

Herausgeber: Prof. Dr. Markus Artz, Prof. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Dr. h.c. Gerhard Dannecker, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Michael Fehling, PD Dr. Matthias Fervers, Prof. Dr. Beate Gsell, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Andreas Hoyer, Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, RiBVerfG a.D. Prof. Dr. Johannes Masing, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Konstantina Papathanasiou, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, Prof. Dr. Anne Schneider, Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann, Prof. Dr. Johanna Wolff

Geschäftsführende Herausgeber: Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas Brinkmann, Prof. Dr. Julian Krüper, PD Dr. Markus Wagner

Schriftleitung: PD Dr. Markus Wagner

Redaktion Zivilrecht: Prof. Dr. Markus Artz, Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas Brinkmann, Prof. Dr. Tim W. Dornis, PD Dr. Matthias Fervers, Prof. Dr. Beate Gsell

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

Redaktion Strafrecht: Prof. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, Prof. Dr. Konstantina Papathanasiou, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Anne Schneider, Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, PD Dr. Markus Wagner

Webmaster: PD Dr. Markus Wagner

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung: Irina Isabel Pommerenke

Internetauftritt: René Grellert

ISSN: 1865-6331

Inhalt

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Das zivilrechtliche Gutachten im weiteren Sinne

Von Dr. Maximilian A. Max, Wien 135

Trennung, Abstraktion, Tradition

Von Wiss. Mitarbeiter Johannes Herb, Stud. iur. Jana Ebersberger, Maître en droit, Bayreuth 141

Durchsetzung von Schrankenprivilegien mittels § 95b UrhG

Von Ref. iur. Marius Jorg, Köln 149

Reiserecht: Fragwürdige Klagen von Urlaubern

Von Rechtsanwalt Kay P. Rodegra, Würzburg 156

Öffentliches Recht

2G+ im Deutschen Bundestag

Von Prof. Dr. Patrick Hilbert, Frankfurt (Oder), Wiss. Mitarbeiter Cederic Meier, Göttingen 162

Die Treuepflicht der Beamten

Von Prof. Dr. Thorsten Ingo Schmidt, Potsdam 172

Der Weg des Geldes vom Versicherten zum (Haus-)Arzt

Von Theresa M. Hess, Wiss. Mitarbeiter Benedikt N. Fink, Heidelberg 177

Strafrecht

Der neugefasste Bedrohungstatbestand (§ 241 StGB)

Von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam 182

DIDAKTISCHE BEITRÄGE*Zivilrecht***Die Haftungs- und Zurechnungseinheit**

Von Dr. Daniel E. Holler, Wiss. Mitarbeiter Simon Schmaus,
Erlangen-Nürnberg

185

*Strafrecht***Untreue und Business Judgement Rule**

Von Jun.-Prof. Dr. Lucia Sommerer, LL.M. (Yale),
Halle (Saale)

192

Modus Operandi „Falscher Polizeibeamter“ – Diebstahl oder Betrug?

Von Ref. iur. Dr. Lukas Zeyher, Ref. iur. Dr. Aleksandar
Zivanic, Konstanz/München

198

ÜBUNGSFÄLLE*Zivilrecht***Schwerpunktklausur: Ein schockierender Abend**

Von Prof. Dr. Beate Gsell, Wiss. Hilfskraft Dr. Matthias Veicht,
LL.M. (NCKU), München

204

*Öffentliches Recht***Abschlussklausur Europarecht: „Germany first“**

Von Prof. Dr. Meinhard Schröder, Wiss. Mitarbeiter Dr. Florian
Berger, Passau

210

Übungsklausur im Staatshaftungsrecht: Räumungsanspruch und Mietausfallschaden

Von Privatdozent Dr. Ibrahim Kanalan, Würzburg/Erlangen-
Nürnberg

216

Vorlesungsabschlussklausur: Die gemeine Geschäftsordnung

Von Wiss. Mitarbeiterin Katharina Schwengel, Wiss. Mitarbeiter
Jan Bernhard Paus, Bochum

225

*Strafrecht***Schwerpunktbereichsklausur Kriminalwissenschaften: Von Krawallnächten, Einhörnern und Stromausfällen**

Von Prof. Dr. Tillmann Bartsch, Prof. Dr. Jörg Kinzig,
Tübingen

231

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN*Zivilrecht***BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21**

(Reduzierung von Gewerberaummieta aufgrund von coronabedingten Geschäftsschließungen?)

(Dipl.-Jur. Pascal Bayer, Stackeden-Elsheim)

244

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN*Öffentliches Recht*

BVerfG (Erster Senat), Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21

(Bundesnotbremse II [Schulschließungen])

(Prof. Dr. Lothar Michael, Düsseldorf) 247

Strafrecht

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10.11.2021 – 2 Ws 261/21

(EncroChat – das „WhatsApp der Kriminellen“ und seine strafverfahrensrechtliche Relevanz)

(Prof. Dr. Konstantina Papathanasiou, LL.M., Vaduz) 259

LG Osnabrück, Beschl. v. 26.10.2021 – 3 Qs 38/21

(Fälschung von Impfausweisen)

(Wiss. Mitarbeiterin Hannah Offerdinger, Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, Hamburg) 264

BGH, Urt. v. 30.09.2021 – 4 StR 170/21

(Mord, Verdeckungsabsicht, niedrige Beweggründe, besondere Schwere der Schuld)

(Akad. Rat a.Z. Dr. Pepe Schladitz, Osnabrück) 269

BUCHREZENSIONEN*Zivilrecht*

Schwab, Dieter, Familienrecht, 29. Aufl. 2021

(Ref. iur. Tino Haupt, Ellwangen [Jagst]) 274

VARIA*Strafrecht*

Tagungsbericht: „Specific Criminal Offences with respect to the new types of criminality arising from Digitalization“

Das zweite Dreiländerseminar „Digitalization and Criminal Law“ vom 9.–16.10.2021 in Göcek (Türkei)

Von Stud. iur. Janine Blocher, Konstanz 275

Das zivilrechtliche Gutachten im weiteren Sinne

Von Dr. Maximilian A. Max, Wien*

In Deutschland werden juristische Klausurbearbeitungen nicht nur nach inhaltlichen, sondern auch nach formalen Gesichtspunkten bewertet (Gutachten). Es macht sich daher bezahlt, sich damit auseinanderzusetzen. Die Anforderungen an ein gelungenes Gutachten können zunächst abschreckend wirken. In Wahrheit stellt es aber eine Art Leitfaden dar, der bei der Prüfung eines subjektiven Rechts des Zivilrechts helfen soll. Dem Gutachten ist jedenfalls eine gewisse Logik inhärent, deren Kenntnis die Erstellung deutlich vereinfacht.

I. Einleitung

Zivilrechtliche Klausuraufgaben können unterschiedlicher Art sein. Denkbar sind etwa Theoriefragen. Typischerweise werden jedoch Fälle gestellt, die es zu lösen gilt. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass im Sachverhalt eine Person etwas von einer anderen verlangt und sich im Zuge dessen bestimmte rechtliche Fragen aufdrängen. Klausuren leben in aller Regel von erörterungswürdigen inhaltlichen Problemen. Ganz zentral für das Begehren einer Person sind subjektive Rechte. Nach heutigem überwiegendem Verständnis ist ein subjektives Recht des Zivilrechts eine Rechtsmacht, die der Befriedigung von Interessen dient.¹ Dabei sind Ansprüche von Gestaltungsrechten zu unterscheiden. Der Anspruchsbegriff wird in § 194 Abs. 1 BGB festgelegt: Ein Anspruch ist das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Das Gestaltungsrecht wird hingegen nicht abstrakt definiert. Man versteht darunter die Rechtsmacht, die Rechtslage *einseitig* zu ändern.² Ein wesentlicher Unterschied besteht folglich darin, dass Gestaltungsrechte keiner Erfüllung durch das Gegenüber bedürfen.

Subjektive Rechte begegnen uns jeden Tag. Man denke nur an die Abwicklung eines Alltagsgeschäfts – etwa den Kauf von Lebensmitteln (Anspruch) – oder an den Widerruf eines Fernabsatzvertrags (Gestaltungsrecht). Sie sind aber natürlich derart ausgestaltet, dass sie gegebenenfalls auch gerichtlich geltend gemacht werden können. Man muss Ansprüche und Gestaltungsrechte deswegen bis zu einem gewissen Grad auch prozessrechtlich denken.³ Die Beziehung zwischen materiellem und Prozessrecht stellt jedenfalls ein komplexes Thema dar.

Beispiel: Der fällige Kaufpreis für ein Buch kann außergerichtlich und allenfalls gerichtlich geltend gemacht werden. In beiden Alternativen handelt es sich um denselben Anspruch, nur die *Form* der Geltendmachung ändert sich.

* Der Autor war Doktorand und langjähriger Wiss. Mitarbeiter am Institut für Internationales Wirtschaftsrecht – Abteilung V (Prof. Dr. Klicka) der WWU Münster, wo er promoviert wurde. Derzeit ist er Referendar in Wien.

¹ *Enneccerus/Nipperdey*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1/1, 15. Aufl. 1959, S. 428 f.

² *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 20 Rn. 31.

³ Siehe unter II. 3. b).

Man kann sich deswegen die subjektiven Rechte als Schnittstelle zwischen materiellem und Prozessrecht vorstellen.

II. Gutachten

Typischerweise geht es in zivilrechtlichen Fällen zunächst um Ansprüche. Der zivilrechtlichen Falllösung insgesamt liegt eine bestimmte Systematik zugrunde. So folgt etwa nicht nur die Frage, *welcher* von mehreren einschlägigen Ansprüchen zuerst geprüft wird einer gewissen Logik, sondern ist auch die Prüfung der *einzelnen* Ansprüche logisch strukturiert. Das betrifft einerseits den Aufbau der Anspruchsprüfung und andererseits das Vorgehen hinsichtlich der einzelnen Prüfungspunkte (Gutachtenstil). Unter Berücksichtigung all dieser Punkte kann man getrost von einem Gutachten im weiteren Sinne sprechen, das anzufertigen ist. Der große Vorteil der Gutachtenserstellung besteht für den Rechtsanwender darin, dass die Wahrscheinlichkeit wesentliche Punkte zu übersehen, minimiert wird.

1. Gutachtenstil

Im Rahmen der Bearbeitung von Klausurfällen wird ein Gutachten (im engeren Sinne) erwartet. Es zeichnet sich dadurch aus, dass die einzelnen Punkte Schritt für Schritt abgearbeitet werden und so der Weg von Zwischenergebnissen bis hin zum Endergebnis nachvollzogen werden kann.⁴

Ausgangspunkt für die Bearbeitung ist die Fallfrage. Während der Anknüpfungspunkt für die Lösung im Strafrecht die strafbare Handlung ist, kommt es im Zivilrecht auf die Rechtsfolge an. Es ist zunächst die einschlägige Anspruchsgrundlage (allenfalls Gestaltungsgrundlage) zu ermitteln. Diese sind „perfekte“ Rechtsnormen, da sie aus Tatbestand und Rechtsfolge bestehen. Dabei handelt es sich um Wenn-Dann-Konstruktionen: Wenn der Tatbestand (T), bestehend aus den einzelnen Tatbestandsmerkmalen ($t_1, t_2 \dots t_x$) erfüllt ist, so tritt die Rechtsfolge (R) ein.

Beispiel: Im Strafrecht beginnt die Fallbearbeitung damit, die richtige Strafnorm zu eruieren. Wenn der Täter T dem Opfer O dessen Uhr stiehlt, so ist diese (Diebstahls-)Handlung das zentrale Element, um die relevante Strafnorm zu finden. Im Zivilrecht verlangt hingegen typischerweise eine Person etwas von einer anderen. Beispielsweise besteht der Verkäufer V gegenüber dem Käufer K darauf, dass der Kaufpreis beglichen wird. Auch hier muss man die einschlägige Norm suchen und finden. Das zentrale Kriterium ist hier aber die Rechtsfolge, vorliegend etwa der Anspruch auf Kaufpreiszahlung.

Gutachtenstil bedeutet, dass die einzelnen Tatbestandsmerkmale nacheinander durchgeprüft werden. Diese Prüfung folgt dabei einem bestimmten Aufbau: Hypothese, Obersatz, Unter-

⁴ *Mann*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 204.

satz, Schlussatz. Im Zentrum der Hypothese steht die Rechtsfolge, eingebettet in einen konkreten Sachverhalt.

Beispiel: V könnte gegen K einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises i.H.v. 100 € aus dem Kaufvertrag i.V.m. § 433 Abs. 2 BGB haben. Oder: K könnte seine Willenserklärung über die Bezahlung von 100 € gegen Übergabe des Buches gem. §§ 312g, 355 BGB widerrufen haben.

Der Obersatz enthält den Tatbestand. Hier sind die einzelnen Tatbestandsmerkmale aufzuzählen. Nachfolgend konzentriert man sich auf jedes einzelne Merkmal: Es ist zu definieren. An dieser Stelle kommt die Interpretation von Normen ins Spiel, deren Zweck es ist, die Bedeutung eines Tatbestandsmerkmals herauszuarbeiten. Anschließend folgt der Untersatz. Hier werden die entsprechenden Sachverhaltselemente unter das jeweilige Tatbestandsmerkmal subsumiert; es wird untersucht, ob ein konkreter Sachverhalt von einer Rechtsnorm umfasst ist. Das Ergebnis wird schließlich im Rahmen des Schlussatzes angeführt. Man kann sich diesen Vorgang insgesamt als Frage-Antwort-Komplex vorstellen: Erst wird danach gefragt, ob der Tatbestand erfüllt ist; anschließend wird diese Frage beantwortet. Dabei ist die Hypothese im Konjunktiv zu formulieren, der Schlussatz im Indikativ. Dieser Aufbau entstammt der Logik und ist letztlich ein Syllogismus, vorliegend der logische Schluss auf die Rechtsfolge.

2. Anspruchsreihenfolge

Das Zivilrecht kennt eine Vielzahl unterschiedlicher Ansprüche. Für einen konkreten Sachverhalt sind oftmals mehrere Ansprüche relevant; neben einem vertraglichen etwa auch ein Anspruch aus Delikt. Hier ergibt sich unweigerlich die Frage nach der Prüfungsreihenfolge. Man teilt die Ansprüche (grob) in folgende Kategorien mit entsprechender Reihung ein: vertragliche, quasi-vertragliche, dingliche, deliktische sowie bereicherungsrechtliche Ansprüche.⁵ Die zweite Kategorie steht in gewisser Weise zwischen vertraglichen und gesetzlichen Ansprüchen, die letzten drei beinhalten offenkundig gesetzliche Ansprüche. Ob bereicherungsrechtliche oder deliktische Ansprüche das Schlusslicht bilden, ist gemeinhin Geschmacksache. Ansonsten folgt auch dieses Schema bis zu einem gewissen Grad der Logik oder zumindest einer gewissen Zweckmäßigkeit. Dass vertragliche Ansprüche zuvorderst zu prüfen sind, liegt an dem Grundsatz der Privatautonomie, der ein wesentliches Element der Zivilrechtsordnung ist. Sie berechtigt die Rechtssubjekte dazu, gesetzliche dispositive Normen abzuändern. Deswegen gehen in der Prüfungsreihenfolge die vertraglichen den gesetzlichen Schuldverhältnissen vor. Man kann weiters insbesondere die vertraglichen Ansprüche in primäre (Erfüllungs-) und Sekundäransprüche (etwa Schadensersatz nach § 280 BGB oder die Rückforderung nach § 346 BGB bei vertraglichem Rücktrittsrecht) unterteilen. Quasi-vertragliche Ansprüche kommen vertraglichen sehr nahe, ohne dass tatsächlich ein Vertrag vorläge; man kann hier auch von *vertragsähnlichen Ansprüchen* sprechen. Prototypisch ist die

⁵ Siehe dazu nur *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 44. Aufl. 2020, § 38 Rn. 7 ff.

Haftung aus culpa in contrahendo. Hierbei handelt es sich um die Ausdehnung der Vertragshaftung auf einen vorvertraglichen Zeitpunkt für ganz bestimmte Situationen (§ 311 Abs. 2 BGB). Ferner zählt auch die Geschäftsführung ohne Auftrag zu dieser Kategorie; aber auch – und das wird oftmals übersehen – Ansprüche nach § 122 BGB oder § 179 BGB.

Ein Beispiel für einen sachenrechtlichen Anspruch ist der Herausgabeanpruch gem. § 985 BGB. Vertragliche Rechte aber auch die Geschäftsführung ohne Auftrag können hier ein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 BGB konstituieren, das das Behalten der fremden Sache rechtfertigen kann.⁶ Im Rahmen des bereicherungsrechtlichen § 812 BGB gilt selbiges: Hier können sie einen Rechtsgrund, der die Bereicherung rechtfertigt, darstellen. Diese einfachen Beispiele verdeutlichen, dass es sinnvoll ist, sachenrechtliche und bereicherungsrechtliche Ansprüche nach den vertraglichen und quasi-vertraglichen zu prüfen. Zwar wäre es an sich nicht falsch, nach einer anderen Reihenfolge vorzugehen, doch führte dies dazu, dass die Prüfung des dinglichen oder bereicherungsrechtlichen Anspruchs extrem „verschachtelt“ wäre. Dass die sachenrechtlichen den deliktischen und den bereicherungsrechtlichen Ansprüchen vorgehen, liegt an der Sperrwirkung des § 993 Abs. 1 BGB.⁷

3. Anspruchsprüfung

Ansprüche sind gem. § 194 Abs. 1 BGB auf eine Leistung, d.h. auf ein Tun oder Unterlassen, gerichtet; im Prozess werden sie durch Leistungsklage geltend gemacht. § 194 BGB ist sowohl für gesetzliche als auch für vertragliche Ansprüche maßgeblich, wobei Ansprüche unterschiedliche Stoßrichtungen haben können. Der abstrakte Prüfungsaufbau ist jedoch für alle Ansprüche gleich.

a) Anspruchsziele

Häufig handelt es sich um Leistungsansprüche, etwa wenn der Kaufpreis oder die Rückzahlung verlangt wird. Ferner existieren Unterlassungsansprüche. Sie wirken pro futuro. Man unterscheidet hier zwischen echten und vorbeugenden (unechten) Unterlassungsansprüchen. Die zuerst genannten setzen neben einer Unterlassungspflicht voraus, dass gegen diese bereits verstoßen wurde und Wiederholungsfahr besteht, d.h., die Gefahr eines *neuerlichen* Verstoßes gegeben ist. Letztere verlangen neben der Unterlassungspflicht einen erstmalig drohenden Verstoß – die sog. Erstbegehungsgefahr. Nach der h.M. sind sowohl die Wiederholungs- als auch die Erstbegehungsgefahr materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung.⁸ Während sich Unterlassungsansprüche gegen zukünftige Verletzungen richten, dreht sich der Beseitigungsanspruch um fortbestehende Beeinträchtigungen; hier geht es um die

⁶ Siehe dazu *Schulte-Nölke*, in: Schulze u.a., Kommentar zum BGB, 10. Aufl. 2019, § 986 Rn. 3.

⁷ *Berger*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 993 Rn. 1.

⁸ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 90 Rn. 6.

Beseitigung weiterhin bestehender Störungen.⁹ Darüber hinaus existieren natürlich noch weitere Anspruchsarten, etwa der Veröffentlichungsanspruch.¹⁰ Ob auch der Feststellungsklage nach § 256 ZPO ein materieller Anspruch zugrunde liegt, ist umstritten. Nach der Rechtsprechung ist das Feststellungsinteresse eine besondere Sachentscheidungs voraussetzung der Klage und daher letztlich prozessrechtlicher Provenienz.¹¹

b) Schema

Während sich der Anspruchsteller darauf beruft, ein bestimmter anspruchsbegründender Tatbestand sei erfüllt, stellt sich der Anspruchsgegner gegebenenfalls auf den Standpunkt, eine konkrete Rechtsfolge sei nicht angezeigt, weil bestimmte Tatsachen gegen den Anspruch sprächen. Es stehen sich also die Anspruchsgrundlage (Grundnorm) und materiell-rechtliche Einwendungen (Gegennormen) gegenüber. Daraus ergibt sich oftmals ein Hin und Her.

Beispiel: Der Verkäufer V verlangt vom Käufer K den Kaufpreis. K könnte beispielsweise Stundung des Kaufpreises entgegenhalten. V könnte unter Umständen damit kontern, dass er bei Abschluss des Stundungsvertrags einem Irrtum unterlegen sei.

Man kann Einwendungen weiter schematisieren, indem man nämlich einen mehrteiligen Anspruchsaufbau annimmt. Auch dieser Aufbau folgt einer bestimmten Logik. Aus Sicht des Anspruchstellers lauten die einzelnen Schritte: Anspruch entstanden, Anspruch nicht untergegangen und Anspruch durchsetzbar. Die Entstehung des Anspruchs kann man ferner weiter unterteilen in den Anspruchsgrund, Wirksamkeitsvoraussetzungen (aufseiten des Anspruchstellers), die Anspruchsleugnung und rechtshindernde Einwendungen (Wirksamkeitshindernisse).

Der Anspruchsgrund meint letztlich den rechtserzeugenden Tatbestand. Dessen Erfüllung ist die primäre Bedingung für den Eintritt der Rechtsfolge. Daneben gibt es noch Wirksamkeitsvoraussetzungen.¹² Diese Kriterien können entweder im Interesse des Anspruchstellers oder – als negative Ausprägung – des Anspruchsgegners sein. Letztere sind Wirksamkeitshindernisse und stellen sich als rechtshindernde Einwendungen dar (z.B. Geschäftsunfähigkeit oder Anfechtung). Vom Tatbestand unterscheiden sich Wirksamkeitsvoraussetzungen aufseiten des Anspruchstellers („echte“ Wirksamkeitsvoraussetzungen) dadurch, dass sie teilweise nicht zwingend sind – eine Stellvertretung ist bei volljährigen natürlichen Personen typischerweise keine Notwendigkeit – oder geheilt werden können (z.B. § 311b Abs. 1 S. 2 BGB betreffend Formmangel oder § 184 BGB). Während das Fehlen eines Tatbestandsmerkmals dazu führt, dass der Anspruch zu *keinem* Zeitpunkt

entstanden ist,¹³ d.h., überhaupt kein Rechtsgeschäft vorliegt, führt der Mangel einer solchen echten Wirksamkeitsvoraussetzung dazu, dass das Rechtsgeschäft in gewisser Weise existiert, aber fehlerhaft ist. Erst wenn keine Heilung mehr möglich ist, ist der Anspruch endgültig nicht entstanden.

Beispiele: Zwei übereinstimmende Willenserklärungen bestehen unabhängig davon, ob eine wirksame Stellvertretung vorgelegen hat. Die Stellvertretung ist insofern Wirksamkeitsvoraussetzung. Bei einem Anspruch auf Kaufpreiszahlung ist deren Vorliegen im Sinne des Anspruchstellers. In diese Kategorie gehören mitunter auch Formfordernisse.¹⁴ Wirksamkeitshindernisse nützen hingegen dem Anspruchsgegner, etwa wenn sich dieser auf einen Irrtum bei Vertragsschluss beruft.

Wenn sich der Anspruchsgegner direkt gegen ein Tatbestandsmerkmal oder eine echte Wirksamkeitsvoraussetzung richtet, leugnet er den Anspruchsgrund. Die Anspruchsleugnung zeichnet sich dadurch aus, dass der Anspruchsgegner dem Anspruchsteller mit einem „Nein“ begegnet. Bei einer Einwendung drückt der Anspruchsteller hingegen ein „Ja, aber“ aus.¹⁵

*Beispiel*¹⁶: Die Abgrenzung zwischen Anspruchsleugnung und rechtshindernder Einwendung richtet sich danach, ob man sich gegen ein Tatbestandsmerkmal wendet. Der Unfallfahrer beruft sich auf ein unabwendbares Ereignis, aufgrund dessen es zu dem Unfall kam. Dieses Vorbringen soll sein Verschulden entkräften, das Tatbestandsmerkmal des § 823 BGB ist. Technisch handelt es sich daher um eine Anspruchsleugnung. Im Rahmen des Anspruchs nach § 7 Abs. 1 StVG liegt wegen Abs. 2 eine rechtshindernde Einwendung vor.

Während der Tatbestand typischerweise positive Tatbestandsmerkmale umfasst, stellen sich negative Kriterien oftmals als Einwendung dar: Es darf beispielsweise *kein* Irrtum oder *keine* Geschäftsunfähigkeit vorliegen.

Beispiel: Tatbestand eines vertraglichen Anspruchs ist jedenfalls der Vertragsschluss, also kongruente Willenserklärungen. Hierbei handelt es sich um ein positives Tatbestandsmerkmal. Es gehört zum Anspruchsgrund. Anders verhält es sich z.B. mit der Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB). Aus Sicht des Anspruchstellers darf zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses keine Geschäftsunfähigkeit vorgelegen haben. Dieses negative Kriterium ist eine rechtshindernde Einwendung.

¹³ Mansel (Fn. 12), Vorb. §§ 104 ff. Rn. 16.

¹⁴ Siehe z.B. Scheuch, in: Schulze u.a., Kommentar zum BGB, 10. Aufl. 2019, § 568 Rn. 3; a.A. wohl Einsele, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 125 Rn. 36 m.w.N.: „Teil des rechtsbegründenden Tatbestands“.

¹⁵ W. Lüke, Zivilprozessrecht I, 11. Aufl. 2020, § 20 Rn. 3.

¹⁶ Angelehnt an Zimmermann, Klage, Gutachten und Urteil, 19. Aufl. 2007, Rn. 210.

⁹ Wellenhofer, Sachenrecht, 36. Aufl. 2021, § 24 Rn. 35.

¹⁰ Siehe etwa Schlingloff, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. Aufl. 2014, UWG § 12 Rn. 583.

¹¹ BGH NJW-RR 2001, 957.

¹² Siehe etwa Mansel, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, Vorb. §§ 116 ff. Rn. 13, Vorb. §§ 104 ff. Rn. 3.

Nur ausnahmsweise enthält der Tatbestand negative Kriterien. So verhält es sich etwa bei § 812 BGB: Das Fehlen des Rechtsgrunds für die Bereicherung gehört zum Tatbestand.¹⁷ Dagegen ist das Fehlen eines Besitzrechts i.S.d. § 986 BGB nach herrschender Auffassung eine Einwendung.¹⁸

Oftmals endet die Prüfung nicht mit dem Entstehen des Anspruchs. Es gibt noch rechtsvernichtende Einwendungen, die den zunächst entstandenen Anspruch untergehen lassen. Auch sie gehören in gewisser Weise zu den Anspruchsvoraussetzungen,¹⁹ weil ein Anspruch natürlich nicht nur erst entstanden, sondern auch weiterhin bestehen muss. Dagegen betreffen rechtshemmende Einreden bloß die Durchsetzbarkeit des Anspruchs. Das prototypische Beispiel hierfür ist die Verjährung: Ein verjährter Anspruch existiert, er ist aber nicht durchsetzbar.

Für die Prüfung hat all dies letztlich folgenden Aufbau zur Folge: Zuerst ist der Tatbestand (Anspruchsgrund) zu prüfen, dann etwaige Wirksamkeitsvoraussetzungen. Es folgt die Anspruchsleugnung, anschließend ist auf rechtshindernde Einwendungen (Wirksamkeitshindernisse), dann auf rechtsvernichtende Einwendungen und schließlich auf rechtshemmende Einreden einzugehen. Insgesamt enthält die Anspruchsprüfung nach diesem Modell daher maximal sechs Kategorien.

Diese Einteilung insbesondere in Anspruchsgrund, rechtshindernde Einwendung, rechtsvernichtende Einwendung und rechtshemmende Einrede ist überwiegend für das Prozessrecht von Bedeutung, denn sie regelt die Darlegungs- und Beweislast, die natürlich Bestandteil des formalisierten Gerichtsverfahrens ist. Vereinfacht gesagt geht es bei der Darlegungslast um die Frage, welche Partei das Vorliegen bestimmter Tatsachen behaupten muss. Die Beweislast fragt zum einen danach, welche Partei das Vorliegen einer Tatsache zu beweisen hat (subjektive Beweislast) und zum anderen, wen die negativen Folgen der Beweislosigkeit (*non liquet*) treffen (objektive Beweislast). Grundsätzlich fallen die Darlegungs- und die Beweislast zusammen. Bei der Verteilung auf die Parteien kann man sich hier in aller Regel mit der Frage: *cui bono?* – wem nützt es? – behilflich sein. So hat etwa den Anspruchs- oder Klagegrund²⁰, d.h. den rechts-erzeugenden Tatbestand, die anspruchstellende Partei zu behaupten und zu beweisen. Einwendungen und Einreden sind typischerweise im Sinne des Gegenübers. Dementsprechend obliegt es ihm, sie zu behaupten und zu beweisen. Bei Gegen- einwendungen ist hingegen wieder der Anspruchsteller am Zug usw.

Beachte: Teilweise enthält das Zivilrecht spezielle Beweislastregeln, etwa die Beweislastumkehr nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB in Hinblick auf das Vertretenmüssen. Es ist zwar Tatbestandsmerkmal, die Darlegungs- und Beweislast trifft hier aber den Anspruchsgegner. Der Anspruchsteller

hat folglich im Prozess das Vorliegen eines Schuldverhältnisses, die Kausalität sowie die Pflichtwidrigkeit zu behaupten und zu beweisen. Den Anspruchsgegner trifft hingegen die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass seinerseits das Vertretenmüssen *nicht* gegeben ist.²¹

Dass die Darlegungs- und Beweislast entsprechend verteilt ist, hat natürlich einen tieferen Sinn. Im Ausgangspunkt gilt, dass Veränderungen mit rechtlichen Konsequenzen nicht einfach so anzunehmen sind. Man könnte auch sagen, die Rechtsordnung ist Veränderungen gegenüber eher skeptisch. Der Status quo wird insoweit geschützt. Deswegen liegt es am Anspruchsteller, die Erfüllung des Tatbestands, die Voraussetzung für den Eintritt der Rechtsfolge (Veränderung) ist, zu behaupten und zu beweisen. Streng genommen würden auch rechtshindernde Einwendungen den Status quo bewahren, denn sie verhindern ja den Eintritt der Rechtsfolge; „im Zweifel“ müsste dann im Sinne des Anspruchsgegners entschieden werden. Hier kommt aber ein zweites Prinzip ins Spiel: das Ausnahme-Regel-Prinzip. Den Ausgangspunkt (Regel) stellt ein typischerweise reibungsloses Rechtsgeschäft dar. Geschäftsunfähigkeit, Irrtum etc. sind Ausnahmen. Deswegen verlagert sich die diesbezügliche Darlegungs- und Beweislast bei rechtshindernden Einwendungen auf die Seite des Anspruchsgegners.²² Dieses zweite Prinzip gilt auch für rechtsvernichtende Einwendungen und rechtshemmende Einreden. Bei Einreden ist noch etwas zu beachten: Während Einwendungen auch von Amts wegen aufzugreifen sind, müssen Einreden durch die Parteien erhoben werden.²³ Der Anspruchsgegner kann insofern frei darüber disponieren, ob er – aus welchen Gründen auch immer – die Geltendmachung des Anspruchs verhindert oder nicht. Einreden sind insofern letztlich den Gestaltungsrechten angenähert.²⁴

Die Beweislastregeln und damit auch dieses Schema der Anspruchsprüfung sind – wie bereits erwähnt – eigentlich für den Prozess relevant. Es wäre daher einerseits dem Grunde nach nicht falsch, im Rahmen einer materiellen Zivilrechtsklausur auf das Schema bestehend aus den vorstehenden Schritten zu verzichten. Andererseits sind die Beweislastregeln materieller Tatbestände dem materiellen Recht zugehörig.²⁵ Zudem ist dieses Schema a priori logisch: Denn erst wenn ein Tatbestand überhaupt erfüllt ist, stellt sich die Frage, ob der Anspruch existiert und allenfalls ob er durchsetzbar ist. Das Schema sorgt sohin dafür, dass kein Prüfungspunkt übersehen wird, sodass auch bei rein materiell-rechtlichen Klausuren der vorstehende Anspruchsaufbau verwendet werden kann.²⁶

Dieses Schema gilt im Übrigen für alle Ansprüche, nicht

¹⁷ Siehe zur Leistungskondition: Schwab, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 812 Rn. 457 m.w.N.

¹⁸ Berger (Fn. 7), § 986 Rn. 2.

¹⁹ Siehe etwa Berger (Fn. 7), § 986 Rn. 2.

²⁰ Siehe dazu Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 8), § 103 Rn. 2.

²¹ Stadler, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 280 Rn. 25.

²² Klicka, Beweislastverteilung im Zivilverfahrensrecht, S. 63.

²³ W. Lüke (Fn. 15), § 20 Rn. 4.

²⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 8), § 103 Rn. 13.

²⁵ W. Lüke (Fn. 15), § 23 Rn. 5.

²⁶ Klunzinger, Einführung in das Bürgerliche Recht, 17. Aufl. 2019, S. 30: „Klassischer Fallaufbau“; „Grundschema“.

nur für schuldrechtliche. So ist etwa die Verwirkung als rechtsvernichtende Einwendung auch bei einem dinglichen Herausgabeanspruch nach § 985 BGB denkbar.²⁷ Andererseits kann ein solcher Anspruch nach § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB verjähren (rechtshemmende Einrede).

c) Fälligkeit

Die Fälligkeit ist – was ihre Rechtsnatur anbelangt – in gewisser Weise ein sonderbares Institut. Im Allgemeinen Teil des zweiten Buches des BGB ist sie – gemeinsam mit der Erfüllbarkeit – in § 271 BGB geregelt. Daneben enthält das BGB noch Sondernormen, etwa § 488 Abs. 3 BGB. Die Fälligkeit bezeichnet den Zeitpunkt, ab dem der Gläubiger zur Forderung der Leistung berechtigt ist und ist vor allem in zweierlei Hinsicht von Bedeutung: für den Beginn der Verjährung und den Verzug (§ 286 BGB).

§ 271 Abs. 1 BGB enthält ein abgestuftes System der Fälligkeitsbestimmung. Sie kann sich zunächst aus Rechtsgeschäft oder Gesetz sowie aus anderen Umständen ergeben. Als Beispiel für die zuletzt genannte Kategorie seien genehmigungsbedürftige Leistungen genannt: Ohne Baugenehmigung ist der Anspruch auf Herstellung des Bauwerks nicht fällig.²⁸ Evident stellt diese Kategorie vor allem auf die Natur des Schuldverhältnisses ab.²⁹ Im Regelfall tritt die Fälligkeit jedenfalls sofort ein. Es bedarf keiner Fälligestellung durch Mahnung. Diese ist stattdessen eine Voraussetzung für den Verzugserschadensersatz.

Umstritten ist die Rechtsnatur der (fehlenden) Fälligkeit. Die Einordnung wirkt sich letztlich auch auf den Prüfungsaufbau aus. Nach der wohl überwiegenden Meinung stellt die mangelnde Fälligkeit eine rechtshindernde Einwendung (Einwandstheorie) dar. Die Darlegungs- und Beweislast trifft daher den Anspruchsgegner.³⁰ Die Fälligkeit gehört hier zur Anspruchsentstehung und wird technisch so behandelt wie etwa die fehlende Geschäftsfähigkeit. Für diese Ansicht spricht jedenfalls, dass die Fälligkeit nach dem gesetzlichen Standardfall sofort eintritt. Der Regelfall ist daher die Fälligkeit. Dem Grundsatz folgend ist die Ausnahme – die mangelnde Fälligkeit – durch den Anspruchsgegner im Zuge einer Einwendung geltend zu machen.³¹

Nach einer anderen Ansicht sei die Fälligkeit unmittelbarer Bestandteil des Anspruchsgrunds (Leugnungstheorie), d.h. letztlich Teil des Tatbestands.³² Die Fälligkeit wird nach dieser Meinung so behandelt wie etwa der Vertragsschluss. Darlegungs- und beweisbelastet wäre der Anspruchsteller.³³ Für diese Ansicht könnte § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB sprechen,

wonach für den Beginn der Verjährungsfrist „der Anspruch entstanden“ sein muss. Da die Verjährung nach h.M. erst ab Fälligkeit läuft, könnte man sie wegen dieser Formulierung dem Tatbestand zurechnen. Nach der überwiegenden Meinung ist der Anspruchsgrund aber von der Fälligkeit zu trennen:³⁴ Die Verjährung beginnt also, wenn der Anspruch entstanden und fällig ist.³⁵ Ein Anspruch kann daher auch – und das ist nicht ganz stringent – existieren, obwohl die Fälligkeit noch nicht eingetreten ist.³⁶ Dies spricht freilich dagegen, die Fälligkeit der *Anspruchsentstehung* zuzuordnen.

Man könnte auch für eine dritte Ansicht plädieren und die Fälligkeit der Durchsetzbarkeit des Anspruchs zuordnen. Die mangelnde Fälligkeit würde dann mittels rechtshemmender Einrede geltend gemacht. Darlegungs- und behauptungsbelastet wäre abermals der Anspruchsgegner.³⁷ Man könnte deswegen diesen Schluss ziehen, weil die Rechtsprechung die (vertragliche) Stundung, die die *Fälligkeit* hinauschiebt,³⁸ als eine solche Einrede ansieht.³⁹ Von dieser Stundung ist das *pactum de non petendo* zu unterscheiden. Der Gläubiger verspricht hier, die fällige Forderung (zeitweise) nicht geltend zu machen.⁴⁰ Es betrifft nicht zwingend die Fälligkeit als solche. Deswegen schließt das *pactum* nicht notwendigerweise – anders als die Stundung – den Verzug aus. Bei dieser Ausgestaltung steht es der prozessualen Geltendmachung, d.h. der Klagbarkeit (Prozessvoraussetzung),⁴¹ entgegen. Die h.M. gewährt für den Fall, dass das *pactum* auch die Fälligkeit des Anspruchs betrifft, also auch eine Stundung enthält, eine rechtshemmende Einrede.⁴² Seine Wirkung wird daher erst entfaltet, wenn sich der Schuldner darauf beruft.⁴³

Die unterschiedliche Behandlung der mangelnden Fälligkeit als Einwendung einerseits und der durch Stundung hinausgeschobenen Fälligkeit als Einrede andererseits scheint auf den ersten Blick wenig stringent. Letztlich ist aber wegen der Dispositionsfreiheit des Schuldners die Stundung abweichend als Einrede zu behandeln: Der Anspruchsgegner kann frei wählen, ob er sich auf die Stundung berufen möchte. Außerhalb der Stundung sprechen insgesamt die besseren Gründe für die h.M. und damit für die Einwandstheorie. Die Fälligkeit ist kein „echtes“ Tatbestandsmerkmal. Der Gläubiger muss in einem etwaigen Prozess daher nicht besonders zur Fälligkeit vortragen; es ist vielmehr Sache des Anspruchsgegners, mangelnde Fälligkeit zu behaupten und zu beweisen.

²⁷ BGH NJW 2007, 2183.

²⁸ BGH NJW 1974, 1080.

²⁹ Stadler (Fn. 21), § 271 Rn. 13.

³⁰ Bittner/Kolbe, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 271 Rn. 39 f.

³¹ Siehe auch Artz, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 271 Rn. 18; im Hinblick auf die Geschäftsfähigkeit: BGH NJW 2014, 1095 (1097 Rn. 24).

³² Schwab, in: Dauner-Lieb/Langen, Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2021, § 271 Rn. 39.

³³ Siehe LG Tübingen, Urt. v. 29.1.1990 – 1 S 352/89.

³⁴ Dörner, in: Schulze u.a., Kommentar zum BGB, 10. Aufl. 2019, § 199 Rn. 3.

³⁵ Mansel (Fn. 12), § 199 Rn. 2.

³⁶ Brox/Walker (Fn. 5), § 30 Rn. 3.

³⁷ Zur Stundung: Schulze, in: Schulze u.a., Kommentar zum BGB, 10. Aufl. 2019, § 271 Rn. 11; Krüger, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 271 Rn. 38.

³⁸ Bittner/Kolbe (Fn. 30), § 271 Rn. 16.

³⁹ Siehe dazu Bittner/Kolbe (Fn. 30), § 271 Rn. 17; Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 8), § 103 Rn. 13.

⁴⁰ Stadler (Fn. 21), § 271 Rn. 12.

⁴¹ Krüger (Fn. 37), § 271 Rn. 18.

⁴² Bittner/Kolbe (Fn. 30), § 271 Rn. 18.

⁴³ Schulze (Fn. 37), § 271 Rn. 5.

sen.⁴⁴ Im Gutachten ist die (mangelnde) Fälligkeit als rechts-hindernde Einwendung, wegen ihrer Eigenheiten ansonsten allenfalls separat, zu behandeln.

4. Prüfung eines Gestaltungsrechts

Typischerweise wird bei Fällen die Prüfung eines Anspruchs verlangt. Ausnahmsweise kann aber sogleich nach einem Gestaltungsrecht gefragt werden. Die Prüfung beginnt dann selbstredend nicht mit der Anspruchs-, sondern der Gestaltungsgrundlage.

Beispiel: Laut Sachverhalt soll ergründet werden, ob der Mieter M wirksam gekündigt hat. Die Kündigung ist kein Anspruch, sondern ein Gestaltungsrecht. Die Prüfung beginnt mit der Gestaltungsgrundlage. Wie bei Ansprüchen ist auch hier die Rechtsfolge (Gestaltungswirkung) der Ausgangspunkt. Die Hypothese könnte lauten: M könnte den Mietvertrag wirksam gem. §§ 568 ff. BGB gekündigt haben.

Auch Gestaltungsgrundlagen setzen sich aus einem Tatbestand und einer Rechtsfolge zusammen. Die Rechtsfolge ist die Gestaltungswirkung. Den Tatbestand bildet der Gestaltungsgrund. Manche Gestaltungsrechte kennen Ausschlussgründe. Da das Gestaltungsrecht dazu berechtigt, die Rechtslage einseitig zu ändern, muss es ausgeübt werden. Dies erfolgt in aller Regel mittels (rechtzeitiger) Willenserklärung.

Gängige Beispiele für Gestaltungsrechte sind die Anfechtung (§§ 119 ff. BGB i.V.m. § 142 f. BGB), der Rücktritt (§ 323 BGB i.V.m. § 346 BGB) oder der Widerruf (z.B. § 312g BGB i.V.m. § 355 BGB). Ein Beispiel für einen Ausschlussgrund stellt § 144 BGB dar.

Gestaltungsrechte kommen ansonsten bei der Anspruchsprüfung derart ins Spiel, dass sie im Rahmen dieser inzident zu erörtern sind. So verhält es sich etwa, wenn – nachdem festgestellt wurde, dass zwei übereinstimmende Willenserklärungen vorliegen – die Anfechtung geprüft wird. Andererseits kann ein ausgeübtes Gestaltungsrecht auch zu einem Anspruch führen. Die Anfechtung wegen Irrtums kann beispielsweise einen bereicherungsrechtlichen Anspruch zur Folge haben. Kurzum: Ansprüche und Gestaltungsrechte können wechselwirken.

III. Schluss

Die gelungene Klausurbearbeitung setzt Selbstreflexion voraus. Das Bewusstsein über das eigene Vorgehen ist notwendig, um eine Materie zu durchdringen. In jeder zivilrechtlichen Falllösung haben wir es mit subjektiven Rechten zu tun, die zu prüfen sind. Es lohnt sich daher, sich vertieft darüber Gedanken zu machen. Denn dieses Wissen bedingt nicht nur ein besseres Verständnis, sondern beugt auch konkreten Fehlern vor.

⁴⁴ BGH NJW-RR 2004, 209 (210).

Trennung, Abstraktion, Tradition

Von Wiss. Mitarbeiter **Johannes Herb**, Stud. iur. **Jana Ebersberger**, Maître en droit, Bayreuth*

Der Aufsatz befasst sich mit drei Strukturelementen des deutschen Privatrechts, nämlich den Prinzipien der Trennung, Abstraktion und Tradition. Paradigmatisches Beispiel für die Untersuchung ist der Erwerb einer beweglichen Sache. Anhand eines Vergleichs mit der französischen Zivilrechtsordnung will der Beitrag dafür sensibilisieren, dass die Grundentscheidungen für Trennung, Abstraktion und Tradition nicht logisch-zwingend¹ ist, aber doch gute Gründe hat. Gerade der (kursorische) rechtsvergleichende „Blick über den Tellerrand“ ermöglicht es, die Stärken und Schwächen der beiden Systeme nachzuvollziehen. Hoffnung und Überzeugung der Autor:innen ist es, dass dieses tiefergehende Verständnis auch für die Klausurpraxis hilfreich ist.

I. Einführung

Die dem BGB zugrunde liegende Entscheidung vor allem für Trennung und Abstraktion wurde seit ihrer Einführung oft und heftig als lebensfremd und entbehrlich kritisiert und ebenso häufig und nachdrücklich verteidigt.² Es gibt wohl keine anderen Prinzipien des Privatrechts, welche einerseits die deutsche Rechtsanwendung derart prägen und andererseits die Durchfallquoten in Klausuren vergleichbar stark in die Höhe treiben.³

Bevor eine nähere Auseinandersetzung mit den Funktionen sowie Vor- und Nachteilen des Trennungs- und Abstraktionsprinzips erfolgt, ist es zunächst sinnvoll, sich zu vergegenwärtigen, was hierunter (nicht) zu verstehen ist und die verschiedenen Probleme durch begriffliche Klarheit abzuschichten. Dabei kann entlang dreier Gegensatzpaare operiert werden. Diese sind das Trennungs- bzw. Einheitsprinzip (II.), das Abstraktions- und Kausalprinzip (III.) sowie das Traditions- bzw. Konsensualprinzip (IV.). Diese Prinzipienpaare schließen sich zum Teil, aber nicht stets aus. So ist es etwa möglich, das Trennungsprinzip mit dem Kausalprinzip zu kombinieren, wie dies im österreichischen ABGB erfolgt ist.⁴ Die im

* Der Verf. *Herb* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Technikrecht von Prof. Dr. *Michael Grünberger*, LL.M. (NYU) an der Universität Bayreuth. Die Verf. *Ebersberger* ist dort Stud. Mitarbeiterin. Für wertvolle Anregungen danken wir *Irina Ufholz* und *Michael Putz*. Der Code civil wird abgekürzt als CCiv, der Code de commerce als CCom.

¹ So aber *Wilhelm*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 27 bezüglich Trennung und Abstraktion. Dagegen zu Recht *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, 1996, S. 7 f.

² Umfangreiche Nachweise bei *Heinze*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2018, Einl. BGB Rn. 127 ff. Näher zu den historischen Hintergründen der Einführung des Abstraktionsprinzips im BGB *Strack*, Jura 2011, 5 ff.

³ Vgl. nur der eindringliche Hinweis bei *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2021, § 5 Rn. 3: „einer der ‚sichersten‘ Wege, um in der Klausur durchzufallen“.

⁴ *Gschntzer*, Österreichisches Sachenrecht, 2. Aufl. 1985,

Folgenden exemplarisch untersuchte deutsche sowie französische Zivilrechtsordnung verkörpern die genannten Gegensätzlichkeiten indes in Reinform. Dementsprechend wurde im BGB jeweils das erste (d.h. Trennung, Abstraktion, Tradition), im Code civil jeweils das zweite Paarelement (d.h. Einheit, Kausalität, Konsens) verwirklicht.

II. Trennungsprinzip und Einheitsprinzip

Wenn sich in den Klausur-Randbemerkungen der resigniert bis wütend formulierte Hinweis „Verstoß gegen das Abstraktionsprinzip!“ findet, ist oft eigentlich eine Verletzung des Trennungsprinzips gemeint.⁵ Das Trennungsprinzip besagt dabei schlicht, dass Verpflichtung und Verfügung⁶ als Rechtsgeschäfte nebeneinander existieren und dass zwischen ihnen zu unterscheiden ist.⁷

Beispiel: Kathrin (K) betritt das Fahrradgeschäft der Véronique (V). Sie sieht ein grünes Rad, das sie anspricht, einigt sich mit V über den Preis von 500 €, zahlt diesen bar und bekommt anschließend das Rad von V auch direkt ausgehändigt.⁸

Das Trennungsprinzip meint, dass die Frage, ob K Eigentümerin des Rades wurde, von der Frage zu trennen ist, ob K auch einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung aus Kaufvertrag hatte bzw. V einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung. Aufgrund dieser Aufspaltung eines einheitlichen Lebenssachverhalts, der von Nichtjuristen meist umfassend als „Kauf“ bezeichnet wird,⁹ liegen im vorliegenden Fall aus rechtlicher Perspektive drei Rechtsgeschäfte vor: Kaufvertrag (vgl. § 433 BGB), Übereignung des Rades (vgl. § 929 S. 1 BGB) sowie Übereignung des Bargeldes (vgl. § 929 S. 1 BGB).

Das Einheitsprinzip folgt demgegenüber der Intuition juristischer Laien und behandelt diesen Vorgang als ein einziges Rechtsgeschäft.¹⁰ Konsequenterweise fehlt im Code civil

S. 100; *Ferrari*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. 1, 2009, S. 367.

⁵ Vgl. auch *Jauernig*, JuS 1994, 721.

⁶ Ein Verfügungsgeschäft ist nicht stets ein Vertrag, sondern kann auch einseitig sein (z.B. § 875 BGB), vgl. *Wilhelm* (Fn. 1), Rn. 25.

⁷ *Gaier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, Einl. Sachenrecht Rn. 15; *Grigoleit*, AcP 199 (1999), 379 (380 f.).

⁸ Fragen des anwendbaren Rechts bleiben außer Betracht. Wir unterstellen, dass es sich jeweils um einen reinen (französischen bzw. deutschen) Inlands Sachverhalt handelt, vgl. *Martiny*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2021, Rom I-VO Art. 1 Rn. 24.

⁹ So auch *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 220.

¹⁰ Vgl. Art. 711 CCiv: „La propriété des biens s'acquiert et se

die dem BGB eigene, strikte Differenzierung zwischen Schuld- und Sachenrecht.¹¹ Auch in Frankreich gibt es einen im Wesentlichen mit dem deutschen Recht vergleichbaren Sach- und Eigentumsbegriff.¹² Für den Übergang des Eigentums am Rad von V auf K genügt jedoch die bloße Einigung der Parteien und es bedarf insbesondere keiner weiteren Publizitätsakte wie der Übergabe (Konsensprinzip, für den Kauf vgl. Art. 1583 CCiv).¹³ Bereits im Moment des Kaufvertragschlusses, also schon vor Aushändigung des Rades von V an K, hat letztere nach französischem Recht an diesem Eigentum erworben, Art. 1196 Abs. 1 CCiv. Der Fall zeigt zugleich, dass das Einheitsprinzip notwendigerweise mit dem Konsensprinzip (dazu gleich unter IV.) korreliert, wenn man nicht einen Publizitätsakt schon für den obligatorischen Vertrag fordern möchte. Das wäre allerdings kaum praktikabel.

III. Abstraktionsprinzip und Kausalprinzip

Das Abstraktionsprinzip setzt zwar das Trennungsprinzip voraus,¹⁴ geht aber noch einen Schritt weiter. Nicht nur ist gedanklich und juristisch zwischen der obligatorischen und der dinglichen Ebene zu differenzieren, sondern die Unwirksamkeit¹⁵ des Verpflichtungsgeschäfts führt darüber hinaus nicht zur Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäfts.¹⁶ Wandelt man den obigen Fall ab, sodass K erst 17 Jahre alt ist, führt die (schwebende¹⁷) Unwirksamkeit¹⁸ des Kaufvertrags mit V nach §§ 2, 106, 107, 108 Abs. 1 BGB nicht zur Unwirksamkeit der Übereignung des Rades.¹⁹ Das Abstraktionsprinzip

transmet [...] par l'effet des obligations.“ (Der Erwerb und die Übertragung von Eigentum erfolgt aufgrund von Verbindlichkeiten).

¹¹ *d'Avout*, Effizienter Rechtsverkehr in der französischen Rechtsordnung, in: Gebauer/Huber (Hrsg.), *Dingliche Rechtsposition und Verkehrsschutz*, 2015, S. 9 (10). Auch in Deutschland sind nicht alle Verfügungen in den §§ 854–1296 BGB geregelt (abweichend etwa die Abtretung nach §§ 398 ff. BGB oder die außerordentliche Kündigung gem. § 543 BGB). Kündigungen sind, da sie unmittelbar rechtsgeschäftlich ein bestehendes Recht verändern, auch Verfügungen. Das ist Studierenden häufig nicht bewusst, aber etwa für § 2040 Abs. 1 BGB relevant, vgl. *Löhnig*, in: Staudinger, *Kommentar zum BGB*, 2020, § 2040 Rn. 4 f.

¹² *Sauer*, *ZVerglRWiss* 118 (2019), 81 (85).

¹³ Sog. *effet légal du contrat*, vertiefend *Barret/Brun*, *Rép. Dr. Civ., Vente: effets*, 2020, Act. 2021 Rn. 5 ff.

¹⁴ *Martinek*, in: *Festschrift für Helmut Rübmann*, 2012, S. 95 (102).

¹⁵ Gemeint sind auch Fälle, in denen das BGB von Nichtigkeit (z.B. § 125 S. 1 BGB) spricht.

¹⁶ Statt aller *Leipold*, *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*, 10. Aufl. 2019, § 8 Rn. 5; *Faust* (Fn. 3), § 5 Rn. 3.

¹⁷ Bzw. bei Verweigerung der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter (§§ 1626 Abs. 1, 1629 Abs. 1 S. 1 BGB): endgültige.

¹⁸ Vgl. nur *Neuner*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 12. Aufl. 2020, § 34 Rn. 51.

¹⁹ Der Minderjährigenschutz wird durch die fehlende Empfangszuständigkeit der K gewährleistet, sodass die Forderung

kann dabei noch einmal in eine inhaltliche sowie eine äußere Abstraktheit unterteilt werden. Letztere meint die bereits skizzierte fehlende automatische Interdependenz des Bestandes von Kausal- und Erfüllungsgeschäft. Erstere setzt noch einen Schritt davor an und bietet die analytische Grundlage hierfür, indem davon ausgegangen wird, dass sich das Verfügungsgeschäft auf einen Minimalkonsens²⁰ reduzieren und damit von der *Causa* lösen lässt.²¹

Selbstverständlich kann und will das Abstraktionsprinzip jedoch keine vollständige Unabhängigkeit des Verfügungsvom Verpflichtungsgeschäfts erreichen.²² Schon weil mit jeder Art der Zuwendung ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird, besteht auch unter Zugrundelegung des Abstraktionsprinzips ein Bedürfnis, diesem Zweckfortfall Rechnung zu tragen.²³ Der Unterschied zum sog. Kausalprinzip besteht allerdings darin, dass es eines gesonderten Regelungsregimes bedarf, um die dingliche Rechtslage rückabzuwickeln. Diese Aufgabe erfüllt in Deutschland das Bereicherungsrecht.²⁴ Zumindest ungenau ist somit die Formulierung des BGH, wonach das Abstraktionsprinzip besage, dass „Mängel des Grundgeschäfts nicht die Wirksamkeit des Erfüllungsgeschäfts berühren.“²⁵ Einen (mittelbaren) Berührungspunkt zwischen Grund- und Erfüllungsgeschäft schafft gerade das Kondiktionsrecht.

In der dem sog. Kausalprinzip folgenden französischen Rechtsordnung ist eine derartige bereicherungsrechtliche Rückwicklung gerade entbehrlich.²⁶ Denn hier führt die Unwirksamkeit des Kaufvertrags (z.B. wegen Anfechtung, frz. *action en nullité*) stets auch zur Unwirksamkeit der Übereignung.²⁷ Das Eigentum fällt also ipso iure an den Verkäufer

aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB nicht wegen Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB) erloschen ist, vgl. *Looschelders*, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 19. Aufl. 2021, § 17 Rn. 4. Dies ändert aber nichts an der Wirksamkeit der Eigentumsübertragung.

²⁰ Beispielsweise die dingliche Einigung nach § 929 S. 1 BGB umfasst nur: (1.) die Parteien, d.h. Verkäufer und Erwerber, (2.) die zu übereignende Sache und (3.) die Rechtsfolge der Eigentumsübertragung, *Oechsler*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Aufl. 2020, § 929 Rn. 24.

²¹ *Neuner* (Fn. 18), § 29 Rn. 67; *Grigoleit*, *AcP* 199 (1999), 379 (380 f.). Das Prinzip der inhaltlichen Abstraktheit überschneidet sich partiell mit dem Trennungsprinzip, vgl. *Jauernig*, *JuS* 1994, 721.

²² *Wilhelm* (Fn. 1), Rn. 27.

²³ *Stadler* (Fn. 1), S. 8.

²⁴ *Flume*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Bd. 2, 3. Aufl. 1979, S. 156 f.

²⁵ BGH *NJW* 1989, 1609 (1610).

²⁶ Das heißt aber nicht, dass es in Frankreich kein Bereicherungsrecht gibt, ausführlich dazu *Romani*, *Rép. Dr. Civ., Enrichissement injustifié*, 2018, Act. 2021; zur Leistungskondition siehe Art. 1302 ff. CCiv; *Cass 1e Civ*, 17.2.2010, n°08-19.789.

²⁷ Die Wirkung ist retroaktiv, siehe Art. 1178 al. 2 CCiv. Es handelt sich hierbei um eine *ex tunc*-Wirkung, im französischen Recht als Fiktion der Situation, in der der Vertrag nie-

zurück, ohne dass es hierfür eines weiteren (Übergabe-)Aktes bedarf.

Mit Fragen der Abstraktion der (Un-)Wirksamkeiten nicht zu verwechseln sind schließlich solche nach der Akzessorietät. Letztere beschäftigt sich mit der Abhängigkeit eines Nebenrechts von einem Hauptrecht, z.B. der Hypothek von der Forderung (§ 1153 BGB).²⁸ Auch hier geht es zwar um die Abhängigkeit eines Rechts von einem anderen Recht. Kennzeichnend für das Abstraktionsprinzip ist allerdings, dass es sich gerade um die Akzessorietät einer Verfügung von der schuldrechtlichen Causa, d.h. dem bereicherungsrechtlichen Grund zum Behaltendürfen,²⁹ handelt.³⁰ Bei der Übertragung des Anwartschaftsrechts vom Vorbehaltskäufer an einen Dritten beispielsweise ist diese Causa nicht der Kaufvertrag mit dem Vorbehaltsverkäufer (von dessen Wirksamkeit gleichwohl der Bestand des Anwartschaftsrechts abhängt³¹), sondern der Kaufvertrag mit dem Dritten.

IV. Traditions- und Konsensualprinzip

Das letzte Gegensatzpaar wurde bereits kurz bei der Vorstellung des Einheitsprinzips angerissen. Dabei besagt das Traditionsprinzip, dass zur Übertragung eines dinglichen Rechts neben der Einigung ein weiteres, die Publizität gewährleistendes, Element nötig ist. Dieser zweite Baustein der Mobilienübergabe ist in Deutschland nach § 929 S. 1 die Übergabe (von lat. *traditio* = Übergabe). Im obigen Fall erlangte K folglich erst Eigentum an dem Rad, als V ihr dieses aushändigte.

In Frankreich dagegen erfolgt die Eigentumsübertragung *solo consensu*, d.h. allein aufgrund des übereinstimmenden Parteiwillens,³² Art. 711, 1583, 1196 Abs. 1 CCiv. Auf die Zahlung des Kaufpreises kommt es nicht an.³³ Diese starke Betonung der Privatautonomie bietet zunächst vor allem für den Handelsverkehr erhebliche Vorteile, weil dadurch die Eigentumsübertragung auch über große Entfernungen hinweg augenblicklich und ohne relevante Transaktionskosten vorgenommen werden kann.³⁴ K hätte in Frankreich das Eigentum am Rad somit auch allein durch eine telefonische Einigung mit V erwerben können, ohne deren Geschäft aufzusuchen. Es überrascht daher nicht, dass das Konsensprinzip im internationalen Handelsverkehr weit verbreitet ist.³⁵

mals existierte, bezeichnet, vgl. *Lachière*, *Droit des contrats*, 5. Aufl. 2020, Rn. 447.

²⁸ *Stadler* (Fn. 1), S. 18 f.

²⁹ *Schwab*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 812 Rn. 417.

³⁰ *Stadler* (Fn. 1), S. 18 f.

³¹ *Berger*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 929 Rn. 61 f.; *Müller/Gruber*, Sachenrecht, 2016, Rn. 1632; *Vieweg/Werner*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2018, § 11 Rn. 61 m.w.N.; a.A. *Wieling/Finkenauer*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 17 Rn. 27.

³² *d'Avout* (Fn. 11), S. 13; *Sauer*, *ZVerglRWiss* 118 (2019), 81 (91).

³³ Vertiefend *Barret/Brun* (Fn. 13), Act. 2021 Rn. 9 ff.

³⁴ *Sauer*, *ZVerglRWiss* 118 (2019), 81 (108).

³⁵ *Sauer*, *ZVerglRWiss* 118 (2019), 81 (109).

Auch das BGB will den Bedürfnissen des Handelsverkehrs nach einer schnellen und unkomplizierten Möglichkeit zur Eigentumsübertragung gerecht werden. Es schwächt dazu den Grundsatz des § 929 S. 1 BGB erheblich ab. Zunächst genügt nach § 929 S. 2 BGB schon die bloße Einigung, wenn der Erwerber die Sache bereits besitzt. Eine weitere Einschränkung liegt im Institut des mittelbaren Besitzes als Form der „vergeistigten“³⁶ Sachherrschaft. Durch die §§ 930, 931 BGB ist es auch im deutschen Sachenrecht möglich, das Eigentum zu übertragen, ohne dass dies nach außen erkennbar wird. Schließlich bauten Rechtsprechung und Lehre auch dieses Modell noch aus, indem für Streckengeschäfte³⁷ die dogmatische Figur des sog. Geheißerwerbs entwickelt wurde.³⁸ Für Fälle des Erwerbs vom Berechtigten³⁹ ist mithin (je nachdem, wie sehr man bereit ist, im mittelbaren Besitz bzw. der Besitzverschaffungsmacht einen Publizitätsakt zu sehen⁴⁰) das ursprüngliche Traditionsprinzip stark relativiert.⁴¹

Doch warum legt das BGB überhaupt Wert auf die Übergabe als Publizitätsakt? Der Grund hierfür liegt (auch) in der mit dem Unterschied zwischen Verpflichtung und Verfügung korrelierenden Differenz zwischen relativem und absolutem Recht.⁴² Während Ansprüche aus relativen Rechten nur gewissen Personen entgegengehalten werden können (z.B. beim Kaufvertrag der Zahlungsanspruch nur dem Käufer, beim Mietvertrag der Gebrauchsanspruch nur dem Vermieter), wirken absolute Rechte gegenüber jedermann.⁴³ Das Eigentum als paradigmatisches absolutes (und dingliches) Recht kann also nicht nur gegenüber dem Vertragspartner des dinglichen

³⁶ Vgl. nur *Schäfer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 868 Rn. 4.

³⁷ Auch außerhalb von Streckengeschäften ist der Einsatz von Geheißpersonen möglich, *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 51 Rn. 15.

³⁸ Dazu näher *Masloff*, JA 2000, 503 ff.; *Schulte-Nölke*, in: Schulze u.a., Kommentar zum BGB, 10. Aufl. 2019, § 929 Rn. 22 ff.

³⁹ Im Rahmen des gutgläubigen Erwerbs (§§ 932–934 BGB) ist die Sache komplizierter: Dort kommt es nach wie vor darauf an, dass der Veräußerer jeden (mittelbaren oder unmittelbaren) Besitz verliert und der Erwerber Besitz erlangt. Nicht immer genügt für Letzteres mittelbarer Besitz, *Baur/Stürner* (Fn. 37), § 52 Rn. 3.

⁴⁰ Verneinend *Müller/Gruber* (Fn. 31), Rn. 71: §§ 930, 931 BGB als „praktisch ‚publizitätslose‘ Übergabe“. Dagegen ließe sich anführen, dass z.B. bei der Änderung des Besitzmittlungswillens „eine ‚nach außen verlaubliche‘ Willensbetätigung etwa durch Äußerungen des Besitzmittlers gefordert“ wird, *Heinze*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 929 Rn. 66 m.w.N.

⁴¹ Dementsprechend sah man schon in den Beratungen zum BGB der Begründungsstrang der Publizität eher als Nebeneffekt an, Hauptzweck sei demgegenüber die Bestätigung des Übereignungswillens der Parteien, dazu ausführlich *Heinze* (Fn. 40), Vor §§ 929 ff. Rn. 19 ff.

⁴² Vgl. *Stadler* (Fn. 1), S. 123.

⁴³ *Sutschet*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 59, Stand: 1.8.2021, § 241 Rn. 8 f.

oder obligatorischen Erwerbsgeschäfts geltend gemacht werden, sondern gegenüber jedem Dritten. Dementsprechend gewährt es vor allem über die §§ 985 ff., 1004, 823 BGB umfassende Nutzungs- und Ausschließungsbefugnisse (vgl. § 903 BGB).⁴⁴ Die Kehrseite dieser Wirkung erga omnes ist allerdings, dass Dritte in viel stärkerem Maß betroffen sind als bei relativen Rechten.⁴⁵ Um deren Interessen angemessen Rechnung zu tragen, hält es das BGB für erforderlich, dass nach außen erkennbar ist, wem welche absoluten Rechte zugeordnet sind. Diese Funktion erfüllt primär der sachenrechtliche Publizitätsgrundsatz,⁴⁶ welcher im Mobiliarsachenrecht wiederum in erster Linie durch das Traditionsprinzip verwirklicht wird.⁴⁷ Die Anknüpfung an äußerlich erkennbaren Besitz als Rechtsscheins- (§ 1006 Abs. 1 BGB) und Publizitätsträger erlaubt es dem Rechtsverkehr, Rückschlüsse auf die Eigentumslage zu ziehen.⁴⁸

Der Notwendigkeit eines Mindestmaßes an Publizität kann sich auch das französische Zivilrecht nicht verschließen. Zwar verursachen die genannten Publizitätsakte Kosten, die das Konsensprinzip auf den ersten Blick vermeidet.⁴⁹ Allerdings nimmt mit dem Grad, in dem das Konsensprinzip konsequent umgesetzt wird, zugleich das Maß an Rechtsunsicherheit durch eine unklare dingliche Zuordnung zu. Diese Rechtsunsicherheit beeinträchtigt ebenfalls die Zirkulationsfähigkeit von Waren, weil ein Erwerber beispielsweise nicht davon ausgehen kann, mit der Besitzverschaffung durch den Veräußerer auch das Eigentum erlangt zu haben: Der Veräußerer hätte sein Eigentum bereits allein durch Konsens mit einem Dritten an diesen übertragen können. Die Privatrechtsakteure müssen dann selbständig Maßnahmen ergreifen, um hinreichende Rechtssicherheit herzustellen. Dieses Dilemma sieht auch der Code civil und bestimmt durch Art. 1198 Abs. 1 CCiv, dass im Falle des mehrfachen Verkaufs einer beweglichen Sache derjenige Eigentümer wird, der zuerst den Besitz an ihr erlangt.⁵⁰ Das reine Konsensprinzip scheidet zudem in Fällen des Gattungskaufs oder des Kaufs einer noch herzustellenden Sache (vgl. § 650 BGB), weil hier im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht feststeht, welche Sache übereignet werden soll.⁵¹ Die zur Eigentumsübertragung dann nach französischem Recht jeweils erforderliche Konkretisierung weist Ähnlichkeiten zur deutschen Ausgestaltung des Traditions- bzw. Spezialitätsprinzips auf.⁵² Die Beispiele zeigen, dass der anfängliche Kostenvorteil des Konsensprinzips gegenüber dem

Traditionsprinzip allenfalls marginal ist.⁵³ Es ist daher nicht sinnvoll, eines der Modelle in Reinform zu verwirklichen.

V. Vermeintliche und tatsächliche Durchbrechungen des Abstraktionsprinzips

Für das Traditionsprinzip wurde bereits herausgearbeitet, dass es im BGB nicht strikt durchgehalten wird. Das Trennungsprinzip erscheint hingegen weitestgehend frei von vergleichbaren Einschränkungen.⁵⁴ Das mag auch daran liegen, dass es in erster Linie eine divergierende gedankliche Strukturierung bewirkt,⁵⁵ die für den Mobiliareigentumserwerb erforderlichen Handlungen der Parteien aber kaum berührt. Doch wie verhält es sich mit dem Abstraktionsprinzip? Welche vermeintlichen und tatsächlichen Ausnahmen erfährt es? Um diese Frage zu beantworten, sollen kurz die Fälle der sog. Fehleridentität skizziert⁵⁶ und eingeordnet werden.

Für das Verständnis dieser Fallgruppe ist wichtig, dass hier im Ausgangspunkt nicht die Unwirksamkeit des obligatorischen Rechtsgeschäfts kausal ist für die Unwirksamkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts. Vielmehr lässt sich ein *beiden Geschäften zugrunde liegender, in der Ursache aber identischer Fehler* ausmachen, der sowohl die Wirksamkeit auf Verfügungs- als auch auf Verpflichtungsebene berührt.⁵⁷ Im obigen Fall der 17-jährigen K ist es nicht die (schwebende) Unwirksamkeit des Kaufvertrags, die zur (schwebenden) Unwirksamkeit der Bargeldübereignung führt, sondern der identische Fehler „beschränkte Geschäftsfähigkeit“⁵⁸ wird nicht nur beim Kaufvertrag, sondern auch im Rahmen der Einigung nach § 929 S. 1 BGB relevant.

Dementsprechend berechtigt ist die häufige⁵⁹ Kritik an der mitunter (zu) pauschalen Formulierung von der „Durchbrechung des Abstraktionsprinzips“.⁶⁰ Gerechtfertigt erscheint diese Einordnung dennoch in manchen Fällen. Zu nennen ist zunächst das Wuchergeschäft nach § 138 Abs. 2 BGB. Aus der Formulierung „versprechen oder *gewähren lässt*“ wird allgemein abgeleitet, dass die Nichtigkeitsfolge hier sowohl den schuld- als auch den sachenrechtlichen Vertrag erfasst.⁶¹ Dies kann nur als (gesetzlich angeordnete⁶²) Ausnahme vom

⁴⁴ Vgl. nur *Brückner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 903 Rn. 22 ff.

⁴⁵ Vgl. *Müller/Gruber* (Fn. 31), Rn. 69 i.V.m. Rn. 16.

⁴⁶ Neben der Publizität wird die Klarheit der Zuordnung durch das Spezialitätsprinzip gewährleistet, dazu *Baur/Stürner* (Fn. 37), § 4 Rn. 17 ff.

⁴⁷ *Klinck*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 7. Aufl. 2020, Rn. U 106.

⁴⁸ *Baur/Stürner* (Fn. 37), § 4 Rn. 9 ff.; *Sauer*, ZVerglRWiss 118 (2019), 81 (109).

⁴⁹ *Sauer*, ZVerglRWiss 118 (2019), 81 (110).

⁵⁰ Zum Ganzen *Sauer*, ZVerglRWiss 118 (2019), 81 (111 f.).

⁵¹ *Ferrari*, ZEuP 1993, 52 (73, 75).

⁵² *Sauer*, ZVerglRWiss 118 (2019), 81 (105 f.).

⁵³ *Sauer*, ZVerglRWiss 118 (2019), 81 (105 f.).

⁵⁴ Vgl. auch *Stadler* (Fn. 1), S. 7.

⁵⁵ Vgl. *Meier/Jocham*, JuS 2021, 494 (495).

⁵⁶ Eine ausführliche Darstellung der Fehleridentität kann hier nicht erfolgen; ausgeklammert sind unter anderem §§ 119 Abs. 2, 139 BGB und die Fälle des Bedingungs Zusammenhangs. Siehe dazu *Lieder/Berneith*, JuS 2016, 673 ff.; *Heinze* (Fn. 2), Einl. BGB Rn. 130 ff.

⁵⁷ *Meier/Jocham*, JuS 2021, 494 (495); *Neuner* (Fn. 18), § 29 Rn. 70.

⁵⁸ D.h. die §§ 2, 106 ff., 131 Abs. 2 BGB.

⁵⁹ *Müller/Gruber* (Fn. 31), Rn. 81; *Lieder/Berneith*, JuS 2016, 673 (674): „Folge einer konsequenten Durchführung des Abstraktionsprinzips“.

⁶⁰ So etwa *Baur/Stürner* (Fn. 37), § 5 Rn. 50.

⁶¹ BGH NJW 1994, 1275; *Wendtland*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 59, Stand: 1.8.2021, § 138 Rn. 57.

⁶² *Schiemann*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 7. Aufl. 2020, Rn. D 17.

Abstraktionsprinzip verstanden werden: Denn der Vorwurf wucherischen Verhaltens bezieht sich auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, d.h. allein auf die obligatorische Ebene.⁶³ Entsprechend den obigen Ausführungen zur inhaltlichen Abstraktheit wird das Verfügungsgeschäft definitorisch gerade freigehalten von der Causa als notwendigem Bestandteil.⁶⁴ Es bietet somit schon keinen Anknüpfungspunkt für Fragen nach dem Wertverhältnis. Die Nichtigkeit der Verfügung lässt sich somit nur mit einer wertenden, den gesamten Lebenssachverhalt berücksichtigenden Betrachtung inhaltlich rechtfertigen.

Auch in den sonstigen Fällen der Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) führt die obige Idee der Fehleridentität – d.h. dass die Unwirksamkeit von Verpflichtung und Verfügung isoliert zu prüfen sind, beide aber am identischen Fehler leiden – nicht weiter. Denn auch insoweit lässt sich angesichts des Postulats des dinglichen Minimalkonsenses nicht erklären, wieso der bloße übereinstimmende Wille zur Verfügung über einen Gegenstand gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.⁶⁵ Erst aus einer Gesamtbetrachtung heraus wird deutlich, dass nicht bloß etwa Forderungen abgetreten werden (§ 398 S. 1 BGB), sondern eine den Zedenten knebelnde, da keine dingliche Verzichtsklausel enthaltende, Globalzession vorliegt, die zu einer nach § 138 Abs. 1 BGB auch dinglich unwirksamen Übersicherung führt.⁶⁶

Gleiches lässt sich für die Anfechtbarkeit der Einigung nach § 929 S. 1 BGB sagen, wenn etwa der Gebrauchtwagenverkäufer arglistig verschweigt⁶⁷, dass es sich um einen Unfallwagen handelt.⁶⁸ Dagegen wird angeführt, dass es für § 123 Abs. 1 BGB nur auf die Ursächlichkeit der Täuschung für die Abgabe der Willenserklärung ankommt; diese Kausalität der Täuschung lässt sich zumeist auch bezüglich der dinglichen Einigung bejahen.⁶⁹ Das ist zwar richtig, dennoch gerät diese Position in Konflikt zur Idee der inhaltlichen Abstraktion. Charakteristikum des dinglichen Geschäfts ist seine Freiheit von der kausalen Zweckbestimmung, übrig bleibt nur noch

ein Minimalkonsens.⁷⁰ Die Motive für diesen bewusst sehr eng gefassten Konsens sollen die dingliche Wirksamkeit gerade nicht beeinträchtigen, jedenfalls dann, wenn sich das täuschungsbedingte Motiv auf schuldvertragliche Umstände wie den Kaufpreis⁷¹ bezieht.⁷² Damit soll nicht etwa gesagt sein, dass in diesen Täuschungsfällen die Unanfechtbarkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts befürwortet wird. Zu zeigen war allerdings durchaus, dass sich das deutsche Zivilrecht durch die Anerkennung des Rechtsinstituts der Täuschungsanfechtung als Form des Motivirrtums⁷³ von einer radikalen Umsetzung des Ideals inhaltlicher Abstraktion distanziert. All jene Konstellationen, in denen ernsthaft zweifelhaft ist, ob das Abstraktionsprinzip durchbrochen wird, sind geprägt durch eine starke Betonung normativer Erwägungen.⁷⁴ Dementsprechend offen wird zum Teil auch von Billigkeitsgründen gesprochen.⁷⁵ Dies lässt sich als Symptom dafür lesen, dass die strikte Trennung der Unwirksamkeitsgründe zu blinden Flecken an jenen Stellen führt, an denen sich die rechtliche Missbilligung nicht klar den Kategorien „Verpflichtung“ und „Verfügung“ zuordnen lässt, sondern erst die Gesamtbetrachtung als einheitlicher Lebenssachverhalt deren Dimensionen vollständig freilegt. Darin, diesen Lebenssachverhalt unmittelbar in den Blick zu nehmen, liegt erkennbar eine Stärke des Einheitsprinzips.

VI. Vor- und Nachteile des Trennungs- und Abstraktionsprinzips

1. Argumente gegen das Trennungs- und Abstraktionsprinzip

Als Beleg dafür, dass schon das Trennungsprinzip unbrauchbar sei, wird seit jeher⁷⁶ vorgebracht, dass es einen einheitlichen Lebenssachverhalt kontraintuitiv zerteile und eine schwer verständliche, abstrahierende Terminologie zur Folge habe.⁷⁷ So richtig diese These quasi definitionsgemäß ist, bleibt doch die Frage, inwieweit diese dem Laienverständnis widersprechende Lösung auch problematisch ist. Dafür spricht prima

⁶³ Meier/Jocham, JuS 2021, 494 (498), die § 138 Abs. 2 BGB allerdings nicht als Fall der Fehleridentität einordnen.

⁶⁴ Siehe oben bei Fn. 20 f.

⁶⁵ Zur Sittenwidrigkeitsformel siehe nur Wendtland (Fn. 61), § 138 Rn. 16 f. m.w.N.

⁶⁶ Vgl. BGH NJW-RR 1990, 1459; Vieweg/Werner (Fn. 31), § 11 Rn. 20; Baur/Stürner (Fn. 37), § 59 Rn. 52.

⁶⁷ § 123 Abs. 1 BGB erfasst eine Täuschung durch Unterlassen nur, sofern eine Aufklärungspflicht besteht. Eine solche kann sich insbesondere aus § 242 BGB ergeben, vgl. Neuner (Fn. 18), § 41 Rn. 106 ff.; Falllösung bei Sommer/Herb, Jura 2019, 1181 (1188).

⁶⁸ Weiß der Gebrauchtwagenkäufer, dass es sich um einen Unfallwagen handelt, ist er zumeist aufklärungspflichtig, Singer/v. Finckenstein, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 123 Rn. 16 m.w.N. Zu mehr als einer „Sichtprüfung“ ist auch ein professioneller Verkäufer ohne konkreten Mangelverdacht nicht verpflichtet, BGH NJW 2015, 1669 (1670 Rn. 14).

⁶⁹ Faust (Fn. 3), § 20 Rn. 10.

⁷⁰ Lieder/Berneith, JuS 2016, 673 (677).

⁷¹ Auch eine Täuschung über das Verpflichtungsgeschäft wird üblicherweise als genügend (da mittelbar kausal) für die Anfechtung des dinglichen Rechtsgeschäfts nach § 123 Abs. 1 BGB angesehen, Mansel, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 123 Rn. 18; Faust (Fn. 3), § 20 Rn. 10 f. mit Beispiel. Ob mittelbare Kausalität auch bei § 119 Abs. 2 BGB eine Verfügungsanfechtung erlaubt, ist sehr umstritten, dazu Grigoleit, AcP 199 (1999), 379 (396 ff.).

⁷² Stadler (Fn. 1), S. 181 ff.

⁷³ Singer/v. Finckenstein (Fn. 68), § 123 Rn. 1.

⁷⁴ Stellvertretend dafür steht die Herausarbeitung der Schutzwürdigkeit des Getäuschten und der fehlenden Schutzwürdigkeit des Täuschenden bei Stadler (Fn. 1), S. 182: Es handle sich um einen „schweren, regelmäßig auch strafbewehrten Verstoß des Anfechtungsgegners“.

⁷⁵ Sauer, ZVglRWiss 118 (2019), 81 (101).

⁷⁶ v. Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889, S. 336; Strohal, JherJb 27 (1889), 335 (340, 361 ff.).

⁷⁷ Ferrari, ZEuP 1993, 52 (64) m.w.N.

facie erstens der Gedanke des Vertrauensschutzes und zweitens, dass vermeidbare Kosten dadurch entstehen, dass sich die Privatrechtsakteure Rechtskenntnis verschaffen müssen. Auf der anderen Seite ist dieser Vorwurf unberechtigt, wenn Laien in der Lage sind, auch ohne Kenntnis der Rechtslage zu sachgerechten, d.h. in erster Linie den von den Parteien angestrebten Ergebnissen zu kommen. Mit anderen Worten: Wenn sich K und V nicht darüber im Klaren sind, dass sie drei Verträge abschließen, ist das kein Problem, weil und solange sie dennoch ihre wirtschaftlichen und rechtlichen Ziele erreichen. Das ist hier der Austausch eines Rades gegen eine gewisse Menge an Bargeld. Für den Erfolg des Geschäfts ist also irrelevant, ob die Parteien dessen rechtliche Implikationen vollständig verstehen. Die Lebensfremdheit wirkt sich dann nicht nachteilig aus. Fallen Kaufvertragsschluss und Übergabe räumlich-zeitlich auseinander (z.B. Kauf einer noch herzustellenden Sache), werden auch die meisten Laien nicht ohne Weiteres von einem einheitlichen Lebenssachverhalt ausgehen.⁷⁸ Hinzu kommt schließlich, dass es nicht in erster Linie oder gar alleinige Aufgabe des (Privat-)Rechts ist, Vertrauensschutz zu gewährleisten, sondern stets auch die inhaltliche Richtigkeit angestrebt wird.⁷⁹ Dementsprechend kann auch die Gesetzesauslegung nicht auf eine Lektüre des Wortlauts⁸⁰ verkürzt werden, sondern dieser ist nur einer von vier Canones.⁸¹

Soweit darüber hinaus kritisiert wird, dass durch das Abstraktionsprinzip ein eigenes Regelungsregime notwendig wird, um die dingliche Rechtslage rückabzuwickeln, ist dies richtig. Zugleich bietet das Institut des Bereicherungsrechts indes als Kehrseite der Medaille Differenzierungspotential, das einer Rechtsordnung fehlt, die im Ausgangspunkt⁸² auf einen automatischen Eigentumsrückfall setzt. Beispielsweise kann berücksichtigt werden, ob der (Zweit-)Erwerb unentgeltlich (§§ 816 Abs. 1 S. 2, 822 BGB) oder in Kenntnis des fehlenden Rechtsgrundes (§ 814 bzw. § 819 Abs. 1 BGB)⁸³ erfolgt

ist. Von besonderer Relevanz ist zudem, dass die §§ 812 ff. BGB es ermöglichen, in Mehrpersonenverhältnissen je nach den Umständen des Einzelfalls Direktkonditionen zuzulassen oder (im Regelfall der Leistungskondition⁸⁴) auszuschließen. Dadurch wird ein zentrales Ziel des Abstraktionsprinzips verwirklicht, nämlich die grundsätzliche Unabhängigkeit der (dinglichen) Rechtslage von den Schuldverhältnissen Dritter.⁸⁵

2. Neutrales

In ihren Vor- und Nachteilen heben sich demgegenüber die jeweiligen Interessen der Gläubiger von Käufer und Verkäufer auf. Im Falle des Konsensprinzips können die Käufer-Gläubiger zwar früher auf das Eigentum an der Kaufsache als Vermögensmasse zugreifen denn bei einer Kombination aus Trennungs- und Traditionsprinzip, welche umgekehrt die Verkäufer-Gläubiger begünstigt. Allerdings sind keine Gründe ersichtlich, die für die größere Legitimität der Interessen einer der beiden Gläubigergruppen sprechen.⁸⁶

Den Parteiinteressen trägt außerdem eine Risikoverteilung Rechnung, bei welcher die Erbringung von Leistung und Gegenleistung korrespondieren. Mit Blick auf den Kaufvertrag sollten Eigentumserlangung und Kaufpreiszahlung also zusammenfallen, weil sich hierdurch das schuldvertragliche Synallagma (vgl. § 320 Abs. 1 BGB) auf Ebene des dinglichen Vollzugs fortsetzt.⁸⁷ Sowohl in Deutschland als auch in Frankreich lässt sich dies allerdings nur mithilfe eines Eigentumsvorbehalts realisieren.

Keine relevanten Vor- oder Nachteile ergeben sich schließlich beim Blick auf die insolvenzrechtlichen Konsequenzen von Abstraktions- und Kausalprinzip. Zwar verliert der Erwerber bei einer kausalen Gestaltung seine dingliche Rechtsposition schneller. Ob diese in der Schuldner-Insolvenz stärker geschützt ist als ein bereicherungsrechtlicher Anspruch, hängt aber letztlich von der insolvenzrechtlichen Ausgestaltung (in Deutschland vor allem § 47 InsO) ab⁸⁸ und nicht

⁷⁸ Ferrari, ZEuP 1993, 52 (64).

⁷⁹ Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 168 ff. Siehe auch Kelsen, Reine Rechtslehre, 1934, S. 33: „Das Urteil, daß irgend etwas rechtlich normiert, daß irgendein Inhalt von Rechts wegen gesollt sei, ist niemals ganz frei von der Vorstellung, daß es so gut, so richtig, so gerecht sei“.

⁸⁰ Ob die Vorstellung eines feststehenden Wortlauts angesichts der sprachphilosophischen Forschung seit Ludwig Wittgenstein noch haltbar ist, erscheint ohnehin fragwürdig, dazu Kuntz, AcP 215 (2015), 387 ff.

⁸¹ Dazu Morlok, in: Gabriel/Gröschner (Hrsg.), Subsumtion, 2012, S. 179 ff.

⁸² Ergänzend sei jedoch darauf hingewiesen, dass das französische Rückabwicklungsregime komplexer ist als eine bloße ipso-iure-Nichtigkeit der Eigentumsübertragung (Art. 1303 ff. CCiv, vgl. Fages, Droit des obligations, 9. Aufl. 2019, Rn. 476 ff.).

⁸³ Die frühere Ansicht, die § 816 Abs. 1 S. 2 BGB auf den rechtsgrundlosen Erwerb analog anwenden wollte, konnte sich nicht durchsetzen, vgl. Schwab (Fn. 29), § 816 Rn. 61 f. m.w.N.

⁸⁴ Stichwort: Vorrang der Leistungsbeziehungen. Dazu Wendehorst, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 59, Stand: 1.8.2021, § 812 Rn. 31 f. Im Zahlungsdienstrecht ist wegen der §§ 675j, 675u BGB der Grundsatz, dass der Bereicherungsausgleich innerhalb des jeweiligen fehlerhaften Leistungsverhältnisses stattfindet, weitgehend aufgehoben, BGH NJW 2015, 3093 (3094 f. Rn. 17, 22).

⁸⁵ Ein Plädoyer für eine direkte Rückabwicklung statt einer solchen „ums Eck“ (Auer, ZfPW 2016, 479 [493]) modifiziert damit nicht nur die §§ 812 ff. BGB, sondern zeitigt auch erhebliche Konsequenzen für die Effektivität des Abstraktionsprinzips als Verkehrsschutzmechanismus.

⁸⁶ Sauer, ZVglRWiss 118 (2019), 81 (104) m.w.N.

⁸⁷ Zur Sicherungsfunktion der Einrede des § 320 BGB: Emeric, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, Vor § 320 Rn. 13 ff. i.V.m. § 320 Rn. 1.

⁸⁸ Beleg dafür ist unter anderem, dass das Sicherungseigentum zwar ein dingliches Recht ist, in der Insolvenz aber gem. § 51 Nr. 1 Alt. 1 InsO nur ein (schwächeres) Absonderungsrecht begründet und nicht wie ein „normales“ dingliches Recht ein (stärkeres) Aussonderungsrecht, Bäuerle, in: Braun, Kommentar zur InsO, 8. Aufl. 2020, § 47 Rn. 1.

davon, ob ein kausales oder abstraktes System zugrunde liegt.

3. Vorteile des Trennungs- und Abstraktionsprinzips

a) Allgemeines

Ein nicht zu unterschätzender Gewinn schon des Trennungsprinzips ist die Möglichkeit, adäquat die Besonderheiten von Verpflichtung und Verfügung zu reflektieren. Zunächst berücksichtigt das Trennungsprinzip, dass relative Rechte anders als absolute Rechte nur zwischen den Parteien des Rechtsgeschäfts wirken und mangels Ausschluss- und Nutzungsbefugnis Drittminteressen kaum tangieren.⁸⁹ Dadurch können die Voraussetzungen für die Entstehung und Unwirksamkeit relativer Rechte deutlich weiter gehandhabt werden,⁹⁰ ohne dass dabei Grundsätze wie Publizität oder Spezialität gewahrt werden müssten. Hinzu kommt, dass durch die Zerlegbarkeit eines Lebenssachverhalts in seine Bestandteile auch jeder Bestandteil isoliert sachgerechten Rechtsfolgen zugeführt werden kann. So besteht beispielsweise bei der Übereignung des Rades wegen der rechtlichen Vorteilhaftigkeit – anders als beim Kaufvertrag, der eine Zahlungspflicht begründet (§ 433 Abs. 2 BGB) – kein Bedürfnis, die minderjährige K zu schützen (§ 107 BGB). Dieses Potential geht verloren, wenn man diesen Vorgang durch einen einzigen Vertrag beschreiben möchte.

Über diese Vorzüge des Trennungsprinzips hinaus trägt das Abstraktionsprinzip in besonderem Maße dem Gedanken des Verkehrsschutzes Rechnung.⁹¹ Durch die Unabhängigkeit der Wirksamkeit der Verfügung von der Verpflichtung ist gewährleistet, dass Dritte bei Vertragsstreitigkeiten nicht in die Rückabwicklung einbezogen werden⁹² (Stichwort: Vorrang der Leistungsbeziehungen). Das hat zur Folge, dass ein Erwerber keine Nachforschungen darüber anstellen muss, ob im Rahmen einer Kette von Veräußerungen sämtliche Kausalverhältnisse wirksam sind.⁹³ Auch das Institut des gutgläubigen Erwerbs als Alternative erreicht diesen Vorteil nicht in gleichem Maße: Erstens ist der gutgläubige Erwerb in Frankreich deutlich restriktiver ausgestaltet, sodass etwa bereits leichte Fahrlässigkeit schadet.⁹⁴ Zweitens gilt das Abstraktionsprinzip auch außerhalb des Sachenrechts, z.B. bei Forderungen.⁹⁵ Der Code civil löst diese Fälle, indem er besonders hohe Anforderungen an Unwirksamkeitsgründe stellt. So bedarf etwa die Anfechtung in Frankreich stets einer richterlichen Entscheidung.⁹⁶ Zweifelhaft erscheint dieser Weg nicht nur, weil dadurch Probleme an der „falschen“ Stelle behandelt werden müssen, sondern auch, weil er zu vermeid-

baren Kosten führt. Auch Parteien, die sich per se einig sind, dass die Anfechtungsvoraussetzungen vorliegen, werden, wenn sie Rechtssicherheit erreichen wollen, in ein Gerichtsverfahren gezwungen.

b) Veranschaulichung am Beispiel des Eigentumsvorbehalts im deutschen und französischen Recht

Werden Leistung und Gegenleistung zeitlich versetzt erbracht, so verschiebt sich die Interessenlage der Vertragsparteien: Während der Käufer unabhängig von einer vereinbarten Ratenzahlung die Kaufsache nutzen möchte (Nutzungsfunktion), hat der Verkäufer ein Interesse daran, gerade diese Kaufpreisforderung zu besichern (Sicherungsfunktion).⁹⁷ Dazu dient das Eigentum als auch insolvenzrechtlich starkes dingliches Recht: Im Insolvenzfall ist der Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB weitestgehend wertlos: Obligatorische Rechte werden üblicherweise nur zu ca. 4 % befriedigt.⁹⁸ Das vorbehaltene Eigentum gewährt demgegenüber ein werterhaltendes Aussonderungsrecht nach § 47 InsO. Eine vergleichbare Regel kennt auch das französische Recht mit Art. 2370 CCiv. Zudem eignet sich das Eigentum an der Kaufsache besonders gut als Sicherungsmittel, weil zwischen beiden Parteien im Moment des Vertragsschlusses Einigkeit über Wert und Sicherungspotential der verkauften Sache besteht.

Diesen Interessen folgend ermöglicht der Eigentumsvorbehalt (im Französischen „réservé de propriété“) eine wirtschaftlich sinnvolle Aufspaltung der Sicherungs- und Nutzungsfunktion des Eigentums: Im deutschen Recht erwirbt der Vorbehaltskäufer neben dem Nutzungsrecht mit dem Anwartschaftsrecht eine dingliche Rechtsposition⁹⁹, die mit vollständiger Entrichtung des Kaufpreises zum vollwertigen Eigentum an der Kaufsache erstarkt.¹⁰⁰ Der Verkäufer hingegen verliert sein dingliches Recht bis zur Zahlung nicht und hat deswegen kein Bedürfnis, dem Käufer die Nutzung der Sache zu verwehren.

Indem das französische Recht das Eigentum mit Vertragsschluss übergehen lässt, Art. 1583, 1196 CCiv, gibt es prima facie keinen Raum für einen Eigentumsvorbehalt.¹⁰¹ Angesichts der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit wurde der Eigentumsvorbehalt dennoch zunächst im Handelsrecht als Sicherungsmittel¹⁰² kodifiziert (vgl. Art. L. 624-16 Abs. 2 CCom) und später auch im allgemeinen Zivilrecht anerkannt (Art. 2329 Nr. 4 CCiv). Heute¹⁰³ begreift Art. 1196 Abs. 2 CCiv das

⁸⁹ Vgl. Stadler (Fn. 1), S. 737.

⁹⁰ Sauer, ZVglRWiss 118 (2019), 81 (98); vgl. auch Stadler (Fn. 1), S. 97 ff.

⁹¹ Statt aller Neuner (Fn. 18), § 29 Rn. 79.

⁹² Wilhelm (Fn. 1), Rn. 28.

⁹³ Sauer, ZVglRWiss 118 (2019), 81 (94).

⁹⁴ Sauer, ZVglRWiss 118 (2019), 81 (96); ausführlich zum gutgläubigen Erwerb in Frankreich Stadler (Fn. 1), S. 355 ff.

⁹⁵ Lieder/Berneith, JuS 2016, 673 (674); Sauer, ZVglRWiss 118 (2019), 81 (95).

⁹⁶ Vgl. Art. 1178 CCiv, für die Fristen Art. 1144 CCiv.

⁹⁷ Oechsler (Fn. 20), § 929 Rn. 18.

⁹⁸ Die Befriedigungsquote der Insolvenzgläubiger lag (ohne Berücksichtigung von Absonderungsrechten) im Jahr 2019 bei ca. 4,1 %, siehe Keller, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 22.

⁹⁹ Statt aller Klinck, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum Zivilrecht, Stand: 1.7.2021, BGB § 929 Rn. 160 m.w.N.

¹⁰⁰ Kindl, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 59, Stand: 1.8.2021, § 929 Rn. 80.

¹⁰¹ Vgl. Légrádi, Mobiliarsicherheiten in Europa, 2012, S. 166.

¹⁰² Barret/Brun (Fn. 13), Act. 2021 Rn. 124; Cass. Com. v. 15.3.1988, n°86-13.687.

¹⁰³ Schon vor der ausdrücklichen Regelung in Art. 1196 Abs. 2 CCiv war die Abdingbarkeit anerkannt: wegweisend Cass. Civ. 1^e v. 24.1.1984, n°82-14.841.

Konsensprinzip schlicht als dispositiv, sodass durch Parteivereinbarung die Eigentumsübertragung aufgeschoben werden kann (vgl. auch der Wortlaut „suspend“ in Art. 2367 Abs. 1 CCiv), die das Zustandekommen des zugrundeliegenden Vertrags unberührt lässt.¹⁰⁴

Mit dem strikten Konsensprinzip ist diese Lösung dogmatisch unvereinbar: Die Eigentumsübertragung folgt unmittelbar aus dem Vorliegen zweier übereinstimmender Willenserklärungen¹⁰⁵. Möchte man also die Übereignung hemmen, wäre dies nur durch eine Bedingung des Vertragsschlusses als Ganzem möglich. Gerade der Anspruch auf Kaufpreiszahlung ist aber unmittelbare Rechtsfolge des Vertragsschlusses und muss entstehen, um die in Frankreich akzessorische¹⁰⁶ Besicherung der Sache zu ermöglichen. Auch wenn das französische Zivilrecht per se dem Einheitsprinzip folgt, kommt es durch dieses privatautonome Differenzierungspotential zu einer Abschwächung des Einheitsprinzips und erheblichen Annäherung an das Trennungsprinzip.

Zugleich belegt die Tatsache, dass in Frankreich der Eigentumsvorbehalt, um gegenüber Dritten zu wirken, aus Verkehrsschutzgründen¹⁰⁷ der Schriftform bedarf (Art. 2368 CCiv, L. 624-16 Abs. 2), das oben beschriebene Dilemma des Einheitsprinzips: Isoliert kann es den Umstand, dass nur absolute – nicht aber relative – Rechte die Interessen Dritter relevant berühren, nicht hinreichend widerspiegeln. Das Schriftform Erfordernis erfasst zudem nur den Eigentumsvorbehalt¹⁰⁸ und löst sich somit – in wiederum für das Einheitsprinzip untypischer Weise – vom eigentlichen Kaufvertrag.

VII. Fazit: Analytische Vorteile und dennoch kein Export-schlager

Diese Gegenüberstellung könnte auf den ersten Blick als stumpfes Plädoyer für die deutsche Konzeption verstanden werden. Zu vergegenwärtigen ist jedoch, dass das BGB von den Prinzipien der Abstraktion und Tradition selbst Ausnahmen macht, etwa durch § 138 BGB oder durch den mittelbaren Besitz. Nicht wegen der strikten Verwirklichung der Grundsätze, sondern erst aufgrund deren gelegentlicher Durchbrechung kommt es zu weitgehend stimmigen Ergebnissen. Man sollte sich also bei der Frage, welches System das überzeugendere ist, darüber im Klaren sein, dass jedem Modell das Spannungsverhältnis verschiedener Interessen privater Akteure zugrunde liegt. Die französische und die deutsche Privatrechtsordnung stehen dabei unter anderem für zwei

divergierende Punkte auf einer gleitenden Skala zwischen dem Schutz des bisherigen Eigentümers auf der einen Seite (Bestandsinteresse) sowie den Schutz des Erwerbers auf der anderen Seite (Verkehrsschutz). Es gibt keine Möglichkeit, diesen Interessenkonflikt final-abstrakt aufzulösen. Es lässt sich nicht beweisen, dass das eine oder andere Modell mehr Legitimität beanspruchen kann – so wie sich, um eine Debatte aus dem Verfassungsrecht aufzugreifen, auch trefflich darüber streiten lässt, wie viel Ehrschutz der Meinungsfreiheit zumutbar ist und umgekehrt.¹⁰⁹ Festhalten lässt sich allerdings, dass das Abstraktionsprinzip – wenn man bereit ist, die Systemfrage auf ihre ökonomischen Implikationen zu reduzieren, nicht von der Hand zu weisende wirtschaftliche Vorteile mit sich bringt, die das Kausalprinzip französischer Couleur (auch an anderer Stelle¹¹⁰) nicht erreicht.

¹⁰⁴ *Barret/Brun* (Fn. 13), Act. 2021 Rn. 125.

¹⁰⁵ Siehe oben bei Fn. 13.

¹⁰⁶ *Voinot/Ghandour*, Rép. Dr. Com., Réserve de propriété, 2021, Rn. 7, 19; wegweisend Cass. Com. v. 15.3.1988, n°86-13.687.

¹⁰⁷ Entscheidend ist die Möglichkeit der Kenntnisnahme Dritter im Fall der Insolvenz sowie die Zustimmung des Vorbehaltskäufers, vgl. *Barret/Brun* (Fn. 13), Act. 2021 Rn. 160; *Voinot/Ghandour* (Fn. 106), Rn. 32 f.

¹⁰⁸ Beispielsweise ist für die Verschriftlichung eine entsprechende Klausel auch in sonstigen (Rahmen-)Verträgen zulässig, sofern diese vor Lieferung der Sache verfasst wird, Art. L 624-16 Abs. 2 S. 2 f.

¹⁰⁹ Vgl. etwa BVerfG NJW 2019, 2600 (2600 Rn. 17).

¹¹⁰ Erinnert sei an die restriktiven Anfechtungsregeln, welche vermeidbare Prozesskosten verursachen.

Durchsetzung von Schrankenprivilegien mittels § 95b UrhG

Von Ref. iur. **Marius Jorg, Köln***

Mit der Verwendung technischer Schutzmaßnahmen sichern Verlage und Werkmittler auf dem (digitalen) Markt berechnete Erwerbsinteressen ab. Dabei kommt allerdings unter Umständen das Interesse der Allgemeinheit an einer schrankenprivilegierten Nutzung ebendieser Werke zu kurz. In diesem Beitrag wird zunächst untersucht, unter welchen Bedingungen nach § 95b UrhG gerade im wissenschaftlichen Kontext gegen Rechtsinhaber ein Anspruch darauf besteht, Werke aufgrund von Schrankenbestimmungen trotz implementierter technischer Schutzmaßnahmen auszuwerten. Darüber hinaus wird beleuchtet, wie weit der Begriff des „Rechtsinhabers“ überhaupt reicht.

§ 95b UrhG verpflichtet unter bestimmten Voraussetzungen Rechtsinhaber, „notwendige Mittel“ zur Verfügung zu stellen, um schrankenprivilegierte Nutzungen von Werken zu ermöglichen, die eigentlich aufgrund technischer Schutzmaßnahmen i.S.d. § 95a Abs. 2 UrhG nicht möglich sind. Um die Frage zu beantworten, wann dieser Anspruch durchgreift, wird der Problembereich zunächst in der Struktur des Urheberrechtsgesetzes eingeordnet (I.). Anschließend wird der Gehalt von § 95b UrhG dargestellt und die Norm auf die in Frage kommenden Fallkonstellationen angewandt (II.) sowie die ergangene Rechtsprechung des BGH hierzu in Kontext gesetzt (III.). Im Anschluss wird untersucht, wer als „Rechtsinhaber“ in den Anwendungsbereich der Norm fällt (IV.) und die Bearbeitung mit einem Fazit abgeschlossen (V.).

I. Einordnung der Fragestellung

1. Konzeption des Urheberrechtsgesetzes

Das Urheberrechtsgesetz ist maßgeblich dafür geschaffen, einerseits zwischen den Interessen von Urhebern und Schutzrechteinhabern an der Verwertung von Werken¹ und andererseits dem Interesse der Allgemeinheit an möglichst einfachem Zugang zu einer Vielzahl schöpferischer Werke und kultureller Güter zu vermitteln,² der Gesetzgeber muss mit den Worten des BVerfG „den individuellen Berechtigungen und Befugnissen die im Interesse des Gemeinwohls erforderlichen Grenzen ziehen“³.

Das Urheberrechtsgesetz ist darauf ausgerichtet, diesen Ausgleich zu schaffen. Um festzustellen, ob der Allgemeinheit oder den Urhebern im Einzelfall der Vorzug eingeräumt wird, verwendet das Gesetz ein Regel-Ausnahme-System.⁴ Unabhängig davon, ob es sich um Urheber eines Werkes oder Inhaber von verwandten Schutzrechten handelt, lässt sich dabei die strukturelle Herangehensweise stets grob in drei

Schritte unterteilen: Im ersten Schritt wird untersucht, ob das Geschaffene unter einen der Schutzbegriffe des Urheberrechtsgesetzes fällt – beispielsweise, ob ein schöpferisches Werk i.S.d. §§ 1, 2 UrhG vorliegt oder eine sonstige schützenswerte Investition getätigt worden ist, z.B. in die Erstellung von Tonträgern nach § 85 UrhG.

2. Zuweisung der Rechte zur Ermöglichung von Auswertung

Liegt ein solcher Schutzgegenstand vor, ist in einem zweiten Schritt darauf zu schauen, welche Schutzrechte den Schaffenden aus dem Katalog der §§ 11–22 UrhG zugewiesen werden. Beispielsweise sind sowohl vom kommerziellen als auch vom wissenschaftlichen Standpunkt aus die Verwertungsrechte der §§ 15–22 UrhG, insbesondere das Vervielfältigungsrecht⁵ nach §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 UrhG, das Verbreitungsrecht⁶ nach §§ 15 Abs. 1 Nr. 2, 17 UrhG sowie das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung⁷ nach §§ 15 Abs. 2 Nr. 2, 19a UrhG von großer Bedeutung.

Die Zuweisung dieser Rechte als Immaterialgüterrechte⁸ erfolgt zunächst ausschließlich an die Urheber.⁹ Ihnen ist grundsätzlich freigestellt, ob sie das Werk kommerzialisieren und der Öffentlichkeit zugänglich machen wollen oder in welchen Formen und in welchem Umfang sie Verwertungsrechte an Dritte veräußern.¹⁰ Diese konkrete Rechteeinräumung gibt den Urhebern die Möglichkeit, die Vermögensinteressen, die sie an ihren Werken haben, wahrzunehmen, und für die Verfügbarmachung ihres Beitrages zur kulturellen Vielfalt ein Entgelt zu erhalten.

3. Begrenzung der Verwertungsrechte durch das Allgemeininteresse

Im dritten Schritt muss für den Einzelfall untersucht werden, ob die Ausschließlichkeitsrechte der Urheber durch sog. „Schrankenbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes“ für ganz bestimmte Handlungen begrenzt werden. Schrankenbestimmungen finden sich in den §§ 44a ff. UrhG. Sie sind in erster Linie Ausdruck des eingangs erwähnten Interesses der Allgemeinheit, den Zugang zu und die Verfügbarkeit von Kulturgütern und schöpferischen Werken abzusichern,¹¹ und ge-

* Der Autor ist Rechtsreferendar am Landgericht Köln.

¹ Bzw. Leistungsschutzgegenständen.

² Vgl. Dreier, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Einl. Rn. 1; Ahlberg, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Urheberrecht, Ed. 27, Stand: 15.3.2020, Einl. Rn. 17.

³ BVerfG, Beschl. v. 7.7.1971 – 1 BvR 765/66 = BVerfGE 31, 229 (242).

⁴ Vgl. Dreier (Fn. 2), Vor §§ 44a ff. Rn. 1.

⁵ Siehe Heerma, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 16 Rn. 4 ff.

⁶ Siehe Heerma (Fn. 5), § 17 Rn. 1 ff.

⁷ Siehe Bullinger in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 19a Rn. 1 ff.

⁸ Vgl. Wandtke, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, Einl. Rn. 6; Ahlberg (Fn. 2), Einl. Rn. 15 f.

⁹ BVerfG, Beschl. v. 7.7.1971 – 1 BvR 765/66 = BVerfGE 31, 229 (240 f.); BVerfG, Beschl. v. 4.11.1987 – 1 BvR 1611/84; 1 BvR 1669/84 = BVerfGE 77, 263 (270 f.); Ahlberg (Fn. 2), Einl. Rn. 16; Dreier (Fn. 2), Einl. Rn. 7; Schulze, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 15 Rn. 2.

¹⁰ Vgl. Wandtke (Fn. 8), Einl. Rn. 6; Schulze (Fn. 9), § 15 Rn. 6.

¹¹ Vgl. Dreier (Fn. 2), Vor 6. Abschnitt Rn. 1; Lüft, in: Wandt-

prägt durch den Gedanken, dass das Eigentum – von dem eine Ausprägung eben auch das geistige Eigentum in Form der Immaterialgüterrechte ist¹² – sozialgebunden i.S.d. Art. 14 Abs. 2 GG ist.¹³ Sie räumen abweichend von der grundsätzlichen Verwertungshoheit der Rechteinhaber bestimmten Öffentlichkeitsinteressen Vorrang vor den Ausschließlichkeitsinteressen der Urheber ein, sei es für die Erstellung von Privatkopien nach § 53 UrhG, die Verwendung für Unterricht, Wissenschaft und Institutionen nach den §§ 60a ff. UrhG oder aber nach den §§ 45a f. UrhG, um Menschen mit Behinderungen den Zugang zu Werken zu ermöglichen.

Die Schrankenregeln nennen einerseits die Voraussetzungen, unter denen sie gelten, andererseits die von ihnen privilegierten Verwertungshandlungen. Exemplarisch erlaubt § 53 Abs. 1 UrhG unter bestimmten Voraussetzungen¹⁴ die Herstellung von Vervielfältigungen eines Werkes i.S.d. §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 UrhG – eine Handlung, die an sich den Urhebern bzw. Rechteinhabern vorbehalten ist.

