmidt* (Fn. 58), § 93 Rn. 33; siehe auch *Otto* (Fn. 1), 85/12.

<sup>138</sup> Vgl. *Schroeder* (Fn. 2), § 85 Rn. 33; *Schmidt* (Fn. 58), § 95 Rn. 3; *Kühl* (Fn. 14), § 95 Rn. 2.

<sup>139</sup> So höchst treffend *Schroeder* (Fn. 2), § 85 Rn. 33; siehe auch *Schmidt* (Fn. 58), § 95 Rn. 3: „Warnfunktion“.

<sup>140</sup> *Otto* (Fn. 1), § 85 Rn. 11, 14; *Fischer* (Fn. 21), § 96 Rn. 1; *Kühl* (Fn. 14), § 96 Rn. 1, 2; *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 96 Rn. 1.

<sup>141</sup> *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 96 Rn. 6; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 96 Rn. 5, 10; *Schmidt* (Fn. 58), § 96 Rn. 5.

<sup>142</sup> *Lampe/Hegmann* (Fn. 53), § 96 Rn. 6; *Schmidt* (Fn. 58), § 96 Rn. 5; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 96 Rn. 5.

<sup>143</sup> Näher hierzu bereits *M. Heinrich*, ZJS 2017, 25 (36).

<sup>144</sup> *Paeffgen* (Fn. 7), § 96 Rn. 5 (*Hervorhebung* von mir); entsprechend *Schmidt* (Fn. 58), § 96 Rn. 3; *B. Heinrich* (Fn. 25), Kap. 6 Rn. 219.

<sup>145</sup> *Schmidt* (Fn. 58), § 96 Rn. 3; *Paeffgen* (Fn. 7), § 96 Rn. 5; *Fischer* (Fn. 21), § 96 Rn. 2; *Schroeder* (Fn. 2), § 85 Rn. 42.

der Journalist bzw. Publizist, der Material entgegennimmt, das ihm ohne sein Zutun zugespielt wurde, sich allein deswegen noch nicht strafbar macht.<sup>146</sup>

Inhaltliche Kenntnisnahme, gar Verstehen, ist für das Verschaffen nicht erforderlich,<sup>147</sup> so dass z.B. auch unreflektiertes Auswendiglernen genügt. Bei gegenständlichen Verkörperungen ist die Erlangung von Gewahrsam nötig.<sup>148</sup>

Für beide Delikte ist übrigens auch der Versuch strafbar, beim Verbrechen des Abs. 1 gem. § 23 Abs. 1 StGB, beim Vergehen des Abs. 2 gem. § 23 Abs. 1 i.V.m. § 96 Abs. 2 S. 2 StGB.

#### 5. Die Preisgabe von Staatsgeheimnissen (§ 97 StGB)

a) § 97 Abs. 1 StGB regelt den Fall, dass jemand zwar den objektiven Tatbestand des § 95 Abs. 1 StGB verwirklicht, er jedoch nur hinsichtlich der Tathandlung, nicht aber auch des Gefährdungserfolgs über zumindest bedingten Vorsatz verfügt. Anders gesagt: Das Offenbaren eines Staatsgeheimnisses gem. § 95 Abs. 1 StGB und dessen Preisgabe gem. § 97 Abs. 1 StGB unterscheiden sich einzig darin, ob dem in beiden Fällen vorsätzlich handelnden Täter in Bezug auf die Herbeiführung der Nachteils-Gefahr ebenfalls Vorsatz (dann § 95 StGB) oder nur Fahrlässigkeit (dann § 97 StGB) vorzuwerfen ist. Damit mutiert die Kundgabe von Staatsgeheimnissen bei gefährdungsbezogener „Böswilligkeit“ des Täters begrifflich zum Offenbaren, bei bloßer Unbedachtsamkeit zur Preisgabe.

b) Eine nochmalige Strafbarkeitserweiterung gegenüber § 97 Abs. 1 StGB findet sich in § 97 Abs. 2 StGB für denjenigen, der (allein) deshalb nicht nach Abs. 1 bestraft werden kann, weil er nicht nur hinsichtlich des Gefährdungserfolgs, sondern auch bereits hinsichtlich der Tathandlung ohne Vorsatz ist – freilich nur für den Fall, dass er *erstens* das Staatsgeheimnis „an einen Unbefugten gelangen lässt“ (nicht aber für den in Abs. 1 ebenfalls genannten Fall, dass er es „öffentlich bekanntmacht“, wobei letzteres freilich als Sonderfall von ersterem<sup>149</sup> de facto letztlich mit erfasst ist<sup>150</sup>), ihm *zweitens* das Staatsgeheimnis „kraft seines Amtes, seiner Dienststellung oder eines von einer amtlichen Stelle erteilten Auftrags zugänglich war“ (Sonderdelikt!) und ihm *drittens* hinsichtlich der Tathandlung (d.h. dem Gelangenlassen an einen Unbefugten) zwar nicht Vorsatz, aber doch immerhin Leichtfertigkeit vorzuwerfen ist (hinsichtlich des „Gelangenlassens“ selbst oder hinsichtlich der Annahme, der Empfänger sei „befugt“).

Im Hinblick auf das Vorliegen eines Staatsgeheimnisses, der tatsächlichen Geheimhaltung und auch der besonderen Stellung des Täters („kraft [...] zugänglich war“) ist aber

<sup>146</sup> B. Heinrich (Fn. 25), Kap. 6 Rn. 219.

<sup>147</sup> Schmidt (Fn. 58), § 96 Rn. 3; Sternberg-Lieben (Fn. 7), § 96 Rn. 4; Lampe/Hegmann (Fn. 53), § 96 Rn. 3.

<sup>148</sup> Schmidt (Fn. 58), § 96 Rn. 3; Lampe/Hegmann (Fn. 53), § 96 Rn. 3; siehe auch Sternberg-Lieben (Fn. 7), § 96 Rn. 4; näher hierzu bereits M. Heinrich, ZJS 2017, 25 (36).

<sup>149</sup> Vgl. hierzu M. Heinrich, ZJS 2017, 25 (39).

<sup>150</sup> In diesem Sinne Schmidt (Fn. 58), § 97 Rn. 10; Paeffgen (Fn. 7), § 97 Rn. 13; Lampe/Hegmann (Fn. 53), § 97 Rn. 10.

nach herrschender – und richtiger – Meinung (zumindest bedingter) Vorsatz erforderlich.<sup>151</sup>

c) Beide Taten – sowohl die nach Abs. 1, wie auch die nach Abs. 2 – sind gem. Abs. 3 nur mit Ermächtigung der Bundesregierung verfolgbar.

#### 6. Der Verrat illegaler Geheimnisse (§ 97a StGB)

In einer inhaltlich ganz anderen Sphäre als bei §§ 94-97 StGB bewegt sich die Strafbarkeit des § 97a StGB – geht es hier doch, anders als dort, nicht um den Umgang mit (echten) Staatsgeheimnissen im Sinne des § 93 Abs. 1 StGB, sondern um jenen mit illegalen Geheimnissen (sog. illegalen Staatsgeheimnissen<sup>152</sup>) im Sinne des § 93 Abs. 2 StGB. Auch die Strafnorm des § 97a StGB enthält dabei (wie schon §§ 96 und 97 StGB, vgl. oben 4. und 5.) zwei voneinander unabhängige, eigenständige Tatbestände: zum einen den Verrat von illegalen Geheimnissen selbst (in S. 1, vgl. nachfolgend a), zum anderen aber auch, als dessen Vorbereitungshandlung, die quasi-landesverräterische Ausspähung<sup>153</sup> (in S. 2, vgl. unten b).

a) Dabei handelt es sich beim Verrat illegaler Geheimnisse des S. 1 ausschließlich um ein Pendant zu § 94 Abs. 1 Nr. 1 StGB, dem Mitteilen (dort: von Staatsgeheimnissen) an fremde Mächte bzw. deren Mittelsmänner, – während die anderen nach §§ 94, 95 und 97 StGB strafbaren Varianten der Kundgabe von Staatsgeheimnissen (insbesondere sämtliche Formen medialer Veröffentlichung) keine Entsprechung in § 97a StGB finden.<sup>154</sup>

Es muss, wenn man es so sehen will, der gesamte Tatbestand des § 94 Abs. 1 Nr. 1 StGB – einschließlich der auch in § 97a S. 1 ausdrücklich genannten Gefährherbeiführung – erfüllt sein,<sup>155</sup> mit einzig der Ausnahme, dass Gegenstand des Mitteilens nicht ein (echtes) Staatsgeheimnis ist, sondern ein „illegales Geheimnis“ im Sinne des § 93 Abs. 2 StGB. § 97a S. 1 StGB unterscheidet sich von § 94 Abs. 1 Nr. 1 StGB also allein dadurch, dass das Geheimnis unter einem der beiden in § 93 Abs. 2 StGB genannten Mängel leidet.<sup>156</sup> Ist das Geheimnis hingegen (nur) mit einem anderen (minder schweren) Mangel behaftet, bleibt es ein Staatsgeheimnis im Sinne des § 93 Abs. 1 StGB und fällt das Geschehen unter § 94 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Letztlich, so mag man sagen, erweitert § 97a S. 1 StGB de facto die Anwendbarkeit des § 94 Abs. 1 Nr. 1 StGB auf „illegale Geheimnisse“ bzw., wieder anders formuliert,

<sup>151</sup> Schmidt (Fn. 58), § 97 Rn. 11; Rudolphi/Pasedach/Wolter (Fn. 56), § 97 Rn. 9; siehe auch Lampe/Hegmann (Fn. 53), § 97 Rn. 13 (mit treffender Begründung); Fischer (Fn. 21), § 97 Rn. 4; a.A. aber Sternberg-Lieben (Fn. 7), § 97 Rn. 14.

<sup>152</sup> Zu dieser Begrifflichkeit vgl. bereits Fn. 65.

<sup>153</sup> So (treffend) der von Sternberg-Lieben (Fn. 7), § 97a Rn. 2, verwendete Begriff.

<sup>154</sup> Vgl. auch Rudolphi/Pasedach/Wolter (Fn. 56), § 97a Rn. 1.

<sup>155</sup> Vgl. Otto (Fn. 1), 85/18; Lampe/Hegmann (Fn. 53), § 97a Rn. 1; Rudolphi/Pasedach/Wolter (Fn. 56), § 97a Rn. 2.

<sup>156</sup> Rudolphi/Pasedach/Wolter (Fn. 56), § 97a Rn. 2; Vogler (Fn. 66), § 97a Rn. 2.

beseitigt er im Rahmen der Anwendbarkeit des § 94 Abs. 1 Nr. 1 StGB die Ausnahmeklausel des § 93 Abs. 2 StGB.

Die Beschränkung auf gerade nur das „Mitteilen“ erklärt sich dabei aus mehreren Gesichtspunkten heraus: Zum einen ist eben das „Mitteilen“, mit dem das Geheimnis der fremden Macht ganz unmittelbar in die Hand gegeben wird, die schon per se strafwürdigste Variante der in §§ 94-97 StGB unter Strafe gestellten Kundgabehandlungen (vgl. hierzu schon oben bei Fn. 100). Zum anderen weist das ja typischerweise im Geheimen stattfindende Mitteilen gerade aufgrund dieses seines konspirativen Charakters<sup>157</sup> ein besonders hohes Gefährdungspotential auf – nicht zuletzt schon deswegen, weil bei heimlicher Kenntnisvermittlung auch die eigene Regierung noch glaubt, die Angelegenheit sei noch geheim.<sup>158</sup>

Vor allem aber beruht doch die in § 93 Abs. 2 StGB normierte Herausnahme der dort beschriebenen Fälle besonders gravierender Illegitimität<sup>159</sup> aus der Strafbarkeit der §§ 94-97 StGB auf dem abwägenden Gedanken, dass bei Vorliegen derart drastisch bemakelter Geheimnisse deren Aufdeckung und damit einhergehende Ermöglichung öffentlicher Diskussion, – als „Anstoß zur Abhilfe“<sup>160</sup>, als Chance gleichsam katharsischer Selbstreinigung – der Vorrang gebühre<sup>161</sup> gegenüber dem im Hinblick auf die äußere Sicherheit in der Regel auch bei illegalen Geheimnissen bestehenden Interesse an weiterer Geheimhaltung.<sup>162</sup> Wenn nun aber – und eben hier setzt § 97a StGB (quasi als Modifikation des § 93 Abs. 2 StGB<sup>163</sup>) an – bei dem in der Regel geheimen „Mitteilen“ im Sinne des § 94 Abs. 1 Nr. 1 StGB (vgl. schon oben bei Fn. 157) gar keine Öffentlich-Machung erfolgt, ist einer derartigen Abwägung von vornherein der Boden entzogen, wird der Nachteil der Kundgabe nicht mehr kompensiert durch den Vorteil öffentlicher Aufarbeitung,<sup>164</sup> so dass kein Grund besteht, den Mitteilenden straffrei zu stellen<sup>165</sup> – umso mehr, als dieser ja auch keineswegs aus ehrbaren, aufklärerischen Motiven heraus handelt, sondern wie ein Agent oder Spion<sup>166</sup>

im eigentlichen Sinne verräterisch (als Täter eines „Quasi-Landesverrats“<sup>167</sup>) zum eigenen Nutzen bzw. zum Schaden des Staates – bewusst! – „die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit [...] herbeiführt“.

Im objektiven Tatbestand ist zu beachten,<sup>168</sup> dass das in Rede stehende Geheimnis, auch wenn es im Sinne des § 93 Abs. 2 StGB „illegal“ ist, dennoch die in § 93 Abs. 1 StGB genannten „Grundvoraussetzungen“ eines Staatsgeheimnisses erfüllen muss – als da sind: Geheimhaltungsfähigkeit (nur begrenzt zugänglich) und Geheimhaltungsbedürftigkeit („vor einer fremden Macht geheimgehalten werden müssen, um [...]“). Dabei kann sich die Nachteilsgefahr gerade aus der Illegalität des Geheimnisses ergeben.<sup>169</sup>

Hält der Mitteilende irrtümlich ein (echtes) Staatsgeheimnis im Sinne des § 93 Abs. 1 StGB für ein illegales Geheimnis gem. § 93 Abs. 2 StGB, greift die Irrtumsregelung des § 97b StGB ein<sup>170</sup> (vgl. unten 7.). Der umgekehrte Fall, dass er die tatsächlich gegebene Illegalität des Geheimnisses verkennt und es für ein legales hält, soll nach h.M. nicht als Versuch des § 94 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu werten sein, sondern ebenfalls unter § 97a S. 1 StGB (als „Auffangtatbestand“) fallen.<sup>171</sup> Glaubte der Täter, ein illegales Geheimnis (etwa gerade ob der Illegalität) der fremden Macht mitteilen zu dürfen, ist dies ein (in der Regel vermeidbarer) Verbotsirrtum im Sinne des § 17 StGB.<sup>172</sup>

b) Die in § 97a S. 2 StGB enthaltene Regelung quasi-landesverräterischer Ausspähung (vgl. schon oben bei Fn. 153) besagt, dass eine Strafbarkeit gem. § 96 Abs. 1 StGB auch dann gegeben ist, wenn jemand sich ein illegales Geheimnis im Sinne des § 93 Abs. 2 StGB in der Absicht verschafft, es im Wege des § 94 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu verraten; die Absicht, mit dem Geheimnis gem. § 94 Abs. 1 Nr. 2 StGB zu verfahren, genügt nicht. Als Vorfeldtatbestand des § 97a S. 1 StGB nur ein Verschaffen zu erfassen, das gerade auf das dort sanktionierte „Mitteilen“ des Geheimnisses hinzielt, ist nur konsequent.

#### 7. Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97b StGB)

Ob es sich bei dem ersichtlich aus dem Rahmen fallenden § 97b StGB um einen eigenständigen Tatbestand handelt<sup>173</sup>

<sup>157</sup> Vgl. Schmidt (Fn. 58), § 97a Rn. 1.

<sup>158</sup> Auf letzteren Aspekt hinweisend auch Sternberg-Lieben (Fn. 7), § 97a Rn. 1; Weberling (Fn. 51), § 50 Rn. 66.

<sup>159</sup> Schmidt (Fn. 58), § 97a Rn. 1: „mit besonders gewichtigen Rechtsverstößen behaftete Geheimnisse“.

<sup>160</sup> So Schmidt (Fn. 58), § 97a Rn. 1, dort auch: „Reinigung von der Illegalität“, „Heilungsinteresse“.

<sup>161</sup> Schmidt (Fn. 58), § 97a Rn. 1; Rudolphi/Pasedach/Wolter (Fn. 56), § 97a Rn. 1; Lampe/Hegmann (Fn. 53), § 97a Rn. 1.

<sup>162</sup> Zur Gefahr für die äußere Sicherheit explizit Paeffgen (Fn. 7), § 97a Rn. 2; Schroeder (Fn. 2), § 85 Rn. 22.

<sup>163</sup> So Lampe/Hegmann (Fn. 53), § 97a Rn. 1: „§ 97a modifiziert den Grundgedanken des § 93 Abs. 2“.

<sup>164</sup> Vgl. Paeffgen (Fn. 7), § 97a Rn. 2: „keine Schadenskompensation“; siehe auch Schmidt (Fn. 58), § 97a Rn. 1.

<sup>165</sup> In diesem Sinne Schmidt (Fn. 58), § 97a Rn. 1; Lampe/Hegmann (Fn. 53), § 97a Rn. 1; Rudolphi/Pasedach/Wolter (Fn. 56), § 97a Rn. 1; Paeffgen (Fn. 7), § 97a Rn. 2; Schroeder (Fn. 2), 85/24; Otto (Fn. 1), 85/17; Weberling (Fn. 51), § 50 Rn. 66.

<sup>166</sup> So explizit und treffend Lampe/Hegmann (Fn. 53), § 97a Rn. 1; Sternberg-Lieben (Fn. 7), § 97a Rn. 1.

<sup>167</sup> Vgl. Lampe/Hegmann (Fn. 53), § 97a Rn. 1; Sternberg-Lieben (Fn. 7), § 97a Rn. 1.

<sup>168</sup> Hierzu Paeffgen (Fn. 7), § 97a Rn. 2; Schmidt (Fn. 58), § 97a Rn. 2; Lampe/Hegmann (Fn. 53), § 97a Rn. 4.

<sup>169</sup> Sternberg-Lieben (Fn. 7), § 97a Rn. 6; Lampe/Hegmann (Fn. 53), § 97a Rn. 4; Schmidt (Fn. 58), § 97a Rn. 2.

<sup>170</sup> So aufgrund eindeutigen Wortlauts des § 97b die h.M., vgl. nur Schmidt (Fn. 58), § 97a Rn. 4 m.w.N.; dagegen im Zuge eines Erstrecht-Schlusses aber Rudolphi/Pasedach/Wolter (Fn. 56), § 97b Rn. 3: Anwendbarkeit des § 97a.

<sup>171</sup> Vgl. Schmidt (Fn. 58), § 97a Rn. 4; Sternberg-Lieben (Fn. 7), § 97a Rn. 8; a.A. Paeffgen (Fn. 7), § 97a Rn. 6.

<sup>172</sup> Schmidt (Fn. 58), § 97a Rn. 4; Sternberg-Lieben (Fn. 7), § 97a Rn. 8; Lampe/Hegmann (Fn. 53), § 97a Rn. 9.

<sup>173</sup> So schon der Gesetzgeber selbst, vgl. BT-Drs. V/2860, S. 20; ebenso die wohl h.M., vgl. nur Schmidt (Fn. 58), § 97b

oder eine spezifische Irrtums-Regelung<sup>174</sup>, – oder, des Weiteren im Angebot: einen negativ formulierten Rechtfertigungsgrund<sup>175</sup> – ist strittig. Klar ist aber, dass er seinem materiellen Inhalte nach Irrtums-Fragen einer Lösung zuführt, die sich im Zusammenhang mit §§ 93 Abs. 2, 97a StGB stellen.<sup>176</sup>

Zu kritisieren ist, dass die Norm nicht nur technisch misslungen ist (die Bewertungen reichen von „verunglückt“ über „systemwidrig“ bis hin zu „dogmatische Anomalie“<sup>177</sup>) und sie erhebliche verfassungsrechtliche Probleme aufwirft (näher unten bei Fn. 185, 186), sondern sie auch im Gegensatz zu der in der Schaffung des § 93 Abs. 2 StGB liegenden „Tat gesetzgeberischen Mutes“<sup>178</sup> steht und als „Ausdruck überängstlichen [...] Kleinmuts“ erscheint,<sup>179</sup> indem sie den in § 93 Abs. 2 StGB geflossenen liberalen Ansatz zu einem Gutteil wieder zunichtemacht.

Der Sache nach setzt § 97b StGB für denjenigen, der den objektiven Tatbestand eines der Delikte der §§ 94-97 StGB in der irrigen Annahme verwirklicht, das in Wahrheit legale (Staats-)Geheimnis sei ein illegales Geheimnis im Sinne des § 93 Abs. 2 StGB, die dem Täter an sich zugutekommenden allgemeinen Irrtumsregeln der §§ 16, 17 StGB<sup>180</sup> weitgehend außer Kraft, indem er sie durch spezifische eigene ersetzt. Damit will der Gesetzgeber, wie *Schroeder* anschaulich dar-<sup>181</sup> „sicherstellen, dass nur der verantwortungsbewusste, auf Bewahrung der Rechtsordnung bedachte und besonnen handelnde Staatsbürger im Falle eines Irrtums der Strafe der §§ 94-97 entgehen soll“.

Bei Vorliegen eines solchen Irrtums bleibt der Handelnde nur straffrei, wenn – kumulativ! – ihm *erstens* dieser Irrtum nicht vorzuwerfen ist (vgl. Nr. 1 des § 97b Abs. 1 S. 1 StGB), er *zweitens* in der Absicht handelt, dem vermeintlichen Verstoß entgegenzuwirken (Nr. 2), und *drittens* die Tat nach den Umständen ein angemessenes Mittel zu diesem Zweck ist (Nr. 3), was in der Regel erfordert, zuvor bereits ein Mitglied

Rn. 1; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 97b Rn. 1: „Auffangtatbestand“.

<sup>174</sup> So zu Recht *Otto* (Fn. 1), 85/19; *Kühl* (Fn. 14), § 97b Rn. 1; *Fischer* (Fn. 21), § 97b Rn. 2; siehe auch *Schroeder* (Fn. 2), § 85 Rn. 30; *Paeffgen* (Fn. 7), § 97b Rn. 2 (mit har- scher Kritik an der h.M.); *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 97b Rn. 1.

<sup>175</sup> So mit ausführlicher Ausarbeitung *Jescheck*, in: Bockelmann/Kaufmann/Klug (Fn. 84), S. 584 (596); ablehnend etwa *Schmidt* (Fn. 58), § 97b Rn. 15.

<sup>176</sup> Vgl. nur *Schmidt* (Fn. 58), § 97b Rn. 1: „Tatbestand [...]“, der eine Irrtumsregelung ‚sui generis‘ enthält“.

<sup>177</sup> Vgl. *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 97b Rn. 1; *Fischer* (Fn. 21), § 97b Rn. 2; siehe auch *Jakobs*, ZStW 93 (1981), 901 (908).

<sup>178</sup> *Schroeder* (Fn. 2), § 85 Rn. 27; siehe auch *Paeffgen* (Fn. 7), § 97b Rn. 4: „kühne gesetzgeberische Entscheidung“.

<sup>179</sup> *Schroeder* (Fn. 2), § 85 Rn. 27; explizit zustimmend *Paeffgen* (Fn. 7), § 97b Rn. 2.

<sup>180</sup> § 97b StGB erfasst Tatbestands- und Verbotsirrtümer gleichermaßen, näher *Fischer* (Fn. 21), § 97b Rn. 2.

<sup>181</sup> *Schroeder* (Fn. 2), § 85 Rn. 26; vgl. bereits BT-Drs. V/2860, S. 20 f.

des Bundestages (man muss hier ergänzen: erfolglos<sup>182</sup>) um Abhilfe angerufen zu haben (§ 97b Abs. 1 S. 2 StGB).

Fehlt es auch nur an einer dieser drei Voraussetzungen, bleibt es für den Täter bei der Strafbarkeit nach dem Delikt, dessen objektiven Tatbestand er verwirklicht hat, ohne dass ihm sein Irrtum gem. §§ 16, 17 StGB zugutekäme. Eine Einschränkung ist dabei aber insofern zu machen, als § 97b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 StGB naturgemäß nicht auf § 97 Abs. 2 StGB (ob dessen leichtfertiger Begehung) anwendbar sind.<sup>183</sup>

Noch einmal angezogen wird die Schraube in § 97b Abs. 2 StGB für Amtsträger (vgl. zu diesen § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB), für Soldaten der Bundeswehr sowie (gem. § 97b Abs. 2 S. 2 StGB) auch für Personen, die für den öffentlichen Dienst besonders verpflichtet (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB) oder im Sinne des § 353b Abs. 2 StGB verpflichtet sind: Sie bleiben auch dann strafbar, wenn sie nicht – zusätzlich noch zur Einhaltung der in Abs. 1 verlangten Voraussetzungen – zuvor (als Amtsträger) einen Dienstvorgesetzten, (als Soldat) einen Disziplinarvorgesetzten oder (als gem. Abs. 2 S. 2 Verpflichteter) eine entsprechend übergeordnete Person (wiederum: erfolglos) um Abhilfe angerufen haben.

Angesichts dieses – nicht anders als überzogen zu bezeichnenden – Bemühens um möglichst weitgehende Durchkreuzung eines jeden nach allgemeinen Regeln in Betracht kommenden Irrtumsprivilegs, erscheint es kaum nachvollziehbar, dass man zwar dem Illegalitäts-Irrtum ein derart hohes Maß an Aufmerksamkeit zuteilwerden lässt, dabei aber jeden anderen im Rahmen der Landesverratsdelikte ebenfalls in Rechnung zu stellenden Irrtum – man denke beispielsweise an den Irrtum über die Erforderlichkeit der Geheimhaltung<sup>184</sup> – insoweit völlig unbeachtet und ungeregelt belässt. Dies wird nicht selten – zu Recht – als Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) gebrandmarkt.<sup>185</sup>

Darüber hinaus ist auch ein (gleich doppelter) Verstoß gegen den Schuldgrundsatz<sup>186</sup> zu konstatieren, der darin liegt, dass zum einen selbst gegenüber dem (bei Nicht-Vorliegen der Nr. 1 des § 97b Abs. 1 S. 1 StGB) *nicht vorwerfbar* Irrenden (und damit schuldlos Handelnden) im Falle des strafbegründenden Eingreifens der Nr. 2 und Nr. 3 nun doch der Straf- und Schuldvorwurf aus §§ 94-97 StGB erhoben

<sup>182</sup> Insbesondere bei fehlender Reaktion innerhalb gebührender Frist, vgl. *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 97b Rn. 7.

<sup>183</sup> Vgl. nur *Schmidt* (Fn. 58), § 97b Rn. 3; *Paeffgen* (Fn. 7), § 97b Rn. 29; *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 97b Rn. 4.

<sup>184</sup> Vgl. *Schmidt* (Fn. 58), § 97b Rn. 13; siehe auch *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 97b Rn. 12; *Schroeder* (Fn. 2), § 85 Rn. 29.

<sup>185</sup> *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 97b Rn. 12; siehe auch *Schroeder* (Fn. 2), 85/29; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 97b Rn. 1.

<sup>186</sup> Einen Verstoß bejahen (ohne aber auf die Idee des Doppelverstoßes einzugehen) *Otto* (Fn. 1), § 85 Rn. 20; *Kühl* (Fn. 14), § 97b Rn. 6; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 97b Rn. 1; sowie die in Fn. 187 Genannten.

wird,<sup>187</sup> bzw. zum anderen darin, dass auch das Verhalten eines *vorwerfbar* Irrenden (da angesichts des Irrtums nur fahrlässig) kein vorsätzliches Verhalten darstellt – und er dennoch (ungeachtet mithin fehlender Vorsatzschuld) wegen Begehung vorsätzlicher Tat (nämlich laut § 97b Abs. 1 S. 1 StGB „nach den bezeichneten Vorschriften“, also nach §§ 94-97 StGB) bestraft wird.<sup>188</sup> Abhilfe ist durch verfassungskonforme Auslegung<sup>189</sup> bzw. zumindest Milderung des Strafrahmens zu schaffen.<sup>190</sup>

#### 8. Die landesverräterische Fälschung (§ 100a StGB)

a) Bei der landesverräterischen Fälschung des § 100a Abs. 1 StGB geht es, anders als in §§ 94-97b StGB, nicht um den Umgang mit schützenswerten Geheimnissen – Staatsgeheimnissen im Sinne des § 93 Abs. 1 StGB, illegalen Geheimnissen im Sinne des § 93 Abs. 2 StGB oder auch nur irgendwelchen anderen „echten“ Geheimnissen –, sondern um den gewissermaßen gegenteiligen Fall, dass jemand „gefälschte oder verfälschte Gegenstände, Nachrichten darüber oder unwahre Behauptungen tatsächlicher Art“ zum Gegenstand seines Handelns macht, „die im Falle ihrer Echtheit oder Wahrheit für die äußere Sicherheit oder die Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland zu einer fremden Macht von Bedeutung wären“ – darum also, dass er mittels fingierter Informationen in landesverräterischer Weise tätig wird; man denke etwa an das Vorspiegeln angeblicher neuer Waffenentwicklungen.

Der Täter macht sich strafbar, wenn er *erstens* die „unechten“ Gegenstände, Nachrichten oder Behauptungen „wider besseres Wissen [...] an einen anderen gelangen läßt oder öffentlich bekanntmacht, um einer fremden Macht vorzutäuschen, daß es sich um echte Gegenstände oder um Tatsachen handele“, und er *zweitens* „dadurch die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit oder die Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland zu einer fremden Macht herbeiführt“ (vgl. § 100a Abs. 1 StGB). Es handelt sich also um eine – staatsgefährdende – Verleumdung der Bundesrepublik Deutschland gegenüber fremden Staaten.<sup>191</sup> Die Strafbarkeit entspringt der Erkenntnis, dass auch die Vermittlung

*unzutreffender* Informationen eine nicht hinnehmbare Gefahr für den Staat zu schaffen vermag.<sup>192</sup>

Im Unterschied zu §§ 94-97b StGB schützt § 100a StGB dabei nicht allein die äußere Sicherheit der Bundesrepublik, sondern auch deren Beziehungen zu anderen Staaten bzw. etwas unverblümt: ihre Stellung im Machtgefüge der Staaten.<sup>193</sup>

Der besondere Medienbezug ist angesichts der exklusiv genannten Tathandlungen des „Gelangenlassens“ und des „Öffentlich-Bekanntmachens“<sup>194</sup> – dem medienfernen „Mitteilen“ des § 94 Abs. 1 Nr. 1 StGB wird keine Erwähnung getan – unschwer ersichtlich. Die Nennung gerade auch des „Öffentlich-Bekanntmachens“ – das letztlich ja nur ein Sonderfall des „Gelangenlassens“ ist (vgl. bereits oben 5. b) – „soll gezielte Falschmeldungen in Publikationsorganen verhindern“<sup>195</sup>, was in unserem „Informationszeitalter“ wichtiger ist denn je, denn: „Werden Nachrichten blitzschnell über die ganze Welt verbreitet, ist es so gut wie unmöglich, sie wieder ‚einzufangen‘ und ihre Unrichtigkeit klarzustellen“<sup>196</sup>. Die Meinungs- und die Pressefreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG bleiben aufgrund des Erfordernisses eines Handelns „wider besseres Wissen“ aber unangetastet.<sup>197</sup>

Ge- oder verfälschte Gegenstände sind körperliche Sachen, deren Aussagegehalt, der ihnen im konkreten Kontext zukommt bzw. zukommen soll, nicht mit der Realität übereinstimmt<sup>198</sup>. Anders als bei der Urkundenfälschung (§ 267 Abs. 1 StGB) geht es also nicht um eine Täuschung über die Person des Herstellers (in § 267 StGB: des Ausstellers)<sup>199</sup>, sondern allein um eine Täuschung über die Wahrheit der dem Gegenstand im jeweiligen Zusammenhang objektiv zu entnehmenden Informationen<sup>200</sup> – wobei freilich die dem Gegenstand anhaftende Aussage über seine Herkunft (z.B. angebliche Regierungsdokumente), neben der über seine Bedeutung oder

<sup>187</sup> Vgl. *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 97b Rn. 6, 13; Jeder unvermeidbare Irrtum schließt den Schuldvorwurf aus; *Fischer* (Fn. 21), § 97b Rn. 2, 8; *Vogler* (Fn. 66), § 97b Rn. 2; siehe auch *Lampe/Hegmann* (Fn. 53), § 97b Rn. 3.

<sup>188</sup> Vgl. *Schmidt* (Fn. 58), § 97b Rn. 14, 17 f.; siehe auch *Paeffgen* (Fn. 7), § 97b Rn. 3.

<sup>189</sup> *Lüttger*, JR 1969, 121 (130); *Klug*, in: Prütting (Hrsg.), Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag, 1990, S. 249 (252); *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 97b Rn. 13, 14.

<sup>190</sup> So *Otto* (Fn. 1), 85/20; *Kühl* (Fn. 14), § 97b Rn. 6; *Fischer* (Fn. 21), § 97b Rn. 8; *Schmidt* (Fn. 58), § 97b Rn. 17.

<sup>191</sup> *Schroeder* (Fn. 2), § 85 Rn. 2, 69; siehe auch *Schmidt* (Fn. 58), § 100a Rn. 1; *Paeffgen* (Fn. 7), § 100a Rn. 2.

<sup>192</sup> *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 100a Rn. 1; *Lampe/Hegmann* (Fn. 53), § 100a Rn. 1; *B. Heinrich* (Fn. 25), Kap. 6 Rn. 222.

<sup>193</sup> Auch *Otto* (Fn. 1), § 85 Rn. 21, spricht vom Schutz der äußeren Machtstellung der BRD im Ganzen.

<sup>194</sup> Näher zu beiden Tathandlungen bereits *M. Heinrich*, ZJS 2017, 25 (38, 39).

<sup>195</sup> *Schmidt* (Fn. 58), § 100a Rn. 1; vgl. hierzu auch *Paeffgen* (Fn. 7), § 100a Rn. 2.

<sup>196</sup> *Lampe/Hegmann* (Fn. 53), § 100a Rn. 3; siehe auch *Schmidt* (Fn. 58), § 100a Rn. 1; *Paeffgen* (Fn. 7), § 100a Rn. 2.

<sup>197</sup> Vgl. *Schmidt* (Fn. 58), § 100a Rn. 1; *Paeffgen* (Fn. 7), § 100a Rn. 2.

<sup>198</sup> *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 100a Rn. 3; *Lampe/Hegmann* (Fn. 53), § 100a Rn. 4; siehe auch *Paeffgen* (Fn. 7), § 100a Rn. 3, 4.

<sup>199</sup> *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 100a Rn. 3; *Schmidt* (Fn. 58), § 100a Rn. 2; anders *Paeffgen* (Fn. 7), § 100a Rn. 3.

<sup>200</sup> Also gerade um die in § 267 StGB nicht erfasste Inhaltstäuschung, *Lampe/Hegmann* (Fn. 53), § 100a Rn. 4.

seine mögliche Verwendung, häufig wichtiger Bestandteil des Täuschungsunterfangens sein wird.<sup>201</sup>

*Nachrichten über ge- oder verfälschte Gegenstände* meint zum einen zutreffende Angaben über ihre Existenz bzw. ihr täuschungsbedingt gegebenes Erscheinungsbild<sup>202</sup>, aber auch insoweit unzutreffende Angaben werden erfasst<sup>203</sup> – die dann zugleich auch dem Merkmal der „unwahren Behauptung“ unterfallen.<sup>204</sup>

Eine Behauptung tatsächlicher Art ist *unwahr*, wenn sie nicht der Realität entspricht.<sup>205</sup> Bloße Meinungen, Einschätzungen und Werturteile sind nicht erfasst.<sup>206</sup> In keinem der Fälle müssen Gegenstand, Nachricht oder Behauptung übrigens im Gewande eines Geheimnisses im Sinne des § 93 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB daherkommen.<sup>207</sup>

b) Abs. 2 des § 100a StGB stellt bestimmte Vorbereitungshandlungen zu Abs. 1 – nämlich das *Herstellen* von Gegenständen im Sinne des Abs. 1 durch Fälschung oder Verfälschung und das *Sich-Verschaffen* solcher Gegenstände<sup>208</sup> – für den Fall unter Strafe, dass bereits dies in der Absicht geschieht, die ge- oder verfälschten Gegenstände dann im Sinne des Abs. 1 zum Nachteil der Bundesrepublik zu verwenden. Damit verlangt Abs. 2 eine Nachteilszfügungsabsicht (!), während sich Abs. 1 hinsichtlich der Nachteilszfügung mit bedingtem Vorsatz begnügt. Allein dieser Unterschied vermag es zu rechtfertigen, dass die Vorbereitungshandlungen des Abs. 2 mit derselben hohen Strafe bedroht sind, wie die Handlungen in Abs. 1.<sup>209</sup>

c) Abs. 3 stellt den Versuch unter Strafe, auch für die Vorbereitungshandlungen des Abs. 2. Beim Rücktritt vom Versuch nach Abs. 1 entfällt nicht auch die Strafbarkeit wegen vollendeter Vorbereitungshandlung nach Abs. 2. Abs. 4 regelt den besonders schweren Fall.

---

<sup>201</sup> Vgl. *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 100a Rn. 3; *Lampe/Hegmann* (Fn. 53), § 100a Rn. 4; *Schmidt* (Fn. 58), § 100a Rn. 2.

<sup>202</sup> Insoweit sind sich alle der in Fn. 203 Genannten einig; entsprechend *Lampe/Hegmann* (Fn. 53), § 100a Rn. 4.

<sup>203</sup> Dies (da unter „unwahre Behauptung“ fallend) offenbar ablehnend *Schmidt* (Fn. 58), § 100a Rn. 2; *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 100a Rn. 4; wie hier offenbar *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 100a Rn. 3; *Fischer* (Fn. 21), § 100a Rn. 2.

<sup>204</sup> Insoweit richtig *Schmidt* (Fn. 58), § 100a Rn. 2; *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 100a Rn. 4.

<sup>205</sup> *Lampe/Hegmann* (Fn. 53), § 100a Rn. 4; *Rudolphi/Pasedach/Wolter* (Fn. 56), § 100a Rn. 5; *Schmidt* (Fn. 58), § 100a Rn. 2.

<sup>206</sup> Vgl. die in Fn. 205 Genannten.

<sup>207</sup> So explizit *Otto* (Fn. 1), § 85 Rn. 22; siehe auch *Schmidt* (Fn. 58), § 100a Rn. 3; *Paeffgen* (Fn. 7), § 100a Rn. 5.

<sup>208</sup> Zum *Herstellen* und zum *Sich-Verschaffen* vgl. bereits *M. Heinrich*, ZJS 2017, 25 (29, 36).

<sup>209</sup> Dies übersieht *Paeffgen* (Fn. 7), § 100a Rn. 11, bei seiner Kritik am Gesetz („unverständigerweise“).

# Bericht über einen Moribunden: Das Privatklageverfahren

## Rechtliches, Rechtstatsächliches, Reform- und Zukunftsperspektiven – Teil 2\*

Von Jun.-Prof. Dr. Tillmann Bartsch, Tübingen

Dieser Beitrag bildet die Fortsetzung des in ZJS 2017, 40 veröffentlichten Aufsatzes.

### I. Rechtstatsächliche Befunde

#### 1. Privatklageverfahren

Dass Privatklageverfahren mit hohen Hürden versehen sind und erhebliche Kostenrisiken bergen, hat sich inzwischen herumgesprochen.<sup>1</sup> Mittlerweile wird im Internet auf den Homepages einiger Anwälte sogar regelrecht davor gewarnt, den Privatklageweg zu beschreiten. So heißt es bspw. auf der Seite einer Sozietät in Frankfurt am Main:

„Eines vorweg: Die Beschreitung des Privatklageweges ist in den allermeisten Fällen vergeudete Zeit und rausgeschmissenes Geld. Wenn schon die Amts- oder Staatsanwaltschaft keinerlei Interesse an der Verfolgung einer angezeigten Straftat hat, dann dürfte sich das Interesse eines Gerichts in Grenzen halten, über den angezeigten Vorfall eine Hauptverhandlung abzuhalten. Daher nur informationshalber einige Worte zur Privatklage: [...]“<sup>2</sup>

Und auf der Homepage eines Fachanwalts für Strafrecht in Berlin wird ausgeführt:

„In zahlreichen Fällen bekommen Geschädigte, die eine Strafanzeige erstattet haben, von der Staatsanwaltschaft die Mitteilung, dass der Staat kein öffentliches Interesse an der Verfolgung der Tat hat. Dem Anzeigenden bleibt dann noch das sogenannte Privatklageverfahren. Hierbei übernimmt der Rechtsanwalt des Anzeigenden die Rolle des Staatsanwaltes. Der Anzeigende kann so im eigenen Interesse für eine Bestrafung sorgen. In der Praxis haben diese Verfahren jedoch kaum eine Bedeutung, weil der Geschädigte unter Umständen erhebliche Kosten zu tragen hat.“<sup>3</sup>

Es verwundert daher nicht, dass von der Privatklage mittlerweile kaum mehr Gebrauch gemacht wird. So lassen die Daten der jährlich erscheinenden Strafgerichtsstatistik im Verlauf der Jahre 1971 bis 2015 einen massiven Rückgang der Privatklageverfahren, die durch die Amtsgerichte erledigt wurden, erkennen (Abbildung 1 auf S. 174).

Wurden 1971<sup>4</sup> noch knapp 14.200 Privatklageverfahren durch die Amtsgerichte erledigt, waren es seit dem Jahr 2001

stets unter 1.000 pro Jahr und zuletzt (2015) nur noch 519. Damit betrug der Anteil der Privatklageverfahren an den durch die Amtsgerichte im Jahr 2015 insgesamt erledigten Verfahren (absolut: 670.787) nur noch 0,08 %.

Freilich besteht in einer durchaus erheblichen Zahl der Fälle grundsätzlich die Möglichkeit, Privatklage zu erheben. Dies belegen die Daten der Staatsanwaltschaftsstatistik. Hiernach wurden im Zeitraum 2000 bis 2014 stets mehr als 150.000 von den Staatsanwaltschaften bearbeitete Verfahren durch Verweisung auf den Privatklageweg erledigt (Abbildung 2 auf S. 175). Im Jahr 2014 waren es knapp 200.000 Verfahren (4,2 % aller durch die Staatsanwaltschaften erledigten Verfahren). Insgesamt wird mithin nur in einem minimalen, wohl nicht mehr als 0,3 %<sup>5</sup> betragenden Anteil der Fälle, in dem ein Privatklageverfahren grundsätzlich in Betracht kommt, dieses auch in die Wege geleitet.

Die Strafgerichtsstatistik informiert zudem darüber, in welcher Weise die Privatklageverfahren von den Amtsgerichten erledigt wurden. Hiernach (Tabelle 1 auf S. 175) enden nur sehr wenige Privatklageverfahren mit einem Urteil. Im Durchschnitt der Jahre 2006 bis 2015 waren es 16,5 %, wobei man sich vor Augen führen muss, dass sich unter den „durch Urteil erledigten Verfahren“ auch solche befinden, in denen der Angeklagte freigesprochen wurde oder in denen das Verfahren mit einem Einstellungsurteil nach § 389 StPO endete. Die Verurteilungsquote in Privatklageverfahren ist daher deutlich geringer als der vorgenannte Wert und liegt nach Erkenntnissen verschiedener Aktenuntersuchungen zum Privatklageverfahren zwischen ca. 3 und 8 %.<sup>6</sup> Geringe Bedeutung

---

tur), Reihe 9 (Rechtspflege, Organisation, Personal, Geschäftsanfall und -erledigung der ordentlichen Gerichte, Strafgerichtsbarkeit), Berichtszeitraum 1971, 1973, S. 5. Nicht unmittelbar vergleichbare Zahlen zu früheren Jahren sind ausgewiesen bei v. Schacky, Das Privatklageverfahren und seine Berechtigung heute, 1975, S. 333.

<sup>5</sup> Dieser Anteil ergibt sich, wenn man die Zahl der von den Amtsgerichten im Jahr 2014 erledigten Privatklageverfahren (absolut: 558) auf die Zahl der Fälle bezieht, die im selben Jahr von den Staatsanwaltschaften durch Verweisung auf den Privatklageweg erledigt wurden (absolut: 196.177). Präzise ist diese Berechnung allerdings nicht. Denn zum einen dürften sich unter den im Jahr 2014 von den Amtsgerichten erledigten Privatklageverfahren auch Fälle befinden, die bereits in vorhergehenden Jahren von den Staatsanwaltschaften auf den Privatklageweg verwiesen wurden. Zum anderen existiert eine nicht näher bestimmbare Zahl von Fällen, in denen Privatklagedelikte verwirklicht wurden, die überhaupt nicht zur Kenntnis der Strafverfolgungsbehörden gelangt sind, daher in der Staatsanwaltschaftsstatistik nicht aufgeführt werden.

<sup>6</sup> Doering, Beleidigung und Privatklage, 1971, S. 126 (8 %); Grebing, GA 1984, 1 (9, 3,0 %; eigene Berechnung); Hirsch, in: Warda/Waider/v. Hippel/Meurer (Hrsg.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, 1976, S. 815 (2-3 %);

---

\* Für wertvolle Unterstützung bei der Zusammenstellung statistischer Daten danke ich Frau cand. iur. Isabell Härer.

<sup>1</sup> Schöch, NStZ 1984, 385 (389). Siehe auch Jung, ZStW 93 (1981), 1147 (1166), der dem Privatklageverfahren eine „denkbar schlechte Presse“ attestiert.

<sup>2</sup> Abrufbar unter <http://die-straferverteidiger-frankfurt.de/de/cotent/fachgebietprivatklage/~nm.fachgebiete~nc.32/privatklage.html> (24.1.2017).

<sup>3</sup> Abrufbar unter <http://www.ra-seydel.de/taetigkeiten/vertretung-hr-rechtsbeistand/privatklage> (24.1.2017).

<sup>4</sup> Die Ergebnisse über den Geschäftsanfall und seine Erledigung vor den Strafgerichten werden seit dem Jahr 1971 vollständig für das Bundesgebiet erhoben und ausgewiesen, vgl. Statistisches Bundesamt, Fachserie A (Bevölkerung und Kul-

kommt in der Praxis des Privatklageverfahrens auch dem Vergleich zu (2006-2015: 3,7 %). Die vor Gericht gebrachten Konflikte werden mithin nur höchst selten einvernehmlich gelöst. Vergleichsweise häufiger werden die Verfahren durch Zurücknahme der Klage (2006-2015: 12,1 %) bzw. durch Zurückweisung derselben (2006-2015: 15,3 %) beendet. Die bei weitem häufigsten Erledigungsformen stellen indes die sonstigen Erledigungen – etwa Einstellungen wegen Geringfügigkeit oder wegen des Todes des Privatklägers – dar (2006-2015: 52,4 %), wobei die Geringfügigkeitseinstellungen deutlich dominieren.<sup>7</sup>

Einen noch tiefer gehenden Einblick in die gegenwärtige Rechtswirklichkeit des Privatklageverfahrens kann man mithilfe einer relativ aktuellen empirischen Studie gewinnen, die von *Lütz-Binder*<sup>8</sup> durchgeführt wurde. Sie analysierte die Akten aller Privatklageverfahren (n = 169) in den Amtsgerichtsbezirken Landau/Pfalz, Neustadt/Weinstraße und Ludwigshafen/Rhein aus den Jahren 1992 bis 2002.<sup>9</sup> Die Ergebnisse dieser Studie decken sich weitestgehend mit denjenigen einer älteren Arbeit von *Koewius*<sup>10</sup>, der in den Jahren 1966 bis 1970 in einem anderen Amtsgerichtsbezirk (Bielefeld) 255 Akten aus Privatklageverfahren untersuchte.

Die Arbeit von *Lütz-Binder* zeigt zunächst, dass die mit Abstand häufigsten Privatklagedelikte die Beleidigung (48 %) und die einfache Körperverletzung (15 %) sind<sup>11</sup> und dass die nebenstrafrechtlichen Privatklagedelikte – zumindest in den untersuchten Amtsgerichtsbezirken – überhaupt nicht vorkommen. Der Großteil (93 %) der streitenden Beteiligten des Privatklageverfahrens kannte sich bereits, bevor das verfahrensgegenständliche Privatklagedelikt begangen wurde. Zumeist handelte es sich um Nachbarn, Verwandte, Bekannte sowie um Personen, die im Geschäftsleben miteinander zu tun hatten.<sup>12</sup> Vielfach ging den Privatklagedelikten bereits ein langer Streit zwischen den Beteiligten voraus.<sup>13</sup> Mehr als zwei Drittel aller Privatklageverfahren (70,6 %) wurden eingeleitet, nachdem die Kläger von den Staatsanwaltschaften auf den Privatklageweg verwiesen worden waren. Dass Privatklageberechtigte direkt den Weg der Privatklage wählen, kommt demnach eher selten vor.<sup>14</sup> Verfasst wurden die Klagen zu 70 % von einem Rechtsanwalt. Diese von Volljuristen erstellten Anklageschriften wurden von den Gerichten jeweils als den Voraussetzungen des § 381 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 200

Abs. 1 StPO entsprechend akzeptiert.<sup>15</sup> Soweit die Privatkläger die Anklagen selbst angefertigt hatten, wies das Gericht diese hingegen – mit einer Ausnahme – sämtlich als unvorschriftsmäßig zurück,<sup>16</sup> woraus *Lütz-Binder* folgert, dass die Bewältigung der formgerechten Anklage ohne Rechtsanwalt faktisch fast unmöglich sei.<sup>17</sup>

Während „normale“ amtsgerichtliche Strafverfahren im Durchschnitt etwa vier Monate dauern,<sup>18</sup> liegt der Mittelwert von amtsgerichtlichen Privatklageverfahren nach der Studie von *Lütz-Binder* bei 9,9 Monaten.<sup>19</sup> Damit decken sich ihre Ergebnisse auch insoweit mit der Studie von *Koewius*, der für die von ihm untersuchten amtsgerichtlichen Privatklageverfahren eine durchschnittliche Dauer von acht bis neun Monaten eruierte.<sup>20</sup> Erklärt wird dieser Befund, der sowohl vor dem Hintergrund des auch im Privatklageverfahren geltenden Beschleunigungsgrundsatzes als auch angesichts eines mit zunehmender Zeit abnehmenden Erinnerungsvermögens von Zeugen bedenklich erscheint, von beiden Autoren mit einer häufig dilatorischen Behandlung der Verfahren durch die zuständigen Gerichte,<sup>21</sup> die sich mit diesen Angelegenheiten nur ungern beschäftigten.<sup>22</sup> Schnell seien die Gerichte lediglich dann, wenn es darum gehe, eingereichte Privatklagen aufgrund fehlender Klage- oder Prozessvoraussetzungen zurückzuweisen.<sup>23</sup>

Endlich ergeben sich aus der Arbeit von *Lütz-Binder* auch Erkenntnisse hinsichtlich der von den Gerichten getroffenen Kostenentscheidungen. Angesichts des Umstands, dass Privatklageverfahren nur sehr selten mit einer Verurteilung des Angeklagten abgeschlossen werden, verwundert es nicht, dass die Privatkläger in drei Viertel der Fälle Kosten zu tragen haben, und zwar überwiegend vollständig (53 % vom Gesamt der untersuchten Verfahren) und im Übrigen zumindest zur Hälfte (16,2 %) oder sonst anteilig (5,9 %).<sup>24</sup>

## 2. Sühneverfahren

Stark rückläufig ist auch die Zahl der Sühneverfahren nach § 380 StPO. Wurden Anfang der 1960er Jahre noch annähernd 70.000<sup>25</sup> und Mitte der 1970er Jahre immerhin – nach einem allerdings schon erheblichen Rückgang – noch

*Koewius*, Die Rechtswirklichkeit der Privatklage, 1974, S. 129 (8,4 %); *Lütz-Binder*, Rechtswirklichkeit der Privatklage und Umgestaltung zu einem Aussöhnungsverfahren, 2010, S. 102 (Urteilsquote: 7,4 % inklusive Freisprüche).

<sup>7</sup> Siehe dazu *Lütz-Binder* (Fn. 6), S. 102, die in ihrer Aktenuntersuchung (dazu sogleich) für die Einstellung nach § 383 Abs. 2 StPO einen Anteil von 32,4% am Gesamt der Privatklageverfahren ermittelte.

<sup>8</sup> *Lütz-Binder* (Fn. 6).

<sup>9</sup> *Lütz-Binder* (Fn. 6), S. 63 ff.

<sup>10</sup> *Koewius* (Fn. 6).

<sup>11</sup> *Lütz-Binder* (Fn. 6), S. 67. Ebenso *Koewius* (Fn. 6), S. 63.

<sup>12</sup> *Lütz-Binder* (Fn. 6), S. 66; *Koewius* (Fn. 6), S. 63.

<sup>13</sup> *Lütz-Binder* (Fn. 6), S. 68.

<sup>14</sup> *Lütz-Binder* (Fn. 6), S. 108.

<sup>15</sup> *Lütz-Binder* (Fn. 6), S. 87.

<sup>16</sup> *Lütz-Binder* (Fn. 6), S. 88.

<sup>17</sup> *Lütz-Binder* (Fn. 6), S. 88.

<sup>18</sup> Nach Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.3 (Rechtspflege, Strafgerichte), Berichtszeitraum 2014, 2015, S. 38, betrug die durchschnittliche Dauer der Strafverfahren vor den Amtsgerichten im Jahr 2014 3,8 Monate.

<sup>19</sup> *Lütz-Binder* (Fn. 6), S. 117.

<sup>20</sup> *Koewius* (Fn. 6), S. 155.

<sup>21</sup> Vgl. *Koewius* (Fn. 6), S. 155; *Lütz-Binder* (Fn. 6), S. 126.

<sup>22</sup> *Lütz-Binder* (Fn. 6), S. 126.

<sup>23</sup> *Koewius* (Fn. 6), S. 126. So auch *Rössner*, in: Wassermann (Hrsg.), Alternativkommentare, Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 3, 1996, vor § 374 Rn. 6.

<sup>24</sup> *Lütz-Binder* (Fn. 6), S. 114.

<sup>25</sup> *Hartung*, Schiedsamtzeitung 1962, 106.

37.000<sup>26</sup> Anträge zur Durchführung von Sühneverhandlungen bei Schiedspersonen<sup>27</sup> registriert, waren es 2015 nur noch 2.431<sup>28</sup>. Dabei zeigen die verfügbaren Daten über die Tätigkeit der Schiedspersonen, dass diese durchaus erfolgreich arbeiten, sprich in einer erheblichen Zahl der Fälle einen Vergleich zwischen den beiden Parteien erreichen (*Tabelle 2* auf S. 175).

So endeten im Zeitraum 2006 bis 2014 insgesamt rund 12.500 Sühneverfahren mit einer solchen Einigung, das entspricht einem Anteil von gut 46 % an den insgesamt durchgeführten Sühneverfahren und einem Anteil von knapp 58 % an denjenigen, in denen beiden Parteien vor dem Schiedsmann erschienen waren. Freilich zeigt *Tabelle 2* (S. 175) auch, dass die Zahl der Sühneverfahren allein im Zeitraum 2006 bis 2014 um 35 % zurückgegangen ist.

### 3. Zwischenfazit

In den vergangenen Jahren hat die Zahl der durch die Amtsgerichte abgearbeiteten Privatklageverfahren stetig und massiv abgenommen. Bundesweit werden im Jahr mittlerweile nur noch gut 500 Verfahren dieser Art – bei weiter sinkender Tendenz – erledigt. Vor diesem Hintergrund scheint die Feststellung gerechtfertigt, dass das Privatklageverfahren ein moribunder Patient ist:<sup>29</sup> Es dürfte nur noch eine Frage der Zeit sein, bis es in Gänze aus der gerichtlichen Praxis verschwunden ist. Mit dieser Entwicklung geht der Niedergang des vorgeschalteten Sühneverfahrens einher, dessen Einleitung ebenfalls immer seltener beantragt wird.

Darüber hinaus begründen die vorstehenden rechtstatistischen Befunde die Vermutung, dass die wenigen noch durchgeführten Privatklageverfahren regelhaft keinen der daran Beteiligten zufriedenstellen werden und Rechtsfrieden hernach nur selten eintreten wird:

Den größten Teil der Privatkläger dürfte dieses Verfahren irritiert und frustriert zurücklassen.<sup>30</sup> Nachdem sie nach eigener Einschätzung Opfer einer Straftat geworden sind, haben sie erhebliche Mühen auf sich genommen, um – zumeist nach einem entsprechenden Hinweis der Strafverfolgungsbehörden – nämlich Verfahren zu bestreiten. Erfolg ist diesem Bemühen jedoch höchst selten beschieden: Ein aus Privatkläger-

sicht zufriedenstellendes Ergebnis, namentlich eine Verurteilung oder zumindest einen gerichtlichen Vergleich, erreicht wohl gerade einmal ein Zehntel aller Kläger. Die übrigen erleben weit überwiegend Einstellungen wegen Zurückweisung der Klage, wegen Geringfügigkeit oder aus sonstigen Gründen, sofern sie sich nicht schon vorher zur Zurücknahme der Klage veranlasst gesehen haben. Die Kosten sind daher zumeist von den Privatklägern zu tragen.

Die Beschuldigten haben zwar ein statistisch geringes Verurteilungsrisiko. Sie könnten aber durchaus zu Recht die Frage stellen, wie man es angesichts der Masse grundsätzlich privatklagegeeigneter Fälle, die nicht zur Anklage gebracht werden (siehe oben), rechtfertigen kann, dass ausgerechnet sie sich diesem staatlichen Privatklage(straf)verfahren stellen müssen. Damit wäre zugleich ein grundsätzliches Problem angesprochen, das mit dem Privatklageverfahren (naturgemäß) verbunden ist. Es besteht darin, dass bei diesen Verfahren nicht der Staat nach sachlichen und gleichmäßig angewandten Kriterien über die Strafverfolgung entscheidet,<sup>31</sup> sondern Privatpersonen nach ihren jeweils ureigenen Interessen und Maßstäben.

Darüber hinaus stehen auch Anwälte dem Privatklageverfahren – zumindest zum Teil – skeptisch gegenüber, und die Gerichte fassen diese Verfahren nach den Befunden der Arbeiten von *Koewius* und *Lütz-Binder* ebenfalls mit eher „spitzen Fingern“ an. Die Gründe für die festgestellte Abneigung der Gerichte gegenüber Privatklageverfahren wurden in den vorgenannten Studien nicht systematisch erforscht. Man wird jedoch Folgendes vermuten können:

Ursächlich sein dürfte zunächst die geringe praktische Bedeutung, die der Privatklage im amtsgerichtlichen Alltag mittlerweile zukommt (0,08 % aller erledigten Verfahren). Den zuständigen Strafrichtern dürfte die Routine im Umgang mit den teils erheblich vom Offizialverfahren abweichenden prozessrechtlichen Vorschriften des Privatklageverfahrens fehlen, und die Bereitschaft, sich für ein einziges „kleines“ Strafverfahren zeitaufwändig einzuarbeiten, wird – nachvollziehbar – gering ausgeprägt sein. Maßgeblich wird zudem der Umstand sein, dass den Hintergrund der Taten, die in Privatklageverfahren verhandelt werden, nicht selten langjährige Streitigkeiten zwischen Verwandten, Bekannten und Nachbarn bilden – also eine Materie, mit der man sich eher ungern befasst und die es auch erschwert, zum Kern des Verfahrens vorzudringen.<sup>32</sup> Darüber hinaus dürften aber auch grundsätzliche Bedenken, die gegenüber dem Privatklageverfahren geltend zu machen sind, eine Rolle spielen: So stellt sich – neben den bereits benannten problematischen Punkten der Privatklage<sup>33</sup> – die Frage, ob man die Durchführung eines auf die Verhängung einer echten Kriminalstrafe gerichteten Privatklageverfahrens heutzutage überhaupt noch rechtfertigen

<sup>26</sup> *Katholnigg/Bierstedt*, Schiedsamtzeitung 1979, 145 (146); siehe auch *Oehler*, Schiedsamtzeitung 1977, 103 (104).

<sup>27</sup> Die hier und nachfolgend wiedergegebenen Zahlen beziehen sich ausschließlich auf Sühneverfahren in denjenigen Bundesländern, in denen das Sühneverfahren, wie zumeist (siehe oben), vor dem Schiedsamt durchgeführt wird.

<sup>28</sup> Übersicht über die Tätigkeit der Schiedspersonen Schiedsamtzeitung 2013, 272 ff.

<sup>29</sup> Siehe aber bereits den Titel eines Aufsatzes von *Rieß*: „Über den schleichenden Tod der Privatklage“, Schiedsamtzeitung 2000, Heft 10, Sonderheft 1.

<sup>30</sup> Ähnlich *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 8. Aufl. 2013, § 39 Rn. 4, die feststellen, dass das Privatklageverfahren für den Privatkläger „nicht selten eine größere Irritation als die Tat selbst“ sei. Siehe auch *Schöch*, NStZ, 1984, 384 (389), der meint, das Privatklageverfahren sei für den Verletzten ein „privilegium odiosum“.

<sup>31</sup> *Weigend*, Deliktsoffer und Strafverfahren, 1989, S. 479.

<sup>32</sup> *Lütz-Binder* (Fn. 6), S. 126 f.

<sup>33</sup> Zum einen ist kein klares Schema zu erkennen, nach dem der Katalog der Privatklagedelikte zusammengestellt wurde. Zum anderen entscheiden bei diesem Strafverfahren über die Erhebung der Privatklage Privatpersonen allein nach ihren ureigenen Interessen (siehe oben).

kann. Denn da schon von Gesetzes wegen kein öffentliches Interesse an der strafrechtlichen Verfolgung von Privatklagedelikten besteht, erlangen die Strafzwecke der Spezial- und Generalprävention in Privatklageverfahren keine Bedeutung.<sup>34</sup> Es geht in solchen Verfahren mithin allein um die Verfolgung privater Genugtuungsinteressen und um Vergeltung,<sup>35</sup> was mit dem derzeit wohl herrschenden Strafzweckverständnis<sup>36</sup> kaum vereinbar erscheint.<sup>37</sup>

Einen bedeutsamen Zweck erfüllen die §§ 374 ff. StPO allerdings: Sie ermöglichen den Staatsanwaltschaften eine schnelle und zuallermeist endgültige Erledigung bestimmter Fälle leichter Kriminalität. Faktisch kommt den §§ 374 ff. StPO daher inzwischen im Wesentlichen eine Einstellungsfunktion zu.<sup>38</sup> Dies mag unter justizökonomischen Gesichtspunkten ein positiver Befund sein. Betrachtet man ihn jedoch aus der Perspektive desjenigen, der durch ein Privatklagedelikt verletzt wurde, kommt man zu einer anderen Bewertung. So hat *Rehbinder* schon vor einigen Jahren zutreffend darauf hingewiesen, dass in den Regelungen über das Privatklageverfahren eine „Täuschung des rechtssuchenden Publikums“ zu sehen sei.<sup>39</sup> Denn dem Verletzten wird mit dem Privatklageverfahren, das an der Spitze des Buches über die Beteiligung des Verletzten am Verfahren eingeordnet ist, zwar vorgespiegelt, dass man ihm einen effizienten Weg zur Verfolgung seiner Rechte eröffnet habe. Tatsächlich begründen die §§ 374 ff. StPO aber so viele Hürden und Risiken, dass der Verletzte in aller Regel gut beraten sein dürfte, wenn er diesen Weg nicht einschlägt.

## II. Ausblick: Reform-/Zukunftsperspektiven

Dass die normative Ausgestaltung des Privatklageverfahrens problematisch ist und die Zahl der Privatklageverfahren stetig zurückgeht, scheint dem Gesetzgeber bereits vor längerer Zeit aufgefallen zu sein. Dafür spricht zumindest der Ablauf eines in den Jahren 2003 und 2004 durchgeführten Gesetzgebungsverfahrens. So enthielt ein von der damaligen Bundesregierung vorgelegter „Entwurf eines Ersten Gesetzes zur

Modernisierung der Justiz“<sup>40</sup> den Vorschlag, den Katalog der Privatklagedelikte um den Straftatbestand der Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes (§ 201 StGB) zu erweitern.<sup>41</sup> Gesetz ist dieser Vorschlag indes nicht geworden, weil man im Rahmen der Beratungen des Rechtsausschusses zu der Auffassung gelangte, dass die Privatklage und der Katalog der Privatklagedelikte vor einer solchen Erweiterung einer umfassenden Überprüfung unterzogen werden sollten.<sup>42</sup> Was aus diesem Prüfungsvorhaben geworden ist, ist nicht bekannt. Grundlegende Reformen des Privatklageverfahrens wurden jedenfalls nicht durchgeführt, und sie scheinen aktuell auch nicht geplant zu sein. Vielmehr stehen derzeit – soweit ersichtlich – lediglich einzelne kleine Änderungen des Katalogs der Privatklagedelikte in Rede:

Laut einem von der Bundesregierung vorgelegten Gesetzesentwurf, der mittlerweile vom Bundestag verabschiedet wurde (siehe dazu bereits II. im ersten Teil; das Gesetz war im Zeitpunkt der Fertigstellung dieses Beitrags noch nicht in Kraft getreten),<sup>43</sup> soll der Grundtatbestand der Nachstellung (§ 238 Abs. 1 StGB), der bei seiner Einführung im Jahr 2007 als Privatklagedelikt ausgestaltet wurde, zu einem Officialdelikt hochgestuft werden.<sup>44</sup> Für eine solche Gesetzesänderung gibt es gute Argumente: So kann man zunächst ganz grundsätzlich fragen, ob die Einordnung des § 238 Abs. 1 StGB in den Katalog der Privatklagedelikte nicht von vornherein systemwidrig gewesen ist. Denn immerhin müssen nach der (bisherigen)<sup>45</sup> Tatbestandsfassung des § 238 Abs. 1 StGB die vom Täter verwirklichten Nachstellungshandlungen derauf erheblich sein, dass das Opfer in seiner „Lebensgestaltung schwerwiegend beeinträchtigt“ wird. Warum es dann aber überhaupt Fälle geben soll, in denen – trotz des Eintritts schwerwiegender Folgen für Opfer von Straftaten – die Strafverfolgung nicht im öffentlichen Interesse liegen, die Durchsetzung des materiellen Strafrechts also weder aus spezial-

<sup>40</sup> BT-Drs. 15/1508.

<sup>41</sup> BT-Drs. 15/1508, S. 8 und 13.

<sup>42</sup> Siehe dazu Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) vom 30.6.2004, BT-Drs. 15/3482, S. 22. Siehe auch die Rede des Abgeordneten *Siegfried Kauder*, CDU/CSU, in der 63. Sitzung des Deutschen Bundestages (15. Wahlperiode), 5421 C, der die Frage stellte: „Warum schaffen wir nicht endlich dieses unsägliche Privatklageverfahren ab?“

<sup>43</sup> Siehe dazu den von der Bundesregierung vorgelegten „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen“ vom 12.10.2016, BT-Drs. 18/9946. Der Gesetzesentwurf wurde vom Bundestag in einer vom Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz noch geänderten Fassung (BT-Drs. 18/10654) angenommen (vgl. den Stenografischen Bericht der 209. Sitzung des Deutschen Bundestages, Plenarprotokoll 18/209, 20976 (C) und (D)). Die von vorstehendem Ausschuss vorgenommenen Änderungen betrafen allerdings nicht die beabsichtigte Streichung des § 238 Abs. 1 StGB aus dem Katalog der Privatklagedelikte.

<sup>44</sup> BT-Drs. 18/9946, S. 5.

<sup>45</sup> Siehe zu geplanten Änderungen des § 238 Abs. 1 StGB die Ausführungen in der nachfolgenden Fußnote.

<sup>34</sup> *Grebing*, GA 1984, 1 (14 f.).

<sup>35</sup> Siehe dazu auch *Doering* (Fn. 6), S. 121 f.

<sup>36</sup> Siehe dazu etwa *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl. 2015, S. 40; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 3 Rn. 1.

<sup>37</sup> Aufschlussreich ist insoweit etwa eine Formulierung im Urteil des LG Bonn NStZ 1991, 204 (205): „Denn beim Privatklageverfahren handelt es sich um ein Ausnahmeverfahren, welches der Durchsetzung eines vermeintlichen [!] Strafanspruches dient. In der gerichtlichen Praxis werden im Wege der Privatklage – wie der vorliegende Fall zeigt – in der Regel eher bagatellhafte private Auseinandersetzungen mit großem emotionalen Engagement einer gerichtlichen Prüfung zugeführt.“ Siehe auch *Grebing*, GA 1984, 1 (14 f.); *Weigend* (Fn. 31), S. 479.

<sup>38</sup> *Rieß*, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Gutachten C zum 55. Deutschen Juristentag, 1984, C 23: „Die heute für die Strafjustiz entscheidende Funktion liegt darin, dass es zu ihr [scil.: der Privatklage] nicht kommt.“

<sup>39</sup> *Rehbinder*, Vorwort zu *Koewius* (Fn. 6), S. 6.

noch aus generalpräventiven Gründen erforderlich sein soll, ist nicht recht ersichtlich.<sup>46</sup> Des Weiteren wird den Opfern von Stalking zur Vermeidung weiterer Nachstellungen von Expertenseite geraten, jeden Kontakt mit dem Täter möglichst zu vermeiden.<sup>47</sup> Dieser Handlungsempfehlung können die Betroffenen indes nicht nachkommen, wenn sie in einem Privatklageverfahren als Ankläger auftreten müssen.<sup>48</sup> Schließlich ist zu bedenken, dass Opfer von Stalking nicht selten in gravierendem Maße psychisch belastet sind,<sup>49</sup> so dass man ihnen auch deswegen kaum zumuten kann, das aufwändige und sicher belastende Privatklageverfahren zu betreiben.<sup>50</sup> Der Vorschlag der Bundesregierung verdient daher Zustimmung.

Eine weitere Änderung des Katalogs der Privatklagedelikte hat die vom Bundesjustizminister einberufene „Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens“ in ihrem im Jahr 2015 veröffentlichten Abschlussbericht vorgeschlagen. Sie sprach sich dafür aus, den Tatbestand der Nötigung (§ 240 Abs. 1 und 3 StGB) in den Katalog der Privatklagedelikte aufzunehmen.<sup>51</sup> Begründet hat die Kommission dieses Petikum, das auf den Vor-

schlag eines als Gutachter bestellten Leitenden Oberstaatsanwalts zurückgeht,<sup>52</sup> damit, dass das Officialdelikt Nötigung insbesondere in Fällen von Nachbarschafts- und sonstigen privaten Streitigkeiten häufig mit Privatklagedelikten wie Körperverletzung, Beleidigung und Bedrohung zusammen treffe, mit der Folge, dass eine einheitliche Verweisung auf den Privatklageweg nicht möglich sei.<sup>53</sup>

Dieser Vorschlag, der inzwischen Eingang in einen Gesetzesentwurf<sup>54</sup> der Bundesregierung gefunden hat, ist aus Sicht der Praxis nachvollziehbar. Es wird für Staatsanwälte tatsächlich „unbefriedigend“<sup>55</sup> sein, wenn bspw. eine Nachbarschaftsstreitigkeit nur deswegen im (mit wohl höherem Arbeitsaufwand verbundenen)<sup>56</sup> Officialverfahren behandelt werden muss, weil der Beschuldigte seinen Nachbarn nicht nur beleidigt und bedroht, sondern ihm danach auch noch die Garage für 20 Minuten zugeparkt hat.<sup>57</sup> Gleichwohl verdient dieser Vorschlag, der im Übrigen schon mehrfach erfolglos Gegenstand von Gesetzgebungsverfahren war,<sup>58</sup> zumindest

<sup>46</sup> Siehe dazu auch Nr. 86 Abs. 2 S. 1 RiStBV, nach dem das „Ausmaß der Rechtsverletzung“ einen wesentlichen Faktor bei der Beurteilung der Frage bildet, ob das öffentliche Interesse zu bejahen ist. Beachte: § 238 StGB soll nach den Plänen der Bundesregierung von einem Erfolgs- in ein Eignungsdelikt umgewandelt werden. Der Tatbestand soll künftig bereits dann verwirklicht sein, wenn die Nachstellungshandlungen geeignet sind, die Lebensgestaltung des Opfers schwerwiegend zu beeinträchtigen (vgl. BT-Drs. 18/9946, S. 5). An der Einschätzung, dass eine Einordnung des § 238 Abs. 1 StGB in den Katalog der Privatklagedelikte systemwidrig ist, änderte dies aber nichts.

<sup>47</sup> Siehe dazu die Nachweise in BT-Drs. 18/9946, S. 12.

<sup>48</sup> In diesem Zusammenhang müsste in der Praxis an sich auch Nr. 86 Abs. 2 S. 2 RiStBV Bedeutung erlangen, der, wie gezeigt, vorschreibt, dass ein öffentliches Interesse an der Verfolgung der Tat auch dann vorliegen kann, wenn dem Verletzten wegen seiner persönlichen Beziehung zum Täter die Verfolgung nicht zugemutet werden kann (siehe hierzu BT-Drs. 18/9946, S. 12).

<sup>49</sup> Siehe dazu etwa *Hellmann/Regler/Stetten*, in: Hellmann (Hrsg.), *Stalking in Deutschland*, 2016, S. 143 ff.

<sup>50</sup> Als § 238 StGB eingeführt wurde, war auch durchaus erkannt worden, dass eine weitere Konfrontation des Opfers mit dem Täter problematisch ist. Aus diesem Grund wurde der Nachstellungstatbestand nicht in den Katalog der Delikte aufgenommen, für die nach § 380 StPO ein Sühneverfahren erforderlich ist (vgl. den „Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen“, BT-Drs. 16/575, S. 8). Warum für das gerichtliche Privatklageverfahren etwas anderes gelten soll, ist nicht ersichtlich.

<sup>51</sup> BMJ (Hrsg.), Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, 2015, S. 19 und 108 f.

<sup>52</sup> Als Gutachter war in dieser Frage der Leitende Oberstaatsanwalt der Staatsanwaltschaft Baden-Baden bestellt, siehe BMJ (Hrsg.), Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, Anlagenbd. 2, 2015, S. 204.

<sup>53</sup> BMJ (Hrsg.), Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, 2015, S. 108 f.

<sup>54</sup> Vgl. den „Entwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglichen Ausgestaltung des Strafverfahrens“ vom 14.12.2016, dort Art. 1 Nr. 21. Der Entwurf ist im Internet abrufbar unter

[http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Gesetz\\_zur\\_effektiveren\\_und\\_praxis-tauglicheren\\_Ausgestaltung\\_des\\_Strafverfahrens.html](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Gesetz_zur_effektiveren_und_praxis-tauglicheren_Ausgestaltung_des_Strafverfahrens.html) (24.1.2017).

<sup>55</sup> So der als Gutachter eingesetzte Leitende Oberstaatsanwalt *Dr. Isaak*, in: BMJ (Hrsg.), Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, Anlagenbd. 1, 2015, S. 95.

<sup>56</sup> Dazu *Rieß* (Fn. 29), S. 5.

<sup>57</sup> So das Beispiel in BMJ (Hrsg.), Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, Anlagenbd. 1, 2015, S. 95.

<sup>58</sup> So schlug der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum von der Bundesregierung vorgelegten „Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Reform des Strafrechts“ v. 25.9.1997 vor, die Nötigung nach § 240 Abs. 1 und 3 StGB in den Katalog der Privatklagedelikte aufzunehmen (vgl. BT-Drs. 13/8587, S. 77). Diesen Vorschlag lehnte die Bundesregierung allerdings mit der Begründung ab, er laufe der Intention des Gesetzes zuwider, höchstpersönlichen Rechtsgütern ein größeres Gewicht zu verleihen (BT-Drs. 13/8587, S. 90). Enthalten war der Vorschlag, die Nötigung (§ 240 Abs. 1 und 3 StGB) als Privatklagedelikt auszugestalten, überdies in einem vom Bundesrat am 30.11.2006 vorgelegten „Entwurf eines Geset-

momentan keine Zustimmung. Denn es dürfte jetzt nicht an der Zeit sein, den Anwendungsbereich des ersichtlich „an Haupt und Gliedern kranken“<sup>59</sup> Privatklageverfahrens auf einen weiteren, in der Praxis der Strafverfolgung überdies quantitativ sehr bedeutsamen Straftatbestand (ca. 60.000 polizeilich registrierte Fälle pro Jahr)<sup>60</sup>, der auch beileibe nicht nur unter Verwandten, Bekannten und Nachbarn begangen wird, zu erstrecken.<sup>61</sup> Angesichts der Mängel und Probleme, die mit diesem Verfahren verbunden sind, erscheint es vielmehr erforderlich, vor weiteren Ausdehnungen ganz grundsätzlich über dieses Rechtsinstitut nachzudenken:

In einem solchen Nachdenkensprozess könnte man zunächst eine größer angelegte Reform dieses Rechtsinstituts in Erwägung ziehen. Konkret könnte man überlegen, ob man etwa die (Kosten-)Risiken, die mit dem Privatklageverfahren für den Kläger verbunden sind, de lege ferenda verminderte, indem man bspw. die Pflicht zur Tragung der Kosten bei Freisprüchen<sup>62</sup> oder Einstellungen wegen Geringfügigkeit dem Staat auferlegte. Dies würde möglicherweise dazu führen, dass wieder mehr Privatklagen erhoben werden. Ob dies wirklich erstrebenswert wäre, ist jedoch zweifelhaft. Denn sonstige, grundlegende Probleme, die mit der Privatklage verbunden sind, würden hierdurch nicht beseitigt.<sup>63</sup> Auch weiterhin sähe sich das Privatklageverfahren dem Vorwurf ausgesetzt, dass über seine Einleitung Privatleute nach ihren eigenen, ganz unterschiedlichen Interessen und Maßstäben entscheiden und dass nach herrschendem Strafzweckverständnis kaum einzusehen ist, warum gegen den Angeklagten eine Strafe, die weder spezial- noch generalpräventiv erforderlich erscheint, verhängt werden soll.

Daher liegt es näher, mit einer inzwischen erheblichen Zahl an Literaturstimmen<sup>64</sup> in Richtung einer Abschaffung der Privatklage zu denken. Die Folge einer Abolition sollte sein, dass die bisherigen Privatklagedelikte sämtlich in Officialverfahren verfolgt würden.<sup>65</sup> Damit würde künftig auch in diesen Fällen durch die Staatsanwaltschaft nach sachlichen und weitgehend einheitlichen Kriterien über die Strafverfolgung befunden. Da es sich bei den bisherigen Verweisungen auf den Privatklageweg – theoretisch und nach allem, was man weiß, auch tatsächlich<sup>66</sup> – weit überwiegend um Fälle leichter Kriminalität handelt, wäre auch nicht zu befürchten, dass eine Überführung der Privatklagedelikte in das Officialverfahren eine Flut öffentlicher Anklagen zur Folge hätte.<sup>67</sup> Vielmehr ist anzunehmen, dass die bisherigen Privatklagefälle zumeist mit Einstellungen endeten. Für die Verletzten änderte sich damit im Ergebnis kaum etwas, weil auch die heutigen Verweisungen auf den Privatklageweg faktisch in aller Regel wie eine Einstellung wirken und das Verfahren endgültig beenden. Die Abschaffung der Privatklage und eine Behandlung der entsprechenden Delikte im Officialverfahren dürfte aber gegenüber den Verletzten das aufrichtigere Vorgehen sein,<sup>68</sup> weil man ihnen dann nicht mehr das Bestehen einer effektiven Rechtsseinrichtung vorspiegelte, die tatsächlich gar nicht existiert.<sup>69</sup>

Nicht genau einschätzen lässt sich, in welchem Umfang die Justiz durch eine Abschaffung der Privatklage mehrbelastet würde, etwa weil Einstellungen nach den §§ 153 ff. StPO bei den Staatsanwaltschaften einen größeren Arbeitsaufwand als die Verweisung auf den Privatklageweg verursachen könnten.<sup>70</sup> Da der Anteil der Verweisungen auf den Privatklageweg insgesamt lediglich 4 % aller durch die Staatsanwaltschaften jährlich erledigten Verfahren ausmacht (siehe oben), dürfte sich die Mehrbelastung jedoch in vertretbaren Grenzen halten.

---

zes zur Effektivierung des Strafverfahrens“, vgl. BT-Drs. 16/3659, S. 5.

<sup>59</sup> Schöch, NStZ 1984, 385 (389).

<sup>60</sup> Laut der Polizeilichen Kriminalstatistik sind der Polizei im Jahr 2015 insgesamt 64.883 Nötigungen nach § 240 StGB bekannt geworden. Wie viele dieser registrierten Nötigungsfälle § 240 Abs. 4 StGB zuzuordnen sind, wird in der Polizeilichen Kriminalstatistik – soweit ersichtlich – nicht gesondert ausgewiesen. Vgl. Bundeskriminalamt (Hrsg.), Polizeiliche Kriminalstatistik, Standardtabelle, Fälle, Tabelle 1, Grundtabelle, abrufbar unter <http://www.bka.de> (24.1.2017).

<sup>61</sup> Siehe auch die Stellungnahme von Ostendorf, in: BMJ (Hrsg.), Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, Anlagenbd. 2, 2015, S. 212, der als Mitglied der Expertenkommission darauf hinwies, dass man eher an einer Reduzierung der Privatklagedelikte arbeiten sollte, weil das Privatklageverfahren nicht funktioniere und die Beteiligten regelmäßig enttäuscht seien.

<sup>62</sup> So etwa die Forderung von Hirsch, Ehre und Beleidigung. Grundfragen des strafrechtlichen Ehrenschutzes, 1967, S. 193; siehe auch Koewius (Fn. 6), S. 151.

<sup>63</sup> In diesem Sinne auch Grebing, GA 1984, 1 (14).

---

<sup>64</sup> Grebing, GA 1984, 1 (14 ff.); Koewius (Fn. 6), S. 166 ff.; Hirsch (Fn. 6), S. 818; Rieß (Fn. 38), C 7; Rössner/Wulf, Opferbezogene Strafrechtspflege, 1985, S. 128; v. Schacky (Fn. 4), S. 341 ff.; Weigend (Fn. 31), S. 479 ff.

<sup>65</sup> A.A. Hirsch (Fn. 6), S. 832, der dafür plädiert, die bisherigen Privatklagedelikte zu „Verfehlungen“ umzugestalten, die in einem selbständigen Verfahren außerhalb des Kriminalstrafverfahrens verfolgt werden sollten.

<sup>66</sup> Siehe aber Rieß (Fn. 38), C 75, der zutreffend darauf hinweist, dass insoweit noch Unsicherheiten hinsichtlich der rechtstatsächlichen Grundlagen bestehen. So liegen zwar Studien vor, die darüber informieren, welche Fälle das Privatklageverfahren erreichen. Diese (wenigen) Fälle müssen jedoch nicht zwangsläufig einen repräsentativen Ausschnitt aus dem Gesamt der (vielen) auf den Privatklageweg verwiesenen Fälle darstellen.