4. Technische Maßnahmen nach den §§ 95a ff. UrhG

Rechteinhaber sehen sich regelmäßig einer Vielzahl von Zugriffen auf ihre Werke ausgesetzt. Einerseits werden durch die rechtmäßige Verbreitung in Form von z.B. Bücherverkäufen Einnahmen generiert. Andererseits finden täglich Zugriffe auf urheberrechtlich geschützte Werke statt, die unrechtmäßig sind – beispielsweise der Up- oder Download mitgeschnittener Kinofilme oder von anderen Werken auf „Tauschbörsen“. Die Rechteinhaber haben ein berechtigtes Interesse, ihre Werke gegen letztere Zugriffe zu schützen, da sie ihnen unmittelbar schaden.¹⁵ Hierfür haben Sie die Möglichkeit, Werke mit sog. „technischen Maßnahmen“ i.S.d. § 95a Abs. 2 UrhG auszustatten. Dabei handelt es sich regelmäßig um Vorkehrungen wie Kopierschutzsoftware oder sonstige Verschlüsselung von Inhalten.¹⁶ Wichtig ist, dass § 95a UrhG sich allein auf „nach diesem Gesetz geschützte Werke“ bezieht – für gemeinfrei gewordene Werke¹⁷ oder sonstige Schutz-

ke/Bullinger, Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, Vor §§ 44a ff. Rn. 1.
¹² Kaiser, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 232. EL., August 2020, UrhG Vorb. Rn. 35; Ahlberg (Fn. 2), Einl. Rn. 16; Wieland, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 14 Rn. 71.

¹³ Dreier (Fn. 2), Vor 6. Abschnitt Rn. 1; Lüft (Fn. 11), Vor §§ 44a ff. Rn. 1.

¹⁴ Herstellung eines Vervielfältigungsstücks (I.) eines Werkes (II.) durch eine natürliche Person (III.) zum privaten Gebrauch (IV.) auf beliebigen Trägern (V.), das weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dient (VI.) und keine offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage verwendet (VII.), vgl. § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG, siehe auch Grübler, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Urheberrecht, Ed. 27, Stand: 15.3.2020, Gliederung zu § 53.

¹⁵ Vgl. Specht, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 95a Rn. 1.

¹⁶ Vgl. Wirth, in: Eichelberger/Wirth/Seifert, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl. 2020, § 95a Rn. 5 f.

¹⁷ Also solche Werke, deren Schutzdauer nach den §§ 64 ff. UrhG abgelaufen ist, vgl. Freudenberg, in: Beck'scher Online-

gegenstände finden die Normen demnach keine Anwendung.¹⁸

Offensichtlich gewährleisten diese Maßnahmen im Einzelfall ein Mehr an Schutz gegen unberechtigte Zugriffe. Gleichzeitig haben sie aber das Potential auch Nutzungen zu unterbinden, die eigentlich von den Schrankenbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes privilegiert sind und an deren Vornahme die Allgemeinheit ein erhebliches Interesse hat: Wird beispielsweise ein kopiergeschütztes eBook rechtmäßig von Wissenschaftlern erworben, haben diese zwar Zugriff auf den Inhalt des Werkes. Zu der wissenschaftlichen Auswertung gehört aber regelmäßig nicht allein der – ohnehin im Grundsatz freie¹⁹ – Werkgenuss. Zwingend notwendig ist gerade bei den sog. „Digital Humanities“²⁰ oft, die Möglichkeit zu haben, Inhalte von Werken im Rahmen der wissenschaftlichen Arbeit vervielfältigen, verbreiten und anderen öffentlich zugänglich machen zu können. Genau diese Handlungen werden beispielsweise von der Schrankennorm des § 60c Abs. 1 UrhG privilegiert.

Das Problem ist offensichtlich: Der Kopierschutz verhindert in diesem Fall eine ausdrücklich erlaubte Nutzung des Werkes. Um dieses Spannungsverhältnis aufzulösen, werden die Bestimmungen zu technischen Maßnahmen aus § 95a UrhG durch die Vorgaben in § 95b UrhG ergänzt.²¹ Die Norm regelt im Grundsatz, dass diejenigen, die von Schrankenregelungen profitieren, gegen die Rechteinhaber einen Anspruch darauf haben, die Ausübung von schrankenprivilegierten Nutzungen faktisch auch zu ermöglichen.²²

Im Folgenden soll untersucht werden, ob und in welchen Fällen das gelingt.

II. § 95b UrhG – zwischen Allgemeinheit und Rechteinhabern

Dafür soll zunächst auf die Regelungsstruktur des § 95b UrhG eingegangen werden, um diese in der Folge auf bestimmte Fallkonstellationen anwenden zu können.

1. § 95b Abs. 1, Abs. 2 UrhG

Nach § 95b Abs. 1 UrhG haben diejenigen, die eine schrankenprivilegierte Nutzungshandlung i.S.d. Nrn. 1–13 durchführen wollen und rechtmäßig Zugang zu dem Werk haben, einen Anspruch darauf, „die notwendigen Mittel“ vom Rechteinhaber zu erhalten, um die privilegierte Handlung tatsächlich vornehmen zu können.

Ein Rechteinhaber, der einen Text beispielsweise mit ei-

Kommentar zum Urheberrecht, Ed. 27, Stand: 15.3.2020, § 64 Rn. 7.

¹⁸ Wirth (Fn. 16), § 95a Rn. 2; Specht (Fn. 15), § 95a Rn. 3.

¹⁹ BGH GRUR 1991, 449 (453) – Betriebssystem; vgl. auch Schulze (Fn. 9), § 15 Rn. 20.

²⁰ „Digitale Geisteswissenschaften“; „Verwendung computergestützter Verfahren und digitaler Ressourcen“, abrufbar unter https://de.wikipedia.org/wiki/Digital_Humanities (20.2.2022).

²¹ Vgl. Lindhorst, in: Beck'scher Online-Kommentar, Ed. 27, Stand: 15.3.2020, § 95b Rn. 1.

²² BT-Drs. 15/38, S. 26 f.; Wirth (Fn. 16), § 95b Rn. 1.

nem Kopierschutz versehen hat, muss Wissenschaftlern, die den Text für ihre nichtkommerzielle Forschung auf Grundlage des § 60c Abs. 1 UrhG vervielfältigen wollen, eine Möglichkeit geben, den Kopierschutz zu umgehen. § 95b Abs. 2 S. 1 UrhG gibt den Berechtigten einen entsprechenden Anspruch an die Hand, um ihr Recht aus Abs. 1 durchsetzen zu können.²³ Sofern zwischen Vereinigungen von Rechteinhabern und den Begünstigten bereits Vereinbarungen über eine solche Zurverfügungstellung getroffen wurden, ist der Anspruch nach § 95b Abs. 2 S. 2 UrhG allerdings ausgeschlossen.²⁴

2. § 95b Abs. 3 UrhG

§ 95b Abs. 3 UrhG enthält wiederum eine Einschränkung des oben dargestellten Anspruchs: Demnach sind in Fällen, in denen auf vertraglicher Basis eine öffentliche Zugänglichmachung von Werken erfolgt, die Abs. 1 und Abs. 2 nicht anzuwenden.²⁵ Vertragliche Basis kann insofern jede Nutzungsvereinbarung sein, die ein Rechteinhaber mit jemandem abschließt, der ein Werk beispielsweise im Internet²⁶ abrufen möchte – dabei kann es sich um die entgeltliche Zurverfügungstellung von z.B. Fachliteratur in einer Datenbank oder auch das Streamen von Hörbüchern handeln.²⁷

Eine öffentliche Zugänglichmachung in der Form, dass das Werk „Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich“ ist, meint eine Handlung i.S.d. § 19a UrhG.²⁸ Insofern wird von sog. „interaktiven“ Diensten gesprochen. Hierbei können die Nutzer bestimmen, wann und wo sie auf Inhalte zugreifen; das ist z.B. bei Video-On-Demand-Diensten (VOD) sowie Datenbanken der Fall.²⁹ Können die Nutzer also in den oben genannten Fällen eigenständig bestimmen, ob sie von Zuhause, in der Bahn oder in der Universität auf das gebuchte Angebot zugreifen, findet § 95b Abs. 3 UrhG grundsätzlich Anwendung.

3. Anwendungsfälle

a) Abrufbare Werke mit technischen Maßnahmen i.S.d. § 95a UrhG

Sofern im Rahmen eines vertragsbasierten, interaktiven Angebots Werke mit technischen Maßnahmen wie z.B. einem Kopierschutz versehen sind, liegt ein Fall von § 95b Abs. 3 UrhG vor. Es besteht kein Anspruch gegen die Betreiber des

Dienstes³⁰ darauf, Vervielfältigungen oder sonstige in § 95b Abs. 1 Nrn. 1, 2, 5–13 UrhG privilegierte Handlungen möglich zu machen.

b) Nach Abruf heruntergeladene Werke mit technischen Maßnahmen i.S.d. § 95a UrhG

Etwas anderes gilt für den Fall, dass Nutzer den abrufbaren Inhalt im Rahmen des vertragsbasierten interaktiven Zugangs heruntergeladen haben. Wird z.B. die Download-Funktion eines Portals benutzt, das auf Vertragsbasis ein interaktives Angebot bereithält mit der Folge, dass Nutzer ein Werkexemplar auf ihrem eigenen Endgerät speichern, liegt kein Fall des § 95b Abs. 3 UrhG mehr vor.³¹ Denn sobald Nutzer ein Vervielfältigungsstück eines Werks besitzen, wird dieses Exemplar nicht mehr im Rahmen des interaktiven Angebots einer Öffentlichkeit zu Ort und Zeit ihrer Wahl zur Verfügung gestellt.³²

Dieser Sinngehalt spiegelt sich einerseits im Wortlaut des § 95b Abs. 3 UrhG wider, der eine Abweichung von § 95b Abs. 1 UrhG ausdrücklich nur festschreibt, „soweit“ Werke im Rahmen eines interaktiven vertragsbasierten Angebots verfügbar gemacht werden.³³ Entfällt die Zugriffsmöglichkeit der Öffentlichkeit für ein bestimmtes Werkexemplar, ist die tatbestandliche Voraussetzung der Norm nicht mehr gegeben und ihr Anwendungsbereich ist nicht eröffnet.

Der Anwendungsbereich der Norm findet also dort seine Grenze, wo das Werk bzw. eine Werkkopie die Sphäre des „interaktiven Angebots“ verlässt und als Vervielfältigungsexemplar in die Besitzsphäre der Nutzer eintritt – denn auf diese Besitzsphäre besteht regelmäßig keine Zugriffsmöglichkeit einer Öffentlichkeit mehr, womit die „Interaktivität“ entfällt.

Dieser Regelungsgedanke hat auch den Gesetzgeber geleitet; laut der Gesetzesbegründung³⁴ wird durch die Formulierung „soweit“ sichergestellt, dass „sich diese Sonderregelung dabei allein auf die technischen Maßnahmen erstreckt, die konkret im Rahmen des interaktiven Zurverfügungstellens auf der Grundlage der vertraglichen Vereinbarung angewandt werden.“³⁵

Sind die so bezogenen Vervielfältigungsexemplare ebenfalls mit z.B. einem Kopierschutz versehen, lebt der Anspruch aus § 95b Abs. 1 UrhG wieder auf. Für diese Vervielfältigungsstücke können Wissenschaftler beispielsweise aufgrund von § 95b Abs. 1 Nr. 10 UrhG vom Rechteinhaber verlangen, ihnen Vervielfältigungshandlungen in einem Umfang zu ermöglichen, der von § 60c Abs. 1 UrhG gedeckt wird.

²³ Wirth (Fn. 16), § 95b Rn. 6; Spindler, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 95b UrhG Rn. 1.

²⁴ Specht (Fn. 15), § 95b Rn. 15.

²⁵ Ausgenommen von dieser Beschränkung sind § 95b Abs. 1 Nrn. 3, 4, §§ 45b, 45c UrhG.

²⁶ Als eine wesentliche Form der öffentliche Zugänglichmachung i.S.d. § 19a UrhG; Bullinger (Fn. 7), § 19a Rn. 2.

²⁷ Vgl. Wirth (Fn. 16), § 95b Rn. 7.

²⁸ Specht (Fn. 15), § 95b Rn. 17; Spindler (Fn. 23), § 95b Rn. 11.

²⁹ Wandtke/Ohst, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 95b Rn. 49.

³⁰ Regelmäßig werden die Dienstebetreiber die entsprechenden Verwertungsrechte erworben haben.

³¹ Vgl. Specht (Fn. 15), § 95b Rn. 18; Wandtke/Ohst (Fn. 29), § 95b Rn. 49.

³² Specht (Fn. 15), § 95b Rn. 18; Spindler (Fn. 23), § 95b Rn. 11; Wandtke/Ohst (Fn. 29), § 95b Rn. 49.

³³ Vgl. Specht (Fn. 15), § 95b Rn. 17, 18 m.w.N.; Spindler (Fn. 23), § 95b Rn. 11; Wandtke/Ohst (Fn. 29), § 95b Rn. 49.

³⁴ BT-Drs. 15/38, S. 27.

³⁵ BT-Drs. 15/38, S. 27.

c) Werke ohne technische Maßnahmen i.S.d. § 95a UrhG

Zuletzt ist der Fall denkbar, dass zwar ein vertragsbasiertes, interaktives Angebot wahrgenommen wird, aber die darin enthaltenen Werke nicht mit technischen Maßnahmen i.S.d. § 95a UrhG geschützt sind.

Diese Fälle sind von § 95b Abs. 1–3 UrhG nicht umfasst, da sie mangels technischer Schutzmaßnahmen aus dem Tatbestand fallen.³⁶

III. Rechtsprechung des BGH zu § 95a UrhG

In seinem Urteil „Videospielekonsolen II“³⁷ hat der BGH unter Berufung auf Rechtsprechung des EuGH in einem gleichgelagerten Vorabentscheidungsverfahren³⁸ entschieden, dass technische Maßnahmen nach § 95a UrhG nur geschützt werden, wenn sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen und „berechtigte Nutzungen nicht übermäßig beschränken.“³⁹

Auf Klägersseite stand ein Hersteller von Videospielekonsolen, der zur Verhinderung von Vervielfältigungen seiner Spiele durch Verbraucher individuelle Slotkarten als Trägermedium verwendete, die ausschließlich in entsprechende Slots der herstellereigenen Konsole passten.⁴⁰ Bei der Beklagten handelte es sich zunächst⁴¹ um ein Unternehmen, welches Adapter für ebenjene einzigartigen Slots anbot, mit deren Hilfe Spiele und andere Applikationen aus dem Internet geladen und auf der Konsole abgespielt werden konnten.⁴² Gegenstand hiervon waren sowohl Raubkopien der herstellereigenen Spiele als auch legal erwerbbar Anwendungen von Drittherstellern.

Im Grundsatz bejahte der BGH die Anwendbarkeit des § 95a Abs. 3 UrhG und der damit einhergehenden Verletzungshandlung durch die Beklagte.⁴³ Im nächsten Schritt schränkte er den Anwendungsbereich der §§ 95a ff. UrhG allerdings insoweit ein, als dass nur solche technischen Maßnahmen den Schutz der §§ 95a ff. UrhG genießen sollten, deren „Einsatz den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt und legale Nutzungsmöglichkeiten nicht in übermäßiger Weise beschränkt.“⁴⁴ Insofern war in dem zu entscheidenden Fall laut BGH unter Berufung auf die Rechtsprechung des EuGH⁴⁵ zu prüfen, ob die Gewährleistung eines vergleichbaren

Schutzes nicht auch unter Verwendung von anderen, weniger beschränkenden Maßnahmen möglich wäre.⁴⁶

Kritisiert wird an der Entscheidung, dass sie – trotz begrüßenswerter Stoßrichtung, die auch der Intention des Gesetzgebers entspreche – gegen den Wortlaut der §§ 95a ff. UrhG verstoße, die ein abweichendes Regelungsregime beinhalten würden, und dass sich die Frage der europarechtlichen Zulässigkeit dieses Vorgehens stelle.⁴⁷ Jedenfalls letzterem Einwand ließe sich damit begegnen, dass die Begrenzung des Schutzes technischer Maßnahmen mittels Verhältnismäßigkeitserwägungen und mit Hinblick auf die übermäßige Beschränkung legaler Nutzungsmöglichkeiten durch den EuGH bestätigt wurde.⁴⁸

Zieht man die Rechtsprechung des BGH im hier untersuchten Fall ein, ließe sich argumentieren, dass Kopierschutzmaßnahmen jedenfalls dann die rechtmäßige Nutzung von Werken unverhältnismäßig einschränken, wenn der Kopierschutz unterschiedslos und generalisierend greift, ohne den Zweck zu berücksichtigen, zu dem ein Werk erworben und heruntergeladen wird.

Insofern könnte die Unverhältnismäßigkeit des Umfangs der Kopierschutzmaßnahmen darin liegen, dass neben den unrechtmäßigen Nutzungen (Erstellung von Raubkopien) auch rechtmäßige Nutzungen (z.B. Vervielfältigungen für wissenschaftliche Zwecke nach §§ 60a ff. UrhG) massiv erschwert bis unmöglich gemacht werden. Milderer Mittel wäre insofern z.B. die Implementierung von Kopierschutzmaßnahmen, die jeweils auf eine bestimmte Käufergruppe abgestimmt sind. Insofern könnte bei Erbringung eines Nachweises, dass das Werk zur wissenschaftlichen Forschung verwendet werden soll, das Werkexemplar mit einem „wissenschaftsspezifischen“ Kopierschutz versehen werden, der Vervielfältigungen in gewissem Umfang zulässt, aber nicht generell unmöglich macht.

Diesem Gedanken lässt sich freilich der Einwand entgegenhalten, dass die Implementierung eines solchen Schutzes mit einem erheblichen Kosten- und Zeitaufwand für die Rechteinhaber verbunden sei. Indes schlägt das aus verschiedenen Gründen nicht durch: Erstens ist davon auszugehen, dass sich gerade im Kontext der Verwertung wissenschaftlicher Publikationen entstehende Kosten in absehbarer Zeit amortisieren werden.⁴⁹

Zweitens dürfte in diesem Kontext die Sozialbindung des geistigen Eigentums⁵⁰ eine Belastung von Rechteinhabern bzw. -verwertern dahingehend rechtfertigen, dass die aufgrund von Schrankenregelungen erlaubten Nutzungen eben-

³⁶ Vgl. *Specht* (Fn. 15), § 95 Rn. 18.

³⁷ BGH GRUR 2015, 672 (682) – Videospiele-Konsolen II, m. Anm. *Peifer*.

³⁸ EuGH GRUR 2014, 255.

³⁹ BGH GRUR 2015, 672 (677 Rn. 56–58, 107) – Videospiele-Konsolen II.

⁴⁰ BGH GRUR 2015, 672 (Videospiele-Konsolen II).

⁴¹ Vor der Insolvenz; danach trat der Insolvenzverwalter in die Beklagtenstellung ein.

⁴² BGH GRUR 2015, 672 (Videospiele-Konsolen II).

⁴³ BGH GRUR 2015, 672 (675 Rn. 40 ff.) – Videospiele-Konsolen II.

⁴⁴ BGH GRUR 2015, 672 (677 Rn. 56) – Videospiele-Konsolen II; *Lindhorst* (Fn. 21), § 95b Rn. 1b.

⁴⁵ EuGH GRUR 2014, 255 (257 Rn. 30–33).

⁴⁶ BGH GRUR 2015, 672 (677 Rn. 57) – Videospiele-Konsolen II.

⁴⁷ *Lindhorst* (Fn. 21), § 95b Rn. 1b.

⁴⁸ EuGH GRUR 2014, 255 (257 Rn. 30 ff.); BGH GRUR 2015, 672 (677 Rn. 56 ff.) – Videospiele-Konsolen II.

⁴⁹ Exemplarisch sei hierfür die Gewinnentwicklung des Beck-Verlags bis zum Jahr 2019 auf über 200 Mio. € herangezogen, abrufbar unter [https://de.statista.com/statistik/daten/studie/184073/umfrage/umsatz-von-c-h-beck/\(20.2.2022\)](https://de.statista.com/statistik/daten/studie/184073/umfrage/umsatz-von-c-h-beck/(20.2.2022)).

⁵⁰ Siehe oben I. 3.

die privilegierten Handlungen sind, die von EuGH und BGH als schutzwürdig erachtet werden. Daraus erwächst für die Rechteinhaber eine Verantwortung, die gesetzlich privilegierten Handlungen in der Realität auch umsetzbar zu machen.

Drittens könnten z.B. mittels Wasserzeichen oder anderen Individualisierungen die explizit für wissenschaftliche Arbeiten bestimmten Werke eindeutig⁵¹ als solche gekennzeichnet werden. Dadurch würden potentiell auftretende Verletzungshandlungen für Rechteinhaber transparenter und einfacher aufzuklären.

Diese Punkte zeigen bereits, dass die Rechtsprechung des BGH Anlässe dazu gibt, das bisherige Vorgehen hinsichtlich der Implementierung von technischen Maßnahmen nach §§ 95a ff. UrhG zu überdenken. Begrüßenswert wäre, wenn man vonseiten des Gesetzgebers nicht den Anwendungsbereich des § 95a UrhG verkürzen, sondern die begrenzenden Nutzerrechte nach § 95b UrhG klarer und damit durchsetzungsstärker ausgestalten würde.

IV. Der Begriff des „Rechteinhabers“ i.S.d. § 95b UrhG

Zu klären bleibt die Frage, wer denn eigentlich mit „Rechteinhaber“ in § 95b UrhG gemeint ist. Die Beantwortung dieser Frage hat erhebliche praktische Konsequenzen: Werke werden bereits lange und in immer größerer Zahl über das Internet vertrieben. Ob es sich um eBooks oder gebundene Werke handelt, ist unerheblich, denn viele Vertriebsplattformen wie z.B. Amazon bieten das gesuchte Werk in verschiedenen Formaten an. Dass diese „Werkmittler“ bzw. „Intermediäre“ im urheberrechtlichen Verwertungsgefüge eine überragend wichtige Position innehaben, ist klar. Deshalb ist umso interessanter, ob die gesetzlichen Regelungen der §§ 95a ff. UrhG die Stellung dieser Werkmittler im urheberrechtlichen Kontext angemessen erfassen können.

Als Parteien stehen sich Werknutzer,⁵² Rechteinhaber⁵³ und Werkmittler⁵⁴ gegenüber. Wenn Werkmittler bestimmte Bücher vertreiben wollen, erwerben sie regelmäßig die hierfür erforderlichen Verwertungsrechte von den Rechteinhabern. Z.B. setzt der Vertrieb von gebundenen Werken das Recht voraus, sie nach § 17 UrhG zu verbreiten⁵⁵ und unter Umständen, es nach § 16 UrhG zu vervielfältigen.⁵⁶ Werden eBooks zum Download zur Verfügung gestellt, muss darüber hinaus noch das Recht eingeholt werden, sie nach § 19a UrhG öffentlich zugänglich zu machen.⁵⁷

Wie die Rechteinräumung an den Werkmittler im Einzelnen ausgestaltet ist, ist Frage des konkreten Vertrages, der mit den Rechteinhabern geschlossen wird. Faktisch tritt im

⁵¹ Ggf. unter Nennung des Instituts oder der Forschungseinrichtung, für die sie zur Verfügung gestellt werden.

⁵² Z.B. Wissenschaftler, die Werke wissenschaftlich auswerten wollen.

⁵³ Z.B. Autoren, regelmäßig aber wohl Verlage oder Verlagsgesellschaften.

⁵⁴ Vertriebsplattformen wie z.B. Amazon.

⁵⁵ Vgl. Schulze (Fn. 9), § 17 Rn. 1, 3.

⁵⁶ Vgl. Schulze (Fn. 9), § 16 Rn. 1 ff.

⁵⁷ Vgl. Schulze (Fn. 9), § 19a Rn. 1.

Online-Vertrieb allerdings der Werkmittler zwischen Nutzer und Rechteinhaber. Vertragspartner der Nutzer sind nicht die Urheber oder Verlage, sondern die Werkmittler. Diese Erkenntnis mag trivial klingen, denn auch im Offline-Vertrieb treten schließlich die Buchhandlungen auf Verkäuferseite auf. Allerdings wird die „Buchhandlung um die Ecke“ regelmäßig die dort gekauften Bücher nicht mit einem „hauseigenen“ Kopierschutz versehen. An dieser Stelle unterscheidet sich Offline- von Online-Vertrieb erheblich: Werkmittler haben regelmäßig „hauseigene“ technische Maßnahmen, mit denen Werke belegt werden können, die auf den digitalen Marktplätzen angeboten werden.⁵⁸

Das führt zu der Frage, wie insbesondere § 95b UrhG in dieser Situation anzuwenden ist, denn nach seinem Wortlaut sind nur die „Rechteinhaber“ dazu verpflichtet, „notwendige Mittel“ zur Verfügung zu stellen. Im Online-Vertrieb sind bei Werken mit Kopierschutz also grundsätzlich zwei Fälle denkbar: Das erworbene Werk ist durch technische Maßnahmen nach § 95a UrhG des Rechteinhabers geschützt (1.) oder der implementierte Kopierschutz ist eine Maßnahme des Werkmittlers (2.).

1. Schutzmaßnahmen der Rechteinhaber

Für den ersten Fall gilt das bereits Gesagte: Werden die Werke mit technischen Maßnahmen nach § 95a UrhG im Rahmen einer vertraglichen Regelung öffentlich zugänglich gemacht, ist gem. § 95b Abs. 3 UrhG die Geltendmachung des Abs. 1 ausgeschlossen.

Sobald ein Werk in die Besitzsphäre der Nutzer gelangt und daher nicht mehr öffentlich zugänglich ist, lebt das Recht aus § 95b Abs. 1 UrhG wieder auf und Nutzer können von den Rechteinhabern verlangen, dass ihnen Möglichkeiten zur schrankengemäßen Nutzung des Werkes eingeräumt werden.

2. Schutzmaßnahmen der Werkmittler

Dasselbe sollte eigentlich auch im Verhältnis Werkmittler – Nutzer gelten. Denn die Ausgangssituation, dass technische Maßnahmen die Wahrnehmung von Schrankenrechten verhindern, ist dieselbe. Unklar ist aber gerade, ob § 95b UrhG auch Werkmittler als passivlegitimiert erfasst – also, ob sie überhaupt Anspruchsgegner sein können. Laut § 95b Abs. 1 S. 1 UrhG ist „der Rechteinhaber“ dazu verpflichtet, „notwendige Mittel“ zur Verfügung zu stellen. Das wirft die Frage auf, ob Werkmittler, die sich die erforderlichen Rechte für den Vertrieb des Werkes einräumen lassen, ebenfalls in den Anwendungsbereich der Vorschrift einbezogen sind, wenn sie eigene Schutzmaßnahmen implementiert haben. Zählen sie als „Rechteinhaber“ i.S.d. § 95b Abs. 1 S. 1 UrhG allein, weil sie z.B. Rechte nach §§ 17, 19a UrhG erworben haben?

a) Wortlaut der Norm

Deshalb liegt es nahe, zunächst die Verwendung des Begriffs „Rechteinhaber“ im Urheberrechtsgesetz genauer zu beleuchten.

⁵⁸ Z.B. abrufbar unter

https://docs.aws.amazon.com/de_de/elastictranscoder/latest/developerguide/drm.html (20.2.2022).

Exemplarisch trägt § 10 UrhG die Überschrift „Vermutung der Urheber- und Rechtsinhaberschaft“. Zweifelhaft dürfte aber sein, ob auch Werkmittler im Sinne dieser Norm als Rechtsinhaber bezeichnet werden können.

Denn die Urhebereigenschaft bzw. „Rechtsinhaberschaft“ wird nach § 10 Abs. 1, Abs. 3 UrhG bezüglich derjenigen Person vermutet, die auf den Vervielfältigungsstücken eines Werkes in der üblichen Weise bezeichnet ist. eBooks werden, um bei dem Beispiel zu bleiben, im Vorwort in aller Regel in Form eines „Copyright-Vermerks“⁵⁹ einen Verweis auf die Rechtsinhaberschaft des Verlags bzw. des Autors beinhalten. Weder werden Werkmittler explizit genannt noch wird indirekt auf sie hingedeutet.

Auch ist „Rechtsinhaber“ im Sinne der Norm eine Bezeichnung für Inhaber von Schutz- und nicht von Urheberrechten. Diese sonstigen verwandten Schutzrechte oder Leistungsschutzrechte schützen nach dem Urheberrechtsgesetz wirtschaftliche Investitionen, deren Ergebnis mangels Gestaltungshöhe aber keine Werke sind.⁶⁰

§ 10 Abs. 2 S. 1 UrhG greift nachrangig in Fällen, in denen die Urheberschaft nicht eindeutig zuzuordnen ist,⁶¹ und begründet in diesem Fall für die Herausgeber die Vermutung, zur Wahrnehmung der Urheberrechte berechtigt zu sein.⁶² Sofern sich auch dieser nicht ermitteln lässt, wird nach § 10 Abs. 2 S. 2 UrhG vermutet, dass die Befugnis bei den Verlegern liegt. Wiederum nicht aufgeführt und damit nicht Begünstigte einer Vermutung der Rechtsinhaberschaft sind aber Werkmittler.

Auf der anderen Seite wird beispielsweise in § 60g Abs. 1 UrhG geregelt, dass der „Rechtsinhaber“ sich nicht auf Vereinbarungen berufen kann, welche erlaubte Nutzungen aus den §§ 60a–60f UrhG beschränken oder untersagen. Denklogisch bezieht sich dieses Verbot auf den jeweiligen Vertragspartner einer Person, die Rechte aus den §§ 60a–60f UrhG geltend machen will. Denn sonst liefe das Verbot immer dann leer, wenn ein Werk statt direkt von der Autorin von einem Online-Marktplatz wie Amazon erworben würde. In diesem Fall dürfte der Werkmittler dann ohne Rücksicht auf § 60g Abs. 1 UrhG jede von §§ 60a ff. UrhG privilegierte Nutzung vertraglich untersagen. Das wäre unsachgemäß.

Bei dem Erwerb eines eBooks von einem Online-Marktplatz muss also dem Vertragspartner des Käufers – z.B. Amazon – untersagt sein, die erlaubten Nutzungen aus den §§ 60a–60f UrhG vertraglich zu erschweren. Damit sind Werkmittler von § 60g Abs. 1 UrhG eindeutig erfasst.

Dem Begriff des Rechtsinhabers im Urheberrechtsgesetz liegt also offenbar kein einheitliches Verständnis zu Grunde. Eine Erklärung hierfür ist, dass das Urheberrechtsgesetz nicht „aus einem Guss“ entstanden und mit der Zeit – auch maßgeblich unter europarechtlichem Einfluss – gewachsen ist.

Ausgangspunkt der Interpretation eines Gesetzes sollte zwar zunächst der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung sein können.⁶³ Dieser Grundsatz betont gerade die Wichtigkeit, innerhalb eines Gesetzes „begriffliche und systematische Unterschiede zu vermeiden“⁶⁴. Wenn damit zwar nicht gemeint ist, dass gleichen Begriffen in unterschiedlichen Gesetzen stets derselbe Bedeutungsgehalt zuzumessen ist⁶⁵ darf doch innerhalb eines einzelnen Gesetzes zunächst die deckungsgleiche Verwendung bestimmter Begriffe angenommen werden.

Allerdings hat mit der Harmonisierung vieler urheberrechtlicher Begriffe die Realität diesen Grundsatz an dieser Stelle bereits als „vollendete Tatsache“ überholt. Dieser Umstand deutet darauf hin, dass „Rechtsinhaber“ i.R.d. §§ 95a ff. UrhG wegen ihres europarechtlichen Ursprungs⁶⁶ in demselben unionsrechtlich geprägten Sinn zu verstehen ist und dementsprechend wie auch in § 60g Abs. 1 UrhG die Werkmittler unter den Begriff fallen. Der Wortlaut des § 60g Abs. 1 UrhG legt es, wie bereits dargestellt, nahe, denjenigen als Rechtsinhaber anzusehen, von dem Rechte abgeleitet werden.

Teils wird auch vertreten, dass die Qualifikation als „Rechtsinhaber“ nach den §§ 95a ff. UrhG die Aktivlegitimation zur Geltendmachung eines Rechts voraussetzt.⁶⁷ Dann wäre jeder Beteiligte im Verwertungsprozess Rechtsinhaber, der irgendein Verwertungsrecht erworben hat, das er in einem Prozess durchsetzen könnte.⁶⁸ Das würde Werkmittler ebenfalls einschließen, da sie regelmäßig mindestens das Verbreitungsrecht an einem Werk innehaben werden.

Ein prozessual orientiertes Verständnis würde allerdings ein „Schlupfloch“ offenlassen: Denn wenn Verlage und Werkmittler im Rahmen der Rechteübertragung schlicht vereinbaren würden, dass allein die Verlage zur Durchsetzung von den vertragsgegenständlichen Rechten berechtigt sind, würden die Werkmittler als aktivlegitimierte wiederum wegfallen. Dann wären sie nicht als Rechtsinhaber zu sehen. Deshalb spricht der Wortlaut der Norm eher dafür, den Urheber, Verwerter oder Werkmittler als Rechtsinhaber zu sehen, von dem das Werk rechtmäßig erworben wird.

b) Sinn und Zweck

Für ein ähnliches Verständnis dürfte auch der Sinn und Zweck der Norm sprechen. Denn dadurch, dass auch bei der Implementierung technischer Schutzmaßnahmen die Ausübung von

⁵⁹ Vgl. Schulze (Fn. 9), § 10 Rn. 44.

⁶⁰ Vgl. Schulze (Fn. 9), § 7 Rn. 6.

⁶¹ Thum, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 10 Rn. 79.

⁶² Vgl. Ahlberg (Fn. 2), § 10 Rn. 47; Thum (Fn. 61), § 10 Rn. 85.

⁶³ Vgl. März, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 31 Rn. 11: „Er ist den konkreten Rechtsnormen und ihren Konflikten im Einzelfall vorgelagerter Lehrsatz, der eines Beweises weder fähig noch bedürftig ist, weil er von jedermann als richtig, unmissverständlich und letztverbindlich anerkannt wird“.

⁶⁴ Weber, in: Creifelds, Rechtswörterbuch, Ed. 24, 2020, Einheit der Rechtsordnung.

⁶⁵ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.3.1969 – 1 BvR 512/66 = BVerfGE 25, 309 (313).

⁶⁶ Art. 6 der RL 2001/29/EG.

⁶⁷ Vgl. Brinkel, Filesharing, 2006, S. 10.

⁶⁸ Vgl. Brinkel, Filesharing, 2006, S. 10 mit Hinweis auf den Wortlaut der InfoSocRL.

Schrankenprivilegien durch § 95b UrhG möglich bleibt, soll sichergestellt werden, dass selbst bei der Verwendung von Schutzmaßnahmen zwischen der Allgemeinheit und den Rechteinhabern ein ausgewogenes Verhältnis im Hinblick auf Werknutzung und -zugang besteht.⁶⁹ Das muss mangels anderweitiger Anhaltspunkte gleichermaßen für Offline- wie Online-Sachverhalte gelten.

Dementsprechend kann ausschlaggebendes Kriterium nicht sein, ob die Person, welche die Schutzmaßnahmen implementiert, davon losgelöst als Rechtsinhaberin zu qualifizieren ist, um einen Anspruch nach § 95b UrhG zu bejahen. Maßgeblicher Ausgangspunkt darf nicht sein, wer technische Maßnahmen implementiert hat. Entscheidend muss zunächst sein, ob solche Schutzmaßnahmen überhaupt vorliegen. Dieser Umstand kann dann im zweiten Schritt für denjenigen, der sie eingefügt hat, zum qualifizierenden Anknüpfungmerkmal für die Eigenschaft des „Rechtsinhabers“ nach § 95b Abs. 1 UrhG werden.

Es spricht insofern nach dem Sinn und Zweck mehr dafür, anzunehmen, dass die Norm dem Grunde nach immer greifen soll, wenn einem erworbenen Werk eine solche Schutzmaßnahme auferlegt ist. Folglich muss „Rechtsinhaber“ derjenige sein, der die Maßnahme implementiert hat oder dem die Implementierung durch einen Dritten zurechenbar ist. In dem Fall, dass ein eBook über einen Werkmittler erworben wurde, muss daher ebenjener auch als „Rechtsinhaber“ i.S.d. § 95b Abs. 1 UrhG anzusehen sein, wenn er den Kopierschutz implementiert hat.

c) Wille des Unionsgesetzgebers

Ein anderes Bild ergibt sich auch nicht bei einer historischen Auslegung nach dem Willen des Unionsgesetzgebers.⁷⁰ Wenn gleich auch in den Erwägungsgründen kein ganz einheitliches Bild vom Begriff des „Rechtsinhabers“ gezeichnet wird,⁷¹ weisen die Beweggründe des europäischen Gesetzgebers auf ein weites Begriffsverständnis hin. So wird in Erwägungsgrund 31⁷² darauf Bezug genommen, dass zwischen den Interessen der verschiedenen Kategorien von Rechtsinhabern und Nutzern von Schutzgegenständen ein angemessener Ausgleich gesichert werden müsse.

Anzuerkennen, dass es „verschiedene Kategorien“ von Rechtsinhabern geben soll, legt nahe, dass der Begriff flexibel auf künftige Vertriebs- und Verwertungsmodelle anwendbar sein soll.

d) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist es überzeugend, Werkmittler als „Rechtsinhaber“ i.S.d. § 95b UrhG anzusehen. Das gilt unabhängig

davon, ob man für die Einordnung den Wortlaut, den Sinn und Zweck der Norm oder den Willen des Gesetzgebers als entscheidendes Anknüpfungskriterium wählt. Es wäre fernliegend, die Geltung der Norm von einer irgendwie gearteten „schöpferisch-faktischen“ urheberrechtlichen oder schutzrechtlichen Verbindung des Veräußernden zu dem Schutzgegenstand abhängig zu machen. Überzeugender ist, der Norm zur größten Durchsetzungsstärke zu verhelfen, indem man sie realitätsnah und zeitgemäß versteht. Und in der Realität sind Werkmittler im Verwertungsprozess unumgänglich.

V. Fazit

Die immer schnellere Entwicklung des (wissenschaftlichen) Umgangs mit urheberrechtlich geschützten Gegenständen stellt das Recht vor die Herausforderung, mit der Entwicklung Schritt zu halten.⁷³ Mechanismen für einen zeitgemäßen Umgang finden sich teils schon heute im Gesetz. Es wäre wünschenswert, insbesondere mit § 95b UrhG Schrankenrechten zu ihrer angedachten Durchsetzungskraft zu verhelfen – trotz der verunglückten Ausgestaltung der Vorschrift. Möglicherweise bietet sich aber in den momentanen Umsetzungsbemühungen des Gesetzgebers in Bezug auf die DSM-Richtlinie die Gelegenheit, auch § 95b UrhG klarer und für die Praxis verwendbar zu gestalten.

⁶⁹ Wirth (Fn. 16), § 95b Rn. 1; Specht (Rn. 15), § 95b Rn. 1.

⁷⁰ Dieser ist maßgeblich, da die §§ 95a ff. UrhG auf die RL 2001/29/EG zurückgehen, vgl. Wandtke/Ohst (Fn. 29), § 95a Rn. 1.

⁷¹ Bezugnahme auf Urheber/Künstler als Rechtsinhaber in RL 2001/29/EG, ErwG 10, dann wiederum in ErwG 31 eine Bezugnahme auf „verschiedene Kategorien“ von Rechtsinhabern.

⁷² RL 2001/29/EG.

⁷³ Siehe auch Specht, GRUR 2019, 253 (259).

Reiserecht: Fragwürdige Klagen von Urlaubern

Von Rechtsanwalt **Kay P. Rodegra**, Würzburg*

Auf Urlaubsreisen gibt es viel zu erleben. Bei Millionen Reisenden bleibt es natürlich nicht aus, dass es auf einer Pauschalreise zu Problemen und Schadensfällen kommen kann.

Tausende Streitfälle zwischen Reisenden und Reiseveranstaltern landen jedes Jahr vor Gericht. In zahlreichen Fällen sind die Klagen von Urlaubern auf Preisminderung, Schadensersatz und Entschädigung wegen entgangener Urlaubsfreude begründet, in vielen Fällen allerdings auch nicht oder die teilweise exorbitanten Forderungsansprüche der Urlauber werden von Gerichten der Schwere und des Umfangs nach deutlich niedriger bewertet, als in den Klageschriften beziffert.

Manchmal drängt sich dabei leider auch der Verdacht auf, dass nach dem Urlaub mit einem fragwürdigen Reklamationsvortrag versucht wird, im Nachhinein eine an sich schöne Ferienzeit teilweise zu refinanzieren.

I. Reisemangel

Werden klageweise reiserechtliche Gewährleistungsansprüche gem. § 651i Abs. 3 BGB gegenüber dem Reiseveranstalter geltend gemacht, muss ein Reisemangel vorliegen.

Die Mangelfreiheit der Reise als Gesamtheit gehört nach § 651i Abs. 1 BGB zur primären Erfüllungspflicht des Veranstalters.¹

1. § 651i Abs. 1, Abs. 2 BGB

Nach § 651i Abs. 2 S. 1 BGB liegt ein Reisemangel vor, wenn eine vertraglich vereinbarte Beschaffenheit der Reise fehlt.

Soweit die Beschaffenheit der Reise nicht vereinbart ist, ist die Reise gem. § 651i Abs. 2 S. 2 BGB mangelfrei, wenn sie sich für den nach dem Vertrag vorausgesetzten Nutzen eignet, ansonsten, wenn sie sich für den gewöhnlichen Nutzen eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Pauschalreisen der gleichen Art üblich ist und die der Reisende nach der Art der Pauschalreise erwarten kann.

Ferner ist ein Reisemangel gem. § 651i Abs. 2 S. 3 BGB gegeben, wenn der Reiseveranstalter Reiseleistungen nicht oder mit unangemessener Verspätung verschafft. Ein Reisemangel liegt demnach vor, wenn die tatsächliche Beschaffenheit der Reiseleistungen von derjenigen abweicht, welche die Parteien bei Vertragsschluss vereinbart oder gemeinsam, auch stillschweigend, vorausgesetzt haben, und dadurch der Nutzen der Reise für den Reisenden beeinträchtigt wird.² Die Haftung für Reisemängel bei Pauschalreisen ist letztlich als Erfolgshaftung ausgestaltet.

In den gängigen reiserechtlichen Urteilssammlungen zum Reiserecht³ zeigt sich, wie vielfältig Reisemängel in ihrer Art

und Begründung sein können und, dass das Reisevertragsrecht zum Schutz des Urlaubers ausgerichtet ist, wenn die Urlaubsreise misslingt oder zumindest teilweise beeinträchtigt ist.

2. Abgrenzung zum Reisemangel

Aus Sicht des Reisenden mangelhafte Reiseleistungen führen jedoch dann nicht zu Gewährleistungsansprüchen, wenn es sich bei der vorgetragenen Beeinträchtigung bzw. Situation um eine hinzunehmende Unannehmlichkeit oder die Verwirklichung des allgemeinen Lebensrisikos handelt.⁴

a) Hinzunehmende Unannehmlichkeiten

Es ist allgemein anerkannt, dass bloße Unannehmlichkeiten als geringfügige Abweichungen der Ist- von der Soll-Beschaffenheit der Reise noch keine Ansprüche rechtfertigen, wenn dadurch der Nutzen der Reise noch nicht gemindert ist.⁵ Hier bedarf es stets einer Würdigung des Einzelfalles, ob die Grenze zur Unzumutbarkeit überschritten ist. Gewisse Unannehmlichkeiten und Unzulänglichkeiten, die dem Massencharakter des Reisevertragsgeschäfts immanent sind, muss ein Reisender in Kauf nehmen.⁶

b) Allgemeines Lebensrisiko

Kommt es ursächlich aus der privaten Sphäre des Reisenden zu einer Beeinträchtigung der Reise oder zu einem Unfall, sind diese Ereignisse dem Reiseveranstalter nicht zuzurechnen. Schadensfälle aus diesem Bereich sind Ereignisse, die nicht reisespezifisch sind, nicht auf ein Verschulden des Reiseveranstalters und seiner Erfüllungsgehilfen beruhen und mit deren Auftreten auch im Alltag gerechnet werden muss.⁷

Geht es um Haftungsfragen aufgrund des allgemeinen Lebensrisikos, sind die Diskussionen vor Gericht – anders als gelegentlich die Fragen über bzw. die Bewertung eines Reisemangelvortrages – als hinzunehmende Unannehmlichkeiten, ernst und sachlich, da es zumeist um Personenschäden oder höhere Sachschäden geht, deren haftungsrechtliche Zuordnung abzuwägen ist.

II. Rechtsschutzbedürfnis

Bei einem Klageanspruch auf Preisminderung oder auf reisevertraglichen Schadensersatz handelt es sich um einen Leistungsanspruch. Bei einer Leistungsklage muss das mit der Prozesshandlung verfolgte Ziel schutzwürdig sein. Nicht schutz-

* Der Autor ist ein Rechtsanwalt aus Würzburg sowie Herausgeber der „Würzburger Tabelle zum Reiserecht bei Kreuzfahrten“.

¹ *Führich/Staudinger*, Reiserecht, 8. Aufl. 2019, § 17 Rn. 8.

² AG Köln, Urt. v. 13.9.2021 – 133 C 611/20.

³ Z.B. „Würzburger Tabelle zum Reiserecht bei Kreuzfahrten“, abrufbar unter <https://wuerzburger-tabelle.de/> (23.2.2022); Reisepreisminderungstabelle des ADAC, abrufbar unter

<https://www.adac.de/-/media/adac/pdf/jze/reisepreisminderungstabelle.pdf?la=de-de> (23.2.2022);

Kemptener Reisemängeltabelle, abrufbar unter <https://reiserechtfuehrich.com> (23.2.2022).

⁴ Ausführlich *Rodegra*, MDR 2002, 919 ff.; *ders.*, NJW 2012, 3546 ff.

⁵ *Führich*, Basiswissen Reiserecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 145.

⁶ LG Rostock, Urt. v. 18.10.2019 – 1 S 29/19.

⁷ Ausführlich *Rodegra*, NJW 2012, 3546 ff.

würdig ist ein Interesse, das nach allgemeiner Anschauung als so gering anzusehen ist, dass es nicht die Inanspruchnahme der staatlichen Rechtsschutzeinrichtungen, nämlich der Gerichte, rechtfertigt.⁸

Bereits Anfang der 90er Jahre kam es vor dem Amtsgericht Mönchengladbach⁹ zu einem lesenswerten Urteil, das auf so mancher Weihnachtsfeier von Juristen aufgrund der Urteilsbegründung bis heute für amüsierte Veranstaltungsteilnehmer sorgt und zugleich zeigt, dass sich Gerichte schon über Jahrzehnte mit reiserechtlichen Problemen befassen müssen, die aus objektiver Sicht eigentlich keine sind.

Ein Urlauberpaar verlangte Schadensersatz wegen entgangener Urlaubsfreude, da sie in ihrem gebuchten Doppelzimmer kein Doppelbett, sondern nur zwei nebeneinanderstehende Einzelbetten vorfanden und sie sich dadurch empfindlich in ihren Beischlafgewohnheiten gestört fühlten, da die Betten in „gewissen Situationen“ mittig auseinanderglitten.

Das Gericht wies in den klageabweisenden Urteilsgründen zunächst darauf hin, dass „hier leicht der Eindruck entstehen könnte, die Klage sei nicht ernst gemeint“. „Die Zivilprozessordnung sieht allerdings einen derartigen Fall nicht vor“, so dass es nach den weiteren Ausführungen des Gerichts hierfür auch keine gesetzlich vorgesehenen Konsequenzen gibt.¹⁰ Ein Reisender hat folglich als Rechtssuchender einen Anspruch darauf, dass ein Gericht sein Anliegen sachlich überprüft und eine Entscheidung findet.

So zweifelhaft mancher Klageinhalt oder Teile davon sind, muss das zuständige Gericht die Klage annehmen und den klägerischen Vortrag im Detail prüfen. Selbst wenn das Gericht von vornherein Zweifel an der Ernsthaftigkeit eines Klagevortrages hegt, ist dieses für sich genommen, kein Grund für eine Klageabweisung. Es bedarf einer Auseinandersetzung mit dem klägerischen Vortrag, so unsinnig dieser im Ganzen oder auch in Teilen erscheinen mag.

III. Fragwürdige Klagevorträge

So unterschiedlich Reisearten, Situationen und Erlebnisse auf einer Urlaubsreise, Erwartungen und natürlich auch die Charaktere der Reisenden selbst sind, so unterschiedlich sind auch die Arten von geltend gemachten vermeintlichen Reisemängeln, die aus objektiver Sicht aber tatsächlich gar keine sind.

1. Flugbeförderung

Bereits beim Flug zum Urlaubsort kann es zu einer Verärgerung des Reisenden kommen, die sich sodann bis zum Rückflug fortsetzen kann.

a) Flugverspätungen

Flugverzögerungen sind lästig und unangenehm, gleichwohl kommt ein Anspruch auf eine Preisminderung nach h.M. erst

ab einer Verspätung von vier Stunden in Betracht,¹¹ vereinzelt bereits ab drei Stunden.¹²

Gerade bei An- und Abreisen per Flug sind Urlauber oftmals nicht dazu bereit, kleinste Unregelmäßigkeiten zu tolerieren und fordern eine Entschädigung. Im Zeitalter des Massentourismus müssen Flugverspätungen im geringen Umfang jedoch entschädigungslos hingenommen werden. So wies das Amtsgericht Düsseldorf¹³ den Minderungsanspruch eines Türkeiurlaubers zurück, der in der um eine Stunde und fünf Minuten verspäteten Landung in Antalya eine Beeinträchtigung seines Urlaubsgenusses sah.

b) Bordverpflegung

Über Geschmack lässt sich bekanntlich streiten, auch vor Gericht.

Auf Ferienflügen, die überwiegend in der Economy-Class bzw. entsprechenden Standards durchgeführt werden, kann kein kulinarischer Hochgenuss erwartet werden. Das sehen einige Urlaubshungrige jedoch anders. Erfolglos blieb ein Klageanspruch eines Urlaubers, der es als Reisemangel bewertete, dass ein im Flugzeug gereichtes Sandwich noch halbfroren war.¹⁴

c) Sitzplatz

Es ist zwar ärgerlich, wenn Paare oder eine Familie im Flugzeug nicht zusammensitzen können, gleichwohl stellt das Getrennsitzen keinen Mangel dar, so dass das Amtsgericht Düsseldorf¹⁵ eine entsprechende Klage auf Preisminderung eines Urlaubers abwies, deren vierköpfige Familie im Flugzeug nicht nebeneinandersitzen konnte. Einen ähnlichen Vortrag wies das Amtsgericht Rostock¹⁶ zurück, das keinen Reisemangel darin sah, dass zwei Reisende auf einem Flug von Bangkok nach Hamburg ihre Plätze nicht nebeneinander reservieren konnten.

2. Hotelaufenthalt

Statt im Hotel den Alltags- und Anreisestress abfallen zu lassen, lässt sich gelegentlich nicht der Eindruck verwehren, dass seitens des Touristen bereits unmittelbar nach der Hotelankunft geradezu Ausschau nach Fehlern gehalten wird.

⁸ AG Stuttgart, Urt. v. 10.10.1989 – 8 C 7155/89 = NJW 1990, 1054.

⁹ AG Mönchengladbach, Urt. v. 25.4.1991 – 5a C 106/91 = NJW 1995, 884 f.

¹⁰ Siehe Fn. 9.

¹¹ Vgl. LG Hannover, Urt. v. 18.7.2019 – 8 O 147/18 = RRA 2020, 66 ff.; LG Frankfurt a.M., Urt. v. 27.1.2009 – 2/24 S 177/08 = RRA 2009, 72 ff.; AG Düsseldorf, Urt. v. 16.3.2019 – 12c C 340/18; AG München, Urt. v. 5.2.2018 – 154 C 19092/17 = RRA 2020, 15 ff.; AG Rostock, Urt. v. 4.4.2012 – 47 C 299/11 = RRA 2012, 138 ff.

¹² AG Hannover, Urt. v. 9.8.2018 – 539 C 2462/19 = RRA 2020, 86 ff.

¹³ AG Düsseldorf, Urt. v. 6.5.2016 – 44 C 423/15 = RRA 2002, 130.

¹⁴ AG Rostock, Urt. v. 3.11.2020 – 47 C 240/10 = RRA 2011, 72 f.

¹⁵ AG Düsseldorf, Urt. v. 7.3.2002 – 50 C 18568/01 = RRA 2002, 130.

¹⁶ AG Rostock, Urt. v. 25.11.2016 – 47 C 153/16 = RRA 2017, 258 ff.

a) Ankunft

Nach der Anreise zu einem türkischen Hotelkomplex wurde ein Urlauber zu seinem gebuchten Hotel in einem offenen Elektrowagen transportiert. Die kurze Fahrt gefiel dem Urlauber nicht und er zog vor Gericht. Kein Grund für eine Preisminderung, entschied das Amtsgericht Düsseldorf;¹⁷ eine solche Beförderung stelle noch nicht einmal eine Unannehmlichkeit dar.

b) Einchecken

Kaum angekommen, muss es auch mit dem Zimmerbezug schnell gehen. Das war nicht schnell genug für einen Reisenden, der drei Stunden und 45 Minuten auf seinen Zimmerschlüssel warten musste. Die Klage vor dem Amtsgericht Duisburg¹⁸ wurde jedoch abgewiesen, da der Anreisetag ohnehin nicht der Erholung dient.

Folgender anderer Fall: Ein Urlauber hat zunächst ein falsches Zimmer bekommen und ist nach seiner Rüge umgehend ins richtige Zimmer umgezogen. Man könnte meinen, dass durch die sofortige Abhilfemaßnahme alles in Ordnung sei. Nicht jedoch für den Urlauber, der bereits einen Mangel darin sah, dass er sich überhaupt über das erste Zimmer beschweren musste. Sein Klagevortrag führte jedoch nicht zu einer finanziellen Entschädigung.¹⁹

Wenn ein Zimmer nicht gefällt und man eine Stunde auf das Ersatzzimmer warten muss, begründet dies nach Ansicht des Amtsgerichts Hannover gleichfalls keinen Reisemangel.²⁰

Entgegen der Meinung eines Karibikurlaubers stellt es auch keine minderungsfähige Beeinträchtigung dar, wenn ein Hotelgast in einem All-Inclusive-Hotel zum Nachweis, dass er Hotelgast ist, beim Einchecken ein Plastikarmband anlegen muss.²¹

c) Verschmutzungen

So mancher Pauschaltourist erwartet auf Reisen mehr Sauberkeit, als er es von Hause gewohnt ist. Doch nicht jede Verschmutzung eines Zimmers oder eines Hotelbereichs stellt gleich einen Minderwert der Reise dar.

So bemängelte eine Karibikurlauberin, die in einem Drei-Sterne-Hotel wohnte, dass der Wasserkasten der Toilette innen (!) schwarz gewesen sei. Ihr Mängelbericht über das Innenleben des Toilettenkastens führte jedoch nicht zu einer

Preisminderung vor dem Amtsgericht München,²² das auch bei Wasserflecken auf dem Spiegel im Bad des Hotelzimmers keinen Reisemangel sah.

Das Gericht wies in diesem Zusammenhang auch darauf hin, dass eine befleckte Jacke eines Kochs im Hotelrestaurant, die die Urlauberin ebenfalls bemängelte, entschädigungslos hingenommen werden muss. Hierzu passt auch, dass nach gerichtlicher Meinung auch Fuselknäuel unter dem Bett toleriert werden müssen.²³

d) Verpflegungsangebot

Nicht immer sind Reisende dazu bereit, sich in anderen Ländern auf andere Essgewohnheiten und Geschmäcker einzustellen.

Nach der Hotelbeschreibung sollte ein Türkeiurlauber ein landestypisches Frühstück erhalten. Dem Urlauber fehlte sein tägliches Rührei und er zog vor Gericht, insoweit jedoch erfolglos.²⁴ Ein Hotelgast in Griechenland empfand es zu Unrecht als Schlechtleistung, dass im Salat im Verhältnis zu anderen Bestandteilen zu viele Tomaten waren.²⁵

e) Restaurant

Nicht nur die Qualität oder Quantität der gereichten Mahlzeiten sorgt gelegentlich für Verärgerung, sondern viele Touristen haben in puncto Essen eine so große Ungeduld, dass bereits eine kurze Verzögerung bei Mahlzeiteneinnahme eine Katastrophe darstellt.

So bemühte jemand das Landgericht Düsseldorf, da er in einem Hotel mit über 1.000 Gästen 15 Minuten am Buffet anstehen musste. Das Gericht sah hierin jedoch keinen Grund für eine teilweise Erstattung des Reisepreises.²⁶ Die Verpflichtung, in einem gehobenen Mittelklassehotel zum Abendessen eine lange Hose tragen zu müssen, empfand ein Hotelgast als unzumutbar, zog jedoch erfolglos vor Gericht.²⁷

Geschmackliche Beeinträchtigungen von Getränken, die im Außenbereich einer Hotelanlage in Plastikbechern serviert werden, sind nicht zu befürchten und die entsprechende Abfüllung der Getränke, die der Verhinderung von Verletzungen durch mögliche Glasscherben dienen soll, ist entschädigungslos hinzunehmen.²⁸

¹⁷ AG Düsseldorf, Urt. v. 23.10.2008 – 27 C 8283/08 = NJW-RR 2009, 929 ff.

¹⁸ AG Duisburg, Urt. v. 8.4.2003 – 73 C 166/03 = RRA 2003, 121.

¹⁹ LG Düsseldorf, Urt. v. 11.1.2002 – 22 S 631/00 = RRA 2002, 67 f.

²⁰ AG Hannover, Urt. v. 22.5.2015 – 562 C 12747/14 = RRA 2016, 114 f.

²¹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.09.2000 – 18 U 52/00 = RRA 2001, 49 f.; LG Hamburg, Urt. v. 30.7.1999 – 313 S 40/99 = NJW-RR 2000, 131; LG Köln, Urt. v. 11.5.1999 – 11 S 216/98 = NJW-RR 2000, 132; AG Bad Homburg, Urt. v. 31.3.1999 – 2 C 276/99 = RRA 1999, 155 f.

²² AG München, Urt. v. 7.11.2017 – 172 C 15107/17 = RRA 2018, 169 ff.

²³ AG München, Urt. v. 27.4.2001 – 274 C 23427/00 = RRA 2002, 25 f. (Schiffskabine).

²⁴ LG Düsseldorf, Urt. v. 18.5.2001 – 22 S 54/00 = RRA 2001, 222 ff.

²⁵ AG Duisburg, Urt. v. 6.3.2007 – 49 C 5703/06 = RRA 2007, 141 f.

²⁶ LG Düsseldorf, Urt. v. 22.2.2007 – 22 S 380/05; vgl. LG Baden-Baden, Urt. v. 18.1.2008 – 2 O 335/07 = RRA 2008, 112 f. (ca.15 Minuten in einem einfachen Hotel); AG Köln, Urt. v. 14.6.2011 – 142 C 217/10 = RRA 2012, 159 (20 Minuten).

²⁷ AG Hamburg, Urt. v. 19.3.1996 – 9 C 2577/95 = RRA 1996, 166.

²⁸ AG Duisburg, Urt. v. 4.2.2010 – 53 C 4617/09 = RRA

f) *Strandentfernung*

Bei Entfernungsangaben nehmen es Reisende manchmal sehr genau.

Bei einem Fall vor dem Landgericht Kleve, war ein Pauschaltourist sehr verärgert, da der vom Reiseveranstalter zugesagte Strand statt 250 m ganze 300 m vom Hotel entfernt war. Da im Katalog der Weg zum Strand mit ca. 250 m angegeben war, sah das Gericht jedoch keinen Reisemangel.²⁹

Gleichfalls besteht kein Anspruch auf Minderung, wenn jemand ein Zimmer in einer weitläufigen „direkt am Strand liegenden“ Ferienclubanlage bucht, sein Zimmer dann aber einige hundert Meter vom Strand entfernt ist.³⁰

4. *Mitreisende*

Der Reiseveranstalter kann in der Regel nicht für fehlendes Benehmen anderer Urlauber haftbar gemacht werden.

Gleichwohl nehmen Urlauber ihren Reiseveranstalter in die Haftung, weil sie selbst nicht dazu bereit sind, das Verhalten Dritter oder allein die Anwesenheit von anderen Menschen zu erdulden bzw. zu ertragen, obwohl ein entsprechendes Sozialverhalten zu Hause im Privat- und Berufsleben normal ist bzw. normal sein sollte.

So wurde erfolglos auf Preisminderung geklagt, weil ein Sitznachbar im Flugzeug schnarchte,³¹ Handys von anderen Hotelgästen im Restaurant klingelten,³² in einem Fünf-Sterne Hotel in der Türkei einige Gäste im Restaurant in Badekleidung erschienen³³ oder sich Passagiere auf einem Kreuzfahrtschiff nicht an den üblichen Kleiderstil gehalten haben.³⁴

Ein Minderungsanspruch wurde auch zurückgewiesen in Fällen, bei denen Kinder es wagten, im Urlauberhotel-Restaurant herumzuschreien und keine Essmanieren hatten³⁵ oder ein Kind beim Frühstück krakeelte.³⁶ Ebenso keinen Anspruch auf Minderung hatten Reisende, die bemängelten, dass andere Urlauber rülpten³⁷ oder in einer All-Inclusive-Anlage einen erhöhten Alkoholkonsum hatten.³⁸

2010, 266 ff.

²⁹ LG Kleve, Urt. v. 31.8.2001 – 6 S 106/01 = RRa 2001, 233 f.

³⁰ LG Kleve, Urt. v. 2.12.1998 – 4 S 195/98 = RRa 1999, 50.

³¹ AG Frankfurt a.M., Urt. v. 30.8.2001 – 31 C 842/01-83 = RRa 2002, 23 f.

³² AG Potsdam, Urt. v. 17.4.2002 – 27 C 50/03 = RRa 2004, 143; vgl. AG Rostock, Urt. v. 18.12.2013 – 47 C 299/13 = RRa 2014, 186 f.

³³ LG Düsseldorf, Urt. v. 18.5.2001 – 22 S 54/00 = RRa 2001, 222 f.

³⁴ AG Frankfurt a.M., Urt. v. 9.5.1996 – 32 C 1579/95 = RRa 1996, 200.

³⁵ LG Kleve, Urt. v. 20.12.1996 – 6 S 34/96 = RRa 1997, 54 ff.; vgl. AG Düsseldorf, Urt. v. 15.2.2006 – 56 C 13943/05 = RRa 2006, 163.

³⁶ AG Rostock, Urt. v. 10.6.2020 – 47 C 278/19 = RRa 2021, 88 f.

³⁷ AG Hamburg, Urt. v. 7.3.1995 – 9 C 2334/94 = RRa 1995, 121.

³⁸ LG Kleve, Urt. v. 23.11.2000 – 6 S 369/00 = RRa 2001, 39.

Mögen die dargelegten Störungen durch Mitreisende noch ein gewisses Schmunzeln auslösen, fällt es jedoch schwer, ein Kopfschütteln zu unterdrücken, wenn es als Beeinträchtigung empfunden wird, dass vor Ort zu viele andere Nationalitäten anwesend sind. Ein Reklamationsvortrag, dass ein Hotel von 80 % russischen Staatsbürgern³⁹ bzw. 80–90 % Engländern bewohnt wird,⁴⁰ wurde aus verständlichen Gründen nicht als minderungsfähiger Reisemangel bewertet. Desgleichen kann ein Klagevortrag nicht von Erfolg gekrönt sein, wenn ein Feriengast es als störend empfindet, dass man den Strand mit Einheimischen teilen muss und diese dort beim Feiern einen gewissen Lärm verursachen.⁴¹ Keine Entschädigung gab es auch für den Mängelvortrag eines 22-jährigen Klägers, dass bei seinem Malaga-Urlaub in einem Drei-Sterne-Hotel 10–20 Senioren zwischen 70 und 90 Jahren wohnten, die teilweise Unterstützung durch begleitendes Pflegepersonal benötigten.⁴²

Schier fassungslos wird man bei Klageschriften, die behaupten, dass der Reiseveranstalter zur Entschädigung verpflichtet sei, da im Hotel auch behinderte Menschen ihren Urlaub verbringen. Die Anwesenheit gehandicapter Menschen in einem Urlauberhotel stellt selbstverständlich keinen Reisemangel dar. So sieht es auch das Amtsgericht Kleve,⁴³ das darauf hinweist, dass gem. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden darf; vielmehr ist die soziale Integration behinderter Menschen ein allgemeines anerkanntes Anliegen. Ein/-e Richter/-in am Amtsgericht Bad Homburg ließ es sich nicht nehmen, im Rahmen der Urteilsbegründung in einem entsprechenden Fall einen Seitenhieb an die Anwaltschaft zu richten, indem darauf hingewiesen wurde, dass es bedauerlich ist, dass ein derartiger Klagevortrag zum Gegenstand eines Klagevorbringens gemacht wird.⁴⁴

5. *Lärm*

Einer der häufigsten Streitpunkte bei Reiserekamationen sind Lärmbeeinträchtigungen in jeglicher Form bzw. solche, die als Belästigung empfunden werden. Unzumutbarer Lärm stellt natürlich bei einer Erholungsreise einen Reisemangel dar und die Gerichte entscheiden beim Überschreiten einer gewissen Zumutbarkeit auch verbraucherfreundlich.⁴⁵ Doch die Grenze der Zumutbarkeit wird von einigen Erholungssuchenden zu niedrig angesetzt oder es wird etwas als störend empfunden, das am Ferienort schlichtweg ortstypisch ist.

Wenn ein Kunde extra ein Hotel wählt, das nach Katalogangaben in nur ca. zehn Minuten vom Airport zu erreichen ist,

³⁹ LG Düsseldorf, Urt. v. 21.8.2009 – 22 S 93/09 = RRa 2010, 22 ff.

⁴⁰ LG Kleve, Urt. v. 23.11.2000 – 6 S 369/00 = RRa 2001, 233.

⁴¹ AG Aschaffenburg, Urt. v. 19.12.1996 – 13 C 3517/95 = RRa 1997, 147.

⁴² AG Bad Homburg, Urt. v. 10.11.2000 – 2 C 4362/99-24 = RRa 2001, 38.

⁴³ AG Kleve, Urt. v. 12.3.1999 – 3 C 460/98 = NJW 2000, 84.

⁴⁴ AG Bad Homburg, Urt. v. 12.8.1999 – 2 C 2096/99 (15) = RRa 1999, 206 f.

⁴⁵ Ausführlich *Rodegra*, NJW 2014, 661 ff.

kann er natürlich nicht erwarten, dass es dort keinen Fluglärm gibt.⁴⁶ Desgleichen muss in einem Hotel auf Gran Canaria, das gemäß Ausschreibung inmitten des Nachtlebens liegt, mit einer gewissen Musikbeschallung bis spät in die Nacht gerechnet werden.⁴⁷ Bucht man ein Urlauberhotel mit über 300 Zimmern, kann ein Urlauber keine Ruhe im Speisesaal erwarten, sondern muss eine gewisse Geräuschkulisse hinnehmen.⁴⁸

Erstaunlich ist auch folgender Fall: Ein Türkeiurlauber fühlte sich durch die dem Hotel nah gelegene Moschee gestört, von der von früh morgens ab regelmäßig Muezzin-Rufe zu hören waren. Dem/der mit dem Fall befasste/-n Richter/-in fehlten nicht die Worte, sondern die geforderte Preisminderung wurde zurückgewiesen.⁴⁹

Gleicherweise sind auch tierische Geräusche kein Reisemangel, wenn sie als ortsüblich zu bewerten sind, etwa das Krähen von Hähnen in der Türkei⁵⁰ oder gelegentliches Hundegebell in einer ländlichen Gegend.⁵¹

6. Ortsüblichkeit

Landes- bzw. ortstypische Gegebenheiten werden nicht immer akzeptiert.

a) Ungeziefer

Biologische Besonderheiten einer Ferienregion gehören auch zu häufigen Streitpunkten vor Gericht.

Ein Hotelgast beanstandete zum Beispiel, dass in einem großen Urlauberhotel auf Fuerteventura Kakerlaken an der Außenwand eines Bungalows hochgekrabbelt sind. Da diese Art von Insekten auf den Kanaren zu den heimischen Tierarten zählt, sah das Gericht beim Auftreten im Außenbereich des Hotels jedoch keinen Reisemangel.⁵²

Das einmalige kurze Eindringen einer Ratte durch eine offene Balkontür eines im Hochparterre liegenden Hotelzimmers auf Mallorca kann zwar einen großen Schrecken und auch Ekel beim Urlauber auslösen, begründet jedoch keinen Anspruch auf eine Preisminderung.⁵³ Zu „ertragen“ sind auch zwei bis drei Geckos in einem karibischen Mittelklassehotel,⁵⁴ drei Kakerlaken in einem Hotel auf Kuba⁵⁵, täglich vier bis fünf Mücken im Hotelzimmer auf Bali⁵⁶, Bisse von

Strandflöhen am Strand in der Karibik⁵⁷, zehn Ameisen im Hotelzimmer in einem südlichen Urlaubsland⁵⁸ oder Fliegen in einem nach den Prospektangaben „offenen“ Hotel-Restaurant auf Mauritius.⁵⁹

b) Sonstiges

Wer auf den Malediven Urlaub macht, muss nach Ansicht des Oberlandesgerichts Koblenz⁶⁰ damit rechnen, dass regelmäßig Kokosnüsse von Palmen fallen können. Die zuständigen Richter/-innen stellen im Rahmen der Urteilsbegründung hinweisend hervor, dass Besonderheiten exotischer Urlaubsziele von manchen Reisenden als besonderer angesehen werden, während andere Urlauber in derartigen Dingen einen Reisemangel erblicken. Entschädigungslos hinzunehmen ist es auch, wenn es am Strand behördlicherseits untersagt ist zu rauchen (Jamaika)⁶¹ oder es auf den Seychellen zu einem zeitlichen Badeverbot im Meer aufgrund der Gefahr von Haiangriffen kommt.⁶²

7. Kreuzfahrten

Beim beliebten Kreuzfahrturlaub schippert leider nicht immer das Verständnis des Reisenden für schiffstypische Besonderheiten mit.

Keinen gerichtlichen Erfolg hatten Preisminderungsbegehren von Schiffstouristen, die monierten, dass es beim Ankerlassen zu lauten Schlägen kam,⁶³ es Lärm beim nächtlichen An- und Ablegen durch das Bugstrahlruder gab,⁶⁴ eine Ladeluke unterhalb einer Kabine beim Öffnen Geräusche verursachte⁶⁵ oder die Deckreinigung einmalig früh morgens hörbar vorgenommen wurde.⁶⁶ Übliche Vibrationen auf Kreuzfahrtschiffen werden gelegentlich auch nicht gerne hingenommen, scheitern aber als Mängelvortrag vor Gericht.⁶⁷

2014, 173 f.

⁵⁷ AG Köln, Urt. v. 6.3.2008 – 134 C 419/07 = RRa 2008, 271 f.

⁵⁸ LG Kleve, Urt. v. 15.2.2002 – 6 S 220/01 = RRa 2002, 123.

⁵⁹ AG Aschaffenburg, Urt. v. 19.12.1996 – 13 C 3517/95 = RRa 1997, 147.

⁶⁰ OLG Koblenz, Urt. v. 5.10.2009 – 5 U 766/09 = MDR 2009, 1378 f.

⁶¹ AG Hannover, Urt. v. 1.9.2016 – 567 C 9814/15 = RRa 2016, 284.

⁶² AG München, Urt. v. 14.12.2012 – 242 C 16069/12 = RRa 2013, 180 f.

⁶³ AG Rostock, Urt. v. 15.2.2017 – 47 C 283/16; AG Rostock, Urt. v. 25.9.2015 – 47 C 76/15 = RRa 2016, 144 f.; AG Bremen, Urt. v. 10.1.2002 – 25 C 0413/01.

⁶⁴ AG Rostock, Urt. v. 25.9.2015 – 47 C 76/15 = RRa 2016, 144 ff.

⁶⁵ AG Rostock, Urt. v. 18.3.2011 – 47 C 241/10 = RRa 2011, 123 f.

⁶⁶ AG Rostock, Urt. v. 25.9.2015 – 47 C 76/15 = RRa 2016, 144 ff.; AG Wiesbaden, Urt. v. 26.3.2015 – 92 C 4334/14 = NJW-RR 2016, 251.

⁶⁷ AG Rostock, Urt. v. 23.9.2015 – 47 C 27/15 = RRa 2016, 146 ff.; AG Bremen, Urt. v. 23.7.1999 – 23 C 503/98.

⁴⁶ AG München, Urt. v. 23.5.1997 – 231 C 4946/97 = RRa 1997, 159.

⁴⁷ AG Kleve, Urt. v. 11.5.1998 – 3 C 197/98 = RRa 1998, 138.

⁴⁸ AG Bad Homburg, Urt. v. 1.7.2008 – 2 C 821/08.

⁴⁹ AG Hannover, Urt. v. 11.4.2014 – 559 C 44/14 = KirchE Bd. 63, 2014, 284 f.

⁵⁰ LG Kleve, Urt. v. 23.11.2000 – 6 S 280/00 = RRa 2001, 32.

⁵¹ AG Freiburg, Urt. v. 20.6.1997 – 4 C 5150/96 = RRa 1998, 54 ff.

⁵² AG Bad Homburg, Urt. v. 1.7.2008 – 2 C 821/08.

⁵³ AG Köln, Urt. v. 7.9.2015 – 142 C 78/15 = NJW-RR 2016, 311.

⁵⁴ OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.9.2000 – 18 U 52/00 = RRa 2001, 49 f.

⁵⁵ LG Frankfurt a.M., Urt. v. 31.8.2006 – 2/24 S 281/05 = RRa 2007, 69 f.

⁵⁶ AG Charlottenburg, Urt. v. 13.6.2012 – 221 C 95/11 = RRa

Ebenfalls kein richterliches Verständnis erhielt ein Kläger, der reklamierte, dass seine gebuchte Flusskreuzfahrt teilweise nachts durchgeführt wurde, da tagsüber Sehenswürdigkeiten in der Nähe der Anlegestellen besichtigt wurden.⁶⁸ Im selben Verfahren wurde auch entschieden, dass Dieselgerüche auf einem Flusskreuzfahrtschiff entschädigungslos hinzunehmen sind.

Sicherlich ein gewisses Staunen bei dem/der Richter/-in verursachten Reklamationsvorträge von Kreuzfahrttouristen, die beinhalteten, dass die Relling auf einem Schiff aufgrund von Meersalzanhaftungen unansehnlich war,⁶⁹ es im Außenbereich eines Schiffes Roststellen gab⁷⁰ oder Trinkhalme und Kippen an Deck zu finden sind, die vom Wind aus Müll-eimern herausgeweht wurden.⁷¹ Liegt das Schiff im Hafen fest, muss der Urlauber auf seiner Balkonkabine typische Hafengeräusche über sich ergehen lassen; Geld gibt es dafür nicht zurück.⁷²

Letztendlich muss es ein Kreuzfahrttourist nach einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt a.M. auch hinnehmen, dass er bei Seegang seekrank werden kann und nach der Reise keine Entschädigung wegen seines Unwohlseins erhält.⁷³

IV. Fazit

Abgesehen von coronabedingten Reisebeschränkungen ist es mit einem deutschen Reisepass im Gepäck möglich, ohne größere Probleme in nahezu alle Länder einzureisen. Leider ist es aber manchmal zu beobachten, dass Reisende dieses besondere Privileg nicht im Blick haben, sondern es eher für wichtiger erachten, das gute Gefühl zu haben, eine Rechtsschutzversicherung „mitzuführen“, um gleich zu Beginn ihres Urlaubs geradezu nach Fehlern suchen zu können, um eine entsprechende Reklamation vorzubereiten. Statt landesübliche Sitten und Gebräuche, ortsübliche Gegebenheiten und neue Eindrücke auf sich wirken zu lassen, wird lieber nach vermeintlichen Reisemängeln gesucht.

Im Zeitalter des Massentourismus bleibt es natürlich nicht aus, dass es auf vielen Reisen zu Reisemängeln kommt, über deren Folgen in einer großen Zahl von Fällen gerichtlich gestritten wird, da die Meinungen der Vertragsparteien über die Art und den Umfang von Reisemängeln, Haftungsfragen und Entschädigungshöhen stark differieren.

Das Reisevertragsrecht bietet dem Pauschaltouristen umfangreiche Gewährleistungsansprüche, wenn es aus objektiver Sicht zu Reisemängeln kommt. Jedoch sind einige Klage-

vorträge so abwegig und teilweise absurd, dass hierdurch unnötig Arbeitskraft an den Gerichten, aber auch bei den Reiseveranstaltern gebunden wird. Bei so manchen Klagen müssen sich Vertreter der Anwaltschaft auch die Frage gefallen lassen, warum sie ihren Mandanten nicht anraten, von einer Klage oder Teilen eines gewünschten Klageinhaltes abzusehen.

Der Rechtsanwalt hat seinen Mandanten in seiner Rechts-sache grundsätzlich umfassend und möglichst erschöpfend rechtlich zu beraten. Insbesondere sind Zweifel und Bedenken, zu denen die Sach- und Rechtslage Anlass gibt, sowie mögliche mit der Einleitung des Rechtsstreits verbundene Risiken darzulegen.⁷⁴ Hierzu gehört es eben auch, den Mandanten von unsinnigen Klagen bzw. Klageinhalten abzuraten.

⁶⁸ AG Hamburg, Urt. v. 3.6.2003 – 4 C 446/01 = RRa 2003, 225 f.

⁶⁹ AG München, Urt. v. 27.4.2001 – 274 C 23427/00 = RRa 2002, 25 ff.; ebenso OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 8.4.1993 – 16 U 102/92 = VuR 1993, 237 ff.

⁷⁰ AG München, Urt. v. 27.4.2001 – 274 C 23427/00 = RRa 2002, 25 ff.

⁷¹ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 8.4.1993 – 16 U 102/92 = VuR 1993, 237 ff.

⁷² AG Rostock, Urt. v. 16.11.2011 – 47 C 270/11 = RRa 2012, 40.

⁷³ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 16.9.1992 – 19 U 231/91.

⁷⁴ BGH, Urt. v. 29.4.2003 – IX ZR 54/02 = MDR 2003, 928 ff.

2G+ im Deutschen Bundestag

Von Prof. Dr. Patrick Hilbert, Frankfurt (Oder), Wiss. Mitarbeiter Cederic Meier, Göttingen*

I. Ausgangslage und Problemstellung

Die COVID-19-Pandemie beeinflusst nach wie vor das tägliche Leben und macht demgemäß auch vor dem Deutschen Bundestag nicht halt. Nachdem im Januar 2022 in Deutschland Infektionen mit der sogenannten Omikron-Variante des Sars-CoV-2 stark zunahmen, wurden für die Gebäude des Deutschen Bundestages verschiedene Bestimmungen eingeführt, zu denen – neben einer grundsätzlichen Pflicht, eine FFP2-Maske zu tragen – insbesondere die sogenannte 2G+-Regel für Plenarsitzungen des Deutschen Bundestages zählte. Hinsichtlich ihrer Zulässigkeit stellten sich verschiedene verfassungsrechtliche Fragen, die nach wie vor von Interesse sind, weil die 2G+-Regel Gegenstand eines laufenden Organstreitverfahrens ist. Die rechtlichen Fragen will der vorliegende Beitrag beleuchten.

Bemerkenswert ist bereits das Verfahren der Einführung der 2G+-Regel. Sie war in einer Allgemeinverfügung der Präsidentin des Deutschen Bundestages enthalten, aber der Bundestag hat über sie zusätzlich eigens einen Beschluss herbeigeführt, wodurch – wie wir gleich sehen werden – Probleme bei der Frage, wer für die Einführung einer 2G+-Regel für Plenarsitzungen zuständig ist, entschärft und die 2G+-Regelung als Teil der parlamentarischen Selbstorganisation konstituiert wurde (II.). Der tatsächliche Geschehensablauf war wie folgt: Die Präsidentin des Deutschen Bundestages, *Bärbel Bas*, hat im Januar 2022 eine novellierte Allgemeinverfügung der Präsidenten zu Corona-Schutzmaßnahmen im Deutschen Bundestag erlassen, die am 12.1.2022 in Kraft trat und bis zum 28.2.2022 befristet war;¹ diese ist durch eine abermalig novellierte Allgemeinverfügung der Präsidentin zu Corona-Schutzmaßnahmen im Deutschen Bundestag (im Folgenden: „Allgemeinverfügung“²) ersetzt worden, die am 9.2.2022 erlassen wurde, am 14.2.2022 in Kraft trat und bis zum 13.3.2022 befristet war. Seit dem 13.3.2022 gilt eine neue Allgemeinverfügung der Präsidentin, die keine 2G+-Regel mehr enthält, sondern für Plenar- und Ausschusssitzungen eine sogenannte 3G-Regel enthält, die nicht Gegenstand des vorliegenden Beitrags ist.³

* Der Autor *Hilbert* ist Prof. für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder). Der Autor *Meier* ist Wiss. Mitarbeiter am Institut für Grundlagen des Rechts, Abteilung für Staatslehre, Politische Wissenschaften und Vergleichendes Staatsrecht (Prof. Dr. Florian Meinel) an der Georg-August-Universität Göttingen.

¹ Vgl. die Schilderung bei BVerfG, Beschl. v. 26.2.2022 – 2 BvE 1/22, Rn. 1 ff.

² Abrufbar unter

www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw07-allgemeinverfuegung-880610 (18.3.2022).

³ Vgl. Ziff. 6, 7 der Allgemeinverfügung der Präsidentin zu Corona-Schutzmaßnahmen im Deutschen Bundestag v. 10.3.2022, abrufbar unter

Die Allgemeinverfügung vom 9.2.2022 enthielt unter anderem eine grundsätzliche Pflicht zum Tragen einer FFP2-Maske in den Gebäuden des Deutschen Bundestages, von der es verschiedene Ausnahmen gab (Ziff. 4, 5 Allgemeinverfügung); während Plenarsitzungen des Deutschen Bundestages durften (und dürfen) im Plenarsaal und auf den Tribünen die Präsidentinnen und Präsidenten im Sitzungsvorstand und die jeweiligen Rednerinnen und Redner am Redepult oder an Saalmikrofonen ihre FFP2-Maske ablegen (Ziff. 6 Abs. 3 Allgemeinverfügung). Die 2G+-Regel war in Ziff. 6 der Allgemeinverfügung enthalten, der auszugsweise lautete:

6. 2G+-Regel für Plenarsitzungen

Zu Plenarsitzungen des Deutschen Bundestages erhalten Zutritt zum Plenarsaal sowie zur Ost- und Westlobby einschließlich der Abgeordnetenlobby der Plenarebene des Reichstagsgebäudes nur geimpfte oder genesene Personen, die negativ getestet oder „geboostert“ sind.

Mitglieder des Bundestages, der Bundesregierung und des Bundesrates, die negativ getestet sind, erhalten Zutritt zu den hierfür vorgesehenen und entsprechend gekennzeichneten Plätzen auf den Tribünen. Die Plätze sind so anzuordnen, dass ein Abstand von mindestens 1,50 Metern eingehalten wird.

[...]

Diese Regelung bewirkte, dass an Plenarsitzungen des Deutschen Bundestages im Plenarsaal selbst nur Personen teilnehmen durften, die zwei Voraussetzungen erfüllten. Sie mussten nämlich vollständig geimpft (was regelmäßig doppelt geimpft heißt⁴) oder genesen⁵ sein. Und sie mussten entweder eine Auffrischungsimpfung erhalten haben (das heißt „geboostert“ sein, was regelmäßig heißt: drei Mal geimpft⁶) oder negativ getestet sein (Antigenschnelltest nicht älter als 24 Stunden oder PCR-Test nicht älter als 48 Stunden)⁷.

Die bereits in der ursprünglichen Allgemeinverfügung wortlautgleich enthaltene Regelung zu 2G+ im Plenarsaal wurde zu Beginn der 10. Sitzung des 20. Deutschen Bundestages am 12.1.2022 in ihrem Regelungsgehalt wiedergegeben, ohne dass die Befristung erwähnt worden wäre; sodann wurde über die 2G+-Pflicht im Plenarsaal im Plenum des Bundestages diskutiert und „über die eben erläuterte 2-G-Plus-Regel sowie die verschärfte Maskenpflicht im Plenarsaal als Teil unserer parlamentarischen Ordnung“ abgestimmt, wobei alle Fraktionen außer der AfD für die Annahme der

www.bundestag.de/allgemeinverfuegung (18.3.2022).

⁴ Ziff. 2 Nr. 3 i.V.m. Anlage 1 der Allgemeinverfügung; in Sonderfällen konnte bereits eine einfache Impfung ausreichen, wenn bereits nach ihr vollständiger Impfschutz bestand, vgl. hierzu Anlage 2 der Allgemeinverfügung.

⁵ Zu den Details Ziff. 2 Nr. 4 der Allgemeinverfügung.

⁶ Ziff. 2 Nr. 6 i.V.m. Anlage 1 der Allgemeinverfügung.

⁷ Ziff. 2 Nr. 5 der Allgemeinverfügung.

2G+-Regel im Plenarsaal gestimmt haben.⁸ Eine abermalige Abstimmung über 2G+ bei Plenarsitzungen fand danach nicht nochmals statt.

Gegen die 2G+-Regel haben die AfD-Fraktion im Deutschen Bundestag und drei AfD-Abgeordnete ein Organstreitverfahren beim BVerfG angestrengt.⁹ Diesbezügliche Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung – die zudem den Zugang ungeimpfter Abgeordneter zu einer im Plenarsaal stattfindenden Gedenkveranstaltung für die Opfer des Nationalsozialismus am 27.2.2022 betraf (vgl. Ziff. 8 der Allgemeinverfügung) – hat das BVerfG verworfen.¹⁰ Das Gericht hat insoweit vor allem auf die mangelnde Substantiierung der Anträge abgestellt, weshalb seine Positionierung zu den verfassungsrechtlichen Fragen und Problem noch aussteht (und in der ausstehenden Hauptsacheentscheidung erfolgen wird). Die offenen Fragen betreffen vor allem die Zuständigkeit zum Erlass der 2G+-Regel für Plenarsitzungen (II.) sowie ihre Vereinbarkeit mit Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG (II., III.) und dem Recht auf effektive Opposition (IV.). Zum Zeitpunkt ihres Erlasses und für die Dauer ihrer Geltung war die 2G+-Regel für Plenarsitzungen verfassungsgemäß. Für die 2G+-Regel für Ausschusssitzungen (Ziff. 7 der Allgemeinverfügung) gilt Entsprechendes (V.).

II. Zuständigkeit und Rechtsform der 2G+-Regel

Wer für die Einführung der 2G+-Regel für Plenarsitzungen zuständig ist, ist differenziert zu beantworten, je nachdem ob sie Mitglieder des Bundestages (MdB) oder andere Personen betrifft. Die Zuständigkeitsfrage ist zudem mit der Rechtsformfrage verwoben. Umstritten ist vor allem, ob die Präsidentin aus eigenem Recht zum Erlass einer 2G+-Regel kompetent ist.

1. Zuständigkeit der Präsidentin des Deutschen Bundestages

a) Hausrecht

Die Allgemeinverfügung der Präsidentin wurde ausdrücklich auf ihr Hausrecht (Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG, § 10 Abs. 2 der Hausordnung des Deutschen Bundestages [HO-BT]) und ihre Polizeigewalt (Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG) gestützt. Das Hausrecht ist eine originäre Befugnis der Präsidentin (Art. 40 Abs. 2 S. 1 Var. 1 GG). Es umfasst auch die Befugnis, Regelungen von Zutrittsrechten zu erlassen, allerdings müssen hierbei bestehende Zutrittsrechte, zu denen auch die der Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG gehören, gewahrt werden.¹¹ Weil Ziff. 6 der Allgemeinverfügung nach ihrem Wortlaut die Zutrittsrechte sowohl von Abgeordneten wie auch von anderen Personen zum Plenarsaal während Plenarsitzungen be-

schränkte,¹² ist die Regelung hinsichtlich ihrer Rechtsgrundlage und der Zuständigkeit differenziert zu beurteilen:¹³ Sofern sie Personen betrifft, die *keine* MdB sind (etwa Verwaltungspersonal, Journalisten etc.¹⁴), ist sie eine Regelung des Hausrechts, die auch auf dieses gestützt werden kann, so dass die Präsidentin in diesem Zusammenhang zuständig war. Sofern die Regelung MdB betrifft, liegen die Dinge komplizierter. Hinsichtlich des Hausrechts ist es zunächst umstritten, ob es auch gegen Abgeordnete in Anschlag gebracht werden kann,¹⁵ oder ob das Hausrecht ihnen gegenüber nicht als Ermächtigungsgrundlage herangezogen werden darf.¹⁶ Für Letzteres spricht, dass das Hausrecht vor allem dazu dient, Störungen abzuwehren, die „von außen“ auf das Parlament zukommen,¹⁷ wozu Handlungen von MdB auf den ersten Blick nicht zählen. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass Parlamentarier in den Gebäuden des Bundestages verschiedenste Aktivitäten entfalten (können), die in unterschied-

¹² Siehe auch unten III.

¹³ Vgl. allgemein auch *Bücker*, in: Schneider/Zeh (Hrsg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, 1989, § 34 Rn. 2 ff.; *Blum*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), *Parlamentsrecht*, 2016, § 21 Rn. 24.

¹⁴ Hinsichtlich der *Mitglieder der Bundesregierung* und des *Bundesrates*, die ein Zutrittsrecht aus Art. 43 Abs. 2 GG haben, stellt sich (ebenfalls) die Frage, ob das Hausrecht eingreift oder die Polizeigewalt (hierzu im Text) oder ob die Bundesregierungs- und Bundesratsmitglieder sogar über das parlamentarische Selbstorganisationsrecht verpflichtet werden können. Jedenfalls ist die 2G+-Regel ihnen gegenüber an Art. 43 Abs. 2 GG zu messen. Dabei scheint es jedenfalls nicht zwingend, dass das Zutrittsrecht auch ein Zutritt zum Plenarsaal (und nicht nur zur Tribüne) beinhaltet. Mit anderen Worten muss eine Beschränkung des Zugangs von Regierungs-/Bundesratsmitgliedern auf die Tribüne noch nicht einmal einen Eingriff in Art. 43 Abs. 2 GG bedeuten. Das Erfordernis, zumindest einen negativen Test vorzulegen, ist ein Eingriff, der aber – wie bei MdB – gerechtfertigt werden kann, näher unten IV.

¹⁵ So etwa *Klein* (Fn. 11), Art. 40 Rn. 164; *Günther*, *Hausrecht und Polizeigewalt des Parlamentspräsidenten*, 2013, S. 75; *Magiera*, in: Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 9. Aufl. 2021, Art. 40 Rn. 29; *Risse/Witt*, in: Hömig/Wolff (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 13. Aufl. 2022, Art. 40 Rn. 4; *Stern*, *Das Staatsrecht der BRD*, Bd. 2, 1980, S. 85; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 16. Aufl. 2020, Art. 40 Rn. 12.

¹⁶ So etwa StGH Baden-Württemberg NJW 1988, 3199 (3199); *Brocker*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 10, 214. Lfg., Stand: Dezember 2021, Art. 40 Rn. 285; *Schliesky*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 40 Rn. 26; *Groh*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 40 Rn. 29; *Dicke*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), *Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Bd. 2, 2002, Art. 40 Rn. 56.

¹⁷ *Brocker* (Fn. 16), Art. 40 Rn. 285.

⁸ BT-Plenarprotokoll 20/10, S. 473 ff., Zitat (der Bundestagspräsidentin *Bas*) und Abstimmungsergebnisfeststellung auf S. 476.

⁹ Az. 2 BvE 1/22.

¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 26.1.2022 – 2 BvE 1/22; BVerfG, Beschl. v. 8.3.2022 – 2 BvE 1/22.

¹¹ *Klein*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, Bd. 4, 95. Lfg., Stand: Juli 2021, Art. 40 Rn. 156 f.

licher Nähe zu ihrer Rolle als Abgeordnete stehen. Die – um eine Extrembeispiel zu nehmen – unangemeldete Nutzung des Plenarsaals durch einen Abgeordneten für eine Geburtstagsfeier darf auch gestützt auf das Hausrecht untersagt werden, weil hier keinerlei Bezug zur Mandatstätigkeit vorliegt. Auch die Regulierung der Nutzung von Räumlichkeiten in den Gebäuden des Bundestages durch die Fraktionen zu Zwecken ihrer Öffentlichkeitsarbeit scheint möglich.¹⁸ Mit anderen Worten ist es weder per se ausgeschlossen noch per se zulässig, Abgeordnete auf Grundlage des Hausrechts zu adressieren. Die Grenze muss im Einzelfall gezogen werden, wobei der Rückgriff auf das Hausrecht umso weniger überzeugt, je größer der Bezug des adressierten Verhaltens zu den Kernaufgaben von Parlamentariern ist. Deshalb ist es überzeugend, jedenfalls die Wahrnehmung der Rechte aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG (Anwesenheitsrecht, Rederecht, Stimmrecht etc.) in *Plenar- und Ausschusssitzungen* vom Anwendungsbereich des Hausrechts auszuklammern,¹⁹ so dass in der Folge das Hausrecht für eine 2G+-Regel gegenüber MdB nicht greift.²⁰ Die Funktions- und Arbeitsfähigkeit des Parlaments wird hierdurch nicht über Gebühr gefährdet. Denn dass die Präsidentin gestützt auf das Hausrecht in Sitzungen nicht gegenüber Abgeordneten tätig werden darf, heißt *nicht*, dass sie ihnen gegenüber gar nicht tätig werden dürfte. Die Handlungsgrundlagen sind vielmehr ausdifferenziert. Es ist nämlich möglich, dass die Präsidentin Maßnahmen gegen Abgeordnete auf die Ordnungs- und Disziplinalgewalt stützt,²¹ die ihr als abgeleitetes Recht zukommen kann (siehe sogleich 2.). Zudem ist es der Präsidentin möglich, Maßnahmen gegenüber Abgeordneten auf die Polizeigewalt zu stützen.²²

b) Polizeigewalt

Die *Polizeigewalt* ist der Präsidentin gem. Art. 40 Abs. 2 S. 1 Var. 2 GG ebenfalls als originäre Befugnis zuerkant.²³ Hierüber werden der Präsidentin in den Räumlichkeiten des Bundestages die Aufgaben einer Polizeibehörde zugewiesen, d.h., sie ist für die präventive Gefahrenabwehr zuständig.²⁴ Ob gestützt hierauf die Anordnung der 2G+-Regel für Plenarsitzungen gegenüber MdB möglich ist, sieht sich zwei juristischen Streitfragen ausgesetzt. Zum einen ist mit Blick auf Art. 40 Abs. 2 S. 1 Var. 2 GG umstritten, ob dieser selbst neben der Aufgabenzuweisung auch eine Befugnisnorm ist oder ob es

einer einfachgesetzlichen Konkretisierung bedürfte (die es derzeit nicht gibt²⁵). Die h.M. geht davon aus, dass Art. 40 Abs. 2 S. 1 Var. 2 GG selbst die Befugnisnorm ist, die unmittelbar zu weitreichenden Maßnahmen zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ermächtigt (und zwar auch zu solchen, die im sonstigen Polizeirecht als Standardmaßnahmen ausgeformt sind, etwa Platzverweise).²⁶ Die Gegenansicht hält hingegen eine einfachgesetzliche Konkretisierung der Befugnisse für notwendig.²⁷ Das BVerfG hat die Streitfrage bislang offen gelassen.²⁸ Mit Blick auf die 2G+-Regel für Plenarsitzungen hat dieser Streit indes weniger Relevanz, als es auf den ersten Blick scheint. Denn die Diskussion um die Notwendigkeit einer einfachgesetzlichen Grundlage wird vor dem Hintergrund der Grundrechte diskutiert. Sofern in Grundrechte der Bürger (auf Grundlage der Polizeigewalt) eingegriffen wird, legen die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte und die Wesentlichkeitslehre es nahe, eine einfachgesetzliche Ermächtigung zu verlangen (bzw. verlangen nach einer Begründung, warum Art. 40 Abs. 2 S. 1 Var. 2 GG als verfassungsunmittelbare Eingriffsgrundlage ausreicht,²⁹ was nicht zwingend ausgeschlossen sein muss). Mit Blick auf den Eingriff in Rechte von Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG (hierzu unten III. 2.) ist diese Diskussion indes weniger drängend, weil der verfassungsrechtliche Hintergrund ein anderer ist. Die Abgeordnetenrechte aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG werden zwar vielfach grundrechtsähnlich behandelt. Sie unterliegen aber keinem allgemeinem Gesetzesvorbehalt, was sich auch daran zeigt, dass sie – unstrittig – durch Geschäftsordnungsrecht eingeschränkt werden können. Abgeordnetenrechte sind zwar nicht „weniger wert“ als Grundrechte, aber verfassungsrechtlich anders konzipiert, was sich auch in ihrer Sicherung zeigt. Während die Grundrechte vor allem durch Gesetzesvorbehalte gesichert werden, werden die Abgeordnetenrechte vor allem durch die Einschaltung des Parlaments selbst gesichert (vgl. z.B. die Aufhebung der Immunität gem. Art. 46 Abs. 3, Abs. 4 GG), wobei diese Sicherung auch auf die Präsidentin übertragen sein kann (vgl. z.B. Art. 40 Abs. 2 S. 2 GG). Vor diesem Hintergrund sind auf die Polizeigewalt gestützte Eingriffe in die Abgeordnetenrechte aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG auch ohne einfachgesetzliche Konkretisierung möglich. Selbst wenn man dies

¹⁸ Blum (Fn. 13), § 21 Rn. 32.

¹⁹ So tendenziell auch Blum (Fn. 13), § 21 Rn. 32.

²⁰ Drossel/Weber, NVwZ 2022, 365 (369).

²¹ Brocker (Fn. 16), Art. 40 Rn. 285; Blum (Fn. 13), § 21 Rn. 32.

²² StGH Baden-Württemberg NJW 1988, 3199 (3200); Brocker (Fn. 16), Art. 40 Rn. 286; Kluth, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hennecke, Grundgesetz, Kommentar, 15. Aufl. 2022, Art. 40 Rn. 64.

²³ Köhler, DVBl. 1992, 1577 (1579); Igel/Feldkamp, ZParl 2013, 126 ff.; Graulich, in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. 2019, § 9 Rn. 14.

²⁴ Blum (Fn. 13), § 21 Rn. 35.

²⁵ Es gibt nur eine Dienstanweisung für den Polizeivollzugsdienst (DA-PVD), die der Bundestagspräsident selbst erlassen hat, näher Friehe, DÖV 2016, 521 (522).

²⁶ Brocker (Fn. 16), Art. 40 Rn. 297; Klein (Fn. 11), Art. 40 Rn. 170 f.; Schliesky (Fn. 16), Art. 40 Rn. 27; Lang, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum GG, Lfg. 3/21, Stand: November 2021, Art. 40 Rn. 49; Wilrich, DÖV 2002, 152 (155).

²⁷ Ramm, NVwZ 2010, 1461 (1466); Friehe, DÖV 2016, 521 ff.

²⁸ BVerfGE 154, 354 Rn. 42 – Betreten von Abgeordnetenbüros (2020).

²⁹ Allgemein zur Diskussion um verfassungsunmittelbare Eingriffsgrundlagen Hilbert, Die Informationsfunktion von Parlamenten, 2022, S. 206 m.w.N.

anders sähe, käme für die Anordnung der 2G+-Regel in Plenarsitzungen ein Rückgriff auf die einfachgesetzliche Konkretisierung aus §§ 28 Abs. 1 S. 1, 28a Abs. 7 S. 1 Nr. 3 (Maskenpflicht), Nr. 4 (Pflicht, Impf- bzw. Testnachweise vorzulegen) IfSG i.V.m. § 28a Abs. 1 Nr. 4 (Bundestag als Einrichtung mit Publikumsverkehr) IfSG in Betracht, für die insbesondere keine Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite notwendig ist. Die Bundestagspräsidentin ist, aufgrund ihrer Polizeigewalt, insofern auch die zuständige Behörde, weil die Polizeigewalt die Zuständigkeit anderer Gefahrenabwehrbehörden vollumfänglich ausschließt.³⁰

Sofern man – wie hier – Art. 40 Abs. 2 S. 1 Var. 2 GG als Befugnis für Eingriffe jedenfalls in Abgeordnetenrechte ausreichen lässt (eine Sperrwirkung bewirkt das einfache Recht in Gestalt des IfSG gegenüber der Verfassung insoweit nicht), muss noch die zweite Frage beantwortet werden, ob die Polizeigewalt die 2G+-Regel in Plenarsitzungen gegenüber Abgeordneten tatbestandlich trägt. Insofern ist unproblematisch, dass die Polizeigewalt als (ungeschriebene) Generalklausel jedenfalls Maßnahmen zur Abwehr einer konkreten Gefahr tragen (sofern sie verhältnismäßig sind).³¹ Die 2G+-Regel ist aber nur insofern klassische Gefahrenabwehr, als Personen, die positiv auf COVID-19 getestet wurden, der Zutritt verweigert wird. Im Übrigen diffundieren die Maßnahmen immer mehr in den Bereich der Gefahrenvorsorge.³² Allerdings kann auch die Gefahrenvorsorge zur polizeilichen Tätigkeit gerechnet werden.³³ Ob konkrete Maßnahmen zur Gefahrenvorsorge zulässig sind, ist im klassischen Polizeirecht eine Frage der einschlägigen Ermächtigungsgrundlage und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.³⁴ Erneut ergibt sich die hierbei zum Ausdruck kommende Zurückhaltung aber aus der Perspektive der Grundrechte. Sofern es um die Einschränkung von Mandatsrechten aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG geht, ist der verfassungsrechtliche Hintergrund – wie bei der Frage nach einer Ermächtigungsgrundlage – ein anderer, der es erlaubt, insoweit auch gestützt auf die „Generalklausel“ des Art. 40 Abs. 2 S. 1 Var. 1 GG weiterreichende Anordnungen zuzulassen. Zwar ist insofern keine unbegrenzte Gefahrenvorsorge zulässig. Wenn man aber die Möglichkeit bestimmter Maßnahmen der Gefahrenvorsorge anerkennt, müssen jedenfalls im Rahmen einer weltweiten Pandemie auf sie bezogene Vorsorgemaßnahmen grundsätzlich möglich sein, zumal dieser grundsätzlichen Zulässigkeit durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Grenzen gezogen werden. Deshalb ist der auf die Polizeigewalt gestützte Erlass einer 2G+-

Regel grundsätzlich zulässig, sofern die Regelung materiell gerechtfertigt ist (hierzu III., IV.).

2. Disziplinar- und Ordnungsgewalt des Bundestages

Den schwierigen Fragen um die Zuständigkeit der Präsidentin für den Erlass einer 2G+-Regel für Plenarsitzungen für MdB wurde indes durch den Beschluss des Bundestages über die 2G+-Regel viel von ihrer Schärfe genommen. Denn es ist unstrittig, dass der Bundestag die Modalitäten von Plenarsitzungen im Wege der parlamentarischen Selbstorganisation ausgestalten kann, die ihre Grundlage in der Geschäftsordnungsautonomie (Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG) findet. Diese Regelungen werden mittels der sogenannten Disziplinar- oder Ordnungsgewalt durchgesetzt, die sich gerade gegen die Abgeordneten richtet.³⁵ Insofern ist allerdings nicht die Präsidentin, sondern der Bundestag als solcher zuständig, Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG. Die Durchsetzung der Geschäftsordnung kann und wurde zwar auf die Sitzungspräsidentin übertragen (§ 7 Abs. 1 S. 2 GOBT).³⁶ Aber weder sie noch die Bundestagspräsidentin kann in diesem Rahmen *neue* Zugangsregeln zum Plenarsaal erlassen; eine dahingehende Delegation von Befugnissen liegt nicht vor. Vor diesem Hintergrund ist gestützt auf die Geschäftsordnungsautonomie der Bundestag selbst für die Einführung einer 2G+-Regel in Plenarsitzungen betreffend MdB zuständig; diese Zuständigkeit besteht neben der Zuständigkeit der Präsidentin, die aus der Polizeigewalt folgt. Mit seinem Beschluss in der Plenarsitzung am 12.1.2022³⁷ hat der Bundestag von seiner Zuständigkeit Gebrauch gemacht.

3. Rechtsform der Regelungen

Die sich an die Analyse der Zuständigkeiten anknüpfende Frage ist, in welcher Rechtsform die 2G+-Regel(n) eingeführt wurden. Sofern die Regel auf die Polizeigewalt der Präsidentin gestützt werden konnte, war die Regelung in Ziff. 6 der Allgemeinverfügung – wie ihre Bezeichnung schon sagt – eine Allgemeinverfügung i.S.d. § 35 S. 2 VwVfG.³⁸ Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG ermächtigt gerade auch zum Erlass von Polizeiverfügungen und zwar auch in der Form von Allgemeinverfügungen.³⁹

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, welche Rechtsform die vom Bundestag beschlossene 2G+-Regel in Plenarsitzungen hat. Dies hängt entscheidend davon ab, wie man den Bundestagsbeschluss über die Einführung der 2G+-Regel für Plenarsitzungen vom 12.1.2022 deutet: Zum einen könnte man ihn „nur“ als Bestätigung der Allgemeinverfügung der Präsidentin deuten, was jedoch zu bezweifeln ist. Dies hätte

³⁰ Brocker (Fn. 16), Art. 40 Rn. 297 f.; Schliesky (Fn. 16), Art. 40 Rn. 27; Morlok, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 40 Rn. 36.

³¹ Klein (Fn. 11), Art. 40 Rn. 169 ff.

³² Allgemein Kießling, JZ 2022, 53 (55 f.); siehe auch unten IV.

³³ Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, Rn. 10.

³⁴ Allgemein BVerfGE 155, 119 (187 ff., 218 f.) – Bestandsdatenauskunft II (2020); Schenke (Fn. 33), Rn. 10.

³⁵ Brocker (Fn. 16), Art. 40 Rn. 169, 285.

³⁶ Klein (Fn. 11), Art. 40 Rn. 100 f.

³⁷ Oben Fn. 8.

³⁸ Das sich aus § 39 Abs. 1 S. 1 VwVfG gebende Begründungserfordernis hat die Präsidentin erfüllt, siehe die Begründung unter

<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw07-allgemeinverfuegung-880610> (18.3.2022).

³⁹ Brocker (Fn. 16), Art. 40 Rn. 302.

zur Folge, dass nur die damalige Allgemeinverfügung, die zwischenzeitlich ersetzt wurde, von dem Bundestagsbeschluss gedeckt gewesen wäre – bzw. müsste man sich darüber Gedanken machen, ob die Zustimmung auch die wortlautgleiche Regelung in der neuen Allgemeinverfügung abdeckt. Die zweite Möglichkeit wäre, dass der Bundestag seine Geschäftsordnungsautonomie mit Blick auf die Frage, ob eine 2G+-Regel für Plenarsitzungen eingeführt werden sollte, auf die Präsidentin übertragen hat. Unabhängig von der Frage, ob eine solche Übertragung überhaupt zulässig wäre, ist hiervon aber nicht auszugehen, weil der Wortlaut des Plenarprotokolls keinerlei Hinweise in diese Richtung gibt. Dort heißt es vielmehr in zwei Wortbeiträgen der Präsidentin *Bärbel Bas*:

„Liebe Kolleginnen und Kollegen, die Covid-19-Pandemie hat sich in Deutschland in den vergangenen Wochen weiter verschärft. Insbesondere nimmt die Zahl der Infektionen mit der besonders ansteckenden Omikron-Variante drastisch zu. Vor diesem Hintergrund haben sich die Fraktionen mehrheitlich auf verstärkte Schutzmaßnahmen zur Eindämmung der Verbreitung des Coronavirus im Deutschen Bundestag verständigt. Dementsprechend habe ich auch meine Allgemeinverfügung zu Corona-Schutzmaßnahmen im Deutschen Bundestag mit Wirkung zum heutigen Tage geändert. Für das Plenum bedeutet dies Folgendes: Für den Zutritt zur Parlamentssitzung soll fortan eine 2-G-Plus-Regel gelten. Zudem soll die bestehende Maskenpflicht dadurch verschärft werden, dass im Plenarsaal eine FFP2-Maske getragen werden muss. Die 2-G-Plus-Regel bedeutet, dass Zutritt zum Plenarsaal in der unteren Ebene ausschließlich diejenigen Personen erhalten, die vollständig gegen das SARS-CoV-2-Virus geimpft oder von einer Coronaerkrankung genesen sind und – das ist das Plus der 2-G-Plus-Regel – die darüber hinaus negativ getestet oder geboostert sind, also eine Auffrischungsimpfung erhalten haben. Dieser 2-G-Plus-Status ist nach Maßgabe der Allgemeinverfügung als Zutrittsberechtigung zur unteren Ebene des Plenarsaals und zur West- und Abgeordnetenlobby nachzuweisen. Diejenigen Abgeordneten, die zwar weder geimpft noch genesen, aber negativ getestet sind, können unter Wahrung des Abstandsgebots auf den Tribünen Platz nehmen und von dort aus an der Sitzung teilnehmen, und zwar, wie gewohnt, auch mit Redebeiträgen. [...]“⁴⁰ – Und nach einer Diskussion im Plenum – „Wir kommen damit nun zur Abstimmung über die eben erläuterte 2-G-Plus-Regel sowie über die verschärfte Maskenpflicht im Plenarsaal *als Teil unserer parlamentarischen Ordnung*.“⁴¹

Damit wurde zu Beginn der 10. Sitzung des 20. Deutschen Bundestages eine 2G+-Regel für Plenarsitzungen zur Abstimmung gestellt, die zwar in Bezug zur (damaligen) Allge-

meinverfügung der Präsidentin stand, es wurde aber gerade nicht über die Allgemeinverfügung als solche abgestimmt. Dies wird daran deutlich, dass die Präsidentin ausdrücklich davon sprach, dass darüber abgestimmt wird, ob die 2G+-Regel „als Teil unserer parlamentarischen Ordnung“ gelten soll. Zur Abstimmung gestellt wurde also – und das ist eine dritte Variante – eine eigenständige gerade (nur) für MdB geltende 2G+-Regel für Plenarsitzungen als parlamentarische Ordnungsregel. Diese ist von der auf die Polizeigewalt gestützten Allgemeinverfügung zu unterscheiden, d.h., der Beschluss des Bundestages nimmt nicht am Rechtscharakter der Allgemeinverfügung teil, sondern ist eine eigenständige Regelung der Selbstorganisation. Mit anderen Worten handelt es sich um eine Geschäftsordnungsregelung.⁴² Das durch den Beschluss des Bundestages die GOBT nicht ausdrücklich geändert wurde, ist unerheblich, weil es für die Geschäftsordnung weder ein Textänderungsgebot noch einen Grundsatz der Einheitlichkeit der Geschäftsordnungsurkunde gibt.⁴³ Ob der Bundestag bewusst eine neue Geschäftsordnungsregelung schaffen wollte, ist unerheblich, weil es für die Deutung des Inhalts des Beschlusses auf den objektiven Empfängerhorizont ankommt. Zudem ist unerheblich, ob eine gesonderte Regelung durch den Bundestag nötig war. Wegen der vielfältigen Streitfragen, ob eine 2G+-Regel für MdB in Plenarsitzungen von der Präsidentin allein erlassen werden kann, war es jedenfalls praktisch klug, die Regel durch einen Plenumsbeschluss „abzusichern“.

Die Charakterisierung der vom Bundestag beschlossenen 2G+-Regel für Plenarsitzungen als Regelung der Selbstorganisation hat zur Folge, dass diese Regelung unabhängig von der auf die Polizeigewalt gestützten Regelung durch die Präsidentin gilt. D.h., dass Änderungen der Allgemeinverfügungen nicht auf die vom Bundestag selbst beschlossene 2G+-Regel durchschlagen. Von daher war auch die neuerliche Änderung der Allgemeinverfügung am 9.2.2022 für die vom Bundestag selbst beschlossene 2G+-Regel irrelevant. In inhaltlicher Hinsicht bedeutet dies aber auch, dass die Befristungen der von der Präsidentin erlassenen Allgemeinverfügungen nicht zum Inhalt des Beschlusses des Bundestags geworden sind. Eine zeitliche Beschränkung der Geltung der vom Bundestag beschlossenen 2G+-Regel wurde im Plenum ausweislich des Plenarprotokolls nicht thematisiert oder erwähnt, weshalb davon auszugehen ist, dass eine unbefristete 2G+-Regel als Geschäftsordnungsregel beschlossen wurde. Allerdings kann eine Geschäftsordnungsregelung vom Bundestag jederzeit aufgehoben werden (dies kann sogar stillschweigend geschehen, was dann als einmütiges Einverständnis angesehen wird, soweit es keinen Widerspruch gibt⁴⁴). Die vom Bundestag am 12.1.2022 beschlossene 2G+-Regel wurde vom Bundestag auch tatsächlich aufgehoben, nämlich in seiner 20. Sitzung am 16.3.2022, in der er zu Beginn die neuerliche 3G-Regel (vgl. oben I.) durch Abstimmung zum Teil der

⁴⁰ Präsidentin *Bas*, BT-Plenarprotokoll 20/10, S. 473 f.

⁴¹ Präsidentin *Bas*, BT-Plenarprotokoll 20/10, S. 476 (*Hervorhebung* nur hier).

⁴² Tendenziell a.A. *Drossel/Weber*, NVwZ 2022, 365 (369 f.).

⁴³ Vgl. *Pietzcker*, in: *Schneider/Zeh* (Fn. 13), § 10 Rn. 19; *Cancik*, in: *Morlok/Schliesky/Wiefelspütz* (Fn. 13), § 9 Rn. 34.

⁴⁴ Vgl. *Pietzcker* (Fn. 43), § 10 Rn. 34.

parlamentarischen Ordnung erklärte,⁴⁵ d.h. dasselbe Verfahren anwendete, wie bei der Abstimmung über die 2G+-Regel und diese somit durch die neuerliche 3G-Regel ersetzt. Seitdem ist für den Zugang zum Plenarsaal ein negativer COVID-19-Test ausreichend.

III. Vereinbarkeit der 2G+-Regel mit Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG

Wie vorstehend gezeigt, galten im Bundestag zwei 2G+-Regeln für Plenarsitzungen. Eine auf die Polizeigewalt der Präsidentin und eine auf die Geschäftsordnungsautonomie des Bundestages gestützte. Die Regelung der Präsidentin adressierte alle Personen, die sich im Plenarsaal aufhalten wollten; die Regelung des Bundestages nur MdB. Inhaltlich unterschieden sie sich nur insoweit, als dass (nur) die Regelung der Präsidentin befristet war. Beide Regelungen waren für die Dauer ihrer Geltung verfassungskonform. Sie griffen zwar in durch Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG geschützte Rechtspositionen der ungeimpften bzw. nicht genesenen Abgeordneten ein, allerdings konnte dieser Eingriff gerechtfertigt werden.

1. Schutzgehalt

Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG garantiert den Abgeordneten des Deutschen Bundestags nicht nur das freie Mandat, sondern sichert ihnen auch die Gleichheit im Status als Abgeordnete zu.⁴⁶ Die Statusgewährleistung aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG umfasst es auch, zu jeder Zeit an der Arbeit und Entscheidungsfindung des Deutschen Bundestages mitzuwirken, was – zumindest nach aktueller Rechtslage⁴⁷ – die Anwesenheit in den Plenarverhandlungen voraussetzt.⁴⁸ Dies ist ein Teil des Ausdrucks der sogenannten *parlamentarischen Allzuständigkeit* der Abgeordneten.⁴⁹

2. Eingriff

In der Einführung der 2G+-Regel während Plenarsitzungen lag ein Eingriff in Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG der ungeimpften bzw. nicht genesenen Abgeordneten (genauer: Abgeordneten, die keinen Impf- oder Genesenennachweis erbrachten), weil diese nicht im Plenarsaal anwesend sein durften.⁵⁰ Zwar wurde auch ungeimpften bzw. nicht genesenen Abgeordneten die Teilnahme an den Plenarsitzungen, inklusive allen Mitwirkungsrechten (Stimmrecht, Rederecht, Antragsrecht etc.), von

der Zuschauertribüne aus ermöglicht, sofern sie getestet waren (vgl. hierzu IV.). Allerdings lag in dieser Form des Zugangs zur Plenarsitzung eine Ungleichbehandlung gegenüber dreifach geimpften bzw. doppelt geimpften und getesteten Abgeordneten bzw. genesenen und getesteten Abgeordneten, die im Plenarsaal anwesend sein durften. Zudem wurde die Mandatsausübung insofern beeinträchtigt, als die Kommunikationsmöglichkeiten mit den im Plenarsaal befindlichen Abgeordneten während der Plenarsitzungen eingeschränkt war. Schließlich wurde auch die Möglichkeit, sich mit – geimpften bzw. genesenen – Abgeordneten als eine einheitliche Fraktion zu präsentieren („Selbstdarstellung“) beeinträchtigt.

3. Rechtfertigung

Bekanntlich sind aber auch die Abgeordnetenrechte nicht schrankenlos gewährleistet, sondern können durch andere Rechtsgüter von Verfassungsrang begrenzt werden, wenn die Beschränkung verhältnismäßig ist.⁵¹

a) Rechtsgut von Verfassungsrang: Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Bundestages

Zu diesen Rechtsgütern zählt – neben anderen – die Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Parlaments.⁵² Diese kann auch mithilfe der Polizeigewalt geschützt werden.⁵³ Die 2G+-Regeln in Plenarsitzungen dienen dem Schutz der Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Deutschen Bundestages. Denn ihr Zweck war es, durch die Absenkung des Ansteckungsrisikos die Anzahl von COVID-19-Infektionen im Umfeld des Deutschen Bundestages, konkret bei Abgeordneten und (Verwaltungs-)Mitarbeitern, möglichst gering zu halten.⁵⁴ Dies diente der Funktionsfähigkeit des Parlaments, denn infizierte Personen müssen in Isolation und können folglich nicht in den Bundestag kommen. Zusätzlich müssen Kontaktpersonen der Infizierten in vorübergehende Quarantäne und fallen damit ebenfalls aus. Wenn nun (zu) viele Abgeordnete infiziert sind oder sich in Quarantäne befinden, beeinträchtigt dies die Funktionsfähigkeit des Bundestages, weil die ausfallenden Abgeordneten ihrer Mandatsstätigkeit nicht vollumfänglich nachgehen können; je nach Anzahl der Ausfälle kann sogar die Beschlussfähigkeit des Bundestages gefährdet sein. Und auch die Isolation bzw. Quarantäne von Mitarbeitern des Bundestages gefährdet dessen Funktionsfähigkeit, denn wenn

⁴⁵ BT-Plenarprotokoll 20/20, S. 1389

⁴⁶ BVerfGE 130, 318 (Ls. 2, 342) – Stabilisierungsmechanismusgesetz (2012).

⁴⁷ Ob die Möglichkeit besteht, die Sitzungen des Deutschen Bundestages in vollkommen digitaler oder zumindest hybrider Form abzuhalten, soll hier nicht weiter vertieft werden.

⁴⁸ *Butzer*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 15.2.2022, Art. 38 Rn. 139; *Klein/Schwarz*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 11), Art. 38 Rn. 259; *Austermann/Waldhoff*, Parlamentsrecht, 2020, Rn. 147.

⁴⁹ *Morlok* (Fn. 30), Art. 38 Rn. 156; *Badura*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Fn. 16), Art. 38 Rn. 85.

⁵⁰ Ähnlich *Drossel/Weber*, NVwZ 2022, 365 (367 f.).

⁵¹ BVerfGE 134, 141 (179, 181) – Beobachtung von Abgeordneten (2013); 154, 354 (366) – Betreten von Abgeordnetenbüros (2020).

⁵² BVerfGE 80, 188 (218 f.) – Wüppesahl (1989); 134, 141 (179) – Beobachtung von Abgeordneten (2013); 154, 354 (366) – Betreten von Abgeordnetenbüros (2020); *Austermann/Waldhoff* (Fn. 48), Rn. 148 f.

⁵³ BVerfGE 108, 251 (276 f.) – Abgeordnetenbüro (2003).

⁵⁴ Präsidentin *Bas*, BT-Plenarprotokoll 20/10, S. 473; vgl. auch Ziff. 2.4 der Begründung der Allgemeinverfügung, wenngleich diese nicht unmittelbar der Begründung der durch den Bundestag selbst beschlossenen 2G+-Regel in Plenarsitzungen dient.

infizierte (Verwaltungs-)Mitarbeiter des Bundestages nicht zur Arbeit erscheinen dürfen, wird die Infrastruktur des Bundestages (insbesondere die Parlamentsverwaltung) gefährdet und der Parlamentsbetrieb beeinträchtigt oder unmöglich gemacht, etwa wenn nicht genügend Stenographen verfügbar sind.

Als weiteres Rechtsgut mit Verfassungsrang kommt der in Art. 2 Abs. 2 GG niedergelegte Gesundheitsschutz⁵⁵ hinzu, der auch zugunsten von Abgeordneten und (Verwaltungs-)Mitarbeitern des Bundestages zu verfolgen ist.

b) Verhältnismäßigkeit

Eingriffe in den Rechtsstatus aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG unterliegen strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen.⁵⁶ Jedenfalls zum Zeitpunkt ihrer Einführung und Geltung genügten die 2G+-Regeln für Plenarsitzungen diesen Verhältnismäßigkeitsanforderungen.

aa) Legitimer Zweck

Die 2G+-Regeln für Plenarsitzungen verfolgten mit dem Schutz der Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Parlaments sowie der Gesundheit der Abgeordneten und Mitarbeiter des Bundestages einen legitimen Zweck.

bb) Geeignetheit

Die Regelungen waren zur Zweckerreichung auch geeignet. Der 2G+-Mechanismus basierte auf zwei Prämissen, die dem damaligen wissenschaftlichen Erkenntnisstand entsprachen, und vor deren Hintergrund die räumliche Trennung von vollständig geimpften bzw. genesenen Abgeordneten und nicht vollständig geimpften bzw. nicht genesenen Abgeordneten die Wahrscheinlichkeit einer Infektion mit Sars-CoV-2 verringerte. Die erste Prämisse ist, dass auch vollständig geimpfte und genesene Personen sich insbesondere mit der sogenannten Omikron-Variante des Sars-CoV-2 infizieren können (wenngleich ihre Infektionswahrscheinlichkeit geringer ist als die von Ungeimpften/Nicht-Genesenen und nach einer sogenannten Booster-Impfung nochmals abnimmt),⁵⁷ so dass auch diese Personen vor einer Infektion geschützt werden müssen, weil sie im Fall einer Infektion selbst ansteckend sind und in Isolation müssen. Die zweite Prämisse ist, dass ein (Antigen-)

Test zwar manche, aber nicht jede Infektion erkennt, weshalb auch negativ getestete Personen unter Umständen doch infiziert und ansteckend sein können.⁵⁸ Vor diesem Hintergrund senkte die räumliche Trennung der vollständig geimpften/genesenen Abgeordneten und der nicht-vollständig geimpften/nicht genesenen Abgeordneten, die durch den Zugang jener zum Plenarsaal und dieser (nur) zur Besuchertribüne erreicht wurde, das Ansteckungsrisiko der im Plenarsaal befindlichen Abgeordneten. Dies förderte wiederum die Sicherung der Arbeitsfähigkeit des Parlaments, weil die deutliche Mehrheit der Abgeordneten vollständig geimpft bzw. genesen war (und ist),⁵⁹ weshalb ihr Infektionsschutz sicherstellt, dass nicht zu viele Abgeordnete in Isolation müssen.

cc) Erforderlichkeit

Die 2G+-Regeln für Plenarsitzungen waren zur Zielerreichung auch erforderlich. Der Bundestag sowie die Präsidentin durften nach damaligem Erkenntnisstand davon ausgehen, dass es kein milderes und dennoch gleich geeignetes Mittel zur Zielerreichung gab. Ein milderes Mittel wäre zwar eine FFP2-Maskenpflicht während Plenarsitzungen gewesen, jedoch war und ist diese allein nicht gleich geeignet. Eine solche wurde für Plenarsitzungen zeitgleich und zusätzlich mit den 2G+-Regeln eingeführt (oben II.). Die Erforderlichkeit der 2G+-Regeln wäre mit Blick auf die FFP2-Maskenpflicht nur entfallen, wenn letztere allein ausreichend gewesen wäre, um Ansteckungen mit Sars-CoV-2 (und insbesondere der Omikron-Variante) zu verhindern. FFP2-Masken schützen an sich sehr gut vor Ansteckungen mit Sars-CoV-2 und anderen Viren.⁶⁰ Sie bieten allerdings keinen hundertprozentigen Schutz (der auch nicht erwartet werden kann) und werden insbesondere aller Erfahrung nach nicht immer ordnungsgemäß getragen (wobei unerheblich ist, ob dies intentional oder unabsichtlich erfolgt), wodurch ihre Schutzwirkung abnimmt. Zudem durften (und dürfen) während der Plenarsitzungen alle MdB bei ihren Redebeiträgen ihre FFP2-Maske ausziehen. Weil beim Reden Aerosole ausgestoßen werden, diese der Hauptübertragungsweg von Sars-CoV-2 sind und in geschlos-

⁵⁵ Vgl. dazu *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 30), Art. 40 Rn. 27; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 16), Art. 2 Rn. 229.

⁵⁶ BVerfGE 134, 141 (181) – Beobachtung von Abgeordneten (2013).

⁵⁷ Vgl. etwa Imperial College London, Exponential growth, high prevalence of SARS-CoV-2, and vaccine effectiveness associated with the Delta variant, 2.11.2021, abrufbar unter <https://www.science.org/doi/10.1126/science.ab19551> (18.3.2022); *Muik u.a.*, Neutralization of SARS-CoV-2 Omicron by BNT162b2 mRNA vaccine-elicited human sera, 18.1.2022, abrufbar unter <https://www.science.org/doi/10.1126/science.abn7591> (18.3.2022); vgl. auch Ziff. 1 der Begründung der Allgemeinverfügung.

⁵⁸ Unterschiedliche Tests detektieren dabei unterschiedlich gut. Vgl. dazu Paul-Ehrlich-Institut, Pressemitteilung 22/2021, Antigen-Schnelltests auf SARS-CoV-2: vergleichende Sensitivitätsbewertung CE-gekennzeichneter Tests, abrufbar unter <https://www.pei.de/DE/newsroom/pm/jahr/2021/22-antigen-schnelltests-sars-cov-2-vergleichende-sensitivitaetsbewertung-ce-gekennzeichneter-tests.html> (18.3.2022).

⁵⁹ Auch wenn hierzu keine offizielle Statistik existiert, war dies daran zu erkennen, dass in den Sitzungen unter 2G+-Bedingungen deutlich mehr Abgeordnete im Plenarsaal Platz nahmen als auf der Tribüne.

⁶⁰ Vgl. Studie des MPI für Dynamik und Selbstorganisation Göttingen, An upper bound on one-to-one exposure to infectious human respiratory particles, 2.12.2021, abrufbar unter <https://www.pnas.org/doi/10.1073/pnas.2110117118> (18.3.2022).

senen Räumen vergleichsweise lange in der Luft „stehen“,⁶¹ besteht in Plenarsitzungen des Bundestages unabhängig von der FFP2-Maskenpflicht ein gewisses Ansteckungsrisiko. Zwar hätten Luftfilter die Aerosolkonzentration dabei nochmals reduzieren könnten, jedoch können auch sie die Virusübertragung nicht gänzlich verhindern.⁶² Das Ansteckungsrisiko wurde durch die 2G+-Regeln in einem Maß gesenkt, das andere Maßnahmen aus den genannten Gründen gerade nicht (mehr) bewirkten.

dd) Angemessenheit

Schließlich waren die 2G+-Regeln für Plenarsitzungen auch angemessen.

Die Funktions- und Arbeitsfähigkeit des Bundestages ist ein Rechtsgut von Verfassungsrang, dem ein hohes Gewicht zukommt.⁶³ Das Parlament als Kernstück der deutschen Demokratie muss zu jeder Zeit die wesentlichen politischen Entscheidungen von substanziellem Gewicht („Parlamentsvorbehalt“) in der Bundesrepublik Deutschland treffen können. Verstärkt wurde dieses Gewicht durch den verfassungsrechtlich garantierten Schutz der Gesundheit und des Lebens (Art. 2 Abs. 2 GG), dem die 2G+-Regeln sowohl mit Blick auf die Gesundheit (und das Leben) von Abgeordneten wie Mitarbeitern des Bundestages dienen.

Aber auch die Rechte der Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG und die Möglichkeit ihrer Wahrnehmung haben verfassungsrechtlich ein hohes Gewicht. Allerdings wurden ungeimpfte/nicht-genesene Abgeordnete durch die 2G+-Regeln von den meisten dieser Rechte überhaupt nicht ausgeschlossen – sofern sie sich testen ließen (hierzu IV.). Auch nicht vollständig geimpfte/nicht-genesene Abgeordnete konnten – von der Tribüne aus – ihr Stimmrecht, ihr Rederecht, ihr Antragsrecht etc. wahrnehmen. Auch die Anwesenheit bei der Plenarsitzung war ihnen (nach einem Test) möglich, wenngleich nur auf der Tribüne und nicht im Plenarsaal.

Zwar darf nicht übersehen werden, dass durch die Teilnahme an der Plenarsitzung „nur“ auf der Tribüne die direkte Kommunikation mit Fraktionskollegen, die die 2G+-Vorgaben erfüllen, erschwert werden konnte. Sie musste es indes nicht, weil auch vollständig geimpfte/genesene Fraktionskollegen auf der Tribüne Platz nehmen durften. Aber selbst im Fall einer erschwerten direkten Kommunikation in einer Fraktion resultierte hieraus kein deutlich höheres Eingriffsgewicht, weil die wichtigen Absprachen in der Fraktion ohnehin außer-

halb des Plenums getroffen werden und es zudem mittlerweile genug Möglichkeiten gibt, auch über die Distanz zu kommunizieren.

Ein besonderes Gewicht des Eingriffs ergab sich auch nicht aus einer vermeintlichen „stigmatisierenden“ Wirkung der Teilnahme an Plenarsitzungen „nur“ auf der Tribüne. Es war zwar nicht ausgeschlossen, dass ein Teil des Publikums bzw. der Wählerschaft die Teilnahme von MdB an Plenarsitzungen „nur“ auf der Tribüne – gerade vor dem Hintergrund der dadurch ermöglichten Rückschlüsse auf den Impfstatus bzw. die politische Einstellung zur COVID-19-Pandemie – negativ bewertete. Es war aber ebenso möglich, dass Teile des Publikums bzw. der Wählerschaft diese Sitzplatzeinnahme und (vermeintliche) Einstellung positiv bewerteten – und betroffene MdB aus der Rolle des Paria politisches Kapital zu schlagen versuchten. Die positive oder negative Bewertung – auch von Äußerlichkeiten – ist aber Teil des politischen Geschäfts, in dem sich alle MdB befinden und für das sie durch ihr Verhalten selbst Anlass geben. Etwaige für sie positive oder negative Effekte sind Ergebnisse des politischen Wettbewerbs, die gerade gewollt sind. Das gilt umso mehr, als eine „objektive“ „stigmatisierende“ Wirkung mit der Teilnahme an Plenarsitzungen auf der Tribüne nicht verbunden war. Ob es eine solche „stigmatisierende“ Wirkung gab, ist eine empirische Frage, die wegen der unterschiedlichen politischen Einschätzungen mindestens offen (wohl aber eher: nicht pauschal beantwortbar) ist. Die bloße Behauptung einer solchen Wirkung vermag deshalb kein schweres Eingriffsgewicht zu begründen.

Und schließlich ergab sich auch kein besonders schweres Gewicht des Eingriffs aus dem Umstand, dass durch die 2G+-Regeln de facto nur Mitglieder einer einzigen Fraktion für die Teilnahme an der Plenarsitzung auf der Tribüne optierten. Die Impfentscheidung ist individuell. Wenn sich nur aus einer Fraktion Abgeordnete gegen die Impfung entscheiden, ist dies eine Folge ihrer freien Willensentschlüsse und nicht Folge der generell-abstrakt gefassten 2G+-Regeln.⁶⁴ Selbst wenn de facto nur einer Fraktion durch die Regel ein „einheitliches“ Auftreten als Fraktion im Plenarsaal erschwert worden wäre, begründete dies keinen schweren Eingriff, weil dies eben zum einen Folge der freien Willensentschlüsse einzelner Fraktionsmitglieder gewesen wäre und zum anderen gerade auch das „aufgeteilte“ Auftreten der Fraktion politisch genutzt werden konnte (und wurde).

Vor diesem Hintergrund war es nicht unangemessen, dass dem wichtigen Schutz der Arbeitsfähigkeit des Parlaments und dem Gesundheitsschutz der Abgeordneten und der im Bundestag Beschäftigten der Vorzug gegenüber dem vergleichsweise leichten Eingriff in die Rechte aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG gegeben wurde.⁶⁵ Dieses Ergebnis der Angemessenheitsprüfung war allerdings immer abhängig vom Stand der Erkenntnisse und der Entwicklung des pandemischen Geschehens. Wenn die Ansteckungsgefahr gesunken wäre (wegen

⁶¹ RKI, Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, Stand 26.11.2021, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html;jsessionid=609EE35DB76F2AD56F91BC681D5D5A5D.internet072?nn=13490888#doc13776792b-odyText2 (18.3.2022).

⁶² Studie der Goethe-Universität Frankfurt am Main, 6.10.2020, abrufbar unter <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.10.02.20205633v2.full-text> (18.3.2022).

⁶³ Nachweis oben Fn. 51.

⁶⁴ BVerfG, Beschl. v. 8.3.2022 – 2 BvE 1/22, Rn. 46.

⁶⁵ Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 8.3.2022 – 2 BvE 1/22, Rn. 55 ff.

sinkenden Fallzahlen, weniger ansteckenden Virusvarianten, noch effektiverer Impfungen etc.), hätte sich die Angemessenheitsbeurteilung ändern können, weil die Gefährdung für die Arbeitsfähigkeit des Parlaments und die Gesundheit der Abgeordneten und Mitarbeiter dann geringer geworden wäre und ihr Schutz somit an Gewicht verloren hätte. Die Allgemeinverfügung der Präsidentin war wohl auch aus diesem Grund befristet und die Befristung sicherte insofern ihre Angemessenheit mit ab. Die vom Bundestag eingeführte 2G+-Regel für Plenarsitzungen war hingegen nicht befristet (oben II.). Das war aber unschädlich, solange die pandemische Situation so fortbestand, wie sie bei Erlass vorherrschte. Zwischenzeitlich wurde auch die Regelung des Bundestages aufgehoben und durch eine 3G-Regel ersetzt (oben II. 3. bei und mit Fn. 5).

IV. Vereinbarkeit der Testpflicht mit Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG

Ein von den 2G+-Regeln für Plenarsitzungen zu unterscheidender eigenständiger Eingriff in Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG, der gesondert bewertet werden muss, lag darin, dass nach den Regelungen der Allgemeinverfügung und des Bundestages ungeimpften bzw. nicht-genesenen Abgeordneten der Zutritt auch zur Tribüne nur gewährt wurde, wenn sie negativ auf COVID-19 getestet wurden – und selbst geimpften bzw. genesenen Abgeordneten wurde Zutritt zum Plenum nur dann ohne negativen Test gewährt, wenn sie „geboostert“ waren. Mit anderen Worten heißt dies, dass positiv auf COVID-19 getestete Abgeordnete sowie Abgeordnete, die sich nicht testen lassen wollten, nicht an der Arbeit des Bundestages teilnehmen durften. Hierin lag jeweils ein Eingriff in Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG, weil sowohl das Anwesenheitsrecht, aber auch die Mitwirkungsrechte (Rederecht, Stimmrecht etc.) nicht wahrgenommen werden konnten.

Auch diese Eingriffe ließen sich allerdings rechtfertigen. Wie gesehen, sind Eingriffe in das Statusrecht aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG zulässig, wenn Rechtsgüter von Verfassungsrang die Beschränkung erfordern und die Abgeordnetenrechte nicht vollständig entzogen werden. Als verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter kamen erneut die Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Bundestages sowie der Gesundheitsschutz in Betracht. Ob diese Güter überwogen, ist für zwei Konstellationen gesondert zu untersuchen:

Im Fall von positiv auf COVID-19 getesteten Abgeordneten überwog die Funktionsfähigkeit des Bundestages zweifellos. Weil SARS-CoV-2 hochinfektiös ist und auch eine Impfung nicht vollständig vor einer Übertragung schützt, wäre bei der Teilnahme von positiv getesteten Abgeordneten an Plenarsitzungen des Bundestages die Arbeitsfähigkeit des Parlaments konkret gefährdet gewesen. Dies galt umso mehr in einer Zeit, in der die Omikron-Variante, die sich nach damaligem Kenntnisstand deutlich schneller und effektiver ausbreitete als die bisherigen Virusvarianten, die vorherrschende Virusvariante in der Bundesrepublik Deutschland darstellte.⁶⁶ Der Schutz der Gesundheit der nichtinfizierten

Anwesenden stritt ebenfalls für dieses Ergebnis.

In Fällen, in denen sich Abgeordnete „lediglich“ nicht testen lassen wollten, lag keine konkrete Gefahr, sondern ein Risiko vor.⁶⁷ Auch auf dieses durfte (und darf) aber zum Schutz der Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Bundestages reagiert werden, weil (und solange) es nicht unwahrscheinlich war (bzw. ist), dass – mangels Tests – unerkannt infizierte Abgeordnete in Plenarsitzungen des Bundestages andere Personen anstecken. Voraussetzung ist jedoch, dass der Eingriff erneut verhältnismäßig ist. Dies war der Fall: Der legitime Zweck war, wie erwähnt, der Schutz der Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Parlaments sowie der Gesundheitsschutz.⁶⁸ Der Eingriff war zur Zielerreichung geeignet, weil Tests zwar nicht alle, aber doch manche Infektionen aufdecken können.⁶⁹ Zwar gibt es insoweit keine absolute Sicherheit, zumal auch die – gegenüber PCR-Tests weniger sensitiven – Antigenschnelltests ausreichten, aber die durch Tests erreichte Entdeckungswahrscheinlichkeit ist eben auch größer als Null. Die Testpflicht war auch geeignet, weil mildere, gleich geeignete Mittel nicht ersichtlich waren. Insbesondere, dass auch Antigenschnelltests akzeptiert wurden, für deren Abnahme lediglich ein Nasenabstrich notwendig ist und deren Ergebnis innerhalb kürzester Zeit (ca. 15 Minuten) vorliegt, zeigt, dass bereits das mildeste Testmittel gewählt wurde. Und schließlich war der Eingriff auch angemessen. Erneut standen sich mit der Funktions- und Arbeitsfähigkeit des Bundestages und dem Gesundheitsschutz sowie den Rechten aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG je für sich hochrangige Verfassungsrechtsgüter gegenüber. Der Eingriff, der in einem vollständigen Ausschluss der Mitwirkungsrechte aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG für nicht geboosterte Abgeordnete, die sich nicht testen lassen wollen, lag, wog dabei allerdings durchaus schwer, weil ihnen die Wahrnehmung ihrer über Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG garantierten Rechte in diesem Fall vollständig versagt wurde. Allerdings konnte gerade dieser schwere Eingriff durch einen Test vermieden werden. Die persönliche Belastung durch das Testenlassen war dabei marginal. Gerade die Durchführung eines Antigenschnelltests mittels Nasenabstrich berührt den einzelnen Abgeordneten nicht stärker als Nasenbohren (ist aber, anders als dieses, nicht unschicklich). Ein Test mittels Nasenabstrich tut nicht weh und ist – in Anbetracht des Nutzens zumal – jedem zumutbar. Vor diesen Hintergrund war das Verlangen eines Tests als Zugangsvoraussetzung angemessen.⁷⁰

Virusvarianten (VOC), Stand 20.1.2022, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Virusvariante.html (18.3.2022).

⁶⁷ Allgemein *Kießling*, JZ 2022, 53 (55 f.).

⁶⁸ Oben III. 3. c).

⁶⁹ RKI, Hinweise zur Testung von Patienten auf Infektion mit dem neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2, Stand 12.1.2022, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Vorl_Testung_nCoV.html (18.3.2022).

⁷⁰ Vgl. auch, wenngleich sehr weitgehend, LVerfG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 21.1.2022 – LVerfG 1/22, Rn. 42.

⁶⁶ Vgl. RKI, Übersicht zu besorgniserregenden SARS-CoV-2-

V. Vereinbarkeit mit dem Grundsatz auf effektive Opposition

Die 2G+-Regeln scheiterten auch nicht am „Grundsatz auf effektive Opposition“. Das BVerfG entnimmt der Verfassung einen solchen Grundsatz und sieht ihn insbesondere im Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1, Abs. 2, Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG) und der Ausgestaltung des Mehrheitsprinzips mit seinen Durchbrechungen (u.a. Art. 42 Abs. 2, Art. 23a Abs. 1a, Abs. 2, Art. 39 Abs. 3 S. 3, Art. 44 Abs. 1 S. 1, Art. 45a Abs. 2 S. 2, Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG) sowie dem Rechtsstaatsprinzip und dem ihm zugeschriebenen Gedanken der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 3, Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG) verankert.⁷¹ Dieser Grundsatz bewirkt zunächst aber einmal „nur“, dass die im Grundgesetz (ausdrücklich) vorgesehenen Minderheitenrechte „auf Wirksamkeit hin ausgelegt werden“.⁷² Der Grundsatz begründet hingegen keine hiervon unabhängigen, spezifischen „Oppositions(fraktions)rechte“.⁷³ Deswegen waren die 2G+-Regeln für Plenarsitzungen auch nicht „freischwebend“ an ihm zu messen. Für die oben dargestellte Bewertung der 2G+-Regeln für Plenarsitzungen am Maßstab von Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ändert der Grundsatz auf effektive Opposition ebenfalls nichts, zumal die Regel für alle Abgeordneten gleichermaßen galt, also auch die der Mehrheitsfraktionen.

VI. 2G+ in den Ausschusssitzungen

Die vorstehenden Ausführungen lassen sich auf die 2G+-Regel für Ausschusssitzungen grundsätzlich übertragen. Allerdings gab es insoweit keinen Beschluss und damit keine Geschäftsordnungsregelung des Bundestages. Dieser hat ausweislich des klaren Wortlautprotokolls der Plenardebatte nur über eine 2G+-Regel für Plenarsitzungen abgestimmt.⁷⁴ Die 2G+-Regel für Ausschusssitzungen fand sich deshalb ausschließlich in der Allgemeinverfügung. Die einschlägige Regelung lautete:

7. 2G+-Regel für Sitzungen der Ausschüsse des Deutschen Bundestages

Zu den Sitzungen der Ausschüsse des Deutschen Bundestages erhalten vorbehaltlich des folgenden Absatzes Zutritt nur geimpfte oder genesene Personen, die negativ getestet oder „geboostert“ sind.

Mitglieder des Bundestages, der Bundesregierung und des Bundesrates, die negativ getestet sind, erhalten Zutritt zu den hierfür vorgesehenen und entsprechend gekennzeichneten Plätzen auf den Tribünen. Die Plätze sind so anzuordnen, dass ein Abstand von mindestens 1,50 Metern eingehalten wird.

Allen anderen Mitgliedern des Bundestages, der Bundesregierung und des Bundesrates ist die Teilnahme an den

Sitzungen durch die Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel zu ermöglichen (§ 126a Absatz 2 der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages).

Die FFP2-Maske darf im Sitzungsraum und auf den Tribünen nicht abgelegt werden.

Die Regelung durfte von der Präsidentin – nach hier vertretener Ansicht – gestützt auf ihre Polizeigewalt aus Art. 40 Abs. 2 S. 1 Var. 2 GG eingeführt werden (näher oben II. 1. b). Hinsichtlich der Beurteilung der materiellen Verfassungskonformität ergibt sich kein Unterschied zu der Rechtfertigung der 2G+-Regeln für Plenarsitzungen. Das Eingriffsgewicht dieser Regelung war sogar noch geringer, weil auch Abgeordneten, die sich nicht testen lassen wollten, die Teilnahme an den Ausschusssitzungen über elektronische Kommunikationsmittel ermöglicht war (§ 126a Abs. 2 GOBT).

VII. Fazit

Die Einführung der 2G+-Regel(n) im Deutschen Bundestag wirft eine Reihe von Rechtsfragen auf. Während die Fragen der materiellen Verfassungskonformität sich in gewohnten Bahnen bewegen (Rechtfertigung eines Eingriffs in Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG), sind die Fragen rund um die Zuständigkeit für die Einführung der 2G+-Regel weitgehend Neuland. Unbestritten ist zwar, dass für die Einführung einer solchen Regel der Bundestag selbst, gestützt auf seine Geschäftsordnungsautonomie (Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG) zuständig ist. Umstritten ist hingegen, inwieweit auch die Präsidentin des Bundestages gestützt auf ihr Hausrecht (Art. 40 Abs. 2 S. 1 Var. 1 GG) oder – so die hier vertretene Lösung – auf ihre Polizeigewalt (Art. 40 Abs. 2 S. 1 Var. 2 GG) ebenfalls zuständig ist. Im Ergebnis waren die 2G+-Regeln allerdings verfassungskonform.

⁷¹ BVerfGE 142, 25 (55 f.) – Oppositionsrechte (2016); *Austermann/Waldhoff* (Fn. 48), Rn. 464.

⁷² BVerfGE 142, 25 (57) – Oppositionsrechte (2016).

⁷³ BVerfGE 142, 25 (57) – Oppositionsrechte (2016); *Austermann/Waldhoff* (Fn. 48), Rn. 465.

⁷⁴ Oben II. 2.

Die Treuepflicht der Beamten

Von Prof. Dr. Thorsten Ingo Schmidt, Potsdam*

Das BVerwG hat mit Urt. v. 2.12.2021 einen Beamten wegen Verstoßes gegen seine Treuepflicht aus dem Dienst entfernt (I.). Dies gibt Anlass dazu, die historischen Wurzeln (II.) dieser Pflicht und ihre gegenwärtige Ausgestaltung auf Bundes- und Landesebene (III.) zu betrachten. Im Einzelnen sind dabei der Verpflichtete (IV.), der Berechtigte (V.) und der Inhalt dieser Pflicht (VI.) zu untersuchen. Zudem ist ihre Durchsetzbarkeit zu erörtern (VII.), bevor eine Schlussbetrachtung den Beitrag abrundet (VIII.).

I. Urteil des BVerwG zur beamtenrechtlichen Treuepflicht

Mit Urt. v. 2.12.2021¹ entfernte das BVerwG auf eine Disziplinaranzeige des Bundesnachrichtendienstes hin einen bei dieser Behörde beschäftigten Regierungsobersekretär (Besoldungsgruppe A 7) aus dem Dienst wegen Verstoßes gegen die beamtenrechtliche Treuepflicht. Der Beamte hatte im Jahr 2015 beim Landratsamt Starnberg einen Staatsangehörigkeitsausweis beantragt und dabei u.a. als Geburts- und Wohnsitzstaat jeweils „Königreich Bayern“ angegeben und sich auf das Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz in der Fassung von 1913² bezogen. Das BVerwG erblickte in der durchgehenden Verwendung der Bezeichnung „Königreich Bayern“ statt „Bundesrepublik Deutschland“ durch den Beamten eine Leugnung der Existenz der Bundesrepublik und eine schwerwiegende Verletzung seiner Verfassungstreuepflicht. Dabei sei ein solches Verhalten typisch für die sogenannte Reichsbürger-Szene, die gerade durch diese Leugnung gekennzeichnet sei. Deshalb entfernte das Gericht auf die Disziplinaranzeige hin den Beamten aus dem Dienst.

II. Historische Wurzeln der Treuepflicht

Die Treuepflicht der Beamten stellt keine neuartige Regelung dar, sondern kann auf eine lange Rechtstradition zurückblicken. Bereits im Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 wurde eine besondere Treuepflicht der Beamten gegenüber dem Monarchen statuiert.³ Gemäß der Bayerischen Verfassung von 1818 wurden die Beamten (wie die anderen Staatsbürger auch) auf Treue zum König, zum Gehorsam gegenüber dem Gesetz und zur Beachtung der Verfassung vereidigt.⁴ Nach der ein Jahr später in Kraft getretenen Württembergischen Verfassung von 1819 wurden die Beamten hingegen auf die Verfassung verpflichtet.⁵ Im Deutschen

Reich indes wurden die Beamten nach dem Reichsbeamten-gesetz von 1873 auf die Amtserfüllung vereidigt.⁶ In der Weimarer Zeit wiederum betonte die Weimarer Reichsverfassung, dass die Beamten Diener der Gesamtheit, nicht einer Partei sind,⁷ und unterstrich damit die Gemeinwohlbindung der Beamten. Im Nationalsozialismus hingegen standen die Beamten nach dem Deutschen Beamten-gesetz von 1937 nicht nur zum Reich, sondern auch zum Führer in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis.⁸

III. Gegenwärtige Regelung der Treuepflicht

Diese historische Entwicklung bildet den Hintergrund für die gegenwärtige Regelung der Treuepflicht der Beamten auf Bundes- (1.) und auf Landesebene (2.).

1. Bundesebene

Auf Bundesebene bestimmt Art. 33 Abs. 4 GG, dass die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen sei, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Ergänzend führen § 4 BBG für die Bundesbeamten und § 3 Abs. 1 BeamStG für die Beamten der Länder und der Kommunen aus, dass die Beamtinnen und Beamten zu ihrem Dienstherrn in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen.

2. Landesebene

Auf Landesebene enthalten vor allem die vorgrundgesetzlichen Landesverfassungen von Hessen, Bremen, Rheinland-Pfalz und Bayern eigenständige Ausprägungen der Treuepflicht. Übereinstimmend beschränken sie die Treuepflicht dabei nicht auf die Beamten, sondern erstrecken sie auf jeden Staatsbürger. So bestimmt die Hessische Verfassung, dass es die Pflicht eines jeden sei, für den Bestand der Verfassung mit allen ihm zu Gebote stehenden Kräften einzutreten.⁹ Die Verfassung Bremens bestimmt in ähnlicher Weise ohne personelle Begrenzung, dass jeder die Pflicht der Treue gegen Volk und Verfassung habe.¹⁰ Die Landesverfassung von

Bl. 1819, S. 634 ff.

⁶ § 3 Reichsbeamten-gesetz v. 31.3.1873, RGBl. 1873, S. 61; dazu *Günther*, DÖV 2007, 357.

⁷ Art. 130 Abs. 1 WRV; siehe dazu *Günther*, DÖV 2012, 678 (680).

⁸ § 1 Abs. 1 Deutsches Beamten-gesetz v. 26.1.1937, RGBl. I 1937, S. 39; vgl. *Günther*, DÖV 2012, 678 (680).

⁹ Art. 146 Abs. 1 HessV v. 1.12.1946, GVBl. I 1946, S. 229: „Es ist Pflicht eines jeden, für den Bestand der Verfassung mit allen ihm zu Gebote stehenden Kräften einzutreten.“

¹⁰ Art. 9 BremV v. 21.10.1947, Brem.GBl. 1947, S. 251: „Jeder hat die Pflicht der Treue gegen Volk und Verfassung. Er hat die Pflicht, am öffentlichen Leben Anteil zu nehmen und seine Kräfte zum Wohle der Allgemeinheit einzusetzen.“

* Der Verf. ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Staatsrecht, Verwaltungs- und Kommunalrecht, an der Universität Potsdam und Direktor des dortigen Kommunalwissenschaftlichen Instituts.

¹ BVerwG, Urt. v. 2.12.2021 – 2 A 7.21.

² Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz v. 22.7.1913, RGBl. 1913, S. 583.

³ Teil II Titel 10 § 2 Preußisches Allgemeines Landrecht 1794.

⁴ Abschnitt X § 3 Bayerische Verfassung v. 26.5.1818, Bay-GBl. 1818, S. 101.

⁵ § 45 Württembergische Verfassung v. 25.9.1819, StReg-

Rheinland-Pfalz fordert, dass jeder Staatsbürger seine Treuepflicht gegenüber Staat und Verfassung zu erfüllen, die Gesetze zu befolgen und seine körperlichen und geistigen Kräfte so zu betätigen habe, wie es dem Gemeinwohl entspreche.¹¹ Die bayerische Verfassung schließlich betont, dass der ungestörte Genuss der Freiheit für jedermann davon abhängt, dass alle ihre Treuepflicht gegenüber Volk und Verfassung, Staat und Gesetzen erfüllten.¹²

IV. Verpflichteter der Treuepflicht

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass verschiedene Verpflichtete der Treuepflicht zu betrachten sind. Im Einzelnen kann eine Pflicht nicht nur der Beamten im statusrechtlichen Sinne (1.), sondern auch der Angestellten des öffentlichen Dienstes (2.), der sonstigen öffentlich-rechtlich Beschäftigten wie der Soldaten (3.) und Richter (4.) und speziell der Wissenschaftler (5.) in Frage kommen. Zudem erscheinen auch eine Treuepflicht der Abgeordneten (6.) und Parteien (7.) sowie allgemein aller Staatsbürger (8.) erwägenswert.

1. Beamte im statusrechtlichen Sinne

Die Beamten im statusrechtlichen Sinne, die also durch den Formalakt einer Ernennung¹³ in ihr Amt gelangt sind, sind die geborenen Verpflichteten der Treuepflicht. Dabei ist es unerheblich, ob es sich im Einzelnen um Beamte auf Widerruf¹⁴, auf Probe¹⁵, auf Zeit¹⁶ oder auf Lebenszeit¹⁷ handelt, weil diese Differenzierungen nur die verschiedenen Verfestigungen der Rechtsposition der Beamten widerspiegeln und darüber Auskunft geben, inwieweit sie sich bereits in ihrem Amt bewährt haben, aber nicht mit einem abgestuften Pflichtenkreis einhergehen. Vielmehr unterfällt jeder Beamte von seiner Ernennung an der Treuepflicht. Es erscheinen auch keine Differenzierungen der Treuepflicht nach der Wertigkeit des Amtes im statusrechtlichen Sinne des Beamten geboten.

Er ist nach Maßgabe der Gesetze verpflichtet, Ehrenämter anzunehmen.“

¹¹ Art. 20 LV RP v. 18.5.1947, VOBl. 1947, S. 209: „Jeder Staatsbürger hat seine Treuepflicht gegenüber Staat und Verfassung zu erfüllen, die Gesetze zu befolgen und seine körperlichen und geistigen Kräfte so zu betätigen, wie es dem Gemeinwohl entspricht.“

¹² Art. 117 BayV v. 2.12.1946, GVBl. 1946, S. 333: „Der ungestörte Genuß der Freiheit für jedermann hängt davon ab, daß alle ihre Treuepflicht gegenüber Volk und Verfassung, Staat und Gesetzen erfüllen. Alle haben die Verfassung und die Gesetze zu achten und zu befolgen, an den öffentlichen Angelegenheiten Anteil zu nehmen und ihre körperlichen und geistigen Kräfte so zu betätigen, wie es das Wohl der Gesamtheit erfordert.“

¹³ Hierzu *Leppek*, *Beamtenrecht*, 13. Aufl. 2019, § 8 Rn. 68 ff.

¹⁴ § 6 Abs. 4 BBG; § 4 Abs. 4 BeamtStG.

¹⁵ § 6 Abs. 3 BBG; § 4 Abs. 3 BeamtStG.

¹⁶ § 6 Abs. 2 BBG; § 4 Abs. 2 BeamtStG.

¹⁷ § 6 Abs. 1 BBG; § 4 Abs. 1 BeamtStG.

Die Treuepflicht knüpft nicht an die Stellung des Beamten in der Ämterhierarchie an wie etwa die Pflicht zur Befolgung dienstlicher Weisungen¹⁸ oder die spezifischen Pflichten Vorgesetzter¹⁹, sondern erfasst den Beamten als solchen wegen seiner Zugehörigkeit zur Beamtenschaft unabhängig von seinem Amt im statusrechtlichen Sinne. Auch einen Regierungsobersekretär, wie in dem vom BVerwG entschiedenen Fall, trifft daher diese Treuepflicht, selbst wenn er „nur“ Angehöriger des mittleren Dienstes ist. Gerade auch bei solchen Beamten, die nur Ämter von geringerem Status innehaben, kann die Achtung der Treuepflicht von zentraler Bedeutung für die Dienstertüllung sein, wenn man etwa an die zahlreichen Polizisten des Bundes und der Länder im mittleren Dienst denkt.

2. Angestellte im öffentlichen Dienst

Angestellte im öffentlichen Dienst werden auf der Grundlage von Tarifverträgen und privatrechtlichen Arbeitsverträgen beschäftigt und stehen im Unterschied zu Beamten gerade nicht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis. Sie üben aber vielfach ähnliche Tätigkeiten wie Beamte aus. Folgerichtig ist für sie im Tarifvertrag der Länder zwar nicht ausdrücklich eine Treuepflicht vereinbart worden, wohl aber die Pflicht, sich durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlich demokratischen Grundordnung zu bekennen.²⁰ Im Tarifvertrag des öffentlichen Dienstes, der für die Angestellten des Bundes und der Kommunen gilt, fehlt es hingegen an einer entsprechenden Regelung, sodass es insoweit bei der allgemeinen arbeitsrechtlichen Pflicht des Arbeitnehmers zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers²¹ sein Bewenden hat.

3. Soldaten

Die Soldaten der Bundeswehr befinden sich in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis,²² das viele Parallelen zum Beamtenverhältnis aufweist, wobei die Soldaten aber wegen der Eigenart ihres Dienstes zum Teil noch einer strengeren Pflichtenbindung unterliegen. Folgerichtig ist auch für sie gesetzlich bestimmt, dass sie die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes anerkennen und durch ihr gesamtes Verhalten für deren Erhaltung eintreten müssen.²³ In gleicher Weise wie bei den Beamten kann auch bei den Soldaten hinsichtlich dieser Pflicht keine Differenzierung nach ihrem Status oder ihrer Stellung innerhalb der militärischen Hierarchie erfolgen.

¹⁸ § 62 Abs. 1 S. 2 BBG; § 35 S. 2 BeamtStG; dazu *Leppek* (Fn. 13), § 14 Rn. 178; *Schmidt*, *Beamtenrecht*, 2017, S. 121 Rn. 350.

¹⁹ Siehe dazu *Schmidt* (Fn. 18), S. 120 Rn. 347 ff.

²⁰ § 3 Abs. 1 S. 2 Tarifvertrag Länder.

²¹ Siehe dazu *Kamanabrou*, *Arbeitsrecht*, 2017, S. 261 ff. Rn. 837 ff.

²² § 1 Abs. 1 SG.

²³ § 8 SG.

4. Richter

Das Dienstrecht der Richter weist zwar gleichfalls zahlreiche Parallelen zum Beamtenrecht auf und Art. 92 GG formuliert, dass die rechtsprechende Gewalt den Richtern „anvertraut“ ist, woraus ebenfalls eine besondere Pflichtenbindung der Richter im Sinne einer Pflicht zum Einstehenmüssen für die freiheitliche demokratische Grundordnung abgeleitet werden kann. Allerdings sind die Richter Träger der persönlichen und sachlichen richterlichen Unabhängigkeit nach Art. 97 GG, sodass sie in viel stärkerem Maße als Beamte zu einer eigenständigen Interpretation der Treue aufgerufen sind.²⁴

5. Wissenschaftler

Eine den Richtern vergleichbare Stellung nehmen unter dem Gesichtspunkt der Treuepflicht die Wissenschaftler ein. Diese sind vielfach verbeamtet, sodass für sie ohnehin schon die Treuepflicht nach Art. 33 Abs. 4 GG gilt. Verstärkend betont noch einmal Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG, dass die Freiheit der Lehre nicht von der Treue zur Verfassung entbindet, woraus man auch eine Treuepflicht selbst der nicht verbeamteten Wissenschaftler herleiten kann. Indes kann auch die Verfassung selbst und die freiheitliche demokratische Grundordnung Gegenstand wissenschaftlicher Forschung sein und insofern können sich auch Wissenschaftler sachlich und methodisch argumentierend kritisch mit der Treuepflicht auseinandersetzen.²⁵

6. Abgeordnete

Abgeordnete sind als Mitglieder des Parlaments Organwalter eines Staatsorgans. Insofern liegt der Gedanke nicht fern, dass auch sie einer besonderen Treuepflicht unterliegen könnten. In diesem Sinne geht die Bremische Verfassung davon aus, dass die dortigen Mitglieder der Bürgerschaft eine besondere Treuepflicht gegenüber der Freien Hansestadt Bremen trifft.²⁶ Diese Bestimmung hat allerdings sowohl im Grundgesetz als auch in den Verfassungen der übrigen Länder keine Nachahmer gefunden. Dies lässt sich zum einen aus der Herkunft der Abgeordneten erklären, die aus dem gesellschaftlichen Bereich kommend Mitglied eines Staatsorgans werden und in dieser Funktion gerade unterschiedliche politische Strömungen widerspiegeln, welche auch eine kritische Distanz zum politischen System aufweisen können. Zum anderen sind die Abgeordneten als Teil des gesetzgebenden Parlaments in der Lage, die Rechtsordnung in den verfassungsrechtlichen Grenzen grundlegend umzugestalten, was

ihnen jedenfalls inhaltlich mehr Spielraum gibt als den Beamten.

7. Parteien

Über die Regelung in der Bremischen Verfassung ging noch die im Jahr 1953 durch die Verfassung von Baden-Württemberg²⁷ abgelöste Badische Verfassung von 1947²⁸ hinaus. Diese verlangte nicht nur von den gewählten Abgeordneten, sondern auch von den politischen Parteien, dass sie sich in ihrem Programm und durch ihr Verhalten zu den Grundsätzen des demokratischen Staates bekennen.²⁹ Diese Anforderungen sind erheblich schärfer als Art. 21 GG, der nur negativ die Beeinträchtigung der freiheitlich demokratischen Grundordnung sanktioniert, nicht aber positiv ein Bekenntnis zu dieser Grundordnung verlangt. In der Verfassung Baden-Württembergs von 1953 findet sich dann keine entsprechende Bestimmung mehr.

8. Allgemeine Treuepflicht der Bürger?

Am weitesten wurde der Kreis der möglichen Verpflichteten der Treuepflicht in dem Verfassungsentwurf von Herrenchiemsee³⁰ gezogen, der eine der Arbeitsgrundlagen des Parlamentarischen Rates darstellte. Dort war festgelegt, dass jeder die Pflicht der Treue gegen die Verfassung sowie Verfassung und Gesetze zu achten und zu befolgen hat.³¹ Diese extrem weitreichende Verpflichtung, die ihrem Wortlaut nach nicht nur die Staatsangehörigen, sondern sogar jede auf dem Gebiet Deutschlands sich aufhaltende Person erfasste, wurde zu Recht nicht in das Grundgesetz übernommen.³² Das Grundgesetz begnügt sich hingegen für alle nicht durch eine besondere Nähebeziehung zu Hoheitsträgern gekennzeichnete Personengruppen mit der schlichten Pflicht zur Befolgung der Gesetze. Eine wie auch immer geartete positive Einstellung dazu oder die Bereitschaft, dafür aktiv einzustehen, wird zwar erhofft, aber nicht verlangt.

V. Berechtigter der Treuepflicht

Wendet man sich den Berechtigten der Treuepflicht zu, so bieten die überlieferten grundlegenden Texte drei mögliche Ansatzpunkte an, die gegebenenfalls auch kombiniert werden

²⁴ Dazu *Schmidt*, Grundpflichten, 1999, S. 183.

²⁵ Vgl. *Schmidt* (Fn. 24), S. 187 f.

²⁶ Art. 83 Abs. 1 BremV v. 21.10.1947, Brem.GBl 1947, S. 251: „Die Mitglieder der Bürgerschaft sind Vertreter der ganzen bremischen Bevölkerung. Sie sind verpflichtet, die Gesetze zu beachten und haben eine besondere Treuepflicht gegenüber der Freien Hansestadt Bremen. Im übrigen sind sie nur ihrem Gewissen unterworfen und an Aufträge und Weisungen nicht gebunden.“

²⁷ Verfassung des Landes Baden-Württemberg v. 11.11.1953, GBl. 1953, S. 173.

²⁸ Verfassung des Landes Baden v. 18.5.1947, RegBl. 1947, S. 129.

²⁹ Art. 118 Abs. 1 BadV 1947, RegBl.

³⁰ Verfassungsausschuss der Ministerpräsidenten-Konferenz der westlichen Besatzungszonen, Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10.–23.8.1948.

³¹ Art. 19 HChE: „Jeder hat die Pflicht der Treue gegen die Verfassung und hat Verfassung und Gesetze zu achten und zu befolgen.“ Zitiert nach: Verfassungsausschuss der Ministerpräsidenten-Konferenz der westlichen Besatzungszonen (Fn. 30), S. 63.

³² Vgl. *Matz*, in: Leibholz/v. Mangoldt, JöR n.F. 1 (1951), S. 45.

können: Teils wird das Staatsoberhaupt als Berechtigter genannt,³³ teils der Staat oder die Gesamtheit,³⁴ teils die Verfassung selbst.³⁵ Bisweilen werden auch Staatsoberhaupt und Verfassung verbunden,³⁶ vereinzelt auch Staatsoberhaupt und Staat.³⁷ Im Grundgesetz schließlich erscheint der Staat als Bezugspunkt, das Grundgesetz als Inhalt der Treuepflicht. Wie bei einem zivilrechtlichen Rechtsverhältnis, das nur zwischen zwei oder mehr Rechtssubjekten existieren kann, kann auch die Treuepflicht als Teil des öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses nur zwischen dem Beamten (oder einer ihm insoweit gleichgestellten Person) auf der einen Seite und einem Hoheitsträger auf der anderen Seite bestehen. Damit ist Berechtigter der Treuepflicht nicht etwa die jeweilige Regierung oder die Verfassung, sondern der Dienstherr des Beamten selbst, also der Bund, ein Land oder eine andere Stelle mit Dienstherrnfähigkeit. In dem vom BVerwG entschiedenen Fall war Dienstherr des Beamten und damit Berechtigter der Treuepflicht die Bundesrepublik Deutschland.

VI. Inhalt der Treuepflicht

Die Treuepflicht der Beamten kann am besten in Abgrenzung zu der alle Einwohner treffenden Pflicht zum Rechtsgehorsam bestimmt werden. Die Pflicht zum Rechtsgehorsam verlangt lediglich, den Gesetzen, Rechtsverordnungen und sonstigen Bestandteilen der Rechtsordnung rein äußerlich zu gehorchen.³⁸ Rechtsbefolgung muss nicht aus edlen Motiven erfolgen, sondern auch bloße Gleichgültigkeit, selbst ein innerer Widerwille stehen der Erfüllung dieser Pflicht nicht entgegen. Die Pflicht zum Rechtsgehorsam verlangt keine Einsicht in die Notwendigkeit der Rechtsordnung im Allgemeinen und einzelner Regelungen im Besonderen, sondern pure Angst vor Strafe reicht als Grund der Rechtsbefolgung aus.

Die beamtenrechtliche Treuepflicht hingegen setzt zusätzlich zu der äußeren Rechtsbefolgung auch eine innere Bejahung der Rechtsordnung voraus, insbesondere der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, die aus wesentlichen Elementen des Rechtsstaats- und des Demokratieprinzips besteht. Von dem treueverpflichteten Beamten wird eine positive Einstellung zum Objekt seiner Treue gefordert, er soll dieses bejahen, seine Existenz begrüßen und seinen Fortbestand wünschen.³⁹ Dadurch, dass der Beamte in dem vom BVerwG entschiedenen Fall durch die mehrfache Bezugnahme auf das „Königreich Bayern“ gerade den Bestand der Bundesrepublik Deutschland in Frage stellte, verstieß er in besonders schwerem Maße gegen diese Treuepflicht.

Überdies wird von einem treueverpflichteten Beamten nicht nur erwartet, dass er sich selbst rechtmäßig verhält und

die Verfassung und die übrige Rechtsordnung innerlich bejaht, sondern dass er auch innerhalb und außerhalb des Dienstes gegenüber Dritten einschreitet, die durch ihr Verhalten wesentliche Grundsätze der Verfassung gefährden oder verletzen. Um eine Anleihe beim Strafrecht vorzunehmen: Der Beamte wird zum Beschützergaranten der Verfassung.

Darüber hinaus stellt die Treuepflicht des Beamten auch die Quelle der übrigen beamtenrechtlichen Pflichten dar, etwa der Pflichten zur vollen Hingabe an den Dienst⁴⁰ und zur sorgsamem Amtsführung⁴¹. Insofern kommt der beamtenrechtlichen Treuepflicht auch eine generalklauselartige Funktion zu. Sie bildet den Hintergrund der übrigen Pflichten der Beamten und schließt etwaige Lücken.

Dieser umfassenden Treuepflicht des Beamten korrespondiert eine Fürsorgepflicht des Dienstherrn.⁴² Dabei befinden sich diese beiden Pflichten nicht in einem streng synallagmatischen Verhältnis zueinander nach dem Vorbild der §§ 320 ff. BGB, sondern der Gesamtheit der Pflichten des Beamten, die in der Treuepflicht kulminieren, steht die Gesamtheit der Pflichten des Dienstherrn gegenüber, die sich auf die Fürsorgepflicht zurückführen lassen. Allenfalls mag man insofern von einem Synallagma höherer Ordnung sprechen.

VII. Durchsetzung der Treuepflicht

Die beamtenrechtliche Treuepflicht stellt keine *lex imperfecta* dar, deren Verletzung ohne rechtliche Folgen bleibt, sondern sie kann disziplinar- (1.), straf- (2.) und gegebenenfalls auch vermögensrechtlich (3.) sanktioniert werden.

1. Disziplinarrechtliche Folgen

Der Verstoß gegen die beamtenrechtliche Treuepflicht ist disziplinarrechtlich als Dienstvergehen zu werten. Das Bundesdisziplinargesetz und die Disziplinarordnungen der Länder verzeichnen nicht wie das Strafgesetzbuch einzelne Taten, sondern gehen nur generalklauselartig vom Dienstvergehen als rechtswidriger und schuldhafter Verletzung einer beamtenrechtlichen Pflicht aus. Ein solches Dienstvergehen zieht je nach der Schwere der Pflichtverletzung, dem Grad des Verschuldens, dem entstandenen Schaden, dem Persönlichkeitsbild des Beamten und dem Grad des Bruchs des Vertrauens des Dienstherrn⁴³ als Sanktion in aufsteigender Reihenfolge einen Verweis⁴⁴, eine Geldbuße⁴⁵, eine Kürzung der Dienstbezüge⁴⁶, eine Zurückstufung⁴⁷ oder gar die Entfernung aus

³³ So Teil II Titel 10 § 2 Preußisches Allgemeines Landrecht 1794.

³⁴ Art. 130 Abs. 1 WRV.

³⁵ § 45 Württembergische Verfassung von 1819, StRegBl.

³⁶ Abschnitt X § 3 Bayerische Verfassung von 1818, BayGBl.

³⁷ § 1 Abs. 1 Deutsches Beamtengesetz 1937, RGBl. I.

³⁸ Umfassend dazu *Schmidt* (Fn. 24), S. 169 ff., v.a. S. 175.

³⁹ Vgl. *Schmidt* (Fn. 24), S. 183.

⁴⁰ § 61 Abs. 1. S. 1 BBG; § 34 Abs. 1 S.1 BeamtStG; dazu *Leppke* (Fn. 13), § 14 Rn. 173; *Schmidt* (Fn. 18), S. 106 ff. Rn. 308 ff.

⁴¹ §§ 60 f. BBG; §§ 33 f. BeamtStG; Erläuterungen bei *Schmidt* (Fn. 18), S. 111 ff. Rn. 321 ff.

⁴² § 78 BBG; § 45 BeamtStG; dazu *Leppke* (Fn. 13), § 17 Rn. 213 ff.; *Schmidt* (Fn. 18), S. 212 ff. Rn. 680 ff.

⁴³ Zu diesen Kriterien siehe *Schmidt* (Fn. 18), S. 148 Rn. 459 ff.

⁴⁴ § 6 BDG.

⁴⁵ § 7 BDG.

⁴⁶ § 8 BDG.

⁴⁷ § 9 BDG.

dem Beamtenverhältnis⁴⁸ nach sich.

Verfahrensmäßig kann der Dienstherr in den leichteren Fällen des Verweises, der Geldbuße oder der Kürzung der Dienstbezüge die Sanktion selbst verhängen und der Beamte hat dann die Möglichkeit, mit Widerspruch und Klage gegen die Disziplinarverfügung verwaltungsgerichtlich vorzugehen.⁴⁹ Die besonders einschneidenden Maßnahmen der Zurückstufung und der Entfernung aus dem Beamtenverhältnis hingegen kann der Dienstherr nicht selbst verhängen, sondern in diesen Fällen muss er eine sogenannte Disziplinaranzeige vor dem Verwaltungsgericht als Disziplinargericht anstrengen.⁵⁰ Dabei handelt es sich um ein der strafprozessualen Anklage ähnliches Verfahren. Die klassischen Rollen vor dem Verwaltungsgericht mit der Behörde als Beklagter und dem Bürger als Kläger sind in diesem Fall also vertauscht. So war es auch in dem vom BVerwG entschiedenen Fall. Insofern stellt das Urteil des BVerwG, mit dem der Regierungsobersekretär aus dem Dienst entfernt wurde, keine Kontrolle der Rechtmäßigkeit einer bereits anderweitig getroffenen Entscheidung des Dienstherrn dar, sondern eine eigene konstitutive Entscheidung des Gerichts, mit der das Beamtenverhältnis rechts-gestaltend aufgelöst wurde.

Ein solches Verfahren kann sich über einen sehr langen Zeitraum erstrecken, wie auch der Fall des BVerwG vor Augen führt, in dem der Beamte sich bereits 2015 im „Königreich Bayern“ währte, in dem er aber erst 2021 endgültig aus dem Dienst entfernt wurde. Dies wirft die Frage nach Maßnahmen des Dienstherrn in der Zwischenzeit auf. Hier besteht für den Dienstherrn nicht nur die Möglichkeit, dem Beamten die Führung der Dienstgeschäfte zu verbieten,⁵¹ um weitere Gefahren abzuwehren, sondern ihn gar vorläufig des Dienstes zu entheben,⁵² was zusätzlich zur Gefahrenabwehr auch einen – quasi strafähnlichen – Vorgriff auf das erwartete Ergebnis des Disziplinarverfahrens darstellt. Zusätzlich kann ein Teil der Dienstbezüge bis zum Abschluss des Disziplinarverfahrens einbehalten werden.⁵³

2. Strafrechtliche Sanktionen

Neben den disziplinarrechtlichen Folgen können Beamten bei rechtswidriger und schuldhafter Verletzung einer Dienstpflicht auch strafrechtliche Sanktionen drohen, sofern sie damit zugleich einen Straftatbestand des StGB verwirklichen. Im Unterschied zum Disziplinarrecht kennt das Strafrecht aber keine generalklauselartigen Tatbestände und der Verstoß gegen die beamtenrechtliche Treuepflicht ist – im Unterschied zu manchen anderen beamtenrechtlichen Pflichtverstößen – nicht zusätzlich auch strafbewehrt. Deshalb stellten sich in dem vom BVerwG entschiedenen Fall auch keine Fragen

nach dem Verhältnis zwischen besonderem Disziplinarrecht und allgemeinem Strafrecht.⁵⁴

3. Vermögensrechtliche Konsequenzen

Schließlich können beamtenrechtliche Pflichtverletzungen auch vermögensrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. So kann der Beamte dem Dienstherrn zum Ersatz des aus seiner rechtswidrigen und schuldhaften Pflichtverletzung entstandenen Schadens verpflichtet sein. Ein Verstoß gegen die Treuepflicht, wie ihn der Beamte in dem vom BVerwG entschiedenen Fall begangen hat, bewirkt aber regelmäßig keinen vermögensrechtlichen Schaden des Dienstherrn, sondern einen immateriellen, weil das Vertrauen der Allgemeinheit in den Dienstherrn leidet. Solche immateriellen Einbußen sind aber schon bei Ansprüchen gegen den Dienstherrn nur in engen Grenzen ersatzfähig⁵⁵ – umgekehrt gibt es keinen Anspruch des Dienstherrn auf Schadensersatz oder Entschädigung wegen Beeinträchtigung seiner immateriellen Belange.

VIII. Schlussbetrachtung

Die Entscheidung des BVerwG zeigt, dass der scheinbar so abstrakten Treuepflicht des Beamten auch heute noch grundlegende und rechtspraktische Bedeutung zukommt. Verpflichtet sind alle Beamten im statusrechtlichen Sinne sowie sonstige in einem besonderen öffentlich-rechtlichen Näheverhältnis stehende Beschäftigte. Berechtigt ist der jeweilige Dienstherr. Diese Treuepflicht erschöpft sich nicht in einer Pflicht zum Rechtsgehorsam, sondern verlangt darüberhinausgehend ein aktives Eintreten für die freiheitliche demokratische Grundordnung. Diese Treuepflicht kann mit den Mitteln des Disziplinarrechts durchgesetzt werden, und zwar bis hin zur Entfernung aus dem Dienst. Ausnahmsweise kann auch ein strafrechtlicher Tatbestand erfüllt und ein vermögensrechtlicher Anspruch des Dienstherrn gegeben sein.

⁴⁸ § 10 BDG.

⁴⁹ Zum Verfahren im Einzelnen siehe *Leppek* (Fn. 13), § 15 Rn. 192 ff.; *Schmidt* (Fn. 18), S. 149 ff. Rn. 466 ff.

⁵⁰ § 52 BDG; dazu *Schmidt* (Fn. 18), S. 152 Rn. 483.

⁵¹ § 66 BBG; § 39 BeamtStG.

⁵² § 38 Abs. 1 BDG.

⁵³ § 38 Abs. 2, 3 BDG.

⁵⁴ Siehe zu dieser Spannungslage *Leppek* (Fn. 13), § 15 Rn. 189; *Schmidt* (Fn. 18), S. 155 f. Rn. 502 ff.

⁵⁵ Vgl. *Laubinger*, *VerwArch* 99 (2008), 278 (304).

Der Weg des Geldes vom Versicherten zum (Haus-)Arzt

Von **Theresa M. Hess**, Wiss. Mitarbeiter **Benedikt N. Fink**, Heidelberg*

Dieser Beitrag richtet sich vor allem an Studentinnen und Studenten mit Schwerpunkt im oder Interesse am Sozialrecht und soll dazu dienen, einen Überblick über den komplexen Weg des Geldes vom Versicherten zum Vertragsarzt zu vermitteln. In der einschlägigen Lehrbuchliteratur finden sich nur vereinzelt Aspekte dargestellt und kein Gesamtüberblick. Dieser wird von den Studentinnen und Studenten schlicht vorausgesetzt. Im Folgenden soll dieser Gesamtüberblick Schritt für Schritt beschrieben und die Zusammenhänge und Rechtsprobleme erläutert werden.

I. Einführung in die Thematik

Deutschland gilt seit der *Bismarckschen* Sozialgesetzgebung 1881 als Geburtsland der Sozialversicherung. Die Grundideen *Bismarcks* sind auch heute noch in den in erklärten Zielen des Sozialrechts enthalten: Gem. § 1 Abs. 1 SGB I soll das Recht des Sozialgesetzbuchs der Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit dienen. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Sozialversicherung ergibt sich primär aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG. Der Begriff der Sozialversicherung wird dabei als weit gefasster verfassungsrechtlicher Gattungsbegriff verstanden, der gekennzeichnet ist durch das soziale Bedürfnis nach Ausgleich besonderer Lasten, die Aufbringung der erforderlichen Mittel durch Beiträge der Beteiligten und die organisatorische Durchführung durch selbständige Anstalten oder Körperschaften öffentlichen Rechts.¹ Dazu gehört jedenfalls die gemeinsame Deckung eines möglichen, in seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit.² Um die Wichtigkeit der Sozialversicherungsbeiträge zu verdeutlichen, seien an dieser Stelle die Zahlen aus dem Jahr 2019³ dargestellt: Die laufenden Gesundheitsausgaben beliefen sich auf 403,4 Milliarden Euro. Die Sozialversicherungsbeiträge bildeten mit 64,9 % deren wichtigste Finanzierungsquelle.⁴

Das Sozialgesetzbuch besteht bislang aus zwölf Büchern.⁵ Dabei bilden die Bücher I und IV einen allgemeinen Teil und

gemeinsame Vorschriften für Sozialversicherungen. Buch X setzt sich mit dem sozialrechtlichen Verwaltungsverfahren auseinander. Die übrigen Bücher enthalten Regelungen zu den einzelnen Sozialversicherungen. Beispielhaft sei noch das SGB VII, Unfallversicherungsrecht, und das SGB XI, Vorschriften für die soziale Pflegeversicherung, genannt.

1. Recht der gesetzlichen Krankenversicherung

Für die folgenden Erläuterungen steht vor allem das Recht der gesetzlichen Krankenversicherungen im Fokus. Gem. § 1 S. 1 SGB V hat die Krankenversicherung als Solidargemeinschaft die Aufgabe, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder ihren Gesundheitszustand zu bessern. Dem Krankenversicherungsrecht ist folglich das Solidaritätsprinzip immanent, welches auch in § 3 SGB V deutlich wird.⁶ Dieses gebietet es, dass sich Arbeitnehmer, solange sie Arbeitsentgelt erhalten, mit Beiträgen an der Finanzierung von Leistungen der Versichertengemeinschaft beteiligen, unabhängig davon, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang beim Beitragszahler ein Schutzbedürfnis besteht. Vorteile und Lasten brauchen für den einzelnen Versicherten nicht äquivalent zu sein.⁷ Prägende Gesichtspunkte der gesetzlichen Krankenversicherung sind die Qualität, § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V, die Humanität, § 70 Abs. 2 SGB V und die Wirtschaftlichkeit, § 12 SGB V.

Der wohl wichtigste Anspruch im Krankenversicherungsrecht ist der Anspruch auf Krankenbehandlung in § 27 Abs. 1 SGB V. Der Anspruch auf Sozialleistungen wird grundsätzlich im gleichen Schema geprüft und ist damit für die Studentinnen und Studenten sehr dankbar: Zuerst ist zu fragen, ob der Anspruchssteller zum versicherten Personenkreis des jeweiligen Versicherungszweiges gehört. Sodann ist zu untersuchen, ob der Versicherungsfall eingetreten ist. Der dritte wichtige Prüfungspunkt ist, ob die Leistungsvoraussetzungen im Hinblick auf die konkret begehrte Leistung vorliegen.⁸ Zentraler Begriff i.R.d. § 27 Abs. 1 S. 1 SGB V ist die Krankheit. Krankheit ist dabei jeder regelwidrige, vom Leitbild des gesunden Menschen abweichender Körper- oder Geisteszustand, der ärztlicher Behandlung bedarf oder den Betroffenen arbeitsunfähig macht.⁹ Die Krankenbehandlung ist damit das, was der Leistungserbringer erbringt, wofür auf der anderen Seite das Geld fließt, dessen Weg hier beschrieben wird.

* Die *Autorin* ist Promotionsstudentin an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der *Autor* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Unternehmensrecht von Prof. Dr. Markus Stoffels an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

¹ Steiner, in: Spickhoff (Hrsg.), *Medizinrecht*, 3. Aufl. 2018, GG Art. 74 Rn. 3.

² BVerfG, Urt. v. 10.5.1960 – 1 BvR 190/58 = BVerfGE 11, 105, Rn. 21; erläutert auch in *Sodan*, in: *Sodan* (Hrsg.), *Handbuch des Krankenversicherungsrechts*, 3. Aufl. 2018, § 1 Rn. 25.

³ Die *Autoren* haben sich für das Jahr 2019 zur Erläuterung entschieden, da die Jahre 2020/2021 bedingt durch die COVID-19 Pandemie außergewöhnlichen Umständen unterlagen.

⁴ Pressemitteilung des Statistischen Bundesamtes v. 2.6.2021.

⁵ Ab 1.1.2024 werden es 13 Bücher sein.

⁶ Mit weiteren Ausführungen: *Zuck*, in: *Quaas/Zuck/Clemens*, *Medizinrecht*, 4. Aufl. 2018, § 2 Rn. 68 ff.

⁷ BSG SozR 3-4100, § 168 Nr. 10; kritisch mit dem Begriff der Solidarität und gut das Verhältnis zur Eigenverantwortung beschreibend: *Zuck* (Fn. 6), § 2 Rn. 77 ff.

⁸ Darüber hinaus ist ggf. zu fragen, ob dem Anspruch rechtliche Hindernisse entgegenstehen (wie etwa die Verjährung); wer der zuständige Leistungsträger ist und ob die Rechtsfolge eine gebundene Entscheidung, § 38 SGB I, oder eine Ermessensentscheidung, § 39 SGB I, ist.

⁹ BSG NZS 2009, 95 (95).

2. Grundsatz des Sachleistungsprinzips

Im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung gilt grundsätzlich nach § 2 Abs. 2 S. 1 SGB V das Sachleistungsprinzip, soweit gesetzlich nichts Anderes geregelt ist. Ausnahmen stellen beispielsweise die Regelungen in § 13 Abs. 2–4 SGB V dar.¹⁰ Nach diesem Prinzip hat der Versicherte dem Grunde nach einen Anspruch gegen die Krankenversicherung auf Verschaffung der Leistung in natura und grundsätzlich keinen Kostenerstattungsanspruch.¹¹ Die Krankenversicherung erbringt diese Leistungen zumeist nicht selbst, sondern bedient sich dafür der sog. Leistungserbringer (dazu zählen insb. Ärzte, Zahnärzte, Krankenhäuser, Leistungserbringer von Heil- und Hilfsmitteln, Apotheken und pharmazeutische Unternehmen).¹² Gem. § 2 Abs. 2 S. 3 SGB V schließen die Krankenkassen Verträge mit den Leistungserbringern über Erbringung der Sach- und Dienstleistungen.¹³ Im Gegensatz zur privaten Krankenversicherung, bei der das Kostenerstattungsprinzip vorherrscht,¹⁴ ist der Versicherte von der Last, die Kosten vorstrecken zu müssen, befreit.¹⁵ Im Rahmen des gesetzlichen Krankenversicherungsrecht ist der Versicherte nicht am Abrechnungsvorgang beteiligt.¹⁶ Als Nachteil des Sachleistungsprinzips wird deshalb angeführt, dass der Leistungsempfänger keinen Überblick darüber hat, welche Kosten aufgrund der für ihn erbrachten Leistungen für seine Krankenkasse entstanden sind.

II. Weg des Geldes

Dieser für den Versicherten meist nicht offensichtlich wahrnehmbare Prozess soll im Folgenden erläutert werden. Dadurch soll zum einen das Verständnis für diese Abläufe ver-

bessert werden. Gleichzeitig stellt diese Thematik einen beliebten Stoff für Schwerpunktprüfungen dar.

1. Lohnabzugsverfahren beim Versicherten

Grundlage für den Zahlungsprozess ohne unmittelbare Beteiligung des Versicherten ist das Lohnabzugsverfahren der gegen Arbeitsentgelt beschäftigten Arbeitnehmer, § 28g S. 2 SGB IV. Dieser ist nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 SGB V in der gesetzlichen Krankenversicherung pflichtversichert,¹⁷ soweit er nicht jenseits der Jahresarbeitsentgeltgrenze¹⁸ verdient oder einen Sonderstatus hat, siehe § 6 SGB V. Als Beschäftigter hat er nach § 28g S. 1 SGB IV die Abführung des von ihm zu tragenden Teiles des Gesamtsozialversicherungsbeitrages zu dulden.¹⁹ Dabei stellt der Beitrag in der gesetzlichen Krankenversicherung nach § 28d S. 1 SGB IV einen Teil des Gesamtsozialversicherungsbeitrages dar. Der Gesamtsozialversicherungsbeitrag setzt sich aber neben dem Beitrag für die gesetzliche Krankenversicherung auch aus dem Beitrag in der Rentenversicherung, Pflegeversicherung²⁰ sowie dem Beitrag aus einer versicherungspflichtigen Beschäftigung nach dem Recht der Arbeitsförderung zusammen.

2. Arbeitgeberanteil

Nach § 249 Abs. 1 S. 1 SGB V gilt auch im Krankenversicherungsrecht der Grundsatz der Parität.²¹ Danach tragen der Arbeitgeber und die Beschäftigten, die nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 13 SGB V versicherungspflichtig sind, die nach dem Arbeitsentgelt zu bemessenden Beiträge jeweils zur Hälfte. Grund der arbeitgeberseitigen Beitragszahlung ist das für ihn geltende Fürsorgeprinzip.²² Außerdem profitiert er maßgeb-

¹⁰ *Krauskopf*, in: *Krauskopf, Soziale Krankenversicherung*, 111. Lfg., Stand 2021, SGB V § 2 Rn. 9; *Nebendahl*, in: *Spickhoff* (Fn. 1), SGB V § 2 Rn. 13; *Waltermann*, *Sozialrecht*, 14. Aufl. 2020, Rn. 191; *Roos*, NZS 1997, 464 (465).

¹¹ BSGE NJW 1999, 1805; *Sodan* (Fn. 2), § 1 Rn. 28; *Fastabend/Schneider*, *Das Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung*, 2. Aufl. 2016, Rn. 16; *Muckel/Ogorek*, *Sozialrecht*, 5. Aufl. 2019, § 8 Rn. 63.

¹² BSG MedR 2002, 47 (49); *Sodan* (Fn. 2), § 1 Rn. 28.

¹³ § 2 Abs. 2 S. 3 SGB V bildet die ordnungspolitische Grundentscheidung dafür, dass die Krankenkassen die Leistungen nicht durch angestellte Leistungserbringer, sondern durch Verträge mit diesen erbringen. Eine Ausnahme davon bildet § 140 SGB V; siehe dazu: *Kaempfe*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 7. Aufl. 2020, § 140 Rn. 1; ausführlich zu den Rechtsbeziehungen im Leistungserbringungsverhältnis: *Becker/Kingreen*, in: *Becker/Kingreen* (a.a.O.), § 69 Rn. 9 ff.

¹⁴ *Sodan* (Fn. 2), § 1 Rn. 31.

¹⁵ BSG MedR 2002, 47 (49); *Muckel/Ogorek* (Fn. 11), § 8 Rn. 63.

¹⁶ Siehe zu diesem Punkt: *Sodan* (Fn. 2), § 1 Rn. 29; kritisch zum Sachleistungsprinzip *Fastabend/Schneider* (Fn. 11), Rn. 18; kritisch zu der Unterscheidung zwischen Sachleistungs- und Kostenerstattungsprinzip: *Kingreen*, in: *Becker/Kingreen* (Fn. 13), § 13 Rn. 3 ff.

¹⁷ Die Differenzierung zwischen Arbeiter und Angestellten ist veraltet und wird im geltenden Sozialrecht nicht mehr vorgenommen; siehe *Ulmer*, in: *Rolfs u.a.* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht*, 63. Ed., Stand 1.12.2021, SGB V § 5 Rn. 1.

¹⁸ Begründet wird die Jahresarbeitsentgeltgrenze damit, dass Höherverdienende eine geringere Schutzbedürftigkeit gegenüber Beschäftigten mit geringem Jahresverdienst aufweisen, sodass für die der zwingende Krankenversicherungsschutz nicht mehr geboten scheint.

¹⁹ Während der Normwortlaut des § 28g S. 1 SGB IV von einem Anspruch spricht, gestehen Bundesarbeitsgericht und Bundessozialgericht dem Arbeitgeber (lediglich) einen besonderen Erfüllungseinwand zu; BSGE NZS 2001, 370 (371); BAGE NZA 2008, 884 (885).

²⁰ Nach § 28d S. 2 SGB IV gilt dies nur für die in der Krankenversicherung kraft Gesetzes versicherten Beschäftigten.

²¹ Von diesem Grundsatz werden jedoch einige Ausnahmen gemacht, siehe dazu: *Peters*, in: *Körner u.a.* (Hrsg.), *Kassler Kommentar, Sozialversicherungsrecht*, SGB V § 249 Rn. 10 (103. EL., März 2019); *Rolfs*, in: *Gagel*, SGB II/III, SGB III § 340 Rn. 16 (81. EL., Februar 2021); *Axer*, in: *Ruland/Becker/Axer* (Hrsg.), *Sozialrechtshandbuch*, 6. Aufl. 2018, § 14 Rn. 56.

²² *Uhle*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, *Grundgesetz, Kommentar*, GG Art. 74 Rn. 171 (95. Lfg., Juli 2021).

lich von der Arbeitskraft seiner Beschäftigten.²³

3. Zusammensetzung des Beitrages

Gem. § 241 SGB V beträgt der allgemeine Beitragssatz 14,6 % der beitragspflichtigen Einnahmen der Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung. Hinzu kommt der kassenindividuelle Zusatzbeitrag nach § 242 Abs. 1 SGB V.²⁴ Dadurch haben die einzelnen Krankenkassen die Möglichkeit, eine Unterdeckung ihrer Finanzen durch die Erhebung eines Zusatzbeitrages auszugleichen.²⁵ Es handelt sich um ein ergänzendes Finanzierungsinstrument, dessen Höhe jede Krankenkasse selbstständig festlegen kann. Dieser wird seit 2019 wieder²⁶ aufgrund einer Neuregelung²⁷ des § 249 Abs. 1 S. 1 SGB V paritätisch von Arbeitgeber und Arbeitnehmer getragen.

4. Weiterleitung des Gesamtsozialversicherungsbeitrages

Der Gesamtsozialversicherungsbeitrag ist gem. § 28h Abs. 1 S. 1 SGB IV vom Arbeitgeber an die Krankenkassen als Einzugsstellen zu zahlen.²⁸ Einzugsstellen im Sinne dieser Norm sind die in § 4 Abs. 2 SGB V genannten Krankenkassen.²⁹ Die Zuständigkeit der Einzugsstelle richtet sich nach § 28i S. 1 SGB IV. Grund für die Zahlung des Arbeitgebers an die Einzugsstelle ist die Überprüfung der rechtzeitigen und vollständigen Beitragszahlung und gegebenenfalls die Geltendmachung unterbliebener Beiträge.³⁰ Zudem ist es zentrale Aufgabe der Einzugsstellen, die Gesamtsozialversicherungspflicht zu prüfen und festzustellen, § 28h Abs. 2 S. 1 SGB IV.³¹ Diese Entscheidung wird für alle Versicherungszweige einheitlich und personenbezogen getroffen.³²

²³ Benner, SozVers 1989, 208 (208).

²⁴ Einen Überblick zur Neufassung des kassenindividuellen Zusatzbeitrages liefert *Algermissen*, NZS 2014, 921.

²⁵ BT-Drs 16/3100, S. 92.

²⁶ Vgl. zur erstmaligen Einführung der paritätischen Beteiligung in § 249 SGB V: Gesetz zur Strukturreform im Gesundheitswesen (Gesundheits-Reformgesetz-GRG) v. 20.12.1988, BGBl. I 1988, S. 2537.

²⁷ Vgl. BT-Drs. 19/4454, S. 35 f.

²⁸ Gem. § 28f IV SGB IV haben Arbeitgeber, die den Gesamtsozialversicherungsbeitrag grundsätzlich an mehrere Orts- oder Innungskrankenkassen zu zahlen haben, die Möglichkeit, den nach § 28f Abs. 3 SGB IV erforderlichen Beitragsnachweis an eine zentral (beauftragte) Stelle zu übermitteln und gegebenenfalls auch den Gesamtsozialversicherungsbeitrag dort hin abzuführen.

²⁹ Wagner, in: Rolfs u.a. (Fn. 17), SGB IV § 28h Rn. 3.

³⁰ *Rosbach*, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 7. Aufl. 2021, SGB IV § 28h Rn. 4.

³¹ Wagner (Fn. 29), § 28h Rn. 4 ff.; *Rosbach* (Fn. 30), SGB IV § 28h Rn. 6.

³² Wagner (Fn. 29), § 28h Rn. 5.

5. Gesundheitsfonds

Gem. § 28k Abs. 1 S. 1 SGB IV verteilt die Einzugsstelle den Gesamtsozialversicherungsbeitrag an die jeweiligen Sozialversicherungsträger, das heißt, dass sie dem zuständigen Träger der Pflegeversicherung, der Rentenversicherung und der Bundesagentur für Arbeit die für diese gezahlten Beiträge einschließlich der Zinsen auf Beiträge und Säumniszuschläge arbeitstäglich weiterleitet; der Beitrag zur gesetzlichen Krankenversicherung wird gem. § 28k Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB IV an den Gesundheitsfonds³³ weitergeleitet. Dieser wird vom Bundesamt für Soziale Sicherung als Sondervermögen verwaltet, § 271 Abs. 1 SGB V. Aus dem Gesundheitsfonds wird den Krankenkassen nach § 266 Abs. 1 S. 1 SGB V zur Deckung ihrer Ausgaben eine Grundpauschale gezahlt. Die Grundpauschale stellt einen berechneten Pro-Kopf-Finanzbedarf aller Krankenkassen dar.³⁴ Dieser wird im Voraus für ein Kalenderjahr bezahlt.³⁵ Diese Berechnung erfolgt nach § 12 Abs. 1 RSAV, wonach die Grundlage für die Ermittlung der Grundpauschale die voraussichtlichen standardisierten Leistungsausgaben der Krankenkassen nach § 266 Abs. 3 SGB V bilden. Ergänzt wird die Grundpauschale durch risikoadjustierte Zu- und Abschläge, um strukturelle Benachteiligungen einzelner Kassen durch deren besondere Risikostruktur (hohes Krankheitsrisiko, geringes Einkommen der Versicherten, mitversicherte Familienangehörige) auszugleichen.³⁶ Mit diesen Zuweisungen wird jährlich ein Risikostrukturausgleich durchgeführt, § 266 Abs. 1 S. 2 SGB V. Der morbiditätsbedingte Risikostrukturausgleich dient dazu, Zuweisungen an die Krankenkassen aus dem Fonds zielgenauer auf die unterschiedlichen Risiken der Versicherten der verschiedenen Kassen auszurichten.³⁷ Diese Risiken sind z.B. Alter, Krankheit und Geschlecht.³⁸ Zusätzlich dazu bestehen etwaige regionale Unterschiede.³⁹ Dabei wird insbesondere die zwischen den Krankenkassen unterschiedlich verteilte Krankheitsbelastung der Versicherten berücksichtigt. Krankenkassen mit einer hohen Zahl überdurchschnittlich kranker Versicherten haben daher keine Nachteile im Wettbewerb mehr.⁴⁰

Der Gesetzgeber wollte mit der Einführung des Gesundheitsfonds und des morbiditätsorientierten Risikostrukturausgleichs die Finanzierung der gesetzlichen Krankenversicherung effizienter und transparenter gestalten.⁴¹ Die Idee des

³³ Neben den Beiträgen hat der Gesundheitsfonds noch andere Einnahmen, dazu: *Rappl*, in: Krauskopf (Fn. 10), SGB V § 271 Rn. 8.

³⁴ *Männle*, in: Rolfs u.a. (Fn. 17), SGB V § 266 Rn. 12.

³⁵ *Göpffarth*, in: Becker/Kingreen (Fn. 13), SGB V § 266 Rn. 26.

³⁶ *Waltermann* (Fn. 10), Rn. 161.

³⁷ BT-Drs 16/3100, S. 91.

³⁸ *Sichert/Göpffarth*, SGB 2010, 394 (394).

³⁹ Siehe dazu: BT-Drs. 19/15662, S. 2.

⁴⁰ Siehe § 266 Abs. 1 S. 3 SGB V; vgl. dazu auch: BT-Drs. 16/3100, S. 91.

⁴¹ *Göpffarth* (Fn. 35), SGB V § 271 Rn. 2; *Rappl* (Fn. 33), SGB V § 271 Rn. 3.

Gesundheitsfonds ist die wirtschaftliche Verwendung der Steuer- und Beitragsmittel und die Intensivierung des Wettbewerbs zwischen den Krankenkassen zu fördern.⁴² Die Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds sind die wichtigsten Einnahmen der Krankenkassen.⁴³

6. Beziehungen zwischen Krankenkasse und Kassenärztlicher Vereinigung

Da die Krankenkassen die Versorgungsleistungen nicht selbst erbringen dürfen,⁴⁴ schließen sie Verträge mit den tatsächlich Ausführenden (sog. Leistungserbringern).⁴⁵ Diese Verträge sind der Bundesmantelvertrag und die Gesamtverträge, welche zwischen den Krankenkassen und den Kassenärztlichen Vereinigungen geschlossen werden. Die Aufteilung zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern sollen Inhalt, Qualität, Wirtschaftlichkeit und die Honorierung des Leistungsgeschehens steuern und damit eine gleichmäßige Versorgung der Versicherten gewährleisten, vgl. § 70 SGB V.⁴⁶

a) Bundesmantelvertrag

Der Bundesmantelvertrag wird auf Bundesebene zwischen den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen (GKV-Spitzenverband) geschlossen, § 82 Abs. 1 S. 1 SGB V. Die Kassenärztliche Bundesvereinigung, § 77 Abs. 5 SGB V, und der GKV-Spitzenverband, § 217 a SGB V, sind Körperschaften des öffentlichen Rechts. Aufgrund dieser Einordnung und der Tatsache, dass die ärztliche Versorgung dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, ist die Rechtsnatur des Bundesmantelvertrages öffentlich-rechtlich.⁴⁷ Zur Erfüllung der durch das SGB V übertragenen Aufgaben bilden die Vertragsärzte gem. § 77 Abs. 1 SGB V grundsätzlich für den Bereich jedes Landes eine Kassenärztliche Vereinigung. Gründungszweck der Kassenärztlichen Vereinigung ist der Schutz der Ärzte vor der zu Beginn des 20. Jahrhunderts als übermächtig empfundenen Krankenkassen.⁴⁸ Heutzutage tragen die Kassenärztlichen Vereinigungen in erster Linie die Organisationslasten, wie z.B. die Abrechnungsprüfung mit sachlich-rechnerischer Richtigstellung und die Beratung der Ärzte bei Fragen der Zulassung.⁴⁹ Inhalt des Bundesmantelvertrages ist primär, dass eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung

der Versicherten unter Berücksichtigung des allgemein anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse gewährleistet ist und die ärztlichen Leistungen angemessen vergütet werden, § 72 Abs. 2 SGB V.⁵⁰ Spezielle Regelungsinhalte sind zudem die Organisation der Versorgung gem. § 87 Abs. 1 SGB V, die Abrechnung ärztlicher Leistungen gem. § 295 Abs. 3 SGB V und der einheitliche Bewertungsmaßstab (EBM)⁵¹ nach § 87 Abs. 2 SGB V. Dieser bestimmt den Inhalt der abrechnungsfähigen Leistungen und ihr wertmäßiges, in Punkten ausgedrücktes Verhältnis zueinander.

b) Gesamtverträge

Die Gesamtverträge werden zwischen den Kassenärztlichen Vereinigungen und den für ihren Bezirk zuständigen Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen⁵² geschlossen, § 83 S. 1 SGB V. Auch die Gesamtverträge sind öffentlich-rechtliche Verträge.⁵³ Der Inhalt des Bundesmantelvertrages ist Bestandteil der Gesamtverträge, § 82 Abs. 1 S. 2 SGB V. Außerdem regeln die Gesamtverträge nach § 82 Abs. 2 SGB V die zu vereinbarende Vergütung. Darüber hinaus können Regelungen zu allen Inhalten der vertragsärztlichen Versorgung sowie alle gegenseitigen Beziehungen getroffen werden.⁵⁴ Er umfasst zudem, dass die Krankenkassen mit befreiender Wirkung eine Gesamtvergütung für die gesamte vertragsärztliche Versorgung der Mitglieder mit Wohnort im Gebiet der Kassenärztlichen Vereinigung entrichten, § 85 Abs. 1 SGB V. Auch die Höhe der Gesamtvergütung wird in den Gesamtverträgen geregelt, § 85 Abs. 2 S. 1 SGB V.

7. Beziehung zwischen Kassenärztlicher Vereinigung und (Haus-)Arzt

Zwischen den Kassenärztlichen Vereinigungen und den Vertragsärzten besteht eine Beziehung. Diese ist im Wege einer Zwangsmitgliedschaft⁵⁵ ausgestaltet, § 77 Abs. 3 S. 1 SGB V.⁵⁶ Eine Rechtsbeziehung zwischen den Krankenkassen und den Vertragsärzten gibt es im Bereich der ambulanten Versorgung hingegen nicht.⁵⁷

Vertragsarzt ist, wer nach dem Verfahren der §§ 95 ff. SGB V den Status des vertragsärztlichen Leistungserbringers

⁴² BT-Drs 16/3100, S. 91.

⁴³ *Sichert/Göppfarth*, SGB 2010, 394 (394).

⁴⁴ Ausnahme: §§ 33 Abs. 5, 76 Abs. 1 S. 3, S. 4, 132a Abs. 4 S. 13, 140 SGB V.

⁴⁵ *Scholz*, in: *Becker/Kingreen* (Fn. 13), SGB V § 2 Rn. 13.

⁴⁶ *Berchtold*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn* (Hrsg.), *Gesundheitsrecht*, 2. Aufl. 2018, § 2 Rn. 21.

⁴⁷ *Muckel/Ogorek* (Fn. 11), § 8 Rn. 138.

⁴⁸ *Clemens*, in: *Quaas/Zuck/Clemens* (Fn. 6), § 19 Rn. 4; weiteres zur Historie: *Richter*, in: *Rolfs u.a.* (Fn. 17), SGB V § 77 Rn. 1.

⁴⁹ *Kern/Rehborn*, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, *Handbuch des Arztrechts*, 5. Aufl. 2019, § 14 Rn. 34 f.; *Clemens* (Fn. 48), § 19 Rn. 5.

⁵⁰ Beispiele dazu finden sich in § 17 Abs. 1 S. 1 BMV und § 24 Abs. 7 BMV.

⁵¹ Der EBM gliedert gem. § 87 Abs. 2a S. 1 SGB V die Versorgung in Leistungen der hausärztlichen und Leistungen der fachärztlichen Versorgung, entsprechend § 73 Abs. 1 SGB V.

⁵² Ausführlicher zu den Ersatzkassen: *Baier*, in: *Krauskopf* (Fn. 10), SGB V § 148 Rn. 1 ff.

⁵³ *Hess*, in: *Körner u.a.* (Fn. 21), SGB V § 82 Rn. 9 (113. EL., März 2021).

⁵⁴ *Sproll*, in: *Krauskopf* (Fn. 10), SGB V § 83 Rn. 7.

⁵⁵ Grundlegend zur Zwangseingliederung in öffentlich-rechtliche Verbände: *BVerfG NJW* 1960, 619.

⁵⁶ Die Pflichtmitgliedschaft wird deutlich an dem Wortlaut „sind Mitglieder“; *Richter* (Fn. 48), SGB V § 77 Rn. 3.

⁵⁷ *Muckel/Ogorek* (Fn. 11), § 8 Rn. 138.

erreicht hat⁵⁸ und auf Grundlage der oben genannten Verträge an der Versorgung der Versicherten mitwirkt.⁵⁹ Die Kassenärztlichen Vereinigungen auf der anderen Seite erfüllen gem. § 75 Abs. 1 SGB V primär den gesetzlichen Sicherstellungsauftrag zur ausreichenden Versorgung mit vertragsärztlichen Leistungen. Sie übernehmen die Gewähr dafür, dass die vertragsärztliche Versorgung den gesetzlichen und vertraglichen Erfordernissen entspricht, § 75 Abs. 1 S. 1 SGB V. Zudem haben sie gem. § 75 Abs. 2 S. 1 SGB V die Rechte der Vertragsärzte gegenüber den Krankenkassen wahrzunehmen. Außerdem überwachen sie die den Vertragsärzten obliegenden Pflichten, § 75 Abs. 2 S. 1 SGB V.

8. Vertragsärztliche Vergütung

In einem ersten Schritt der vertragsärztlichen Vergütung legt der EBM Punktwerte als Orientierungswerte fest.⁶⁰ Die Kassenärztliche Vereinigung und der Landesverband der Krankenkassen vereinbaren auf der Grundlage des Orientierungswertes gem. § 87 Abs. 2e SGB V jedes Jahr einen Punktwert, der zur Vergütung der vertragsärztlichen Leistungen anzuwenden ist, § 87a Abs. 2 SGB V. Der Grund dafür, dass der Wert in Punkten und nicht in Euro angegeben ist, ist vor allem, dass dieser so quartalsweise angepasst werden kann. Nur durch die Anpassung an aktuelle Gegebenheiten und Entwicklungen kann kostendeckend gehandelt und das wirtschaftliche Arbeiten der Ärzte gewährleistet werden. An dieser Stelle wird beispielsweise der prägende Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit im Krankenversicherungsrecht am praktischen Beispiel deutlich: Ein Belastungs-EKG in derselben Sitzung hat sowohl im Quartal 04/2021 als auch im Quartal 01/2022 den Punktwert 198 im EBM. Diese Leistung hatte aber im Quartal 04/2021 den Geldwert 22,03 €, während es im Quartal 01/2022 den Geldwert 22,31 € hat. Insofern hat eine Anpassung über den Geldwert der Punkte stattgefunden.

Gem. § 87a Abs. 3 S. 1 SGB V vereinbaren die Kassenärztliche Vereinigung und die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen gemeinsam und einheitlich die von den Krankenkassen mit befreiender Wirkung an die jeweilige Kassenärztliche Vereinigung zu zahlenden morbiditätsbedingten Gesamtvergütungen für die gesamte vertragsärztliche Versorgung der Versicherten mit Wohnort im Bezirk der Kassenärztlichen Vereinigung. Dies deckt grundsätzlich die gesamte vertragsärztliche Versorgung der Versicherten ab.⁶¹ Nach § 87b Abs. 1 S. 1 SGB V verteilt die Kassenärztliche Vereinigung die vereinbarten Gesamtvergütungen an die Vertragsärzte. Die Kassenärztliche Vereinigung wendet bei der Verteilung den Verteilungsmaßstab an, der im Benehmen mit den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen festgesetzt worden ist, § 87b Abs. 1 S. 2 SGB V. Sollten die ärztlichen Maßnahmen das Vermögen des für die morbi-

ditätsbedingte Gesamtvergütung vorgesehenen Geldes überschreiten, kann es rein rechnerisch sein, dass der Arzt für diese Behandlungen kein Geld erhält, da der „Topf“ der morbiditätsbedingten Gesamtvergütung gedeckelt ist.⁶² Unabhängig von der gedeckelten Gesamtvergütung werden einige Leistungen, die abschließend in § 87a Abs. 3 S. 5 SGB V genannt werden, nach den in der regionalen Euro-Gebührenordnung festgelegten Preisen vergütet.⁶³

Überdies dient der sogenannte Fremdkassenzahlungsausgleich dazu, die aufgrund des Wohnortsprinzips entstandenen Ungleichheiten auszugleichen. Diese beruhen darauf, dass ein Versicherter ärztliche Leistungen außerhalb des Bereichs seiner Kassenärztlichen Vereinigung in Anspruch nimmt.⁶⁴

III. Fazit

Das System hinter dem Weg des Geldes bildet eine Grundlage für das Verständnis des Krankenversicherungsrechts. Jeder Schritt einzeln betrachtet beleuchtet eine Facette des SGB V: Vom Versicherungsstatus angefangen über die staatlichen Geldtöpfe bis hin zu den Krankenkassen. Damit ist deutlich geworden, dass der Weg des Geldes eine gute Wiederholung des gesamten Krankenversicherungsrechts darstellt.

Eine zentrale Rolle spielt dabei, wie aufgezeigt, das Dreiecksverhältnis zwischen Krankenkassen, Kassenärztlichen Vereinigungen und den Leistungserbringern. Wenn man jeden Schritt verinnerlicht und die dahinterstehenden Mechanismen und Grundgedanken versteht, wird deutlich, dass der Sozialstaat seine gesetzlichen Aufgaben – soziale Gerechtigkeit und Sicherheit zu fördern – erfüllt. Dennoch ist es wichtig, dass das System als ein lernendes ausgestaltet ist, welches sich an die Herausforderungen und sich verändernden Gegebenheiten anpassen muss. Nur so ist das Krankenversicherungsrecht für die Fortschritte der Medizin (insb. neue Behandlungsmethoden) und die gesellschaftlichen Veränderungen (bspw. demografischer Wandel) gewappnet.

⁵⁸ Scholz/Bartha, in: Rolfs u.a. (Fn. 17), SGB V § 95 Rn. 1; Näheres dazu: Waltermann (Fn. 10), Rn. 228 f.

⁵⁹ Muckel/Ogorek (Fn. 11), § 8 Rn. 136.

⁶⁰ Waltermann (Fn. 10), Rn. 225.

⁶¹ Rolfs/Witschen, NZS 2020, 121 (122).

⁶² Weitere Ausführungen dazu: Schröder, in: Rolfs u.a. (Fn. 17), SGB V § 87a Rn. 6 ff.

⁶³ Rolfs/Witschen, NZS 2020, 121 (123).

⁶⁴ Hess, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrecht, 3. Aufl. 2017, § 15 Rn. 106.

Der neugefasste Bedrohungstatbestand (§ 241 StGB)

Von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam*

Am 3.4.2021 trat das „Gesetz zur Bekämpfung des Rechts-
extremismus und der Hasskriminalität“ in Kraft. Dieses Gesetz
bringt in seinem Art. 1 viele Erweiterungen des Strafgeset-
zbuches und gibt der Vorschrift § 241 StGB ein neues Gesicht.
Darüber informiert dieser Beitrag.

I. Einführung

Bedrohung (§ 241 StGB) gehört in fast allen Bundesländern
zum Prüfungsstoff im Pflichtfach Strafrecht.¹ In Strafrechts-
fällen hat diese Norm zwar keine große Bedeutung. Oft ist
der Tatbestand erfüllt, weil der Täter z.B. eine schwere rä-
uberische Erpressung begeht, indem er dem Opfer eine gela-
dene Pistole vorhält (§§ 253, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1
StGB). § 241 StGB, dessen Tatbestand als Androhung des
Verbrechens „Totschlag“ oder „Mord“ erfüllt ist, tritt dann
aber als subsidiäre Vorschrift zurück.² Dennoch sind Kennt-
nisse zu dieser Vorschrift unerlässlich und müssen spätestens
in der Examensvorbereitungsphase erworben werden. Gewiss
nicht jeder Studierende verfolgt dabei aufmerksam die Tätig-
keit des Bundesgesetzgebers, der erst vor Kurzem das Straf-
gesetzbuch wieder einmal durch zahlreiche Änderungen, Er-
gänzungen und Neuerungen bereichert hat. Betroffen davon
ist auch § 241 StGB. Vor allem wer sich schon vor längerer
Zeit die frühere Fassung der Norm eingepägt und die Neu-
fassung noch nicht kennengelernt hat, könnte eine unliebsame
Überraschung erleben, wenn ihm im Examen eine Aufga-
be begegnet, die auch den Straftatbestand „Bedrohung“ –
jedenfalls nach der neuen Fassung – berührt. Damit dies nicht
passiert, werden hier ein Überblick und Erläuterungen zu den
Neuerungen gegeben.