<sup>67</sup> So auch Rieß (Fn. 38), C 75.

<sup>68</sup> So auch Schöch, NStZ 1984, 385 (389): „ehrlichere Weg“. In diesem Sinne auch Rieß (Fn. 38), C 74, und Weigend (Fn. 31), S. 484 f.

<sup>69</sup> Reh binder, Vorwort zu Koewius (Fn. 6), S. 6.

<sup>70</sup> Dazu Rieß (Fn. 29), S. 5.

Zu prüfen wäre vor der Abschaffung der Privatklage u.a. noch, ob es möglich und sinnvoll wäre, an dem bisher in § 380 StPO normierten Sühneverfahren – in dann anderem rechtlichen Zusammenhang – festzuhalten;<sup>71</sup> diesbezüglich ist bereits vorgeschlagen worden, die erfolglose Durchführung eines Sühneverfahrens zur Voraussetzung einer Strafantragsstellung zu machen<sup>72</sup> oder dieses Verfahren mit den Vorschriften über die Einstellung aus Opportunitätsgründen (§§ 153 ff. StPO) zu verbinden<sup>73</sup>. Dabei sprechen jedenfalls die guten Erfolgsquoten, namentlich die beachtliche Quote an erzielten Vergleichen, dafür, das Sühneverfahren (rechtlich anders angebunden) beizubehalten. Das Sühneverfahren könnte also durchaus eine Zukunft haben. Demgegenüber dürfte das Privatklageverfahren eine infauste Prognose aufweisen.

---

<sup>71</sup> Dafür sprechen sich etwa *Lütz-Binder* (Fn. 6), S. 154 ff.; *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 59. Aufl. 2016, vor § 374 Rn. 1; *Rieß* (Fn. 38), C 88 ff.; *Rössner/Wulf* (Fn. 64), S. 128 f., v. *Schacky* (Fn. 4), S. 349, und *Schöch*, NStZ 1984, 385 (389) aus. A.A. *Koewius* (Fn. 6), S. 167 f.

<sup>72</sup> So v. *Schacky* (Fn. 4), S. 349.

<sup>73</sup> *Rieß* (Fn. 38), C 94. Einen weiteren, anders ausgestalteten Vorschlag zur Verbindung des Sühneverfahrens mit den §§ 153 ff. StPO hat auch *Lütz-Binder* (Fn. 6), S. 161 vorgelegt.

Abbildung 1: Zahl der durch die Amtsgerichte erledigten Privatklagen 1971-2015<sup>74</sup> (seit 1993 einschließlich neuer Bundesländer)

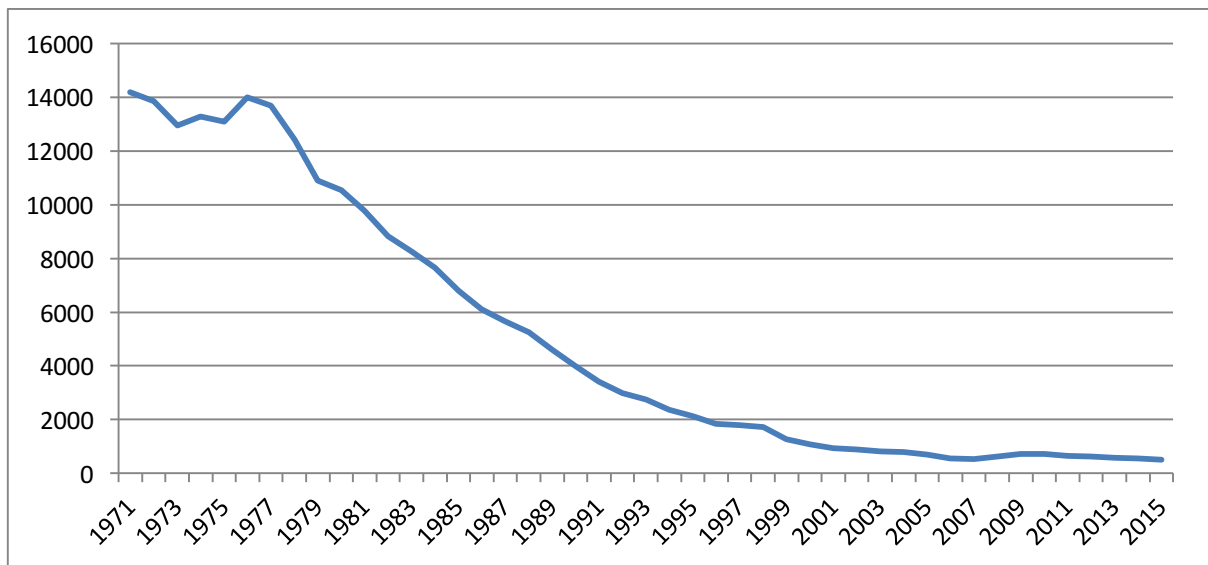
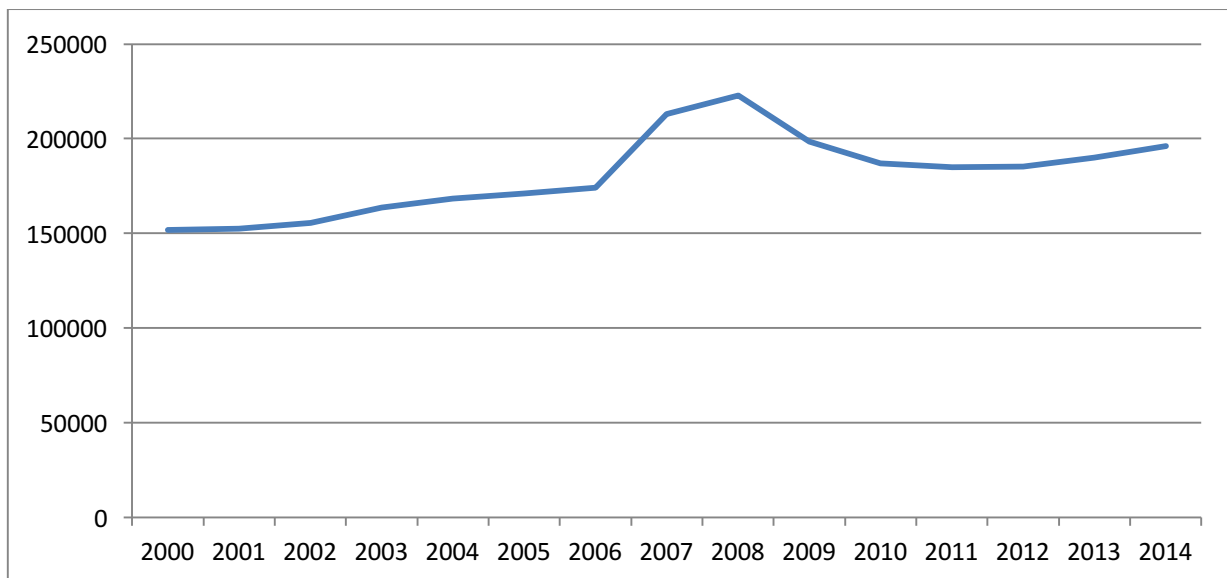


Abbildung 2: Zahl der Verweisungen auf den Privatklageweg 2000-2014<sup>75</sup>



<sup>74</sup> Statistisches Bundesamt, Fachserie A (Bevölkerung und Kultur), Reihe 9 (Rechtspflege, Organisation, Personal, Geschäftsanfall und -erledigung der ordentlichen Gerichte, Strafgerichtsbarkeit), Berichtszeitraum 1971-1975, 1972-1976. Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.2 bzw. 2.3 (Rechtspflege), Berichtszeitraum 1976-2015, 1977-2016.

<sup>75</sup> Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.6 (Rechtspflege, Staatsanwaltschaften), Berichtszeitraum 2000-2014, 2001-2015.

Tabelle 1: Durch Amtsgerichte erledigte Privatklageverfahren nach Art der Erledigung 2006-2015,<sup>76</sup> Prozentangaben in Klammern

Jahr	erledigte Verfahren	durch Urteil	durch Zurückweisung	durch Vergleich	durch Rücknahme	sonstige Erledigung <sup>77</sup> (§§ 383 Abs. 2, 393 etc.)
2006	564	81 (14,3)	121 (21,5)	26 (4,6)	81 (14,4)	255 (45,2)
2007	528	69 (13,0)	79 (15,0)	20 (3,8)	97 (18,4)	263 (49,8)
2008	638	118 (18,5)	76 (11,9)	20 (3,1)	97 (15,2)	327 (51,3)
2009	729	128 (17,6)	99 (13,6)	24 (3,3)	101 (13,9)	377 (51,7)
2010	716	127 (17,7)	101 (14,1)	29 (4,1)	80 (11,2)	379 (52,9)
2011	656	137 (20,9)	101 (15,4)	28 (4,3)	54 (8,2)	336 (51,2)
2012	626	98 (15,7)	89 (14,2)	19 (3,0)	62 (9,9)	358 (57,2)
2013	581	112 (19,3)	87 (15,0)	18 (3,1)	51 (8,8)	313 (53,9)
2014	558	80 (14,3)	96 (17,2)	19 (3,4)	62 (11,1)	301 (53,9)
2015	519	72 (13,9)	81 (15,6)	22 (4,2)	50 (9,6)	294 (56,6)
Gesamt	6115	1022 (16,5)	930 (15,3)	225 (3,7)	735 (12,1)	3203 (52,4)

Tabelle 2: Tätigkeit der Schiedspersonen 2006-2014<sup>78</sup> (Prozentangaben in Klammern)<sup>79</sup>

	Zahl der Sühneverfahren	Zahl der Sachen, in denen beide Parteien vor der Schiedsperson erschienen sind	Zahl der durch Vergleich erledigten Sachen <sup>80</sup>
2006	3.755	3.026 (80,6)	1.742 (46,4/57,6)
2007	3.616	2.900 (80,2)	1.720 (47,6/59,3)
2008	3.382	2.653 (78,4)	1.502 (44,4/56,6)
2009	3.024	2.442 (80,8)	1.385 (49,6/56,7)
2010	3.123	2.505 (80,2)	1.416 (45,3/56,3)
2011	2.825	2.241 (79,3)	1.280 (45,3/57,1)
2012	2.658	2.104 (79,2)	1.250 (47,0/59,4)
2013	2.530	2.009 (79,4)	1.151 (45,5/57,3)
2014	2.431	1.937 (79,7)	1.068 (43,9/55,1)
Gesamt	27.344	21.817 (79,8)	12.514 (45,7/57,4)

<sup>76</sup> Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.3 (Rechtspflege), Berichtszeitraum 2006-2015, 2007-2016.

<sup>77</sup> Eine genauere Differenzierung lassen die Daten der Strafgerichtsstatistik bei den Erledigungen in sonstiger Weise nicht zu.

<sup>78</sup> Der Zeitraum 2006 bis 2014 wurde gewählt, da für diese Zeit Daten auch für die neuen Bundesländer zur Verfügung stehen.

<sup>79</sup> Übersichten über die Tätigkeit der Schiedspersonen, Schiedsamtzeitung (jeweils Heft 12), 2007-2015. Siehe auch die Anmerkung in Fn. 27.

<sup>80</sup> Von den hier in Klammern angeführten Prozentwerten beschreibt der erstgenannte Wert das Verhältnis zur Zahl der Schiedsachen überhaupt, der zweitgenannte das Verhältnis zur Zahl der Sachen, in denen beide Parteien vor der Schiedsperson erschienen sind.

# Das Strafbefehlsverfahren: Ein Überblick über prüfungsrelevante Fragestellungen

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. **Tamina Preuß**, Würzburg\*

Dem Strafbefehlsverfahren kommt eine herausragende praktische Bedeutung für Fälle einfach gelagerter kleinerer, aber auch mittlerer Kriminalität zu.<sup>1</sup> Insbesondere in Wirtschaftsstrafverfahren wird oftmals versucht, ein Einvernehmen über den Abschluss des Strafverfahrens im Strafbefehlswege zu erzielen.<sup>2</sup> Im Jahre 2004 wurden laut Statistischem Bundesamt 11,5 Prozent der von der Staatsanwaltschaft abgeschlossenen Ermittlungsverfahren mit einem Antrag auf Erlass eines Strafbefehls beendet.<sup>3</sup> Dementsprechend ist die Konfrontation mit dem Strafbefehlsverfahren in der Strafstation des Referendariats fast unumgänglich, etwa wenn der Referendar im staatsanwaltschaftlichen Sitzungsdienst ein Verfahren nach Einspruch gegen einen Strafbefehl wahrnehmen oder bei Ausbleiben des Angeklagten in der Hauptverhandlung einen Strafbefehlsantrag stellen muss.<sup>4</sup> Daneben werden sowohl Studierende als auch Referendare in ihren juristischen Prüfungen Kenntnisse zum Strafbefehlsverfahren abverlangt. Beispielsweise in der staatsanwaltschaftlichen Abschlussverfügungsklausur der Zweiten Juristischen Prüfung kann das Strafbefehlsverfahren im A-Gutachten (materiellrechtlichen Gutachten) im Zusammenhang mit dem Strafklageverbrauch<sup>5</sup> zu prüfen sein oder im B-Gutachten (prozessualen Gutachten) die Anwendbarkeit des Strafbefehlsverfahrens zu thematisieren sein.<sup>6</sup> In einer Revisionsklausur kann ein Urteil nach Einspruch gegen Strafbefehl als ungewöhnliche Ausgangskonstellation gewählt werden.<sup>7</sup> Auch hat das Strafbefehlsverfahren für den Aktenvortrag und die Prüfungsgespräche in der mündlichen Prüfung der Ersten<sup>8</sup> und

Zweiten<sup>9</sup> Juristischen Prüfung Bedeutung. Als „Aufhänger“ gewählt werden können hier beispielsweise der breiten Öffentlichkeit bekanntgewordene, durch Strafbefehl abgeschlossene Strafverfahren, wie kürzlich das Verfahren gegen Alice Schwarzer wegen Steuerhinterziehung.<sup>10</sup> Nachfolgend werden daher, nachdem der Zweck des Strafbefehlsverfahrens und in der Literatur nach wie vor geäußerte systematische Bedenken kurz zur Sprache gekommen sind, die Zulässigkeitsvoraussetzungen für den Strafbefehlserlass erörtert. Es folgt ein Überblick über den Verfahrensablauf und die – insbesondere über den Aktenvortrag aus Anwaltsicht – nicht zu vernachlässigende<sup>11</sup> Prüfung des Einspruchs. Abschließend wird auf einige Besonderheiten der Rechtskraftwirkung hingewiesen.

## I. Zweck und systematische Bedenken

Bei dem Strafbefehlsverfahren handelt es sich um ein summarisches Strafverfahren,<sup>12</sup> welches die Schuldfeststellung und Rechtsfolgenbestimmung ohne ein auf eine Hauptverhandlung gestütztes Urteil und ohne Anhörung des Beschuldigten ermöglicht<sup>13</sup> und bei dem die Prozessgrundsätze der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit durchbrochen sind.<sup>14</sup> Die Vorteile des Strafbefehlsverfahrens liegen neben der Entlastung der Justiz und Verfahrensbeschleunigung darin, dass der Beschuldigte den mit einer öffentlichen Verhandlung verbundenen psychischen Belastungen und der ihr anhaftenden „Prangerwirkung“ entgeht.<sup>15</sup> Da eine Beweisaufnahme nicht stattfindet, sind die vom Verurteilten zu tragenden Kosten i.d.R. geringer.<sup>16</sup> Das Strafbefehlsverfahren birgt jedoch die Gefahr, dass sich die Betroffenen aus unterschiedlichen Gründen, wie Gleichgültigkeit, Angst oder Unkenntnis, gegen ungerechte Strafaussprüche nicht zur Wehr setzen und ihnen der Ernst der begangenen Straftat mangels mündlicher Verhandlung nicht ausreichend ins Bewusstsein gebracht wird.<sup>17</sup> Insbesondere ist – wie die anwaltliche Praxis zeigt – vielen Nichtjuristen der Unterschied zwischen einem Strafbefehl und einem Bußgeldbescheid nicht bekannt.<sup>18</sup> Weiter wird auf die Gefahr hingewiesen, dass absichtlich

\* Die Verf. ist Wiss. Mitarbeiterin und Habilitandin am Lehrstuhl für Internationales Strafrecht von Prof. Dr. Frank Peter Schuster, Mag. iur., an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

<sup>1</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 68 Rn. 1.

<sup>2</sup> Meyer, DStR 2005, 1477; Rückel, NStZ 1987, 297 (300); Schmidt-Hieber, NJW 1982, 1017; Temming, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.1.2017, § 407 Rn. 3, 5 auch zur fehlenden Bindungswirkung außerhalb der Hauptverhandlung getroffener Absprachen.

<sup>3</sup> Abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/408932/umfrage/abgeschlossene-ermittlungsverfahren-von-staatsanwaltschaften-in-deutschland-nach-ergebnis/> (6.2.2017). Zwei Drittel aller Verurteilungen sollen durch Strafbefehl erfolgen; Heinz, in: Britz/Jung/Koriath/Müller (Hrsg.), Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 271 (311) mit empirischen Daten aus den 1990er-Jahren.

<sup>4</sup> Groneberg, JA 2016, 378 (379, 381).

<sup>5</sup> Meurer/Staufenbiel, JA 2005, 210 (212).

<sup>6</sup> Kühlewein, JuS 2002, 271 (276); Meurer/Staufenbiel, JA 2005, 457 (462).

<sup>7</sup> Weitner/Schuster, JA 2016, 61.

<sup>8</sup> Vgl. das Prüfungsgespräch bei Sporleder-Geb/Stüber, JA 2009, 535.

<sup>9</sup> Dinter/David, JA 2012, 281.

<sup>10</sup> ZEIT ONLINE v. 10.6.2016, abrufbar unter <http://www.zeit.de/gesellschaft/2016-07/steuerhinterziehung-alice-schwarzer-strafbefehl> (6.2.2017).

<sup>11</sup> Dinter/David, JA 2012, 281 (283).

<sup>12</sup> BVerfG NJW 1954, 69; OLG Köln NJW 1968, 314 (315).

<sup>13</sup> Temming (Fn. 2), § 407 Rn. 1; Meyer-Goßner, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, 59. Aufl. 2016, Vor §§ 407 ff. Rn. 1.

<sup>14</sup> Meurer, JuS 1987, 882.

<sup>15</sup> Ranft, JuS 2000, 633.

<sup>16</sup> Ranft, JuS 2000, 633.

<sup>17</sup> Temming (Fn. 2), § 407 Rn. 4.

<sup>18</sup> Vgl. Sydow, Strafbefehl ist kein Bußgeldbescheid, sondern strafgerichtliche Verurteilung, abrufbar unter <http://www.rug-anwaltsblog.de/2012/12/05/strafbefehl-ist-kein-busgeld-bescheid-sondern-strafgerichtliche-verurteilung/> (6.2.2017).

hinter dem Unrechtsgehalt der jeweiligen Tat zurückbleibende Strafen ausgesprochen werden, um einen Einspruch zu vermeiden<sup>19</sup> oder die Strafen zu niedrig bemessen werden, da vor Beantragung kein Bundeszentralregisterauszug eingeholt wird.<sup>20</sup> Dennoch wird das Strafbefehlsverfahren als praktisch unentbehrlich empfunden, da die Justiz überlastet wäre, wenn jedes Verfahren durch Hauptverhandlung und Urteil erledigt werden müsste.<sup>21</sup> Die Gefahr einer fehlerhaften, für den Betroffenen nachteiligen Entscheidung und die Einschränkung des rechtlichen Gehörs im Sinne des Art. 103 Abs. 1 GG werden durch die Möglichkeit des Einspruchs ausgeglichen.<sup>22</sup>

## II. Zulässigkeitsvoraussetzungen für den Erlass eines Strafbefehls

Ausführungen zur Zulässigkeit des Strafbefehlsverfahrens sind im Rahmen der Zweiten Juristischen Prüfung im Aktenvortrag aus Sicht der Staatsanwaltschaft sowie wenn ein Strafbefehlsantrag als abschließende Entscheidung der Staatsanwaltschaft zu erwägen ist, notwendig.<sup>23</sup> Letzteres ist jedoch oftmals durch einen entsprechenden Bearbeitervermerk abgeschlossen.

### 1. Strafbefehlsantrag der Staatsanwaltschaft, § 407 Abs. 1 S. 1 StPO

Voraussetzung für den Erlass eines Strafbefehls ist gem. § 407 Abs. 1 S. 1 StPO ein schriftlicher Antrag der Staatsanwaltschaft.<sup>24</sup> Vorgesehen ist eine Ausnahme vom Schriftformerfordernis in § 408a Abs. 1 S. 2 StPO für den nach Eröffnung des Hauptverfahrens in der Hauptverhandlung gestellten Antrag, der auch mündlich gestellt werden darf.<sup>25</sup> Fehlt es an einem Antrag der Staatsanwaltschaft, ist ein dennoch erlassener Strafbefehl unwirksam.<sup>26</sup> In Nr. 176 Abs. 1 RiStBV ist vorgesehen, dass die Staatsanwaltschaft im Regelfall den Strafbefehlsantrag durch Einreichung eines Strafbefehlsentwurfs mit dem Antrag, einen Strafbefehl dieses

Inhalts zu erlassen, stellt. Aus § 408 Abs. 3 StPO ergibt sich, dass Antrag und Strafbefehl einander entsprechen müssen.<sup>27</sup> Der Strafbefehlsantrag muss somit den für den Strafbefehl in § 409 Abs. 1 Nrn. 1-6 StPO vorgeschriebenen Inhalt haben.<sup>28</sup> U.a. ist nach § 409 Abs. 1 Nr. 3 StPO „die Bezeichnung der Tat“ notwendiger Bestandteil. Die Darstellung hat, da es sich beim Strafbefehl um eine besondere Form der Erhebung der öffentlichen Klage handelt (vgl. § 407 Abs. 1 S. 4 StPO), wie im Anklagesatz (§ 200 Abs. 1 S. 1 StPO) zu erfolgen.<sup>29</sup>

*Fall 1:* Gegen A ergeht ein Strafbefehl wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis (§ 21 Abs. 1 StVG) in vier Fällen im Zeitraum von Mai bis Juli 2015. A soll seinen Pkw trotz gerichtlich angeordneten Fahrverbots nach § 44 StGB für Fahrten zu seiner Arbeitsstelle genutzt haben. Die genauen Tatzeiträume werden nur für zwei der dem A zur Last gelegten Fahrten benannt.

Der Strafbefehl hat, wie die Anklageschrift, eine Umgrenzungsfunktion, was die Bestimmung des Prozessgegenstands angeht.<sup>30</sup> Die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat muss nach Ort und Zeit sowie hinsichtlich der Tatumstände so genau gekennzeichnet sein, dass sie sich von anderen gleichartigen Handlungen, die er begangen haben kann, genügend unterscheidet, damit über den Umfang der Rechtskraft keine Unsicherheit herrscht.<sup>31</sup> Dies ist in *Fall 1* hinsichtlich zweier Taten gerade nicht der Fall.<sup>32</sup> Der trotz zweifelhafter Tatidentität ergangene Strafbefehl ist dennoch wirksam. Nach ordnungsgemäßem Einspruch muss das Verfahren aber wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung eingestellt werden.<sup>33</sup> Da sich das Verfahrenshindernis in *Fall 1* nur auf zwei von vier Taten im Sinne des § 53 StGB bezieht, würde eine Teileinstellung erfolgen.<sup>34</sup>

Der Antrag auf Erlass eines Strafbefehls ist gem. § 407 Abs. 1 S. 3 StPO im Unterschied zur Anklageschrift auf eine bestimmte Rechtsfolge zu richten, die nach § 409 Abs. 1 Nr. 6 StPO im Strafbefehl enthalten sein muss. Der Strafbefehl ist gem. § 464 Abs. 1 StPO mit einer Kostenentscheidung zu versehen; i.d.R. werden nach § 465 Abs. 1 StPO dem Angeklagten die Kosten des Verfahrens auferlegt.<sup>35</sup>

Nach § 407 Abs. 1 S. 2 StPO stellt die Staatsanwaltschaft den Antrag auf Erlass eines Strafbefehls, wenn sie nach dem Ergebnis der Ermittlungen eine Hauptverhandlung für nicht

<sup>19</sup> Vgl. *Schmidt-Hieber*, NJW 1982, 1017 (1020).

<sup>20</sup> *Temming* (Fn. 2), § 407 Rn. 4.

<sup>21</sup> *Meyer-Goßner* (Fn. 13), Vor §§ 407 ff. Rn. 1.

<sup>22</sup> BVerfG NJW 1954, 69; BVerfG NJW 1969, 1103 (1104); *Meyer-Goßner* (Fn. 13), § 407 Rn. 24; *Ranft*, JuS 2000, 633 (636). Kritisch *Ambos*, Jura 1998, 281 (288); a.A. *Weßlau*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, GVG und EMRK*, Bd. 8, 4. Aufl. 2013, Vorb. §§ 407 ff. StPO Rn. 20 ff.

<sup>23</sup> *Dinter/David*, JA 2012, 281 f.

<sup>24</sup> In Steuerstrafverfahren erfolgt gem. § 400 AO ein Antrag der Finanzbehörde, falls diese gem. § 386 Abs. 2 AO das Ermittlungsverfahren selbstständig durchführt; *Maur*, in: *Hannich* (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7. Aufl. 2013, § 407 Rn. 31.

<sup>25</sup> Anders noch OLG Stuttgart NStZ 1998, 100; OLG Hamburg, NStZ 1988, 522; *Rieß*, JR 1988, 133 (135) zu § 408a StPO a.F. Vor Eröffnung des Hauptverfahrens muss auch dieser Antrag schriftlich gestellt werden, *Temming* (Fn. 2), § 408a Rn. 11a.

<sup>26</sup> *Temming* (Fn. 2), § 407 Rn. 7, 10.

<sup>27</sup> *Temming* (Fn. 2), § 407 Rn. 11.

<sup>28</sup> *Meyer-Goßner* (Fn. 13), § 407 Rn. 6.

<sup>29</sup> BayObLG StV 2002, 356; *Meyer-Goßner* (Fn. 13), § 409 Rn. 4.

<sup>30</sup> OLG Oldenburg StraFo 2006, 412; BayObLG StV 2002, 356; *Ranft*, JuS 2000, 633 (635).

<sup>31</sup> OLG Karlsruhe StV 2005, 598; BayObLG StV 2002, 356.

<sup>32</sup> Zu den Entscheidungsmöglichkeiten des Gerichts vgl. III. 2.

<sup>33</sup> OLG Karlsruhe StV 2005, 598; OLG Düsseldorf NStZ 1991, 99; *Ranft*, JuS 2000, 633 (635).

<sup>34</sup> Vgl. *Eschelbach*, in: *Graf* (Fn. 2), § 260 Rn. 13 (Stand: 1.1.2017).

<sup>35</sup> *Temming* (Fn. 2), § 409 Rn. 8.

erforderlich erachtet. In dem Fall ist sie zur Antragsstellung verpflichtet.<sup>36</sup> Aus Nr. 175 Abs. 3 S. 1 RiStBV ergibt sich, dass eine Hauptverhandlung erforderlich ist, wenn die vollständige Aufklärung aller für die Rechtsfolgenbestimmung wesentlichen Umstände oder Gründe der Spezial- oder Generalprävention ihre Durchführung geboten erscheinen lassen. Aus Gründen der Spezialprävention ist eine Hauptverhandlung erforderlich, wenn gegen den Beschuldigten in der Vergangenheit ein oder mehrere Strafbefehle ergangen sind, welche ihn nicht von der Begehung weiterer Straftaten abgehalten haben.<sup>37</sup>

*Fall 2:* Gegen B läuft ein Ermittlungsverfahren wegen Entziehung elektrischer Energie (§ 248c StGB) zum Nachteil seines Nachbarn. Über seinen Verteidiger lässt B verlautbaren, dass das Verfahren nach § 170 Abs. 2 S. 1 StPO einzustellen sei, ein Strafbefehl in keinem Fall akzeptiert werde.

Auf einen Strafbefehlsantrag ist nach Nr. 175 Abs. 3 S. 2 RiStBV nicht schon deswegen zu verzichten, weil ein Einspruch des Angeschuldigten zu erwarten ist, wie es sich in *Fall 2* abzeichnet. Überwiegend wird dennoch angenommen, dass die Ankündigung des Beschuldigten, einen Strafbefehl keinesfalls zu akzeptieren, die er in Kenntnis eines beabsichtigten Strafbefehlsantrags tätigt, eine Hauptverhandlung erforderlich macht.<sup>38</sup> Insbesondere erscheine das Strafbefehlsverfahren für den Beschuldigten in dieser Situation nachteilig, da kein wesentliches Ergebnis der Ermittlungen im Sinne des § 200 Abs. 2 StPO mitgeteilt werde.<sup>39</sup> Folgt man dem, macht Bs Ankündigung eine Hauptverhandlung erforderlich.

#### 2. Vergehen (§ 12 Abs. 2 StGB), § 407 Abs. 1 S. 1 StPO

Ein Strafbefehl darf nach § 407 Abs. 1 S. 1 StPO nur für die Rechtsfolgen eines Vergehens im Sinne des § 12 Abs. 2 StGB ergehen.

#### 3. Verfahren vor dem Strafrichter (§§ 24, 25 GVG), § 407 Abs. 1 S. 1 StPO

Nach dem Wortlaut des § 407 Abs. 1 S. 1 StPO kann ein Strafbefehl sowohl im Verfahren vor dem Strafrichter als auch vor dem Schöffengericht beantragt werden. Anträge zum Schöffengericht sind aber nach Änderung von § 25 GVG

durch das RPfEntlG,<sup>40</sup> das mit Wirkung zum 1.3.1993 in Kraft trat, nur noch nach Maßgabe des § 408a StPO nach Eröffnung des Hauptverfahrens denkbar, da der Strafrichter bei Vergehen, wenn keine höhere Freiheitsstrafe als zwei Jahre zu erwarten ist, immer zuständig ist und durch den Strafbefehl höchstens eine Freiheitsstrafe von einem Jahr verhängt werden darf.<sup>41</sup> Da auch der Strafbefehl nach Eröffnung des Hauptverfahrens auf die Rechtsfolgen des § 407 Abs. 2 StPO beschränkt ist,<sup>42</sup> gilt dies nur bei einer Änderung der Sach- und Rechtslage gegenüber dem Eröffnungsbeschluss, die zu einer Rechtsfolge unterhalb der ursprünglichen Straferwartung führt – etwa wenn sich der Umfang der erlittenen Verletzungen als bedeutend geringer als angenommen erweist<sup>43</sup> – sowie für mitangeklagte Beteiligte, für die von vornherein eine unterhalb des Hauptangeklagten liegende Straferwartung bestand.

#### 4. Hinreichender Tatverdacht im Sinne der §§ 170 Abs. 1, 203 StPO

Die Antragsstellung durch die Staatsanwaltschaft erfordert einen hinreichenden Tatverdacht im Sinne der §§ 170 Abs. 1, 203 StPO, da sie gem. § 407 Abs. 1 S. 4 StPO die Erhebung der öffentlichen Klage darstellt.<sup>44</sup> Strittig ist, ob als Erlassvoraussetzung für das Gericht der gleiche Verdachtsgrad ausreichend ist oder die volle richterliche Überzeugung gegeben sein muss. Aus dem Umkehrschluss aus § 408 Abs. 2 S. 1 StPO und dem summarischen Verfahren entnimmt die herrschende Ansicht, dass die Schuld des Täters nicht zur Überzeugung des Gerichts feststehen muss, sondern ein nach Aktenlage bestehender hinreichender Tatverdacht genügt.<sup>45</sup> Eine richterliche Überzeugung im Sinne des § 261 StPO sei zwingend mit dem in der mündlichen Verhandlung vermittelten persönlichen Eindruck des Richters verbunden.<sup>46</sup> Die Gegenansicht verlangt, da der rechtskräftige Strafbefehl gem. § 410 Abs. 3 StPO dem Urteil gleichsteht und aufgrund des Rechtsstaatsprinzips,<sup>47</sup> die volle richterliche Überzeugung, wobei die Tatsachengrundlage nicht der Inbegriff der Hauptverhandlung, sondern das aktenmäßige Ergebnis der Ermitt-

<sup>36</sup> Maur (Fn. 24), § 407 Rn. 3; Ranft, JuS 2000, 633 (634) – „Ermessensbindung.“

<sup>37</sup> Dinter/David, JA 2012, 281 (282).

<sup>38</sup> Gössel, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 8, 26. Aufl. 2009, § 407 Rn. 51; Maur (Fn. 24), § 407 Rn. 3. Vgl. auch Burkhard, StraFo 2004, 342 (344), wonach der Erlass eines Strafbefehls in dieser Situation aufgrund der Akzeptanzfunktion des Strafbefehls – der Strafbefehl zielt darauf ab, dass der Angeklagte Inhalt und Strafmaß akzeptiert – keinen Sinn macht; a.A. Temming (Fn. 2), § 407 Rn. 12.

<sup>39</sup> OLG Düsseldorf NSTZ 1991, 99 (100).

<sup>40</sup> Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege, BGBl. I 1993, S. 50.

<sup>41</sup> Meyer-Goßner (Fn. 13), § 408 Rn. 5 f.; a.A. AG Höxter MRD 1994, 1139; Hohendorf, MDR 1994, 294.

<sup>42</sup> Temming (Fn. 2), § 407 Rn. 5.

<sup>43</sup> Gössel (Fn. 38), § 408a Rn. 10. Dies gilt auch, wenn der Eröffnungsbeschluss auf ein Verbrechen bezogen war, solange der Strafbefehl den Tatvorwurf als Vergehen einordnet, Temming (Fn. 2), § 407 Rn. 5; a.A. Meyer-Goßner (Fn. 13), § 408a Rn. 3.

<sup>44</sup> Ambos, Jura 1998, 281 (285); Temming (Fn. 2), § 407 Rn. 9.

<sup>45</sup> BVerwG NJW 1988, 1340; OLG Karlsruhe NJW 1977, 62 (63); Dinter/David, JA 2012, 281 (282); Roxin/Schünemann (Fn. 1), § 68 Rn. 7; Schaal, in: Geppert/Dehnicke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, 1990, S. 427 (441 ff.).

<sup>46</sup> Schaal (Fn. 45), S. 441 f.

<sup>47</sup> Maur (Fn. 24), § 408 Rn. 15.

lungen sei.<sup>48</sup> § 408 Abs. 2 S. 1 StPO besage lediglich, was zu geschehen habe, wenn es schon am hinreichenden Tatverdacht fehle.<sup>49</sup> Nur bei voller Überzeugung von der Schuld des Angeklagten könne der Richter keine Bedenken im Sinne des § 408 Abs. 3 S. 1 StPO haben.<sup>50</sup> Gegen die zweitgenannte Auffassung lässt sich aber einwenden, dass der Strafbefehl nach der Rechtsprechung nur eine vorläufige Entscheidung ist,<sup>51</sup> sodass schon nach dem Grundgedanken des Strafbefehlsverfahrens die Einschätzung des erlassenden Richters aufgrund der Hauptverhandlung nach Einspruch revidiert werden wird; dies lässt sich nur schwer mit dem Erfordernis der vollen richterlichen Überzeugung vereinbaren.

##### 5. Kein Strafbefehlsverfahren gegen Jugendliche, § 79 Abs. 1 JGG

Gegen einen Jugendlichen im Sinne des § 1 Abs. 2 Alt. 1 JGG darf gem. § 79 Abs. 1 JGG kein Strafbefehl erlassen werden. Der Hintergrund dieser Regelung liegt zum einen darin, dass ein Strafbefehl dem Erziehungsgedanken (§ 2 Abs. 1 JGG) des Jugendstrafrechts zuwiderlaufen würde. Zum anderen wird die Gefahr, dass ein Einspruch aus Scham, Leichtsinn, Angst oder Ungeschicklichkeit unterlassen wird, bei Jugendlichen noch größer als bei Erwachsenen eingeschätzt.<sup>52</sup> Für Heranwachsende im Sinne des § 1 Abs. 2 Alt. 2 JGG gilt dies nach § 109 Abs. 1 S. 1 JGG nur, wenn gem. § 105 JGG Jugendstrafrecht angewendet wird. Ist dies nicht der Fall, sodass ein Strafbefehl erlassen werden darf, ist die Festsetzung einer Freiheitsstrafe ausgeschlossen, § 109 Abs. 3 JGG. Die Entscheidung, ob gegen einen Heranwachsenden Erwachsenen- oder Jugendstrafrecht zur Anwendung gelangt, kann jedoch ohne eine mündliche Verhandlung ohnehin kaum getroffen werden, sodass dem Strafbefehlsverfahren gegen Heranwachsende kaum ein Anwendungsbereich verbleibt.<sup>53</sup> Ein gegen einen Jugendlichen oder Heranwachsenden zu Unrecht ergangener Strafbefehl ist nicht nichtig, sondern er leidet unter einem Verfahrensmangel, der bei Einspruchseinlegung dadurch geheilt wird, dass das Jugendgericht die Hauptverhandlung anberaumat.<sup>54</sup> Wird der Strafbefehl rechtskräftig, wird teilweise angenommen, dass der Vollstreckung gem. § 458 Abs. 1 StPO abgeholfen wer-

den kann,<sup>55</sup> teilweise davon ausgegangen, dass Abhilfe nur im Einzelfall im Gnadenwege möglich ist.<sup>56</sup>

##### 6. Kein Strafbefehl bei fehlender Zustellungsmöglichkeit

Nach Nr. 175 Abs. 2 S. 1 RiStBV soll der Erlass eines Strafbefehls nur beantragt werden, wenn der Aufenthalt des Beschuldigten bekannt ist, sodass in der regelmäßigen Form zugestellt werden kann. Gegen Abwesende im Sinne des § 276 StPO kann grundsätzlich kein Strafbefehl erfolgen, da die öffentliche Zustellung nach § 40 StPO unzulässig wäre,<sup>57</sup> weil der Betroffene bei dieser Form der Zustellung i.d.R. nicht erfährt, dass gegen ihn eine Strafe verhängt wurde und sich somit nicht mit dem Einspruch zur Wehr setzen kann, sodass ein Verstoß gegen das rechtliche Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG vorliegen würde.<sup>58</sup> Etwas anderes gilt aber, wenn der Beschuldigte nach § 132 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO einen Zustellungsbevollmächtigten bestellt hat.<sup>59</sup> Die Zustellung an diesen hindert den Lauf der Einspruchsfrist<sup>60</sup> nicht, solange sichergestellt ist, dass der Beschuldigte tatsächlich über die volle Frist für die Einspruchseinlegung verfügt.<sup>61</sup>

##### 7. Zulässige Rechtsfolgen, § 407 Abs. 2 StPO

Die Rechtsfolgen, die im Strafbefehl allein oder nebeneinander festgesetzt werden dürfen, sind in § 407 Abs. 2 StPO abschließend<sup>62</sup> aufgezählt. Eine Kombination von Rechtsfolgen ist – auch wenn sich dies nicht aus dem Wortlaut ergibt – nur in den Grenzen des materiellen Rechts zulässig.<sup>63</sup> Festgesetzt werden darf z.B. nach § 407 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StPO eine Geldstrafe, wobei bis zu der gesetzlich in §§ 40 Abs. 1 S. 2, 54 Abs. 2 S. 2 StGB vorgesehenen Höchstzahl von Tagessätzen verhängt werden darf.<sup>64</sup> Nach § 407 Abs. 2 S. 2 StPO kann, wenn der Beschuldigte einen Verteidiger hat, auch Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr festgesetzt werden,

<sup>48</sup> Ambos, Jura 1998, 281 (287 f.); Maur (Fn. 24), § 408 Rn. 9, 15; Pfeiffer, Strafprozessordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2005, § 408 Rn. 4; Rieß, JR 1988, 133 (134).

<sup>49</sup> Maur (Fn. 24), § 408 Rn. 15.

<sup>50</sup> Ambos, Jura 1998, 281 (288).

<sup>51</sup> EuGH NJW 2016, 303; OLG Stuttgart NJW 1953, 1156; VG München BeckRS 1997, 18444.

<sup>52</sup> BayObLG NJW 1957, 838; Eisenberg, Jugendgerichtsgesetz, 18. Aufl. 2016, § 79 Rn. 2. Kritisch Noak, JA 2005, 539 (542) – die Gefahr bestehe bei Heranwachsenden und Erwachsenen in gleicher Weise.

<sup>53</sup> Meurer, JuS 1987, 882 (883).

<sup>54</sup> BayObLG NJW 1957, 838; Meyer-Göfner (Fn. 13), § 407 Rn. 5.

<sup>55</sup> Ranft, JuS 2000, 633 (634).

<sup>56</sup> Maur (Fn. 24), § 407 Rn. 27. Zur Wiederaufnahme nach § 373a Abs. 2 StPO i.V.m. § 359 Nr. 5 StPO LG Landau NSTZ-RR 2003, 28; Noak, JA 2005, 539 (542).

<sup>57</sup> Meyer-Göfner (Fn. 13), § 407 Rn. 4; a.A. LG München I MDR 1981, 71 – jedenfalls wenn der Beschuldigte bereits vernommen wurde.

<sup>58</sup> OLG Düsseldorf NJW 1997, 2965.

<sup>59</sup> BayObLG BeckRS 1995, 18318; Maur (Fn. 24), § 407 Rn. 35; Mayer, NSTZ 2016, 76 (78). Weiterführend Greßmann NSTZ 1991, 216.

<sup>60</sup> Vgl. IV. 1. b) aa).

<sup>61</sup> EuGH NSTZ 2017, 38 (40 f.). Dies soll dadurch sichergestellt sein, dass der Beschuldigte den Zustellungsbevollmächtigten instruieren kann, ihn über den Eingang amtlicher Schriftstücke unverzüglich zu informieren und bei Vorliegen der Voraussetzungen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren ist, OLG München NSTZ-RR 2016, 249.

<sup>62</sup> Meyer-Göfner (Fn. 13), § 407 Rn. 10.

<sup>63</sup> Meurer, JuS 1987, 882 (883); Meyer-Göfner (Fn. 13), § 407 Rn. 23.

<sup>64</sup> Maur (Fn. 24), § 407 Rn. 9.

wenn deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wird,<sup>65</sup> was in der Praxis nur äußerst selten geschieht.<sup>66</sup> Bei Festsetzung einer Freiheitsstrafe ergeht ein gesonderter Beschluss über Bewährungszeit und Auflagen nach § 268a Abs. 1 i.V.m. §§ 56a ff. StPO,<sup>67</sup> der mit dem Strafbefehl zugestellt wird.<sup>68</sup> In dem Fall wird die Staatsanwaltschaft mit dem Strafbefehlsantrag sogleich die Beiordnung eines Verteidigers gem. § 408b S. 1 StPO beantragen, wobei dieser Antrag nicht zwingend notwendig ist, da das Gericht von Amts wegen zur Beiordnung verpflichtet ist.<sup>69</sup> Strittig ist die Wirkung der Bestellung in zeitlicher Hinsicht:

Eine Ansicht nimmt an, dass die Bestellung auf das Strafbefehlsverfahren einschließlich des Einspruchs beschränkt ist.<sup>70</sup> Hierfür wird auf die systematische Stellung des § 408b StPO verwiesen, den der Gesetzgeber gerade nicht bei den Vorschriften über die notwendige Verteidigung (§§ 140 ff. StPO) eingeordnet habe.<sup>71</sup> § 408b S. 2 StPO verweise gerade nicht auf die Vorschriften über die Pflichtverteidigung insgesamt, sondern nur auf § 141 Abs. 3 StPO.<sup>72</sup> Die Pflichtverteidigerbestellung sei nach der Gesetzesbegründung der besonderen prozessualen Situation geschuldet und das Recht der notwendigen Verteidigung solle unberührt bleiben.<sup>73</sup> Diese bestehe aufgrund der schriftlichen Straffestsetzung im Strafbefehlsverfahren, sodass die Verteidigerbestellung die fehlende Anhörung des Beschuldigten kompensiere. Nach Einspruchseinlegung beständen keine derartigen vom Normalverfahren abweichenden Besonderheiten, welche die Anwesenheit eines Verteidigers per se notwendig machen wür-

den.<sup>74</sup> Anderenfalls werde derjenige, gegen den durch Strafbefehl eine Freiheitsstrafe festgesetzt wurde, besser gestellt als derjenige, gegen den eine Geldstrafe festgesetzt wurde, der aber aufgrund der Nichtgeltung des Verbots der reformatio in peius<sup>75</sup> nach Einspruchseinlegung mit einer Freiheitsstrafe rechnen müsse.<sup>76</sup> Argumentiert wird weiter, dass ansonsten ein Wertungswiderspruch entstände, denn derjenige, gegen den ein Strafbefehl mit zur Bewährung ausgesetzter Freiheitsstrafe erlassen wurde, hätte in der Hauptverhandlung stets einen Pflichtverteidiger, nicht aber derjenige, gegen den gleich Anklage erhoben wurde, da eine Freiheitsstrafe ohne Bewährung droht, ohne dass die (engeren) Voraussetzungen des § 140 Abs. 1, 2 StPO vorliegen.<sup>77</sup> Nach der Gegenansicht ist diese „Ungereimtheit“ mangels Erkennbarkeit eines gegenläufigen gesetzgeberischen Willens hinzunehmen.<sup>78</sup> Hiernach wirkt die Verteidigerbestellung über einen eventuellen Einspruch hinaus bis zum Abschluss des Hauptverfahrens fort,<sup>79</sup> wobei teilweise die Fortgeltung nur angenommen wird, wenn die Hauptverhandlung durch Einspruch zustande kommt, nicht wenn der Richter sie aufgrund von Bedenken, im Strafbefehlswege zu entscheiden, anberaumt.<sup>80</sup> Innerhalb dieser Ansicht ist umstritten, ob die Bestellung mit Einlegung des Rechtsmittels gegen die auf den Einspruch ergangene Entscheidung endet oder das anschließende Rechtsmittelverfahren mitumfasst.<sup>81</sup> Für die Weitergeltung der Verteidigerbestellung wird angeführt, dass das Gesetz die Bestellung, anders als in §§ 118a Abs. 2 S. 3, 350, 418 Abs. 4 StPO, nicht ausdrücklich beschränkt<sup>82</sup> und es sich bei § 408b S. 1 StPO um einen Spezialfall der notwendigen Verteidigung handle.<sup>83</sup> Die nach der Gesetzesbegründung für die notwendige Verteidigung ausschlaggebende besondere prozessuale Situation bestehe fort, denn die Verteidigerbestellung solle den Nachteilen der erleichterten Beweisaufnahme nach § 411 Abs. 2 S. 2 StPO i.V.m. § 420 StPO, die auch für das beschleunigte Verfahren gilt, Rechnung tragen: Für das beschleunigte Verfahren ist gem. § 418 Abs. 4 StPO dem unverteidigten Beschuldigten ein Pflichtverteidiger zu bestellen, wenn eine Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten zu erwarten ist. Derjenige, der „auf dem Umweg über das Strafbefehlsverfahren“ zur Beweiserleichterung gelangt, sei schutz-

<sup>65</sup> Dies wird in der Literatur teilweise kritisch beurteilt, u.a. da die Verhängung von Freiheitsstrafen und deren Aussetzung zur Bewährung von komplexen Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen abhängig ist, denen das schriftliche Strafbefehlsverfahren nicht gerecht werde, *Weßlau* (Fn. 22), § 407 Rn. 23 ff.

<sup>66</sup> *Weßlau* (Fn. 22), § 407 Rn. 22 mit entsprechenden Nachweisen.

<sup>67</sup> *Meyer-Goßner* (Fn. 13), § 407 Rn. 22. Bei dem Beschluss soll der Richter an den Antrag der Staatsanwaltschaft nicht gebunden sein, *Böttcher/Mayer*, NStZ 1993, 153 (156); *Schellenberg*, NStZ 1994, 570 (571).

<sup>68</sup> *Maur* (Fn. 24), § 407 Rn. 21.

<sup>69</sup> *Temming* (Fn. 2), § 408b Rn. 2.

<sup>70</sup> KG Berlin JurBüro 2013, 381; OLG Düsseldorf NStZ 2002, 390; *Hohendorf*, MDR 1993, 597 (598); *Lutz*, NStZ 1998, 395 (396); *Metzger*, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), KMR, Kommentar zur Strafprozeßordnung, 74. Lfg., Stand: Mai 2015, § 408b Rn. 10; *Ranft*, JuS 2000, 633 (635); *Temming* (Fn. 2), § 408b Rn. 5. Vgl. AG Höxter NJW 1994, 2842 – Bestellung ist bis zur Entscheidung des Gerichts über Erlass oder Nichterlass des Strafbefehls zu befristen. Hiergegen spricht, dass nach dieser Auffassung der durch den Verteidiger ohne Vollmacht eingelegte Einspruch unwirksam wäre, was den Zweck der Verteidigerbestellung unterlaufen würde; *Lutz*, NStZ 1998, 395 (396).

<sup>71</sup> KG Berlin JurBüro 2013, 381.

<sup>72</sup> OLG Düsseldorf NStZ 2002, 390.

<sup>73</sup> BT-Drs. 12/3832, S. 42.

<sup>74</sup> KG Berlin JurBüro 2013, 381.

<sup>75</sup> Vgl. III. 4.

<sup>76</sup> KG Berlin JurBüro 2013, 381.

<sup>77</sup> *Temming* (Fn. 2), § 408b Rn. 5.

<sup>78</sup> *Weßlau* (Fn. 22), § 408b Rn. 10.

<sup>79</sup> OLG Celle StraFo 2011, 291; OLG Köln NStZ-RR 2010, 30 f.; *Böttcher/Mayer*, NStZ 1993, 153 (156); *Brackert/Staechelin*, StV 1995, 547; *Gössel* (Fn. 38), § 408b Rn. 12 f.; *Maur* (Fn. 24), § 408b Rn. 8; *Schellenberg*, NStZ 1994, 570; *Siegismund/Wickern*, wistra 1993, 81 (91); *Weßlau* (Fn. 22), § 408b Rn. 10.

<sup>80</sup> A.A. *Brackert/Staechelin*, StV 1995, 547 (548, 552) m.w.N.

<sup>81</sup> *Gössel* (Fn. 38), § 408b Rn. 13 – bis zur etwaigen Einlegung eines Rechtsmittels. Vgl. auch OLG Köln NStZ-RR 2010, 30 f. m.w.N.

<sup>82</sup> OLG Celle StraFo 2011, 291; *Maur* (Fn. 24), § 408b Rn. 8.

<sup>83</sup> *Gössel* (Fn. 38), § 408b Rn. 13.

bedürftiger als derjenige, gegen den das beschleunigte Verfahren betrieben wird, da hier weder die Beschränkung des § 419 Abs. 1 S. 2 StPO noch bei gleichbleibendem Sachverhalt ein Verschlechterungsverbot gilt.<sup>84</sup> Weiter sei der Angeklagte besonders schutzwürdig, da er auf den Richter treffe, der den Strafbefehl erlassen habe und sich somit bereits aufgrund der Aktenlage eine verfestigte Überzeugung von seiner Schuld gebildet habe.<sup>85</sup> Durch die Verteidigerbestellung werde beim Angeklagten Vertrauen in die fortwirkende anwaltliche Beratung und Betreuung erzeugt, welches – wie § 140 Abs. 1 Nr. 8 StPO zeige – schutzwürdig ist. Insbesondere könne man dem Laien schwer verständlich machen, dass die Bestellung des Verteidigers nur wegen der besonderen Verfahrenssituation erfolgt sei und gerade, wenn es für ihn „richtig, ernst“ wird“ – mit der Hauptverhandlung –, enden soll.<sup>86</sup> Dem wird wiederum entgegnet, berechtigtes Vertrauen auf Fortwirkung der Bestellung entstehe nicht, wenn das Gericht den Verteidiger explizit für die Frage bestellt, ob gegen den Strafbefehl Einspruch eingelegt wird.<sup>87</sup>

*Fall: 3:* Gegen C wird im Strafbefehl eine Freiheitsstrafe von acht Monaten festgesetzt. Die Bestellung eines Verteidigers wird unterlassen. C legt über einen nach Zustellung des Strafbefehls mandatierten Wahlverteidiger Einspruch ein und ist in der nachfolgenden Hauptverhandlung durch diesen verteidigt. Kann die gegen das am Ende der Hauptverhandlung ergangene Urteil ordnungsgemäß eingelegte Revision mit einem Verstoß gegen § 407 Abs. 2 S. 2 StPO begründet werden?

Wird es versäumt im Falle des § 407 Abs. 2 S. 2 StPO einen Verteidiger zu bestellen, hat dies auf die Wirksamkeit des Strafbefehls keinen Einfluss. Ergeht nach Einspruch ein Urteil, kann die fehlende Verteidigerbestellung mit der Revision als relativer Revisionsgrund im Sinne des § 337 StPO gerügt werden, wobei es i.d.R. an einem Beruhen fehlen soll. Ob ein absoluter Revisionsgrund nach § 338 Nr. 5 StPO i.V.m. § 140 Abs. 2 StPO vorliegt, weil der notwendige Verteidiger in der Hauptverhandlung fehlt, ist eine hiervon zu trennende Frage.<sup>88</sup> Da C in *Fall 3* einen Wahlverteidiger im Sinne der §§ 137, 138 StPO hatte und auch dieser notwendiger Verteidiger im Sinne des § 140 StPO sein kann,<sup>89</sup> ist die Revision mit der vorgebrachten Rüge erfolglos.

Wird eine in § 407 Abs. 2 StPO nicht vorgesehene Rechtsfolge festgesetzt, führt dies nicht zur Nichtigkeit des Strafbefehls, sondern dieser reicht als Verfahrensgrundlage

<sup>84</sup> OLG Köln NStZ-RR 2010, 30 (31); *Brackert/Staechelin*, StV 1995, 547 (551 f.).

<sup>85</sup> *Gössel* (Fn. 38), § 408b Rn. 12.

<sup>86</sup> *Brackert/Staechelin*, StV 1995, 547 (548 ff.); *Weßlau* (Fn. 22), § 408b Rn. 10.

<sup>87</sup> *Lutz*, NStZ 1998, 395 (396).

<sup>88</sup> *Temming* (Fn. 2), § 408b Rn. 6.

<sup>89</sup> Vgl. *Thomas/Kämpfer*, in: Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2014, § 140 Rn. 1.

im Falle eines Einspruchs aus.<sup>90</sup> Eine vollstreckungsfähige Entscheidung liegt nicht vor, was das Gericht gem. § 458 Abs. 1 StPO auf Antrag oder von Amts wegen feststellt.<sup>91</sup>

### III. Verfahrensablauf

Zum Verständnis des Strafbefehlsverfahrens ist es hilfreich, sich einen Überblick über den Verfahrensablauf zu verschaffen.

#### 1. Strafbefehlsantrag durch die Staatsanwaltschaft, § 407 Abs. 1 StPO

Nachdem die Staatsanwaltschaft den Abschluss der Ermittlungen in ihren Akten vermerkt hat (Nr. 175 Abs. 1 RiStBV), beantragt sie den Erlass eines Strafbefehls.<sup>92</sup>

#### 2. Entscheidung des Gerichts über den Antrag, § 408 StPO

##### a) Zuständigkeitsmängel

Wenn das Schöffengericht den Strafrichter für zuständig hält, gilt § 408 Abs. 1 S. 1 StPO. Der umgekehrte Fall ist in S. 2 geregelt, aber aus den genannten Gründen<sup>93</sup> bedeutungslos. Wenn das AG das LG oder gar OLG für zuständig hält, erklärt es sich nach einer Ansicht durch Beschluss für unzuständig.<sup>94</sup> Nach anderer Ansicht lehnt es den Antrag auf Erlass des Strafbefehls ab, wobei dies nicht die beschränkte Rechtskraftwirkung des § 408 Abs. 2 S. 2 StPO i.V.m. § 211 StPO zur Folge habe, da die Ablehnung nicht mangels hinreichenden Tatverdachts erfolge.<sup>95</sup> Auch bei örtlicher Unzuständigkeit wird teilweise vertreten, dass sich das Gericht durch Beschluss für unzuständig erklärt,<sup>96</sup> teilweise die Ablehnung des Strafbefehlsantrags ohne die Wirkung des § 211 StPO als sachgerecht erachtet.<sup>97</sup>

##### b) Kein hinreichender Tatverdacht

Wenn der Richter einen hinreichenden Tatverdacht verneint, lehnt er den Antrag ab, § 408 Abs. 2 S. 1 StPO. Der ablehnende Beschluss steht gem. § 408 Abs. 2 S. 2 StPO dem Beschluss gleich, der die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnt. Es ist somit beschränkter Strafklageverbrauch gegeben (§§ 204, 211 StPO). Bei mehreren prozessual selbstständigen Taten (§ 264 Abs. 1 StPO) ist Teilablehnung zulässig, da das Gericht ansonsten genötigt wäre eine Entscheidung zu

<sup>90</sup> OLG Koblenz NStZ 2000, 41 (42); *Meyer-Goßner* (Fn. 13), § 407 Rn. 10.

<sup>91</sup> *Maur* (Fn. 24), § 409 Rn. 25; a.A. *Vent*, JR 1980, 400 (402).

<sup>92</sup> Vgl. bereits II. 1.

<sup>93</sup> Vgl. II. 3.

<sup>94</sup> *Böttger*, in: Krekeler/Löffelmann/Sommer (Hrsg.), Anwalt-Kommentar Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2010, § 408 Rn. 2; *Meyer-Goßner* (Fn. 13), § 408 Rn. 4.

<sup>95</sup> OLG Rostock NStZ-RR 2010, 382 (383); *Gössel* (Fn. 38), § 408 Rn. 14.

<sup>96</sup> *Joecks*, Strafprozessordnung, Studienkommentar, 4. Aufl. 2015, § 408 Rn. 1; *Maur* (Fn. 24), § 408 Rn. 2.

<sup>97</sup> *Gössel* (Fn. 38), § 408 Rn. 8.

treffen, die es für falsch hält.<sup>98</sup> Der Staatsanwaltschaft steht gegen den ablehnenden Beschluss nach § 408 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 210 Abs. 2 StPO die sofortige Beschwerde zu.

### c) Keine Bedenken gegen den Erlass des Strafbefehls

Wenn gegen den Erlass des Strafbefehls keine Bedenken bestehen, hat der Richter gem. § 408 Abs. 3 S. 1 StPO dem Antrag zu entsprechen, was in der Praxis bei ca. 99 Prozent der Anträge der Fall ist.<sup>99</sup> Das Gericht darf vom Antrag der Staatsanwaltschaft nicht abweichen, denn die völlige Übereinstimmung von Staatsanwaltschaft und Gericht ist, wie sich aus § 408 Abs. 3 StPO ergibt, Voraussetzung für die Aburteilung durch Strafbefehl.<sup>100</sup> Vor Erlass des Strafbefehls bedarf es gem. § 407 Abs. 3 StPO in Abweichung zu § 33 Abs. 3 StPO keiner richterlichen Anhörung des Beschuldigten zum Antrag der Staatsanwaltschaft.<sup>101</sup> Formell ergeht der Strafbefehl als Beschluss.<sup>102</sup>

### d) Bedenken hinsichtlich einer Entscheidung ohne Hauptverhandlung

Wenn der Richter Bedenken hat, ohne Hauptverhandlung zu entscheiden, beraumt er eine solche an, § 408 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 StPO; gleiches gilt, wenn er eine andere Rechtsfolge als die beantragte festsetzen will und die Staatsanwaltschaft bei ihrem Antrag beharrt, § 408 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 StPO. Im Umkehrschluss aus § 408 Abs. 2 S. 1 StPO ergibt sich, dass der Richter in diesem Fall den hinreichenden Tatverdacht bejaht haben muss.<sup>103</sup> Bei Anberaumung einer Hauptverhandlung ergeht kein Eröffnungsbeschluss,<sup>104</sup> sondern der Angeklagte wird zur Hauptverhandlung geladen, mit der Ladung erhält er eine Abschrift des Strafbefehls ohne die beantragte Rechtsfolge, § 408 Abs. 3 S. 3 StPO. Bedenken bestehen, wenn der Richter sich vom Angeklagten einen persönlichen Eindruck verschaffen will, die Hauptverhandlung wegen der Bedeutung der Sache geboten erscheint,<sup>105</sup> wenn er die materiellrechtliche Würdigung des Falles durch die Staatsanwaltschaft für falsch hält, aber hinreichenden Tatverdacht unter einem abweichenden rechtlichen Gesichtspunkt bejaht und keine Einigung mit der Staatsanwaltschaft erzielen konnte,<sup>106</sup> wenn

der Richter zu dem Ergebnis kommt, dass zwar hinreichender Tatverdacht besteht, der Sachverhalt aber weiterer Aufklärung bedarf<sup>107</sup> oder die Schuldfähigkeit des Angeklagten in Frage steht.<sup>108</sup> Hält das Gericht einen hinreichenden Tatverdacht aus tatsächlichen Gründen für (noch) nicht gegeben, können die Akten an die Staatsanwaltschaft mit der Anregung zur weiteren Sachaufklärung zurückgegeben werden (vgl. Nr. 178 Abs. 3 RiStBV). Das Gericht ist nach h.M. nach § 202 StPO analog zu eigenen Beweiserhebungen befugt.<sup>109</sup>

### 3. Ggf. Einspruch, §§ 410, 411 StPO

Der Strafbefehl ist eine vorläufige Entscheidung, da der Beschuldigte durch Einspruchseinlegung eine Hauptverhandlung erzwingen kann.<sup>110</sup> Der Einspruch hat Suspensiv-<sup>111</sup> aber keinen Devolutiveffekt, sodass es sich nicht um ein Rechtsmittel, sondern um einen Rechtsbehelf handelt.<sup>112</sup> Über § 410 Abs. 1 S. 2 StPO finden einige Vorschriften über Rechtsmittel entsprechende Anwendung. Ein verspätet eingelegter oder sonst unzulässiger Einspruch<sup>113</sup> wird gem. § 411 Abs. 1 S. 1 HS. 1 StPO ohne Hauptverhandlung durch Beschluss, ohne Kostenentscheidung,<sup>114</sup> verworfen. Hiergegen kann gem. § 411 Abs. 1 S. 1 HS. 2 StPO i.V.m. § 311 StPO sofortige Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist begründet, wenn der Verwerfungsbeschluss fehlerhaft ist, insbesondere die Frist doch nicht versäumt wurde. Wird jedoch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinsichtlich der Einspruchsfrist gewährt, verliert der Verwerfungsbeschluss seinen Rechtsbestand, sodass die Beschwerde unbegründet wird.<sup>115</sup> Wird trotz unzulässigem Einspruch eine Hauptverhandlung anberaumt, erfolgt die Verwerfung als unzulässig im Urteil, hiergegen sind die üblichen gegen Urteile statthaften Rechtsmittel zulässig.<sup>116</sup> Bei zulässigem Einspruch ist, wenn kein Fall des § 411 Abs. 1 S. 3 StPO<sup>117</sup>

<sup>98</sup> LG München II NStZ 1990, 452; Gössel (Fn. 38), § 408 Rn. 14; a.A. Weßlau (Fn. 22), § 408 Rn. 7, 11.

<sup>99</sup> Pfeiffer (Fn. 48), Vorb. §§ 407 ff. Rn. 1. Vgl. auch BT-Drs. 10/1313, S. 14.

<sup>100</sup> Meurer, JuS 1987, 882 (883); Meyer-Goßner (Fn. 13), § 408 Rn. 11.

<sup>101</sup> Die Beschuldigtenvernehmung im Vorverfahren nach § 163a StPO findet regulär statt, Meyer-Goßner (Fn. 13), § 407 Rn. 24.

<sup>102</sup> Roxin/Schünemann (Fn. 1), § 68 Rn. 6; a.A. Temming (Fn. 2), § 409 Rn. 12 – gerichtliche Entscheidung sui generis.

<sup>103</sup> Schaal (Fn. 45), S. 428 f.

<sup>104</sup> Ambos, Jura 1998, 281 (286).

<sup>105</sup> Meyer-Goßner (Fn. 13), § 408 Rn. 12; a.A. Joecks (Fn. 96), § 408 Rn. 10.

<sup>106</sup> Joecks (Fn. 96), § 408 Rn. 11; Maur (Fn. 24), § 408 Rn. 20.

<sup>107</sup> Ranft, JuS 2000, 633 (637).

<sup>108</sup> BerlVerfGH NStZ-RR 2000, 143 (144 f.).

<sup>109</sup> Maur (Fn. 24), § 408 Rn. 4; Meyer-Goßner (Fn. 13), § 408 Rn. 7; Roxin/Achenbach, Prüfe dein Wissen, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2016, Fall 513.

<sup>110</sup> Meyer-Goßner (Fn. 13), Vorb. §§ 407 ff. Rn. 2.

<sup>111</sup> Der Suspensiveffekt wird daraus hergeleitet, dass gem. § 411 Abs. 1 S. 2 StPO eine Hauptverhandlung anzuberaumen ist, Temming (Fn. 2), § 410 Rn. 1.

<sup>112</sup> Temming (Fn. 2), § 410 Rn. 1.

<sup>113</sup> Zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen IV. 1.

<sup>114</sup> Meyer-Goßner (Fn. 13), § 411 Rn. 1.

<sup>115</sup> Bischoff/Jungkamp, JuS 2009, 61 (63).

<sup>116</sup> Ranft, JuS 2000, 633 (637).

<sup>117</sup> Ein solcher liegt vor, wenn der Anklagte seinen Einspruch auf die Höhe der Tagessätze beschränkt hat und der Angeklagte, Verteidiger und Staatsanwaltschaft einer Entscheidung ohne Hauptverhandlung durch Beschluss zustimmen. Hier gilt gem. § 411 Abs. 1 S. 2 HS. 2 StPO ein Verschlechterungsverbot. Der Grund liegt darin, dass die für die Tagessatzhöhe maßgeblichen wirtschaftlichen Verhältnisse des Angeklagten oftmals durch Belege nachgewiesen werden können, Meyer-Goßner (Fn. 13), § 411 Rn. 2a.

gegeben ist, eine Hauptverhandlung anzuberaumen, § 411 Abs. 1 S. 2 StPO.

#### 4. Ggf. Hauptverhandlung nach Einspruch, § 411 Abs. 1 S. 2 StPO

Für die Hauptverhandlung gelten grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften der §§ 213 ff. StPO.<sup>118</sup> Der Strafbefehlsantrag übernimmt die Aufgabe einer Anklage, der Strafbefehl die des Eröffnungsbeschlusses.<sup>119</sup> Statt der Anklageschrift wird der Strafbefehlsantrag ohne die Rechtsfolgen verlesen. Nachfolgend wird festgestellt, dass form- und fristgerecht Einspruch erhoben wurde.<sup>120</sup> Der Angeklagte kann sich in Abweichung zu § 230 Abs. 1 StPO gem. § 411 Abs. 2 S. 1 StPO durch einen Verteidiger mit schriftlicher Vertretungsvollmacht<sup>121</sup> vertreten lassen. Dies gilt selbst dann, wenn der Richter das persönliche Erscheinen des Angeklagten gem. § 236 StPO angeordnet hat,<sup>122</sup> was durch die Vertretungsmöglichkeit nicht ausgeschlossen wird.<sup>123</sup> Bei unentschuldigtem Ausbleiben des Angeklagten sowie eines Verteidigers mit entsprechender Vertretungsvollmacht in der aufgrund des Einspruchs anberaumten Hauptverhandlung wird der Einspruch nach § 412 S. 1 StPO i.V.m. § 329 Abs. 1 StPO als unzulässig verworfen. Die Verwerfung erfolgt durch Urteil.<sup>124</sup> Rechtsschutz gegen das Verwerfungsurteil kann durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. § 412 S. 1 i.V.m. § 329 Abs. 3 StPO und durch die gegen Urteile allgemein statthaften Rechtsmittel erlangt werden, diese können aber nur auf den Nachweis gerichtet sein, dass die Voraussetzungen des § 412 StPO nicht vorlagen.<sup>125</sup>

Nach § 411 Abs. 2 S. 2 StPO i.V.m. § 420 StPO gilt das vereinfachte Beweisnahmeverfahren wie im beschleunig-

ten Verfahren.<sup>126</sup> U.a. gilt gem. § 420 Abs. 4 StPO im Verfahren vor dem Strafrichter das Beweisantragsrecht nach § 244 Abs. 3-5 StPO nicht, sondern die Behandlung von Anträgen auf Beweisnahmen muss sich alleine am gerichtlichen Aufklärungsgebot aus § 244 Abs. 2 StPO messen lassen.<sup>127</sup> Auch werden durch § 420 Abs. 1-3 StPO gegenüber den §§ 251 ff. StPO erweiterte Verlesungsmöglichkeiten vorgesehen.<sup>128</sup>

*Fall 4:* Gegen D wurde ein Strafbefehl wegen Körperverletzung erlassen, gegen den er ordnungsgemäß Einspruch erhoben hat. In der daraufhin anberaumten Hauptverhandlung soll ein Bericht eines in der Rechtsform einer GmbH betriebenen Johanniter-Zentrums verlesen werden. Der hier anwesende D ist hiermit nicht einverstanden. Darf eine Verlesung erfolgen, um dem Gericht einen Eindruck von den seelischen Folgen der Tat für das Opfer zu verschaffen?<sup>129</sup>

Die Verlesung ist nicht nach § 256 Abs. 1 StPO zulässig. Es handelt sich nicht um ein ärztliches Attest im Sinne des § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO, da es nicht um den Nachweis einer Körperverletzung oder deren Umfangs geht.<sup>130</sup> Auch handelt es sich bei dem privatrechtlich organisierten Johanniter-Zentrum nicht um eine öffentliche Behörde im Sinne des § 256 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StPO. Der Zulässigkeit einer Verlesung nach § 411 Abs. 2 S. 2 StPO i.V.m. § 420 Abs. 2 StPO scheidet daran, dass es an der nach § 420 Abs. 3 StPO notwendigen Zustimmung des Angeklagten fehlt. Überdies erweitert § 420 Abs. 2 StPO nur den Kreis der verlesbaren Erklärungen,<sup>131</sup> nicht der Aussteller.

Nach § 411 Abs. 4 StPO ist das Gericht bei der Urteilsfällung an den im Strafbefehl enthaltenen Ausspruch nicht gebunden, soweit Einspruch eingelegt ist. Im Urteil wird der Strafbefehl weder aufgehoben noch aufrechterhalten, sondern der Angeklagte freigesprochen, verurteilt oder das Verfahren eingestellt. Eine Bezugnahme im Urteilstenor erfolgt nur, wenn ein auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkter Einspruch erhoben wurde. Der Urteilsausspruch lautet in diesem Fall beispielsweise: „Der Angeklagte wird wegen des in dem Strafbefehl vom ... bezeichneten Diebstahls zu einer Geld-

<sup>118</sup> Meyer-Goßner (Fn. 13), § 411 Rn. 3.

<sup>119</sup> Meyer-Goßner (Fn. 13), § 411 Rn. 3; a.A. Maur (Fn. 24), § 408 Rn. 25. Im Verfahren nach § 408 Abs. 3 StPO hat die Terminverfügung die Wirkung des Eröffnungsbeschlusses, Maur (Fn. 24), § 408 Rn. 25; a.A. AG Eggenfelden NSTZ-RR 2009, 139.

<sup>120</sup> Bearbeiter (Fn. 13), § 411 Rn. 3.

<sup>121</sup> Eine bloße Verteidigungsvollmacht genügt nicht, OLG Saarbücken NSTZ 1999, 265. Der nach § 408b S. 1 StPO bestellte Pflichtverteidiger ist damit nicht automatisch Vertreter, Schellenberg, NSTZ 1994, 570 (571).

<sup>122</sup> OLG Dresden StraFo 2005, 299; OLG Karlsruhe NSTZ 1983, 43; Meyer-Goßner (Fn. 13), § 411 Rn. 4. Ein Vorführungs- oder Haftbefehl nach § 230 StPO bleibt möglich, soll aber i.d.R. unverhältnismäßig sein, Meyer-Goßner (Fn. 13), § 411 Rn. 4. Vgl. auch BGH NJW 2007, 2345, wonach Unverhältnismäßigkeit anzunehmen ist, wenn das Gericht nicht geprüft hat, ob die Hauptverhandlung trotz Ausbleibens des Angeklagten ohne Einbußen bei der Wahrheitsfindung, der gerechten Beurteilung des Falls und der gebotenen Einwirkung des Verfahrensablaufs auf den Angeklagten durchgeführt werden kann.

<sup>123</sup> OLG Düsseldorf NSTZ-RR 1998, 180, für einen nach § 408a StPO erlassenen Strafbefehl.

<sup>124</sup> Ranft, JuS 2000, 633 (637).

<sup>125</sup> Ranft, JuS 2000, 633 (638).

<sup>126</sup> Kritisch Ranft, JuS 2000, 633 (638 ff.). Umstritten ist, ob § 420 Abs. 2 StPO auch Anwendung findet, wenn die Hauptverhandlung nach § 408 Abs. 3 S. 2 StPO bei Bedenken des Richters anberaumt wurde, bejahend Meyer-Goßner (Fn. 13), § 408 Rn. 14; ablehnend dagegen Böttger (Fn. 94), § 411 Rn. 14; Kurth/Brauer, in: Gercke/Julius/Temming/Zöllner (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl. 2012, § 408 Rn. 13.

<sup>127</sup> Kritisch Maur (Fn. 24), § 408 Rn. 20.

<sup>128</sup> Graf, in: Hannich (Fn. 24), § 420 Rn. 2.

<sup>129</sup> Vgl. BGH BeckRS 2015, 04144.

<sup>130</sup> Vgl. Diemer, in: Hannich (Fn. 24), § 256 Rn. 8 m.w.N.

<sup>131</sup> Graf (Fn. 128), § 420 Rn. 5.

strafe von ... verurteilt.<sup>132</sup> Die Kostenentscheidung im Urteil richtet sich nach §§ 465, 467 StPO.<sup>133</sup>

Für das Urteil gilt nach ganz h.M. kein Verbot der reformatio in peius, wie es in § 331, 358 Abs. 2 StPO vorgesehen ist, d.h. das Gericht darf auch bei unverändertem Sachverhalt eine höhere Strafe als die im Strafbefehl ausgesprochene festsetzen.<sup>134</sup> Dies wird aus dem summarischen Charakter des bisherigen Verfahrens,<sup>135</sup> dem Wortlaut des § 411 Abs. 4 StPO<sup>136</sup> und daraus, dass der Beschuldigte nicht besser stehen soll als wenn zugleich Anklage gegen ihn erhoben worden wäre, hergeleitet.<sup>137</sup> Aus Gründen des fairen Verfahrens muss das Gericht dem Angeklagten einen Hinweis erteilen, wenn es erwägt, die Rechtsfolgen gegenüber dem Strafbefehl zu verschärfen, um ihm die Möglichkeit zu geben, den Einspruch zurückzunehmen.<sup>138</sup> In der Praxis sollen Abweichungen nach oben keine Seltenheit sein, da die im Strafbefehl festgesetzte Strafe häufig besonders niedrig gewählt wurde, um den Beschuldigten zum Verzicht auf einen Einspruch zu bewegen.<sup>139</sup> Strittig ist, ob das Verbot der reformatio in peius ausnahmsweise gilt, wenn der gesetzliche Vertreter des Beschuldigten Einspruch eingelegt hat. Dies wird teilweise mit der Argumentation bejaht, dass der Angeklagte davor geschützt werden muss, dass seine Lage unabhängig von seinen Einflussmöglichkeiten verschlechtert wird.<sup>140</sup> Auch wird zur Begründung auf den Verweis auf § 298 StPO in § 410 Abs. 1 S. 2 StPO abgestellt, der als vollumfänglicher Verweis auf das Rechtsmittelrecht zu verstehen sei, sodass in dieser Konstellation das Verbot der reformatio in peius gelte.<sup>141</sup> Gegen dieses Argument spricht jedoch, dass in § 410 Abs. 1 S. 2 StPO gerade nur auf einige Vorschriften über Rechtsmittel explizit Bezug genommen wird, wozu §§ 331, 358 Abs. 2 StPO gerade nicht zählen.

*Fall 5:* Gegen E wurde ein Strafbefehl wegen unerlaubten Entferns vom Unfallort erlassen. Festgesetzt wurde – neben der Entziehung der Fahrerlaubnis – eine Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu je 35 Euro. E wurde aufgrund der nach seinem Einspruch anberaumten Hauptverhandlung zu einer um zehn Tagessätze angehobenen Geldstrafe verurteilt. In den Urteilsgründen heißt es zur Strafzumessung, die Erhöhung beruhe darauf, dass das Gericht bei

Erlass eines Strafbefehls im summarischen Verfahren davon ausgehe, dass dieses mit einem geständigen und einsichtigen Angeklagten zu tun habe, der eine Hauptverhandlung nicht wünsche. Dies werde – gewissermaßen im Voraus – strafmildernd berücksichtigt, sodass sich der Angeklagte über mildere Rechtsfolgen freuen solle. Lege er gegen einen derartigen Strafbefehl Einspruch ein, was natürlich sein gutes Recht sei, und bestreite er, wie auch der Angeklagte des vorliegenden Verfahrens, den Tatvorwurf, so könne es bei den milden Rechtsfolgen des erlassenen Strafbefehls „selbstverständlich“ nicht verbleiben. Diese seien vielmehr angemessen zu erhöhen.<sup>142</sup>

Eine Erhöhung im Rechtsfolgenausspruch ist, da kein Verbot der reformatio in peius gilt, zwar zulässig. In *Fall 5* sind die Strafzumessungserwägungen aber fehlerhaft, da das Fehlen eines Geständnisses nicht negativ gewertet werden<sup>143</sup> darf.<sup>144</sup>

#### IV. Prüfung eines Einspruchs gegen einen Strafbefehl

Prüfungsrelevant, insbesondere im Aktenvortrag aus Anwaltsicht, sind die Erfolgsaussichten des Einspruchs.<sup>145</sup> Hierbei kann nach der Sachverhaltsschilderung mit der Zulässigkeitsprüfung begonnen werden und sodann im Rahmen der Begründetheit die materiell-rechtliche Prüfung erfolgen, woran sich Zweckmäßigkeitserwägungen anschließen.<sup>146</sup> Ebenso vertretbar ist die umgekehrte Prüfungsreihenfolge, bei der die materiell-rechtliche Prüfung vorangestellt wird, zu der teilweise aufgrund der anderenfalls bestehenden Gefahr falscher Schwerpunktsetzung geraten wird.<sup>147</sup>

##### 1. Zulässigkeit

a) *Einspruchsberechtigung, § 410 Abs. 1 S. 1, 2 StPO i.V.m. §§ 297 ff. StPO*

Nach § 410 Abs. 1 S. 1 StPO kann der Angeklagte Einspruch einlegen. Die Einspruchsberechtigung richtet sich im Übrigen nach § 410 Abs. 1 S. 2 StPO i.V.m. §§ 297 ff. StPO. Insbesondere kann der Verteidiger Einspruch einlegen, dies aber nicht gegen den ausdrücklichen Willen des Beschuldigten (§ 297 StPO). Der gesetzliche Vertreter kann dies unabhängig vom Willen des Beschuldigten tun (§ 298 StPO).<sup>148</sup> Keine Einspruchsberechtigung haben Staatsanwaltschaft und Nebenklageberechtigter.<sup>149</sup>

<sup>132</sup> Meyer-Göbner (Fn. 13), § 411 Rn. 10 f.

<sup>133</sup> Temming (Fn. 2), § 411 Rn. 10.

<sup>134</sup> OLG Stuttgart BeckRS 2006, 01865; Pfeiffer (Fn. 48), § 411 Rn. 9; a.A. Ostler, NJW 1968, 486 (487); Roxin/Schünemann (Fn. 1), § 68 Rn. 12 – nur wenn sich gegenüber dem im Strafbefehl angenommenen Sachverhalt Erschwerungen ergeben.

<sup>135</sup> Ranft, JuS 2000, 633 (637).

<sup>136</sup> Dinter/David, JA 2012, 281 (284).

<sup>137</sup> Maur (Fn. 24), § 411 Rn. 34.

<sup>138</sup> Vgl. Maur (Fn. 24), § 411 Rn. 35.

<sup>139</sup> Roxin/Schünemann (Fn. 1), § 68 Rn. 12.

<sup>140</sup> Maur (Fn. 24), § 410 Rn. 2; a.A. Metzger (Fn. 70), § 411 Rn. 32 – „unkorrektes Verhalten des Einspruchsführers“ wird bei der Strafzumessung berücksichtigt.

<sup>141</sup> Gössel (Fn. 38), § 410 Rn. 4.

<sup>142</sup> KG BeckRS 2008, 25146.

<sup>143</sup> BGH BeckRS 1992, 31097352; Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 46 Rn. 42; Streng, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 46 Rn. 79.

<sup>144</sup> KG BeckRS 2008, 25146.

<sup>145</sup> Dinter/David, JA 2012, 281 (283).

<sup>146</sup> Jäckel/Schneider, Der strafrechtliche Aktenvortrag im Assessorexamen, 4. Aufl. 2015, Rn. 133.

<sup>147</sup> Dinter/David, JA 2012, 281 (284 mit Fn. 29).

<sup>148</sup> Temming (Fn. 2), § 410 Rn. 2.1.

<sup>149</sup> Maur (Fn. 24), § 410 Rn. 2.

*b) Ordnungsgemäße Einlegung**aa) Frist, § 410 Abs. 1 S. 1 StPO*

Der Einspruch ist innerhalb von zwei Wochen bei dem Gericht, das den Strafbefehl erlassen hat, einzulegen, § 410 Abs. 1 S. 1 StPO. Die Fristberechnung erfolgt nach § 43 StPO. Die Gewährung von Wiedereinsetzung in den vorigen Stand richtet sich nach §§ 44 f. StPO.<sup>150</sup>

*Fall 6:* Gegen F ergeht ein Strafbefehl wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis (§ 21 Abs. 1 StVG), der ihm am 3.5.2016 ordnungsgemäß zugestellt wird.

a) F mandatiert direkt am Folgetag den Verteidiger V und beauftragt diesen, Einspruch einzulegen. V verlegt allerdings die Akte des F und findet sie erst am 15.6.2016 bei der Suche nach einer anderen Akte durch Zufall wieder.

b) F befindet sich im Zeitpunkt der Zustellung im Urlaub auf den Malediven und findet den Strafbefehl erst nach seiner Rückkehr am 15.6.2016 vor.

Ist dem F in beiden Konstellationen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, falls ein entsprechender ordnungsgemäß gestellter Antrag verbunden mit seinem Einspruch dem Gericht am 17.6.2016 zugeht?