II. § 241 StGB alte Fassung

Nach § 241 Abs. 1 StGB a.F. machte sich wegen Bedrohung
strafbar, wer jemandem die Begehung eines gegen den Ad-
ressaten oder gegen eine diesem nahestehende Person gerichteten
Verbrechens androhte. Drohungsgegenstand waren also
nur Taten, die im Gesetz mit einer Mindeststrafe von wenig-
stens einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht sind, § 12 Abs. 1
StGB. Abs. 2 erweiterte den Tatbestand, indem er die wahr-
heitswidrige Ankündigung eines bevorstehenden Verbrechens
gegen den Adressaten oder eine diesem nahestehende Person
der Drohung gleichstellte. Der Unterschied zwischen den
Handlungsmerkmalen von Abs. 1 und Abs. 2 ist gering: denn
eine „Drohung“, die außer in § 241 StGB auch in Vorschrif-
ten wie §§ 240, 249 und 253 StGB Tatbestandsmerkmal ist,
kann mittels Vortäuschung eines tatsächlich nicht bevorste-
henden Verbrechens begangen werden.³ Die Täuschung be-

trifft dabei die Herrschaft des Erklärenden über das ange-
drohte Ereignis. Prägendes Element des Begriffs „Drohung“
ist die Erklärung des Drohenden, dass er es in der Hand habe,
das angekündigte Übel – im Fall des § 241 Abs. 1 StGB ein
Verbrechen – eintreten zu lassen oder nicht. Der Täter kün-
digt also dem Opfer an: „Ich werde dich töten!“. Ist diese
Erklärung eine unwahre Behauptung, weil der Täter das Ver-
brechen nicht begehen kann oder nicht begehen will, ändert
dies am Einschüchterungseffekt beim Opfer nichts, sofern die-
ser die Erklärung ernst nimmt. Also ist auch die täuschungs-
basierte Ankündigung eine Drohung. Mit „Vortäuschung“ in
§ 241 Abs. 2 StGB muss deshalb etwas anderes gemeint sein
als mit einer „Drohung“, die auf eine Täuschung gestützt ist.⁴
Der Unterschied wird deutlich, wenn man dem Begriff der
„Drohung“ den Begriff der „Warnung“ gegenüberstellt.⁵ Mit
einer Warnung kündigt der Erklärende dem Adressaten eben-
falls ein Ereignis – z.B. ein Verbrechen („Du wirst getötet
werden!“) – an. Anders als bei der Drohung erklärt der Äu-
ßernde aber nicht, dass er selbst das Übel zufügen bzw. auf
den Eintritt des Übels entscheidenden Einfluss haben werde.⁶
Der Täter unterwirft das Opfer mit einer Warnung nicht seiner
Herrschaft, sondern versetzt es nur in „Alarmbereitschaft“.
Das ist kein Unrecht, sondern im Gegenteil ein zumindest
moralisch lobenswerter Beitrag zum Selbstschutz des Adres-
saten, der möglicherweise auf Grund der Warnung der ange-
kündigten Gefahr entgehen kann. Unrecht ist hingegen eine
Warnung, die eine Lüge ist. Der Getäuschte wird dadurch
unnötig in Furcht und Schrecken versetzt und eventuell zu
Handlungen veranlasst, die erhebliche negative Konsequen-
zen für ihn und nahestehende Personen haben (Fluchtartiges
Verlassen der Wohnung, Verbarrikadierung, Bewaffnung).

III. § 241 StGB neue Fassung

1. Unveränderte Bestandteile der Norm

a) Tatbestandsmerkmale

Die Abs. 1 und 2 der alten Fassung des § 241 StGB sind
inhaltlich unverändert erhalten geblieben. Allein die Numme-
rierung hat sich geändert. Auf Grund der Einfügung des neu-
en Abs. 1 rücken die alten Abs. 1 und 2 nunmehr je eine
Stelle weiter und sind Abs. 2 und 3. Inhaltlich hat sich an den
Strafbarkeitsvoraussetzungen nichts geändert. Angehoben wur-
de die Strafdrohung: nach der früheren Fassung des § 241
StGB war die Ankündigung eines Verbrechens mit maximal
einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht. Jetzt kann diese Tat mit
bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe geahndet werden.

* Der Verf. ist emeritierter Professor für Strafrecht an der
Universität Potsdam.

¹ Zum Beispiel in Brandenburg gem. § 3 Abs. 4 Nr. 2 lit. b
lit. hh BbgJAo.

² Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar,
30. Aufl. 2019, § 241 Rn. 16.

³ Küper/Zopfs, Strafrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl. 2018,

Rn. 166.

⁴ Verkannt von Sinn, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener
Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 241
Rn. 2, 16, der den Vortäuschungstatbestand für überflüssig
hält, da der Begriff der „Drohung“ die Vortäuschungshand-
lungen umfasse.

⁵ Küper/Zopfs (Fn. 3), Rn. 169.

⁶ Anders Sinn (Fn. 4), § 240 Rn. 74.

b) Konkurrenzen

Bedrohung ist häufig Bestandteil einer Tat, mit der eine Nötigung (§ 240 StGB) begangen wird oder Straftatbestände mit Nötigungselementen (§§ 249, 252, 253, 255 StGB) verwirklicht werden. Nach h.M. tritt § 241 hinter allen diesen Delikten zurück, und zwar auch dann, wenn es nur zu einer versuchten Nötigung gekommen ist.⁷ Vorzugswürdig ist hingegen die Mindermeinung, nach der aus Klarstellungsgründen zwischen Bedrohung und versuchter Nötigung oder versuchter Erpressung Tateinheit besteht.⁸

*2. Neue Bestandteile der Norm**a) § 241 Abs. 1 StGB*

Der neue Abs. 1 erweitert den Bedrohungstatbestand durch Einbeziehung zahlreicher Vergehenstatbestände als Drohungsinhalt. Auf den Vortäuschungstatbestand § 241 Abs. 3 StGB (früher Abs. 2) hat der Gesetzgeber diese Erweiterung des Kundgabehalts nicht ausgedehnt. Bei Taten mit einer Täuschungskomponente muss also genau geprüft werden, ob es sich um eine „täuschungsgestützte“ Drohung (strafbar nach Abs. 1) oder um eine nicht strafbare Vortäuschung handelt. Da der Gesetzestext die relevanten Tatbestände nicht im Einzelnen z.B. durch einen Paragraphenverweis, sondern durch Angabe des geschützten Rechtsgutes bezeichnet, kann es Überschneidungen mit Abs. 2 geben. Beispielsweise ist die Androhung einer dauernd erheblich entstellenden Körperverletzung (§ 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB) Bedrohung mit einer rechtswidrigen Tat gegen die „körperliche Unversehrtheit“ (Abs. 1) und Bedrohung mit einem Verbrechen (Abs. 2). Wegen der höheren Strafdrohung des § 241 Abs. 2 StGB kommt dann allein dieser Tatbestand zur Anwendung.⁹ Abs. 2 normiert im Verhältnis zu Abs. 1 einen Qualifikationstatbestand.¹⁰ Taten gegen die „sexuelle Selbstbestimmung“ sind laut Überschrift des 13. Abschnitts des Strafgesetzbuchs die Vergehen und Verbrechen der §§ 174–184l StGB. Allerdings fallen sicher zahlreiche Straftatbestände deswegen weg, weil sie auf Taten basieren, mit denen man niemanden „bedrohen“ kann. Beispielsweise kann man sich nicht vorstellen, dass jemand eine Person damit bedroht, eine kinderpornographische Darbietung zu veranstalten (§ 184e Abs. 1 StGB) oder beharrlich einem Prostitutionsverbot zuwider zu handeln (§ 184f StGB). In erster Linie kommen sexuelle Missbräuche (§§ 176 ff. StGB) und sexuelle Übergriffe (§§ 177 ff. StGB) in Betracht, die zum großen Teil als Verbrechen in den Anwendungsbereich des § 241 Abs. 2 StGB fallen. Da die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung nicht zum Prüfungsstoff im ersten Examen gehören, kann diese Variante der Bedrohung vernachlässigt werden. Als „Straftaten gegen die persönliche Freiheit“ fasst der Besondere Teil des Strafgesetzbuches in seinem 18. Abschnitt die §§ 232–241a StGB zusammen. Wie

bei den Körperverletzungstatbeständen (§§ 223 ff. StGB) können auch in diesem Bereich die Strafbarkeitsvoraussetzungen im Einzelfall durch bagatellarisches Handeln erfüllt werden. Daher ist fraglich, ob es für die Strafbarkeit aus § 241 Abs. 1 StGB ausreicht, eine solche geringfügige Erscheinungsform anzudrohen. Zöge man keine Geringfügigkeitsgrenze, würde z.B. das Strafbarkeitsrisiko im Eltern-Kind-Verhältnis oder in der Schule steigen. Die vom Vater dem ungehorsamen Kind angedrohte Ohrfeige – eine wegen § 1631 Abs. 2 BGB nicht gerechtfertigte Körperverletzung¹¹ – wäre ebenso schon gem. § 241 Abs. 1 StGB strafbar wie die Ankündigung des Lehrers, er werde die undisziplinierten Schüler aus „pädagogischen Gründen“¹² nach Unterrichtsende eine Stunde lang im Klassenzimmer einsperren.¹³ Zur Vermeidung derartiger Strafrechtshypertrophie wird zu Recht eine teleologische Reduktion empfohlen.¹⁴ Hinsichtlich der Androhung von Straftaten gegen eine „Sache von bedeutendem Wert“¹⁵ – gemeint ist Sachbeschädigung (§ 303 StGB) – hat der Gesetzgeber selbst die Ausgrenzung von Bagatellen angedeutet. Allerdings ist das noch dahingehend zu ergänzen, dass nicht nur der Wert der betroffenen Sache, sondern auch die auf der angedrohten Tat beruhende Wertminderung erheblich sein müssen. Die Ankündigung, dem Reitpferd des Bedrohten ein paar Haare seiner Mähne abzuschneiden, dürfte deswegen nicht genügen.

b) Qualifikationstatbestände, § 241 Abs. 4 StGB

Bedrohung ist ein Äußerungsdelikt, dessen rechtsgutsbeeinträchtigende Intensität stark von Art und Weise der Kundgabe abhängt. Das ist ein Charakteristikum von Mediendelikten. Die Benutzung von Kommunikationsmitteln kann eine Verstärker- und/oder Breitenwirkung haben, durch die der Unrechtsgehalt erheblich gesteigert wird. Bedrohung ist in Zeiten von social media ein Delikt, bei dem sich der Einschüchterungseffekt durch den Einsatz des Internets mit geringem Aufwand erhöhen lässt. Insbesondere ist die Kundgabe einer Bedrohung, die an einem öffentlichen Ort, in einer Versammlung oder eben durch Verbreitung von Medien erfolgt, geeignet, beängstigende Aufstachelungswirkungen zu erzeugen. Ein Internetnutzer mit vielen gleichgesinnten „Followern“ kann durch einen einzigen „Post“ eine Welle von Bedrohungen auslösen. Die zunehmende Verrohung der Sitten bei der Auseinandersetzung zu politischen Themen wie z.B. Maßnahmen der Coronabekämpfung (Impfpflicht) im physischen wie im „virtuellen“ öffentlichen Raum hat eine Verschärfung der Strafdrohung bei Taten in der Öffentlichkeit und in Versammlungen notwendig werden lassen. Was mancherorts im Rahmen sogenannter „Spaziergänge“ passiert, bekommt nun in § 241 Abs. 4 StGB die gebotene Antwort eines hart durch-

⁷ Sinn (Fn. 4), § 241 Rn. 23; *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 45. Aufl. 2021, Rn. 391.

⁸ *Eisele* (Fn. 2), § 241 Rn. 16.

⁹ *Engländer*, NStZ 2021, 385 (389); *Wessels/Hettinger/Engländer* (Fn. 7), Rn. 389.

¹⁰ Sinn (Fn. 4), § 241 Rn. 2.

¹¹ *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 223 Rn. 16 ff.

¹² Vgl. dazu z.B. § 63 Abs. 1 S. 4 BbgSchulG: „Die körperliche Züchtigung sowie andere entwürdigende Maßnahmen sind verboten.“

¹³ *Wessels/Hettinger/Engländer* (Fn. 7), Rn. 389.

¹⁴ *Engländer*, NStZ 2021, 385 (389).

¹⁵ Sinn (Fn. 4), § 241 Rn. 8: Wertgrenze ca. 750–1300 Euro.

greifenden Rechtsstaats. Die so begründete Qualifikation ist kriminalpolitisch und strafrechtsdogmatisch stimmig, zumal sie im Strafrecht kein Novum ist. Beispielsweise haben die drei Varianten der Kundgabe mit Breitenwirkung im Bereich der Ehrverletzungsdelikte (§§ 186, 187, 188 StGB) schon lange eine ähnliche strafscharfende Relevanz.

c) Strafantragserfordernis, § 241 Abs. 5 StGB

Durch die Erweiterung des Drohungsinhalts auf Vergehensstatbestände sind auch einige Antragsdelikte zu tauglichen Drohungsinhaltstaten geworden. Das trifft auf Körperverletzung (§ 230 StGB), Nachstellung (§ 238 Abs. 4 StGB) und Sachbeschädigung (§ 303c StGB) zu. Es wäre ein Wertungswiderspruch, wenn die Begehung dieser Delikte nur nach Stellung eines Strafantrags bzw. auf der Grundlage eines besonderen öffentlichen Verfolgungsinteresses verfolgt werden dürfte, die Androhung derselben Taten hingegen Offizialdelikt wäre. Das Strafantragserfordernis des § 241 Abs. 5 StGB wird durch alle rechtlichen Details des korrespondierenden Antragsreglements geprägt, z.B. auch hinsichtlich des Übergangs des Antragsrechts auf Angehörige beim Tod des Antragsberechtigten. Stirbt daher der mit einer Körperverletzung (§ 223 StGB) Bedrohte, geht das auf § 241 Abs. 5 StGB i.V.m. § 77 Abs. 1 StGB beruhende Recht zur Stellung eines Strafantrags gem. § 230 Abs. 1 S. 2 StGB i.V.m. § 77 Abs. 2 S. 1 StGB auf Ehegatten, Lebenspartner oder Kinder über.

IV. Intertemporales Strafrecht

Soweit Taten vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität begangen wurden, aber erst nach Inkrafttreten Gegenstand eines Strafverfahrens sind, stellt sich die Frage nach dem anzuwendenden materiellen Strafrecht. Schon das in Art. 103 Abs. 2 GG verankerte verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot sperrt die Anwendung der Teile des neuen § 241 StGB, durch die die Gesetzeslage verschärft worden ist. Das trifft hinsichtlich des kompletten Grundtatbestandes § 241 Abs. 1 StGB und der Qualifikation des § 241 Abs. 4 StGB zu. Diese Tatbestände gab es vor der Gesetzesänderung noch nicht. Bei den Straftatbeständen der Abs. 2 und 3, die bereits in der alten Fassung des § 241 StGB existierten, wurde die Strafrahmengrenze erhöht. Für alle diese gesetzlichen Neuerungen gilt § 2 Abs. 1 StGB: sie sind unanwendbar auf Taten vor Inkrafttreten der neuen Fassung des § 241 StGB.

V. Schluss

Auf Grund der quantitativ erheblichen Verbreiterung des Tatbestandes durch den neuen § 241 Abs. 1 StGB ist die Wahrscheinlichkeit gestiegen, dass in Strafrechtsfällen mit Drohungskomponenten neben §§ 240, 249, 252, 253, 255 StGB auch der Tatbestand der Bedrohung erfüllt ist. Das muss geprüft werden, auch wenn § 241 StGB letztlich im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängt wird.¹⁶ Wer bei der Bearbeitung eines solchen Falles immer noch im Kopf hat, dass „Bedrohung“ eine Tat ist, bei der die Begehung eines Verbre-

chens angedroht wird, übersieht möglicherweise die Einschlägigkeit des Tatbestandes, wenn der Sachverhalt eine Drohung mit einer gefährlichen Körperverletzung (§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB) – z.B. die zum Schlag mit einem Holzknüppel erhobene Faust – beschreibt. Durch die Lektüre des obenstehenden Textes dürfte diese Gefahr endgültig gebannt sein.

¹⁶ Mitsch, Strafrecht in der Examensklausur, 2022, § 14 Rn. 14.

Die Haftungs- und Zurechnungseinheit

Von Dr. **Daniel E. Holler**, Wiss. Mitarbeiter **Simon Schmaus**, Erlangen-Nürnberg*

Die Grundsätze der Haftungs- und Zurechnungseinheit finden keinen unmittelbaren Ansatzpunkt im Gesetz. Sie sind vielmehr das Ergebnis richterlicher Rechtsfortbildung und daher wertungsbasiert. Dieser Umstand macht es in der Fallbearbeitung häufig schwer, die Grundsätze der Haftungs- und Zurechnungseinheit zum einen zu erkennen und zum anderen entsprechend anzuwenden. Der nachfolgende Beitrag möchte hier Hilfestellung leisten.

I. Einordnung der Haftungs- und Zurechnungseinheit in die Prüfung

Die Grundsätze der Haftungs- und Zurechnungseinheit werden im Schadensrecht im Rahmen des Mitverschuldens (§ 254 BGB) und im Rahmen des Gesamtschuldnerausgleichs (§ 426 BGB) relevant. Im Klausuraufbau stehen diese Fragen also meist am Ende der Anspruchsprüfung, im Rahmen der Rechtsfolge.

Für den Klausurersteller ist das Themenfeld bereits deshalb von Interesse, da die Verbindung von Schadensrecht und Mehrpersonenverhältnis einen erhöhten Schwierigkeitsgrad aufweist. Darüber hinaus wird für das Erkennen und die Anwendung der Haftungs- und Zurechnungseinheit ein gewisses Maß an Judiz vom jeweiligen Prüfling verlangt. Gerade Letzteres eignet sich, um eine Notendifferenzierung zu erreichen. Auch die Themenkreise, in denen die Grundsätze der Haftungs- und Zurechnungseinheit häufig zum Tragen kommen, sind den Studierenden im Rahmen ihrer Ausbildung nicht unbekannt: Dazu gehören insbesondere die Verkehrsunfall-Fälle¹, Fälle aus dem Arbeitsrecht² oder Schadensfälle, in die Minderjährige involviert sind³.

II. Beispielfälle

Zur besseren Einordnung der Problematik sollen an dieser Stelle zunächst Sachverhaltskonstellationen dargestellt werden. Nachdem die dogmatischen Grundlagen und Leitlinien der Rechtsfigur der Haftungs- und Zurechnungseinheit dargestellt wurden (III., IV.), wird ein Lösungsvorschlag für die Beispielfälle gegeben (V.).

Beispielfall 1 – Fahrer und Halter: F fährt nachts einen LKW, welcher dem Halter H gehört. Aufgrund einer Panne lässt F den LKW unbeleuchtet am Straßenrand stehen. Beim Abstellen des unbeleuchteten LKW wird F von dessen Freund T unterwiesen. Dieser unterstützte F aufgrund

dessen langjähriger Erfahrung mit LKW. Weil der LKW unbeleuchtet ist, fährt G mit seinem PKW und überhöhter Geschwindigkeit auf den LKW auf und wird schwer verletzt. G entsteht ein Schaden von 12.000 €.

Beispielfall 2 – Geschäftsherr und Verrichtungsgehilfe: Arbeitnehmer B ist mit seinem Dienstwagen und auf Anweisung der Arbeitgeberin A auf dem Weg zu einer Baustelle. B muss auf einer Kreuzung dem vorfahrtswidrig in die Kreuzung einfahrenden C ausweichen. Infolgedessen stößt B mit dem entgegenkommenden Motorradfahrer D zusammen, der seinerseits mit überhöhter Geschwindigkeit unterwegs ist. D wird verletzt. Es entsteht D ein Schaden von 7.500 €.

Beispielfall 3 – Tatsächliche Umstände: Autofahrerin A wurde mit einem Blutalkoholspiegel von 1,5 ‰ von einer mobilen Polizeistreife im öffentlichen Verkehrsraum aufgehalten. Im weiteren Verlauf kam eine zusätzliche mobile Polizeistreife hinzu. Beide Streifenwagen, die vier Polizisten und A standen jeweils verkehrswidrig am Straßenrand und verengten die Durchfahrtsmöglichkeit für die übrigen Verkehrsteilnehmer stark. Der heraneilende Fahrzeugführer B fuhr mit einer überhöhten Geschwindigkeit von 100 km/h infolge der Fahrbahnverengung auf die Gruppe auf. A entstand ein Gesamtschaden von 15.000 €.

III. Ausgleichstheorien bei der Schädigung durch mehrere

Bei der Schädigung durch mehrere kommt die Rechtsfigur der Haftungs- und Zurechnungseinheit nicht unmittelbar zum Einsatz. Im Gegenteil. Diese findet erst in Ausnahmefällen Anwendung. Ausgangspunkt ist daher zunächst die Frage, wie Haftungsrisiken überhaupt verteilt werden müssen, wenn mehrere Schädiger gegeben sind.

1. Zivilrechtliche Deliktshaftungssystematik bei Mehrpersonenkonstellationen

Die deliktische Haftung des BGB geht vom ungeschriebenen Grundsatz aus, dass jeder nur für denjenigen Schaden einzustehen hat, den er schuldhaft herbeiführt (sog. Verursachungsprinzip).⁴ Soweit mehrere einen Schaden verursacht haben, stellt sich daher meist die Frage nach der Haftung jedes einzelnen. Das Gesetz selbst stellt mit § 830 BGB und § 840 BGB zwei Normen zu Verfügung, die in diesen Fällen von Relevanz sein können.

a) Haftung im Rahmen einer sog. Mittäterschaft

§ 830 BGB stellt Anspruchsgrundlagen⁵ für Fälle auf, in denen mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene uner-

* Der Autor *Schmaus* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg (Prof. Dr. *Steffen Klumpp*). Der Autor *Dr. Holler* ist Rechtsanwalt in München und war zuvor langjähriger Mitarbeiter an selbigem Lehrstuhl.

¹ Vgl. dazu BGH NJW 1971, 33; dazu auch *Lange*, Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz, 2. Aufl. 1990, § 10 XIII 4 S. 631 ff.

² *Holler*, JA 2017, 17.

³ BGH NJW 1978, 2392.

⁴ Vgl. *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 830 Rn. 1.

⁵ Insgesamt drei Ansprüche: § 830 Abs. 1 S. 1 BGB, § 830 Abs. 1 S. 2 BGB und § 830 Abs. 2 BGB.

laube Handlung einen Schaden verursacht haben. In diesen Fällen sieht das Gesetz vor, dass jedem der Beteiligten die Tatbeiträge des jeweils anderen gegenseitig zugerechnet werden und stellt damit eine Ausnahme zum Verursacherprinzip dar. Diese Zurechnungsautomatik erfolgt dabei ganz ähnlich dem Strafrecht mit seinen §§ 25 ff. StGB.⁶ Hintergrund und notwendige Voraussetzung für eine dem Haftungsrecht an sich fremde Verursachungszurechnung ist das bewusste Zusammenwirken auf die Tatbegehung.⁷ Damit setzt § 830 BGB auf Seite der Haftungsbeurteilung an.

b) Rechtsfolge bei einer Haftung mehrerer

Anders als § 830 BGB, der nur in den Fällen des bewussten Zusammenwirkens greift, handelt es sich bei § 840 Abs. 1 BGB um ein rechtsfolgenbezogenes „Scharnier“⁸ zur Regelung einer deliktsbezogenen Haftung mehrerer. § 840 BGB gilt als Rechtsfolgenregelung sowohl für die Fälle der Mittäterschaft als auch für die der sog. Nebentäterschaft. Letztere zeichnen sich dadurch aus, dass gerade kein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der Beteiligten vorliegt. Die Kumulierung der jeweiligen Verursachungsbeiträge im konkreten Schaden erfolgt vielmehr „zufällig“.

§ 840 Abs. 1 BGB ordnet eine gesamtschuldnerische Haftung i.S.d. § 421 BGB an. Der Geschädigte steht damit gegenüber den Schädigern in einer sog. Paschastellung⁹: Er kann grundsätzlich von jedem den vollen oder teilweisen Schadensbetrag fordern. Eine Berücksichtigung der jeweiligen Verursachungsbeiträge erfolgt erst in einem zweiten Schritt unter den Gesamtschuldern gem. § 426 BGB. Gesetzliche Ausnahmen zu § 840 Abs. 1 BGB machen § 840 Abs. 2 BGB und § 840 Abs. 3 BGB. Aus ihnen geht hervor, dass die Fälle einer Gefährdungshaftung wertungsmäßig nicht den Fällen der Verursachungshaftung gleichstehen und insoweit eine gesamtschuldnerische Haftung durch einen gesetzlichen Haftungsausschluss ausscheidet. Eine weitere ungeschriebene Ausnahme zu § 840 Abs. 1 BGB bilden die Fälle der sog. gestörten Gesamtschuld. Hier fehlt es an der Voraussetzung des „nebeneinander“ i.S.d. § 840 Abs. 1 BGB, meist aufgrund von Haftungsbeschränkungen bzw. Haftungsprivilegierungen.

c) Sonderfall: Verursachungsbeiträge auf Schuldner- und Gläubigerseite (sog. Nebentäter-Mitverschuldens-Problematik)

Problematischer wird es, wenn der Geschädigte selbst einen Verursachungsbeitrag für den entstandenen Schaden geleistet hat. Anders als bei der Mittäterschaft, in denen die Schädiger gleichsam als Einheit agieren, stellt sich bei Nebentätern die Frage, wie der Verursachungsbeitrag des Gläubigers im Rah-

men ihrer Haftungsquote zu berücksichtigen ist. Eine gesetzliche Regelung in § 840 BGB fehlt. Zur Auflösung dieser Problemstellung haben sich im Wesentlichen drei Ansätze herausgebildet: Die Einzelabwägung, Gesamtabwägung und Kombinationstheorie.¹⁰

aa) Einzelabwägung

Nach der Einzelabwägung ist für jeden Anspruch des Geschädigten gegen einen der Schädiger dessen Mitverschulden nur im Verhältnis zum jeweiligen Schädiger zu berücksichtigen. Eine gesamtschuldnerische Haftung der Schädiger besteht anschließend nur in der Höhe, in welcher sich die Haftungsverpflichtungen der Schädiger decken.¹¹

*Beispiel:*¹² Die Schadenshöhe beträgt 3.000 €. Es gibt zwei Schädiger (A und B) und einen Geschädigten (G). A trägt gegenüber G einen doppelt so hohen Verantwortungsbeitrag wie B. Die Haftung besteht im Verhältnis 2-1-1 (A-B-G). A haftet gegenüber G i.H.v. 2.000 € (Verhältnis 2-1). B haftet gegenüber G i.H.v. 1.500 € (Verhältnis 1-1). A und B haften daher als Gesamtschuldner gem. §§ 840 Abs. 1, 421 BGB auf einen Betrag von 1.500 €. A haftet zusätzlich i.H.v. 500 €.

Problematisch an diesem Lösungsansatz ist, dass der Geschädigte im Gesamtschuldnerausgleich nur auf eine geringe Quote zugreifen kann. Das wird gerade bei mehreren Schädigern deutlicher. Betrachtet man die Verhältnisse erst einzeln und dann in Gesamtschau, ergeben sich erhebliche Differenzen.¹³

bb) Gesamtabwägung

Die Gesamtabwägungslösung betrachtet die Schädiger daher gemeinsam. Der Mitverschuldensanteil des Geschädigten wird gegenüber den Schädigern als Einheit ermittelt. Der Geschädigte hat gegenüber den Schädigern einen einheitlichen Anspruch auf gesamtschuldnerische Haftung.¹⁴

*Beispiel:*¹⁵ Die Ausgangslage ist dieselbe wie beim vorher genannten Beispiel zur Einzelabwägung: Die Schadenshöhe beträgt 3.000 € und die Haftung besteht im Verhältnis 2-1-1 (A-B-G). Die Verursachungsbeiträge werden hier zusammengezogen. A und B haften daher als Gesamtschuldner gegenüber G i.H.v. 2.250 € (im Verhältnis 3-1).

Das Problem der Gesamtabwägung liegt darin begründet, dass vor allem Schädiger mit einer niedrigen Quote benachteiligt

⁶ Wagner (Fn. 4), § 830 Rn. 7 m.w.N. auch zur Gegenauffassung in Rn. 6.

⁷ Vgl. Spindler, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 59, Stand: 1.1.2022, § 830 Rn. 3.

⁸ Wagner (Fn. 4), § 840 Rn. 1 spricht daher von „Scharnierfunktion“; ähnlich und m.w.N. auch zur Gegenauffassung Vieweg, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2015, § 840 Rn. 3.

⁹ Nach Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, S. 492.

¹⁰ Zur Quotenhaftung vgl. ergänzend Vieweg (Fn. 8), § 840 Rn. 34.

¹¹ Vieweg (Fn. 8), § 840 Rn. 34.

¹² Vgl. dazu und zu weiteren Beispielen Vieweg (Fn. 8), § 840 Rn. 34.

¹³ Vgl. dazu Lange (Fn. 1), § 10 XIII 4 S. 627.

¹⁴ Vieweg (Fn. 8), § 840 Rn. 34.

¹⁵ Vgl. dazu und zu weiteren Beispielen Vieweg (Fn. 8), § 840 Rn. 34.

werden, da sie als Gesamtschuldner für den wesentlich höheren Schadensbetrag in Anspruch genommen werden können.¹⁶

cc) Kombinationstheorie

Den Problemen von Einzel- und Gesamtabwägung versucht die in Rechtsprechung und Literatur herrschende Kombinationstheorie entgegenzuwirken. Diese nimmt beide Perspektiven zusammen: Die Haftungshöhe bemisst sich insgesamt nach der Gesamtabwägung. Die gesamtschuldnerische Haftung ist jedoch bei Inanspruchnahme nur eines Schuldners auf den Betrag begrenzt, welchen dieser laut Einzelabwägung aufbringen müsste. Nur bei Inanspruchnahme beider Schuldner zugleich kann sofort auf den vollen Betrag zugegriffen werden.¹⁷

*Beispiel:*¹⁸ Auch hier soll die Ausgangslage dieselbe sein: Die Schadenshöhe beträgt 3.000 € und die Haftung besteht im Verhältnis 2-1-1 (A-B-G). Damit hätten A und B insgesamt einen Schaden von 2.250 € zu tragen. Wendet sich G zunächst an A, dann kann G von A allerdings maximal 2.000 € (Begrenzung durch Einzelabwägung) und im Anschluss von B den Restbetrag verlangen. Wendet sich G zunächst an B kann G von B maximal 1.500 € (Einzelabwägung) und im Anschluss von A den Restbetrag verlangen.

Wendet sich G zugleich an A und B und werden diese gesamtschuldnerisch zur Zahlung der vollen 2.250 € verurteilt. Der Ausgleich zwischen A und B erfolgt im Innenverhältnis.

Aber auch die Kombinationstheorie bietet Schwierigkeiten, wenn sich die Verursachungsbeiträge mehrerer Nebentäter tatsächlich in nur einem Verursachungsbeitrag auswirken. Denn auch dann würden die Beiträge der Nebentäter noch einzeln berücksichtigt, was dem Geschädigten entgegenkommt.¹⁹ Probleme treten aber auch dann auf, wenn sich die Verursachungsbeiträge von einem Schuldner und Gläubiger in einem gemeinsamen Verursachungsbeitrag auswirken, also zu einem tatsächlichen Verursachungsbeitrag verschmelzen.²⁰ Denkbar sind solche Konstellationen vor allem bei verkehrsunfallbedingten Kettenkollisionen.²¹

IV. Die Haftungs- und Zurechnungseinheit: Gemeinsamkeiten, Unterschiede und Ziele

Den Konstellationen versucht man mit den Grundsätzen der Haftungs- und Zurechnungseinheit entgegenzutreten. Diese setzen an zwei Punkten des vorangestellten Systems an. Einerseits ist der Verteilungsschlüssel der (Delikts-)Gesamtschuldner untereinander zu betrachten. Andererseits können

Einheiten in der sog. Nebentäter-Mitverschuldens-Problematik zu berücksichtigen sein. Der Haftungs- und Zurechnungseinheit ist dabei gemein, dass die Mitglieder einer solchen Einheit im Rahmen des Schadensausgleichs so behandelt werden, als wären sie eine Person.²² Denn in beiden Fällen werden Beteiligte mit im Wesentlichen deckungsgleichen Verursachungsbeiträgen zusammengefasst.²³ Hinter diesem Vorgehen steht der Gedanke, einen angemessenen Innenausgleich zwischen den Ausgleichspflichtigen zu gewährleisten und nicht einen Tatbeitrag mehrfach zu berücksichtigen.²⁴

1. Haftungseinheit

Zur Einordnung soll zunächst ein Blick auf die Konstruktion der Haftungseinheit geworfen werden.

a) Haftungseinheit im Rahmen der Gesamtschuld („Einheit auf Schuldnerseite“)

Ausgangslage für die Bildung einer Haftungseinheit ist, dass mehrere Schuldner in Form der Gesamtschuld gem. § 421 BGB haften. Der Ursprung der Gesamtschuld ist dabei irrelevant. Häufig wird eine solche infolge eines deliktischen Schadensereignisses resultieren (§ 840 BGB). Aber auch außerhalb des Deliktsrechts sind Haftungseinheiten denkbar.²⁵

Der vom Gläubiger in Anspruch genommene Schuldner hat nach seiner Inanspruchnahme dann in einem zweiten Schritt gegenüber den anderen Schuldnern einen Regressanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB.²⁶ Der Regressanspruch besteht gegenüber dem jeweiligen Schuldner quotenmäßig, der sich anhand des jeweiligen Verursachungsbeitrages bestimmt. Das Gesetz selbst geht im Zweifel von einem gleichmäßigen Verursachungsbeitrag aller Beteiligten aus („im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen“, § 426 Abs. 1 S. 1 BGB). Allerdings kann die Quote durch gesetzliche Regelungen oder Wertungen modifiziert werden, etwa durch § 254 BGB, § 840 Abs. 2, Abs. 3 BGB, § 841 BGB oder § 17 StVG.²⁷

Hier setzt die Haftungseinheit an: Die Mitglieder einer Haftungseinheit haften dem regressberechtigten Mitschuldner für ihren gemeinsamen Verursachungsbeitrag mit einer gemeinsamen Quote wiederum gesamtschuldnerisch. Damit weicht die Haftungseinheit von dem Grundsatz ab, dass die Gesamtschuldner untereinander nur als Teilschuldner für ihre jeweilige Quote haften.²⁸ Die Haftungseinheit ist gleichsam

²² BGH NJW 1973, 2022 (2024).

²³ Vieweg (Fn. 8), § 840 Rn. 40.

²⁴ Looschelders, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 426 Rn. 102, 106.

²⁵ Beispiele bei Looschelders (Fn. 24), § 426 Rn. 105: Streitgenossen, WEG, Ehegatten oder Gesellschafter.

²⁶ Bei § 426 Abs. 2 BGB handelt es sich um eine Regelung *cessio legis*. Der Anspruch des Gläubigers geht auf den in Anspruch genommenen Schuldner über, allerdings nur soweit der in Anspruch genommene Schuldner gegenüber den anderen Schuldnern Regress fordern kann.

²⁷ Vgl. mit weiteren Beispielen im Überblick Looschelders (Fn. 24), § 426 Rn. 56 ff.

²⁸ Rüßmann, in: juris PraxisKommentar BGB, 9. Aufl., Stand:

¹⁶ Vgl. dazu Lange (Fn. 1), § 10 XIII 4 S. 627.

¹⁷ Vgl. Vieweg (Fn. 8), § 840 Rn. 34.

¹⁸ Vgl. dazu und zu weiteren Beispielen Vieweg (Fn. 8), § 840 Rn. 34.

¹⁹ Vgl. auch Lange (Fn. 1), § 10 XIII 4 S. 631.

²⁰ Vgl. dazu auch Vieweg (Fn. 8), § 840 Rn. 46.

²¹ Vgl. dazu OLG Frankfurt a.M. VersR 1988, 750.

als „Gesamtschuldner innerhalb der Gesamtschuld“ zu sehen. Der Vorteil der Haftungseinheit ist somit, dass die daran Beteiligten für eine gemeinsame Quote haften. Auf der anderen Seite stehen die Mitglieder der Haftungseinheit dem/den weiteren Schuldner(n) quotal nicht als Teilschuldner, sondern wiederum als Gesamtschuldner zur Verfügung: Dadurch kann jedes Mitglied der Haftungseinheit in voller Höhe der auf die Haftungseinheit entfallenden Quote in Anspruch genommen werden.²⁹ Damit trägt das in Regress genommene Mitglied der Haftungseinheit das Insolvenzrisiko der anderen Mitglieder der Haftungseinheit.³⁰

Zugleich heißt das System der Haftungseinheit, dass diese keine Auswirkungen auf den Ersatzanspruch des ursprünglichen Gläubigers hat. Die Rechtsstellung des Gläubigers, sowie dessen Ersatzanspruch wird von der Haftungseinheit nicht berührt.³¹ Es geht insoweit lediglich um den Innenausgleich zwischen den Ausgleichspflichtigen.

b) Arten der Haftungseinheit

Die Haftungseinheit lässt sich in zwei Fallgruppen unterscheiden: Zum einen die Haftungseinheit aus rechtlichen Gründen und zum anderen die Haftungseinheit aus tatsächlichen Gründen.³²

aa) Haftungseinheit aus rechtlichen Gründen

Die Haftungseinheit aus rechtlichen Gründen lässt sich auf Grundlage einer gesetzlichen Wertung – normativ – begründen. Klassische Beispiele sind hier Schuldner und Erfüllungsgelhilfe (§ 278 BGB),³³ Geschäftsherr und Verrichtungsgelhilfe (§ 831 BGB),³⁴ Halter und Fahrer eines Kraftfahrzeugs (§ 18 Abs. 3 StVG),³⁵ Aufsichtsperson und der schuldhaft handelnde Aufsichtsbedürftige (§ 832 BGB)³⁶ oder Tierhalter und Tieraufseher (§§ 833 f. BGB)³⁷.

Auch wenn es sich bei einigen dieser Normen gerade nicht um klassische Zurechnungsnormen handelt, sondern diese auf eigenen Tatbeiträgen gründen, wie § 7 StVG, so wird dennoch eine gewisse Nähe zu den Zurechnungsregelungen angenommen und eine Zusammenfassung als Einheit in diesen Fällen als sachgerecht angesehen.³⁸

bb) Haftungseinheit aus tatsächlichen Gründen

Schwieriger einzuordnen sind die Fälle der Haftungseinheit

aus tatsächlichen Gründen.³⁹ Eine solche Einheit besteht nach Auffassung der Rechtsprechung immer dann, wenn sich die Verursachungsbeiträge mehrerer Personen zu ein und demselben Umstand vereinigt haben oder zumindest im Wesentlichen zu ein und demselben Schadensbeitrag „verschmolzen“ sind, bevor der Verursachungsbeitrag einer weiteren Person (besser: eines weiteren Schädigers oder des Gläubigers) hinzutritt.⁴⁰ Eine Haftungseinheit liegt dagegen nicht vor, wenn sich die einzelnen Schadensbeiträge der Schuldner auf dem Weg zur Schadensentstehung hin lediglich addieren und ihre eigenständige Bedeutung erhalten.⁴¹ Schon allein durch die Nutzung des plastischen Begriffs der Verschmelzung wird deutlich, dass es praktisch sehr schwierig ist, eine Haftungseinheit aus tatsächlichen Gründen festzustellen. Im Rahmen der Ausbildung kann eine solche Bewertung daher kaum verlangt werden.⁴²

c) Bestimmung des Verursachungsbeitrags – „der Quote“ – einer Haftungsgemeinschaft

Für die Bestimmung der Quote einer Haftungsgemeinschaft werden die einzelnen Verursachungsbeiträge der Mitglieder der Haftungsgemeinschaft nicht lediglich addiert,⁴³ sondern sie richtet sich nach „den Umständen“. Entgegen der Grundregel des § 425 BGB besteht innerhalb der Haftungsgemeinschaft eine sog. Gesamtwirkung, in der die Rechtstatsachen den jeweils anderen Mitgliedern zugerechnet werden. Ein einheitliches und umfassendes Ermittlungsverfahren für die Bestimmung von Haftungsquoten besteht jedoch nicht. Das bietet vor allem in einer Klausur Raum, um die Angaben im Sachverhalt für seine eigene Quotenfindung zu nutzen. Falsch kann in diesen Fällen nur eine völlig abwegige Quotenbildung sein.

d) Ausgleich innerhalb der Haftungsgemeinschaft

Soweit man mit der Rechtsprechung für die Haftungsgemeinschaft eine Ausgleichsgesamtschuld annimmt („Gesamtschuldner innerhalb der Gesamtschuld“), bestimmt sich der Ausgleich innerhalb der Haftungsgemeinschaft nach den allgemeinen Regelungen. Anspruchsgrundlage ist auch hier § 426 BGB, wobei wiederum die Regelungen für eine besondere Haftungsverteilung zu berücksichtigen sind (insbesondere § 254 BGB und § 840 Abs. 2, Abs. 3 BGB). So wird das für Eigenverschulden haftende Mitglied der Haftungsgemeinschaft die aus Fremdverschulden Haftenden bzw. aus Gefährdungshaftung Verantwortlichen freistellen müssen.⁴⁴ Die Höhe

1.2.2020, § 426 Rn. 24.

²⁹ Looschelders (Fn. 24), § 426 Rn. 107.

³⁰ A.A. Looschelders (Fn. 24), § 426 Rn. 108 m.w.N. *Selb*, JZ 1975, 193; nach der Art der Haftungseinheit differenzierend *Rüßmann* (Fn. 28), § 426 Rn. 24 a.E.

³¹ Looschelders (Fn. 24), § 426 Rn. 109.

³² Looschelders (Fn. 24), § 426 Rn. 103.

³³ Vgl. BGH VerwRSpr 1953, 65 (72).

³⁴ Vgl. BGH NJW 1971, 33.

³⁵ Vgl. BGH NJW 1966, 1262.

³⁶ BGH NJW 1978, 2392, anders bei Deliktsunfähigkeit und damit mangels Gesamtschuldverhältnis BGH NJW 1988, 2667.

³⁷ OLG Hamm NZV 2007, 143 (145).

³⁸ *Vieweg* (Fn. 8), § 840 Rn. 46.

³⁹ Dazu *Kirchhoff*, MDR 1998, 377 (377) mit Beispielen.

⁴⁰ Grundlegend BGH NJW 1971, 33; ferner BGH NJW 1996, 2023 (2024); BGH NJW 1983, 623 (624).

⁴¹ Looschelders (Fn. 24), § 426 Rn. 104.

⁴² Dennoch sollten die bereits entschiedenen Fälle herangezogen werden, um ein „gewisses Gefühl“ für Haftungseinheiten aus tatsächlichen Gründen zu bekommen. Ablehnend einer solchen Haftungseinheit steht *Vieweg* (Fn. 8), § 840 Rn. 46 gegenüber.

⁴³ Looschelders (Fn. 24), § 426 Rn. 106.

⁴⁴ Looschelders (Fn. 24), § 426 Rn. 111.

der innergesamtschuldnerischen Ausgleichsquote bemisst sich dabei freilich anhand der jeweiligen Verursachungsbeiträge innerhalb der Haftungseinheit. Es ist mithin eine Quote innerhalb der auf die Haftungseinheit entfallenden Quote zu bilden.⁴⁵

2. Zurechnungseinheit

Die sog. Zurechnungseinheit betrifft nicht allein das Verhältnis zwischen mehreren Schuldern, sondern das Verhältnis Schuldner-Gläubiger. Im Gegensatz zur Haftungseinheit betrifft die Zurechnungseinheit damit den Ausgleichsanspruch des Gläubigers anspruchsmindernd.⁴⁶ Ebenso wie bei der Haftungseinheit geht es darum, dass im Wesentlichen identische Verursachungsbeiträge nicht mehrfach berücksichtigt werden sollen.⁴⁷

a) Zurechnung im Rahmen des Mitverschuldens („Gläubiger-Schuldner-Einheit“)

Ausgangslage für die Zurechnungseinheit ist die Inanspruchnahme eines Gesamtschuldners durch den Gläubiger. Letzterer kann vom jeweiligen Gesamtschuldner grundsätzlich den vollen Haftungsumfang verlangen (§ 421 S. 1 BGB). Ein eigener Verursachungsbeitrag des Gläubigers muss dabei grundsätzlich bereits bei der Erhebung des Anspruchs im Wege der Kürzung berücksichtigt werden (§ 254 Abs. 1 BGB). Darüber hinaus muss der Gläubiger sich aber ggf. auch die Verursachungsbeiträge eines Dritten gem. § 254 Abs. 2 S. 2 BGB zurechnen lassen. § 254 Abs. 2 S. 2 BGB ist als eigenständiger Absatz zu lesen, der sich nicht nur auf Abs. 2 bezieht, sondern eine allgemeine Wertung enthält. § 254 Abs. 2 S. 2 BGB setzt jedoch nach herrschender Auffassung ein Rechtsverhältnis voraus.⁴⁸

b) Fälle der Zurechnungseinheit

Die Grundsätze der Zurechnungseinheit gehen dahingehend über § 254 Abs. 2 S. 2 BGB hinaus. In den Fällen der Zurechnungseinheit wird kein bestehendes Rechtsverhältnis vorausgesetzt. Eine Zurechnungseinheit besteht zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner immer dann, wenn die von einem Gesamtschuldner und dem Geschädigten zu verantwortenden Kausalbeiträge als im Wesentlichen deckungsgleich zu werten sind.⁴⁹ Wie die Lehre der Haftungseinheit⁵⁰ greift die Lehre von der Zurechnungseinheit zum einen auf die bestehenden normativen Zurechnungskriterien zurück.⁵¹ Neben dieser Zurechnungseinheit aus rechtlichen Gründen kann auch eine Zurechnungseinheit aus tatsächlichen Grün-

den bestehen.⁵² Auch bei der Bildung von Zurechnungseinheiten sind dabei die bereits bekannten Zurechnungsnormen (§ 278 BGB etc.) oder der Aspekt des Verschmelzens anzuwenden.

c) Schuldner-Gläubiger- Ausgleich im Fall der Zurechnungseinheit

Durch die Zurechnungseinheit wird der Gläubigeranspruch um den Verursachungsbeitrag des in der Zurechnungseinheit stehenden Schuldners reduziert.⁵³ Das bedeutet jedoch nicht, dass die Figur der Zurechnungseinheit eine über den allgemeinen Zurechnungstatbestand hinausgehende Mitverantwortlichkeit des Gläubigers begründet.⁵⁴ Bei der Zurechnungseinheit werden die Verursachungsbeiträge (ebenso wie bei der Haftungseinheit⁵⁵) von Schädiger und Geschädigtem nicht zugerechnet oder die Haftungsanteile addiert, sondern es wird unter Zugrundelegung deren gemeinsamen Verursachungsbeitrags eine einheitliche Quote gebildet. Diese Quote muss sich der Geschädigte dann bei dem Schadensausgleich gegenüber außerhalb der Zurechnungseinheit stehenden Gesamtschuldnern entgegenhalten lassen.⁵⁶

Relevant wird die Zurechnungseinheit zudem beim internen Gesamtschuldnerausgleich nach § 426 BGB: Wenn der Gläubiger den außerhalb der Zurechnungseinheit stehenden Schuldner in Anspruch nimmt, kann Letzterer von dem in der Zurechnungseinheit stehenden Gesamtschuldner keinen Ausgleich verlangen, da dessen Verursachungsbeitrag bereits beim Gläubiger anspruchsmindernd berücksichtigt worden ist.⁵⁷

Geht der Gläubiger gegen den Gesamtschuldner vor, der mit ihm in einer Zurechnungseinheit steht, so hat dieser Gesamtschuldner gegenüber den anderen Gesamtschuldnern einen Ersatzanspruch bis zu dem Betrag, der nach Abzug der für die Zurechnungseinheit einheitlich zu ermittelnden Quote besteht.⁵⁸

V. Lösung der Beispielfälle

Anhand dieser Grundsätze sollen die eingangs dargestellten Beispielfälle gelöst werden:

*Lösung Beispielfall 1 – Fahrer und Halter*⁵⁹: F haftet gegenüber G gem. § 18 StVG. Zusätzlich haftet H gegenüber G gem. § 7 Abs. 1 StVG als Halter des Fahrzeuges. Darüber hinaus haftet T aufgrund dessen Unterweisung des F gem. § 823 Abs. 1 BGB. In Anbetracht des Unfallverlaufes ergibt sich eine Haftungsquote von 1-1-1-1 (G-

⁴⁵ Vgl. Lange (Fn. 1), § 10 XIII 4 S. 634.

⁴⁶ Vgl. instruktiv OLG Hamm NZV 2007, 143 (145).

⁴⁷ Looschelders (Fn. 24), § 426 Rn. 112.

⁴⁸ Vgl. dazu Holler, JA 2017, 17 (23).

⁴⁹ Looschelders (Fn. 24), § 426 Rn. 112.

⁵⁰ Vgl. dazu oben: IV. 1., zu den Arten der Haftungseinheit insbesondere unter IV. 1. b).

⁵¹ BGH NJW 1978, 2392; kritisch Hartung, VersR 1979, 97; Lange (Fn. 1), § 10 XIII 4 S. 634 ff.

⁵² BGH NJW 1973, 2022 (2024); BGH NJW 1996, 2023 (2024 f.); kritisch hierzu Schiemann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 254 Rn. 144.

⁵³ Rüßmann (Fn. 28), § 426 Rn. 25.

⁵⁴ Looschelders (Fn. 24), § 426 Rn. 113.

⁵⁵ Siehe oben unter IV. 1.

⁵⁶ BGH NJW 1996, 2023 (2024 f.).

⁵⁷ BGH NJW 1996, 2023 (2024 f.); BGH NJW 1983, 623; Rüßmann (Fn. 28), § 426 Rn. 25.

⁵⁸ Rüßmann (Fn. 28), § 426 Rn. 25.

⁵⁹ Abwandlung des Sachverhaltes nach BGH NJW 1971, 33.

F-H-T). Daher kann G von F, H und T als Gesamtschuldner einen Betrag von 9.000 € verlangen. Innerhalb der Gesamtschuldnerausgleich würden danach F, H und T beim Gesamtschuldnerausgleich jeweils i.H.v. 3.000 € haften. Das würde allerdings zur doppelten Berücksichtigung eines an sich tatsächlich nur einfach auswirkenden Verursachungsbeitrages führen. Gem. § 7 Abs. 1 StVG haftet der Halter eines Kraftfahrzeuges allein aufgrund der durch den Betrieb eines KFZ entstehenden Gefahren für sich daraus ergebende Schäden. Maßgeblich ist lediglich, dass sich eine vom KFZ ausgehende Gefahr auf das Unfallgeschehen ausgewirkt hat.⁶⁰ Der Betrieb eines KFZ beginnt nach h.M. bereits mit dem Ingangsetzen des Motors und endet erst mit Motorstillstand außerhalb des öffentlichen Verkehrsbereiches.⁶¹ Daher befindet sich auch das abgestellte KFZ „in Betrieb“.⁶² Einen eigenen, tatsächlichen Verursachungsbeitrag hatte H nicht gesetzt. Der LKW wurde vom Fahrer F verkehrswidrig abgestellt. T hatte dabei mitgewirkt. Die Doppelberücksichtigung erscheint daher als unangemessene, rein zufällige und nicht durch den Unfallhergang plausibilisierbare Bevorteilung des T. Um dieser entgegenzuwirken, werden F und H aufgrund deren rechtlicher Verbindung hinsichtlich des Verursachungsbeitrages als eine Person behandelt, sie bilden eine Haftungseinheit. Die Quotenverteilung für den Fall der Gesamtschuld lautet damit nicht 1-1-1 (F-H-T) sondern 1,5-1 (FH-T). Daher haftet die Haftungseinheit FH gegenüber T gesamtschuldnerisch i.H.v. 5.400 €. T haftet auf einen Betrag von 3.600 €. Der Ausgleich innerhalb der Haftungseinheit zwischen F und H bemisst sich anschließend nach den allgemeinen Grundsätzen des § 426 Abs. 1 BGB.

Lösung Beispielfall 2 – Geschäftsherr und Verrichtungshilfe: Sowohl B als auch C haften D gegenüber (zumindest⁶³) gem. § 18 StVG. Daneben besteht auch eine Haftung der A gegenüber D gem. § 831 BGB, da B vorliegend in Ausführung einer Verrichtung für A dem D widerrechtlich einen Schaden zugefügt hat. In Anbetracht des Unfallverlaufes trägt C einen doppelt so hohen Verursachungsanteil wie A bzw. B. Es ergibt sich eine Haftungsquotelung von 1-1-1-2 (D-A-B-C). Dahingehend hat D gegen A, B und C als Gesamtschuldner einen Anspruch von insgesamt 6.000 €. Innerhalb der Gesamtschuld würden danach C i.H.v. 3.000 € sowie A und B jeweils i.H.v. 1.500 € haften. Das allerdings würde zur doppelten Berücksichtigung eines sich tatsächlich nur einfach auswirkenden Verursachungsbeitrages führen. Gem. § 831 Abs. 1 S. 1 BGB haftet auch A mangels Exkulpation in Höhe des Verursachungsbeitrages des B. Einen eigenen, tatsächlichen

Verursachungsbeitrag hatte A nicht gesetzt. Die Doppelberücksichtigung erscheint daher als unangemessene, rein zufällige und nicht durch den Unfallhergang plausibilisierbare Bevorteilung des D. Um dieser entgegenzuwirken, werden A und B aufgrund deren rechtlicher Verbindung hinsichtlich des Verursachungsbeitrages als eine Person behandelt, sie bilden eine Haftungseinheit. Die Quotenverteilung unter den Gesamtschuldner bemisst sich anhand der Verursachungsbeiträge daher im Verhältnis 1-3 (AB-C). Die Haftungseinheit AB und C haften gesamtschuldnerisch auf einen Betrag von insgesamt 6.000 €. D kann von AB oder von C jeweils den vollen Schaden ersetzt verlangen. A und B haften innerhalb dieser Gesamtschuld wiederum gesamtschuldnerisch auf deren gemeinsame Quote i.H.v. 1.500 €. Der Ausgleich innerhalb der Haftungseinheit zwischen A und B bemisst sich anschließend nach den allgemeinen Grundsätzen des § 426 Abs. 1 BGB. Hierbei müssen im vorliegenden Fall zugunsten des B allerdings auch die Grundsätze der beschränkten Arbeitnehmerhaftung⁶⁴ über § 254 BGB einbezogen werden.

*Lösung Beispielfall 3 – Tatsächliche Umstände*⁶⁵: A könnte von B gem. §§ 7, 18 StVG Ersatz des ihm entstandenen Schaden verlangen. Dabei ist bei der Haftungsausfüllung zu berücksichtigen, dass sowohl A als auch die Polizeibeamten Verursachungsbeiträge verursacht haben. Der eigene Verursachungsbeitrag von A wirkt sich im Rahmen des Mitverschuldens gem. § 254 BGB anspruchsmindernd aus. Die Verursachungsbeiträge wären im Verhältnis A-B grundsätzlich nicht zu beachten, da keine vertragliche Verbindung zwischen den Beamten und A besteht (§ 254 Abs. 2 S. 2 BGB). Im Unfallhergang allerdings sind das Verhalten der Polizisten und der A zum Zeitpunkt der Schadensverursachung zu einem einheitlichen Verursachungsbeitrag verschmolzen. Daher kann man im vorliegenden Fall nicht zwischen einem Verursachungsbeitrag des A und dem der Polizeibeamten differenzieren. Vielmehr bilden die Polizisten mit A eine Zurechnungseinheit (AP), welche einen einheitlichen Verursachungsbeitrag zum Unfallhergang gesetzt hat. Dieser Verursachungsbeitrag steht als einheitlich bemessene Quote dem Verursachungsbeitrag des B gegenüber. Unter Berücksichtigung des Unfallhergangs ergibt sich eine Haftungsquote von 4-2 (AP-B). Der Geschädigte A muss sich diese Quote entgegenhalten lassen. Im Ergebnis hat A daher gegen B einen Anspruch i.H.v. 5.000 €. B kann dabei seinerseits die anderen Schädiger nicht gem. § 426 Abs. 1 BGB in Regress nehmen, da er durch die Berücksichtigung der Zurechnungseinheit in der gebotenen Weise von den auf die Polizeibeamten entfallenen Verursachungsbeiträgen entlastet worden ist.

⁶⁰ Grüneberg, in: Berz/Burmann (Hrsg.), Handbuch des Straßenverkehrsrechts, 43. EL 2021, 4. Haftungsvoraussetzungen und Haftungsverteilung, A. Allgemeines, Rn. 5, 29 ff.

⁶¹ Grüneberg (Fn. 60), Rn. 30.

⁶² Grüneberg (Fn. 60), Rn. 31; aktuell dazu BGH JA 2021, 251 (m. Anm. Schrader).

⁶³ Wenn B und C auch Halter der Fahrzeuge wären, käme zusätzlich eine Haftung gem. § 7 Abs. 1 StVG in Betracht.

⁶⁴ Vgl. hierzu allgemein Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, 12. Aufl. 2019, Rn. 546 ff.

⁶⁵ Fall nach BGH NJW 1973, 2022.

VI. Zusammenfassung

Die Thematik der Haftungs- und Zurechnungseinheit stellt einen Sonderfall im Schadensausgleich zwischen mehreren Personen dar. Anknüpfungspunkt für eine Zurechnung fremder Verursachungsbeiträge ist in beiden Fällen ein bestimmter Zurechnungsgrund, der sowohl normativ als auch tatsächlich begründet sein kann. Dabei kann eine Haftungseinheit nur unter den Schuldern bestehen. In einer Zurechnungseinheit steht zumindest auch der Geschädigte. Der Ausgleich in der jeweiligen Einheit erfolgt regelmäßig nach § 426 BGB. Die mit Abstand größte Hürde besteht jedoch darin, das Vorliegen einer solchen Einheit zu erkennen und die dabei zu berücksichtigenden Besonderheiten anzuwenden. Gerade in der Klausurbearbeitung zählt hier – wie so oft – weniger das Ergebnis, sondern die Herangehensweise und Darstellung.

Untreue und Business Judgement Rule

Von Jun.-Prof. Dr. Lucia Sommerer, LL.M. (Yale), Halle (Saale)*

Ausgangsfall und Abwandlung dieses Beitrags sind angelehnt an die HSH-Nordbank Entscheidung des BGH¹ und seine Entscheidungen zur Kreditvergabe². Sie führen in die Rolle der sog. Business Judgement Rule (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG) bei unternehmerischen Risikoentscheidungen und ihre Relevanz für die Untreueprüfung (§ 266 StGB) ein. Die Untreue ist ein Tatbestand, der erfahrungsgemäß besondere Schwierigkeiten im Examen bereitet, insbesondere in Verbindung mit der häufig noch nicht bekannten Business Judgement Rule, weshalb sich eine grundsätzliche Auseinandersetzung damit lohnt.

I. Hintergrund

Eine Besonderheit der Untreue besteht darin, dass zur Bestimmung, ob ein Missbrauch einer Befugnis bzw. eine Pflichtverletzung vorliegt, regelmäßig auf außerstrafrechtliche Normen z.B. im Gesellschaftsrecht Bezug genommen werden muss (Einheit der Rechtsordnung; negative Akzessorität: was außerstrafrechtlich erlaubt ist, kann nicht im Strafrecht mit Strafe bedroht werden). Eine solche außerstrafrechtliche Norm, die bei Handeln von Vorständen³, von Aufsichtsräten⁴, von Führungspersonal von GmbH und Sparkassen⁵ sowie von Genossenschaften⁶ berücksichtigt werden muss, ist die Business Judgement Rule. Sie ist seit dem Jahr 2005 in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifiziert⁷ und beschränkt den Haftungsrahmen der Unternehmensspitze bei unternehmerischen Risikoentscheidungen: die Unternehmensspitze haftet nicht für jede noch so geringe Nachlässigkeit, sondern nur für völlig unverantwortliches Handeln. Sind die Voraussetzungen der auch als „sicherer Hafen“⁸ bezeichneten Business Judgement Rule erfüllt, folgt daraus eine unwiderlegliche Vermutung eines objektiv pflichtkonformen Verhaltens.⁹ Hintergrund ist, dass unternehmerische Entscheidungen typischerweise mit Risiken

verbundene Prognoseentscheidungen sind. Eine Haftung für jede fehlgeschlagene Risikoentscheidung würde zu einer übervorsichtigen Unternehmensführung, dem Auslassen von Chancen und letztendlich dem Stagnieren des Unternehmens führen.¹⁰ Die Business Judgement Rule verhindert dies und eröffnet unternehmerischen Handlungsspielraum, „ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar ist“¹¹. Die vier Prüfungspunkte der Business Judgement Rule lassen sich dabei weitgehend aus dem Gesetzestext des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ablesen: 1. Unternehmerische Entscheidung, 2. Informationspflicht, 3. Zum Wohle der Gesellschaft, 4. Guter Glaube.¹² Die Details und der Einbau dieser Prüfungspunkte in die klassische Untreueprüfung sollen an den folgenden zwei Fällen dargestellt werden.

II. Ausgangsfall: Wertpapiergeschäfte¹³

Das alleinvertretungsbefugte Vorstandsmitglied V nimmt für die B-Bank-AG riskante Wertpapiergeschäfte vor. V war sich gewisser Risiken der Wertpapiere bewusst, vertraute jedoch auf die sehr positive Einschätzung der Wertpapiere durch die Rating Agenturen. Auch die von der Bank selbst erstellte Analyse gelangte zu einer guten Einschätzung der Wertpapiere. Als sich die Risiken dennoch realisieren, verliert die Bank 1 Mio. €. Stellt das Verhalten des Vorstandsmitglieds V eine Straftat gem. § 266 StGB dar?

V könnte sich durch die Wertpapiergeschäfte wegen Untreue gem. § 266 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Es müsste im objektiven Tatbestand der Missbrauchstatbestand (1. Var.) oder der Treubruchtatbestand (2. Var.) erfüllt sein.¹⁴

a) Missbrauchstatbestand (1. Var.)

Untreue setzt im Missbrauchstatbestand eine Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis, einen Missbrauch dieser Befugnis, eine durch den Missbrauch verletzte Vermögensbetreuungspflicht (h.M.)¹⁵ und einen Vermögensnachteil voraus.

* Die Autorin ist Juniorprofessorin für Kriminologie, Criminal Compliance, Risk Management und Strafrecht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg sowie Affiliate Fellow des Information Society Project der Yale Law School (USA).

¹ BGH NJW 2017, 578 (HSH-Nordbank); siehe zivilrechtlich auch OLG Düsseldorf CCZ 2010, 117 (119).

² BGHSt 46, 30 (34 f.) = NJW 2000, 2364 (2365) – Kreditvergabe I; BGHSt 47, 148 (149 f.) = NJW 2002, 1211 (1213 f.) – Kreditvergabe II.

³ § 93 Abs. 1 S. 2 AktG.

⁴ § 116 S. 1 AktG i.V.m. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG.

⁵ § 93 Abs. 1 S. 2 AktG analog; beachte jedoch: keine analoge Anwendung bei Insolvenzverwaltern, BGHZ 225, 90.

⁶ § 34 Abs. 1 S. 2 GenG.

⁷ Eingeführt durch BGBI. I 2005, S. 2802 (Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts – UMAG); zuvor bereits seit 1997 Anerkennung in der Rspr.: BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926 (ARAG/Garmenbeck); vgl. auch Baur/Holle, AG 2017, 597 (598).

⁸ BGH NJW 2017, 578 (579) – HSH-Nordbank.

⁹ Sailer-Coceani, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Aktiengesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2020, § 93 Rn. 14 m.w.M.

¹⁰ BGH NJW 1997, 1926 (1927); Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2020, § 20 Rn. 45.

¹¹ BGH NJW 1997, 1926 (1927).

¹² Vgl. Sailer-Coceani (Fn. 9), § 93 Rn. 13 m.w.M.; Willen, Die Business Judgement Rule. Auslegung der Legalitätspflicht bei unklarer Rechtslage, 2021, S. 23 ff.; Taube, Die Anwendung der Business Judgment Rule auf den GmbH-Geschäftsführer, 2018, S. 41 ff.

¹³ Angelehnt an BGH NJW 2017, 578 (HSH-Nordbank); siehe zivilrechtlich auch OLG Düsseldorf CCZ 2010, 117, (119).

¹⁴ Zum Prüfungsaufbau: Auch das Anprüfen beider Tatbestandsvarianten unter jeweils eigenen Überschriften ist möglich.

¹⁵ Siehe nur BGHSt 47, 187 (192); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, 23. Aufl. 2021, § 18 Rn. 14; Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 266 Rn. 10 ff.

aa) Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis

V ist laut Sachverhalt alleinvertretungsbefugt (§ 78 Abs. 1, Abs. 2 AktG) und damit verfügungs- und verpflichtungsbefugt.

bb) Missbrauch der Befugnis

Eine Befugnis wird missbraucht, wenn sie wirksam im Außenverhältnis genutzt wird und gleichzeitig eine (gravierende) Pflichtwidrigkeit im Innenverhältnis darstellt.¹⁶ Ob bei Risikoentscheidungen eine Pflichtwidrigkeit zusätzlich „gravierend“ bzw. „evident“ sein muss ist in der Rspr. umstritten¹⁷: der 1. Strafsenat fordert dies,¹⁸ der 3. Strafsenat lehnt das Erfordernis ab.¹⁹

Gegen das Erfordernis spricht, dass es sich dem Wortlaut des § 266 StGB nicht entnehmen lässt.²⁰ Dafür spricht jedoch das Bedürfnis, die Weite des Tatbestands durch eine restriktive Auslegung zu beschränken (Bestimmtheitsgebot Art. 103 Abs. 2 GG; ultima-ratio-Prinzip). Dem hat sich auch das BVerfG angeschlossen, wenn es die tatbestandsbegrenzende, präzisierende Funktion des Merkmals betont.²¹

Der Streit muss jedoch nicht entschieden werden, wenn schon eine einfache Pflichtverletzung von vornherein ausgeschlossen ist.

Anzeichen, dass der Erwerb der Wertpapiere im Außenverhältnis unwirksam wäre, fehlen. Fraglich ist aber, ob der Erwerb der Wertpapiere im Innenverhältnis eine (gravierende) Pflichtwidrigkeit darstellt. Darüber enthält das Strafrecht selbst keine Aussagen. Um eine Pflichtwidrigkeit festzustellen, ist – wie bereits erwähnt – ein Blick in außerstrafrechtliche Materien wie das Gesellschaftsrecht nötig.

Besondere Vereinbarungen im Innenverhältnis über einen bestimmten Pflichtenmaßstab fehlen. Es ist somit auf die allgemeinen Vorschriften zurückzugreifen, hier die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers (§§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 S. 1 AktG).²²

(1) Business Judgement Rule

Eine Pflichtwidrigkeit könnte hier jedoch von vornherein nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG (Business Judgement Rule) ausgeschlossen sein. Dies setzt voraus, dass eine unternehmerische Entscheidung (a) vorliegt, Informationspflichten (b) Genüge getan wurde, zum Wohle der Gesellschaft (c) gehandelt wurde, und guter Glaube (d) vorliegt.

(a) Eine unternehmerische Entscheidung ist eine Entscheidung, die aufgrund ihres Zukunftsbezugs durch Prognosen und nicht rechtlich gebundene Einschätzungen²³ geprägt ist. Die Entscheidung, Wertpapiere zu erwerben, ist eine solche von Prognosen geprägte Entscheidung.

(b) Es müsste vor der Entscheidung eine *ex ante* (!) angemessene Tatsachengrundlage geschaffen worden sein.²⁴ Dabei gilt: je risikoreicher bzw. folgenreicher eine Entscheidung, desto solider sollte die Informationsgrundlage sein.²⁵

Hier wurden nicht nur Informationen von Rating-Agenturen eingeholt und diesen etwa „blind vertraut“ (dies wäre keine „angemessene Tatsachengrundlage“²⁶), sondern die Bank selbst erstellte eine eigene Analyse als Informationsgrundlage. Die Informationspflicht wurde damit erfüllt.

(c) Nur wer zum Wohle der Gesellschaft handelt, kann sich auf den „sicheren Hafen“ der Business Judgement Rule berufen. Es gibt insbesondere zwei Konstellationen, bei denen ein Handeln zum Wohle der Gesellschaft abzulehnen ist: 1. bei einem Handeln auf Grund sachfremder Sonderinteressen (Interessenkonflikte, z.B. Risikogeschäfte zum Vorteil eines Verwandten, bei welchem die widerstreitenden Interessen nicht ausgeblendet werden²⁷), 2. bei Vorliegen einer evidenten Verfehlung von Unternehmensinteressen (*ex ante!*).

Hier sind sachfremde Sonderinteressen nicht ersichtlich.

Fraglich ist, ob aber eine evidente Verfehlung von Unternehmensinteressen aus *ex ante* Sicht vorliegt.

Der Erwerb riskanter Wertpapiere stellt *an sich* betrachtet keine evidente Verfehlung dar.²⁸ Es ist vielmehr gerade Aufgabe von Bankmanagern Risiken und damit auch Gewinnchancen einzugehen.²⁹

Eine evidente Verfehlung könnte jedoch vorliegen, wenn es sich um Wertpapiergeschäfte handelt, die zu einer Bestandsgefährdung³⁰ (vgl. § 91 Abs. 2 AktG) des Unternehmens füh-

²³ Nicht unter die Business Judgement Rule fallen rechtlich gebundene Entscheidungen, d.h. Entscheidungen, die bereits durch Satzung oder sonstige Gesetze vorgegeben oder verboten sind. Gesetzeswidriges Handeln ist generell nicht von der Business Judgement Rule gedeckt (Legalitätspflicht der Unternehmensleitung); vgl. nur *Sailer-Coceani* (Fn. 9), § 93 Rn. 15; *Arnold*, ZGR 2014, 76 (79).

²⁴ BGH NJW 2017, 578 (580) – HSH-Nordbank („Um Informationspflichten zu genügen[,] [...] ist es notwendig, aber auch ausreichend, dass sich der Vorstand eine unter Berücksichtigung des Faktors Zeit und unter Abwägung der Kosten und Nutzen weiterer Informationsgewinnung ‚angemessene‘ Tatsachenbasis verschafft [...]. Dem Vorstand steht ein dem konkreten Einzelfall angepasster Spielraum zu, den Informationsbedarf selbst abzuwägen [...].“).

²⁵ Vgl. *Wittig* (Fn. 10), § 20 Rn. 56b.

²⁶ *Strate*, HRRS 2012, 416 (418 f.); *Schröder*, NJW 2010, 1169 (1173); vgl. auch OLG Düsseldorf CCZ 2010, 117 (119).

²⁷ Vgl. *Sailer-Coceani* (Fn. 9), § 93 Rn. 19.

²⁸ Zum Risikogeschäft grundsätzlich *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 266 Rn. 61

²⁹ *Schröder*, ZStW 2011, 771 (784).

³⁰ A.A. nur, wenn *konkrete* Bestandsgefährdung vorliegt:

¹⁶ BGHSt 5, 61 (63); *Rengier* (Fn. 15), § 18 Rn. 8; *Wittig* (Fn. 10), § 20 Rn. 33 ff.; *Hoyer* (Fn. 15), § 266 Rn. 75.

¹⁷ Ausführlich zur Entwicklung der Rspr. *Wagner*, ZStW 131 (2019), 319 ff.

¹⁸ BGHSt 47, 148 (150) – Kreditvergabe II; BGHSt 47, 187 (197) – SSV Reutlingen; BGHSt 55, 288 (300) – Siemens/AUB; siehe auch OLG Hamm NSTZ-RR 2012, 374.

¹⁹ BGHSt 50, 331 (Mannesmann); zur ebenfalls in diese Richtung weisenden HSH-Nordbank-Entscheidung des 5. Strafsenats siehe unten Fn. 50 und begleitenden Text.

²⁰ *Schünemann*, NSTZ 2005, 473 (475).

²¹ BVerfGE 126, 170 (210 f.).

²² Vgl. *Wittig* (Fn. 10), § 20 Rn. 56b.

ren.³¹ Hier ist jedoch im Sachverhalt keine Bestandsgefährdung, etwa Beinahe-Insolvenz, ersichtlich.

Anzeichen, dass V nicht zum Wohle der Gesellschaft handelte, fehlen damit.

(d) Es gilt der Grundsatz: Wer bereits selbst nicht an die Richtigkeit des eigenen unternehmerischen Vorgehens glaubt, verdient auch keinen Schutz.³² Hier ist ein Fehlen des guten Glaubens jedoch nicht ersichtlich.

(2) Folge des Erfüllens der Business Judgement Rule: unwiderlegliche Vermutung objektiv pflichtkonformen Verhaltens

Alle Voraussetzungen der Business Judgement Rule sind erfüllt. Daraus folgt eine unwiderlegliche Vermutung eines objektiv pflichtkonformen Verhaltens. Somit liegt keine (gravierende³³) Pflichtwidrigkeit im Sinne der Untreue vor (negative Akzessorietät, Einheit der Rechtsordnung). Ein Missbrauch der Befugnis scheidet somit aus. Der Missbrauchstatbestand ist nicht erfüllt.

b) Treubruchtatbestand (2. Var.)³⁴

Es könnte jedoch der Treubruchtatbestand erfüllt sein. Dieser setzt voraus, dass eine Vermögensbetreuungspflicht, eine Pflichtverletzung und ein Vermögensnachteil vorliegen. Bankvorstände trifft zwar regelmäßig eine auf das Vermögen der Bank bezogene Vermögensbetreuungspflicht. Jedoch ist eine Verletzung dieser Pflicht auf Grund der Business Judgement Rule auch hier ausgeschlossen (siehe oben).

Der objektive Tatbestand des § 266 StGB ist nicht erfüllt.

2. Ergebnis

V ist nicht nach § 266 StGB strafbar.

III. Abwandlung: Kreditvergabe³⁵

Das alleinvertretungsbefugte Vorstandsmitglied V der B-Bank-AG vergibt, ohne sich die Jahresabschlüsse vorlegen zu lassen, einen Kredit von 1 Mio. € an die E-GmbH, deren Geschäftsführerin seine Schwester E ist. Hätte V sich die Jahresabschlüsse vorlegen lassen, hätte er erkennen müssen, dass die E-GmbH kurz vor der Insolvenz steht. Auch ohne Einsicht in die Jahresabschlüsse hielt er es jedoch für möglich und nahm es in Kauf, dass die E-GmbH den Kredit nicht

Drygala, in: Grundmann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010, 2010, S. 541 ff.; *Mülbert*, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), *Ökonomie versus Recht im Finanzmarkt?*, 2011, S. 85 ff.

³¹ Schröder, NJW 2010, 1169 (1172); vgl. auch speziell zu den Fällen IKB und Sachsen LB Lutter, ZIP 2009, 197 (199).

³² Taube (Fn. 12), S. 86.

³³ Der in Fn. 17 ff. und begleitendem Text angesprochene Streit, ob die Pflichtverletzung „gravierend“ sein muss oder nicht, muss hier nicht entschieden werden, da schon eine einfache Pflichtverletzung ausscheidet.

³⁴ Zum alternativen Prüfungsaufbau siehe oben Fn. 14.

³⁵ Angelehnt an BGHSt 46, 30 (34 f.) = NJW 2000, 2364 (2365) – Kreditvergabe I; BGHSt 47, 148 (149 f.) = NJW 2002, 1211 (1213 f.) – Kreditvergabe II.

zurückzahlen würde. Wegen der Verwandtschaft zu E, störte ihn das jedoch nicht. Stellt das Verhalten des Vorstandsmitglieds V eine Straftat gem. § 266 StGB dar? (Auf § 18 KWG wird hingewiesen.)

V könnte sich durch die Kreditvergabe gem. § 266 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Es müsste im objektiven Tatbestand der Missbrauchstatbestand (1. Var.) oder der Treubruchtatbestand (2. Var.) erfüllt sein.³⁶

a) Missbrauchstatbestand (1. Var)

Untreue setzt im Missbrauchstatbestand eine Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis, einen Missbrauch dieser Befugnis, eine durch den Missbrauch verletzte Vermögensbetreuungspflicht (h.M.)³⁷ und einen Vermögensnachteil voraus.

aa) Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis

V ist laut Sachverhalt alleinvertretungsbefugt (§ 78 Abs. 1, Abs. 2 AktG).

bb) Missbrauch der Befugnis

Eine Befugnis wird missbraucht, wenn sie wirksam im Außenverhältnis genutzt wird, und gleichzeitig eine (str. gravierende³⁸) Pflichtwidrigkeit im Innenverhältnis darstellt.³⁹

Anzeichen, dass die Vergabe des Kredits im Außenverhältnis unwirksam wäre, fehlen. Fraglich ist aber, ob die Kreditvergabe im Innenverhältnis eine (gravierende) Pflichtwidrigkeit darstellt. Darüber enthält das Strafrecht selbst wieder keine Aussagen. Um eine Pflichtwidrigkeit festzustellen, ist – wie einleitend erwähnt – ein Blick in außerstrafrechtliche Materien wie das Gesellschaftsrecht nötig.

Besondere Vereinbarungen im Innenverhältnis zum Pflichtenmaßstab fehlen. Es ist somit auf die allgemeinen Vorschriften zurückzugreifen, hier die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers (§§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 S. 1 AktG).

(1) Business Judgement Rule

Die Pflichtwidrigkeit könnte hier jedoch nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG (Business Judgement Rule) ausgeschlossen sein. Dies setzt voraus, dass eine unternehmerische Entscheidung (a) vorliegt, Informationspflichten (b) genüge getan wurde, zum Wohle der Gesellschaft (c) gehandelt wurde, und guter Glaube (d) vorliegt.

(a) Die Entscheidung, einen Kredit zu vergeben, ist eine von Prognosen geprägte Entscheidung⁴⁰ und damit eine unternehmerische Entscheidung.⁴¹

³⁶ Zum alternativen Prüfungsaufbau siehe oben Fn. 14.

³⁷ Siehe oben Fn. 14.

³⁸ Siehe zum Streit um das tatbestandbegrenzende Merkmal der „gravierenden“ Pflichtverletzung und wann der Streit nicht entschieden werden muss oben Fn. 17 ff. und begleitenden Text.

³⁹ Siehe oben Fn. 16.

(b) Fraglich ist jedoch, ob V eine *ex ante* (!) angemessene Tatsachengrundlage geschaffen hat.⁴² Hier hat sich V nicht die Jahresabschlüsse vorlegen lassen. Damit verstößt er gegen die Informationspflicht aus § 18 S. 1 KWG, sodass Informationspflichten nicht erfüllt wurden. Die Voraussetzungen der Business Judgement Rule sind schon aus diesem Grund nicht gegeben.

(c) Zudem könnte V nicht zum Wohle der Gesellschaft gehandelt haben. Es gibt zwei Konstellationen, bei denen man nicht zum Wohle der Gesellschaft handelt: 1. wenn man auf Grund sachfremder Sonderinteressen handelt (Interessenkonflikte, z.B. Risikogeschäfte zum Vorteil eines Verwandten, bei welchem die widerstreitenden Interessen nicht ausgeblendet werden⁴³), 2. wenn eine evidente Verfehlung von Unternehmensinteressen (*ex ante*!) vorliegt.

Hier hat V aus sachfremden Sonderinteressen gehandelt, da durch die Vergabe eines Kredites an einen Verwandten ein Interessenkonflikt vorliegt, den er nicht ausgeblendet hat. V handelte nicht zum Wohle der Gesellschaft. Auch aus diesem Grund sind die Voraussetzungen der Business Judgement Rule somit nicht erfüllt.

Eine Pflichtverletzung ist somit nicht ausgeschlossen.

(2) *Folge des Nichterfüllens der Business Judgement Rule: Strafrechtlich relevante Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB?*

Fraglich ist, was aus der Nichterfüllung der Voraussetzungen der Business Judgement Rule folgt. Es ist in zwei Stufen zu prüfen: Führt das Nichterfüllen zu einer Pflichtverletzung i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG (a), und wenn ja, stellt dieser außerstrafrechtliche Verstoß auch eine (str. gravierende) Pflichtverletzung im Sinne der Untreue dar (b)?

(a) Eine Pflichtverletzung i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG ergibt sich zwar *nicht automatisch* aus einem Verstoß gegen die Business Judgement Rule, sie ist jedoch *indiziert*.⁴⁴ Dabei ist sich für einen Verstoß gegen § 93 Abs. 1 S. 1 AktG stets am Maßstab eines „schlechthin unvertretbaren Vorstandshandeln“⁴⁵ zu orientieren. Im vorliegenden Fall kann mit Blick auf die Verletzung der Informationspflichten und den nicht ausgeblendeten Interessenkonflikt von einer solchen zivilrechtlichen Pflichtverletzung i.S.v. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG ausgegangen werden.

(b) Nun ist jedoch weiter zu prüfen, ob dieser Verstoß gegen eine *außerstrafrechtliche* Norm auch gleichzeitig eine *strafrechtlich* relevante (gravierende) Pflichtverletzung im Sinne der Untreue darstellt.

Wie oben beschrieben, ist der Maßstab für die Pflichtverletzung bei § 266 StGB umstritten: der *1. Strafsenat* fordert, dass die Pflichtverletzung „gravierend“ ist,⁴⁶ der *3. Strafsenat*

lehnt dieses zusätzliche Erfordernis ab.⁴⁷ Die besseren Gründe (restriktive Auslegung, Bestimmtheitsgebot Art. 103 Abs. 2 GG, ultima ratio Prinzip)⁴⁸ sprechen dafür, das Merkmal „gravierend“ zur Tatbestandsbegrenzung zu erfordern.⁴⁹ (a.A. vertretbar).

Fraglich ist sodann jedoch, was genau unter „gravierend“ zu verstehen ist. Auch hier gehen die Ansichten auseinander.

Nach Ansicht des *5. Strafsenats* des BGH in der HSH-Nordbank Entscheidung, ist eine Verletzung von § 93 Abs. 1 S. 1 AktG stets eine so schwere Pflichtverletzung, dass sie *automatisch* eine gravierende Pflichtverletzung im Sinne der Untreue darstelle.⁵⁰ Durch diese Ansicht wird jedoch das Merkmal „gravierend“ praktisch ausgehöhlt; es verkommt zu einem bloßen „Lippenbekenntnis“.⁵¹

Richtigerweise ist die nötige Gravität der Untreuepflichtverletzung durch einen Verstoß gegen zivilrechtliche Pflichten, einschließlich gegen § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, *nicht indiziert*. Vielmehr ist die Gravität in jedem Einzelfall positiv festzustellen.⁵² Speziell zu einem Verstoß gegen § 18 S. 1 KWG schreibt der *1. Strafsenat* des BGH zudem, dass auch ein solcher Verstoß *nicht generell* zu einer Untreuepflichtverletzung führe, sondern lediglich ein bei einer Gesamtschau zu berücksichtigender Anhaltspunkt sei.⁵³ Aufgrund überzeugender Argumente ist letzterer Ansicht zuzustimmen (a.A. vertretbar).

Es kommt also darauf an, ob bei einer „Gesamtschau“⁵⁴ das Verhalten des V eine strafrechtlich relevante gravierende Pflichtverletzung darstellt. Kriterien zur Beurteilung der Gravität sind u.a.: „[f]ehlende Nähe zum Unternehmensgegenstand, Unangemessenheit im Hinblick auf die Ertrags- und Vermögenslage, fehlende innerbetriebliche Transparenz sowie Vorliegen sachwidriger Motive.“⁵⁵

Hier hat V sich die Jahresabschlüsse nicht vorlegen lassen und dies auch nicht durch andere Informationsquellen ausgeglichen.⁵⁶ Zudem lag durch die Verwandtschaft ein Interessenkonflikt vor, der nicht ausgeblendet wurde.

Zwar handelt es sich bei der Kreditvergabe um einen dem Unternehmensgegenstand einer Bank nahestehenden Vorgang, und ist auch über die innerbetriebliche Transparenz im Sachverhalt nichts bekannt, so ist die Kreditvergabe doch unangemessen im Hinblick auf die Ertragslage für die Bank und V

⁴⁷ BGHSt 50, 331 (Mannesmann).

⁴⁸ Siehe oben Fn. 22.

⁴⁹ So auch *Wagner*, ZStW 131 (2019), 319 (361).

⁵⁰ BGH NJW 2017, 578 (579) – HSH-Nordbank; siehe jedoch Kritik in der Literatur vgl. *Baur/Holle*, JR 2019, 181.

⁵¹ Siehe *Wagner*, ZStW 131 (2019), 319 (361).

⁵² Siehe *Wagner*, ZStW 131 (2019), 319 (332 ff.) m.w.N.

⁵³ BGHSt 46, 30 (32) – Kreditvergabe I; siehe auch BGHSt 47, 148 ff. (Kreditvergabe II); *Wittig* (Fn. 10), § 20 Rn. 55.

⁵⁴ Vgl. BGHSt 47, 187 (197) – SSV Reutlingen; zustimmend etwa *Dierlamm*, StraFo 2005, 397 (403 f.).

⁵⁵ BGHSt 47, 187 (197) – SSV Reutlingen; zustimmend etwa *Wessing*, EWIR2002, 305 (306).

⁵⁶ Zur Möglichkeit des Ausgleichs BGHSt 46, 30 (32) – Kreditvergabe I; BGHSt 47, 148 (152) – Kreditvergabe II.

⁴⁰ Siehe oben Fn. 24.

⁴¹ Vgl. nur *Wittig* (Fn. 10), § 20 Rn. 51 m.w.N.

⁴² Siehe oben Fn. 25.

⁴³ Siehe oben Fn. 28.

⁴⁴ BGH NJW 2017, 578 (579) m.w.N. (HSH-Nordbank).

⁴⁵ BGH NJW 2017, 578 (580) m.w.N. (HSH-Nordbank).

⁴⁶ BGHSt 47, 148 (150) – Kreditvergabe II; BGHSt 47, 187 (197) – SSV Reutlingen; BGHSt 55, 288 (300) – Siemens/AUB; siehe auch OLG Hamm NSTZ-RR 2012, 374.

ließ sich mit Blick auf die Verwandtschaft von sachwidrigen Motiven leiten.

Eine Gesamtschau ergibt, dass das Verhalten des V eine gravierende Pflichtverletzung im Sinne der Untreue darstellt.⁵⁷

Auch der in der Prüfung des § 266 StGB nötige vermögensschützende Charakter der verletzten Pflicht bzgl. des betrauten Vermögens⁵⁸ ist zu bejahen.⁵⁹

Eine Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 StGB liegt vor. Ein Missbrauch der Befugnis ist somit gegeben.

bb) Vermögensbetreuungspflicht

Im soeben festgestellten Missbrauch müsste zudem einer Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht liegen (h.M.⁶⁰). Eine Vermögensbetreuungspflicht setzt voraus, dass es sich um eine Hauptpflicht handelt⁶¹ und V eine gewisse Selbständigkeit und Entscheidungsspielraum hat.⁶² Bankvorstände wie V trifft regelmäßig eine auf das Vermögen der Bank bezogene Vermögensbetreuungspflicht. Durch den Missbrauch wurde auch gerade diese Vermögensbetreuungspflicht verletzt.

cc) Vermögensnachteil

Es müsste zudem ein Vermögensnachteil, d.h. ein Vermögensabfluss ohne Kompensation, der unmittelbar auf dem pflichtwidrigen Tun beruht, positiv festgestellt werden.⁶³ Aus einer Pflichtwidrigkeit folgt nicht automatisch ein Vermögensnachteil (Verschleifungsverbot).⁶⁴

Hier liegt ein unmittelbarer Vermögensnachteil jedoch bereits in der Minderwertigkeit des Rückzahlungsanspruches im Vergleich mit der ausgereichten Darlehnsvaluta, d.h. im Abschluss des Darlehnsvertrages zu einem dem tatsächlichen Risiko nicht angemessenen – zu niedrigen – Zinssatz.⁶⁵ (Ein Rückgriff auf die schadensgleiche Vermögensgefährdung⁶⁶ ist nicht nötig.⁶⁷)

dd) Zwischenergebnis

Der Missbrauchstatbestand ist erfüllt.

⁵⁷ Vgl. so im Ergebnis auch *Hellmann*, Fälle zum Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2018, S. 91.

⁵⁸ BGHSt 55, 288 (301) – Siemens/AUB; *Wittig* (Fn. 10), § 20 Rn. 40a; *Saliger* (Fn. 28), § 226 Rn. 35; *Hoyer* (Fn. 15), § 266 Rn. 51.

⁵⁹ § 18 KWG bezweckt nicht nur den Schutz des Kreditwesens als solches, sondern auch des Vermögens gerade der geldgebenden Bank.

⁶⁰ Siehe oben Fn. 14.

⁶¹ BGHSt 47, 295 (297); *Rengier* (Fn. 15), § 18 Rn. 16; *Wittig* (Fn. 10), § 20 Rn. 70.

⁶² BGH NStZ 2013, 407; BGH NJW 2016, 3253; *Rengier* (Fn. 15), § 18 Rn. 17; *Hoyer* (Fn. 15), § 266 Rn. 32.

⁶³ Vgl. *Rengier* (Fn. 15), § 18 Rn. 49 ff.; *Wittig* (Fn. 10), § 20 Rn. 134 ff.

⁶⁴ BVerfG NJW 2010, 3209 (3215 Rn. 113); *Wittig* (Fn. 10), § 20 Rn. 134; so schon *Saliger*, ZStW 2000, 563 (610).

⁶⁵ Vgl. auch *Hellmann* (Fn. 57), S. 91.

⁶⁶ Hierzu ausführlich *Mansdörfer*, JuS 2009, 114.

⁶⁷ Vgl. BGH NJW 2008, 2451; BGHSt 53, 199.

b) Treubruchtatbestand (2. Var.)⁶⁸

Es könnte zudem der Treubruchtatbestand erfüllt sein. Dieser setzt voraus, dass eine Vermögensbetreuungspflicht, eine Pflichtverletzung und ein Vermögensnachteil vorliegen.

aa) Vermögensbetreuungspflicht

Die Vermögensbetreuungspflicht setzt, wie oben bereits genannt, voraus, dass es sich um eine Hauptpflicht handelt⁶⁹ und V eine gewisse Selbständigkeit und Entscheidungsspielraum hat.⁷⁰ Bankvorstände wie V trifft regelmäßig eine auf das Vermögen der Bank bezogene Vermögensbetreuungspflicht.

bb) Pflichtverletzung

V müsste diese Vermögensbetreuungspflicht verletzt haben. Wie oben bereits dargelegt⁷¹, muss es sich auch hier um eine „gravierende“ Pflichtverletzung handeln, die nach den Kriterien einer Gesamtbetrachtung⁷² zu bestimmen ist. Nach dem oben dargelegten Maßstab liegt hier eine gravierende Pflichtverletzung vor (siehe oben).

cc) Vermögensnachteil

Es liegt zudem, wie oben beschrieben,⁷³ ein unmittelbarer Vermögensnachteil vor in Form der Minderwertigkeit des Rückzahlungsanspruches im Vergleich mit der ausgereichten Darlehnsvaluta.

dd) Zwischenergebnis

Der Treubruchtatbestand ist erfüllt.

Der objektive Tatbestand des Missbrauchstatbestands (Var. 1) und des Treubruchtatbestands (Var. 2) ist erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand (Vorsatz)

V müsste zumindest mit *dolus eventualis* gehandelt haben.⁷⁴ V handelte hier mit Wissen und Wollen bzgl. aller objektiver Elemente beider Tatbestandsvarianten. Er hielt es insbesondere für möglich und nahm es billigend in Kauf, dass der B-Bank-AG ein Vermögensnachteil durch sein Handeln entsteht. Er handelte damit vorsätzlich in beiden Tatbestandsvarianten.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

V handelte rechtswidrig und schuldhaft.

⁶⁸ Zum alternativen Prüfungsaufbau siehe oben Fn. 14.

⁶⁹ BGHSt 47, 295 (297); *Rengier* (Fn. 15), § 18 Rn. 16; *Wittig* (Fn. 10), § 20 Rn. 70.

⁷⁰ BGH NStZ 2013, 407; BGH NJW 2016, 3253; *Rengier* (Fn. 15), § 18 Rn. 17; *Hoyer* (Fn. 15), § 266 Rn. 32.

⁷¹ Siehe oben Fn. 49 und begleitenden Text.

⁷² Siehe oben Fn. 54 und begleitenden Text.

⁷³ Siehe oben Fn. 68 und begleitenden Text.

⁷⁴ Vgl. *Hoyer* (Fn. 15), § 266 Rn. 118; Beachte zudem: Bei einem Gefährdungsschaden gilt zudem das Erfordernis des Abfindens mit der späteren Realisierung der Gefährdung BGH NStZ 2007, 704 (705); *Wittig* (Fn. 10), § 20 Rn. 165.

4. Strafzumessung

Es ist ein besonders schwerer Fall gem. § 266 Abs. 2 StGB i.V.m. § 263 Abs. 3 Nr. 2 Var. 1 StGB anzunehmen, da es sich um einen Vermögensverlust von großem Ausmaß handelt (h.M. ab ca. 50.000 €⁷⁵; a.A. ab ca. 100.000 €⁷⁶).

5. Ergebnis

V ist strafbar gem. § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB (Missbrauchstatbestand) und gem. § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB (Treubruchstatbestand).

Der Treubruchstatbestand ist *lex generalis* zum Missbrauchstatbestand. Er tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz (Spezialität) hinter den Missbrauchstatbestand zurück.⁷⁷

⁷⁵ Siehe BGH NZG 2013, 268 (270); *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 68. Aufl. 2021, § 266 Rn. 189 m.w.N.

⁷⁶ *Saliger* (Fn. 28), § 266 Rn. 136.

⁷⁷ Vgl. *Wittig* (Fn. 10), § 20 Rn. 10 m.w.N.

Modus Operandi „Falscher Polizeibeamter“ – Diebstahl oder Betrug?

Von Ref. iur. Dr. Lukas Zeyher, Ref. iur. Dr. Aleksandar Zivanic, Konstanz/München*

Der modus operandi „falscher Polizeibeamter“ hat es nicht nur (mehrfach) zum BGH¹, sondern auch in die Presse geschafft. Am 8.7.2021 berichtete etwa Karin Truscheit in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung (F.A.Z.) über die Vorgehensweise von „falschen Polizeibeamten“.² Aus wissenschaftlicher Sicht stellt sich die – dogmatisch keineswegs leicht zu beantwortende – Frage, ob es sich beim Modus Operandi „falscher Polizeibeamter“ um einen Betrug (§ 263 Abs. 1 StGB) – wie der 1., 2. und 5. Strafsenat meinen – oder nicht möglicherweise eher um einen Diebstahl (§ 242 Abs. 1 StGB) handelt.³ Dieser Frage geht der vorliegende Beitrag auf den Grund.

I. Einleitung

Der Sachverhalt, der dem modus operandi „falscher Polizeibeamter“ zugrunde liegt, ist relativ überschaubar:⁴

Die Täter kontaktieren telefonisch mehrere ältere Menschen und gaukeln ihnen vor, sie seien Beamte der Polizei. Nach dem aktuellen Stand der Ermittlungen, so die Täter im Rahmen dieser Telefonate wahrheitswidrig, stünden die – jeweils kontaktierten – Personen im Visier einer Verbrecherbande, die es auf die Konten älterer Menschen abgesehen habe. Vor diesem Hintergrund wird ihnen dringend geraten⁵ bzw. befohlen⁶, sämtliches Buchgeld abzuheben und dieses –

* Der Verf. Dr. Zeyher ist Rechtsreferendar am Landgericht Konstanz und absolviert gegenwärtig die Anwaltsstation I bei einer Sozietät in München; der Verf. Dr. Zivanic ist ebenfalls Rechtsreferendar am Landgericht Konstanz und Wiss. Mitarbeiter bei einer Sozietät in München.

¹ Vgl. bereits BGH NStZ 2021, 37 f. (2. Strafsenat) sowie neuerdings BGH BeckRS 2021, 13188 (5. Strafsenat) und BGH, Urt. v. 29.7.2021 – 1 StR 83/21 (1. Strafsenat).

² Abrufbar unter

<https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/falsche-polizisten-einblick-in-das-vorgehen-der-betruerger-17426358.html> (11.1.2022).

³ Dass sich die Täter jedenfalls gem. § 132 StGB strafbar gemacht haben, ist demgegenüber (eher) unstrittig.

⁴ Siehe – freilich beschränkt auf Einziehungsfragen – schon Zivanic, NStZ 2021, 264. Der Sachverhalt wurde (in leicht abgewandelter Form) zudem in der Großen Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht im Sommersemester 2021 an der Universität Konstanz als Klausur bei Herrn Ministerialrat a.D. Dr. Matthias Fahrner, M.A. und Verf. Dr. Zivanic gestellt.

Die Fallkonstellation des „falschen Polizeibeamten“ taucht auch in der „klassischen“ Pseudo-Beschlagnahme-Konstellation (vgl. zu dieser II.) auf, vgl. insofern z.B. BGH BeckRS 2021, 13188: „Die Angeklagte war in den drei Fällen jeweils als Abholerin tätig und nahm die Beute in unmittelbarem Kontakt zu den Geschädigten in Empfang.“

⁵ So in BGH NStZ 2021, 37: „Den älteren Menschen wird daher dringend geraten [...]“; ebenso in BGH, Urt. v. 29.7.2021 – 1 StR 83/21.

⁶ So in BGH BeckRS 2021, 13188: „Die Geschädigten wurden

nach Weisung durch die „Polizei“ zum Zwecke der Sicherung – an einem bestimmten Ort zu deponieren. Die älteren Personen kommen diesem Ratschlag bzw. der Aufforderung nach, zumal sie den Informationen der „Polizei“ Glauben schenken. Das Geld wird schließlich von einem der Beteiligten eingesammelt und an die Zieladressen verbracht. Dort erfolgt dann auch die Beuteteilung.

Sowohl der 1., 2. als auch der 5. Strafsenat stehen auf dem Standpunkt, die Täter haben sich wegen Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zu Lasten der kontaktierten älteren Menschen strafbar gemacht.⁷ Obschon der Fall eine gewissen Parallele zu den sog. Kriminalbeamten-Fällen⁸ aufweist,⁹ werfen die Senate die Frage nach der diffizilen Abgrenzung von Diebstahl und Betrug nicht auf. Anders gewendet: Eine (denkbare) Strafbarkeit der Täter wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB wird schlicht nicht thematisiert. Dies überrascht zum einen vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des 4. Strafsenats. Dieser entschied schon in der frühen Nachkriegszeit: „Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht, sie sich rechtswidrig anzueignen, wegnimmt, indem er diesen durch Vortäuschung einer behördlichen Beschlagnahme zur Duldung der Wegnahme bestimmt, [...] macht sich eines Diebstahls, nicht des Betruges schuldig.“¹⁰ Zum anderen geht auch die herrschende Literatur in dieser Konstellation von einer Strafbarkeit gem. § 242 Abs. 1 StGB aus.¹¹

Ist es gleichwohl überzeugend, dass der 1., 2. und 5. Strafsenat für die Fälle „falscher Polizeibeamter“ die Betrugslösung favorisieren?

II. Der sog. Kriminalbeamten-Fall und der Unterschied zum Fall „falscher Polizeibeamter“

Um eine Antwort auf diese Frage zu liefern, müssen zuvörderst die Sachverhaltsunterschiede zwischen dem Kriminalbeamten-Fall und dem Fall „falscher Polizeibeamter“ herauskristallisiert werden. Der Kriminalbeamten-Fall – oft auch als

jeweils aufgefordert.“

⁷ Vgl. BGH NStZ 2021, 37 f.; BGH BeckRS 2021, 13188; BGH, Urt. v. 29.7.2021 – 1 StR 83/21 – jeweils ohne nähere Ausführungen.

⁸ Vgl. zu diesen etwa Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 23. Aufl. 2021, § 13 Rn. 77.

⁹ Vgl. Zivanic, NStZ 2021, 264.

¹⁰ So der Leitsatz von BGH NJW 1952, 796.

¹¹ So etwa Hefendehl, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 304; Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 263 Rn. 26; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 63; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 263 Rn. 188; vgl. auch Rengier (Fn. 8), § 13 Rn. 77 ff., der die Bejahung des § 263 StGB aber als „keineswegs unvertretbar“ bezeichnet.

Pseudo-Beschlagnahme¹² oder Beschlagnahmefall¹³ betitelt – kennzeichnet sich dadurch, dass der Täter beim Opfer präsent, spricht verkleidet als Polizeibeamter, auftaucht und eine Sache für beschlagnahmt erklärt, die das Opfer schließlich dem Kriminalbeamten überreicht oder deren Entwendung durch den „Polizisten“ duldet.¹⁴ Ein erster Unterschied zwischen den Fallkonstellationen liegt darin, dass das Opfer im Fall „falscher Polizeibeamter“ den Täter nicht *visuell* als Polizeibeamten wahrnimmt. Vielmehr steht im Fall „falscher Polizeibeamter“ vor allem der kommunikative Akt der Täter bzw. deren kommunikative Fähigkeiten im Vordergrund, während im Kriminalbeamten-Fall das Opfer auch ohne wesentliche Kommunikation von einer Beamteneigenschaft des Täters ausgeht. Indes ist dieser Sachverhaltsunterschied nicht gravierend: Das Strafrecht schützt auch leichtgläubige Personen vor „leicht durchschaubaren Täuschungsmanövern und plumpen Tricks“.¹⁵ Ein weiterer – freilich ebenfalls geringer – Unterschied zwischen den beiden Fallkonstellationen besteht darin, dass im Fall „falscher Polizeibeamter“ keine (repressive) Beschlagnahme, sondern (allenfalls) eine (präventive) Sicherstellung ausgesprochen wird.

Es bietet sich deshalb an, die Begründungslinien im Kriminalbeamten-Fall darzustellen und diese auf die vorliegende Untersuchungskonstellation zu übertragen.

III. Die Begründung der Diebstahlslösung im Kriminalbeamten-Fall

Die gegenwärtig herrschende Meinung präferiert im Kriminalbeamten-Fall eine Strafbarkeit wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB.¹⁶

1. Kriterium der Freiwilligkeit

Begründet wird diese Sichtweise mit einem – in Abgrenzung zu einem Diebstahl – zusätzlichem (ungeschriebenen) Kriterium innerhalb der Vermögensverfügung bei § 263 Abs. 1 StGB: Der Freiwilligkeit der Vermögensverfügung.¹⁷ Über das, zumindest für den Regelfall des Sachbetrugs, immer erforderliche Verfügungsbewusstsein des Opfers¹⁸ hinausgehend, wird zudem die Freiwilligkeit der Vermögensverfügung gefordert.¹⁹ Ist danach das Opfer mit dem Gewahrsamswech-

sel einverstanden, so liege darin ein freiwilliges Handeln in Form einer, die Betrugsstrafbarkeit begründenden, Vermögensverfügung.²⁰ Ein Diebstahl scheidet demgegenüber mangels Wegnahme aus; das Einverständnis des Opfers wirke insoweit tatbestandsausschließend.²¹ Sieht das Opfer demgegenüber keine Handlungsalternative, weil es etwa nur aufgrund einer unausweichlichen Zwangssituation verfügt, könne nicht mehr von einer Freiwilligkeit gesprochen werden. Eine Vermögensverfügung und damit eine Strafbarkeit nach § 263 Abs. 1 StGB schieden deshalb aus. Aufgrund des dann aber auch fehlenden tatbestandsausschließenden Einverständnisses im Rahmen von § 242 Abs. 1 StGB, sei der Täter wegen Diebstahls zu bestrafen.²² Angewandt auf den Kriminalbeamten-Fall gelangt man nach alledem zu einer Strafbarkeit wegen Diebstahls (§ 242 Abs. 1 StGB), weil derjenige, der sich in dem Bewusstsein beuge, jede andere Handlung sei zwecklos, da ansonsten eine zwangsweise Durchführung der Maßnahme, also die Beschlagnahme der Sache, erfolge, zwar bewusst, aber nicht freiwillig verfüge.²³

2. Fehlender Willensentschluss des Geschädigten

Ungeachtet des (zusätzlichen) Abgrenzungskriteriums der „Freiwilligkeit“, fehlt es nach *Rengier* in diesem Fall bereits an einer Willensbildung des Geschädigten. Wer sich nämlich einer – wenn auch vorgetäuschten – Beschlagnahmeanordnung unterwirft und sich damit der (vermeintlichen) Staatsgewalt beugt, handle nicht aufgrund eigenen Willensentschlusses, sondern allein aufgrund staatlichen Befehls. Mit anderen Worten: Die fehlende Willensbildung des Geschädigten stehe – als „Vorstufe“ des Verfügungsbewusstseins – einer Strafbarkeit wegen Betrugs im Wege; es komme deshalb nur eine Strafbarkeit wegen Diebstahls in Betracht.²⁴

3. Privatrechtsorientierte Sichtweise

Aus ergebnisorientierter Sicht wird zudem angeführt, die Geschädigten seien vielfach lediglich gegen etwaige Diebstahlrisiken versichert und somit blieben mit der Annahme eines Diebstahls in dieser Konstellation Ersatzansprüche gegen die Versicherungen erhalten bleiben.²⁵

¹² Siehe *Rengier* (Fn. 8), § 13 Rn. 77.

¹³ So *Hefendehl* (Fn. 11), § 263 Rn. 304.

¹⁴ Siehe insofern bereits Fn. 8.

¹⁵ *Rengier* (Fn. 8), § 13 Rn. 51.

¹⁶ Vgl. Fn. 11.

¹⁷ Vgl. allgemein zu den ungeschriebenen Abgrenzungsmerkmalen – scil. dem Verfügungsbewusstsein, der Freiwilligkeit und der Unmittelbarkeit – *Högel*, Die Abgrenzung zwischen Trickdiebstahl und Betrug, 2015, S. 173 ff.

¹⁸ BGHSt 41, 198 (201 f.); *Brocker*, JuS 1994, 919 (920 f.); *Rengier* (Fn. 8), § 13 Rn. 64; *Satzger* (Fn. 11), § 263 Rn. 180; krit. insoweit etwa *Tiedemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 118.

¹⁹ So etwa *Hoyer*, in: *Wolter* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 263

Rn. 165; *Satzger* (Fn. 11), § 263 Rn. 186.

²⁰ Verzichtet das Opfer dabei lediglich auf Widerstandshandlungen dagegen, dass ihm der Täter die Sache von außen betrachtet „wegnimmt“, liegt darin eine Vermögensverfügung durch Dulden. Es könne deshalb keinen Unterschied machen, ob das Opfer in einer solchen Situation den Vermögensgegenstand übergibt oder aber sich der Täter diesen nimmt, vgl. *Hoyer* (Fn. 19), § 263 Rn. 166 f.; *Hefendehl* (Fn. 11), § 263 Rn. 304.

²¹ *Hefendehl* (Fn. 11), § 263 Rn. 303; *Satzger* (Fn. 11), § 263 Rn. 186.

²² *Satzger* (Fn. 11), § 263 Rn. 187.

²³ *Hefendehl* (Fn. 11), § 263 Rn. 304.

²⁴ *Rengier* (Fn. 8), § 13 Rn. 80; ebenso *Hefendehl* (Fn. 11), § 263 Rn. 304; *Hecker*, JuS 2011, 850 (850); wohl auch BGH NJW 2011, 1979 (1979 f.).

²⁵ Darauf weist *Rengier* (Fn. 8), § 13 Rn. 81 unter Bezug-

IV. Die Begründung der Betrugslösung im Kriminalbeamten-Fall

Vereinzelte Stimmen in der Literatur befürworten jedoch auch im Kriminalbeamten-Fall eine Strafbarkeit wegen Betrugs.

1. Verzicht auf das Kriterium der Freiwilligkeit

Begründet wird diese Sichtweise von einigen Vertretern damit, dass eine Vermögensverfügung gerade nicht „freiwillig“, sondern lediglich willentlich erfolgen müsse.²⁶ Dies belegten schon klassische Erpressungskonstellationen, in denen das Opfer – aufgrund der eingesetzten Nötigungsmittel – nie „freiwillig“ verfüge.²⁷ Forderte man eine freiwillige Vermögensverfügung, so würden unterschiedliche – einerseits für § 263 Abs. 1 StGB und andererseits für § 253 Abs. 1 StGB – Vermögensverfügungsbegriffe existieren, obschon das Merkmal der Vermögensverfügung in beiden Fällen der Abgrenzung von Angriffen auf das Eigentum zu Angriffen auf das Vermögen dient.²⁸ Verzichtet man darüber hinaus auf einen erheblichen Begründungsaufwand, gelangt man – dieser Auffassung zufolge – im Kriminalbeamten-Fall zu einer Strafbarkeit gem. § 263 StGB.²⁹

2. Einheit der Rechtsordnung: § 935 Abs. 1 S. 1 BGB

Ein anderer Ansatz, den namentlich Högel präsentiert, zieht zur Begründung der Betrugslösung im Kriminalbeamten-Fall – der Einheit der Rechtsordnung willen – die Vorschrift des § 935 Abs. 1 S. 1 BGB heran.³⁰ Selbst, wenn man eine frei-

nahme auf BGHZ 5, 365 hin.

²⁶ Vgl. hierzu Rengier (Fn. 8), § 13 Rn. 77: „Richtigerweise ist das spezielle Freiwilligkeitskriterium überflüssig [...]“

²⁷ So Rengier (Fn. 8), § 13 Rn. 78.