Die Einspruchsfrist ist in beiden Fällen offensichtlich verstrichen. Der Wiedereinsetzungsantrag wurde jeweils binnen einer Woche nach Wegfall des Hindernisses gestellt, wie es § 45 Abs. 1 StPO verlangt. Auch wurde innerhalb der Antragsfrist die versäumte Handlung nachgeholt, § 45 Abs. 2 S. 2 StPO. Erörterungsbedürftig ist das Verschulden des F. Die Anforderungen an die Wiedereinsetzungsvoraussetzungen dürfen, da es um den ersten Zugang zum Gericht geht und das Rechtsinstitut der Wiedereinsetzung damit das verfassungsrechtlich garantierte Recht aus Art. 103 Abs. 1 GG sichert, nicht überspannt werden.<sup>151</sup> In *Fall 6 a)* trifft F kein eigenes Verschulden; insbesondere musste er nicht aufgrund erkennbarer Unzuverlässigkeit des V mit einer Fristversäumnis rechnen.<sup>152</sup> Auch darf ihm das Verschulden des V nicht zurechnet werden,<sup>153</sup> da es in der StPO an einer § 85 Abs. 2 ZPO entsprechenden Vorschrift fehlt. In *Fall 6 b)* trifft F kein Verschulden, denn es besteht bei vorübergehender Abwesenheit keine Pflicht, Vorkehrungen wegen der möglichen Zustellung eines Strafbefehls zu treffen, unabhängig davon, ob der Bürger weiß, dass gegen ihn ein Ermittlungsverfahren anhängig ist.<sup>154</sup>

*Fall 7:* Gegen G wurde am 15.9.2016 ein Strafbefehl wegen fahrlässiger Körperverletzung erlassen, welcher am 6.10.2016 zugestellt wurde. Bereits am 20.9.2016 ging beim AG ein Schriftsatz von Gs Verteidiger ein, der auszugsweise lautet: „Für den Fall, dass ein Strafbefehl

bereits ergangen ist oder noch ergeht, legen wir schon jetzt Einspruch ein und beantragen [...]“.<sup>155</sup>

Die Einspruchseinlegung ist zwar als Prozesshandlung bedingungsfeindlich, bei der Einschränkung handelt es sich jedoch nicht um eine „echte Bedingung“, sondern um eine zulässige Rechtsbedingung.<sup>156</sup> Einspruch kann im berechtigten Interesse des Beschuldigten, der sich mit einer Verurteilung in einem summarischen Verfahren nicht zufriedengeben will, schon vor Zustellung eingelegt werden, sofern der Strafbefehl bereits erlassen ist.<sup>157</sup> Dies gilt auch dann, wenn der Betroffene vom Erlass des Strafbefehls keine Kenntnis hat, da derartige subjektive Momente dem Prozessrecht fremd sind und die wirksame Einspruchseinlegung nicht davon abhängen darf, ob der Betroffene seine (Un)Kenntnis zum Ausdruck bringt.<sup>158</sup> Wurde der Strafbefehl aber bei Einspruchseinlegung noch nicht erlassen – maßgeblich hierfür ist der durch Datumsvermerk ausgewiesene Zeitpunkt der Unterzeichnung des Strafbefehls, sofern der Richter den Strafbefehl nach Unterzeichnung zur Geschäftsstelle gegeben hat<sup>159</sup> – ist der Einspruch nach h.M. wirkungslos, da eine Entscheidung erst angegriffen werden kann, wenn sie ergangen ist.<sup>160</sup>

*bb) Form und Inhalt, § 410 Abs. 1, 2 StPO*

Die Einlegung muss nach § 410 Abs. 1 S. 1 StPO schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle erfolgen. Telefonisch kann die Einlegung nicht wirksam vorgenommen werden.<sup>161</sup> Ein Begründungserfordernis besteht nicht.<sup>162</sup> Der Einspruch kann gem. § 410 Abs. 2 StPO auf bestimmte Beschwerdepunkte beschränkt werden. Hier werden die Grundsätze angewendet, die für die Beschränkung der Berufung nach § 318 StPO Geltung beanspruchen.<sup>163</sup> Zum einen kommt eine Beschränkung in vertikaler Hinsicht, d.h. auf eine von mehreren selbstständigen Taten, zum anderen in horizontaler Hinsicht auf den Rechtsfolgenausspruch bei Anerkennung des Schuldspruchs oder auf Teile des Rechtsfolgenausspruchs in Betracht.<sup>164</sup>

<sup>155</sup> BGH NJW 1974, 66.

<sup>156</sup> BGH NJW 1974, 66 (67).

<sup>157</sup> BGH NJW 1974, 66 (67); *Meyer-Goßner* (Fn. 13), § 410 Rn. 1.

<sup>158</sup> BGH NJW 1974, 66 (67). Abweichend BayObLG NJW 1961, 1637

<sup>159</sup> BGH NJW 1986, 200; BGH NJW 1974, 66 (67); *Maur* (Fn. 24), § 409 Rn. 16; a.A. *Meyer-Goßner* (Fn. 13), § 409 Rn. 14 – mit Außenwirkung erlassen erst, wenn die Geschäftsstelle den Strafbefehl an eine Person außerhalb des Gerichts herausgibt.

<sup>160</sup> BayObLG NJW 1961, 1637; *Maur* (Fn. 24), § 410 Rn. 5; a.A. *Erdsieck*, NJW 1961, 1638; *Hanack*, JR 1974, 296.

<sup>161</sup> OLG Zweibrücken StV 1982, 415. Der BGH hat den fernmündlichen Einspruch gegen einen Bußgeldbescheid zugelassen, BGH NJW 1980, 1290.

<sup>162</sup> *Meyer-Goßner* (Fn. 13), § 410 Rn. 1.

<sup>163</sup> *Ranft*, JuS 2000, 633 (637).

<sup>164</sup> *Temming* (Fn. 2), § 410 Rn. 6.

<sup>150</sup> *Ranft*, JuS 2000, 633 (637).

<sup>151</sup> BVerfG NJW 2013, 592; BVerfG NJW 1991, 351; BVerfG NJW 1969, 1103 (1104).

<sup>152</sup> Vgl. hierzu BGH NJW 1973, 1138.

<sup>153</sup> BVerfG NJW 1994, 1856.

<sup>154</sup> BVerfG NJW 2013, 592 f.

*Fall 8:* H möchte sich gegen einen gegen seine Person wegen Trunkenheit im Verkehr ergangenen Strafbefehl zur Wehr setzen, da er der Ansicht ist, die Tagessatzhöhe sei zu hoch bemessen. Kann er diese isoliert mit dem Einspruch angreifen? Was wäre die Folge einer zulässigen Einspruchsbeschränkung?

Wie bei der Berufung gilt die sog. Trennbarkeitsformel,<sup>165</sup> d.h. der Einspruch kann nur auf solche Beschwerdepunkte beschränkt werden, die unabhängig von dem nicht angegriffenen Teil der Entscheidung selbstständig beurteilt werden können.<sup>166</sup> Die Tagessatzhöhe bemisst sich gem. § 40 Abs. 2 S. 1 StGB grundsätzlich nach den wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnissen des Täters; diese können unabhängig vom Schuldspruch beurteilt werden. Im Übrigen ergibt sich die Zulässigkeit der Beschränkung im *Fall 8* bereits aus § 411 Abs. 1 S. 3 StPO. Folge dieser zulässigen Beschränkung ist, dass der verbleibende Teil des Strafbefehls in Teilerrechtskraft erwächst.<sup>167</sup> Bei unzulässiger Beschränkung wird der Strafbefehl dagegen unbeschränkt angefochten.<sup>168</sup>

*c) Keine Rücknahme und kein Verzicht, § 410 Abs. 1 S. 2 StPO i.V.m. § 302 StPO*

Es dürfen keine Rücknahme und kein Verzicht im Sinne des § 410 Abs. 1 S. 2 StPO i.V.m. § 302 StPO erfolgt sein. Handlungen des Angeklagten, welche die Zahlungsmodalitäten betreffen, etwa Bitte um Stundung oder Ankündigung schnellstmöglicher Zahlung, stellen keinen Verzicht dar,<sup>169</sup> da er hiermit nicht den Willen zum Ausdruck bringt, mit dem Strafbefehl endgültig einverstanden zu sein.

## 2. Begründetheit

Der Einspruch ist begründet, soweit dem Angeklagten die Straftaten in der gem. § 411 Abs. 1 S. 2 StPO anzuberaumenden Hauptverhandlung nicht mit der für die Verurteilung erforderlichen Sicherheit nachweisbar sind.<sup>170</sup> An dieser Stelle muss die i.d.R. den Schwerpunkt der Prüfung darstellende materiell-rechtliche Prüfung erfolgen.

## 3. Zweckmäßigkeitserwägungen

Ist ein fehlerhafter Strafbefehl ergangen, ist zu prüfen, ob Einspruchseinlegung zweckmäßig ist bzw. ob bei bereits eingelegtem Einspruch eine Rücknahme im Interesse des Mandanten ist. Hierbei ist der Mandant darauf hinzuweisen, dass kein Verbot der *reformatio in peius* gilt.<sup>171</sup> Einspruchseinle-

gung ist stets anzuraten, wenn ein fehlerhafter Strafbefehl zu Lasten des Mandanten ergangen ist. Dagegen ist Einspruchseinlegung nicht im Interesse des Mandanten, wenn ein vollständig günstiger fehlerhafter Strafbefehl ergangen ist.<sup>172</sup>

*Fall 9:* Gegen I ist ein Strafbefehl wegen einfachen Diebstahls ergangen, da er in einem Elektronikfachmarkt gestohlen hat. Tatsächlich hat er sich mit dem Ladendetektiv eine kurze Rangelei geliefert, bei der er diesen schubste und mit aller Kraft an der Beute riss. I lässt sich anwaltlich beraten. Was wird ihm sein Anwalt raten?

Da die Strafbarkeit gem. § 242 Abs. 1 StGB für I günstiger ist als gem. § 252 StGB, ist eine Einspruchseinlegung nicht in dessen Interesse. Wenn I Einspruch einlegt hat, ist ihm zur Rücknahme zu raten, die gem. § 411 Abs. 3 S. 2 StPO i.V.m. § 303 StPO erst ab Beginn der mündlichen Verhandlung einer Zustimmung des Gegners, d.h. der Staatsanwaltschaft,<sup>173</sup> bedarf. Wenn die Fehlerhaftigkeit des Strafbefehls in *Fall 9* sich aufgrund neuer Tatsachen und Beweismittel ergibt, nicht lediglich aufgrund einer fehlerhaften rechtlichen Würdigung, besteht aber die Möglichkeit der Wiederaufnahme nach § 373a StPO,<sup>174</sup> auf die I hinzuweisen ist.

Ist ein teilweise günstiger fehlerhafter Strafbefehl gegen den Mandanten ergangen, ist ein Teileinspruch bzw. eine Teilrücknahme anzuraten.<sup>175</sup> Die Teilrücknahme unterliegt den gleichen Anforderungen wie die beschränkte Einspruchseinlegung.<sup>176</sup>

## V. Rechtskraftwirkung

Der Strafbefehl steht, soweit gegen ihn nicht rechtzeitig Einspruch erhoben wurde, gem. § 410 Abs. 3 StPO einem rechtskräftigen Urteil gleich.<sup>177</sup> Es handelt sich um eine vollstreckbare Entscheidung (vgl. §§ 409 Abs. 1 Nr. 7, 449 StPO).

*Fall 10:* J hat einen Verkehrsunfall verursacht, woraufhin gegen ihn wegen fahrlässiger Körperverletzung durch Strafbefehl eine Geldstrafe festgesetzt wird. J erhebt keinen Einspruch, sondern lässt den Strafbefehl rechtskräftig werden. Später stellt sich aufgrund der Aussage einer im Ermittlungsverfahren nicht vernommenen Zeugin heraus, dass das Opfer nicht – wie bisher angenommen – von J nur verletzt und von einem Dritten getötet wurde, sondern

liche Haftung des Rechtsanwalts wegen Verletzung seiner Beratungspflichten, OLG Düsseldorf, StV 1986, 211; *Ranft*, JuS 2000, 633 (637).

<sup>172</sup> *Dinter/David*, JA 2012, 281 (285).

<sup>173</sup> *Maur* (Fn. 24), § 411 Rn. 31.

<sup>174</sup> Vgl. V.

<sup>175</sup> *Dinter/David*, JA 2012, 281 (285).

<sup>176</sup> *Maur* (Fn. 24), § 411 Rn. 30. Vgl. bereits IV. 1. b) bb).

<sup>177</sup> Bei Verzicht auf den Einspruch tritt die Rechtskraft bereits vor Ablauf der Einspruchsfrist ein, *Meyer-Goßner* (Fn. 13), § 410 Rn. 8.

<sup>165</sup> *Temming* (Fn. 2), § 410 Rn. 6.

<sup>166</sup> *Eschelbach* (Fn. 34), § 318 Rn. 10.

<sup>167</sup> *Meurer*, JuS 1987, 882 (884).

<sup>168</sup> *Temming* (Fn. 2), § 410 Rn. 6.

<sup>169</sup> *Maur* (Fn. 24), § 411 Rn. 7; a.A. LG Arnberg BeckRS 2008, 17127, für die Bitte um Übersendung eines Überweisungsscheins, damit die Strafe schnellstmöglich gezahlt werden kann.

<sup>170</sup> Vgl. *Dinter/David*, JA 2012, 281 (284).

<sup>171</sup> *Jäckel/Schneider* (Fn. 146), Rn. 133. Bei falscher Beratung, die zu einem Vermögensschaden führt, droht zivilrecht-

von J vorsätzlich totgefahren wurde. Ist es möglich, J wegen Totschlags zu verfolgen?<sup>178</sup>

Entgegen der früheren Rechtsprechung, die eine erneute Verfolgung der dem Strafbefehl zugrunde liegenden Tat unter einem neuen rechtlichen Gesichtspunkt, der eine erhöhte Strafbarkeit begründet, für zulässig hielt,<sup>179</sup> entfaltet der Strafbefehl unbeschränkte formelle und materielle Rechtskraft.<sup>180</sup> Er bewirkt Strafklageverbrauch im selben Umfang wie ein rechtskräftiges Urteil.<sup>181</sup> Einer erneuten Anklage wegen derselben Tat im Sinne des § 264 Abs. 1 StPO steht der „ne bis in idem“-Grundsatz aus Art. 103 Abs. 3 GG als Verfahrenshindernis entgegen.<sup>182</sup> § 373a Abs. 1 StPO enthält jedoch gegenüber § 362 StPO eine zusätzliche Wiederaufnahmemöglichkeit für die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftigen Strafbefehl abgeschlossenen Verfahrens zuungunsten des Verurteilten, die sich aus der summarischen Natur des Strafbefehlsverfahrens rechtfertigt.<sup>183</sup> Hiernach ist Wiederaufnahme auch zulässig, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht sind, die allein oder in Verbindung mit den früheren Beweisen geeignet sind, die Verurteilung wegen eines Verbrechens zu begründen. Nicht anwendbar ist § 373a StPO allerdings, wenn aufgrund falscher Rechtsanwendung ein Verbrechen irrtümlicherweise als Vergehen eingeordnet wurde.<sup>184</sup> Bei Totschlag handelt es sich um ein Verbrechen (§§ 212 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB). Neu sind Tatsachen bzw. Beweismittel nach strittiger Ansicht, wenn sie sich nicht aus den Akten ergeben.<sup>185</sup> Dies ist in *Fall 10* zu bejahen, sodass die Tat im Wege der Wiederaufnahme noch verfolgt werden kann.

*Fall 11:* Die Staatsanwaltschaft beantragt gegen K nach Abschluss der Ermittlungen den Erlass eines Strafbefehls wegen unerlaubten Umgangs mit gefährlichen Hunden gem. § 143 StGB. Diese Norm wurde vom BVerfG nach § 78 BVerfGG bereits vor Beantragung für nichtig erklärt.<sup>186</sup> Der Strafbefehl ergeht antragsgemäß und wird rechtskräftig. Wie kann K auf die Behebung des Fehlers hinwirken?<sup>187</sup>

Der auf Grundlage einer nichtigen Norm ergangene Strafbefehl ist nicht nichtig, da sein Mangel für den verständigen Beurteiler nicht derart offensichtlich ist, dass es schlechthin unerträglich wäre, von seiner Wirksamkeit auszugehen. Zu berücksichtigen ist insofern, dass § 143 StGB in einem

Gesetzgebungsverfahren zu Stande gekommen und verkündet worden ist. Auch ergibt sich aus dem Wiederaufnahmegrund in § 79 BVerfGG, dass eine Entscheidung, die auf einer nichtigen Norm beruht, nicht automatisch nichtig ist.<sup>188</sup> K kann einen Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 79 Abs. 1 BVerfGG i.V.m. §§ 359 ff. StPO stellen. § 79 Abs. 1 BVerfGG ist auch auf Strafbefehle anwendbar, was sich u.a. aus der Gleichstellung von Strafbefehlen und Urteilen in § 410 Abs. 3 StPO ergibt.<sup>189</sup> Wie sich bereits aus dem Wortlaut des § 79 Abs. 1 BVerfGG ergibt und aus der ex tunc ipso iure bestehenden Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze,<sup>190</sup> besteht die Wiederaufnahmemöglichkeit nicht nur, wenn eine Verurteilung vor der Nichtigkeitsklärung ergangen ist, sondern auch, wenn ein Gesetz in Verkennung der Rechtslage weiterhin angewendet wurde. Daneben kommt eine Gegenvorstellung mit dem Antrag auf Widerruf des Strafbefehls bei dem Gericht, das den Strafbefehl erlassen hat, als nicht form- und fristgebundener Rechtsbehelf außerhalb der Verfahrensordnung<sup>191</sup> in Betracht.<sup>192</sup> Voraussetzung ist, dass der Adressat befugt ist, die eigene Entscheidung aufzuheben bzw. abzuändern.<sup>193</sup> Dies wird für den Strafbefehl teilweise verneint.<sup>194</sup> In der Rspr. ist jedoch anerkannt, dass Verstöße gegen Verfahrensgrundrechte, wie Art. 103 Abs. 1 GG, das erlassende Gericht ausnahmsweise berechtigen, eine Entscheidung – auch nach Eintritt der formellen Rechtskraft – zu korrigieren.<sup>195</sup> Dies muss daher auch für das grundrechtsgleiche (vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 lit. a GG) Recht aus Art. 103 Abs. 2 GG,<sup>196</sup> nicht ohne wirksame gesetzliche Grundlage bestraft zu werden („nulla poena sine lege“), gelten.

<sup>178</sup> Roxin/Achenbach (Fn. 109), Fall 515.

<sup>179</sup> BVerfG NJW 1954, 69; BGH NJW 1978, 2519; BGH NJW 1952, 900.

<sup>180</sup> Temming (Fn. 2), § 410 Rn. 8.

<sup>181</sup> Meyer-Gößner (Fn. 13), Vorb. §§ 407 ff. Rn. 4.

<sup>182</sup> Vgl. Ranft, JuS 2000, 633 (640). Allgemein hierzu Meyer-Gößner (Fn. 13), Einl. Rn. 171.

<sup>183</sup> Ranft, JuS 2000, 633 (640).

<sup>184</sup> Singelstein, in: Graf (Fn. 2), § 373a Rn. 2.

<sup>185</sup> Schmidt, in: Hannich (Fn. 24), § 373a Rn. 7 m.w.N.

<sup>186</sup> Vgl. BVerfG NVwZ 2004, 597.

<sup>187</sup> Rau/Zschieschack, JuS 2005, 802 (803).

<sup>188</sup> Zum Ganzen Rau/Zschieschack, JuS 2005, 802 (803).

<sup>189</sup> AG Preetz NJW 1967, 68.

<sup>190</sup> Vgl. hierzu Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 10. Aufl. 2015, Rn. 379 ff. m.w.N.

<sup>191</sup> Hannich, in: Hannich (Fn. 24), Vorb. §§ 296-303 Rn. 4.

<sup>192</sup> Rau/Zschieschack, JuS 2005, 802 (805).

<sup>193</sup> Statt vieler Meyer-Gößner (Fn. 13), Vor § 296 Rn. 24.

<sup>194</sup> Meyer-Gößner (Fn. 13), Einl. Rn. 112a.

<sup>195</sup> BVerfG NJW 1983, 1900; BVerfG NJW 1980, 2698; BGH NJW 2001, 85. Vgl. auch Rau/Zschieschack, JuS 2005, 802 (805).

<sup>196</sup> Statt vieler Radtke/Hagemeier, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, Stand: 1.3.2015, Art. 103 Rn. 18.

# Übungshausarbeit: Eine Reise mit Hindernissen

Von Akad. Rat a.Z. Dr. **Tim Husemann**, Wiss. Mitarbeiterin **Antje Weirauch**, Bochum\*

*Diese Hausarbeit wurde im Sommersemester 2016 an der Ruhr-Universität Bochum im Rahmen der Vorlesung Schuldrecht Allgemeiner Teil gestellt.*

## Sachverhalt

Mutter (M) und ihre 18-jährige Tochter (T) wollen von Bochum aus Berlin besuchen. Um Fahrtkosten zu sparen, wollen sie die Strecke per Mitfahrgelegenheit zurücklegen.

Für die Hinfahrt wird M auf der Seite „Umweltschützer-fahren-umsonst.de“ fündig. Diese bietet Inserenten die Möglichkeit, kostenlos Mitfahrgelegenheiten anzubieten, die allerdings auch für die Mitfahrenden kostenlos sein müssen.

In den „Benutzungsbedingungen“ der Website heißt es: „Nur registrierte Nutzer können Mitfahrgelegenheiten anbieten oder in Anspruch nehmen. Stellt ein Anbieter mittels der Umweltschützer-fahren-umsonst-Dienste eine Mitfahrgelegenheit ein, so gibt er ein verbindliches Angebot zum Abschluss eines Vertrags ab. Der Mitfahrer nimmt das Angebot an, indem er auf den Button „Mitfahren“ klickt. Der Anbieter kann sein Angebot löschen, solange niemand auf den Button „Mitfahren“ geklickt hat. Erreicht die Anzahl an Mitfahrern die vom Anbieter bei Einstellung des Angebots angegebene Höchstzahl, wird das Angebot automatisch gelöscht.“

H registriert sich als Anbieter. Hierzu ist es notwendig, sich mit der Geltung der oben genannten „Benutzungsbedingungen“ einverstanden zu erklären, indem man an entsprechender Stelle ein Häkchen setzt. Nachdem er dies getan hat, bietet er für höchstens 3 Mitfahrer eine Fahrtgelegenheit von Bochum nach Berlin an. M findet das Angebot des H und klickt, nachdem auch sie sich bei der Website angemeldet und die Geltung der „Benutzungsbedingungen“ akzeptiert hat, zweimal auf „Mitfahren“, um einen Platz für sich und ihre Tochter zu reservieren. Zur verabredeten Zeit erscheint H nicht. Als M daraufhin bei H anruft, teilt dieser mit, dass er es sich anders überlegt habe und auf gar keinen Fall nach Berlin fahren werde. M solle sich nicht so anstellen, schließlich war die Gelegenheit ja kostenlos und deshalb unverbindlich. M bleibt nichts anderes übrig, als für sich und ihre Tochter ein Bahnticket zu kaufen, das 250 € kostet.

Aufgrund der schlechten Erfahrungen bei der Hinfahrt nutzt M für die Rückfahrt einen anderen Anbieter, der kostenpflichtige Mitfahrgelegenheiten vermittelt. Auf diesem Wege findet sie E, der sich durch einige Fahrten am Wochenende etwas dazu verdient. Sie ruft ihn an und fragt, ob er ihre Tochter und sie nach Bochum bringen könne und wenn ja zu welchem Preis. E äußert, dass er bereit wäre, für 200 € nach Bochum zu fahren. M ist einverstanden. Im Gegensatz zu H erscheint E pünktlich. T nimmt auf dem Beifahrersitz Platz,

M sitzt hinten. Mit zunehmender Fahrdauer zeigt E immer mehr Interesse an T. Dies kommt dadurch zum Ausdruck, dass E bei jedem Schaltvorgang das Bein der T tätschelt und auch nicht damit aufhört, nachdem M und T ihn wiederholt dazu aufgefordert haben. Nachdem die Übergriffe des E noch zunehmen, bittet die M ihn, einen Rastplatz anzusteuern. Der Rastplatz liegt auf der Hälfte der Strecke zwischen Berlin und Bochum. Als M und T auf dem Rastplatz ausgestiegen sind, sagt M zu E: „Sie sind ein fürchterliches Ekel, mit Ihnen fahren wir keinen Meter weiter.“ Daraufhin drehen sich die beiden um, steigen in ein Taxi, das zufällig auf dem Rastplatz steht und fahren den Rest der Strecke nach Bochum. Die Fahrt mit dem Taxi kostet 300 €. Zuhause angekommen merkt T, dass ihre Hose dunkle Flecken aufweist, die durch die ölverschmutzten Hände des E verursacht wurden. Die Reinigung kostet 30 €.

## Fallfragen

- 1. Hat M gegen H einen Anspruch auf Zahlung von 250 €?
- 2. Hat E gegen M einen Anspruch auf Zahlung von 200 €?
- 3. Hat M gegen E einen Anspruch auf 300 €?
- 4. Hat T gegen E einen Anspruch auf 30 €?

## Bearbeitervermerk

Deliktische Ansprüche sind nicht zu prüfen.

## Lösungsvorschlag

### I. Anspruch der M gegen H auf Zahlung von 250 € aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB

M könnte gegen H einen Anspruch auf Zahlung von 250 € aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB haben.

#### 1. Schuldverhältnis

Dafür muss ein Schuldverhältnis zwischen M und H vorliegen.

##### a) Angebot des H durch das Einstellen der Fahrtmöglichkeit auf Internetseite

Dafür muss zunächst ein Angebot vorliegen, welches in dem Einstellen der Fahrtmöglichkeit auf der Internetseite durch H zu sehen sein könnte.

##### aa) *Invitatio ad offerendum?*

Dabei darf es sich nicht nur um eine *invitatio ad offerendum* handeln. Hier stellt das Einstellen der Fahrgelegenheit ein verbindliches Angebot und gerade keine *invitatio ad offerendum* dar, da das Angebot bei Erreichung der Höchstzahl von Mitgliedern automatisch gelöscht wird und so gerade nicht

---

\* Der Verf. Dr. Tim Husemann ist Akad. Rat a.Z., die Verf. Antje Weirauch Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (Prof. Dr. Jacob Joussen) an der Ruhr-Universität Bochum. Die Autoren danken Prof. Dr. Jacob Joussen für seine wertvollen Hinweise.

die Gefahr besteht, sich Schadensersatzforderungen wegen Nichterfüllung auszusetzen.<sup>1</sup>

*Hinweis:* Man hätte auch über eine *offerta ad incertas personas* nachdenken können. Für die Prüfung ist dies aber letztlich nicht entscheidend, da auch eine *offerta ad incertas personas* ein verbindliches Angebot darstellt.<sup>2</sup>

#### bb) Bloßes Gefälligkeitsverhältnis?

Die Vereinbarung über die Mitfahrgelegenheit könnte allerdings auch ein reines Gefälligkeitsverhältnis darstellen. Entscheidend dafür ist, ob ein Rechtsbindungswille bei M und H vorliegt. Ob ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis oder ein verbindlicher Vertrag geschlossen wurde, ist durch Auslegung zu ermitteln; dazu können Kriterien wie die Art des Geschäftes, die damit einhergehenden Risiken, der Bekanntschaftsgrad der Vertragsparteien sowie andere äußere Umstände herangezogen werden.<sup>3</sup>

Hier sind M und H einander unbekannt, sodass es für einen „reinen Freundschaftsdienst“ schon an der Freundschaft fehlt. Darüber hinaus sind die AGB des Plattformbetreibers<sup>4</sup> als Auslegungshilfe entscheidend: Diese werden zwar nicht Vertragsbestandteil, jedoch erklären sich beide Vertragspartner mit ihrer Geltung im jeweiligen Verhältnis zum Plattformbetreiber einverstanden. Dies führt nicht zu einer direkten Geltung zwischen M und H, jedoch kann man aus Sicht des objektiven Empfängers davon ausgehen, dass die in den AGB enthaltenen Regelungen von denen, die über die Plattform einen Vertrag schließen, als „Spielregeln“ akzeptiert werden. Nach der Rspr. des BGH zu den sog. Ebay-Fällen<sup>5</sup> helfen bei der Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB insofern die AGB des Plattformbetreibers, da Verständnislücken dann unter Rückgriff auf die durch die Anerkennung der AGB begründeten wechselseitigen Erwartungen der Auktionsteilnehmer und deren gemeinsames Verständnis über die Funktionsweise der Online-Auktion geschlossen werden können.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Auch hier kann schon auf die AGB abgestellt werden, da dort von der Abgabe eines verbindlichen Angebots gesprochen wird. Zur Einbeziehung der AGB in die Auslegung sogleich unter bb), vgl. auch Fn. 4 und 5.

<sup>2</sup> *Musielak/Hau*, Grundkurs BGB, 14. Aufl. 2015, Rn. 146.

<sup>3</sup> *Joussen*, Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2015, Rn. 123; *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2016, Rn. 95; *Seiler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 662 Rn. 60.

<sup>4</sup> Bei den Benutzungsbedingungen handelt es sich unproblematisch um AGB im Sinne der §§ 305 ff. BGB. Dieser Umstand ist hier jedoch weniger entscheidend als der, dass sich sowohl H als auch M mit der Geltung des Regelwerks einverstanden erklären.

<sup>5</sup> BGH MDR 2014, 202 Rn. 18; BGH NJW 2011, 2643 Rn. 15; BGH NJW 2002, 363 (364).

<sup>6</sup> BGH MDR 2014, 202 Rn. 18; BGH NJW 2011, 2643, Rn. 15; BGH NJW 2002, 363 (364); siehe dazu auch *Föhlisch*, in: Hoeren/Sieber/Holzner, Multimedia-Recht, 42. Ergänzungslieferung 2015, Teil 13.4 Rn. 169b.

Die Regelungen in den Benutzungsbedingungen regeln explizit, dass es sich bei der Einstellung einer Mitfahrgelegenheit um ein verbindliches Angebot handelt. Bei der Auslegung der Willenserklärung des H aus Sicht eines objektiven Dritten, der weiß, dass H die „Benutzungsbedingungen“ des Plattformbetreibers akzeptiert hat, lässt sich also auf einen entsprechenden Rechtsbindungswillen des H schließen. Ein wirksamer Antrag des H liegt damit vor.

*Hinweis:* In der Prüfung des Rechtsbindungswillens lag der erste Schwerpunkt der Hausarbeit. Während die Thematik der *invitatio ad offerendum* keine größeren Probleme bereiten sollte, kommt es bei der Erörterung, ob hier ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis vorliegt, auf die richtige Verortung der „Benutzungsbedingungen“ des Plattformbetreibers an. Es gilt, zunächst zu sehen, dass diese nicht direkt zwischen H und M gelten. Noch besser ist es, darüber hinaus die Parallele zu den so genannten „Ebay-Fällen“ zu erkennen und zu sehen, dass die „Benutzungsbedingungen“ im Rahmen der Auslegung ihre Wirkung entfalten.

#### b) Annahme der M durch Betätigen des Buttons „Mitfahren“?

Die M muss das Angebot des H wirksam angenommen haben. Die M möchte hier allein wegen ihres Interesses, nach Berlin zu reisen, einen verbindlichen Vertrag abschließen. Dies gilt aber jedenfalls schon deshalb, weil man auch im Hinblick auf die Willenserklärung der M gem. §§ 133, 157 BGB die „Benutzungsbedingungen“ der Plattform heranziehen kann.

#### c) Vertragstyp

Ist damit geklärt, dass zwischen den Parteien ein Vertrag geschlossen wurde, bleibt die Frage, welcher.

*Hinweis:* Eine gute Bearbeitung erkennt, dass § 280 Abs. 1 BGB lediglich das Vorliegen eines Schuldverhältnisses verlangt, und lässt die weitere Spezifizierung dahinstehen. Hier kann allerdings auch schon die Einordnung als Beförderungsvertrag diskutiert werden.

H und M haben sich darauf geeinigt, dass H die M und ihre Tochter nach Berlin fahren soll. Somit haben sie einen Beförderungsvertrag geschlossen. Bei einem solchen wird mit der Beförderung zu einem bestimmten Ziel ein Erfolg geschuldet, sodass es sich um einen Werkvertrag nach § 631 BGB handelt.<sup>7</sup> Bei einem Werkvertrag wird jedoch regel-

<sup>7</sup> BGH NJW 1974, 852 (852); *Merkle*, in: Beck-Online Großkommentar zum BGB, Stand: 1.7.2016, § 631 Rn. 276; *Busch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 631 Rn. 248.

mäßig eine Vergütung als synallagmatische Hauptleistungspflicht geschuldet,<sup>8</sup> vgl. §§ 631 Abs. 1, 632 BGB.

M und H vereinbaren jedoch gerade eine kostenlose Beförderung, sodass es hier an der vertragstypischen Pflicht des Werkvertrages fehlt. Gerade die Unentgeltlichkeit unterscheidet den Werkvertrag von einem Auftrag im Sinne des § 662 BGB, der eben wegen dieser Unentgeltlichkeit einen Gefälligkeitsvertrag darstellt.<sup>9</sup>

*Hinweis:* Dieser Punkt konnte offen gelassen werden. Wer sich jedoch entschieden hat, hier näher auf den Vertragstypus einzugehen, der sollte erkennen, dass hier kein Werkvertrag, sondern ein Auftrag vorliegt. Der Annahme eines Gesellschaftsvertrages zur Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts steht der fehlende Beitrag seitens der M entgegen, vgl. § 705 BGB.

## 2. Pflichtverletzung: Nichtleistung trotz Möglichkeit und Fälligkeit

H muss eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt haben. In Betracht kommt hier eine Nichtleistung trotz Möglichkeit und Fälligkeit.

*Hinweis:* Man könnte auch auf die Idee kommen, § 671 Abs. 2 BGB als Anspruchsgrundlage zu wählen. Es handelt sich bei der Aussage des H aber wohl um keine Kündigung zur Unzeit. Eine mögliche Kündigung würde daneben auch an der Pflichtverletzung nichts ändern: H hat seine Beförderungspflicht bereits verletzt als er mit M spricht. Die Kündigung kommt zu spät. Daher scheidet ein Anspruch aus § 671 Abs. 2 BGB aus.

Des Weiteren könnte man überlegen, einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Unmöglichkeit gem. §§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB zu prüfen. Dies würde jedoch die Vereinbarung einer absoluten, nicht nachholbaren Fixschuld voraussetzen.<sup>10</sup> Dies liegt im Fall aber eher fern, weil M und T ja nicht zu einer bestimmten Veranstaltung o.ä. nach Berlin wollen.

Die Prüfung der Voraussetzungen des § 281 BGB sollte dann unproblematisch sein.

### a) Fällige, mögliche Leistungspflicht des Schuldners H

Eine fällige und mögliche Leistungspflicht des Schuldners liegt hier vor, weil H wegen des Auftrages die Beförderung nach Berlin schuldet.

<sup>8</sup> Vgl. hierzu auch *Mundt*, in: Beck-Online Großkommentar zum BGB, Stand: 1.7.2016, § 632 Rn. 1; *Busche* (Fn. 7), § 631 Rn. 85.

<sup>9</sup> *Merkle* (Fn. 7), § 631 Rn. 164; siehe anders OLG Köln, Urt. v. 30.4.2002 – 22 U 217/01 für die Einordnung einer Fahrgemeinschaft als Auftrag.

<sup>10</sup> Zur absoluten Fixschuld und der daraus folgenden Unmöglichkeit siehe *Riehm*, in: Beck-Online Großkommentar zum BGB, Stand: 15.7.2016, § 275 Rn. 88; *Joussen* (Fn. 3), Rn. 377; *Looschelders* (Fn. 3), Rn. 431.

### b) Nichtleistung

Eine Nichtleistung liegt ebenfalls vor, da H die Beförderung nicht durchführt.

### c) Trotz Fristsetzung

M muss H eine Frist gesetzt haben. An einer Fristsetzung fehlt es hier. Die Fristsetzung ist jedoch entbehrlich gem. § 281 Abs. 2 Alt. 1 BGB, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert.

An das Vorliegen einer endgültigen Erfüllungsverweigerung sind im Hinblick auf den Zweck der Fristsetzung strenge Anforderungen zu stellen<sup>11</sup>. Der Schuldner muss die Erfüllung des Vertrages gegenüber dem Gläubiger *unmissverständlich, endgültig und ernstlich* ablehnen, sodass für den Gläubiger nicht mehr zweifelhaft sein darf, dass er unter keinen Umständen mehr mit einer freiwilligen Leistung rechnen kann.<sup>12</sup>

H teilt M mit, dass er es sich anders überlegt habe und auf gar keinen Fall nach Berlin fahren werde. M solle sich nicht so anstellen, schließlich war die Gelegenheit ja kostenlos und deshalb unverbindlich. M konnte hier unzweifelhaft nicht mehr damit rechnen, noch von H befördert zu werden.

Eine Fristsetzung war damit entbehrlich.

## 3. Vertretenmüssen

H muss die Pflichtverletzung auch zu vertreten haben. Das Vertretenmüssen wird gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet. Diese Vermutung hat H nicht widerlegt, sodass er die Pflichtverletzung zu vertreten hat.

*Hinweis:* Der Sachverhalt enthält keine expliziten Angaben, insofern lässt sich hier allein mit der Vermutungswirkung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB argumentieren. Es ist allerdings auch vertretbar, aus den Aussagen des H auf einen Vorsatz zu schließen. Ein Vertretenmüssen des H lag jedenfalls vor, der Sachverhalt bot keinen Anlass, die unterschiedlichen Bezugspunkte des Vertretenmüssens zu diskutieren.<sup>13</sup>

## 4. Schaden

M muss ein Schaden entstanden sein. M muss „notgedrungen“, also unfreiwillig, die Bahn nehmen, sodass der Ticketpreis einen Schaden darstellt, der nach §§ 249 Abs. 1, 251 Abs. 1 BGB ersatzfähig ist.

## 5. Ergebnis

M hat gegen H einen Anspruch auf Zahlung von 250 € aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB.

<sup>11</sup> BGH NJW-RR 1993, 139 (140); BGH NJW 1986, 661; KG ZGS 2007, 78.

<sup>12</sup> *Unberath*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 40, Stand: 1.3.2011, § 281 Rn. 22; *Joussen* (Fn. 3), Rn. 590; *Looschelders* (Fn. 3), Rn. 617.

<sup>13</sup> Hierzu siehe *Alpmann*, in: juris PraxisKommentar zum BGB, 7. Aufl. 2014, § 281 Rn. 59; *Unberath* (Fn. 12), § 281 Rn. 12.

## II. Anspruch des E gegen M auf Zahlung von 200 € aus § 631 Abs. 1 BGB

E könnte einen Anspruch gegen M auf Zahlung von 200 € aus § 631 Abs. 1 BGB haben.

### 1. Anspruch entstanden

Dies setzt zunächst einen wirksamen Werkvertrag nach § 631 BGB zwischen M und E voraus. Die Beförderung von M und T durch E nach Bochum stellt einen Erfolg dar, den der E schuldet und für den er eine Vergütung erhalten soll, sodass es sich beim diesem Beförderungsvertrag – wie allgemein<sup>14</sup> – um einen Werkvertrag handelt.

*Hinweis:* Wegen der zu benennenden Anspruchsgrundlage muss an dieser Stelle der Vertragstypus thematisiert werden. Anders als bei der Hinfahrt ist diesmal jedoch eine Vergütung vereinbart, sodass die Einordnung als Werkvertrag leicht fallen sollte.

### 2. Anspruch untergegangen

Der Anspruch des E könnte jedoch untergegangen sein.

*Hinweis:* Die Erklärung der M ließe sich auch als Kündigung im Sinne des § 649 BGB auslegen, aber die Folgen einer Kündigung helfen M nicht weiter. Sie müsste weiter die gesamte Vergütung zahlen, da der Anrechnungstatbestand des § 649 BGB nicht zu ihren Gunsten greift. Für etwaige Spritersparnisse fehlt es im Sachverhalt an Angaben.

#### a) Durch Rücktritt gem. § 346 Abs. 1 BGB?

In Betracht kommt ein Untergang durch Rücktritt der M gem. § 346 Abs. 1 BGB.

##### aa) Rücktrittserklärung, § 349 BGB

Dazu muss M ihren Rücktritt gegenüber E erklärt haben. Dies ist der Fall. Eine Auslegung der Erklärung der M (§§ 157, 133 BGB) ergibt den Willen der M, sich vom Vertrag zu lösen.

##### bb) Rücktrittsgrund

M muss einen Rücktrittsgrund für sich geltend machen können. In Betracht kommt hier der gesetzliche Rücktrittsgrund des § 324 BGB.

#### (1) Anwendbarkeit?

Fraglich ist, ob § 324 BGB hier überhaupt Anwendung finden kann, oder ob nicht vielmehr das werkvertragliche Gewährleistungsrecht anzuwenden ist. Doch selbst, wenn man hier das Besondere Werkvertragsrecht für grds. einschlägig hält, gelangt man zur Anwendung des § 324 BGB. Denn die Vorschriften des Allgemeinen Schuldrechts gelten ohnehin

<sup>14</sup> Merkle (Fn. 7), § 631 Rn. 276; Voit, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 40, Stand: 1.2.2015, § 631 Rn. 12a; siehe anders BGHZ 62, 71 ff. betr. Luftbeförderung.

bis zur Abnahme des Werkes, nach der Abnahme sind diese dann nicht mehr isoliert anwendbar.<sup>15</sup> Bei Beförderungsverträgen ist die Abnahme aufgrund der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen, sodass an die Stelle der Abnahme gem. § 646 BGB die Vollendung des Werkes tritt.<sup>16</sup> An dieser Vollendung – dem Transport nach Bochum – fehlt es jedoch.

Die Anwendbarkeit des § 324 BGB ergibt sich aber vor allem aus einem anderen Aspekt:

§ 324 BGB berechtigt den Gläubiger deswegen zum Rücktritt, weil es ihm nicht mehr zuzumuten ist, die vertragsgemäße Leistung vom Schuldner entgegenzunehmen. Die Störungen, um die es bei § 324 geht, betreffen insoweit das Verhältnis der Vertragsparteien als Personen, nicht dagegen die von ihnen mangelfrei zu erbringenden Leistungen.<sup>17</sup> § 324 BGB ist also neben den Gewährleistungsregeln anwendbar.

*Hinweis:* Die Thematisierung der Anwendbarkeit des allgemeinen Schuldrechts könnte hier auf Grund der spezielleren Regelungen im Werkvertragsrecht erfolgen, ist indes nicht zwingend.

#### (2) Voraussetzungen von § 324 BGB

Ein gegenseitiger Vertrag liegt vor, denn beim Werkvertrag sind die Erbringung der Werkleistung (hier die Beförderung) und die Pflicht zur Entrichtung der Vergütung synallagmatisch miteinander verknüpft.<sup>18</sup>

Darüber hinaus verlangt § 324 BGB, dass eine Pflicht nach § 241 Abs. 2 BGB verletzt wurde.<sup>19</sup>

Aus dem Schuldverhältnis folgen für die Beteiligten gem. § 241 Abs. 2 BGB unterschiedliche Rücksichtnahmepflichten, hierzu gehören insbesondere Schutz-, Fürsorge-, Obhuts-, Aufklärungs- und Verschwiegenheitspflichten.<sup>20</sup> Die Rücksichtnahmepflicht kann auch durch Beleidigungen und Kränkungen des Vertragspartners verletzt werden.<sup>21</sup>

E belästigt allerdings nicht seine Vertragspartnerin M, sondern deren Tochter T.

Die Rücksichtnahmepflichten bestehen nicht nur gegenüber dem Vertragspartner, sondern auch gegenüber den be-

<sup>15</sup> Kober, in: Beck-Online Großkommentar zum BGB, Stand: 1.7.2016, § 634 Rn. 24; Busche (Fn. 8), § 634 Rn. 3.

<sup>16</sup> Zur Geltung von § 646 BGB bei Beförderungsverträgen siehe nur BGH NJW-RR 1989, 160; OLG Düsseldorf NJW-RR 1994, 1122; Sprau, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 76. Aufl. 2017, § 646 Rn. 1.

<sup>17</sup> Ernst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 324 Rn. 1; Stadler, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2015, § 324 Rn. 3.

<sup>18</sup> Merkle (Fn. 7), § 631 Rn. 1; Busche (Fn. 7), § 631 Rn. 85.

<sup>19</sup> Looschelders (Fn. 3), Rn. 689; Stadler (Fn. 17), § 324 Rn. 4.

<sup>20</sup> Schwarze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2015, Stand: 5.8.2016, § 324 Rn. 35; Grüneberg, in: Palandt (Fn. 16), § 241 Rn. 7.

<sup>21</sup> Ernst (Fn. 17), § 324 Rn. 12; Stadler (Rn. 17), § 324 Rn. 4.

sonders in die Schutzwirkung des Schuldverhältnisses einbezogenen Dritten.<sup>22</sup>

Inwieweit dies der Fall ist, lässt sich gem. § 241 Abs. 2 BGB nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses bestimmen.

Zwar schließt M hier den Beförderungsvertrag ab, dies geschieht jedoch ebenfalls zur Beförderung der T. Die sich aus dem Vertrag für den Beförderer ergebenden Schutzpflichten müssen daher nicht nur gegenüber M, sondern auch gegenüber T gelten. Dies wird noch deutlicher, wenn man sich vorstellt, die M wäre die Reise gar nicht selbst angetreten, sondern hätte lediglich ein Ticket für ihre Tochter erworben.

Auch die Belästigung<sup>23</sup> der Tochter stellt damit eine Pflichtverletzung im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB dar.

*Hinweis:* Die Verletzung der Nebenpflicht an sich durch das Verhalten des E dürfte unproblematisch zu bejahen sein. Ein gewisses Problembewusstsein sollte man jedoch vor dem Hintergrund entwickeln, dass hier nicht M, sondern T belästigt wird. Es gibt hier mehrere Wege, dies argumentativ zu lösen: Man kann wie hier vorgeschlagen darstellen, dass die Rücksichtnahmepflicht schon aufgrund des konkreten Vertrages auch gegenüber der T bestand. Auch möglich erscheint es hier, die Wertungen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter heranzuziehen und deren Vorliegen schon hier<sup>24</sup> zu prüfen. Eine ebenfalls vertretbare Argumentation läge letztlich darin, dass die Belästigung der Tochter eine Verletzung der Rücksichtnahmepflicht gegenüber der Mutter darstellt. Welcher Weg hier gewählt wird, ist weniger wichtig als das Problembewusstsein und die argumentative Lösung des Problems.

Dies kann auch beinhalten, sich mit der Möglichkeit eines eigenen Vertrags zwischen T und E auseinanderzusetzen, der zur Folge hätte, dass die Pflichtverletzung dort – und nicht im Vertrag zwischen M und E – zu erörtern wäre. Für die notwendige Stellvertretung der T durch M fehlt es jedoch an der erforderlichen Vertretungsmacht. Auch deutet die Aussage der M, ob E sie und ihre Tochter nach Bochum bringen könne, auf den Abschluss nur eines Vertrages hin.

Die Vorschrift des § 324 BGB verlangt zudem, dass dem Schuldner das Festhalten am Vertrag unzumutbar ist.

<sup>22</sup> *Grüneberg* (Fn. 20), § 324 Rn. 3; *Schwarze* (Fn. 20), § 324 Rn. 34; *Westermann*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2014, § 324 Rn. 5.

<sup>23</sup> Eine sexuelle Belästigung im Sinne von § 3 Abs. 4 AGG stellt nach § 7 Abs. 3 AGG im Arbeitsverhältnis eine Verletzung vertraglicher Pflichten dar, vgl. BAG Ur. v. 20.11.2014 – 2 AZR 651/13, Leitsatz der Entscheidung. Das AGG anzusprechen, wirkt sich auf die Bearbeitung positiv aus, ist aber keinesfalls erforderlich, da es Studierenden des zweiten Semesters weder bekannt noch hier letztlich einschlägig ist.

<sup>24</sup> In Aufgabe 4 wird dies ohnehin relevant.

Bei der Beurteilung sind die beiderseitigen Interessen abzuwägen.<sup>25</sup> In diesem Zusammenhang bedarf es einer Bewertung der festgestellten Pflichtverletzung daraufhin, ob sie das (weitere) Festhalten am Vertrag unzumutbar macht, also einer negativen Prognose darüber, dass insbesondere bei der (weiteren) Erbringung der Leistung ein (weiterer) Integritätsschaden droht oder dem Gläubiger der persönliche Umgang mit dem Schuldner nicht mehr zuzumuten ist.<sup>26</sup>

Letzteres ist der Fall. Es ist M nicht mehr zuzumuten mit dem E weiter zu fahren und sich bzw. ihre Tochter weiteren Belästigungen auszusetzen.<sup>27</sup>

#### cc) *Teiltrücktritt?*

Es könnte allerdings statt eines Gesamtrücktritts auch nur ein Teiltrücktritt der M erfolgt sein. E hat eine Teilleistung mit Transport zum Rastplatz bewirkt – auch der Umstand, dass er dabei T sexuell belästigte, hindert die Bewirkung der Leistung nicht. Die Existenz des § 324 BGB zeigt gerade, dass eine Leistung auch bei Verletzung einer Nebenpflicht bewirkt werden kann. Diejenige Leistung, die der Gläubiger bereits erhalten hat, wird durch die Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht in der Regel nicht entwertet.<sup>28</sup>

Damit könnte M hier auch nur teilweise, d.h. im Hinblick auf die zweite Streckenhälfte, zurückgetreten sein. In § 324 BGB finden sich allerdings keine Regelungen bzgl. eines möglichen Teiltrücktritts.

Fraglich ist jedoch, ob die Vorschrift des § 323 Abs. 5 S. 1 BGB, die eine entsprechende Regelung des Teiltrücktritts enthält, analog heranzuziehen ist.

Eine Auffassung vertritt hier, § 323 Abs. 5 BGB müsse analog zur Anwendung kommen<sup>29</sup>: Die (Teil-)Leistung sei korrekt erbracht worden, sodass es keinen Grund gebe, diese in § 324 BGB anders zu behandeln als in § 323 BGB. Nur für die noch zu erbringende Leistung ist die insoweit nicht mehr vorhandene Vertrauensgrundlage noch nötig.<sup>30</sup> Das hieße, dass M nur dann vom gesamten Vertrag zurücktreten kann, wenn sie an der bereits erbrachten Teilleistung kein Interesse hat.

Kein Interesse besteht regelmäßig dann, wenn der Gläubiger mit der Teilleistung nichts anfangen kann.<sup>31</sup>

<sup>25</sup> *Schmidt*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 40, Stand: 1.8.2016, § 324 Rn. 6; *Ernst* (Fn. 17), § 324 Rn. 7.

<sup>26</sup> *Schwarze* (Fn. 20), § 324 Rn. 38; *Westermann* (Fn. 22), § 324 Rn. 6; diesen präventiven Schutzgedanken ablehnend: *Ernst* (Fn. 17), § 324 Rn. 8.

<sup>27</sup> Vgl. hierzu *Schwarze* (Fn. 20), § 324 Rn. 40, der als Beispiel für eine Unzumutbarkeit die Behandlung einer Patientin durch einen Arzt, der sie zuvor belästigt hat, nennt.

<sup>28</sup> *Schwarze* (Fn. 20), § 324 Rn. 55; vgl. auch *Gsell*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, § 324 Rn. 23 a.E.

<sup>29</sup> *Schwarze* (Fn. 20), § 324 Rn. 55; *Ernst* (Fn. 17), § 324 BGB Rn. 14; *Grüneberg* (Fn. 20), § 324 Rn. 5.

<sup>30</sup> *Stürner*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 11. Aufl. 2016, § 324 Rn. 6.

<sup>31</sup> *Schulze*, in: Handkommentar zum BGB, 9. Aufl. 2017, § 323 Rn. 13; vgl. auch *Ernst* (Fn. 17), § 323 BGB Rn. 205.

Für das Interesse spricht, dass M Kosten spart und die Hälfte der Strecke absolviert hat.

Gegen ein Interesse spricht, dass M an einer solchen Fahrt unter den Umständen gerade kein Interesse hatte, diese war gerade unzumutbar (siehe oben): Belästigung bei jedem Schaltvorgang trotz mehrfacher Aufforderungen, dies zu unterlassen; man kann daher gut dahingehend argumentieren, dass sich das Misstrauen auch schon auf die erbrachten Leistungen bezieht.<sup>32</sup>

*Hinweis:* Beide Ansichten sind vertretbar. Je nachdem welcher Auffassung gefolgt wird, ist nur ein Teilrücktritt oder aber der Komplettrücktritt möglich. Entscheidet man sich jedoch für ein Interesse der M an der Teilleistung, ist ein Streitentscheid erforderlich (siehe unten).

Eine andere Auffassung lehnt jedoch bereits die analoge Anwendung des § 323 Abs. 5 BGB auf die Fälle des § 324 BGB ab,<sup>33</sup> weil § 324 BGB eine Unzumutbarkeit des Vertragsvollzugs verlange, die ihren Grund in Umständen habe, die unabhängig von der einwandfreien Leistungserbringung seien. Das Interesse/fehlende Interesse sei danach allein beim Tatbestandsmerkmal der Unzumutbarkeit zu messen.<sup>34</sup> Die Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag indiziere regelmäßig ein mangelndes Interesse an der Teilleistung des Gläubigers. Darüber hinaus sei der derart vertragsbrüchige Schuldner auch nicht schutzwürdig, sodass ein Komplettrücktritt nicht unbillig erscheine.

Demnach ist (nur) ein Komplettrücktritt der M möglich.

*Hinweis:* Der Komplex des Teilrücktritts stellt eine Herausforderung dar. Zunächst ist die Möglichkeit, auch nur einen bloßen Teilrücktritt anzunehmen, zu sehen. In den Kommentaren zu § 324 BGB wird diese Problematik angesprochen, da aber die Norm an sich hierzu keine Anhaltspunkte bietet, ist ein Problembewusstsein hier positiv zu werten. Die Prüfung an sich kann dann so wie hier vorgeschlagen vorgenommen werden, wobei eine (sehr) gute Bearbeitung nicht den Streitstand darstellt, sondern die Voraussetzungen einer Analogie erörtert. Im Hinblick auf die diesbezüglich notwendige planwidrige Regelungslücke ist zunächst kein Grund ersichtlich, warum der Gesetzgeber die Teilleistung in § 324 BGB anders als in § 323 BGB regeln wollte.<sup>35</sup> Der Frage, ob eine vergleichbare Interessenlage vorliegt, lässt sich dann nähertreten mit den Argumenten, die bei der Wiedergabe der einzelnen Meinungen dargestellt worden sind. Wer hier die entsprechende Anwendung des § 323 Abs. 5 S. 1 BGB bejaht, muss sich mit der Frage auseinandersetzen, ob M an der Teilleistung ein Interesse hat. Wichtig ist, dass ein

Streit nur dann entschieden wird, wenn dies für die Lösung des Falles notwendig ist.

#### b) Ergebnis

Bei Komplettrücktritt: Der Anspruch des E ist untergegangen; bei Teilrücktritt: Der Anspruch des E ist zur Hälfte untergegangen.

#### 3. Endergebnis

E hat keinen Anspruch aus § 631 Abs. 1 BGB; bei Teilrücktritt hat er noch einen Anspruch auf Zahlung von 100 €.

### III. Anspruch der M gegen E auf Zahlung von 300 € aus §§ 280 Abs. 1, 3, 282 BGB

M könnte gegen E einen Anspruch auf Zahlung von 300 € aus §§ 280 Abs. 1, 3, 282 BGB haben.

#### 1. Schuldverhältnis

Wie oben geprüft, besteht zwischen den Parteien ein Werkvertrag gem. § 631 Abs. 1 BGB.

#### 2. Pflichtverletzung

Die Voraussetzungen des § 282 BGB sind identisch mit denen des § 324 BGB,<sup>36</sup> deswegen kann hier nach oben verwiesen werden.

#### 3. Vertretenmüssen

Das Vertretenmüssen wird gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet. E handelt zudem vorsätzlich im Sinne des § 276 BGB.

#### 4. Schaden

Unfreiwillig wurde die Inanspruchnahme des Taxis erzwungen. Insoweit hat M einen nach §§ 249, Abs. 1, 251 Abs. 1 BGB ersatzfähigen Schaden erlitten.

#### 5 Rechtsfolge: Schadensersatz

Fraglich ist jedoch, in welcher Höhe M Schadensersatz von E verlangen kann. Ausgangspunkt ist die Frage, ob sich M im Rahmen der Geltendmachung der Taxikosten (300 €) nicht die Kosten anrechnen lassen muss, die sie ohnehin hätte an den E bezahlen müssen, um auch die zweite Hälfte der Strecke von ihm befördert zu werden (100 €).

*Hinweis:* Während die Prüfung des Tatbestandes keine Probleme bereiten sollte, erfordert die Prüfung der Rechtsfolge wieder ein Problembewusstsein. Die richtige Lösung ist abhängig davon, wie man sich im Rahmen der Lösung der Aufgabe 2 unter II. entschieden hat. Wichtig ist daher zunächst, dass die Lösung hier folgerichtig ist. Die Lösungen werden im Folgenden nacheinander dargestellt.

<sup>32</sup> Vgl. *Stürner* (Fn. 30), § 324 Rn. 6, der dann einen Gesamtrücktritt annimmt, wenn sich Misstrauen auf schon erbrachte Leistungen bezieht.

<sup>33</sup> *Gsell* (Fn. 28), § 324 Rn. 23.

<sup>34</sup> *Gsell* (Fn. 28), § 324 Rn. 23.

<sup>35</sup> *Schwarze* (Fn. 20), § 324 Rn. 55.

<sup>36</sup> *Alpmann* (Fn. 13), § 282 BGB Rn. 3; *Ernst* (Fn. 17), § 282 Rn. 3.

a) Lösung für denjenigen, der sich unter II. für einen Gesamtrücktritt entschieden hat

§ 282 BGB gibt dem Gläubiger einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung. Erfasst sind alle Schäden, die dadurch entstehen, dass die Leistung für den Gläubiger infolge der vom Schuldner zu vertretenden Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2 BGB unzumutbar wird und er deswegen von deren Erbringung Abstand nimmt.<sup>37</sup>

Die Höhe des Schadensersatzes bemisst sich nach der Differenzhypothese, d.h. es sind zwei Güterlagen miteinander zu vergleichen. Die tatsächlich durch das Schadensereignis geschaffene und die unter Ausschaltung des Ereignisses gedachte hypothetische Lage.<sup>38</sup> Bei ordnungsgemäßigem Verhalten des E wäre M mit ihrer Tochter T für 200 € von Berlin nach Bochum transportiert worden. Tatsächlich musste sie 300 € für das Taxi bezahlen, an E bezahlt sie infolge des Komplettrücktritts nichts. Somit ist ihr ein Schaden i.H.v. 100 € entstanden.

Allerdings könnte M für die erbrachte Beförderung mangels Möglichkeit der Herausgabe gem. § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB Wertersatzpflichtig sein, sodass E insofern aufrechnen könnte.

Dafür spricht, dass sich die Rechtsfolgen eines Rücktritts nach §§ 346, 324 BGB ebenfalls nach den §§ 346 ff. BGB richten. Die Beförderungsleistung kann kraft Natur der Sache nicht zurückgewährt werden, sodass Wertersatz zu leisten wäre. Dies gilt allgemein für unkörperliche Werkleistungen.<sup>39</sup> Dann könnte E von M im Hinblick auf die schon zurückgelegte Teilstrecke 100 € fordern.

*Hinweis:* Allerdings enthält der Sachverhalt keine Hinweise, dass E Wertersatz geltend macht/aufrechnen will. Daher ist es allenfalls als positiv einzuordnen, wenn das Problem gesehen und ggf. eine Wertersatzpflicht in die Schadensberechnung mit einbezogen wird.

Letztlich, dies zeigt die Existenz der Vorschrift des § 325 BGB, hat die Frage des Wertersatzes für den Gesamtausgleich keine Bedeutung. Denn im Gesamtausgleich zwischen Gläubiger und Schuldner ist die Rückabwicklung gem. §§ 346ff. BGB, zu der auch der Wertersatz gehört, nur ein Zwischenschritt. Die endgültige Lage bestimmt sich nach Maßgabe des Schadensersatzrechts, das den Gläubiger in die Lage versetzt, in der er sich bei ordnungsgemäßer Erbringung der Leistung bzw. ordnungsgemäßer Durchführung des Leistungsaustausches befände.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Benicke/Hellwig, in: Soergel (Fn. 28), § 282 Rn. 46; Grüneberg (Fn. 20), § 282 Rn. 1.

<sup>38</sup> Grüneberg (Fn. 20), vor § 249 Rn. 10; Oetker, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 249 Rn. 18.

<sup>39</sup> „Hat die Sängerin gesungen, kann der Gesang nicht zurückgegeben werden, sondern hat die Sängerin Anspruch auf Wertersatz“, Kaiser, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2012, § 346 Rn. 102; Gaier, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 346 Rn. 21.

<sup>40</sup> Schwarze (Fn. 20), § 325 Rn. 34 mit Verweis auf BGHZ 174, 290; Stadler (Fn. 17), § 325 Rn. 3.

Nimmt man zunächst eine Wertersatzpflicht der M an, würde dem E zwar ein entsprechender Anspruch i.H.v. 100 € zustehen. Im Rahmen der bei der Schadensberechnung anzustellenden Gegenüberstellung der Vermögenspositionen würde jedoch auch dieser Posten schadenserhöhend in der Bilanz zu berücksichtigen sein, sodass zunächst ein Schaden i.H.v. 200 € anzunehmen wäre, der sich nach Verrechnung mit dem Anspruch auf Wertersatz i.H.v. 100 € wieder auf 100 € reduzieren würde. Es verbliebe also auch in diesem Fall bei einer Ausgleichspflicht des E i.H.v. 100 €.

Unter dieser Prämisse muss E hier letztlich 100 € an M zahlen.

b) Lösung für denjenigen, der sich unter II. für einen Teilrücktritt entschieden hat

E hat die M und die T bereits bis zur Hälfte der Strecke gefahren, insofern eine Teilleistung erbracht. § 282 BGB trifft keine Regelung für den Fall, dass der Schuldner bereits eine Teilleistung bewirkt hat.

Möglicherweise kommt jedoch eine analoge Anwendung des § 281 Abs. 1 S. 2 BGB in Betracht,<sup>41</sup> demzufolge im Falle einer Teilleistung der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur verlangen kann, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat.

*Hinweis:* Da es sich bei §§ 324-282 und 323-281 BGB jeweils um Parallelnormen handelt, ist die Diskussion um die analoge Anwendung des § 281 Abs. 1 S. 2 BGB an dieser Stelle nur die konsequente Fortführung der Überlegung zur analogen Anwendung im Rahmen des § 323 BGB. Deshalb sollte man sich an dieser Stelle konsequent verhalten, d.h. erstens eine analoge Anwendung des § 281 Abs. 1 S. 2 BGB bejahen ebenso wie das Interesse an der Teilleistung. Hinsichtlich der Argumentation zur analogen Anwendung kann ebenso wie zur Frage, ob M ein Interesse an der Teilleistung hat, nach oben, d.h. zu den Ausführungen unter II., verwiesen werden.

Wer oben einen Teilrücktritt angenommen hat, müsste demzufolge auch hier das Interesse der M an der Teilleistung bejahen, was dazu führt, dass M hier keinen Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen kann. Dies führt allerdings nicht dazu, dass der Schuldner bloß die Teilleistung erhält, sondern darüber hinaus auch den so genannten „kleinen Schadensersatz“.<sup>42</sup>

Im Rahmen des „kleinen Schadensersatzes“ kann er verlangen, so gestellt zu werden, als ob gehörig erfüllt worden wäre.<sup>43</sup> Der zu erstattende Minderwert wird bestimmt durch den Unterschied zwischen dem Wert der empfangenen Leis-

<sup>41</sup> Parallele Problematik zum Teilrücktritt oben. Wer oben eine analoge Anwendung des § 323 Abs. 5 BGB angenommen hat, sollte konsequenterweise auch § 281 Abs. 1 S. 2 BGB analog annehmen.

<sup>42</sup> Ernst (Fn. 17), § 281 Rn. 142; Benicke/Hellwig (Fn. 37), § 282 Rn. 30, 47.

<sup>43</sup> Unberath (Fn. 12), § 281 Rn. 67; Grüneberg (Fn. 20), § 281 Rn. 45.

tung und dem Wert, den die Leistung hätte, wenn sie „wie geschuldet“ erbracht worden wäre,<sup>44</sup> d.h. der Anspruch richtet sich auf Ersatz des Wertunterschiedes zwischen mangel-freiem und mangelhaftem Werk.<sup>45</sup> Dieser kann nach dem niedrigeren Preis bemessen werden, zu dem der Vertrag in Kenntnis des Mangels abgeschlossen worden wäre, aber auch nach den erforderlichen Kosten zur Herstellung einer mangel-freien Leistung.<sup>46</sup>

Wenn gehörig erfüllt worden wäre, wäre M mit ihrer Tochter T für 200 € von Berlin nach Bochum befördert worden. Tatsächlich musste sie insgesamt 400 € aufwenden, 100 € an E, weil sie nur teilweise vom Vertrag zurückgetreten ist und 300 € für das Taxi, das die Leistung des E ersetzen musste.

M schuldet E also Schadensersatz i.H.v. 200 €.

*Hinweis:* Diese Schadensproblematik stellt den Schwerpunkt in der Prüfung des dritten Anspruchs dar und sollte sich in der jeweiligen Ausarbeitung weit weniger kompliziert darstellen lassen als hier in der Lösungsskizze. Dies liegt daran, dass man zunächst im Hinblick auf die Frage des Teilrücktritts konsequent sein muss. Wer diesen oben bejaht, muss auch hier analoge Anwendung des § 281 Abs. 2 S. 2 BGB bejahen.

Darüber hinaus sollte im Rahmen der Ausführungen zum Schadensersatz ein Problembewusstsein im Hinblick auf den Umstand gezeigt werden, dass M mind. 100 € „spart“, die sie nicht an E zahlen muss und die Eingang in die Schadensberechnung finden müssen.

#### 6. Ergebnis

M hat gegen E bei Annahme eines Gesamtrücktritts einen Anspruch auf Zahlung von 100 €, bei Annahme eines Teilrücktritts einen Anspruch auf Zahlung von 200 € aus §§ 280 Abs. 1, 3, 282 BGB.

*Hinweis:* Durch dieses Ergebnis bei der Prüfung des Schadensersatzanspruchs ist es für das Endergebnis nicht erheblich, ob ein Teilrücktritt angenommen wird oder nicht. Der finanzielle Ausgleich zwischen den Parteien ist in der Gesamtschau identisch.

Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, muss man beachten, dass infolge der Aufgabenstellung in Frage 2 ein Posten aus der Gesamtsaldierung, die zur Berechnung der Höhe des Schadensersatzes durchzuführen ist, herausgenommen wurde. Deswegen muss die Schadensersatzberechnung in Frage 3 berücksichtigen, ob M infolge der Beantwortung von Frage 2 100 € an E zahlen muss oder nicht.

Die Wertersatzpflicht, die man bezogen auf M im Falle des Gesamtrücktritts für die nicht zurückzugebende Be-

förderung annehmen könnte, ist innerhalb dieser Schadensberechnung ein „durchlaufender Posten“, der – wenn geltend gemacht – ihren Schadenersatzanspruch entsprechend erhöhen würde und deswegen für das rechnerische Ergebnis der Gesamtsaldierung nicht von Bedeutung ist.

#### IV. Anspruch der T gegen E auf Zahlung von 30 € aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

T könnte einen Anspruch gegen E auf Zahlung von 30 € aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter haben.

##### 1. Schuldverhältnis

Zwischen T und E direkt besteht kein Schuldverhältnis, denn M schließt den Vertrag mit E.

T könnte aber in den Vertrag zwischen E und M über die Grundsätze eines Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter einbezogen worden sein.

*Hinweis:* Vertretbar wäre es auch, einen Vertrag zugunsten Dritter gem. § 328 BGB anzunehmen. Dazu ist eine entsprechende Auslegung des Telefonats von M und E erforderlich. Bejaht man diesen, erwirbt T einen eigenen Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB. Mangels konkreterer Sachverhaltsangaben, ob T berechtigt sein sollte, selbst die Leistung von E zu verlangen, liegt jedoch die Ablehnung eines Schuldverhältnisses zwischen T und E und die Prüfung eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter näher.

##### a) Dogmatische Anknüpfung

Die konkrete dogmatische Anknüpfung ist umstritten, vertreten wird eine ergänzende Vertragsauslegung, die Wertung des § 328 Abs. 2 BGB, die Heranziehung des § 242 BGB oder des § 311 Abs. 3 BGB.<sup>47</sup>

*Hinweis:* Die Rechtsfigur ist jedoch allgemein anerkannt, sodass eine nähere Auseinandersetzung mit der dogmatischen Anknüpfung nicht erwartet wird.

##### b) Voraussetzungen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Es müssten aber auch die Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vorliegen.

##### aa) Leistungsnähe

Leistungsnähe liegt vor, wenn der Dritte bestimmungsgemäß den gleichen Gefahren des Schuldverhältnisses in gleicher Weise ausgesetzt ist wie der Gläubiger.<sup>48</sup>

<sup>44</sup> Ernst (Fn. 17), § 281 Rn. 132; Grüneberg (Fn. 20), § 281 Rn. 45.

<sup>45</sup> BGHZ 96, 283 (287); 108, 156 (159); Unberath (Fn. 12), § 281 Rn. 67; Schulze (Fn. 31), § 281 Rn. 18.

<sup>46</sup> Alpmann (Fn. 13), § 281 Rn. 116; Unberath (Fn. 12), § 281 Rn. 67.

<sup>47</sup> Janoschek, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 40, Stand: 1.8.2016, § 328 Rn. 46; Joussem (Fn. 3), Rn. 1205; Looschelders (Fn. 3), Rn. 160 ff.

<sup>48</sup> Stadler (Fn. 17), § 328 Rn. 24; Joussem (Fn. 3), Rn. 1210; Looschelders (Fn. 3), Rn. 165.

T kommt bestimmungsgemäß wie M mit dem Transport des E in Kontakt. Diese Voraussetzung ist somit erfüllt.

#### bb) Gläubigernähe

Gläubigernähe liegt vor, wenn der Gläubiger ein Interesse an der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrages hat. Das ist schon dann der Fall, wenn der Dritte mit der im Vertrag versprochenen Leistung bestimmungsgemäß in Kontakt kommen soll.<sup>49</sup>

M ist am „Wohl und Wehe“ der Tochter gem. § 1626 Abs. 1 BGB und damit an ihrer Einbeziehung interessiert, sodass auch diese Voraussetzung erfüllt ist.

#### cc) Erkennbarkeit

Des Weiteren muss die Einbeziehung des Dritten für den Schuldner erkennbar sein.<sup>50</sup>

M bucht ausdrücklich einen Platz für sich und ihre Tochter. Die Einbeziehung der T war für E mithin erkennbar.

#### dd) Schutzbedürftigkeit des Dritten

Schließlich muss T schutzbedürftig gewesen sein. Schutzbedürftigkeit liegt vor, wenn der Dritte keinen eigenen vertraglichen Anspruch hat, der den gleichen oder doch zumindest gleichwertigen Inhalt hat.<sup>51</sup>

Da kein eigener vertraglicher Anspruch der T ersichtlich ist, ist sie auch schutzbedürftig.

#### c) Ergebnis

T wurde über die Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wirksam in den Vertrag zwischen M und E einbezogen. Somit liegt ein Schuldverhältnis vor.

*Hinweis:* Die Prüfung des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bildet den Schwerpunkt in der Prüfung des vierten und letzten Anspruchs und ist sicherlich der einfachste der Schwerpunkte. Hier können evtl. Fehler aus den vorherigen Prüfungen ausgeglichen werden. Umso schwerer wiegt es jedoch, wenn dieser Schwerpunkt nicht erkannt bzw. ordentlich geprüft wird.

#### 2. Pflichtverletzung

E muss eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt haben. Durch sein Verhalten verletzt E das Eigentum der T. Das dies nicht passiert, ist mindestens Nebenpflicht des E, die sich aus § 241 Abs. 2 BGB ergibt. Mit entsprechender Argumentation lässt sich jedoch auch begründen, dass im Rahmen des Beförderungsvertrags die Hauptpflicht dahin geht, dass eine

Beförderung nicht irgendwie stattfinden muss, sondern die Passagiere frei von Schäden ihren Bestimmungsort erreichen.<sup>52</sup>

#### 3. Vertretenmüssen, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB

E muss die Pflichtverletzung zu vertreten haben. E handelt vorsätzlich, wenn man ihm die Kenntnis seiner verschmutzten Hände unterstellt. Lehnt man dies ab, handelt er jedoch zumindest fahrlässig im Sinne von §§ 280 Abs. 1 S. 2, 276 Abs. 1, 2 BGB.

#### 4. Schaden

Die T wendet für die Reinigung unfreiwillig 30 € auf. Ein ersatzfähiger Schaden liegt vor.

#### 5. Ergebnis

T hat einen Anspruch auf Zahlung von 30 € gegen E aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

<sup>49</sup> Westermann (Fn. 22), § 328 Rn. 13b; Joussem (Fn. 3), Rn. 1212 f.; es muss hier nicht thematisiert werden, ob ein einfaches vertragliches Schutzinteresse oder eine darüberhinausgehende Schutzpflicht erforderlich ist, da M eine Schutzpflicht trifft, vgl. dazu Joussem (Fn. 3), Rn. 1213.

<sup>50</sup> Janoschek (Fn. 47), § 328 Rn. 53; Joussem (Fn. 3), Rn. 1217; Looschelders (Fn. 3), Rn. 168.

<sup>51</sup> Janoschek (Fn. 47), § 328 Rn. 54; Joussem (Fn. 3), Rn. 1218; Looschelders (Fn. 3), Rn. 169.

<sup>52</sup> Wie sich die Bearbeiter hier entscheiden, hat letztlich keinen Einfluss auf die weitere Prüfung, da sowohl die Verletzung von Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB als auch von drittbezogenen Leistungspflichten zu Ansprüchen aus dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter führen kann, vgl. Gottwald, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 328 Rn. 177 f.

# Fortgeschrittenenklausur: Großer Streit, keine Erholung

Von Wiss. Mitarbeiter **Simon Schwichtenberg**, Bremen\*

*Der nachfolgende Sachverhalt war mit geänderter erster Aufgabenstellung Gegenstand der Abschlussklausur des Moduls „Sachenrecht/vertragliche Schuldverhältnisse“ im dritten Semester an der Universität Bremen.*

## Sachverhalt

A betreibt in Bremen eine Tankstelle und ist Mitglied im Bremer-Tankstellen-Verband (BTV). Der BTV hat mit der Marketingagentur M einen Kooperationsvertrag geschlossen, auf dessen Grundlage M in den Tankstellen der Mitglieder des BTV Videogerätesysteme zur Bewerbung verschiedener Produkte aufstellen darf. Die Betreiber der Tankstellen erhalten im Gegenzug einen Teil der Werbeeinnahmen. Die Geräte bleiben dabei im Eigentum der M, die die Geräte nach dem Ablauf einer bestimmten Zeit von den Betreibern der Tankstellen wieder heraus verlangen kann. Auf der Grundlage dieses Kooperationsvertrages stellt M am 15.1.2016 ein Videogerätesystem in der Tankstelle des A auf. Im Sommer gerät M in finanzielle Schwierigkeiten. Sie veräußert daher alle Videogerätesysteme im August 2016 an K. Dazu übergibt sie K eine Liste, auf der alle Videogerätesysteme und deren aktuelle Standort genannt werden, und tritt die Herausgabeansprüche infolge eines Zeitablaufs aus dem Kooperationsvertrag an K ab. A wird über den Eigentümerwechsel informiert. Mit dem Wissen des A wird der Kooperationsvertrag zum 30.9.2016 wirksam beendet. Am 1.10. verlangt K von A Herausgabe des Videogerätesystems mit der Begründung, dass diesem durch die Beendigung des Vertrages kein Recht zum Besitz mehr zustünde. Da A die Herausgabe verweigert, setzt K ihm eine Frist bis zum 30.11.2016. Nach dem erfolglosen Verstreichen der Frist hat K kein Interesse mehr am Videogerätesystem und verlangt stattdessen Schadensersatz i.H.v. 500 € mit der zutreffenden Begründung, dass er das Videogerätesystem bei Herausgabe bis zum 30.11. für 500 € hätte veräußern können.

## Frage 1

Steht K gegen A ein Anspruch auf Zahlung von 500 € zu?

## Fortsetzung

Erholung verspricht sich A von einer Busrundreise durch die Türkei zum Jahresende 2016. Die Busreise hat A im November 2016 beim Reiseveranstalter R für 1.200 € gebucht. Sie setzt sich aus der Fahrt in einem Reisebus, der Unterbringung in verschiedenen Hotels, der Verpflegung und weiteren Aktionen zusammen. Den Flug nach Antalya als Ausgangspunkt der Busreise hat A ebenfalls im November separat bei der sog. Billigfluggesellschaft F zum Preis von 30 € zuzüglich Steuern und Gebühren gebucht. Der Vertrag mit F sieht ausschließlich die Beförderung des A vor, darüber hinausgehende Leistungen, wie etwa eine Verpflegung, bietet F nicht an.

\* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Institut für Informations-, Gesundheits- und Medizinrecht der Universität Bremen (Prof. Dr. Benedikt Buchner, LL.M. [UCLA]).

Vor den Buchungen hat sich A über den Putschversuch in der Türkei im Juli 2016, den Raketeneinschlag in Antalya am 14.10.2016 sowie über die terroristischen Anschläge informiert. Die Sicherheitslage beurteilte A als ausreichend, so dass er keine Bedenken gegen die Reise hatte.

Aufgrund von im Bekanntenkreis geäußerten Sorgen entstehen derartige Bedenken aber zwei Tage vor Reiseantritt. Mit Verweis auf die Terrorgefahr und die allgemein bedenkliche Sicherheitslage erklärt A daher gegenüber R und F, dass er die Reise nicht antreten werde und sich von den jeweiligen Verträgen löse.

R verlangt daraufhin Stornokosten in Höhe der im Vertrag vereinbarten Entschädigungspauschale von angemessenen 50 %. A hält dem entgegen, dass die Terrorgefahr und die bedenkliche Entwicklung der Sicherheitslage eine Form der höheren Gewalt darstellen, infolge derer R kein Anspruch auf die Entschädigungspauschale zustünde. F verlangt von A die Zahlung des gesamten Flugpreises. Sie verweist A auf die entsprechende und wirksam in den Vertrag einbezogene AGB:

„§ 7 Stornierung: Wird ein gebuchter Flug storniert, bleibt der Fluggast zur Begleichung des Flugpreises verpflichtet, es sei denn, der zur Stornierung führende Umstand ist von F zu vertreten.“

A entgegnet, dass nach seiner Auffassung derartige Klauseln unwirksam seien. Zudem verweist A zu Recht darauf, dass der freigewordene Sitzplatz von einem anderen Reisenden zu einem höheren Preis gebucht wurde und F somit infolge der Stornierung keine Verluste erlitt.

## Frage 2

Steht R gegen A ein Zahlungsanspruch i.H.v. 600 € zu?

## Frage 3

Steht F gegen A ein Zahlungsanspruch i.H.v. 30 € zu?

## Lösungsvorschlag zu Frage 1

### I. Anspruch des K auf Zahlung von 500 €

1. Anspruch auf Zahlung von 500 € aus §§ 989, 990 Abs. 1 BGB

K könnte gegen A einen Anspruch auf Zahlung von 500 € aus §§ 989, 990 Abs. 1 BGB haben.<sup>1</sup>

#### a) Vindikationslage

Zunächst müsste für einen derartigen Anspruch eine Vindikationslage zwischen K und A bestehen. K muss mithin Eigentümer des Videogerätesystems sein und A Besitzer ohne Recht zum Besitz.

<sup>1</sup> Hinweis: Der dingliche Anspruch wird hier entgegen der üblichen Reihenfolge ausnahmsweise zuerst geprüft, da er der eigentlich naheliegende Anspruch ist.

aa) Eigentums des K

Ursprünglich war M Eigentümerin des Videogerätesystems. M könnte ihr Eigentum jedoch nach §§ 929 S. 1, 931 BGB auf K übertragen haben. M und K einigten sich im August über den Eigentumsübergang an K. Dass sich diese Einigung auf mehrere Videogeräte bezog, ist mit Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz vorliegend nicht problematisch, da sämtliche Geräte samt ihrem Standort in der Liste, die K übergeben wurde, aufgeführt waren. Damit war hinreichend bestimmt, welche Sachen von der Einigung erfasst wurden.<sup>2</sup> Des Weiteren wurden die sich auf dem Kooperationsvertrag zwischen M und dem BTV ergebenden Herausgabeansprüche an K abgetreten und M war außerdem als ursprünglicher Eigentümer zur Verfügung berechtigt. Folglich ist nunmehr K Eigentümer des Videogerätesystems.<sup>3</sup>

bb) Besitz des A

Das Videogerätesystem befindet sich nach wie vor im unmittelbaren Besitz des A, da er die Sachherrschaft über das System innehat.

cc) Kein Recht zum Besitz

Ein Besitzrecht des A könnte sich allenfalls nach § 986 Abs. 1 Var. 1 BGB aus dem Kooperationsvertrag ergeben. Ein solches könnte er über § 986 Abs. 2 BGB auch gegenüber K geltend machen. Der Kooperationsvertrag wurde allerdings zum 30.9.2016 wirksam beendet. A steht mithin kein Recht zum Besitz zu.

dd) Zwischenergebnis

Eine Vindikationslage zwischen K und A liegt vor.

b) Anwendbarkeit der §§ 987 ff. BGB auf den „Nicht-mehr-berechtigten-Besitzer“

Umstritten ist jedoch, ob die § 987 ff. BGB nach Beendigung eines vormals bestehenden Besitzrechts Anwendung finden.<sup>4</sup> A stand zunächst aus dem Kooperationsvertrag ein Recht zum Besitz zu. Dieses ist erst durch die Kündigung entfallen. Bei A handelt es sich folglich um einen sog. „Nicht-mehr-Berechtigten“. Die Vertreter der Subsidiaritätslehre gehen in diesem Fall von einem Vorrang vertraglicher Regelungen aus und verneinen daher eine Anwendbarkeit der §§ 987 ff. BGB auf den nicht mehr berechtigten Besitzer.<sup>5</sup> Dieser Auffassung

<sup>2</sup> Vgl. *Schulte-Nölke*, in: *Nomos Kommentar zum BGB*, 9. Aufl. 2017, § 929 Rn. 5; *Wolf/Wellenhofer*, *Sachenrecht*, 31. Aufl. 2016, § 7 Rn. 6.

<sup>3</sup> Im zugrundeliegenden BGH-Sachverhalt war indes strittig, ob die Klägerin tatsächlich Eigentum erworben hat, siehe BGH NJW 2016, 3235 (3237) m. Bspr. *Riehm*, JuS 2016, 1024.

<sup>4</sup> Siehe zu diesem Streit beispielsweise *Fritzsche*, in: *Beck'scher Online-Kommentar zum BGB*, Ed. 41, Stand: 1.11.2016, § 987 Rn. 18 ff.