²⁸ In diese Richtung wohl Rengier (Fn. 8), § 13 Rn. 79, § 11 Rn. 34.

²⁹ Vgl. insofern die Falllösung von Tetzlaff, JuS 2013, 153 f.

³⁰ Vgl. Högel (Fn. 17), S. 253, die aber letztlich im Kriminalbeamten-Fall – mangels Ursächlichkeit der Täuschung für die Vermögensverfügung – zu der Abgrenzung von Raub und (räuberischer) Erpressung gelangt. Högel zufolge steht im Kriminalbeamten-Fall, die Drohung des „Polizeibeamten“, die Sache sei beschlagnahmt und die Beschlagnahme werde ggfs. zwanghaft durchgesetzt, im Vordergrund (vgl. S. 261 ff.). Gegen diese Sichtweise spricht aber, dass ohne die Täuschung (Ausgabe als Polizeibeamter) die Drohung nicht funktioniere (dies bedenkt auch Högel [Fn. 17], S. 262) und darüber hinaus allenfalls mit einem – aus Opfersicht (vgl. Sinn, in: Erb/Schäfer [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 240 Rn. 77 zum maßgeblichen Opferhorizont bei der Empfindlichkeit des Übels) – rechtmäßigem Übel, sprich der Beschlagnahme, gedroht werde. Ob die Drohung mit einem erlaubten Übel tatbestandsmäßig ist, ist jedenfalls umstritten, soll hier jedoch nicht weiter vertieft werden (vgl. umfassend zur Diskussion Toepel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen [Hrsg.], Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 240 Rn. 113 ff.; siehe auch Horn, NStZ 1983, 497 [499]: „Die Ankündigung eines rechtlich erlaubten

willige Vermögensverfügung forderte, so zeige die – zu § 935 Abs. 1 S. 1 BGB ergangene – Rechtsprechung des BGH (III. Zivilsenat), dass ein unfreiwilliger (Besitz-)Verlust nur durch „unwiderstehliche physische Gewalt oder einen gleichen seelischen Zwang“ begründet werden kann.³¹ Da im Kriminalbeamten-Fall weder physische Gewalt noch ein gleicher seelischer Zwang erzeugt werde, sei eine freiwillige Vermögensverfügung anzunehmen, mithin der Tatbestand des § 263 StGB verwirklicht.

3. Differenzierung zwischen Duldung und Übergabe bzw. nach dem äußeren Erscheinungsbild

Schließlich findet sich eine differenzierte Auffassung, die zwischen Duldung und Übergabe bzw. nach dem äußeren Erscheinungsbild differenziert:³² Übergibt das Opfer den „Polizisten“ die beschlagnahmte Sache, sei von Betrug auszugehen. Duldet das Opfer hingegen nur die Ansichnahme der beschlagnahmten Sache durch den „Polizisten“, sei der Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB einschlägig.

V. Diebstahls- oder Betrugslösung im Fall „falscher Polizeibeamter“?

Der 1., 2. und der 5. Strafsenat des BGH gehen – wie oben ausgeführt – im Fall „falscher Polizeibeamter“ von einer Strafbarkeit wegen Betrugs aus; und das unabhängig davon, ob den jeweiligen Opfern (nur) dringend geraten³³ oder befohlen³⁴ wird, sämtliches Buchgeld abzuheben und dieses – nach Weisung durch die „Polizei“ zum Zwecke der Sicherung – an einem bestimmten Ort zu deponieren. Diese Einschätzung soll im Folgenden durch eine Übertragung der Begründungsansätze zum Kriminalbeamten-Fall überprüft werden.

1. Übertragung der Begründungsansätze zur Diebstahlslösung

a) Kriterium der Freiwilligkeit

Stellt man auf das Kriterium der freiwilligen Vermögensverfügung i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB ab, ergibt sich für den Fall „falscher Polizeibeamter“ kein eindeutiges Ergebnis. Vielmehr ist zwischen den Sachverhalten, die den Entscheidungen des 1., 2. und 5. Strafsenats zugrunde lagen, zu differenzieren.

Übels ist keine tatbestandsmäßige Nötigung, sondern allenfalls Wucher.“)

³¹ Vgl. BGHZ 4, 10 (39).

³² Vgl. insofern Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 30), § 242 Rn. 54, der zwischen Übergabe und Duldung unterscheidet; ähnlich auch Vogel, in: Laufhütte/Rissingvan Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 242 Rn. 126; siehe zudem Schmitt, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992, S. 575 (579 ff.), der auf das äußere Erscheinungsbild (Geben und Nehmen) abstellt.

³³ So in BGH NStZ 2021, 37: „Den älteren Menschen wird daher dringend geraten [...]“; ebenso in BGH, Urt. v. 29.7.2021 – 1 StR 83/21.

³⁴ So in BGH BeckRS 2021, 13188: „Die Geschädigten wurden jeweils aufgefordert.“

aa) Ausdrücklicher Befehl

Wird dem Geschädigten ausdrücklich befohlen, sein Buchgeld abzuheben und dieses zum Zwecke der Sicherung an einem bestimmten Ort zu deponieren, handelt es sich aus rechtlicher Sicht um einen (vermeintlichen) Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG, der dem Betroffenen gegenüber die Rechtsfolgen der präventiven Sicherstellung nach polizeirechtlichen Ermächtigungsgrundlagen³⁵ regelt. Da dieser Verwaltungsakt vollstreckt werden kann,³⁶ sieht das Opfer nach den oben genannten Kriterien keine Handlungsalternative und verfügt nur aufgrund einer unausweichlichen Zwangssituation. Es wäre nach diesem Maßstab von einem Diebstahl nach § 242 Abs. 1 StGB auszugehen.

bb) Dringender Ratschlag

Wird dem Geschädigten dagegen dringend geraten, sein Buchgeld abzuheben und dieses zum Zwecke der Sicherung an einem bestimmten Ort zu deponieren, ist diese Äußerung von vornherein nicht auf die Bewirkung einer Rechtsfolge gerichtet, sodass ihr der – für die Annahme eines Verwaltungsakts i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG – erforderliche Regelungscharakter fehlt. Mangels vollstreckbarer Grundverfügung droht in dieser Konstellation deshalb regelmäßig keine Maßnahme der Verwaltungsvollstreckung. Das Opfer kann vielmehr frei darüber entscheiden, ob es den Ratschlag der „Polizei“ beherzigt oder nicht. Kommt es dem Ratschlag nach, liegt in der Deponierung des abgehobenen Buchgeldes an einem bestimmten Ort eine Vermögensverfügung,³⁷ so dass nach diesem Maßstab ein Betrug nach § 263 Abs. 1 StGB anzunehmen wäre.

b) Fehlender Willensentschluss

Auch mit der Argumentationslinie *Rengiers* zum Kriminalbeamten-Fall hat man zwischen den Entscheidungen des 1., 2. und 5. *Strafsenats* zwingend zu differenzieren.

aa) Ausdrücklicher Befehl

Nur wenn dem Geschädigten ausdrücklich befohlen wird, sein Buchgeld abzuheben und an einem bestimmten Ort zu deponieren, beugt er sich aufgrund des vorliegenden Verwaltungsakts (§ 35 S. 1 VwVfG) und der drohenden Verwaltungsvollstreckung der (vermeintlichen) Staatsgewalt. Dieser fremde, vorgegebene Befehl lässt für eine eigene Willensbetätigung keinen Raum. Damit wäre auch hier gem. § 242 Abs. 1 StGB zu bestrafen.

³⁵ In Baden-Württemberg ist die Sicherstellung in § 37 PolG BW geregelt; in Bayern z.B. in Art. 25 PAG.

³⁶ Ohne Vorliegen eines Verwaltungsakts, fehlt es an einer vollstreckbaren Grundverfügung und die Vollstreckung ist grundsätzlich nicht möglich; vgl. dazu und zu den davon bestehenden Ausnahmen etwa *Vofßkuhle/Wischmeyer*, JuS 2016, 698 (698 ff.).

³⁷ Vgl. sogleich V., 2., a) und c) zur Problematik der *unmittelbaren Vermögensverfügung*.

bb) Dringender Ratschlag

Handelt der Geschädigte hingegen nur aufgrund des dringenden Ratschlags, sein Buchgeld abzuheben und zum Zwecke der Sicherung an einem bestimmten Ort zu deponieren, ist er mangels Verwaltungsakts (§ 35 S. 1 VwVfG) und mangels drohender Verwaltungsvollstreckung in der Lage, einen eigenen Willen zu bilden und auch danach zu agieren. Er überträgt den Gewahrsam an dem Geld damit aufgrund eines eigenen Willensentschlusses, sodass i.R.v. § 242 Abs. 1 StGB ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vorliegt. Es wäre danach wegen Betrugs (§ 263 Abs. 1 StGB) zu bestrafen.³⁸

c) Privatrechtsorientierte Sichtweise

Hält man sich allein versicherungsrechtliche Aspekte vor Augen, lassen sich diese – rein ergebnisorientierten Erwägungen – auch auf den Fall „falscher Polizeibeamter“ übertragen. Insoweit ergeben sich zwischen den Fällen des 1., 2. und 5. *Strafsenats* keine Unterschiede. Zur Wahrung des Versicherungsschutzes käme man stets zu einer Strafbarkeit wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB.

d) Zwischenergebnis

Es hat sich gezeigt, dass man bei einer Übertragung der Begründungsansätze zur Diebstahlslösung im Kriminalbeamtenfall in der Parallelkonstellation „falscher Polizeibeamter“ nur bedingt zu einer Strafbarkeit gem. § 263 Abs. 1 StGB gelangt. Dies nämlich dann, wenn dem Geschädigten lediglich dringend geraten wird, sein Buchgeld abzuheben und dieses zum Zwecke der Sicherung an einem bestimmten Ort zu deponieren. Agiert der Geschädigte hingegen aufgrund eines ausdrücklichen Befehls der „Polizei“, wie dies im Sachverhalt der Entscheidung des 5. *Strafsenats* der Fall war, beugt er sich der (vermeintlichen) Staatsgewalt und man gelangt zu einer Strafbarkeit wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB.

*2. Übertragung der Begründungsansätze zur Betrugslösung**a) Einheitlicher Vermögensverfügungsbegriff*

Verzichtet man auf das Kriterium der Freiwilligkeit bei einer Vermögensverfügung und einen erheblichen Begründungsaufwand, so verfügt das Opfer im Fall „falscher Polizeibeamter“ über das Bargeld. Indes ist fraglich, ob sich diese Vermögensverfügung auch unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.³⁹ Einer der Tatbeteiligten sammelt das Bargeld nämlich erst von demjenigen Ort, an dem es zuvor deponiert wurde, ein. Tatsächlich hat man gleichwohl eine unmittelbare Vermögensverfügung mit der Begründung anzunehmen, im Zeitpunkt des Deponierens war das Bargeld dem Zugriff der Tatbeteiligten bereits preisgegeben, mithin das Vermögen *konkret gefährdet*.⁴⁰ Eine *konkrete Vermögensgefährdung* genügt, um den objektiven Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB zu

³⁸ Vgl. sogleich V., 2., a) und c) zur Problematik der *unmittelbaren Vermögensverfügung*.

³⁹ Vgl. zu diesem Erfordernis etwa *Hefendehl* (Fn. 11), § 263 Rn. 330 ff.; *Tiedemann* (Fn. 18), § 263 Rn. 98, 105 f.

⁴⁰ Vgl. *Zivanic*, ZWH 2021, 379 f.

verwirklichen.⁴¹ Folgt man dem, gelangt man im Fall „falscher Polizeibeamter“ zu einem Betrug.

b) Exkurs: Abgrenzung zwischen Trickdiebstahl und Betrug

Die Fallgestaltung des falschen Polizeibeamten wirft darüber hinaus Fragen zu den Gewahrsamsverhältnissen am deponierten Bargeld auf. Konkret geht es um die Abgrenzung zwischen Trickdiebstahl und Betrug.⁴² Die getäuschten Personen könnten nämlich – im Zeitpunkt des Deponierens – weiterhin Gewahrsam am Bargeld haben. Bejahendenfalls würde sich das Einsammeln des Bargelds durch einen der Tatbeteiligten als Gewahrsamsbruch – und gerade nicht als unmittelbare Vermögensverfügung – erweisen, weil das Deponieren dann lediglich zu einer *Gewahrsamslockerung* führte. Grundsätzlich gilt: Dem Berechtigten bleibt an solchen Sachen, deren Aufenthalt ihm bekannt ist, der Gewahrsam – auch an Orten, die jedermann zugänglich sind – erhalten, solange keine äußeren Umstände einer Wiedererlangung entgegenstehen.⁴³ Ein Verlust des Sichtkontakts bzw. der Sichtkontrolle führt insoweit nicht zu einem Gewahrsamsverlust.⁴⁴ Indes sind es die äußeren Umstände, die – (wohl) nach der Auffassung der BGH-*Strafsenate* – einer Wiedererlangung in der Konstellation des falschen Polizeibeamten entgegenstehen.⁴⁵ Nach den Umständen des Einzelfalls und den Anschauungen des täglichen Lebens besteht die Zugriffsmöglichkeit des Gewahrsamsinhabers – sprich der getäuschten Person – deshalb nicht mehr fort, weil er – im Zeitpunkt des Deponierens – Kenntnis von der Verbringung des Geldes an einen anderen – (wohl) ihm unbekanntem – Ort hat. Damit findet sich die getäuschte Person schon im Zeitpunkt des Deponierens mit ihrer nunmehr fehlenden Zugriffsmöglichkeit ab. Die Tatbeteiligten haben demgegenüber im Zeitpunkt des Deponierens noch keinen eigenen Gewahrsam am Bargeld begründet. Eine (erstmalige) Gewahrsamsbegründung erfordert nämlich eine gewisse körperliche Nähe zur Sache.⁴⁶ Damit ist das Bargeld bis zum Zeitpunkt des Einsammelns durch einen der Tatbeteiligten gewahrsamslos. Die Figur der konkreten Vermögensgefährdung ermöglicht allerdings gleichwohl eine Bestrafung der falschen Polizeibeamten gem. § 263 Abs. 1 StGB statt nur – wie bei der „Wegnahme“ gewahrsamsloser Sachen üblicherweise – gem. § 246 Abs. 1 StGB.⁴⁷

Eine gegenteilige Auffassung ließe sich indes mit sehr guten Gründen vertreten, wenn man die *rechtliche Beziehung* der am Gewahrsamswechsel beteiligten Personen in den Vorder-

grund rückt.⁴⁸ Die getäuschten Personen gehen von einer polizeirechtlichen Sicherstellung des Bargeldes aus. Mit der Sicherstellung wird ein öffentlich-rechtliches Verwahrungsverhältnis an der Sache begründet.⁴⁹ Im Zivilrecht wird die Verwahrung als gesetzliches Besitzmittlungsverhältnis betrachtet (vgl. § 868 BGB). Der Verwahrer wird dort unmittelbarer Besitzer der Sache i.S.v. § 854 Abs. 1 BGB, wohingegen dem Hinterleger der mittelbare Besitz an der Sache i.S.v. § 868 BGB erhalten bleibt. Leugnet man eine gewisse Parallele zwischen zivilrechtlichem Besitz und strafrechtlichem Gewahrsam nicht,⁵⁰ erscheint die Annahme, die getäuschten Personen haben weiterhin (Mit- bzw. mittelbaren) Gewahrsam am Bargeld, weil sie von einer Verwahrung des Geldes ausgehen, mithin weiterhin den notwendigen Sachherrschaftswillen haben, durchaus vertretbar.⁵¹ Damit käme in der hiesigen Konstellation – ungeachtet der Diskussion rund um die „freiwillige“ Vermögensverfügung – nur ein Diebstahl in Betracht.

c) Einheit der Rechtsordnung: § 935 Abs. 1 S. 1 BGB

Blendet man die Abgrenzung zwischen Trickdiebstahl und Betrug aus, gelangt man zum selben Ergebnis wie jene Auffassung, die einen einheitlichen Vermögensverfügungsbegriff befürwortet, wenn man die Grundsätze zu § 935 Abs. 1 S. 1 BGB sinngemäß auf das Strafrecht überträgt: Mangels physischer Gewalt und vergleichbarem seelischen Zwang ist die (unmittelbare) Vermögensverfügung als „freiwillig“ zu werten.

d) Differenzierung zwischen Duldung und Übergabe bzw. nach dem äußeren Erscheinungsbild

Unklar ist jedoch das Ergebnis nach der differenzierenden Sichtweise. Einerseits ließe sich vertreten, das Opfer „übergibt“ das Bargeld, indem es die Banknoten eigenständig – am besagten Ort – deponiert; damit käme man zu einer Strafbarkeit gem. § 263 Abs. 1 StGB. Andererseits ließe sich vertreten, das Einsammeln des Bargeldes durch den Tatbeteiligten stelle eine „Duldung“ bzw. eine äußerliche Wegnahme dar, so dass von einem Diebstahl auszugehen ist. Hält man allerdings auch hier am Kriterium der Unmittelbarkeit fest, so dürften auch die Vertreter der differenzierenden Sichtweise zu einer Betrugsstrafbarkeit gelangen, weil das Deponieren des Bargeldes – scil. die „Übergabe“ – bereits zu einer konkreten Vermögensgefährdung führt und damit den objektiven

⁴¹ Vgl. dazu umfassend *Hefendehl* (Fn. 11), § 263 Rn. 692 ff.

⁴² Vgl. hierzu allgemein *Vogel* (Fn. 32), § 242 Rn. 119 ff.

⁴³ Vgl. zu vergessenen Sachen etwa *Kulhanek*, NStZ 2016, 727 (728) m.w.N.

⁴⁴ Vgl. *Kulhanek*, NStZ 2016, 727 (728).

⁴⁵ Bei der Beurteilung der Gewahrsamsverhältnisse spielen die Umstände des Einzelfalls sowie die Anschauungen des täglichen Lebens nach der jeweiligen Verkehrsauffassung eine gewichtige Rolle, vgl. statt vieler *Rengier* (Fn. 8), § 2 Rn. 27.

⁴⁶ In diese Richtung wohl *Vogel* (Fn. 32), § 242 Rn. 64.

⁴⁷ Vgl. *Vogel* (Fn. 32), § 242 Rn. 61 zur „Wegnahme“ gewahrsamsloser Sachen: „Gewahrsamslose Sachen können nicht gestohlen [...], sondern nur unterschlagen werden.“

⁴⁸ Vgl. zu diesem Vorschlag *Zivanic*, NZWiSt 2022, 7 (11).

⁴⁹ *Reinhardt*, in: Möstl/Turnit (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Polizeirecht Baden-Württemberg, 23. Ed., Stand: 1.12.2021, § 37 Rn. 14.

⁵⁰ Vgl. hierzu *Zivanic*, NZWiSt 2002, 7.

⁵¹ Problematisch wird eine solche Sichtweise jedoch dann, wenn die getäuschten Personen nicht wissen, wo das Bargeld (vermeintlich) aufbewahrt werden soll, vgl. zu den Gewahrsamsverhältnissen an transportiertem Gut des Arbeitgebers *Rengier* (Fn. 8), § 2 Rn. 38, wonach man den (Mit-)Gewahrsam des Arbeitgebers auf Fernfahrten entfallen lässt, wenn der Arbeitgeber nicht genau weiß, auf welcher Route die Arbeitnehmer fahren.

Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB verwirklicht.

e) Zwischenergebnis

Überträgt man die Begründungsansätze zur Betrugslösung im Kriminalbeamten-Fall in der Parallelkonstellation „falscher Polizeibeamter“, so gelangt man auch in dieser – nach allen Auffassungen – zu einer Strafbarkeit gem. § 263 Abs. 1 StGB.

VI. Stellungnahme und Fazit

Die geringen Sachverhaltsunterschiede zwischen dem Kriminalbeamten-Fall und dem modus operandi „falscher Polizeibeamter“ rechtfertigen, sofern man – mit der Rechtsprechung – das Freiwilligkeitskriterium fordert, jedenfalls dann keine divergierenden rechtlichen Lösungen, wenn den Opfern jeweils „befohlen“ wird, die Sache herauszugeben bzw. deren Wegnahme zu dulden. Nur, wenn den Geschädigten – wie im Fall, der der Entscheidung des 1. und 2. *Strafsenats* zugrunde lag – dringend geraten wird, das Bargeld an dem besagten Ort zu deponieren, vermag unter Zugrundelegung des Freiwilligkeitskriteriums die Annahme einer Betrugsstrafbarkeit (§ 263 Abs. 1 StGB) zu überzeugen.

Freilich belegt aber gerade die Entscheidung des 5. *Strafsenats*, dass das Kriterium der Freiwilligkeit keine klaren Konturen aufweist – daran vermag auch eine entsprechende Heranziehung der Vorschrift des § 935 Abs. 1 S. 1 BGB nichts zu ändern: Auch dort wird auf die (Un-)Freiwilligkeit des unmittelbaren Besitzverlustes abgestellt. Damit wird die Problematik allerdings lediglich in das Zivilrecht verlagert, wo über die Bestimmung des (Un-)Freiwilligkeitsbegriffs ebenfalls kein Konsens herrscht.⁵²

Insofern führten die unerheblichen sprachlichen Unterschiede – unter konsequenter Anwendung des Freiwilligkeitskriteriums – zu einer unterschiedlichen Behandlung der Sachverhalte. Die Strafbarkeit der Täter hinge von der gewählten Formulierung ab, obschon Tatbeteiligte nur selten Wert auf die genaue Wortwahl legen. Mit Blick auf das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG)⁵³ können aber diese, nur unerheblichen Abweichungen keine unterschiedliche strafrechtliche Behandlung rechtfertigen.

Überzeugender ist das Argument rund um die Einheitlichkeit des Vermögensverfügungsbegriffs: Betrug (§ 263 Abs. 1 StGB) und Erpressung (§ 253 Abs. 1 StGB) setzen nach herrschender Meinung in der Literatur *beide* eine Vermögensverfügung voraus.⁵⁴ Dies folgt daraus, dass sowohl Betrug (§ 263 Abs. 1 StGB) als auch Erpressung (§ 253 Abs. 1 StGB) richtiger- und konsequenterweise als Selbstschädigungsdelikte

zu begreifen sind.⁵⁵ Gerade dadurch gelingt die Abgrenzung zu den Fremdschädigungsdelikten, nämlich Raub (§ 249 Abs. 1 StGB) und Diebstahl (§ 242 Abs. 1 StGB). Es liefe deshalb der Gesetzessystematik zuwider, wenn man bei der Vermögensverfügung i.R.v. § 263 Abs. 1 StGB eine Freiwilligkeit forderte, obwohl dies bei § 253 Abs. 1 StGB – aufgrund der Zwangssituation, in welcher sich das Erpressungsoffer befindet – erkennbar nicht in Betracht kommt.

Im Ergebnis ist den BGH-*Strafsenaten* also zuzustimmen. Richtigerweise ist der Täter im Fall „falscher Polizeibeamter“ wegen Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB zu bestrafen, sofern ein Mit- bzw. mittelbarer Gewahrsam der getäuschten Personen am deponierten Bargeld abgelehnt wird – und das unabhängig davon, ob den Geschädigten lediglich dringend geraten oder ausdrücklich befohlen wird, sämtliches Buchgeld abzuheben und dieses – nach Weisung durch die „Polizei“ zum Zwecke der Sicherung – an einem bestimmten Ort zu deponieren. Die BGH-*Strafsenate* sollten diese Entscheidungen zum Anlass nehmen, um das Freiwilligkeitskriterium endgültig aufzugeben, weil es bei konsequenter Anwendung zu unterschiedlichen – scil. vor dem Hintergrund von Art. 103 Abs. 2 GG bedenklichen – Ergebnissen in nahezu identischen Konstellationen führt. Damit würde – zumindest partiell – für Entlastung bei der diffizilen Abgrenzung von Diebstahl (§ 242 Abs. 1 StGB) und Betrug (§ 263 Abs. 1 StGB) gesorgt.

⁵² Vgl. zur Diskussion etwa *Oechsler*, in: Säcker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 8, 8. Aufl. 2020, § 935 Rn. 7.

⁵³ Vgl. dazu etwa *Radtke*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 49. Ed., Stand: 15.11.2021, Art. 103 Rn. 18 ff.

⁵⁴ Statt aller: *Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 11), § 253 Rn. 8; *Sander*, in: Erb/Schäfer (Fn. 30), § 253 Rn. 17 ff.; *Wittig*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, 51. Ed., Stand: 1.11.2021, § 253 Rn. 7.

⁵⁵ *Sander* (Fn. 54), § 253 Rn. 17.

Schwerpunktklausur: Ein schockierender Abend*

Von Prof. Dr. Beate Gsell, Wiss. Hilfskraft Dr. Matthias Veicht, LL.M. (NCKU), München**

Sachverhalt

Um sich in der Zeit der pandemiebedingten Einschränkungen Abwechslung zu verschaffen, unternehmen die 17-jährige Auszubildende Ayşe (A) und ihr gleichaltriger Kollege Konstantin (K) Spaziergänge, bei denen sie beide Bier trinken. An einem lauen Frühlingsabend im März 2021 führt sie ihr Weg über eine Brücke, die einen Fluss überquert. Im Schatten der Brücke sitzen – von A und K unbemerkt – der Erzieher Ewgenij (E) und dessen langjähriger bester Freund Simon (S) bei einem abendlichen Picknick. E und S hatten in der Vergangenheit eine Liebesbeziehung unterhalten, die nicht von Dauer war, was aber der Intensität ihrer Freundschaft keinen Abbruch tat.

A und K gehen davon aus, dass sich am Flussufer niemand aufhält. Ihre leeren Bierflaschen aus Glas werfen sie daher achtlos von der Brücke. Eine der beiden Flaschen trifft E am Kopf, es lässt sich jedoch nicht feststellen, ob es sich um die Flasche von A oder um die von K handelt. E erleidet eine Platzwunde, die sofort heftig zu bluten beginnt. Der Anblick des blutüberströmten E führt bei S zu einer akuten psychischen Schockreaktion, die mit großem Erschrecken einhergeht. S weiß sich nicht zu helfen, läuft davon und erleidet einen Kreislaufzusammenbruch, der teils auf den schockbedingt erhöhten Blutdruck, teils auf die körperliche Anstrengung infolge des Laufens zurückzuführen ist. S wird erst später am Abend beim Arzt vorgestellt, wodurch sich die Symptome verschlechtert und die Heilbehandlungskosten erhöht haben.

Ein von Passanten herbeigerufener Krankenwagen bringt E ins Krankenhaus, aufgrund einer Blutgerinnungsstörung verstirbt dieser jedoch wenig später. Hätte er nicht an der Blutgerinnungsstörung gelitten, hätte sein Leben gerettet werden können. Als S vom Tod des E erfährt, entwickelt er eine depressive Verstimmung, die über einen Monat anhält, aber nicht der Behandlung bedarf.

Fallfrage

Hat S gegen A oder K einen Anspruch auf Ersatz der Heilbehandlungskosten und auf eine Entschädigung wegen des erlittenen immateriellen Schadens (Schmerzensgeld)?

Bearbeitungsvermerk

Es ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen, ggf.

* Bei der Aufgabenstellung handelt es sich um einen von zwei gleich gewichteten Teilen der studienabschließenden Prüfung, die im Termin 2021/2 im Schwerpunktbereich Medizinrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München gestellt wurde. Es handelt sich um eine haftungsrechtliche Klausur, die unter anderem Kenntnis der sog. Schockschaden-Rechtsprechung des BGH erfordert.

** Die Autorin Gsell ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Europäisches Privat- und Verfahrensrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Der Autor Veicht ist Doktorand und Wiss. Hilfskraft an diesem Lehrstuhl.

hilfsgutachtlich. Die konkrete Höhe des Schadensersatzes bzw. der Entschädigung ist nicht zu problematisieren.

Lösungsvorschlag

I. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 830 Abs. 1 S. 2 BGB

S könnte gegen A und K jeweils einen Anspruch auf Ersatz der Heilbehandlungskosten und auf Schmerzensgeld aus § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 830 Abs. 1 S. 2 BGB haben, wobei beide nach §§ 840 Abs. 1, 421 ff. BGB als Gesamtschuldner haften könnten.

Hinweis: Mit Blick auf § 830 Abs. 1 S. 2 BGB ist es zweckmäßig, bereits im Obersatz zum Ausdruck zu bringen, dass – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – A und K beide verantwortlich sind, mithin gem. §§ 840 Abs. 1, 421 ff. BGB als Gesamtschuldner haften. Genauer auszuführen ist das Problem jedoch erst unter dem Prüfungspunkt „Zurechnung“ sowie am Ende der Anspruchsprüfung. Denkbar ist auch, zunächst den deliktischen Anspruch gegen eine der beiden Personen durchzuprüfen, und dann bei der zweiten Person nach oben zu verweisen.

1. Haftungsbegründender Tatbestand

a) Rechtsgutverletzung

Es müsste zunächst eine Verletzung eines in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechtsguts vorliegen. Hierfür ist eine eigene Rechtsgutverletzung des Anspruchstellers erforderlich.¹ Es kann nicht auf die Verletzung bzw. den Tod des E abgestellt werden. Möglicherweise liegt in der Schockreaktion des S bzw. in dem später infolge des Schocks erlittenen Kreislaufkollaps eine Körper- oder Gesundheitsverletzung im Sinne der Vorschrift.

Eine Körperverletzung liegt „in jedem unbefugten, weil von der Einwilligung des Rechtsträgers nicht gedeckten Eingriff in die Integrität der körperlichen Befindlichkeit“². Es liegt kein unmittelbarer physischer Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des S vor, insbesondere wurde S selbst nicht von einer Flasche getroffen.

Gesundheitsverletzung ist „jedes Hervorrufen oder Steigern eines von der normalen körperlichen Funktion nachteilig abweichenden Zustandes“³. Problematisch ist, ob die zunächst psychische Reaktion, wie sie S beim Blick in das blutüberströmte Gesicht ereilt hat, für die Bejahung einer Gesundheitsverletzung bereits ausreicht.

Nach der vor allem anhand von Verkehrsunfällen entwickelten Rechtsprechung des BGH zu sog. „Schockschäden“

¹ Siehe Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil, 16. Aufl. 2021, § 58 Rn. 6.

² St. Rspr., siehe nur BGH NJW 1994, 127; siehe auch BGH NJW 2013, 3634 (3635 Rn. 12).

³ Siehe BGH NJW 1991, 1948 (1949); siehe auch BGH NJW 2005, 2614 (2615).

können psychische Beeinträchtigungen infolge des Todes oder schwerer Verletzungen naher Angehöriger nur dann als Gesundheitsverletzung angesehen werden, wenn sie pathologisch fassbar sind und über die gesundheitlichen Beeinträchtigungen hinausgehen, denen Hinterbliebene bei der Benachrichtigung vom tödlichen Unfall eines Angehörigen bzw. beim Miterleben eines schweren Unfalls eines Angehörigen erfahrungsgemäß ausgesetzt sind.⁴ Erforderlich ist also eine „psychisch vermittelte Gesundheitsverletzung“⁵, die eine Erheblichkeitsschwelle überschreiten muss.⁶ Da S einen ihm aufgrund des vielen Bluts gravierend erscheinenden Unfall des E miterlebt und im weiteren Verlauf einen Kreislaufzusammenbruch erlitten hat, der zumindest auch auf den anfänglichen Schock zurückzuführen ist, ist die zunächst psychische Reaktion auch „pathologisch fassbar“ geworden, hat sich also als Gesundheitsverletzung manifestiert. Diese geht auch über die beim Miterleben eines Unglücks bzw. Unfalls üblicherweise zu erwartende Schreckreaktion hinaus. Abgestellt werden kann zudem auf die später eintretende depressive Verstimmung, die immerhin einen Monat andauerte.

Damit liegt eine Verletzung eines in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechtsguts, hier der Gesundheit des S, vor.

b) Verletzungshandlung des Anspruchsgegners

Es müsste auch eine Verletzungshandlung der Anspruchsgegners, hier A bzw. K, vorliegen. Die Verletzungshandlung liegt hier jeweils in dem Wurf der Bierflaschen durch A und K, von denen eine E am Kopf traf.

c) Haftungsbegründende Kausalität und Zurechnung

Erforderlich ist weiter die haftungsbegründende Kausalität zwischen der Verletzungshandlung und dem Verletzungserfolg. Der Verletzungserfolg muss A und K zuzurechnen sein.

aa) Äquivalenztheorie

Es ist offen, ob E nicht am Kopf getroffen worden wäre und S keinen Schock erlitten hätte, wenn A die Flasche nicht geworfen hätte. Denn möglicherweise traf die Flasche von K. Dasselbe gilt umgekehrt für den Wurf des K. Denn möglicherweise traf die von A geworfene Flasche. Wird die Verletzungshandlung jeweils hinweggedacht, entfällt also der schädigende Erfolg jeweils möglicherweise, der Wurf ist also jeweils nicht *condicio sine qua non*⁷ für die Gesundheitsver-

letzung des S. Kausalität im Sinne der Äquivalenztheorie ist damit nicht gegeben. Es liegt vielmehr ein Fall sog. alternativer Kausalität vor.

bb) Zurechnung über § 830 Abs. 1 S. 2 BGB

Eine Zurechnung kommt aber möglicherweise trotz fehlenden Nachweises der haftungsbegründenden Kausalität jeweils nach § 830 Abs. 1 S. 2 BGB in Betracht.

Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH hat diese Vorschrift zur Voraussetzung, dass erstens bei jedem Beteiligten ein anspruchsbegründendes Verhalten gegeben war, wenn man vom Nachweis der Ursächlichkeit absieht, zweitens eine der unter dem Begriff „Beteiligung“ zusammengefassten Personen den Schaden verursacht haben muss und drittens nicht feststellbar ist, welcher von ihnen den Schaden verursacht hat.⁸ Das Merkmal der „Beteiligung“ in § 830 Abs. 1 S. 2 BGB stellt nicht auf eine bestimmte Form qualifiziert-gemeinschaftlichen Handelns etwa im strafrechtlichen Sinne ab, sondern ist an die unklare Beweislage geknüpft.⁹

Eine solche unklare Beweislage liegt im Fall in Form sog. alternativer Kausalität (Urheberzweifel)¹⁰ vor. Es steht fest, dass eine der beiden Bierflaschen E am Kopf getroffen hat und dass dieses Ereignis bei S den Schock auslöste, es lässt sich nur nicht mehr ermitteln, welche Flasche zu dieser Ereigniskette führte. Mithin ist sowohl bei A als auch bei K ein anspruchsbegründendes Verhalten gegeben, sieht man vom Nachweis der Kausalität des einzelnen Flaschenwurfs ab. Für diesen Fall ordnet § 830 Abs. 1 S. 2 BGB die Verantwortlichkeit aller potentiellen Schädiger an. Damit ist die Gesundheitsverletzung des S sowohl A als auch K als Schädiger zuzurechnen.

Hinweis: § 830 Abs. 1 S. 2 BGB wird oftmals als eigenständige Anspruchsgrundlage eingeordnet, wird jedoch auch als Beweislastregel verstanden, wobei dem einzelnen Schädiger der Beweis des Gegenteils nach § 292 ZPO offensteht.¹¹ Eine Auseinandersetzung mit dieser Frage kann von den Bearbeitenden ebenso wenig verlangt werden wie die Details der zitierten BGH-Rechtsprechung, es kommt vielmehr darauf an, dass die Vorschrift des § 830 Abs. 1 S. 2 BGB überhaupt gesehen wird.

cc) Adäquanztheorie

Eine Adäquanz der Verursachung im Sinne der Adäquanztheorie ist zu bejahen, wenn mit dem Verletzungserfolg nach allgemeiner Lebenserfahrung zu gerechnet werden konnte, wenn also der konkrete Verletzungserfolg eine zumindest

⁴ Siehe BGH NJW 2015, 2246 (2247 Rn. 9); BGH NJW 2015, 1451 f. (Rn. 6 f.); siehe jüngst auch BGH NJW 2019, 2387. Näher zu dieser Rspr. vgl. auch *Wagner*, Deliktsrecht, 14. Aufl. 2021, Kap. 5 Rn. 44; *ders.*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 214 ff.

⁵ *Wagner* (Fn. 4 – MüKoBGB), § 823 Rn. 214.

⁶ Näher zur Erheblichkeit sowohl des Anlasses des Schocks als auch der resultierenden Gesundheitsverletzung vgl. *Quaiser*, NZV 2015, 465 (466 ff.); zur Prüfung der Erheblichkeit im Rahmen einer Falllösung siehe *Röthel*, Jura 2020, 404.

⁷ Zu dieser naturwissenschaftlichen Betrachtung siehe *Förster*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 61, Stand: 1.1.2022, § 823 Rn. 257.

⁸ Siehe BGH NJW 1996, 3205 (3207) m.w.N. aus der Rspr. Zu den Voraussetzungen vgl. im Einzelnen *Wagner* (Fn. 4 – MüKoBGB), § 830 Rn. 57 ff.

⁹ Siehe *Wagner* (Fn. 4 – MüKoBGB), § 830 Rn. 4.

¹⁰ Hierzu siehe *Wagner* (Fn. 4 – MüKoBGB), § 830 Rn. 71.

¹¹ Zum Streitstand vgl. ausführlich *Wagner* (Fn. 4 – MüKoBGB), § 830 Rn. 48 ff. m.w.N., der selbst in § 830 Abs. 1 S. 2 BGB eine „Beweislastregel in Gestalt einer Kausalitätsvermutung“ (a.a.O., Rn. 50) sieht.

nicht völlig unwahrscheinliche Folge der Verletzungshandlung ist.¹² Es liegt nicht außerhalb der allgemeinen Lebenserfahrung, dass von einer Brücke geworfene Flaschen einen Menschen verletzen und dass die Zeugen eines solchen Unglücks bzw. Unfalls mit zumindest dem Anschein nach schweren Verletzungen mit Schock und Angst auf das Gesehene reagieren.

dd) Schutzzweck der Norm

Die Rechtsprechung hält es für problematisch, ob der Ersatz psychisch vermittelter Gesundheitsverletzungen vom Schutzzweck der Norm umfasst ist. Sie verlangt diesbezüglich ein persönliches Näheverhältnis zwischen dem Unfallopfer und dem Schockgeschädigten.¹³ Dieses Kriterium dient der normativen Einschränkung des Schockschadensersatzes, etwa um unverhältnismäßige Reaktionen gänzlich fremder Unfallzeugen aus der Haftung auszuschneiden.¹⁴ Bei fehlender persönlicher Nähebeziehung verwirklicht sich angeblich lediglich ein allgemeines Lebensrisiko des Geschädigten.¹⁵ Um eine solche Nähebeziehung zu bejahen, ist jedoch keine familienrechtliche Statusbeziehung im engeren Sinne erforderlich.¹⁶

Man kann sich fragen, ob die Einschränkung, welche die Rechtsprechung hier vornimmt, grundsätzlich berechtigt ist. § 823 Abs. 1 BGB enthält kein Erfordernis physisch vermittelter Kausalität und es ist kein überzeugender Grund dafür ersichtlich, die Gesundheit gegen psychisch vermittelte Beeinträchtigungen weniger weitreichend zu schützen als gegen physisch bedingte Beeinträchtigungen.¹⁷ Eine uferlose Haftung

kann – wie auch sonst – dadurch vermieden werden, dass an den pathologischen Zustand hinreichende Anforderungen gestellt werden.¹⁸

Die grundsätzliche Berechtigung des von der Rechtsprechung bei psychisch vermittelter Kausalität geforderten besonderen persönlichen Näheverhältnisses kann aber dahinstehen, wenn die enge Freundschaft zwischen E und S dessen Anforderungen erfüllt. Gegen ein weites Begriffsverständnis, das auch bloß freundschaftliche Beziehungen genügen lässt, spricht, dass die Rechtsprechung den Kreis der Anspruchsberechtigten gerade beschränken möchte, um die Haftungsrisiken für Schädiger zu begrenzen.¹⁹ Auch wenn man dem folgt, sollte die Abgrenzung aber nicht streng nach formalen familienrechtlichen Kriterien vorgenommen werden, wonach etwa die persönliche Nähebeziehung für Ehepartner und Verlobte stets zu bejahen, für Freundschaften stets abzulehnen sei, sondern überzeugt es mehr, auf die Intensität der jeweiligen emotionalen Bindung abzustellen.²⁰ Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass E und S nicht bloß lose, sondern eng und über viele Jahre hinweg befreundet, und zeitweise gar ein Liebespaar gewesen waren. Daher lässt sich eine über eine normale Freundschaft hinausgehende, enge emotionale Bindung zwischen den beiden bejahen, so dass die Schockreaktion des S und die später einsetzende depressive Verstimmung infolge des Tods seines besten Freundes auch nicht unverhältnismäßig, sondern vielmehr nachvollziehbar erscheinen. Das erforderliche persönliche Näheverhältnis zwischen dem Unfallopfer E und dem Schockgeschädigten S liegt damit vor.

Hinweis: Ebenso gut lässt sich die entgegengesetzte Auffassung vertreten. Dann muss hilfsgutachtlich weitergeprüft werden.

d) Rechtswidrigkeit

Es sind keine Rechtsfertigungsgründe gegeben.

e) Verschulden

A und K müssten vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben.

aa) Verschuldensfähigkeit

Zunächst ist zu klären, ob A und K überhaupt deliktfähig sind.

Die Verantwortlichkeit könnte zunächst wegen § 827 BGB ausgeschlossen sein. Es besteht jedoch kein Anhaltspunkt

von Tieren, die als „nahe Angehörige“ des Tierhalters einzustufen seien, *Straub/Biller-Bomhardt*, NJW 2021, 118 ff.

¹⁸ Ebenso *Schiemann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 249 Rn. 46, wonach es allein auf den Krankheitswert der Beeinträchtigung, also auf ein medizinisches Urteil ankomme, während das Kriterium der Nähe zu einem anderen, körperlich Verletzten gesetzlich nicht vorgesehen und folglich abzulehnen sei.

¹⁹ Differenzierend, aber kritisch hinsichtlich der Einbeziehung einer Freundin, die das Opfer begleite, siehe etwa *Oetker* (Fn. 16), § 249 Rn. 153 mit Nachweis entsprechender erstinstanzlicher Rspr. in Fn. 708.

²⁰ Vgl. ähnlich *Karczewski* (Fn. 13), S. 360 f.

¹² Vgl. mit Nachweisen aus der Rspr. *Förster* (Fn. 7), § 823 Rn. 258.

¹³ Hierzu siehe schon die Nachweise in Fn. 4. Mit einer ausführlichen Diskussion zum Merkmal einer „personale[n] Sonderbeziehung“ als Kriterium für die Haftungsbeschränkung vgl. *Karczewski*, Die Haftung für Schockschäden, 1992, S. 353 ff.

¹⁴ Vgl. näher *Wagner* (Fn. 4 – MüKoBGB), § 823 Rn. 219. Denselben Zweck verfolgt das Erfordernis einer unmittelbaren Unfallbeteiligung des Geschädigten, hierzu siehe plastisch *Elsner*, NJW 2007, 2764 (2766): „Es steht zu befürchten, dass durch Handy Filmaufnahmen oder immer sensationsgieriger werdende Medien Unfallfilme in Echtzeit massenhaft verbreitet werden. Der Kreis von möglichen Anspruchstellern, insbesondere solcher, die sich das Ereignis nur zu Nutzen machen wollen, würde unbegrenzt erweitert.“

¹⁵ Speziell hierzu siehe BGH NJW 2019, 2387 (2388 Rn. 12) m.w.N.; siehe auch BGH NJW 2012, 1730 f. (Rn. 8); aus der Literatur vgl. *Karczewski* (Fn. 13), S. 354 f., 362 f.

¹⁶ Vgl. näher *Wagner* (Fn. 4 – MüKoBGB), § 823 Rn. 219 m.w.N. in Fn. 757; sowie *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 249 Rn. 153.

¹⁷ Kritisch hinsichtlich der von der Rspr. vorgenommenen Beschränkung des Schockschadensersatzes auf nahe Angehörige auch *Luckey*, SVR 2012, 1 (4), wonach sich aus § 823 Abs. 1 BGB eine Beschränkung des Kreises der Anspruchsberechtigten nicht herleiten lasse; ebenso kritisch *Bischoff*, MDR 2004, 557 (558); jüngst für eine Ausweitung des Schockschadensersatzes auf Fälle der Verletzung und Tötung

dafür, dass A bzw. K sich bereits nach dem Genuss eines Bieres in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit i.S.v. § 827 S. 1 BGB befanden. Auch wenn man nach dem Genuss eines einzigen Bieres einen derartigen Zustand unterstellte, ergäbe sich wegen § 827 S. 2 BGB kein anderes Ergebnis, da A und K sich bewusst dafür entschieden, Alkohol zu trinken.

Fraglich ist die Deliktsfähigkeit hingegen wegen der Minderjährigkeit von A und K. Die Verantwortung für den Schaden könnte gem. § 828 Abs. 3 BGB ausgeschlossen sein. Demnach haften minderjährige Schädiger im Alter zwischen 10 und 18 Jahren deliktisch nicht, wenn ihnen bei Begehung der schädigenden Handlung die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht fehlte (bedingte Deliktsfähigkeit). Diese Einsicht besitzt nach der Rechtsprechung, wer nach seiner individuellen Verstandesentwicklung fähig ist, das Gefährliche seines Tuns zu erkennen und sich der Verantwortung für die Folgen seines Tuns bewusst zu sein.²¹ A und K sind beide 17 Jahre alt, fallen also in den Altersbereich der Vorschrift. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte kann für dieses Alter, knapp vor der Volljährigkeit, davon ausgegangen werden, dass A und K um die potentielle Gefährlichkeit des Flaschenwurfs wussten. Sie sind also einsichts- und damit deliktischfähig, die Verantwortlichkeit ist nicht gem. § 828 Abs. 3 BGB ausgeschlossen. Im Prozess trafe sie hinsichtlich mangelnder Einsichtsfähigkeit zudem die Darlegungs- und Beweislast.

bb) Fahrlässigkeit, § 276 Abs. 2 BGB

Fraglich ist weiter, ob A und K fahrlässig handelten. Gem. § 276 Abs. 2 BGB handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.

A und K haben den möglichen Eintritt der Rechtsgutverletzung infolge des Flaschenwurfs zwar nicht konkret erkannt, hätten ihn aber bei gehöriger Sorgfalt voraussehen und unterbinden können. Es gehört zum objektiven Sorgfaltsmaßstab, keine gefährlichen Gegenstände wie Glasflaschen von Brücken zu werfen. Es entlastet A und K auch nicht, dass sie davon ausgingen, unter der Brücke halte sich niemand auf. Unabhängig von der Witterung muss damit gerechnet werden, dass Menschen am Fluss Freizeitaktivitäten nachgehen, dies gilt umso mehr für laue Frühlingsabende.

Damit ist A und K ein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen.

2. Haftungsausfüllung: Kausaler Schaden

S müsste infolge der Rechtsgutverletzung auch ein kausaler Schaden entstanden sein. Nach § 249 Abs. 1 BGB ist der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Zu vergleichen ist also der status quo ante vor dem schädigenden Ereignis mit dem Zustand danach (Differenzhypothese).²²

a) Heilungskosten, § 249 Abs. 2 BGB

S sind infolge der Gesundheitsverletzung Heilbehandlungskosten entstanden. Gem. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB kann er statt der Herstellung in natura diese Kosten als Schadensersatz verlangen. Die Heilungskosten sind äquivalent und adäquat-kausale Folge der Gesundheitsverletzung. Die Schäden fallen zudem in den Schutzbereich der Norm.

Fraglich ist jedoch, ob der Ersatzanspruch hinsichtlich dieses Schadenspostens wegen Mitverschulden des S nach § 254 Abs. 1 BGB zu kürzen ist. Dafür spricht, dass S wegelaufen ist; diese körperliche Anstrengung war mitursächlich für den Kreislaufkollaps. Zudem wurde er erst später am Abend beim Arzt vorstellig, was die Heilbehandlung verteuerte. Allerdings sind all dies nachvollziehbare Reaktionen auf den ursprünglichen Schock, der mit großem Erschrecken einherging. Dieses Verhalten kann S daher nicht zum Vorwurf gereichen. Ein Mitverschulden des S ist abzulehnen.

b) Immaterieller Schaden, § 253 Abs. 2 BGB

Im deutschen Schadensrecht gilt der in § 253 Abs. 1 BGB niedergelegte Grundsatz, dass immaterieller Schaden nur entschädigt wird, wenn das Gesetz dies ausdrücklich anordnet. Gem. § 253 Abs. 2 BGB kann bei einer Gesundheitsverletzung wegen des immateriellen Schadens eine „billige Entschädigung in Geld“ gefordert werden.²³ Dies kommt zunächst wegen der ursprünglichen Angstreaktion und deren unmittelbaren Folgen, aber insbesondere auch deswegen in Betracht, weil S infolge des Todes des E eine depressive Verstimmung entwickelte, die über einen Monat anhält. Damit gehört auch ein angemessenes Schmerzensgeld zu den Schadensposten.

3. Ergebnis

Nach alledem hat S sowohl gegen A als auch gegen K einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 830 Abs. 1 S. 2 BGB auf Ersatz seiner Behandlungskosten und auf Zahlung eines angemessenen Schmerzensgelds. A und K haften wegen § 840 Abs. 1 BGB als Gesamtschuldner gem. §§ 421 ff. BGB. Nach § 421 S. 1 BGB kann S als Anspruchsgläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teil fordern.

II. Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 830 Abs. 1 S. 2 BGB und § 229 StGB

S könnte auch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB (fahrlässige Körperverletzung) einen Schadensersatzanspruch gegen A bzw. K als Gesamtschuldner haben. Dazu müsste es sich bei § 229 StGB um ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB handeln und A bzw. K müssten dagegen verstoßen haben, wobei erneut § 830 Abs. 1 S. 2 BGB über den jeweils fehlenden Kausalitätsnachweis hinweghelfen würde.²⁴ Ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB ist jede Rechtsnorm,

²³ Zur Bemessung des Schmerzensgelds im Einzelfall siehe *Wagner* (Fn. 4 – Deliktsrecht), Kap. 10 Rn. 49 ff.

²⁴ Siehe dazu, dass § 830 Abs. 1 S. 2 BGB auch für Schutzgesetzverletzungen gilt, *Wagner* (Fn. 4 – MüKoBGB), § 830 Rn. 52.

²¹ Siehe nur BGH NJW 2005, 354 (355).

²² Hierzu siehe näher *Wagner* (Fn. 4 – Deliktsrecht), Kap. 10 Rn. 2.

die nicht bloß Interessen der Allgemeinheit im Auge hat, sondern auch Individualschutz bezweckt.²⁵ Dies trifft auf § 229 StGB zwar grundsätzlich zu. Jedoch ist fraglich, ob die oben dargestellten Grundsätze der zivilrechtlichen Zurechnung bei Schockschäden ohne Weiteres auf das Strafrecht übertragen werden können. Mit Blick auf die ultima ratio-Funktion des Strafrechts ginge es zu weit, für eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Körperverletzung auch mittelbare Gesundheitsverletzungen wie Schockschäden genügen zu lassen. Denn der Schutzzweck des strafrechtlichen Verletzungsverbots geht nicht dahin, Angehörige des unmittelbar Betroffenen bzw. Dritte vor körperlichen Auswirkungen seelischer Erschütterungen zu bewahren.²⁶

Damit hat S keinen Anspruch gegen A bzw. K aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 830 Abs. 1 S. 2 BGB und § 229 StGB.

Hinweis: Andere Auffassung vertretbar, es sollte aber zumindest eine kurze Auseinandersetzung mit der Strafbarkeit erfolgen.

III. Anspruch aus § 844 Abs. 3 BGB

S könnte gegen A und K darüber hinaus jeweils einen Anspruch auf Zahlung eines sog. Hinterbliebenengeldes aus § 844 Abs. 3 BGB haben. Nach § 844 Abs. 3 S. 1 BGB hat der Ersatzpflichtige dem Hinterbliebenen, der zur Zeit der Verletzung zu dem Getöteten in einem besonderen persönlichen Näheverhältnis stand, für das dem Hinterbliebenen zugefügte seelische Leid eine angemessene Entschädigung in Geld zu leisten.

1. Deliktische Haftung von A bzw. K wegen Tötung des E nach § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 830 Abs. 1 S. 2 BGB

Voraussetzung hierfür ist zunächst, dass ein Mensch infolge unerlaubter Handlung von A bzw. K getötet wurde, dass also die haftungsbegründenden Voraussetzungen einer deliktischen Haftung nach §§ 823 ff. BGB erfüllt sind.²⁷ Für die Haftung von A und K jeweils nach §§ 823 Abs. 1, 830 Abs. 1 S. 2 BGB wegen Tötung des E kann grundsätzlich auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. E ist infolge des Flaschenwurfs, der ein fahrlässiges Verhalten darstellt, verstorben. Problematisch ist aber, ob der Tod des E als Folge der Verletzung den beiden Schädigern A und K auch zurechenbar ist. Denn E war aufgrund einer Blutgerinnungsstörung vorgeschädigt. Ohne diese Vorerkrankung wäre er nicht verstorben. Es ist jedoch unerheblich, ob die Körper- oder Gesundheitsverletzung nur deshalb eingetreten ist oder nur deswegen

gravierendere Auswirkungen hatte, weil der Betroffene vorgeschädigt war. Denn der Schädiger muss sein Opfer „so nehmen, wie er es antrifft“.²⁸ Damit ist die deliktische Haftung von A und K nach §§ 823 Abs. 1, 830 Abs. 1 S. 2 BGB wegen der Tötung des E auch nicht wegen der Vorerkrankung des E ausgeschlossen. Sie sind „Ersatzpflichtige“ i.S.d. § 844 Abs. 3 S. 1 BGB.

2. Hinterbliebeneneigenschaft des S; besonderes persönliches Näheverhältnis

Zu klären bleibt, ob S „Hinterbliebener“ i.S.d. § 844 Abs. 3 BGB ist, ob er also in einem besonderen persönlichen Näheverhältnis zu dem Getöteten stand. Dies wird nach § 844 Abs. 3 S. 2 BGB für bestimmte Personengruppen vermutet, zu denen S aber nicht gehört (Ehegatten, Lebenspartner, Elternteile, Kinder). Das heißt im Umkehrschluss, dass der Kreis der Anspruchsberechtigten im Gesetz nicht abschließend festgelegt ist.²⁹ Ähnlich wie oben für den Schockschaden dargelegt, ist – so sieht es auch der Gesetzgeber – die „Intensität der tatsächlich gelebten sozialen Beziehung“ entscheidend.³⁰ Diesbezüglich kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Ein weiteres Indiz für die Intensität der Beziehung zwischen E und S ist, dass S nach dem Tod des E eine depressive Verstimmung entwickelte. Das besondere persönliche Näheverhältnis zwischen E und S i.S.d. § 844 Abs. 3 BGB ist damit zu bejahen.

Hinweis: Wiederum ist mit entsprechender Begründung die a.A. gut vertretbar.

3. Seelisches Leid

S hat infolge der Tötung des E auch seelisches Leid erlitten, was sich in der einmonatigen depressiven Verstimmung äußerte.

4. Ergebnis

Damit hat S gegen A und K jeweils einen Anspruch auf Hinterbliebenengeld aus § 844 Abs. 3 BGB, wobei sie wiederum als Gesamtschuldner (§ 830 Abs. 1 S. 2 BGB, § 840 Abs. 1 BGB, §§ 421 ff. BGB) haften. Dieser Anspruch besteht in Zahlung einer angemessenen Entschädigung in Geld.

IV. Gesamtergebnis

Damit hat S gegen A und K jeweils einen Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz wegen der entstandenen Heilbehandlungskosten aus § 823 Abs. 1 BGB. Ein Anspruch auf Zahlung von Schmerzensgeld ergibt sich aus § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 253 Abs. 2 BGB. Aus § 844 Abs. 3 BGB hat S gegen A und K jeweils einen Anspruch auf Zahlung eines Hinterbliebenengelds, das einem Schmerzensgeld ähnelt. Problema-

²⁵ Vgl. etwa die Definition in BGH NJW 1989, 974; ausführlich vgl. *Wagner* (Fn. 4 – Deliktsrecht), Kap. 5 Rn. 113 ff.

²⁶ So *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 24 Rn. 44 m.w.N.; ausführlich zu dieser Thematik vgl. *Sowada*, in: Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 283 ff.

²⁷ Zu dieser Voraussetzung siehe näher die Begründung der Regierungsfractionen zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Anspruchs auf Hinterbliebenengeld (im Folgenden: Gesetzesbegründung), BT-Drs. 18/11397, S. 13.

²⁸ Siehe *Wagner* (Fn. 4 – MüKoBGB), § 823 Rn. 202 mit Nachweisen aus der Rspr. in Fn. 672.

²⁹ Siehe auch die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/11397, S. 12, 15.

³⁰ So die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/11397, S. 13; vgl. auch *Katzenmeier*, JZ 2017, 869 (875).

tisch ist das Verhältnis der beiden letztgenannten Ansprüche. Nach der Gesetzesbegründung soll der Anspruch auf Ersatz des Schockschadens dem Anspruch auf Hinterbliebenengeld vorgehen, bzw. soll letzterer in ersterem aufgehen.³¹ Nach der Gegenauffassung soll die beiden Ansprüche nebeneinander stehen.³²

Hinweis: Eine Auseinandersetzung mit diesem Konkurrenzproblem kann nur von sehr guten Bearbeitenden verlangt werden.

³¹ Siehe die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/11397, S. 12; zustimmend *Wagner*, NJW 2017, 2641 (2645).

³² Vgl. mit einer ausführlichen Auseinandersetzung und kritisch hinsichtlich der in der Gesetzesbegründung geäußerten Vorstellung des Gesetzgebers *Jaeger*, VersR 2017, 1041 (1054 ff.).

Abschlussklausur Europarecht: „Germany first“

Von Prof. Dr. Meinhard Schröder, Wiss. Mitarbeiter Dr. Florian Berger, Passau*

Sachverhalt

Begünstigt durch die paneuropäische Fußball-Europameisterschaft im Juni/Juli 2021 breitet sich die neue D-Virusvariante des hochansteckenden sog. „Corona-Virus“, das die Welt seit Anfang 2020 in Atem hält, erneut massiv über dem europäischen Kontinent aus. Zwar ist bei den meisten Krankheitsverläufen kein Krankenhausaufenthalt nötig, jedoch bleiben zum einen vereinzelt teilweise schwere Langzeitschäden, zum anderen führt die Krankheit in seltenen Fällen trotz intensivmedizinischer Behandlung zum Tod. Weltweit starben bisher von ca. 200 Millionen Betroffenen über vier Millionen Menschen an dem Virus. Die Bundesrepublik Deutschland (BRD) tut alles, um ihre Bürger zu schützen und ihr nationales Gesundheitssystem vor einem Kollaps zu bewahren: Es werden innerhalb kurzer Zeit abermals viele zusätzliche Intensivbetten geschaffen, nächtliche Ausgangsbeschränkungen erlassen, Kontakte beschränkt und nicht systemrelevante Betriebe und Einrichtungen sowie Landesgrenzen geschlossen. Im Spätsommer 2021 ist die pandemische Lage in der BRD glücklicherweise weniger schlimm als in anderen Staaten. Zudem schafft es ein deutsches Pharmaunternehmen, die Miraculix-AG (M-AG), als derzeit einziges Unternehmen weltweit, einen hochwirksamen Impfstoff gegen die neue D-Variante zu entwickeln. Die deutsche Bundesregierung ist der Meinung, dass zunächst die Impfung und somit die Gesundheit des deutschen Volkes als höchstes innerstaatliches Interesse sicherzustellen sei und befürchtet, die M-AG könnte zu viele Impfdosen an andere EU-Mitgliedstaaten und Drittstaaten exportieren. Deswegen erlässt der zuständige Bundesminister eine nach innerstaatlichem Recht nicht zu beanstandende Rechtsverordnung, die es einem in der BRD ansässigen Unternehmen verbietet, einen gegen die D-Variante wirksamen Impfstoff zu exportieren, bevor das jeweilige Unternehmen den Impfstoff der BRD zu einem marktüblichen Preis zum Kauf angeboten hat.

Während die deutsche Regierung angesichts derzeit knapper Produktionskapazitäten der M-AG das Vorkaufsrecht zur Aufrechterhaltung des Gesundheitssystems und zur Vermeidung einer Unterversorgung für unabdingbar hält, sind die EU-Mitgliedstaaten Polen und Ungarn über das unsolidarische Handeln der deutschen Regierung bestürzt. Auch in der Europäischen Kommission, an die sich die beiden Staaten wenden, vertritt man die Auffassung, dass die BRD weder die Marktfreiheiten noch die grundlegenden Werte der Union achte. Dies zeige sich insbesondere an der Tatsache, dass die M-AG aktuell weltweit der einzige Produzent eines gegen die D-Variante wirksamen Impfstoffs sei. Außerdem sei die Lage in Deutschland zumindest nach derzeitigem Stand deutlich stabiler als in anderen Mitgliedstaaten und eine vollständige Belegung der Intensivbetten sei bei weitem nicht erreicht.

* Prof. Dr. Meinhard Schröder ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europarecht und Informationstechnologierecht an der Universität Passau. Dr. Florian Berger ist Wiss. Mitarbeiter ebendort.

Deswegen sei es nicht notwendig, dass ein Pharmakonzern seinen gesamten Impfstoff der BRD vor einer Ausfuhr zum Kauf anbiete, eine Quote entsprechend dem Bevölkerungsanteil der BRD an der Gesamtbevölkerung der EU reiche völlig aus. Eine Rechtfertigung des Vorgehens der BRD scheidet ferner aus, weil eine Beschränkung des freien Markts aufgrund zukünftiger möglicher Engpässe nicht im Unionsrecht vorgesehen sei.

Die BRD hält an ihrer Sichtweise fest und beruft sich, als ihr die Kommission Gelegenheit zur Äußerung gibt, noch darauf, dass die M-AG nicht gehindert sei, andernorts in der EU Produktionskapazitäten für Impfstoffe aufzubauen, da das Vorkaufsrecht nur die in Deutschland produzierten Mengen betreffe. Nachdem die Kommission das Verhalten der BRD in einer abschließenden Stellungnahme weiterhin für vertragswidrig hält und die BRD trotz entsprechender Aufforderung die Rechtsverordnung nicht aufhebt, erheben die Europäische Kommission, die Republik Polen und die Republik Ungarn schriftlich Klagen zum EuGH.

Aufgabenstellung

Prüfen Sie in einem umfassenden Rechtsgutachten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, die Erfolgsaussichten der Klagen der Europäischen Kommission, der Republik Polen und der Republik Ungarn. Das Fehlen von Sekundärrecht ist zu unterstellen. Auf Art. 2, 3 Abs. 3 EUV und Art. 67, 222 AEUV wird hingewiesen. Auf Eilrechtsschutz ist nicht einzugehen.

Lösungsvorschlag

Die Klagen der Europäischen Kommission, der Republik Polen und der Republik Ungarn haben Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet sind.

A. Zulässigkeit

Die Klagen müssten zulässig sein. Die Kläger vertreten die Auffassung, die BRD verstoße mit der von ihr erlassenen Rechtsverordnung, die ein Vorkaufsrecht für gegen die D-Variante wirksamen Impfstoff vorsieht, gegen Marktfreiheiten. Gegen dieses Handeln der BRD kann nur mit dem Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258 Abs. 2, 259 Abs. 1 AEUV gerichtlich vorgegangen werden. Insbesondere kommt keine Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 AEUV in Betracht, mit der nur die Rechtmäßigkeit des Handelns von Stellen der Union überprüft werden kann.

I. Zuständigkeit des EuGH

Der EuGH müsste sachlich zuständig sein. Nach Art. 258 Abs. 2, 259 Abs. 1 AEUV ist der Gerichtshof der Europäischen Union zuständig. Dieser umfasst gem. Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 EUV den EuGH, das EuG und die in Art. 257 AEUV genannten Fachgerichte. Der EuGH ist zuständig, wenn das EuG nicht zuständig ist. Das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 f. AEUV wird in Art. 256 Abs. 1 AEUV nicht genannt, so dass eine Zuständigkeit des EuG ausscheidet.

Der EuGH ist damit gem. Art. 258 Abs. 2, 259 Abs. 1 AEUV sachlich zuständig.

II. Beteiligtenfähigkeit

Die Kläger und die Beklagte müssten beteiligtenfähig sein.

1. Europäische Kommission

Die Europäische Kommission ist gem. Art. 258 Abs. 2 AEUV als Klägerin beteiligtenfähig.

2. Republik Polen und Republik Ungarn

Die Republik Polen und die Republik Ungarn sind als klagende Mitgliedstaaten gem. Art. 259 Abs. 1 AEUV beteiligtenfähig. Die Klagen der Republik Polen und der Republik Ungarn sind gegenüber der Klage der Europäischen Kommission nicht subsidiär, sondern stehen gleichrangig neben dieser.¹

3. Bundesrepublik Deutschland (BRD)

Die BRD ist als beklagter Mitgliedstaat nach Art. 258 Abs. 1 AEUV bzw. Art. 259 Abs. 1 AEUV beteiligtenfähig.

III. Klagegegenstand

Ein tauglicher Klagegegenstand müsste gegeben sein. Gem. Art. 258 Abs. 1 AEUV bzw. Art. 259 Abs. 1 AEUV knüpft das Vertragsverletzungsverfahren an den Vorwurf an, dass ein Mitgliedstaat „gegen eine Verpflichtung aus den Verträgen verstoßen“ hat. Darunter fällt jede Verletzung von europäischem Primär- oder Sekundärrecht.² Im Streitfall wird eine Verletzung der Warenverkehrsfreiheit nach Art. 28 ff. AEUV, konkret Art. 35 AEUV, mithin von primärem Unionsrecht, durch die BRD gerügt. Auch die „grundlegenden Werte der Union“, deren Verletzung gerügt wird, sind Teil des Primärrechts (vgl. die in der Aufgabenstellung angegebenen Art. 2, 3 Abs. 3 EUV und Art. 67, 222 AEUV). Ein statthafter Klagegegenstand liegt vor.

IV. Klagebefugnis bzw. -berechtigung

Das Vertragsverletzungsverfahren dient der objektiven Durchsetzung des Unionsrechts. Eine Klagebefugnis im engeren Sinne ist daher nicht erforderlich; es genügt die Überzeugung des Klägers/der Kläger, dass ein Unionsrechtsverstoß vorliegt.³ Hier sind die Kommission, die Republik Polen und die Republik Ungarn überzeugt, dass das durch die Rechtsverordnung normierte Vorkaufsrecht der BRD für den von der M-AG hergestellten Impfstoff, das greift, bevor dieser exportiert werden darf, eine Verletzung von Art. 35 AEUV sowie der grundlegenden Werte der Union darstellt. Die Klagebefugnis (im weiten Sinne) liegt vor.

¹ Cremer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 259 Rn. 4.

² Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 12. Aufl. 2020, Rn. 516.

³ EuGH, Urt. v. 5.10.1989 – C-290/87 (Kommission/Niederlande), Rn. 11.

V. Vorverfahren

Nach Art. 258 f. AEUV ist vor der Klageerhebung ein Vorverfahren durchzuführen, das eine Anhörung des betroffenen Mitgliedstaats (sowie i.F.d. Art. 259 AEUV der anderen Kläger) beinhaltet und mit einer Stellungnahme der Kommission endet. Dieses Verfahren wurde vorliegend durchgeführt und blieb ergebnislos, da die BRD die vorgeworfene Vertragsverletzung nicht beseitigt hat.

VI. Rechtsschutzinteresse

Das Vertragsverletzungsverfahren dient der Kontrolle der Einhaltung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten. Ein Rechtsschutzinteresse ist grundsätzlich indiziert, soweit nicht das gerügte Verhalten vorher seitens der BRD ausgeräumt wurde. Die BRD hält ihr Vorkaufsrecht vor einem möglichen Export trotz der Reaktionen der Kläger weiterhin für notwendig, so dass ein Rechtsschutzinteresse besteht.

VII. Form und (keine) Frist

Die Klagen müssten gem. Art. 21 Abs. 1 S. 2 EuGH-Satzung, Art. 37 f. VerfoEuGH schriftlich erhoben worden sein. Dies ist laut Sachverhalt der Fall. Eine Klagefrist besteht abgesehen von der Frist im Rahmen des Vorverfahrens für das Verfahren nicht.

VIII. Zwischenergebnis

Die Klagen sind zulässig.

B. Klagehäufung

Auf der Klägerseite stehen die Kommission und die Mitgliedstaaten Republik Polen und Republik Ungarn, die gegen die von der BRD erlassene Rechtsverordnung klagen. Die Klagen haben mithin denselben Gegenstand und stehen im Zusammenhang. Sie können deswegen (wie bei einer subjektiven und objektiven Klagehäufung) gem. Art. 54 Abs. 1 VerfoEuGH verbunden werden.⁴

C. Begründetheit der Klagen

Die Klagen nach Art. 258 Abs. 2, 259 Abs. 1 AEUV sind begründet, soweit das Vorkaufsrecht für den Impfstoff gegen die D-Variante gegen die Verträge, mithin gegen primäres oder sekundäres Unionsrecht, verstößt (vgl. Art. 260 Abs. 1 AEUV). Während ein Verstoß gegen sekundäres Unionsrecht laut Aufgabenstellung ausscheidet, kommt ein Verstoß gegen primäres Unionsrecht in Betracht, wenn Art. 35 AEUV oder die Art. 2 S. 2, 3 Abs. 3 UAbs. 3 EUV, Art. 67, 222 Abs. 1 S. 1 AEUV, die das Solidaritätsprinzip normieren, verletzt sind.

I. Verstoß gegen Art. 35 AEUV

Ein Verstoß gegen Art. 35 AEUV liegt vor, wenn der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten eröffnet ist und ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit vorliegt.

⁴ So etwa in EuGH, Urt. v. 2.4.2020 – C-715/17 u.a. (Kommission/Republik Polen u.a.), Rn. 45.

1. Anwendungsbereich der Grundfreiheiten

Der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten müsste eröffnet sein, damit eine Verletzung der Grundfreiheiten in Betracht kommt. Dafür sind ein grenzüberschreitender Sachverhalt und das Fehlen von speziellerem Sekundärrecht erforderlich.⁵ Im Streitfall möchte die BRD die Ausfuhr von Impfstoff in andere Mitgliedstaaten erst zulassen, nachdem der Impfstoff der BRD zum Kauf angeboten wurde. Ein grenzüberschreitender Sachverhalt liegt vor. Spezielleres Sekundärrecht existiert laut Aufgabenstellung nicht. Der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ist mithin eröffnet.

2. Schutzbereich des Art. 35 AEUV

Der sachliche Schutzbereich müsste eröffnet sein. Dies setzt aufgrund der systematischen Stellung des Art. 35 AEUV zunächst voraus, dass das Vorkaufsrecht Waren gem. Art. 28 Abs. 2 AEUV betrifft. Waren sind körperliche Gegenstände, die einen Geldwert haben und über die Grenze gebracht werden können.⁶ Zudem müssen diese Waren aus einem Mitgliedstaat stammen oder sich in den Mitgliedstaaten im freien Verkehr befinden, sog. Unionsware. Bei dem Impfstoff der M-AG, der in der BRD hergestellt wurde, handelt es sich um eine Ware in diesem Sinne. Der sachliche Schutzbereich ist mithin eröffnet.

3. Eingriff

Das Exportverbot des Impfstoffs, bevor dieser der BRD zu einem marktüblichen Preis angeboten wurde, müsste einen Eingriff in Art. 35 AEUV darstellen.

a) Mengenmäßige Beschränkung

Nach Art. 35 Var. 1 AEUV liegt ein Eingriff in jeder mengenmäßigen Ausfuhrbeschränkung. Darunter fällt jede mitgliedstaatliche Maßnahme, die die Ausfuhr von Waren ganz oder teilweise untersagt.⁷ Vorliegend hat die BRD die Ausfuhr von Impfstoff unabhängig von der Menge indes nicht untersagt, sondern nur angeordnet, dass der BRD der Impfstoff vor der Ausfuhr zum Kauf angeboten werden müsse. Es ist also weder ein Verbringungsverbot, das die Ausfuhr des Impfstoffs dauerhaft oder vorübergehend verhindert, noch eine Kontingentierung, die die Menge der Ausfuhr beschränkt, einschlägig. Eine mengenmäßige Beschränkung liegt daher nicht vor.

Hinweis: A.A. bei entsprechender Begründung vertretbar, insbesondere mit dem Argument, dass kein Impfstoff ausgeführt werden darf (= Menge Null), bevor dieser der BRD zum Kauf angeboten wurde.

⁵ Becker, in: Schwarze u.a. (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, AEUV Art. 34 Rn. 19; Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Fn. 1), AEUV Art. 36 Rn. 18; Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 2), Rn. 863; die selbständige Prüfung des grenzüberschreitenden Sachverhalts für meist entbehrlich hält Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Fn. 1) AEUV Art. 36 Rn. 16.

⁶ EuGH, Urt. v. 10.12.1968 – C-7/68 (Kommission/Italien), Rn. 1.

⁷ Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 2), Rn. 914.

b) Maßnahme gleicher Wirkung

Allerdings könnte eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Ausfuhrbeschränkung gem. Art. 35 Var. 2 AEUV vorliegen. Der Begriff der Maßnahme gleicher Wirkung wird bei Art. 34 AEUV sehr weit verstanden (sog. Dassonville-Formel: „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern“⁸). Der dem zugrundeliegende Gedanke, dass der Marktzugang für ausländische Waren durch ganz unterschiedliche mitgliedstaatliche Maßnahmen beeinträchtigt werden kann, passt aber auf Beschränkungen der Ausfuhrfreiheit, die primär inländische Produkte betreffen, nicht: Würde man die Dassonville-Formel auf Ausfuhr anwenden, stellte jegliche innerstaatliche Regelung eine Ausfuhrbeschränkung dar, soweit im Zielstaat eine weniger einschneidende Regelung bzgl. des Vertriebs oder der Herstellung gälte. Der Begriff der „Maßnahme gleicher Wirkung“ ist daher nach Auffassung des EuGH bei Art. 35 AEUV enger auszulegen als bei Art. 34 AEUV. Ursprünglich wurden nur solche Regelungen als verboten angesehen, „die spezifische Beschränkungen der Ausfuhrströme bezwecken oder bewirken und damit unterschiedliche Bedingungen für den Binnenhandel eines Mitgliedstaates und für seinen Außenhandel schaffen, so dass die nationale Produktion oder der Binnenmarkt des betroffenen Staates zum Nachteil der Produktion oder des Handels anderer Mitgliedstaaten einen besonderen Vorteil erlangt“ (sog. Groenveld-Formel)⁹. In jüngerer Zeit verlangt der Gerichtshof nicht mehr, dass ein besonderer Vorteil im Binnenmarkt erlangt wird, sondern lässt es ausreichen, dass eine Regelung die Ausfuhr von Waren „stärker betrifft als den Absatz der Waren auf dem inländischen Markt“.¹⁰

Ein Vorkaufsrecht vor dem Export, das auch erwartungsgemäß ausgeübt werden wird, betrifft definitionsgemäß nur für den Export vorgesehene Waren und verfolgt hier auch den Zweck, dem inländischen Markt einen Vorteil gegenüber ausländischen Märkten zu verschaffen. Es stellt daher eine Maßnahme gleicher Wirkung i.S.d. Art. 35 Var. 2 AEUV dar. Daher ist ein Eingriff in den Schutzbereich gegeben.

Hinweis: Eine genaue Darstellung der Rechtsprechung kann von den Bearbeitern nicht erwartet werden. Es sollte aber diskutiert werden, ob die Übertragung der Dassonville-Formel passt und entsprechend subsumiert werden.

4. Rechtfertigung

Fraglich ist, ob der Eingriff in den Schutzbereich gerechtfertigt ist. Hierfür stehen jedenfalls die in Art. 36 S. 1 AEUV normierten Rechtfertigungsgründe zur Verfügung, (a) und (b), möglicherweise auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe nach der Cassis-de-Dijon-Rechtsprechung¹¹ (c). In jedem Fall müsste der Eingriff verhältnismäßig sein (d).

⁸ EuGH, Urt. v. 11.7.1974 – C-8/74 (Dassonville), Rn. 5.

⁹ EuGH, Urt. v. 8.11.1979 – C-15/79 (Groenveld), Rn. 7.

¹⁰ EuGH, Urt. v. 16.12.2008 – C-205/07 (Gysbrechts), Rn. 40.

¹¹ EuGH, Urt. v. 20.2.1979 – C-120/78 (Cassis de Dijon).

a) *Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen*

Die innerstaatliche Regelung der BRD könnte den Zweck verfolgen, die Gesundheit und das Leben der Menschen in der BRD zu schützen, und damit gem. Art. 36 S. 1 AEUV gerechtfertigt sein. Ob eine Gesundheitsgefahr vorliegt, hängt von der Einschätzung des jeweiligen Mitgliedstaates ab, die von diesem objektiv unter Berücksichtigung wissenschaftlicher Erkenntnisse zu treffen ist.¹² Das Corona-Virus hält die Welt seit Anfang 2020 im Schockzustand. Dadurch, dass das Virus hochansteckend ist und somit viele Menschen erreicht, starben bereits über vier Millionen Menschen an dem Virus bzw. trugen schwere Folgeschäden davon, auch wenn der Krankheitsverlauf in den meisten der weltweit ca. 200 Millionen Fälle ohne Krankenhausaufenthalt verlief. Die Maßnahme hat den Sinn und Zweck, dass die BRD Zugriff auf den gesamten von der M-AG hergestellten Impfstoff hat. Der Impfstoff ist weltweit der einzige mit hocheffizienter Wirkung gegen die neue D-Variante. Dadurch verhindert das Vorkaufsrecht viele schwere Krankheitsverläufe und Todesfälle in der BRD und dient daher dem Schutz der Gesundheit gem. Art. 36 S. 1 AEUV. Ein geschriebener Rechtfertigungsgrund liegt vor.

b) *Öffentliche Ordnung und Sicherheit*

Der Eingriff könnte auch durch den in Art. 36 S. 1 AEUV geschriebenen Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung und Sicherheit gerechtfertigt sein. Unter die öffentliche Ordnung fallen alle Interessen des Staates von fundamentaler Bedeutung. Die öffentliche Sicherheit umfasst sowohl die innere als auch die äußere Sicherheit eines Mitgliedstaates.¹³ Die deutsche Bundesregierung hat die Maßnahme neben dem Gesundheitsschutz der Bevölkerung auch deshalb angeordnet, um eine völlige Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern. Dies zeigt sich auch daran, dass viele zusätzliche Intensivplätze geschaffen wurden. Durch die innerstaatliche Regelung behält die BRD den uneingeschränkten Zugriff auf den gesamten Impfstoff und schützt dadurch nicht nur ihre Bürger vor Gesundheitsschäden, sondern entlastet auch die Krankenhäuser vor einer möglichen Überfüllung, da durch das Vorkaufsrecht möglichst viel Impfstoff sehr zeitnah in der BRD verwendet werden kann. Dabei handelt es sich zum einen um ein fundamentales Interesse der BRD. Zum anderen dient die Aufrechterhaltung des öffentlichen Gesundheitssystems der öffentlichen Sicherheit. Deshalb liegt auch der geschriebene Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung und Sicherheit vor.

Hinweis für die Korrektoren: Die Lösung prüft die Verhältnismäßigkeit aus Gründen der Einfachheit einmal unten unter Punkt 5. Ebenso gut vertretbar wäre es, bereits hier nach den geschriebenen Rechtfertigungsgründen die Verhältnismäßigkeit zu prüfen und dies nach den ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen zu wiederholen, wobei dann entsprechend nach oben verwiesen werden könnte.

¹² EuGH, Urt. v. 12.3.1987 – C-178/84 (Kommission/Deutschland), Rn. 44.

¹³ Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 2), Rn. 933.

c) *Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe*

Daneben könnten ungeschriebene Rechtfertigungsgründe nach der Cassis-de-Dijon-Formel gegeben sein. Nach dieser Rechtsprechung sind Eingriffe gerechtfertigt, wenn sie aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls erfolgen.¹⁴ Zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls sind beispielsweise der Schutz der öffentlichen Gesundheit, die Kohärenz des Steuersystems, der Jugend- und Verbraucherschutz sowie die Lauterkeit des Handelsverkehrs.¹⁵ Die Verpflichtung der M-AG, der BRD den hergestellten Impfstoff vor einer Ausfuhr zum Kauf anzubieten, dient dem Schutz der öffentlichen Gesundheit in der BRD.

Fraglich ist aber, ob die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe auf Art. 35 AEUV überhaupt angewendet werden können, da sie primär einen „Ausgleich“ für die weite Eingriffsdefinition im Rahmen der Dassonville-Formel darstellen, die bei Art. 35 AEUV nicht gilt (siehe oben).¹⁶ Man könnte insofern davon ausgehen, dass die von den Grundfreiheiten ausdrücklich verbotenen Diskriminierungen auch nur durch ausdrückliche (geschriebene) Gründe gerechtfertigt werden können. Allerdings hat der EuGH insbesondere beim Umweltschutz eine Rechtfertigung diskriminierender Eingriffe auch durch ungeschriebene Gründe für zulässig erachtet.¹⁷ Nach dieser Logik können die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe auch bei Art. 35 AEUV zur Anwendung kommen. Letztlich kommt es darauf aber nicht an, da ohnehin (identische) geschriebene Rechtfertigungsgründe vorliegen.¹⁸

d) *Verhältnismäßigkeit*

Eingriffe in die Grundfreiheiten sind indes nur gerechtfertigt, wenn sie auch verhältnismäßig sind. Dies ist dann der Fall, wenn die Maßnahme einen legitimen Zweck verfolgt, zur Erreichung dieses Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist.

Hinweis: Die Angemessenheit kann auch, wie es der EuGH oft, aber nicht immer macht, innerhalb der Erforderlichkeit geprüft werden.¹⁹

aa) *Legitimer Zweck*

Die Verpflichtung, Impfstoff vor einer Ausfuhr der BRD zum

¹⁴ EuGH, Urt. v. 20.2.1979 – C-120/78 (Cassis de Dijon); Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 2), Rn. 941.

¹⁵ Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 2), Rn. 943.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 8.11.1979 – C-15/79 (Groenveld), Rn. 7; EuGH, Urt. v. 16.12.2008 – C-205/07 (Gysbrechts), Rn. 40.

¹⁷ Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 2), Rn. 942.

¹⁸ Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 36 Rn. 16.

¹⁹ Vgl. EuGH, Urt. v. 10.2.2009 – C-110/05 (Kommission/Italien), Rn. 59; EuGH, Urt. v. 18.10.2012 – C-385/10 (Elenca), Rn. 26; die Güterabwägung findet im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung statt, so dass dort zum Beispiel Besonderheiten des Falles berücksichtigt werden, vgl. z.B. EuGH, Urt. v. 26.6.1997 – C-368/95, Rn. 20; Schroeder (Fn. 18), AEUV Art. 36 Rn. 56; Kingreen (Fn. 5), AEUV Art. 36 Rn. 98.

Kauf anzubieten, dient sowohl dem Schutz der Gesundheit und des Lebens der Menschen als auch der Aufrechterhaltung des öffentlichen Gesundheitswesens und somit der öffentlichen Ordnung und Sicherheit in der BRD, mithin einem legitimen Zweck.

bb) Geeignetheit

Geeignet ist jede Maßnahme, die die Erreichung eines legitimen Zwecks fördert.²⁰ Die Maßnahme sichert den maximal möglichen Erwerb von gegen die D-Variante wirksamem Impfstoff, ist mithin für den Gesundheitsschutz sowie den Schutz des öffentlichen Gesundheitssystems geeignet.

cc) Erforderlichkeit

Eine Maßnahme ist erforderlich, wenn kein gleich wirksames, milderes Mittel zur Erreichung des legitimen Zwecks zur Verfügung steht.²¹ Als milderes Mittel kommt in Betracht, dass Pharmakonzerne nur einen gewissen Prozentsatz an hergestelltem Impfstoff vor der Ausfuhr der BRD zum Kauf anbieten müssen, nicht dagegen ausnahmslos alle Kapazitäten. Fraglich ist aber, ob ein Vorkaufsrecht an einem Teil der hergestellten Kapazitäten gleich wirksam ist. Hierfür könnte sprechen, dass die BRD aktuell weniger stark von steigenden Infektionszahlen als andere Mitgliedstaaten betroffen ist. Indes ist zu beachten, dass das Corona-Virus die Welt seit mehr als einem Jahr in Schockstarre hält, die Ausbreitung einer neuen Infektionswelle kaum zuverlässig von der Wissenschaft vorhergesagt werden kann und allgemein zu wenig über das Virus bekannt ist. Aufgrund dessen kann sich die Lage in der BRD jederzeit zuspitzen. Daher entspricht es der Einschätzungsprärogative des Mitgliedstaats, sich ein umfassendes Vorkaufsrecht zu verschaffen. Deshalb ist ein nur teilweises Vorkaufsrecht nicht gleich wirksam.

dd) Angemessenheit

Die Maßnahme müsste schließlich angemessen, d.h. verhältnismäßig im engeren Sinne sein. Eine Maßnahme ist dann angemessen, wenn die mit ihr erreichten Vorteile für das nationale Ziel die Beeinträchtigung der Grundfreiheit überwiegen, was in einer umfassenden Güterabwägung zu ermitteln ist.²² Im Streitfall stehen die nationalen Interessen der BRD hinsichtlich des Gesundheitsschutzes ihrer Bürger und des Schutzes ihres öffentlichen Gesundheitssystems der europarechtlich garantierten Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 28 ff. AEUV und dem Prinzip der europäischen Solidarität gegenüber. Aus Sicht der BRD stellen der Schutz der Gesundheit und des Lebens ihrer Staatsbürger sowie die Aufrechterhaltung des Gesundheitssystems ein überragend wichtiges Interesse dar. Auf der anderen Seite stellt das faktische Exportverbot einen schweren Eingriff dar, zumal andere Mitgliedstaaten dringend auf den Impfstoff angewiesen sind, um den Tod und schwere Gesundheitsschäden vieler Menschen zu

verhindern.

Art. 2 S. 2 EUV normiert ausdrücklich, dass sich die Gemeinschaft der Europäischen Union durch Solidarität unter den Mitgliedstaaten auszeichnet. Gem. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 EUV fördert die Europäische Union die Solidarität unter den Mitgliedstaaten. Auch Art. 67 AEUV normiert den Grundsatz der Solidarität der Mitgliedstaaten, auf dem sich die gemeinsame Politik gründet. Zudem handeln die Mitgliedstaaten gem. Art. 222 Abs.1 S. 1 AEUV auch im Falle einer Naturkatastrophe in einem Mitgliedstaat im Geiste der Solidarität. Eine Pandemie ist mit einer Naturkatastrophe stark vergleichbar.

Vorbehaltlich vorstehender Erwägungen könnte eine Abwägung zulasten der Interessen der BRD angezeigt sein. Indessen handelt es sich beim Gesundheits- und Lebensschutz deutscher Staatsbürger um das höchste Schutzgut aus Sicht der BRD. Die Pandemiesituation ist nach dem Ausbruch Anfang 2020 und der Wintersaison 2020/2021 bereits mehrmals außer Kontrolle geraten und droht nun aufgrund der neuerlichen Ausbreitung der D-Variante erneut zu eskalieren. Auch wenn die BRD bisher im Vergleich zu anderen Mitgliedstaaten glimpflich davongekommen ist, könnte sich dies womöglich jederzeit ändern. Aufgrund dessen, dass die Pandemie für die Wissenschaft nahezu unberechenbar ist, ist es der BRD unzumutbar, kein faktisches Ausfuhrverbot zu verhängen und stattdessen eine Steigerung der Infektionszahlen, womöglich bis hin zu einer Triage-Behandlung, abzuwarten. Zudem sind der Gesundheits- und Lebensschutz sowie die öffentliche Ordnung und Sicherheit geschriebene Rechtfertigungsgründe gem. Art. 36 S. 1 AEUV und genießen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ein besonderes Gewicht.

Überdies spricht für die Angemessenheit des Eingriffs, dass das Vorkaufsrecht nur die in der BRD produzierten Mengen betrifft. Deshalb ist die M-AG nicht gehindert, andernorts in der EU Produktionskapazitäten für Impfstoffe aufzubauen.

Insgesamt erscheint es daher angemessen, dass die BRD im vorliegenden Extremfall die Gesundheit und das Leben deutscher Staatsbürger über das Wohl der restlichen EU-Mitgliedstaaten stellt. Das faktische Ausfuhrverbot ist mithin angemessen.

ee) Zwischenergebnis

Die Maßnahme der BRD ist verhältnismäßig.

e) Zwischenergebnis

Der Eingriff in den Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit ist gerechtfertigt.

Hinweis: A.A. mit entsprechender Begründung vertretbar.

5. Zwischenergebnis

Art. 35 ist nicht verletzt.

II. Verstoß gegen das Solidaritätsprinzip

Im Raum steht weiterhin ein Verstoß gegen „die grundlegenden Werte der Union“. Diese Werte sind in Art. 2 S. 2 EUV

²⁰ Frenz, in: Handbuch Europarecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, Kap. 4 Rn. 592.

²¹ Frenz (Fn. 20), Kap. 4 Rn. 593.

²² Frenz (Fn. 20), Kap. 4 Rn. 597.

geregelt. Von den dort genannten Werten kommt hier nur ein Verstoß gegen das Solidaritätsprinzip in Betracht, das auch in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 EUV sowie in Art. 67 und 222 Abs. 1 S. 1 AEUV erwähnt ist. Allerdings ist der konkrete Inhalt des Solidaritätsprinzips eher vage.²³ Unter der Berücksichtigung der im Rahmen der obigen Verhältnismäßigkeitsprüfung getroffenen Erwägungen ist ein Verstoß hier nicht anzunehmen.

III. Zwischenergebnis

Die Verträge sind nicht verletzt und die Klagen daher unbegründet.

D. Gesamtergebnis

Die Klagen sind zulässig, aber unbegründet. Daher haben sie keinen Erfolg.

²³ Vertiefend *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 1), AEUV Art. 222 Rn. 1 ff.

Übungsklausur im Staatshaftungsrecht: Räumungsanspruch und Mietausfallschaden

Von Privatdozent Dr. **Ibrahim Kanalan**, Würzburg/Erlangen-Nürnberg*

Die Klausur wurde im Sommersemester 2021 an der Universität Bielefeld im Rahmen der Pflichtfachklausur im Öffentlichen Recht gestellt. Sie behandelt zentrale Fragen des Staatshaftungsrechts, die bei der drohenden Obdachlosigkeit, der Wiedereinweisung und der verzögerten Räumung auftreten. Insbesondere geht es um die klassischen Probleme in Zusammenhang mit dem Räumungsanspruch und dem Mietausfallschaden unter Berücksichtigung neuer Rechtsprechung. Der Sachverhalt ist angelehnt an eine Entscheidung des VG Mainz, Beschl. v. 2.11.2017 – 1 K 1462/16.MZ = BeckRS 2017, 148598 und des BGH, Urt. v. 13.7.1995 – III ZR 160/94 = NJW 1995, 291.

Sachverhalt

M lebt mit ihren drei minderjährigen Kindern in einer drei Zimmer Wohnung in Stadt B. Nachdem sie arbeitslos wurde, konnte sie ihre Miete nicht mehr zahlen. Nach Zahlungsrückständen erwirkte die Vermieterin (V) ein Räumungsurteil und beauftragte den Gerichtsvollzieher mit der Vollstreckung. Zwei Tage vor dem Räumungstermin wies die zuständige Ordnungsbehörde M und ihre drei Kinder durch die Ordnungsverfügung vom 13.3.2018 zur Abwendung der Obdachlosigkeit in ihre bisherige Wohnung ein. Die Ordnungsverfügung wurde für sofort vollziehbar erklärt.

Die Stadt führte aus, dass zu dem gegenwärtigen Zeitpunkt keine anderweitigen Unterbringungsmöglichkeiten zur Verfügung stünden. Gegen die Einweisungsverfügung unternahm V keine rechtlichen Schritte.

Die Einweisung wurde zunächst bis zum 15.5.2018 befristet und anschließend bis zum 15.7.2018 verlängert, da für M und ihre Kinder keine geeignete Unterbringung sichergestellt werden konnte. M teilte vor dem Ablauf der Einweisungsfrist der Ordnungsbehörde mit, dass sie eine anderweitige Unterbringungsmöglichkeit in Aussicht habe und die Wohnung der V zeitnah räumen werde. M blieb jedoch auch nach Ablauf der Einweisungsfrist in der Wohnung.

Im September 2018 nahm V Gespräche mit M über den Abschluss eines neuen Mietvertrages auf. V teilte der M mit, dass grundsätzlich ein neuer Mietvertrag abgeschlossen werden könne, wenn M die offenen Forderungen begleiche und einer Mieterhöhung zustimme.

Im September 2019 teilte V der Stadt mit, dass die weitere Unterbringung der M und ihrer Kinder in der Wohnung nicht gesichert sei, da ein Vertrag immer noch nicht zu Stande gekommen und M die offenen Forderungen nicht beglichen hätte. Nachdem der Abschluss eines neuen Vertrages endgültig scheiterte, forderte V im Januar 2020 M auf, die Wohnung bis zum 31.3.2020 zu räumen.

Da M zu diesem Termin nicht auszog, fordert V die Stadt auf, die Wohnung zu räumen und zu reinigen. Weiterhin macht

V den Mietausfall von März bis September 2018 geltend.

Die Stadt ist der Ansicht, dass der Mietausfall nur für die Zeit der Einweisung gewährt werden könne. Für die Zeit nach der Einweisung treffe sie keinerlei Verpflichtungen, da M eigenwillig die Wohnung nicht geräumt habe. Zudem hätte V gegen die Einweisungsverfügung vorgehen können. Auch könne V von der Stadt nicht verlangen, dass sie die Wohnung räume und reinige, da M mit Zustimmung der V ab September 2018 in der Wohnung verblieben sei. Das Verhalten der M sei nicht mehr der Behörde zuzurechnen, sondern der V, die das weitere Verbleiben der M über mehrere Monate geduldet habe. Zumindest sei der Anspruch ausgeschlossen, da V ein überwiegendes Verschulden treffe und die Geltendmachung des Anspruchs unbillig sei.

Aufgabe

Hat V einen Anspruch auf Räumung und Reinigung der Wohnung sowie auf Ersatz des Mietausfalls für die Monate März bis September 2018?

Bearbeitungsvermerk

Bitte prüfen Sie in einem umfassenden Gutachten, ggf. hilfs-gutachtlich, die Rechtsfragen und gehen Sie dabei auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Probleme und Argumente ein. Unterstellen Sie bei der Bearbeitung der Aufgabe, dass die Einweisungsverfügung rechtmäßig war. Zudem gehen Sie davon aus, dass V bei ordnungsgemäßer Räumung die Wohnung anderweitig hätte vermieten können.

Lösungsvorschlag

A. Räumung und Reinigung

I. Folgenbeseitigungsanspruch

1. Anspruchsgrundlage

Als Anspruchsgrundlage für die Räumung und Reinigung der Wohnung kommt der Folgenbeseitigungsanspruch (FBA) in Betracht.

Die Rechtsgrundlage des FBA ist umstritten. Teilweise wird dieser aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG), aus den Grundrechten oder aus der analogen Anwendung der §§ 12, 862, 1004 BGB abgeleitet.¹ Im Ergebnis kann die genaue Herleitung unentschieden bleiben, da die Existenz dieses Rechtsinstituts gewohnheitsrechtlich anerkannt ist.²

2. Voraussetzungen

Der Anspruch setzt einen hoheitlichen Eingriff voraus, der ein subjektives Recht des Betroffenen verletzt. Zudem muss für den Betroffenen dadurch ein rechtswidriger Zustand ent-

* Der Autor ist Privatdozent an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg und vertritt im SoSe 2022 die Professur für Öffentliches Recht und Wirtschaftsvölkerrecht an der Universität Würzburg.

¹ Vgl. z.B. *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2021, § 24 Rn. 1204; ausführlich dazu *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 360 ff.; Allgemein zu dem Folgenbeseitigungsanspruch *Mehde*, Jura 2017, 783.

² Vgl. z.B. VG Mainz, Beschl. v. 2.11.2017 – 1 K 1462/16.MZ = BeckRS 2017, 148598 Rn. 17 m.w.N.

standen sein, der noch andauert.³

a) Verletzung eines subjektiven Rechts durch einen hoheitlichen Eingriff

Erforderlich ist zunächst, dass die Verletzung eines subjektiven Rechts durch einen hoheitlichen Eingriff vorliegt.

Bei der Einweisungsverfügung⁴ der Stadt B handelt es sich um einen hoheitlichen Akt (= öffentlich-rechtliches Handeln). Aufgrund der Einweisungsverfügung musste V dulden, dass M weiterhin in der Wohnung verbleibt. M ist auch nach Ablauf der Einweisungsverfügung in der Wohnung verblieben, sodass V ihr Eigentum nicht nach Belieben verwenden und etwa anderweitig vermieten konnte. Dies stellt eine Beeinträchtigung des Eigentumsgrundrechts der V aus Art. 14 Abs. 1 GG dar, sodass ein Eingriff in ein subjektives Recht vorliegt.

Zudem muss die Eigentumsbeeinträchtigung rechtswidrig sein. Das ist dann der Fall, wenn insbesondere die Einweisungsfrist abgelaufen ist, sodass aus der Einweisungsverfügung keine Duldungspflichten mehr erwachsen. Dies ist vorliegend der Fall. Nach Ablauf der Einweisungsverfügung ist der Zustand von der Rechtsordnung nicht mehr legitimiert. Eine Rechtsgrundlage für das weitere Verbleiben in der Wohnung besteht nicht mehr, sodass der Zustand rechtswidrig ist.⁵ Dieser dauert zudem noch an, da sich M mit ihren Kindern weiterhin in der Wohnung der V befindet.

Hinweis: Zu beachten und erkennen ist, dass es in Zusammenhang mit der Rechtsverletzung und dem andauernden Zustand nicht auf die Rechtswidrigkeit des ursprünglichen behördlichen Handelns (= Einweisungsverfügung) ankommt, sondern auf die Rechtswidrigkeit des von ihr geschaffenen, noch andauernden Zustandes, vgl. auch VG Mainz, Beschl. v. 2.11.2017 – 1 K 1462/16.MZ = BeckRS 2017, 148598 Rn. 19 m.w.N.

b) Unmittelbarkeit der Folgen des hoheitlichen Handelns (= Schaffung eines rechtswidrigen Zustandes)

Der FBA ist auf die Beseitigung der unmittelbaren Folgen des öffentlich-rechtlichen Handelns gerichtet.⁶ Mittelbare Folgen werden hingegen von dem FBA nicht erfasst. Entscheidend ist nicht die Rechtswidrigkeit des öffentlich-rechtlichen Handelns, sondern die Rechtswidrigkeit des hierdurch ge-

schaffenen Zustandes, mithin der Folgen, sodass die Unmittelbarkeit der Folgen grundlegend ist.⁷

Fraglich ist jedoch, ob die Unmittelbarkeit der Folgen des staatlichen Handelns gegeben ist. Diese dient der Abgrenzung von Verantwortungs- und Risikosphären. Es handelt sich nicht um eine rein formale, sondern eine wertende Zurechnung. Erforderlich ist, dass sich ein spezifisches Risiko verwirklicht, das in der hoheitlichen Maßnahme typischerweise angelegt war.⁸

Vorliegend verbleibt M aus eigenem Entschluss nach dem Ablauf der Einweisungsverfügung in der Wohnung. Dadurch wird aber der Zurechnungszusammenhang nicht unterbrochen, da die Behörde M erst die Möglichkeit verschafft hat, in der Wohnung zu verbleiben. Ohne die Einweisungsverfügung wäre die Vollstreckung des Räumungstitels erfolgt. Mit der Beschlagnahme der Wohnung verschafft sich die Behörde die Rechtsmacht über die Nutzungsbestimmung. Die behördlich veranlasste Nutzung der Wohnung durch den Eingewiesenen im Rechtsinne ist gleichzeitig deren Nutzung durch die Behörde. Diese dauert nach der Beendigung der Beschlagnahme der Wohnung an, solange die Wohnung nicht geräumt wurde.⁹

Die Einweisung der Behörde führte mithin dazu, dass V keine tatsächliche Verfügungsgewalt mehr über ihre Wohnung hatte und dulden musste, dass M mit ihren Kindern in der Wohnung verbleibt. Nach Ablauf der Einweisungsfrist ist die einweisende Behörde grundsätzlich verpflichtet, die (beschlagnahmte) Wohnung geräumt an Wohnungseigentümerinnen herauszugeben. Verlässt die eingewiesene Person die Wohnung nach Ablauf der Einweisungsfrist nicht, realisiert sich ein typisches Risiko der behördlichen Einweisung. Dieser Zustand ist grundsätzlich auf die hoheitliche Maßnahme zurückzuführen und mithin der Behörde zuzurechnen.¹⁰

Hinweis: Eine andere Ansicht dürfte auch nicht aufgrund der Rechtsprechung des BVerwG (BVerwG DÖV 2001, 732) vertretbar sein. Die dort entschiedene Fallkonstellation weicht von der vorliegenden Konstellation ab. Vorliegend geht es nicht um das Verhalten der V (= Betroffene), also der FBA begehrenden Person, sondern um das der M (= Dritte). Das Verhalten der V, als eigenständige Entscheidung, wird noch unten zu prüfen sein.

Dass M aufgrund des eigenen Entschlusses nach Ablauf der Einweisungsfrist in der Wohnung verbleibt, unterbricht nicht den Zurechnungszusammenhang. Vielmehr hat sich ein spezifisches Risiko verwirklicht, das in der hoheitlichen Maßnahme typischerweise angelegt war.

³ Vgl. BVerwG NVwZ 1994, 275 (276); ausführlich dazu *Detterbeck* (Fn. 1), § 24 Rn. 1205 ff.; *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 1), S. 373 ff.

⁴ Zu beachten ist, dass hier nicht etwa auf ein Unterlassen abgestellt wird, konkret, dass pflichtwidrig unterlassen wurde, die Beeinträchtigung zu beseitigen, sondern auf das aktive Verhalten der Behörde angeknüpft wird, vgl. *Vofskuhle/Kaiser*, JuS 2012, 1079 (1080).

⁵ Entscheidend kommt es auf die Rechtswidrigkeit der Folgen an, vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 11.10. 2016 – 2 C 11/15 = BVerwGE 156, 180, Rn. 36 (juris).

⁶ Vgl. z.B. *Detterbeck* (Fn. 1), § 24 Rn. 1207; *Vofskuhle/Kaiser*, JuS 2012, 1079 (1081).

⁷ Vgl. *Detterbeck* (Fn. 1), § 24 Rn. 1209.

⁸ VG Mainz, Beschl. v. 2.11.2017 – 1 K 1462/16.MZ = BeckRS 2017, 148598 Rn. 19 m.w.N.; vgl. dazu auch *Detterbeck* (Fn. 1), § 24 Rn. 1208; ausführlich *Bumke*, JuS 2005, 22 (23 ff.).

⁹ Vgl. z.B. VG Mainz, Beschl. v. 2.11.2017 – 1 K 1462/16.MZ = BeckRS 2017, 148598 Rn. 20 m.w.N.; so auch *Daiber*, JA 2016, 760 (762).

¹⁰ BGH NJW 1995, 2918 (2919); vgl. auch *Detterbeck* (Fn. 1), § 24 Rn. 1208.

Hinweis: Zu beachten ist, dass mit dem Ende der Beschlagnahme zwar der Rechtsgrund entfällt, nicht jedoch die Nutzung selbst. Dieser Zustand ist grundsätzlich weiterhin der Behörde zuzurechnen, sodass von der Unmittelbarkeit der Folgen des hoheitlichen Handelns auszugehen ist.

Fraglich ist jedoch, ob aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles eine andere Bewertung vorzunehmen ist, da der andauernde rechtswidrige Zustand auf das Verhalten der V zurückgeführt werden könnte. Nach Ablauf der Einweisungsfrist hat V mit M Verstragverhandlungen geführt, welche sich über einen erheblichen Zeitraum erstreckten. Sie hat dabei ihre Bereitschaft zum Abschluss eines neuen Mietvertrages signalisiert – auch wenn nur unter Erfüllung bestimmter Anforderungen. In dieser Zeit duldet sie den Verbleib der M in der Wohnung. Sie leitete weder Räumungsmaßnahmen durch den Gerichtsvollzieher ein noch forderte sie die Behörde auf, die Wohnung zu räumen. Damit trat ein eigenständiger Willensentschluss der V zwischen dem durch die behördliche Einweisung zunächst verursachten Zustand – konkret, dass die Wohnung nicht geräumt und der V überlassen wurde – und dessen Fortbestehen über ca. anderthalb Jahre hervor.

Die oben ausgeführte typische Gefahr realisiert sich grundsätzlich nur, soweit die Räumung der Wohnung auf zivilrechtlichem Wege durch die Einweisung verzögert wurde. Dabei kommt es stets auf den Einzelfall an. Jedenfalls könnte es im vorliegenden Fall naheliegen, dass der derzeitige Zustand nicht mehr ein typisches Risiko der Einweisung ist, sondern vielmehr eine atypische Konstellation darstellt, die vornehmlich durch eigenverantwortliches Verhalten verursacht worden ist. V ist die Gefahr eingegangen, dass Vertragsverhandlungen möglicherweise scheitern und M nicht freiwillig ausziehen könnte. Dies könnte dem allgemeinen Lebensrisiko zuzuordnen sein und nicht dem speziellen Risiko, welches aus der behördlichen Einweisung resultiert ist.¹¹

Doch zu berücksichtigen ist, dass das Verhalten der V nicht ein neues Risiko geschaffen hat, sondern dass sich die bereits aufgrund der behördlichen Einweisung realisierte typische Gefahr nur in ihrer zeitlichen Dimension (unwesentlich) geändert hat. Nach Ablauf der Einweisungsfrist im Juli 2018 hat M die Wohnung nicht geräumt. Das ist der entscheidende Moment, in dem sich die typische Gefahr realisiert hat. Diese Gefahr hält weiterhin an. Dass V im September 2018 mit M Verhandlungen aufgenommen und ihr Verbleiben über einen längeren Zeitraum geduldet hat, ist insoweit unerheblich, da der rechtswidrige Zustand nur verlängert wurde. Stellt man entscheidend auf die Verursachung des rechtswidrigen Zustandes ab, so ist die Verzögerung der Geltendmachung des Räumungsanspruchs nicht maßgeblich.

Hinweis: Das Verhalten der V in Bezug auf die Duldung der M über einen Zeitraum von ca. 18 Monaten (nicht

entscheidend ist, wenn als Bearbeitungszeitpunkt auf Juli 2021 abgestellt wird. Unmittelbar nach März 2020 hat V ihr Begehren, die Wohnung geräumt und gereinigt zu erhalten, der Behörde mitgeteilt, sodass ab diesem Zeitpunkt M ohne Willen der V in der Wohnung verbleibt) kann zum einen bei der Frage der Verjährung berücksichtigt werden und zum anderen, dass die Geltendmachung des Räumungsanspruchs gegen Treu und Glauben verstoßen könnte (vgl. dazu unten).

Insgesamt sprechen bessere Argumente dafür, dass weiterhin von einer Unmittelbarkeit der Folgen des hoheitlichen Handelns auszugehen ist, da eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs nicht vorliegt.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist vertretbar, vgl. dazu VG Mainz, Beschl. v. 2.11.2017 – 1 K 1462/16.MZ = BeckRS 2017, 148598 Rn. 21 ff. Dann muss hilfsgutachtlich weitergeprüft werden, da die Frage des Ausschlusses im Sachverhalt explizit angesprochen wird.

3. Ausschluss des Anspruchs

Der Anspruch der V kann aber aus einem anderen Grund scheitern. In Betracht kommt ein Ausschluss aufgrund des überwiegenden Mitverschuldens der V.