<sup>5</sup> So beispielsweise *Baur/Stürner*, *Sachenrecht*, 18. Aufl. 2009, § 11 Rn. 3; *Wieling*, *Sachenrecht*, 5. Aufl. 2009, § 12 I 3b. Vgl. dazu auch *Fritzsche* (Fn. 4), § 987 Rn. 18 m.w.N.

schließen sich weitere Stimmen in der Literatur mit dem Argument an, dass während der Vertragsdauer unstrittig das Vertragsrecht Vorrang habe und daher auch Störungen innerhalb der vertraglichen Beziehung nach dem Vertragsrecht zu behandeln seien.<sup>6</sup> Das Vertragsrecht kenne jedoch, anders als die §§ 987 ff. BGB, keine Privilegierung des redlichen Besitzers. Es sei daher nicht nachvollziehbar, dass der Nicht-mehr-Berechtigte nach Beendigung seines Besitzrechts als redlicher Besitzer infolge einer Anwendung der §§ 987 ff. BGB u.U. besser stünde als während seines Besitzrechts.<sup>7</sup> Die h.M. wendet hingegen die §§ 987 ff. BGB auch nach der Beendigung eines Besitzrechtsverhältnisses an.<sup>8</sup> Dafür spricht neben den Argumenten, dass der Nicht-mehr-Berechtigte wie auch jeder andere nichtberechtigte Besitzer einer Vindikation ausgesetzt ist<sup>9</sup> und, dass das Gesetz keine Einschränkung hinsichtlich der Anwendbarkeit der §§ 987 ff. BGB auf den Nicht-mehr-Berechtigten vorsieht, auch die Selbstständigkeit des Eigentumsschutzes, die von Vertragsrechtsnormen grds. nicht berührt wird, es sei denn, eine Norm ordnet dies explizit an.<sup>10</sup> Mit der h.M. finden die §§ 987 ff. BGB daher auch auf den nicht mehr berechtigten Besitzer und somit auch in diesem Fall Anwendung.

c) Untergang oder Verschlechterung der Sache

Weiterhin müsste das Videogerätesystem nach § 989 BGB untergegangen sein, sich verschlechtert haben oder aus anderen Gründen nicht herauszugeben sein. Das Videogerätesystem hat sich im Besitz des A jedoch nicht verschlechtert und kann von A herausgegeben werden. K macht hier einen Vorenthaltungsschaden geltend, der ihm entstanden ist, da A das Gerät trotz Möglichkeit nicht herausgegeben hat. Ein derartiger Vorenthaltungsschaden wird allerdings nicht von § 989 BGB erfasst.<sup>11</sup>

d) Ergebnis

Demzufolge besteht kein Anspruch des K gegen A aus §§ 989, 990 Abs. 1 BGB.

2. Anspruch auf Zahlung von 500 € aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB

K könnte allerdings ein Anspruch auf Zahlung von 500 € aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB gegen A zustehen.

<sup>6</sup> Siehe dazu *Fritzsche* (Fn. 4), § 987 Rn. 19.

<sup>7</sup> So beispielsweise *Michalski*, *Festschrift für Wolfgang Gitter zum 65. Geburtstag*, 1995, S. 577 (585 f.).

<sup>8</sup> So beispielsweise *Herrler*, in: *Palandt, Kommentar zum BGB*, 76. Auflage 2017, Vorb. § 987 Rn. 10; *Wolf/Wellenhofer* (Fn. 2), § 22 Rn. 38. Siehe dazu auch *Fritzsche* (Fn. 4), § 987 Rn. 20 m.w.N.

<sup>9</sup> H.M., zum Streit, ob ein Herausgabeanspruch aus § 985 BGB neben vertraglichen Herausgabeansprüchen besteht, siehe *Baldus*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Aufl. 2017, § 985 Rn. 127 ff.

<sup>10</sup> Vgl. *Raff*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Aufl. 2017, Vor § 987 Rn. 38.

<sup>11</sup> BGH NJW 2016, 3235 (3236); *Raff* (Fn. 10), § 989 Rn. 19.

## a) Schuldverhältnis

Fraglich ist, worin das für diesen Anspruch erforderliche Schuldverhältnis zwischen K und A zu sehen ist.

## aa) Vertraglicher Herausgabeanspruch

Der Begriff des Schuldverhältnisses wird im BGB nicht definiert, sondern von ihm vorausgesetzt.<sup>12</sup> Differenziert werden kann insbesondere zwischen einem Schuldverhältnis im weiteren Sinne und einem Schuldverhältnis im engeren Sinne. In einem engeren Sinne sind mit einem Schuldverhältnis nur die einzelnen Leistungsbeziehungen gemeint, so dass ein Schuldverhältnis und eine Forderung als Synonym zu verstehen sind.<sup>13</sup> Im weiteren Sinne erfasst der Begriff des Schuldverhältnisses die gesamte Rechtsbeziehung zwischen einem Schuldner und einem Gläubiger.<sup>14</sup> § 280 Abs. 1 BGB ist dabei auf jedwedes Schuldverhältnis anwendbar.<sup>15</sup> Ein Schuldverhältnis im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB läge mithin vor, wenn infolge der Beendigung des Kooperationsvertrages ein vertraglicher Herausgabeanspruch entstünde, der auf K übertragen wurde. Der Kooperationsvertrag sieht keinen expliziten Herausgabeanspruch infolge seiner Kündigung vor. Fraglich ist allerdings, ob er als Vertrag sui generis aufgrund seiner mietrechtlichen Elemente nach den §§ 535 ff. BGB behandelt werden kann, so dass für den Zeitraum nach Beendigung des Vertrages der Herausgabeanspruch aus § 546 Abs. 1 BGB Anwendung findet.<sup>16</sup> Insoweit könnte darauf abgestellt werden, dass sich der Vertrag auf einen Teil der Raumfläche der Tankstelle bezieht, die A bereitzustellen hat, wofür er im Gegenzug einen Teil der erzielten Werbeeinnahmen als Mietzins bekommt. Dagegen ist indes anzuführen, dass die Zurverfügungstellung der vom Videogerätesystem beanspruchten Fläche nicht den Schwerpunkt des Vertrages bildet.<sup>17</sup> Vielmehr geht es bei dem Kooperationsvertrag um die Eingliederung des Videosystems in einen gewerblichen Betrieb.<sup>18</sup> Käme dieser zum Erliegen, wäre die Zurverfügungstellung der Fläche für den Werbetreibenden, hier M, ohne jegliches Interesse, da sich ein Gewinn aus Werbemaßnahmen nur erzielen lässt, wenn die Fläche auch von Publikum frequentiert wird.<sup>19</sup> Das wesentliche und charakterisierende Merkmal des Kooperationsvertrages ist demnach nicht

in dem mietrechtlichen Element der Gewährung des Gebrauchs einer Aufstellfläche für das System, sondern in dessen Einbettung in einen gewerblichen Betrieb zu sehen. Aufgrund dessen kann § 546 Abs. 1 BGB zumindest nicht direkt angewendet werden. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob § 546 Abs. 1 BGB nicht zumindest analog auf den Kooperationsvertrag anzuwenden ist. Für eine analoge Anwendung besteht vorliegend jedoch kein Bedarf. Es wurde ausdrücklich vereinbart, dass M Eigentümerin der Geräte bleiben soll, so dass ihr nach Ablauf des Besitzrechts ein Herausgabeanspruch aus § 985 BGB zusteht. Ihr Schutz muss folglich nicht durch die analoge Anwendung eines vertraglichen Herausgabeanspruchs intensiviert werden.<sup>20</sup> In der Konsequenz existiert kein vertraglicher Herausgabeanspruch, der ein Schuldverhältnis im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB begründen könnte.

*Hinweis:* a.A. gut vertretbar.

## bb) Herausgabeanspruch aus § 985 BGB

K steht gegen A allerdings ein Herausgabeanspruch aus § 985 BGB zu. Umstritten ist, ob das allgemeine Leistungsstörungenrecht auf einen Herausgabeanspruch nach § 985 BGB anwendbar ist.<sup>21</sup> Nach einigen Literaturstimmen soll die Nichterfüllung des Herausgabeanspruchs nach erfolgloser Fristsetzung zu einem Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB führen können.<sup>22</sup> Andere Stimmen wenden dagegen ein, dass dadurch die Sonderregelungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses nach §§ 987 ff. BGB missachtet würden. Es entstünde dabei vor allem ein Widerspruch mit der Privilegierung des redlichen Besitzers.<sup>23</sup> Nach §§ 989, 990 Abs. 1 BGB ist ein Besitzer nur zum Schadensersatz bei Rechtshängigkeit oder Bösgläubigkeit zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses verpflichtet, während die §§ 280 ff. BGB eine derartige Differenzierung zwischen dem redlichen und unredlichen Besitzer nicht kennen. Als weiteres Argument gegen eine Anwendung der §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB wird darüber hinaus angeführt, dass der Vindikationsanspruch und das allgemeine Leistungsstörungenrecht eine andere Funktion hätten – während der Herausgabeanspruch nach § 985 BGB den Zweck der Zusammenführung von Besitz und Eigentum verfolge, diene das allgemeine Leistungsstörungenrecht der Kompensation einer nicht möglichen Verwertung einer Sache und gehe damit über die eigentliche Intention des § 985 BGB hinaus, ohne aber dessen eigentlichen Zweck zu erfüllen.<sup>24</sup> Der BGH hat sich nunmehr allerdings derjenigen Auffassung angeschlossen, welche die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruches statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB infolge eines nicht erfüllten Herausgabeanspruchs nach § 985 BGB bejaht. Für diese Auffassung führt der BGH insbesondere an, dass das Gesetz keine Anhaltspunkte gegen eine Anwendbarkeit des Scha-

<sup>12</sup> *Sutschet*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 41, Stand: 1.11.2016, § 241 Rn. 3; *Bachmann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 4.

<sup>13</sup> *Sutschet* (Fn. 12), § 241 Rn. 3; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 2013, § 1 Rn. 1.

<sup>14</sup> *Sutschet* (Fn. 12), § 241 Rn. 3; *Oetker/Maultzsch* (Fn. 13), § 1 Rn. 2.

<sup>15</sup> *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 280 Rn. 6.

<sup>16</sup> BGH NJW 2016, 317 (320, Helmut-Kohl-Fall) m. Bspr. *Schmidt*, JuS 2016, 357; *Gehrlein/Sutschet*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 41, Stand: 1.11.2016, § 311 Rn. 19.

<sup>17</sup> Vgl. BGH NJW 1967, 1414 (1415).

<sup>18</sup> Vgl. BGH NJW 1967, 1414 (1415).

<sup>19</sup> Vgl. BGH NJW 1967, 1414 (1415).

<sup>20</sup> Vgl. *Riehm*, JuS 2016, 1024 (1025).

<sup>21</sup> Siehe dazu umfassend *Gursky*, Jura 2004, 433.

<sup>22</sup> So bspw. *Gruber/Lösche*, NJW 2007, 2815 (2817 f.).

<sup>23</sup> So bspw. *Baldus* (Fn. 9), § 985 Rn. 149; *Gursky*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2013, § 985 Rn. 82.

<sup>24</sup> Vgl. *Baldus* (Fn. 9), § 985 Rn. 149.

densersatzanspruches statt der Leistung bei einem nicht erfüllten Herausgabeanspruch nach § 985 BGB beinhaltet<sup>25</sup> und dass bereits wiederholt Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungenrecht auf Verletzung von Pflichten angewandt wurden, die sich aus dinglichen Ansprüchen ergeben, wie z.B. § 275 Abs. 1 BGB auf § 1004 BGB.<sup>26</sup> Darüber hinaus setzt sich der BGH auch mit dem Problem eines sog. „Zwangskaufs“ auseinander, zu dem es kommt, wenn der unrechtmäßige Besitzer als Konsequenz eines Schadensersatzanspruches statt der Leistung gezwungen wird, dem Käufer den Wert der Sache zu ersetzen, diese aber sodann auch aufgrund des Untergangs des Primäranspruches auf Herausgabe behalten kann.<sup>27</sup> Tatsächlich finde dann zwar eine Art „Zwangskauf“ statt, doch sei der unrechtmäßige Besitzer durch das Fristsetzungserfordernis des § 281 BGB vor diesem ausreichend geschützt und verdiene nach erfolglosem Ablauf der Frist keinen weiteren Schutz, da er durch die Verweigerung der Herausgabe den „Zwangskauf“ selbst herbeigeführt habe.<sup>28</sup> Auch die in §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB fehlende Privilegierung des redlichen Besitzers spricht nach Ansicht des BGH nicht gegen die Anwendbarkeit dieser Vorschriften auf den dinglichen Herausgabeanspruch. Der Privilegierung des redlichen Besitzers nach den §§ 987 ff. BGB könne dadurch ausreichend Rechnung getragen werden, dass die Anwendbarkeit der §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB von vorneherein auf den verklagten oder bösgläubigen Besitzer beschränkt werde.<sup>29</sup> Nach Ansicht des BGH kann somit die Verweigerung der Herausgabe nach § 985 BGB trotz Möglichkeit bei einem unredlichen Besitzer zu einem Schadensersatzanspruch statt der Leistung führen. A hat vorliegend Kenntnis davon, dass der Kooperationsvertrag, aus dem sich vormals sein Recht zum Besitz ergab, gekündigt und sein Recht zum Besitz infolgedessen beendet wurde. Er ist somit ein bösgläubiger Besitzer im Sinne des § 990 Abs. 1 BGB. Da der BGH die Argumente entkräftet hat, die gegen eine Anwendbarkeit eines Schadensersatzanspruches statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB auf einen dinglichen Herausgabeanspruch sprechen, kann mit ihm und der entsprechenden Literaturansicht das Vorliegen eines Schuldverhältnisses in Form des Herausgabeanspruches nach § 985 BGB bejaht werden.

*Hinweis:* a.A. vertretbar.

#### cc) Zwischenergebnis

Ein Schuldverhältnis liegt damit vor.

#### b) Pflichtverletzung

Indem A das Videogerätesystem trotz Möglichkeit nicht herausgibt, verletzt er seine Herausgabepflicht aus § 985 BGB. Eine Pflichtverletzung ist somit gegeben.

#### c) Vertretenmüssen

Zu vertreten hat der Schuldner nach § 276 Abs. 1 BGB grds. Vorsatz und Fahrlässigkeit. A wurde vorliegend sowohl über den Eigentümerwechsel als auch über die Kündigung des Kooperationsvertrages informiert. Er weiß daher, dass er gegenüber K zur Herausgabe des Videogerätesystems verpflichtet ist. Indem er trotz dieser Kenntnis die Herausgabe verweigert, begeht er die Pflichtverletzung vorsätzlich.

#### d) Frist

Um einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung geltend machen zu können, muss K zudem nach § 281 Abs. 1 S. 1 BGB eine angemessene Frist zur Leistung gesetzt haben, die erfolglos verstrichen ist. K hat am 1.10.2016 eine Frist bis 30.11.2016 gesetzt. Innerhalb dieser Zeitspanne hätte A ohne Weiteres leisten können, so dass die gesetzte Frist angemessen im Sinne des § 281 Abs. 1 S. 1 BGB ist.<sup>30</sup> Da A das Gerät noch nicht herausgegeben hat, ist eine angemessene Frist erfolglos verstrichen.

#### e) Schaden

Ferner müsste K ein Schaden in Form einer unfreiwilligen Vermögenseinbuße erlitten haben. Hätte A seine Herausgabepflicht ordnungsgemäß erfüllt, wäre es K möglich gewesen, das Videogerätesystem für 500 € zu veräußern. K erlitt mithin infolge der Pflichtverletzung eine Vermögenseinbuße i.H.v. 500 €. Der Sachverhalt differenziert insoweit nicht zwischen dem Wert des Videogerätesystems und dem Gewinn als Differenz zwischen dem objektiven Sachwert des Videogerätesystems und dem erzielbaren Kaufpreis, wobei auch letzterer über § 252 BGB zu ersetzen ist. Daher ist K insgesamt ein Schaden i.H.v. 500 € entstanden.<sup>31</sup>

#### f) Ergebnis

K steht gegen A ein Anspruch auf 500 € als Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB zu.

<sup>25</sup> Vgl. BGH NJW 2016, 3235 (3237).

<sup>26</sup> Vgl. BGH NJW 2016, 3235 (3236).

<sup>27</sup> Siehe BGH NJW 2016, 3235 (3237); zum Erlöschen des Herausgabeanspruches siehe § 281 Abs. 4 BGB.

<sup>28</sup> Vgl. BGH NJW 2016, 3235 (3237).

<sup>29</sup> BGH NJW 2016, 3235 (3237).

<sup>30</sup> Eine Frist im Sinne des § 281 BGB ist angemessen, wenn sie den Schuldner in die Lage versetzt, seine Leistung zu vollenden, siehe dazu *Unberath*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 41, Stand: 1.3.2011, § 281 Rn. 15.

<sup>31</sup> Hinweis: Vertreten wird allerdings auch, dass ein Verzugschaden, der vor der Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung entstanden ist, nur nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB ersetzbar ist. Insoweit wäre der entgangene Gewinn infolge des Verzugs nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB zu ersetzen. So *Ernst* (Fn. 15), § 281 Rn. 114 ff.; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, 21. Aufl. 2015, Rn. 511.

3. Anspruch auf Zahlung von 500 € aus §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 1, 2, 286 BGB

Gem. § 990 Abs. 2 BGB bleibt beim Vorliegen einer Vindikationslage eine weitergehende Haftung des Besitzers wegen Verzugs unberührt. In der Höhe des entgangenen Gewinns kann K somit grds. auch einen Anspruch aus §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 1, 2, 286 BGB geltend machen, da aufgrund des Verzugs des A der Verkauf gescheitert ist.<sup>32</sup> Dieser Anspruch hat jedoch keine eigenständige Bedeutung mehr, da der entgangene Gewinn bereits durch den Anspruch nach §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB erfasst wird.<sup>33</sup>

4. Ergebnis

K steht gegen A ein Schadensersatzanspruch i.H.v. 500 € aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB zu.

**Lösungsvorschlag zu Frage 2**

**II. Anspruch des R auf Zahlung von 600 € aus § 651i Abs. 2 S. 2, Abs. 3 BGB**

Ein Anspruch des R auf Zahlung von 600 € könnte sich als Erstattungsanspruch aus § 651i Abs. 2 S. 1, Abs. 3 BGB ergeben.

1. Reisevertrag

Dazu müsste zwischen A und R zunächst ein Reisevertrag nach § 651a BGB vorliegen. Ein Reisevertrag ist durch eine Gesamtheit von Reiseleistungen geprägt. Dies setzt voraus, dass mindestens zwei Einzelleistungen vom Reiseveranstalter gebündelt werden und dass es sich bei diesen Teilleistungen nicht um unbedeutende Nebenleistungen handelt.<sup>34</sup> Die Busreise setzt sich aus mehreren gleichwertigen Komponenten, der eigentlichen Busfahrt, der Unterbringung, der Verpflegung und weiteren Aktionen, zusammen. Diese Komponenten prägen die Leistung des R und stellen daher auch keine unbedeutenden Nebenleistungen dar. R bündelte mithin mehrere Einzelleistungen, so dass ein Reisevertrag vorliegt.

2. Auswirkungen des § 651j BGB

Ein Erstattungsanspruch könnte allerdings von vorneherein ausgeschlossen sein, wenn A aufgrund einer Terrorgefahr oder einer instabilen Sicherheitslage die Reise wegen höherer Gewalt kündigen konnte. Nach § 651j Abs. 2 i.V.m. § 651e

Abs. 3 BGB stehen dem Reiseveranstalter bei Kündigung einer Reise wegen höherer Gewalt Entschädigungsansprüche nur für bereits erbrachte oder bis zur Beendigung der Reise noch zu erbringende Leistungen zu. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass er bei Kündigung vor Reisebeginn mangels erbrachter Leistungen keine Entschädigung erhält. Eine Kündigung wegen höherer Gewalt würde vorliegend mithin dazu führen, dass R kein Entschädigungsanspruch zustünde. Höhere Gewalt ist ein von außen kommendes, nicht dem Risikobereich des Veranstalters entstammendes und durch äußerste und vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht abwendbares Ereignis.<sup>35</sup> Dieses Ereignis berechtigt nach § 651j BGB allerdings nur dann zur Kündigung, wenn es bei Vertragsschluss nicht voraussehbar war und die Reise erschwert, gefährdet oder beeinträchtigt.

a) Höhere Gewalt

Ob eine Terrorgefahr oder allgemeiner eine instabile Sicherheitslage eine Form der höheren Gewalt im Sinne des § 651j BGB darstellen, wird anhand folgender Grundlinie beurteilt.<sup>36</sup> Bei lediglich einzelnen Terroranschlägen werden diese regelmäßig als eine Art „allgemeines Lebensrisiko“ der Risikosphäre des Reisenden zugeordnet und das Vorliegen höherer Gewalt verneint; bei gehäuften Anschlägen insbesondere in den Urlaubsregionen eines Landes und einer allgemeinen inneren Unruhe wird eine höhere Gewalt hingegen angenommen. Unter Berücksichtigung mehrerer Terroranschläge in der Türkei vor allem in der zweiten Jahreshälfte, dem Raketenanschlag in der Urlaubsregion Antalya und einer allgemeinen instabilen Lage infolge des gescheiterten Putschversuches im Sommer 2016 einschließlich der von der Regierung eingeleiteten Konsequenzen ist nicht nur von vereinzelten Anschlägen und Unruhen zu sprechen. Zwar wurden bis Ende 2016 aus den touristischen Reisezielen entlang der Mittelmeerküste keine sicherheitsrelevanten Ereignisse bekannt, bei denen ausländische Touristen zu Schaden gekommen sind.<sup>37</sup> Eine Busrundreise führt jedoch über mehrere Orte und über Land und kann infolgedessen leichter in einen Anschlag oder eine gewaltsame Auseinandersetzung geraten als ein Urlauber, der sich permanent an einem touris-

<sup>32</sup> So auch bei vorausgesetzter Eigentümerstellung des Anspruchstellers BGH NJW 2016, 3235 (3238 Rn. 39).

<sup>33</sup> Nach *Huber*, AcP 210 (2010), 319 (343) geht der Verzugschaden in dem Schadensersatzanspruch statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB auf, vgl. auch *Schulze*, in: Nomos Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2017, § 286 Rn. 30; folgt man dieser Ansicht nicht, gelangt der Anspruch indes hinsichtlich des entgangenen Gewinns eine eigenständige Bedeutung. Die erforderliche Mahnung kann dabei in der Fristsetzung gesehen werden.

<sup>34</sup> *Geib*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 41, Stand: 1.11.2016, § 651a Rn. 7 ff.; *Oetker/Maultzsch*, (Fn. 13), § 9 Rn. 5.

<sup>35</sup> *Geib* (Fn. 34), § 651j Rn. 2; *Oetker/Maultzsch* (Fn. 13), § 9 Rn. 104.

<sup>36</sup> Siehe *Geib* (Fn. 34), § 651j Rn. 5; *Führich*, VersR 2004, 445. Eine Übersicht der einschlägigen Rspr. ist zu finden bei *Rodegra*, NJW 2012, 3546 (3549).

<sup>37</sup> Siehe Reise- und Sicherheitshinweise des Auswärtigen Amtes, abrufbar unter

<https://www.auswaertiges-amt.de/DE/Laenderinformationen/00-SiHi/TuerkeiSicherheit.html> (19.3.2017). Einer fehlenden Reisewarnung seitens des Auswärtigen Amtes kommt lediglich eine Indizwirkung zu, nach der ihr Fehlen ein Anhaltspunkt gegen höhere Gewalt darstellt. Maßgeblich bleibt immer der Einzelfall; vgl. *Staudinger/Bauer*, NJW 2016, 913 (915). Als höhere Gewalt im Sinne des § 651j BGB wurden z.B. auch die politischen Unruhen im Frühjahr 2011 in Ägypten eingestuft; siehe dazu *Bergmann*, in: Tamm/Tonner, Verbraucherrecht, 2. Aufl. 2016, § 18 A Rn. 195.

tischen Ort mit hohen Sicherheitsvorkehrungen aufhält. Die Reisenden sind daher in besonderer Weise mit der instabilen Sicherheitslage konfrontiert. Erschwerend kommt hinzu, dass es in Antalya, dem Ausgangspunkt der Rundreise, bereits zu einem Raketeneinschlag und mithin zumindest zu einer abstrakten Gefährdung auch von Touristen gekommen ist. Trotz der vermeintlich akzeptablen Sicherheitslage in Urlaubsorten kann die Gefahr eines Terroranschlags oder eines u.U. bewaffneten Konfliktes zwischen verschiedenen Gruppierungen zumindest bei einer Busrundreise somit nicht mehr als allgemeines Lebensrisiko zu betrachten werden. In diesem Fall stellen die bislang erfolgten Anschläge und die allgemeine Unruhe in der Türkei eine Form der höheren Gewalt nach § 651j BGB dar.<sup>38</sup>

*Hinweis:* a.A. vertretbar.

#### b) Vorhersehbarkeit

Entscheidend für eine Kündigung nach § 651j BGB ist daneben aber auch das Kriterium der Vorhersehbarkeit. Nur wenn die Gefährdungslage nicht vorhersehbar war, war A zur Kündigung nach § 651j BGB berechtigt. Abzustellen ist bei dieser Beurteilung auf den Kenntnishorizont des Kündigenden.<sup>39</sup> Angesichts der weltweiten Terrorgefahr darf das Kriterium der Vorhersehbarkeit zwar nicht extensiv ausgelegt werden, da anderweitig das Kündigungsrecht nach § 651j BGB ausgehebelt werden würde,<sup>40</sup> vorliegend erfolgte die Buchung aber zu einem Zeitpunkt, in dem die Gefährdungslage in der Türkei und insbesondere für das Reisegebiet der Allgemeinheit wie auch dem A bekannt war. Dabei hat die Gefährdungslage nach der Buchung keine unvorhersehbare Veränderung erlangt. Sie war somit für A vorhersehbar.

#### c) Zwischenergebnis

Aufgrund der Voraussehbarkeit der Terrorgefahr und der instabilen Sicherheitslage zum Zeitpunkt der Reise bei Vertragsschluss kann A den Vertrag nicht wegen höherer Gewalt nach § 651j BGB kündigen. Demzufolge hat § 651j BGB keine Auswirkungen auf den Entschädigungsanspruch.

#### 3. Rücktritt nach § 651i Abs. 1 BGB

Für einen Entschädigungsanspruch nach § 651i Abs. 2 S. 1, Abs. 3 BGB kommt es mithin darauf an, dass A nach § 651i Abs. 1 BGB vom Reisevertrag zurückgetreten ist. A hat gegenüber R den Rücktritt erklärt, indem er zu verstehen gab, dass er die Reise nicht antreten und sich vom Vertrag lösen wolle. Da jeder Reisende nach § 651i Abs. 1 BGB vor Reisebeginn die Möglichkeit hat, vom Vertrag zurückzutreten, ist

der zwei Tage vor Beginn der Reise erklärte Rücktritt auch wirksam.

#### 4. Höhe der Entschädigungspauschale

Nach § 651i Abs. 3 BGB kann der Entschädigungsanspruch, der dem Reiseveranstalter zusteht, pauschal als Prozentsatz im Vertrag vereinbart werden. Im Reisevertrag zwischen R und A wurden als Pauschale angemessene 50 % des Reisepreises vereinbart.<sup>41</sup> Folglich beläuft sich die Entschädigungshöhe auf 600 €.

#### 5. Ergebnis

R steht gegen A ein Anspruch auf Zahlung von 600 € aus § 651i Abs. 2 S. 1, Abs. 3 BGB zu.

#### Lösungsvorschlag zu Frage 3

#### III. Anspruch F auf Zahlung von 30 € aus § 7 des Vertrages i.V.m. § 649 S. 2 BGB

F könnte gegen A ein Anspruch auf Zahlung von 30 € aus § 7 des Vertrages i.V.m. § 649 S. 2 BGB zustehen.

#### 1. Werkvertrag

Erforderlich ist für einen derartigen Anspruch ein Werkvertrag zwischen F und A. Mit der Beförderung nach Antalya schuldet F einen konkreten Erfolg, wie er für einen Werkvertrag typisch ist. Diese Beförderung prägt den gesamten Vertrag zwischen F und A, so dass F auch nicht mehrere Einzelleistungen bündelt und das Vorliegen eines Reisevertrages zu verneinen ist. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob auf den vorliegenden Vertrag das Reiserecht analog anzuwenden ist.<sup>42</sup> Eine analoge Anwendung des Reiserechts erfolgt beispielsweise bei der Miete eines Ferienhauses oder eines Wohnmobils, obwohl auch hier mit der Bereitstellung der Mietsache nur eine Leistung im Vordergrund steht.<sup>43</sup> Gerade bei dem Flug mit einer sog. Billigfluggesellschaft ist die vereinbarte Leistung jedoch nicht mit der Buchung eines Ferienhauses oder eines Wohnmobils vergleichbar. In letzteren Fällen spielt der erstrebte Erholungszweck bei dem Ausuchen und der Buchung des Mietobjektes eine entscheidende Rolle, wohingegen bei der Buchung eines Billigfluges weniger der Erholungszweck, sondern vielmehr das Angebot einer kostengünstigen Beförderung ausschlaggebend ist. Komforteinbußen werden aufgrund des günstigen Preises dabei hingenommen. Die Buchung eines Billigfluges ähnelt daher nicht denjenigen Fällen, auf die das Reiserecht analog ange-

<sup>38</sup> So für eine Rundreise durch die Türkei, die u.a. nach Istanbul führte, auch AG Augsburg, Urt. v. 7.7.2016 – 15 C 89/16.

<sup>39</sup> AG Augsburg, Urt. v. 7.7.2016 – 15 C 89/16; *Geib* (Fn. 34), § 651j Rn. 3.

<sup>40</sup> Vgl. auch *Führich*, Terror, Angst und höhere Gewalt – Antworten des Reiserechts, abrufbar unter

[www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/13702/terror\\_reiserecht.pdf](http://www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/13702/terror_reiserecht.pdf) (19.3.2017).

<sup>41</sup> Für Beispiele einer unangemessenen Entschädigungspauschale siehe *Tonner*, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 651i.

<sup>42</sup> Dafür AG Offenbach, Urt. v. 11.01.1995 – Az. 350 C 5863/94. Kritisch zu diesem Urteil *Schmid*, RRA 1995, 92.

<sup>43</sup> Siehe dazu *Tonner* (Fn. 41), § 651a Rn. 32 ff. m.w.N.

wendet wird.<sup>44</sup> Folglich ist der vorliegende Beförderungsvertrag nach Werkvertragsrecht zu behandeln.<sup>45</sup>

### 2. Kündigung des Werkvertrages

Diesen Werkvertrag müsste A gekündigt haben. Indem A bekannt gab, er wolle die Reise nicht antreten und sich vom Vertrag mit F lösen, erklärte er die Kündigung. Da A nach § 649 S. 1 BGB den Werkvertrag bis Abwicklung des Fluges kündigen konnte, ist die erklärte Kündigung auch wirksam.

### 3. Vergütung

Nach § 649 S. 2 BGB kann der Unternehmer bei Kündigung durch den Besteller grds. Vergütung verlangen. Er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er erspart oder anderweitig durch eine andere Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt.

#### a) Gesetzlicher Vergütungsanspruch

Hier konnte F den frei gewordenen Sitz einem anderen Reisenden zur Verfügung stellen, der einen höheren Preis zahlte als ihn zuvor A gezahlt hat. Diesen Gewinn muss sich F auf den Vergütungsanspruch anrechnen lassen. Da der Gewinn infolge der Neubuchung durch einen anderen Fluggast denjenigen übersteigt, den F aus dem Vertrag mit A hätte erzielen können, ist die Kündigung des Vertrages durch A für F sogar vorteilhaft. Ein Vergütungsanspruch ergibt sich daher nicht aus § 649 S. 2 BGB.

#### b) Vergütungsanspruch aus § 7 des Vertrages

Ein Vergütungsanspruch könnte sich jedoch aus § 7 des Vertrages ergeben. § 7 wurde als AGB wirksam in den Vertrag einbezogen. Um einen Vergütungsanspruch zu begründen, müsste § 7 jedoch auch wirksam sein, d.h. der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB standhalten.

##### aa) Anwendbarkeit der §§ 308, 309 BGB

Indem § 7 einen pauschalen Vergütungsanspruch in voller Höhe vorsieht, weicht er von der gesetzlichen Regelung des § 649 S. 2 BGB ab. Nach § 307 Abs. 3 BGB kann daher eine Inhaltskontrolle anhand der §§ 308, 309 BGB durchgeführt werden.

##### bb) Verstoß gegen § 308 Nr. 7 BGB

Pauschalisierungen über die Höhe der Vergütung in AGB haben sich an § 308 Nr. 7 BGB zu messen.<sup>46</sup> § 308 Nr. 7

BGB weißt dabei Ähnlichkeit zu § 309 Nr. 5 BGB auf und überschneidet sich z.T. mit Letzterem.<sup>47</sup> Während § 309 Nr. 5 BGB bei pauschalisierten Schadens- und Wertersatzansprüchen greift, erklärt § 308 Nr. 7 BGB AGB-Bestimmungen für unwirksam, durch die sich der Verwender für den Fall der Beendigung des Vertrags eine unangemessen hohe Vergütung zugesprochen wird.<sup>48</sup> Sofern dieser Vergütungsanspruch in AGB pauschalisiert wird, sind bei der Prüfung der Tatbestandsmerkmale des § 308 Nr. 7 BGB die Wertungen des § 309 Nr. 5 BGB zu berücksichtigen.<sup>49</sup> Ergibt sich dabei, dass die Pauschalisierung des Vergütungsanspruchs nicht mit der Wertung des § 309 Nr. 5 BGB zu vereinbaren ist, folgt daraus auch ein Verstoß gegen § 308 Nr. 7 BGB.<sup>50</sup> § 7 des Vertrages könnte insoweit unvereinbar mit der Wertung des § 309 Nr. 5b BGB und damit auch mit § 308 Nr. 7 BGB sein. Nach § 309 Nr. 5b BGB ist eine Pauschalisierung von Schadensersatzansprüchen unzulässig, wenn dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, ein Schaden oder eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale. Die Übertragung der Wertung des § 309 Nr. 5b BGB auf § 308 Nr. 7a BGB hat zur Folge, dass eine Pauschalisierung von Vergütungsansprüchen nur zulässig ist, wenn dem Schuldner bei Vertragsbeendigung die Möglichkeit eingeräumt wird, eine geringere, d.h. eine den durch die Pauschale festgesetzten Wert unterschreitende, Einbuße aufseiten des Verwenders nachzuweisen. § 7 des Vertrages gestattet den Kunden der F jedoch einen derartigen Nachweis nicht. Aus diesem Grund ist die Klausel nicht mit § 308 Nr. 7a BGB vereinbar.<sup>51</sup>

Darüber hinaus könnte ein weiterer Verstoß gegen § 307 Nr. 7a BGB vorliegen, indem die Höhe der vorgesehenen Vergütung unangemessen ist.<sup>52</sup> Unangemessene ist dabei nicht automatisch jede Pauschalisierung, die vom Maßstab des § 649 S. 3 BGB abweicht.<sup>53</sup> Sie wird allerdings dann unangemessen, wenn die Vergütung nach der Pauschalisierung

Unternehmer nach § 649 S. 2 BGB eine Vergütung auch für nicht erbrachte Leistungen berechnen kann. Es besteht aber sachlich kein Unterschied zwischen einer unangemessen hohen Vergütung für erbrachte und für nicht erbrachte Leistungen, so dass § 308 Nr. 7a BGB entsprechend angewendet wird.

<sup>47</sup> *Wurmnest*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 309 Rn. 4.

<sup>48</sup> *Wurmnest* (Fn. 47), § 309 Rn. 4.

<sup>49</sup> *Wurmnest* (Fn. 47), § 309 Rn. 4.

<sup>50</sup> *Wurmnest* (Fn. 47), § 309 Rn. 4; *Becker*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 41, Stand: 1.5.2016, § 309 Nr. 5 Rn. 16.

<sup>51</sup> So in ähnlichen Fällen auch BGH NJW 1985, 633; AG Rüsselsheim, Urt. v. 16.05.2015 – Az. C 119/12 (36), Rn. 27.

<sup>52</sup> Das LG Köln (Urt. v. 03.11.2010 – Az. 26 O 57/10) und das LG Hamburg (Urt. v. 23.04.2013 – Az. 312 O 330/12) bemessen eine derartige Klausel im Falle eines Reisevertrages direkt an § 309 Nr. 5b BGB, obgleich es weder im Falle des § 651i Abs. 3 BGB noch im Falle des § 649 S. 2 BGB um einen Schadensersatzanspruch geht.

<sup>53</sup> *Voit* (Fn. 46), § 649 Rn. 33.

<sup>44</sup> So in vergleichbarer Weise für eine Fährüberfahrt AG München NJW 2016, 3458.

<sup>45</sup> Vgl. *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 631 Rn. 248; *Schmitt*, VuR 2014, 457 (457).

<sup>46</sup> BGH NJW 2011, 1954 (1955); BGH NJW 2011, 3030 (3030); *Voit*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 41, Stand: 1.2.2015, § 649 Rn. 33; *Ebert/Scheuch*, in: Nomos Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2017, § 649 Rn. 11. Zwar betrifft § 308 Nr. 7a BGB nach seinem Wortlaut allein Vergütungsregelungen für erbrachte Leistungen, während der

zung wesentlich höher ausfällt als nach § 649 BGB zu erwarten wäre. Daher sind insbesondere Stornopauschalen unzulässig, die eine Vergütung i.H.v. 100% des ursprünglich vereinbarten Preises festsetzen. Derartige Pauschalen sehen, anders als § 649 S. 2 BGB, keinerlei Ausgleich für den Vorteil vor, welchen der Unternehmer infolge der Kündigung erlangt, so dass bei derartigen Klauseln die Vergütung wesentlich höher ausfällt als nach § 649 BGB zu erwarten ist.<sup>54</sup> Infolgedessen verstößt § 7 des Vertrages nicht nur wegen der fehlenden Möglichkeit eines Nachweises über eine geringere Einbuße gegen § 308 Nr. 7 BGB, sondern auch aufgrund der vorgesehenen Höhe der Pauschalisierung.

*cc) Zwischenergebnis*

§ 7 des Vertrages ist mithin unwirksam und begründet ebenso wie vorliegend § 649 S. 2 BGB keinen Vergütungsanspruch.

*4. Ergebnis*

Folglich steht F gegen A kein Vergütungsanspruch zu.

---

<sup>54</sup> *Wurmnest* (Fn. 47), § 308 Nr. 7 Rn. 12; LG Hamburg, Urt. v. 23.04.2013 – Az. 312 O 330/12; OLG Nürnberg NJW 1999, 3128; OLG Celle RRA 1995, 52.

# Klausur: „DON'T BE A MAYBE“\*

Von Wiss. Mitarbeiterin **Aleksandra Kozłowska**, Erlangen\*\*

*Gegenstand dieser Klausur ist ein Werbekampagnenverbot für Tabakprodukte. Die Herausforderung besteht darin, die den Studierenden der Rechtswissenschaften in der Regel unbekanntenen Normen des GDVG,<sup>1</sup> TabakerzG und JGG an den entsprechenden Stellen anzuwenden. Im Mittelpunkt steht die Frage nach der Geeignetheit der Kampagne, junge Menschen zum Rauchen zu veranlassen. Weitere Schwerpunkte sind die Verhältnismäßigkeit des Verbotes sowie die Verletzung der Freiheitsgrundrechte aus Art. 5 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG.*

## Sachverhalt

Die P-GmbH (P) ist Herstellerin von Tabakprodukten. Sie hat ihren Verwaltungssitz in der kreisangehörigen oberbayerischen Gemeinde G, Landkreis München. Im Juni 2016 startet P für ihre Zigarettenmarke „Red“ eine deutschlandweite Werbekampagne. Diese ist bebildert und mit Slogans versehen. Als Motive fungieren ein sich küssendes Pärchen, ein Stage-Diver auf einem Rockkonzert und ein zögerlicher Künstler kurz vor seinem Konzertauftritt. Die dazugehörigen Slogans beginnen entweder mit dem Wort „MAYBE“ (z.B. „MAYBE NEVER FELL IN LOVE“) oder wenden sich direkt gegen das Wort „MAYBE“ (bspw. „DON'T BE A MAYBE“) und enden mit dem Wort „BE“. Die Werbung erfolgt mit Plakaten, Spots in Verkaufsstellen, Gaststätten und Kinos sowie Flyern.

Im September 2016 erhält das Landratsamt München ein Schreiben der Wirtschaftswissenschaftlerin W. Die Expertin moniert, dass P mit ihrer „MAYBE“-Kampagne Werbung für Tabakprodukte betreibt, die ihren jahrelangen Forschungen zum Thema „Kindermarketing“ zufolge Jugendliche und Heranwachsende zum Rauchen bewege. Sie basiere nämlich auf dem Wortspiel (Don't be a) „MAYBE (but a) BE“. Jugendlichen und Heranwachsenden werde dadurch vermittelt, sie würden als „MAYBE“, also als Zauderer, im Gegensatz zu einem „BE“, d.h. einem entschlossenen „Macher“, bestimmte Erfolgserlebnisse nie haben. Die Kampagne arbeite mit Situationen und Werten, die gerade für Jugendliche und Heranwachsende wichtig und typisch seien – u.a. Unabhängigkeit, Coolness, Abenteuerlust, Glamour, Rebellentum und Freiheit – und verführe diese zum Rauchen. Daher müsse sie umgehend eingestellt werden.

---

\* Die Klausur basiert auf der Entscheidung des VG München, Urt. v. 30.9.2015 – M 18 K 13.4835. Der Fall wurde im Wintersemester 2015/16 als Klausur in der Großen Übung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene gestellt. Ursprünglich waren hierfür die Normen des VTabakG relevant. Das VTabakG wurde am 20.5.2016 durch das TabakerzG ersetzt. Der Fall wurde in der Folge an die neue Gesetzgebung angepasst.

\*\* Die Verf. ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie (Prof. Dr. Andreas Funke), Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

<sup>1</sup> Parallelvorschriften z.B. ÖGDG BW; NGöGD; ÖGDG NRW; SächsGDG; ÖGDG Saar.

Das Landratsamt bittet P daraufhin um Stellungnahme. P bringt vor, dass Werbung für Tabakprodukte ihrer Ansicht nach generell nicht geeignet sei, junge Menschen zu veranlassen, mit dem Rauchen anzufangen. Ferner beteuert sie, dass sich die „MAYBE“-Kampagne gezielt an erwachsene Raucher richte, indem sie typischerweise für diese Gruppe zentrale Werte wie Liebe, Lebensfreude und Freiheit anspreche und diese ausschließlich durch über 30 Jahre alte Models bildlich verkörpere. Ziel der Kampagne sei es also, erwachsene Raucher zum Wechsel zur Marke „Red“ zu veranlassen. Gleichwohl verfügt das Landratsamt mit Bescheid vom 8.12.2016 die Entfernung aller mit der „MAYBE“-Kampagne verbundener Plakate und die Einstellung sämtlicher Spots und Flyer bis spätestens einen Monat nach Zustellung des Bescheides. In der Begründung heißt es, dass die Kampagne Jugendliche und Heranwachsende zum Rauchen animiere, indem sie gezielt auf sie zugeschnittene Themenbereiche adressiere. Dies zeige sich einerseits in dem Wortspiel der Werbekampagne, andererseits in der Bebilderung der Slogans mit Fotomodellen unter 30. Eine im Juli 2016 von dem Meinungsforschungsinstitut „YOUPIINION“ durchgeführte repräsentative Befragung von 1000 Personen im Alter von bis zu 21 Jahren bestätige diese These: 70 % gaben an, dass sich Werbekampagnen wie die der P positiv auf ihr Rauchverhalten auswirkten. Daher und da wissenschaftlich erwiesen sei, dass die meisten Raucherkarrieren vor dem 21. Lebensjahr begännen, sei es unerlässlich, die Kampagne zu unterbinden. Nur so könne den gesetzlichen Bestimmungen zum Jugendschutz Rechnung getragen werden. Etwaige daraus resultierende wirtschaftliche Nachteile für P sowie die Einschränkung ihrer Werbe- und Berufsfreiheit müssten hingenommen werden. Schließlich verblieben ihr nach dem Verbot weiterhin ausreichend Möglichkeiten, im Rahmen der Gesetze für ihre Zigarettenmarke „Red“ zu werben.

## Aufgabe

P sieht sich durch die Verfügung in ihren Rechten verletzt und erhebt daher durch ihren Geschäftsführer G am 15.12.2016 – eingegangen an demselben Tag – Klage zum Verwaltungsgericht München. Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?<sup>2</sup>

## Bearbeitervermerk

Die Normen des UWG und JStMV sind außer Betracht zu lassen. Europäisches Recht ist nicht zu prüfen.

## Falllösung

Die Klage der P hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

---

<sup>2</sup> Die relevanten Normen des GDVG, VTabakG und JGG wurden für die Klausurbearbeitung abgedruckt.

## A. Sachentscheidungs Voraussetzungen

### I. Verwaltungsrechtsweg

Die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges richtet sich mangels aufdrängender Verweisung nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Das Handeln des Landratsamtes bemisst sich nach dem GDVG,<sup>3</sup> LStVG,<sup>4</sup> TabakerzG sowie JGG. Diese Normen berechtigen und verpflichten den Staat als Hoheitsträger. Folglich ist die Streitigkeit nach der modifizierten Subjektstheorie öffentlich-rechtlich. Mangels Beteiligung eines Verfassungsorgans ist sie ferner nicht-verfassungsrechtlicher Art. Abdrängende Sonderzuweisungen sind ebenfalls nicht ersichtlich. Der Verwaltungsrechtsweg ist somit eröffnet.

### II. Statthafte Klageart

Maßgeblich für die statthafte Klageart sind Klagebegehren, § 88 VwGO, und Klagegegenstand, § 79 VwGO. P strebt nach der Aufhebung des Bescheides. Als Einzelfallanordnung einer Behörde mit Regelungswirkung nach außen erfüllt er die Merkmale eines Verwaltungsaktes im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG. Dieser hat sich auch noch nicht erledigt. Statthaft ist mithin die Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO.

### III. Klagebefugnis

Nach der Möglichkeitstheorie müsste für die Klagebefugnis gem. § 42 Abs. 2 VwGO die Verletzung eines subjektiv-öffentlichen Rechtes der P zumindest möglich erscheinen. In Frage kommen Art. 5 Abs. 1, 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG. Die Unternehmenseigenschaft der P steht dem nicht entgegen. Mit ihrem Verwaltungssitz in G ist sie nämlich als inländische juristische Person des Privatrechtes Trägerin von Grundrechten, sofern das jeweilige Grundrecht seinem Wesen nach auf diese anwendbar ist, Art. 19 Abs. 3 GG. P ist folglich klagebefugt.

### IV. Vorverfahren

Das Vorverfahren gem. § 68 VwGO entfällt aufgrund von § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO i.V.m. Art. 15 Abs. 2 BayAGVwGO.<sup>5</sup>

### V. Klagefrist

Die Klageerhebung gegen den Bescheid vom 8.12.2016 erfolgte am 15.12.2016 und somit innerhalb der einmonatigen Klagefrist des § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO.

<sup>3</sup> Parallelvorschriften z.B. ÖGDG BW; NGöGD; ÖGDG NRW; SächsGDG; ÖGDG Saar.

<sup>4</sup> Parallelvorschriften z.B. ASOG Bln; HSOG; HessSOG; OBG NRW; SOG LSA.

<sup>5</sup> Außer in Bayern wurde das Vorverfahren nach § 68 VwGO z.B. auch in Niedersachsen oder Nordrhein-Westfalen abgeschafft, vgl. § 80 Abs. 1 Nds. JustG bzw. § 110 Abs. 1 JustG NRW. In einigen anderen Ländern entfällt das Vorverfahren i.d.R. nur in bestimmten Fällen, siehe § 15 AGVwGO BW oder § 16a Abs. 1 HessAGVwGO.

## VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

P als Klägerin gem. § 63 Nr. 1 VwGO, der Freistaat Bayern als Beklagter im Sinne des § 63 Nr. 2 VwGO sind nach § 61 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig.

Als juristische Person des Privatrechtes ist P nicht prozessfähig. Gem. § 62 Abs. 3 Alt. 1 i.V.m. § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG wäre eine Vertretung durch ihren Geschäftsführer G notwendig. Auch der Freistaat Bayern weist als juristische Person des öffentlichen Rechtes keine Prozessfähigkeit auf. Gem. § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. Art. 16 S. 1, 2 BayAGVwGO und § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1, Abs. 2 S. 1 LABV müsste ihn das Landratsamt München vertreten.<sup>6</sup>

## VII. Sonstige Sachentscheidungs Voraussetzungen

Die Klage muss gem. § 45 und 52 Nr. 3 VwGO i.V.m. Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 BayAGVwGO<sup>7</sup> beim sachlich und örtlich zuständigen Verwaltungsgericht München eingereicht werden und der in §§ 81 ff. VwGO vorgeschriebenen Form entsprechen.

## VIII. Zwischenergebnis

Die Klage ist zulässig.

## B. Begründetheit

Die Klage der P ist begründet, wenn sie sich gem. § 78 VwGO<sup>8</sup> gegen den richtigen Beklagten richtet, der Bescheid vom 8.12.2016 rechtswidrig und P dadurch in ihren Rechten verletzt ist, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

### I. Passivlegitimation

Als Rechtsträger der handelnden Behörde im Sinne des § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO ist das Landratsamt München in seiner Eigenschaft als Staatsbehörde gem. Art. 2 Abs. 1, 2 S. 1, 3 Abs. 1 Nr. 3 GDVG passivlegitimiert.

### II. Rechtswidrigkeit des Bescheides

#### 1. Befugnisnorm

Die Befugnisnorm für die Untersagung könnte sich aus Art. 14 Abs. 2, 23 S. 2 GDVG i.V.m. Art. 7 LStVG<sup>9</sup> ergeben.

<sup>6</sup> Die Länder werden i.d.R. durch den zuständigen Landesminister vertreten, vgl. *Kopp/Schenke*, VwGO, 22. Aufl. 2016, § 62 Rn. 14a. Gem. § 36 Abs. 1 S. 2 VwGO kann die Vertretung des betreffenden Landes im Prozess allerdings auch durch den sog. „Vertreter des öffentlichen Interesses“ erfolgen. In Bayern ist dies i.d.R. die Landesrechtsanwaltschaft, vgl. § 16 S. 1 BayAGVwGO.

<sup>7</sup> Parallelvorschriften z.B.: § 1 Abs. 2 AGVwGO BW; § 1 Abs. 2 HessAGVwGO; § 73 Abs. 2 Nds. JustG; § 17 JustG NRW.

<sup>8</sup> Je nach Bundesland wird § 78 VwGO als Passivlegitimation der Begründetheit zugeordnet oder als Regelung der passiven Prozessführungsbefugnis in der Zulässigkeit gesehen.

<sup>9</sup> Parallelvorschriften z.B. § 17 Abs. 1 ASOG Bln; § 3 Abs. 1 SOG Hmb; § 11 HSOG; § 1 Abs. 1 SOG LSA; § 5 Abs. 1 TH OBG.

## 2. Formelle Rechtmäßigkeit des Bescheides

### a) Zuständigkeit

Gem. Art. 14 Abs. 2, 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 Nr. 3 GDVG ist das Landratsamt München sachlich zuständig. Ferner ist es gem. Art. 3 Abs. 1 Nr. 3 lit. b Alt. 1 BayVwVfG<sup>10</sup> örtlich zuständig, da P eine juristische Person des Privatrechtes mit Verwaltungssitz in der kreisangehörigen oberbayerischen Gemeinde G, Landkreis München im Freistaat Bayern ist.

### b) Verfahren und Form

Dem Erfordernis der Anhörung gem. Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG<sup>11</sup> ist das Landratsamt nachgekommen, indem es P um Stellungnahme zu den Vorwürfen der W bat. Auch die gem. Art. 39 Abs. 1 BayVwVfG<sup>12</sup> erforderliche Begründung liegt vor.

### c) Zwischenergebnis

Der Bescheid ist formell rechtmäßig.

## 3. Materielle Rechtmäßigkeit des Bescheides

### a) Tatbestandsvoraussetzungen der Befugnisnorm

Das Landratsamt München darf in seiner Eigenschaft als Gesundheitsamt gem. Art. 2 Abs. 1, 2, 3 Abs. 1 Nr. 3 GDVG und damit als Sicherheitsbehörde im Sinne des Art. 23 S. 2 GDVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 LStVG Anordnungen für den Einzelfall treffen, um rechtswidrige Taten, die den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit erfüllen, zu verhindern. Gem. § 21 Abs. 1 Nr. 2 TabakerzG ist es verboten, in der Werbung für Tabakerzeugnisse werbliche Informationen zu verwenden, die ihrer Art nach besonders dazu geeignet sind, Jugendliche oder Heranwachsende zum Konsum von Tabakerzeugnissen zu veranlassen. Werbliche Informationen sind gem. § 2 Nr. 5 TabakerzG Bezeichnungen, Angaben, Aufmachungen, Darstellungen, Zeichen und Symbole zu Zwecken der Werbung. Ein Verstoß gegen § 21 Abs. 1 Nr. 2 TabakerzG stellt nach § 35 Abs. 2 Nr. 10 TabakerzG eine Ordnungswidrigkeit dar. Fraglich ist, ob die Verwendung der Wörter „MAYBE“ und „BE“ sowie die zur Untermauerung dieser Wörter bzw. der aus diesen Wörtern bestehenden Slogans eingesetzten Fotomotive in der „MAYBE“-Kampagne eine Handlung im Sinne von Art. 23 S. 2 GDVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 LStVG ist.

Werbung ist gem. § 2 Nr. 6 TabakerzG jede Art kommerzieller Kommunikation mit dem Ziel oder mit der direkten oder indirekten Wirkung, den Verkauf eines Tabakerzeugnisses zu fördern. P möchte mit ihrer Kampagne Raucher zum

Wechsel zu ihrer Zigarettenmarke „Red“ bewegen, um ihren Absatz zu steigern. Es handelt sich also um Werbung. Unklar ist allerdings, ob den Wörtern „MAYBE“ und „BE“ sowie den Fotomotiven eine besondere Eignung im Sinne des § 21 Abs. 1 Nr. 2 TabakerzG inhärent ist. Jugendliche und Heranwachsende sind gem. § 1 Abs. 2 JGG Menschen zwischen 14 und 18 bzw. 18 und 21 Jahren. § 21 Abs. 1 Nr. 2 TabakerzG schützt somit nicht nur Personen bis zum Erreichen der Volljährigkeit, sondern auch Volljährige bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres.<sup>13</sup>

Besonders geeignet, diesen Personenkreis zum Rauchen zu veranlassen, ist die Werbung nicht bereits dann, wenn sie ihn mit Darstellungen von Tabakerzeugnissen anspricht, die ihn möglicherweise zum Rauchen veranlassen könnten.<sup>14</sup> Jede Tabakwerbung verfolgt schließlich das Ziel, unter Verwendung von originellen Texten und einprägsamen Motiven möglichst viele Neukunden zu gewinnen bzw. den Kundstamm zu erhalten. Lässigkeit ist ebenfalls kein ausreichendes Indiz. Zigaretten werden nämlich stets als „lässig“ verkauft. Das Rauchen in der Werbung hat typischerweise Situationen zum Gegenstand, die Genuss, Entspannung und Leichtigkeit vermitteln sollen.<sup>15</sup> Der Gebrauch englischsprachiger Begriffe hat auch keine außergewöhnliche jugendspezifische Wirkung. Er ist in der Werbebranche inzwischen Usus. Generell haben Anglizismen in den letzten 20 Jahren immer mehr Eingang in die deutsche Alltagssprache gefunden und werden auch von Personen über 21 Jahre verwendet.<sup>16</sup>

Die besondere Eignung erfordert vielmehr, dass die Werbung Jugendliche und Heranwachsende mehr als andere Personenkreise anspricht.<sup>17</sup> Hierfür müsste sie jugendspezifische Merkmale aufweisen. Diese liegen z.B. dann vor, wenn unter 21-jährige in der Werbung bildlich dargestellt und jugendtypische Situationen und Umgebungen sowie Kleidung und Äußerungen verwendet werden.<sup>18</sup> Auf die subjektive Zweckbestimmung aus Sicht des Tabakunternehmens kommt es nicht an. Genauso wenig ist maßgeblich, dass der gewünschte Werbeeffekt tatsächlich eintritt. Entscheidend ist, dass diese Wirkung aufgrund besonders Jugendliche und Heranwachsende ansprechender Werbung erzielt werden kann.<sup>19</sup>

Die Motive der „MAYBE“-Kampagne zeigen ein sich küssendes Pärchen, einen Stage-Diver auf einem Rockkonzert sowie einen zögerlichen Künstler kurz vor seinem Konzertauftritt. Sich einem anderen Menschen zu nähern, das Stage-Diving sowie der Konzertauftritt stellen Situationen dar, in denen es gilt, Mut zu beweisen.<sup>20</sup> Die Kombination mit Slogans wie „MAYBE NEVER FELL IN LOVE“ oder „DON'T BE A MAYBE“ suggeriert, dass unentschiedene

<sup>10</sup> Parallelvorschriften z.B.: § 3 Abs. 1 Nr. 3 lit. b Alt. 1 LVwVfG; § 3 Abs. 1 Nr. 3 lit. b Alt. 1 BremVwVfG; § 3 Abs. 1 Nr. 3 lit. b Alt. 1 VwVfG M-V; § 3 Abs. 1 Nr. 3 lit. b Alt. 1 VwVfG NRW; § 31 Abs. 1 Nr. 3 lit. b Alt. 1 LVwG.

<sup>11</sup> Parallelvorschriften z.B.: § 28 Abs. 1 LVwVfG; § 28 Abs. 1 BremVwVfG; § 28 Abs. 1 VwVfG M-V; § 28 Abs. 1 VwVfG NRW; § 87 Abs. 1 LVwG.

<sup>12</sup> Parallelvorschriften z.B.: § 39 Abs. 1 LVwVfG; § 39 Abs. 1 BremVwVfG; § 39 Abs. 1 HmbVwVfG; § 39 Abs. 1 VwVfG M-V; § 39 Abs. 1 VwVfG NRW.

<sup>13</sup> VG München, Urt. v. 30.9.2015 – M 18 K 13.4835.

<sup>14</sup> Zipfel/Rathke/Sosnitza, in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, 164. Lfg., Stand: Juli 2016, VTabakG, § 22 Rn. 16.

<sup>15</sup> VG München, Beschl. v. 11.12.2013 – M 18 S 13.4834.

<sup>16</sup> VG München, Urt. v. 30.9.2015 – M 18 K 13.4835.

<sup>17</sup> Zipfel/Rathke/Sosnitza (Fn. 14), § 22 Rn. 16.

<sup>18</sup> VG München, Urt. v. 30.9.2015 – M 18 K 13.4835.

<sup>19</sup> Zipfel/Rathke/Sosnitza (Fn. 14), § 22 Rn. 16.

<sup>20</sup> Effertz/Kaiser, LMuR 2012, 234 (239).

und schüchterne Menschen nie in den Genuss solcher Erlebnisse kommen und stets Außenseiter bleiben werden. Das Streben nach Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft und der damit verbundenen sozialen Akzeptanz innerhalb derselben ist bei Jugendlichen und Heranwachsenden ein essenzieller Bestandteil ihrer Persönlichkeitsentwicklung. Daher kann in diesen Darstellungen eine Art Handlungsanweisung für die Erreichung dieses Zieles und ein überproportionaler Fokus auf der Personengruppe „Jugendliche und Heranwachsende“ gesehen werden. Dies wird durch die Forschungsergebnisse der W, die Umfrage des „YOUPINION“ sowie die Drogenstatistik empirisch gestützt. Dass sich in der Aufmachung der Kampagne auch andere Personen wiederfinden können, steht dem nicht entgegen, da eine besondere Eignung nicht nur dann vorliegt, wenn sie ausschließlich die Zielgruppe anspricht.<sup>21</sup>

Die „MAYBE“-Kampagne ist folglich im Sinne des § 21 Abs. 1 Nr. 2 TabakerzG besonders geeignet. Mithin liegt eine rechtswidrige Tat vor, die nach § 35 Abs. 2 Nr. 10 TabakerzG den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit erfüllt. Zu deren Unterbindung hat das Landratsamt München gem. Art. 23 S. 2 GDVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 LStVG gehandelt.

#### b) Richtung der Maßnahme

Gem. Art. 9 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 LStVG ist der Verhaltensstörer heranzuziehen. P hat sich ordnungswidrig verhalten. Dies stellt eine Störung dar, da dadurch eine Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung eingetreten ist.<sup>22</sup> P ist somit die richtige Maßnahmeadressatin. Als juristische Person des Privatrechtes kann sie auch als solche in Anspruch genommen werden.<sup>23</sup>

#### c) Rechtsfolge

##### aa) Ermessen

Eine Verfügung nach Art. 23 S. 2 GDVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 LStVG muss ermessensfehlerfrei sein, Art. 40 BayVwVfG<sup>24</sup>. Es könnte allerdings eine Ermessenüberschreitung vorliegen. Dies wäre dann der Fall, wenn das Landratsamt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Sinne des Art. 8 LStVG<sup>25</sup> missachtet oder die Grundrechte der P

– v.a. Art. 5 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG – verletzt hätte.

##### bb) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Ein Verwaltungsakt ist dann verhältnismäßig, wenn er einen legitimen Zweck verfolgt und der Einsatz des Mittels zu dessen Durchsetzung geeignet, erforderlich und angemessen ist.

##### (1) legitimer Zweck

Das Landratsamt handelte aus Gründen des Gesundheitsschutzes von Jugendlichen und Heranwachsenden. Ein legitimer Zweck liegt also vor.

##### (2) Geeignetheit

Durch die Verfügung wird P dazu gezwungen, ihre gesamte „MAYBE“-Kampagne zurückzuziehen. Dadurch werden Jugendliche und Heranwachsende nicht mehr mit ihren zum Rauchen animierenden visuellen Werbeelementen konfrontiert. Die Untersagung ist folglich geeignet.

##### (3) Erforderlichkeit

Fraglich ist, ob die Maßnahme im Sinne von Art. 8 Abs. 1 LStVG erforderlich war. Das Landratsamt hätte sich darauf beschränken können, die Fortsetzung der „MAYBE“-Kampagne zu verbieten. Dies wäre indes nicht gleich effektiv gewesen, da gerade die Bilder der Kampagne die Jugendlichen und Heranwachsenden zum Rauchen veranlassen. Hätte das Landratsamt der P die Weiterführung der Kampagne bis zum Start der Folgekampagne gewährt, könnten sie diese über viele weitere Monate hinweg gesundheitsschädlich beeinflussen. Die Verfügung war somit erforderlich.

##### (4) Angemessenheit

Schließlich dürfte die Verfügung nicht unverhältnismäßig sein, Art. 8 Abs. 2 LStVG. Die Beseitigung der „MAYBE“-Kampagne ist für P mit einem erheblichen organisatorischen, logistischen und finanziellen Aufwand verbunden, da sie sämtliche Stellen, an denen sich ihre Werbung in Form von Plakaten, Flyern und Spots befindet, ausfindig machen und ihre Dienstleister mit der vorzeitigen Entfernung bzw. Einstellung dieser beauftragen muss. Ohne diese Maßnahme drohen Jugendlichen und Heranwachsenden dagegen nachweislich nachteilige Auswirkungen auf ihre Gesundheit. Die der P bevorstehenden Anstrengungen sind mithin angemessen.

##### (5) Zwischenergebnis

Der Verwaltungsakt ist verhältnismäßig.

#### cc) Verletzung von Art. 5 Abs. 1 GG

##### (1) Schutzbereich

In persönlicher Hinsicht ist P als „jeder“ über Art. 19 Abs. 3 GG gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt.

Sachlich garantiert Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG die Freiheit geistiger Inhalte und deren Kommunikation in einem pluralis-

<sup>21</sup> VG München, Beschl. v. 11.12.2013 – M 18 S 13.4834.

<sup>22</sup> Gallwas/Lindner/Wolff, Bayerisches Polizei- und Sicherheitsrecht, 4. Aufl. 2015, Rn. 97.

<sup>23</sup> Dies ergibt sich aus Art. 11 Nr. 1 BayVwVfG, demnach juristische Personen fähig sind, an einem verwaltungsrechtlichen Verfahren teilzunehmen, Gallwas/Lindner/Wolff, in: Zipfel/Rathke (Fn. 14), § 22 Rn. 487. Parallelvorschriften z.B. § 11 Nr. 1 LVwVfG; § 11 Nr. 1 BremVwVfG; § 11 Nr. 1 HmbVwVfG; § 11 Nr. 1 VwVfG M-V; § 11 Nr. 1 VwVfG NRW.

<sup>24</sup> Parallelvorschriften z.B.: § 40 LVwVfG; § 40 BremVwVfG; § 40 HmbVwVfG; § 40 VwVfG M-V; § 73 Abs. 1 LVwG.

<sup>25</sup> Parallelvorschriften z.B. § 11 ASOG Bln; § 4 SOG Hmb; § 4 HSOG; § 5 SOG LSA; § 6 TH OBG.

tischen Wettbewerb.<sup>26</sup> Die Kommunikationsfreiheit umfasst auch die wirtschaftlichen Freiheiten.<sup>27</sup> Wirtschaftswerbung fällt dabei zumindest dann darunter, wenn sie Meinungen enthält oder der Meinungsbildung dient.<sup>28</sup> Werbung soll ihre Empfänger dazu bewegen, das beworbene Produkt einer wertenden Betrachtung zu unterziehen. Somit dient sie der Meinungsbildung. Die „MAYBE“-Kampagne verfolgt auch genau diesen Zweck, da sie bei Rauchern genauso wie bei Nichtrauchern ein positives Bild der Zigarettenmarke „Red“ erzeugen will.

### (2) Eingriff

Die Untersagung hindert P daran, ihr Produkt in der von ihr vorgesehenen Weise zu bewerben und macht es den Empfängern der Werbung unmöglich, sich auf ihrer Grundlage ein Werturteil über die Zigarettenmarke „Red“ zu bilden. Ein Eingriff liegt somit vor.

### (3) Rechtfertigung

Der Eingriff in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG ist dann gerechtfertigt, wenn er auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, die ihrerseits verfassungsgemäß ist und deren Anwendung im Einzelfall verfassungsgemäß war.

#### (a) Gesetzliche Grundlage

Als Schranke der Meinungsfreiheit im Sinne eines Gesetzes zum Schutze der Jugend gem. Art. 5 Abs. 2 GG kommt § 21 Abs. 1 Nr. 2 TabakerzG in Betracht. Jugendschutzbestimmungen sind alle Rechtsnormen, die die ungestörte Entwicklung der Jugend vor Gefahren schützen sollen.<sup>29</sup> Ziel von § 21 Abs. 1 Nr. 2 TabakerzG ist es, Jugendliche und Heranwachsende vor Berührung mit Werbung zu bewahren, die dazu geeignet ist, bei ihnen eine positive Meinung über Tabakerzeugnisse zu generieren und sie zu einem gesundheitsschädlichen Verhalten zu bewegen. Darin kommt das Bestreben des Gesetzgebers zum Ausdruck, seiner staatlichen Schutzpflicht des Jugend- und des darin enthaltenen Gesundheitsschutzes nachzukommen. § 21 Abs. 1 Nr. 2 TabakerzG ist ein Gesetz zum Schutze der Jugend im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG. Der Verstoß gegen diesen durch P stellt gem. § 35 Abs. 2 Nr. 10 TabakerzG objektiv und subjektiv eine Ordnungswidrigkeit dar. Eine gesetzliche Grundlage ist mithin gegeben.

#### (b) Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage

Art. 23 S. 2 GDVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 LStVG i.V.m. §§ 21 Abs. 1 Nr. 2, 35 Abs. 2 Nr. 10 TabakerzG sind formell und materiell verfassungsgemäß.

#### (c) Verfassungsmäßigkeit der Einzelfallanwendung

Für die konkrete Umsetzung der betreffenden gesetzlichen Grundlage verlangt Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG eine Gewichtung der Beeinträchtigung, die dem Jugendschutz auf der einen Seite und der Werbefreiheit auf der anderen Seite droht. Verschiedene wissenschaftliche und empirische Quellen zeigen, dass Werbekampagnen wie die der P bei Jugendlichen und Heranwachsenden Anklang finden und dazu führen, dass sie mit dem Rauchen anfangen oder ihr Rauchverhalten intensivieren. Da ein regelmäßiger Tabakkonsum vor dem 21. Lebensjahr nachweislich den Grundstein für eine dauerhafte Raucherkarriere bildet und die Jugendlichen und Heranwachsenden sich zu diesem Zeitpunkt oftmals noch gar nicht über die Folgeschwere ihres Handelns bewusst sind, gilt es, sie von diesem gesundheitsschädlichen Verhalten abzuhalten. Einerseits ist dies bspw. durch staatliche Aufklärungsmaßnahmen möglich. Andererseits muss der Staat diese Personengruppe vor gezielten Werbemaßnahmen für die Droge „Zigaretten“ schützen. P wird es zwar verwehrt, ihre Zigarettenmarke „Red“ mit der „MAYBE“-Kampagne zu bewerben. Allerdings kann sie dies alternativ in einer die Gesundheit der Jugendlichen und Heranwachsenden nichtgefährdenden Weise tun. Diese Gesamtbetrachtung ergibt, dass die Meinungsfreiheit der P hinter dem Jugendschutz zurücktreten muss. Nichts deutet darauf hin, dass das Landratsamt einer grundlegend fehlerhaften Anschauung von der Reichweite des Grundrechtsschutzes unterlegen ist.

#### (4) Zwischenergebnis

P wurde nicht in ihrem Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 GG verletzt.

#### dd) Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG

##### (1) Schutzbereich

Art. 12 Abs. 1 GG knüpft in persönlicher Hinsicht nicht an die natürlichen Eigenschaften des Menschen an.<sup>30</sup> P kann sich über Art. 19 Abs. 3 GG auf die Berufsfreiheit berufen.

Sachlich gewährleistet Art. 12 Abs. 1 GG einen einheitlichen Schutzbereich und umfasst die Berufsausübung und die Berufswahl.<sup>31</sup> Beruf ist jede auf Dauer angelegte, der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Tätigkeit,<sup>32</sup> die nicht generell verboten<sup>33</sup> und sozial- oder gemeinschädlich ist.<sup>34</sup> Der Absatz von Zigaretten ist darauf ausgerichtet, dauerhaft Einnahmen zu erzielen, um die wirtschaftliche Existenz des Vertreibers zu sichern. Zigaretten sind ein gesundheitsschädigendes Genussmittel. Gleichwohl ist ihr Verkauf unter Einhaltung bestimmter gesetzlicher Beschränkungen erlaubt. Eine Sozial- oder Gemeenschädlichkeit im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG ist darin nicht zu sehen. Die Tätigkeit der P ist also ein Beruf. P könnte in ihrer Berufsausübung betroffen sein. Hierzu zählen insbesondere Form,

<sup>26</sup> Michael/Morlok, Grundrechte, 5. Aufl. 2016, § 9 Rn. 201.

<sup>27</sup> Michael/Morlok (Fn. 26), § 9 Rn. 206.

<sup>28</sup> Michael/Morlok (Fn. 26), § 9 Rn. 206.

<sup>29</sup> Epping, Grundrechte, 6. Aufl. 2015, Rn. 247.

<sup>30</sup> Epping (Fn. 29), Rn. 377.

<sup>31</sup> Epping (Fn. 29), Rn. 381.

<sup>32</sup> BVerfGE 7, 377 (397).

<sup>33</sup> BVerwGE 87, 37 (40 f.); a.A. BVerwGE 96, 293 (296 f.).

<sup>34</sup> BVerwGE 22, 286 (289).

Mittel, Umfang sowie Inhalt der Betätigung.<sup>35</sup> Das Landratsamt hat P dazu aufgefordert, alle mit der „MAYBE“-Kampagne verbundenen Plakate sowie Spots und Flyer einzustellen. Dadurch hat es ihr Vorgaben bezüglich der Wahl ihrer Mittel für den Vertrieb ihrer Zigarettenmarke „Red“ gemacht. Schließlich wird Werbung eingesetzt, um den Absatz eines Produktes zu steigern. Die Berufsausübung der P ist somit tangiert.

Ferner könnte die Wettbewerbsfreiheit der P berührt sein. Diese wird ebenfalls über Art. 12 Abs. 1 GG geschützt.<sup>36</sup> Die Wettbewerbsfreiheit umfasst v.a. das Verhalten im Verhältnis zu anderen Wettbewerbern.<sup>37</sup> Das Auftreten am Markt und das In-Konkurrenz-Treten sind untrennbar mit der Berufsausübung verbunden.<sup>38</sup> Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG schützt zwar nicht vor Konkurrenz, aber davor, dass der Staat das Verhalten der Marktteilnehmer im Wettbewerb regelt und Wettbewerbsverzerrungen erzeugt.<sup>39</sup> In der Verfügung könnte eine Maßnahme gesehen werden, durch die P gegenüber anderen Zigarettenherstellern benachteiligt wird. P wird dadurch nämlich daran gehindert, ihr Produkt in der von ihr vorgesehenen Art und Weise zu bewerben und die erwarteten Mehreinnahmen zu generieren. Allerdings wird die Reichweite der Wettbewerbsfreiheit durch die rechtlichen Regeln mitbestimmt, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen. Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG sichert nur in diesem Rahmen die Teilhabe am Wettbewerb.<sup>40</sup> § 21 Abs. 1 Nr. 2 TabakerzG stellt eine rechtliche Regelung dar, die den Wettbewerb bei einem Verstoß gegen diesen für alle tabakherstellenden Unternehmen gleichermaßen begrenzt. Etwaige daraus resultierende wettbewerbliche Nachteile liegen also im Risikobereich der betreffenden Marktteilnehmer. Ihnen steht es schließlich frei, sich rechtskonform zu verhalten und genauso dazustehen wie die Konkurrenz. Die Wettbewerbsfreiheit der P ist folglich nicht betroffen.

### (2) Eingriff

Es liegt kein klassischer Eingriff vor, bei dem unmittelbar an den Beruf angeknüpft wird. Somit kommt es darauf an, ob das hoheitliche Verhalten eine objektiv berufsregelnde Tendenz aufweist.<sup>41</sup> Eine solche ist dann gegeben, wenn sie im Schwerpunkt Tätigkeiten betrifft, die typischerweise beruflich ausgeübt werden<sup>42</sup> bzw. wenn sie sich in erster Linie als rechtliche Rahmenbedingung für die Berufsausübung versteht.<sup>43</sup> § 21 Abs. 1 Nr. 2 TabakerzG verbietet explizit im Verkehr mit Tabakerzeugnissen und in der Werbung für diese

<sup>35</sup> Epping (Fn. 29), Rn. 384.

<sup>36</sup> BVerwGE 39, 329 (336); a.A. BVerwGE 30, 191 (198), wonach die Wettbewerbsfreiheit über die allgemeine Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG geschützt wird.

<sup>37</sup> BVerfGE 32, 311 (317).

<sup>38</sup> Epping (Fn. 29), Rn. 387.

<sup>39</sup> Epping (Fn. 29), Rn. 387.

<sup>40</sup> BVerfGE 105, 252 (265).

<sup>41</sup> Jarass/Pieroth, Kommentar zum GG, 14. Aufl. 2016, Art. 12 Rn. 15.

<sup>42</sup> BVerfGE 97, 228 (254).

<sup>43</sup> BVerfGE 128, 1 (58).

die Verwendung von bestimmten Gestaltungsmodalitäten, die Jugendliche und Heranwachsende zum Rauchen veranlassen. Darin ist ein besonderer Bezug zu Tabakunternehmen zu sehen, weil i.d.R. nur diese z.B. Zigaretten vertreiben und bewerben. Es handelt sich somit um eine objektiv berufsregelnde Tendenz.

### (3) Rechtfertigung

#### (a) Gesetzliche Grundlage

Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG unterliegt einem einfachen Gesetzesvorbehalt, Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG, §§ 21 Abs. 1 Nr. 2 TabakerzG ist eine Norm, die Werbung für Zigaretten und mittelbar ihren Vertrieb regelt. Dies wirkt sich auf die Berufsausübung der Tabakunternehmen aus. Ein Verstoß dagegen stellt gem. § 35 Abs. 2 Nr. 10 TabakerzG eine Ordnungswidrigkeit dar und kann nach Art. 23 S. 2 GDVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 LStVG verfolgt werden. Eine gesetzliche Grundlage liegt vor.

#### (b) Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage

An der formellen und materiellen Verfassungsmäßigkeit von Art. 23 S. 2 GDVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 LStVG i.V.m. §§ 21 Abs. 1 Nr. 2, 35 Abs. 2 Nr. 10 TabakerzG bestehen keine Zweifel.

#### (c) Verfassungsmäßigkeit der Einzelfallanwendung

Um Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG Rechnung zu tragen, muss bei der konkreten Umsetzung der einschlägigen Gesetzesgrundlage eine Gewichtung der Beeinträchtigung des Jugendschutzes einerseits und der Berufsausübung andererseits unter Einbeziehung aller wesentlichen Umstände erfolgen. Der Jugendschutz ist in Anbetracht der wissenschaftlich und empirisch erwiesenen Wirkung von Kampagnen für Zigaretten auf Jugendliche und Heranwachsende und die Folgeschwere der Entscheidung zum Rauchen ein hochrangiges, umfassend zu schützendes Gut. Die Berufsausübung der P wird durch die Untersagung zwar weitreichend tangiert, stellt aber v.a. unter dem Eindruck der Möglichkeiten, die ihr für ein erfolgreiches Bewerben ihres Tabakproduktes verbleiben, dasjenige Rechtsgut dar, das hinter dem Jugendschutz zurücktreten muss. Hinweise darauf, dass das Landratsamt von einer grundlegend fehlerhaften Anschauung von der Reichweite des Grundrechtsschutzes ausgegangen ist, bestehen nicht.

### (4) Zwischenergebnis

P ist nicht in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt.

#### ee) Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG

Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG schützt den Bestand privatnütziger vermögenswerter Rechte.<sup>44</sup> Ausgenommen hiervon sind bloße Umsatz-, Erwerbs- und Gewinnchancen, Hoffnungen, Erwartungen und Aussichten.<sup>45</sup> P erhofft sich, mit ihrer Kam-

<sup>44</sup> Pieroth/Schlink, Grundrechte, 31. Aufl. 2015, § 23 Rn. 912 ff.

<sup>45</sup> BVerfGE 74, 129 (148).

pagne Raucher zum Wechsel zu ihrer Zigarettenmarke „Red“ zu bewegen und dadurch ihren Umsatz zu steigern. Gegenstand ist also nicht die Sicherung einer bereits vorhandenen Eigentumsposition, sondern nur die Möglichkeit, eine solche zu erwerben. Dies liegt außerhalb des Schutzbereiches von Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG.

*ff) Bestimmtheit*

Indem das Landratsamt verfügt, dass P alle mit der „MAYBE“-Kampagne verbundenen Plakate zu entfernen sowie Spots und Flyer einzustellen hat, gibt es ihr eine eindeutige Handlungsanweisung, sodass bezüglich der Bestimmtheit im Sinne von Art. 37 Abs. 1 BayVwVfG<sup>46</sup> keine Bedenken bestehen.

*gg) Zwischenergebnis*

Der Bescheid ist materiell rechtmäßig.

**C. Gesamtergebnis**

Die Klage der P ist zwar zulässig, aber unbegründet und hat somit keine Aussicht auf Erfolg.

---

<sup>46</sup> Parallelvorschriften z.B. § 37 Abs. 1 LVwVfG; § 37 Abs. 1 BremVwVfG; § 37 Abs. 1 VwVfG M-V; § 37 Abs. 1 VwVfG NRW; § 108 Abs. 1 LVwG.

# Hausarbeit: Rückforderung von Entschädigungsleistungen wegen Stasi-Mitarbeit

Von Ref. iur. **Frauke Kruse**, Berlin\*

*Der Fall bietet Gelegenheit zur Vertiefung verwaltungsrechtlichen Grundlagenwissens. Der Schwerpunkt liegt auf den Vorschriften der §§ 48 ff. VwVfG, wobei die Lösung vor allem unter Aufbaugesichtspunkten anspruchsvoll ist. An der Referenzmaterie des Wiedergutmachungsrechts lässt sich der Umgang mit entlegeneren, deshalb aber nicht weniger brisanten Normen üben. Zur Sprache kommt außerdem das in verwaltungsrechtlichen Fällen immer wieder auftauchende Thema der Verwirkung behördlicher Befugnisse. Der Fall ist angelehnt an VG Berlin, Urt. v. 3.9.2008 – 9 A 2.08.*

## Sachverhalt

Im Sommer 1981 bereitete K – damals 23 Jahre alt und Staatsangehöriger der DDR – seine Flucht aus der DDR vor. Er beabsichtigte, über die Ostsee nach Schleswig-Holstein zu fliehen. Hierzu entwendete er aus dem Gartenhaus seines Nachbarn ein Ruderboot. Noch bevor K seinen Plan in die Tat umsetzen konnte, wurde er festgenommen und von einem Strafgericht der DDR wegen Vorbereitung zum ungesetzlichen Grenzübertritt, Diebstahls privaten Eigentums und Hausfriedensbruchs zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Die letztgenannten Delikte wirkten sich dabei nur unerheblich auf die Strafzumessung aus. K verbüßte die Freiheitsstrafe während der Jahre 1981 bis 1984 in einem Gefängnis der DDR.

Nach der Wiedervereinigung erfuhr K davon, dass ehemaligen politischen Häftlingen ein Anspruch auf finanzielle Entschädigung – eine sogenannte „Eingliederungshilfe“ nach dem Häftlingshilfegesetz (HHG) – zustehen könne. Daraufhin stellte K im März 1990 bei der zuständigen Behörde B des Landes L die entsprechenden Anträge. Dabei gab er seine in der DDR verbüßte Haftzeit an. Unter dem Punkt „Haftgrund“ verwies er lediglich auf den Straftatbestand der Vorbereitung zum ungesetzlichen Grenzübertritt. Außerdem unterschrieb er ein umfassend erläutertes Formular, womit er bestätigte, dass kein Ausschlussgrund nach § 2 HHG vorliege. Im Einklang mit den einschlägigen Verfahrensvorschriften stellte B mit Bescheid vom 1.2.1991 zunächst die Leistungsberechtigung des K fest und übersandte dem K eine entsprechende Bescheinigung. Auf dieser Grundlage wurde dem K mit Bescheid vom 1.3.1991 eine Eingliederungshilfe in Höhe von 9.050 DM bewilligt und eine Woche später ausgezahlt.

Im August 2011 wurden B vom Bundesbeauftragten für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen DDR (BStU) Dokumente übersandt, aus denen sich ergab, dass K während und auch noch nach seiner Haftzeit als inoffizieller Mitarbeiter für das Ministerium für Staatssicherheit (MfS) der DDR tätig gewesen war. Laut den Aufzeichnungen des MfS hatte sich K zu Beginn seiner Haftzeit schriftlich

verpflichtet, im Gegenzug für Haftvergünstigungen detaillierte Angaben über seine Mitgefangenen zu machen. Dieser Verpflichtung war K in über hundert von ihm verfassten Einzelberichten nachgekommen, wobei er sich stets in besonderem Maße darum bemüht hatte, „operativ interessante“ Personen zu kontaktieren. Weiter ergibt sich aus den Berichten, dass K nach seiner Haftentlassung im Gegenzug für regelmäßige finanzielle Zuwendungen weiter als Spitzel tätig war und bis zum Zusammenbruch des DDR-Regimes regelmäßig und „sehr eifrig“, wie es in den Unterlagen des MfS heißt, Informationen über Verwandte, Freunde, Nachbarn und Arbeitskollegen weitergab. Aufgrund seiner Informationen wurden gegen zwei seiner Bekannte Strafverfahren eingeleitet und mehrere Wohnungen durchsucht.

Infolge einer innerbehördlichen Umstrukturierung bei B geriet der Fall des K jedoch einstweilen in Vergessenheit. Erst im Juni 2015 wird der Vorgang weiterbearbeitet. Mit Schreiben vom 1.9.2015 informiert B den K darüber, dass sie die Aufhebung der Bescheide vom 1.2.1991 und vom 1.3.1991 sowie den Erlass der entsprechenden Rückforderungen beabsichtige, und fordert K zur Stellungnahme auf. K bringt vor, dass er noch sehr jung gewesen sei, als er die Zusammenarbeit mit dem MfS aufgenommen habe und ihm seine Spitzeltätigkeit daher subjektiv nicht zum Vorwurf gemacht werden könne. Die Eingliederungshilfe habe er überdies sofort nach Erhalt ausgegeben. Außerdem sei es unbillig, diesen Vorgang nach so vielen Jahren nochmals aufzurollen. B selbst habe die Bearbeitung um Jahre verzögert und damit all ihre Befugnisse in dieser Sache verwirkt.

Mit Bescheid vom 1.2.2016 nimmt B den Bescheid über die Feststellung der Leistungsberechtigung vom 1.2.1991 sowie den Bewilligungsbescheid vom 1.3.1991 zurück und fordert die Rückgewähr der erteilten Bescheinigung über die Leistungsberechtigung sowie die Rückzahlung der gewährten Eingliederungsleistungen in Höhe von 9.050 DM (= 4.627,19 EUR). B verweist in der Begründung darauf, dass K durch seine Spitzeltätigkeit dem DDR-Regime Vorschub geleistet habe. Es sei nicht ersichtlich, dass auf K ein unerträglicher Druck ausgeübt worden sei. Dass der Vorgang lange in die Vergangenheit zurückreiche, sei für einen Fall der vorliegenden Art typisch.

Nach ordnungsgemäßer, aber erfolgloser Durchführung des erforderlichen Widerspruchsverfahrens klagt K ordnungsgemäß und fristgerecht vor dem zuständigen Verwaltungsgericht.

## Aufgabe

Wie wird das Verwaltungsgericht entscheiden?

## Bearbeitervermerk

Spezialgesetzliche Regelungen über die Aufhebung von Verwaltungsakten sind nicht vorhanden.

Das Land L hat keinen Gebrauch von § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO gemacht.

---

\* Die Verf. ist Rechtsreferendarin am Kammergericht. Der Beitrag entstand während der Zeit als Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht (Prof. Dr. Dres. h.c. Kunig) an der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin.

Soweit es auf die Vorschriften des VwVfG ankommt, sind die Normen des VwVfG des Bundes zugrunde zu legen.

### Auszug aus dem Häftlingshilfegesetz (HHG)

#### § 1 HHG

(1) Leistungen nach Maßgabe der folgenden Vorschriften erhalten deutsche Staatsangehörige und deutsche Volkszugehörige, wenn sie

1. nach der Besetzung ihres Aufenthaltsortes oder nach dem 8. Mai 1945 in der sowjetischen Besatzungszone [...] aus politischen und nach freiheitlich-demokratischer Auffassung von ihnen nicht zu vertretenden Gründen in Gewahrsam genommen wurden [...] und den gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich des Gesetzes genommen haben. [...]

(5) Gewahrsam im Sinne des Absatzes 1 ist ein Festgehaltenwerden auf engbegrenztem Raum unter dauernder Bewachung. [...]

#### § 2 HHG

(1) Leistungen nach diesem Gesetz werden nicht gewährt an Personen,

1. die in den Gewahrsamsgebieten (§ 1 Abs. 1 Nr. 1) dem dort herrschenden politischen System erheblich Vorschub geleistet haben, [...].

### Lösungsvorschlag

#### Teil 1: Die Rücknahme des Feststellungsbescheids

##### A. Zulässigkeit

###### I. Verwaltungsrechtsweg

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Dies setzt voraus, dass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt. Streitentscheidend sind vorliegend die Regelungen der §§ 48 ff. VwVfG sowie des HHG, also Normen, die als ein Zuordnungssubjekt ausschließlich einen Träger hoheitlicher Gewalt als solchen haben und damit im Sinne der Sonderrechtstheorie (modifizierten Subjektstheorie)<sup>1</sup> öffentliches Recht darstellen. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit ist gegeben.

Die Streitigkeit ist auch, wie § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO weiter voraussetzt, nichtverfassungsrechtlicher Art. Abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich. Somit ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

###### II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers. K strebt vorliegend die gerichtliche Aufhebung der durch B unter dem 1.2.2016 verfügten Aufhebung des Bescheids vom 1.2.1991 an, mit dem die Leistungsberechtigung des K nach dem HHG festgestellt worden war. Hierbei handelt es sich um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG, sodass gem. § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO die Anfechtungsklage statthaft ist.

### III. Klagebefugnis

K muss gem. § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt sein. Da gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, setzt dies voraus, dass die Möglichkeit einer Verletzung in eigenen Rechten substantiiert geltend gemacht wird. Eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG erscheint jedenfalls dann möglich, wenn der Kläger Adressat eines belastenden Verwaltungsakts ist (sog. Adressatentheorie).<sup>2</sup> Da K durch die Aufhebung des Feststellungsbescheids die Leistungsbeziehung nach dem HHG aberkannt wird, handelt es sich um einen rechtsverkürzenden und damit belastenden Verwaltungsakt. Eine hierin liegende rechtswidrige Beeinträchtigung der allgemeinen Handlungsfreiheit, ist nicht von vorneherein ausgeschlossen. K ist folglich klagebefugt.

### IV. Vorverfahren

Wie nach § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO erforderlich, hat K ordnungsgemäß, aber erfolglos Widerspruch gegen den angegriffenen Verwaltungsakt eingelegt.

### V. Klagegegner

Richtiger Klagegegner ist nach dem Rechtsträgerprinzip des § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO, von dem das Landesrecht keine Abweichung vorsieht, das Land L.

### VI. Klagefrist

Die Klagefrist nach § 74 Abs. 1 S. 1 VwGO ist eingehalten.

### VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

K ist als natürliche Person nach § 61 Nr. 1 Var. 1 VwGO beteiligtenfähig und nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die Beteiligtenfähigkeit des Landes L als juristischer Person ergibt sich aus § 61 Nr. 1 Var. 2 VwGO, seine Prozessfähigkeit aus § 62 Abs. 3 VwGO in analoger Anwendung.

### VIII. Zwischenergebnis

Da im Übrigen am Vorliegen der Sachentscheidungs Voraussetzungen keine Zweifel bestehen, ist die Klage zulässig.

### B. Begründetheit

Die Anfechtungsklage ist gem. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO begründet, soweit die Aufhebung des Feststellungsbescheids vom 1.2.1991 rechtswidrig ist und den K in seinen Rechten verletzt.

#### I. Rechtswidrigkeit

##### 1. Rechtsgrundlage

Als Rechtsgrundlage kommt § 48 Abs. 1 VwVfG in Betracht.

<sup>2</sup> *Sodan*, in: *Sodan/Ziekow*, Kommentar zur VwGO, 4. Aufl. 2014, § 42 Rn. 383; vgl. aber auch die Kritik an der „Adressatentheorie“ bei *Scherzberg*, in: *Ehlers/Pünder*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 12 Rn. 30.

<sup>1</sup> Vgl. dazu *Krüger*, JuS 2013, 598 (600).

### 2. Formelle Voraussetzungen

Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass es sich bei B um die nach § 48 Abs. 5 i.V.m. § 3 VwVfG zuständige Behörde handelt. Die nach § 28 Abs. 1 VwVfG erforderliche Anhörung ist durch die Aufforderung zur Stellungnahme vom 1.9.2015 durchgeführt worden. Ein Verstoß gegen sonstige Formerfordernisse ist nicht ersichtlich.

### 3. Materielle Voraussetzungen

#### a) Rechtswidriger Verwaltungsakt

Wie nach § 48 Abs. 1 VwVfG erforderlich, handelt es sich bei dem aufgehobenen Bescheid um einen Verwaltungsakt, welcher im Zeitpunkt der Aufhebung wirksam war. Fraglich ist allein, ob der Feststellungsbescheid vom 1.2.1991 auch rechtswidrig war.<sup>3</sup> Dies ist der Fall, wenn die Leistungsbeurteilung des K nach den Vorschriften des HHG nicht hätte anerkannt werden dürfen.

#### aa) § 1 Abs. 1 Nr. 1 HHG

In Betracht kommt zunächst ein Verstoß gegen § 1 Abs. 1 Nr. 1 HHG. K ist, wie nach dieser Vorschrift erforderlich, deutscher Staatsangehöriger und hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich des HHG. Seine Inhaftierung zu DDR-Zeiten stellt auch eine Ingewahrsamnahme im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 HHG dar. Fraglich ist allein, ob K aus politischen und nach freiheitlich-demokratischer Auffassung von ihm nicht zu vertretenden Gründen inhaftiert worden ist. Dies ist mit Blick auf die Verurteilung wegen Vorbereitung einer Flucht aus der DDR unproblematisch zu bejahen. Allerdings ist zu bedenken, dass K u.a. auch wegen Diebstahls an privatem Eigentum und Hausfriedensbruchs, also allgemeinen Kriminalunrechts, verurteilt wurde und es sich bei der Entwendung eines Ruderboots von einem Nachbargrundstück auch nicht – anders als z.B. bei der Sachbeschädigung von Grenzanlagen – um ein typisches Begleitdelikt einer Flucht handelt.<sup>4</sup> Ausschlaggebend wäre dies aber nur, wenn die Höhe der verhängten Freiheitsstrafe hierdurch erheblich beeinflusst worden wäre,<sup>5</sup> was hier laut Sachverhalt nicht der Fall war. Im Wesentlichen beruhte die Freiheitsentziehung auf der Begehung einer politischen Straftat. K wurde daher aus nach freiheitlich-demokratischer Auffassung nicht zu vertretenden Gründen inhaftiert und war somit im Grundsatz leistungsberechtigt.

<sup>3</sup> § 48 VwVfG ist insofern strikt zu verstehen – anders als § 49 VwVfG, der über seinen Wortlaut hinaus auch rechtswidrige Verwaltungsakte erfasst, vgl. nur *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, Kommentar zum VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 49 Rn. 6.

<sup>4</sup> Vgl. dazu *Schröder*, in: *Bruns/Schröder/Tappert*, Kommentar zum StrRehaG, 1993, § 1 Rn. 152; siehe auch LG Potsdam, Beschl. v. 16.11.2007 – BRH 13262/07, Rn. 12.

<sup>5</sup> VG Berlin, Urt. v. 3.9.2008 – 9 A 2.08, Rn. 21.

#### bb) § 2 Abs. 1 Nr. 1 HHG

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 HHG sind sämtliche Leistungsgewährungen ausgeschlossen, wenn K dem herrschenden politischen System erheblich Vorschub geleistet hat.

Einem politischen System Vorschub zu leisten, erfordert eine Tätigkeit, die dazu bestimmt und objektiv geeignet ist, herrschaftsverfestigend zu wirken. Im vorliegenden Fall steht die Zusammenarbeit des K mit dem Ministerium für Staatssicherheit infrage, also mit einer Institution, die für die Sicherung des Machtapparates der DDR unentbehrlich war. K unterstützte des MfS durch Weitergabe von Informationen über Menschen, mit denen er in Kontakt stand. Da er dies bewusst tat, war seine Spitzeltätigkeit dazu bestimmt, die SED-Herrschaft zu festigen. Sie war überdies auch objektiv hierzu geeignet, wie insbesondere die auf seine Informationen zurückgehenden Strafverfolgungsmaßnahmen zeigen.

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 HHG muss es sich darüber hinaus um ein „erhebliches“ Vorschubleisten handeln. Lediglich beiläufige oder gelegentliche Tätigkeiten, die dazu beitragen, den Herrschaftsanspruch des SED-Regimes zu untermauern, führen daher noch nicht zum Leistungsausschluss.<sup>6</sup> Es muss sich also um eine gesteigerte, nicht gänzlich unbedeutende Form des Vorschubleistens handeln, damit der Ausschlussgrund greift. Zu klären bleibt daher, ob das Verhalten des K die Erheblichkeitsschwelle überschreitet. Die Zusammenarbeit begann während der Haftzeit des K und wurde erst mit dem Zusammenbruch des DDR-Regimes beendet. Unter zeitlichem Aspekt handelt es sich also um eine dauerhafte und nicht nur gelegentliche Unterstützung, die K erbrachte. Was die Intensität der Zusammenarbeit anlangt, so hat K während seiner Haftzeit über hundert Einzelberichte über Mitgefangene verfasst, wobei er sich in besonderem Maße bemühte „operativ interessante“ Personen zu kontaktieren. Nach seiner Haftentlassung leitete K regelmäßig und laut den Berichten des MfS „sehr eifrig“ Informationen über Verwandte, Freunde, Nachbarn und Arbeitskollegen an das MfS weiter. Auch die Art und Weise der Zusammenarbeit ist daher im Gesamtbild nicht nur als beiläufig zu bewerten, sondern stellt ein „erhebliches“ Vorschubleisten dar.

Auch ein erhebliches Vorschubleisten kann aber nach Sinn und Zweck des HHG nur dann zum Leistungsausschluss führen, wenn diese Tätigkeit auch subjektiv vorwerfbar ist.<sup>7</sup> Zu prüfen bleibt daher, ob auf K möglicherweise ein die Freiwilligkeit ausschließender Druck ausgeübt wurde, so dass ihm seine Spitzeltätigkeit im Ergebnis subjektiv nicht vorgeworfen werden kann. Hiervon ist nur dann auszugehen, wenn der Druck unerträglich war und vom Betroffenen nicht hätte verlangt werden können, sich zu widersetzen.<sup>8</sup> Vorliegend ist insofern zu berücksichtigen, dass die Zusammenarbeit während der Haftzeit des K begann und damit zu einer Zeit, als K

<sup>6</sup> OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 5.11.2013 – 3 B 9.12, Rn. 26.

<sup>7</sup> Zur Unverzichtbarkeit dieser Voraussetzung in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 2 HHG OVG Lüneburg, Beschl. v. 10.2.2014 – 4 LA 217/12, Rn. 6.

<sup>8</sup> BVerwG, Urt. v. 8.3.2002 – 3 C 23.01, BVerwGE 116, 100 (101 f.) = NJW 2002, 2486.

dem Regime in besonderer Weise ausgesetzt war. Allerdings wurde K im konkreten Fall nicht mit einem empfindlichen Übel gedroht, sondern er wurde vielmehr mit der Versprechung angeworben, dass man ihm Haftvergünstigungen gewähren würde. Zwar müssen hierbei sowohl die Haftbedingungen als auch das junge Alter des K in Rechnung gestellt werden. Jedenfalls aber ist mit Blick auf die Spitzeltätigkeit des K nach seiner Haftzeit von einem freiwilligen Verhalten auszugehen. Dass während dieser Zeit irgendein Druck auf ihn ausgeübt worden wäre, ist nicht ersichtlich. Vielmehr erhielt K im Gegenzug für seine Spitzeldienste finanzielle Zuwendungen.

K hat also dem SED-Regime erheblich und in subjektiv vorwerfbarer Weise Vorschub geleistet. Also war K gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 HHG nicht leistungsberechtigt. Der Bescheid vom 1.2.1991, mit dem B die Leistungsberechtigung festgestellt hatte, war daher rechtswidrig.

*Hinweis:* Bei der Subsumtion unter § 2 Abs. 1 Nr. 1 HHG ist nicht die Kenntnis einzelner Definitionen entscheidend. Es gilt lediglich zu erkennen, dass die Norm eine Erheblichkeitsschwelle enthält und dass der Gesichtspunkt der subjektiven Vorwerfbarkeit eine Rolle spielen muss.

#### b) Voraussetzungen der Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte

Gem. § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG sind die weiteren Voraussetzungen der Abs. 2-4 zu erfüllen, wenn ein begünstigender Verwaltungsakt zurückgenommen wird, was für den Bescheid vom 1.2.1991, der ein Recht des K bestätigte, zutrifft.

##### aa) Vertrauensschutz

Da der Bescheid vom 1.2.1991 Voraussetzung für eine einmalige Geldleistung – die Eingliederungshilfe i.H.v. 9.050 DM – war, ist dessen Rücknahme an § 48 Abs. 2 VwVfG zu messen. Nach § 48 Abs. 2 S. 1 VwVfG ist die Rücknahme unzulässig, wenn K auf den Bestand des Bewilligungsbescheids vertraut hat und dieses Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig war. Von Ersterem ist vorliegend auszugehen. Fraglich ist aber, ob das Vertrauen des K auch schutzwürdig ist. Angesichts der Tatsache, dass K die gewährte Geldleistung ausgegeben hat, könnte zu seinen Gunsten die Vermutungsregel des § 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG eingreifen. Voraussetzung ist aber, dass kein Tatbestand des § 48 Abs. 2 S. 3 VwVfG erfüllt ist.

In Betracht kommt eine arglistige Täuschung im Sinne des § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 VwVfG. Insofern könnte einerseits an die Angabe des K anzuknüpfen sein, dass Freiheitsstrafe lediglich wegen Vorbereitung zum ungesetzlichen Grenzübertritt verbüßt zu haben. Eine Täuschung setzt die Vorspiegelung unrichtiger Tatsachen voraus, was vorliegend der Fall sein könnte, weil K unterschlug, dass er auch wegen Diebstahls an privatem Eigentum und Hausfriedensbruchs verurteilt worden war. Jedoch handelt es sich hierbei um einen Aspekt, der für die Frage der Leistungsberechtigung von so untergeordneter Bedeutung ist, dass er für den Verwaltungs-

akterlass, wie oben geprüft, gar nicht ausschlaggebend werden konnte. Folglich fehlt es an dem erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen den unterlassenen Angaben und der Erwirkung des Verwaltungsakts. Diesbezüglich scheidet eine arglistige Täuschung daher aus.

Allerdings könnte eine arglistige Täuschung mit Blick auf die Erklärung vorliegen, dass kein Ausschlussgrund nach § 2 HHG gegeben sei. Mit dieser Angabe hat K die Behörde darüber getäuscht, dass in seiner Person angesichts seiner langfristigen Stasi-Mitarbeit der Ausschlussbestand des § 2 HHG erfüllt ist. Arglistig war diese Täuschung dann, wenn K zumindest bedingter Vorsatz vorzuwerfen ist. Da K seine Tätigkeit für das MfS nicht schlichtweg vergessen haben kann oder als unbeachtlich ansehen durfte, ihm also bewusst sein musste, dass er damit den Ausschlussgrund erfüllte, ist auch von einem arglistigen Verhalten auszugehen. Zwischen der arglistigen Täuschung und dem Erlass des Feststellungsbescheids besteht auch ein Kausalitätszusammenhang, sodass auch die Voraussetzung des „Erwirkens“ gegeben ist.

Dass K den Feststellungsbescheid überdies mit Blick auf seine lückenhaften Angaben zum Haftgrund durch unvollständige Angaben gem. § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 VwVfG erwirkt hat, scheidet aus. Denn § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 VwVfG ist dahin auszulegen, dass die Angaben in wesentlicher Beziehung und nicht nur mit Blick auf ganz untergeordnete Aspekte<sup>9</sup> unvollständig waren, was aber mit Blick auf die besagten Delikte der Fall ist. Daher sind die Angaben als im Wesentlichen vollständig zu werten.

Damit ist lediglich der Tatbestand des § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 VwVfG erfüllt. K kann sich mithin nicht auf die Schutzwürdigkeit seines Vertrauens berufen. Die Vertrauensschutzvorschrift des § 48 Abs. 2 VwVfG steht einer Rücknahme also nicht entgegen.

##### bb) Rücknahmefrist

Möglicherweise steht der Rücknahme aber die Fristregelung des § 48 Abs. 4 VwVfG entgegen. Nach § 48 Abs. 4 S. 1 VwVfG ist die Rücknahme nur innerhalb eines Jahres ab behördlicher Kenntnis von den maßgeblichen Tatsachen zulässig. Maßgeblich für die Rücknahme war vorliegend die Tatsache, dass K als inoffizieller Mitarbeiter des MfS tätig war, wovon B seit August 2011 Kenntnis hatte. Der Rücknahmebescheid wurde zwar erst unter dem 1.2.2016 und damit nach Ablauf der Jahresfrist erlassen. Jedoch gilt das Fristerfordernis gem. § 48 Abs. 4 S. 2 VwVfG nicht in den Fällen des § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 VwVfG, also u.a. im Fall der arglistigen Täuschung. Da eine solche gegeben ist, war der Rücknahme nicht fristgebunden.

#### 4. Rechtsfolge

Zu prüfen bleibt, ob B von dem durch § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG eingeräumten Ermessen in rechtmäßiger Weise Gebrauch gemacht hat.

<sup>9</sup> Vgl. zu dieser Voraussetzung *Sachs* (Fn. 3), § 48 Rn. 154.

a) *Kein atypischer Fall*

Dabei ist zu beachten, dass u.a. für den Fall der arglistigen Täuschung § 48 Abs. 2 S. 4 VwVfG die Ermessensausübung konkretisiert. Danach hat die Behörde den Verwaltungsakt in der Regel mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen. Aus der ausdrücklichen Anordnung dieses „intendierten Ermessens“<sup>10</sup> folgt, dass lediglich in atypischen Fällen von der gesetzlich vorgezeichneten Entscheidung abgewichen werden darf. Denkbar wäre, dass der vorliegende Fall insofern atypisch ist, als seit Erlass der aufgehobenen Entscheidung bereits 25 Jahre verstrichen sind und auch die Stasi-Tätigkeit des K weit in der Vergangenheit zurückliegt. Hier sind jedoch die Besonderheiten des Häftlingshilferechts zu beachten, vor allem was die Aufarbeitung des Stasi-Unrechts anlangt. Für diesen Bereich ist es geradezu typisch, dass die Rücknahmeentscheidungen erst dann getroffen werden können, wenn die entsprechenden Unterlagen des MfS aufgearbeitet worden sind. Dass diese Informationen die zuständige Behörde erst Jahre oder Jahrzehnte nach der Entscheidung über die Leistungsberechtigung gem. dem HHG erreichen, ist nicht ungewöhnlich.<sup>11</sup> Folglich liegt insofern kein atypischer Fall vor, der eine Abweichung von § 48 Abs. 2 S. 4 VwVfG rechtfertigen würde.

b) *Kein Verstoß gegen allgemeine Verwaltungsgrundsätze*

Ein Ermessensfehler könnte sich aber daraus ergeben, dass B ihre Befugnis im Widerspruch zu den Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsrechts ausgeübt hat. Fraglich ist insofern, ob vorliegend abweichend von § 48 Abs. 2 S. 4 VwVfG hätte entschieden werden müssen, weil B ihre Rücknahmebefugnis verwirkt hatte. Dass behördliche Befugnisse verwirkt werden können, folgt aus dem auch im öffentlichen Recht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben in seiner Ausformung als Verbot widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*).<sup>12</sup> Der Umstand, dass § 48 Abs. 4 VwVfG eine gesonderte Fristregelung enthält, schließt die Verwirkung der Rücknahmebefugnis nicht aus.<sup>13</sup>

Von einer Verwirkung ist auszugehen, wenn ein Recht über längere Zeit hinweg nicht ausgeübt wird (Zeitkomponente) und besondere Umstände hinzutreten, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (Umstandskomponente).<sup>14</sup> Ob die zeitliche Verzögerung hinreichend lang ist, bleibt einer Einzelfallbetrachtung vorbehalten. Jedenfalls aber muss der Zeitraum deutlich über die von der Rechtsordnung vorgesehenen Fristen hinausgehen.<sup>15</sup> Vorliegend kann angesichts einer Über-

schreitung der Jahresfrist des § 48 Abs. 4 VwVfG um etwa vier Jahre von einer erheblichen Verzögerung der Rechtsausübung ausgegangen werden. Fraglich ist aber, ob weitere besondere Umstände auszumachen sind, die das Verhalten der Behörde widersprüchlich erscheinen lassen. B hat das Verfahren zwar verschleppt, dem K jedoch in keinerlei Weise Anlass gegeben, darauf vertrauen zu können, dass keine Rücknahme mehr erfolgen würde. In der Rücknahmeentscheidung vom 1.2.2016 ist daher kein treuwidriges und damit rechtsmissbräuchliches Verhalten zu erblicken. Folglich ist die Rücknahmebefugnis nicht verwirkt.

Da sonstige Ermessensfehler nicht ersichtlich sind, ist das Ermessen rechtmäßig ausgeübt worden.

5. *Zwischenergebnis*

Die Aufhebung des Bescheids vom 1.2.1991 war rechtmäßig.

**II. Rechtsverletzung**

Mangels Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts ist K auch nicht in seinen Rechten verletzt.

**C. Ergebnis**

Die Anfechtungsklage ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht wird ihr nicht stattgeben.

**Teil 2: Die übrigen Anordnungen**

**A. Zulässigkeit**

Was die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs für die Klagen des K gegen die Rücknahme des Bewilligungsbescheids, gegen die Rückforderung der Bescheinigung sowie gegen die Rückforderung der ausgezahlten Eingliederungshilfe i.H.v. 4.627,19 EUR angeht, ist diese mit gleicher Argumentation wie oben zu bejahen. Da es sich bei allen drei Regelungen um Verwaltungsakte handelt, ist jeweils die Anfechtungsklage statthaft. Mit Blick auf die Sachentscheidungsvoraussetzungen ergeben sich ebenfalls keine Unterschiede zur Anfechtungsklage gegen die Rücknahme des Feststellungsbescheids. Alle drei Anfechtungsklagen sind zulässig.

**B. Objektive Klagehäufung**

Angesichts der Tatsache, dass sich alle Klagen gegen denselben Beklagten richten, zwischen ihnen ein rechtlicher und tatsächlicher Zusammenhang besteht und dasselbe Gericht zuständig ist, können die insgesamt vier Klagebegehren nach § 44 VwGO mittels einer Eventualklagehäufung in einer Klage verfolgt werden.

**C. Begründetheit**

Die Begründetheit der Anfechtungsklagen richtet sich jeweils nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

**I. Rechtswidrigkeit der Rücknahme des Bewilligungsbescheids**

Rechtsgrundlage für die Aufhebung des Bewilligungsbescheids ist ebenfalls § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG. In formeller Hinsicht ergeben sich keine Unterschiede zur Rücknahme des

<sup>10</sup> Vgl. *Sachs* (Fn. 3), § 48 Rn. 165-173. Berechtigte Kritik an der Figur des nicht ausdrücklich angeordneten intendierten Ermessens, wie sie das BVerwG entwickelt hat, bei *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2016, § 14 Rn. 40.

<sup>11</sup> OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 5.11.2013 – 3 B 9.12, Rn. 37.

<sup>12</sup> *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 17. Aufl. 2016, § 53 Rn. 41, 43.

<sup>13</sup> BVerwG, Urt. v. 20.12.1999 – 7 C 42/98, BVerwGE 110, 226 (236) = NJW 2000, 1512.

<sup>14</sup> BVerwGE 44, 339 (343).

<sup>15</sup> BVerwG NVwZ 1991, 1182 (1183).

Feststellungsbescheids. In materieller Hinsicht bildet der Bescheid vom 1.3.1991 einen tauglichen Aufhebungsgegenstand. Dieser war mangels Vorliegens der Voraussetzungen nach dem HHG auch rechtswidrig. Die nach § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG Anwendung findenden Vertrauensschutzvorschriften des § 48 Abs. 2 und 4 VwVfG stehen einer Rücknahme angesichts der arglistigen Täuschung des K nicht entgegen. Von ihrem nach § 48 Abs. 2 S. 4 VwVfG vorgezeichneten Ermessen hat B ebenfalls rechtsfehlerfrei Gebrauch gemacht. Folglich war die Rücknahme des Bewilligungsbescheids rechtmäßig.

## **II. Rechtswidrigkeit der Rückforderung der Bescheinigung**

Die Rückforderung der Bescheinigung über die Leistungsberechtigung kann auf § 52 S. 1 VwVfG gestützt werden. Ein Verstoß gegen Zuständigkeits-, Verfahrens- oder Formvorschriften ist nicht ersichtlich. Materiell rechtmäßig ist die Rückforderung gem. § 52 S. 1 VwVfG, wenn die Bescheinigung eine Urkunde darstellt und der zugrunde liegende Verwaltungsakt aufgehoben worden ist. Unter einer Urkunde ist eine schriftliche behördliche Erklärung zu verstehen, die in einem Nachweiszusammenhang mit dem zugrunde liegenden Verwaltungsakt steht,<sup>16</sup> was für die Bescheinigung über das Vorliegen der Leistungsvoraussetzungen nach dem HHG, die K am 1.2.1991 erteilt worden ist, zutrifft. Da der zugrunde liegende Feststellungsbescheid wirksam zurückgenommen worden ist, sind die Rückforderungsvoraussetzungen erfüllt. B sind im Anschluss an die obigen Ergebnisse auch keine Ermessensfehler vorzuwerfen. Folglich ist die Rückforderung der Bescheinigung rechtmäßig.

## **III. Rechtswidrigkeit der Rückforderung der Eingliederungshilfe**

Rechtsgrundlage für die Rückforderung der ausgezahlten Eingliederungshilfe ist § 49a Abs. 1 S. 1 VwVfG. Der Verwaltungsakt ist formell rechtmäßig; insbesondere ist die Rückforderung, wie nach § 49a Abs. 1 S. 2 VwVfG erforderlich, schriftlich erfolgt. Auch im Übrigen verstößt die Rückforderung von 4.627,19 EUR angesichts der wirksamen Rücknahme des zugrunde liegenden Bewilligungsbescheids nicht gegen höherrangiges Recht. Sie ist damit ebenfalls rechtmäßig.

## **IV. Rechtsverletzung**

Mangels Rechtswidrigkeit stellt keiner der drei Verwaltungsakte eine Rechtsverletzung dar.

## **D. Ergebnis**

Das Verwaltungsgericht wird keiner der Anfechtungsklagen stattgeben.

---

<sup>16</sup> *Sachs* (Fn. 3), § 52 Rn. 31 f.

# Examensklausur: Skate-by-night

Von Prof. Dr. Carsten Momsen, Diplom-Jurist Sebastian Laudien, Berlin\*

*Der Fall wurde im Januar 2014 als Examensklausur im Rahmen der ersten juristischen Staatsprüfung in Niedersachsen sowie im Sommersemester 2016 als Examensklausur im Universitätsrepetitorium der Freien Universität Berlin gestellt. Die Klausur ist ihrem Schwierigkeitsgrad nach als moderat einzustufen. Im Rahmen des Universitätsrepetitoriums ergab sich eine Durchfallquote i.H.v. 23 %. Dabei erzielten bei einer durchschnittlichen Punktzahl von 5,4 Punkten immerhin 11 Bearbeiter die Note „vollbefriedigend“ und besser.*

*Schwerpunkte setzt die Klausur im Bereich der Raubdelikte (§§ 249 ff. StGB) sowie im zweiten – wohl anspruchsvolleren – Teil, indem von den Bearbeitern eine saubere Auseinandersetzung mit der Systematik der Anschlussdelikte (§§ 257 ff. StGB), ihrem Verhältnis zum Tatbestand des Betruges (§ 263 StGB) und ausgewählten Problemen der Urkundendelikte (§§ 267 ff. StGB) gefordert war.*

## Sachverhalt

Amtsarzt A und Rechtsanwalt R sind begeisterte Inline-Skater und nach Dienstschluss Teilnehmer des sog. „skate-by-night“-Events. Beide tragen keinen Helm. Nachdem sie mehrere Kilometer voneinander unbemerkt im Hauptfeld nebeneinander gefahren sind, fallen beide erschöpfungsbedingt zurück. A hat, während er neben R fuhr, bemerkt, dass R sowohl ein Smartphone als auch einen (letzten) Energieriegel dabei hat. „Getarnt“ als erneuter Antritt zum Überholen, schließt A zu R auf, zieht diesem unbemerkt das Smartphone und den Energieriegel aus dessen Rucksack und setzt sich sodann vor R. A gelingt es anschließend sogar einen Vorsprung von mehreren Metern herauszufahren und nutzt diesen Moment, um den Energieriegel umgehend zu verspeisen. Als dann A – um sich von R zu lösen – auch noch unvermittelt die eigentliche Wegstrecke verlässt, überkommt den R – kurz bevor der Sichtkontakt abreißt – die „zweite Luft“. Er folgt dem A, da er glaubt, dass dieser eine Abkürzung kenne. A indessen bemerkt die Verfolgung durch R und glaubt seinerseits, dass dieser den wahren Hintergrund seines Überholmanövers erkannt hat. Hastig begibt er sich daher in eine dunkle Seitenstraße, wartet einen Moment und stellt dem ahnungslosen, sich aber mit sehr hoher Geschwindigkeit nähernden R in der Folge ein Bein, so dass dieser zu Boden geht und unglücklich auf den Hinterkopf fällt. Noch auf dem Weg ins Krankenhaus verstirbt R an seinen Sturzverletzungen.

---

\* Prof. Dr. Carsten Momsen ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafverfahrensrecht und Wirtschaftsstraf- und Umweltstrafrecht an der Freien Universität Berlin. Diplom-Jurist Sebastian Laudien ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. Carsten Momsen. Die Verf. sind zudem Mitglieder der Forschungsstelle für Bank- und Kapitalmarktrecht sowie Kapitalmarktrecht an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover und der Freien Universität Berlin.

Am nächsten Morgen trifft sich A mit seinem Bekannten B im Gasthaus „Zum goldenen Broiler“. Noch bevor ihm B von dem kürzlichen Verlust seines alten Mobiltelefons berichten kann, setzt A den B von den Geschehnissen des Vortages in Kenntnis. Sowohl A als auch B erkennen die sich ihnen bietende Gelegenheit, wobei jeder nur seine eigenen Interessen verfolgt, und einigen sich umgehend auf den Verkauf des Smartphone. Im Rahmen der Preisfindung gelingt es A, dem B zudem einen höheren Kaufpreis dafür abzurufen, dass er ihm eine „Garantieerklärung des Herstellers“ für das Smartphone beizulegen bereit ist, von der A behauptet, dass sie noch ein Jahr Gültigkeit besitze und B diese im Schadensfall einfach nur gegenüber dem Hersteller des Smartphone geltend machen müsse. A verheimlicht dem B dabei jedoch, dass er selbst erst tags zuvor – eigens für einen eventuellen Weiterverkauf – eine solche, einer originalen zur Verwechslung ähnlichen Garantieerklärung angefertigt hat, indem er das betreffende Textdokument am PC erstellte, ausdrückte und mit einem vermeintlichen Herstellersiegel so versah, dass sie den originalen Herstellerdokumenten tatsächlich glich. B erkennt dies nicht und willigt in den höheren, über den für Vergleichsgeräte marktüblichen Kaufpreis ein. B nimmt daraufhin glücklich sein neues Ersatzgerät (einschließlich Garantieerklärung) in Empfang und übergibt dem A den Kaufpreis in bar.

A – beseelt von seinem verkäuferischen Geschick – gönnt sich von dem Geld prompt ein neues Paar Inline-Skates.

## Bearbeitervermerk

Prüfen Sie die Strafbarkeit der Beteiligten nach dem StGB? Strafanträge – soweit erforderlich – gelten als gestellt. Straßenverkehrsdelikte sowie die §§ 142, 261 StGB sind nicht zu prüfen.

## Lösungsvorschlag

### Tatkomplex 1: Skate-by-night

#### I. Strafbarkeit des A gem. § 252 StGB (Räuberischer Diebstahl)

##### 1. Objektiver Tatbestand

Das Smartphone sowie der Energieriegel sind für A fremde bewegliche Sachen im Sinne des § 242 Abs. 1 StGB.<sup>1</sup> Mit dem Zugriff auf das Smartphone sowie den Energieriegel hat A den – für ihn fremden – Gewahrsam des R gebrochen und neuen – in diesem Fall auch eigenen – Gewahrsam begründet<sup>2</sup> und mithin die fremden beweglichen Sachen weggenommen. Eine taugliche Vortat im Sinne von § 252 StGB ist gegeben.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 64. Aufl. 2017, § 242 Rn. 3 ff.

<sup>2</sup> Vgl. Fischer (Fn. 1), § 242 Rn. 10 m.w.N.

<sup>3</sup> Vgl. Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 252 Rn. 3.

*Hinweis:* Streng genommen hat die Annahme einer tauglichen Vortat vorbehaltlich einer Prüfung des subjektiven Tatbestandes zu erfolgen. Unter prüfungsökonomischen Gesichtspunkten bietet es sich an, diese und die weiteren subjektiven Voraussetzungen betreffend § 252 StGB unter 2. zusammen zu prüfen; nicht zuletzt auch deshalb, weil hier keine Probleme liegen.

A müsste entweder Gewalt gegen eine Person oder aber eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben angewendet haben (Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels). Eine Drohung, d.h. ein Inaussichtstellen eines Übels, auf dessen Eintritt A Einfluss zu haben vorgibt,<sup>4</sup> erfolgte nicht. A stellte dem R jedoch ein Bein und setzte ihn somit einer physischen Zwangswirkung aus. Eine Willensbildung oder -betätigung war dem R hierbei nicht möglich, sodass A vis absoluta; mithin Personengewalt im Sinne des § 252 StGB gegen R anwendete.<sup>5</sup>

Problematisch ist indes der Zeitpunkt der Anwendung des qualifizierten Nötigungsmittels. Unstrittig ist zunächst, dass dessen Einsatz jedenfalls nach Vollendung (des Diebstahls) erfolgen muss, andernfalls ist § 249 StGB zu prüfen.<sup>6</sup>

§ 252 StGB reicht damit grundsätzlich von der Vollendung der Vortat bis zu deren Beendigung.<sup>7</sup> Eine tatbestandsmäßige Handlung auch noch nach Beendigung der Vortat ist somit nicht denkbar. A hat die fremden beweglichen Sachen des R weggenommen – damit § 242 Abs. 1 StGB zunächst vollendet<sup>8</sup> – und konnte sich daraufhin mehrere Meter von R absetzen; und dies sogar in der Form, dass der Sichtkontakt gar abzureißen drohte.

[*Problemschwerpunkt 1.1*] Fraglich ist deshalb, ob hierin bereits eine Beendigung der Vortat zu sehen ist. Beendet ist der Diebstahl, wenn der Täter den Gewahrsam an der Beute nach den Umständen des Einzelfalls gefestigt und gesichert hat.<sup>9</sup> Zwar mag A eine gewisse räumliche Distanz zwischen sich und den R gebracht haben, jedoch zeigt der weitere Verlauf des Geschehens, dass ungeachtet dessen keine derart große zeitlich-räumliche Nähe zwischen beiden bestand, dass es dem A bereits ein sicheres Verschaffen der Beute ermöglichte. Auch der bis zuletzt erhalten gebliebene Sichtkontakt spricht gegen eine Beutesicherung. Folglich ist davon auszugehen, dass eine Beutesicherung und somit eine Beendigung der Vortat grundsätzlich noch nicht eintrat.

[*Problemschwerpunkt 1.2*] Aber auch im Hinblick auf die einzelnen Tatobjekte bedarf es einer Differenzierung. Im Gegensatz zum Smartphone liegt es im Fall des Energie-

riegels nämlich insoweit anders, als mit seinem umgehenden Verzehr eine Wiedererlangung des Gewahrsams unmöglich wurde, damit also bereits eine Beutesicherung im weiten Sinne erfolgte, die dann auch insoweit eine Beendigung der Vortat begründet. Eine weitere Gewaltanwendung zur Beutesicherung ist in Bezug auf den Energieriegel damit nicht denkbar.<sup>10</sup>

*Hinweis:* Hier sollte seitens der Bearbeiter/-innen ein gewisser argumentativer Aufwand betrieben werden. Eine intensive Auseinandersetzung mit dem Sachverhalt sollte dann auch die genannte Differenzierung zeigen. Insofern eine umfassende Annahme der Beendigung der Vortat erfolgt, die bei entsprechender Darstellung nicht gänzlich abwegig erscheint, ist die Prüfung bereits an dieser Stelle mit §§ 242 Abs. 1 StGB; 223 Abs. 1, 227 Abs. 1; 240 Abs. 1; 52 Abs. 1 StGB fortzusetzen.

Das der weiteren zeitlichen und örtlichen Tatbestandsbeschränkung dienende Merkmal der Tatbetroffenheit erfüllt, wer in engem zeitlich-räumlich Zusammenhang – damit auf frischer Tat –, d.h. alsbald nach Tatausführung, in Tatortnähe wahrgenommen – also be- bzw. angetroffen – wird.<sup>11</sup>

Angesichts des engen zeitlichen wie örtlichen Zusammentreffens von Vortat und anschließendem Einsatz des qualifizierten Nötigungsmittels ist von der Frische der Tat auszugehen.

[*Problemschwerpunkt 2*] Die konkreten Anforderungen an die Tatbetroffenheit sind indes umstritten. Betroffen ist der Täter grundsätzlich dann, wenn er durch sinnliche Wahrnehmung (Sehen, Hören u.a.) bemerkt worden ist.<sup>12</sup> Vereinzelt wird hierzu gefordert, dass der Täter tatsächlich durch das Opfer oder einen Dritten in Tatortnähe wahrgenommen wird.<sup>13</sup> Weit weniger fordert demgegenüber die h.M., die ein Betroffener bereits bejaht, wenn der Täter nicht tatsächlich wahrgenommen wird, jedoch seiner Entdeckung dadurch zuvorkommt, dass er sogleich auf den Einsatz des qualifizierten Nötigungsmittels zurückgreift<sup>14</sup> oder aber sich jedenfalls für entdeckt hält;<sup>15</sup> mithin gilt bereits ein (subjektives) Betroffen-Sein aus Sicht des Täters als hinreichend.<sup>16</sup> A wurde zu kei-

<sup>4</sup> Joecks, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 11. Aufl. 2014, § 249 Rn. 12.

<sup>5</sup> Vgl. Joecks (Fn. 4), § 249 Rn. 16 f.

<sup>6</sup> Joecks (Fn. 4), § 252 Rn. 3.

<sup>7</sup> Fischer (Fn. 1), § 252 Rn. 4 m.w.N.; Eser/Bosch (Fn. 3), § 252 Rn. 3 m.w.N.

<sup>8</sup> BGH, Beschl. v. 6.10.1961 – 2 StR 289/61 = BGHSt 16, 272; Fischer (Fn. 1), § 242 Rn. 53.

<sup>9</sup> BGH, Urte. v. 23.4.1953 – 4 StR 743/52 = BGHSt 4, 133; BGH, Beschl. v. 1.10.2007 – 3 StR 384/07 = NStZ 2008, 152; Fischer (Fn. 1), § 242 Rn. 54.

<sup>10</sup> Eser/Bosch (Fn. 3), § 252 Rn. 3; Fischer (Fn. 1), § 242 Rn. 54; a.A. LG Freiburg, Urte. v. 29.6.2005 – 7 NS 330 Js 5488/04 = ZIS 2006, 40 (m. Anm. Marlie).

<sup>11</sup> BGH, Urte. v. 8.6.1956 – 2 StR 206/56 = BGHSt 9, 257; Fischer (Fn. 1), § 252 Rn. 5 f.; Eser/Bosch (Fn. 3), § 252 Rn. 4.

<sup>12</sup> BGHSt 9, 257.

<sup>13</sup> Joecks (Fn. 4), § 252 Rn. 7; krit. auch Sander, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 252 Rn. 11.

<sup>14</sup> BGH, Urte. v. 27.2.1975 – 4 StR 310/74 = BGHSt, 26, 95; BGH, Urte. v. 13.12.1978 – 3 StR 381/78 = BGHSt 28, 224; Geppert, Jura 1990, 556; vgl. auch Fischer (Fn. 1), § 252 Rn. 6.

<sup>15</sup> BGH, Beschl. v. 11.12.1986 – 4 StR 676/86 = StV 87, 196; Eser/Bosch (Fn. 3), § 252 Rn. 4 m.w.N.

<sup>16</sup> Fischer (Fn. 1), § 252 Rn. 6.

nem Zeitpunkt, weder durch R noch durch einen Dritten tatsächlich als Täter wahrgenommen, er sah sich aber nach Verlassen der eigentlichen Wegstrecke und dem Folgen durch R subjektiv als Täter erkannt. Auch ließe sich argumentieren, dass A mit dem Stellen des Beines unter Gewaltanwendung einer tatsächlichen Entdeckung zuvorkam, so dass er nach h.M. als tatbetroffen gilt. Vorliegend wird der h.M. gefolgt, da andernfalls – kriminalpolitisch bedenklich – keine Erfassung als Vollendungsdelikt möglich ist, sondern allenfalls eine Versuchsprüfung bliebe.

*Hinweis:* Soweit mit entsprechender Argumentation der Mindermeinung und damit einer rein objektiven Bestimmung des Tatbestandsmerkmals der Tatbetroffenheit gefolgt wird, ist im Weiteren eine Versuchsprüfung vorzunehmen. Denkbares Argument gegen die h.M. ist, dass eine subjektive Bestimmung der Tatbetroffenheit dem Wortlaut widerspreche und mithin ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG bestünde.

### 2. Subjektiver Tatbestand

Der Vorsatz bezüglich des objektiven Tatbestands sowie die Zueignungsabsicht (Aneignungsabsicht, Enteignungsvorsatz, Rechtswidrigkeit der Zueignung und Vorsatz bezüglich rechtswidriger Zueignung) sind gegeben: A wollte sich im Besitz des Smartphones halten und handelte diesbezüglich mit *dolus directus* 1. Grades (Beutesicherungsabsicht).

### 3. Rechtswidrigkeit/Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

*Hinweis:* An dieser Stelle ist allein mit dem Behauptungsstil (Urteilsstil) zu operieren, mithin verbietet sich eine gutachterliche Darstellung des Prüfungspunktes.<sup>17</sup> Weder die Rechtswidrigkeits- noch die Schuldenebene werfen Probleme auf. Ein floskelhafter Verweis auf das „Nichtvorliegen von Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen“ ist nicht zielführend.

### 4. Ergebnis

A hat sich in Bezug auf das Smartphone gem. § 252 StGB strafbar gemacht.

## II. Strafbarkeit des A gem. §§ 252, 251 StGB

### 1. Zur Anwendbarkeit von § 251 StGB

Wer sich nach § 252 StGB strafbar macht, ist gleich einem Räuber zu bestrafen; mithin sind auch §§ 250, 251 StGB anwendbar.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Instruktiv zur Wahl des (jeweils) sachangemessenen Stils in der (Klausur-)Bearbeitung *Lagodny/Mansdörfer/Putzke*, ZJS 2014, 157 (159).

<sup>18</sup> *Eser/Bosch* (Fn. 3), § 252 Rn. 12; *Joecks* (Fn. 4), § 252 Rn. 13.

### 2. Tatbestand

#### a) Grunddelikt: § 252 StGB

Siehe oben unter I.

#### b) Erfolgsqualifikation

R verstarb noch auf dem Weg ins Krankenhaus. Damit kam ein anderer im Sinne von § 251 StGB zu Tode. Das Zufallbringen durch A war äquivalent kausal für den Tod des R.

[*Problemschwerpunkt 3*] Gleichermaßen muss sich A den Tod des R objektiv zurechnen lassen; zwar war R unbehelmt unterwegs, dies kann jedoch – unabhängig von einer ohnehin nicht bestehenden Helmpflicht (vgl. dazu § 21a Abs. 2 StVO) – nicht darüber hinweg helfen, dass A mit dem Stellen eines Beines eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, die sich in dem konkreten Sturz – hier Sturz auf den Hinterkopf – verwirklichte und letztlich auch den Tod des R hervorrief.

*Hinweis:* In diesem Zusammenhang könnte auch das Stichwort der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung genannt werden. Aber auch dieses Institut vermag nicht über die überragende Bedeutung des Handelns des A hinwegzuhelfen. Alternativ kann die vorstehend genannte Darstellung auch im Rahmen der Prüfung des gefahrsspezifischen Zusammenhangs erfolgen.

#### c) Spezifischer Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge

Der Todeseintritt ist konkret auf die durch den Sturz – und damit auf die infolge der Anwendung des qualifizierten Nötigungsmittels – erlittenen Verletzungen zurückzuführen; somit bestand ein gefahrsspezifischer Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge.<sup>19</sup>

#### d) Leichtfertigkeit in Bezug auf die Todesfolge

Leichtfertig meint grobe Fahrlässigkeit,<sup>20</sup> also ein Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in besonders großem Maße.<sup>21</sup> Ein Täter handelt danach leichtfertig, wenn er die sich ihm aufdrängende Möglichkeit eines tödlichen Verlaufs aus besonderem Leichtsinne oder besonderer Gleichgültigkeit außer Acht lässt.<sup>22</sup> A stellte dem sich erkennbar ohne Helm und mit hoher Geschwindigkeit nähernden R ein Bein und brachte ihn dergestalt zu Boden. Dieses höchst leichtsinnige Vorgehen, eine Person in voller Fahrt zu Fall zu bringen, zeugt von einer geradezu gleichgültigen Einstellung hinsichtlich einer denkbaren Todesverursachung; mithin handelte A leichtfertig.

<sup>19</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 18.9.1985 – 2 StR 378/85 = NStZ 1986, 116; *Joecks* (Fn. 4), § 251 Rn. 2 f.

<sup>20</sup> *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 39. Aufl. 2016, Rn. 389; so auch OLG Nürnberg, Beschl. v. 4.9.1986 – Ws 696/86 = NStZ 1986, 556.

<sup>21</sup> *Joecks* (Fn. 4), § 251 Rn. 7 f.

<sup>22</sup> *Wittig*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: Dezember 2016, § 251 Rn. 5.

*Hinweis:* Eine Annahme vorsätzlichen Herbeiführens der schweren Folge liegt hier fern. Andernfalls wären überdies Tötungsdelikte zu prüfen.

#### e) Rechtswidrigkeit/Schuld/Ergebnis

Subjektiv vorhersehbar war für A sowohl die schwere Folge als auch der gefahrsspezifische Zusammenhang; mithin ist in dem Verhalten des A auch eine subjektive Sorgfaltspflichtverletzung zu sehen. A handelte rechtswidrig und schuldhaft. A hat sich gem. §§ 252, 251 StGB strafbar gemacht.

### III. Strafbarkeit des A gem. § 242 Abs. 1 StGB

In Bezug auf den Energieriegel hat sich A gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht (siehe oben unter I.). Insoweit § 252 StGB hinsichtlich des Smartphone bejaht wurde, tritt § 242 Abs. 1 StGB diesbezüglich hinter § 252 StGB subsidiär zurück.

### IV. Strafbarkeit des A gem. §§ 223 Abs. 1, 227 Abs. 1 StGB

Eine Strafbarkeit nach §§ 223 Abs. 1, 227 Abs. 1 StGB tritt subsidiär hinter §§ 252, 251 StGB zurück.<sup>23</sup>

*Hinweis:* Eine Strafbarkeit des A nach § 340 Abs. 1, 3 StGB scheidet – ungeachtet seiner Eigenschaft als Amtsarzt (§ 11 I Nr. 2c StGB)<sup>24</sup> – freilich aus, da A erst nach Dienstschluss unterwegs war; mithin fehlt es bereits an einem hinreichenden Dienstbezug.<sup>25</sup>

### V. Strafbarkeit des A gem. § 222 StGB

Auch die mitverwirklichte fahrlässige Tötung tritt in Gesetzeskonkurrenz hinter §§ 252, 251 StGB zurück.<sup>26</sup>

### VI. Strafbarkeit des A gem. § 240 Abs. 1 StGB

Eine Strafbarkeit gem. § 240 Abs. 1 StGB bezüglich des Smartphone tritt – entsprechend der Prüfung von § 242 Abs. 1 StGB – subsidiär hinter § 252 StGB zurück. Hinsichtlich des Energieriegels stellt sich die Frage einer Strafbarkeit nach § 240 Abs. 1 StGB nicht, da infolge des Verzehrs jedenfalls nicht länger ein Nötigungserfolg in Gestalt der Duldung der Beutesicherung möglich war.

### VII. Strafbarkeit des A gem. § 303 Abs. 1 StGB

Mit dem Verzehr des Energieriegels erfolgt tateinheitlich zu § 242 Abs. 1 StGB<sup>27</sup> auch eine Substanzbeschädigung im

Sinne des § 303 Abs. 1 StGB. Es kann hier diskutiert werden, ob in dem bestimmungsgemäßen Gebrauch des Nahrungsmittels entgegen dem Willen des Eigentümers der Sache eine Beschädigung liegen kann.<sup>28</sup> Zu problematisieren wäre an dieser Stelle die Frage der Schutzrichtung des Tatbestandes.

*Hinweis:* Alternativ zur Annahme von Tateinheit zwischen § 303 Abs. 1 und § 242 Abs. 1 StGB kommt auch eine tatmehrheitliche Verwirklichung mit der Folge einer Konsumtion qua mitbestrafter Nachtat in Betracht.

Im ersten Tatkomplex hat sich A gem. §§ 242 Abs. 1; 252, 251; 303 Abs. 1; 52 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

*Hinweis:* Entsprechend des Bearbeitervermerks verbietet sich eine Prüfung von Straßenverkehrsdelikten. Denkbare Probleme hätten hier aber sein können, ob und inwieweit die Nutzung von Inline-Skates im Rahmen einer Sportveranstaltung vom Anwendungsbereich dieser Delikte erfasst sind.<sup>29</sup>

### Tatkomplex 2: Weitergabe und Weiterveräußerung des Smartphone

#### I. Strafbarkeit des B gem. § 257 Abs. 1 StGB (durch Ankauf und Entgegennahme des Smartphone)

##### 1. Tatbestand

a) *Rechtswidrige Vortat eines anderen:* §§ 252, 251 bzw. § 242 Abs. 1 StGB des A

b) *Hilfe leisten*

Hilfe leistet, wer eine Handlung vornimmt, die objektiv geeignet ist und subjektiv mit der Tendenz vorgenommen wird (Vorteilssicherungsabsicht), die durch die Vortat erlangten oder entstandenen Vorteile gegen Entziehung zu sichern.<sup>30</sup>

Nach dem Verkauf übergab A das Smartphone an den B. In der Übergabe des Smartphone ist eine geeignete Handlung zu sehen, aufgrund der eine Perpetuierung der rechtswidrigen Vermögensverhältnisse erfolgte und mithin eine Entziehung des durch die Vortat erlangten oder entstandenen Vorteils verhindert oder jedenfalls erschwert wurde.

##### c) *Subjektiver Tatbestand*

aa) *Vorsatz*

Der Täter muss nicht den genauen Tatablauf, zumindest jedoch die Art der Vortat kennen.<sup>31</sup> A unterrichtete B von seinem Vorgehen am Vortag, sodass dieser hinreichend in Kenntnis der Vortat war. B musste deshalb wissen, dass seine Handlung objektiv geeignet ist, einer möglichen Entziehung

<sup>23</sup> BGH, Urt. v. 23.3.2000 – 4 StR 650/99 = BGHSt 46, 24; Fischer (Fn. 1), § 252 Rn. 12.

<sup>24</sup> Vgl. dazu Geis, wistra 2007, 361 (364 f.); aktueller Überblick zur korruptionsstrafrechtlichen Typizität des ärztlichen Tätigwerdens: Momsen/Laudien, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 22), § 299a Rn. 1 ff.

<sup>25</sup> Siehe dazu nur Eschelbach, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 22), § 340 Rn. 17.

<sup>26</sup> Fischer (Fn. 1), § 251 Rn. 12.

<sup>27</sup> Fischer (Fn. 1), § 303 Rn. 23.

<sup>28</sup> Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2017, § 303 Rn. 4.

<sup>29</sup> Dazu exemplarisch Pegel, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 315b Rn. 5; Fischer (Fn. 1), § 257 Rn. 9 f.

<sup>30</sup> Fischer (Fn. 1), § 257 Rn. 7 m.w.N.

<sup>31</sup> Joecks (Fn. 4), § 257 Rn. 13; vgl. auch OLG Hamburg, Urt. v. 22.4.1953 – Ss 44/53 = NJW 1953, 1155.

entgegen zu wirken; mithin leistete B zumindest mit *dolus eventualis* Hilfe.

#### *bb) Vorteilssicherungsabsicht*

Das Hilfeleisten muss zumindest auch mit der Intention vorgenommen werden, dem Vortäter die Vorteile der Vortat sichern zu wollen;<sup>32</sup> damit also nicht einziger Handlungszweck sein.<sup>33</sup> A und B verfolgten jedoch ausschließlich ihre eigenen Interessen. B kam es damit nicht auf eine Vorteilssicherung zugunsten des A, sondern allein auf den Erwerb des Smartphone an.

### **II. Strafbarkeit des B gem. § 259 Abs. 1 StGB (durch Ankauf und Entgegennahme des Smartphone)**

#### *I. Tatbestand*

##### *a) Taugliches Tatobjekt*

Taugliches Tatobjekt ist eine Sache, die ein anderer aus einer gegen fremdes Vermögen gerichteten Vortat rechtswidrig erlangt hat. Das war hier das Smartphone aus der strafbaren Handlung des A gem. §§ 252, 251 StGB respektive § 242 Abs. 1 StGB (siehe oben unter Tatkomplex 1).

##### *b) Taugliche Tathandlung*

Mit dem Ankauf des Smartphone hat B eine der gesetzlich genannten Tatbestandshandlungen im Sinne des § 259 Abs. 1 StGB verwirklicht.<sup>34</sup>

##### *c) Subjektiver Tatbestand*

###### *aa) Vorsatz bezüglich des objektiven Tatbestandes*

B handelte jedenfalls mit *dolus eventualis*. Insbesondere wusste B um die Herkunft des Smartphone (siehe oben unter I.) und auch darum, dass der Ankauf zu einer Perpetuierung der rechtswidrigen Vermögenslage führt.<sup>35</sup>

###### *bb) Bereicherungsabsicht*

Sein altes Mobiltelefon hatte B kürzlich verloren und suchte nach einem Ersatzgerät. Dieses Ersatzgerät fand er in dem Smartphone. B kam es damit – und das, obwohl er die rechtswidrige Herkunft des Gerätes kannte – gerade auf das Erlangen des Smartphone an. Mithin handelte er dabei mit *dolus directus* 1. Grades, d.h. mit Bereicherungsabsicht (Absicht zur Bereicherung,<sup>36</sup> Stoffgleichheit, Rechtswidrigkeit der Bereicherung, Vorsatz bezüglich der rechtswidrigen Bereicherung).<sup>37</sup>

#### *2. Rechtswidrigkeit/Schuld/Ergebnis*

B handelte rechtswidrig und schuldhaft. Er hat sich gem. § 259 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

### **III. Strafbarkeit des B gem. § 246 Abs. 1 StGB (durch Ankauf und Entgegennahme des Smartphone)**

Mit der Entgegennahme des Smartphone verwirklicht B auch den Tatbestand des § 246 Abs. 1 StGB. Die Unterschlagung tritt aber im Rahmen der formellen Subsidiarität hinter § 259 Abs. 1 StGB zurück.<sup>38</sup>

### **IV. Strafbarkeit des A gem. § 259 Abs. 1 StGB (durch Verkauf und Weitergabe des Smartphone)**

Eine Strafbarkeit scheidet aus, da A bereits Vortäter der gegen fremdes Vermögen gerichteten rechtswidrigen Vortat; mithin nicht „anderer“ im Sinne des § 259 Abs. 1 StGB ist.

### **V. Strafbarkeit des A gem. § 246 Abs. 1 StGB (durch Weitergabe des Smartphone)**

Die auch von A mit der Übergabe des Smartphone verwirklichte Unterschlagung tritt subsidiär zurück; hier jedoch, weil § 246 Abs. 1 StGB – entsprechend der von der h.M. vertretenen Konkurrenzlösung – als mitbestrafte Nachtat zu §§ 252, 251 bzw. § 242 Abs. 1 StGB zurücktritt.<sup>39</sup>

*Hinweis:* Schadloß ließe sich auch ein tatbestandlicher Ausschluss entsprechend der Tatbestandlösung argumentieren.

### **VI. Strafbarkeit des A gem. § 267 Abs. 1 StGB (durch Erstellung und Gebrauchen der unechten Garantieerklärung)**

#### *I. Tatbestand*

##### *a) Urkunde/unecht/herstellen/gebrauchen*

Die Garantieerklärung ist eine verkörperte Gedankenerklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr bestimmt und geeignet ist, und ihren Aussteller erkennen lässt;<sup>40</sup> mithin ist sie Urkunde im Sinne des § 267 Abs. 1 StGB.

Mit ihrem originalen Erscheinungsbild ist die von A angefertigte „Garantieerklärung des Herstellers“ sowohl objektiv beweisfähig (Beweiseignung) als auch von vornherein dazu bestimmt, eine rechtserhebliche Äußerung des (vermeintlichen) Ausstellers zu verkörpern (Beweisbestimmung).<sup>41</sup>

Angesichts des Abweichens von scheinbarem Aussteller und tatsächlichem Aussteller ist die vermeintliche Garantieerklärung eine unechte (Privat-)Urkunde. Ob es sich insoweit bereits hinsichtlich ihrer einzelnen Bestandteile um Einzelurkunden handelt<sup>42</sup> – wohl eher nicht – oder ob aufgrund

<sup>32</sup> Fischer (Fn. 1), § 257 Rn. 10.

<sup>33</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 31.7.1992 – 2 StR 259/92 = NStZ 1992, 540.

<sup>34</sup> Joecks (Fn. 4), § 259 Rn. 25.

<sup>35</sup> Ruhmannseder, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 22), § 259 Rn. 40 f.

<sup>36</sup> Vgl. Joecks (Fn. 4), § 263 Rn. 168.

<sup>37</sup> Fischer (Fn. 1), § 259 Rn. 23 ff.; Joecks (Fn. 4), § 259 Rn. 40.

<sup>38</sup> Joecks (Fn. 4), § 259 Rn. 47.

<sup>39</sup> Zur Frage der doppelten Zueignung Fischer (Fn. 1), § 246 Rn. 14 f.; Joecks (Fn. 4), § 246 Rn. 31 ff.

<sup>40</sup> Eser/Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 267 Rn. 2.

<sup>41</sup> Vgl. Fischer (Fn. 1), § 267 Rn. 13 f.

<sup>42</sup> Vgl. bspw. Eser/Heine/Schuster (Fn. 40), § 267 Rn. 25.

ihres originalen Erscheinungsbilds die Grundsätze über Fotokopien<sup>43</sup> auf die dergestalt angefertigte Collage anzuwenden sind, kann dahinstehen, da es sich jedenfalls um eine sog. zusammengesetzte Urkunde handelt.<sup>44</sup>

*Hinweis:* Entscheidend war hier allein eine saubere Auseinandersetzung mit dem Urkundenbegriff.

Mit ihrer Erstellung und Einführung in die Verkaufsverhandlungen als unechte Urkunde wurde die Garantieerklärung sowohl hergestellt (Alt. 1) als auch gebraucht (Alt. 3) im Sinne des § 267 Abs. 1 StGB.

#### b) Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich in Bezug auf den objektiven Tatbestand. Zudem handelte A mit der Absicht die Garantieerklärung zur Täuschung im Rechtsverkehr zu gebrauchen.

#### 2. Rechtswidrigkeit/Schuld/Ergebnis

A handelte rechtswidrig und schuldhaft. Er hat sich gem. § 267 Abs. 1 Alt. 1 und Alt. 3 StGB strafbar gemacht.

### VII. Strafbarkeit des A gem. § 263 Abs. 1 StGB (durch Vorgabe des Bestehens einer echten Garantieerklärung)

A könnte sich mit der Vorgabe, dass die in die Verhandlung eingebrachte Garantieerklärung bestünde, gegenüber und zu Lasten des B gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

#### 1. Tatbestand

##### a) Täuschen über Tatsachen

Täuschen ist jedes Verhalten, bei dem im Wege der Einwirkung auf das intellektuelle Vorstellungsbild eines anderen eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorgerufen werden kann.<sup>45</sup> A gab dem B wahrheitswidrig vor, dass zu dem Smartphone eine Garantieerklärung bestünde; mithin wirkte A insoweit auch auf das Vorstellungsbild des B ein.

Fraglich ist aber, ob damit eine Täuschung über Tatsachen erfolgte. Tatsachen bilden gegenwärtige oder vergangene Verhältnisse, Zustände oder Geschehnisse, die dem Beweis zugänglich sind.<sup>46</sup> A erklärte sich bereit, dem B gegen Zahlung eines höheren Kaufpreises eine Garantieerklärung beizulegen, die dieser im Schadensfalle in Gestalt einer Herstellergarantie geltend machen könne.

[Problemschwerpunkt 4] Grundsätzlich bildet dies Anknüpfungspunkte für zwei denkbare Täuschungshandlungen; zum einen in Bezug auf das tatsächliche Bestehen eines Anspruchs im Garantiefall und andererseits hinsichtlich der Echtheit der Garantieerklärung. D.h. mit einer Handlung könnte über gleich mehrere Tatsachen getäuscht worden sein.

<sup>43</sup> Eser/Heine/Schuster (Fn. 40), § 267 Rn. 42 ff.

<sup>44</sup> Eser/Heine/Schuster (Fn. 40), § 267 Rn. 36a.

<sup>45</sup> Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 263 Rn. 6.

<sup>46</sup> Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 6.

#### aa) Täuschung über das Bestehen eines Anspruchs im Garantiefall (Täuschung über die rechtliche Qualität der Garantieerklärung)

Hier muss deutlich werden, dass die Täuschungshandlung, also die Aussage, dass B im Schadensfall die vermeintliche Garantieerklärung gegenüber dem Hersteller geltend machen könne, lediglich eine Beurteilung der Rechtslage bildet und mithin (bloße) Rechtsausführungen umfasst, die gerade keine Tatsachenerklärung im Sinne des § 263 StGB darstellen.<sup>47</sup>

*Hinweis:* Anders verhält es sich bei einem Täuschen über anspruchsbegründende Tatsachen. Da dem B aber bekannt war, dass das Smartphone aus einer strafbaren Handlung stammt, konnte er nicht länger über anspruchsbegründende, d.h. über den vermeintlichen Garantieanspruch begründende Tatsachen getäuscht werden.<sup>48</sup> Auch die Unkenntnis über die Schädlichkeit des Herrührens aus einer strafbaren Handlung für den zivilrechtlichen Garantieanspruch bildet nur einen unbeachtlichen Motivirrtum, da sie nur eine Fehlvorstellung über die Rechtslage begründet.

#### bb) Täuschung über die Echtheit der Garantieerklärung (Täuschung über die tatsächliche Qualität der Garantieerklärung)

Dem Beweis ist zugänglich, dass die Garantieerklärung keine echte Urkunde ist. Mithin besteht eine Täuschung in Bezug auf die Echtheit der Garantieerklärung.

#### b) Irrtum und Vermögensverfügung

Irrtum ist jedes Auseinanderfallen von Vorstellung und Wirklichkeit.<sup>49</sup> B glaubte täuschungsbedingt an die Echtheit der Garantieerklärung.

Eine Vermögensverfügung ist jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt. In dem Glauben, dass die ihm gezeigte Garantieerklärung echt sei, verfügte er insoweit irrtumsbedingt vermögensmindernd, als er einen höheren Kaufpreis akzeptierte und zahlte.

<sup>47</sup> Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 11 m.w.N.

<sup>48</sup> Vgl. Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 11; Näher zum zivilrechtlichen Entstehen eines Anspruchs aus Herstellergarantie siehe Westermann, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl. 2016, § 443 Rn. 7 m.w.N., danach gibt ein Hersteller mit dem Beilegen einer Garantieerklärung ein Angebot ab, bei deren Annahme durch den Käufer auf den Zugang der Annahmeerklärung gegenüber dem Hersteller gem. § 151 BGB verzichtet wird. Typischerweise wird der Hersteller nur bereit sein, Garantieverpflichtungen gegenüber demjenigen einzugehen, der den Besitz rechtmäßig erlangt hat.

<sup>49</sup> Perron (Fn. 45), § 263 Rn. 33.

## c) Vermögensschaden

Die Feststellung eines Vermögensschadens erfolgt im Wege der Gesamtsaldierung der Vermögenslage vor und nach der Verfügung (juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff).

B zahlte in Ansehung der Garantieerklärung einen höheren Kaufpreis. Der entsprechende Differenzbetrag gegenüber einem Ankauf ohne Garantieerklärung bildet den durch B erlittenen Vermögensschaden, da dieser mit Zahlung des Betrages kein werthaltiges Äquivalent erhielt; denn statt der ihm versprochenen echten erhielt B von A nur eine unechte, wertlose Urkunde.

*Hinweis:* A und B einigten sich ausweislich des Sachverhalts angesichts der beigelegten Garantieerklärung auf einen Kaufpreisaufschlag; mithin überstieg der (Gesamt-) Kaufpreis den objektiven Wert des Smartphone. Insoweit liegt kein Fall des sog. unechten Erfüllungsbetruges vor.<sup>50</sup> Im Übrigen bemisst sich die Werthaltigkeit des Äquivalents nicht objektiv, also nicht danach, dass die vermeintliche Garantieerklärung im Schadensfall keinen zivilrechtlichen Anspruch zu begründen vermochte, sondern allein danach, dass B entgegen der Versprechung des A keine echte Garantieerklärung erhielt. Strafrechtlich irrelevant ist in diesem Zusammenhang (damit) auch, dass ein hypothetischer Kausalverlauf denkbar wäre, wonach selbst eine echte Garantieerklärung kein werthaltiges Äquivalent gebildet hätte, da die Herstellergarantie regelmäßig nur durch denjenigen geltend gemacht werden kann, der die Sache rechtmäßig erlangt hat. Allein entscheidend ist die gezeigte Kausalität zwischen Täuschungshandlung, täuschungsbedingtem Irrtum und irrumsbedingter Vermögensverfügung.

## d) Subjektiver Tatbestand

A hatte Vorsatz bezüglich des objektiven Tatbestands und handelte mit Bereicherungsabsicht (Absicht der Bereicherung, Rechtswidrigkeit der angestrebten Bereicherung, Stoffgleichheit).

## 2. Rechtswidrigkeit/Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft. Er hat sich gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zulasten des B insoweit strafbar gemacht, als er ihm das Smartphone statt mit einer echten nur mit einer unechten Garantieerklärung verkaufte.

Im zweiten Tatkomplex hat sich B gem. § 259 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. A hat sich gem. §§ 263 Abs. 1; 267 Abs. 1 Alt. 3; 52 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

*Hinweis:* Dies setzt voraus, dass das Herstellen einer unechten Urkunde als mitbestrafte Vortat des späteren Gebrauchs zurücktritt. A.A. vertretbar; dann kann jedoch auch eine unter strafzumessungsrechtlichen Gesichtspunkten für A ungünstigere tatmehrheitliche Begehung (vgl. § 53 Abs. 1 StGB) in Frage kommen.

<sup>50</sup> Näher dazu *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Fn. 29), § 263 Rn. 554 ff.

## Tatkomplex 3: Kauf des neuen Paar Inline-Skates

## I. Strafbarkeit des A gem. § 259 Abs. 1 StGB (durch Kauf des neuen Paar Inline-Skates)

Denkbares (taugliches) Tatobjekt ist der Verkaufserlös in bar; in concreto die für das Smartphone von B erhaltenen Banknoten.

Fraglich ist, ob A auch hier tatbestandsausschließender Vortäter ist. Insoweit dies den Mehrerlös aufgrund der mitverkauften Garantieerklärung betrifft, ist A Vortäter einer gegen fremdes Vermögen gerichteten Tat; hier der Betrug gegenüber und zulasten des B (siehe oben unter Tatkomplex 2. VII.). Aber auch hinsichtlich des Verkaufserlöses im Übrigen, also den auf das Smartphone entfallenen Teilbetrag, ist A Vortäter, denn auch diese Banknoten stammen aus einer – und das ist hier entscheidend – eine rechtswidrige Vermögenslage begründenden Vortat des A; aus der die Strafbarkeit gem. §§ 252, 251 bzw. § 242 Abs. 1 StGB begründenden Tat (siehe oben unter Tatkomplex 1. I.). Gegenstand der hier untersuchungsgegenständlichen Handlung des A, d.h. des Kaufs des neuen Paar Inline-Skates, war damit nur ein Surrogat der (eigenen) Vortat. Mithin ist A auch insoweit nur Vortäter im Sinne des § 259 Abs. 1 StGB. Diese sog. Ersatzhehlerei ist straflos.<sup>51</sup>

*Hinweis:* Wird indes eine Vortäterschaft des A ausgeschlossen, scheidet eine Strafbarkeit jedenfalls an der erforderlichen Bereicherungsabsicht, da B zuvor Eigentum an den Banknoten erlangte; mithin also keinen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verfolgen beabsichtigen brauchte.

## II. Strafbarkeit des A gem. § 263 Abs. 1 StGB (durch Kauf des neuen Paar Inline-Skates)

Auch eine Strafbarkeit nach § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zulasten des Verkäufers des neuen Paar Inline-Skates scheidet aus, da weder eine Täuschung über Tatsachen, ein täuschungsbedingter Irrtum, eine irrumsbedingte Vermögensverfügung noch ein Vermögensschaden aufseiten des Verkäufers ersichtlich sind. An einem Vermögensschaden fehlt es nicht zuletzt auch deshalb, weil A dem Verkäufer gem. § 935 Abs. 2 BGB tatsächlich auch Eigentum an den Banknoten verschaffen konnte, da insoweit ein Ausschluss des Gutgläubenserwerb bei Bösgläubigkeit nicht besteht.

*Hinweis:* Der Vollständigkeit halber soll aber erwähnt bleiben, dass für A – wenngleich durch Bearbeitervermerk ausgeschlossen – eine Strafbarkeit gem. § 261 Abs. 1 StGB denkbar ist.

<sup>51</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 12.4.1956 – 4 StR 60/56 = BGHSt 9, 139; *Fischer* (Fn. 1), § 259 Rn. 7 m.w.N.; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 20), Rn. 835.

# Übungsfall: Korn und Schrot

Von Prof. Dr. Georg Steinberg, stud. iur. Sarah Bayer, Potsdam

*Diese Aufgabe hat der Erstautor im Sommersemester 2016 als Zwischenprüfungsklausur zur Vorlesung Strafrecht Allgemeiner Teil I an der Universität Potsdam gestellt; die Bearbeitungszeit betrug 120 Minuten. Abgeprüft wird die actio libera in causa in Kombination mit einem error in persona.*

## Sachverhalt

A hatte seine Ehefrau E bei einem Autounfall verloren, dessen Verursacher Fahrerflucht begangen hatte. Nachdem die Strafverfolgungsbehörde es aufgegeben hatte, den Schuldigen zu fassen, stellte A auf eigene Faust Ermittlungen an, deren Ergebnis war, dass F der Schuldige sein müsse. A fasste daher den Entschluss, F zu erschießen. Er hielt sich hierzu für berechtigt nach dem alten naturrechtlichen Satz „Wie du mir, so ich dir.“

Da A glaubte, in nüchternem Zustand niemanden töten zu können, trank er sich am Nachmittag des von ihm ausgesuchten Hinrichtungstages bis 17.00 Uhr Mut an, nämlich eine große Menge hochprozentigen Korn, und legte sich dann, bewaffnet mit einem alten Schrotgewehr, dort auf die Lauer, wo F üblicherweise abends vorbeikam und wo die Straßenlaterne den Weg hell erleuchtete.

A wusste, dass F immer eine rote Jacke trug und lange strohblonde Haare hatte. Als um 18.00 Uhr der schwarzgelockte W in einer dunklen Lederjacke des Weges kam, nahm A in seiner Erregung und aufgrund des erheblichen Alkoholgenusses gleichwohl an, es handle sich um F. Er erschoss aufgrund dieses Irrtums den W.

Noch in derselben Nacht nahm die Polizei den A fest. Die um 04.00 Uhr morgens durchgeführte Blutentnahme ergab eine Blutalkoholkonzentration von 1,5 Promille.

## Bearbeitervermerk

Prüfen Sie, ob sich A nach § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht hat.

## Lösungsvorschlag

### I. Strafbarkeit des A nach § 212 Abs. 1 StGB wegen des Schusses auf W

A könnte sich nach § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er auf W schoss.

#### 1. Objektiver Tatbestand

A müsste den tatbestandsmäßigen Erfolg kausal und objektiv zurechenbar herbeigeführt haben. Der Tod eines Menschen trat mit dem des W ein. Der Schuss des A müsste hierfür kausal gewesen sein, dürfte also nicht hinweggedacht werden können, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfele.<sup>1</sup> Ohne den Schuss wäre W nicht auf diese Weise gestorben, sodass der Schuss kausal war. Der Tod des W müsste dem A zudem objektiv zurechenbar sein. A müsste

hierzu ein rechtlich missbilligtes Risiko geschaffen haben, das sich im tatbestandsmäßigen Erfolg realisierte.<sup>2</sup> Das Risiko des Schusses, nämlich die tödliche Verletzung durch das Geschoss, realisierte sich im Tod des W, so dass dieser Erfolg auch objektiv zurechenbar ist. A erfüllte den objektiven Tatbestand.

#### 2. Subjektiver Tatbestand

A müsste vorsätzlich, also mit Wissen und Wollen<sup>3</sup> gehandelt haben. A wollte F töten und wusste, dass ein Schuss auf einen Menschen eine tödliche Wirkung haben würde. Allerdings wusste er nicht, dass die Person auf dem Weg der W und nicht der F war (error in persona). Daher könnte sein Vorsatz aufgrund eines Irrtums über Tatumstände gemäß § 16 Abs. 1 StGB ausgeschlossen sein. A wollte sich explizit an F rächen, sodass die Identität seines Zielobjekts für ihn maßgeblich war. Hätte er erkannt, dass es sich bei der Person um W handelte, hätte er vermutlich nicht geschossen. § 16 Abs. 1 StGB bezieht sich jedoch auf Irrtümer über solche Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören. § 212 Abs. 1 StGB verlangt nur, dass ein anderer Mensch stirbt, die Identität des Opfers ist irrelevant. Sind die Zielobjekte gleichwertig, so ist der error in persona für den Vorsatz unbeachtlich.<sup>4</sup> A beabsichtigte die Tötung eines Menschen (des F) und tötete auch tatsächlich einen Menschen (W). Mithin handelte er vorsätzlich, erfüllte also den subjektiven Tatbestand.

#### 3. Rechtswidrigkeit

A handelte mangels Rechtfertigungsgründen rechtswidrig.

#### 4. Schuld

Fraglich ist, ob A schuldhaft handelte.

#### a) Schuldunfähigkeit nach § 20 Var. 1 StGB

Die Schuldfähigkeit des A könnte gemäß § 20 Var. 1 StGB aufgrund krankhafter seelischer Störung ausgeschlossen sein, als welche auch die Alkoholintoxikation eingeordnet wird; Richtwerte sind 3,0 Promille Blutalkoholkonzentration (BAK), bei Tötungsdelikten 3,3 Promille.<sup>5</sup> Maßgeblich ist der Tatzeitpunkt. Um 04.00 Uhr lag die BAK des A bei 1,5 Promille. Aufgrund der individuell unterschiedlichen Abbau-geschwindigkeit und mit Blick auf den Zweifelssatz muss derjenige Abbau angenommen werden, der zur Tatzeit den größtmöglichen Promillewert ergibt, nämlich ein stündlicher Abbau von 0,2 Promille seit Trinkende zuzüglich eines Sicherheitszuschlags von einmalig 0,2 Promille.<sup>6</sup> Das ergibt

<sup>1</sup> Vgl. Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2016, § 13 Rn. 3.

<sup>2</sup> Vgl. Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 43.

<sup>3</sup> Vgl. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 64. Aufl. 2017, § 15 Rn. 3.

<sup>4</sup> Vgl. Rengier (Fn. 1), § 15 Rn. 22.

<sup>5</sup> Fischer (Fn. 3), § 20 Rn. 19 f.

<sup>6</sup> Fischer (Fn. 3), § 20 Rn. 13.

für den Tatzeitpunkt 3,7 Promille. Anhaltspunkte dafür, dass A trotz deutlicher Überschreitung des Richtwerts schuldhaft handelte, sind nicht ersichtlich.

*Hinweis:* Mit dieser letzten Feststellung wird die Richtwert-Qualität des Grenzwerts, also seine Eigenschaft als widerlegliches Indiz klargestellt.

A war somit schuldunfähig nach § 20 Var. 1 StGB.

*b) Schuldfähigkeit nach der Figur der actio libera in causa*

Fraglich ist, ob der Ausschluss der Strafbarkeit nach § 212 Abs. 1 StGB wegen Schuldunfähigkeit angemessen ist, wenn der Täter seine Schuldunfähigkeit in dem Bewusstsein und sogar zu dem Zweck herbeiführt, in diesem Zustand eine Straftat zu begehen (vorsätzliche actio libera in causa). Die Bestrafung lediglich nach § 323a StGB mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe könnte hier unangemessen milde sein, da der Täter in nüchternem, also schuldfähigen Zustand, einen vorwerfbaren Bezug zur späteren Rauschtat herstellt.<sup>7</sup> Gerechter erscheint hier die Bestrafung nach dem Strafrahmen der Rauschtat (§ 212 Abs. 1 StGB); fraglich ist demnach, ob und wie diese Rechtsfolge trotz Realisierung des § 20 Var. 1 StGB zu begründen ist.

Schlicht § 20 Alt. 1 StGB bei vorsätzlicher actio libera in causa für unanwendbar zu erklären, weil der Täter seine Lage weiterhin zu verantworten habe (Ausnahmehmodell),<sup>8</sup> steht in offenem Widerspruch zum Wortlaut des § 20 StGB, also zum Analogieverbot (Art. 103 Abs. 2 GG), ist mithin keine zulässige Lösung.

Das Ausdehnungsmodell dehnt den Begriff der „Tat“ in § 20 StGB auf Vorbereitungshandlungen aus, wonach der Beginn der Intoxikation, also des Trinkens, bereits Tatzeitpunkt ist, zu dem der Täter also noch schuldfähig war. Mit dieser Konstruktion könne, so wird argumentiert, die soziale Relevanz der Tat und die damit verbundene Schuldzuschreibung zutreffend bewertet werden.<sup>9</sup> Dem steht aber entgegen, dass der Tatbegriff im Gefüge des Allgemeinen Teils klar konturiert und dabei dogmatisch so zentral ist (vgl. z.B. auch §§ 16, 17 StGB), dass eine punktuelle Umdeutung im Rahmen des § 20 Alt. 1 StGB mit dem Erfordernis systemkonformer Auslegung unvereinbar ist.<sup>10</sup>

*5. Ergebnis*

A handelte somit schuldlos und ist nicht strafbar nach § 212 Abs. 1 StGB.