Ein Verschulden des Betroffenen ist generell entsprechend § 254 BGB (in analoger Anwendung) bzw. gestützt auf den allgemeinen Rechtsgedanken des § 254 BGB bei dem FBA zu berücksichtigen.¹²

Umstritten ist jedoch, wie bei unteilbaren Leistungen das Mitverschulden zu berücksichtigen ist. Die Rechtsprechung behandelt das Mitverschulden in entsprechender Anwendung des § 251 Abs. 1 BGB und gewährt ggf. die Zahlung eines Ausgleichsbetrages.¹³ Der Folgenbeseitigungsanspruch wandelt sich in einen Folgenentschädigungsanspruch.¹⁴ In der Literatur hingegen wird teilweise gefordert, dass statt einer Entschädigung der Betroffene an den anfallenden Kosten der Folgenbeseitigung in Höhe seines Mitverschuldensanteils beteiligt wird.¹⁵

Vorliegend handelt es sich um eine unteilbare Leistung, sodass in Anlehnung an die genannten Grundsätze ein etwaiges Mitverschulden der V berücksichtigt werden kann. Folglich kann entweder der Räumungsanspruch verneint und ihr ein Folgenentschädigungsanspruch zugesprochen werden oder sie könnte die Räumung und Reinigung der Wohnung verlangen und an den Kosten anteilig beteiligt werden.

Der FBA kann auch gänzlich ausgeschlossen sein, wenn den Betroffenen ein überwiegendes Mitverschulden trifft und

¹² Vgl. BVerwG NJW 1989, 2484; mit Verweis hierauf etwa VG Mainz, Beschl. v. 2.11.2017 – 1 K 1462/16.MZ = BeckRS 2017, 148598 Rn. 23; *Vofßkuhle/Kaiser*, JuS 2012, 1079 (1081); *Detterbeck* (Fn. 1), § 24 Rn. 1219; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 30 Rn. 20.

¹³ BVerwG NJW 1989, 2484.

¹⁴ *Vofßkuhle/Kaiser*, JuS 2012, 1079 (1081).

¹⁵ *Detterbeck* (Fn. 1), § 24 Rn. 1220 m.w.N.; *Vofßkuhle/Kaiser*, JuS 2012, 1079 (1081).

¹¹ So zumindest VG Mainz, Beschl. v. 2.11.2017 – 1 K 1462/16.MZ = BeckRS 2017, 148598 Rn. 21 ff., wobei dort die Einweisende über einen Zeitraum von mehr als drei Jahren in der Wohnung geduldet wurde.

die Geltendmachung des Anspruchs eine unzulässige Rechtsausübung darstellt.¹⁶ Dies ist dann der Fall, wenn das Verhalten des Betroffenen gegen Treu und Glauben verstößt, weil er sein Recht verwirkt hat.¹⁷ Erforderlich ist, dass der FBA über längere Zeit nicht geltend gemacht wurde und besondere Umstände hinzutreten, welche eine verspätete Geltendmachung als treuwidrig erscheinen lassen.¹⁸

Fraglich ist jedoch, ob dies vorliegend der Fall ist. Unstreitig hat V über einen längeren Zeitraum die Räumung der Wohnung gegenüber der Stadt nicht geltend gemacht. Im September 2018 hat V eigenwillig Gespräche mit M aufgenommen und über einen neuen Mietvertrag verhandelt. Im September 2019 setzte sie die Behörde darüber in Kenntnis, dass ein Vertrag noch nicht zu Stande gekommen ist und ein Verbleib der M in der Wohnung nicht gesichert sei. Erst nachdem M Ende März 2020 weiterhin in der Wohnung verbleibt, verlangt sie von der Stadt die Räumung. Sie hat über einen Zeitraum von anderthalb Jahren geduldet, dass M in der Wohnung verbleibt. Die freiwillige Duldung der M könnte den besonderen Umstand begründen, sodass von einem treuwidrigen Verhalten ausgegangen werden kann. Zudem ist zu berücksichtigen, dass V das Verbleiben der M in der Hoffnung duldet, dass sie die Mietrückstände bzw. offenen Forderungen begleichen würde, welche V sonst nicht oder nur schwer hätte durchsetzen können.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die freiwillige Duldung der M durch V den bereits bestehenden rechtswidrigen Zustand nur verlängert und den Räumungsanspruch der V verzögert hat (vgl. oben). Der FBA wurde dadurch nicht „beseitigt“, sondern nur verzögert. Stellt man auf die zurechenbare Verursachung des rechtswidrigen Zustands dem Grunde nach ab, dann ist unwesentlich, dass V den Verbleib der M über 18 Monate geduldet hat. Die zeitliche Verlängerung des rechtswidrigen Zustandes ist insoweit unerheblich. Nur wenn man auf den konkreten Zeitpunkt des rechtswidrigen Zustandes abstellt – d.h. die Zeit unmittelbar nach Ende März 2020 bzw. Zeitpunkt der Geltendmachung des FBAs durch V – dann ist dieser konkrete Moment auf das Verhalten der V zurückzuführen. Indem V den Räumungsanspruch nicht bereits unmittelbar nach Ablauf der Einweisungsfrist im Juli 2018 geltend gemacht hat, ist M auch nach September 2018 weiterhin in der Wohnung verblieben. Dieser zeitliche Aspekt ist jedoch insgesamt nicht so erheblich, dass davon ausgegangen werden kann, dass V ihren Anspruch auf die Folgenbeseitigung verwirkt hätte. Jedenfalls fällt das Verschulden nicht derart schwer ins Gewicht, dass es der Billigkeit entspräche, den Anspruch gänzlich auszuschließen.

Hinweis: Eine a.A. dürfte wohl schwer vertretbar sein.

¹⁶ VG Mainz, Beschl. v. 2.11.2017 – 1 K 1462/16.MZ = BeckRS 2017, 148598 Rn. 23 ff.; *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 1), S. 389–390; vgl. auch *Maurer/Waldhoff* (Fn. 12), § 30 Rn. 20.

¹⁷ Vgl. VG Mainz, Beschl. v. 2.11.2017 – 1 K 1462/16.MZ = BeckRS 2017, 148598 Rn. 23 m.w.N.

¹⁸ Vgl. VG Mainz, Beschl. v. 2.11.2017 – 1 K 1462/16.MZ = BeckRS 2017, 148598 Rn. 23.

Hinweis: Das VG Mainz (Beschl. v. 2.11.2017 – 1 K 1462/16.MZ = BeckRS 2017, 148598) hat zwar in dem der Klausur zugrunde liegenden Fall entschieden, dass die Verwirklichung des FBAs eine unzulässige Rechtsausübung darstellt bzw. die Geltendmachung des Anspruchs als unbillig anzusehen ist. Doch dort wurde das Verbleiben der Einweisenden in der Wohnung über drei Jahre geduldet.

Entscheidend für die Bewertung ist aber, dass das Problem gesehen und in einem angemessenen Umfang behandelt wird. Ebenso ist darauf zu achten, dass das Ergebnis nicht in Widerspruch zu den Ausführungen zu der Unmittelbarkeit steht.

Der Anspruch der V ist nicht ausgeschlossen. Da V Räumung begehrt und nicht Entschädigung in Geld, ist ein etwaiges Verschulden ggf. bei den anfallenden Kosten der Folgenbeseitigung in Höhe des Mitverschuldensanteils zu berücksichtigen.

4. Rechtsfolge

Der FBA ist auf die Wiederherstellung des vorherigen Zustandes (status quo ante) durch die Beseitigung der unmittelbaren tatsächlichen Folgen der Beeinträchtigung gerichtet.¹⁹

Konkret ist der Anspruch darauf gerichtet, dass die Stadt die Nutzung der Wohnung durch M beendet und die Wohnung V geräumt überlässt.²⁰ Die Stadt muss V die Verfügung über eine Wohnung verschaffen, in der sich keine Bewohner befinden. Folglich kann V die Räumung der Wohnung verlangen.

Hinweis: Eine a.A. ist mit der Begründung, dass der status quo ante im folgenden Fall nicht aus einer geräumten und leerstehenden Wohnung bestand, gut vertretbar.²¹ Denn M lebte bereits vor der Einweisungsverfügung in der Wohnung, die nicht geräumt und frei war, sodass die Wiederherstellung des vorherigen Zustandes nicht auf Räumung und Überlassung gerichtet sein kann.

Fraglich ist, ob die Stadt V die Wohnung auch gereinigt, also in einem sauberen Zustand, überlassen muss. Vor der Einweisung war die Wohnung nicht frei und nicht in einem gereinigten bzw. sauberen Zustand. Vielmehr war die Wohnung von M und ihren Kindern bewohnt. Ohne die Einweisungsverfügung hätte V die Wohnung durch den Gerichtsvollzieher lediglich räumen, nicht aber in einem gereinigten Zustand erhalten können. Die Wohnung wäre V ohne die Einweisungsverfügung nicht in einem gereinigten Zustand überlassen worden. Daher kann ein solcher Anspruch nicht im Rahmen

¹⁹ Vgl. etwa *Maurer/Waldhoff* (Fn. 12), § 30 Rn. 13 m.w.N.; *Mehde*, Jura 2017, 783 (786 ff.); siehe auch BGH NJW 1995, 2918 (2919).

²⁰ Vgl. BGH NJW 1995, 2918 (2919).

²¹ Teilweise wird vertreten, dass bei Einweisungen von Personen in die Unterkünfte, die sie bereits bewohnen, die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes eine Räumung nicht beinhaltet, vgl. *Daiber*, JA 2016, 760 (762).

des FBAs begehrt werden. Durch den FBA kann die Herstellung des ursprünglichen Zustandes, nicht jedoch etwas anderes oder mehr verlangt werden.²²

Hinweis: Eine A.A. ist vertretbar.²³

Hinweis: Die Frage, inwieweit die Behörde gegen M einschreiten darf (rechtliche Zulässigkeit der Räumung) bedarf keiner Erörterung. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte kann davon ausgegangen werden, dass die Stadt gegen M nach § 14 OBG NRW vorgehen darf, vgl. zu diesem Anspruch etwa OVG Münster NVwZ 1991, 905; Daiber, JA 2016, 760 (763 ff.).

5. Verjährung

Erforderlich ist weiterhin, dass der Anspruch der V nicht verjährt ist.

Die Verjährung richtet sich nach §§ 195, 199 BGB analog. Die Verjährungsfrist beträgt nach § 195 BGB drei Jahre. Sie beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den Anspruch begründenden Umständen sowie der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne große Fahrlässigkeit erlangen müsste, § 199 Abs. 1 BGB.

Vorliegend beginnt die Frist mit dem Ende des Jahres 2018 und endet mit Ablauf des Jahres 2021. Der Anspruch ist mithin nicht verjährt.

II. Ergebnis

V hat einen Anspruch auf Räumung der Wohnung gegenüber der Stadt B aus dem FBA.

Hinweis: Ein etwaiges Mitverschulden der V kann die Stadt bei den Kosten des FBAs berücksichtigen und die V anteilig daran beteiligen.

B. Mietausfall

I. Bis zum Ablauf der Einweisungsverfügung

1. Folgenbeseitigungsanspruch

Der Folgenbeseitigungsanspruch (FBA) ist auf die Beseitigung der Folgen eines öffentlich-rechtlichen Handelns gerichtet. Die Rechtsfolge des FBAs beinhaltet grundsätzlich keinen Anspruch auf Geld, sodass der FBA nicht in Betracht kommt.

2. Ordnungsrechtlicher Entschädigungsanspruch

In Betracht kommt auch ein ordnungsrechtlicher Entschädigungsanspruch, soweit spezialgesetzliche Vorschriften nicht

²² Maurer/Waldhoff (Fn. 12), § 30 Rn. 13; Ossenbühl/Cornils (Fn. 1), S. 367 f.

²³ Der BGH geht ohne eine nähere Begründung davon aus, dass die Kosten der Reinigung von dem Amtshaftungsanspruch gedeckt sind, da die einweisende Behörde aufgrund des FBA verpflichtet war, die Wohnung zu räumen und zu reinigen, vgl. BGH NJW 1995, 2918 (2919 f.).

vorliegen. Spezialgesetzliche Regelungen, die für Fälle der Obdachloseneinweisung dem Eigentümer eine Entschädigung zusprechen, existieren nicht, sodass der allgemeine ordnungsrechtliche Entschädigungsanspruch nach § 39 OBG NRW anwendbar ist.

a) Anspruchsgrundlage

V begehrt den Mietausfall für verschiedene Zeiträume. Für den Zeitraum der Einweisung kommt § 39 Abs. 1 lit. a OBG NRW²⁴ in Betracht, wenn V rechtmäßig als Nichtstörerin gem. § 19 OBG NRW in Anspruch genommen wurde.²⁵

b) Tatbestand

Eine Maßnahme der Ordnungsbehörde liegt durch die Einweisungsverfügung vor. Die Einweisungsverfügung war rechtmäßig. Aufgrund der drohenden Gefahr für Leib und Leben der M und ihrer Kinder konnte die Ordnungsbehörde die Einweisung verfügen (vgl. Bearbeitungsvermerk).

V wurde dabei gem. § 19 OBG NRW als nicht Verantwortliche (Nichtstörer) in Anspruch genommen. Ihre Inanspruchnahme war rechtmäßig, da keine andere Unterbringungsmöglichkeit vorhanden war und durch die Beschlagnahme ihrer Wohnung der Gefahr begegnet werden konnte (vgl. auch Bearbeitungsvermerk).

Erforderlich ist, dass V ein unmittelbarer, kausaler Schaden entstanden ist. Das ist dann der Fall, wenn der Nichtstörer den Schaden infolge der Inanspruchnahme erleidet.²⁶

Dies ist vorliegend der Fall. Durch die Einweisung konnte V ihre Wohnung nicht anderweitig vermieten und hatte dementsprechend den Ausfall der Miete als Vermögenseinbuße. Der Schaden war auch kausal, da sie unmittelbar auf die Einweisungsverfügung zurückzuführen ist. Aufgrund der Einweisungsverfügung musste V den Verbleib der M und ihrer Kinder in der Wohnung dulden und konnte keine Räumungsmaßnahmen durch den Gerichtsvollzieher vornehmen.

Mithin sind alle Tatbestandsvoraussetzungen des § 39 Abs. 1 lit. a OBG NRW erfüllt.

c) Kein Ausschluss nach § 39 Abs. 2 OBG NRW

Nach § 39 Abs. 2 OBG NRW²⁷ besteht der Anspruch nicht, soweit die geschädigte Person auf andere Weise Ersatz er-

²⁴ In anderen Bundesländern ist die Anspruchsgrundlage § 55 PolG (Baden-Württemberg), Art. 87 Abs. 1 PAG (Bayern), § 59 ASOG (Berlin), § 38 Abs. 1 OBG, § 70 PolG (Brandenburg), § 56 Abs. 1 PolG (Bremen), § 10 Abs. 3 SOG (Hamburg), § 64 Abs. 1 SOG (Hessen), § 72 Abs. 1 SOG (Mecklenburg-Vorpommern), § 80 Abs. 1 SOG (Niedersachsen), § 68 Abs. 1 POG (Rheinland-Pfalz), § 68 Abs. 1 PolG (Saarland), § 69 Abs. 1 SOG (Sachsen-Anhalt), § 52 PolG (Sachsen), § 221 Abs. 1 LVwG (Schleswig-Holstein), § 68 Abs. 1 PAG, § 52 OBG (Thüringen).

²⁵ Vgl. z.B. OLG Köln NJW 1994, 1012.

²⁶ OLG Köln NJW 1994, 1012.

²⁷ In Brandenburg nach § 38 Abs. 2 OBG; in Mecklenburg-Vorpommern nach § 72 Abs. 2 SOG sowie in Schleswig-Holstein nach § 221 Abs. 2 LVwG.

langt hat oder die Maßnahme dem Schutz des Geschädigten dient. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Insbesondere hat V tatsächlich keine Entschädigung erhalten, sodass ein anderweitiger Ersatz nicht gegeben ist.

d) Inhalt und Umfang des Anspruchs (Rechtsfolge), § 40 Abs. 1 OBG NRW

Nach dem ordnungsrechtlichen Entschädigungsanspruch ist eine angemessene Entschädigung in Geld für typische Vermögensschäden zu leisten, § 40 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 OBG NRW²⁸. Ebenso erfasst ist auch der entgangene Gewinn wie gewöhnlicher Verdienstausschlag oder Ausfall des Nutzungsentgelts (Nutzungsausfall), § 40 Abs. 1 S. 2 OBG NRW.

Der Mietausfall stellt entgangenen Gewinn dar, der als gewöhnlicher Nutzungsausfall gem. § 40 Abs. 1 S. 2 OBG NRW zu ersetzen ist.²⁹ Der Mietausfall für die Zeit bis zum Ablauf der Einweisungsverfügung, insgesamt vier Monate (März bis Juli 2018), ist erstattungsfähig.

e) Mitverschulden, § 40 Abs. 4 OBG NRW

Ein Mitverschulden des Nichtstörers bei der Entstehung des Schadens ist nach § 40 Abs. 4 OBG NRW³⁰ zu berücksichtigen. In Betracht kommt insbesondere ein Mitverschulden wegen Unterlassens der Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz (z.B. Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Einweisungsverfügung).³¹

Dies ist indes vorliegend nicht der Fall. Laut Bearbeitungsvermerk ist davon auszugehen, dass die Einweisungsverfügung rechtmäßig war. In solchen Fällen kommt ein Mitverschulden aufgrund des Unterlassens des Primärrechtsschutzes nicht in Betracht. Ein Mitverschulden der V liegt nicht vor.

f) Ergebnis

V hat nach § 39 Abs. 1 lit. a OBG NRW einen Anspruch auf den Mietausfall für die Zeit der Einweisungsverfügung von März bis Juli 2018.

3. Amtshaftungsanspruch

Ein Amtshaftungsanspruch nach § 839 Abs. 1 BGB i.V.m.

²⁸ In anderen Bundesländern ist die einschlägige Vorschrift: Art. 87 PAG (Bayern); § 60 ASOG (Berlin), § 39 OBG (Brandenburg); § 57 PolG (Bremen); § 65 SOG (Hessen); § 74 SOG (Mecklenburg-Vorpommern); § 81 SOG (Niedersachsen); § 69 POG (Rheinland-Pfalz); § 69 PolG (Saarland); § 69 PolG (Sachsen); § 70 SOG (Sachsen-Anhalt); § 223 LVwG (Schleswig-Holstein); § 69 PAG (Thüringen).

²⁹ Vgl. etwa OLG Köln NJW 1994, 1012.

³⁰ In anderen Bundesländern nach Art. 87 Abs. 7 PAG (Bayern); § 60 Abs. 5 ASOG (Berlin), § 39 Abs. 4 OBG (Brandenburg); § 57 Abs. 4 PolG (Bremen); § 65 Abs. 5 SOG (Hessen); § 74 Abs. 4 SOG (Mecklenburg-Vorpommern); § 81 Abs. 5 SOG (Niedersachsen); § 69 Abs. 5 POG (Rheinland-Pfalz); § 69 Abs. 5 PolG (Saarland); § 69 Abs. 5 PolG (Sachsen); § 70 Abs. 5 SOG (Sachsen-Anhalt); § 223 Abs. 4 LVwG (Schleswig-Holstein); § 69 Abs. 5 PAG (Thüringen).

³¹ Vgl. *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 1), S. 526.

Art. 34 GG ist neben dem ordnungsrechtlichen Entschädigungsanspruch anwendbar, vgl. § 40 Abs. 5 OBG NRW, sodass er grundsätzlich in Betracht kommt.

Wie bereits oben ausgeführt und sich aus dem Bearbeitungsvermerk ergibt, war die Einweisungsverfügung rechtmäßig, sodass ein Anspruch nach § 839 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 GG ausscheidet, da dieses Haftungsinstitut eine Amtspflichtverletzung und mithin ein rechtswidriges und schuldhaftes Handeln voraussetzt.

II. Nach Ablauf der Einweisungsverfügung

1. Ordnungsrechtlicher Entschädigungsanspruch

a) Anspruchsgrundlage

Als Anspruchsgrundlage für den Mietausfall für die Zeit nach der Einweisungsverfügung von Juli bis September 2018 kommt § 39 Abs. 1 lit. a OBG NRW in Betracht, wenn V rechtmäßig als Nichtstörer in Anspruch genommen wurde. Die Entschädigungspflicht kann auch weitere Nachteile umfassen, die dem Betroffenen als adäquate und zurechenbare Folge seiner Inanspruchnahme entstehen, sodass auch der Mietausfall nach Ablauf der Einweisungsverfügung zu ersetzen sein könnte.³²

b) Tatbestandsvoraussetzungen

Wie oben ausgeführt, wurde V rechtmäßig als Nichtstörer in Anspruch genommen.

Fraglich ist, ob der Schaden, der V nach der Einweisungsverfügung entstanden ist, kausal auf das Handeln der Ordnungsbehörde zurückzuführen ist, also ob er infolge der Inanspruchnahme entstanden ist. Dies setzt voraus, dass der Nachteil, den V erlitten hat, konkret der Mietausfall, der Behörde zuzurechnen ist.

Dies ist dann der Fall, wenn ein adäquat kausaler Ursachenzusammenhang zwischen der Einweisungsverfügung und dem Vermögensnachteil der V durch das weitere Verbleiben der M aufgrund der Einweisungsverfügung besteht.³³ Insbesondere ist erforderlich, dass das Verhalten Dritter, hier das der M, nicht außerhalb der Lebenserfahrung liegt, mit anderen Worten sich eine besondere Gefahr verwirklicht hat, die bereits in der hoheitlichen Maßnahme selbst angelegt ist.³⁴ Es geht, wie bereits im Rahmen des FBAs ausgeführt, bei der Unmittelbarkeit um die wertende Zurechnung der Schadensfolgen nach Verantwortlichkeiten und Risikosphären.³⁵

Zwar trifft M durch den weiteren Verbleib in der Wohnung nach Ablauf der Einweisungsfrist eine eigenwillige Entscheidung, die eine kausale Handlung ist. Hierdurch wird jedoch der Zurechnungszusammenhang nicht unterbrochen. Das Verhalten der M ist der Ordnungsbehörde zuzurechnen, da sich hierdurch eine typische Gefahr verwirklicht, die bereits in der hoheitlichen Maßnahme selbst angelegt ist. Es

³² Vgl. OLG Köln NJW 1994, 1012.

³³ Vgl. BGH NJW 1995, 2918; OLG Köln NJW 1994, 1012.

³⁴ Vgl. *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 1), S. 522 f.

³⁵ Vgl. auch BGH NJW-RR 2006, 802; *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 1), S. 522 f.

liegt nicht außerhalb der Lebenserfahrung, dass nach Ablauf der Einweisungsverfügung die eingewiesenen Personen weiterhin in der Wohnung verbleiben und diese nicht räumen.³⁶ Anders wäre es, wenn beispielsweise die eingewiesene Person mutwillig die Wohnung beschädigt und einen Schaden verursachen würden.³⁷ Ein solcher Fall liegt indes vorliegend nicht vor.

Der Vermögensschaden ist mithin unmittelbare Folge der Einweisungsverfügung und damit der Behörde zuzurechnen.

c) Kein Ausschluss und Inhalt des Schadens

Ein Ausschluss nach § 39 Abs. 2 OBG NRW kommt nicht in Betracht, da V keinen anderweitigen Anspruch und damit auf andere Weise keinen Ersatz erlangt hat (vgl. auch oben).

Gem. § 40 Abs. 1 OBG NRW wird auch der entgangene Gewinn und mithin der Mietausfall als gewöhnlicher Nutzungsentgelts umfasst, vgl. oben.

d) Mitverschulden

Der Sachverhalt legt nahe, zu erörtern, ob die Vertragsverhandlungen zwischen V und M für das Mitverschulden von Bedeutung sind. Fraglich ist, ob V ein Mitverschulden zukommt, welches gem. § 40 Abs. 4 OBG NRW zu berücksichtigen wäre.

Die Einweisung der Behörde wurde bis zum 15.7.2018 verfügt. Nach Ablauf der Einweisungsverfügung hätte V aufgrund des Räumungsurteils Vollstreckungsmaßnahmen gegen M einleiten können. Ein Verschulden der V dürfte aber indes nicht anzunehmen sein, da V nach Beendigung der Wohnungsbeschlagnahme einen Anspruch gegen die Stadt auf Beendigung der Nutzung durch die Eingewiesene und Herausgabe der Wohnung hat und nicht private Vollstreckungsmaßnahmen vornehmen muss bzw. das Unterlassen nicht zu einer Minderung des Anspruchs führt.³⁸

e) Ergebnis

V hat für den Zeitraum von Juli bis September 2018, damit auch nach Ablauf der Einweisungsverfügung, einen Anspruch auf Mietausfall nach § 39 Abs. 1 lit. a OBG NRW gegen die Stadt.

2. Amtshaftungsanspruch

Weiter könnte ein Anspruch aus § 839 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 GG in Betracht kommen. Wie bereits ausgeführt, ist der Amtshaftungsanspruch neben dem Anspruch nach § 39 Abs. 1 OBG NRW anwendbar, vgl. § 40 Abs. 5 OBG NRW.

a) Anspruchsgrundlage

Der Amtshaftungsanspruch nach § 839 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 GG setzt voraus, dass jemand i.S.v. Art. 34 GG (= Beamter im haftungsrechtlichen Sinne) schuldhaft eine Amtspflicht verletzt hat.³⁹ Es handelt sich um eine persönliche

deliktische Haftung des Beamten, die nach Art. 34 S. 1 GG im Wege der Schuldübernahme auf den Staat übergeht.⁴⁰

b) Tatbestand

aa) Jemand in Ausübung eines öffentlichen Amtes

Erforderlich ist zunächst, dass jemand in Ausübung eines öffentlichen Amtes gehandelt hat, vgl. Art. 34 S. 1 GG.⁴¹ Jemand meint dabei Beamte im haftungsrechtlichen und nicht im statusrechtlichen Sinne. Entscheidend ist eine funktionale Betrachtung, sodass jede Person, die vom Staat mit der Erbringung öffentlich-rechtlicher (hoheitlicher) Aufgaben betraut wird, ein Beamter im haftungsrechtlichen Sinne bzw. jemand im Sinne der Vorschrift ist.

Vorliegend haben die Bediensteten der Stadt B gehandelt. Diese nehmen öffentlich-rechtliche Aufgaben wahr, sodass es sich bei ihnen um Beamte im haftungsrechtlichen Sinne, d.h. jemand i.S.v. Art. 34 S. 1 GG, handelt. Sie haben dabei Aufgaben im Rahmen eines ihnen anvertrauten öffentlichen Amtes vorgenommen und mithin nicht nur bei Gelegenheit gehandelt.⁴² Sie handelten durch die Einweisungsverfügung in Ausübung eines öffentlichen Amtes.

bb) Verletzung einer drittschützenden Amtspflicht

Zudem muss eine Amtspflichtverletzung vorliegen. Erforderlich ist, dass eine drittschützende Amtspflicht besteht, gegen die verstoßen wurde.⁴³

(1) Amtspflicht

Fraglich ist zunächst, ob eine Amtspflicht vorliegt. Die Amtspflicht betrifft das Innenverhältnis zwischen dem Handelnden und seinem Dienstherrn. Pflichten des Handelnden gegenüber seinem Dienstherrn können sich ergeben aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, Rechtsnormen oder auch verwaltungsinternen Vorschriften.⁴⁴ Anerkannt ist insbesondere die Amtspflicht zum rechtmäßigen Handeln.⁴⁵

Eine solche Amtspflicht zum rechtmäßigen Handeln könnte sich aus dem FBA ergeben. Aus dem FBA ergibt sich, dass die zuständigen Bediensteten der Stadt B verpflichtet sind, nach Ablauf der Einweisungsfrist die Nutzung der Wohnung durch M zu beenden und die Wohnung geräumt an V zu überlassen.⁴⁶ Im Kern geht es bei dem Anspruch um die Pflicht der Verwaltung, einen rechtswidrigen Zustand, dessen Entstehung ihr zuzurechnen ist, durch die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes zu beseitigen.⁴⁷

⁴⁰ Ausführlich dazu etwa *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 1), S. 11 ff.

⁴¹ Art. 34 S. 1 GG modifiziert die Tatbestandsmerkmale des § 839 BGB, sodass entgegen dem Wortlaut des § 839 Abs. 1 BGB nicht erforderlich ist, dass ein Beamter gehandelt hat, sondern ausreichend ist, dass jemand i.S.v. Art. 34 S. 1 GG gehandelt hat, vgl. auch *Detterbeck* (Fn. 1), § 21 Rn. 1055.

⁴² Vgl. dazu etwa BGH NJW 2002, 3172.

⁴³ Vgl. etwa *Detterbeck* (Fn. 1), § 21 Rn. 1064 ff.

⁴⁴ Vgl. etwa *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 1), S. 44 ff.

⁴⁵ *Detterbeck* (Fn. 1), § 21 Rn. 1065.

⁴⁶ Vgl. z.B. BGH NJW 1995, 2918 (2919).

⁴⁷ Vgl. BGH NJW 1995, 2918 (2919) m.w.N.

Wie bereits festgestellt, wurde trotz der eigenwilligen Entscheidung der M, nach Ablauf der Einweisungsfrist weiterhin in der Wohnung zu bleiben, der Zurechnungszusammenhang nicht unterbrochen. Der rechtswidrige Zustand ist damit der Verwaltung zuzurechnen.

Fraglich ist, ob das Unterlassen der Geltendmachung des FBAs an diesem Ergebnis etwas ändern könnte. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass zum einen eine unzulässige Rechtsausübung tatsächlich nicht vorliegt, vgl. oben. Zum anderen wäre ein eventueller Ausschluss des FBA aufgrund unzulässiger Rechtsausübung unerheblich, da der Amtshaftungsanspruch dem Grunde nach im Juli 2018 bestand.

Eine Amtspflichtverletzung liegt damit in jedem Fall vor.

(2) *Drittgerichtetheit der Amtspflicht*

Die Amtspflicht muss zudem drittschützend sein.⁴⁸ Erforderlich ist, dass die Amtspflicht auch dem Schutz der Rechte und Interessen Dritter dient. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn öffentliche subjektive Rechte des Dritten vorhanden sind, die verletzt werden.⁴⁹

Vorliegend dient die Verpflichtung der zuständigen Bediensteten aus dem FBA gerade dem Schutz der Rechte und Interessen der V. Aus dem FBA hat gerade V das Recht auf die Beseitigung der Folgen der Einweisung. Die Amtspflicht der Bediensteten der Stadt B ist mithin drittschützend.

(3) *Verletzung der Amtspflicht*

Schließlich setzt der Anspruch voraus, dass die Bediensteten der Stadt B die drittschützende Amtspflicht verletzt (= Amtspflichtwidrigkeit) und zugleich rechtswidrig gehandelt haben.⁵⁰ Das ist der Fall, wenn die Bediensteten ihre interne Amtspflicht verletzt und zugleich rechtswidrig Rechte von Bürger:innen beeinträchtigt haben.

Fraglich ist, ob die Stadt rechtswidrig gehandelt hat. Stellt man auf die Einweisungsverfügung ab, so liegt keine rechtswidrige Handlung und mithin keine Amtspflichtverletzung vor. Denn nach dem Bearbeitungsvermerk ist von der Rechtmäßigkeit der Einweisungsverfügung auszugehen.

Stellt man hingegen auf das Verhalten der Bediensteten nach Ablauf der Einweisungsfrist ab, so kommt es durchaus in Betracht, dass eine rechtswidrige und amtspflichtwidrige Handlung vorliegt. Konkret liegt eine Verletzung vor, wenn die Bediensteten gegen die Verpflichtung, die Nutzung der Wohnung nach dem Ablauf der Einweisungsfrist zu beenden und zu räumen, verstoßen haben.⁵¹

Nach der Rechtsprechung und Literatur besteht die Pflicht der einweisenden Behörde, die Nutzung der Wohnung nach Ablauf der Einweisungsfrist zu beenden und die Wohnung zu räumen. Dies gebietet sich auch aus dem Rechtsstaatsprinzip,

Art. 20 Abs. 3 GG. Hoheitsträger sind verpflichtet, einen rechtmäßigen Zustand wiederherzustellen unabhängig davon, ob das ursächliche Verhalten rechtmäßig war. Es kommt nicht auf das ursprüngliche rechtmäßige Handeln an, sondern inwieweit der Zustand von der Rechtsordnung zu billigen ist. Wie bereits ausgeführt, besteht grundsätzlich ein FBA nach Ablauf der Einweisungsfrist gegen die einweisende Behörde. Gegen diese Pflicht haben die Bediensteten der Stadt B verstoßen, indem sie die Nutzung der Wohnung durch M nicht beendet und geräumt der V überlassen haben.⁵² Dies war auch rechtswidrig. Die Rechtsordnung billigt eine Beeinträchtigung der Rechte von Bürger:innen ohne eine gesetzliche Grundlage nicht. Die Bediensteten der Stadt B hatten keine Rechtsgrundlage für ihr Verhalten.

Hinweis: Soweit als maßgebliches Verhalten auf das Unterlassen abgestellt wird, muss erkannt werden, dass dies nur dann ausreichend ist, wenn eine Pflicht zum Handeln vorliegt. Dies ist vorliegend aufgrund des FBAs gegeben.

cc) *Verschulden*

Das nach dem Amtshaftungsanspruch erforderliche Verschulden (§ 839 Abs. 1 BGB) liegt auch vor. Die Bediensteten der Stadt B haben zumindest fahrlässig (§ 276 BGB) gehandelt. In der Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass die oben genannte Pflicht bei Einweisungen in Wohnungen nach Ablauf der Einweisungsfrist besteht. Anhaltspunkte etwa für einen beachtlichen Rechtsirrtum sind nicht ersichtlich. Ein pflichtgetreuer Durchschnittsbeamter hätte erkennen können, dass nach Ablauf der Einweisungsverfügung die Nutzung zu beenden und die Wohnung zu räumen ist.

dd) *Kausaler Schaden*

Indem die Bediensteten der Stadt B nicht dafür gesorgt haben, dass die Nutzung der Wohnung beendet und geräumt wird, konnte V die Wohnung nicht anderweitig vermieten. Ihr ist ein Schaden in Höhe der ausgefallenen Miete in Form des entgangenen Gewinns entstanden, der unmittelbar auf das Verhalten der Bediensteten der Stadt B zurückzuführen ist. Das Verhalten der M, die Wohnung nicht zu räumen, lag auch nicht außerhalb der Lebenserfahrung.

Hinweis: Wird als maßgebliches Verhalten auf Unterlassen abgestellt, vgl. oben, müssen die Besonderheiten im Rahmen der Kausalität beachtet werden. Erforderlich ist, dass der Schaden beim pflichtgemäßen Verhalten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten wäre. Dies ist vorliegend anzunehmen.

c) *Haftungsausschluss*

Ein Haftungsausschluss gem. § 839 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1, Abs. 3 BGB ist nicht gegeben. Ein anderweitiger Anspruch gem. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB kommt nicht in Betracht. Eine etwaige Ersatzpflicht der V kann nicht in zumutbarer Weise tatsächlich durchgesetzt werden.

⁵² Vgl. auch BGH NJW 1995, 2918 (2919).

⁴⁸ Dazu etwa *Detterbeck* (Fn. 1), § 21 Rn. 1066 ff.

⁴⁹ *Detterbeck* (Fn. 1), § 21 Rn. 1067.

⁵⁰ Regelmäßig indiziert die Rechtswidrigkeit die Pflichtwidrigkeit der Amtshandlung, dennoch sind diese beiden Merkmale nicht stets gleichzusetzen, vgl. etwa *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 1), S. 58 f.

⁵¹ Vgl. BGH NJW 1995, 2918 (2919).

Hinweis: Hier kann auch explizit auf die Vermögenslosigkeit der M abgestellt werden, was nach dem Sachverhalt naheliegt.

Zwar hatte V die Möglichkeit, gegen die Einweisungsverfügung vorzugehen, sodass ein Rechtsmittel i.S.v. § 839 Abs. 3 BGB vorhanden war. Jedoch war die Einweisungsverfügung rechtmäßig. Indes ist davon auszugehen, dass V kein Vorwurf zu machen und nicht von einem Verschulden auszugehen ist.

d) Rechtsfolge

Die Art und der Umfang des Schadens richten sich nach §§ 249 ff. BGB. Die Geschädigte ist so zu stellen, wie sie stünde, wenn es nicht zu der Amtspflichtverletzung gekommen wäre. Zu beachten ist jedoch, dass aufgrund der persönlichen Haftung der Bediensteten und Haftungsübernahme nur Schadensersatz in Geld geschuldet ist.⁵³

Vorliegend hätte V bei ordnungsgemäßer Räumung die Wohnung anderweitig vermieten können. Der Mietausfall ist als entgangener Gewinn (§ 252 BGB) zu ersetzen.

e) Ergebnis

V hat einen Anspruch aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 S. 1 GG auf Ersatz des Mietausfalls für August und September 2018.

3. Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff

Fraglich ist, ob auch ein Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff vorliegt. Danach ist unter anderem erforderlich, dass jemand durch ein rechtswidriges hoheitliches Handeln in seinem Eigentum verletzt wurde.⁵⁴

Stellt man auf das Verhalten der Stadt nach Ende der Einweisungsverfügung ab, die Nutzung nicht beendet und die Wohnung geräumt zu haben (vgl. oben), kommt es durchaus in Betracht, ein rechtswidriges Handeln der Bediensteten der Stadt anzunehmen.

Zweifelhaft ist jedoch, ob dieser Anspruch neben dem ordnungsrechtlichen Entschädigungsanspruch nach § 39 Abs. 1 OBG NRW Anwendung findet. Der ordnungsrechtliche Entschädigungsanspruch ist eine besondere Ausprägung des allgemeinen Aufopferungsanspruchs. Dieser dürfte dem Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff, welcher einen Unterfall des allgemeinen Aufopferungsanspruchs darstellt, verdrängen. Aufgrund seiner Spezialität geht der ordnungsrechtliche Entschädigungsanspruch vor. Anders als bei dem Amtshaftungsanspruch geht auch § 40 Abs. 5 OBG NRW nicht davon aus, dass der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff neben dem Anspruch nach § 39 Abs. 1 OBG NRW anwendbar ist.⁵⁵

⁵³ Vgl. BGHZ 34, 99.

⁵⁴ Vgl. etwa *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 1), S. 291 f.

⁵⁵ Vgl. etwa *Brodöfel*, in: Geigel, *Der Haftpflichtprozess*, Kommentar, 28. Aufl. 2020, Kap. 21 Rn. 81, 101.

Vorlesungsabschlussklausur: Die gemeine Geschäftsordnung

Von Wiss. Mitarbeiterin **Katharina Schwengel**, Wiss. Mitarbeiter **Jan Bernhard Paus**, Bochum*

Die Klausur wurde im Sommersemester 2021 als Vorlesungsabschlussklausur zur Vorlesung „Staatsrecht II: Staatsorganisationsrecht“ bei Prof. Dr. Julian Krüper an der Ruhr-Universität Bochum gestellt und richtet sich nach dem Studienverlaufsplan der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum vorwiegend an Studierende des zweiten Semesters.

Sachverhalt

Nach der Bundestagswahl bildet sich eine neue Koalition aus A-, B- und C-Partei, wobei, wie in der Legislaturperiode zuvor, die A-Partei mit K den Kanzler stellt, der über langjährige Regierungserfahrung verfügt. Wie es den Gepflogenheiten entspricht, beschließt das neue Kabinett in seiner ersten Sitzung seine Geschäftsordnung, die identisch ist mit der seit vielen Jahrzehnten gebräuchlichen Geschäftsordnung. Diese wird nach Art. 65 S. 4 GG auch vom Bundespräsidenten genehmigt.

M, die als Bundesministerin der Justiz und Mitglied der C-Partei erstmals Teil der Bundesregierung ist, ist über dieses Vorgehen verwundert, hält sie die Geschäftsordnung doch nicht nur für veraltet, sondern in Teilen auch für verfassungswidrig. Vor allem an § 15 Abs. 2 lit. a GOBReg nimmt sie Anstoß. Dieser stelle einen unzulässigen Eingriff in die Rechte der Minister dar, weil ihnen die Entscheidung über die Stellenbesetzung in ihren Ministerien zu weiten Teilen entzogen werde.

Als sie diese Auffassung im Kabinett vorträgt, stößt sie auf Verwunderung und breite Ablehnung. Es sei nicht erkennbar, so die allgemeine Auffassung im Kabinett, dass die Vorschrift die Rechte der Minister in verfassungswidriger Weise beschränke. Schließlich verlange sie, so erwidert der K auf die Einwände der M sachlich zutreffend, nicht die Kabinettsentscheidung über alle Beamtenernennungen im Geschäftsbereich eines Ministeriums, sondern nur über Ernennungen ab der Besoldungsgruppe A 16 aufwärts. Dies betreffe vorrangig Referatsleiter, die bereits eigene Personal- und Sachverantwortung trügen, sowie die weiteren Führungsstellen innerhalb der Ministerien, vor allem die Unterabteilungsleiter, Abteilungsleiter und Staatssekretäre. Die Einstellung z.B. von Referenten direkt nach Studienabschluss, zumeist auf der Besoldungsstufe A 13 und A 14, sei gar nicht erfasst, ebenso wie die Einstellungen im Angestelltenverhältnis. Im Bundesinnenministerium betreffe dies beispielsweise nur knapp 220 Stellen von 2000 Stellen insgesamt. Dieses Verhältnis sei in ähnlicher Weise auch in allen anderen Ministerien gegeben.

Die Mitwirkung des Kabinetts sei, so K weiter, im Interesse angemessener Personalpolitik der Regierung geboten, da auf diese Weise einheitliche Standards der Qualifikation und der Beförderung verwirklicht werden könnten. Eine

koordinierte Personalpolitik erleichtere ressortübergreifende Abstimmungen, wodurch die Wahrnehmung der Regierungsaufgaben effektiviert werde.

Die Geschäftsordnung ermögliche es der Regierung, so der K weiter, Angelegenheiten, die einer gemeinsamen Entscheidung bedürften, einer kollegialen Entscheidungsfindung zu unterwerfen. Auch sei die Geschäftsordnung das genuine Mittel zur Regelung des internen Verfahrens der Bundesregierung, schließlich verleihe Art. 65 S. 4 GG gerade dazu der Bundesregierung die Geschäftsordnungsautonomie. Die Kollegialkompetenzen der Regierung seien im Grundgesetz im Übrigen auch nicht abschließend normiert, sodass die Regierung durch Geschäftsordnungsregelung Kabinettszuständigkeiten schaffen könne.

M ist demgegenüber der Ansicht, dass gerade die Verantwortung für wichtige Personalentscheidungen ein Vorrecht der Minister sein müsse, insbesondere weil dem Leitungspersonal eigene Entscheidungen zukämen, die im Sinne des jeweiligen Ministers getroffen werden sollten. Insofern komme es auch nicht darauf an, ob die Regelung nur fünf, zehn oder fünfzehn Prozent der verfügbaren Stellen in einem Ministerium umfasse, sondern es komme auf die Qualität der erfassten Stellen an. Selbst wenn dem Kabinett wichtige Koordinierungsfunktionen in der Regierungsarbeit zukämen, könne es nicht sein, dass den Ministern durch dessen Entscheidung eigene Kompetenzen entzogen würden. Eine gemeinsame Entscheidung durch das Kabinett sei ansonsten lediglich im Falle von Meinungsverschiedenheiten zwischen den Ministern vorgesehen, aber nicht, wenn es um innere Angelegenheiten eines Ressorts gehe. Hier müsse den Ministern ein weitergehender Spielraum bleiben, als § 15 Abs. 2 lit. a GOBReg belasse.

M lässt die Angelegenheit keine Ruhe. Nachdem die Geschäftsordnung beschlossen und ordnungsgemäß vom Bundespräsidenten genehmigt worden ist, erteilt sie ihrem Ministerium den Auftrag, folgende Fragen verfassungsrechtlich zu prüfen.

Aufgabe 1 (5 %)

Kann M Antragstellerin eines Organstreitverfahrens sein und gegen wen richtete sich dieser Antrag?

Aufgabe 2 (60 %)

Verletzt § 15 Abs. 2 lit. a GOBReg die M in ihren vom Grundgesetz verliehenen Rechten? Erstaten Sie das angeforderte Gutachten.

Aufgabe 3 (35 %)

Nach dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Volkssouveränität in Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG ist Demokratie die Herrschaft der freien und gleichen Staatsbürger. Erläutern Sie den Zusammenhang, in dem sich das Element der Gleichheit der Staatsbürger im Staatsorganisationsrecht des Grundgesetzes über Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG hinaus fortsetzt.

* Katharina Schwengel und Jan Bernhard Paus sind Mitarbeitende am Lehrstuhl für öffentliches Recht, Verfassungstheorie und interdisziplinäre Rechtsforschung von Prof. Dr. Julian Krüper an der Ruhr-Universität Bochum.

Ihre Lösung dieser Aufgabe erfordert keine gutachtliche Bearbeitung. Auf Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG ist nicht einzugehen.

Bearbeitungsvermerk

Es ist auf alle rechtserheblichen Fragen einzugehen.

Beachten Sie: Politische Beamte i.S.d. § 30 Abs. 1 BeamStG sind typischerweise Beamte ab der Besoldungsgruppe B 3, die drei Stufen über der Besoldungsgruppe A 16 liegt (Abfolge: A 16 – B 1 – B 2). Nur höchst ausnahmsweise sind Beamte der Besoldungsgruppen A 16, B 1 und B 2 politische Beamte.

Auszug aus der Geschäftsordnung der Bundesregierung (GOBReg)

§ 15 GOBReg

(1) Der Bundesregierung sind zur Beratung und Beschlussfassung zu unterbreiten alle Angelegenheiten von allgemeiner innen- oder außenpolitischer, wirtschaftlicher, sozialer, finanzieller oder kultureller Bedeutung, insbesondere

a) alle Gesetzentwürfe, [...]

(2) Ihr sind außerdem zu unterbreiten:

a) Vorschläge zur Ernennung von Beamten, die jederzeit in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden können, von sonstigen Beamten, die nach der Besoldungsordnung feste Gehälter beziehen, sowie von Ministerialräten und Ministerialbeamten gleichen Ranges, [...]

§ 24 GOBReg

[...]

(2) Die Bundesregierung faßt ihre Beschlüsse mit Stimmenmehrheit. Bei Stimmgleichheit entscheidet die Stimme des Vorsitzenden.

Auszug aus dem Beamtenstatusgesetz (BeamStG)

§ 30 Einstweiliger Ruhestand

(1) Beamtinnen auf Lebenszeit und Beamte auf Lebenszeit können jederzeit in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden, wenn sie ein Amt bekleiden, bei dessen Ausübung sie in fortdauernder Übereinstimmung mit den grundsätzlichen politischen Ansichten und Zielen der Regierung stehen müssen. [...]

Lösungsvorschlag

Aufgabe 1

Das Organstreitverfahren ist ein kontradiktorisches Verfahren, daher müssen sowohl der Antragsteller als auch der Antragsgegner beteiligtenfähig sein.

I. Antragsteller

Gem. § 63 BVerfGG sind der Bundespräsident, der Bundestag, der Bundesrat, die Bundesregierung und die im Grundgesetz oder den Geschäftsordnungen des Bundestages und des Bundesrates mit eigenen Rechten ausgestatteten Teile dieser Organe beteiligtenfähig. M ist Ministerin. Minister sind nicht Teil der Aufzählung der nach § 63 BVerfGG beteiligtenfähigen

obersten Bundesorgane. Allerdings könnten Minister Teile des Organes Bundesregierung sein.

Organteile sind ständig vorhandene Gliederungen.¹ Die ständig vorhandene Gliederung nach § 63 BVerfGG setzt jedenfalls eine personenunabhängige Institutionalisierung voraus. Die Bundesregierung „besteht“ gem. Art. 62 GG ausdrücklich aus dem Bundeskanzler sowie den Bundesministern. Die Bundesminister sind mithin institutionalisierte und von Einzelpersonen unabhängige Teile der Bundesregierung.² Ihnen kommen zudem Rechte aus Art. 65 S. 2 GG zu, wonach die Minister ihr Ressort selbstständig leiten. Somit sind Minister mit eigenen Rechten ausgestattete Organteile des obersten Bundesorgans Bundesregierung.

Demnach wäre M als Ministerin nach § 63 BVerfGG beteiligtenfähig.

II. Antragsgegner

M müsste auch einen beteiligtenfähigen Antragsgegner benannt haben.

M könnte sich hier gegen die Bundesregierung als Kollegialorgan wenden. Diese ist in § 63 BVerfGG auch ausdrücklich genannt und somit ein tauglicher Antragsgegner.

Alternative Prüfung: Hier lässt sich auch der Bundespräsident als Antragsgegner identifizieren oder sogar die Regierung und der Bundespräsident gemeinsam, weil die GOBReg durch den Bundespräsidenten genehmigt werden muss, Art. 65 S. 4 GG. Insbesondere könnte man annehmen, dass dem Bundespräsidenten ein eigenständiges Prüfungsrecht über die GOBReg zukommt. Anhaltspunkt für die Prüfung ist im Wortlaut des Art. 65 S. 4 GG die „Genehmigung“ durch den Bundespräsidenten, die eine Wirksamkeitsvoraussetzung der GOBReg ist.³ Die Studierenden könnten insoweit eine Parallele zur Ausfertigung im Gesetzgebungsverfahren als Voraussetzung der Geltung der Norm ziehen,⁴ an der das Prüfungsrecht des Bundespräsidenten anknüpft.⁵ Nicht verlangt werden kann eine Herleitung des Prüfungsrechts im Rahmen der Genehmigung aus dem Rechtsstaatsprinzip, das die Rechtskontrolle als „Ausfluß der Gewaltenhemmung“⁶, also zur objektiven Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit, konstruiert. Die Erörterung der Frage, ob das Prüfungsrecht ggf. aus historischen oder teleologischen Gründen beschränkt werden müsste,⁷ kann nicht erwartet werden. Allerdings soll-

¹ BVerfGE 2, 143 (160); 113, 113 (120).

² *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 65 Rn. 10, 12.

³ *Schröder*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 65 Rn. 40.

⁴ *Bauer*, in: Dreier (Fn. 2), Art. 82 Rn. 8.

⁵ *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 3), Art. 82 Rn. 22.

⁶ *Böckenförde*, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 2. Aufl. 1998, S. 126.

⁷ Das Prüfungsrecht wird auf eine Rechtskontrolle beschränkt, weil die Regelung des Art. 65 S. 4 GG verfassungsrechtlich

ten die Studierenden anknüpfend an das als bekannt voraussetzende Wissen zum Prüfungsrecht im Gesetzgebungsverfahren herausarbeiten, dass es sich nicht um eine politische Prüfung, sondern um eine rechtliche Prüfung handelt.⁸ Prüfungsmaßstab ist dabei Recht, welches in der Normenhierarchie über der GOBReg steht.⁹ Geht man davon aus, dass der Bundespräsident ein (beschränktes) Prüfungsrecht hat, ist zu klären, ob mit der Genehmigung eine eigenständige Rechtsverletzung der Ministerin einhergeht.

Aufgabe 2

§ 15 Abs. 2 lit. a GOBReg könnte M als Ministerin der Bundesregierung in ihrer Ressortkompetenz aus Art. 65 S. 2 GG verletzen. Dies wäre der Fall, wenn eine nicht gerechtfertigte Beeinträchtigung des Gewährleistungsbereichs von Art. 65 S. 2 GG vorläge.

I. Beeinträchtigung des Gewährleistungsgehalts¹⁰

Zunächst müsste der Gewährleistungsbereich der Ressortkompetenz aus Art. 65 S. 2 GG eröffnet sein. Gem. Art. 65 S. 2 GG leitet jeder Bundesminister seinen Geschäftsbereich innerhalb der Richtlinien des Bundeskanzlers selbstständig und unter eigener Verantwortung. Dabei bedeutet „selbständige Leitung des Geschäftsbereichs“, dass die Minister eine eigene Weisungsgewalt hinsichtlich der von ihrem Ressort zu verfolgenden Politik besitzen.¹¹ Die Ressortkompetenz bezieht sich dabei sowohl auf Sach- als auch auf Personalentscheidungen.¹²

Im vorliegenden Fall wird durch § 15 Abs. 2 lit. a GOBReg bestimmt, dass die Minister der Bundesregierung zur Beratung und Beschlussfassung Vorschläge zur Ernennung von Beamten, die jederzeit in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden können, von sonstigen Beamten, die nach der Besoldungsordnung feste Gehälter beziehen sowie von Ministerialräten und Ministerialbeamten gleichen Ranges, zu unterbreiten haben. Dies bezieht sich auf Stellen ab der Be-

soldungsgruppe A 16. § 15 Abs. 2 lit. a GOBReg macht also keine Sachentscheidungen, sondern bestimmte Personalentscheidungen von einer Beschlussfassung des Kabinetts abhängig.

Dadurch, dass M nach § 15 Abs. 2 lit. a GOBReg auf eine Beschlussfassung und damit auf eine Zustimmung des Kabinetts bei der Ernennung bestimmter Beamter angewiesen ist, kann sie nicht ohne weiteres die von ihr favorisierten Personen einstellen. Dies betrifft praktisch sämtliche Leitungspositionen innerhalb des Ministeriums. Darüber hinaus fällt die Bundesregierung ihre Beschlüsse mit der Mehrheit ihrer Stimmen (§ 24 Abs. 2 S. 1 GOBReg), sodass sich das Kollegium auch gegen M als eigentlich ressortzuständiger Ministerin durchsetzen kann. Folglich wird M durch § 15 Abs. 2 lit. a GOBReg in ihrer Personalhoheit und damit in ihrer Ressortkompetenz aus Art. 65 S. 2 GG beeinträchtigt.

II. Rechtfertigung

Die Ressortkompetenz steht M allerdings nicht unbeschränkt zu. Die durch § 15 Abs. 2 lit. a GOBReg bewirkte Beeinträchtigung des Rechts aus Art. 65 S. 2 GG könnte daher gerechtfertigt werden. Es kommen hier insbesondere die immanenten Beschränkungen aus Art. 65 GG in Betracht.

1. Kabinettsprinzip, Art. 65 S. 3 GG¹³

Im vorliegenden Fall wird die Personalhoheit der M bei der Besetzung bestimmter Leitungspositionen von der Zustimmung des Regierungskollegiums abhängig gemacht. Daher kommt als Rechtfertigungsgrund das Kabinettsprinzip (oder sog. Kollegialprinzip) in Betracht. Das Kabinettsprinzip hat insbesondere die Funktion, die in der Verantwortlichkeit der einzelnen Ministerien getroffenen Entscheidungen in die Gesamtheit der Regierungspolitik einzubetten, um der Spezialisierung und der damit verbundenen Blickverengung entgegenzuwirken.¹⁴ Einen ersten Anknüpfungspunkt für die inhaltliche Bestimmung des Kabinettsprinzips bietet Art. 65 S. 3 GG. Demnach entscheidet die Bundesregierung als Kollegium über Meinungsverschiedenheiten zwischen den Bundesministern. § 15 Abs. 2 lit. a GOBReg betrifft jedoch gerade die originäre Ressortkompetenz eines einzelnen Ministers und nicht Meinungsverschiedenheiten zwischen den Bundesministerien in ressortübergreifenden Fragen oder eine verfassungsrechtlich ausdrücklich normierte Kompetenz der Bundesregierung als Gesamtorgan.¹⁵ Art. 63 S. 3 GG statuiert jedoch keine umfassende Kollegialkompetenz in allen Angelegenheiten von ressortübergreifender oder grundsätzlicher Bedeutung.¹⁶ Daher kann Art. 65 S. 3 GG nicht zur Rechtfertigung

ein Relikt der Weimarer Reichsverfassung sei, vgl. *Hermes* (Fn. 2), Art. 65 Rn. 48; *Schröder* (Fn. 3), Art. 65 Rn. 40.

⁸ *Bauer* (Fn. 4), Art. 82 Rn. 12; *Brenner* (Fn. 5), Art. 82 Rn. 23.

⁹ Vgl. *Detterbeck*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 66 Rn. 56.

¹⁰ Diese Prüfung kann auch feiner in 1) Gewährleistungsgehalt und 2) Beeinträchtigung gegliedert werden.

¹¹ *Ipsen*, *Staatsrecht I*, 32. Aufl. 2020, § 8 Rn. 459; *Morlok/Michael*, *Staatsorganisationsrecht*, 5. Aufl. 2021, Rn. 823; *Schröder* (Fn. 3), Art. 65 Rn. 27.

¹² *Morlok/Michael* (Fn. 11), Rn. 823; *Epping*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 46. Lfg., Stand: Februar 2021, Art. 65 Rn. 7; *Herzog*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, Art. 65 Rn. 59 f. (53. Lfg., Oktober 2008); *Brinktrine*, in: *Sachs* (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 9. Aufl. 2021, Art. 65 Rn. 21; *Müller-Franken/Uhle*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke* (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 14. Aufl. 2018, Art. 65 Rn. 24.

¹³ Da in diesem Fall eine Beeinträchtigung durch das Kollegium vorliegt, wäre es in diesem Fall nicht richtig, auf die Richtlinienkompetenz aus Art. 65 S. 1 GG abzustellen.

¹⁴ *Morlok/Michael* (Fn. 11), Rn. 824; *Schröder* (Fn. 3), Art. 65 Rn. 33.

¹⁵ *Epping* (Fn. 12), Art. 65 Rn. 11 f.; *Hermes* (Fn. 2), Art. 65 Rn. 36.

¹⁶ *Detterbeck* (Fn. 9), § 66 Rn. 45; *Hermes* (Fn. 2), Art. 65

der Beeinträchtigung der Ressortkompetenz durch § 15 Abs. 2 lit. a GOBReg herangezogen werden.

2. Geschäftsordnungsautonomie, Art. 65 S. 4 GG

In diesem Fall wird die Personalhoheit der M durch § 15 Abs. 2 lit. a GOBReg, also eine Geschäftsordnungsnorm beeinträchtigt, sodass, wie K auch vorträgt, die Geschäftsordnungsautonomie der Regierung aus Art. 65 S. 4 GG als Rechtfertigungsgrund in Betracht kommt. Grundsätzlich kommt der Bundesregierung, so wie jedem Verfassungsorgan, Geschäftsordnungsautonomie hinsichtlich der Regelung ihres internen Verfahrens zu.¹⁷ Gem. Art. 65 S. 4 GG bedarf die Geschäftsordnung lediglich der Genehmigung des Bundespräsidenten, welche hier laut Sachverhalt auch erteilt worden ist. Jedoch ist fraglich, ob die von K geäußerte Auffassung zutreffend ist, dass die Bundesregierung durch die Geschäftsordnung eigenständige Kollegialzuständigkeiten schaffen kann, die über Art. 65 S. 3 GG hinausgehen.

Das Kabinettsprinzip erschöpft sich freilich nicht in der Befugnis des Art. 65 S. 3 GG, sondern ergibt sich vielmehr aus einer Summe und Zusammenschau von grundgesetzlichen Bestimmungen.¹⁸ Das Grundgesetz hat die Bundesregierung als Kollegium mit eigener Verfassungsorganqualität und daher an vielen Stellen, wie z.B. den Bereichen Normsetzung, Aufsicht, auswärtige Gewalt, Notstandsrecht sowie Informationsbefugnissen mit eigenen Rechten und Pflichten ausgestattet, siehe etwa Art. 37, 43 Abs. 2, 53 S. 1 und 2, 76 Abs. 1, 80 ff. GG.¹⁹ Ein *numerus clausus* für Kollegialkompetenzen der Bundesregierung kann dem Grundgesetz allerdings nicht entnommen werden.²⁰

Die wesentliche Funktion der Geschäftsordnung ist die Herstellung der Handlungs- und Funktionsfähigkeit der Bundesregierung. Diese hängt substantiell von einem einheitlichen und aufeinander abgestimmten Verhalten der einzelnen

Mitglieder der Bundesregierung, insbesondere der Minister, ab.²¹ Im Zuge ihrer Geschäftsordnungsautonomie bleibt es der Bundesregierung daher grundsätzlich unbenommen, im Rahmen der Verfassung zusätzliche Kollegialzuständigkeiten zu schaffen.²²

Hinweis: An dieser Stelle kann man ebenso dazu kommen, dass die Bundesregierung sich keine zusätzlichen Kollegialkompetenzen durch die Geschäftsordnung verschaffen kann. Dies kann damit begründet werden, dass die Kompetenzen der Bundesregierung als Kollegium im Grundgesetz abschließend geregelt sind, sodass § 15 Abs. 2 lit. a GOBReg allenfalls als ein politisches Koordinationsinstrument ohne rechtliche Wirkung interpretiert werden müsste, da die Geschäftsordnungsnorm aufgrund des Vorranges der Verfassung keine befugniskonstitutive Wirkung entfalten kann.

Die Frage, ob die Bundesregierung zusätzliche Kollegialkompetenzen durch Geschäftsordnungsregelungen schaffen kann, ist ein besonders anspruchsvoller Teil der Lösung. Da das Problem im Sachverhalt aber ausdrücklich angesprochen ist, darf es aber nicht völlig übergangen werden.

Die Geschäftsordnungsautonomie der Bundesregierung ist allerdings nicht unbegrenzt, sondern muss mit konkurrierenden Organrechten in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden. Im vorliegenden Fall steht die Geschäftsordnungsautonomie der Bundesregierung aus Art. 65 S. 4 GG der Ressortkompetenz der M aus Art. 65 S. 2 GG gegenüber. Ob die Regelung des § 15 Abs. 2 lit. a GOBReg einen angemessenen Ausgleich zwischen beiden Rechtspositionen vornimmt, ist fraglich.

Wie K richtigerweise vorträgt, sind nicht alle Beamtenernennungen im Geschäftsbereich eines Ministeriums von § 15 Abs. 2 lit. a GOBReg erfasst, sondern nur Ernennungen ab der Besoldungsgruppe A 16 aufwärts. Folglich ist M nicht umfassend in ihrer Personalhoheit beeinträchtigt. Auf der anderen Seite ist gerade die Besetzung höherer ministerieller Positionen prägend für die Gestaltung der Ressortpolitik. Gleichzeitig leuchtet es jedoch ein, dass gerade hinsichtlich dieser Positionen erhöhter Abstimmungsbedarf innerhalb der Regierung besteht, da diese Beamten ressortübergreifende Koordinations- und Leitungsaufgaben bewältigen müssen. Gerade die von § 15 Abs. 2 lit. a GOBReg erfassten politischen Beamten müssen gem. § 30 Abs. 1 BeamtStG in fortwährender Übereinstimmung mit den grundsätzlichen politischen Ansichten und Zielen der Regierung und nicht einzelner Ministerien stehen. Hinzukommt, dass durch die kabinettsinterne Abstimmung eine homogene Personalpolitik, insbesondere im Hinblick auf die Qualifikation der Beamten ge-

Rn. 36; *Brinktrine* (Fn. 12), Art. 65 Rn. 26; *Schröder* (Fn. 3), Art. 65 Rn. 35; *Müller-Franken/Uhle* (Fn. 12), Art. 65 Rn. 36; a.A. noch *Achterberg*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 2, 2. Aufl. 1987, § 52 Rn. 59.

¹⁷ BVerwGE 89, 121 (124); *Herzog* (Fn. 12), Art. 65 Rn. 107; *Schenke*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 214. Lfg., Stand: Dezember 2021, Art. 65 Rn. 222; *Kretschmer*, in: *Schneider/Zeh* (Hrsg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, 1989, § 9 Rn. 35; kritisch im Hinblick auf die Genehmigung des Bundespräsidenten *Schröder* (Fn. 3), Art. 65 Rn. 39; *Müller-Franken/Uhle* (Fn. 12), Art. 65 Rn. 2.

¹⁸ *Herzog* (Fn. 12), Art. 65 Rn. 70; *Busse*, GOBReg, 3. Aufl. 2018, § 15 Rn. 1; *Detterbeck* (Fn. 9), § 66 Rn. 44; *Schröder* (Fn. 3), Art. 65 Rn. 34.

¹⁹ *Herzog* (Fn. 12), Art. 62 Rn. 14 f.; *Hermes* (Fn. 2), Art. 65 Rn. 33; *Busse* (Fn. 18), § 15 Rn. 1; *Detterbeck* (Fn. 9), § 66 Rn. 8; *Beinhofer*, *Das Kollegialprinzip im Bereich der Regierung*, 1981, S. 45 ff.

²⁰ *Schröder* (Fn. 3), Art. 65 Rn. 36; *Herzog* (Fn. 12), Art. 62 Rn. 17; *Busse* (Fn. 18), § 15 Rn. 3; *Schröder*, in: *Isensee/Kirchhof* (Fn. 9), § 64 Rn. 26.

²¹ *Busse* (Fn. 18), § 15 Rn. 4; *Busse*, in: *Friauf/Höfling* (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 4. Lfg., Stand: Mai 2021, Art. 65 Rn. 11.

²² *Herzog* (Fn. 12), Art. 65 Rn. 72; *Busse* (Fn. 21), Art. 65 Rn. 11; *Schenke* (Fn. 17), Art. 65 Rn. 192.

führt werden kann.²³ Eine homogene Personalpolitik befördert angesichts der eben genannten ressortübergreifenden Koordinationsaufgaben eine aufeinander abgestimmte Regierungsarbeit und damit die Funktionsfähigkeit der Bundesregierung.²⁴

Allerdings geht die Regelung des § 15 Abs. 2 lit. a GOBReg über die die Regelung zu den politischen Beamten i.S.d. § 30 Abs. 1 BeamtStG hinaus, weil auch Beamte der Besoldungsgruppen A 16 und B 1 und B 2 erfasst sind.

Damit wird in einen Bereich der Personalhoheit der Ministerien eingegriffen, der für die politische Koordination zwischen den Ministerien keine vergleichbar wichtige Rolle spielt wie der Bereich höherer Besoldungsstufen. Damit liegt in § 15 Abs. 2 lit. a GOBReg, soweit er die Besoldungsgruppen unterhalb von B 3 erfasst, ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in die Ressortkompetenz der Minister aus Art. 65 S. 2 GG, deren Teil die Personalhoheit ist.²⁵

Hinweis: Wer den Hinweis zu § 30 BeamtStG nicht angemessen verarbeiten kann, wird hier zu dem Ergebnis kommen, dass die Regelung des § 15 Abs. 2 lit. a GOBReg verfassungskonform ist, wie es die „herrschende Meinung“ wohl auch sieht.²⁶ Böckenförde²⁷ hält die Regelung wohl gegen die h.M. generell für verfassungswidrig, weil die von ihr erfassten Fälle weder mehrere Geschäftsbereiche berührten noch anderweitige Kompetenzstreitigkeiten entstehen könnten, die einer Koordinierung durch das Kabinett bedürften.

Aufgabe 3

Bewertungskriterien: Bewertungsrelevant ist vor allem, wie gut es in den Bearbeitungen gelingt, die Zusammenhänge wirklich deutlich werden zu lassen – gefragt ist hier also nach Strukturverständnis, nicht aber nach der Reproduktion auswendig gelernten Wissens.

²³ Busse (Fn. 18), § 15 Rn. 13.

²⁴ Busse (Fn. 21), Art. 65 Rn. 12; ähnlich *Beinhof* (Fn. 19), S. 85.

²⁵ So auch Böckenförde (Fn. 6), S. 209 f.; Kröger, Die Ministerialverantwortlichkeit in der Bundesrepublik Deutschland, 1972, S. 58 f.; Koch (Fn. 23), S. 253; wohl auch Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 65 Rn. 9; kritisch auch *Hermes* (Fn. 2), Art. 65 Rn. 36; a.A. Busse (Fn. 18), § 15 Rn. 4; Busse (Fn. 21), Art. 65 Rn. 11 f.; Schenke (Fn. 17), Art. 65 Rn. 178; *Beinhof* (Fn. 19), S. 85 f.; wohl auch *Degenhart*, Staatsrecht I, 33. Aufl. 2017, § 9 Rn. 759.

²⁶ Schröder (Fn. 3), Art. 65 Rn. 36; *Hermes* (Fn. 2), Art. 65 Rn. 36; *Detterbeck* (Fn. 9), § 66 Rn. 51; *Epping* (Fn. 12), Art. 65 Rn. 12; *Müller-Franken/Uhle* (Fn. 12), Art. 65 Rn. 39; siehe auch *Brinktrine* (Fn. 12), Art. 65 Rn. 31.

²⁷ Böckenförde (Fn. 6), S. 209 f.; siehe auch Kröger (Fn. 26), S. 58 f.; Koch (Fn. 23), S. 253; wohl auch Jarass (Fn. 26), Art. 65 Rn. 9.

I. Art. 38 Abs. 1 GG

Das Element der Gleichheit²⁸ der Staatsbürger setzt sich in den Anforderungen an das Wahlverfahren fort. In Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG wird das Wahlrecht als gleiches konzipiert. Die Anforderungen sind dabei in zweifacher Hinsicht zu verstehen, nämlich als Zählwertgleichheit und als Erfolgswertgleichheit.²⁹ Erstere bezieht sich auf das gleiche „Zählgewicht“, das jeder einzelnen Stimme zukommt und durch das Vorabgewichtungen einzelner Stimmen ausgeschlossen werden, wie es etwa in sog. Zensuswahlssystemen der Fall ist, die Stimmen beispielsweise nach dem Einkommen, der Steuerkraft oder dem Grundbesitz eines des Bürgers gewichten. Die Erfolgswertgleichheit fordert dagegen, dass auch das Ergebnis der Wahl von allen Stimmen gleich stark beeinflusst wird.³⁰ Dies kann jedoch nur spezifisch für das System der Verhältniswahl gelten. Die Gleichheitsanforderungen aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG variieren also je nach Wahlsystem,³¹ das gem. Art. 38 Abs. 3 GG vom Gesetzgeber festgelegt wird.

Wenn das Wahlrecht in gleicher Weise für alle Wähler gelten soll, muss dies auch für die Wahlbewerber gelten. Auch sie müssen einen untereinander gleichen Status haben, sodass niemand von ihnen durch eine staatliche Förderung bevorteilt oder durch Repressionen benachteiligt wird. Sie müssen also grundsätzlich die gleichen Chancen haben, ein Mandat zu erringen.³²

Die Gleichheitsanforderungen setzen sich nach der Wahl im Status der Abgeordneten fort, Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG. Ihr Status ist durch die Schlagwörter Freiheit, Gleichheit und Öffentlichkeit geprägt.³³ Die Gleichheit bezieht sich dabei sowohl auf ihr Verhältnis zueinander als auch auf das Verhältnis zum Bundestag, seinen Organen und Untergliederungen. Alle Abgeordneten haben zunächst die gleichen Rechte und Pflichten, können sich also wie ihre Kollegen auch äußern und an der Parlamentsarbeit beteiligen.³⁴ Der Bundestag und seine Organe und Untergliederungen müssen bei ihren Entscheidungen diese gleichen Rechte grundsätzlich wahren, etwa, wenn Redezeiten zugeteilt werden oder über die Zusammensetzung von Ausschüssen entschieden wird. Somit setzt sich das Prinzip der Gleichheit auch im Status der Abgeordneten fort.

Ausführungen zum Abgeordnetenstatus: Ausführungen zum Abgeordnetenstatus sind nicht zwingend notwendig, weil damit bereits die staatliche Sphäre betreten ist, in der die Gleichheit der Bürger aus Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG nur noch mittelbar wirkt.

²⁸ Die Allgemeinheit der Wahl kann hier auch gut vertretbar als Unterfall der Gleichheit mit angesprochen werden.

²⁹ Müller, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 3), Art. 20 Rn. 145.

³⁰ Guckelberger, JA 2012, 641 (641); Morlok/Kühr, JuS 2012, 385 (387).

³¹ Voßkuhle/Kaufhold, JuS 2013, 1078 (1079).

³² Müller (Fn. 30), Art. 20 Rn. 144; ebenso Morlok, in: Dreier (Fn. 2), Art. 38 Rn. 99.

³³ Morlok (Fn. 33), Art. 38 Rn. 139; Häberle, NJW 1976, 537.

³⁴ Siehe etwa Rau, JuS 2001, 755 (758).

II. Art. 21 Abs. 1 GG

Eng verbunden mit der Wahl zum Bundestag ist die in Art. 21 Abs. 1 GG verankerte Gleichheit der Parteien.

Andere Verortung der (Chancen-)Gleichheit der Parteien: Die Verankerung dieses Grundsatzes wird in der Literatur unterschiedlich gesehen. Vertreten wird dazu ein breites Meinungsspektrum, sodass Art. 21 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1, Art. 21 GG i.V.m. dem Demokratieprinzip, Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG (Wahlfreiheit), Art. 21 Abs. 1 S. 2, Art. 21 Abs. 1 GG allein, genannt werden.³⁵ Das BVerfG sieht das Recht der Chancengleichheit überhaupt nicht im Grundgesetz normiert.³⁶ Hier sind alle plausiblen Auffassungen gut vertretbar.

Gem. Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG wirken die Parteien bei der politischen Willensbildung des Volkes mit. Die politische Willensbildung vollzieht sich vom Volk zu den Staatsorganen und nicht etwa umgekehrt.³⁷ Würde der Staat aber die politische Meinung einer Partei per se bevorzugen und diese Meinung auch verbreiten, könnte die Willensbildung langfristig im Sinne der staatlichen Meinung beeinflusst werden, was zu einer Umkehrung der Willensbildungsrichtung vom Staat zum Volk führen würde. Aus diesem Grund muss im Prozess der staatlichen Meinungsbildung allen Parteien die gleiche Chance zukommen, am politischen Wettbewerb teilzunehmen und sich (argumentativ) durchzusetzen.³⁸ Dadurch kann ferner verhindert werden, dass Wahlgewinner versuchen, ihren Sieg durch Änderungen der gesetzlichen Lage zu perpetuieren.³⁹

Daneben garantiert Art. 21 Abs. 1 S. 2 GG die freie Gründung der Parteien. Daraus lässt sich folgern, dass das Grundgesetz ein Mehrparteiensystem vorsieht, deren Parteien im Wettbewerb miteinander stehen, in dem sie von staatlicher Seite aus gleich zu behandeln sind.⁴⁰

Schließlich ist die Binnenstruktur der Mitglieder demokratisch angelegt, Art. 21 Abs. 1 S. 3 GG. Es muss also auch innerhalb der Partei die Möglichkeit bestehen, dass die Minderheitsmeinung zur Mehrheitsmeinung wird. Dazu ist ein Diskurs unter Gleichberechtigten erforderlich, bei dem prinzipiell jeder die Möglichkeit haben muss, sich am Diskurs und der Abstimmung in gleicher Weise zu beteiligen.⁴¹

III. Art. 28 Abs. 1 S. 1, S. 2, 79 Abs. 3, 23 Abs. 1 S. 3 GG

Schließlich findet sich der Status der Gleichheit in den durch Art. 28 Abs. 1 S. 1, S. 2, 79 Abs. 3, 23 Abs. 1 S. 3 GG ge-

schützten Grundsätzen der Staatsstrukturprinzipien. Art. 28 Abs. 1 S. 1, 79 Abs. 3, 23 Abs. 1 S. 3 GG verweisen dabei auf die Grundzüge des Demokratieprinzips. Diese gewährleisten unter anderem das Mehrheitsprinzip, nach dem Entscheidungen unter anderem die Mehrheit getroffen werden.⁴² Dies setzt wiederum voraus, dass sich alle Bürger in gleicher Weise beteiligen können, also dass allen das gleiche Stimmgewicht zukommt und je nach Wahlsystem alle Stimmen die gleiche Auswirkung auf das Ergebnis haben.⁴³

Schließlich nennt Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG das Prinzip der Gleichheit der Wahl explizit für die Wahlen in den Ländern, den Kreisen sowie den Gemeinden und stellt damit Anforderungen auf für die landesverfassungsrechtliche Gestaltung dieser Wahlen auf.⁴⁴

³⁵ Siehe umfassend mit Nachweisen dazu *Streinz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 3), Art. 21 Rn. 119.

³⁶ So *Streinz* (Fn. 35), Art. 21 Rn. 121 mit Verweis auf BVerfGE 6, 273 (280); 47, 198 (225); 52, 63 (88); 85, 264 (297); 111, 54 (104); 120, 82 (104).

³⁷ Vgl. etwa *Morlok* (Fn. 33), Art. 21 Rn. 127.

³⁸ *Morlok/Jürgensen*, JZ 2018, 695 (699).

³⁹ *Streinz* (Fn. 35), Art. 21 Rn. 123.

⁴⁰ *Morlok*, NVwZ 2005, 157 (157 f.).

⁴¹ *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2019, 763 (764).

⁴² *Hain*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 3), Art. 79 Rn. 86. Der Verweis allein auf eine Kommentierung des Art. 79 GG für alle genannten Normen ergibt sich aus dem „Korrespondenzverhältnis“ in dem Art. 28 Abs. 1 und Art. 79 GG stehen, so *Dreier*, in: *Dreier* (Fn. 2), Art. 28 Rn. 174; zum Verhältnis zu Art. 23 GG siehe *Wollenschläger*, in: *Dreier* (Fn. 2), Art. 23 Rn. 65, 87.

⁴³ *Hain* (Fn. 43), Art. 79 Rn. 87.

⁴⁴ *Dreier* (Fn. 43), Art. 28 Rn. 61; *Schwarz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 3), Art. 28 Rn. 83, 84.

Schwerpunktbereichsklausur Kriminalwissenschaften: Von Krawallnächten, Einhörnern und Stromausfällen

Von Prof. Dr. Tillmann Bartsch, Prof. Dr. Jörg Kinzig, Tübingen*

Sachverhalt und Aufgabenstellung

A. Jugendstrafrecht

Folgender Bericht über ein Strafverfahren fand sich (mit kleinen Abwandlungen) am 11.12.2020 in der Stuttgarter Zeitung:

Zwei Jahre Jugendstrafe lautet das Urteil gegen einen 18-Jährigen (A), der sich in der Nacht zum 21.6.2020 an den Ausschreitungen in Stuttgart beteiligt hatte. A wurde wegen eines besonders schweren Falls des Landfriedensbruchs verurteilt.

A soll in einer sogenannten Krawallnacht Flaschen auf Polizisten geworfen haben. Außerdem habe er die Reifen zweier Polizeiautos aufgeschnitten, mit einem Stuhl und Kerzenständern geworfen, ein Schaufenster zertrümmert und zwei Wasserpfeifen entwendet. Der angeklagte A gestand seine Taten vollständig.

In jener Nacht sei er nach Stuttgart gefahren, um dort mit einem Freund zu feiern. Während die beiden an einem See Hochprozentiges tranken, habe A beobachtet, wie Polizeibeamte einen Jugendlichen kontrollierten und die Situation eskalierte. Er habe bald auch die erste Bierflasche auf die Beamten geworfen. Zu seinen Beweggründen sagte A: „Ich kann mir das selbst nicht erklären.“ Im weiteren Verlauf der Verhandlung benannte er aber Gruppendynamik und Alkoholeinfluss als mögliche Gründe für seine Tat. In seinem Schlusswort beteuerte er, dass er die Monate in Untersuchungshaft zum Nachdenken genutzt habe und für seine Fehler gerade stehen wolle: „Ich möchte Sie bitten, mir eine letzte Chance zu geben, ich möchte ein neues Leben beginnen“, sagte A.

Die Staatsanwaltschaft forderte eine Jugendstrafe von zwei Jahren und neun Monaten. Dabei sprach sie sich für die Einbeziehung eines rechtskräftigen Urteils aus, das gegen A wegen einer als Jugendlicher begangenen Tat verhängt war. Für diese Tat hatte A eine bis jetzt noch nicht erledigte Jugendstrafe erhalten, die zur Bewährung ausgesetzt worden war.

Das Gericht blieb unter der Forderung der Staatsanwaltschaft. Es verurteilte A unter Einbeziehung des früheren Urteils zu zwei Jahren Jugendstrafe. Diese wurde nicht zur Bewährung ausgesetzt, da das Gericht ernsthaft die Reue des angeklagten A bezweifle, sagte die Richterin [...] bei der Urteilsverkündung. Der Anwalt des A war sich direkt nach dem Prozess noch nicht sicher, ob er und sein Mandant gegen das Urteil Rechtsmittel einlegen werden.

* Der Autor *Bartsch* ist außerplanmäßiger Professor für Kriminologie und Strafrecht an der Universität Tübingen und stellvertretender Direktor des Kriminologischen Forschungsinstituts Niedersachsen e.V. Der Autor *Kinzig* ist Inhaber des Lehrstuhls für Kriminologie, Straf- und Sanktionenrecht an der Universität Tübingen sowie Direktor des Instituts für Kriminologie in Tübingen. Für wertvolle Unterstützung bei der Einarbeitung von Literatur danken die *Verf.* Frau Ref. iur. *Anneke Lepenies*.

Aufgabe 1.1

Wie kann es sein, dass die Stuttgarter Zeitung über den Prozess berichtet? Sind Verfahren nach dem JGG öffentlich? Begründen Sie Ihre Auffassung!

Aufgabe 1.2

Wären gegen A durch das Gericht auch Maßnahmen der Diversion in Betracht gekommen? Nehmen Sie dazu unter Hinweis auf die einschlägigen Normen Stellung!

Aufgabe 1.3

Nach welcher Vorschrift ist die Einbeziehung der früheren Jugendstrafe erfolgt? Begründen Sie kurz!

Aufgabe 1.4

Muss das Gericht die von A in Untersuchungshaft verbrachte Zeit auf die verhängte Jugendstrafe anrechnen?

Aufgabe 1.5

Welche Rechtsmittel stehen dem A gegen das Urteil des Jugendschöffengerichts zur Verfügung? Wer würde darüber entscheiden? Zu welchem Rechtsmittel würden Sie A unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Jugendstrafrechts raten, wenn er nach dem Urteil den Namen eines Zeugen erfahren hat, der ihn entlasten könnte?

B. Strafrechtliche Sanktionen

A wohnt in Hechingen. Er wurde am 10.10.2019 durch das Landgericht Tübingen wegen sexuellen Übergriffs (§ 177 Abs. 2 StGB) in Tateinheit mit Fahren ohne Fahrerlaubnis zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und einem Monat verurteilt. Die Strafe ist mittlerweile rechtskräftig. Die Vollstreckung dieser Freiheitsstrafe wurde für vier Jahre zur Bewährung ausgesetzt. A wurde für die gesamte Bewährungszeit der Bewährungshilfe unterstellt.

Nunmehr wird A erneut ein sexueller Übergriff nach § 177 Abs. 2 StGB vorgeworfen. Diese Tat soll er am 1.10.2020 zum Nachteil der Z begangen haben. Hierzu wurde er von der Polizei am 3.10.2020 unter Einhaltung aller verfahrensrechtlichen Anforderungen verhört. In dieser Vernehmung gestand A die Tat vom 1.10.2020. Dabei machte A ins Einzelne gehende Angaben zum Tathergang, die sich mit den Schilderungen der Z vollständig decken. Am 4.3.2021 erhob die zuständige Staatsanwaltschaft wegen der Tat vom 1.10.2020 Anklage.

Mit Beschluss vom 5.3.2021 widerrief das Landgericht Tübingen – das im früheren Verfahren erstinstanzlich zuständige Gericht – auf Antrag der Staatsanwaltschaft die gewährte Strafaussetzung zur Bewährung, weil A im Laufe der Bewährungszeit eine neue Straftat begangen habe. Dabei wurden A und die Staatsanwaltschaft schriftlich angehört; sein Bewährungshelfer wurde unterrichtet.

Aufgabe 2.1

Erläutern Sie abstrakt und knapp, wie eine Gesamtstrafe gebildet wird!

Aufgabe 2.2

Bezüglich der Bewährungshilfe wird häufig davon gesprochen, dass diese einem „Rollenkonflikt“ unterliege. Beschreiben Sie kurz, was damit gemeint ist.

Aufgabe 2.3

A möchte sich den Widerruf der Bewährung durch das Landgericht Tübingen „nicht gefallen lassen“. Am 6.3.2021 beauftragt er daher Strafverteidigerin S mit der Wahrnehmung seiner Interessen. A ist der Auffassung, dass ein Widerruf der Bewährungsaussetzung wegen einer erneuten Straftat allenfalls dann erfolgen dürfe, wenn deswegen eine Verurteilung ergangen ist. Sie sind Strafverteidigerin S im Rahmen Ihres Rechtsreferendariats zugeordnet. S bittet Sie darum, Folgendes zu prüfen:

Aufgabe 2.3.1

Welches Rechtsmittel ist gegen den Beschluss des Landgerichts Tübingen vom 5.3.2021 statthaft? Ist insoweit eine Frist zu beachten?

Aufgabe 2.3.2

Prüfen Sie in Form eines umfassenden Rechtsgutachtens, das zu allen aufgeworfenen Rechtsfragen Stellung nimmt, ob der Beschluss des Landgerichts Tübingen vom 5.3.2021 rechtmäßig ist. Unterstellen Sie dabei, dass ein Absehen vom Widerruf im Fall des A nicht ausreicht.

C. Strafvollzug

Der Strafgefangene S verbüßt derzeit eine Freiheitsstrafe in der Justizvollzugsanstalt (JVA) Rottenburg.

Am 1.2.2021 verfasste S einen Brief an seinen Mitgefangenen G und gab ihn zur Hauspost. Dieser Brief enthielt unter anderem folgende Passagen:

„[...] Dem Hussels-~~Einhorn~~ Eichhorn (muß ja korrekt sein, ha ha ha) habe ich über's WE nen persönlichen Brief geschrieben [...].

[...] Stichwort ‚Buch‘. Ich habe mal zum Spaß noch eines bestellt – und jetzt halt Dich fest, sogar bekommen, ganz ordnungsgemäß über die Kammer mit Marke. Schade, dass Du nur noch wenige Tage hast, da hätte man sonst noch gut was bringen können als Argument(e) zu dem Thema. Aber Dir bringt das Buch ja eh nichts, die Anstalt sagt doch ganz offen, dass es zur Resozialisierung nicht dient [...] und ich les es ja nur zum Spaß ha ha [...].

Ach ja in Sachen Videotext gibt's was neues, und ich weis nur noch nicht recht wo daran der Haken ist [...] Ach ja, das mit den Ziffern (Du weisst was ich meine) hat geklappt. Eigentlich könnte die weitere Beschwerde wegen dem VT abgeblasen werden, aber jetzt habe ich Spaß

daran gefunden es auch durchzuziehen bis alle Lampen leuchten [...].“

Der Brief wurde am 8.2.2021 durch die Anstaltsleitung angehalten und S einen Tag später zurückgegeben. Der zuständige Beamte handigte S am selben Tag die entsprechende Anhalteverfügung zum eigenständigen Lesen aus. Eine Kopie der Verfügung erhielt S nicht.

Die Anhalteverfügung wurde vom Anstaltsleiter A wie folgt begründet:

Der Vorsitzende der örtlichen Strafvollstreckungskammer namens Eichhorn sei in dem angehaltenen Brief unzulässiger Weise als „Einhorn“ bezeichnet worden. Schon diese unerhörte Verballhornung des Namens rechtfertige das Anhalten des Schreibens.

Zudem habe S dem G in dem Brief berichtet, dass er „zum Spaß“ noch ein Buch bestellt und über die Kammer mit Paketmarken erhalten habe. Der Buchtitel sei dabei nicht genannt worden. Durch eine Haftraumkontrolle bei S habe sich jedoch der Verdacht bestätigt, dass es sich bei dem Buch um das in der hiesigen Anstalt verbotene Buch: „Wege durch den Knast“ gehandelt habe. Dieses weise vollzugsfeindliche Tendenzen auf und gefährde die Anstaltssicherheit. Die Berufung auf selbiges stelle sich gegenüber seinem Mitgefangenen G als anmierend dar und gefährde zudem dessen Wiedereingliederung. Das Verbot des Buches sei S auch bekannt.

Die Formulierung „[...] das mit den Ziffern (du weisst was ich meine) hat geklappt“ sei verklaustriert und zweideutig. Möglicherweise habe sich S auf den Empfang von Videotext bezogen, welcher in der JVA Rottenburg nicht zugelassen sei, was S ebenfalls bekannt sei. Vielleicht habe S einen Weg gefunden, mit dem er den Videotext freischalten könne, und wolle dieses Wissen weitergeben. Sicher sei das aber nicht.

Mit Schreiben vom 15.2.2021, das am 18.2.2021 bei Gericht einging, wandte sich S an das zuständige Gericht und beanstandete das Anhalten des Briefes. Zur Begründung führte S aus: Der Inhalt des Briefes habe dessen Anhaltung nicht gerechtfertigt. Es sei nicht verboten, über ein Buch zu schreiben, welches dem Briefpartner überdies ohnehin bekannt sei. Die Ausführungen zu den Ziffern bezögen sich nicht auf den Videotext. Es sei insoweit um eine andere Sache gegangen, die er aber nicht nennen könne. Die Sicherheit und Ordnung der Anstalt sei durch den Brief ebenso wenig gefährdet worden wie die Eingliederung des kurz vor der Entlassung stehenden Mithäftlings G. Bei alledem sei auch das Grundrecht der freien Meinungsäußerung im Blick zu behalten. Zudem habe er Anspruch auf die Aushändigung eines schriftlichen Bescheids.

Am 1.3.2021 schreibt S erneut an das zuständige Gericht – er war zuvor vom Gericht um Vorlage des Briefes gebeten worden – und trägt vor, dass er den Brief bereits am 26.2.2021 an den nunmehr entlassenen und in Freiheit befindlichen G versandt habe. Er beantrage dennoch, die Rechtswidrigkeit der Anhalteverfügung festzustellen. Zudem wolle er sich durch das Vorgehen der Anstalt nicht einschüchtern lassen und auch in Zukunft in ähnlicher Weise so verfahren.

Aufgabe

Sie sind während Ihres Rechtsreferendariats dem zuständigen Gericht zugeteilt, das über den Antrag des S entscheiden soll. Erstellen Sie ein Gutachten, das zu allen aufgeworfenen Rechtsfragen – erforderlichenfalls im Wege eines Hilfgutachtens – Stellung bezieht.

D. Kriminologie

Gemeinsam mit anderen Jura-Studierenden, die alle den Schwerpunktbereich „Unternehmens- und Wirtschaftsrecht“ gewählt und von Kriminologie daher keine Ahnung haben, sehen Sie sich abends eine Talkshow im ZDF an. Thema der Sendung ist die aktuelle Kriminalitätsentwicklung in Deutschland. Es diskutieren der Vertreter einer Polizeigewerkschaft V und Kriminologe P.

Im Laufe der Sendung führt der Moderator aus, dass – was zutrifft – die Zahl der polizeilich registrierten vollendeten Wohnungseinbruchdiebstähle in Deutschland während der Corona-Krise sehr deutlich abgenommen habe. V ist sogleich erregt und meint, das sage „mal gar nichts aus“. Es sei „sehr wahrscheinlich“, dass lediglich eine Verlagerung vom Hell- ins Dunkelfeld stattgefunden habe, es „tatsächlich also gar nicht weniger vollendete Wohnungseinbruchdiebstähle“ gebe. Niemand solle daher auf die Idee kommen, aufgrund eines nur vermeintlichen Kriminalitätsrückgangs bei der Polizei Stellenkürzungen vorzunehmen.

P meint hingegen, ein echter Rückgang der vollendeten Wohnungseinbrüche in Deutschland während der Pandemie sei „sehr plausibel“. Theoretisch lasse sich dies etwa mithilfe einer Kriminalitätstheorie erklären, die von *Cohen* und *Felson*, zwei US-amerikanischen Kriminologen, entwickelt worden sei.

Gerade als P zu Ausführungen über diese Theorie ansetzen will, kommt es in Ihrer Wohnung zu einem Stromausfall, so dass Sie die Talkshow nicht weiterverfolgen können.

Aufgabe 4.1

Was versteht man unter Hell- und Dunkelfeld? Erläutern Sie die Begriffe knapp!

Aufgabe 4.2

Was halten Sie von der These des V, der Rückgang bei den Fallzahlen des Wohnungseinbruchdiebstahls während der Pandemie sei „sehr wahrscheinlich“ auf eine Verlagerung vom Hell- ins Dunkelfeld zurückzuführen?

Aufgabe 4.3

Auf welche Kriminalitätstheorie nimmt P Bezug? Erläutern Sie diese Theorie und setzen Sie sich mit ihr kritisch auseinander. Lässt sich mit dieser Theorie – wie von P angenommen – ein tatsächlicher Rückgang der Wohnungseinbruchsfälle während der Pandemie erklären?

Lösungsvorschlag**A. Jugendstrafrecht****Aufgabe 1.1**

§ 48 Abs. 1 JGG bestimmt, dass bei Verfahren gegen Jugendliche die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht einschließlich der Verkündung der Entscheidungen nicht öffentlich ist.¹ Dafür, dass die Vorsitzende die Medien nach § 48 Abs. 2 S. 3 JGG aus besonderen Gründen zur Verhandlung zugelassen hat, bestehen keine Anhaltspunkte. Dies wäre auch inhaltlich nicht angebracht.²

Jedoch können die Öffentlichkeit und damit die Medien dann zum Verfahren zugelassen gewesen sein, wenn es sich bei der Tat des A um die eines Heranwachsenden gehandelt hat. Der Sachverhalt/Pressebericht ist hier offen, da er nur von einem Urteil gegen einen 18-Jährigen spricht. Wenn A bereits zum Zeitpunkt seiner Tat im Juni 2020 nach § 1 Abs. 2 JGG Heranwachsender war, ist für das Verfahrensrecht § 109 JGG einschlägig. Dort wird § 48 JGG jedoch weder in § 109 Abs. 1 noch in Abs. 2 JGG genannt, so dass Verfahren gegen Heranwachsende grundsätzlich öffentlich sind.³

Ergebnis

Es ist begründet zu vermuten, dass A schon zum Tatzeitpunkt im Juni 2020 Heranwachsender und daher das Verfahren und damit auch die Hauptverhandlung nach § 2 Abs. 2 JGG, § 169 GVG öffentlich waren.

Aufgabe 1.2

War A zum Tatzeitpunkt nach § 1 Abs. 2 JGG noch Jugendlicher, gälten die Diversionsvorschriften der §§ 45, 47 JGG direkt.

War A, wie hier anzunehmen, bereits Heranwachsender, gelten die §§ 45, 47 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1, 2 und 3, Abs. 2 und Abs. 3 JGG nach § 109 Abs. 2 JGG entsprechend, wenn der Richter Jugendstrafrecht anwendet (§ 105 JGG).⁴ Dass das Gericht hier materielles Jugendstrafrecht angewendet hat, ergibt sich aus dem Sachverhalt/Pressebericht und der Verurteilung zu einer Jugendstrafe.

Gefragt ist hier nach der Anwendung der Diversion durch das Gericht. Zu erörtern ist damit § 47 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1, 2 und 3 JGG.

Dass nach § 47 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 JGG in unserem Fall die Voraussetzungen des § 153 StPO (Vergehen, geringe Schuld des Täters, kein öffentliches Interesse an der Verfolgung) vorliegen, ist nicht plausibel. Zwar ist der besonders schwere Fall des Landfriedensbruchs nach § 125a StGB ein Vergehen. Doch kann bei den geschilderten Tathandlungen wohl nicht

¹ Siehe auch *Brunner/Dölling*, in: *Brunner/Dölling*, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 13. Aufl. 2018, § 48 Rn. 1.

² Vgl. *Kölbel*, in: *Eisenberg/Kölbel*, Jugendgerichtsgesetz, 22. Aufl. 2021, § 48 Rn. 18 f.

³ *Kölbel* (Fn. 2), § 48 Rn. 2.

⁴ Vgl. *Meier/Bannenberg/Höffler*, Jugendstrafrecht, 4. Aufl. 2019, § 7 Rn. 1.

von einer geringen Schuld ausgegangen werden, zumal A bereits mit einer Jugendstrafe vorbestraft war und noch unter Bewährung stand. Auch dürfte ein gewisses öffentliches Interesse an der Verfolgung der Taten bestehen,⁵ welche die Bevölkerung in einem erheblichen Maß verunsichert haben.

§ 47 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 JGG setzt für eine Einstellung unter anderem voraus, dass eine erzieherische Maßnahme i.S.d. § 45 Abs. 2 JGG bereits durchgeführt oder eingeleitet ist.⁶ Dafür gibt der Sachverhalt/Pressebericht nichts her. Eine solche Einstellung dürfte anhand der bedeutenden Vorstrafe des A auch fernliegen.

Für ein Vorgehen nach § 47 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 JGG müsste der Richter eine Entscheidung durch Urteil für entbehrlich halten und gegen den geständigen Jugendlichen (Heranwachsenden) eine in § 45 Abs. 3 S. 1 JGG bezeichnete Maßnahme anordnen. Zwar ist A laut Sachverhalt/Pressebericht vollständig geständig. Doch spricht angesichts seiner Vorverurteilung zu Jugendstrafe nichts dafür, nunmehr auf eine mildere Maßnahme nach § 45 Abs. 3 S. 1 JGG auszuweichen.

Anmerkung: Besonders positiv ist es, wenn in diesem Zusammenhang § 47 Abs. 2 S. 1 JGG genannt wird, der die richterliche Einstellung von der Zustimmung der Staatsanwaltschaft abhängig macht.

Ergebnis

Maßnahmen der Diversion kommen gegen A nicht ernstlich in Betracht.

Aufgabe 1.3

Hier hat das Gericht ausweislich des Sachverhalts/Presseberichts gegenüber A als Heranwachsendem nach § 105 JGG materielles Jugendstrafrecht angewendet. § 105 Abs. 1 JGG verweist auf die §§ 31, 32 JGG. Einschlägig ist hier § 31 Abs. 2 S. 1 JGG. Gegen A wurde wegen eines Teils der Straftaten bereits rechtskräftig Jugendstrafe festgesetzt, die aber laut Sachverhalt/Pressebericht noch nicht vollständig ausgeführt, verbüßt oder sonst erledigt ist.

Daher hat das Gericht unter Einbeziehung des bereits vorliegenden Urteils einheitlich auf Maßnahmen oder Jugendstrafe (hier konkret auf Jugendstrafe) zu erkennen.

Ergebnis

Die Einbeziehung der früheren Jugendstrafe erfolgt nach §§ 105 Abs. 1, 31 Abs. 2 S. 1 JGG.

Aufgabe 1.4

§ 109 Abs. 2 JGG verweist für die Anrechnung von Untersuchungshaft auf § 52a JGG. § 52a Abs. 1 S. 1 JGG sieht im vorliegenden Fall, in dem A aus Anlass einer Tat, die Gegenstand des Verfahrens ist, Untersuchungshaft erlitten hat, grund-

⁵ Siehe hierzu *Diemer*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 8. Aufl. 2019, § 153 Rn. 15.

⁶ Vgl. *Schady*, in: Ostendorf (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Jugendgerichtsgesetz*, 11. Aufl. 2021, § 47 Rn. 9, § 45 Rn. 11.

sätzlich eine Pflicht zur Anrechnung dieser Zeit vor.⁷

§ 52a Abs. 1 S. 2 JGG bestimmt für eine Anrechnung der Untersuchungshaft zwei Ausnahmen: bei einem entsprechenden Verhalten des Angeklagten nach der Tat und aus erzieherischen Gründen, die in § 52a Abs. 1 S. 3 JGG näher erläutert werden.⁸

Allein in dem Umstand, dass das Gericht die Reue des A bezweifelt, kann ein entsprechendes Verhalten nach der Tat nicht gesehen werden, zumal die Ausnahmegründe des § 52a Abs. 1 S. 2 JGG eng auszulegen sind.⁹

Ergebnis

Das Gericht hat die in Untersuchungshaft verbrachte Zeit auf die Jugendstrafe anzurechnen.

Aufgabe 1.5

Laut Aufgabenstellung erging das Urteil erster Instanz durch das Jugendschöffengericht. Dagegen vorzugehen, ist auf zwei Wegen möglich:

- Nach § 312 StPO, § 2 Abs. 2 JGG ist gegen Urteile des Schöffengerichts Berufung zulässig. Berufungsgericht ist nach § 74 Abs. 3 GVG eine Strafkammer des Landgerichts. Sie entscheidet grundsätzlich nach § 33b Abs. 1 JGG als große Jugendkammer mit drei Richtern und zwei Schöffen.
- Wahlweise kommt nach § 335 Abs. 1 StPO, § 2 Abs. 2 JGG statt einer Berufung eine Sprungrevision in Betracht. Entscheidendes Gericht ist dann nach § 335 Abs. 2 StPO, § 121 Abs. 1 Nr. 1a GVG das Oberlandesgericht mit einer Besetzung von drei Mitgliedern (§ 122 Abs. 1 GVG).

Beide Rechtsmittel unterscheiden sich dahingehend, dass bei einer Berufung tendenziell ein komplett neues Verfahren mit einer neuen Beweisaufnahme durchgeführt wird.¹⁰ Demgegenüber erfolgt bei einer Revision nur eine Überprüfung auf Rechtsfragen (vgl. § 337 StPO).

Eine (im Schrifttum nicht wenig kritisierte)¹¹ Besonderheit enthalten §§ 109 Abs. 2, 55 Abs. 2 S. 1 JGG. Sollte A eine zulässige Berufung einlegen, steht ihm danach nicht mehr die Revision zur Verfügung.

Ergebnis

Da A einen neu aufgetauchten Entlastungszeugen benennen will, sollte er gegen das Urteil Berufung zur Großen Jugendkammer des Landgerichts einlegen.

⁷ Vgl. *Schady* (Fn. 6), § 52a Rn. 1, 5.

⁸ *Kölbel* (Fn. 2), § 52a Rn. 6.

⁹ *Kölbel* (Fn. 2), § 52a Rn. 6 ff., der praktisch keine Fälle des Anrechnungsausschlusses nennt.

¹⁰ *Temming*, in: Graf (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar StPO*, 42. Ed., Stand: 1.1.2022, § 412 Rn. 10.

¹¹ Vgl. Überblick in: *Bartsch*, *ZJJ* 2016, 112 (114 f.).

B. Strafrechtliche Sanktionen**Lösungsvorschlag****Aufgabe 2.1**

Die maßgeblichen Normen finden sich in den §§ 53, 54 StGB. Dabei gibt § 53 Abs. 1 StGB zunächst vor, dass dann, wenn „jemand mehrere Straftaten begangen [hat], die gleichzeitig abgeurteilt werden, und dadurch mehrere Freiheitsstrafen oder mehrere Geldstrafen verwirkt [hat], [...] auf eine Gesamtstrafe erkannt [wird]“.

Die Bildung der Gesamtstrafe erfolgt in einem Zweischritt-System:

In einem ersten Schritt muss zunächst für jede vom Täter begangene Tat eine Einzelstrafe ausgeworfen werden.¹² In einem zweiten Schritt muss aus diesen beiden Einzelstrafen eine Gesamtstrafe gebildet werden.¹³ Die einfachste Möglichkeit für die Bildung einer solchen Gesamtstrafe bestünde in einer Addition der festgesetzten Einzelstrafen. Diese Möglichkeit hat der Gesetzgeber jedoch nicht vorgesehen.¹⁴ Er hat vielmehr Folgendes vorgegeben:

Zunächst muss die sog. Einsatzstrafe festgelegt werden. Das ist relativ einfach, handelt es sich bei der Einsatzstrafe doch bei Strafen gleicher Art um die höchste Einzelstrafe, bei Strafen verschiedener Art um die ihrer Art nach schwerste Strafe (§ 54 Abs. 1 S. 2 StGB).¹⁵ Für die hier nicht in Rede stehende lebenslange Freiheitsstrafe gilt § 54 Abs. 1 S. 1 StGB.

Im Folgenden muss diese Einsatzstrafe erhöht werden.¹⁶ Dies geschieht nach den in § 54 StGB enthaltenen Vorgaben:

Im Minimum muss eine Erhöhung um eine Strafeinheit erfolgen.¹⁷ Die Strafeinheit ist bei Geldstrafen der Tagessatz (vgl. § 40 Abs. 1 S. 1 StGB), bei Freiheitsstrafen ergibt sich die Strafeinheit aus § 39 StGB (Freiheitsstrafe unter einem Jahr: eine Woche, Freiheitsstrafe über einem Jahr: ein Monat).

Die Obergrenze, bis zu der eine Erhöhung erfolgen darf, folgt aus § 54 Abs. 2 StGB: Nach dessen S. 1 darf die Gesamtstrafe die Summe der Einzelstrafen nicht erreichen. Außerdem schreibt S. 2 vor, dass bei zeitigen Freiheitsstrafen die Grenze von 15 Jahren, bei Geldstrafen die Grenze von 720 Tagessätzen nicht überschritten werden darf.

Festgelegt wird die Höhe der Gesamtstrafe nach § 54 Abs. 1 S. 3 StGB schließlich im Wege einer zusammenfassenden Würdigung der Person des Täters und der einzelnen Straftaten.¹⁸ Im Übrigen muss oder kann das Gericht nach

§ 53 Abs. 3 StGB i.V.m. § 52 Abs. 4 StGB auf Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßnahmen (§ 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB) erkennen, wenn nur eines der in der Gesamtstrafe berücksichtigten Delikte dies zulässt.

Aufgabe 2.2

Der Bewährungshelferin oder dem Bewährungshelfer (künftig: BewH) kommt eine nicht unproblematische Doppelfunktion zu, die sich aus der Lektüre des § 56d Abs. 3 StGB erschließen lässt:

Einerseits ist die sog. Hilfefunktion zu nennen. So ist es nach § 56d Abs. 3 S. 1 StGB einerseits Aufgabe der BewH, der verurteilten Person helfend und betreuend zur Seite zu stehen, ihr also etwa bei Behördengängen oder einer etwaigen Schuldenregulierung zu helfen.¹⁹ Andererseits kommt der BewH nach § 56d Abs. 3 S. 2 StGB auch eine Überwachungsfunktion zu. Sie überwacht hiernach im Einvernehmen mit dem hierfür in erster Linie zuständigen Gericht (§ 453b StPO), ob die verurteilte Person Auflagen und Weisungen sowie Anerbieten und Zusagen erfüllt, und berichtet dem Gericht über die Lebensführung der verurteilten Person in Zeitabständen, die vom Gericht bestimmt werden (§ 56d Abs. 3 S. 2 StGB).²⁰

Diese Doppelfunktion bringt die BewH in einen Rollenkonflikt.²¹ Sie soll einerseits das Vertrauen der verurteilten Person gewinnen und ein gutes Verhältnis zu ihr aufbauen, um ihr bei der Bewältigung allfälliger Probleme helfen zu können. Andererseits weiß die verurteilte Person jedoch, dass sie sich nicht auf die Verschwiegenheit der BewH verlassen kann, weil diese gegenüber dem Gericht auskunftspflichtig ist.²²

Dieses Dilemma wird nur bedingt dadurch entschärft, dass die BewH nach § 56d Abs. 3 S. 3 StGB nur dazu verpflichtet ist, dem Gericht gröbliche oder beharrliche Verstöße gegen Auflagen, Weisungen, Anerbieten oder Zusagen mitzuteilen. Verschiedentlich wird daher eine Reform der Bewährungshilfe dahingehend gefordert,²³ dass diese sich nur um die Hilfe für die verurteilte Person kümmern soll und die Überwachung durch eine andere Einrichtung geschieht.

Aufgabe 2.3.1

Anmerkung: Der Sachverhalt ist angelehnt an die Entscheidung OLG Hamm, Beschl. v. 2.12.2020 – 1 Ws 479/20.

Statthaft ist nach §§ 453 Abs. 1, Abs. 2 S. 3, 311 StPO i.V.m. § 56f StGB die sofortige Beschwerde. Sie ist nach § 311

¹² v. Heintschel-Heinegg, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 54 Rn. 5; Sternberg-Lieben/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 53 Rn. 9.

¹³ Sternberg-Lieben/Bosch (Fn. 12), § 53 Rn. 12.

¹⁴ Kindhäuser/Hilgendorf, Lehr- und Praxiskommentar, Strafgesetzbuch, 8. Aufl. 2019, § 54 Rn. 1.

¹⁵ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 68. Aufl. 2021, § 54 Rn. 4.

¹⁶ BGH NSTZ-RR 1997, 228.

¹⁷ Heger, in: Lackner/Kühl, Kommentar, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2018, § 54 Rn. 3.

¹⁸ BGH NSTZ 2011, 32; BGH NSTZ-RR 1997, 228; Kindhäuser/Hilgendorf (Fn. 14), § 54 Rn. 1.

¹⁹ Kindhäuser/Hilgendorf (Fn. 14), § 56d Rn. 4.

²⁰ Kinzig, in: Schönke/Schröder (Fn. 12), § 56d Rn. 6.

²¹ Ostendorf, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 56d Rn. 11, 14; Schipholt, NSTZ 1993, 470 (470).