*Hinweis:* Es reicht nicht aus, die Modelle zur actio libera in causa abstrakt reproduzieren zu können, sondern man muss sie auch zutreffend ins Gutachten implementieren

können. Dabei ist zu beachten, dass das Ausnahme- und Ausdehnungsmodell bei der im Rausch verwirklichten Handlung (hier der Schuss) anknüpfen, das Vorverlagerungs- und das Werkzeugmodell hingegen bei der Intoxikation (hier das Trinken), woraus der hiesige Aufbau folgt. Dass entgegen der Chronologie der Ereignisse zunächst der Schuss, dann das Trinken als Tathandlung geprüft werden, rechtfertigt sich dadurch, dass der Schuss die erfolgsnähere Handlung ist.<sup>11</sup>

**II. Strafbarkeit des A nach § 212 Abs. 1 StGB wegen des Trinkens des Kornes**

A könnte sich nach § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er eine große Menge Korn trank.

*1. Objektiver Tatbestand*

*a) Kausale Erfolgsherbeiführung*

Das Trinken des Schnapses müsste zunächst kausal für den Tod des W gewesen sein. Hätte A nicht getrunken, hätte er, da er nüchtern keinen Menschen töten zu können glaubte, sich nicht auf die Lauer gelegt und den W nicht erschossen, so dass das Trinken kausal war.

*b) Objektive Zurechenbarkeit des Erfolgs*

Zur Verwirklichung des objektiven Zurechnungszusammenhangs müsste A mittels Trinken eine Lebensgefahr gesetzt haben, die sich im Tod des W verwirklichte. Zu trinken ist für andere nicht unmittelbar lebensgefährlich. Argumentieren kann man aber, dass sich der Täter durch das willentliche Herbeiführen der Schuldunfähigkeit zu seinem eigenen Werkzeug macht, so dass der Zurechnungszusammenhang unter Rückgriff auf § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB herzustellen ist.<sup>12</sup> Indes wird der Täter durch die Herbeiführung der Schuldunfähigkeit zwar anders, aber kein „anderer“, wie es der Wortlaut des § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB fordert. Direkt ist die Norm also nicht anwendbar, analog wegen Art. 103 Abs. 2 GG ebenso wenig.<sup>13</sup>

Nach dem Vorverlagerungsmodell kann der objektive Zurechnungszusammenhang ohne Rückgriff auf § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB begründet werden: Hiernach setzt der Täter, der die enthemmende Wirkung der Intoxikation zu einer späteren Tat ausnutzen will, bereits durch die Intoxikation die Gefahr des späteren Erfolgs.<sup>14</sup> Bewusst die Selbstkontrolle zu beseitigen ist auch keine bloße (straflose) Vorbereitungshandlung, sondern der letzte wichtige – schuldhaft verwirklichte – Schritt hin zur Tatausführung, also der Eintritt ins Versuchsstadium, mithin strafbare Tathandlung.<sup>15</sup> Demnach besteht der objektive Zurechnungszusammenhang zwischen dem

<sup>7</sup> BGH NJW 1997, 138 (139); *Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2015, § 6 Rn. 101.

<sup>8</sup> *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004, § 13 Rn. 24 f.

<sup>9</sup> *Streng*, ZStW 101 (1989), 273 (310 f.).

<sup>10</sup> BGH NZV 1996, 500 (501); *Gropp* (Fn. 7), § 6 Rn. 110.

<sup>11</sup> Eine lehrreiche Problemübersicht bietet etwa *Kindhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, § 23.

<sup>12</sup> BGH NSTZ 1997, 230 (232); *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 20 Rn. 61.

<sup>13</sup> *Kaspar*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2015, § 5 Rn. 438.

<sup>14</sup> RG JW 1930, 909 f.

<sup>15</sup> *Puppe*, JuS 1980, 346 (348).

Trinken des A und dem Tod des W. A erfüllte den objektiven Tatbestand.

*Hinweis:* Vertreten wird neben den vier Modellen, dass keines von ihnen taugt, und hierfür sprechen die stärksten Argumente: Zumeist reicht die nach § 323a StGB mögliche Bestrafung für die Verwirklichung von Strafgerechtigkeit aus. Ist dies in Einzelkonstellationen nicht der Fall, so liegt es gleichwohl nicht in der Kompetenz des Rechtsanwenders, Strafgerechtigkeit herzustellen. Denn die bestehenden Normen (§§ 20, 323a StGB) lassen einen eindeutigen Willen des Gesetzgebers erkennen (keine planwidrige Regelungslücke), der für die im Gesetz nicht verankerten, teils verfassungswidrigen (Art. 103 Abs. 2 GG), jedenfalls alle allzu weit hergeholten Modelle keinen Raum lässt.<sup>16</sup> Selbstverständlich kann dies auch im Gutachten (nach Diskussion aller Modelle) vertreten werden, wobei sich dann die Prüfung des § 323a StGB anschließt (die hier allerdings durch Bearbeitervermerk ausgeschlossen war).

## 2. Subjektiver Tatbestand

A müsste vorsätzlich, also wissentlich und willentlich gehandelt haben sowohl bezogen auf die Herbeiführung der Schuldunfähigkeit als auch die Rauschtat. A wollte sich schuldunfähig trinken und dann – alkoholbedingt enthemmt – einen Menschen töten. Fraglich ist, wie sich seine Personenverwechslung auswirkt. Hier ist aufgrund der Ähnlichkeit der Konstellationen zu differenzieren wie bei mittelbarer Täterschaft. Bei dieser ist die Personenverwechslung als gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 StGB vorsatzausschließende aberratio ictus zu bewerten, wenn der mittelbare Täter dem Tatmittler die Individualisierung des Opfers überlassen, aber zugleich so klare Identifikationskriterien gegeben hat, dass die unterlaufene Verwechslung außerhalb aller Lebenserfahrung lag. Übertragen auf die actio libera in causa schließt die Verwechslung den Vorsatz dann aus, wenn der Täter das Opfer im Rausch anhand von Merkmalen identifizieren wollte, die eine Verwechslung nach aller Lebenserfahrung ausschlossen.<sup>17</sup> Zwar wies das Opfer W nicht die – auf den ersten Blick klaren – Merkmale auf (rote Jacke, langes blondes Haar, dabei helle Beleuchtung), die nach dem Tatplan zur Opferidentifizierung dienen sollten, was für die Bewertung der Verwechslung als aberratio ictus spricht. Zu bedenken ist aber, dass eine Alkoholisierung von 3,7 Promille bekanntlich die Wahrnehmung sehr massiv beeinträchtigt, so dass es nicht außerhalb der Lebenserfahrung liegt, dass Kriterien, die dem nüchternen Täter zur Identifizierung ausreichen würden, dem Volltrunkenen nicht ausreichen. Das gilt auch für die Haar- und Jackenfarbe. Die Personenverwechslung ist daher nicht als vorsatzausschließende aberratio, sondern als error in persona zu bewerten, der den Vorsatz unberührt lässt. Diesen hatte A, er verwirklichte also den subjektiven Tatbestand.

*Hinweis:* Die andere Ansicht ist vertretbar. Entscheidend für die Bewertung ist, dass das Problem sorgfältig diskutiert wird, wobei insbesondere die naheliegende Parallele zu § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB bzw. zu den Distanzdelikten gezogen werden sollte.

## 3. Rechtswidrigkeit

A handelte rechtswidrig.

## 4. Schuld

Seine Schuldunfähigkeit nach § 20 Var. 1 StGB führte A erst durch den Alkoholkonsum herbei; zu Beginn desselben war er noch schuldfähig.

Möglicherweise fehlte A jedoch das nach § 17 StGB erforderliche Unrechtsbewusstsein, denn er ging davon aus, er sei zur Tat berechtigt. Dies schließt die Schuld jedoch nur bei Unvermeidbarkeit aus (§ 17 S. 1 StGB). A hätte aber ermitteln können, dass sein Verhalten als unzulässige Selbstjustiz von der Rechtsordnung nicht gebilligt wird. Sein Irrtum war vermeidbar, schließt also die Schuld nicht aus. A handelte schuldhaft.

*Hinweis:* Dass das fehlende Unrechtsbewusstsein des A zwar im Sachverhalt verhältnismäßig breit Erwähnung findet (Vorgeschichte), aber gleichwohl kein zentrales Problem für die Begutachtung bildet, sollten die Bearbeiter/-innen erkennen.

## 5. Ergebnis

A ist strafbar nach § 212 Abs. 1 StGB; es kommt eine Strafmilderung nach § 17 S. 2 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB in Betracht.

## III. Gesamtergebnis

A hat sich durch das Trinken des Kornes nach § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

<sup>16</sup> Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 20 Rn. 29; Kaspar (Fn. 13), § 5 Rn. 441-444.

<sup>17</sup> Kühl (Fn. 2), § 11 Rn. 23.

## Entscheidungsanmerkung

### Zur Kündigung bei Wohnraummietverhältnissen

**§ 314 Abs. 3 BGB findet auf die fristlose Kündigung eines (Wohnraum) Mietverhältnisses nach §§ 543, 569 BGB keine Anwendung.  
(Amtlicher Leitsatz)**

BGB §§ 314 Abs. 3, 543, 569

BGH, Urt. v. 13.7.2016 – VIII ZR 296/15 (LG Düsseldorf, AG Düsseldorf)<sup>1</sup>

#### I. Sachverhalt der Entscheidung

Der Mieter mietete im Jahre 2006 von der Vermieterin V, der späteren Klägerin, eine Wohnung in Düsseldorf zum Preis von monatlich 619,50 € zuzüglich Vorauszahlung auf die Nebenkosten. Der Mieter M, der spätere Beklagte, war früher bei der Vermieterin, einer Kirchengemeinde, als Küster beschäftigt. Der Mieter zahlte die Miete für die Monate Februar und April 2013 nicht. Die Klägerin mahnte sodann die Zahlung dieser Beträge mit Schreiben vom 14.8.2013 an. Am 3.9.2013 teilte der Beklagte mit, er habe diese Mieten leider nicht überwiesen und entschuldige sich vielmals dafür. Jedoch beglich der Mieter die Mietrückstände auch in der Folgezeit nicht. Sodann kündigte die Vermieterin das Mietverhältnis mit Schreiben vom 15.11.2013 fristlos.

#### II. Einbettung der hiesigen Entscheidung in den mietrechtlichen Kontext und Examensrelevanz

Das Mietrecht als ein Teil des Besonderen Schuldrechts steht nicht selten im Zentrum von Examensklausuren. In den allermeisten Fällen ist dann die Wirksamkeit einer Kündigung zu prüfen. Dies ist auch hier der Fall. Konkret ging es um die Kündbarkeit eines Wohnraummietvertrages wegen Zahlungsverzugs nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB. Von zentraler Bedeutung war dabei die Frage, ob die Kündigung innerhalb einer angemessenen Frist im Sinne des § 314 Abs. 3 BGB erklärt werden muss. Genau diese Konstellation war bis zu dieser Entscheidung des Bundesgerichtshofs umstritten<sup>2</sup> und noch nicht höchstrichterlich geklärt. Nunmehr hat sich das höchste deutsche Zivilgericht dafür entschieden, dass § 314 Abs. 3 BGB auf die Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses keine Anwendung findet.<sup>3</sup> Die vorliegende

Entscheidung ist nicht zuletzt deshalb von besonderem rechtsdogmatischem Interesse, da man hier sehr schön das Wechselspiel von Schuldrecht BT und Schuldrecht AT sehen kann und sich dann zwingend die Frage stellen muss, auf welche Fallkonstellationen die Vorschrift des § 314 Abs. 3 BGB überhaupt Anwendung findet. Man könnte geneigt sein, die Regelung des § 626 Abs. 2 BGB in diesem Zusammenhang zu erwähnen. § 626 Abs. 2 BGB ist aber lediglich im Dienst- und Arbeitsrecht *lex specialis*, die gerade auf die mietrechtliche Thematik keine Anwendung findet.

#### III. Kernaussagen der Entscheidung

Der Bundesgerichtshof stellt relativ apodiktisch fest, dass § 314 Abs. 3 BGB auf die fristlose Kündigung eines (Wohnraum)Mietverhältnisses keine Anwendung findet. Zunächst prüft der Bundesgerichtshof die Voraussetzungen des qualifizierten Zahlungsverzugs nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 lit. b BGB und bejaht diese. Sodann bemühen sich die Karlsruher Richter um die Frage, wie man dieses Ergebnis dogmatisch herleiten kann und verneinen einen Rückgriff auf § 314 Abs. 3 BGB im vorliegenden Kontext. Der Bundesgerichtshof versucht dieses Ergebnis methodisch herzuleiten und dies dogmatisch zu begründen. Im Wesentlichen stützt sich das höchste deutsche Zivilgericht auf drei Argumentationsstränge, die nun näher beleuchtet werden sollen.<sup>4</sup>

##### 1. Wortlaut der Vorschriften der §§ 543, 569 BGB

Betont wird, dass schon der Wortlaut der Vorschriften der §§ 314, 543, 569 BGB gegen eine zeitliche Schranke für den Ausspruch einer fristlosen Kündigung spreche. § 543 BGB und seine einzelnen Absätze regeln die Modalitäten der Kündigung. Eine zeitliche Beschränkung sei hier ebenso wenig vorgesehen wie bei § 569 BGB, der die allgemeine Kündigungsklausel um weitere Modalitäten ergänze. Mit anderen Worten: Es wird ins Feld geführt, dass sowohl § 543 als auch § 569 BGB nicht auf § 314 Abs. 3 BGB verweisen.

##### 2. Gesetzesmaterialien

Sodann wird in der Entscheidung ausgeführt, dass sich aus den §§ 314, 543, 569 BGB eindeutig ergebe, dass die Vorschriften über die fristlose Kündigung eines Mietverhältnisses als abschließende Regelung konzipiert seien und deshalb von der Einfügung einer Bestimmung, wonach die Kündigung in „angemessener Zeit“ zu erfolgen habe, bewusst abge-

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=75755&pos=0&anz=1> (22.3.2017); vgl. auch die Entscheidungsbesprechung von *Bub/Bernhard*, FD-Mietrecht 2016, 381145 und ferner von *Börstinghaus*, IMR 2016, 402 ff.

<sup>2</sup> Vgl. dazu, dass die Frage noch nicht entschieden wurde, BGH NJW 2015, 2417; ferner BGH WuM 2009, 231; BGH NZM 2011, 32.

<sup>3</sup> Zum Streitstand in der Literatur vgl. BGH, Urt. v. 13.7.2016 – VIII ZR 296/15, Rn. 24; gegen eine Anwendbarkeit von § 314 Abs. 3 im Kontext von §§ 543, 569 BGB auch *Gaier*,

in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 314 Rn. 9; *Böttcher*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2014, § 314 Rn. 5; *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 76. Aufl. 2017, § 314 Rn. 4 und *Weidenkaff*, in: Palandt (Fn. 3), § 543 Rn. 44 ff.; für eine Anwendbarkeit wohl *Häublein*, ZMR 2005, 1 ff.; ferner *Lützenkirchen*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2016, § 543 Rn. 12, 48 ff.

<sup>4</sup> Hier wird nun im Folgenden die Argumentation des Bundesgerichtshofs wiedergegeben; eine eigene rechtliche Würdigung findet sich sodann erst unter III. Würdigung der Entscheidung.

sehen wurde.<sup>5</sup> Einerseits wird dann weiter ins Feld geführt, dass zum Zeitpunkt der Mietrechtsmodernisierung im Jahre 2001<sup>6</sup> die Regelung des § 314 Abs. 3 BGB noch gar nicht existierte und ferner auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ein allgemeiner Grundsatz dieses Inhalts noch nicht entwickelt worden sei.<sup>7</sup> Andererseits wird dann ausgeführt, dass der Gesetzgeber bei der Mietrechtsreform vom 19.6.2001 bewusst davon abgesehen habe festzulegen, dass die Kündigung innerhalb einer „angemessenen Zeit“ ab Kenntnis vom Kündigungsgrund zu erfolgen habe, denn die Gesetzgebung verweise darauf, dass nach ständiger Rechtsprechung ein Kündigungsrecht verwirkt werden könne und deshalb ein Bedürfnis für eine solche Festlegung nicht bestehe.<sup>8</sup>

An diesem Ergebnis habe sich auch durch die Einführung des § 314 BGB durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nichts geändert. Zwar habe für den Gesetzgeber ein Bedürfnis bestanden, die Kündigung aus wichtigem Grund bei Dauerschuldverhältnissen in das BGB aufzunehmen, allerdings in dem Sinne, dass § 314 BGB als *lex generalis* in einem Konkurrenzverhältnis zu zahlreichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches und anderer Gesetze stehe, in denen die Kündigung aus wichtigem Grund bei einzelnen Dauerschuldverhältnissen besonders geregelt sei. Der Bundesgerichtshof verweist an dieser Stelle auch auf die entsprechende Gesetzesbegründung.<sup>9</sup> Dementsprechend habe der Gesetzgeber des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes zwar an manchen Stellen im Mietrecht Anpassungen vorgenommen, so auch bei § 543 Abs.4 S.1 BGB, jedoch davon abge-

sehen, in den §§ 543, 569 BGB einen Verweis auf die Regelung des § 314 Abs. 3 BGB aufzunehmen.<sup>10</sup>

### 3. Keine Verwirkung und keine Unwirksamkeit nach §§ 543 Abs. 2 S. 2 BGB, 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB

Der BGH führt dann weiter aus, dass auch keine Verwirkung des Rechts zur ordentlichen Kündigung eingetreten sei. Eine Verwirkung sei nach allgemeinen Grundsätzen nämlich dann zu bejahen, wenn der Anspruchsteller den Anspruch erst nach Ablauf eines längeren Zeitraums erhebe (Zeitmoment) und der Anspruchsgegner darauf vertrauen dürfe, dass der Anspruch eben nicht mehr geltend gemacht werde (Umstandsmoment).<sup>11</sup> Tragfähige Anhaltspunkte für ein Vertrauen der Mieterin, die Klägerin werde von ihrem Recht zur fristlosen Kündigung wegen Verzugs mit zwei Monatsmieten keinen Gebrauch machen, seien nicht ersichtlich. Auch die frühere Anstellung des Mieters bei Kirchengemeinde als Klägerin ändere nichts an diesem Ergebnis. Nicht vom Bundesgerichtshof geprüft wurde, weil wohl stillschweigend vorausgesetzt, dass die Kündigung auch nicht nach §§ 543 Abs. 2 S. 2, 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB ausgeschlossen war. Ist dies doch schon deshalb eine Selbstverständlichkeit, weil eben eine „Entschuldigung“ einer Befriedigung im Sinne des § 569 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 BGB nicht gleichzustellen sei.

## IV. Würdigung der Entscheidung

### 1. Allgemeines

Die Entscheidung ist deshalb von Interesse, weil diese sehr deutlich den „Klipp-Klapp-Mechanismus“ von Schuldrecht BT und Schuldrecht AT verdeutlicht.<sup>12</sup> Das Ergebnis des Bundesgerichtshofs erscheint auch überzeugend, zumindest auf den ersten Blick. Die Frage, wie Dauerschuldverhältnisse qualifiziert werden, gewinnt jedoch eine überragende Bedeutung. § 314 Abs. 3 BGB kann nämlich nach der Diktion des BGH nur bei allgemeinen Dauerschuldverhältnissen eingreifen und nicht bei typischen Verträgen des Schuldrecht BT, wie eben zum Beispiel beim Mietvertrag. Insgesamt bleiben sowohl bei der rechtlichen Begründung der Entscheidung als auch unter Wertungsgesichtspunkten mehrere Fragezeichen. Mag es juristisch korrekt sein, dass man ohne weitere Androhung den früheren Küster kündigen kann, weil eben die juristische Entbehrlichkeit gem. § 543 Abs. 3 Nr. 3 BGB gegeben ist, hinterlässt das Ergebnis zumindest einen faden Beigeschmack.

### 2. Rechtssicherheitsaspekten des Mieters droht Aushöhlung

<sup>5</sup> So *expressis verbis* BGH, Urt. v. 13.7.2016 – VIII ZR 296/15, Rn. 18.

<sup>6</sup> Vgl. hierzu das Mietrechtsreformgesetz aus dem Jahre 2001 BGBl. I 2001, S. 1149 ff.

<sup>7</sup> So explizit BGH, Urt. v. 13.7.2016 – VIII ZR 296/15, Rn. 20.

<sup>8</sup> So BGH, Urt. v. 13.7.2016 – VIII ZR 296/15, Rn. 21; der Bundesgerichtshof verweist hier auch noch auf die Gesetzesmaterialien in BT-Drs. 14/4553, S. 44 ff.: „Es wird davon abgesehen, festzulegen, dass die Kündigung innerhalb einer angemessenen Zeit seit der Kenntnis vom Kündigungsgrund zu erfolgen hat. Ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund kann schon jetzt nach ständiger Rechtsprechung verwirkt werden [...]. Eine einheitliche feste Ausschlussfrist in Anlehnung an § 626 Abs.2 BGB sowie §§ 6, 24 und 70 VVG erscheint wegen der Vielgestaltigkeit der Mietverhältnisse [Wohnraum, Geschäftsraum, Grundstücke, bewegliche Sachen] nicht möglich [...]. Eine offenere Bestimmung wäre durch die Rechtsprechung in jedem Fall auslegungsbedürftig. Die mögliche Regelung könnte damit nur wenig zur Vereinfachung des Mietrechts beitragen“.

<sup>9</sup> Vgl. hierzu die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 14/6040, S. 177 ff. „Diese Bestimmungen sollen nicht aufgehoben oder geändert werden, sondern als *leges speciales* Vorrang vor § 314 RE haben“.

<sup>10</sup> So explizit BGH, Urt. v. 13.7.2016 – VIII ZR 296/15, Rn. 23.

<sup>11</sup> Vgl. allgemein zur Verwirkung *Grüneberg* (Fn. 3), § 242 Rn. 87 ff., insbesondere Rn. 93-95 zu den Voraussetzungen der Verwirkung.

<sup>12</sup> *Lorenz* spricht insoweit von einem „Standard-Konkurrenzproblem“, vgl. <http://www.stephan-lorenz.de> (30.3.2017) unter Aktuelles v. 8.10.2016.

Aus Gründen der Rechtssicherheit ist die vorliegende Entscheidung für den Mieter unbefriedigend.<sup>13</sup> Grundsätzlich ist es für den Mieter nämlich von Interesse, dass eine außerordentliche Kündigung zeitnah erfolgt, damit man sich quasi auf die Situation einstellen kann und man weiß, woran man ist. Zumal man sich vergegenwärtigen muss, dass der Vermieter durch die außerordentliche Kündigung ja grundsätzlich zum Ausdruck bringt, dass er an der sofortigen Beendigung des Mietverhältnisses ein Interesse hat.<sup>14</sup> Selbstredend ändert sich aber nichts daran, dass das vorliegende Urteil dennoch juristisch überzeugend begründet ist und der hier erwähnte Rechtssicherheitsaspekt eben ein mittelbarer Ausfluss der bloßen Gesetzesanwendung ist.

### 3. Abschließender Charakter der §§ 543, 569 BGB zwingend, Begründung über Gesetzesmaterialien aber nicht zwingend

Die Begründung des Bundesgerichtshofs und die Argumentation mit Blick auf den Wortlaut der Vorschriften und den Blick in die Gesetzesmaterialien ist prima facie nicht zu beanstanden und auch juristisch überzeugend. Vor allem überzeugt, dass der Bundesgerichtshof auf den abschließenden Charakter der Vorschriften der §§ 543, 569 BGB abstellt und somit eine Anwendung des § 314 Abs. 3 BGB ausschließt. Sicherlich ist zuzugeben, dass die Gesetzesmaterialien eine Stütze sind, dieses Ergebnis juristisch sauber zu begründen. Zwingend notwendig war der Blick in die Materialien indes nicht, was folgende Überlegung erhellt<sup>15</sup>: Sieht man sich die Voraussetzungen des § 543 BGB im Detail an, so erkennt man relativ schnell, dass sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen des § 314 BGB in der Regelung des § 543 BGB aufgehen. Mit anderen Worten: Zum einen sind in § 543 BGB speziell für mietrechtliche Belange die Kündigungsgründe normiert, sodass auf die allgemeine Regelung des § 314 BGB mit Blick auf einen besonderen Grund nicht zurückgegriffen werden muss. Blickt man auf das Abmahnungserfordernis der 314 Abs. 2 S. 1, 2 BGB, so erkennt man schnell, dass eben dieses Erfordernis auch in der Regelung des § 543 Abs. 3 BGB aufgegangen ist. Hieraus kann man also schon aufgrund der Systematik des Gesetzes, losgelöst von den Materialien, den Umkehrschluss ziehen, dass eben bewusst und gewollt speziell im mietrechtlichen Bereich von einer Kündigungserklärungsfrist abgesehen wurde.

## V. Folgen für Studium, Ausbildung und Praxis

<sup>13</sup> In diese Richtung auch die Vorinstanz, vgl. LG Düsseldorf, Urt. v. 16.12.2015 – 5 S 40/15. Der BGH setzt sich mit diesem Argument nicht mehr auseinander.

<sup>14</sup> So auch *Siebenkotten* in seinem Statement des Mieterbundes zu dieser Entscheidung, vgl.

<https://www.mieterbund.de/mietrecht/bgh-urteile-mietrecht/bgh-urteil-detailansicht/article/36058-bgh-fristlose-kuendigung-auch-bei-aelteren-mietrueckstaenden.html?cHash=e5372ebf1fae29b593f1a1c69880c7f9> (22.3.2017).

<sup>15</sup> Vielen Dank an dieser Stelle für wertvolle Hinweise an Herrn Rechtsanwalt *Michael Tyroller*; vgl. hierzu auch *Life & Law*, S. 827 (832).

Die vorliegende Entscheidung eignet sich hervorragend für eine Examenklausur. Die Bearbeiter sind dazu aufgefordert, sich nähere Gedanken zum Zusammenspiel zwischen den mietrechtlichen Vorschriften und den allgemeinen schuldrechtlichen Vorschriften zu machen. Auch wenn man die konkrete Entscheidung nicht kennt, so sollte man mithilfe der allgemeinen Methodenlehre in der Lage sein, ein juristisch überzeugendes Ergebnis zu finden und dies sollte, wie eben gezeigt wurde, auch ohne Blick in die Gesetzgebungsmaterialien gelingen. Für die Praxis ist diese Judikatur nicht zuletzt deswegen von Bedeutung, da nun endgültig für den Bereich des Wohnraummietrechts der über zehn Jahre dauernde Streit um die Anwendbarkeit von § 314 Abs. 3 BGB im Kontext von §§ 543, 569 BGB geklärt worden ist. Abzuwarten bleibt, wovon wohl auszugehen ist, ob der Bundesgerichtshof diese Rechtsprechung im Wege des Erst-Recht-Schlusses auf das Gewerbemietrecht übertragen wird. Den Studierenden sei nachdrücklich der Hinweis gegeben, bei der Qualifikation des Vertrages sauber zu arbeiten. Handelt es sich nämlich um Mietrecht, findet § 314 Abs. 3 BGB gerade keine Anwendung. Kommt man hingegen zu dem Ergebnis, dass es sich um einen typengemischten Vertrag handelt, so kommt die Vorschrift des § 314 Abs. 3 BGB in Betracht.<sup>16</sup>

*Wiss. Mitarbeiter Jan Singbartl, Dr. Josef Zintl, München*

<sup>16</sup> Vgl. hierzu bereits die Anmerkung von *Lorenz* in Fn. 12.

## Entscheidungsanmerkung

### Verwaltungsgerichtlicher Eilrechtsschutz, Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG, richterliches Prüfungsrecht

1. a) Eine gesetzliche Bestimmung, nach der Beamtinnen bei im Wesentlichen gleicher Gesamtleistung bevorzugt zu befördern sind, ist bei verfassungskonformer Auslegung zulässig.

b) Unzulässig ist es, dafür ausschließlich das Gesamturteil der aktuellen Beurteilung heranzuziehen und weiteren leistungsbezogenen Kriterien von vornherein keine Relevanz beizumessen. § 19 Abs. 6 S. 3 LBG NRW n.F., der dieses Vorgehen gebietet, verstößt gegen den Grundsatz der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG.

2. a) In Verfahren auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes besteht aufgrund des Gebots effektiver Rechtsschutzgewährung grundsätzlich keine Vorlagepflicht nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG. Anderes gilt nur, wenn dadurch eine endgültige Entscheidung weitgehend vorgezogen würde.

b) Eine solche Vorwegnahme liegt in beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitigkeiten trotz des ausgeweiteten eilrechtlichen Prüfungsumfangs nicht vor. Rechtsfolge der im vorläufigen Rechtsschutzverfahren vom Gericht angenommenen Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Bestimmung ist deren Unanwendbarkeit. (Leitsätze des *Verf.*)

GG Art. 33 Abs. 2, 100  
LBG NRW § 19 Abs. 6  
VwGO § 123 Abs. 1

*OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16*<sup>1</sup>

### I. Sachverhalt und Entscheidungsgründe

#### 1. Verfassungsgegenstand – prozessuale Konstellation

Gegenstand des Verfahrens ist eine Beförderungsentcheidung, die auf der Grundlage des 2016 neugefassten LBG NRW getroffen wurde. Nach § 19 Abs. 6 S. 2 f. LBG NRW n.F. sind Frauen „bei im Wesentlichen gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt zu befördern, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen. Von einer im Wesentlichen gleichen Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung im Sinne von Satz 2 ist in der Regel auszugehen, wenn die jeweils aktuelle dienstliche Beurteilung der Bewerberin und des Mitbewerbers ein gleichwertiges Gesamturteil aufweist.“<sup>2</sup> Die Vor-

schrift gibt anders gewendet vor, dass (anders als bisher) ältere Beurteilungen nicht mehr herangezogen werden dürfen, um einen Leistungsvorsprung eines Kandidaten zu ermitteln. Nach dem Inkrafttreten des Gesetzes waren in zahlreichen Beförderungsverfahren die Bewerberinnen und Bewerber neu gereiht worden; mehrere Männer, die nun schlechter gestellt waren, hatten vor den Verwaltungsgerichten Rechtsschutz gesucht. Nach den üblichen beamtenrechtlichen Grundsätzen war dafür ein Antrag auf Sicherungsanordnung nach § 123 S. 1 VwGO notwendig.<sup>3</sup> Diese Anträge hatten durch die Bank Erfolg. Das OVG entschied nun über insgesamt sechs Musterbeschwerden, die das beklagte Land dagegen erhoben hatte, und bestätigte die erstinstanzlichen Entscheidungen.

Das OVG stellt zunächst fest, dass es berechtigt ist, über die Verfahren eilrechtlich zu entscheiden, ohne eine Entscheidung des BVerfG nach Art. 100 GG einzuholen – und das, obwohl es die entscheidungserhebliche Vorschrift des § 19 Abs. 6 S. 3 LBG NRW für verfassungswidrig hält und deshalb nicht anwendet.<sup>4</sup> Im Eilrechtsschutz bedürfe die Vorlagepflicht „regelmäßig aufgrund des Gebots effektiver Rechtsschutzgewährung (Art. 19 Abs. 4 GG) der Einschränkung“<sup>5</sup>. Für die Effektivität des vorläufigen Rechtsschutzes sei wesentlich, dass über den Antrag so bald wie möglich entschieden wird. Das sei bei einer Aussetzung des Verfahrens nicht gewährleistet, eine (Rück-)Ausnahme wegen einer abschließenden Entscheidung oder der weitgehenden Vorwegnahme der endgültigen Entscheidung durch die beantragte vorläufige Regelung liege nicht vor. Denn über das eigentliche Ziel des Antragstellers, nämlich die positive Neubeurteilung seines Beförderungsantrags, werde im Sicherungsverfahren nicht entschieden.

#### 2. Materiell-rechtliche Erwägungen

Materiell sieht der *Senat* die Voraussetzungen für den Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO als erfüllt an, weil Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund glaubhaft gemacht worden seien (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 und § 294 ZPO). Dafür werden zunächst mustergültig und unter Verarbeitung der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Voraussetzungen des Rechts auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über eine Bewerbung im beamtenrechtlichen Beförderungsverfahren am Maßstab des Art. 33 Abs. 2 GG, § 9 BeamStG dargelegt.<sup>6</sup> Der Grundsatz der Bestenauslese verlange ein mehrstufiges Verfahren, das von der aktuellen Beurteilung ausgehe und dann in mehreren Schritten alle denkbaren

<sup>1</sup> Im Internet abrufbar unter [https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg\\_nrw/j2017/6\\_B\\_1378\\_16\\_Beschluss\\_20170221.html](https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2017/6_B_1378_16_Beschluss_20170221.html) (23.3.2017).

<sup>2</sup> Diese Regelung soll nach einem Kaskadenmodell gelten, solange in der Beförderungsstufe ein niedrigerer Frauenanteil als in den vorausliegenden Ämtern der gleichen Laufbahn vorliegt und insgesamt noch nicht 50% Frauenanteil erreicht sind, § 19 Abs. 6 S. 4 LBG NRW.

<sup>3</sup> Ein solcher Eilrechtsschutz verhindert als Konkurrentenschutzverfahren eine Ernennung, die jedenfalls grundsätzlich später nicht zurückgenommen werden kann („Ämterstabilität“); dazu umfassend unter Verarbeitung der bundesverfassungsgerichtlichen Vorgaben BVerwGE 138, 102 (insb. Rn. 30-40).

<sup>4</sup> OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16, Rn. 5-9, 133.

<sup>5</sup> OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16, Rn. 6.

<sup>6</sup> OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16, Rn. 17-52.

leistungsbezogenen Aspekte ausschärfe, um zu einer Sachentscheidung zu kommen. Davon abgesetzt seien sog. Hilfskriterien, zu denen die Frauenförderung gehöre.

Der *Senat* wendet diese Grundsätze der Rechtsprechung dann auf die Neuregelung des LBG an. Zunächst prüft er § 19 Abs. 6 S. 2 LBG NRW.<sup>7</sup> Gegenüber der Vorgängerregelung ist nunmehr eine bevorzugte Beförderung bereits bei „im Wesentlichen“ gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung möglich, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen. Diese Vorschrift könne verfassungskonform ausgelegt werden, wenn und weil sich keine Veränderung des rechtlichen Maßstabs ergäbe. Schon bisher sei die Rechtsprechung davon ausgegangen, dass entsprechende Vorgängerregelungen (konkret: § 20 Abs. 6 S. 2 Hs. 1 LBG NRW a.F.) erst zum Einsatz kommen, wenn nach Auswertung aller zur Verfügung stehenden leistungsbezogenen Erkenntnisse ein Qualifikationsgleichstand bestünde. Nach Auffassung des *Senats* ist also die Regelung wie bisher nur geeignet, die Frauenförderung an die erste Stelle von verschiedenen möglichen Hilfskriterien zu setzen. In diesem Sinn könne der Landesgesetzgeber jedenfalls verstanden werden, so dass eine weitergehende verfassungsrechtliche Kritik nicht durchschlage.<sup>8</sup>

Anders liege es bei § 19 Abs. 6 S. 3 LBG NRW n.F. Die Vorschrift verstößt nach Auffassung des OVG gegen Art. 33 Abs. 2 GG. Der ausdrückliche Ausschluss einer Einbeziehung von Einzelfeststellungen und älterer Beurteilungen in den Qualifikationsvergleich verändere als Konkretisierung von S. 2 die Maßstäbe in unzulässiger Weise, weil die Bestenauslese unzulässig verkürzt werde.<sup>9</sup> Das sei nach einhelliger Auffassung der Bundes- und Obergerichte mit Art. 33 Abs. 2 GG nicht zu vereinbaren. Der Qualifikationsvergleich, der streng getrennt von der Anwendung von Hilfskriterien stattzufinden habe, dürfe nicht auf den Vergleich der letzten Gesamturteile beschränkt werden: „Mit dem Gesamturteil, das regelmäßig aus einer Note, je nach Beurteilungssystem ergänzenden Punktzahlen und evtl. der Binnendifferenzierung dienenden Zusätzen besteht, ist noch nicht alles über die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung des Beamten gesagt.“<sup>10</sup>

Der Eingriff in Art. 33 Abs. 2 GG sei schließlich auch nicht durch Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG gerechtfertigt.<sup>11</sup> Der Verfassungsauftrag einer realen Angleichung der Lebensverhältnisse von Frauen und Männern auch in Bezug auf Beförde-

rungsämter könne jedenfalls auf anderem Weg erreicht werden. Der Platz dafür sei das Vorfeld konkreter Auswahlentscheidungen. Insbesondere könne die Qualifikationsbewertung flexibilisiert werden, um typische Nachteile, die vor allem durch die Doppelbelastung von Beruf und Familie entstehen, auszugleichen, etwa in Bezug auf Unterbrechungen der Diensttätigkeit, die Reduzierung der Arbeitszeit oder den verzögerten Erwerb von Führungsqualifikationen. Dafür sei rechtlich unbedenklich, neben dem Leistungsbild stärker die Befähigung und Eignung im engeren Sinn zu gewichten.<sup>12</sup> Eine entsprechende Ausrichtung der Beurteilungspraxis könne durch die obersten Dienstbehörden bzw. den Gesetz- oder Verordnungsgeber vorgegeben werden. Nur so werde auch eine Handhabung erreicht, die nur tatsächliche Nachteile ausgleiche und nicht undifferenziert allen Frauen zugute käme. Daher sei eine Einschränkung der Rechte aus Art. 33 Abs. 2 GG im Wege der praktischen Konkordanz nicht erforderlich und somit unverhältnismäßig.

## II. Anmerkung

### 1. Übersicht

Das Recht des öffentlichen Dienstes ist immer wieder Gegenstand hochumstrittener Streitfälle. Verschiedene Problemlagen treffen hier aufeinander: Die Anlage des Rechtsgebiets ist schon wegen seiner Mehrebenenstruktur komplex, in der Anteile des internationalen Rechts, des Verfassungsrechts (v.a. Art. 33 GG) und des (bundesrechtlichen wie landesrechtlichen) einfachen Rechts zusammenwirken. Wegen der großen Zahl der Bediensteten und der stark formalisierten Regeln für die Beförderung nach dem Maßstab der Bestenauslese sind Konkurrentenstreitigkeiten ein umfangreiches Alltagsgeschäft der Verwaltungsgerichte, wobei sich insbesondere Sonderregeln für den hier regelmäßig notwendigen Eilrechtsschutz herausgebildet haben (Stichwort „Ämterstabilität“). Und schließlich ist das Dienstrecht immer wieder auch Referenzgebiet für Reformagenden, weil der Gesetzgeber „seine“ Beamten gelegentlich als experimentielles Material ansieht. Kurz: Das Dienstrecht verlangt vom Praktiker und angesichts des hohen Pflichtstoffanteils auch vom Studierenden erhebliche Aufmerksamkeit, ganz falsch wäre die Auffassung, hier handele es sich um ein beliebiges Nebengebiet des besonderen Verwaltungsrechts.

Der vorliegende Fall gibt Anschauung für alle genannten Problemdimensionen: Ausgangspunkt des Rechtsstreits ist die Neufassung des LBG NRW vom 14.6.2016 (GV.NRW. S. 309), in Kraft getreten am 1.7.2016. Die Mehrheit des Landtags und die Landesregierung hatten sich entschlossen, angesichts der Unterrepräsentanz von Frauen in Beförderungsdienstämtern in § 19 Abs. 6 die rechtlichen Stellschrauben anzuziehen: Nach der neuen Gesetzeslage sollte nicht nur bereits bei im Wesentlichen gleicher Eignung eine Bevorzugung von Frauen möglich sein, sondern dieser Tatbestand sollte nunmehr normativ vorliegen, wenn die aktuelle dienstliche Beurteilung ein gleiches „Gesamturteil“ aufweisen würde.

<sup>7</sup> OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16, Rn. 61-75.

<sup>8</sup> Der Senat weist hier insbesondere unter Bezug auf seine eigene Rechtsprechung und die von BVerwG und BVerfG auf den notwendig wertenden Charakter in der Praxis von Vergleichsverfahren und den insoweit bestehenden Beurteilungsspielraum des Dienstherrn hin, OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16, Rn. 68 f.

<sup>9</sup> OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16, Rn. 76-100.

<sup>10</sup> OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16, Rn. 92.

<sup>11</sup> OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16, Rn. 101-132.

<sup>12</sup> OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16, Rn. 129 f.

Damit stellte sich der Gesetzgeber gegen die Vorgaben, die Bundesverfassungsgericht und Bundesverwaltungsgericht für die Auswahlentscheidung im Rahmen der beamtenrechtlichen Bestenauslese entwickelt haben. Ausgangspunkt ist § 9 BeamtStG, der die Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 konkretisiert.<sup>13</sup> Danach sind Auswahlentscheidungen „nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ohne Rücksicht auf Geschlecht, Abstammung, Rasse oder ethnische Herkunft, Behinderung, Religion oder Weltanschauung, politische Anschauungen, Herkunft, Beziehungen oder sexuelle Identität vorzunehmen“. Nach der gefestigten Rechtsprechung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, die hier im Urteil noch einmal dargelegt wird, sind dabei nacheinander mehrere konkret festgelegte Schritte zu vollziehen, um nach Möglichkeit den oder die bestgeeignete(n) Bewerber(in) auszuwählen: Entscheidend ist für den verfassungsrechtlich geforderten Leistungsvergleich zunächst das abschließende Gesamturteil der aktuellen Beurteilungen, das auch Binnendifferenzierungen enthalten darf („obere Grenze“).<sup>14</sup> In einem zweiten Schritt kann der Dienstherr bei im wesentlicher Eignung auf einzelne Gesichtspunkte von besonderer Bedeutung abstellen, z. B. die dienstliche Erfahrung, die Verwendungsbreite oder die Leistungsentwicklung.<sup>15</sup> Sollte danach noch immer ein Gleichstand festzustellen sein, sind frühere dienstliche Beurteilungen zu berücksichtigen.<sup>16</sup> Erst nach dem Ende dieser „unmittelbar leistungsbezogenen“ Kriterien kommen Hilfskriterien in Betracht, zu denen nach der Rechtsprechung auch die Frauenförderung gehört.<sup>17</sup>

Dass die Regelung diese weit ausholende „Ausschärfung“ vorhandener Beurteilungen unterbinden sollte, war genau das Ziel der Gesetzesänderung.<sup>18</sup> Und daher kam es, wie es

<sup>13</sup> Das BeamtStG von 2008 hat bekanntlich die frühere Rahmengesetzgebungskompetenz abgelöst und gibt nunmehr als Bundesgesetz für die Landesbeamten bestimmte Teil des Statusrechts einheitlich vor, während andere Fragen (wie insbesondere die Besoldung) in die Alleinzuständigkeit der Länder gewandert sind. Vgl. als Rechtsgrundlage Art. 74 Abs. 1 GG, der im Rahmen der Föderalismusreform I 2006 insoweit wie folgt gefasst wurde: „Die konkurrierende Gesetzgebung erstreckt sich auf folgende Gebiete: [...] Nr. 27 die Statusrechte und -pflichten der Beamten der Länder, Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts sowie der Richter in den Ländern mit Ausnahme der Laufbahnen, Besoldung und Versorgung“.

<sup>14</sup> OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16, Rn. 30-32, hier wie im folgenden jeweils unter Nachweis höchstgerichtlicher Rechtsprechung.

<sup>15</sup> OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16, Rn. 33-46.

<sup>16</sup> OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16, Rn. 47-49.

<sup>17</sup> OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16, Rn. 50-52.

<sup>18</sup> LT-Drs. 16/10380, S. 344 f. mit Verweis auf ein Gutachten von *H.-J. Papier*, zur Frage der Zulässigkeit von Zielquoten für Frauen in Führungspositionen im öffentlichen Dienst sowie zur Verankerung von Sanktionen bei Nichteinhaltung,

kommen musste und allgemein vorhergesehen worden war: Unmittelbar nach Inkrafttreten ist das Beförderungswesen in NRW in Teilen zum Erliegen gekommen, weil Konkurrenten sich auf Beförderungslisten nach hinten versetzt sahen und wie geschildert Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichte bekamen, deren Judikatur hier nun bestätigt wurde.

## 2. Bewertung

Für eine Bewertung der Entscheidung sind verschiedene Aspekte zu unterscheiden. Infrage steht zunächst, ob an das Vorgehen des Landesgesetzgebers eher *kompetentielle oder materiell-rechtliche Maßstäbe* anzulegen sind. Mehrfach war im Vorfeld geäußert worden, der Bundesgesetzgeber habe für die Fragen der Bestenauslese in § 9 BeamtStG schlicht eine abschließende Regelung getroffen, sodass eine ergänzende Regelung durch das Land an dieser Stelle ausgeschlossen sei – wofür schon spricht, dass es sich eben nicht mehr um eine Rahmenkompetenz alter Art handelt, sondern die Regelung des Bundes eine Vermutung für Vollständigkeit für sich hat und außerdem hier Fragen des Geschlechts für die Fragen der Ernennung im Bundesgesetz sogar ausdrücklich ausgeschlossen sind.<sup>19</sup>

Diese Frage konnte das OVG letztlich aber offenlassen, weil es einen inhaltlichen Verstoß gegen die Vorgabe des Art. 33 Abs. 2 GG feststellte: Die neue landesgesetzliche Regelung zieht ein sogenanntes Hilfskriterium vor, bevor die Leistungskriterien ausgeschöpft sind, und verstößt damit gegen die verfassungsrechtliche Pflicht zur Bestenauslese. Wenn man genauer hinschaut, geht es insoweit jedoch nicht einfach um eine Kollision zwischen Bundes- und Landesrecht bzw. zwischen Verfassungsrecht und einfachem Recht. Vielmehr handelt es sich – wie häufig – in Wirklichkeit um ein Problem der (horizontalen) Gewaltenteilung: Art. 33 Abs. 2 GG wird hier so verstanden, wie Bundesverfassungsgericht und Bundesverwaltungsgericht ihn ausbuchstabiert haben, und dem (Landes-) Gesetzgeber wird ausgeschlagen, diese Rechtsprechung verändern zu können. Das ist umso problematischer, je ausziseliert die entsprechende Judikatur ist; der richterliche self-restraint verdiente hier (in Münster, Leipzig wie Karlsruhe) gelegentlich eine bewusster „Ausschärfung“.

abrufbar unter [http://www.mgepa.nrw.de/mediapool/pdf/presse/pressemitteilungen/Gutachten\\_Zielquoten.pdf](http://www.mgepa.nrw.de/mediapool/pdf/presse/pressemitteilungen/Gutachten_Zielquoten.pdf) (23.3.2017).

<sup>19</sup> Da es sich um einen Fall der konkurrierenden Gesetzgebung handelt, ist der Landesgesetzgeber gemäß Art. 72 Abs. 1 GG an einer ergänzenden Regelung gehindert, wenn die Regelung erschöpfend bzw. abschließend gefasst ist, vgl. *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, Kommentar zum GG, 14. Aufl. 2016, Art. 72 Rn. 6-14. Einen Verstoß hat insoweit in der Vorinstanz das VG Düsseldorf, Beschl. v. 8.11.2016 – 13 L 2843/16, Rn. 22 ff., festgestellt. Vgl. umfassend ebenso *Oebbecke/Lenz*, Rechtsgutachten zur Gesetzgebungskompetenz des Landes Nordrhein-Westfalen für den Erlass von § 19 Abs. 6 LBG, abrufbar unter <http://fdp.fraktion.nrw/sites/default/files/uploads/2017/02/03/oebbeckelenzkompetenzgutachten.pdf>, S. 15-18 (23.3.2017).

Entscheidend und durchschlagend ist freilich im konkreten Fall, dass die Hauptelemente der Rechtsprechung mit starken Gründen unmittelbar gerade aus der Bestenauslese des Art. 33 Abs. 2 GG abgeleitet werden. Gegen gewisse Differenzierungs-Exzesse der Rechtsprechung mag man begründete Einwendungen erheben. Doch darum geht es im vorliegenden Fall nicht, sondern um die verfassungsrechtlich valide Position, die Ämter des Öffentlichen Dienstes von Patronage und politischen Agenden so gut wie möglich freizuhalten. Dabei kann aber tatsächlich gerade der Rückgriff auf ältere Beurteilungen eine wesentliche Kontrollebene darstellen, weil aktuelle Beurteilungen im Angesicht einer anstehenden Beförderungs- und Konkurrenzsituation nahegelegener Weise vom Anlass bestimmt werden können. Das OVG selber hat in durchaus bemerkenswerter Weise darauf hingewiesen, wie dem – weitgehend ja konsentierten – Ziel einer verbesserten Frauenförderung statt dessen systemgerecht Rechnung getragen werden kann: Vor allem mit einer besser betriebenen Begleitung von Biographien durch ein differenziertes Beurteilungswesen.<sup>20</sup>

Das Verhältnis von Gesetzgeber und gerichtlicher Entscheidung ist auch *prozessual* im vorliegenden Fall in nicht alltäglicher Weise aufgefasst worden. Zum kleinen Handgepäck des Öffentlichen Rechts in Deutschland gehört, dass die „ewige“ Frage des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Parlamentsgesetzen durch das Grundgesetz in kluger Weise entschieden wurde: Auch das Parlamentsgesetz muss sich an den Vorgaben des Grundgesetzes messen lassen (Art. 20 Abs. 3 GG), zugleich ist der Richter an das Gesetz gebunden (Art. 97 GG). Statt einer inzidenten Normkontrolle durch jeden Richter in jedem Rechtsstreit kommt die Feststellung der Verfassungswidrigkeit nur dem Bundesverfassungsgericht zu, wenn ihm ein Gesetz durch ein anderes Gericht im Weg der konkreten Normkontrolle nach Art. 100 GG vorgelegt wird.<sup>21</sup>

Der damit verbundene Schutz des Parlamentsgesetzes greift nun im vorliegenden Fall ins Leere: Das OVG hat dem Landesbeamtenengesetz die Verfassungswidrigkeit attestiert und es daher nicht angewendet, ein klassischer Fall der eigentlich verbotenen durchgreifenden inzidenten Normkontrolle. Zur Begründung führt es die besondere Konstellation des Eilrechtsschutzes an. Wegen des Gebots effektiver Rechtsschutzgewährung (Art. 19 Abs. 4 GG) müsse der Wortlaut des Art. 100 GG eingeschränkt werden, es gehe nur um eine vorläufige Sicherungsanordnung bei noch offenem Ausgang des Hauptsacheverfahrens. Das ist formal richtig, allerdings angesichts der ganz dominierenden Rolle des beamtenrechtlichen Eilrechtsschutzes nur die halbe Wahrheit; und die Überlegung, dass das Erfordernis einer zeitnahen Entscheidung die Vorlage der Norm in Karlsruhe „im Allgemeinen“ nicht erlaube, überzeugt bei näherem Bedenken kaum: Denn so oder so ist das Bewerbungsverfahren faktisch

gestoppt, ob nun durch Vorlage beim BVerfG oder die „einstweilige“ Verwerfung der Norm durch das OVG – die Verwaltung kann ja (schon zum Schutz der Beigeladenen) das Gesetz trotzdem nicht ohne weiteres unangewendet lassen, so dass in der beamtenrechtlichen Dreieckskonstellation bis zu einer höchstrichterlichen Klärung ein Patt entsteht. Auch wird man die Rechtsprechung des BVerfG in Bezug auf die eilrichterliche Normverwerfungskompetenz durchaus restriktiver verstehen dürfen, als es der *Senat* in Münster getan hat.<sup>22</sup> Dennoch ist in der vorliegenden Situation im Ergebnis – gegen deutsche Justiz-Intuition – tatsächlich ein Wahlrecht der Gerichte anzunehmen. Das beste Argument liefern insoweit § 76 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG bzw. § 47 lit. b VerfGHG NRW, wonach eine abstrakte Normenkontrolle als sog. „Normbestätigungsverfahren“ betrieben werden kann, wenn ein Gericht die Norm wegen Hinweis auf dessen Verfassungswidrigkeit nicht angewendet hat. Dieser (ja nach den Grundlehren der konkreten Normenkontrolle eigentlich ausgeschlossene) Fall liegt hier vor, und so ergänzen sich nachvollziehbare Gründe für das Vorgehen im Eilrechtsschutz und der dann einsetzende, nachlaufende Schutz des Gesetzes.<sup>23</sup>

### 3. Schluss

Insgesamt wird man der Entscheidung des OVG also sowohl materiell-rechtlich als (mit Einschränkungen) auch prozessual zustimmen müssen. Bezweifelt werden kann, ob die umfassenden Schlussbemerkungen zu denjenigen Wegen der Frauenförderung, die der *Senat* für zulässig hält, der richterlichen Aufgabe entsprechen; der *Senat* folgt hier einer gewissen neueren Tradition nach Karlsruher Vorbild, mit der Gerichte (mindestens) ihre politische Aufgeschlossenheit und dogmatische Beweglichkeit signalisieren wollen. In der Sache freilich zielen diese Ausführungen auf einen zentralen Aspekt des Beförderungsrechts, der Unterstützung verdient: Um in fairer Weise das beste Personal zu gewinnen und zu verhindern, dass der Öffentliche Dienst als Beute verstanden wird, sind kluge, hinreichend sorgfältige und nachvollziehbare Begründungen für Personalentscheidungen gefragt.

*Prof. Dr. Hinnerk Wißmann, Münster*

<sup>20</sup> Dazu OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16, Rn. 129 f.

<sup>21</sup> Zu den Voraussetzungen im Einzelnen im Überblick *Pieroth* (Fn. 19), Art. 72 Rn. 6-30. Zur Vorlagepflicht in Bezug auf europäisches Recht BVerfGE 129, 186.

<sup>22</sup> Jedenfalls BVerfGE 46, 43 (51); 63, 131 (141); offener bei allerdings anderer Konstellation BVerfGE 86, 382 (389 f.).

<sup>23</sup> Ein solches Normbestätigungsverfahren vor dem VerfGH NRW ist von der Landesregierung nach der Entscheidung des OVG angekündigt worden. Das dürfte auch als landesrechtliches Verfahren mit dem Prüfungsmaßstab der Landesverfassung zulässig sein, weil das OVG auf Art. 33 Abs. 2 GG abgestellt hat, der nach Art. 4 LV Teil der Landesverfassung ist. Die damit angestrebte „schnelle Klarheit“ ist allerdings erstens ohnehin nicht besonders schnell zu erlangen und zweitens, wenn überhaupt, nur als negative Bestätigung der Verfassungswidrigkeit der Norm. Denn andernfalls bleibt die weitere Kontrolle durch das BVerfG unabwendbar.

## E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

### Die unzutreffende Einordnung einer Aussage als Schmähkritik verletzt die Meinungsfreiheit

1. Qualifiziert ein Strafgericht Äußerungen einer Person zu Unrecht als Schmähkritik und unterlässt so die gebotene Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht, wird der grundrechtliche Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG verkürzt.
2. Eine nicht von der Meinungsfreiheit geschützte Schmähkritik stellt dabei einen absoluten Ausnahmefall dar, sodass dieser Begriff restriktiv auszulegen ist: Folglich müssen bei der strafrechtlichen Beurteilung einer Aussage andere Deutungsmöglichkeiten ausgeschlossen werden, um eine Verurteilung wegen Beleidigung ohne einzelfallabhängige Abwägung zu rechtfertigen.
3. Ein Anwalt ist grundsätzlich nicht berechtigt, eine Staatsanwältin oder einen Staatsanwalt aus Verärgerung über von ihm als falsch angesehene Maßnahmen gerade gegenüber der Presse mit Beschimpfungen zu überziehen. Insoweit setzt sich im Rahmen der Abwägung das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen durch. (Leitsätze des Autors)

GG Art. 1 Abs. 1 i.V.m. 2 Abs. 1, 5 Abs. 1 S. 1

*BVerfG, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 2646/15*<sup>1</sup>

#### I. Einleitung

Ständig beschäftigen sich die Strafgerichte in Deutschland mit der Frage, was eine strafbare Beleidigung gemäß § 185 StGB ist und was nicht. Dabei spielt vor allem das Spannungsverhältnis zwischen dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht (APR, Art. 1 Abs. 1 i.V.m. 2 Abs. 1 GG) und der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) eine wichtige Rolle. Es geht im Einzelnen oftmals um die Frage, ob eine nicht mehr von der Meinungsfreiheit gedeckte Schmähkritik und somit ein Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht vorliegt. Auch vor dem Hintergrund der Debatte um das Gedicht von *Jan Böhm* über das türkische Staatsoberhaupt *Recep Tayyip Erdoğan* weist daher der Beschluss des BVerfG vom 29.6.2016 hohe aktuelle Relevanz auf. Daneben eignet sich die Thematik hervorragend für juristische Klausuren.

#### II. Sachverhalt und Verfahrensgang

Der Beschwerdeführer arbeitet als Rechtsanwalt und vertrat seit Dezember 2009 den Vorsitzenden eines gemeinnützigen Vereins als Strafverteidiger in einem Ermittlungsverfahren wegen Veruntreuung von Spendengeldern. Im Verlaufe dieses Verfahrens, welches großes Medieninteresse erregte, wurde auf Antrag der Staatsanwaltschaft Haftbefehl gegen

den Beschuldigten erlassen. Bei der Verkündung des Haftbefehls griff der Beschwerdeführer die mit dem Verfahren beauftragte Staatsanwältin verbal an und verließ die Sitzung noch vor dem offiziellen Ende. Insbesondere war er davon überzeugt, dass sein Mandant zu Unrecht verfolgt werde.

Noch am selben Tag rief gegen Abend ein Journalist bei dem Beschwerdeführer an, um nähere Informationen über den Fall für eine geplante Reportage zu erhalten. Der Beschwerdeführer erwiderte jedoch die Fragen des ihm unbekanntem Journalisten zunächst nicht. Angesichts der Hartnäckigkeit des Journalisten sowie der anhaltenden Verärgerung über den Ermittlungsverlauf bezeichnete der Beschwerdeführer dann aber im Laufe des Telefonats die zuständige Staatsanwältin als „dahergelaufene Staatsanwältin“, „durchgeknallte Staatsanwältin“, „widerwärtige, boshafte, dümmliche Staatsanwältin“ und „geisteskranke Staatsanwältin“.

Das Amtsgericht Berlin erließ anschließend auf Antrag der Staatsanwaltschaft gegen den Beschwerdeführer einen Strafbefehl wegen Beleidigung. Nach dem Einspruch des Beschwerdeführers folgte eine Verurteilung wegen Beleidigung durch das AG.

Auf die Berufung des Beschwerdeführers und der Staatsanwaltschaft hin hob das Landgericht Berlin das Urteil des AG auf und sprach den Beschwerdeführer frei. Daraufhin legte die Staatsanwaltschaft Revision ein, wobei das freisprechende Urteil des LG vom Kammergericht aufgehoben sowie die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an eine andere Kammer des LG verwiesen wurde.

Anschließend verurteilte das Landgericht Berlin den Beschwerdeführer mit dem angegriffenen Urteil vom 26.1.2015 – (569) 83 Js 445/10 Ns (126/13) – wegen Beleidigung zu einer Geldstrafe von 70 Tagessätzen zu je 120 Euro.

Nach Ansicht des LG seien die Äußerungen ehrverletzend gewesen: Sie hätten der Staatsanwältin in übertriebener Weise negative Eigenschaften und Verhaltensweisen zugeschrieben, ihr den sittlichen und sozialen Geltungswert abgesprochen und ihr letztlich attestiert, grundsätzlich sozial minderwertig und beruflich unzulänglich zu sein.

Eine Rechtfertigung nach § 193 StGB käme ebenfalls nicht in Betracht: Den Kampf um das Recht, etwa durch die Beanstandung einzelner und konkreter Handlungen der Staatsanwältin, habe der Beschwerdeführer mit seinen Äußerungen nicht verfolgt; vielmehr habe er sich gegen die Person der Staatsanwältin gerichtet.

Darüber hinaus habe kein Anlass bestanden, derartige Aussagen gegenüber einem Journalisten zu treffen, der mit dem Ermittlungsverfahren nicht befasst gewesen sei und lediglich objektive Informationen begehrt habe.

Die anschließende Revision blieb durch den angegriffenen Beschluss des Kammergerichts vom 21.9.2015 – (3) 121 Ss 71/15 (96/15) – erfolglos. Demnach seien die Äußerungen des Beschwerdeführers außerhalb des Gerichtssaals und somit nicht in engerem Zusammenhang mit dem Kampf um Recht gefallen. Sie hätten sich nicht auf konkrete Ermittlungshandlungen der Staatsanwältin bezogen und folglich keinen konkreten Kontext aufgewiesen. Des Weiteren könne ausgeschlossen werden, dass der Beschwerdeführer sich im Affekt zu seiner Wortwahl hinreißen lassen und dabei ledig-

<sup>1</sup> Im Internet aufrufbar unter [http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/06/rk20160629\\_1bvr264615.html;jsessionid=DD251443EC5A1DE7B1214AE185C70619.2\\_cid394](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/06/rk20160629_1bvr264615.html;jsessionid=DD251443EC5A1DE7B1214AE185C70619.2_cid394) (13.3.2017).

lich Fehler im Ermittlungsverfahren beanstandet habe. Eine Abwägung des Persönlichkeitsrechts der Geschädigten mit dem Grundrecht der Meinungsfreiheit sei nach Auffassung des Kammergerichts in noch ausreichender Dichte durch das LG vorgenommen worden.

Gegen das Urteil des LG und den Beschluss des Kammergerichts legte der Beschwerdeführer Verfassungsbeschwerde ein, mit der er vornehmlich die Verletzung seines Grundrechts auf Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) rügte.

### III. Der Beschluss des BVerfG

Die Dritte Kammer des *Ersten Senats* des BVerfG hat mit dem vorliegenden Beschluss der Verfassungsbeschwerde stattgegeben, vgl. § 93c Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 93a Abs. 2 lit. b BVerfGG. Die angegriffenen Entscheidungen wurden aufgehoben und die Sache zurück an das LG verwiesen. Nach Ansicht des BVerfG wird der Beschwerdeführer durch die beiden Entscheidungen in seinem Grundrecht auf Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG verletzt.

Zur zugrundeliegenden Thematik verweist die Kammer zunächst auf vergangene Entscheidungen. Insbesondere betont sie den bereits behandelten Einfluss des Grundrechts auf Meinungsfreiheit bei Auslegung und Anwendung der grundrechtsbeschränkenden Vorschriften der §§ 185 ff. StGB.<sup>2</sup>

Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst Werturteile und Tatsachenbehauptungen, wenn und soweit sie zur Bildung von Meinungen beitragen. Schranken für dieses Grundrecht sind die allgemeinen Gesetze, also auch §§ 185, 193 StGB. Auslegung und Anwendung dieser Vorschriften obliegen den Fachgerichten, wobei laut dem BVerfG das eingeschränkte Grundrecht interpretationsleitend berücksichtigt werden müsse, um so dessen wertsetzenden Charakter zu wahren.<sup>3</sup> Erforderlich sei also eine einzelfallabhängige Abwägung zwischen der Schwere der Persönlichkeitsbeeinträchtigung durch die Äußerung einerseits und der Einbuße an Meinungsfreiheit durch ihr Verbot andererseits.<sup>4</sup>

Dabei wird klargestellt, dass nicht nur eine sachlich-differenzierte Äußerung unter den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG falle, sondern gerade auch pointierte, polemische und überspitzte Kritik, auch wenn im Einzelfall keine polemische Zuspitzung nötig gewesen wäre.<sup>5</sup> Eine Ausnahme hiervon bildet eine herabsetzende Äußerung in Form einer Formalbeleidigung oder Schmähung, bei der die Meinungsfreiheit regelmäßig hinter den Ehrenschatz zurücktritt, sodass keine Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit und dem Persönlichkeitsrecht erforderlich ist. Angesichts dieser ein-

schneidenden Rechtsfolge gelte für die Annahme von Formalbeleidigungen und Schmäkritik ein strenger Maßstab.<sup>6</sup>

Der Prüfungsumfang ist hier insoweit beschränkt, als es lediglich auf die angemessene Beachtung der Grundrechte durch die Fachgerichte ankommt (Das BVerfG ist keine Superrevisionsinstanz.). Dabei liege insbesondere ein Fehler vor, wenn das Fachgericht unzutreffend von Schmäkritik ausgehe, sodass die entsprechende Äußerung nicht im selben Maß am Schutz des Grundrechts teilnehme wie ein Werturteil ohne beleidigenden oder schmähenden Charakter.<sup>7</sup>

Das LG sei nach Ansicht des BVerfG bei der Verurteilung ohne hinreichende Begründung vom Vorliegen einer Schmäkritik als Sonderfall der Beleidigung ausgegangen, der nur in seltenen Ausnahmekonstellationen gegeben sei.<sup>8</sup> Der Begriff Schmäkritik ist zwar nicht explizit in den Ausführungen des LG gefallen. Dieses betont jedoch, dass bei den Äußerungen des Beschwerdeführers die Staatsanwältin als Person im Vordergrund stehe. Indem das LG in der Folge die verfassungsrechtlich gebotene und einzelfallbezogene Abwägung von Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht unterlasse, begehe es einen eigenständigen verfassungsrechtlichen Fehler.<sup>9</sup>

Beim Vorliegen von Schmäkritik findet angesichts des Ausnahmecharakters im Gegensatz zur gewöhnlichen Beleidigung keine Abwägung mit der Meinungsfreiheit statt. Wie auch im vorliegenden Kammerbeschluss betont wird, besitze der Begriff Schmäkritik auf diese Weise einen die Meinungsfreiheit verdrängenden Effekt und sei folglich restriktiv auszulegen.<sup>10</sup> Insbesondere stelle eine überzogene oder gar ausfällige Kritik für sich genommen noch keine Schmähung dar; vielmehr müsse darüber hinaus die Diffamierung einer Person im Vordergrund stehen und nicht mehr eine sachliche Auseinandersetzung.<sup>11</sup> Demnach komme eine Schmähung bei die Öffentlichkeit berührenden Aussagen nur ausnahmsweise vor.<sup>12</sup> Da bei Schmäkritik eine entsprechende Abwägung zwischen Persönlichkeitsrecht und Meinungsfreiheit unterbleibt, solle sie ein Sonderfall bleiben, vor allem im Rahmen der strafrechtlichen Beurteilung von Aussagen als Beleidigung.<sup>13</sup>

Dies sei nach der Auffassung der Richter in Karlsruhe vorliegend durch das LG nicht berücksichtigt worden: Zwar

<sup>2</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 2646/15, Rn. 10.

<sup>3</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 2646/15, Rn. 12.

<sup>4</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 2646/15, Rn. 12.

<sup>5</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 2646/15, Rn. 13.

<sup>6</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 2646/15, Rn. 13.

<sup>7</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 2646/15, Rn. 14.

<sup>8</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 2646/15, Rn. 16.

<sup>9</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 2646/15, Rn. 16.

<sup>10</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 2646/15, Rn. 17.

<sup>11</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 2646/15, Rn. 17.

<sup>12</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 2646/15, Rn. 17.

<sup>13</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 2646/15, Rn. 17.

wird die Betroffene durch die scharfen Äußerungen des Beschwerdeführers in ihrer Ehre beeinträchtigt; es werde aber in den angegriffenen Entscheidungen nicht in einer den besonderen Anforderungen für die Annahme einer Schmähung entsprechenden Weise dargelegt, dass ihr ehrbeeinträchtigender Gehalt von vornherein außerhalb jedes in einer Sachausinandersetzung wurzelnden Verwendungskontextes gestanden habe.<sup>14</sup> Während des Telefonats mit dem Journalisten könne sich der Beschwerdeführer mit seinen Äußerungen auch auf das Verhalten der Staatsanwältin im Rahmen des zugrunde liegenden Verfahrens bezogen haben.<sup>15</sup>

Demnach reiche es für die Annahme von Schmähkritik nicht aus, wenn das LG nur darauf abstelle, dass die Äußerungen dabei nicht relativiert oder auf ganz bestimmte einzelne Handlungen der betreffenden Staatsanwältin Bezug genommen hätten.<sup>16</sup> Insoweit seien nach der Meinung des BVerfG nähere Darlegungen erforderlich gewesen, dass sich die Äußerungen von dem Ermittlungsverfahren völlig gelöst hätten oder der Verfahrensbezug nur als mutwillig gesuchter Anlass oder Vorwand genutzt worden sei, um die Staatsanwältin als solche zu diffamieren.<sup>17</sup>

Derartige Feststellungen hätten also unter Ausschluss anderer Deutungsmöglichkeiten getroffen werden müssen, um eine Verurteilung wegen Beleidigung ohne entsprechende Abwägung zu rechtfertigen.<sup>18</sup> Dies ist vorliegend nicht durch das LG erfolgt und auch nicht durch das Kammergericht nachgeholt worden.

Allerdings wird klargestellt, dass ein Anwalt grundsätzlich nicht berechtigt sei, eine Staatsanwältin oder einen Staatsanwalt aus Verärgerung über von ihm als falsch angesehene Maßnahmen gerade gegenüber der Presse mit Beschimpfungen zu überziehen.<sup>19</sup> Insoweit müsse sich im Rahmen der Abwägung grundsätzlich das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Betroffenen durchsetzen.<sup>20</sup> Die konkrete Abwägung obliegt jedoch fachgerichtlicher Würdigung.

<sup>14</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 2646/15, Rn. 18.

<sup>15</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 2646/15, Rn. 18.

<sup>16</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 2646/15, Rn. 18.

<sup>17</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 2646/15, Rn. 18.

<sup>18</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 2646/15, Rn. 19.

<sup>19</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 2646/15, Rn. 20.

<sup>20</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 2646/15, Rn. 20.

#### IV. Einordnung in die bisherige Rechtsprechung des BVerfG

##### 1. Hoher Rang der Meinungsfreiheit und Wechselwirkungslehre

Im Lüth-Urteil<sup>21</sup> hat das BVerfG den hohen Stellenwert und die wertsetzende Bedeutung des Grundrechts der Meinungsfreiheit hervorgehoben:

„Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung ist als unmittelbarer Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt [...]. Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstituierend, [...]“<sup>22</sup>

Auf dieser Grundlage hat das BVerfG im Lüth-Urteil die Wechselwirkungslehre als besondere Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der verfassungskonformen Interpretation entwickelt, wobei die Wechselwirkung zwischen Schutzbereich und Schranken des Grundrechts besteht.<sup>23</sup> Die allgemeinen Gesetze als Schranken der Meinungsfreiheit müssen daher ihrerseits im Lichte der Bedeutung dieses Grundrechts gesehen und so interpretiert werden, dass dessen Wertgehalt jedenfalls gewahrt wird.<sup>24</sup> Neben der Verfassungsmäßigkeit des einschränkenden Gesetzes selbst ist demnach auch dessen verfassungsmäßige Auslegung und Anwendung durch die Fachgerichte erforderlich.<sup>25</sup> Dabei muss das Ziel des allgemeinen Gesetzes in einem angemessenen Verhältnis zu den mit der Beschränkung der Meinungsfreiheit verbundenen Einbußen stehen.<sup>26</sup> Im Zusammenhang mit auslegungsfähigen Tatbestandsmerkmalen des einfachen Rechts kommt es daher regelmäßig zu einer einzelfallabhängigen Abwägung der Meinungsfreiheit mit den durch die Schranke geschützten Interessen.<sup>27</sup>

Wie ebenfalls aus dem bekannten „Soldaten sind Mörder“-Beschluss<sup>28</sup> hervorgeht, wird die wertsetzende Bedeutung des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG bei Gesetzen, welche die Meinungsfreiheit einschränken, auf drei Ebenen relevant.<sup>29</sup>

Zuerst muss bereits beim Verständnis einer Äußerung im Rahmen des Schutzbereichs der hohe Rang der Meinungsfreiheit beachtet werden. Wird der Sinngehalt einer Aussage ermittelt, kommt es nicht auf das subjektive Verständnis ihres Urhebers oder des von ihr Betroffenen an; entscheidend ist vielmehr der Sinn, den ein unvoreingenommenes und verständiges Publikum der Äußerung beimisst.<sup>30</sup> Mithin dürfen umstrittene Aussageteile nicht isoliert betrachtet werden.<sup>31</sup>

<sup>21</sup> BVerfGE 7, 198.

<sup>22</sup> BVerfGE 7, 198.

<sup>23</sup> Vgl. *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 5 Rn. 139.

<sup>24</sup> Vgl. BVerfGE 7, 198 (205 ff.); 12, 124; dazu *Otto*, NJW 2006, 575 (576).

<sup>25</sup> Vgl. BVerfGE 7, 198 (205 ff.); 120, 180 (199 f.); ständige Rspr.

<sup>26</sup> Vgl. BVerfGE 59, 231 (265); 71, 206 (214).

<sup>27</sup> Vgl. BVerfGE 90, 27 (33 f.).

<sup>28</sup> BVerfGE 93, 266.

<sup>29</sup> Vgl. BVerfGE 7, 198 (208 f.); 93, 266 (290 ff.).

<sup>30</sup> Vgl. BVerfGE NJW 2010, 2193 (2194).

<sup>31</sup> Vgl. BVerfGE 82, 43 (52).

Insbesondere verstößt laut dem BVerfG ein Strafurteil gegen Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, wenn ein Fachgericht bei mehrdeutigen Meinungsäußerungen von einer sanktionswürdigen Bedeutung ausgeht, ohne vorher mit überzeugenden Argumenten sanktionslose Bedeutungen ausgeschlossen zu haben.<sup>32</sup>

Zweitens ist bei der Normauslegung das Schrankengesetz im Lichte der Meinungsfreiheit auszulegen.<sup>33</sup> Dabei kommt ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG in Betracht, wenn ein Tatbestandsmerkmal des beschränkenden Gesetzes so weit ausgelegt wird, dass die Erfordernisse des durch dieses Gesetz geschützten Rechtsguts – beispielsweise des Ehrenschutzes – überschritten werden<sup>34</sup> oder kein Raum für die Berücksichtigung der Kommunikationsfreiheit verbleibt.<sup>35</sup> Ganz im Sinne der Flugblatt-Entscheidung<sup>36</sup> ist darüber hinaus zu beachten, dass Ehrenschutzbestimmungen mit einem abschreckenden Effekt auf die Meinungsfreiheit nicht in einer Weise ausgelegt werden dürfen, dass aus Furcht vor Sanktionen von einer an sich zulässigen Kritik Abstand genommen wird.<sup>37</sup>

Zu einer einzelfallabhängigen Abwägung kommt es schließlich im Rahmen der Normanwendung und somit auf der dritten Ebene. Dabei sind alle wesentlichen Aspekte zu berücksichtigen, wenn die drohenden Beeinträchtigungen für die Meinungsfreiheit einerseits und für das entgegenstehende Rechtsgut andererseits gewichtet werden.<sup>38</sup> Auch in der Stolpe-Entscheidung wird klargestellt, dass aufgrund der Einzelfallabhängigkeit das Ergebnis der Abwägung nicht von vornherein feststeht.<sup>39</sup> Während bei Tatsachenbehauptungen deren Wahrheitsgehalt maßgeblich ist,<sup>40</sup> so entscheidet bei Werturteilen die Schwere der Beeinträchtigung für die betroffenen Rechtsgüter.<sup>41</sup> Darüber hinaus ist im Gegensatz zu Tatsachenbehauptungen die Frage der Richtigkeit eines Werturteils prinzipiell unerheblich.<sup>42</sup>

Außerdem gilt bei Werturteilen mit einem Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG die Vermutung zugunsten der Freiheit der Rede.<sup>43</sup> Dies wird damit begründet, dass in einem solchen Fall immer zu den beiden entgegengesetzten Individualinteressen zusätzlich das Gemeinwohlinteresse an einer offenen und freien Kommunikation hinzutritt, dessen wertsetzende Bedeutung im Lüth-Urteil herausgearbeitet wurde. Ein Abwä-

gungsergebnis im gegenteiligen Sinne ist zwar weiterhin möglich,<sup>44</sup> erfordert aber eine besondere Begründung.<sup>45</sup>

Folglich findet sowohl auf der Stufe der Normauslegung als auch bei der Normanwendung eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne statt, wodurch die Wechselwirkungslehre jeweils einen Ausgleich im Sinne von praktischer Konkordanz schafft: Bei der Normauslegung geht es um die allgemeine verfassungskonforme Auslegung des Schrankengesetzes, während sich die Prüfung im Rahmen der Normanwendung mit striktem Bezug zum jeweiligen Einzelfall abspielt.<sup>46</sup> Die allgemeinen Gesetze schaffen dabei mit den so erforderlichen offenen Formulierungen einen Wertungs- und Abwägungsspielraum für den Rechtsanwender, wodurch der Schwerpunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung regelmäßig in der Normanwendung liegt.<sup>47</sup>

Die Wechselwirkungslehre wird seit vielen Jahrzehnten kritisiert: Sie unterlaufe das vom GG vorgesehene Konzept der Schrankenvorbehalte und Sorge für Rechtsunsicherheit.<sup>48</sup> Außerdem sei die Wechselwirkungslehre vor dem Hintergrund der Wesensgehaltssperre des Art. 19 Abs. 2 GG sowie des allgemeinen Übermaßverbots entbehrlich.<sup>49</sup> Daneben wird die konkrete Handhabung des BVerfG problematisiert.<sup>50</sup>

Gälte für die Meinungsfreiheit jedoch lediglich ein einfacher (formeller) Gesetzesvorbehalt, so liefe der grundrechtliche Schutz des Art. 5 GG leer.<sup>51</sup> Daher sind die Wechselwirkungslehre und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unentbehrlich, wonach alle Gesetze am Maßstab des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG gemessen werden müssen.<sup>52</sup> Darüber hinaus kommt die Wechselwirkungslehre bei allen anderen Freiheitsgrundrechten ebenfalls zur Anwendung.<sup>53</sup> Wird die Zulässigkeit eines Eingriffs begründet, so zwingt diese Vorgehensweise insbesondere dazu, den Sachverhalt sowie das Eingriffsziel genau zu ermitteln und zu würdigen.<sup>54</sup> Folglich ist die Anwendung der Wechselwirkungslehre auch weiterhin zu begrüßen.

## 2. Abwägung im Rahmen der §§ 185 ff. StGB

Ergeht also eine staatliche Entscheidung in einem Rechtsstreit über eine Meinungsäußerung zwischen Privaten, so sind die entsprechenden Vorschriften in grundrechtskonformer

<sup>32</sup> Vgl. BVerfGE 82, 43 (52); 93, 266 (295 ff.); siehe auch die bekannte Stolpe-Entscheidung in BVerfGE 114, 339 (349 ff.).

<sup>33</sup> Vgl. *Grabenwarter* (Fn. 23), Art. 5 Rn. 139.

<sup>34</sup> Vgl. BVerfGE 71, 162 (181).

<sup>35</sup> Vgl. BVerfGE 43, 130 (139).

<sup>36</sup> BVerfGE 43, 130.

<sup>37</sup> Vgl. BVerfGE 43, 130 (136).

<sup>38</sup> Vgl. BVerfGE 7, 198 (212); siehe auch *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1701).

<sup>39</sup> Vgl. BVerfGE 114, 339 (347 ff.).

<sup>40</sup> Vgl. BVerfGE 97, 391 (403).

<sup>41</sup> Vgl. *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Kommentar zum GG, 13. Aufl. 2014, Art. 5 Rn. 57.

<sup>42</sup> Vgl. BVerfGE 61, 116 (151).

<sup>43</sup> Vgl. BVerfGE 7, 198 (208, 212); 61, 1 (11).

<sup>44</sup> Vgl. BVerfG NJW 2006, 3266 f.

<sup>45</sup> Vgl. zum Ganzen BVerfGE 93, 266 (295).

<sup>46</sup> Vgl. *Jestaedt*, in: *Merten/Papier*, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 4, 2011, § 102 Rn. 73.

<sup>47</sup> Vgl. *Grabenwarter* (Fn. 23), Art. 5 Rn. 146.

<sup>48</sup> Vgl. *Merten*, in: *Merten/Papier*, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 3, 2009, § 68 Rn. 80.

<sup>49</sup> Vgl. *Schmidt-Jortzig*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts der BRD, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 162 Rn. 54.

<sup>50</sup> Vgl. *Jestaedt* (Fn. 46), § 102 Rn. 102, 76 ff.

<sup>51</sup> Vgl. *Grabenwarter* (Fn. 23), Art. 5 Rn. 140.

<sup>52</sup> Vgl. *Jestaedt* (Fn. 46), § 102, Rn. 102, 75.

<sup>53</sup> Vgl. BVerfGE 69, 315 (348 f.); 77, 240 (253); 83, 130 (143); *Bethge*, in: *Sachs*, Kommentar zum GG, 7. Aufl. 2014, Art. 5 Rn. 146.

<sup>54</sup> Vgl. *Grabenwarter* (Fn. 23), Art. 5 Rn. 148.

Weise anzuwenden.<sup>55</sup> Folglich gelten oben genannte Grundsätze insbesondere auch bei der Anwendung der §§ 185 ff. StGB, welche allgemeine Gesetze im Sinne des Art. 5 GG darstellen. Daher müssen die Strafgerichte bei der Anwendung und Auslegung der §§ 185 ff. StGB die Wechselwirkung mit dem eingeschränkten Grundrecht der Meinungsfreiheit zu beachten.<sup>56</sup>

Im vorliegenden Beschluss weist die Kammer zunächst explizit auf vergangene Entscheidungen hin,<sup>57</sup> darunter auch den „Soldaten sind Mörder“-Beschluss, in dem diese Bedeutung des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG bei der Auslegung und Anwendung der §§ 185 ff. StGB betont wurde.<sup>58</sup> Anschließend kommt die Wechselwirkungslehre im Sinne des Lüth-Urteils für den konkreten Fall der §§ 185, 193 StGB zum Ausdruck,<sup>59</sup> wobei auf die ständige Rechtsprechung des BVerfG verwiesen wird.<sup>60</sup> Demnach nimmt das Gericht grundsätzlich eine Abwägung zwischen dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht und der Meinungsfreiheit vor, wobei das Ergebnis jeweils von den Umständen des Einzelfalls abhängt.<sup>61</sup>

Dabei muss bei der Abwägung das Interesse des Beleidigten höher zu gewichten sein als das Recht des Beleidigten auf Unverletztheit seiner Ehre oder diesem zumindest gleichwertig gegenüberstehen.<sup>62</sup> Daraus folgt gemäß der Stolpe-Entscheidung eine Informationspflicht des Urhebers einer Tatsachenbehauptung über deren Wahrheitsgehalt,<sup>63</sup> wobei der Umfang dieser Pflicht von allen äußeren und inneren Umständen abhängt.<sup>64</sup>

Da der Meinungsfreiheit ein so hoher Stellenwert zukommt, fällt die Abwägung regelmäßig zugunsten des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG aus, woraus sich auch im Rahmen der §§ 185 ff. StGB ein grundsätzlicher Vorrang der Meinungsfreiheit folgern lässt.<sup>65</sup> Wie im Wahlkampf-Beschluss<sup>66</sup> deutlich wird, hält das BVerfG ein Einschreiten gegen eine Meinungsäußerung nur in äußersten Fällen für gerechtfertigt.<sup>67</sup> Im Ergebnis kommt eine Ausnahme vom Vorrang der Meinungsfreiheit daher nur in folgenden Fällen in Betracht:

Zunächst fallen solche Tatsachenbehauptungen nicht unter den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, deren Unwahrheit evident oder ihrem Urheber bewusst ist, was bei-

spielsweise auch bei der korrekten Verwendung von Zitaten vorliegen kann.<sup>68</sup> Insbesondere im Wahlkampf-Beschluss macht das Gericht in Karlsruhe deutlich, dass es von einem weiten Schutzbereich der Meinungsfreiheit ausgeht, der eröffnet ist, sobald Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens eine Äußerung prägen.<sup>69</sup>

Außerdem muss die Meinungsfreiheit bei einer Abwägung mit dem Recht der persönlichen Ehre immer dann zurücktreten, wenn die Menschenwürde eines anderen Menschen verletzt wird.<sup>70</sup> Die Abwägung unterbleibt sogar völlig, sobald die engen Voraussetzungen für eine Schmähkritik oder Formalbeleidigung erfüllt sind.<sup>71</sup>

In der vorliegenden Entscheidung kommt ebenso der Grundsatz zum Ausdruck, dass prinzipiell alle Meinungsäußerungen, unabhängig von ihrer Qualität, unter den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG fallen.<sup>72</sup> Daneben wird unter Verweis auf die bisherige Rechtsprechung klargestellt, dass ein bestimmtes Ergebnis der Abwägung nicht verfassungsrechtlich vorgegeben ist.<sup>73</sup>

Die Kammer lässt jedoch im zugrunde liegenden Fall erkennen, dass die Abwägung hier gerade nicht zugunsten der Meinungsfreiheit ausfallen soll, sondern sich das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der Staatsanwältin durchsetzt.<sup>74</sup> Dazu trägt nach der Formulierung des Gerichts gerade auch der Kontext des Telefonats mit einem Journalisten bei, woran erkennbar wird, dass bei der Abwägung sämtliche Umstände zu berücksichtigen und entsprechend zu gewichten sind.<sup>75</sup>

Dass durch die Rechtsprechung des BVerfG der Ehrenschutz leidet, sieht das Schrifttum zum Teil durchaus kritisch.<sup>76</sup> Teilweise wird sogar davon gesprochen, dass ein strafrechtlicher Ehrenschutz im Zweifel überhaupt nicht mehr stattfindet.<sup>77</sup> Prinzipiell fallen alle Meinungsäußerungen<sup>78</sup>,

<sup>55</sup> Vgl. *Grabenwarter* (Fn. 23), Art. 5 Rn. 107.

<sup>56</sup> Vgl. BVerfGE 93, 266 (292).

<sup>57</sup> BVerfG, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 2646/15, Rn. 10.

<sup>58</sup> Vgl. BVerfGE 82, 43 (50 ff.); 85, 23 (30 ff.); 93, 266 (292 ff.).

<sup>59</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 2646/15, Rn. 12.

<sup>60</sup> Vgl. BVerfGE 7, 198 (205 ff.); 120, (180, 199 f.).

<sup>61</sup> Vgl. BVerfGE 85, 1 (16); 99, 185 (196 f.); 114, 339 (348).

<sup>62</sup> Vgl. *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 193 Rn. 10 m.w.N.

<sup>63</sup> Vgl. BVerfGE 114, 339.

<sup>64</sup> Vgl. *Geppert*, Jura 1985, 25 (30).

<sup>65</sup> Vgl. BVerfGE 42, 143 (150); 47, 130 (143); 54, 129 (136); 61, 1 (10 f.); 85, 1 (16).

<sup>66</sup> BVerfGE 61, 1.

<sup>67</sup> Vgl. BVerfGE 61, 1 (12); kritisch *Kriele*, NJW 1994, 1898 („Supervermutungs-Formel“).

<sup>68</sup> Vgl. BVerfGE 61, 1 (7 ff.); 90, 241 (247); *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1699).

<sup>69</sup> Vgl. BVerfGE 61, 1 (9); 90, 241 (247); *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1699).

<sup>70</sup> Vgl. BVerfGE 75, 369 (380).

<sup>71</sup> Vgl. BVerfGE 61, 1 (12); 85, 1 (16); zu der engen Auslegung des Begriffs der Schmähkritik vgl. BVerfGE 82, 272 (284); 93, 266 (294); BVerfG NJW 2014, 3357 (3358).

<sup>72</sup> Vgl. BVerfGE 33, 1 (43); 61, 1 (7).

<sup>73</sup> BVerfG, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 2646/15, Rn. 12; vgl. BVerfGE 85, 1 (16); 99, 185 (196 f.).

<sup>74</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 2646/15, Rn. 20.

<sup>75</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 2646/15, Rn. 20.

<sup>76</sup> Vgl. *Zaczyk*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 193 Rn. 33; *Kiesel*, NVwZ 1992, 1129; *Forkel*, JZ 1994, 637; *Stürner*, JZ 1994, 865; *Ossenbühl*, JZ 1995, 640; *Krey*, JR 1995, 224; siehe auch BayObLGSt 2004, 133; siehe auch *Lenckner/Eisele*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Aufl. 2014, § 193 Rn. 15a m.w.N.

<sup>77</sup> *Schmitt Glaeser*, JZ 1983, 95; vgl. auch *Kiesel*, NVwZ 1992, 1129.

unabhängig von ihrer Qualität, unter den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG,<sup>79</sup> wodurch das Ergebnis der Abwägung mit dem Recht der persönlichen Ehre aufgrund der Vermutung zugunsten der freien Rede nach kritischer Auffassung doch bereits im Voraus feststeht.<sup>80</sup>

Dieser Kritik aus der Literatur kann mit der h.M.<sup>81</sup> auch anhand des vorliegenden Kammerbeschlusses insoweit widersprochen werden, als die Abwägung in entsprechend gelagerten Sachverhalten ebenso zugunsten des Ehrenschatzes ausfallen kann. Allein aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgt bereits, dass die Meinungsfreiheit nicht pauschal anderen Rechtsgütern vorgehen kann.<sup>82</sup> Die Vermutung zugunsten der des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG bedeutet nur, dass eine Abweichung einer besonderen Begründung bedarf.<sup>83</sup> Richtigerweise wird darauf hingewiesen, dass eine Entscheidung zu Lasten des Ehrenschatzes ebenfalls eine Begründung erfordert.<sup>84</sup> Darüber hinaus folgt aus den Statistiken, dass fachgerichtliche Entscheidungen, die zugunsten des Ehrenschatzes ausfallen, öfter bestätigt als aufgehoben werden.<sup>85</sup>

### 3. Bedeutung des § 193 StGB

§ 193 StGB ist als wichtigster Rechtfertigungsgrund des Beleidigungsstrafrechts anerkannt.<sup>86</sup> Die h.M. sieht in § 193 StGB einen Fall der Güter- oder Interessenabwägung.<sup>87</sup> Daneben geht es um die Frage, ob Art. 5 GG ebenfalls einen eigenständigen Rechtfertigungsgrund darstellen kann.<sup>88</sup>

Nach kritischer Auffassung ist dies zu verneinen.<sup>89</sup> Aus dem Freiheitsgrundrecht des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG könne kein Eingriffsrecht abgeleitet werden, sodass eine ehrverletzende Äußerung nicht auf die Meinungsfreiheit gestützt werden könne, sondern vielmehr des Rechtfertigungsgrundes aus § 193 StGB bedürfe.<sup>90</sup> Nach dieser Auffassung ist mithin bei der Prüfung des § 185 StGB im Rahmen der Rechtfertigung allein die Kollisionsregel des § 193 StGB heranzuziehen.

Dagegen versteht die h.M. § 193 StGB als Ausprägung des Art. 5 GG,<sup>91</sup> wobei letzterer teilweise als ein eigenständiger Rechtfertigungsgrund im Rahmen des § 185 StGB anerkannt wird.<sup>92</sup> Unter dem Hinweis auf die Wechselwirkungslehre sowie die Grundsätze der praktischen Konkordanz sei dabei festzustellen, dass Art. 5 GG oftmals zu denselben Ergebnissen wie § 193 StGB führe.<sup>93</sup> Aus der Rechtsprechung des BVerfG wird demnach zum Teil sogar gefolgert, dass § 193 StGB seine selbstständige Bedeutung als Rechtfertigungsgrund verloren habe.<sup>94</sup>

Jedenfalls aber steht fest, dass § 193 StGB eine ausfüllungsbedürftige Generalklausel<sup>95</sup> enthält, bei deren Auslegung die Wertung des Art. 5 GG zu berücksichtigen ist.<sup>96</sup> Wenn schon § 193 StGB als Fall der Güter- oder Interessenabwägung angesehen wird, so ist es nur konsequent, diese Abwägung unter Berücksichtigung des Art. 5 GG vorzunehmen. Folglich ist der h.M. zuzustimmen.

§ 193 StGB liefert demnach als Konkretisierung des Grundrechts der Meinungsfreiheit eine Lösung im Einzelfall, wonach Ehrverletzungen bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen grundsätzlich nur im Rahmen der gesetzlichen Grenzen des § 193 StGB gerechtfertigt sind.<sup>97</sup> Das BVerfG wendet jedoch § 193 StGB nicht nur in diesem beschränkten Rahmen an, also nicht nur bei öffentlichen, sondern auch bei privaten Auseinandersetzungen, wenn es um staatliche Einrichtungen, deren Bedienstete und deren Vorgehensweisen geht.<sup>98</sup>

### 4. Restriktive Auslegung des Begriffs der Schmähkritik

Auf den Begriff der Schmähkritik geht die Kammer im vorliegenden Beschluss ebenfalls ein. In diesem Sonderfall tritt die Meinungsfreiheit regelmäßig hinter den Ehrenschatz zurück, sodass ausnahmsweise nicht die zuvor angesprochene Abwägung stattfindet.<sup>99</sup> Dies erfordert eine restriktive Auslegung des Begriffs der Schmähkritik, was insbesondere auch im „Soldaten sind Mörder“-Beschluss festgestellt wird.<sup>100</sup>

Für die Annahme von Schmähkritik gelten also strenge Maßstäbe, was das Gericht dadurch deutlich macht, dass auch

<sup>78</sup> Zur weiten Auslegung des Begriffs der Meinung durch das BVerfG vgl. BVerfGE 61, 1 (9); 90, 241 (247); *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1699).

<sup>79</sup> Vgl. BVerfGE 33, 1 (43); 61, 1 (7).

<sup>80</sup> *Otto*, NJW 2006, 575 (576).

<sup>81</sup> Vgl. die zahlreichen Nachweise bei *Lenckner/Eisele* (Fn. 76), § 193 Rn. 15a.

<sup>82</sup> Vgl. *Jestaedt* (Fn. 46), § 102 Rn. 75.

<sup>83</sup> Vgl. BVerfGE 93, 266 (295); *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1703 f.).

<sup>84</sup> Vgl. *Lenckner/Eisele* (Fn. 76), § 193 Rn. 15, 15a m.w.N.

<sup>85</sup> Vgl. *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1704).

<sup>86</sup> h.M.; vgl. BVerfGE 12, 113 (125); *Zaczyk* (Fn. 76), § 193 Rn. 1 m.w.N.

<sup>87</sup> BVerfGE 12, 113 (125); 24, 278 (282); BGHSt 18, 182 (184); 36, 83 (89); *Kühl* (Fn. 62), § 193 Rn. 1, 10; *Lenckner/Eisele* (Fn. 76), § 193 Rn. 1, 8; *Geppert*, Jura 1985, 26; a.A. *Zaczyk* (Fn. 76), § 193 Rn. 2; *Schaffstein*, NJW 1951, 691.

<sup>88</sup> So *Otto*, NJW 2006, 575 (575).

<sup>89</sup> Vgl. *Zaczyk* (Fn. 76), § 193 Rn. 6.

<sup>90</sup> *Zaczyk* (Fn. 76), § 193 Rn. 6.

<sup>91</sup> Vgl. BVerfGE 12, 113 (125); 42, 143 (152); 93, 266 (290 f.). BGHSt 12, 287 (293); BVerfGE 1982, 1008; siehe auch *Otto*, NJW 2006, 575, der hier Art. 5 GG selbst als den Rechtfertigungsgrund sieht.

<sup>92</sup> Vgl. *Lenckner/Eisele* (Fn. 76), § 193 Rn. 16 f.

<sup>93</sup> Vgl. *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 193 Rn. 38.

<sup>94</sup> Vgl. *Lenckner/Eisele* (Fn. 76), § 193 Rn. 1; siehe auch *Kühl* (Fn. 62), § 193 Rn. 3; vgl. a. *Zaczyk* (Fn. 76), § 193 Rn. 2 m.w.N.

<sup>95</sup> „Wahrnehmung berechtigter Interessen“, vgl. *Lenckner/Eisele* (Fn. 76), § 193 Rn. 1.

<sup>96</sup> *Joecks* (Fn. 93), § 193 Rn. 38; siehe auch *Grabenwarter* (Fn. 23), Art. 5 Rn. 203.

<sup>97</sup> Vgl. BVerfGE 42, 143 (152); *Otto*, NJW 2006, 575.

<sup>98</sup> Vgl. BVerfGE 93, 266 (293).

<sup>99</sup> Vgl. BVerfGE 82, 43 (51); 90, 241 (248); 93, 266 (294).

<sup>100</sup> Vgl. BVerfGE 93, 266 (294).

eine überzogene oder ausfällige Kritik ohne das Hinzutreten weiterer Voraussetzungen noch keine Schmähung darstellt.<sup>101</sup> Dies geht auch aus jüngeren Entscheidungen des BVerfG hervor, die ähnlich gelagerte Fälle behandelten.<sup>102</sup> Bereits im „Soldaten sind Mörder“-Beschluss wird deutlich, dass bei Schmähkritik die Diffamierung einer Person und nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache im Vordergrund steht.<sup>103</sup>

Einige Autoren problematisieren diese enge Auslegung des Begriffs der Schmähkritik.<sup>104</sup> Im Ergebnis werde eine Äußerung nur noch dann als Schmähung angesehen, wenn sie keinerlei Sachbezug aufweise.<sup>105</sup> Ebenfalls wird kritisiert, dass dieser Sonderfall laut dem BVerfG nur bei Privatfehden in Betracht komme.<sup>106</sup> Diese Rechtsprechung nehme dadurch dem Begriff der Schmähkritik jegliche Bedeutung und führe zu erheblicher Rechtsunsicherheit: So bevorzugen die Instanzgerichte zum Teil eine weitere Auslegung, um den Anwendungsbereich der Schmähkritik zu erhalten; andere Instanzgerichte dagegen würden zwar die Rechtsprechung des BVerfG prinzipiell kritisieren, schlossen sich dieser aber am Ende doch an.<sup>107</sup> Daneben wird ebenso beklagt, dass es zu einer überaus unübersichtlichen Kasuistik gekommen sei.<sup>108</sup>

Die strengen Maßstäbe für das Vorliegen einer Schmähung sind im Ergebnis aber zu begrüßen, vor allem im Hinblick auf die möglichen Folgen einer großzügigeren Auslegung: Zum einen schösse die Anzahl an Strafverfahren wegen Beleidigung angesichts der noch höheren Verurteilungswahrscheinlichkeit in die Höhe. Dies hätte für die auch so schon überlasteten Strafgerichte eine zusätzliche Belastung zur Folge, wobei es oftmals um politische Probleme<sup>109</sup> ginge, die nicht vor Gericht, sondern im gesellschaftlichen Diskurs gelöst werden müssen.<sup>110</sup>

Zum anderen entstünde eine deutliche Zurückhaltung und Unsicherheit in der Bevölkerung, wenn es um die Kundgabe der eigenen Meinung geht.<sup>111</sup> Dadurch wird im Ergebnis die Meinungsfreiheit ausgehöhlt.<sup>112</sup> Insbesondere könnten vor allem Personen, die sich Kunstformen wie der Satire bedienen, nicht mehr ungehindert an der öffentlichen Meinungsbildung teilhaben. Dabei muss es sich nicht einmal um Grenzfälle wie das Gedicht von *Jan Böhmermann* handeln.

Insgesamt wäre also nicht nur die offene politische Diskussion erheblich eingeschränkt,<sup>113</sup> sondern auch der einzelne Rechtsträger bei der Wahrnehmung seines Grundrechts auf freie Meinungsäußerung.<sup>114</sup>

Folglich muss das Grundrecht der Meinungsfreiheit weiterhin seinen hohen Rang behalten. Die Aussagen des Lüth-Urteils sind damit nach wie vor aktuell und von großer Bedeutung.<sup>115</sup> Das BVerfG hat seine Rechtsprechung seit diesem Urteil konsequent fortgeführt und beugt so der Entstehung von Rechtsunsicherheit vor.<sup>116</sup>

## V. Schlussanmerkung

Auch mit dem vorliegenden Kammerbeschluss macht das BVerfG deutlich, dass es sich bei Äußerungen nur in den seltensten Fällen um Schmähkritik handelt. Es bleibt also im Regelfall dabei, dass es zu einer Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit und dem Ehrenschutz kommt, wobei das BVerfG dem Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG einen grundsätzlichen Vorrang beimisst.

Einerseits stellt der zugrunde liegende Beschluss insoweit einen Regelfall in der Rechtsprechung des Gerichts in Karlsruhe dar, als eine Schmähung der absolute Ausnahmefall bleiben muss und es daher im Grundsatz einer Abwägung bedarf. Andererseits wird vorliegend deutlich, dass sich die Meinungsfreiheit auch einmal nicht gegen das Allgemeine Persönlichkeitsrecht durchsetzen und das Ergebnis der Abwägung somit doch zugunsten des Ehrenschatzes ausfallen kann.

Verzichtet ein Fachgericht auf die Abwägung, geht es vom Sonderfall einer Schmähung aus und bewegt sich damit auf dünnem Eis: Angesichts der restriktiven Handhabung dieser Ausnahme durch des BVerfG kann es dann – wie auch im vorliegenden Fall – häufig passieren, dass nach einer erfolgreichen Verfassungsbeschwerde in der Sache erneut entschieden werden muss.

*Wiss. Mitarbeiter Alexander Al Hamwi, München*

<sup>101</sup> Vgl. BVerfGE 82, 272 (283 f.); 85, 1 (16); 93, 266 (294).

<sup>102</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 5.12.2008 – 1 BvR 1318/07 („Dummschwätzer“); BVerfG, Beschl. v. 12.5.2009 – 1 BvR 2272/04 (Bezeichnung eines Staatsanwalts als „durchgeknallt“ nicht ausreichend).

<sup>103</sup> Vgl. BVerfGE 93, 266 (294), s.a. BVerfGE 82, 272 (284).

<sup>104</sup> Vgl. *Kühl* (Fn. 62), § 193 Rn. 12a m.w.N.

<sup>105</sup> *Otto*, NJW 2006, 575 (576); siehe auch *Kriele*, NJW 1994, 1897 (1899); *Schmitt Glaeser*, NJW 1996, 873 (877).

<sup>106</sup> *Zaczyk* (Fn. 76), § 193 Rn. 4; *Otto*, Jura 1997, 139 (142).

<sup>107</sup> Vgl. zum Ganzen *Otto*, NJW 2006, 575 (576).

<sup>108</sup> Vgl. *Joecks*, (Fn. 93), § 193 Rn. 49.

<sup>109</sup> *Denninger*, KJ 1990, 366 (367).

<sup>110</sup> Vgl. *Gounalakis*, NJW 1996, 481 (486 f.) zur Aussage „Soldaten sind Mörder.“.

<sup>111</sup> Vgl. *Grabenwarter* (Fn. 23), Art. 5 Rn. 203.

<sup>112</sup> Vgl. *Gounalakis*, NJW 1996, 481 (486 f.).

<sup>113</sup> Vgl. *Hochhuth*, NJW 2007, 192 (194 ff.); siehe auch BVerfGE 43, 130 (136); *Gounalakis*, NJW 1996, 481 (486 f.).

<sup>114</sup> Vgl. *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1704).

<sup>115</sup> Vgl. zum Ganzen auch BVerfGE 7, 198.

<sup>116</sup> Vgl. *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1704).

## Entscheidungsanmerkung

### Auftritte ausländischer Regierungsmitglieder im Inland

1. **Ausländische Staatsoberhäupter und Mitglieder ausländischer Regierungen können sich im Rahmen ihrer amtlichen Funktionen gegenüber der (deutschen) öffentlichen Gewalt nicht auf Grundrechte berufen.**
2. **Einreise und öffentliche Auftritte ausländischer Staatsoberhäupter und Regierungsmitglieder bedürfen der Zustimmung der Bundesregierung, die auch konkludent erfolgen kann. Auf die Zustimmung besteht kein – verfassungsrechtlicher oder völkerrechtlicher – Anspruch.**
3. **Es besteht jedoch ebensowenig ein grundrechtlich fundierter Anspruch deutscher Staatsbürger auf Verweigerung dieser Zustimmung. Die Grundrechte ermöglichen keine allgemeine, von der individuellen Betroffenheit losgelöste Rechtmäßigkeitskontrolle. (Leitsätze des *Verf.*)**

GG Art. 1 Abs. 3, Art. 32 Abs. 1  
BVerfGG § 90 Abs. 1

BVerfG (K), Nichtannahmebeschl. v. 8.3.2017 – 2 BvR 483/17<sup>1</sup>

### I. Sachverhalt

Am 16.4.2017 findet in der Türkei ein Referendum über die Novellierung der türkischen Verfassung statt. Stimmberechtigt sind auch im Ausland lebende türkische Staatsangehörige, einschließlich solcher, die noch eine weitere Staatsbürgerschaft innehaben. Am 18.2.2017 warb der türkische Premierminister *Yildirim* daher in Oberhausen vor mehreren tausend Landsleuten um deren Zustimmung im Referendum. Ähnliche Auftritte türkischer Minister in Deutschland wurden in mehreren Fällen von kommunalen Behörden untersagt – teils aufgrund fehlender Parkplätze, teils aus Brandschutzgründen<sup>2</sup> – was zu erheblichen politischen Verwerfungen führte.<sup>3</sup> In den Niederlanden kam es im Zuge des verweigeren Auftritts der türkischen Familienministerin *Kaya* zu einer handfesten diplomatischen Krise.<sup>4</sup> Der Auftritt des Premiers in Oberhausen jedoch fand statt.

Hiergegen erhob ein unbeteiligter Dritter Verfassungsbeschwerde, verbunden mit einem Eilantrag gem. § 32 Abs. 1 BVerfGG. Der Antrag richtete sich gegen „das Unterlassen der Bundesregierung, die Rede des türkischen Ministerpräsidenten *Yildirim* am 18.2.2017 in Oberhausen wegen Propaganda für eine nach unserer Verfassung demokratiefeindliche Staatsform zu verbieten und gegen weitere Auftritte türki-

scher Regierungsmitglieder in diesem Zusammenhang einzuschreiten“.<sup>5</sup>

### II. Entscheidungsgründe

Die Kammer stellt fest, es sei nicht erkennbar, welche Grundrechte des Beschwerdeführers durch das gerügte Unterlassen verletzt worden sein sollen. Sie nimmt die Beschwerde daher nicht zur Entscheidung an (§§ 93a Abs. 1, 93b S. 2 BVerfGG), was den Eilantrag gegenstandslos werden lässt (§ 40 Abs. 3 GO-BVerfG). Zugleich verbindet sie dies aber mit einem 187 Wörter langen Obiter dictum, in welchem sie darauf hinweist, „Staatsoberhäupter und Mitglieder ausländischer Regierungen“ hätten weder einen Anspruch auf Einreise, noch auf Auftritte „in amtlicher Eigenschaft und unter Inanspruchnahme ihrer Amtsautorität“<sup>6</sup> in Deutschland. Ein solcher Anspruch ergebe sich nicht aus dem Völkerrecht. Auch auf Grundrechte könnten sich die betroffenen ausländischen Amtsträger nicht berufen, da sie nicht als hoheitlicher Gewalt unterworfenen Individuen, sondern als Repräsentanten fremder Staaten aufträten. Die Entscheidung über Einreise und Auftritt sei vielmehr ein völkerrechtlicher Akt der auswärtigen Gewalt, der im Ermessen der Bundesregierung stehe.

### III. Bewertung

Bei der Entscheidung handelt es sich um einen Nichtannahmebeschluss. Im Rahmen des – im Studium weitgehend unbekanntes – Annahmeverfahrens nach §§ 93a, 93b BVerfGG prüft das Gericht vorgelagert, ob die Verfassungsbeschwerde offensichtlich unzulässig bzw. unbegründet ist<sup>7</sup>, da ihr in diesem Fall weder verfassungsrechtliche Bedeutung zukommen, noch sie zur Durchsetzung von Grundrechten angezeigt sein kann (vgl. § 93a Abs. 2 BVerfGG).<sup>8</sup> Das Annahmeverfahren, das seiner Intention nach eigentlich keine inhaltliche Prüfung umfasst<sup>9</sup>, sondern die Tätigkeit des Gerichts auf solche Beschwerden beschränken soll, die objektiv oder subjektiv besondere Bedeutung haben, hat sich so zu einem entscheidenden „Filter“ entwickelt, um die Senate zu entlasten. Da die mit dem Annahmeverfahren überwiegend<sup>10</sup> betrauten Kammern inzwischen gem. § 93c BVerfGG einer offensichtlich begründeten Verfassungsbeschwerde auch stattgeben können, stellen Kammerentscheidungen heutzutage die überwältigende Mehrheit der Entscheidungen dar. 2016 standen 108 Senatsentscheidungen 5864 Kammerentscheidungen

<sup>5</sup> BVerfG (K), Beschl. v. 8.3.2017 – 2 BvR 483/17.

<sup>6</sup> BVerfG (K), Beschl. v. 8.3.2017 – 2 BvR 483/17, Rn. 3.

<sup>7</sup> Vgl. aus der jüngeren Vergangenheit exemplarisch BVerfG (K), Beschl. v. 16.1.2017 – 1 BvR 2406/16 sowie Beschl. v. 22.2.2017 – 1 BvR 2875/16.

<sup>8</sup> *Graßhof*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu u.a. (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 25. Lfg. 2006, § 93a Rn. 63.

<sup>9</sup> So kann das Gericht ggf. sogar offensichtlich begründete Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung annehmen – BVerfGE 47, 102.

<sup>10</sup> Die (seltene) Ausnahme stellt § 93b S. 2 BVerfGG dar.

<sup>1</sup> Abrufbar unter [http://www.bverfg.de/e/rk20170308\\_2bvr048317.html](http://www.bverfg.de/e/rk20170308_2bvr048317.html) (22.3.2017).

<sup>2</sup> <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2017-03/gaggenau-sagt-auftritt-von-tuerkischem-justizminister-ab> (14.3.2017).

<sup>3</sup> <https://www.tagesschau.de/ausland/erdogan-vorwurfdeutschland-105.html> (22.3.2017).

<sup>4</sup> <http://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/erdogan-wirft-niederlanden-staatsterrorismus-vor-14923939.html> (22.3.2017).

gegenüber.<sup>11</sup> Angesichts der exorbitanten Menge von Verfassungsbeschwerden ist diese Zweckentfremdung des Annahmeverfahrens wohl unausweichlich.

Dem Antrag steht, wie das Gericht im Ergebnis auch feststellt, die Unzulässigkeit ins Gesicht geschrieben: Neben der fehlenden Beschwerdebefugnis (§§ 90 Abs. 1, 92 BVerfGG) ist auch der Rechtsweg nicht erschöpft (§ 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG)<sup>12</sup>. In anderen Verfahren dieser Art ist das Gericht gar mit einer Missbrauchsgebühr nach § 34 Abs. 2 BVerfGG schnell bei der Hand.<sup>13</sup> Hier hingegen nutzt es die Gelegenheit zu einer ausführlichen Darstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen für Auftritte ausländischer Regierungsmitglieder im Inland. Dass Karlsruhe seine Entscheidungen hin und wieder mit einem Obiter dictum versieht, ist nichts Außergewöhnliches.<sup>14</sup> Hier aber greift eine Kammer unmittelbar in einen tagespolitischen Streit ein, ohne dass die zugrundeliegende Verfassungsbeschwerde auch nur ansatzweise einen Anlass zur Thematisierung der Grundrechtsberechtigung ausländischer Funktionsträger und der Erlaubnispflichtigkeit ihrer Betätigung bot.<sup>15</sup> Es ist nicht Aufgabe eines Gerichts, von Amts wegen rechtliche Hinweise zu geben.<sup>16</sup> Die Einschätzung zulässiger Handlungsoptionen liegt in der Hand der Exekutive. Erst wenn hierüber Streit entsteht und die Antragsvoraussetzungen für ein verfassungsgerichtliches Verfahren vorliegen – und daran mangelte es hier, wie das

Gericht selbst feststellt – prüft das Bundesverfassungsgericht diese nach. Man darf davon ausgehen, dass das Auswärtige Amt über fähige Juristinnen und Juristen verfügt und sich durchaus über die Möglichkeiten, Auftritte dieser Art zu verhindern, im Klaren ist. Die Bundesregierung wird sich vielmehr bewusst dazu entschlossen haben, diese Möglichkeiten nicht zu nutzen und die Auftritte – in der Diktion der Kammer – konkludent zu gestatten,<sup>17</sup> eine Entscheidung, deren Rechtmäßigkeit durch den Beschluss nicht infrage gestellt wird: Schließlich behauptet das Gericht mit keinem Wort, die Bundesregierung müsse Auftritte türkischer Regierungsmitglieder in Deutschland verbieten, sondern weist nur darauf hin, sie könne dies tun. Dieses Hinweises bedurfte es nicht. Man kann die derzeitige Vorgehensweise der Bundesregierung beurteilen, wie man möchte – man kann sie für eine sinnvolle Deeskalationspolitik oder aber für fatales Appeasement halten. Beides aber sind politische Einschätzungen, deren Widerstreit das Bundesverfassungsgericht nicht durch unnötige Interventionen befeuern sollte, will es nicht Gefahr laufen, in die politische Auseinandersetzung hineingezogen zu werden.

Legt man diese Bedenken einmal beiseite, verdient das Obiter dictum der Kammer inhaltlich allerdings weitgehend Zustimmung. Die Grundrechte gelten im Verhältnis des Individuums zum Staat. Staaten – ganz gleich, ob es sich um die Bundesrepublik Deutschland oder um einen anderen Staat handelt – sind nicht grundrechtsberechtigt.<sup>18</sup> Ausländische Funktionsträger vertreten den Staat, dessen Organwalter sie sind; ihnen kommt im Rahmen ihrer Organstellung daher ebensowenig die Grundrechtsträgerschaft zu.<sup>19</sup>

In seinem Urteil zum Atomausstieg hat das Bundesverfassungsgericht jedoch einem Unternehmen, das vollständig im Eigentum eines ausländischen Staates stand, die Grund-

<sup>11</sup> <http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2016/gb2016/A-III.pdf?blob=publicationFile&v=2> (22.3.2017).

<sup>12</sup> Fachgerichtlicher Rechtsschutz wäre hier in Gestalt einer allgemeinen Leistungsklage vor den Verwaltungsgerichten zu suchen. Eine Verpflichtungs- oder Anfechtungsklage ist nicht statthaft, da es sich bei dem begehrten Einschreiten um eine völkerrechtliche, keine verwaltungsrechtliche Maßnahme handelt und daher kein Verwaltungsakt vorliegt – vgl. *U. Stelkens*, in: P. Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 8. Aufl. 2014, § 35 Rn. 51. Dies hindert freilich nicht die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs – vgl. VG Köln, Urt. v. 27.1.2011 – 13 K 5693/08, Rn. 36 ff.

<sup>13</sup> Vgl. etwa BVerfG (K), Beschl. v. 13.12.2016 – 2 BvR 871/16, Rn. 7, mit der Begründung, „dass die vorliegende Verfassungsbeschwerde den Begründungsanforderungen nicht einmal ansatzweise genügt und damit offensichtlich unzulässig ist“.

<sup>14</sup> Kritisch dazu *Lamprecht*, NJW 1998, 1039 („Diarrhö“); zurückhaltender *Hong*, *Der Staat* 54 (2015), 409 (415 f., 428).

<sup>15</sup> *Goldmann*, *Le gouvernement de soi et des autres: Zu Auftrittsverboten für türkische Regierungsmitglieder*, abrufbar <http://verfassungsblog.de/le-gouvernement-de-soi-et-des-autres-zu-auftrittsverbotten-fuer-tuerkische-regierungsmitglieder/> (22.3.2017) weist in diesem Zusammenhang auf ein am Folgetag des Beschlusses erschienenes Interview des Vizepräsidenten *Kirchhof* – der freilich nicht Mitglied der Kammer war – hin, welcher sich in gleicher Weise äußert (vgl. FAZ v. 9.3.2017, S. 4).

<sup>16</sup> *Maunz*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), *Kommentar zum GG*, 33. Lfg., Stand: 1997, Art. 93 Rn. 7.

<sup>17</sup> Dafür spricht auch, dass in der Regierungserklärung der Bundeskanzlerin vom 9.3.2017 davon die Rede ist, sie gehe davon aus, dass derartige Auftritte weiterhin genehmigt werden könnten, Plenarprotokoll 18/221, S. 22067(A).

<sup>18</sup> Vgl. schon Art. 19 Abs. 3 GG – ausländische Staaten sind keine inländischen juristischen Personen. Auch die europarechtlich induzierte Ausnahme zugunsten von juristischen Personen des europäischen Auslandes vermittelt ausländischen, innereuropäischen Gebietskörperschaften keine Grundrechtsträgerschaft, da sich diese nicht auf die Grundfreiheiten berufen können – *Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 46 Lfg., Stand: 2011, Art. 54 AEUV Rn. 7. Eine Ausnahme stellen dagegen die Justizgrundrechte dar, die losgelöst vom Staat-Individuum-Verhältnis auch dem Staat und seinen Organen zukommen – BVerfGE 21, 362 (373). Dies gilt ebenso für ausländische Staaten – *Feldmüller*, *Die Rechtsstellung fremder Staaten und sonstiger juristischer Personen des ausländischen öffentlichen Rechts im deutschen Verwaltungsprozessrecht*, 1999, S. 204 f.

<sup>19</sup> OVG Münster, Beschl. v. 29.7.2016 – 15 B 876/16, Rn 14; *Petersen*, *Erdogan und die Versammlungsfreiheit*, abrufbar <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/erdogan-wahlkampf-auftritt-deutschland-versammlungsfreiheit/> (22.3.2017).

rechtsberechtigung zugestanden.<sup>20</sup> Es berief sich dabei einerseits auf die unionsrechtlichen Grundfreiheiten<sup>21</sup>, die nun aber im hier vorliegenden Fall, in dem es sich mit der Türkei nicht um einen EU-Mitgliedsstaat handelt, nicht zur Anwendung kommen. Andererseits verwies es aber auch darauf, das Konfusionsargument, wonach eine gleichzeitige Grundrechtsberechtigung und -verpflichtung zu vermeiden sei, greife bei ausländischen Staaten nicht, da diese nicht an die Grundrechte gebunden seien.<sup>22</sup> Dieses Argument ist zweifelhaft, da auch die fehlende Grundrechtsberechtigung des deutschen Staates richtigerweise nicht auf das Konfusionsargument zurückzuführen ist<sup>23</sup>, sondern darauf, dass der Staat niemals in Ausübung von Freiheit tätig werden kann.<sup>24</sup> So gesehen ist es erfreulich, dass das Bundesverfassungsgericht im neuerlichen Beschluss die Trennlinie zwischen Staat und Individuum deutlicher zieht.

Auch der Verweis darauf, Auftritte ausländischer Regierungsmitglieder bedürften der – konkludenten oder expliziten – Genehmigung der Bundesregierung, trifft zu. Sofern es sich um amtliche Auftritte ausländischer Hoheitsträger handelt – dazu sogleich – agiert die Bundesregierung bei ihrer Positionierung dazu in Ausübung der auswärtigen Gewalt, die nach Art. 32 Abs. 1 GG in die Kompetenz des Bundes fällt. Darauf, dass die umstrittenen Auftritte im Inland erfolgen, kommt es dabei nicht an. Entscheidend ist der Bezug zu anderen Völkerrechtssubjekten.<sup>25</sup> Die Befugnisse, die dem Bund im Rahmen dieser Kompetenz zukommen, ergeben sich für den hier vorliegenden Fall im Wesentlichen aus dem

Völkergewohnheitsrecht<sup>26</sup>, das durch Art. 25 S. 1 GG in Bundesrecht transformiert wird. Demnach bedürfen Besuche von Amtsträgern fremder Staaten der Zustimmung des Aufnahmestaates.<sup>27</sup>

Über einige Feinheiten der zugrundeliegenden rechtlichen Problematik hingegen schreitet die Kammer aber hinweg: Wie sieht es denn etwa mit den Grundrechten von inländischen Versammlungsveranstaltern aus, wenn diesen ihr Hauptredner entzogen wird? Vieles spricht dafür, zulasten dieser durchaus einen (mittelbaren) Grundrechtseingriff zu sehen<sup>28</sup>, die Voraussetzungen zur Rechtfertigung dieses Eingriffs aber nicht allzu hoch anzusetzen<sup>29</sup>.

Hinzu kommt, dass die Anwendbarkeit der Ausführungen der Kammer damit steht und fällt, dass „ausländische Staatsoberhäupter oder Mitglieder ausländischer Regierungen in amtlicher Eigenschaft und unter Inanspruchnahme ihrer Amtsautorität in Deutschland auftreten“<sup>30</sup>. In den strittigen Fällen, in denen türkische Minister bislang in Deutschland aufgetreten sind, taten sie dies jedoch vorgeblich stets als Privatpersonen.<sup>31</sup> Für inländische Staatsorgane ist anerkannt, dass den hinter ihnen stehenden Personen durchaus Grundrechtsträgerschaft zukommt, die freilich besonderen Einschränkungen zugänglich sein kann.<sup>32</sup> Es liegt zwar nahe, die Behauptung eines „Privatbesuchs“ unter Verweis auf die Inanspruchnahme staatlicher Einrichtungen, wie etwa Konsulaten, als bloße Schutzbehauptung abzutun. Andererseits begeben sich ausländische Minister, die als Privatperson

<sup>20</sup> BVerfG NJW 2017, 217 (218 f.).

<sup>21</sup> Zur Argumentation *Ferreau*, Die Grundrechtsberechtigung ausländischer Staatsunternehmen, abrufbar unter <https://www.juwiss.de/98-2016/> (22.3.2017). Die Begründung ist zweifelhaft, da die Grundfreiheiten einem unterschiedslosen Ausschluss der Grundrechtsberechtigung von staatlichen Akteuren nicht entgegenstehen. Entgegen der Behauptung des Gerichts würde dies die betroffenen Akteure auch nicht rechtsschutzlos stellen, da fachgerichtlicher Rechtsschutz inzidenter auch gegen unionsrechtswidrige formelle Gesetze möglich ist.

<sup>22</sup> Ähnlich zum hier vorliegenden Sachverhalt auch *Steuer*, Bitte nicht reden! Auftritte ausländischer Regierungsmitglieder in Deutschland, abrufbar unter <http://verfassungsblog.de/bitte-nicht-reden-auftritte-auslaendischer-regierungsmitglieder-in-deutschland/> (22.3.2017).

<sup>23</sup> Zu Recht weist *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Kommentar zum GG, 14. Aufl. 2016, Art. 19 Rn. 30 darauf hin, dass gleichzeitige Grundrechtsberechtigung und -verpflichtung durchaus möglich und etwa im Fall von Universitäten (Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 2-4 GG) und Rundfunkanstalten (Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG) auch anerkannt ist, weshalb das sog. Konfusionsargument in Wahrheit keines ist.

<sup>24</sup> Zu diesem Argument BVerfGE 128, 226 (244 f.); *Feldmüller* (Fn. 18), S. 197 f.

<sup>25</sup> *Nettesheim*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Kommentar zum GG, 49. Lfg., Stand: 2007, Art. 32 Rn. 32.

<sup>26</sup> Während das Recht der (dauerhaft entsandten) diplomatischen Missionen im Wiener Übereinkommen – BGBl. II 1964, S. 957 – weitgehend kodifiziert ist, sind völkervertragliche Regelungen des Status<sup>6</sup> von Regierungsmitgliedern bislang ausgeblieben. Das New Yorker Übereinkommen über Sondermissionen – UNTS Vol. 1400, S. 231 – ist nur von wenigen Staaten ratifiziert worden, unter denen sich weder die Bundesrepublik noch die Türkei befinden.

<sup>27</sup> Vgl. Art. 2 des New Yorker Übereinkommens, das in diesem Punkt den völkergewohnheitsrechtlichen Status Quo abbildet.

<sup>28</sup> Anders offenbar OVG Münster, Beschl. v. 29.7.2016 – 15 B 876/16, Rn. 14, bei freilich unklarer Ausdrucksweise. Zu Recht kritisch dazu *Schaks*, Erdogan in Köln: Zumutungen des Versammlungsrechts, abrufbar unter <http://verfassungsblog.de/erdogan-in-koeln-zumutungen-des-versammlungsrechts/> (22.3.2017).

<sup>29</sup> So auch *Petersen* (Fn. 19), S. 2. Immerhin stellt sich aber die Frage nach der Ermächtigungsgrundlage, sofern man eine solche für mittelbare Grundrechtseingriffe verlangt.

<sup>30</sup> BVerfG (K), Beschl. v. 8.3.2017 – 2 BvR 483/17, Rn. 3.

<sup>31</sup> <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2017-02/recep-tayyip-erdogan-auftritt-in-deutschland-verbot-pro-und-contra> (22.3.2017).

<sup>32</sup> BVerfGE 138, 296 (328). Vgl. auch EuGH, Urt. v. 16.10.2012 – C-364/10 (Ungarn / Slowakei), Rn. 51, wonach sich auch Staatsoberhäupter grundsätzlich auf die Unionsbürgerrechte berufen können, diese aber durch ihre völkerrechtliche Stellung eingeschränkt sein können.

einreisen, ihrer Immunität<sup>33</sup>, was dafür spricht, dies nicht leichtfertig abzutun. In diesem Fall bestünde ferner mit § 47 Abs. 1 AufenthG eine gesetzliche Grundlage für ein Auftrittsverbot<sup>34</sup>, die vorrangig zu beachten wäre.

Somit macht das Bundesverfassungsgericht seine komplette Intervention von einem Faktor abhängig, der gerade ungewiss ist. Wer in diesem Verfahren eine gute Gelegenheit sah, zur Grundrechtsberechtigung ausländischer Funktionsträger und der Genehmigungspflicht ihrer Auftritte Stellung zu nehmen, hätte hier ausführlicher vorgehen müssen. Noch besser wäre es aber gewesen, das Gericht hätte auf sein *Obiter dictum* ganz verzichtet. Gleichwohl lohnt sich die nähere Auseinandersetzung mit der Entscheidung, da sie an grundsätzlichen Fragen der allgemeinen Grundrechtsdogmatik und der völkerrechtlichen Bezüge des Grundgesetzes rührt, aber auch Anlass zur Diskussion des Verhältnisses von politisch „aufgeladener“ Verfassungsgerichtsbarkeit und richterlicher Zurückhaltung bietet. Blendet man die tiefergehenden völkerrechtlichen Implikationen aus, so dürften diese Problemfelder besonders für das Prüfungsgespräch des ersten Examens geeignet sein; sie eignen sich aber auch für eine Klausur in der ersten Staatsprüfung.<sup>35</sup>

*Wiss. Mitarbeiter Timo Schwander, Münster*

---

<sup>33</sup> Nur Staatsoberhäupter sowie (str.) Außenminister und Regierungschefs genießen nach Völkergewohnheitsrecht (vgl. § 20 Abs. 2 GVG) unabhängig von der offiziellen Natur ihres Besuches Immunität *ratione personae* – IGH, Urt. v. 11.4.2000 („Arrest Warrant“) = ICJ Rep. 2002, 3 (23); *Escobar Hernández*, 5<sup>th</sup> report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction (Bericht an die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen), 2016, UN Doc. A/CN.4/701, S. 15. Anders noch *Bothe*, ZaöRV 31 (1971), 246 (264), der nur Staatsoberhäuptern, nicht aber Außenministern und Regierungschefs Immunität zuerkennt.

<sup>34</sup> Gegenüber Personen mit diplomatischer Immunität gilt die Norm nicht, vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG i.V.m. § 20 Abs. 2 GVG.

<sup>35</sup> Das Verfassungsrecht ist in allen Bundesländern Prüfungsgegenstand (vgl. z.B. § 11 Abs. 2 Nr. 9 JAG NRW, § 8 Abs. 2 Nr. 9 JAPRO BW). Dies umfasst auch seine internationalen Bezüge, wenngleich in den Gesetzen bzw. Verordnungen der Länder meist nur die europarechtlichen Bezüge des Grundgesetzes ausdrücklich hervorgehoben werden (vgl. aber § 18 Abs. 2 Nr. 5 lit. a JAPO BY: „das Staats- und Verfassungsrecht mit den Bezügen zum Völkerrecht“, vgl. auch § 1 Abs. 2 Nr. 1 JAPO RP i.V.m. lit. C. III. der Anlage).

## E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

### Beurteilung des Haftgrundes der Fluchtgefahr

- 1. Fluchtgefahr kann nicht schon bejaht werden, wenn die äußeren Bedingungen für eine Flucht günstig sind; es vielmehr zu prüfen, ob der Beschuldigte voraussichtlich von solchen Möglichkeiten Gebrauch machen wird.**
- 2. Prekäre finanzielle Verhältnisse allein begründen jedenfalls keinen besonderen Fluchtanreiz.**  
(Amtlicher Leitsatz)

StPO § 112 Abs. 2 Nr. 2

OLG München, Beschl. v. 20.5.2016 – 1 Ws 369/16<sup>1</sup>

### I. Sachverhalt

A ist wegen Betruges, Urkundenfälschung, Unterschlagung und Untreue vor dem Amtsgericht – Schöffengericht – angeklagt. Die Straftaten stehen im Zusammenhang mit seinem überschuldeten Betrieb, einer Schreinerei. Am 24.2.2016 wird A vor dem AG – Schöffengericht – zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt.

A hatte sich dem Verfahren gestellt, obgleich er mit einer bis zu vierjährigen Freiheitsstrafe rechnen musste. Er hat unter dem Druck der Beweisaufnahme ein Teilgeständnis abgegeben. Der nicht vorbestrafte A hat keine Beziehungen ins Ausland. Er ist – wie seine Familie – vollkommen vermögenslos und hoch verschuldet, was Anlass für die verfahrensgegenständlichen Taten war. Ferner hat A drei kleine Kinder im Alter von 4, 6 und 9 Jahren. Der Verteidiger hatte eine „Bewährungsstrafe“ von zwei Jahren gefordert. Er hatte A aber zuvor darauf hingewiesen, dass er mit einer Verurteilung zu einer bis zu vierjährigen Freiheitsstrafe rechnen müsse.

Mit Urteilsverkündung erlässt das AG einen auf dem Haftgrund der Fluchtgefahr gestützten Haftbefehl. Seither befindet sich A in Untersuchungshaft. Das AG hatte insbesondere bei der Beurteilung der Fluchtgefahr darauf abgestellt, dass der vermögenslose A bei einer Flucht ins Ausland für seine Familie hätte besser sorgen können, und zwar mit im Ausland erworbenen Geldmitteln. Ferner ist das AG davon ausgegangen, dass A von der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe, die nicht mehr zur Bewährung ausgesetzt wurde, überrascht worden sei.

Gegen das amtsgerichtliche Urteil haben sowohl A als auch die Staatsanwaltschaft Berufung eingelegt. Die Haftbeschwerde des A wird vom LG verworfen. Nachdem beim LG die Berufung gegen das amtsgerichtliche Urteil eingegangen ist, wird die gegen die Haftbeschwerde gerichtete

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist in StraFo 2016, 291 abgedruckt und abrufbar unter [https://www.juris.de/jportal/portal/t/map/page/jurisw.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js\\_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=KORE530142016&doc.par\\_t=K&doc.price=0.0&doc.hl=1&doc.fopen=wf-#wf](https://www.juris.de/jportal/portal/t/map/page/jurisw.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=KORE530142016&doc.par_t=K&doc.price=0.0&doc.hl=1&doc.fopen=wf-#wf) (22.3.2017).

weitere Haftbeschwerde vom LG in einen Haftprüfungsantrag umgedeutet. Dieser führt zur Aufrechterhaltung des Haftbefehls. Dagegen wendet sich A mit einer erneuten Haftbeschwerde, der das LG wiederum nicht abhilft. Das nunmehr zuständige OLG München hält die Beschwerde mit deutlichen Worten und einer großen Portion Unmut für begründet.

### II. Einführung in die Problematik

Die vorliegende Entscheidung liefert ein anschauliches Beispiel für die Anordnung der Untersuchungshaft wegen Fluchtgefahr. Neben den allgemeinen Voraussetzungen ist von zentraler Bedeutung für die Bewertung des Falls die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Haftgrund der Fluchtgefahr angenommen werden kann. Darüber hinaus bietet eine Besonderheit des Falls Gelegenheit, die Rechtsbehelfe gegen einen Haftbefehl zu wiederholen.

#### 1. Allgemeines zur Untersuchungshaft

Die Untersuchungshaft ist das schärfste Zwangsmittel, das die StPO bereitstellt.<sup>2</sup> Sie greift im hohen Maße in das durch Art. 2 Abs. 2 GG, 104 Abs. 2 GG geschützte Recht auf Fortbewegungsfreiheit ein.<sup>3</sup> Hinzu kommt, dass der Betroffene so lange als unschuldig gilt, bis das Verfahren rechtskräftig abgeschlossen ist. Pointiert ausgedrückt ist die Untersuchungshaft eine Freiheitsberaubung gegenüber einem Unschuldigen.<sup>4</sup> Allerdings kann es im Interesse einer funktions-tüchtigen Strafrechtspflege in bestimmten Einzelfällen ein Bedürfnis geben, die Untersuchungshaft anzuordnen. Dieser strafprozessuale Grundrechtseingriff stellt sicher, dass das staatliche Verfahren in Anwesenheit der verdächtigen Person durchgeführt werden kann und sichert die spätere Vollstreckung eines auf eine freiheitsentziehende Sanktion lautende Urteil. Darüber hinaus wird die Tatsachenermittlung und Beweiserhebung gegen Verdunkelungsstrategien abgesichert.<sup>5</sup> Im Interesse einer effektiven Strafverfolgung darf dem Betroffenen also in streng begrenzten Ausnahmefällen durch die Verhängung der Untersuchungshaft wegen überwiegender Belange des Gemeinwohls ein Sonderopfer auferlegt werden.<sup>6</sup> Die Untersuchungshaft muss aber immer ultima ratio sein.<sup>7</sup>

<sup>2</sup> Kühne, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2015, Rn. 415; vgl. auch Bosch, Jura 2017, 43.

<sup>3</sup> Vgl. nur Graf, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, Vor § 112 Rn. 6.

<sup>4</sup> Hassemer, StV 1984, 38 (40); vgl. auch Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 59. Aufl. 2016, Vor § 112 Rn. 1; Joecks, Studienkommentar, Strafprozessordnung, 4. Aufl. 2015, Vor § 112 Rn. 1.

<sup>5</sup> Böhm/Werner, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2014, § 112 Rn. 2; Hassemer, StV 1984, 38 (40); Roxin/Schünnemann, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 30 Rn. 1.

<sup>6</sup> Schmitt (Fn. 4), Vor § 112 Rn. 3; Herrmann, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl. 2016, Vor § 112 Rn. 3.

<sup>7</sup> KG StV 2014, 26 (27); König, in: Widmaier/Müller/Schlottbauer/Schütrumpf (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch, Straf-

Da die Unschuldsumvermutung aber auch für den in Untersuchungshaft sitzenden dringenden Tatverdächtigen gilt, ist die Untersuchungshaft keine vorweggenommene Strafe.<sup>8</sup>

## 2. Materielle Voraussetzungen der Anordnung der Untersuchungshaft

Aus diesen normativen Maßstäben ergeben sich folgende gesetzliche, materielle Voraussetzungen für die Untersuchungshaft, die in den §§ 112, 112a StPO geregelt sind und sich in dem folgenden Prüfungsschema widerspiegeln:

1. Dringender Tatverdacht, § 112 Abs. 1 S. 1 StPO
2. Haftgrund
  - a) Flucht/Fluchtgefahr, § 112 Abs. 2 Nrn. 1, 2 StPO
  - b) Verdunkelungsgefahr, § 112 Abs. 2 Nr. 3 StPO
  - c) Tatschwere, § 112 Abs. 3 StPO
  - d) Wiederholungsgefahr, § 112a StPO
3. Verhältnismäßigkeit, § 112 Abs. 1 S. 2 StPO

Der nach § 112 Abs. 1 S. 1 StPO erforderliche dringende Tatverdacht liegt vor, wenn nach dem aktuellen Stand der Ermittlungen die Wahrscheinlichkeit groß ist, dass der Beschuldigte Täter oder Teilnehmer einer nach deutschem Strafrecht zu beurteilenden Straftat ist.<sup>9</sup> Damit setzt der dringende Tatverdacht neben der Täterwahrscheinlichkeit eine Verurteilungswahrscheinlichkeit voraus.<sup>10</sup>

Weitere Voraussetzung der Untersuchungshaft ist das Vorliegen eines der fünf in den §§ 112, 112a StPO abschließend aufgezählten Haftgründe (Flucht, Fluchtgefahr, Verdunkelungsgefahr, „Tatschwere“ und Wiederholungsgefahr).

Neben diesen fünf im Gesetz genannten Haftgründen werden in der Literatur sog. „apokryphe“ Haftgründe diskutiert. Darunter versteht man Haftgründe, die zwar gesetzlich nicht normiert sind, aber in der Praxis tatsächlich den Ausschlag geben für die Anordnung der Untersuchungshaft.<sup>11</sup> Ein oft erwähntes Beispiel ist die Anordnung der Untersuchungshaft zur Förderung der Geständnis- oder Kooperationsbereitschaft. Die vielzitierte Losung lautet: „U-Haft schafft Rechts-

verteidigung, 2. Aufl. 2014, § 4 Rn. 1; Krauß, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.1.2017, § 112 Rn. 1.

<sup>8</sup> Hassemer, StV 1984, 38 (40); Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 8. Aufl. 2013, § 10 Rn. 6; Kühne (Fn. 2), Rn. 415, geht hingegen davon aus, dass die Untersuchungshaft in der Praxis häufig als vorweggenommene Strafe zur „Förderung“ der Kooperationsbereitschaft eingesetzt wird. Zu den sog. apokryphen Haftgründen, siehe unten II. 2.

<sup>9</sup> BVerfG NJW 1996, 1149 (1150); Schmitt (Fn. 4), § 112 Rn. 5; Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 210; Herrmann (Fn. 6), § 112 Rn. 7.

<sup>10</sup> Vgl. dazu Böhm/Werner (Fn. 5), § 112 Rn. 22 ff.

<sup>11</sup> Herrmann (Fn. 6), § 112 Rn. 19; vgl. zu den apokryphen Haftgründen eingehende Eidam, HRRS 2013, 292; Theile, wistra 2005, 317; Bedenken äußert hingegen Lemme, wistra 2004, 288.

kraft“. Die Untersuchungshaft wird damit nach außen rechtmäßig und formal korrekt begründet, tatsächlich waren aber gesetzlich nicht normierte Gründe ausschlaggebend für die Anordnung der Untersuchungshaft.<sup>12</sup>

Im vorliegenden Fall ist der in § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO normierte Haftgrund der Fluchtgefahr einschlägig, der auch in der Praxis mit über 90 % der am häufigsten genannte Haftgrund ist.<sup>13</sup> Fluchtgefahr besteht grundsätzlich, wenn es bei Würdigung der Umstände des Einzelfalls wahrscheinlicher ist, dass sich der Beschuldigte dem Strafverfahren entziehen werde, als dass er sich ihm zur Verfügung stellt.<sup>14</sup>

Im Ergebnis geht es um eine Risikoermittlung, die nur auf der Grundlage bestimmter Tatsachen angenommen werden darf. Diese Tatsachen können wiederum im Wege des Freibeweisverfahrens festgestellt werden, womit sich Art und Umfang der Beweisaufnahme nach dem Ermessen des Gerichts bestimmt.<sup>15</sup> Bloße Mutmaßungen und Befürchtungen genügen hingegen nicht.<sup>16</sup> Allerdings entzieht sich die Risikoermittlung nicht nur jeder mathematischen und wissenschaftlichen Präzision, sondern kann auch nicht auf empirische Erkenntnisse gestützt werden.<sup>17</sup> Übrig bleibt für die Ermittlung der Wahrscheinlichkeit des Entziehens damit lediglich – wie Bock treffend feststellt – eine laienpsychologische Risikoermittlung,<sup>18</sup> die grundsätzlich in zwei Schritten festgestellt wird. Um die Wahrscheinlichkeit der Flucht zu ermitteln, dient in einem ersten Schritt die Straferwartung als Ausgangspunkt.<sup>19</sup> Fraglich ist damit, ob die Höhe der Straferwartung einen erheblichen Anreiz zur Flucht setzt oder nicht. Sodann sind in einem zweiten Schritt alle weiteren Umstände zu berücksichtigen und abzuwägen, die Aufschluss über die Frage geben, ob der Betroffene dem Anreiz nachgeben wird oder nicht. Je höher allerdings die Straferwartung ist, desto weniger Gewicht ist auf weitere Umstände zu legen,<sup>20</sup> was im Ergebnis eine Art Beweislastumkehr bewirkt.<sup>21</sup>

<sup>12</sup> Eidam, HRRS 2013, 292 (293).

<sup>13</sup> Heghmanns, Strafverfahren, 2013, Rn. 277; Herrmann (Fn. 6), § 112 Rn. 17.

<sup>14</sup> OLG Köln StV 2006, 313; KG NJOZ 2012, 1091 (1092); Joecks (Fn. 4), § 112 Rn. 14; Böhm/Werner (Fn. 5), § 112 Rn. 41; Paeffgen, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, GVG und EMRK, Bd. 2, 5. Aufl. 2016, § 112 Rn. 24.

<sup>15</sup> Schwenn, StV 1984, 132.

<sup>16</sup> Paeffgen (Fn. 14), § 112 Rn. 38; Böhm/Werner (Fn. 5), § 112 Rn. 41.

<sup>17</sup> Bock, NZWiSt 2017, 23.

<sup>18</sup> Bock, NZWiSt 2017, 23.

<sup>19</sup> OLG Hamm NStZ-RR 2010, 158; Böhm/Werner (Fn. 5), § 112 Rn. 52; Joecks (Fn. 4), § 112 Rn. 19; Schmitt (Fn. 4), § 112 Rn. 24.

<sup>20</sup> Schmitt (Fn. 4), § 112 Rn. 24; Böhm/Werner (Fn. 5), § 112 Rn. 52; a.A. Schwenn, StV 1984, 132 (133); Hilger, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 4, 26. Aufl. 2007, § 112 Rn. 39; die eine Indizwirkung der Strafhöhe für die Fluchtgefahr ablehnen.

<sup>21</sup> Bock, NZWiSt 2017, 23 (24).

Indikatoren für Fluchtanreize sind – neben einer hohen Straferwartung – folgende Umstände:<sup>22</sup>

- kein fester Wohnsitz
- konkrete Auslandsbeziehungen
- bereits getroffene Flucht vorbereitungen
- Transfer von Geldern

Fehlende Fluchtanreize werden dagegen durch folgende Umstände indiziert:<sup>23</sup>

- familiäre, soziale und wirtschaftliche Bindungen
- hohes Alter des Beschuldigten sowie schlechter Gesundheitszustand
- fehlende finanzielle Mittel zur Flucht
- ausreichende finanzielle Mittel zur Schadenswiedergutmachung

Nicht ganz unproblematisch ist, welcher Maßstab für die Beurteilung des Fluchtanreizes, und insbesondere bei der Straferwartung, angelegt werden muss. Ist allein der Erwartungshorizont des Betroffenen maßgeblich,<sup>24</sup> oder ist auf den Erwartungshorizont des Haftrichters ggf. unter Einbeziehung der subjektiven Erwartungen des Beschuldigten abzustellen?<sup>25</sup>

Da die Verhängung der Untersuchungshaft empfindlich in die Freiheitsrechte des Betroffenen eingreift, darf sie nach § 112 Abs. 1 S. 2 StPO nur verhängt werden, wenn sie zu der Bedeutung der Sache und der zu erwartenden Strafe oder Maßregel der Besserung und Sicherung außer Verhältnis steht. Hierbei handelt es sich um eine Kodifizierung des oben erwähnten ultima-ratio-Gedankens, der nicht als positive Voraussetzung, sondern vielmehr als Ausschlussstatbestand formuliert ist.<sup>26</sup> Erforderlich ist letztlich eine Abwägung zwischen dem Freiheitsanspruch des Betroffenen und dem Erfordernis einer effektiven Strafrechtspflege. Entscheidungserheblich für die wertende Abwägung sind nach § 112 Abs. 1 S. 2 StPO insbesondere die Bedeutung der Sache und die Rechtsfolgenerwartung einerseits<sup>27</sup> sowie die Auswirkungen der Untersuchungshaft für den Betroffenen andererseits (etwa berufliche und wirtschaftliche Existenz, der Gesundheitszustand und die Auswirkungen auf die Familie).<sup>28</sup>

Für Straftaten mit geringer Strafandrohung (und damit für den Bereich der Kleinkriminalität)<sup>29</sup> enthält § 113 StPO –

was häufig von Studierenden übersehen wird – eine weitere gesetzliche Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

Ferner enthält § 116 StPO eine besondere Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Die Vorschrift betrifft jedoch nicht die Anordnung der Untersuchungshaft, sondern regelt die Aussetzung des Vollzugs eines Haftbefehls, wenn weniger einschneidende Maßnahmen geeignet erscheinen, den Zweck der Untersuchungshaft zu erreichen. Streng genommen zählt § 116 StPO also zu den Regelungen, die das Haftbefehlsverfahren betreffen.

### 3. Das Haftbefehlsverfahren

Das – für diesen Fall nicht relevante – Haftbefehlsverfahren, d.h. das Verfahren zum Erlass eines Haftbefehls und sein Vollzug ist in den §§ 114 ff. StPO geregelt.<sup>30</sup> Erwähnt sei an dieser Stelle nur, dass die Untersuchungshaft nach § 114 Abs. 1 StPO einen schriftlichen Haftbefehl voraussetzt. Die Zuständigkeit ist in § 125 StPO geregelt.

### 4. Rechtsbehelfe gegen einen Haftbefehl

Für die juristische Ausbildung ist die Kenntnis der Grundzüge der Rechtsbehelfe gegen einen Haftbefehl unabdingbar. Der Beschluss des OLG München bietet Gelegenheit, diese noch einmal – in aller Kürze – zu wiederholen, da der dem Beschluss zugrundeliegende Sachverhalt verschiedene Rechtsbehelfe enthält.

Dem Verhafteten stehen zwei Rechtsbehelfe zur Verfügung, und zwar der Antrag auf Haftprüfung gem. § 117 StPO sowie die Haftbeschwerde gem. §§ 304 ff. StPO.

#### a) Haftprüfung gem. § 117 StPO

Befindet sich der Betroffene in Untersuchungshaft, so kann er gem. § 117 Abs. 1 StPO während der gesamten Dauer des Verfahrens vor dem in der Sache zuständigen Haftrichter (§ 126 StPO) die gerichtliche Prüfung beantragen, ob der Haftbefehl aufzuheben oder dessen Vollzug nach § 116 StPO auszusetzen ist. Der Antrag auf Haftprüfung entfaltet keinen Devolutionseffekt, bringt das Verfahren nicht in eine höhere Instanz. In der Praxis kommt eine Haftprüfung also immer dann in Betracht, wenn sich im Nachhinein neue Tatsachen ergeben, bei deren Kenntnis der Haftrichter den Haftbefehl nicht erlassen hätte, so dass eine berechtigte Hoffnung besteht, dass eben dieser Richter den Haftbefehl aufheben oder aussetzen wird.<sup>31</sup>

Die förmliche Haftprüfung nach § 117 Abs. 1 StPO findet auf Antrag des Beschuldigten statt, der darüber nach § 115 Abs. 4 StPO zu belehren ist.<sup>32</sup> Nach § 118b StPO sind ferner der Verteidiger (§ 297 StPO) sowie der gesetzliche Vertreter (§ 298 StPO) antragsberechtigt. Nicht antragsberechtigt sind die Staatsanwaltschaft sowie die Nebenkläger. Der Antrag ist weder an eine Form noch an eine Frist gebunden. Er kann jederzeit und beliebig oft wiederholt werden.

<sup>22</sup> Schmitt (Fn. 4), § 112 Rn. 20 f.; Graf (Fn. 7), § 112 Rn. 22 ff.

<sup>23</sup> Schmitt (Fn. 4), § 112 Rn. 21 f.; Graf (Fn. 7), § 112 Rn. 24.

<sup>24</sup> So etwa Schwenn, StV 1984, 132 (133); wohl auch Bock, NZWiSt 2017, 23 „Der Normanwender wird [...] aufgefordert, sich in den Kopf des Beschuldigten hineinzusetzen [...]“.

<sup>25</sup> So etwa Böhm/Werner (Fn. 5), § 112 Rn. 52; vgl. dazu unten IV. 1.

<sup>26</sup> Bosch, Jura 2017, 43 (48).

<sup>27</sup> Krauß (Fn. 7), § 112 Rn. 29.

<sup>28</sup> Schmitt (Fn. 4), § 112 Rn. 11.

<sup>29</sup> Beulke (Fn. 9), Rn. 216; Joecks (Fn. 4), § 113 Rn. 1.

<sup>30</sup> Vgl. dazu ausführlich Bosch, Jura 2017, 43 (49 ff.).

<sup>31</sup> Tofahrn, Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 122.

<sup>32</sup> Krauß (Fn. 7), § 117 Rn. 1.

Die in § 117 Abs. 5 a.F. StPO geregelte Haftprüfung von Amts wegen ist mit Wirkung vom 1.1.2010 aufgehoben worden. Nach einer Dauer von sechs Monaten hat allerdings das OLG nach § 121 StPO von Amts wegen zu prüfen, ob die Untersuchungshaft fortgesetzt werden darf. Von Amts wegen ist ferner über die Fortdauer der Untersuchungshaft bei Erlass des Eröffnungsbeschlusses (§ 207 Abs. 4 StPO) sowie – wie im vorliegenden Fall – bei der Urteilsfällung (§ 268b StPO) zu entscheiden.<sup>33</sup>

Das Haftprüfungsverfahren wird grundsätzlich schriftlich durchgeführt. Allerdings ist eine mündliche Verhandlung grundsätzlich unverzüglich (§ 118 Abs. 5 StPO) anzuberaumen, wenn der Beschuldigte dies nach § 118 Abs. 1 StPO beantragt oder das Haftgericht eine solche persönliche Anhörung nach seinem Ermessen für geboten hält. Wird die Haftprüfung ein zweites Mal (und öfter) beantragt, hat man einen Anspruch auf mündliche Verhandlung nur dann, wenn die letzte mündliche Verhandlung zwei Monate her ist und die Untersuchungshaft seit der letzten Entscheidung drei Monate gedauert hat (§ 118 Abs. 3 StPO).<sup>34</sup>

#### b) Haftbeschwerde §§ 304 ff. StPO

Neben der Haftprüfung besteht das Rechtsmittel<sup>35</sup> der Haftbeschwerde nach §§ 304 ff. StPO. Denn der Haftbefehl stellt strukturell einen Beschluss des Haftrichters i.S.d. § 34 StPO dar.<sup>36</sup> Dieser Rechtsbehelf besteht im Unterschied zum Haftprüfungsverfahren auch dann, wenn der Haftbefehl nicht vollzogen oder überhaupt nicht vollstreckt wird. Die Haftbeschwerde kann jederzeit erhoben werden und kann sich nicht nur gegen den Haftbefehl als solchen richten, sondern auch gegen jede im Zusammenhang mit der Untersuchungshaft ergangene gerichtliche Entscheidung, etwa die Anordnung von Auflagen, die im Zusammenhang mit der Außer Vollzugsetzung des Haftbefehls steht.<sup>37</sup> Die Haftbeschwerde kann gegen denselben Haftbefehl aber nur einmal eingelegt werden.<sup>38</sup> Die Einlegung der Beschwerde ist ebenfalls nicht an eine Frist oder an eine bestimmte Form gebunden.

Über die Haftbeschwerde entscheidet ebenfalls zunächst der Richter, der den Haftbefehl erlassen hat (iudex a quo – Richter, von dem es kommt). Hat das Gericht der Beschwerde nicht abgeholfen, so ist die Beschwerde sofort, spätestens aber vor Ablauf von drei Tagen, dem zuständigen Beschwerdegericht vorzulegen (§ 306 Abs. 2 Hs. 2 StPO). Die Beschwerde kann die Sache also in eine höhere Instanz bringen und hat im Gegensatz zur Haftprüfung damit einen Devolutions-effekt. Vor diesem Hintergrund kommt eine Haftbeschwerde immer dann in Betracht, wenn der Verhaftete meint, dass der Haftbefehl von vornherein aufgrund der vorliegenden Tat-

sachen in dieser Art und Weise nicht hätte erlassen werden dürfen und somit das Interesse besteht, dass ein anderer Richter über die Voraussetzungen der Untersuchungshaft entscheidet.<sup>39</sup>

Die Haftbeschwerde hat keine aufschiebende Wirkung, hemmt also nicht den Vollzug des Haftbefehls (§ 307 Abs. 1 StPO) und hat damit keinen Suspensiveffekt.

Die Entscheidung über die Haftbeschwerde ergeht in der Regel nach Aktenlage, also schriftlich, sofern nicht nach § 118 Abs. 2 StPO auf Antrag des Beschuldigten oder von Amts wegen nach mündlicher Verhandlung zu entscheiden ist. Nach § 309 Abs. 2 StPO entscheidet das Beschwerdegericht in der Sache selbst. Es kann daher nicht nur den Haftbefehl aufheben oder aufrechterhalten, sondern diesen auch durch einen anderen Haftbefehl ersetzen.<sup>40</sup>

Eine weitere Beschwerde ist gem. § 310 Abs. 1 Nr. 1 StPO zulässig.

Neben dem Antrag auf Haftprüfung ist die Beschwerde unzulässig (§ 117 Abs. 2 S. 1 StPO). Dies folgt aus dem in § 126 Abs. 2 S. 1 StPO enthaltenen Grundgedanken, dass zunächst das sachnähere Haftgericht oder das bereits mit der Hauptsache befasste Tatgericht die Entscheidung treffen soll.<sup>41</sup> Gegen die Entscheidung, die im Haftprüfungsverfahren durch Beschluss ergangen ist, ist jedoch wiederum die Beschwerde möglich (§ 117 Abs. 2 S. 1 StPO).

#### c) Umdeutung

Gem. § 300 StPO ist ein Irrtum in der Bezeichnung des zulässigen Rechtsmittels unschädlich. Dieser Vorschrift ist ein allgemeiner Grundsatz dahingehend zu entnehmen, dass der bloße Irrtum über die Bezeichnung eines Rechtsmittels nicht den effektiven Rechtsschutz verhindern darf, sofern nur erkennbar ist, dass der Betroffene die Entscheidung anfechten will.<sup>42</sup>

Erhebt der Betroffene eine unzulässige Haftbeschwerde, so kann der Rechtsgedanken des § 300 StPO Anwendung finden und das Rechtsmittel in einen Antrag auf Haftprüfung umgedeutet werden.<sup>43</sup> Sind etwa die gegen eine Haftentscheidung zulässigen Rechtsmittel ausgeschöpft, so ist eine unzulässige erneute Haftbeschwerde grundsätzlich in einen Antrag auf Haftprüfung umzudeuten.<sup>44</sup>

#### d) Zuständigkeitswechsel

Eine Umdeutung einer Haftbeschwerde in eine Haftprüfung kommt zudem – wie im vorliegenden Fall – oftmals bei einem Zuständigkeitswechsel in der Beschwerdeinstanz in Betracht. Wird eine Haftbeschwerde eingelegt und ergibt sich

<sup>33</sup> Beulke (Fn. 9), Rn. 224.

<sup>34</sup> Volk/Engländer (Fn. 8), § 10 Rn. 20.

<sup>35</sup> Bei der Beschwerde handelt es sich um einen sog. ordentlichen Rechtsbehelf, der als Rechtsmittel (§§ 296 ff. StPO) bezeichnet wird, vgl. Meyer-Goßner, in: Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 4), Vor § 296 Rn. 1.

<sup>36</sup> Heghmanns (Fn. 13), Rn. 338.

<sup>37</sup> Herrmann (Fn. 6), § 117 Rn. 33.

<sup>38</sup> Roxin/Schünemann (Fn. 5), § 30 Rn. 62.

<sup>39</sup> Tofahrn (Rn. 31), Rn. 122.

<sup>40</sup> Schmitt (Fn. 4), § 117 Rn. 11.

<sup>41</sup> Böhm/Werner (Fn. 5), § 117 Rn. 45.

<sup>42</sup> Momsen, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. 2013, StPO § 300 Rn. 1.

<sup>43</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.11.1991 – 1 Ws 1086/91, BeckRS 2016, 3030.

<sup>44</sup> KG, Beschl. v. 22.1.2016 – 4 Ws 9/16, BeckRS 2016, 3503.

durch eine Zuleitung der Akten an das Berufungsgericht (§ 321 S. 2 StPO) nach erstinstanzlicher Verurteilung ein gerichtlicher Zuständigkeitswechsel, so wird in der Rechtsprechung, sowohl für den Fall einer einfachen Haftbeschwerde (§ 304 StPO) als auch einer weiteren Beschwerde (§ 310 Abs. 1 Nr. 1 StPO), grundsätzlich eine Umdeutung in eine Haftprüfung nach § 117 Abs. 1 StPO vorgenommen.<sup>45</sup> Dieser Zuständigkeitswechsel folgt wiederum aus dem in § 126 StPO zugrundeliegenden Gedanken, dass eine sachgerechte Haftentscheidung vor allem vom jeweils mit der Hauptsache befassten Gericht zu erwarten ist. Dieses Gericht soll demnach zunächst über das die Haftfrage betreffende Begehren des Angeklagten entscheiden. Erst gegen diese Entscheidung ist dann die Beschwerde eröffnet (§ 117 Abs. 2 S. 2 StPO).<sup>46</sup>

### III. Die Entscheidung

Das OLG München hebt den Haftbefehl des AG und den Nichtabhilfe-Beschluss des LG, der zur Aufrechterhaltung des Haftbefehls geführt hatte, auf und ordnet an, dass A sofort aus der Untersuchungshaft zu entlassen sei.

Das Gericht stellt fest, dass das Rechtsmittel als Haftbeschwerde statthaft und zulässig sei. Mangels Fluchtgefahr sei die Haftbeschwerde auch begründet.

Sodann referiert das Gericht aus der Kommentierung von *Graf* im Karlsruher Kommentar: „Der Haftgrund der Fluchtgefahr ist gegeben, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen bei Würdigung der Umstände des Einzelfalles eine höhere Wahrscheinlichkeit für die Annahme spricht, der Beschuldigte werde sich dem Strafverfahren entziehen, als für die Erwartung, er werde am Verfahren teilnehmen. Diese Gefahr muss sich bei objektiver Betrachtung nachvollziehbar, aber nicht notwendig zwingend, aus bestimmten Tatsachen ableiten lassen. Eine bloß schematische Beurteilung ist hierbei zu vermeiden; vielmehr muss die Fluchtgefahr den konkreten Umständen des Einzelfalles entnommen werden. Kriminalistische Erfahrungen können dabei zuungunsten des Beschuldigten mit verwertet werden. In die gebotene Gesamtwürdigung sind alle entscheidungserheblichen Umstände des Einzelfalles, vor allem die persönlichen Verhältnisse des Täters einzubeziehen. Hierbei sind die auf eine Flucht hindeutenden Umstände gegenüber denjenigen abzuwägen, die ihr entgegenstehen. Der Fluchtverdacht kann nicht schon bejaht werden, wenn die äußeren Bedingungen für eine Flucht günstig sind; vielmehr ist zu prüfen, ob der Beschuldigte voraussichtlich von solchen Möglichkeiten Gebrauch machen wird.“<sup>47</sup>

Mit deutlichen Worten rügt der *Senat* die Vorinstanz, dass im vorliegenden Fall schon keine Tatsachen erkennbar seien, die bei objektiver Betrachtung eine erhöhte Wahrscheinlichkeit für die Flucht des A begründen könnten. Ganz im Gegenteil sprächen mehrere Umstände, insbesondere die familiären

Verhältnisse des A, gegen die Wahrscheinlichkeit einer Flucht.<sup>48</sup>

In Bezug auf die Straferwartung führt das Gericht aus, dass sich A trotz einer vierjährigen in Rede stehenden Haftstrafe dem Verfahren gestellt habe und insoweit von der Haftstrafe nicht deswegen überrascht worden sei, weil der Verteidiger eine zweijährige Bewährungsstrafe beantragt habe. „Auch dem Angeklagten dürfte bekannt gewesen sein, dass Verteidigeranträge nicht selten überboten werden.“<sup>49</sup>

Sodann würdigt das Gericht die weiteren Umstände: A habe keine Beziehungen ins Ausland, er sei vermögenslos und hochverschuldet. Das Gericht macht deutlich, dass es die Wertung der Vorinstanz, dass die prekären wirtschaftlichen Verhältnisse, einen besonderen Fluchtanreiz lieferten, für falsch hält. „Gegenteilig dürfte sich die Flucht ohne Geldmittel schwieriger als mit solchen gestalten. [...] Die umgekehrte Argumentation der Vorinstanz läuft darauf hinaus, dass sowohl vorhandenes Vermögen als auch das Fehlen eines solchen Fluchtgefahr begründet.“ Noch deutlicher wird das Gericht, wenn es zum Ausdruck bringt, dass die Argumentation, A könne seine Familie mit Geldmitteln aus dem Ausland versorgen „geradezu an den Haaren herbeigezogen“<sup>50</sup> sei.

Schließlich merkt der *Senat* an, dass ihm „auch die schleppende Verfahrensbearbeitung durch die Vorinstanz zur Aufhebung des Haftbefehls“<sup>51</sup> nicht entgangen sei.

### IV. Bewertung der Entscheidung

#### 1. Zur Fluchtgefahr

Mit erfreulicher Deutlichkeit hat das OLG München der Beschwerde stattgegeben und den Haftbefehl wegen fehlender Fluchtgefahr aufgehoben.

Der *Senat* nutzt die vorliegende Entscheidung, um die konkretisierten Anforderungen an die Fluchtgefahr zu wiederholen. Als Ausgangspunkt dient dem *Senat* zur Wahrscheinlichkeitsermittlung der Flucht zunächst die Strafe bzw. Straferwartung, ohne dass dies jedoch deutlich gemacht wird.

Im vorliegenden Fall besteht die Besonderheit, dass bereits ein konkretes Urteil mit einem festgelegten Strafmaß von drei Jahren Freiheitsstrafe vorliegt. Es geht damit nicht allein um die zu prognostizierende Straferwartung, sondern vor allem um die Frage, ob die tatsächlich verhängte Strafe von der Straferwartung derart abweicht, dass sie für A einen Anreiz zur Flucht setzt.

Um festzustellen, ob die Abweichung einen Fluchtanreiz begründet, ist zu ermitteln, welche Strafe A vor der Urteilsverkündung erwartet hat. Nur dann lässt sich klären, ob A von dem Urteil derart überrascht wurde, dass es seine

<sup>45</sup> *Böhm/Werner* (Fn. 5), § 117 Rn. 39.

<sup>46</sup> *Böhm/Werner* (Fn. 5), § 117 Rn. 40.

<sup>47</sup> OLG München, Beschl. v. 20.5.2016 – 1 Ws 369/16, Rn. 5 (juris); vgl. auch *Graf* (Fn. 7), § 112 Rn. 16.

<sup>48</sup> OLG München, Beschl. v. 20.5.2016 – 1 Ws 369/16, Rn. 7 (juris).

<sup>49</sup> OLG München, Beschl. v. 20.5.2016 – 1 Ws 369/16, Rn. 9 (juris).

<sup>50</sup> OLG München, Beschl. v. 20.5.2016 – 1 Ws 369/16, Rn. 10 (juris).

<sup>51</sup> OLG München, Beschl. v. 20.5.2016 – 1 Ws 369/16, Rn. 11 (juris).

Fluchtneigung fördert. Insoweit wird deutlich, dass es wirkungslos ist, eine „objektivierte“ Straferwartung zu ermitteln. Will man beurteilen, ob die Abweichung zwischen erwarteter und tatsächlicher Strafe geeignet war, für A einen Fluchtanreiz zu setzen, so kann allein seine Straferwartung maßgeblich sein.

Ob ein solcher Fluchtanreiz besteht, hat das OLG zu Recht gänzlich anders beurteilt als die Vorinstanz. Während die Vorinstanz offenbar ins Blaue hinein annahm, A sei von der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe, die nicht mehr zur Bewährung ausgesetzt werden konnte, überrascht worden, lehnt das OLG diesen „Überraschungseffekt“ plausibel ab. Der Verteidiger des A habe glaubhaft vorgetragen, dass A mit einer Freiheitsstrafe von bis zu vier Jahren hätte rechnen müssen. Damit hätte er sich in Ansehung einer höheren als der tatsächlich verhängten Strafe dem Verfahren gestellt. Dieser Umstand lässt sich sogar mit mathematischer Präzision ausrechnen und erlaubt hier den einzigen logischen Schluss, dass A nicht von der Strafe überrascht wurde.

Ferner ist es überzeugend, wenn das OLG annimmt, dass das Verteidigerplädoyer nicht als Grundlage für die Ermittlung der Straferwartung herangezogen werden dürfe, da die vom Verteidiger geforderte Strafe grundsätzlich „überflügelt“ wird.

Damit ist bereits festzuhalten, dass die Höhe der Strafabweichung jedenfalls nicht geeignet war, einen Fluchtanreiz zu setzen. Die Vorinstanz hat im Ergebnis, die Umstände, die der Ermittlung des Fluchtanreizes zugrunde lagen, nicht richtig festgestellt und nicht nachvollziehbar gewürdigt.

Fraglich bleibt demnach, ob die tatsächlich verhängte Strafe von drei Jahren „ohne Bewährung“ einen ausreichenden Fluchtanreiz gesetzt haben könnte. Und spätestens jetzt verlässt man die mathematisch gesicherten Pfade und betritt laienpsychologisches Terrain. Denn es existieren keine verallgemeinerbaren empirischen Erkenntnisse über den Zusammenhang von der Höhe der Strafe und der Fluchtdisposition.<sup>52</sup>

Den Erwägungen des OLG lässt sich auch nicht entnehmen, ob es die Strafe von drei Jahre für sich gesehen als ausreichend ansieht, um die Fluchtgefahr zu begründen.

Maßgeblich für den *Senat* sind ausschließlich die zahlreichen Indizien die eine Flucht hemmen:

- die familiäre Bindung zu seiner Ehefrau und den drei Kindern
- die fehlenden finanziellen Mittel für die Flucht
- die fehlenden Bindungen ins Ausland.

Dabei stellt sich die Frage, anhand welches Maßstabes die Indizien auf ihre Überzeugungskraft hin überprüft werden können.