²² Ostendorf (Fn. 21), § 56d Rn. 11, 14; Schipholt, NSTZ 1993, 470 (470).

²³ Groß/Kett-Straub, in: Erb/Schäfer (Fn. 12), § 56d Rn. 5 f.

Abs. 2 Hs. 1 StPO binnen einer Woche einzulegen; die Frist beginnt nach § 311 Abs. 2 Hs. 2 StPO mit der Bekanntmachung der Entscheidung i.S.d. § 35 StPO.

Da A nur schriftlich angehört wurde und das Gesetz eine mündliche Anhörung in diesen Fällen nicht vorsieht (siehe unten), ist davon auszugehen, dass A bei der Verkündung des Beschlusses i.S.d. § 35 Abs. 1 S. 1 StPO nicht zugegen war. Die Frist beginnt daher mit Zustellung des Beschlusses (§ 35 Abs. 2 S. 1 StPO) zu laufen.

Aufgabe 2.3.2

Zu prüfen ist, ob der Beschluss des LG Tübingen formell und materiell rechtmäßig ist.

I. Formelle Rechtmäßigkeit

1. Zuständigkeit

Für die Entscheidung über den Widerruf der Strafaussetzung nach § 56f StGB war nach §§ 462a Abs. 2 S. 1, 453 Abs. 1 S. 1 StPO das Gericht des ersten Rechtszugs – und damit das Landgericht Tübingen – zuständig. Anhaltspunkte dafür, dass eine Abgabe an das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Verurteilte seinen Wohnsitz hat (vgl. § 462a Abs. 2 S. 2 StPO; hier: Amtsgericht Hechingen), erfolgt wäre, bestehen nicht. Eine mögliche Zuständigkeitsverlagerung im Sinne vorstehender Norm ist daher nicht erfolgt.

2. Verfahren

Gem. § 453 Abs. 1 S. 2 StPO sind die Staatsanwaltschaft und der Verurteilte vor der Entscheidung zu hören. Eine Anhörung ist hier in schriftlicher Form geschehen. Dies genügt jedenfalls nach dem Gesetzeswortlaut, da eine mündliche Anhörung durch den Gesetzgeber explizit nur für den Fall normiert wurde, dass über einen Widerruf wegen Verstoßes gegen Auflagen oder Weisungen zu befinden ist (vgl. § 453 Abs. 1 S. 4 StPO: „argumentum e contrario“).²⁴

Freilich kann man sich jedenfalls in denjenigen Fällen, in denen – wie hier – über einen Widerruf wegen noch nicht rechtskräftig abgeurteilter neuer Straftaten zu entscheiden ist, mit guten Gründen auf den Standpunkt stellen, dass auch insoweit eine mündliche Anhörung des Verurteilten erforderlich ist.²⁵ Wer so argumentiert, wird die formelle Rechtmäßigkeit verneinen. Die Bearbeitung ist dann in Form eines Hilfsgutachtens fortzusetzen.

Hier soll der erstgenannten Auffassung gefolgt werden. Da auch die gem. § 453 Abs. 1 S. 5 StPO erforderliche Unter-

²⁴ BVerfG BeckRS 2011, 87020 Rn. 12 ff.; KG NStZ-RR 2016, 30 (31); OLG Koblenz BeckRS 1988, 07415 Rn. 5; OLG Stuttgart NStZ 1987, 43; *Appl.*, in: Hannich (Fn. 5), § 453 Rn. 7; *Beukelmann*, NJW-Spezial 2021, 153; *Nestler*, in: Knauer (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 3/1, 2019, § 453 Rn. 11, 13.

²⁵ OLG Bamberg BeckRS 2014, 9876; OLG Köln NStZ-RR 2011, 220, *Kinzig* (Fn. 20), § 56f Rn. 29; *Ostendorf* (Fn. 21), § 56f Rn. 16: regelhaft bestehende Verpflichtung im Falle eines Widerrufs.

richtung des Bewährungshelfers erfolgt ist, wurden sämtliche Verfahrensvorschriften eingehalten.

3. Form

Für formale Mängel des Beschlusses gibt es keine Anhaltspunkte.

4. Zwischenergebnis

Die Entscheidung des LG Tübingen ist formell rechtmäßig.

II. Materielle Rechtmäßigkeit

Der Beschluss des Landgerichts Tübingen ist materiell rechtmäßig, wenn einer der Widerrufsgründe des § 56f Abs. 1 S. 1 StGB vorliegt und ein Absehen vom Widerruf gem. § 56f Abs. 2 StGB nicht ausreicht.

1. Vorliegen eines Widerrufsgrundes

Da das Vorliegen eines Widerrufsgrundes nach § 56f Abs. 1 S. 1 Nrn. 2 und 3 StGB ersichtlich ausscheidet, kommt nur ein Widerruf gem. § 56f Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB in Betracht. Diese Norm setzt voraus, dass die verurteilte Person in der Bewährungszeit eine Straftat begangen und dadurch gezeigt hat, dass die Erwartung, die der Strafaussetzung zugrunde lag, sich nicht erfüllt hat.

a) Begehung einer Straftat

aa) Grundsatz: vorhergehende Verurteilung erforderlich

A wird ein sexueller Übergriff i.S.d. § 177 Abs. 2 StGB – und damit eine Straftat – vorgeworfen. Er hat diese Tat bei der Polizei gestanden. Bislang ist A für diese Tat jedoch nicht verurteilt worden, die zuständige Staatsanwaltschaft hat lediglich Anklage erhoben.

Fraglich ist daher, unter welchen Voraussetzungen das Widerrufsgericht davon ausgehen darf, dass eine Straftat begangen wurde. Diese Frage stellt sich vor dem Hintergrund der Unschuldsvermutung, die ihre Wurzeln im Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes findet und einfachgesetzlich in Art. 6 Abs. 2 EMRK normiert ist. Besagter Rechtsgrundsatz soll den Rechtsunterworfenen davor schützen, dass ein Gericht oder ein Amtsträger den Eindruck erweckt, die betroffene Person sei schuldig, bevor der gesetzliche Nachweis der Schuld erbracht wurde.²⁶

Der gesetzliche Nachweis der Schuld wird in einem Strafverfahren in der Regel – Ausnahme etwa: Strafbefehl – durch eine Verurteilung erbracht.²⁷ Gleichwohl ging die früher h.M. in Rechtsprechung und Literatur davon aus, dass eine vorhergehende Verurteilung wegen der neuen Straftat bei Entscheidungen nach § 56f Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB nicht erforderlich sei.²⁸ Angeführt wurde für diese Ansicht in erster Linie, dass

²⁶ EGMR NJW 2016, 3645 (3647 Rn. 53 f.); *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, § 24 Rn. 140; *Ostendorf* (Fn. 21), § 56f Rn. 7.

²⁷ EGMR NJW 2016, 3645 (3647).

²⁸ BVerfG NStZ 1987 (118); OLG Düsseldorf NJW 1993,

für die Berichtigung einer negativen Legalprognose nach Nr. 1 keine wesentlich strengeren Voraussetzungen gelten könnten als für den Widerruf im Fall eines Weisungsverstoßes nach Nr. 2.²⁹

Dieser Auffassung ist durch Entscheidungen des EGMR³⁰ und des BVerfG³¹ mittlerweile der Boden entzogen worden. Hiernach ist davon auszugehen, dass der Unschuldsvermutung bei § 56f Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB grundsätzlich nur dann Genüge getan wird, wenn wegen der in Rede stehenden Straftat eine Verurteilung erfolgt ist.³² Dabei ist bis heute nicht abschließend geklärt, ob es sich um eine rechtskräftige Verurteilung handeln muss.³³ Dieser Streit kann jedoch dahinstehen, da im Fall des A bislang nur eine Anklage erhoben wurde, mithin nicht einmal eine erstinstanzliche Verurteilung erfolgt ist.

Ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung liegt daher – jedenfalls prima facie – nahe, da das Landgericht Tübingen trotz fehlenden gesetzlichen Schuld nachweises durch eine Verurteilung davon ausging, dass A eine neue Straftat begangen hat.

bb) Ausnahme: Vorliegen eines glaubhaften Geständnisses

Etwas Anderes könnte sich jedoch ausnahmsweise daraus ergeben, dass A die ihm vorgeworfene Tat in der polizeilichen Vernehmung am 3.10.2020 gestanden hat. Zu prüfen ist daher, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen das Widerrufsgericht im Fall eines Geständnisses des Verurteilten davon ausgehen darf, dass eine Straftat i.S.d. § 56f Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB begangen wurde.

(1) Grundsätzlich bestehende Möglichkeit des Widerrufs im Fall eines Geständnisses

Die Frage, ob im Fall eines Geständnisses überhaupt davon ausgegangen werden darf, dass eine Straftat begangen wurde, wird von einer Minderheitsmeinung verneint.³⁴ Begründet wird diese Auffassung damit, dass ein Geständnis, selbst wenn es glaubhaft ist, den Wahrheitsbeweis durch eine Verurteilung niemals ersetzen könne.³⁵ Diese Auffassung überzeugt in ihrer Pauschalität jedoch nicht, weil in der Unschuldsvermutung ein Prozessgrundrecht zu sehen ist, auf dessen Einhaltung – wie auch bei sonstigen Prozessgrundrechten – verzichtet werden kann.³⁶ Mit dem BVerfG³⁷, dem EGMR³⁸

und der h.M. in der Literatur³⁹ ist daher davon auszugehen, dass ein Widerruf grundsätzlich auch im Falle eines Geständnisses erfolgen kann.

(2) Anforderungen an das Geständnis

Fraglich ist aber, welche Anforderungen an ein solches Geständnis zu stellen sind. Einigkeit besteht insoweit weitgehend darüber, dass nicht jedwedes Geständnis genügt. Dieses müsse vielmehr prozessordnungsgemäß zustande gekommen und glaubhaft sein. Zudem müsse das Widerrufsgericht vom Vorliegen der Straftat fest überzeugt sein.⁴⁰ Außerdem dürfe das Geständnis bis zum Zeitpunkt der Entscheidung nach § 56f StGB nicht widerrufen worden sein.⁴¹

Diese (Mindest-)Anforderungen sind hier sämtlich erfüllt: Ein Widerruf des laut Sachverhalt prozessordnungsgemäß zustande gekommenen Geständnisses ist nicht erfolgt; bis heute bestreitet A nicht, dass er die Tat begangen hat. Zudem ist das Geständnis glaubhaft: A hat die Tat nicht nur pauschal eingeräumt, sondern den Tathergang detailliert und in Übereinstimmung mit der Aussage der Z geschildert. Das Widerrufsgericht war daher – offenkundig – vom Vorliegen der neuen Straftat fest überzeugt.

Fragen muss man jedoch, ob es genügt, dass A das Geständnis lediglich vor der Polizei – und nicht etwa vor Gericht oder zumindest der Staatsanwaltschaft – abgegeben hat. Ob schon ein Geständnis vor der Polizei genügt, ist umstritten.

Teilweise wird ein polizeiliches Geständnis als ausreichend angesehen.⁴² Begründet wird dies vor allem damit, dass dem zuvor zitierten Nichtannahmebeschluss des BVerfG vom 9.12.2004⁴³ ein Fall zugrunde gelegen habe, in dem der Verurteilte die ihm zur Last gelegte Tat nur vor der Polizei gestanden habe. Das BVerfG habe dieses Geständnis als ausreichend eingestuft.⁴⁴

Zu überzeugen vermag diese Auffassung jedoch nicht. Sie wird dem Gewicht der hier in Rede stehenden Unschuldsvermutung nicht gerecht. Konkret ist zu bedenken, dass eine ansonsten zur Wahrung der Unschuldsvermutung in aller Regel erforderliche Verurteilung durch ein bloßes Geständnis ersetzt werden soll. Dies wird man nur dann für zuverlässig halten können, wenn an die Qualität des Geständnisses hohe Anforderungen gestellt und bei dessen Ablegung bestimmte Wahrheitsgarantien eingehalten wurden.⁴⁵ Um sicher zu gehen,

1280 (1280); OLG Hamburg NStZ 1992, 130 (130); OLG Köln NJW 1991, 505 (506); *Stree*, NStZ 1992, 153 (154 f.).

²⁹ *Kinzig* (Fn. 20), § 56f Rn. 7.

³⁰ EGMR NJW 2004, 43 (43 f., 45).

³¹ BVerfG NJW 2005, 817.

³² *Kinzig* (Fn. 20), § 56f Rn. 7; *Peglau*, NStZ 2004, 248 (250).

³³ *Esser*, NStZ 2016, 697 (702).

³⁴ *Heger* (Fn. 17), § 56f Rn. 3a.

³⁵ *Heger* (Fn. 17), § 56f Rn. 3a.

³⁶ *Kinzig* (Fn. 20), § 56f Rn. 7; *Ostendorf* (Fn. 21), § 56f Rn. 7.

³⁷ BVerfG NJW 2005, 817.

³⁸ EGMR NJW 2004, 43 (43 f., 45).

³⁹ Nachweise bei *Kinzig* (Fn. 20), § 56f Rn. 7; *Krumm*, NJW 2005, 1832 (1834); *Ostendorf* (Fn. 21), § 56f Rn. 7.

⁴⁰ OLG Karlsruhe NStZ 2012, 702 (702); OLG Stuttgart NJW 2005, 83 (83); OLG Schleswig NJW 1992, 2646 (2646); *Groß/Kett-Straub* (Fn. 23), § 56f Rn. 41.

⁴¹ EGMR NJW 2016, 3645 (3647 Rn. 59 ff.); *Peglau*, NStZ 2004, 248 (249).

⁴² OLG Hamm BeckRS 2020, 41018 Rn. 17 f.

⁴³ BVerfG NJW 2005, 817.

⁴⁴ OLG Saarbrücken BeckRS 2009, 86315; OLG Koblenz, BeckRS 2005, 7235.

⁴⁵ *Groß/Kett-Straub* (Fn. 23), § 56f Rn. 41; *Krumm*, NJW

dass der Verurteilte die Bedeutung und die weiteren Folgen eines Schuldeingeständnisses erkennt, und um falsche Geständnisse zu verhindern, ist daher die Einhaltung jedenfalls folgender Wahrheitsgarantien zu verlangen: Es muss sich um ein glaubhaftes Schuldeingeständnis handeln, das im Beisein eines Verteidigers vor einem Richter abgelegt wurde.⁴⁶

(3) Ergebnis

Diesen Anforderungen wird das polizeiliche Geständnis des A schon deshalb nicht gerecht, weil es nicht vor einem Richter abgelegt wurde. Das Landgericht Tübingen durfte daher nicht von einer begangenen Straftat i.S.d. § 56f Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB ausgehen. Die Entscheidung ist deshalb materiell rechtswidrig (a.A. vertretbar).

cc) Hilfsgutachten

Geht man davon aus, dass ein polizeiliches Geständnis genügt, bleibt zu prüfen, ob A mit der Begehung des sexuellen Übergriffs i.S.d. § 177 Abs. 2 StGB gezeigt hat, dass die Erwartung, die der Strafaussetzung zugrunde lag, sich nicht erfüllt hat (§ 56f Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Hs. 2 StGB).

Diesbezüglich wird zum Teil vertreten, dass die im Gesetz benannte Erwartung nur dann enttäuscht wird, wenn zwischen der Ausgangstat und der nunmehr begangenen Tat ein kriminologischer Zusammenhang besteht.⁴⁷ Nach anderer Auffassung sollen jedenfalls Bagatelldelikte und Fahrlässigkeitstaten einen Widerruf grundsätzlich nicht rechtfertigen.⁴⁸

Ob dem zuzustimmen ist, kann hier dahinstehen: Da A einschlägig rückfällig geworden ist, kann von einem kriminologischen Zusammenhang ausgegangen werden. Zudem handelt es sich bei einem sexuellen Übergriff nach § 177 Abs. 2 StGB weder um eine Bagatel- noch um eine fahrlässige Tat. Es ist daher davon auszugehen, dass A durch seinen einschlägigen Rückfall die Erwartung, die der Strafaussetzung zugrunde lag, enttäuscht hat.

Längere Ausführungen zu § 56f Abs. 2 StGB (Absehen vom Widerruf) sind angesichts des Bearbeitungshinweises, demzufolge ein Absehen vom Widerruf in diesem Fall nicht ausreicht, entbehrlich.

C. Strafvollzug

Lösungsvorschlag

Vorbemerkung: Sachverhalt und Lösung sind den Entscheidungen LG Ravensburg, Beschl. v. 2.7.2020 1 – StVK 352/20 = BeckRS 2020, 24585 und OLG Stuttgart, Be-

2005, 1832 (1834).

⁴⁶ OLG Stuttgart NJW 2005, 83 (84); OLG Düsseldorf NJW 2004, 790 (790); OLG Köln NStZ 2004, 685 (685); *Fischer* (Fn. 15), § 56f Rn. 7; *Groß/Kett-Straub* (Fn. 23), § 56f Rn. 41; *Peglaw*, NStZ 2004, 248 (249).

⁴⁷ *Kinzig* (Fn. 20), § 56f Rn. 8; *Meier*, *Strafrechtliche Sanktionen*, 5. Aufl. 2019, Rn. 131; *Stree*, NStZ 1992, 153 (158 f.).

⁴⁸ *Heger* (Fn. 17), § 56f Rn. 4; *Ostendorf* (Fn. 21), § 56f Rn. 4.

schl. v. 14.8.2020 – V 4 Ws 163/20 = BeckRS 2020, 24584 nachgebildet.

Da sich die Aufgabenstellung explizit auf ein gerichtliches Vorgehen des S beschränkt, scheiden außergerichtliche Maßnahmen aus. Hier kommt ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach §§ 109 ff. StVollzG in Betracht. Dabei ist zu beachten, dass S den Brief später und noch vor der gerichtlichen Entscheidung an G übersandt hat.

I. Zulässigkeit des Antrags nach den §§ 109 ff. StVollzG

1. Eröffnung des Rechtswegs für Strafvollzugsachen (§ 109 Abs. 1 StVollzG)

Der Rechtsweg nach § 109 StVollzG ist nach dessen Abs. 1 eröffnet, wenn es sich um eine Maßnahme zur Regelung einzelner Angelegenheiten auf dem Gebiete des Strafvollzugs handelt. Das Gebiet des Strafvollzugs ist eine Materie, die im Strafvollzugsrecht⁴⁹ (JVollzGB⁵⁰) geregelt ist oder dort geregelt werden müsste.⁵¹ In der Verfügung des A, mit welcher der Brief des S angehalten wurde, liegt eine Maßnahme im vorgenannten Sinne.

2. Statthafte Antragsart und Feststellungsinteresse

Die Antragsart, die S zu wählen hat, richtet sich nach dem Rechtsschutzziel.⁵² S möchte nunmehr die „Rechtswidrigkeit der Anhalteverfügung“ feststellen lassen.

Das ursprüngliche Begehren des S richtete sich gegen die Anhalteverfügung und war daher als Anfechtungsantrag auszulegen. S hat jedoch das in Rede stehende Schreiben am 26.2.2021, mithin zu einem Zeitpunkt zwischen dem Antrag auf eine gerichtliche Entscheidung nach § 109 Abs. 1 S. 1 StVollzG (15.2.2021) und der Befassung durch die Kammer, an den ehemaligen, mittlerweile in Freiheit befindlichen Mitgefangenen G versandt. S hat auf diesen Umstand in seiner an die Kammer gerichteten Stellungnahme vom 1.3.2021 selbst hingewiesen, um im gleichen Schreiben ausdrücklich an seinem Ziel, die Rechtswidrigkeit der Anhalteverfügung feststellen zu lassen, festzuhalten.

§ 115 Abs. 3 StVollzG regelt den Fall der Erledigung zwischen Antragstellung und gerichtlicher Entscheidung, da-

⁴⁹ Die Lösung der Strafvollzugsaufgabe erfolgt auf Basis baden-württembergischer Vorschriften. Die entsprechenden Regelungen der anderen Bundesländer sowie allfällige Abweichungen vom baden-württembergischen Strafvollzugsrecht sind in den Fußnoten aufgeführt.

⁵⁰ StVollzG, BayStVollzG, StVollzG Bln, BbgJVollzG, BremStVollzG, HmbStVollzG, HStVollzG, StVollzG M-V, N-JVollzG, StVollzG NRW, RHPfLJVollzG, SLStVollzG, SächsStVollzG, JVollzGB LSA, LStVollzG SH, ThürJVollzGB.

⁵¹ *Bachmann*, in: Laubenthal u.a. (Hrsg.), *Strafvollzugsgesetze*, 12. Aufl. 2015, P, Rn. 23 ff.

⁵² *Fertig*, in: Posser/Wolff (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar VwGO*, 60. Ed., Stand: 1.1.2022, § 88 Rn. 6; *Spaniol*, in: *Feest/Lesting/Lindemann* (Hrsg.), *Kommentar, Strafvollzug*, 7. Aufl. 2017, § 109 Rn. 27.

neben wird diese Norm auch (ggf. analog)⁵³ auf Fälle einer vorherigen Erledigung angewandt. Daher ist, so auch das OLG Stuttgart a.a.O., das Anliegen des S als ein Feststellungsantrag nach § 115 Abs. 3 StVollzG zu interpretieren.

Anmerkung: Demgegenüber hat die StVK Ravensburg den Antrag als Fortsetzungsfeststellungsantrag ausgelegt, was hier aber nicht erforderlich erscheint.

Fraglich ist, ob für das Anliegen des S das nach § 115 Abs. 3 StVollzG erforderliche Feststellungsinteresse („berechtigtes Interesse an dieser Feststellung“) besteht. Ein solches Feststellungsinteresse liegt vor, wenn der Antragsteller ein schutzwürdiges Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art besitzt. Von den drei in der Rechtsprechung genannten Fallgruppen des Feststellungsinteresses (Rehabilitationsinteresse, Wiederholungsgefahr, Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses)⁵⁴ kommt hier ersichtlich nur eine Wiederholungsgefahr in Betracht. Dazu ist erforderlich, dass erkennbar und nicht unwahrscheinlich ist, dass sich der Sachverhalt in der streitgegenständlichen Art bei dem Antragsteller S wiederholen könnte.⁵⁵ Hier ist zu beachten, dass S einerseits den Brief letztlich versandt hat und er andererseits angekündigt hat, er wolle „sich durch das Vorgehen der Anstalt nicht einschüchtern lassen und auch in Zukunft in ähnlicher Weise so verfahren“. Daher ist von einer Wiederholungsgefahr auszugehen, so dass der Feststellungsantrag zulässig ist.

3. Antragsbefugnis (§ 109 Abs. 2 StVollzG)

Für die Antragsbefugnis muss der Antragsteller, hier S, in eigenen Rechten verletzt sein, wobei die Möglichkeit einer Rechtsverletzung ausreichend ist.⁵⁶ Aus dem Sachverhalt ergeben sich hinreichende Angaben, welche die Beeinträchtigung eines subjektiven Rechts oder eines Rechts auf fehlerfreie Ermessensausübung möglich erscheinen lassen.

4. Zuständigkeit (§ 78a GVG, § 110 S. 1 StVollzG)

Die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach § 78a Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 2 GVG, § 109 StVollzG, die örtliche Zuständigkeit nach § 110 StVollzG. Hier ist für das Vorgehen des S gegen eine Maßnahme des Anstaltsleiters A die Strafvollstreckungskammer des Landgerichts Tübingen für die Entscheidung zuständig.

5. Antragsfrist und Form (§ 112 StVollzG)

Nach § 112 Abs. 1 StVollzG ist der Antrag schriftlich und

⁵³ Euler, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafvollzugsrecht Bund, 20. Ed., Stand: 1.8.2021, § 115 Rn. 15.

⁵⁴ Arloth, in: Arloth/Krä (Hrsg.), Strafvollzugsgesetze von Bund und Ländern, Kommentar, 4. Aufl. 2017, StVollzG § 115 Rn. 8; Laubenthal, Strafvollzug, 8. Aufl. 2019, Rn. 779.

⁵⁵ Riese, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Kommentar Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 113 Rn. 126 (33. EL., Juni 2017).

⁵⁶ Arloth (Fn. 54), StVollzG § 109 Rn. 13; Bachmann (Fn. 51), P, Rn. 32.

binnen zwei Wochen nach Zustellung oder schriftlichen Bekanntgabe der Maßnahme oder ihrer Ablehnung zu stellen.

Hier wurde S die Verfügung am 9.2.2021 bekanntgegeben; sein Antrag ging am 18.2.2021 und damit fristgemäß bei Gericht ein.

6. Beteiligtenfähigkeit (§ 111 Abs. 1 StVollzG)

Verfahrensbeteiligte sind nach § 111 Abs. 1 Nr. 1 StVollzG der Antragsteller, also S, sowie nach dessen Nr. 2 die Vollzugsbehörde, die die angefochtene Maßnahme angeordnet hat. Vollzugsbehörde in diesem Sinne ist die JVA Rottenburg, vertreten durch den Anstaltsleiter A.

II. Begründetheit des Antrags nach den §§ 109 ff. StVollzG

Nach § 115 Abs. 3 und 4 StVollzG ist der Feststellungsantrag begründet, wenn die Maßnahme, hier das Anhalten des Briefes, rechtswidrig war und der Antragsteller dadurch in seinen Rechten verletzt wurde.

1. Ermächtigungsgrundlage

Zu suchen ist zunächst nach einer Ermächtigungsgrundlage für das Anhalten des Schreibens.

Dabei ist zwischen den Obergerichten streitig, ob sich das Anhalten anstaltsinterner Post, um das es hier geht, nach § 26 JVollzGB III⁵⁷ richtet⁵⁸ oder nach der Generalklausel des § 3 Abs. 2 JVollzGB III⁵⁹ bestimmt⁶⁰.

Dafür, dass im konkreten Fall § 26 JVollzGB III nicht einschlägig ist, spricht die systematische Stellung der Vorschrift im Abschnitt über den „Verkehr mit der Außenwelt“. Die Norm könnte sich damit nur auf den Schriftverkehr mit Personen außerhalb der JVA beziehen.

Demgegenüber differenziert der Wortlaut des § 26 JVollzGB III nicht zwischen der Versendung von Schreiben innerhalb und außerhalb der Anstalt.⁶¹ Nach dem OLG Stuttgart (a.a.O.) ist er für eine Einbeziehung des anstaltsinternen Schriftverkehrs grundsätzlich offen.⁶²

⁵⁷ § 31 StVollzG, Art. 34 BayStVollzG, § 38 StVollzG Bln, § 43 BbgJVollzG, § 35 BremStVollzG, § 31 HmbStVollzG, § 35 Abs. 3 S. 2 HStVollzG, § 35 StVollzG M-V, § 32 NJVollzG, § 23 StVollzG NRW, § 42 RhPflJVollzG, § 35 SLStVollzG, § 35 SächsStVollzG, § 42 JVollzGB LSA, § 51 LStVollzG SH, § 43 ThürJVollzGB.

⁵⁸ OLG Stuttgart, BeckRS 2020, 24584 Rn. 9; OLG Nürnberg NSTZ-RR 1999, 189 (189); Laubenthal (Fn. 51), E, Rn. 9.

⁵⁹ § 4 StVollzG, Art. 6 BayStVollzG, § 4 StVollzG Bln, §§ 4, 6 BbgJVollzG, § 4 BremStVollzG, § 5 HmbStVollzG, §§ 4, 6 HStVollzG, § 4 StVollzG M-V, §§ 3, 6 NJVollzG, § 4 StVollzG NRW, §§ 4, 6 RhPflJVollzG, § 4 Abs. 3, 4 SLStVollzG, § 4 SächsStVollzG, § 4 JVollzGB LSA, § 4 LStVollzG SH, §§ 4, 6 ThürJVollzGB.

⁶⁰ OLG Koblenz BeckRS 1998, 16366 Rn. 4; OLG Dresden NSTZ 1995, 151 (151); Bosch, in: Graf (Fn. 53), § 29 Rn. 3.

⁶¹ OLG Stuttgart BeckRS 2020, 24584 Rn. 16 f.; OLG Nürnberg NSTZ-RR 1999, 189 (189).

⁶² OLG Stuttgart BeckRS 2020, 24584 Rn. 16.

Auch Sinn und Zweck der Überwachung von Schriftwechseln sprechen eher für eine Anwendbarkeit des § 26 JVollzGB III.⁶³ Insoweit führt das OLG Stuttgart (a.a.O.) aus, dass die gesetzgeberische Intention der Vorschrift dahingehe, die Wahrnehmung der „Aufgaben des Strafvollzuges“, namentlich die Befähigung zu einem künftigen sozialverantwortlichen Leben ohne Straftaten sowie die Sicherheit und Ordnung innerhalb der Anstalt, sicherzustellen.⁶⁴ Gerade das Abstellen auf das Vollzugsziel und die Sicherheit und Ordnung der Justizvollzugsanstalt als Anhaltegründe sprächen für eine Einbeziehung (auch) des anstaltsinternen Schriftwechsels, zumal beide durch den anstaltsinternen Schriftverkehr sogar in besonderer Weise tangiert werden könnten.⁶⁵

Mit dem OLG Stuttgart ist zudem zu konstatieren, dass aufgrund des Wortlauts eine direkte Anwendung des § 26 JVollzGB III möglich ist.⁶⁶ Eine teilweise in der Rechtsprechung und im Schrifttum erwogenen analoge Anwendung ist mangels Regelungslücke daher nicht erforderlich.⁶⁷

Anmerkung: Wer (mit entsprechender Argumentation vertretbar) § 26 JVollzGB III in diesem Fall nicht für einschlägig hält, dem steht als Anhaltegrund nur § 3 Abs. 2 JVollzGB III und die Berufung auf die „Aufrechterhaltung der Sicherheit“ und „die Abwendung einer schwerwiegenden Störung der Ordnung der Justizvollzugsanstalt“ zur Verfügung.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

a) Zuständigkeit des A

Der Brief wurde durch A angehalten, der als Anstaltsleiter dafür nach § 13 Abs. 2 JVollzGB I⁶⁸ (Grundsatz der Allzuständigkeit) zuständig war.

⁶³ OLG Stuttgart BeckRS 2020, 24584 Rn. 16; OLG Nürnberg NStZ-RR 1999, 189 (189).

⁶⁴ OLG Stuttgart BeckRS 2020, 24584 Rn. 16.

⁶⁵ OLG Stuttgart BeckRS 2020, 24584 Rn. 16; OLG Nürnberg NStZ-RR Jahr 1999, 189 (189); *Dessecker/Schwind*, in: *Schwind u.a. (Hrsg.), Strafvollzugsgesetze, Kommentar*, 7. Aufl. 2020, Kap. 9 C. Rn. 8; *Feest/Wegner*, in: *Feest/Lesting/Lindemann (Fn. 52), LandesR* § 31 Rn. 3.

⁶⁶ OLG Stuttgart BeckRS 2020, 24584 Rn. 17; *Feest/Wegner (Fn. 65), LandesR* § 31 Rn. 3.

⁶⁷ OLG Hamm BeckRS 2014, 8978; OLG Nürnberg NStZ-RR 1999, 189 (189); *Schüler-Springorum*, NStZ 1995, 463 (463 f.).

⁶⁸ § 156 Abs. 2 StVollzG, Art. 177 Abs. 2 BayStVollzG, § 103 Abs. 2 Nr. 1 StVollzG Bln, § 109 Abs. 1 BbgJVollzG, § 96 Abs. 2 BremStVollzG, § 104 Abs. 2 HmbStVollzG, § 75 Abs. 1 HStVollzG, § 95 Abs. 1 StVollzG M-V, § 176 Abs. 1 NJVollzG, § 97 Abs. 2 StVollzG NRW, § 106 Abs. 1 RhPflJVollzG, § 95 Abs. 1 S. 1 SLStVollzG, § 99 Abs. 1 S. 1 SächsStVollzG, § 107 Abs. 1 JVollzGB LSA, § 134 Abs. 2 LStVollzG SH, § 107 Abs. 2 ThürJVollzGB.

b) Anspruch des S auf Aushändigung eines schriftlichen Bescheids

§ 26 Abs. 3 S. 1 JVollzGB III⁶⁹ sieht lediglich vor, dass im Falle des Anhaltens eines Schreibens dies dem Gefangenen mitgeteilt wird.

Das Anhalten des Briefes wurde S gem. § 26 Abs. 3 S. 1 JVollzGB III mitgeteilt. Durch die Möglichkeit, die genannte Verfügung zu lesen, wurde S auch der Anhaltegrund bekannt gegeben. Einen Anspruch darauf, dass er diesen schriftlich erhält, hat er nicht.

3. Materielle Rechtmäßigkeit und Struktur des § 26 JVollzGB III

§ 26 Abs. 1 JVollzGB III enthält in den Nrn. 1–6 sechs unterschiedliche Anhaltegründe. Liegen die Voraussetzungen (mindestens) eines dieser Gründe vor, steht das Anhalten des Schreibens dennoch im Ermessen der Anstaltsleitung.

Nach § 115 Abs. 5 StVollzG prüft das Gericht in diesem Fall auch, ob die Maßnahme, hier die Verfügung, rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist.⁷⁰

Als potentielle Anhaltegründe kommen hier die § 26 Abs. 1 Nrn. 1, 4, 5 und 6 JVollzGB III in Betracht.

a) Anhaltegrund des § 26 Abs. 1 Nr. 1 JVollzGB III

Nach § 26 Abs. 1 Nr. 1 JVollzGB III⁷¹ können Schreiben angehalten werden, wenn das Ziel des Vollzugs oder die Sicherheit oder Ordnung einer Justizvollzugsanstalt gefährdet würde.

Das Vollzugsziel ergibt sich aus § 1 JVollzGB III⁷². Dort heißt es: „Im Vollzug der Freiheitsstrafe sollen die Gefangenen

⁶⁹ § 31 Abs. 3 StVollzG, Art. 34 Abs. 3 BayStVollzG, § 38 Abs. 3 StVollzG Bln, § 43 Abs. 3 BbgJVollzG, § 35 Abs. 3 BremStVollzG, § 31 Abs. 3 HmbStVollzG, § 35 Abs. 3 S. 4 HStVollzG, § 35 Abs. 3 StVollzG M-V, § 32 Abs. 2 NJVollzG, § 23 Abs. 4 StVollzG NRW, § 42 Abs. 3 RhPflJVollzG, § 35 Abs. 3 SLStVollzG, § 35 Abs. 3 SächsStVollzG, § 42 Abs. 3 JVollzGB LSA, § 51 Abs. 3 LStVollzG SH, § 43 Abs. 3 ThürJVollzGB.

⁷⁰ *Spaniol (Fn. 52)*, § 115 Rn. 41, 43.

⁷¹ § 31 Abs. 1 Nr. 1 StVollzG, Art. 34 Abs. 1 Nr. 1 BayStVollzG, § 38 Abs. 1 Nr. 1 StVollzG Bln, § 43 Abs. 1 Nr. 1 BbgJVollzG, § 35 Abs. 1 Nr. 1 BremStVollzG, § 31 Abs. 1 Nr. 1 HmbStVollzG, § 35 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 HStVollzG, § 35 Abs. 1 Nr. 1 StVollzG M-V, § 32 Abs. 1 Nr. 1 NJVollzG, § 23 Abs. 1 Nr. 1 StVollzG NRW, § 42 Abs. 1 Nrn. 1, 5 RhPflJVollzG, § 35 Abs. 1 Nr. 1 SLStVollzG, § 35 Abs. 1 Nr. 1 SächsStVollzG, § 42 Abs. 1 Nrn. 1, 6 JVollzGB LSA, § 51 Abs. 1 Nr. 1 LStVollzG SH, § 43 Abs. 1 Nrn. 1, 5 ThürJVollzGB.

⁷² § 2 StVollzG, Art. 2 BayStVollzG, § 2 StVollzG Bln, § 2 BbgJVollzG, § 2 BremStVollzG, § 2 HmbStVollzG, § 2 HStVollzG, § 2 StVollzG M-V, § 2 Abs. 1 NJVollzG, § 1 StVollzG NRW, § 2 RhPflJVollzG, § 2 SLStVollzG, § 2

fähig werden, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen.“ Es geht damit also im Wesentlichen um eine (Re-)Sozialisierung der Gefangenen.

Der Begriff der Sicherheit umfasst die äußere und innere Sicherheit einer JVA. Äußere Sicherheit meint etwa den Schutz der Anstalten vor Entweichung und Befreiung der Gefangenen wie den Schutz vor Angriffen von außen. Die innere Sicherheit betrifft die Abwendung von Gefahren für Personen und Sachen in der Anstalt.⁷³

Die Ordnung der Anstalt wird definiert als ein sozialadäquates, von der Anerkennung der Rechte der Anderen geprägtes Zusammenleben innerhalb der Anstalt.⁷⁴

Eine Gefährdung des Vollzugszieles bzw. der Sicherheit oder Ordnung der Anstalt i.S.d. § 26 Abs. 1 Nr. 1 JVollzGB III wurde in der Vergangenheit etwa angenommen bei der Zusendung von Zeitschriften, die den Strafvollzug als Willkürsystem einordneten,⁷⁵ oder mit Blick auf Ratgeber und Musterbegründungen für Gefangene mit vollzugsfeindlicher Tendenz⁷⁶.

Anmerkung: Diese Beispiele müssen die Bearbeiter(-innen) selbstverständlich nicht kennen.

Hier ist zu beachten, dass im Gegensatz zu den genannten Beispielen im Schreiben des S weder vollzugsfeindliche Zeitschriften noch Ratgeber übersandt werden. Insoweit geht es einzig, so das OLG Stuttgart, „um das Reden über ein – womöglich – vollzugsfeindliches Werk, wobei insbesondere keinerlei Bezugnahme auf einzelne, etwaig vollzugsfeindliche Inhalte erfolgt. Allein das abstrakte Reden über ein Werk, das in der Rechtsprechung vereinzelt als vollzugsfeindlich eingeordnet wurde, ist nicht geeignet, eine Gefährdung der (Wieder-)Eingliederung oder gar eine Gefahr für die Anstaltsordnung zu begründen. Andernfalls drohte das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 GG mit Blick auf die Kommunikation zwischen Insassen einer Haftanstalt gänzlich zur leeren Hülle zu verkommen (zur Notwendigkeit einzelfallbezogener Abwägung mit Blick auf Art. 5 GG vgl. bereits BT-Drs. 7/918, S. 60).“⁷⁷

Allein darin, dass der Antragsteller S dem G das Buch sozusagen empfiehlt, bereits eine Gefährdung des Ziels des Vollzuges und der Sicherheit oder Ordnung der Anstalt zu sehen,⁷⁸ erscheint daher deutlich zu weitgehend.

Der Anhaltegrund der Nr. 1 liegt daher entgegen der Auffassung der Anstaltsleitung nicht vor.

SächsStVollzG, § 2 JVollzGB LSA, § 2 LStVollzG SH, § 2 Abs. 1 ThürJVollzGB.

⁷³ Arloth (Fn. 54), StVollzG § 81 Rn. 2; Maurer, in: Müller (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Strafvollzug BW JVollzGB III, 15. Ed. 2021, § 61 Rn. 4, 6.

⁷⁴ Maurer (Fn. 73), § 61 Rn. 4, 6.

⁷⁵ OLG Hamm NStZ 1985, 143 (143).

⁷⁶ OLG Zweibrücken NStZ 1989, 95 (95); Arloth (Fn. 54), § 31 Rn. 4; zum Ganzen OLG Stuttgart BeckRS 2020, 24584.

⁷⁷ OLG Stuttgart BeckRS 2020, 24584 Rn. 23.

⁷⁸ So aber die StVK Ravensburg: LG Ravensburg BeckRS 2020, 24585 Rn. 13.

b) Anhaltegrund des § 26 Abs. 1 Nr. 4 JVollzGB III⁷⁹

Nr. 4 enthält den Anhaltegrund einer groben Beleidigung. Eine derartige grobe Beleidigung liegt hier zweifelsfrei nicht vor. Wie die Anstalt zutreffend ausführt, handelt es sich bei der beanstandeten Passage allenfalls um eine bloße „Verballhornung des Namens“. Außerdem hat S den Namen durchgestrichen. Bei der Subsumtion unter die grobe Beleidigung muss zudem die besondere Situation des Vollzuges berücksichtigt werden, die dem Gefangenen ermöglichen muss, sich in Briefen in gewissen Grenzen „Luft zu verschaffen“.⁸⁰

Der Anhaltegrund der Nr. 4 liegt somit ebenfalls nicht vor.

c) Anhaltegrund des § 26 Abs. 1 Nr. 5 JVollzGB III⁸¹

Nach Nr. 5 können Schreiben angehalten werden, „wenn sie die Eingliederung anderer Gefangener gefährden können.“

Auch dieser Anhaltegrund liegt nicht vor. Dazu kann im Wesentlichen auf die Ausführungen unter Nr. 1 verwiesen werden. Zudem ist zu berücksichtigen, dass G zum Zeitpunkt der Absendung des Briefes bereits kurz vor seiner Entlassung stand und sich mittlerweile in Freiheit befindet.

d) Anhaltegrund des § 26 Abs. 1 Nr. 6 JVollzGB III⁸²

Dieser liegt unter anderem vor, wenn das Schreiben „unverständlich“ abgefasst wurde.

Insoweit führt das OLG Stuttgart a.a.O. aus: „Dem Schreiben des Antragstellers haftet insoweit eine Unverständlichkeit an, als auf „Ziffern“ mit dem Zusatz ‚Du weißt, was ich

⁷⁹ § 31 Abs. 1 Nr. 4 StVollzG, Art. 34 Abs. 1 Nr. 4 BayStVollzG, § 38 Abs. 1 Nr. 3 StVollzG Bln, § 43 Abs. 1 Nr. 3 BbgJVollzG, § 35 Abs. 1 Nr. 3 BremStVollzG, § 31 Abs. 1 Nr. 4 HmbStVollzG, § 35 Abs. 3 S. 2 HStVollzG, § 35 Abs. 1 Nr. 3 StVollzG M-V, § 32 Abs. 1 Nr. 4 NJVollzG, § 23 Abs. 1 Nr. 3 StVollzG NRW, § 42 Abs. 1 Nr. 3 RhPflJVollzG, § 35 Abs. 1 Nr. 3 SLStVollzG, § 35 Abs. 1 Nr. 4 SächsStVollzG, § 42 Abs. 1 Nr. 4 JVollzGB LSA, § 51 Abs. 1 Nr. 3 LStVollzG SH, § 43 Abs. 1 Nr. 3 ThürJVollzGB.

⁸⁰ Arloth (Fn. 54), § 31 Rn. 8; Bosch (Fn. 60), § 31 Rn. 12.

⁸¹ § 31 Abs. 1 Nr. 5 StVollzG, Art. 34 Abs. 1 Nr. 5 BayStVollzG, § 38 Abs. 1 Nr. 4 StVollzG Bln, § 43 Abs. 1 Nr. 7 BbgJVollzG, § 35 Abs. 1 Nr. 4 BremStVollzG, § 31 Abs. 1 Nr. 5 HmbStVollzG, § 35 Abs. 3 S. 2 HStVollzG, § 35 Abs. 1 Nr. 4 StVollzG M-V, § 32 Abs. 1 Nr. 5 NJVollzG, § 23 Abs. 1 Nr. 4 StVollzG NRW, § 42 Abs. 1 Nr. 7 RhPflJVollzG, § 35 Abs. 1 Nr. 4 SLStVollzG, § 35 Abs. 1 Nr. 5 SächsStVollzG, § 42 Abs. 1 Nr. 8 JVollzGB LSA, § 51 Abs. 1 Nr. 4 LStVollzG SH, § 43 Abs. 1 Nr. 7 ThürJVollzGB.

⁸² § 31 Abs. 1 Nr. 6 StVollzG, Art. 34 Abs. 1 Nr. 6 BayStVollzG, § 38 Abs. 1 Nr. 6 StVollzG Bln, § 43 Abs. 1 Nr. 4 BbgJVollzG, § 35 Abs. 1 Nr. 5 BremStVollzG, § 31 Abs. 1 Nr. 6 HmbStVollzG, § 35 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 HStVollzG, § 35 Abs. 1 Nr. 5 StVollzG M-V, § 32 Abs. 1 Nr. 6 NJVollzG, § 23 Abs. 1 Nr. 5 StVollzG NRW, § 42 Abs. 1 Nr. 4 RhPflJVollzG, § 35 Abs. 1 Nr. 5 SLStVollzG, § 35 Abs. 1 Nr. 6 SächsStVollzG, § 42 Abs. 1 Nr. 5 JVollzGB LSA, § 51 Abs. 1 Nr. 5 LStVollzG SH, § 43 Abs. 1 Nr. 4 ThürJVollzGB.

meine' Bezug genommen wird, ohne dass aus dem Gesamtkontext der Ausführungen des Antragstellers ersichtlich würde, was exakt der Schreibende dem Empfänger für eine Botschaft übermitteln möchte. Im Zusammenhang mit der von der Anstaltsleitung mitgeteilten, im Beschluss der Kammer gleichfalls aufgegriffenen ‚Vorgeschichte‘ – dem Bestreben des Antragstellers, (umfassenden) Zugriff auf den Videotext zu erhalten (im Jahre 2019) –, liegen konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass der Antragsteller Mitteilung dahingehend machen wollte, wie der – aus Sicherheitsgründen untersagte – Videotext doch zu erhalten sei.⁸³

Daher liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 Nr. 6 JVollzGB III vor.

4. Ergebnis

Indem die Anstaltsleitung im Rahmen ihrer von § 26 Abs. 1 JVollzGB III gebotenen Ermessensausübung rechtsfehlerhaft das Vorliegen der Anhaltgründe Nrn. 1, 4 und 5 angenommen hat, hat sie Gesichtspunkte in die Abwägung einbezogen, die sie nicht hätte berücksichtigen dürfen. Die Anhalteverfügung beruht auch nach § 115 Abs. 5 StVollzG auf diesem Ermessensfehler. Das Vorliegen des Anhaltgrunds Nr. 6 allein führt nicht zu einer Ermessensreduktion auf null.

Die Strafvollstreckungskammer wird daher feststellen, dass die Anhalteverfügung der Anstalt rechtswidrig gewesen ist.

D. Kriminologie

Lösung

Aufgabe 4.1

Das Hellfeld der Kriminalität setzt sich – nach gängigem Verständnis – aus allen Straftaten zusammen, die amtlich registriert wurden und in amtliche Kriminalstatistiken Eingang gefunden haben.⁸⁴

Demgegenüber beinhaltet das Dunkelfeld alle Straftaten, die vorgenannte Voraussetzungen nicht erfüllen.⁸⁵ Dabei kann man zwischen dem relativen und dem absoluten Dunkelfeld unterscheiden. Im relativen Dunkelfeld befinden sich Straftaten, die durch Dunkelfeldstudien in Erfahrung gebracht werden können.⁸⁶ Im absoluten Dunkelfeld verbleiben hingegen Straftaten, die weder behördlich bekannt noch in crime surveys berichtet werden.⁸⁷

Aufgabe 4.2

Ergibt sich bei der Auswertung von Kriminalstatistiken im Zeitverlauf ein Rückgang in bestimmten Deliktsbereichen, ist stets danach zu fragen, ob es sich um eine tatsächliche oder

nur scheinbare Veränderung des Kriminalitätsaufkommens handelt. Gegen den Hinweis des V, dass der Rückgang bei den Wohnungseinbruchszahlen auf eine Verlagerung vom Hell- ins Dunkelfeld zurückzuführen sein könne, ist daher im Grundsatz nichts einzuwenden.

Fragwürdig ist jedoch seine These, eine solche Verlagerung sei „sehr wahrscheinlich“. Denn beim vollendeten Wohnungseinbruchsdiebstahl handelt es sich um ein Delikt, das der Polizei regelhaft durch Anzeige zur Kenntnis gebracht wird.⁸⁸ Zudem werden Wohnungseinbruchdiebstähle sehr häufig (Studienlage 70 bis 80%) angezeigt.⁸⁹ Ursächlich für diese hohe Anzeigequote ist zum einen, dass Wohnungseinbruchdiebstähle von Betroffenen als besonders schwerwiegende Straftaten empfunden werden.⁹⁰ Zum anderen machen Versicherungen den Ersatz des Schadens bei einem Wohnungseinbruch regelmäßig von einer vorhergehenden Anzeige bei der Polizei abhängig.⁹¹

Da sich an beiden Faktoren, die die Anzeigehäufigkeit beim Wohnungseinbruchdiebstahl maßgeblich beeinflussen, während der Pandemie nichts geändert hat, ist es unwahrscheinlich, dass der Rückgang bei den Wohnungseinbruchszahlen auf eine Verlagerung vom Hell- ins Dunkelfeld zurückzuführen ist.

Aufgabe 4.3

I. Erläuterung der Theorie und kritische Bewertung

P nimmt Bezug auf den „routine activity approach“, der von den beiden US-amerikanischen Kriminologen *Lawrence E. Cohen* und *Marcus Felson* entwickelt wurde.⁹² Dieser Ansatz geht im Ausgangspunkt – in Abweichung vom rational choice-Ansatz⁹³ – davon aus, dass Menschen sich häufig in Form von Routinen, in die gerade keine Abwägungen eingehen, entscheiden. Vor allem diese Routineaktivitäten (Lebensgewohnheiten) sollen mögliche Tatgelegenheiten bestimmen.⁹⁴

Nach *Cohen/Felson* sind die wichtigsten Kategorien für die Entstehung von Kriminalität

- (1) motivierte Täter („motivated offenders“),
- (2) geeignete Tatobjekte („suitable targets of criminal victimization“),
- (3) die Abwesenheit schutzbereiter Dritter („absence of capable guardians of persons or property“).⁹⁵

⁸⁸ Bundeskriminalamt (Hrsg.), *Der Deutsche Viktimisierungssurvey*, 2017, S. 41.

⁸⁹ Bundeskriminalamt (Fn. 88), S. 41.

⁹⁰ Bundeskriminalamt (Fn. 88), S. 42 f.

⁹¹ Bundeskriminalamt (Fn. 88), S. 42 f.

⁹² *Cohen/Felson*, *American Sociological Review* 44 (1979), 588.

⁹³ *Bock*, *Kriminologie*, 5. Aufl. 2019, Rn. 220; *Meier* (Fn. 86), § 3 Rn. 15 ff.

⁹⁴ *Cohen/Felson*, *American Sociological Review* 44 (1979), 588 (591); *Göppinger* (Fn. 84), § 11 Rn. 10; *Kunz/Singelstein* (Fn. 87), § 12 Rn. 50.

⁹⁵ *Gluba*, *Kriminalistik* 2014, 347 (348).

⁸³ OLG Stuttgart BeckRS 2020, 24584 Rn. 20.

⁸⁴ *Göppinger*, *Kriminologie*, 6. Aufl. 2008, § 23 Rn. 2; *Kunz/Singelstein*, *Kriminologie*, 7. Aufl. 2016, § 15 Rn. 6.

⁸⁵ *Kunz/Singelstein* (Fn. 84), § 15 Rn. 7.

⁸⁶ *Meier*, *Kriminologie*, 6. Aufl. 2021, § 5 Rn. 52 f.; *Neubacher*, *Kriminologie*, 4. Aufl. 2020, Kap. 3 Rn. 2.

⁸⁷ *Kunz/Singelstein* (Fn. 84), § 17 Rn. 13; *Meier* (Fn. 86), § 8 Rn. 15; *Neubacher* (Fn. 86), Kap. 3 Rn. 2.

Diese Theorie setzt also primär an der Situation und weniger (aber doch immerhin auch) am Individuum an. Folge dieser Theorie sind Bemühungen zu einer „situational crime prevention“, die allerdings ihrerseits dem Vorwurf ausgesetzt sein kann, nur Verlagerungseffekte zu produzieren.⁹⁶

Positiv zu bewerten ist an der Theorie vor allem die Verbindung der Mikro- mit der Makroebene. Jedoch kann auch sie nicht erklären, warum der eine Mensch tatgeneigter als eine anderer ist. Auch läuft die Theorie Gefahr, ein rein abschreckungsorientiertes Strafrecht zu begünstigen.⁹⁷

II. Konkrete Anwendung auf den Wohnungseinbruchdiebstahl

Der „routine activity approach“ wird in der Forschung zum Wohnungseinbruchdiebstahl relativ häufig herangezogen, um Veränderungen in den Fallzahlen zu erklären. Im Ausgangspunkt muss man dabei Folgendes sehen: Eine mit den oben aufgeführten Punkten (1) und (2) verbundene theoretische Annahme besteht darin, dass sich günstige Tatgelegenheiten häufig entlang der Routineaktivitäten von Tätern und Opfern ergeben. Das heißt: Potentielle Opfer verlassen gewöhnlich zu bestimmten Zeiten ihre Wohnung, um z.B. ihrer Erwerbstätigkeit nachzugehen, Einkäufe zu tätigen, in den Urlaub zu fahren etc., während potentielle Täter ebenfalls ihren legalen Routineaktivitäten folgen und dabei geeignete Gelegenheiten wahrnehmen bzw. nutzen.⁹⁸

Entscheidend ist nun, dass die Routineaktivitäten fast aller Menschen durch die im Laufe der Corona-Krise getroffenen behördlichen Maßnahmen (Anordnung eines vermehrten Homeoffice, Absage aller öffentlicher Veranstaltungen, Reiseverbote, Schließung von Kindergärten und Schulen usw.) weitgehend unterbrochen wurden. Hinzu kam, dass die Polizei verstärkt Präsenz zeigte, um die Einhaltung der vorgegenommenen Maßnahmen zu kontrollieren. Die Gelegenheitsstruktur für Wohnungseinbrüche war daher während der Pandemie überaus ungünstig, weil der Großteil der Menschen sich deutlich häufiger als sonst zu Hause befand und mehr Polizeibeamte Streife fuhren. Eingebettet in die Theorie heißt das: Es waren weniger tatgeneigte Personen unterwegs, die ihren Routineaktivitäten nachgingen (1). Zudem waren deutlich mehr Wohnungen tagsüber bewohnt und daher als Ziel nicht attraktiv (2). Schließlich dürfte die vermehrte Polizeipräsenz bei potentiellen Tätern zumindest den Eindruck erweckt haben, es seien deutlich mehr schutzbereite Dritte als sonst in der Nähe (3).

III. Ergebnis

Mit der von P angesprochenen Theorie lässt sich ein tatsächlicher Rückgang der Wohnungseinbruchdiebstähle daher gut erklären.

⁹⁶ *Kunz/Singelnstein* (Fn. 87), § 12 Rn. 53.

⁹⁷ *Gluba*, *Kriminalistik* 2014, 347 (348).

⁹⁸ *Cohen/Felson*, *American Sociological Review* 44 (1979), 588 (591); *Göppinger* (Fn. 84), § 11 Rn. 10.

Entscheidungsbesprechung

Reduzierung von Gewerberaummiete aufgrund von coronabedingten Geschäftsschließungen?

1. Die durch die COVID-19-Pandemie bedingte Schließung eines Einzelhandelsgeschäfts führt nicht zu einem Mangel der Mietsache im Sinne von § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dem Vermieter wird dadurch die vertraglich geschuldete Leistung zur Überlassung und Erhaltung der Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand auch nicht ganz oder teilweise unmöglich.

2. Im Fall einer Geschäftsschließung, die auf einer hoheitlichen Maßnahme zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie beruht, kommt grundsätzlich ein Anspruch des Mieters von gewerblich genutzten Räumen auf Anpassung der Miete wegen Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB in Betracht.

3. Bei der Prüfung, ob dem Mieter ein Festhalten am Vertrag unzumutbar ist, verbietet sich eine pauschale Betrachtungsweise. Maßgeblich sind vielmehr sämtliche Umstände des Einzelfalls. Daher sind auch die finanziellen Vorteile zu berücksichtigen, die der Mieter aus staatlichen Leistungen zum Ausgleich der pandemiebedingten Nachteile erlangt hat.

(Amtliche Leitsätze)

BGB §§ 275 Abs. 1, 313 Abs. 1, 326 Abs. 1, 536 Abs. 1 S. 1
EGBGB Art. 240 § 2, Art. 240 § 7

BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21¹

I. Einleitung

Mit dem hier besprochenen Urteil hat der BGH zum ersten Mal seit dem Ausbruch der COVID-19-Pandemie über die Frage entschieden, ob und wenn ja in welcher Höhe die Miete im Gewerbemietrecht aufgrund einer coronabedingten und behördlich angeordneten Geschäftsschließung herabgesetzt werden kann.² Vor der Entscheidung des BGH existierte zu dieser Frage eine kleine Bandbreite unterschiedlicher Judikatur der unteren Instanzgerichte.³ Umstritten war hierbei unter anderem die Frage, ob eine aufgrund behördlichen Maßnahmen durchzuführende Geschäftsschließung zu einem Mangel i.S.v. § 536 Abs. 1 S. 1 BGB führt und ob z.B. eine pauschale Herabsetzung der Miete nach § 313 Abs. 1 BGB um die Hälfte zulässig sei.⁴

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=84fc832218ca55b63469e7b39f02dfa3&nr=126855&pos=0&anz=1&blank=1.pdf> (23.2.2022).

² Zur gutachterlichen Lösung eines Falls mit entsprechendem Schwerpunkt vgl. bereits *Brinkmann*, ZJS 2020, 195.

³ Siehe hierzu z.B. LG München I, Urt. v. 22.9.2020 – 3 O 4495/20 und OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 19.3.2021 – 2 U 143/20.

⁴ Vgl. hierzu nur *Leo*, NZM 2021, 249 (249 f.).

II. Sachverhalt

Die Vermieterin beehrte als Klägerin von der beklagten Mieterin (hier: Textildiscounter KiK)⁵ die Zahlung von Gewerberaummiete für April 2020. Die Vermietung des Gebäudes und der Parkplätze erfolgte laut Mietvertrag vom September 2013 „ausschließlich zu gewerblichen Zwecken zur Nutzung als Verkaufs- und Lagerräume eines Einzelhandelsgeschäfts für Textilien aller Art, sowie Waren des täglichen Ge- und Verbrauchs“. Der Mietvertrag enthielt außerdem eine Klausel, wonach unter anderem im Falle von Katastrophen dem Mieter ein Recht auf Mietminderung oder Schadensersatz nicht zustehe.

Aufgrund von Allgemeinverfügungen des Sächsischen Staatsministeriums für Soziales und Gesellschaftlichen Zusammenhalt⁶ musste die Mieterin ihr Einzelhandelsgeschäft vom 19.3.2020 bis einschließlich 19.4.2020 schließen. Die Mieterin erbrachte die Miete für April 2020 nicht.

III. Entscheidung

Der BGH hat sich der Auffassung der Vorinstanz nicht in allen Punkten angeschlossen, das angefochtene Urteil⁷ aufgehoben und an das Oberlandesgericht Dresden zurückverwiesen.

1. Kein Ausschluss der Anwendbarkeit mietrechtlicher Gewährleistungsvorschriften und des allgemeinen Leistungsstörungsrechts aufgrund von Art. 240 § 2 EGBGB

Als erstes prüft der BGH die Anwendbarkeit mietrechtlicher Gewährleistungsvorschriften und Vorschriften des allgemeinen schuldrechtlichen Leistungsstörungsrechts. Dabei geht er mit der überwiegenden Auffassung⁸ davon aus, dass Art. 240 § 2 EGBGB die Anwendbarkeit der eben genannten Vorschriften nicht ausschließt.⁹ Nach Art. 240 § 2 EGBGB kann der Vermieter ein Mietverhältnis über Grundstücke oder Räume nicht allein aus dem Grund kündigen, dass der Mieter im Zeitraum vom 1.4.2020 bis 30.6.2020 trotz Fälligkeit der

⁵ Abrufbar unter

<https://www.zdf.de/nachrichten/politik/bgh-miete-urteil-corona-100.html> (23.2.2022).

⁶ „Allgemeinverfügung Vollzug des Infektionsschutzgesetzes Maßnahmen anlässlich der Corona-Pandemie Verbot von Veranstaltungen“ v. 18.3.2020 (hier: Ziffer 1) und v. 20.3.2020 (hier: Ziffer 2).

⁷ OLG Dresden, Urt. v. 24.2.2021 – 5 U 1782/20.

⁸ OLG München, Beschl. v. 17.1.2021 – 32 U 6358/20, Rn. 16 ff. (juris); OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 19.3.2021 – 2 U 143/20, Rn. 29 ff. (juris); *Häublein*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2021, EGBGB Art. 240 § 2 Rn. 6; *Geib*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum Zivilrecht, Stand: 1.1.2022, EGBGB Art. 240 § 2 Rn. 18, 20; *Wiederhold*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 60, Stand: 1.11.2021, EGBGB Art. 240 § 2 Rn. 10; *Brinkmann/Thüsing*, NZM 2021, 5 (9 f.); *Zehelein*, NZM 2020, 390 (401); *Streyl*, NZM 2020, 817 (823); *Klose*, NZM 2021, 832 (832 f.); *Warmuth*, COVuR 2020, 16 (17).

⁹ BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, Rn. 18.

Miete diese nicht leistet. Dabei muss die Nichtleistung der Miete auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruhen. Weder der Wortlaut der Vorschrift noch der Gesetzeszweck¹⁰ oder die Gesetzesbegründung¹¹ sprächen für die gegenteilige Ansicht.¹²

2. Kein Mietmangel i.S.v. § 536 Abs. 1 S. 1 BGB

Als nächstes nimmt der BGH eine Prüfung des Mietmangels i.S.v. § 536 Abs. 1 S. 1 BGB vor. Dabei wird er bei der Suche nach möglichen Mängeln durchaus kreativ. Auch bei der Prüfung des Vorliegens eines Mietmangels schließt sich der BGH zumindest im Ergebnis der überwiegenden Auffassung¹³ an, nach der ein Mangel i.S.v. § 536 Abs. 1 S. 1 BGB nicht vorliegt.¹⁴ Voraussetzung für einen Mangel im vorliegenden Fall sei, dass die gesetzgeberische Maßnahme eine Gebrauchsbeschränkung bewirkt und diese unmittelbar im Zusammenhang „mit der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage des Mietobjekts“¹⁵ steht. Hier jedoch knüpften die Maßnahmen an den Geschäftsbetrieb der Mieterin an,¹⁶ da das Mietobjekt trotz der Schließungsanordnung aufgrund der Allgemeinverfügung für den vereinbarten Mietzweck zur Verfügung stand. Es sei weder die Nutzung der Geschäftsräume noch deren Überlassung an die Mieterin verboten worden.¹⁷

Auch eine faktische Zugangsverhinderung/-beschränkung der Mieträume durch die Allgemeinverfügung für potenzielle Kunden begründe keinen Mietmangel. Die Zugangsbeschränkung müsse „unmittelbar mit der Lage oder der Beschaffenheit des Mietobjekts in Verbindung“¹⁸ stehen. Hier aber galt die Allgemeinverfügung flächendeckend, d.h. für alle in Sachsen liegende Geschäfte, die nicht unter die Ausnahmen der Allgemeinverfügungen fielen. Auf das konkrete Umfeld und seine Bedingungen wäre es daher nicht angekommen.¹⁹

Auch aufgrund des Mietzwecks lag laut der Auslegung des BGH kein Mietmangel vor, da der Mieter das Leistungsversprechen des Vermieters im Zweifel nicht dahingehend verstehen dürfe, dass ihm die vertraglich „vereinbarte Nut-

zung unter allen erdenklichen Umständen“ gewährt werden sollte.²⁰

Aufgrund eines anderen Verständnisses des mietrechtlichen Mangelbegriffes könne die Rechtsprechung des Reichsgerichts²¹ nicht für die Begründung eines Mietmangels herangezogen werden.²²

3. Keine Unmöglichkeit der Leistungserbringung nach §§ 326 Abs. 1, 275 Abs. 1 BGB

Bei der Prüfung der Unmöglichkeit der Leistungserbringung nach §§ 326 Abs. 1, 275 Abs. 1 BGB bezieht sich das Gericht auf die bereits vorgebrachte Argumentationslinie. Danach solle der Vermieter den Gebrauch der Mietsache zum vereinbarten Mietzweck weiterhin gewähren können. Zudem hatte er keine Einstandspflicht für pandemisch bedingte, hoheitlich angeordnete Schließungen übernommen. Eine Unmöglichkeit der Leistungserbringung nach §§ 326 Abs. 1, 275 Abs. 1 BGB liege nicht vor.²³

4. Störung der Geschäftsgrundlage

Der BGH erkennt in seinem Urteil die Möglichkeit an, dass der Mieter von Gewerberäumen einen Anspruch auf Mietanpassung wegen der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 1 BGB hat.²⁴

a) Schwerwiegende Veränderung der Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, nach Vertragsschluss

Bei der Prüfung des § 313 Abs. 1 BGB geht der BGH ganz lehrbuchmäßig vor. So läge hier eine schwerwiegende Änderung der Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, vor.²⁵ Keine der beiden Vertragsparteien hätte zum Zeitpunkt des Mietvertragsschlusses die Vorstellung gehabt, dass es während der Mietzeit zu einer Pandemie und „damit verbundenen erheblichen hoheitlichen Eingriffen in den Geschäftsbetrieb“ der Mieterin kommen werde, durch die die „Nutzung der Mieträume eingeschränkt wird“. Daher sei hier die sog. große Geschäftsgrundlage betroffen.²⁶ Hierfür spreche auch Art. 240 § 7 EGBGB.²⁷ Hiernach wird vermutet,

¹⁰ Siehe hierzu BT-Drs. 19/18110, S. 1 und S. 35.

¹¹ Siehe hierzu BT-Drs. 19/18110, S. 35 f.

¹² BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, Rn. 20.

¹³ OLG München, Beschl. v. 17.2.2021 – 32 U 6358/20, Rn. 3 ff. (juris); OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.2.2021 – 7 U 109/20, Rn. 15 ff. (juris); KG Berlin, Urt. v. 1.4.2021 – 8 U 1099/20, Rn. 90 ff. (juris); OLG Schleswig-Holstein, Urt. v. 16.6.2021 – 12 U 148/20, Rn. 45 f. (juris); OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 19.3.2021 – 2 U 143/20, Rn. 32 ff. (juris); *Sittner*, NJW 2020, 1169 (1171); *Leo/Götz*, NZM 2020, 402 (403); *Zehlein*, NZM 2020, 390 (392 ff.); *Klose*, NZM 2021, 832 (833 ff.); *Häublein/Müller*, NZM 2020, 481 (483 ff.); *Butenberg u.a.*, NZM 2020, 493 (497).

¹⁴ BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, Rn. 29.

¹⁵ BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, Rn. 31.

¹⁶ BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, Rn. 32.

¹⁷ BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, Rn. 34.

¹⁸ BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, Rn. 35.

¹⁹ BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, Rn. 35.

²⁰ BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, Rn. 36.

²¹ Diese Rspr. des Reichsgerichts ging in RGZ 87, 277 (280) und RGZ 89, 203 (205) davon aus, dass ein Mangel vorliege, wenn die Durchführung von Tanzveranstaltungen durch die Polizei aufgrund des Ersten Weltkrieges untersagt wird.

²² BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, Rn. 37 ff.

²³ BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, Rn. 40.

²⁴ BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, Rn. 41.

²⁵ BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, Rn. 43.

²⁶ BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, Rn. 45; die große Geschäftsgrundlage definiert der BGH in Rn. 45 als „die Erwartung der vertragsschließenden Parteien, dass sich die grundlegenden politischen, wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen eines Vertrages nicht etwa durch Revolution, Krieg, Vertreibung, Hyperinflation oder eine (Natur-)Katastrophe ändern und die Sozialexistenz nicht erschüttert werde“.

²⁷ BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, Rn. 46; im Folgenden setzt sich der BGH auch mit einer Auffassung im Schrift-

dass sich ein Umstand i.S.v. § 313 Abs. 1 BGB, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat, wenn vermietete Grundstücke oder Räume, die keine Wohnräume sind, infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie für den Betrieb des Mieters nicht oder nur mit erheblicher Einschränkung verwendbar sind.

b) Alleiniges Verwendungsrisiko des Mieters?

Weiterhin sei kein Raum für die Anwendung des § 313 BGB gegeben, wenn es um Erwartungen und Umstände gehe, die aufgrund von vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich einer Vertragspartei fallen sollen.²⁸ Hier habe die Mieterin allerdings nicht das „alleinige Verwendungsrisiko für den Fall einer pandemiebedingten Schließung“ durch Vertrag übernommen.²⁹ Die oben in der Sachverhaltsdarstellung aufgenommene Regelung zum Ausschluss von Mängel- und Schadensersatzansprüchen könne für eine gegenteilige Ansicht nicht herhalten. Zu diesem Ergebnis kommt der BGH durch die Auslegung des Vertrages.³⁰

c) Hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie die Veränderung vorausgesehen hätten?

Zudem hätten beide Parteien den Mietvertrag mit anderem Inhalt abgeschlossen, wenn sie im Jahr 2013 die Möglichkeit einer Pandemie und damit möglicherweise einhergehende Schließungsanordnungen vorausgesehen und bedacht hätten. Dann hätten die Parteien eine Möglichkeit zur Mietanpassung vorgesehen.³¹

d) Unzumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag für eine Vertragspartei unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles?

Grundsätzlich trage der Mieter das Verwendungsrisiko der Mietsache, wozu auch die Nichterfüllung der Gewinnerwartung aufgrund eines nachträglich eingetretenen Umstandes gehöre.³² Sofern die „enttäuschte Gewinnerwartung des Mieters jedoch auf einer hoheitlichen Maßnahme zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie wie einer Betriebsschließung für einen gewissen Zeitraum“³³ beruht, so gehe diese über das normale Verwendungsrisiko des Mieters hinaus.³⁴ Hier seien die wirtschaftlichen Nachteile Folge umfangreicher staatlicher Eingriffe unter anderem in das wirtschaftliche Leben. Hierfür könne keine der Vertragsparteien verantwortlich gemacht werden. Das mit dieser Systemkrise verbundene Risiko könne in

der Regel keiner Vertragspartei ausschließlich zugewiesen werden.³⁵

Für die Prüfung der Unzumutbarkeit ist laut BGH eine umfassende Abwägung unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles erforderlich. Eine pauschale Herabsetzung der Miete um die Hälfte komme daher nicht in Betracht.³⁶ Laut BGH sind bei einer Entscheidung einige Punkte zu berücksichtigen. Darunter fallen sowohl beim Mieter entstandene Nachteile durch die Geschäftsschließung und deren Dauer (hierbei sei nur auf den Umsatzrückgang des konkreten Mietobjektes abzustellen) als auch welche Maßnahmen der Mieter ergriffen hat oder ergreifen konnte, um drohende Verluste während der Schließung zu verhindern.³⁷ Weiterhin müssen laut BGH Leistungen des Staates zum Ausgleich pandemiebedingter Nachteile berücksichtigt werden. Auch Leistungen einer einstandspflichtigen Betriebsversicherung seien einzubeziehen. Außer Betracht blieben dagegen Darlehen als staatliche Unterstützungsmaßnahme, eine tatsächliche Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz des Mieters sei nicht erforderlich.³⁸ Bei der Abwägung seien auch die Interessen des Vermieters zu berücksichtigen.³⁹

Zuletzt widmet sich der BGH noch der Beweislast in Fällen der pandemiebedingten Geschäftsschließung und der Berufung auf § 313 Abs. 1 BGB. Diese liege grundsätzlich beim Mieter. Kann dieser nicht nachweisen, dass er sich vergeblich um mögliche staatliche Hilfsleistungen bemüht hat, obwohl er noch keine staatlichen Unterstützungsleistungen erhalten hat, so werde der Mieter so behandelt, als hätte er die staatlichen Unterstützungsleistungen bereits erhalten. Sofern der Vermieter behauptet, dass die vom Mieter angeführten Verluste nicht auf der COVID-19-Pandemie beruhen, treffe den Vermieter die Darlegungs- und Beweislast.⁴⁰

IV. Zusammenfassung

Nun ist mit einiger Examensrelevanz höchstrichterlich festgestellt, dass in Fällen einer coronabedingten Geschäftsschließung kein Mangel i.S.v. § 536 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegt. Eine Lösung über § 313 Abs. 1 BGB ist möglich und ist jetzt für die Prüfung der Unzumutbarkeit i.S.v. § 313 Abs. 1 BGB mit einigen Kriterien für die durch den Mieter zu erbringenden Nachweise gefüllt worden. Zumindest dies wird die Rechtspraxis künftig ein wenig erleichtern. Eine pauschale Halbierung der Miete ist allerdings nicht möglich.

Dipl.-Jur. Pascal Bayer, Stadecken-Elsheim

tum auseinander, die eine echte Rückwirkung des Art. 240 § 7 EGBGB annimmt.

²⁸ BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, Rn. 49.

²⁹ BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, Rn. 50.

³⁰ BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, Rn. 51.

³¹ BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, Rn. 52.

³² BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, Rn. 54.

³³ BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, Rn. 55.

³⁴ BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, Rn. 55.

³⁵ BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, Rn. 55.

³⁶ BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, Rn. 57.

³⁷ BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, Rn. 58.

³⁸ BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, Rn. 59.

³⁹ BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, Rn. 60.

⁴⁰ BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, Rn. 61.

Entscheidungsbesprechung

Bundesnotbremse II (Schulschließungen)

1. Aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 GG folgt ein Recht der Kinder und Jugendlichen gegenüber dem Staat, ihre Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit auch in der Gemeinschaft durch schulische Bildung zu unterstützen und zu fördern (Recht auf schulische Bildung).

2. Das Recht auf schulische Bildung umfasst verschiedene Gewährleistungsdimensionen:

a. Es vermittelt den Kindern und Jugendlichen einen Anspruch auf Einhaltung eines für ihre chancengleiche Entwicklung zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten unverzichtbaren Mindeststandards von Bildungsangeboten, enthält jedoch keinen originären Leistungsanspruch auf eine bestimmte Gestaltung staatlicher Schulen.

b. Aus dem Recht auf schulische Bildung folgt zudem ein Recht auf gleichen Zugang zu staatlichen Bildungsangeboten im Rahmen des vorhandenen Schulsystems.

c. Das Recht auf schulische Bildung umfasst auch ein Abwehrrecht gegen Maßnahmen, welche das aktuell eröffnete und auch wahrgenommene Bildungsangebot einer Schule einschränken, ohne das in Ausgestaltung des Art. 7 Abs. 1 GG geschaffene Schulsystem als solches zu verändern.

3. Entfällt der schulische Präsenzunterricht aus überwiegenden Gründen der Infektionsbekämpfung für einen längeren Zeitraum, sind die Länder nach Art. 7 Abs. 1 GG verpflichtet, den für die Persönlichkeitsentwicklung der Kinder und Jugendlichen unverzichtbaren Mindeststandard schulischer Bildung so weit wie möglich zu wahren. Sie haben dafür zu sorgen, dass bei einem Verbot von Präsenzunterricht nach Möglichkeit Distanzunterricht stattfindet.

4. Bei einer lange andauernden Gefahrenlage wie der Corona-Pandemie muss der Gesetzgeber seinen Entscheidungen umso fundiertere Einschätzungen zugrunde legen, je länger die zur Bekämpfung der Gefahr ergriffenen belastenden Maßnahmen anhalten. Allerdings dürfte der Staat große Gefahren für Leib und Leben am Ende nicht deshalb in Kauf nehmen, weil er nicht genug dazu beigetragen hat, dass freiheitsschonendere Alternativen zur Abwehr dieser Gefahren erforscht wurden.

5. Eine die Zustimmungsbefähigung des Bundesrates gemäß Art. 104a Abs. 4 GG auslösende bundesgesetzliche Verpflichtung der Länder zur Erbringung von Geldleistungen, geldwerten Sachleistungen oder vergleichbaren Dienstleistungen gegenüber Dritten liegt nur dann vor, wenn das Gesetz nach seinem objektiven Regelungsgehalt bezweckt, Dritten individuelle Vorteile durch staatliche Leistungen zu verschaffen.
(Amtliche Leitsätze)

GG Art. 2 Abs. 1, Art. 7

BVerfG (Erster Senat), Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21¹

Vorbemerkung: Lernziele der Lektüre dieser Besprechung

Die Besprechung handelt von einer Entscheidung, in der das BVerfG ein neues Grundrecht entwickelt hat. Sie soll dabei helfen, diesen Vorgang richterlicher Maßstabsetzung nachzuvollziehen und zu reflektieren. Ein weiteres Lernziel der Lektüre besteht darin, das neue Grundrecht in die Grundrechtsdogmatik einordnen und es in künftigen Fällen anwenden zu können.

I. Einleitung: Kontext der Entscheidung und Problemaufriss

Als die Infektionswerte der Corona-Pandemie im April 2021 ein weiteres Mal dynamisch anstiegen, gab es in Deutschland einen dritten „Lockdown“. Die Maßnahmen wurden diesmal nicht von den Landesregierungen in der Form von Rechtsverordnungen, sondern durch Bundesgesetz geregelt (so genannte „Bundesnotbremse“ in § 28b IfSG). Dabei handelte es sich um eine zeitlich bis Ende Juni 2021 befristete, also vorübergehende, Änderung des IfSG. Mit diesem Änderungsgesetz beschäftigten sich zwei Grundsatzbeschlüsse des *Ersten Senats* des BVerfG vom November 2021: „Bundesnotbremse I“² (dazu die Besprechung in ZJS³) und „Bundesnotbremse II“. Während in der ersten Entscheidung mehrere Verfassungsbeschwerden gegen Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen zusammengefasst wurden, hat das BVerfG die angeordneten Schulschließungen zwar parallel, aber in einem eigenen Verfahren behandelt.

Der im Hinblick auf Schulschließungen einschlägige § 28b Abs. 3 S. 3 IfSG⁴ lautete:

„Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 165, so ist ab dem übernächsten Tag für allgemeinbildende und berufsbildende Schulen, Hochschulen, außerschulische Einrichtungen der Erwachsenenbildung und ähnliche Einrichtungen die Durchführung von Präsenzunterricht untersagt.“

Die Schulschließungen betrafen im Vergleich zu anderen Corona-Maßnahmen eine Interessenkonstellation ganz eigener Art:

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/11/rs20211119_1bvr097121.html.

² BVerfG (*Erster Senat*), Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 u.a. Die Entscheidung ist abrufbar unter https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/11/rs20211119_1bvr078121.html.

³ Michael, ZJS 2022, 106.

⁴ Eingefügt durch Gesetz v. 22.4.2021, BGBl. I 2021, S. 805, mit Wirkung v. 23.4.2021 mit Geltung bis zum 30.6.2021.

Erstens werden diese elementaren Interessen der schulpflichtigen Kinder und Jugendlichen im geschriebenen Verfassungsrecht des Grundgesetzes nicht in der gleichen Weise durch eigene Grundrechte abgebildet wie die Interessen Erwachsener. Dabei gehört die Erfüllung des staatlichen Bildungsauftrages⁵ zu den objektiven Grundvoraussetzungen der Zukunftsfähigkeit einer demokratischen Gesellschaft. Aus der Verfassung lassen sich zwar nur begrenzt Folgerungen ableiten, wie Bildungsziele in der Breite zu optimieren sind und wie sich das staatliche Schulsystem dem Ziel der Chancengleichheit annähern kann. Bei den Schulschließungen ging es aber nicht um Fragen der Optimierung, sondern um einen Totalausfall schulischer Bildung bzw. um Minimalanforderungen an einen Ersatz für Präsenzünterricht. Schulschließungen über einen nicht unerheblichen Zeitraum sind nicht zuletzt ein Gleichheitsproblem, weil sie durch die Familien in sehr unterschiedlichem Maße (teilweise) kompensiert werden können. Denn das „Homeschooling“ fand in sehr unterschiedlichen Lebens- und Wohnverhältnissen statt. Während manche zum häuslichen Lernen weder ein geeignetes Umfeld hatten noch von ihren Eltern unterstützt werden konnten, wurden andere Kinder mit verschiedensten Unterstützungsmaßnahmen individuell gefördert. Das verschärft ohnehin bestehende Chancenungleichheiten und kann einer offenen Gesellschaft nachhaltigen Schaden zufügen. Ungleich wurden Kinder auch durch das Wegbrechen der sozialen Gemeinschaft der Schule getroffen: Für manche Kinder entfiel die für die Entwicklung der Persönlichkeit so wichtige Möglichkeit der Kommunikation mit Gleichaltrigen gänzlich.

Zweitens diene diese Maßnahme nicht in erster Linie dem Selbstschutz der betroffenen schulpflichtigen Kinder und Jugendlichen, sondern vielmehr dem Schutz Erwachsener vor einer Verbreitung des Virus durch Minderjährige. Denn die seinerzeit sich verbreitenden Virus-Varianten führten kaum zu schwersten oder gar tödlichen Krankheitsverläufen bei Minderjährigen (Rn. 118).

Das alles hat das BVerfG zum Anlass genommen, das Grundgesetz in Sachen eines eigenen Grundrechts schulpflichtiger Kinder auf Bildung „nachzurüsten“. Schon die Leitsätze machen deutlich, dass die hierbei aufgestellten Maßstäbe weit über Maßnahmen des Infektionsschutzes in einer Pandemie hinausreichen. Das BVerfG entwickelt vielmehr ganz allgemein ein *Grundrecht auf schulische Bildung* (Leitsatz 1) und es lotet bei dieser Gelegenheit mit Blick auf zukünftige Fälle in der Breite und in der Tiefe aus, welche Gewährleistungsdimensionen dieses neue Grundrecht haben soll (Leitsatz 2).

Die folgende Besprechung ist in drei Schritte gegliedert: Zunächst wird nachgezeichnet, wie das BVerfG das Grund-

recht auf schulische Bildung als Maßstab für den vorliegenden Fall entwickelt (II.). Sodann werden die praktischen Konsequenzen der so gewonnenen verfassungsrechtlichen Maßstäbe für zukünftige Maßnahmen des Infektionsschutzes gezogen (III.). Schließlich werden die Konsequenzen für die Grundrechtsdogmatik und damit Fragen einer Anwendung der Maßstäbe auch in anderen Fällen jenseits einer Pandemie behandelt (IV.).

II. Das Recht auf schulische Bildung als Schließung einer normativen Lücke

Im Leitsatz 1 macht der *Erste Senat* des BVerfG deutlich, dass es in dem Beschluss um ein neues Grundrecht geht: Der Leitsatz stellt die Existenz dieses neuen Grundrechts fest und gibt ihm den Namen „Recht auf schulische Bildung“. Das ist maßstabsetzend, weil das Grundgesetz ein solches Grundrecht nicht explizit gewährleistet. Vielmehr leitet das BVerfG das Grundrecht indirekt aus zwei Bestimmungen des Grundrechtskataloges ab: „Aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 GG folgt“ (d.h. folgert das BVerfG) das Grundrecht auf schulische Bildung.

Nach dem Verständnis des BVerfG sind die Art. 1–19 GG nicht als Katalog abschließend aufgezählter einzelner Grundrechte zu interpretieren. Art. 2 Abs. 1 GG dient in Verbindung mit anderen Gewährleistungen als textlicher Anknüpfungspunkt dafür, Grundrechte zu entwickeln, die gleichsam „zwischen“ diesen Gewährleistungen liegen bzw. sich aus deren Kombination ergeben. So leitet das BVerfG aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG das allgemeine Persönlichkeitsrecht ab, dessen Ausprägungen als „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“⁶ und als „Grundrecht der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“⁷ als je eigenständige Grundrechte in die allgemeine Grundrechtsdogmatik eingegangen sind. Das ist weder neu noch einmalig. Neu ist auch nicht, dass das BVerfG auf diese Weise Grundrechte von Kindern herleitet. Bereits 1968 hat das BVerfG anerkannt, dass ein „Kind als Grundrechtsträger selbst Anspruch auf Schutz des Staates hat. Das Kind ist ein Wesen mit eigener Menschenwürde und dem eigenen Recht auf Entfaltung seiner Persönlichkeit i.S.d. Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG.“⁸ Inzwischen stützt das BVerfG auf Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG „ein auf die tatsächliche Pflichtenwahrnehmung durch Eltern gerichtetes subjektives Gewährleistungsrecht des Kindes gegenüber dem Staat“⁹. Etwas vereinfacht ließe sich dies als „Grundrecht auf Pflege und Erziehung“ bezeichnen.

⁵ BVerfGE 34, 165 (182 f.); 47, 46 (71 f.); 52, 223 (235 f.); 93, 1 (21); 98, 218 (244); 138, 296 (338); 148, 296 (370); *Badura*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 74. Lfg., Stand: Mai 2015, Art. 7 Rn. 52; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 7 Rn. 1; *Uhle*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, 50. Ed., Stand: 15.2.2022, Art. 7 Rn. 21.

⁶ BVerfGE 65, 1 (43); seither st. Rspr., vgl. BVerfGE 78, 77 (84); 84, 192 (194); 92, 191 (197); 101, 106 (121); 115, 166 (187 f.); 115, 320 (341); 117, 202 (228); 118, 168 (184); 120, 351 (360).

⁷ BVerfGE 120, 274 (302 ff.); seither st. Rspr., vgl. BVerfGE 124, 43 (57); 133, 277 (373 f. Rn. 226); 141, 220 (303 f. Rn. 209 f.).

⁸ BVerfGE 24, 119 (144).

⁹ BVerfGE 133, 59 (73 f. Rn. 41 f.) – Sukzessivadoption.

An dem zuletzt genannten Beispiel lässt sich zeigen, dass auf diese Weise nicht nur zwei Grundrechte nebeneinander wirken, sondern in der Kombination ein zusätzliches Grundrecht entsteht: Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG adressiert nämlich explizit lediglich die Eltern. „Pflege und Erziehung der Kinder sind“ danach „das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht“. Auch Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG ergänzt dies nicht durch korrespondierende Rechte und Ansprüche der Kinder, sondern bringt „die staatliche Gemeinschaft“ in Stellung, die über die elterliche Erziehung „wacht“. Der Sinn des Art. 6 Abs. 2 GG ist dabei freilich nicht der Schutz eines Eigeninteresses der Eltern, sich durch die Erziehung ihrer Kinder selbst zu entfalten. Es handelt sich – ausnahmsweise – nicht um ein „eigennütziges“ Grundrecht. Vielmehr steht die Autonomie der elterlichen Erziehung im „fremdnützigen“ Interesse der zu erziehenden Kinder¹⁰ und stellt sich zu deren Gunsten für sich genommen als objektivrechtliche Norm dar. Das Grundgesetz vermutet, dass eine dezentrale und autonome Erziehung durch die Eltern grundsätzlich dem Kindeswohl am meisten entspricht.¹¹ Zur Ausübung dieses „natürlichen“ Rechts brauchen die Eltern keine Erlaubnis und keinen „Führerschein“ (obwohl es sich um eine Tätigkeit handelt, die nicht einfacher und nicht weniger gefahrgeneigt ist als das Steuern eines Kraftfahrzeuges). Die Gefährdung des Kindeswohls im Einzelfall setzt der Autonomie der Eltern Grenzen und ist der in Art. 6 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG vorausgesetzte innere Rechtfertigungsgrund für das staatliche Wächteramt, das durch die Jugendämter ausgeübt wird.¹²

Das BVerfG denkt diese Konzeption um „zwei Ecken“ weiter: Die in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG genannte elterliche Pflicht wird nicht rein objektivrechtlich verstanden, sondern sie korrespondiert einem Recht der Kinder. Und dieses Recht ist nicht nur ein (privates) Recht den Eltern gegenüber, sondern ein echtes Grundrecht gegenüber dem Staat, das nach Art. 1 Abs. 3 GG alle staatlichen Gewalten unmittelbar bin-

det. Danach handelt Art. 6 Abs. 2 GG nicht nur von Kindern und deren Interessen, sondern impliziert auch ein entsprechendes Eigenrecht der Kinder. Dass es sich dabei um ein Grundrecht handeln soll, wird auf den weit verstandenen Art. 2 Abs. 1 GG gestützt.¹³ Bei der Gelegenheit: Um den Mehrwert dieses echten Grundrechts der Kinder zu betonen, ist nicht zu empfehlen, ein Recht der Kinder unmittelbar auf Art. 6 Abs. 2 GG zu stützen. Dass das BVerfG¹⁴ gelegentlich in Fällen, in denen es nicht um die Verfassungsbeschwerde eines Kindes, sondern etwa um dessen Gegeninteressen ging, auf die Bezugnahme des Art. 2 Abs. 1 GG verzichtete, sollte nicht überbewertet¹⁵ werden. Dass das Kindesinteresse als objektiver Belang bereits unmittelbar in Art. 6 Abs. 2 GG gründet, bleibt unberührt. Dessen Gewicht ist auch in das Kindesgrundrecht hineinzulesen

Ähnlich – und unter Bezugnahme auf diese Rechtsprechung (Rn. 46) – konstruiert das BVerfG nunmehr (dies war in der bisherigen Rechtsprechung ausdrücklich offengelassen worden¹⁶) auch ein Recht auf schulische Bildung. Hier ist es nicht Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, sondern Art. 7 Abs. 1 GG, der i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG in Ansatz gebracht wird. Wenn wir die Vorschriften vergleichen, fällt allerdings auf, dass Art. 7 Abs. 1 GG im Gegensatz zu Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gar kein Grundrecht enthält, sondern die „Aufsicht des Staates“ über das „gesamte Schulwesen“ regelt. Das ist der Aspekt, der im Bereich der elterlichen Erziehung in Gestalt des staatlichen Wächteramts in Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG geregelt wird (und in der o.g. Rechtsprechung zum Recht auf Pflege und Erziehung nicht explizit als normative Grundlage herangezogen wird). Ein Grundrecht regelt vielmehr nur Art. 7 Abs. 4 GG und zwar auf Privatschulfreiheit. Theoretisch wäre es denkbar gewesen, aus diesem Grundrecht (wieder „um zwei Ecken“ gedacht) ein Grundrecht auf schulische Bildung abzuleiten. Da aber Privatschulen – anders als die elterliche Erziehung – nicht das Regelmodell des Grundgesetzes sind und nur einen kleinen Teil der Bildungslandschaft ausmachen, hat das BVerfG hier unmittelbar an die staatliche Aufsicht angeknüpft (was auch bei Art. 6 Abs. 1 GG denkbar gewesen wäre). Weil es bei dieser Methode der Entwicklung eines neuen Grundrechts um mehr geht als um das Zusammenwirken mehrerer Grundrechte, tut das der Konstruktion keinen Abbruch. Es geht vielmehr wieder darum, aus objektivrechtlichen Verfassungsgehalten ein subjektives Grundrecht zugunsten derjenigen abzuleiten, denen die objektive Verfassungsnorm dienen

¹⁰ BVerfGE 59, 360 (376 f.); 61, 358 (371 f.); 72, 122 (137); 84, 168 (184); 121, 69 (92); *Badura* (Fn. 5), Art. 6 Rn. 94, 109; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 142; *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 145.

¹¹ BVerfGE 34, 165 (184); 59, 360 (376 f.); 60, 79 (88, 94); 61, 358 (371 f.); 133, 59 (77 f. Rn. 49); *Badura* (Fn. 5), Art. 6 Rn. 109; *Heiderhoff*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 6 Rn. 100, 141; *Jarass* (Fn. 5), Art. 6 Rn. 40; *Robbers* (Fn. 10), Art. 6 Rn. 146.

¹² BVerfGE 24, 119 (144 f.); 60, 79 (88); 99, 145 (156); 121, 69 (92); *Badura*, (Fn. 5), Art. 6 Rn. 110, 114; v. *Coelln*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 6 Rn. 79; *Heiderhoff* (Fn. 11), Art. 6 Rn. 101, 153; *Jarass* (Fn. 5), Art. 6 Rn. 45, 56; *Jestaedt/Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG, 195. Lfg., Stand: Dezember 2018, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 426; *Stern*, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4/1, 2006, S. 587.

¹³ So: BVerfGE 28, 104 (112); 61, 18 (27); 133, 59 (73 f. Rn. 41 f.); 135, 48 (84 f. Rn. 98); 151, 101 (123 f. Rn. 53); *Badura* (Fn. 5), Art. 6 Rn. 94, 135; *Brosius-Gersdorf* (Fn. 10), Art. 6 Rn. 152; *Jarass* (Fn. 5), Art. 6 Rn. 48; *Robbers* (Fn. 10), Art. 6 Rn. 182.

¹⁴ Zuletzt BVerfGE 121, 69 (93 f.).

¹⁵ So aber: v. *Coelln* (Fn. 12), Art. 6 Rn. 68, der in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG auch ein Grundrecht des Kindes auf Bildung verankert sieht; vgl. auch *Hohmann-Dennhardt*, FPR 2008, 476 (477); *Sodan*, in: Sodan (Hrsg.), Kompakt-Kommentar GG, 4. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 16.

¹⁶ BVerfGE 45, 400 (417).

soll. Die in Art. 7 Abs. 1 GG geregelte staatliche Schulaufsicht dient der Verwirklichung eines staatlichen Bildungsauftrages, der wiederum im Interesse der Schulpflichtigen ist.

Auf den ersten Blick erscheint diese Rechtsprechung zu im Grundgesetz nicht explizit geregelten, spezifischen Grundrechten der Kinder wie eine „Lückenschließung“. Die Regelungen des Art. 6 Abs. 2 GG und des Art. 7 Abs. 1 GG dienen zwar objektiv den Interessen der Kinder. Diese erhalten aber durch die Vorschriften selbst keine eigene Rechtsposition. Während zunächst allein die Eltern eine Grundrechtsposition im Interesse ihrer Kinder haben, wird ein Grundrecht auf Bildung erst dann durch Art. 12 GG geschützt, wenn eine Ausbildung bzw. ein Studium im Zusammenhang mit einer späteren Berufsqualifikation steht¹⁷. Das Recht auf schulische Bildung ist davon auch deshalb zu unterscheiden, weil es bei der Schulbildung nicht allein um das Erlernen bestimmter Kenntnisse und Fertigkeiten geht, sondern auch um die Grundlage für die Persönlichkeitsentwicklung von Kindern und Heranwachsenden.

Es gäbe freilich auch Gründe, darin eine bewusste und in sich stimmige Verfassungsentscheidung und keine „ungewollte Lücke“ zu sehen: Die Verfassung hat zwar einen denkbar weit gespannten, alle staatliche Herrschaft konstituierenden Regelungsbereich. Aber sie regelt aus guten Gründen nur wenige Essentialia verfassungsunmittelbar und überlässt dem Gesetzgeber die Ausgestaltung ebenso wie die Schaffung zusätzlicher, einfachrechtlicher Gewährleistungen. Die „Wesentlichkeitstheorie“ verweist auf den demokratischen Gesetzgeber und ist als Parlamentsvorbehalt zu verstehen (und nicht etwa als Verfassungsvorbehalt).¹⁸ Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers sind verfassungsgewollt und sollten nicht als normative Lücken des Verfassungsrechts interpretiert werden. Das Grundgesetz kennt neben den Grundrechten und den nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG außerdem mit der Verfassungsbeschwerde einklagbaren grundrechtsgleichen Rechten auch rein objektives Verfassungsrecht (z.B. Art. 20a GG). Schließlich ist es auch kein Versehen, dass die Interessen der Kinder zur Zeit der Entstehung des Grundgesetzes noch nicht als

Eigenrechte in den Grundrechtskatalog Eingang fanden. Die Wahrnehmung von Interessen der Kinder durch die Eltern ist mehr als eine Verlegenheitslösung: In einer traditionellen Lesart sind die elterlichen Rechte und Pflichten des Art. 6 Abs. 2 GG nicht nur eine Ergänzung, sondern das Substitut für Eigenrechte der Kinder.¹⁹ Schließlich ist der Grundrechtsschutz bereits dadurch ein lückenloser, dass Art. 2 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht gedeutet wird.²⁰ Es wäre deshalb auch denkbar gewesen, das mit den Schulschließungen verbundene Verbot des Schulbesuchs als „bloßen“ Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit zu deuten. Verfassungsrechtliche Anforderungen des Vorbehaltes des Gesetzes und der Verhältnismäßigkeit würden auch daraus folgen.

Daran schließt sich die Frage an, was das BVerfG zu der Annahme bewogen haben mag, dass es eines besonderen Grundrechts auf schulische Bildung bedürfe, um den Fall zu lösen und um den Interessen Schulpflichtiger auf Ebene des Verfassungsrechts Rechnung zu tragen. Im Ergebnis hält das BVerfG die Schulschließungen der „Bundesnotbremse“ für verfassungsgemäß. Es ging also nicht darum, gerade zur Lösung des vorliegenden Falles einen Maßstab zu entwickeln, der über das Schutzniveau der allgemeinen Handlungsfreiheit hinausgeht, um damit begründen zu können, warum Schulschließungen verfassungswidrig sind. Vom Ergebnis her betrachtet liefert die Entscheidung vielmehr umgekehrt Begründungen dafür, unter welchen Voraussetzungen Schulschließungen ausnahmsweise verfassungsgemäß sein können, obwohl sie den Anforderungen eines besonderen Grundrechts auf schulische Bildung genügen müssen. Vom Ergebnis her betrachtet wird also das gerade erst geschaffene, besondere Grundrecht im selben Atemzug wieder relativiert. Offenbar kam es dem BVerfG darauf an, den Begründungsaufwand zu erhöhen. Bei den Grundrechten als relativen Prinzipien geht es eben darum, Interessen zu gewichten und abzuwägen. Von dem Beschluss geht die rhetorische Botschaft aus, dass das BVerfG die Interessen der Schulpflichtigen nicht weniger wichtig nimmt als die Beeinträchtigung von Grundrechten, die explizit im Grundgesetz verankert sind. Im Gegenteil: Das BVerfG betont, dass es sich um besonders schwerwiegende Interessen handelt. Das BVerfG macht sich zum Hüter dieser Interessen und die Verfassungsbeschwerde soll den Zugang aller zu einer solchen Verfassungskontrolle eröffnen.

Für diesen Ansatz streiten ebenfalls gute Gründe: Das Grundgesetz entfaltet als Verfassung eine umfassende Integrationswirkung²¹, indem essentielle Individualinteressen aller

¹⁷ BVerfGE 41, 251 (261 f.); 58, 257 (273 f.); *Breuer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 8, 3. Aufl. 2010, § 170 Rn. 140; *Jarass* (Fn. 5), Art. 12 Rn. 93 f.; *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 11), Art. 12 Rn. 63; *Mann*, in: Sachs (Fn. 12), Art. 12 Rn. 89; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 10), Art. 12 Rn. 62; *Wieland*, in: Dreier (Fn. 10), Art. 12 Rn. 25; a.A. *Dietlein*, in: Stern (Fn. 12), S. 1826 f.

¹⁸ BVerfGE 33, 125 (158); 40, 237 (248 ff.); 47, 46 (78 ff.); 49, 89 (126 ff.); 58, 257 (268 ff.); 77, 170 (230); 84, 121 (226); *Badura*, Staatsrecht, 7. Aufl. 2018, S. 719; *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 101 Rn. 52 f.; *Robbers*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 142. Lfg., Stand: Oktober 2009, Art. 20 Abs. 1 Rn. 2005 ff., 2025 ff.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 119 f.

¹⁹ Explizit gegen ein eigenes Grundrecht der Kinder: BVerfGE 28, 104 (112); 61, 18 (27).

²⁰ BVerfGE 6, 32 (36); seither st. Rspr., vgl. BVerfGE 80, 137 (152); 90, 145 (171); 91, 335 (338); 95, 267 (303); 97, 332 (340); 113, 29 (45); 114, 371 (383 f.); *Cornils*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 168 Rn. 42, 64 ff.; *Dreier*, in: Dreier (Fn. 10), Art. 2 Abs. 1 Rn. 26, 28; *Michael/Morlok*, Grundrechte, 7. Aufl. 2020, § 10 Rn. 435, 440; *Stern* (Fn. 12), S. 894 f.

²¹ Grundlegend *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht

(und also auch der Kinder) im Zweifel als Grundrechte interpretiert werden. Das Grundgesetz insgesamt – und d.h. auch objektive Staatsaufgaben wie den Bildungsauftrag – vom Individuum her zu deuten, lässt sich auch mit Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG begründen. Der Staat ist um des Menschen willen da und nicht umgekehrt. Es ist zwar richtig und Art. 6 Abs. 2 und Art. 7 Abs. 1 GG sind auch so zu verstehen, dass Erziehung und schulische Bildung auch der Gesellschaft insgesamt zugutekommen. Aber die einzelnen Kinder bzw. Schulpflichtigen sollen nicht zugunsten eines staatlichen Interesses instrumentalisiert werden. Das wird deutlich, wenn das BVerfG sie zu Trägern eigener Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG bzw. i.V.m. Art. 7 Abs. 1 GG erklärt.

Es ist auch nicht zu verkennen: Nicht nur die Methoden und Ziele der Erziehung und der Schulbildung, sondern auch die Wahrnehmung von Kindern haben seit der Entstehung des Grundgesetzes *gewandelt*. Das BVerfG ist dafür bekannt, dass es das Grundgesetz nicht streng historisch interpretiert, sondern den Wandel von Anschauungen gegebenenfalls auch bei der Auslegung der Verfassung dynamisch berücksichtigt. Das BVerfG hat schon früh die Möglichkeit eines solchen Wandels in Betracht gezogen.²² Die o.g. Entwicklung der Grundrechtsgewährleistungen aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gehört zu den wichtigsten Beispielen eines Grundrechtswandels – wobei hier technische Entwicklungen (insbesondere die elektronische Datenverarbeitung und die digitale Vernetzung) Anlässe für die Entwicklung neuer Grundrechte waren. Der sogenannte „Verfassungswandel“ als Änderung des Inhaltes der Verfassung ohne dessen Textänderung gehört zu den umstrittensten methodischen Fragen der Grenzen der Verfassungsinterpretation.²³ Das gilt vor allem mit Blick auf die Rechtsprechung des BVerfG zu verfassungsrechtlichen Fragen von Ehe und Familie.²⁴ Diese Rechtsprechung vollzieht den tiefgreifenden Wandel partnerschaftlicher und familiärer Strukturen seit 1949 nach, so wie diese tat-

(1928), in: Smend, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 189; daran anknüpfend *Badura*, Der Staat 16 (1977), 305; *Häberle*, Verfassung als öffentlicher Prozess, 3. Aufl. 1998, S. 121; *Korioth*, Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?, in: VVDStRL 62 (2003), 117 (121); siehe auch die Beiträge in Vorländer (Hrsg.), Integration durch Verfassung, 2002; *Michael*, Integrationslehre, Staatslexikon Bd. 3, 8. Aufl. 2019, S. 346 f., siehe unter <https://www.staatslexikon-online.de/Lexikon/Integrationslehre> (24.3.2021).

²² BVerfGE 2, 380 (401).

²³ *Böckenförde*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: Böckenförde, Staat, Nation, Europa, 1999, S. 141; *Häberle*, ZfP 1974, 111 (129 ff.); *Jestaedt*, in: Depenheuer u.a. (Hrsg.), Nomos und Ethos, Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag von seinen Schülern, 2002, S. 183 (196); *Michael*, RW 2014, 426; *Vofkuhle*, Der Staat 43 (2004), 450; *Walter*, AöR 125 (2000), 517.

²⁴ BVerfGE 105, 313 (350 f.); 124, 199 (220 ff.); 126, 400 (419 ff.); 131, 239 (251 ff.); 133, 59 (78 ff.); 133, 377 (408 ff.).

sächlich gelebt und gesellschaftlich zunächst toleriert und nach und nach anerkannt wurden.

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, wenn das BVerfG auch ein gewandeltes Verständnis der Rolle von Eltern und Schule bei der Erziehung und Bildung aufgreift. Nicht nur in vorkonstitutioneller Zeit, sondern auch in der Frühzeit des Grundgesetzes wurde eine umfassende Geltung der Grundrechte im „besonderen Gewaltverhältnis“ der staatlichen Schulen noch bestritten.²⁵ Längst wurden zugunsten von Schulpflichtigen Grundrechtspositionen anerkannt. Ein Beispiel ist die „negative Religionsfreiheit“²⁶, die etwa gegen eine kopftuchtragende Lehrerin in Ansatz gebracht werden kann.²⁷

All das sind Beispiele für eine dynamische Verfassungsinterpretation, die immer wieder neue Interessen und neue Dimensionen des Rechts erschließt, für die (auch) die Grundrechte relevant sind. So ist es auch bei dem neuen Grundrecht auf schulische Bildung – wobei das BVerfG hier (wie auch bei den meisten o.g. Beispielen) eine offene Methodik praktiziert, ohne deren Konsequenzen als Grundrechtswandel zu bezeichnen. Das BVerfG geht von den aktuellen Problemen aus und legt für die Entwicklung und Konkretisierung seiner verfassungsrechtlichen Maßstäbe heutige Erkenntnisse und Maximen der Erziehung und Bildung zu Grunde.

Methodisch ist bemerkenswert, dass in der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG Bezugnahmen auf das Völkerrecht und auf das Unionsrecht und auch der Verfassungsvergleich eine zunehmende Rolle spielen. Das erweist sich im Rahmen der Interpretation des Grundgesetzes vorliegend als weiterführend. Während nämlich Kinderrechte bislang nicht durch Verfassungsänderung in den Grundrechtskatalog aufgenommen worden sind, hat sich Deutschland mehrfach völkerrechtlich zur Anerkennung solcher Rechte verpflichtet. Zu nennen sind hier das „Recht auf Bildung“ nach Art. 13 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR – BGBl. II 1973, S. 1569) und Art. 28 der VN-Kinderrechtskonvention (BGBl. II 1992, S. 121), aber auch Art. 2 S. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention (ZP I EMRK) und unionsrechtlich Art. 14 Abs. 1 GRCh. Die Einzelheiten und Inhalte sollen an dieser Stelle nicht vertieft werden.

Erinnert sei aber daran, dass es sich um ein weiteres Beispiel einer unionsrechts- und völkerrechtsfreundlichen Interpretation des – insoweit lückenhaften bzw. interpretations-offenen – deutschen Grundgesetzes handelt. Es geht hier darum, das Grundgesetz im Lichte des Völker- und Unions-

²⁵ OVG Berlin DVBl 1955, 564 (566 f.); *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 10. Aufl. 1973, S. 127 f.; Überblick bei *Stern*, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3/1, 1988, S. 1376 ff.

²⁶ BVerfGE 41, 29 (49); 108, 282 (301 f.); *Jarass* (Fn. 5), Art. 4 Rn. 13; *Mückl*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 210. Lfg., Stand: Februar 2021, Art. 4 Rn. 167 ff.; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 10), Art. 4 Rn. 23 ff.

²⁷ BVerfGE 108, 282 (301 ff.).

rechts zu interpretieren. Das Völker- und Unionsrecht ist hier nicht der unmittelbar angewendete Maßstab, sondern eine sekundäre Rechtserkenntnisquelle zur Weiterentwicklung deutscher Grundrechtsdogmatik. Primär legt das BVerfG das Grundgesetz dynamisch aus. Ergänzend betont es, dass seine Interpretation im Einklang mit dem Völker- und Unionsrecht einschließlich dessen Auslegung (hier insbesondere durch den EGMR²⁸, auf den das BVerfG in Rn. 68 explizit verweist) steht. Sogar die Bezugnahme auf fünfzehn Verfassungen anderer Mitgliedstaaten der EU wird normativ eingebunden: Ausdrücklich verweist das BVerfG (Rn. 71) darauf, dass Art. 14 Abs. 1 GRCh an die EMRK und an verfassungsrechtliche Traditionen der Mitgliedstaaten angelehnt ist und dass letztere nach Art. 52 Abs. 4 GRCh auch für die Interpretation des Art. 14 Abs. 1 GRCh indirekt relevant sind.