Da die Frage beantwortet werden muss, ob die Umstände eine indizielle Fluchtgefahr des Betroffenen begründen, können die Indizien nicht objektiv bewertet werden, sondern sind aus der Perspektive des Betroffenen zu evaluieren. Es geht

darum, sich in den Kopf des Betroffenen hineinzusetzen. Und genau hier liegt das Problem: Der konkrete Entscheidungsprozess des Täters kann nicht nachgebildet werden. Der Blick hinter die Stirn ist nicht möglich. Gibt es keine glaubhaften Aussagen über das „Innenleben“ des Betroffenen, so muss eine Art „analogisches Verfahren“ angewendet werden. Dem Richter bleibt nichts anderes übrig als zu fingieren, dass sich der Betroffene wie ein „maßgerechter Mensch“ verhalten hätte, der sich in der konkreten Situation des Betroffenen befunden hätte. Auf diese Weise kann man gewissen Standardindikatoren im Grundsatz eine eher fluchthemmende oder fluchtfördernde Wirkung zuschreiben. In einem zweiten Schritt ist allerdings zu fragen, ob es konkrete Anhaltspunkte gibt, die gegen die festgestellte Indizwirkung sprechen. Denn maßgeblich ist der „maßgerechte“ Mensch in der ganz *konkreten Situation* des Betroffenen. Grundsätzlich hemmen etwa familiäre Bindungen den Anreiz zur Flucht. Gibt es aber im konkreten Fall Anhaltspunkte, die das Gegenteil begründen, so muss dies in *nachvollziehbarer* Weise dargelegt werden. Dies wäre etwa der Fall, wenn es Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Beziehung „brüchig“ ist.

Mit anderen Worten: Es geht nicht darum, die Fluchtgefahr anhand eines generalisierenden Maßstabs zu bewerten. Das analogische Verfahren ist lediglich ein Prognosehilfsmittel, auf das zurückgegriffen werden kann, wenn die Innentendenz des Betroffenen nicht ausgelotet werden kann. Natürlich ist auch diese Vorgehensweise nicht frei von Irrtumrisiken. Doch scheint sie geeignet, die richterliche Begründung rational überprüfbar zu machen und von rein subjektiven Wertungen zu befreien. Dies führt insbesondere dazu, dass zwei widerstreitende Indikatoren, wie etwa vorhandene finanzielle Mittel einerseits und Vermögenslosigkeit andererseits gleichermaßen geeignet sind, einen Fluchtanreiz zu begründen.

Legt man diesen Bewertungsmaßstab zugrunde, so hat das OLG München völlig zu Recht die Fluchtgefahr verneint.

Alle entscheidungsrelevanten Indizien – die familiäre Bindung, die fehlenden finanziellen Mittel sowie die fehlenden Bindungen ins Ausland – sind Indikatoren, die die Fluchtneigung grundsätzlich hemmen. Die Annahme der Vorinstanz, insbesondere die Vermögenslosigkeit und die familiäre Bindung befördere deswegen die Flucht, weil der Betroffene die Familie aus dem Ausland besser versorgen könne, ist nicht im Ansatz nachvollziehbar und ist, wie der *Senat* meint, „an den Haaren herbeigezogen“. Die Vorinstanz verdreht die fluchthemmenden Umstände ohne jede argumentative Grundlage in ihr Gegenteil.

Aus der Distanz lässt sich schwer beurteilen, aus welchem Grund in einem derart scheinbar klaren Fall die Vorinstanz den Haftbefehl „über mehrere Runden hinweg“ aufrechterhielt. Insoweit lässt sich nur spekulieren und das ruft die apokryphen Haftgründe auf den Plan. Angesichts der Tatsache, dass A bereits ein Teilgeständnis abgelegt hatte, könnte man mutmaßen, dass der tatsächliche Haftgrund darin bestand, die Geständnisbereitschaft für das anstehende Berufungsverfahren noch einmal zu erhöhen. Möglich ist auch,

<sup>52</sup> Deckers, StV 2001, 116 (117); Hilger (Fn. 20), § 112 Rn. 39.

dass es darum ging, dem Bedürfnis, dass die Strafe auf dem Fuße folgen solle,<sup>53</sup> nachzugeben.

## 2. Das Rechtsbehelfsverfahren

Das Rechtsbehelfsverfahren birgt zwar nichts Neues, gehört aber insbesondere im Wahlfach, zum Standardrepertoire an abfragbaren Wissen. Da die vorliegende Fallkonstellation einen Zuständigkeitswechsel verbunden mit einer Umdeutung des Rechtsbehelfs enthält, soll der Verfahrensgang hier kurz zum Zwecke der Wiederholung nachgezeichnet werden.

A hat im vorliegenden Fall gegen die Anordnung der Untersuchungshaft durch das Amtsgericht Haftbeschwerde nach § 304 Abs. 1 StPO eingelegt. Das Amtsgericht hat der Beschwerde gem. § 306 Abs. 2 StPO nicht abgeholfen. Das Landgericht hat die Beschwerde sodann nach § 309 StPO verworfen. Hiergegen hat A eine weitere Beschwerde nach § 310 Abs. 1 Nr. 1 StPO erhoben, für die grundsätzlich das OLG zuständig ist.

Nachdem A die weitere Beschwerde eingelegt hatte, wurden dem Berufungsgericht jedoch die Akten nach § 321 S. 2 StPO vorgelegt. In diesem Moment wird das Berufungsgericht für alle Entscheidungen, die sich auf die Untersuchungshaft beziehen, gem. § 126 Abs. 2 StPO zuständig, mit der Folge, dass es zu einem Zuständigkeitswechsel kommt.

Dem § 126 StPO liegt der Gedanke zugrunde, dass eine sachgerechte Haftentscheidung vor allem vom jeweils mit der Hauptsache befassten Gericht zu erwarten ist. Aus diesem Grund hat das Landgericht die weitere Beschwerde nach § 310 Abs. 1 Nr. 1 StPO im Moment des Zuständigkeitswechsels in eine Haftprüfung nach § 117 Abs. 1 StPO umgedeutet und den Haftbefehl aufrechterhalten. Gegen diese Entscheidung legt A nunmehr eine erneute (einfache) Beschwerde nach § 304 Abs. 1 StPO ein, die nach § 117 Abs. 2 StPO explizit möglich ist und der das Landgericht wiederum nach § 306 Abs. 2 StPO nicht abgeholfen hat. Das OLG München hält die Beschwerde dagegen nach § 309 Abs. 2 StPO für begründet und erlässt in der Sache eine eigene Entscheidung, indem es den Haftbefehl aufhebt und anordnet, dass A sofort aus der Untersuchungshaft zu entlassen ist.

## V. Fazit und Ausblick

Für die juristische Ausbildung ist die Kenntnis der Grundzüge des Untersuchungshaftrechts unabdingbar. Die vorliegende Entscheidung ist für das Studium interessant, weil die Untersuchungshaft als Zusatzfrage in der Klausur, in der mündlichen Prüfung und vor allem auch im Schwerpunktstudium besonders prüfungsrelevant ist.

Dieser Fall bietet nicht nur Gelegenheit, um die Voraussetzungen der Untersuchungshaft noch einmal zu repetieren, sondern auch um sich mit der Frage auseinander zu setzen, aus welcher Perspektive das Vorliegen des Haftgrundes der Fluchtgefahr zu beurteilen ist. Darüber hinaus eignet sich der Fall bestens, um die Rechtsbehelfe im Untersuchungshaftrecht abzuprüfen.

*Prof. Dr. Janique Brüning, Kiel*

<sup>53</sup> Dazu *Eidam*, HRRS 2013, 292 (293).

## E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

### Sachliche Gerichtszuständigkeit

**Eine Zuständigkeit des Landgerichts, welche zur Verweisung gemäß § 270 StPO führt, ergibt sich nicht daraus, dass nach Scheitern von Verständigungsgesprächen beim Amtsgericht (Schöffengericht) dieses einen besonderen Umfang der Sache (§ 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GVG) annimmt. (Amtlicher Leitsatz)**

StPO § 270

GVG § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 3

GG Art. 3 Abs. 1, 12 Abs. 1, 103 Abs. 2

BGH, Beschl. v. 6.10.2016 – 2 StR 330/16 (LG Bonn)<sup>1</sup>

#### I. Die erstinstanzliche sachliche Gerichtszuständigkeit

Die Entscheidung des 2. Senats thematisiert die in den §§ 24 ff., 28 f., 74 ff., 120 GVG geregelte sachliche Gerichtszuständigkeit<sup>2</sup> für erstinstanzliche Urteilsentscheidungen, präziser: deren potenzielle Veränderung im Verlaufe des Verfahrens, hier am Beispiel geänderter Prognosen über den Verfahrensumfang nach dem Scheitern von Verständigungsgesprächen. Zwar richtet sich die sachliche Zuständigkeit oft nach der konkret zu erwartenden Strafe.<sup>3</sup> Teilweise spielen aber wie in der Senatsentscheidung daneben oder sogar ausschließlich Verfahrensaspekte sowie die Art des angeklagten Delikts eine Rolle.

Vorrang genießen bei der Bestimmung des sachlich zuständigen Gerichts ausschließliche Zuständigkeiten infolge der Anklage bestimmter Katalogstraftaten. So ist die Schwurgerichtskammer<sup>4</sup> am Landgericht zuständig für praktisch alle Tötungsdelikte<sup>5</sup> (§ 74 Abs. 2 GVG) und die dortige Staatsschutzkammer für die sich aus § 74a Abs. 1 und 2 GVG ergebenden Staatsschutzdelikte; über andere, schwerere Staatsschutzdelikte entscheidet erstinstanzlich nach § 120 Abs. 1 und 2 GVG der Strafsenat beim Oberlandesgericht.

Liegt keine der genannten Katalogtaten vor, ergeben sich weitere vorrangige Zuständigkeitskriterien aus der Erwartung bestimmter Maßregeln der Besserung und Sicherung. Wenn nämlich die Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus

(§ 63 StGB) oder in der Sicherungsverwahrung (§ 66 f. StGB) zu erwarten steht, so schließt dies eine amtsgerichtliche Zuständigkeit prinzipiell aus (§ 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GVG) und es muss zumindest<sup>6</sup> zur allgemeinen großen Strafkammer am Landgericht angeklagt werden. Ähnlich wirkt das Vorliegen der in § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GVG genannten Verfahrenskriterien: Ist eine besondere Bedeutung des Falles, ein besonderer Umfang des Verfahrens oder eine besondere Schutzbedürftigkeit des Verletzten anzunehmen, so führt das zur Unzuständigkeit des Amtsgerichts und stattdessen zur Zuständigkeit der Strafkammern (§ 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 i.V.m. § 74 Abs. 1 S. 2 GVG).

In der Masse aller Anklageverfahren sind freilich sämtliche dieser vorrangigen Kriterien schlicht nicht einschlägig, weshalb das zwar entscheidungslogisch letzte, tatsächlich aber bedeutsamste Kriterium der Straferwartung zum Zuge kommt, wenngleich selbst hier noch Deliktskategorien eine Rolle spielen, nämlich die Frage, ob ein Verbrechen oder ein Vergehen anzuklagen ist. Wenn also keine der vorgenannten vorrangigen Zuständigkeiten besteht, so ist der Strafrichter beim Amtsgericht zuständig für alle verbleibenden Vergehen mit einer konkreten Straferwartung von maximal zwei Jahren Freiheitsstrafe, nicht aber für Verbrechen (§ 25 Nr. 2 GVG). Für Verbrechen und für die übrigen Vergehen ist beim Amtsgericht ferner das Schöffengericht zuständig, sofern die Straferwartung vier Jahre Freiheitsstrafe nicht übersteigt (§ 28 i.V.m. § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GVG). Die allgemeine Strafkammer beim Landgericht schließlich entscheidet erstinstanzlich über alle Verbrechen und Vergehen, deren konkrete Straferwartung vier Jahre Freiheitsstrafe übersteigt (§ 74 Abs. 1 GVG).

Die Frage der Zuständigkeit darf im Übrigen nicht mit der Frage nach der Rechtsfolgenkompetenz der einzelnen Gerichte verwechselt werden. So ist zwar der Strafrichter nur zuständig für Vergehen mit einer Straferwartung von maximal zwei Jahren Freiheitsstrafe; gleichwohl darf er – wie das Schöffengericht – auf bis zu vier Jahre Freiheitsstrafe erkennen (§ 24 Abs. 2 StGB).<sup>7</sup>

Un erwähnt blieb bis hierhin die Wirtschaftsstrafkammer, deren Zuständigkeit sich auf Straftaten beschränkt, die zum einen nach den bisherigen Kriterien zur allgemeinen großen Strafkammer anzuklagen wären und die zum anderen eine Katalogtat nach § 74c Abs. 1 GVG darstellen. Ein Subventionsbetrug (§ 74c Abs. 1 S. 1 Nr. 5 GVG) beispielsweise wird dann vor der Wirtschaftsstrafkammer verhandelt, wenn mehr als vier Jahre Freiheitsstrafe zu erwarten sind; beträgt die Straferwartung hingegen weniger, so wäre das Schöffengericht oder gar der Strafrichter zuständig.

<sup>1</sup> Abrufbar unter

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=1ade054d2165bc246e809f5c8a16188d&nr=76379&pos=0&anz=1> (28.2.2017).

Weitere Fundstellen: BGH NJW 2017, 280 m. Anm. Zopfs; StraFo 2017, 27; besprochen von Peglau, jurisPR-StrafR 26/2016 Anm. 3.

<sup>2</sup> Zur örtlichen Zuständigkeit siehe näher Heghmanns, Strafverfahren, 2014, Rn. 633 ff.

<sup>3</sup> Vollständigere Übersicht und eingehendere Erläuterungen bei Heghmanns (Fn. 2), Rn. 632 bzw. dort Tab. 1 und ET 11-04.

<sup>4</sup> Korrektere, aber weniger einprägsamere Bezeichnung: Strafkammer als Schwurgericht, vgl. § 74 Abs. 2 S. 1 GVG a.E.

<sup>5</sup> Prominenteste Ausnahme ist § 222 StGB, wo sich die Zuständigkeit nach den allgemeinen Grundsätzen richtet.

<sup>6</sup> Besondere Strafkammern oder der Strafsenat beim Oberlandesgericht könnten ebenfalls über die genannten Unterbringungen entscheiden, weshalb ihre Zuständigkeit qua Katalogtat vorgeht.

<sup>7</sup> BGHSt 42, 205 (213).

## II. Änderungen der Zuständigkeit im Verlaufe des Verfahrens

Alle für die Zuständigkeit bedeutsamen Verfahrensparameter können sich freilich im Verlaufe des weiteren Verfahrens infolge neuer tatsächlicher Erkenntnisse über die Tat oder die Schuld der an ihr Beteiligten ändern. So mag sich die Straferwartung plötzlich anders darstellen, z.B. wegen eines zunächst nicht zu erwartenden Geständnisses des Angeklagten oder umgekehrt wegen erst verspätet zutage tretender, erheblicher Straftatfolgen. Aus einem Totschlagsversuch mag wegen eines anzunehmenden Rücktritts vom Versuch (§ 24 StGB) eine gefährliche Körperverletzung werden und umgekehrt. Auch kann sich eine ursprünglich als Umfangsverfahren eingeordnete Sache – etwa infolge eines Geständnisses – als in Wahrheit schnell abzuurteilend entpuppen, während in anderen Verfahren ein zunächst einfach erscheinender Tatvorwurf wegen einer Reihe erfolgreicher Beweisanträge monatelanges Verhandeln erfordern kann. Stellen sich diese Veränderungen noch im Zwischenverfahren heraus, so erlaubt § 209 StPO, hierauf flexibel zu reagieren und die Sache demjenigen Gericht zuzuweisen, welches auf Grund der neuen Erkenntnisse als der sachlich richtige Adressat erscheint. Ist freilich erst einmal die Sache vor einem bestimmten Gericht eröffnet worden (§ 207 Abs. 1 StPO), so reduzieren sich die Reaktionsmöglichkeiten. Nach den §§ 225a, 269 StPO hat es bei einer gewissermaßen überhöhten Zuständigkeit zu verbleiben, während im umgekehrten Fall § 225a Abs. 1 StPO vor der Hauptverhandlung eine Vorlage der Sache, § 270 Abs. 1 S. 1 StPO *innerhalb* der Hauptverhandlung sogar ihre unmittelbare Verweisung an ein höherrangiges zuständiges Gericht erlaubt.<sup>8</sup> Bemerkenswert ist, dass diese zuletzt genannte, von einem niederrangigeren Gericht ausgesprochene Verweisung das höhere Gericht sogar bindet, sofern nicht willkürlich verwiesen wurde.<sup>9</sup> Vor diesem Hintergrund mag es Untergerichten gelegentlich verlockend erscheinen, sich einem komplizierter werdenden Hauptverfahren und einem langen Urteil durch einen kurzen Beschluss gemäß § 270 Abs. 1 S. 1 StPO zum Nachteil seines übergeordneten Gerichts zu entziehen.<sup>10</sup> Dieses vermag sich dem nur ausnahmsweise zu erwehren, wenn es nämlich dem verweisenden Gericht Willkür anlasten kann, ein Vorwurf, der seinerseits nicht leichtfertig erhoben werden dürfte. Über eine solche Konstel-

<sup>8</sup> Eine Ausnahme gilt im Verhältnis von Strafrichter zu Schöffengericht bei ansteigender Straferwartung: Da der Strafrichter wie erwähnt bis zu vier Jahren Freiheitsstrafe verhängen darf, stellt eine in diesen Rahmen gewechselte Straferwartung für ihn keinen Verweisungsgrund zum Schöffengericht dar, vgl. BGH NStZ 2009, 579 (580).

<sup>9</sup> *Moldenhauer*, in: Knauer u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2016, § 270 Rn. 47 ff.; *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner/Schmitt (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 59. Aufl. 2016, § 270 Rn. 19 f. m.w.N.

<sup>10</sup> Bei der Vorlage nach § 225a Abs. 1 StPO entscheidet hingegen das höhere Gericht über die Zuständigkeit; hält es die Vorlage für unbegründet, so weist es diese zurück und es bleibt das vorliegende Gericht zuständig.

lation, und zwar eine Verweisung infolge gesteigerten Sachumfanges im Sinne von § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GVG, hatte der *Senat* in seinem hier zu besprechenden Beschluss zu befinden.

## III. Der Sachverhalt

Dem Angeklagten wurde ein gewerbsmäßiger Verstoß gegen § 143a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 i.V.m. § 143 Abs. 2 MarkenG<sup>11</sup> in insgesamt 33 Fällen zur Last gelegt. Es ging um den Vorwurf, Markenuhren ohne Zustimmung des Markenrechtinhabers an den vorgesehenen geschlossenen Vertriebswegen vorbei in die EU importiert und verkauft zu haben.<sup>12</sup> Wegen dieser Vorwürfe befand sich der Angeklagte in Untersuchungshaft, während es zu ersten Gesprächen zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung über die Möglichkeit einer Verständigung über das Strafmaß kam. In Rede stand eine Freiheitsstrafe zur Bewährung neben einer zusätzlich zu verhängenden Geldstrafe (vgl. §§ 52 Abs. 3, 53 Abs. 2 S. 2 StGB). Die Staatsanwaltschaft erhob vor diesem Hintergrund Anklage zum Amtsgericht – Schöffengericht – in Bonn, das im Juli 2015 in der Erwartung, es werde zu einer Verständigung kommen, das Hauptverfahren vor sich eröffnete. In der Hauptverhandlung im August 2015 schlug die Verteidigung eine Verständigung gemäß § 257c StPO über die genannte Strafenkombination vor, womit sich Staatsanwaltschaft und Schöffengericht prinzipiell einverstanden zeigten; allerdings verlangte der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft vor seiner endgültigen Zustimmung zu der vorgeschlagenen Verständigung eine Sicherstellung der zu zahlenden Geldstrafe in Höhe von etwa 200.000 Euro. Nachdem zu diesem Zwecke die Hauptverhandlung für etwa zwei Wochen unterbrochen worden war, musste der Verteidiger im Fortsetzungstermin erklären, der Angeklagte habe zwar versucht, einen entsprechenden Betrag auf ein Rechtsanwaltsanderkonto des Verteidigers zu überweisen. Weil er dies aus der Haft heraus nicht selbst hätte veranlassen können, habe er seine Ehefrau darum gebeten. Diese wiederum hätte beim Einblick in die Kontounterlagen festgestellt, dass der Angeklagte offenkundig einer Geliebten eine Eigentumswohnung gekauft habe, weshalb sie sich nunmehr weigere, die Überweisung auszuführen.<sup>13</sup> Nachdem infolgedessen keine Verständigung zustande gekommen war und der Angeklagte von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch machte, erschien dem Schöffengericht – zutreffend – eine umfassende Beweisaufnahme erforderlich. Es verwies deshalb die Sache nunmehr gemäß § 270 Abs. 1 S. 1 StPO wegen besonderen Umfangs der Sache im Sinne von § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GVG an die Wirtschaftsstrafkammer<sup>14</sup> des Landgerichts Bonn,<sup>15</sup> welche wiederum ihrerseits davon

<sup>11</sup> Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen v. 25.10.1994 (BGBl. I 1994, S. 3082; BGBl. I 1995, S. 156; BGBl. I 1996, S. 682), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes v. 4.4.2016 (BGBl. I 2016, S. 558).

<sup>12</sup> Zur näheren Sachverhaltsschilderung vgl. LG Bonn, Urt. v. 7.3.2016 – 27 KLs 430 Js 794/15, Rn. 28 ff (juris).

<sup>13</sup> BGH, Beschl. v. 6.10.2016 – 2 StR 330/16, Rn. 4.

<sup>14</sup> Im Hinblick auf § 74c Abs. 1 Nr. 1 GVG.

<sup>15</sup> BGH, Beschl. v. 6.10.2016 – 2 StR 330/16, Rn. 5.

ausging, es handele sich um keine willkürliche und daher um eine wirksame und bindende Verweisung.<sup>16</sup> Der Angeklagte wurde schließlich durch die Wirtschaftsstrafkammer wegen der oben genannten Taten zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verurteilt.

#### IV. Die Entscheidung des *Senats*

Auf die Revision des Angeklagten hob der *Senat* das Urteil mangels Zuständigkeit der erkennenden Wirtschaftsstrafkammer auf und verwies die Sache zur neuen Entscheidung an das Schöffengericht beim Amtsgericht Bonn zurück.<sup>17</sup> Um zu dem Befund einer Unzuständigkeit der Strafkammer gelangen zu können, musste der *Senat* zunächst um die prinzipielle Bindungswirkung des amtsgerichtlichen Verweisungsbeschlusses nach § 270 Abs. 1 S. 1 StPO herumkommen, wozu er sich auf die Verletzung höherrangigen Rechts, nämlich der Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG), beruft. Wenn allerdings dazu bereits jede Unzuständigkeit genügen würde, unterliefe dies die gesetzlich gewollte Bindungswirkung der Beschlüsse nach § 270 StPO. Auch wäre jede einfachgesetzliche Zuständigkeitsfrage sogleich auf die verfassungsrechtliche Ebene gehoben, wie das BVerfG kritisch anmerkt.<sup>18</sup> Daher führt der *Senat* unter Berufung auf die einschlägige verfassungsgerichtliche Rspr.<sup>19</sup> aus, es müsse mehr als eine nur irrtümliche Fehlannahme bei der Auslegung von Zuständigkeitsnormen vorliegen. Vielmehr sei eine grundlegende Verkenntung der verfassungsrechtlichen Gewährleistung erforderlich.<sup>20</sup>

Um dies zu prüfen, legt der *Senat* zunächst dar, die Entscheidung über die sachliche Zuständigkeit sei prinzipiell mit der Eröffnung zu treffen und insoweit trete regelmäßig eine sog. Zuständigkeitsperpetuierung ein. § 270 StPO unterliege einer teleologischen Reduktion. Allein die Zuständigkeitsmerkmale des § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 (Schwurgerichtssache, Staatsschutzsache) und Nr. 2 GVG (Strafmaßüberschreitung) gestatteten in der Hauptverhandlung noch eine Verweisung vom Amtsgericht an das Landgericht, nicht aber die normativen Kriterien des Umfangs oder der Bedeutung der Sache in § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GVG.<sup>21</sup> Interessanterweise schweigt der *Senat* an dieser Stelle über die besondere Schutzbedürftigkeit von Opferzeugen, das dritte Kriterium in § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GVG. Angesichts seiner strukturellen Ähnlichkeit – auch insoweit können jederzeit neue Erkenntnisse über die

Belastbarkeit eines Zeugen ergeben – kann hierfür aber nichts anderes gelten, d.h. auch insoweit muss es bei der einmal im Eröffnungsbeschluss getroffenen Wertung bleiben (man mag ergänzen: solange diese ex ante betrachtet sachgerecht gewesen war<sup>22</sup>).

Nun bleibt freilich die Frage, welcher angenommene Verfahrensverlauf der Einschätzung über den zu erwartenden Umfang eines Verfahrens zu Grunde zu legen ist. Hierzu vertritt der *Senat* eine für Rechtssicherheit sorgende, klare Linie: Nicht die nach dem jeweiligen Stand von etwaigen Verständigungsgesprächen aktuell erwartbare, sondern die unabhängig von möglichen Abkürzungen für den Fall vollständiger Sachaufklärung notwendige Verfahrensdauer bilde den Maßstab.<sup>23</sup> Zwar überzeugt das folgende Hilfsargument, auch im Falle einer Verständigung und eines Geständnisses sei schließlich dessen Überprüfung im Strengbeweisverfahren notwendig,<sup>24</sup> allenfalls unter rein verfahrenstheoretischem, die Praxis ausblendendem Blickwinkel. Sehr viel durchschlagender ist demgegenüber die Erwägung, bis zur erreichten (und seitens des Angeklagten erfüllten) Verständigung seien das weitere Verfahrensschicksal und damit auch der weitere Verfahrensaufwand ungewiss.<sup>25</sup> Neben der ohnehin stets einzubeziehenden Unsicherheit, die mit jeder Prognose verbunden ist, besteht daher eine weitere über die Prognosegrundlagen, sofern man auf die jeweils aktuelle, wechselhafte Verfahrenssituation zu schauen hätte. Auf einer derartigen doppelten Unsicherheit darf aber eine so wesentliche Entscheidung wie die Identifizierung des gesetzlichen Richters im konkreten Einzelfall nicht beruhen. Es ist deshalb richtig, sich insoweit auf den worst case vollständiger Sachaufklärung einzurichten, weil anhand seiner noch relativ gut abzuschätzen ist, welcher Bedarf an Hauptverhandlungszeit anfallen könnte. Als Nebeneffekt dürfte sich zwar die Zahl der im Hinblick auf § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB den Strafkammern zufallenden Verfahren etwas erhöhen;<sup>26</sup> im Hinblick auf die bei den Strafkammern im Zweifel gründlichere Sachbehandlung wäre diese Entwicklung aber vielleicht sogar zu begrüßen.

Nach diesen Überlegungen steht für den *Senat* fest, dass allein wegen der veränderten Einschätzung über den Verhandlungsbedarf keine Verweisung an das Landgericht erfolgen durfte.<sup>27</sup> Eine Ausnahme gälte allenfalls, wenn schon aus dem Anklagesatz die Unrichtigkeit der ursprünglich angenommenen Zuständigkeit folge.<sup>28</sup> Dies meint aber ersichtlich nur die ohnehin unproblematischen Fehlannahmen einer (Un-)Zuständigkeit nach § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GVG und berührt die zu entscheidende Fallkonstellation ersichtlich nicht. Denn der Umfang einer Sache, verstanden als der für die Aufklärung entstehende Bedarf an Beweismitteln, lässt sich aus dem Anklagesatz sicherlich nicht erkennen. Deshalb

<sup>16</sup> BGH, Beschl. v. 6.10.2016 – 2 StR 330/16, Rn. 6.

<sup>17</sup> BGH, Beschl. v. 6.10.2016 – 2 StR 330/16, Rn. 1 f.

<sup>18</sup> BVerfGE 87, 282 (284 f.).

<sup>19</sup> BVerfGE 87, 282 (284 f.); BVerfG NJW 2012, 3357 (3365); BVerfG NVwZ 2015, 510 (513).

<sup>20</sup> BGH, Beschl. v. 6.10.2016 – 2 StR 330/16, Rn. 9.

<sup>21</sup> BGH, Beschl. v. 6.10.2016 – 2 StR 330/16, Rn. 11; desgleichen *Frister*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 5, 5. Aufl. 2016, § 270 Rn. 12; zur Bedeutung der Sache bereits ebenso *Rieß*, GA 1976, 1 (11 f.); Regierungsentwurf zum StVÄG 1979, BT-Drs. 8/976, S. 22; BGHSt 47, 16 (21); kritisch *Degener*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 9, 5. Aufl. 2016, § 24 GVG Rn. 38.

<sup>22</sup> Vgl. dazu sogleich unter V.

<sup>23</sup> BGH, Beschl. v. 6.10.2016 – 2 StR 330/16, Rn. 13 f.

<sup>24</sup> BGH, Beschl. v. 6.10.2016 – 2 StR 330/16, Rn. 14.

<sup>25</sup> BGH, Beschl. v. 6.10.2016 – 2 StR 330/16, Rn. 13.

<sup>26</sup> Ähnlich *Zopfs*, NJW 2017, 282.

<sup>27</sup> BGH, Beschl. v. 6.10.2016 – 2 StR 330/16, Rn. 15.

<sup>28</sup> BGH, Beschl. v. 6.10.2016 – 2 StR 330/16, Rn. 16.

sei, so der *Senat* weiter, die vom Schöffengericht angenommene Zuständigkeitsverschiebung mit Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG unvereinbar.<sup>29</sup>

Hinsichtlich des weiteren Prozedere stellt der *Senat* sodann fest, der Verweisungsbeschluss sei deswegen nicht so gleich unwirksam, sondern es entfielen lediglich seine Bindungswirkungen. Folglich bleibe zu überprüfen, ob die Strafkammer auf den Verweisungsbeschluss hin richtigerweise die Sache wegen eigener Zuständigkeit dennoch hätte behalten müssen, ob also nicht doch ein Fall des § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GVG vorgelegen haben könnte. Der *Senat* verneint aber eine vier Jahre Freiheitsstrafe übersteigende Straferwartung, da kein besonders strafwürdiger Fall der Markenpiraterie mit erheblicher wirtschaftlicher Schädigung des Markenrechtinhabers anzunehmen sei.<sup>30</sup> Einleuchtend belegt wird dies durch das tatsächlich ausgeurteilte Strafmaß von drei Jahren und drei Monaten Freiheitsstrafe. Folgerichtig sei die Strafkammer unter keinem Aspekt sachlich zuständig gewesen, ihr Urteil daher fehlerhaft ergangen und aufzuheben.

## V. Bewertung und Folgerungen

Die Bedeutung der Entscheidung des *Senats* geht jedenfalls deutlich über das hinaus, was der sehr eng gefasste, das Scheitern von Verständigungsbemühungen in den Vordergrund rückende Leitsatz ausdrückt. Denn nunmehr ist höchst richterlich zum einen geklärt, dass Veränderungen gegenüber dem im Eröffnungsbeschluss zu Grunde gelegten Annahmen hinsichtlich der Zuständigkeitskriterien nach § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GVG grundsätzlich keinen Raum für Zuständigkeitskorrekturen im weiteren Verfahrensverlauf bieten. Zum anderen hat der *Senat* als Maßstab für die Schätzung des besonderen Umfangs den im Falle vollständiger Sachaufklärung notwendigen Aufwand bestimmt. Beides ist zu begrüßen und sollte dazu führen, an dieser Stelle für Klarheit zu sorgen und Unsicherheiten hinsichtlich der gerichtlichen Zuständigkeit künftig zu reduzieren.

Gleichwohl lässt der Beschluss noch Fragen offen, die sich vor allem zum Verständnis der Zuständigkeitsperpetuierung auf tun. Es ist nämlich nicht ganz klar, wie weit diese reichen soll. Gerade der dem *Senat* vorliegende Fall hätte aber Anlass geboten, hierzu mehr auszuführen. Legt man nämlich die Maßstäbe des *Senats* (Beurteilung des besonderen Umfangs anhand des Verhandlungsumfanges bei vollständiger Sachaufklärung) zu Grunde, so scheint es so, als wäre zum Zeitpunkt des Eröffnungsbeschlusses wohl tatsächlich eine Zuständigkeit der Strafkammer wegen des besonderen Umfangs der Sache anzunehmen gewesen. Das folgende Hauptverfahren vor der Strafkammer, die offenbar eine vollständige Sachaufklärung betreiben musste, mit immerhin 17 Hauptverhandlungstagen zwischen Mitte November 2015 und Anfang März 2016<sup>31</sup> dürfte jedenfalls von besonderem Umfang im Sinne von § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GVG gewesen sein, was schon der Blick auf die ähnliche, konkretere Rege-

lung in § 76 Abs. 2 S. 3 Nr. 3, Abs. 3 GVG mit seiner Grenze von zehn Hauptverhandlungstagen erhellt. Zudem ist nicht ersichtlich, wieso dieser Umfang bei Zugrundelegung des richtigen Maßstabes vollständiger Sachaufklärung nicht schon bei der Eröffnungsentscheidung erkennbar gewesen sein sollte. Wenn man demzufolge annimmt, das Schöffengericht habe sich in der Hoffnung auf eine Verständigung zunächst anders (und damit falsch) entschieden, indem es die Sache bei sich eröffnet hatte, so entsteht ein Dilemma. Da das Schöffengericht nach der Auffassung des *Senats* keinerlei Chancen mehr hatte, die Sache noch rechtmäßig an die Strafkammer abzugeben, hätte es – so wohl auch der an das Schöffengericht zurückverweisende *Senat* – selbst in der Sache entscheiden müssen. Andererseits obliegt es dem Gericht nach § 6 StPO, jederzeit seine sachliche Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen. Eine dabei festgestellte sachliche Unzuständigkeit stellt – außerhalb der Anwendungsfälle von § 269 StPO – ein Sachurteilshindernis dar, worauf Einstellungsbeschluss bzw. -urteil zu ergehen hätten, sofern die Unzuständigkeit nicht durch Vorlage oder Verweisung zum zuständigen Gericht behoben werden könnte,<sup>32</sup> was der *Senat* aber ausgeschlossen hat.

Es erhebt sich nun die Frage, ob die Zuständigkeitsperpetuierung auch diesen Fall eines an sich sachlich unzuständigen Gerichts erfassen kann und darf. Zweifellos ist nichts gegen eine Fortschreibung der Zuständigkeit einzuwenden, wenn das Amtsgericht sich zunächst einmal fehlerfrei für die eigene Zuständigkeit entscheidet und erst nach Eröffnung neue Umstände eintreten, die seine Annahme ex post als Fehlprognose erscheinen lassen. In solchen Fällen überzeugt die Argumentation, die Zuständigkeit des Amtsgerichts dürfe nicht bei jeder beliebigen Änderung der Prozesslage in Frage gestellt werden. Aber kann das ebenso gelten, wenn das Amtsgericht einen falschen Maßstab angelegt oder trotz klar erkennbaren besonderen Umfangs dennoch vor sich eröffnet hatte? Darf – denn darauf liefe eine Zuständigkeitsperpetuierung in diesem Falle hinaus – ein solcher Fehler folgenlos bleiben mit der Folge, dass der von Anfang an erkennbare gesetzliche Richter (Strafkammer) von der Entscheidung endgültig ausgeschlossen bleibt? Ich halte das vor allem deshalb für inakzeptabel, weil eine solche Zuständigkeitsperpetuierung keinerlei Anhalt im Gesetz findet und man daher keine Handhabe besitzt, mit ihrer Hilfe die Zuständigkeit des Amtsgerichts gewissermaßen zu fingieren. Im Gegenteil: § 269 StPO beschränkt die Akzeptabilität falscher Zuständigkeitsentscheidungen explizit auf die Unzuständigkeit höherrangiger Gerichte; für die Unzuständigkeit unterrangiger Gerichte fehlt eine entsprechende Ausnahmeregelung, die eine Entscheidung in der Sache durch das unzuständige Gericht erlauben könnte. Zwar verweist der *Senat* in ganz anderem Zusammenhang darauf, die neuere Norm des § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GVG werde von der älteren Norm des § 270 StPO (und

<sup>29</sup> BGH, Beschl. v. 6.10.2016 – 2 StR 330/16, Rn. 18.

<sup>30</sup> BGH, Beschl. v. 6.10.2016 – 2 StR 330/16, Rn. 21 f.

<sup>31</sup> LG Bonn, Urt. v. 7.3.2016 – 27 KLs 430 Js 794/15, Rn. 133 (juris).

<sup>32</sup> Scheuten, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, § 6 Rn. 1; Weßlau, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 6 Rn. 7.

damit auch nicht von § 269 StPO) nicht erfasst,<sup>33</sup> was im Ergebnis auch den Weg für seine Lösung hätte freimachen können. Diese Argumentation verkennt indessen, dass der Gesetzgeber natürlich auch neuere Regelungen sehr bewusst in tradierte Regelungsregime einfügen kann (und muss). Folgerichtig darf § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GVG nicht einfach als abseits der Grundsatzentscheidung der §§ 6, 269 f. StPO stehend verstanden werden, sondern auch für ihn muss gelten, dass Unzuständigkeiten höherrangiger Gerichte unschädlich bleiben, solche niederrangigerer Gerichte aber zu einem Sachurteilshindernis führen. Richtigerweise hätte das Schöffengericht also in dem Moment, in welchem es seinen Fehler erkannt hatte, das Verfahren per Beschluss (§ 206a StPO) bzw. per Urteil (§ 260 Abs. 3 StPO) einzustellen gehabt, damit die Staatsanwaltschaft mittels einer neuen Anklage die Sache zum gesetzlichen Richter anklagen konnte.

Vor diesem Hintergrund verwundert es, wenn der *Senat* nun eine Zurückverweisung an das Schöffengericht beschließt. Wäre auch er von dessen sachlicher Unzuständigkeit ausgegangen, so hätte es näher gelegen, die ausdrücklich verworfene Zuständigkeit der Strafkammer<sup>34</sup> anzunehmen und auf die Revision hin deren Urteil auf andere Fehler zu untersuchen. Die Zurückverweisung lässt sich deshalb (sofern der *Senat* dies bedacht hatte) als Votum dafür interpretieren, im Sinne einer umfassenden Zuständigkeitsperpetuierung die fehlerhafte Zuständigkeitsannahme durch das Schöffengericht im Ergebnis folgenlos zu stellen. Aus den genannten Gründen müsste dies aber als Verstoß gegen das Gebot des gesetzlichen Richters in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG angesehen werden. Es mag freilich sein, dass diese Problematik dem *Senat* entgangen ist, denn er kommentiert seine Zurückverweisung unter diesem Aspekt nicht und erörtert vielmehr die sachliche Zuständigkeit des Schöffengerichts allein unter dem Blickwinkel der Straferwartung (§ 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GVG).<sup>35</sup> Das letzte Wort scheint also – zumindest mit letzter Klarheit – noch nicht gesprochen zu sein.

*Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster*

<sup>33</sup> BGH, Beschl. v. 6.10.2016 – 2 StR 330/16, Rn. 17.

<sup>34</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 6.10.2016 – 2 StR 330/16, Rn. 20 ff.

<sup>35</sup> BGH, Beschl. v. 6.10.2016 – 2 StR 330/16, Rn. 21 f.

**E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g****Zum Erfordernis der qualifizierten Belehrung bei einer richterlichen Zeugenvernehmung**

**Macht ein Zeuge erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 Abs. 1 StPO Gebrauch, so erfordern die Einführung des Inhalts einer früheren Aussage des Zeugen in die Hauptverhandlung durch Vernehmung des Richters, vor dem der Zeuge im Rahmen des die konkrete Tat betreffenden Ermittlungsverfahrens ausgesagt hat, und die Verwertung des dadurch gewonnenen Beweisergebnisses, dass der Richter den Zeugen gem. § 52 Abs. 3 Satz 1 StPO über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt hat; einer weitergehenden Belehrung bedarf es nicht. (Amtlicher Leitsatz)**

StPO §§ 252, 52

BGH, Beschl. v. 15.7.2016 – GSSt 1/16 (LG Köln)<sup>1</sup>**I. Sachverhalt**

In einem beim 2. Strafsenat anhängigen Verfahren verurteilte das Landgericht Köln den Angeklagten A wegen Mordes zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe. Nach den Feststellungen des Landgerichts hatte der A seine Ehefrau durch insgesamt 60 Stiche und Schnitte mit einem Messer getötet.

Seine Überzeugung vom Tathergang stützte das Landgericht auf die Angaben der Tochter T des A. Im Ermittlungsverfahren hatte der Richter R diese über ihr Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 52 StPO belehrt und sodann zum Tathergang vernommen. In der Hauptverhandlung machte die T dann aber von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch und erklärte sich auch nicht damit einverstanden, dass ihre im Ermittlungsverfahren getätigten Angaben in der Hauptverhandlung verwertet werden. Über diese Angaben erhob das Landgericht dann dergestalt Beweis, dass es den R dazu befragte, was die T ausgesagt hatte, als er sie vernahm.

A griff mit seiner Revision diese Vorgehensweise an und rügte einen Verstoß gegen §§ 252, 52 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 StPO. Denn der R hatte die T nicht darüber belehrt, dass ihre Angaben ihm gegenüber auf diese Art auch dann verwertet werden können, wenn sie in der Hauptverhandlung gegen ihren Vater von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen sollte (sog. qualifizierte Belehrung).

**II. Einführung in die Problematik**

Wenn ein Zeuge im Ermittlungsverfahren ausgesagt hat, in der Hauptverhandlung aber von seinem Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 52 StPO Gebrauch macht, dann stellt sich

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist in BGH NJW 2017, 94 veröffentlicht und abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=a3717bdf6d9cff6054da22bfe62880f5&nr=76407&pos=0&anz=1> (18.2.2017).

die Frage, ob diese frühere Aussage des Zeugen in die Hauptverhandlung eingeführt werden kann.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gilt: Grundsätzlich soll es unzulässig sein, die Verhörsperson über den Aussageinhalt zu vernehmen. Handelt es sich bei der Verhörsperson allerdings um einen Richter, so dürfe über den Inhalt der Vernehmung dadurch Beweis erhoben werden, dass der Richter die Vernehmung in der Hauptverhandlung schildert.<sup>2</sup> Es sei hierfür keine Voraussetzung, dass der Richter den Zeugen vor dessen Vernehmung über diese Art der Verwertung seiner Aussage belehrt hatte.<sup>3</sup>

Der 2. Strafsenat vertrat nun die abweichende Ansicht, dass der Richter nur dann zum Inhalt der vorherigen Zeugenaussage befragt werden dürfe, wenn er den Zeugen damals über diese Möglichkeit (qualifiziert) belehrt hatte. Er beabsichtigte damit, von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs abzuweichen und sprach der Frage, ob eine qualifizierte Belehrung erforderlich ist, darüber hinaus grundsätzliche Bedeutung zu.<sup>4</sup> Daher legte er die Frage dem *Großen Senat für Strafsachen* zur Entscheidung vor. Eine solche Vorlage nach § 132 Abs. 2, 4 GVG soll verhindern, dass widersprechende Entscheidungen verschiedener *Senate* bestehen, und dient damit dem Prinzip der Rechtssicherheit.<sup>5</sup>

Um diesen Streit zu verstehen, muss man sich zunächst mit dem Sinn und Zweck des in § 52 StPO normierten Zeugnisverweigerungsrechts (1.) und dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung (2.) befassen.

**1. Das Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 52 StPO**

Ein Zeuge ist verpflichtet, zu einer richterlichen oder staatsanwaltschaftlichen Vernehmung zu erscheinen und dort zur Sache auszusagen, §§ 48 Abs. 1, 161a Abs. 1 StPO. Bekundet der Zeuge vor dem Richter falsch, macht er sich nach §§ 153 StGB strafbar; Falschaussagen vor dem Staatsanwalt können demgegenüber (nur) unter Gesichtspunkten wie Strafvareitelung (§ 258 StGB), falscher Verdächtigung (§ 164 StGB) oder Verleumdung (§ 187 StGB) geahndet werden.<sup>6</sup>

Ist der Beschuldigte ein Angehöriger des Zeugen, dann respektiert das Gesetz, dass der Zeuge diesen nicht belasten will. Es löst das Spannungsverhältnis zwischen diesem Wunsch des Zeugen einerseits und dessen Wahrheitspflicht andererseits, indem es ihm in § 52 StGB das Recht zubilligt, sein Zeugnis zu verweigern.<sup>7</sup> Der Zeuge muss also zum Vernehmungstermin erscheinen, dort aber nicht aussagen.

<sup>2</sup> Seit BGHSt 2, 99.

<sup>3</sup> BGHSt 32, 25 (31).

<sup>4</sup> BGH, Beschl. v. 24.2.2016 – 2 StR 656/13 = BeckRS 2016, 06840.

<sup>5</sup> *Hannich*, in: *Hannich* (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7. Aufl. 2013, § 132 GVG Rn. 1; *Schmitt*, in: *Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar*, 59. Aufl. 2016, § 132 GVG Rn. 13.

<sup>6</sup> *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, 28. Aufl. 2014, § 26 Rn. 14.

<sup>7</sup> *Schmitt* (Fn. 5), § 52 Rn. 1; *Roxin/Schünemann* (Fn. 6), § 26 Rn. 14.

## 2. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit

Der Grundsatz der Unmittelbarkeit besagt, dass sich das Gericht einen möglichst direkten, eigenen und unvermittelten Eindruck vom Tatgeschehen verschaffen soll. Um seine Erkenntnisse von dem Sachverhalt zu erlangen, soll es möglichst das tatnächste Beweismittel verwenden und seine Erkenntnisse aus der Quelle selbst schöpfen, statt sich mit Beweissurrogaten zu begnügen.<sup>8</sup>

Seine weiteste Ausprägung findet der Grundsatz im Verhältnis des Personalbeweises (z.B. Vernehmung eines Zeugen) zum Urkundenbeweis (z.B. Verlesung des Protokolls einer früheren Vernehmung dieses Zeugen). Zeugen äußern sich in der Regel nicht zum ersten Mal in der Hauptverhandlung, sondern haben zuvor bereits bei Polizei oder Staatsanwaltschaft ausgesagt. Gleichwohl ist der Zeugen selbst in der Hauptverhandlung (erneut) zu hören; stattdessen lediglich die Protokolle vorangegangener Vernehmungen zu verlesen verbietet § 250 StPO. Die Vorschrift soll verhindern, dass das Gericht seine Überzeugung nur auf Protokolle stützt, statt sich einen persönlichen Eindruck von der Wahrnehmungsperson zu verschaffen und dient damit der Sachaufklärung. Überdies sichert § 250 StPO auch das Konfrontationsrecht des Angeklagten (§ 240 Abs. 2 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK).<sup>9</sup>

In einer Vielzahl von Fällen sieht das Gesetz jedoch Ausnahmen vor. § 251 StPO gestattet in engen Grenzen (z.B. Tod des Zeugen) die Verlesung von Vernehmungsprotokollen. § 253 StPO erlaubt den Urkundenbeweis mit Vernehmungsniederschriften, wenn ein anwesender Zeuge Gedächtnislücken hat oder seine Aussage vor Gericht seiner Aussage im Ermittlungsverfahren widerspricht. Vorherige Erklärungen des Angeklagten können nach § 254 StPO verlesen werden, um seine Einlassung zu überprüfen. Videoaufzeichnungen von Zeugenvernehmungen können unter den Voraussetzungen des § 255a StPO in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Schließlich sieht § 256 StPO die Verlesung bestimmter Zeugnisse, Gutachten, ärztlicher Atteste, Berichte und Protokolle zum Zwecke der Verfahrensbeschleunigung vor.<sup>10</sup>

## 3. Das Verbot der Protokollverlesung nach einer Zeugnisverweigerung gem. § 252 StPO

Wie verhält es sich nun aber, wenn der Zeuge zwar vorgehend aussagt, in der Hauptverhandlung jedoch das Zeugnis verweigert? § 252 StPO verbietet seinem Wortlaut nach, das Protokoll dieser Aussage zu verlesen. Umstritten ist, ob § 252 StPO das Verlesungsverbot des § 250 StPO nur klarstellend wiederholt oder ob der Norm eine darüber hinaus-

gehende Bedeutung zukommt, indem sie die Zeugnisverweigerungsrechte der §§ 52 ff. StPO weitergehend absichert.<sup>11</sup>

Das Reichsgericht stellte in ständiger Rechtsprechung auf den Wortlaut der Vorschrift ab. Dieser verbiete lediglich eine Protokollverlesung, stehe aber einer anderweitigen Verwertung (etwa durch Vernehmung der früheren Verhörsperson<sup>12</sup>) nicht entgegen. Denn eine einmal erfolgte Aussage sei als Tatsache in der Welt und könne durch die spätere Zeugnisverweigerung nicht mehr beseitigt werden.

Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone betonte in Abkehr davon, dass § 252 StPO es in diesen Fällen grundsätzlich verbiete, die frühere Aussage eines Vernommenen zu verwerten.<sup>13</sup> Der Gerichtshof begründete dies insbesondere damit, dass ein Zeuge (damals) nur bei einer richterlichen Vernehmung über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt werden musste. In sonstigen Fällen sei dem Zeugen der Konflikt zwischen Wahrheitspflicht einerseits und Loyalität mit dem Angeklagten andererseits gar nicht vor Augen geführt worden. Dann könne es ihm nicht zugemutet werden, an seiner Entscheidung über die Zeugnisverweigerung festgehalten zu werden.<sup>14</sup> Hieran knüpfte der Bundesgerichtshof an und erlaubte die Befragung eines Richters, der einen Zeugen ordnungsgemäß belehrt und dann vernommen hatte.<sup>15</sup>

Der Bundesgerichtshof hielt an dieser Rechtsprechung auch fest, nachdem der Gesetzgeber Staatsanwaltschaft und Polizei ebenfalls verpflichtete hatte, Zeugen vor einer Vernehmung über ihre Zeugnisverweigerungsrechte zu belehren.<sup>16</sup> Er begründete sie nun aber damit, dass das Gesetz richterlichen Vernehmungen allgemein höheres Vertrauen entgegenbringe<sup>17</sup> und dem Zeugen die erhöhte Bedeutung der richterlichen Vernehmung für das Strafverfahren erkennbar sei.<sup>18</sup>

Diese Rechtsprechung wird in der Literatur überwiegend abgelehnt<sup>19</sup>, wobei die Kritik an unterschiedlichen Punkten ansetzt:

Teilweise wird die Ansicht vertreten, § 252 StPO enthalte ein umfassendes Verwertungsverbot. Der Wortlaut der Norm zeige, dass der Gesetzgeber den Konflikt zwischen Aufklärungsinteresse und Zeugenschutz zugunsten des Letzteren löse. Mit § 252 StPO habe er die Grundentscheidung getroffen, den Zeugen bis zur Hauptverhandlung – und nicht ledig-

<sup>8</sup> *Beulke*, JA 2008, 758; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 8. Aufl. 2013, Rn. 65 f.

<sup>9</sup> *Diemer*, in: Hannich (Fn. 5), § 250 Rn. 1; *Sander/Cirener*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6/1, 26. Aufl. 2009, § 250 Rn. 1.

<sup>10</sup> *Beulke*, JA 2008, 758 ff.; *Eisenberg* (Fn. 8), Rn. 2076.

<sup>11</sup> *Beulke*, Strafprozessrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 418 ff.; *Roxin/Schünemann* (Fn. 6), § 46 Rn. 29.

<sup>12</sup> Auch eines Polizisten, vgl. RGSt 72, 221 (222).

<sup>13</sup> OGHSt 1, 299 (300).

<sup>14</sup> OGHSt 1, 299 (302).

<sup>15</sup> BGHSt 2, 99 (108).

<sup>16</sup> Früher § 163a Abs. 5 StPO; heute § 161a Abs. 1 S. 2 StPO für die Staatsanwaltschaft und § 163 Abs. 3 S. 3 StPO für die Polizei.

<sup>17</sup> BGHSt 21, 218 (219).

<sup>18</sup> BGHSt 49, 72 (77).

<sup>19</sup> Zustimmend aber *Bosch*, Jura 2012, 33 (35 f.); *Diemer* (Fn. 9), § 252 Rn. 22 ff.; *Kraatz*, Jura 2011, 170 (176); *Krey*, in: Geppert/Dehnicke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Karl-Heinz Meyer, 1990, S. 239 (242 f.); *Schmitt* (Fn. 5), § 252 Rn. 14.

lich bis zur ersten richterlichen Vernehmung – frei entscheiden zu lassen, ob er im Verfahren gegen seinen Angehörigen aussagen wolle. Die richterrechtlich begründete Erlaubnis der Verwertung früherer richterlicher Vernehmungen sei eine damit unvereinbare Rechtsfortbildung. Den Schutz der Entscheidungsfreiheit des Zeugen unterschiedlich auszugestalten, je nachdem ob dieser richterlich oder nicht-richterlich vernommen wurde, sei umso weniger vertretbar, als Zeugen (mittlerweile) in gleichem Maße über ihr Zeugnisverweigerungsrecht belehrt werden. Bei nachträglicher Zeugnisverweigerung sei es vielmehr unzulässig, auf das Zeugnis jedweder Verhörperson zuzugreifen.<sup>20</sup>

Eine andere Ansicht will jeden Verhörenden als Zeugen befragen können. Teilweise wird ebenfalls auf die (nunmehr) gleichen Belehrungspflichten abgestellt und darüber hinaus betont, es könne nicht angenommen werden, dass das Erinnerungsvermögen des Richters besser oder seine Aussage gewissenhafter sei als bei anderen Verhörpersonen.<sup>21</sup> Teilweise wird zur Begründung der Wortlaut des § 252 StPO herangezogen, der nur (klarstellend neben § 250 StPO) eine Verlesung der Aussage verbiete. § 52 StPO erlaube dem Zeugen lediglich, sein Zeugnis zu verweigern, nicht aber mit Hilfe von § 252 StPO eine einmal getätigte Aussage wieder aus der Welt zu schaffen.<sup>22</sup>

Schließlich wird die Auffassung vertreten, dass der Richter nur dann zum Inhalt der Zeugenaussage befragt werden dürfe, wenn er den Zeugen auf diese Möglichkeit ausdrücklich hingewiesen und dieser gleichwohl ausgesagt habe. Denn in diesem Fall habe der aussagende Zeuge sein Verweigerungsrecht endgültig verwirkt.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> *Beulke* (Fn. 11), Rn. 420; *Degener*, StV 2006, 509 (512 f.); *El-Ghazi*, JR 2015, 343 (344 f.); *ders./Merold*, StV 2012, 250 (251 ff.); *Eschelbach*, in: Bockemühl (Hrsg.), Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg zum 70. Geburtstag, 2015, S. 147 (154 ff.); *Eser*, NJW 1963, 234 (236 f.); *Fezer*, JuS 1977, 669 (671); *Geerds*, JuS 1991, 199 (200 f.); *Geppert*, NStZ 2012, 282; *Gerdemann*, Die Verwertbarkeit belastender Zeugenaussagen bei Beeinträchtigung des Fragerechts des Beschuldigten, 2010, S. 139 f.; *Grünwald*, JZ 1966, 489 (497 f.); *Hanack*, JZ 1972, 236 (238); *Neumann*, ZIS 2016, 121 (122 f.); *Roxin/Schünemann* (Fn. 6), § 46 Rn. 29 ff.; *Velten*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, GVG und EMRK, 4. Aufl. 2012, § 252 Rn. 4; *Welp*, JR 1996, 76 (78); für ein umfassendes Verbot nur bei belastenden Aussagen *Freund*, in: Graul/Wolf (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, 2002, S. 369 (375).

<sup>21</sup> *Kohlhaas*, NJW 1965, 1254 f.; *ders.*, DRiZ 1966, 286 (290 f.); *Nüse*, JR 1966, 281 (282 f.).

<sup>22</sup> *Bosch*, in: Bockemühl (Fn. 20), S. 65 (73 ff.); *Rogall*, in: Dannecker (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 973 (995 f.).

<sup>23</sup> *Ellbogen*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2016, § 252 Rn. 49; *Henckel*, HRRS 2014, 482 (484 f.); *Julius*, in: Gercke/Julius/Temming (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl. 2012, § 252 Rn. 2; für eine

### III. Die Entscheidung

Der *Große Senat für Strafsachen* bestätigt die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs: Einen Richter zu der Aussage eines vernommenen Zeugen zu befragen, setze nicht voraus, dass der Zeuge vor der Vernehmung über diese Möglichkeit belehrt worden ist.<sup>24</sup>

Zuerst betont der *Große Senat für Strafsachen*, dass das Gesetz nicht verbiete, einen Richter dazu zu befragen, was ein von ihm vernommener Zeuge ausgesagt hatte. Schon der Wortlaut des § 252 StPO spreche nicht für ein solches Verbot, sondern verbiete lediglich die Verlesung des über die frühere Aussage erstellten Protokolls in der Hauptverhandlung.<sup>25</sup> Zum selben Auslegungsergebnis führe die Gesetzesystematik, da sich § 252 StPO in dem Gesetzesabschnitt zum Urkundenbeweis befinde.<sup>26</sup> Schließlich enthalte auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift keinen eindeutigen Hinweis darauf, dass der historische Gesetzgeber § 252 StPO geschaffen habe, um damit die Aussagefreiheit des zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen allumfassend zu schützen.<sup>27</sup>

Dass er Vernehmungen durch Richter anders behandelt als Vernehmungen durch andere Personen (die nicht zum Vernehmungsinhalt befragt werden dürfen) rechtfertigt der *Große Senat für Strafsachen* ebenfalls mit der Gesetzesystematik. Denn die Strafprozessordnung selbst räume der Zeugenvernehmung durch einen Richter eine besondere Bedeutung ein, etwa indem sie der Staatsanwaltschaft, dem Beschuldigten und seinem Verteidiger die Anwesenheit dabei gestattet (vgl. § 168c Abs. 2 StPO).<sup>28</sup>

Gleichwohl sei es nicht erforderlich, den Zeugen über diese unterschiedliche Behandlung seiner Aussage qualifiziert zu belehren. Der Richter müsse den Zeugen vor seiner Vernehmung lediglich gemäß § 52 Abs. 3 S. 1 StPO über sein Zeugnisverweigerungsrecht aufklären, um ihm hierdurch eine Vorstellung von der Bedeutung seines Weigerungsrechts zu verschaffen. Welche Rechtsfolgen eintreten, wenn er zunächst aussagt, später jedoch von seinem Weigerungsrecht Gebrauch macht, müsse dem Zeugen nach der Konzeption der Belehrungspflicht hingegen nicht vermittelt werden.<sup>29</sup>

### IV. Bewertung der Entscheidung

Wie das Bundesverfassungsgericht betont, schützen die §§ 52, 252 StPO den Zeugen nicht nur vor der Verpflichtung, Angehörige wahrheitsgemäß zu belasten. Sie sichern ihm zudem die Möglichkeit, eine einmal gemachte Aussage – ob wahrheitsgemäß oder wahrheitswidrig, be- oder entlastend – bis zur Hauptverhandlung folgenlos wieder rückgängig zu machen, ohne sie durch eine neue Aussage ersetzen zu müssen, bei deren Abgabe er wiederum dem Spannungsfeld zwi-

Pflicht aller Verhörpersonen zur qualifizierten Belehrung *Bosch* (Fn. 22), S. 65 (75 ff.).

<sup>24</sup> BGH NJW 2017, 94 (97 ff.).

<sup>25</sup> BGH NJW 2007, 94 (97).

<sup>26</sup> BGH NJW 2007, 94 (97 f.).

<sup>27</sup> BGH NJW 2007, 94 (98).

<sup>28</sup> BGH NJW 2007, 94 (98).

<sup>29</sup> BGH NJW 2007, 94 (99 f.).

schen Wahrheitspflicht und Näheverhältnis ausgesetzt wäre. Die Normen schützen damit die engere persönliche Lebenssphäre des Zeugen und sind als solche einfachgesetzliche Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).<sup>30</sup>

Hält man es mit dem BGH für zulässig, trotz Zeugnisverweigerung in der Hauptverhandlung einen Richter befragen zu dürfen, was der Zeuge ihm gegenüber während eines Verhörs im Ermittlungsverfahren ausgesagt hatte, dann kann es nicht überzeugen, dass der *Große Senat für Strafsachen* eine qualifizierte Belehrung hierüber für entbehrlich hält.

Die Vernehmung des Richters zu gestatten beruht auf einer Abwägung zwischen dem Zeugnisverweigerungsrecht und dem staatlichen Interesse an der Wahrheitserforschung. Letzterem den Vorrang einzuräumen lässt sich nur damit begründen, dass der Zeuge endgültig auf das Zeugnisverweigerungsrecht verzichtete, indem er vor dem Vernehmungsrichter ausgesagte. Er müsste damit auf sein Grundrecht verzichtet haben. Das ist zwar grundsätzlich möglich. Ein Grundrechtsverzicht ist aber nur wirksam, wenn der Verzichtende sich über dessen Tragweite im Klaren ist und diesen zu überblicken vermag.<sup>31</sup> Der wesentliche Punkt ist, dass der in einer richterlichen Vernehmung aussagende Zeuge – anders als bei sonstigen Vernehmungen – bereits endgültig und unumkehrbar über sein Zeugnisverweigerungsrecht verfügt. Mit seiner Aussage schafft der Zeuge einen Konflikt für seine besondere Nähebeziehung zum Angeklagten, der endgültig ist und nicht wieder beseitigt werden kann.<sup>32</sup> Nur ein Zeuge, dem das bewusst ist, kann sein Recht wirklich umfassend ausüben; nur sein Grundrechtsverzicht ist wirksam.

Dass die endgültige und nicht mehr zu beseitigende Aussage eine besondere Belastung für den Zeugen darstellt, gilt umso mehr, als sich das Spannungsverhältnis zwischen wahrheitsgemäßer Aussage und Loyalität gegenüber dem Beschuldigten im Laufe des Verfahrens zuspitzen oder entschärfen kann.<sup>33</sup>

Für die Behauptung des Bundesgerichtshofs, Zeugen schreiben einer richterlichen Vernehmung eine besondere Bedeutung zu und ihnen werde allein deshalb bewusst, die dort getroffenen Angaben (anders als sonst) nicht wieder „aus der Welt schaffen zu können“, existiert demgegenüber kein empirischer Beleg. Realistischer erscheint vielmehr, dass (gerade) juristische Laien diese Konsequenz nicht überblicken.<sup>34</sup> Man befrage zur Kontrolle einmal den – insbesondere nichtjuristischen – Freundes- und Familienkreis dazu, welche unterschiedlichen Formen von Vernehmungen es gibt und ob, wie und unter welchen Voraussetzungen die Inhalte vorge-

richterlicher Vernehmungen in die Hauptverhandlung eingeführt werden können. Die besondere Folge seiner Aussage vor einem Richter kann dem Zeugen nur auf eine Art sicher verdeutlicht werden: Der Richter muss ihn vor der Vernehmung auch darüber belehren, dass die Aussage des Zeugen in dieser Vernehmung durch Befragung des Richters auch dann in eine spätere Hauptverhandlung eingeführt werden kann, wenn der Zeuge dort sein Zeugnis verweigert.<sup>35</sup>

Weitere Probleme ergeben sich, wenn die Vernehmung nicht im Strafverfahren selbst erfolgte. Dann muss nämlich berücksichtigt werden, dass der Entschluss eines Zeugnisverweigerungsberechtigten in einem Zivil- oder Sorgerechtsverfahren auszusagen, regelmäßig auf einer anderen Interessens- und Motivationsgrundlage beruht als eine entsprechende Entscheidung in einem anhängigen Strafverfahren.<sup>36</sup> Beispielsweise kann einem Minderjährigen daran gelegen sein, durch seine (wahrheitsgemäße) Aussage in einem Sorgerechtsverfahren Hilfe zu erhalten, ohne zugleich eine aussichtsreiche strafrechtliche Verfolgung seines nahen Angehörigen ermöglichen zu wollen.<sup>37</sup> Das sei aber nur am Rande erwähnt, zumal der *Große Senat für Strafsachen* über solche Fallgestaltungen gerade nicht zu entscheiden hatte.<sup>38</sup>

Im Ergebnis wird man sich aber dem abschließenden Hilferuf<sup>39</sup> des *Großen Senats für Strafsachen* anschließen müssen. Bedenkt man, dass im Falle nachträglicher Zeugnisverweigerung die Bild-Ton-Aufzeichnung einer früheren richterlichen Vernehmung nach § 255a Abs. 1 StPO i.V.m. § 252 StPO nicht zu Beweis Zwecken vorgeführt werden darf, obgleich auf das weniger zuverlässige Beweismittel der Vernehmung des Richters zurückgegriffen werden kann<sup>40</sup>, so wird offenbar, dass das Zusammenspiel der Zeugnisverweigerungsrechte und der ihrem Schutz dienenden Normen aus den Fugen geraten ist. Der Gesetzgeber muss dringend ein stimmiges Gesamtkonzept entwickeln, wie es etwa der Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme<sup>41</sup> versucht.

*RiLG Sebastian Beining, Düsseldorf*

<sup>30</sup> BVerfG NStZ-RR 2004, 18 (19).

<sup>31</sup> BVerfGE 9, 194 (199); *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Kommentar, Grundgesetz, 39. Lfg., Stand: Juli 2001, Art. 2 Rn. 229.

<sup>32</sup> *Henckel*, HRRS 2014, 482 (485).

<sup>33</sup> *Ellbogen* (Fn. 23), § 252 Rn. 42, 54.

<sup>34</sup> *Braun*, JuS 2016, 406 (409); *El-Ghazi*, JR 2015, 343 f.; *Henckel*, HRRS 2014, 482 (485); *Neumann*, ZIS 2016, 121 (125); *Roxin/Schünemann* (Fn. 6), § 46 Rn. 29; vertiefend *Eisenberg*, NStZ 1988, 488 f.

<sup>35</sup> *Ellbogen* (Fn. 23), § 252 Rn. 54; *Neumann*, ZIS 2016, 121 (128)

<sup>36</sup> *Ranft*, StV 2000, 520 (521).

<sup>37</sup> *Ranft*, StV 2000, 520 (524).

<sup>38</sup> BGH NJW 2007, 94 (95).

<sup>39</sup> BGH NJW 2007, 94 (100).

<sup>40</sup> BGHSt 49, 72.

<sup>41</sup> *Eser u.a.*, GA 2014, 1.

## B u c h r e z e n s i o n

**Florian Faust**, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2016, 315 S., € 24,-.

### I. Ein Überblick

Das Lehrbuch von *Faust* zum BGB AT ist ein modernes Lehrbuch. Der Autor setzt das Ziel selbst und wird ihm gerecht: Er fordert die Leser auf, mit dem Buch zu arbeiten und über das nachzudenken, was er schreibt (S. 17). Dieser Anspruch, der zum Konzept geworden ist, unterscheidet das Buch von vielen „klassischen“ Lehrbüchern. Das soll allerdings keineswegs den Verdienst der Werke schmälern, die etwa in der Reihe „Große Lehrbücher“ im Verlag C. H. Beck oder als schöne blaue Grundlagenwerke im Verlag Carl Heymanns erscheinen. Diese Werke sind Lehrbücher, sie sind aber auch Handbücher. Wer als Studierender ein Lehrbuch in die Hand nimmt, macht das aus verschiedenen Gründen. Der erste Grund in der zeitlichen Abfolge des Studiums ist der erstmalige Kontakt mit dem Fach. Hierfür eignet sich das Werk von *Faust* für viele Studierende besser als die klassischen Lehrbücher. Denn es bietet einen einfachen Zugang. Dieser Gedanke lebt auf, wenn Studierende sich in der Fortgeschrittenen-Phase oder zur Examensvorbereitung mit dem Allgemeinen Teil des BGB befassen. Denn jedes Mal ist das (zumindest in Teilen) ein neues Sich-Befassen mit der Materie. Gerade die großen Lehrbücher eignen sich für viele Studierende erst dann, wenn man sich ein solides Basiswissen im betreffenden Gebiet verschafft hat und einzelne Aspekte vertiefen möchte. Um sich dieses Basiswissen – egal in welcher Studienphase – zu erarbeiten, ist der *Faust* ein erstklassiger Leitfaden.

### II. Inhaltsübersicht

Für die inhaltliche Zusammenstellung hat der Autor den Stoff so gewählt, wie er den Lehrveranstaltungen zum BGB AT am ehesten entspricht. Das Werk behandelt schwerpunktmäßig „Willenserklärungen und Vertragsschluss“ (Teil A.), die Funktionsweise von „Trennungs- und Abstraktionsprinzip“ (Teil B.), „Formale und inhaltliche Wirksamkeitsvoraussetzungen von Rechtsgeschäften“ (Teil C.), „Die Folgen der Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften“ (Teil D.), „Allgemeine Geschäftsbedingungen und Verbraucherschutzrecht“ (Teil E.), „Rechts- und Geschäftsfähigkeit“ (Teil F.), „Willensmängel“ (Teil G.), „Stellvertretung und Botenschaft“ (Teil H.) und am Ende „Gegenrechte“ (Teil I.).

Andere Bereiche, die das Gesetz selbst durch seine Überschriften dem AT zuordnet, werden nicht behandelt. Das betrifft etwa den rudimentären Abschnitt über „Juristische Personen“ (§§ 21 ff. BGB) oder die „Sicherheitsleistung“ (§§ 232 ff. BGB). Da in der modernen Lehre im Gebiet des BGB AT aber die Willenserklärung bzw. das Rechtsgeschäft den Dreh- und Angelpunkt darstellt, erscheint dieser Zuschnitt sinnvoll. Juristische Personen und Sicherheitsleistungen sind Spezialmaterien die für das Verständnis des Systems im BGB AT (eines solchen Zuschnitts) verzichtbar sind.

### III. Was besonders hervorzuheben ist

Exemplarisch für die vielen sehr gelungenen Abschnitte soll ein Bereich hervorgehoben werden. Es handelt sich um die Darstellung der „Vertretungsmacht kraft Rechtsschein“ in Teil H. § 26 V. (S. 232 ff.). Zum absolvierten Pflichtprogramm gehört es hier, die Vorschriften der § 170, § 171 und § 172 BGB zu besprechen. Man kann hier darüber streiten, ob es sich hier um Rechtsscheintatbestände handelt oder nicht. Für die eigene Klausur ist das zwar weniger wichtig als für das eigene wissenschaftliche Verständnis. Schön ist jedenfalls, dass *Faust* auf den Streitstand hinweist.<sup>1</sup> Doch auch eine andere Einordnung (§§ 170 ff. BGB als rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht) wird als Pflichtstoff in anderen BGB AT-Lehrbüchern behandelt. Auch die Anscheinsvollmacht und die Duldungsvollmacht werden sehr anschaulich aufbereitet. Was die Darstellung im *Faust* bei alledem besonders heraushebt, ist aber die kurze Einleitung zu den Grundlagen des Rechtsscheins (S. 232 f.). Hier wird dem Studierenden eine Chance geboten, das System zu verstehen, dass sich hinter den „Rechtsscheinvollmachten“ verbirgt. Die eigene Erfahrung zeigt, dass viele Studierende – zu Beginn des Studiums und immer noch am Ende – die Begriffe der *Anscheinsvollmacht* und der *Duldungsvollmacht* kennen und auch vorzüglich deren Tatbestände zu prüfen wissen. Es fehlt aber leider zu häufig das Bewusstsein für die dogmatische Einordnung. Das macht es schwierig – etwa in der Klausur – Problemereiche sicher und sauber zu erschließen.

Die Darstellung von *Faust* kann helfen, dieses Problem zu vermeiden. Denn indem die Anscheinsvollmacht und die Duldungsvollmacht nicht nur als Unterüberschriften in einem Kapitel zur „Vertretungsmacht“ eingeordnet werden, sondern in den Bezug zu den allgemeinen Gedanken des Rechtsscheins gesetzt werden, können die Studierenden erkennen, dass dahinter ein allgemeines Prinzip steckt. Das erlaubt es in der Folge, gemeinsame Wertungen zu erkennen, die für alle Rechtsscheinvollmachten gelten. Wer das verinnerlicht und dann eben noch Grundgedanken des Instituts „Rechtsschein“ kennt, kann – etwa in der Klausur – auch unbekannte Problemereiche selbstbewusst und zielführend erschließen. *Faust* erleichtert die dazu notwendige Erkenntnis durch seine systematische Darstellung enorm: Die Anscheinsvollmacht und die Duldungsvollmacht sind keine eigenen Rechtsinstitute, sondern Anwendungsfälle einer allgemeinen Lehre.<sup>2</sup> Deshalb besteht an sich auch keine Vertretungsmacht kraft Rechtsschein, sondern der Vertretene wird wegen des Rechtsscheins so behandelt, *als bestünde sie*. Nimmt man das Dargestellte als Grundlage, erschließt sich m.E. auch leichter, warum

<sup>1</sup> *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2016, S. 233 dort Fn. 20.

<sup>2</sup> Für die Duldungsvollmacht gilt das natürlich nur, insoweit man diese als Rechtsscheinvollmacht begreift; siehe dazu *Faust* (Fn. 1), S. 246.

Probleme bei der Anfechtung von solchen Anscheinsvollmachten und Duldungsvollmachten bestehen.<sup>3</sup>

Was *Faust* hier auch ganz nebenbei gelingt, ist, die Studierenden überhaupt an das Thema „Rechtschein“ heranzuführen und ihnen ein Bewusstsein dafür zu verschaffen. Das geht in der Lehre häufig unter. Das Problem wird oft erst im Handelsrecht aufgegriffen, wenn man sich mit § 15 HGB befasst. Dann beschränkt sich die Erkenntnis aber leider auch – nachvollziehbar – auf die in § 15 HGB niedergelegten Regelungen. Weiß man hier um den Umgang mit dem Gesamtsystem, kann man sich auch in den Bereichen zurechtfinden, die vielleicht im Einzelfall in der Lehre zu kurz kommen. Das sind später dann etwa Scheinkaufmann und Scheingesellschaft(er).

#### IV. Was noch anzumerken ist

Wie in den meisten Lehrbüchern zum BGB AT werden Einwendungen und Einreden sowie die Verjährung recht kurz behandelt. Das heißt nicht, dass dem Studierenden keine ausreichende Darstellung gegeben würde, die ihm die Handhabung erlaubt. Ganz praktisch ist zu sehen, dass Einwendungen, Einreden und Verjährung in der Regel in einer Klausur im Studium oder dem Examen kaum eine Rolle spielen. Selten werden Ansprüche zu prüfen sein, die im Ergebnis verjährt sind oder denen der Anspruchsgegner etwas entgegenhalten kann. Die hierauf aufgewendete Arbeit vieler Studierenden hält sich folglich auch in Grenzen. Um ein Gesamtverständnis des Vertragsrechts und der Durchsetzung von Ansprüchen im Rahmen des Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrechts aufzubauen, ist es aber von Bedeutung, sich hiermit vertieft auseinanderzusetzen. Denn der Studierende mag zwar den Begriff des *Synallagmas* und das Prinzip *do ut des* kennen. Auch setzt er sich später mit Leistungsstörungen auseinander. Dass das aber alles zusammengehört, ein Vertrag eben zwei Seiten hat und auf jeder Seite berechnete Interessen stehen können, ist leicht zu übersehen, wenn man diese Aspekte einzeln behandelt. Diese Anmerkung soll indes nicht an den Autor gerichtet sein – er stellt die Grundzüge der Einwendungen und Einreden sowie der Verjährung dar. Auch wird manches Lehrbuch aus dem Schuldrecht hier weitergehende Aufklärung verschaffen; die Thematiken liegen ja nun eben an der Grenze. Dem Leser aus dem ersten Semester kann auf der anderen Seite nicht geraten werden, zu diesem Zeitpunkt bereits die angesprochenen Hintergründe zu erforschen. Wer das Buch in der Examensvorbereitung wieder in die Hand nimmt, wird sich aber freuen, wenn er die Abschnitte zu Einwendungen und Einreden und zur Verjährung aufschlägt und seinen eigenen Hinweis aus dem ersten Semester wiederfindet, dass er sich doch einmal mit dem Gesamtsystem befassen könnte.

#### V. Warum ich das Buch nutze

Bücher zum BGB AT gibt es viele. Auch andere Werke kommen mit den schönen modernen Elementen der Wieder-

holungsfragen, Fallbeispiele, Übersichten und Definitionen daher. Hier muss jeder Lernende die Methode finden, die ihn am besten anspricht. *Faust* hat all das, kann aber darüber hinaus punkten. Inhaltlich setzt natürlich jedes Lehrbuch Schwerpunkte – das eine wird dadurch nicht besser als das andere; es ist nur anders. Das Werk von *Faust* hat mich beim Durcharbeiten aber gerade wegen einer Sache überzeugt: Die unverblühte und direkte Ansprache, die dem Leser in einfachen Worten zu erklären versucht, worum es geht. Dadurch werden auch große Theorien und umfassende Problemkreise greifbar dargestellt. Auch das mag nicht jedem liegen. Wer aber für die Auseinandersetzung mit dem Basiswissen im BGB AT lieber auf eine knackige und ansprechende Darstellung zurückgreift, als Theorien und Schlagworte auswendig zu lernen, dürfte mit *Fausts* BGB AT einen Glücksgriff landen.

*Wiss. Mitarbeiter Lukas Beck, Würzburg*

<sup>3</sup> *Faust* (Fn. 1) S. 244 f.; ausführlich zur Problematik *Schubert*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 167 Rn. 146.

# Tagungsbericht zur VI. Herbstakademie Mietrecht 2016

Von stud. iur. **Hans Steege**, stud. iur. **Leif-Magnus Wishöth**, Hannover/Göttingen

Nach zwei Jahren war es wieder soweit: Vom 30.10.2016 bis 2.11.2016 versammelten sich rund 50 Studenten und Rechtsreferendare zur VI. Herbstakademie Mietrecht im Harnack-Haus der Max-Planck-Gesellschaft in Berlin-Dahlem. Die diesjährige Veranstaltung bot ein breites Spektrum. Angeboten wurden neben einem bunten Rahmenprogramm Vorträge namhafter Referenten und Besuche im Bundesministerium der Justiz und im Bundestag.

Ermöglicht wurde die Veranstaltung durch den Deutschen Mietgerichtstag und dessen Vorsitzenden Prof. Dr. Ulf Börstinghaus (RiAG Dortmund) und die Forschungsstelle für Immobilienrecht der Universität Bielefeld unter der Leitung von Prof. Dr. Markus Artz und Prof. Dr. Florian Jacoby.

Eröffnet wurde die Veranstaltung am 31.10.2016 von Prof. Dr. Börstinghaus und Prof. Dr. Artz. Nach der Begrüßung referierte Prof. Dr. Martin Häublein zum Thema „Der Mietvertrag“. Der Vortrag bot den Teilnehmenden einen guten Einstieg in das Mietrecht, insbesondere zu Fragen des Zustandekommens von Mietverträgen. Hieran anschließend hielt Prof. Dr. Börstinghaus einen Vortrag zu dem in der Praxis wichtigen und streitaffinen Thema „Miete und Mieterhöhung“. Er vermittelte anschaulich, unter welchen Voraussetzungen eine Mieterhöhung möglich ist und wie sich die „Mietpreisbremse“ in der Praxis auswirkt. Dabei lag ein besonderes Augenmerk auf den Mietspiegeln und ihrem Zustandekommen.

Nach einer Mittagspause führte Prof. Dr. Arnold Lehmann-Richter in „Die mangelhafte Wohnung“ und das damit verknüpfte spezielle Mängelrecht ein. Den darauffolgenden Vortrag widmete RiBGH a.D. Dr. Dietrich Beyer der „Beendigung des Mietverhältnisses“. Er referierte über Fragen im Zusammenhang mit Eigenbedarfskündigungen und erläuterte das Problem, das besteht, wenn der Vermieter wegen Mietrückständen fristlos und ordentlich kündigt und der Mieter unter bestimmten Voraussetzungen durch die sog. Schonfristzahlung zwar die außerordentliche, nicht jedoch die ordentliche Kündigung unwirksam werden lassen kann. Den Abend ließen die Teilnehmenden im Restaurant Alter Krug ausklingen und hatten dort die Möglichkeit, sich ausgiebig mit den Referenten auszutauschen.

Am folgenden Morgen startete Prof. Dr. Caroline Meller-Hannich mit einem Vortrag zum Thema „Miete als Vermögensgegenstand in Vollstreckung und Insolvenz“. Sie demonstrierte anhand von zahlreichen Fällen, wie Gläubiger bei Insolvenz des Vermieters in Mietwohnungen vollstrecken können. Daran anschließend führte Prof. Dr. Florian Jacoby die Teilnehmer in das Wohnungseigentumsrecht ein. Er zeigte, welche Probleme auftreten können, wenn ein Wohnungseigentumsbesitzer seine Wohnung vermietet und der Inhalt des Mietvertrags gegen spätere Beschlüsse der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer verstößt. Erläutert wurde in diesem Zusammenhang die Möglichkeit, statische oder dynamische Verweise in den Mietvertrag aufzunehmen. In das AGB-Recht führte Dr. Andreas Kappus ein. Er sprach über die besondere Relevanz des AGB-Rechts im Wohnraummietrecht. Zudem konnten die Teilnehmenden interessante Ein-

blicke in seine Arbeit als Chefredakteur der Neuen Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht (NZM) gewinnen.

Nach einer Mittagspause ging es in das BMJV, wo eine Referentin einen Einblick in das für das Mietrecht zuständige Referat bot. Dem Vortrag folgte eine Führung durch das Ministerium. Beim anschließenden Besuch des Reichstagsgebäudes wurden die Teilnehmenden durch das Gebäude geführt und konnten von der Kuppel den Blick über die Hauptstadt genießen.

Am letzten Tag leitete VRiLG Hubert Fleindl den Praxisworkshop „Mietrechtsstreit und Räumungsvollstreckung“ und zeigte anhand von zahlreichen Praxisbeispielen, was es hierbei insbesondere prozessual zu berücksichtigen gilt. Im Anschluss wurden verschiedene Berufsfelder im Mietrecht dargestellt. Rechtsanwältin Beate Heilmann gab einen Einblick in die mietrechtliche Anwaltspraxis, Dr. Jutta Hartmann und Rechtsanwalt Carsten Herlitz führten in die Aufgaben von Verbandsjuristen ein und VRiLG Hubert Fleindl in das Gerichtsleben. Danach wurde das Projekt „Pro Mietrecht – Richtig informiert sein“ vorgestellt.

Großer Dank gilt allen Referenten und Referentinnen, die den Teilnehmern ehrenamtlich mit großer Begeisterung und viel Enthusiasmus das Mietrecht nähergebracht haben und für Fragen und Gespräche sowie Diskussionen immer offen waren. Abgerundet wurde die fachliche Seite durch das überaus angenehme Ambiente im Harnack-Haus der Max-Planck-Gesellschaft sowie durch die schönen Zimmer und die erstklassigen Mahlzeiten. Ein besonderer Dank gilt zudem dem Organisationsteam für die schönen Tage und den reibungslosen Ablauf.

Die Herbstakademie Mietrecht bietet allen interessierten Studenten und Studentinnen und Rechtsreferendaren einen überaus detailreichen Einblick in das Mietrecht und ist auf jeden Fall eine Teilnahme wert. Zudem ist es eine einmalige Chance, die Crème de la Crème des Mietrechts kennenzulernen.