Durch diese Methode verleiht das BVerfG seiner dynamischen, problemorientierten und neue Maßstäbe setzenden Interpretation der nationalen Verfassung ein zusätzliches Fundament. Dass es sich bei einer solchen Grundsatzentscheidung nicht um einen deutschen Sonderweg handelt, ist umso wichtiger, je weniger sich die verfassungsrechtlichen Maßstäbe aus dem Wortlaut des Grundgesetzes und dem Willen des historischen Verfassungsgebers ergeben. Die Orientierung am Völker- und Unionsrecht als Rechtserkenntnisquelle relativiert die Rechtsprechungsspielräume des BVerfG. Allerdings ändert diese normative Verankerung einer dynamischen Verfassungsinterpretation nichts daran, dass die Macht der Gerichte insgesamt gestärkt wird und dass die Option einer expliziten Regelung von Kinderrechten im Grundgesetz durch Verfassungsänderung an Bedeutung verliert. Der verfassungsändernde Gesetzgeber braucht (vermeintliche) Lücken nicht mehr zu schließen, soweit das BVerfG entsprechende Rechte bereits anerkannt hat. Und es spricht viel dafür, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber sich bei der Formulierung einer ergänzenden Verfassungsänderung an dieser Rechtsprechung und deren textlichen Anknüpfungen anlehnen würde.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass das BVerfG die einschlägigen „landesverfassungsrechtlichen Gewährleistungen“ (Rn. 48) vergleichsweise beiläufig erwähnt und aufzählt, obwohl das Schulrecht selbst eine landesrechtliche Materie ist und das Thema vor diesem Hintergrund auch von Landesverfassungen aufgegriffen wird. Offenbar scheute der *Senat*, sich auf die verschiedenen Wortlaute in den Texten der Landesverfassungen und die Rechtsprechung dazu einzulassen. Zukünftig werden sich die Landesverfassungsgerichte voraussichtlich am neuen bundesverfassungsrechtlichen Grundrecht orientieren und darüber hinweggehen, ob in der jeweiligen Landesverfassung ein „Recht“ (Art. 11 BW-Verf) oder ein „Anspruch“ (Art. 8 NW-Verf) auf „Schulbildung“ (Art. 102 Abs. 1 SächsVerf) oder auf „Ausbildung“ (Art. 128 Abs. 1 BayVerf) geregelt ist.

Methodisch geht es nicht darum, den Wortlaut einzelner Bestimmungen auszulegen, sondern um die richterrechtliche Entwicklung eines bundesverfassungsrechtlichen Maßstabes

durch die Rechtsprechung. Das BVerfG knüpft dabei an Tendenzen des Völkerrechts und des Landesverfassungsrechts an.

So umstritten die Methoden und Grenzen des Verfassungswandels bereits im Grundsatz sind, sollte vor allem die Frage nicht aus dem Blick geraten, welche konkreten Inhalte und Konsequenzen die gegebenenfalls gewandelten bzw. neuen verfassungsgerichtlich entwickelten Maßstäbe haben. Es sei noch einmal daran erinnert, dass es auch in Betracht gekommen wäre, die Schulschließungen ausschließlich an den Grundrechten der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 GG sowie am Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit zu messen. Die „entscheidende“ Frage ist also, welchen *dogmatischen Mehrwert* ein spezielles „Recht auf schulische Bildung“ hat. Wenn es darauf keine greifbare Antwort gäbe, könnte der Beschluss ebenso wie etwaige Kritik an ihm als Streit um Worte entlarvt und dogmatisch vernachlässigt werden. Werden also grundrechtsgebundenes staatliches Handeln und insbesondere Spielräume des Gesetzgebers auf besondere und neue Weise beschränkt? Hat das Grundrecht auf schulische Bildung Gewährleistungsgehalte und Schutzdimensionen, die es als „besonderes Grundrecht“ qualifizieren? Hat das Recht auch eine leistungrechtliche Dimension? Unterscheidet es sich in den Schranken bzw. dem Schutzniveau von der allgemeinen Handlungsfreiheit?

Diese Fragen sind alles andere als trivial: Dass das Recht auf schulische Bildung auf Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 GG gestützt wird, lässt sich so deuten, dass es um mehr geht als um eine „pure“ Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG. Die Antwort auf die Frage, welche konkreten Inhalte und Konsequenzen daraus folgen, ist zu erschließen aus den subjektiven Interessen der Schulpflichtigen, die das BVerfG als Kehrseite der in Art. 7 Abs. 1 GG geregelten staatlichen Schulaufsicht und des dahinter sich verbergenden objektivrechtlichen Bildungsauftrags versteht (Rn. 47). Für ein echtes und einklagbares Recht auf schulische Bildung kommt ein ganzes Bündel multidimensionaler Gewährleistungsgehalte in Betracht: Neben einem Abwehrrecht gegen Schulschließungen bzw. gegen jeden individuellen Ausschluss von Bildungsangeboten sind vor allem Leistungsrechte bzw. derivative Teilhaberechte denkbar. Denkbar sind auch Schutzpflichten und (mittelbare) Drittwirkungen eines Grundrechts auf schulische Bildung. Aspekte von Freiheit und der Ermöglichung von Grundrechtsausübung werden durch Aspekte der Gleichheit bei der Frage der Verteilung beschränkter Ressourcen ergänzt. Insbesondere in Kombination beider Aspekte drängen sich ein qualifiziertes Schutzniveau und eine gesteigerte Kontrolldichte des BVerfG auf. Das könnte auch an den differenzierenden Ansatz des BVerfG zu Fragen der Rechtfertigung bei Art. 3 Abs. 1 GG anknüpfen. Die bereits überragende Bedeutung der Schulbildung spricht einerseits für qualifizierte Bindungen staatlicher Gewalt. Andererseits streiten gerade auch im Bildungsbereich Gestaltungsspielräume und der Vorbehalt des Möglichen gegen eine extensive Interpretation verfassungsunmittelbarer Gewährleistungsinhalte.

All diese Folgefragen eines Grundrechts auf schulische Bildung müssen von der Rechtsprechung, die dieses Grundrecht geschaffen hat, geklärt werden. Das BVerfG hat sich

²⁸ EGMR, Urt. v. 23.7.1968 – 1474/62 (Belgischer Sprachenfall).

diese Fragen erkenntlich gestellt und sie – durchaus über den Fall hinausgehend – beantwortet.

III. Konsequenzen des Rechts auf schulische Bildung für Maßnahmen zu Zwecken des Infektionsschutzes

1. Das Recht auf schulische Bildung als Abwehrrecht

Zunächst soll es fallbezogen um die Schulschließungen gehen, mit denen die „Bundesnotbremse“ die dritte Welle der Corona-Pandemie brechen sollte.

Dass es dabei um die abwehrrechtliche Dimension des Rechts auf schulische Bildung geht, ist durchaus begründungsbedürftig. Denn auf den ersten Blick handelt es sich um die einfachgesetzliche Aussetzung der ebenfalls einfachgesetzlichen Schulpflicht und prima facie läge es deshalb nahe, die Schulpflicht selbst als Eingriff und die Ausnahme als relativen Freiheitsgewinn aufzufassen. Außerdem lässt sich das Bildungsangebot auch als staatliche Leistung begreifen, was nahelegt, das Recht auf schulische Bildung nicht in einer abwehrrechtlichen, sondern in einer leistungsrechtlichen Dimension zu entfalten. In der überkommenen Grundrechtsdogmatik, an der sich Prüflinge orientieren sollen, stehen die verschiedenen Grundrechtsdimensionen alternativ nebeneinander: Es wäre danach zu klären, ob das Gesetz entweder ein Eingriff ist *oder* die gegebenenfalls auch leistungsrechtliche Dimension eines Grundrechts *oder* eine Schutzpflicht berührt. Lediglich bei Drittwirkungsfällen ist streitig, ob sie in dieser Zurechnungsdogmatik zu rekonstruieren sind. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Der *Erste Senat* kommt vorliegend ausnahmsweise zu dem Ergebnis, dass sowohl die abwehrrechtliche als auch die leistungsrechtliche Dimension des Grundrechts auf schulische Bildung betroffen sind. Beides fordert erheblichen Argumentationsaufwand.

Das BVerfG beginnt – schulmäßig – mit dem abwehrrechtlicher Ansatz, der allerdings ohne weiteres nur in Bezug auf den hier ebenfalls untersagten Betrieb von Privatschulen einleuchtet: Selbst wenn man annimmt, dass die Schulschließungen unmittelbar an diejenigen adressiert sind, die solche Schulen betreiben, wirkt sich das Verbot mittelbar auf die Schulpflichtigen aus, denen die Möglichkeit genommen wird, eine Privatschule zu besuchen, für deren Angebot sie (bzw. ihre Eltern) sich autonom entschieden haben. Der Betrieb der staatlichen Schulen hingegen ist als solcher eine staatliche Leistung. Unter diesem Aspekt läge es nahe, in den pandemiebedingten Schulschließungen den Wegfall einer staatlichen Leistung zu sehen und keinen Eingriff. Dafür hätte zusätzlich gesprochen, dass der Schulbesuch als solcher keine autonome Grundrechtsausübung darstellt, sondern Pflicht ist. Die Schulpflicht ließe sich als einfachgesetzliche Pflicht zur Annahme einer staatlichen Leistung konstruieren. Soweit das Recht auf schulische Bildung einen grundrechtsunmittelbaren Leistungsanspruch begründet, würde dem in der Logik der Konstruktion dieses Grundrechts als Kehrseite des staatlichen Bildungsauftrages auch eine „Grundpflicht“ auf Schulbesuch korrespondieren – ein Gedanke, der dem Grundgesetz (im Gegensatz zum Katalog der Art. 109 ff. Weimarer Reichsverfassung, der „Grundrechte und Grundpflichten“ normiert) allerdings fremd ist.

Das BVerfG vermeidet diesen Gedankengang und findet eine andere Begründung dafür, dass nicht nur die Besucher von Privatschulen durch Schulschließungen in ihrem eigenen Grundrecht auf schulische Bildung betroffen sind. Insgesamt geht es dem *Senat* in der ganzen Entscheidung erkennbar darum, Sensibilität für vielfältige Grundrechtsbetroffenheiten zu zeigen. Ein qualifizierter Grundrechtsschutz „ausgerechnet“ für Privatschulen wäre unter dem Gesichtspunkt einer chancengleichen Bildungsgerechtigkeit ein geradezu befremdliches Ergebnis gewesen. Zunächst interpretiert das BVerfG den Schulbesuch nicht nur als Konsequenz einer gesetzlichen Pflicht. Vielmehr „kommen Schüler, wenn sie am Unterricht teilnehmen, nicht nur der Schulpflicht nach, sondern üben zugleich ihr nach Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 GG geschütztes Recht aus, ihre Persönlichkeit mit Hilfe schulischer Bildung frei zu entfalten“ (Rn. 62). Dass die Schule selbst Raum und Gelegenheit zur Ausübung von Grundrechten sein kann, entspricht der längst anerkannten „Sonderstatuslehre“²⁹: Danach sind Schulpflichtige keinem „besonderen Gewaltverhältnis“ unterworfen, das ihre Grundrechtsberechtigung für den gesamten Schulbereich ausschließen würde. Schulpflicht und Grundrechtsausübung schließen sich nicht aus. Das Problem in der vorliegenden Konstellation besteht aber darin, dass es hier nicht um die Ausübung eines schulunabhängigen Grundrechts geht (z.B. der Religionsfreiheit), sondern um das Grundrecht auf schulische Bildung, das sich von der Schulpflicht sachlich nicht trennen lässt. Grundrechtsausübung und Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht fallen in eins.

Bemerkenswert ist, dass das BVerfG das Recht der Schulpflichtigen auf die Entfaltung der Persönlichkeit *nicht* im allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verortet, sondern im Recht auf schulische Bildung nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 GG. Mehrfach (Rn. 45, 48) betont das BVerfG, dass der Bezug des Rechts auf schulische Bildung zur Persönlichkeit i.S.d. Art. 2 Abs. 1 GG vor allem darin besteht, dass die Schulpflichtigen ihre Persönlichkeit und ihre Fähigkeit zur autonomen Selbstbestimmung mit Hilfe der Schulbildung erst entwickeln. Die Schule dient danach der Ermöglichung autonomer Grundrechtsausübung. Diese wird allerdings nicht kategorisch auf einen späteren Zeitpunkt und den außerschulischen Bereich beschränkt. Vielmehr werden bereits die Schulpflichtigen als persönlich selbstbestimmte Grundrechtsträger angesehen. Es geht dabei weniger darum, den Schulpflichtigen auch in der Schule bereits die Ausübung dieses Grundrechts zuzugestehen. Indem das BVerfG ein „Recht der Kinder auf freie Entwicklung und [sic!] Entfaltung ihrer Persönlichkeit“ (Rn. 44) gemeinsam in Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 GG verortet, kommt vielmehr zum Ausdruck,

²⁹ BVerfGE 41, 251 (263 f.); 45, 400 (417); 98, 218 (256 f.); *Jestaedt*, in: Herdegen u.a. (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2021, § 22 Rn. 92 f.; *Loschelder*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 9, 3. Aufl. 2011, § 202 Rn. 1 ff.; *Peine*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. 3, 2009, § 65 Rn. 40 ff.

dass es sich um eine modifizierte Ausprägung des Persönlichkeitsrechts handelt. Die Schulpflichtigen können ihr Persönlichkeit mit zunehmender Autonomie entfalten, d.h. auch schon dann, wenn es noch nicht voll ausgeprägt ist und in dem wachsenden Maße, in dem es sich entwickelt. Die Schule wird zu einem Grundrechtsraum, in dem dieses modifizierte Persönlichkeitsrecht Minderjähriger bereits ausgeübt wird: In der Gemeinschaft mit Gleichaltrigen und mit dem Lehrpersonal entwickeln sich die Schulpflichtigen zu Persönlichkeiten und werden darin unterstützt, ihr Recht zunehmend (und dann auch außerhalb der Schule) autonom wahrzunehmen.

Diese besondere Gemengelage aus Entwicklung und Entfaltung der Persönlichkeit in der Schule und durch die Schule macht es auch plausibel, dass das BVerfG die Schulschließungen nicht nur als Wegfall einer Leistung (dazu später), sondern als Eingriff konstruiert: Während eine Umgestaltung des Schulsystems und Modifikationen des Bildungsangebotes lediglich eine andere Ausgestaltung einer staatlichen Leistung darstellen, sind Schulschließungen aus schulexternen Gründen ebenso wie die Exklusion einzelner Schulpflichtiger aus einem stattfindenden Schulbetrieb Eingriffe in das Recht auf schulische Bildung. Dass nicht die Schulpflichtigen, sondern die Schulträger Adressaten des Verbotes sind, steht einem Eingriff nicht entgegen, weil die Wirkungen für die Schulpflichtigen einem Verbot, die Schule zu besuchen, gleichstehen (Rn. 73).

Die Unterscheidung zwischen Leistung und Eingriff erfolgt aber nicht primär nach der Intensität, sondern nach den Zwecken einer Regelung. Erfolgt z.B. eine Verkürzung der Schulzeit im Rahmen einer Umgestaltung des Schulsystems, z.B. um der Entwicklung der Persönlichkeit auf andere Weise (z.B. durch Praktika) Raum zu geben, wäre das kein Eingriff in das Recht auf schulische Bildung. Auch eine Modifikation des Bildungsangebotes, bei der traditionelle Präsenzlehre aus didaktischen Gründen z.B. durch digitale Formate teilweise ersetzt würde, wäre danach kein Eingriff. Das BVerfG maß sich keinesfalls an, aus dem Grundgesetz bzw. aus einem erst von der Rechtsprechung hergeleiteten Grundrecht eine bestimmte Ausgestaltung schulischer Bildung abzuleiten. Die (jeweilige) Ausgestaltung des staatlichen Bildungsauftrages ist und bleibt im föderalen Kompetenzgefüge des Grundgesetzes den Akteuren der Schulpolitik der Länder anvertraut. Es geht dem BVerfG vielmehr umgekehrt darum, dass ein für adäquat gehaltenes Bildungsangebot auch praktiziert werden darf. Der grundgesetzliche Bildungsauftrag und das ihm korrespondierende Grundrecht auf Schulbildung wird davor geschützt, anderen Zwecken (hier des Infektionsschutzes) weichen zu müssen.

Dabei handelt es sich natürlich nicht um einen absoluten Schutz. Auch das „besondere“ Grundrechte auf schulische Bildung ist nur ein relatives Recht. In Ausnahmesituationen – wie der vorliegenden – können zu Zwecken des Infektionsschutzes auch Schulschließungen gerechtfertigt sein. Aber das BVerfG macht mit seinem Beschluss deutlich, dass gerade gegen Schulschließungen als Instrument eines „Lockdowns“ besonders hohe verfassungsrechtliche Rechtfertigungslasten in Ansatz zu bringen sind. Das Schutzniveau ist das eines

„besonderen“ Grundrechts und nicht das der allgemeinen Handlungsfreiheit.

Das hohe Schutzniveau ist in der Prüfung der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Das BVerfG nimmt vorliegend an, dass das Verbot des Präsenzunterrichts „den verfassungsrechtlich legitimen Zwecken, die der Gesetzgeber in Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG erreichen wollte, diene“ (Rn. 110).

Es hält die Maßnahme für geeignet, weil die Schulpflichtigen – auch ohne Treiber des Infektionsgeschehen oder selbst besonders gefährdet zu sein – durch Vermeidung von Kontakten eine Weiterverbreitung auf diesem Wege ausschließen können. Allerdings greift das BVerfG in diesem Rahmen auf den Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers zurück. Denn nach einer Gegenansicht sprachen durchaus auch Gründe dafür, „dass eine Testpflicht an geöffneten Schulen einen Beitrag zur Pandemiebekämpfung leiste, weil symptomlose Infektionen aufgedeckt und dadurch Infektionsketten unterbrochen würden. Dieser epidemiologische Nutzen von offenen Schulen mit verpflichtendem Testkonzept sei größer als das epidemiologische Risiko, das von in der Schule falsch negativ getesteten Schülern ausgehe.“ (Rn. 127). Die Geeignetheit wird aber nicht schon dadurch widerlegt, „dass ‚möglicherweise‘ die Schüler durch einen gesicherten Schulbetrieb besser geschützt seien als bei unkontrollierten Treffen außerhalb der Schule infolge entfallenden Präsenzunterrichts und dass ein Offenhalten der Grundschulen ‚wahrscheinlich‘ keine Konsequenzen auf die Belastung des Gesundheitswesens gehabt hätte.“ (Rn. 128). Es wird aber auch deutlich, dass der Gesetzgeber hier an der Grenze des Vertretbaren gehandelt hat: „Die Einschätzung, dass sich Infektionen bei einem durch regelmäßige Testungen und Hygienemaßnahmen gesicherten Schulbetrieb insgesamt eindeutig besser eindämmen ließen als durch ein Verbot von Präsenzunterricht, wird indes so von keinem der in den vorliegenden Verfahren angehörten sachkundigen Dritten geteilt. Mehrere sachkundige Dritte haben angemerkt, dass bisher kein systematisches und kontinuierliches Monitoring dieser Maßnahmen stattgefunden habe (DGPI, HZI und RKI).“ (Rn. 128). In einer späteren Passage der Entscheidung macht das BVerfG deutlich, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, „Ursachenzusammenhänge über den Zeitpunkt der Verabschiedung des Gesetzes hinaus im Blick zu behalten und für deren weitere Ergründung zu sorgen“ (Rn. 177). Das gilt insbesondere für die Erforschung der Effektivität etwaiger milderer Mittel. Grundrechtsschutz durch die weitere Erforschung der Pandemie und d.h. die Ermöglichung, Förderung bzw. konkrete Beauftragung solcher Forschung ist angezeigt. Was daraus folgen würde, wenn der Staat dem zukünftig nicht hinreichend nachkommt und erneut auf die bisherigen Maßnahmen des „Lockdowns“ zurückgreift, bleibt hingegen offen: „Große Gefahren für Leib und Leben dürfte der Staat am Ende nicht deshalb in Kauf nehmen, weil er nicht genug dazu beigetragen hat, dass freiheitschonendere Alternativen zur Abwehr dieser Gefahr erforscht werden. Hingegen könnte etwa der Einwand, dass freiheitschonendere Mittel die Allgemeinheit finanziell stärker belasten, in der Abwägung an Gewicht verlieren, je länger der Staat Möglichkeiten auslässt, fundiertere Einschätzungen über

deren Wirkung zu erlangen.“ (Rn. 178). Bemerkenswert ist, dass der *Erste Senat* umso großzügiger bei der Bewertung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist: „Auch bei der Prüfung der Angemessenheit besteht grundsätzlich ein Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers“ (Rn. 135). Der *Senat* legt offen, dass die Rechtsprechung des BVerfG in den Fragen der Kontrolldichte schwankt. Zuletzt hatte der *Zweite Senat* in Konstellationen eines schweren Eingriffs eine hohe Kontrolldichte bei der Verhältnismäßigkeit i.e.S. angelegt (BVerfGE 153, 182 [283 f. Rn. 266]). Dass der *Erste Senat* vorliegend nicht näher begründet, warum er einen großzügigeren Maßstab anlegt, dafür aber rechtsvergleichend auf Rechtsprechung anderer europäischer Verfassungsgerichte im Kontext von Corona-Maßnahmen verweist, spricht dafür, dass der *Senat* hier – anders als in vielen Passagen des Beschlusses – keine allgemeingültigen Maßstäbe aufstellen will. Das BVerfG kommt zu dem Ergebnis, dass das Übermaßverbot nicht verletzt ist.

2. Das Recht auf schulische Bildung als Leistungsrecht

Es sei noch einmal klargestellt, dass es sich um eine Sonderkonstellation handelt, in der das Verbot einer staatlichen Leistung überhaupt als Eingriff rekonstruiert wird. Dass der *Senat* dies hier annimmt, ändert nichts daran, dass das Bildungsangebot staatlicher Schulen auch eine staatliche Leistung darstellt. Deshalb bleibt nach der Rechtfertigung des Eingriffs in entscheidungserheblicher Weise die Frage offen, ob sich aus der leistungsrechtlichen Seite des Grundrechts auf schulische Bildung ein Verfassungsverstoß ergibt (dazu Rn. 166 ff.). Daraus ergibt sich freilich vorliegend ein zusätzliches Kompetenzproblem: Die staatliche Leistungspflicht, einen Mindeststandard schulischer Bildung zu gewährleisten, richtet sich nämlich an die Länder, die für die schulische Bildung ausschließlich zuständig sind. Es hätte sehr nahe gelegen, diese Frage im Rahmen der Verfassungsbeschwerde gegen das Bundesgesetz gar nicht aufzuwerfen oder sie jedenfalls nicht weiter zu vertiefen. In der Sache geht es darum, ob und in welchem Maße die Länder verpflichtet waren, den Wegfall des Präsenzunterrichts zumindest teilweise – insbesondere durch digitale Formate eines Distanzunterrichts – zu kompensieren. Dem Bundesgesetzgeber könnte dabei allenfalls vorgeworfen werden, sehenden Auges eine vorhersehbare Verletzung der verfassungsrechtlichen Leistungspflicht durch die Länder in Kauf genommen zu haben. Es ist allerdings schwer vorstellbar, wie und in welcher Konstellation dies im Ergebnis in Betracht käme: Vorhersehbar und gegebenenfalls auch dem Bund zurechenbar ist eine Unterschreitung des Mindeststandards wohl vor allem dann, wenn bzw. soweit seine Erreichung den Rahmen des Möglichen sprengt. In dieser Konstellation führt aber der Vorbehalt des Möglichen rechtlich dazu, dass im Ergebnis auch keine Verletzung einer verfassungsrechtlichen Pflicht angenommen werden kann. Vielmehr wären solche vorhersehbaren Folgen im Rahmen der Rechtfertigung des Eingriffs zu berücksichtigen (s.o.), nicht aber als Verletzung eines Leistungsrechts durch den Bund. Soweit den Schulen die Durchführung von Distanzunterricht möglich war, konnte der Bundesgesetzgeber davon ausgehen, dass die Länder ihre entsprechende verfassungs-

rechtliche Leistungspflicht auch erfüllen würden. Und selbst wenn dies nicht geschehen sollte, wäre allein den Ländern eine solche Verletzung von Verfassungsrecht zurechenbar. Auch in dieser Konstellation kommt also ein Verstoß des Bundesgesetzes gegen Grundrechte, um die es in dieser Verfassungsbeschwerde ausschließlich gehen sollte, gar nicht in Betracht.

So betrachtet hätte es einer Erörterung von Leistungsansprüchen im Rahmen der vorliegenden Verfassungsbeschwerde gar nicht bedurft. Die Passage des Beschlusses hierzu überzeugt auch in der Sache nicht: Das BVerfG hat sich für die Entscheidung Zeit gelassen und ihm gelingt – ohne in der verfassungsrechtlichen Bewertung die ex ante Perspektive zu verlassen – bei der abwehrrechtlichen Prüfung der Verhältnismäßigkeit eine umso realistischere Betrachtung, die die Schwere des Grundrechtseingriffs keineswegs beschönigt. Das kann hinsichtlich der Einhaltung des vom BVerfG postulierten Mindeststandards von Distanzunterricht nicht bestätigt werden. Realistischer wäre wohl die Feststellung gewesen, dass bei weitem nicht alle Schulen im Frühjahr 2021 technisch, personell und didaktisch hinreichend vorbereitet waren, um flächendeckend ein digitales Kompensationsangebot zu verwirklichen. Verfassungsrechtlich würde hier wohl der Vorbehalt des Möglichen greifen. Das BVerfG deutet etwaige Grenzen des Leistungsanspruchs nur an: „Soweit daher an einzelnen [sic!] Standorten staatlicher Schulen nicht dafür gesorgt wurde, dass anstelle von Präsenzunterricht in nennenswertem Umfang Distanzunterricht stattfinden konnte, bestand ein Anspruch der betroffenen Schüler auf entsprechende Vorkehrungen, sofern [sic!] dem keine durchgreifenden Hindernisse personeller, sächlicher oder organisatorischer Art entgegenstanden“ (Rn. 174). Ob es sich dabei nur um einzelne Standorte handelte und ob nicht an diesen Standorten der Vorbehalt des Möglichen letztlich gegriffen hätte, ist eine tatsächliche Frage, die im Rahmen der Verfassungsbeschwerde nicht zu klären war.

Die ganze Passage kann wohl primär zukunftsgerichtet verstanden werden als Appell an die Länder und die Schulleitungen, in digitale Ausstattung zu investieren und sich bei einem etwaigen zukünftigen Verbot von Präsenzunterricht auf Individualklagen zu den Verwaltungsgerichten einzustellen, bei denen es um die Einhaltung des Mindeststandards im Einzelfall gehen würde. Auch die folgende Passage des Beschlusses des BVerfG ist zukunftsgerichtet und primär an die Länder adressiert: Die tatsächlichen Erkenntnisse, auf die ein zukünftiger Bundesgesetzgeber seine Rechtfertigung zukünftiger Schulschließungen stützen könnte, hängen aus Kompetenzgründen und in tatsächlicher Hinsicht davon ab, ob die Länder die Erforschung der epidemiologischen Zusammenhänge im Schulbereich ermöglichen und unterstützen werden.

Von allgemeinerer Bedeutung sind die Aussagen des BVerfG darüber, welchen Inhalt und welche Grenzen die leistungsrechtliche Dimension des Grundrechts auf schulische Bildung hat: Der *Senat* stellt klar, dass das Recht auf schulische Bildung „im Grundsatz keinen originären Leistungsanspruch auf eine bestimmte Gestaltung staatlicher Schulen“ (Rn. 52) gibt. Weder die „Schaffung neuer Schulstrukturen“ noch die „Beibehaltung vorhandener schulischer Strukturen“

könnten durch das Grundrecht geltend gemacht werden (Rn. 52). Ein „Anspruch auf ein bestimmtes Schulangebot“ komme „nicht in Betracht, weil sich der Staat bei Wahrnehmung seines Auftrags zur Gestaltung von Schule nach Art. 7 Abs. 1 GG auf einen weiten Spielraum und den Vorbehalt des Möglichen berufen kann.“ (Rn. 52).

Allerdings ist ein Leistungsanspruch nur „im Grundsatz“ und also nicht gänzlich ausgeschlossen: „Aus dem Recht auf schulische Bildung folgt jedoch ein grundrechtlich geschützter Anspruch von Schülerinnen und Schülern auf Einhaltung eines nach allgemeiner Auffassung für ihre chancengleiche Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit unverzichtbaren Mindeststandards von Bildungsangeboten an staatlichen Schulen“ (Rn. 52). Bei einer gänzlichen Schließung der Schulen für einen nicht unerheblichen Zeitraum kommt auch die Verletzung dieses rudimentären Leistungsrechts in Betracht – insbesondere, wenn keine Kompensation des wegfallenden Präsenzunterrichts durch Distanzunterricht stattfindet (dazu Rn. 173 f.). „Diesem Anspruch können zwar ausnahmsweise überwiegende Gründe des Schutzes von Verfassungsrechtsgütern entgegenstehen“ (Rn. 52). Für die Einhaltung dieses Mindeststandards (und gegebenenfalls die Entwicklung kompensatorischer, insbesondere digitaler Angebote) besteht sogar eine verfassungsunmittelbare, die parlamentarische Haushaltsautonomie beschränkende Mittelverwendungspflicht des Staates. Dem Anspruch kann nämlich „weder der – bei einem Unterschreiten des Mindeststandards schulischer Bildungsleistungen ohnehin verfehlte – Auftrag aus Art. 7 Abs. 1 GG zur freien Gestaltung von Schule noch die staatliche Entscheidungsfreiheit bei der Verwendung knapper öffentlicher Mittel entgegengehalten werden“ (Rn. 52). Der gegen Leistungsrechte allgemein greifende Vorbehalt des Möglichen enthebt den Staat nicht von seiner Pflicht der zukünftigen Ermöglichung von Leistungen. Die Grundrechtsdogmatik stößt hier aber an ihre Grenzen. Es ist nicht ersichtlich und auch nicht zu fordern, hier einen intertemporalen Ansatz der Zurechnung ins Spiel zu bringen. Die Figur des intertemporalen Eingriffs, den das BVerfG³⁰ beim Klimaschutz entwickelt hat, ist ebenfalls eine Ausnahmefigur, die nicht die allgemeine, gegenwartsbezogene Eingriffsdogmatik sprengen sollte.

IV. Weiter reichende Konsequenzen des Rechts auf schulische Bildung für die Grundrechtsdogmatik

Die Schulschließungen in der Corona-Pandemie sind in der bisherigen Geschichte der Bundesrepublik einmalig. Schon bevor das BVerfG mit dem Gewicht eines eigenständigen Grundrechts auf schulische Bildung verfassungsrechtlich begründete, welche schwerwiegenden Konsequenzen Schulschließungen haben, hatte sich auch in der Politik und in der öffentlichen Meinung die Ansicht durchgesetzt, dass auch im Falle einer abermaligen Welle des Infektionsgeschehens Schulschließungen allenfalls die ultima ratio sein würden.³¹

³⁰ BVerfGE 157, 30.

³¹ Siehe beispielsweise die Pressemitteilung der Landesregierung NRW v. 17.3.2021, abrufbar unter

Schon die Schulschließungen der Bundesnotbremse waren mit Blick auf das absehbare Impfangebot befristet worden. Als ultima ratio hat das BVerfG Schulschließungen für verfassungsmäßig gehalten. In einer Gesamtbetrachtung des Ergebnisses kann also nicht die Rede davon sein, dass das BVerfG Handlungsspielräume spürbar beschnitten hätte, welche die bisherige und derzeit absehbare Politik für sich in Anspruch nehmen würde.

Die praktischen Konsequenzen des Beschlusses im Sinne einer Beschränkung von Herrschaftsgewalt sollten dennoch nicht unterschätzt werden: Sie liegen vor allem jenseits von Maßnahmen in einer Pandemie. Der *Senat* spricht auch diese Konsequenzen deutlich an und entfaltet ganz allgemein und geradezu lehrbuchhaft die verschiedenen Dimensionen des neuen Grundrechts. Das Recht auf schulische Bildung hat all die Dimensionen, die nach dem Schulabschluss als Recht auf einen Ausbildungs- bzw. auf einen Studienplatz längst in der Rechtsprechung des BVerfG anerkannt sind. Letzteres folgt aus Art. 12 Abs. 1 GG und vor allem als sogenanntes „derivatives Teilhaberecht“ aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG.³² Das bedeutet: Es gibt zwar keinen originären grundrechtlichen Anspruch darauf, bestimmte Studiengänge einzurichten und die Kapazitäten von Studienplätzen zu erweitern. An den Grundrechten zu messen ist aber die chancengerechte Verteilung der vorhandenen Plätze. Die Kriterien der Auswahl und ihre verfassungskonforme Auslegung und Anwendung sind ein alles andere als triviales Problem. Die praktische Bedeutung schon der Möglichkeit, einen Studienplatz einzuklagen (bzw. mit einer Klage zu drohen), sind nicht zu unterschätzen. Hier geht es – ganz anders als bei den allgemeinen Schulschließungen per Gesetz – vor allem um Einzelfälle und um die Möglichkeiten des Individualrechtsschutzes vor den Verwaltungsgerichten.

Auch die Verteilung der Plätze an staatlichen Schulen, die eine jedes Jahr wiederkehrende Herausforderung ist, erhält damit eine zusätzliche verfassungsrechtliche Dimension. Das BVerfG zieht dabei ausdrücklich die Parallele zu den Studienplätzen und damit auf die ergänzende Heranziehung auch des Art. 3 Abs. 1 GG: „Daher folgt aus dem Recht auf schulische Bildung in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG ein Recht auf gleiche Teilhabe an den staatlichen Bildungsleistungen (vgl. BVerfGE 33, 303 [332 ff.]; 134, 1 [13 Rn. 36] und 147, 253 [305 f. Rn. 103 f.] zum gleichen Zugang zum staatlichen Studienangebot.“ (Rn. 59). Das bedeutet für die Zukunft: „Das auf schulische Bildung in seiner teilhaberechtlichen Funktion ist verletzt, wenn diese Zugangsvoraussetzungen willkürlich oder diskriminierend ausgestaltet oder angewendet werden (vgl. zum gleichen

<https://www.land.nrw/pressemitteilung/klare-formale-vorgaben-und-inhaltliche-voraussetzungen-fuer-schulschliessungen-als> (27.3.2022).

³² BVerfGE 33, 303 (331 f.); 43, 291 (313 ff.); 85, 36 (53 f.); 134, 1 (13 Rn. 36), 147, 253 (305 f. Rn. 103); zustimmend *Kämmerer* (Fn. 17), Art. 12 Rn. 65 ff.; *Manssen* (Fn. 17), Art. 12 Rn. 15 ff.; *Ruffert*, in: *Epping/Hillgruber* (Fn. 5), Art. 12 Rn. 25; *Jarass* (Fn. 5), Art. 12 Rn. 99.

Zugang im Fall begrenzter Kapazitäten etwa Sächsisches OVG, Beschluss vom 11. November 2016 – 2 B 205/16 -). Die leistungsbedingte Versagung eines Bildungsganges oder eine Nichtversetzung in die nächste Klassenstufe kann darüber hinaus bei Geltung der Schulpflicht in das allgemeine Entfaltungsrecht der Schüler (Art. 2 Abs. 1 GG) oder bei einem Ausbildungsbezug des Unterrichts in das Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte (Art. 12 Abs. 1 GG) eingreifen (vgl. BVerfGE 58, 257 [272 ff.]).“ (Rn. 60).

Um hier nur ein Beispiel zu bringen: Unter dem Gesichtspunkt der Chancengerechtigkeit ist das Kriterium des Schulwegs bei der Vergabe von Schulplätzen nicht unproblematisch. Wenn z.B. eine Schule, die in einer Gegend hochpreisiger Immobilien liegt, ihre Plätze nach dem Kriterium des Schulwegs vergibt, spiegeln sich Vermögensverhältnisse in Bildungschancen. Der Beschluss kann nur so gelesen werden, dass das BVerfG geradezu anregt, die Kriterien und ihre Handhabung auf den verfassungsrechtlichen Prüfstand zu stellen und nach der Erschöpfung des Rechtsweges auch eine Verfassungsbeschwerde in Betracht zu ziehen. Dafür spricht auch, dass der *Senat* diese Frage in einem eigenen Leitsatz (2b) anspricht – obwohl der *Senat* klarstellt, dass dies mit dem entschiedenen Fall nichts zu tun hat: „Es geht damit nicht um teilhabe- und leistungsrechtliche, sondern um abwehrrechtliche Gehalte des Grundrechts auf schulische Bildung. Von der Maßnahme betroffen ist nicht etwa der Zugang zur Schule oder zu bestimmten Bildungsgängen und Klassenstufen an sich.“ (Rn. 76).

Ein eigenes Thema wäre, bis zu welchen Grenzen es eigentlich legitim ist, dass Gerichte über den zu entscheidenden Fall hinaus Maßstäbe entwickeln, statt abzuwarten, ob derartige Fragen in zukünftigen Verfahren zum Gegenstand gemacht werden. Gegen obiter dicta und für eine rein problem- und fallorientierte Entwicklung richterlicher Maßstäbe spricht die Gewaltenteilung: Denn die von Einzelfällen losgelöste und zukunftsgerichtete Rechtsetzung ist die klassische Funktion des Gesetzgebers.³³ Eine die Gesetzgebung ergänzende Maßstabsetzung durch Gerichte legitimiert sich hingegen daraus, dass sie Fälle (in der Regel der Vergangenheit) zum Anlass nimmt, rechtliche Maßstäbe insoweit fortzuentwickeln, als dies zu einer problemadäquaten Lösung der konkreten Fragen des Rechtsstreits erforderlich ist. Ob aus dem Ansatz in der Literatur, dem BVerfG eine eigene, „verfassungswandelnde Gewalt“ zuzusprechen,³⁴ etwas anderes folgt, kann an dieser Stelle nicht vertieft werden.

V. Bedeutung der Entscheidung für die Examensvorbereitung?

Der *Rezensent* ist der Ansicht, dass sich eine Examensvorbereitung auf systematische Durchdringung des Stoffes, auf methodische Fertigkeiten und auf das Einüben in der Fallbearbeitung konzentrieren sollte und nicht auf das Auswendiglernen von (aktuellen) Judikaten. Allerdings gibt es *Maßstabsetzungen der Rechtsprechung*, deren Kenntnis für die Fallbearbeitung essentiell sein kann und deren Kenntnis auch erwartet wird. Das gilt vor allem dann, wenn durch Rechtsprechung ungeschriebene Anspruchsgrundlagen („berühmtberühmt“ ist hier das Staatshaftungsrecht) entwickelt werden. Wer sie nicht kennt, hat nicht einmal einen Ansatz und „Aufhänger“, um einschlägige Fälle lösen zu können.

Das gilt auch für Grundrechte, die das BVerfG „erfunden“ hat. So wird erwartet, dass Prüflinge wissen, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht als ein eigenständiges Grundrecht anerkannt ist, das auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gestützt wird und das vom Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG zu unterscheiden ist. Auch wenn sich über diese Interpretation des Grundgesetzes natürlich streiten lässt (und es z.B. auch vertretbar wäre, Art. 2 Abs. 1 GG so zu interpretieren, dass er einerseits gar kein Auffanggrundrecht darstellt und andererseits die Fälle des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – ohne Rückgriff auf Art. 1 Abs. 1 GG – regelt³⁵), wird in einem Gutachten zu den Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde erwartet, dass Prüflinge die Grundrechtsdogmatik der herrschenden Meinung deutlich machen (und einen davon gegebenenfalls abweichenden Ansatz jedenfalls als solchen offenlegen und gut begründen).

Auch das „Recht auf schulische Bildung“ ist ab sofort als anerkanntes Grundrecht zu behandeln. Schulpflichtige können darauf eine Verfassungsbeschwerde stützen. Prüflinge sollten wissen, dass dieses Grundrecht vom BVerfG in Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 GG verankert wird. Für die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde knüpft sich daran das – nicht neue – Problem der Grundrechtsmündigkeit, wenn Minderjährige sich ohne Einverständnis der Erziehungsberechtigten an das BVerfG wenden sollten.³⁶ Großzügig wäre dies wohl v.a. in solchen Fällen zu interpretieren, in denen Schulpflichtige ihre Chancengleichheit durchsetzen wollen und u.a. dadurch faktisch benachteiligt sind, dass sie einem bildungsfernen Elternhaus entstammen.

Prüflinge sollten also die Leitsätze 1 und 2 als „Merksätze“ in ihr Lernprogramm aufnehmen. Für die zukünftige Praxis und damit auch für die Fallbearbeitung und für die Prüfungsrelevanz dürfte v.a. Leitsatz 2b des vorliegenden

³³ *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Bd. 3, 70. Lfg., Stand: Dezember 2013, Art. 20 Abs. 5 Rn. 52; *Robbers*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 165. Lfg., Stand: Januar 2014, Art. 2 Abs. 2 Rn. 3207; *Stern*, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3/2, 1994, S. 731.

³⁴ *Michael*, RW 2014, 426.

³⁵ Abweichende Meinung des Richters *Grimm* zu BVerfGE 80, 137 (Reiten im Walde), BVerfGE 80, 137, 164 ff.; *Peters*, Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 1963, S. 49 f.

³⁶ *Hufen*, Staatsrecht II, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, § 6 Rn. 41; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 37. Aufl. 2021, § 5 Rn. 207 f.; *Michael/Morlok* (Fn. 20), § 12 Rn. 452, § 30 Rn. 921.

Beschlusses Bedeutung haben. Der Beschluss „Bundesnotbremse II (Schulschließungen)“, der als Grundlagenentscheidung zum „Recht auf schulische Bildung“ in die Dogmatik eingehen wird, lädt regelrecht dazu ein, sich Fälle auszu-denken, in denen die generellen Maßstäbe des „derivativen Teilhaberechts“ relevant werden könnten. Prüflinge sollten dies zum Anlass nehmen, die parallele Dogmatik zum Anspruch auf einen Studienplatz aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG zu wiederholen. Wer diese bereits kennt, wird sich das neue Grundrecht und dessen Konsequenzen leicht merken können. Das „neue“ Grundrecht sollte das Erinnerungsvermögen von Prüflingen nicht allzu sehr strapazieren, weil es in seiner Struktur nicht „neuartig“ ist, sondern bekannte dogmatische Muster auf einen anderen Lebensbereich erstreckt.

An dieser Stelle sei zum Aufbau der Entscheidungsbegründung angemerkt: In einem Gutachten wären die Erfolgsaussichten verschiedener Verfassungsbeschwerden (hier: von Schulpflichtigen und von Eltern) je einzeln zu erörtern. Das BVerfG hat hingegen die Verfahren mehrerer Verfassungsbeschwerden verbunden. Innerhalb der Begründetheit prüft das BVerfG das Grundrecht auf schulische Bildung als Erstes. Dies ist das sachnächste Grundrecht, weil die Schulpflichtigen die primär Betroffenen sind. Erst danach stellt es mit ganz knapper Begründung fest, dass Schulschließungen auch in das elterliche Grundrecht „auf freie Bestimmung des Bildungsganges“ (Rn. 200) ihrer Kinder nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG eingreifen, aber vorliegend ebenfalls gerechtfertigt seien. „Die Anforderungen an die Rechtfertigung dieses Eingriffs“ seien nämlich „jedenfalls nicht strenger als beim Eingriff in das der Persönlichkeitsentwicklung der Schüler dienende Recht auf schulische Bildung nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 GG“ (Rn. 202).

Mit Blick auf die Examensvorbereitung gibt die Beschäftigung mit der Entscheidung auch Anlass, sich Aspekte des Art. 6 Abs. 1 GG zu vergegenwärtigen – ein Grundrecht, das in vielen Kontexten aktuell ist. Die Schulschließungen haben faktisch auch die Gestaltung des Familienlebens schwer belastet. Das BVerfG nimmt aber insoweit keinen Eingriff in Art. 6 Abs. 1 GG an, weil dies ein bloß faktischer Reflex der Schulschließungen gewesen sei (Rn. 210). Hingegen nimmt das BVerfG an, dass Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG nicht abwehrrechtlich, sondern in ihrer Dimension als Förder- und Schutzgebot betroffen waren. Anders als die o.g. dogmatischen „Klimmzüge“ der richterrechtlichen Maßstabsetzung, handelt es sich hier um eine Konsequenz, die sich auf den Wortlaut des Grundgesetzes stützen lässt: Die Formulierungen der Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG machen deutlich, dass es sich hier nicht nur um Abwehrrechte handeln soll. Von Kritikern einer ausgreifenden Schutzpflichtendogmatik werden diese Normen als Ausnahmen gedeutet und in anderen Zusammenhängen zum Umkehrschluss herangezogen: Nur ausnahmsweise lassen sich bei einer textnahen Interpretation auf Grundrechte Schutzpflichten und Leistungsansprüche gründen. Dem BVerfG hingegen ging es um die Anwendung dieser Vorschriften: Danach war der Staat verfassungsunmittelbar verpflichtet, die Folgen der Schulschließungen durch Maßnahmen der Familienförderung aus-

zugleichen. Dem habe der Staat aber hinreichend Rechnung getragen (Rn. 211 ff.).

Die Verfassungsbeschwerden waren im Ergebnis unbegründet. Viel Lärm um nichts also? Diese Besprechung will dafür sensibilisieren, dass die Bedeutung von Grundsatzentscheidungen weit jenseits dessen liegt, geschriebenes Recht auf einen Fall anzuwenden. Auch das ist eine Erkenntnis, die im Examen helfen kann.

Prof. Dr. Lothar Michael, Düsseldorf

Entscheidungsbesprechung

EncroChat – das „WhatsApp der Kriminellen“ und seine strafverfahrensrechtliche Relevanz

Die von den französischen Behörden erhobenen und den deutschen Strafverfolgungsorganen übermittelten Inhalte von über EncroChat geführter Kommunikation sind trotz eines Verstoßes gegen rechtshilferechtliche Vorschriften bei der Beweisgewinnung in deutschen Strafverfahren verwertbar.

(Amtlicher Leitsatz)

StPO §§ 100a, 100b
 RL-EEA Art. 1, 6, 30, 31
 IRG §§ 77h, 91j, 92b
 RB 2006/960/JI Art. 7
 GG Art. 2, 10

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10.11.2021 – 2 Ws 261/21¹

I. Einführung

Kommunikation als Austausch und Übertragung von Informationen ist für zwischenmenschliche Beziehungen eine Bedingung sine qua non. Darauf weist schon die Etymologie des Wortes hin.² Dank der technologischen Entwicklung ist es dem Menschen gelungen, neue Wege zu finden, um schnell und möglichst günstig mit Personen auf der ganzen Welt zu kommunizieren. So kennt inzwischen jeder den Instant-Messaging-Dienst WhatsApp.

Kommunikation ist genauso wichtig für Kriminelle. Ein entscheidender Unterschied liegt allerdings darin, dass Kriminelle für die Abwicklung illegaler Geschäfte möglichst sichergehen wollen, dass die durchgeführte Kommunikation in der digitalen Dunkelheit verborgen und vergessen bleibt, mithin keineswegs verfolgt wird – vor allem nicht durch Ermittlungsbehörden. Gerade diesen Wunsch nach sicherer, schneller, verborgener und zugleich grenzüberschreitender Kommunikation ließ EncroChat – das „WhatsApp der Kriminellen“³ – in Erfüllung gehen, insbesondere im Bereich des unerlaubten Betäubungsmittelhandels. Genau genommen handelte es sich dabei um einen Dienstleistungsanbieter von Ende-zu-Ende verschlüsselten Instant-Messengern und Endgeräten. Solche Kryptohandys, worauf die EncroChat-Software zum verschlüsselten Austausch von Nachrichten installiert war, konnte man mit Nutzerlizenz für bis zu sechs Monate über eBay gegen einen Betrag von über 1.000 Euro erwerben. Niemand erschien nach außen als Verantwortlicher des Unternehmens EncroChat und es gab auch keinen offiziellen Fir-

mensitz mit diesem Namen.⁴ Auf der (inzwischen deaktivierten) offiziellen Internetseite von EncroChat stand das verlockende Angebot:⁵

„EncroChat protects conversations with the following four tenets

- **Perfect Forward Secrecy** Each message session with each contact is encrypted with a different set of keys. If any given key is ever compromised, it will never result in the compromise of previously transmitted messages – or even passive observation of future messages.
- **Repudiable Authentication** Messages do not employ digital signatures that provide third party proofs. However, you are still assured you are messaging with whom you think you are.
- **Deniability** Anyone can forge messages after a conversation is complete to make them look like they came from you. However, during a conversation the recipient is assured all messages received are authentic and unmodified. This assures non-reputability of messages.
- **Encryption Strength** The algorithms employed are many times stronger than that of PGP (RSA+AES). We employ algorithms from different families of mathematics, which protects message content in the event that one encryption algorithm is ever solved.“

Weil die französischen Behörden dem EncroChat-Server in Frankreich auf die Spur gekommen sind und mithin alle Beweise durch französische Ermittler gesammelt wurden, stellt sich die Frage, ob ein Beweisverwertungsverbot nach der deutschen StPO für in Deutschland abgeurteilte Straftaten von EncroChat-Nutzern besteht, wenn die Durchführung der Ermittlungen und insbesondere die Beweiserhebung in Frankreich den strengeren Voraussetzungen in Deutschland nicht entsprechen.⁶ Dies ist eine hochaktuelle Frage und gerade für Studierende im Schwerpunktbereich Europäisches und Internationales Strafrecht von höchster Relevanz. Deshalb wird im Folgenden anlässlich der zurzeit jüngsten obergerichtlichen Entscheidung zu den EncroChat-Verfahren die Chronologie des EncroChat-Falles geschildert und auf die zentralen strafverfahrensrechtlichen Überlegungen eingegangen.

II. Frankreich: Ort der Beweiserhebung

Der französischen Gendarmerie ist es 2017 im Rahmen von sieben nicht miteinander in Zusammenhang stehenden Ermittlungsverfahren⁷ gelungen, verschlüsselten Telefonen mit

¹ Die Entscheidung ist veröffentlicht in BeckRS 2021, 33716.

² Siehe unter

<https://www.dwds.de/wb/Kommunikation> (23.3.2022).

³ Oder besser „le Whatsapp des gangsters“; so das *Bureau des affaires criminelles*, Retour sur l’affaire EncroChat – Artikel vom 31.7.2020, abrufbar unter

<https://www.gendinfo.fr/enquetes/2020/retour-sur-l-affaire-encrochat> (18.3.2022).

⁴ Darüber hat die internationale Presse umfangreich berichtet. Siehe hierzu aber bereits die hier besprochene Entscheidung OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 10.

⁵ Die Seite findet man mittlerweile nur noch als digitales Archiv unter

<https://web.archive.org/web/20201101015410/http://encrochat.network/> (18.3.2022).

⁶ Vgl. bereits *Pauli*, NStZ 2021, 146 (147).

⁷ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 8: Es ging in fünf

„EncroChat-Lizenz“ auf die Spur zu kommen, die sodann sichergestellt wurden, um schließlich im Frühling 2020 in Zusammenarbeit mit niederländischen Polizeibehörden das Netzwerk per se zu infiltrieren. Die Chronologie, so wie sie bisher gerichtlich festgestellt wurde⁸, sieht im Einzelnen wie folgt aus:

Die Auswertung eines der 2017 sichergestellten Kryptohandys hatte eine Datenverbindung zu einem in Roubaix (Frankreich) betriebenen Server offenbart, der durch die Gesellschaft „Virtue Imports“ angemietet worden war, deren Sitz wiederum in Vancouver (Kanada) lag.⁹ Wegen des Verdachts unter anderem der Bildung einer kriminellen Vereinigung zur Begehung von Straftaten nach Art. 222–37 frStGB¹⁰ (insbesondere Betäubungsmittelhandel) erging ein richterlicher Beschluss, auf dessen Grundlage am 21.12.2018 die Daten des Servers zwecks Auswertung kopiert werden konnten.¹¹ Die im System über 66.000 registrierten SIM-Karten konnten in der Folgezeit einem niederländischen Betreiber zugeordnet werden, während die ca. 3.500 entschlüsselten Dateien auf illegale Aktivitäten insbesondere aus dem Bereich des Drogenhandels hinwiesen.¹² Daraufhin erteilte das Gericht in Lille die folgenden Genehmigungen: zunächst am 30.1.2020 zur Installation einer Trojanersoftware auf dem Server sowie auf allen damit verbundenen Endgeräten und am 20.3.2020 zur Umleitung aller Datenströme (DNS-Umleitung) des Servers in Roubaix ab dem 1.4.2020. Es ergab sich, dass die Ermittlungsmaßnahme zu jenem Zeitpunkt 32.477 Nutzer in 121 Ländern betraf; 380 Nutzer hielten sich ganz oder teilweise im französischen Hoheitsgebiet auf, über 60 % davon nutzten das System zu kriminellen Zwecken.¹³

Die Auswertung der abgefangenen Informationen führte am 7.4.2020 zur Erweiterung der Ermittlungen in Bezug auf weitere Straftaten (Transport, Besitz, Erwerb, Anbieten oder Abgabe von Betäubungsmitteln und Besitz und Erwerb von Waffen ohne Genehmigung). Unter anderem wurde ein „Leitfaden“ zur Vermarktung von Kryptohandys aufgefunden, das an einen australischen Kokain-Händler versandt worden war; demzufolge sollten Zahlungen am besten in einer Kryptowährung (Bitcoin) erfolgen und mengenmäßig große Lieferungen

vermieden werden, um der Polizei nicht aufzufallen.¹⁴ Die Erkenntnisse rechtfertigten eine Verlängerung der Maßnahmen per erneutem richterlichen Beschluss (zunächst für einen Monat ab dem 1.5.2020 und dann für weitere vier Monate ab dem 1.6.2020). Sämtliche Maßnahmen mussten jedoch in Frankreich am 28.6.2020 aufgehoben werden, als der Geschäftsbetrieb des Unternehmens EncroChat bekannt gegeben wurde.¹⁵

III. Deutschland: Ort der Beweisverwertung

Zielpersonen der durch französische Behörden durchgeführten Überwachung hielten sich allerdings auch auf deutschem Hoheitsgebiet auf. Nach Art. 31 Abs. 1 lit. b RL-EEA¹⁶ war deshalb Frankreich („überwachender Mitgliedsstaat“) verpflichtet, Deutschland („unterrichteter Mitgliedsstaat“) von der Überwachung zu unterrichten. Diese Unterrichtung blieb zunächst aus.¹⁷ Die damit korrespondierende Verpflichtung Deutschlands zur Mitteilung nach Art. 31 Abs. 3 lit. a RL-EEA¹⁸ konnte deshalb auch nicht erfüllt werden.

Jedoch wurden Daten des EncroChat-Netzwerkes dem BKA zwecks Aufbereitung in der Zeit zwischen dem 3.4.2020 und dem 28.6.2020 übermittelt. Auf dieser Grundlage leitete die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main einzelne Ermittlungsverfahren gegen die ermittelten Nutzer ein.¹⁹ Davor hatte Frankreich eine Mitteilung über die gewonnenen Erkenntnisse nach Art. 7 RB 2006/960/JI²⁰ gemacht.²¹ Ange-

¹⁴ Vgl. OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 15.

¹⁵ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 16.

¹⁶ Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 3.4.2014 (ABl. EU 2014 Nr. L 130, S. 1).

¹⁷ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 17.

¹⁸ „Die zuständige Behörde des unterrichteten Mitgliedstaats kann in dem Fall, dass die Überwachung in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht genehmigt würde, der zuständigen Behörde des überwachenden Mitgliedstaats unverzüglich und spätestens innerhalb von 96 Stunden nach Erhalt der Unterrichtung gemäß Absatz 1 mitteilen, a) dass die Überwachung nicht durchgeführt werden kann oder zu beenden ist [...]“.

¹⁹ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 18.

²⁰ Es geht dabei um den Rahmenbeschluss des Rates v. 18.12.2006 über die Vereinfachung des Austausches von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (ABl. EU 2006 Nr. L 386, S. 89). Zu diesem Rahmenbeschluss siehe näher *Esser*, in: Böse (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2. Aufl. 2021, § 19.H. m.w.N.

Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 RB 2006/960/JI: „Unbeschadet des Artikels 10 stellen die zuständigen Strafverfolgungsbehörden den zuständigen Strafverfolgungsbehörden anderer Mitgliedstaaten unaufgefordert Informationen und Erkenntnisse in Fällen zur Verfügung, in denen konkrete Gründe für die Annahme bestehen, dass diese Informationen und Erkenntnisse dazu beitragen könnten, Straftaten nach Artikel 2 Absatz 2 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI aufzudecken, zu verhüten oder aufzuklären. Die Modalitäten eines solchen spontanen

Fällen um Betäubungsmitteldelikte, in einem Fall um ein Betäubungsmitteldelikt sowie um eine Diebstahlsserie von Luxuskraftfahrzeugen und in einem weiteren Fall um bandenmäßig organisierten Kraftfahrzeugdiebstahl.

⁸ Neben der hier besprochenen Entscheidung sind zu nennen: KG NStZ-RR 2021, 353; OLG Hamburg BeckRS 2021, 2226; OLG Rostock MMR 2021, 572; OLG Rostock BeckRS 2021, 11981; OLG Schleswig NStZ 2021, 693; OLG Brandenburg BeckRS 2021, 23525; OLG Bremen NStZ-RR 2021, 158.

⁹ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 11.

¹⁰ Wortlaut von Abs. 1: „Le transport, la détention, l'offre, la cession, l'acquisition ou l'emploi illicites de stupéfiants sont punis de dix ans d'emprisonnement et de 7 500 000 euros d'amende“.

¹¹ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 12.

¹² OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 13.

¹³ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 14.

merkt sei an dieser Stelle, dass die Verwendung der so übermittelten Daten in § 92b IRG vorgesehen ist. Danach bedarf es zu ihrer Verwendung als Beweismittel in einem Strafverfahren der Zustimmung des übermittelnden Staates. Nach § 77h IRG dürften diese Daten auch unter datenschutzrechtlicher Perspektive in deutschen Verfahren Verwendung finden.²²

Am 2.6.2020 erließ die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main auf Grundlage des Art. 1 Abs. 1 S. 2 RL-EEA²³ eine Europäische Ermittlungsanordnung (im Folgenden „EEA“) zur Erlangung von Beweismitteln, die sich bereits im Besitz der zuständigen französischen Behörden befanden.²⁴ Zugleich ersuchte sie die französischen Justizbehörden, die unbeschränkte Verwendung der EncroChat-Daten in Strafverfahren gegen die Täter zu genehmigen.²⁵ Die Genehmigung wurde am 13.6.2020 durch die Ermittlungsrichterin in Lille erteilt, welche die Fortsetzung der – zunächst ohne Ersuchen erfolgten – Übermittlung der nun ersuchten Daten über Europol anordnete. Die französischen Behörden stimmten auch der Verwendung der EncroChat-Daten „im Rahmen eines jeden Ermittlungsverfahrens im Hinblick auf jedwedes Gerichts-, Strafverfolgungs- oder Untersuchungsverfahren“ zu.²⁶ In dem der hiesigen Entscheidung zugrunde liegenden Verfahren erließ die Staatsanwaltschaft Freiburg am 26.4.2021, am 31.5.2021 sowie am 27.5.2021 jeweils eine EEA. Die entsprechenden Genehmigungen zur umfassenden Verwertung in deutschen Strafverfahren wurden von der Ermittlungsrichterin in Lille am 4.6.2021, am 5.7.2021 und am 18.6.2021 erteilt.²⁷

Austausches richten sich nach dem nationalen Recht des Mitgliedstaats, der die Informationen zur Verfügung stellt“.

Bei Art. 2 Abs. 2 RB 2002/584/JI geht es um den Anwendungsbereich des Europäischen Haftbefehls, der für die dort aufgelisteten Straftaten ohne Überprüfung des Vorliegens der beiderseitigen Strafbarkeit erfolgt.

²¹ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 19.

²² Nach § 77h Abs. 3 IRG ist die Übermittlung personenbezogener Daten *ohne Ersuchen* zulässig, sofern die Daten für den Zweck, für den sie übermittelt wurden, benötigt werden.

²³ Zu dieser Richtlinie siehe näher *Böse*, ZIS 2014, 152; vgl. auch *Zimmermann*, in: *Böse* (Fn. 20), § 16. B. VI. m.w.N.

²⁴ Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 RL-EEA: „Eine Europäische Ermittlungsanordnung (im Folgenden „EEA“) ist eine gerichtliche Entscheidung, die von einer Justizbehörde eines Mitgliedstaats („Anordnungsstaat“) zur Durchführung einer oder mehrerer spezifischer Ermittlungsmaßnahme(n) in einem anderen Mitgliedstaat („Vollstreckungsstaat“) zur Erlangung von Beweisen gemäß dieser Richtlinie erlassen oder validiert wird. Die Europäische Ermittlungsanordnung kann auch in Bezug auf die Erlangung von Beweismitteln, die sich bereits im Besitz der zuständigen Behörden des Vollstreckungsstaats befinden, erlassen werden“.

²⁵ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 20.

²⁶ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 21.

²⁷ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 22.

IV. Zur Verwertbarkeit der in Frankreich gewonnenen Beweismittel in Deutschland

Die formellen Anforderungen eines ausgehenden Ersuchens sind in § 91j IRG geregelt. In materieller Hinsicht soll der Erlass einer EEA nach Art. 6 Abs. 1 lit a RL-EEA für die Zwecke des ihr zugrunde liegenden Strafverfahrens unter Berücksichtigung der Rechte der betroffenen Person notwendig und verhältnismäßig sein. Zugleich soll nach Art. 6 Abs. 1 lit. b RL-EEA der Sachverhalt so gestaltet sein, dass die im Ausland durchzuführende Maßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall unter denselben Bedingungen hätte angeordnet werden können.²⁸ Die Beweiserhebung *per se* wäre auch nach deutschem Recht in rechtmäßiger Weise möglich gewesen, weswegen das OLG Karlsruhe zu Recht die Frage offen lässt, ob sich die Prüfung nur auf die Frage der Genehmigung der Verwertung der bereits erhobenen Beweismittel beschränkt oder sich weitergehend auch auf die Rechtmäßigkeit der Erhebung der Beweise erstreckt.²⁹ Der Zugriff auf die Endgeräte der betroffenen EncroChat-Nutzer und auf die darauf gespeicherten Daten, welche die Beteiligung an Betäubungsmittelstraftaten nach § 29a Nr. 2 BtMG belegten, wäre insbesondere sowohl nach § 100a Abs. 2 Nr. 7 lit. b StPO als auch nach § 100b Abs. 2 Nr. 5 lit. b StPO gerechtfertigt gewesen, wobei für den Tatverdacht bereits die Besonderheiten des EncroChat-Systems gesprochen hätten.³⁰

Problematisch könnte sein, dass die Beweiserhebung in Frankreich nicht nach allen maßgeblichen Rechtsvorschriften stattgefunden hat. Treffend hat das OLG Karlsruhe – im Einklang mit den sonstigen obergerichtlichen Urteilen (siehe Fn. 8) – die Verwertbarkeit der gewonnenen Beweismittel bejaht.³¹ Die Argumentation ist in sich schlüssig und differenziert danach, wo sich die Zielperson bei der Beweiserhebung aufhielt.

Zu Recht betont das OLG Karlsruhe zunächst, dass es nicht befugt ist zu prüfen, ob die französischen Behörden bei der Beweiserhebung *auf französischem Hoheitsgebiet* gegen französisches Strafprozessrecht verstoßen haben.³² Verstöße gegen den *ordre public* seien insoweit nicht ersichtlich.³³

Für den Zugriff auf Endgeräte der in Deutschland befindlichen EncroChat-Nutzer sind dagegen Art. 30, 31 RL-EEA einschlägig. Wie oben (III. zu Beginn) geschildert, haben die

²⁸ Vgl. auch *Böhm*, NJW 2017, 1512 (1514).

²⁹ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 25; allgemein zur Reichweite von Beweisverwertungsverböten siehe *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 14. Aufl. 2018, § 23 Rn. 482 ff. Vgl. auch *Wittig*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra, Stand: 1.1.2022, § 479 Rn. 5 ff.

³⁰ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 26 f.; anders und kritisch *Derin/Singelnstein*, NSTZ 2021, 449 (452).

³¹ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 28. Bejahend u.a. *Pauli*, NSTZ 2021, 146 (149); anders *Wahl*, ZIS 2021, 452 (461); *Derin/Singelnstein*, NSTZ 2021, 449 (454); *Gebhard/Michalke*, NJW 2022, 655 (656); allgemein zur Frage der Verwertbarkeit von Beweisen *Schuster*, ZIS 2016, 564.

³² Vgl. nur BGH NSTZ 2013, 596.

³³ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 29.

französischen Behörden ihre Unterrichtspflicht nach Art. 31 Abs. 1 RL-EEA spätestens dann vernachlässigt, als sie vom Aufenthalt der Zielpersonen in Deutschland erfuhr. Aus diesem Grund konnten auch die deutschen Behörden ihre aus Art. 6 Abs. 1 lit. b RL-EEA resultierende Pflicht nicht erfüllen.³⁴

Die Verletzung der Unterrichtspflicht per se reicht zunächst noch nicht für ein Beweisverwertungsverbot aus.³⁵ Darüber hinaus sind keine anderen Gründe ersichtlich, die für ein Beweisverwertungsverbot sprechen. In der zum Zwecke dieser Besprechung gebotenen Kürze sei vielmehr auf folgende acht Überlegungen des OLG Karlsruhe hingewiesen: *Erstens* gibt es kein allgemein gültiges Prinzip und sonst auch keine höherrangige Regelung dahingehend, dass ein Verstoß bei der Beweiserhebung kausal zu einem Beweisverwertungsverbot führt.³⁶ *Zweitens* stellt angesichts des Rechtsstaatsgrundsatzes ein Beweisverwertungsverbot eine begründungsbedürftige Ausnahme dar, die somit das Vorliegen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung bzw. das Vorliegen konkreter, übergeordneter, wichtiger Gründe voraussetzt.³⁷ Dies war hier nicht der Fall.³⁸ *Drittens* wird die Gebotenheit eines Beweisverwertungsverbots in der Regel für schwerwiegende, bewusste oder willkürliche Verfahrensverstöße anerkannt, welche „die grundrechtlichen Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht“ lassen.³⁹ Auch dies ist hier aber nicht der Fall. *Viertens* spricht auch eine Abwägung des staatlichen Aufklärungsinteresses gegen den Rechtsverstoß gegen ein Verwertungsverbot.⁴⁰ *Fünftens* ist davon auszugehen, dass die zuständige Behörde bei Beachtung der rechtlichen Vorgaben der Überwachung aller Voraussicht nach nicht nach Art. 31 Abs. 3 RL-EEA widersprochen hätte, zumal die Beweiserhebung auch nach deutschem Recht in rechtmäßiger Weise möglich gewesen wäre.⁴¹ *Sechstens* dienen „die gewonnenen Beweise der Aufklärung und Verfolgung schwerer Straftaten der organisierten Kriminalität, die auf andere Weise nicht zu bewerkstelligen wäre.“⁴²

³⁴ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 30.

³⁵ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 31.

³⁶ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn. 337, 362.

³⁷ St. Rspr., vgl. BVerfGE 33, 367 (383); 122, 248 (272 f.); BGH NJW 1994, 2904 (2904); BGH NJW 1999, 959 (961); BGH NJW 2007, 2269 (2271); vgl. auch Eisenberg (Fn. 34), Rn. 362 ff.; Beulke/Swoboda (Fn. 27), § 23 Rn. 457 ff.

³⁸ Ähnlich Pauli, NStZ 2021, 146 (148).

³⁹ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 32 mit Verweis auf BVerfGE 113, 29 (61); BVerfG NJW 1999, 273 (273); BVerfG NJW 2006, 2684 (2686).

⁴⁰ Zu den Indikatoren für die Abwägung zugunsten des staatlichen Aufklärungsinteresses siehe ausführlich OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 32; zur Abwägung des staatlichen Aufklärungsinteresses mit dem Rechtsverstoß (Abwägungslehre) siehe eingehend Beulke/Swoboda (Fn. 27), § 23 Rn. 458.

⁴¹ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 33; a.A. Gebhard/Michalke, NJW 2022, 655 (658); Derin/Singelnstein, NStZ 2021, 449 (452).

⁴² OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 33.

Siebtens kam per definitionem kein sog. Befugnis-Shopping in Betracht, zumal die übermittelten Beweismittel bereits erhoben worden waren.⁴³ Und *achtens* wurde das Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG bzw. das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG insofern relativiert, als die Betroffenen den Rechtsschutz bewusst zur Begehung schwerer Straftaten missbraucht haben.⁴⁴

V. Ausblick und das erste BGH-Urteil vom 2.3.2022

Anlässlich der EncroChat-Verfahren hat die Europäisierung des Strafverfahrens einen neuen Schwung bekommen. Dies ist besonders erfreulich, weil das Interesse an dem Bereich des Strafprozessrechts dadurch größer wird. Die EncroChat-Verfahren zeigen aber zugleich, wie wichtig es angesichts der rasanten technologischen Entwicklung ist, dass Informatiker mit der Strafjustiz zusammenarbeiten. Je mehr die Digitalisierung voranschreitet und einem Sachverhalt zugrunde liegt (ähnlich wie bei Bitcoin-Verfahren), umso größer ist die Herausforderung für die Strafrichter, sich in die Akten einzulesen.

Es hat übrigens nicht lange gedauert, bis sich der BGH konkret zu dem einen oder anderen EncroChat-Verfahren äußerte. Ein obiter dictum ließ zunächst die Tendenz der Positionierung abzeichnen. Am 8.2.2022 haben nämlich die Richter des in Leipzig ansässigen 6. Strafsenats ausgeführt: „Der Senat sieht im Ergebnis die aus der Überwachung der Kommunikation über den Krypto-Messengerdienst EncroChat durch französische Behörden gewonnenen Erkenntnisse im Einklang mit der obergerichtlichen Rechtsprechung als im Strafverfahren verwertbar an.“⁴⁵ Sodann hat am 2.3.2022 der 5. Strafsenat in einem ausführlichen Urteil die Zulässigkeit der Verwendung der EncroChat-Erkenntnisse ganz deutlich bejaht: „Das von der Revision im Einklang mit großen Teilen des Schrifttums und vereinzelter Rechtsprechung [...] geltend gemachte Beweisverwertungsverbot besteht unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt. Das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots ist nach nationalem Recht zu bestimmen [...]. Ein solches ergibt sich weder aus rechtshilfespezifischen Gründen [...] noch aus nationalem Verfassungs- oder Prozessrecht [...]. Auch die Vorgaben der EMRK stehen

⁴³ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 33. Beim Befugnis-Shopping wird eine andere Rechtsordnung bewusst ausgesucht, um Ermittlungsmaßnahmen unter den dort geltenden Vorschriften durchzuführen und mithin die inländischen strafprozessrechtlichen Vorgaben zu umgehen. A.A. Gebhard/Michalke, NJW 2022, 655 (658); allgemein zum „Befugnis-Shopping“ oder „Forum-Shopping“ Brodowski, in: Müller/Schlothauer/Knauer (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 3. Aufl. 2022, § 22 Rn. 23.

⁴⁴ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 33; a.A. Gebhard/Michalke, NJW 2022, 655 (656).

⁴⁵ BGH, Beschl. v. 8.2.2022 – 6 StR 639/21, abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2022-2&nr=127152&pos=28&anz=59> (29.3.2022).

einer Beweisverwertung nicht entgegen“.⁴⁶

Prof. Dr. Konstantina Papathanasiou, LL.M., Vaduz

⁴⁶ BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 25, abrufbar unter

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2022&nr=127966&linked=bes&Blank=1&file=dokument.pdf> (29.3.2022).

Erscheinungsdatum der BGH-Entscheidung ist der 25.3.2022; siehe Pressemitteilung unter

<https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2022/2022038.html> (29.3.2022).

Die vorliegende Besprechung erscheint am 1.4.2022. Die BGH-Entscheidung kann erst im Rahmen einer weiteren Publikation zugrunde gelegt werden.

Entscheidungsbesprechung

Fälschung von Impfausweisen

1. Das Vorzeigen eines gefälschten Impfpasses in einer Apotheke zur Erlangung eines digitalen Impfzertifikates fällt nicht unter die frühere (bis zum 23.11.2021 geltende) Gesetzesfassung von § 277 StGB und § 279 StGB.

2. § 277 StGB a.F.¹ und § 279 StGB a.F. bilden Privilegierungen gegenüber § 267 StGB. Diese – eine Strafbarkeit nach § 267 StGB verdrängende – Privilegierungswirkung von § 277 StGB a.F. und § 279 StGB a.F. tritt auch dann ein, wenn der Täter einen gefälschten Impfpass in einer Apotheke zur Erlangung eines digitalen Impfzertifikates vorlegt.

(Leitsätze der Verf.)

StPO § 98 Abs. 2

StGB § 267

StGB a.F. §§ 277, 279 StGB

IfSG §§ 22, 22a Abs. 5 Nr. 1, 75a Abs. 2 Nr. 1

LG Osnabrück, Beschl. v. 26.10.2021 – 3 Qs 38/21²

I. Einführung

Menschen, die sich gegen eine COVID-19-Infektion³ haben impfen lassen, genießen nicht nur einen erhöhten Schutz gegen eine schwerverlaufende Corona-Erkrankung, sondern unterliegen mitunter auch weniger weitreichenden Einschränkungen im öffentlichen Bereich (z.B. beim Besuch von Bars und Restaurants). Der zuletzt genannte Umstand macht den formellen Impfstatus für manche Menschen attraktiv, die nicht geimpft sind. Dementsprechend muss sich die Rechtsprechung seit einiger Zeit mit der strafrechtlichen Bewertung der Fälschung von Impfzertifikaten befassen. Hierzu ist vor einigen Monaten eine Gesetzesänderung⁴ ergangen. Die Neufassung gilt wegen des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB) grundsätzlich nur für solche Taten, die nach dem Zeitpunkt des Inkrafttretens (also nach Beginn des 24.11.2021⁵) stattgefunden haben. Die hier zu beleuchtende Entscheidung des LG Osnabrücks hat demgegenüber einen Fall zum Gegenstand, der noch nach alter Rechtslage zu beurteilen ist. Dieser Umstand ändert aber nichts daran, dass die betreffende Entscheidung in zweierlei Hinsicht

für die juristische Ausbildung relevant ist: Erstens ist die Feststellung wichtig, dass die Ansicht vertreten wird, dass die bis einschließlich 23.11.2021 begangenen Fälle der Fälschung von Impfzertifikaten grundsätzlich straflos sind. Zweitens lässt sich anhand der hier zu besprechenden Entscheidung die Rechtsfigur der strafrechtlichen Privilegierung verdeutlichen.

II. Sachverhalt und Verfahrensgang⁶

Der Beschuldigte wurde verdächtigt, am 9.10.2021 in einer Apotheke einen gefälschten Impfausweis vorgelegt zu haben. Er habe hierbei das Ziel verfolgt, ein digitales Impfzertifikat zu erhalten. In dem betreffenden Dokument war die unzutreffende Feststellung vermerkt, dass der Beschuldigte zuvor in einem (tatsächlich nicht existenten) Impfzentrum durch einen Arzt eine Impfung gegen eine COVID-19-Infektion erhalten habe. Aus dem Beschluss geht jedoch nicht hervor, ob der Arzt tatsächlich existent war und ob der Vermerk von einer anderen Person stammte und diesbezüglich eine Identitätstäuschung vorlag. Nachdem das Dokument vor Ort wegen des Verdachts der Urkundenfälschung (§ 267 StGB) beschlagnahmt worden war, beantragte das zuständige Polizeikommissariat beim Amtsgericht Osnabrück, die Beschlagnahme gerichtlich zu bestätigen, da der Impfausweis als Beweismittel von Bedeutung sei (§ 94 StPO) bzw. der Einziehung unterliegen könne (§ 111b StPO). Das Amtsgericht Osnabrück wies den Antrag zurück, da das Verhalten des Beschuldigten straflos gewesen sei. Nachdem die Staatsanwaltschaft Osnabrück Beschwerde gegen den Beschluss eingelegt hatte, legte das Amtsgericht Osnabrück die Akten dem Landgericht Osnabrück zur Entscheidung vor.

III. Entscheidung⁷

Das Landgericht Osnabrück bestätigte die Ansicht des Amtsgerichts und verwarf die Beschwerde der Staatsanwaltschaft. Die Kammer vertritt ebenfalls die Ansicht, dass das Vorzeigen eines gefälschten Impfpasses in einer Apotheke zur Erlangung eines digitalen Impfzertifikates nach der damaligen Rechtslage straflos sei. Zwar erfülle das dem Beschuldigten zur Last gelegte Verhalten (im Fall seiner Beweisbarkeit) für sich genommen die Tatbestandsvoraussetzungen des Gebrauchs einer verfälschten Urkunde gem. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB. Diese Vorschrift könne jedoch aufgrund der Sperrwirkung der spezielleren Regelungen der § 277 StGB a.F. bzw. § 279 StGB a.F. keine Anwendung finden.

Eine Strafbarkeit nach § 277 StGB a.F. setzt unter anderem voraus, dass ein unechtes Gesundheitszeugnis hergestellt oder ein echtes Gesundheitszeugnis verfälscht wurde und zur Täuschung im Rechtsverkehr gegenüber einer Behörde oder einer Versicherungsgesellschaft gebraucht wurde. § 279 StGB a.F. verlangt, dass jemand ein solch gefälschtes Gesundheitszeugnis gebraucht, um eine Behörde oder eine Versicherungsgesellschaft über seinen Gesundheitszustand oder über den Gesundheitszustand eines anderen zu täuschen. Nach Auffas-

¹ Soweit hier und im Folgenden von „a.F.“ die Rede ist, ist dabei jeweils die bis zum 23.11.2021 geltende Normfassung gemeint. Dies ist sowohl bei § 277 StGB a.F. wie auch bei § 279 StGB a.F. die Fassung nach BGBl. I 1998, S. 3322.

² Die Entscheidung ist veröffentlicht in MedR 2022, 38 und medstra 2022, 67.

³ Infektion mit dem Corona-Virus SARS-CoV-2.

⁴ Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite v. 22.11.2021, BGBl. I 2021, S. 4906.

⁵ Art. 22 Abs. 1 des Gesetzes v. 22.11.2021, BGBl. I 2021, S. 4906 (4918).

⁶ LG Osnabrück, Beschl. v. 26.10.2021 – 3 Qs 38/21, Rn. 1 f (juris).

⁷ LG Osnabrück, Beschl. v. 26.10.2021 – 3 Qs 38/21, Rn. 3 ff. (juris).

sung des Landgerichts Osnabrück stellen die § 277 StGB a.F. und § 279 StGB a.F. im Verhältnis zu § 267 StGB Spezialvorschriften dar, was zur Folge habe, dass bei Vorliegen eines unechten oder gefälschten Gesundheitszeugnisses die Regelung des § 267 StGB verdrängt würde und daher nicht zur Anwendung gelangen könne. Dies gelte unabhängig davon, ob die übrigen Voraussetzungen der §§ 277, 279 StGB a.F. erfüllt seien, denn wegen der im Vergleich zu § 267 StGB geringeren Sanktionsandrohung von § 277 StGB a.F. und § 279 StGB a.F. bildeten diese Vorschriften eine Privilegierung gegenüber § 267 StGB.

Der Anwendungsbereich der §§ 277, 279 StGB a.F. sei vorliegend eröffnet, da es sich bei einem Impfpass um ein Gesundheitszeugnis im Sinne dieser Vorschrift handele. Eine Strafbarkeit nach §§ 277, 279 StGB a.F. scheitere jedoch vorliegend daran, dass dieses Zeugnis nicht gegenüber einer Behörde gebraucht worden sei. Ein Gebrauchmachen in diesem Sinne liegt dann vor, wenn das Dokument so in den Machtbereich der Behörde verbracht wird, dass die Möglichkeit jederzeitiger sinnlicher Wahrnehmung bzw. Kenntnisnahme besteht.⁸ Nach Auffassung des Landgerichts Osnabrück handelt es sich bei einer Apotheke nicht um eine Behörde. Demgegenüber sei zwar das Robert-Koch-Institut (RKI), an welches die betreffenden personenbezogenen Daten von der Apotheke üblicherweise übermittelt werden,⁹ eine Bundesoberbehörde. Allerdings würden dieser Behörde lediglich personenbezogene Daten in elektronischer Form übermittelt, nicht aber das gefälschte Dokument selbst. Das RKI habe daher als Behörde keine eigene Möglichkeit der Kenntnisnahme.

IV. Rechtliche Würdigung

Das Landgericht Osnabrück hat sich in der vorliegenden Entscheidung detailliert mit einer möglichen Strafbarkeit der Vorlage eines gefälschten Impfausweises bei einer Apotheke auseinandergesetzt. Hierbei wurde eine mögliche Strafbarkeit nach § 267 StGB, nach § 277 StGB a.F. und nach § 279 StGB a.F. geprüft.

1. Fälschung von Gesundheitszeugnissen (§ 277 StGB a.F.)

§ 277 StGB a.F. hat folgenden Wortlaut:

„Wer unter der ihm nicht zustehenden Bezeichnung als Arzt oder als eine andere approbierte Medizinalperson oder unberechtigt unter dem Namen solcher Personen ein Zeugnis über seinen oder eines anderen Gesundheits-

zustand ausstellt oder ein derartiges echtes Zeugnis verfälscht und davon zur Täuschung von Behörden oder Versicherungsgesellschaften Gebrauch macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.“

a) Tatobjekt

Das Tatobjekt nach § 277 StGB a.F. ist ein Gesundheitszeugnis, also eine Urkunde, in welcher der gegenwärtige oder frühere Gesundheitszustand bzw. Krankheiten eines Menschen beschrieben werden oder eine Prognose zum künftigen Verlauf von Krankheiten oder eine Aussage über Gesundheitsaussichten getroffen werden.¹⁰ Bereits seit der Rechtsprechung des Reichsgerichts werden Impfscheine unter den Begriff des Gesundheitszeugnisses gefasst.¹¹

b) Tatvarianten

Der Wortlaut des § 277 StGB a.F. erfasst zwei Handlungen („Wer [...] und [...] Gebrauch macht“), deren erste wiederum aus mehreren Varianten besteht:¹²

- Die erste Variante besteht im Ausstellen eines Gesundheitszeugnisses unter der nicht zustehenden Bezeichnung als Arzt oder andere Medizinalperson. In diesem Fall verwendet die täuschende Person ihre wahre Identität, die Unrichtigkeit wird aber durch die Nutzung eines falschen Namenszusatzes (z.B. „Dr. med.“) oder einer falschen Berufsbezeichnung begründet.¹³ Das Zeugnis enthält hier also der Sache nach eine schriftliche Lüge über die Approbation.¹⁴ Auf die inhaltliche Richtigkeit des Zeugnisses kommt es bei dieser Variante nicht an.¹⁵
- Die zweite Variante beinhaltet das unberechtigte Ausstellen unter dem Namen eines Arztes oder einer Medizinalperson, also eine Identitätstäuschung.¹⁶ Dies umfasst ein

¹⁰ *Erb*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 277 Rn. 2; *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 277 Rn. 2; *Puppe/Schumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 277 Rn. 3; *Weidemann*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, Stand: 1.11.2021, § 277 Rn. 4.

¹¹ RGSt 24, 284 (286); ferner *Erb* (Fn. 10), § 277 Rn. 2; krit., aber i.E. zustimmend *Lorenz*, medstra 2021, 210 (212).

¹² Vgl. *Erb* (Fn. 10), § 277 Rn. 4; *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 277 Rn. 3; *Maier*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 277 Rn. 1; *Puppe/Schumann* (Fn. 10), § 277 Rn. 7 ff.

¹³ *Erb* (Fn. 10), § 277 Rn. 5; *Heine/Schuster* (Fn. 10), § 277 Rn. 6; *Hoyer* (Fn. 12), § 277 Rn. 11; *Maier* (Fn. 12), § 277 Rn. 6.

¹⁴ *Hoyer* (Fn. 12), § 277 Rn. 11.

¹⁵ *Maier* (Fn. 12), § 277 Rn. 5; *Weidemann* (Fn. 10), § 277 Rn. 6.

¹⁶ *Heine/Schuster* (Fn. 10), § 277 Rn. 7; *Maier* (Fn. 12), § 277 Rn. 8.

⁸ OLG Stuttgart NJW 2014, 482 (483) in Bezug auf § 279 StGB a.F.

⁹ Hintergrund dessen ist die Erstellung der digitalen Impfpertifikate durch das RKI. Aus § 22 Abs. 5 IfSG (in der bis 18.3.2022 geltenden Fassung) bzw. aus § 22a Abs. 5 IfSG (in der seit 19.3.2022 geltenden Fassung) folgt, dass die Apotheke, nachdem eine Impfdokumentation vorgelegt und von der Apotheke geprüft wurde, die entsprechenden personenbezogenen Daten an das RKI übermittelt. Das RKI generiert sodann unter Verwendung der zur Erstellung und Bescheinigung des COVID-19-Impfzertifikats erforderlichen personenbezogenen Daten das digitale Zertifikat.

Handeln unter falschem Namen.¹⁷ Auf die inhaltliche Richtigkeit des Zeugnisses kommt es auch in dieser Variante nicht an.¹⁸

- Die dritte Variante normiert einen Sonderfall einer Urkundenfälschung i.S.d. § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB.¹⁹ Das Verfälschen eines echten Gesundheitszeugnisses setzt hier ein nachträgliches Verändern einer echten Urkunde voraus.²⁰ Bei dieser Variante wird gerade der Inhalt des Gesundheitszeugnisses verändert.²¹

Die oben genannte zweite Handlung besteht in einem Gebrauchmachen der Urkunde gegenüber einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft. Dies bedeutet nach umstrittener Ansicht, dass die ausstellende bzw. fälschende Person selbst von dem Gesundheitszeugnis Gebrauch machen muss, um das Delikt zu vollenden,²² sodass bei allen drei eben genannten Varianten ein Gebrauchmachen hinzukommen muss. Nach dieser Ansicht bildet § 277 StGB a.F. ein zweiaktiges Delikt. Der Begriff der Behörde – eine der Adressatinnen beim Gebrauchmachen – findet sich in § 11 Abs. 1 Nr. 7 StGB, wird von dieser Vorschrift jedoch nicht selbst definiert, sondern nur vorausgesetzt.²³ Eine Behörde ist ein ständiges, von der Person des Inhabers unabhängiges und in das Staatsgefüge eingeordnetes Organ der Staatsgewalt, das dazu bestimmt ist, mit einer gewissen Selbstständigkeit Staatszwecke zu verfolgen.²⁴

Das Landgericht Osnabrück hat zutreffend festgestellt, dass die im vorliegenden Fall involvierte Apotheke keine Behörde i.S.d. § 277 StGB a.F. darstellt: Bei einer Apotheke handelt es sich um ein privates Unternehmen, das auch nicht deshalb als Behörde zu klassifizieren ist, da ihm die Aufgabe der Ausstellung digitaler Impfpertifikate übertragen ist.²⁵ Gegen die Einordnung als Behörde lässt sich bereits anführen, dass die Apotheke nicht hinreichend eng ins Staatsgefüge eingeordnet ist. Auch die oben wiedergegebenen Ausführungen zum RKI sind nicht zu beanstanden. Eine Strafbarkeit i.S.d. § 277 StGB a.F. scheidet also bereits mangels Gebrauchs gegenüber einer Behörde aus. Auf die Frage, wie der

falsche Impfpass entstanden ist, kommt es hierfür demnach nicht an.

2. Gebrauch unrichtiger Gesundheitszeugnisse (§ 279 StGB a.F.)

§ 279 StGB a.F. hat folgenden Wortlaut:

„Wer, um eine Behörde oder eine Versicherungsgesellschaft über seinen oder eines anderen Gesundheitszustand zu täuschen, von einem Zeugnis der in den §§ 277 und 278 bezeichneten Art Gebrauch macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.“

§ 279 StGB a.F. stellt also der Sache nach unter anderem den Gebrauch eines falschen oder verfälschten Gesundheitszeugnisses i.S.d. § 277 StGB unter Strafe.²⁶ Hierbei muss das betreffende Zeugnis nicht zwingend aus einer strafbaren Handlung nach dieser Vorschrift hervorgegangen sein, es genügt also, dass es eine unwahre Aussage über den Gesundheitszustand enthält.²⁷ Auch ist es nicht erforderlich, dass ein Arzt das Gesundheitszeugnis zum Gebrauch bei einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft ausgestellt hat.²⁸

Auch i.R.d. § 279 StGB a.F. kommt eine Strafbarkeit jedoch nur dann in Betracht, wenn das Gesundheitszeugnis bei einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft zur Täuschung vorgelegt wird. Aus den bereits oben genannten Gründen ist dies bei der Vorlage in einer Apotheke aber gerade nicht der Fall.

3. Urkundenfälschung (§ 267 Abs. 1 Var. 3 StGB)

Die Vorlage des Impfausweises könnte allerdings eine Urkundenfälschung nach § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB darstellen. Insbesondere ist hier ein taugliches Tatobjekt, nämlich eine Urkunde gegeben. Eine solche besteht nach der gängigen Definition in einer verkörperten Gedankenerklärung, die allgemein oder für Eingeweihte verständlich ist, einen Aussteller erkennen lässt und die zum Beweis einer rechtlich erheblichen Tatsache geeignet und bestimmt ist.²⁹ Bei einem ausgefüllten Impfausweis handelt es sich um eine Urkunde, weil er die nach § 22 IfSG bzw. § 22a IfSG³⁰ für die Dokumentation einer Impfung notwendigen Angaben sowie die für die Durchführung verantwortliche Person erkennen lässt. Da diese Erklärung letztlich aus dem Zusammenwirken des Impfausweises mit einem Chargenkleber sowie einem Handzeichen der berechtigten Person erkennbar ist, handelt es sich genau genommen um eine zusammengesetzte Urkunde.³¹

Auf die Behördeneigenschaft der Apotheke kommt es i.R.v. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB nicht an, da lediglich

¹⁷ Heine/Schuster (Fn. 10), § 277 Rn. 7.

¹⁸ Heine/Schuster (Fn. 10), § 277 Rn. 6, 7; Maier (Fn. 12), § 277 Rn. 5, 8; Weidemann (Fn. 10), § 277 Rn. 6.

¹⁹ Erb (Fn. 10), § 277 Rn. 7; Maier (Fn. 12), § 277 Rn. 9.

²⁰ Heine/Schuster (Fn. 10), § 277 Rn. 8; Maier (Fn. 12), § 277 Rn. 9.

²¹ Heine/Schuster (Fn. 10), § 277 Rn. 8; Weidemann (Fn. 10), § 277 Rn. 6.

²² Erb (Fn. 10), § 277 Rn. 4; Hoyer (Fn. 12), § 277 Rn. 14; Maier (Fn. 12), § 277 Rn. 10; a.A. Heger, in: Lackner/Kühl, Strafrecht, 29. Aufl. 2018, § 277 Rn. 3; Heine/Schuster (Fn. 10), § 277 Rn. 10.

²³ v. Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 10), § 11 Rn. 50.

²⁴ Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 11 Rn. 64.

²⁵ Vgl. LG Osnabrück, Beschl. v. 26.10.2021 – 3 Qs 38/21, Rn. 9 f. (juris).

²⁶ Vgl. Maier (Fn. 12), § 279 Rn. 1.

²⁷ Erb (Fn. 10), § 279 Rn. 2; Heine/Schuster (Fn. 10), § 279 Rn. 1; Weidemann (Fn. 9), § 279 Rn. 3.

²⁸ Erb (Fn. 10), § 279 Rn. 2; Heine/Schuster (Fn. 10), § 279 Rn. 1.

²⁹ BGHSt 4, 284 (285 f.); Fischer, Strafrecht, 68. Aufl. 2021, § 267 Rn. 2.

³⁰ Vgl. zur Änderung von § 22 IfSG oben Fn. 9.

³¹ Schmidhäuser, medstra 2022, 21 (24).

ein Handeln zur Täuschung im Rechtsverkehr erforderlich ist. Allerdings kommt eine Strafbarkeit nach § 267 StGB im vorliegenden Fall nur dann in Betracht, wenn der gebrauchte Impfausweis unecht bzw. verfälscht i.S.d. § 267 StGB ist. Dies setzt in der Regel voraus, dass der wirkliche und der scheinbare Aussteller nicht identisch sind. Anders als § 277 StGB a.F. erfasst § 267 Abs. 1 StGB also solche Fälle nicht, in denen jemand etwa nur über seine berufliche Qualifikation täuscht. Soweit der Beschuldigte allerdings einen Impfausweis vorgelegt hat, der nicht von demjenigen herrührt, von dem er herzurühren scheint (Identitätstäuschung), liegt der objektive Tatbestand von § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB vor. Allerdings ist im Folgenden zu zeigen, dass § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB in der vorliegenden Konstellation nach alter Rechtslage auf Konkurrenzebene verdrängt würde.

4. Konkurrenzen: Zur Reichweite der Sperrwirkung gegenüber § 267 StGB

Zu berücksichtigen ist, dass die §§ 277, 279 StGB a.F. einen im Vergleich zu § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB niedrigeren Strafrahmen aufweisen³² und insoweit Spezialgesetze bilden, als sich die Handlungen auf unechte bzw. verfälschte Urkunden i.S.d. § 267 StGB beziehen. Nach überwiegender Ansicht entfalten die §§ 277, 279 StGB a.F. deshalb in diesem Umfang eine Sperrwirkung gegenüber § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB,³³ und zwar wegen einer privilegierenden Spezialität als besonderer Form der Gesetzeskonkurrenz.³⁴ Allgemein liegt eine solche privilegierende Spezialität vor, wenn ein Strafgesetz alle Merkmale eines anderen Strafgesetzes aufweist und sich nur dadurch von diesem unterscheidet, dass es wenigstens noch ein weiteres Merkmal enthält, das den Sachverhalt unter einem spezielleren Gesichtspunkt erfasst, und der Täter durch die Spezialvorschrift privilegiert werden soll.³⁵

In der Tat erfüllen die §§ 277, 279 StGB a.F. in der hier vorliegenden Konstellation alle Merkmale einer Urkundenfälschung (§ 267 Abs. 1 Var. 3 StGB), enthalten jedoch das weitere Merkmal, dass Adressat der Vorlage unter anderem nur eine Behörde sein kann. Während § 267 StGB einen Strafrahmen von Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe vorsieht, normieren die §§ 277, 279 StGB a.F. jeweils einen Strafrahmen von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe. Somit wird der jeweilige Täter durch jene Vorschriften privilegiert. Wie in der oben wiedergegebenen Entscheidung des Landgerichts Osnabrück deutlich wird, soll diese Sperrwirkung auch dann greifen, wenn die Tatbestände von §§ 277, 279 StGB a.F. mangels Vorliegens einer Behör-

³² §§ 277, 279 StGB a.F.: Jeweils Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe; § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB: Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe.

³³ Erb (Fn. 10), § 277 Rn. 9; Heine/Schuster (Fn. 10), § 277 Rn. 12; Hoyer (Fn. 12), § 277 Rn. 17; Puppe/Schumann (Fn. 10), § 277 Rn. 9, 14; Weidemann (Fn. 10), § 277 Rn. 13; Zieschang, ZIS 2021, 481 (483); ebenso auch LG Hechingen, Beschl. v. 13.12.2021 – 3 Qs 77/21, Rn. 16 (juris).

³⁴ LG Hechingen, Beschl. v. 13.12.2021 – 3 Qs 77/21, Rn. 16 (juris).

³⁵ BGH NStZ 1999, 348; BGH NJW 2004, 1054.

de gar nicht einschlägig sind.

Insbesondere die Gefahr von Strafbarkeitslücken, welche sich auch in dem oben dargestellten Beschluss aufgetan haben, führen jedoch dazu, dass das eben skizzierte Spezialitätsverhältnis von §§ 277, 279 StGB a.F. gegenüber § 267 StGB kritisiert wird. Unter anderem wird in der Literatur angeführt, dass es für die Privilegierung schlechthin keinen vernünftigen Grund gäbe.³⁶ Puppe und Schumann sprechen sogar von einer „Fehlleistung des Gesetzgebers“.³⁷ Das Hanseatische Oberlandesgericht vertritt in einer Entscheidung vom 27.1.2022³⁸ die Auffassung, dass die Anwendung des § 267 StGB nicht durch § 277 StGB a.F. ausgeschlossen wird.³⁹ So sei dem Gesetz in der systematischen Gesamtbetrachtung nicht zu entnehmen, dass gefälschte Gesundheitszeugnisse grundsätzlich aus dem Anwendungsbereich der Urkundenfälschung herausfallen sollten.⁴⁰ Folgt man dieser Ansicht, so würden auch diejenigen Fälle, in denen vor dem 24.11.2021 in einer Apotheke ein gefälschter Impfausweis vorgelegt wurde, unter § 267 StGB fallen. Gleichwohl erscheint auch die Auffassung des Landgerichts Osnabrück gut vertretbar.

V. Ausblick: Zur Gesetzesreform vom 22.11.2021

Mit Gesetz vom 22.11.2021⁴¹ erhielt § 277 StGB zwei Absätze, deren erster wie folgt lautet:

„Wer zur Täuschung im Rechtsverkehr unter der ihm nicht zustehenden Bezeichnung als Arzt oder als eine andere approbierte Medizinalperson ein Zeugnis über seinen oder eines anderen Gesundheitszustand ausstellt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften dieses Abschnitts mit schwererer Strafe bedroht ist.“

Auch § 279 StGB wurde geändert. Die Vorschrift hat nun folgenden Wortlaut:

„Wer zur Täuschung im Rechtsverkehr von einem Gesundheitszeugnis der in den §§ 277 und 278 bezeichneten Art Gebrauch macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften dieses Abschnitts mit schwererer Strafe bedroht ist.“

Die Vorlage eines i.S.d. § 277 StGB unrichtigen Impfausweises in einer Apotheke wäre damit strafbar, soweit der Zweck verfolgt wird, einen digitalen Impfnachweis zu erlangen. Ferner soll durch die Subsidiaritätsklauseln klargestellt werden, dass die §§ 277, 279 StGB nunmehr keine Sperrwirkung

³⁶ Erb (Fn. 10), § 277 Rn. 1.

³⁷ Puppe/Schumann (Fn. 10), § 277 Rn. 9.

³⁸ OLG Hamburg, Beschl. v. 27.1.2022 – 1 Ws 114/21.

³⁹ OLG Hamburg, Beschl. v. 27.1.2022 – 1 Ws 114/21, Rn. 15 (juris).

⁴⁰ OLG Hamburg, Beschl. v. 27.1.2022 – 1 Ws 114/21, Rn. 27 (juris).

⁴¹ BGBl. I 2021, S. 4906.

gegenüber § 267 StGB entfalten.⁴² Würde sich der vom Landgericht Osnabrück entschiedene Fall also heute ereignen und wäre er beweisbar, so käme eine Strafbarkeit nach § 277 StGB n.F., § 279 StGB n.F. und § 267 Abs. 1 StGB in Betracht.

*Wiss. Mitarbeiterin Hannah Oferdinger, Hamburg/
Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, Hamburg*

⁴² BT-Drs. 20/89, S. 20.

Entscheidungsbesprechung

Mord, Verdeckungsabsicht, niedrige Beweggründe, besondere Schwere der Schuld

1. Das Motiv, Polizeibeamte allein wegen der Zugehörigkeit zu ihrer Berufsgruppe zu töten, begründet die Annahme des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe.
2. Weiß ein Beschuldigter, dass von ihm begangene Straftaten entdeckt wurden, und hält Verdeckungsmaßnahmen für aussichtslos, scheidet das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht aus.
3. Vereitelungstötungen, also die Tötung eines Polizisten zur Vereitelung der eigenen Festnahme, fallen nicht unter den Begriff der Verdeckungsabsicht (Leitsätze des Bearbeiters)

StGB §§ 211, 57a

BGH, Urt. v. 30.09.2021 – 4 StR 170/21 (LG Essen)¹

I. Einführung

Das zu besprechende Urteil hat einen hochdramatischen Sachverhalt zum Gegenstand. Die Entscheidung, deren Begründung zu weiten Teilen zugestimmt werden kann, bietet eine gute Gelegenheit, sich (erneut) mit den Mordmerkmalen der niedrigen Beweggründe und der Verdeckungsabsicht zu beschäftigen. Hinsichtlich der Verdeckungsabsicht erscheint die Begründung des BGH jedoch nicht den Kern zu treffen und hätte deutlicher ausfallen können.

II. Sachverhalt und Verfahrensgang (vereinfacht)

Nach den landgerichtlichen Feststellungen dealte der Angeklagte seit mehreren Jahren mit Betäubungsmitteln. Zu diesem Zweck befanden sich in seiner Wohnung 1.406 g Marihuana. Ebenfalls verfügte er über eine halbautomatische Pistole. Neben seiner Tätigkeit als Drogenhändler radikalisierte sich der Angeklagte. Er fühlte sich zu den Ideen der Reichsbürgerszene hingezogen und besaß Videos, in denen der Holocaust geleugnet wurde.² Der Angeklagte rechnete zu einem gewissen Zeitpunkt damit, dass er wegen seiner Drogengeschäfte in den Fokus von polizeilichen Ermittlungen geraten könnte. Er entschloss sich für den Fall einer Wohnungsdurchsuchung anwesende Polizeibeamte allein deswegen zu töten, weil diese der Berufsgruppe der Polizisten angehören.

Nachdem die Strafverfolgungsbehörden tatsächlich auf den Drogenhandel des Angeklagten aufmerksam wurden, erließ das zuständige Amtsgericht einen Durchsuchungsbeschluss für dessen Wohnung. Weil durch einen Hinweis eines Zeugen Kenntnis von der Bewaffnung des Angeklagten bestand, wurde für die geplante Durchsuchung die Unterstützung eines

Spezialeinsatzkommandos hinzugezogen. Als am frühen Morgen des 29.4.2020 der Beschluss vollstreckt werden sollte, wurde der Angeklagte durch Geräusche im Hausflur und das Anschlagen seines Hundes alarmiert. Er positionierte sich mit seiner Pistole bewaffnet im Flur seiner Wohnung. Die Beamten des Spezialeinsatzkommandos, die Westen mit der Aufschrift „Polizei“ trugen, öffneten mit einem Rammstoß die Tür zu der Wohnung und riefen laut „Polizei“. Der Angeklagte gab mit Tötungsabsicht insgesamt zwei Schüsse auf den vor der Wohnung und nur 80 cm entfernt stehenden Beamten ab, der von einem Schuss tödlich getroffen wurde. Da seine Waffe nicht mehr funktionierte, konnte der Angeklagte keine weiteren Schüsse abgeben und wurde schließlich festgenommen. Bei der Durchsuchung wurden die Pistole, weitere Waffen, Betäubungsmittel und 6.000 € Bargeld aufgefunden.

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Mordes in Tateinheit mit bewaffnetem Handelstreiben mit Betäubungsmitteln zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt. Der Angeklagte habe den Polizisten aus niedrigen Beweggründen getötet. Das Landgericht argumentierte, dass die Tötung eines Menschen allein auf Grund seiner Zugehörigkeit zur Berufsgruppe der Polizisten nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehe und daher als verwerflich anzusehen sei. Das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht sah es nicht als verwirklicht an, da dem Angeklagten bewusst gewesen sei, dass die Durchsuchung gerade wegen seines Drogenhandels erfolgte und ihm die Verdeckung nicht (mehr) möglich gewesen sei.

Die besondere Schwere der Schuld hat das Landgericht jedoch nicht festgestellt. Als maßgeblich erachtete das LG insofern, dass der Angeklagte nicht vorbestraft war, nur ein Mordmerkmal verwirklichte und die Abgabe der Schüsse einräumte.

Gegen dieses Urteil legte die Staatsanwaltschaft (zuungunsten des Angeklagten) Revision ein. Die Staatsanwaltschaft hält das Urteil für rechtsfehlerhaft, weil das Landgericht die besondere Schwere der Schuld verneinte. Die Staatsanwaltschaft begründet dies mit dem Umstand, dass die Verneinung des Mordmerkmals der Verdeckungsabsicht rechtsfehlerhaft gewesen sei.

III. Die Entscheidung des BGH

Der BGH hat die Revision der Staatsanwaltschaft verworfen. Mit der o.g. Argumentation des Landgerichts sah der Senat das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe als verwirklicht an. Gegen die Annahme des Mordmerkmals der Verdeckungsabsicht argumentiert das Gericht, das bestimmende Motiv des Angeklagten zur Tötung sei der niedrige Tatentschluss gewesen. Die Durchsuchung *erscheine* „als bloßer Anlass für die Umsetzung des bereits gefassten Tatentschlusses“. ³ Der BGH verweist auch auf einen weiteren Umstand: Bei einer Aufhebung des Urteils und der Bejahung des Mordmerkmals der Verdeckungsabsicht bestünde die Möglichkeit, dass der neue Tatrichter nicht mehr in der Lage ist, das Mord-

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=b5aa0bf9977fd02e0b9154b11ce0dd02&nr=123235&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf>

sowie veröffentlicht in BeckRS 2021, 31665.

² BGH BeckRS 2021, 31665 Rn. 16.

³ BGH BeckRS 2021, 31665 Rn. 16.

merkmal der niedrigen Beweggründe ohne Widersprüche zu begründen.

Grund hierfür ist, dass für die Prüfung des (vom Landgericht angenommenen) Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe und der (von der Revision als verwirklicht angesehenen) Verdeckungsabsicht innerhalb der Subsumtion die Situation der Durchsichtung maßgeblich ist: Die Durchsichtung wird als bloßer Anlass gedeutet, den Entschluss in die Tat umzusetzen, einen Polizisten – allein wegen seiner Zugehörigkeit zur Gruppe der Polizisten – zu töten (= niedriger Beweggrund); die Durchsichtung könnte aber auch als Anlass gedeutet werden, einen Menschen zu töten, um eine andere Straftat zu verdecken (= Verdeckungsabsicht). Die Deutung, der Angeklagte habe den Polizisten getötet, um eine andere Straftat zu verdecken, könnte mit der Position in Konflikt treten, er habe das Opfer (allein) deswegen getötet, weil es sich um einen Polizisten handelt.

Grundlegender argumentiert der BGH jedoch, dass dem Angeklagten bewusst gewesen war, dass „seine illegale Tätigkeit, seine Identität und seine Wohnung als Fundort von Beweismitteln bekannt waren, er mithin aufgedeckt war und jedwede Art von Verdeckungsmaßnahmen zum Tatzeitpunkt aussichtslos waren“.⁴

Zudem führt der BGH aus, dass das LG zutreffend weitere versuchte Tötungsdelikte zulasten anderer anwesender Polizisten verneint hat. Der Tötungsvorsatz des Angeklagten habe sich nach dem rechtsfehlerfrei festgestellten Sachverhalt allein auf den Geschädigten konkretisiert.

Dass das LG die Feststellung der besonderen Schwere der Schuld abgelehnt hat, ist vom BGH ebenfalls nicht als rechtsfehlerhaft qualifiziert worden. Als tragend akzeptiert der Senat insbesondere das Argument, dass der Angeklagte „nur“ ein Mordmerkmal verwirklicht hat, sodass der Schuldgehalt der Tat sich im Bereich eines „gewöhnlich vorkommenden Mordfalls“ halte.⁵

IV. Würdigung

1. Zum Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht

Der BGH stellt zutreffend klar, dass der Angeklagte den Polizisten aus niedrigen Beweggründen getötet hat (dazu sogleich) und dass das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht nicht verwirklicht ist. Die Begründung des Senats, mit der er die Verdeckungsabsicht ablehnte, stellt jedoch auf Überlegungen ab, die nicht tragend sind, denn die dargestellte Gefahr, dass die Bejahung der Verdeckungsabsicht mit den Feststellungen zu den niedrigen Beweggründen in Konflikt geraten könnte, besteht nicht. Insofern ist die Begründung kritikwürdig.

Vorauszuschicken ist, dass im Ausgangspunkt sehr wohl die Möglichkeit besteht, dass ein Täter einen Menschen tötet und dabei mehrere subjektive Mordmerkmale verwirklicht.⁶

⁴ BGH BeckRS 2021, 31665 Rn. 26.

⁵ Siehe BGH BeckRS 2021, 31665 Rn. 32 (es handelt sich um ein Zitat aus dem landgerichtlichen Urteil).

⁶ Siehe *Rissing-van Saan/Zimmermann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 7, 12. Aufl. 2019, § 211 Rn. 3.

Die Verwirklichung mehrerer subjektiver Mordmerkmale kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn der Unrechtsgehalt der Tat tatsächlich auch mehrere Mordmerkmale ausfüllt. Eine solche Verwirklichung mehrerer Mordmerkmale unterliegt aber Einschränkungen, die sich aus der Dogmatik des § 211 StGB ergeben. So ist bspw. im Rahmen des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe in den Konstellationen eines Motivbündels geklärt, dass nach dem Hauptmotiv zu fragen ist, welches der Tat ihr Gepräge gibt. Anschließend ist zu würdigen, ob gerade dieses Hauptmotiv niedrig ist.⁷ Zudem belegt schon der Gesetzeswortlaut des § 211 StGB, dass die niedrigen Beweggründe in der 1. Gruppe eine Auffangfunktion erfüllen, sodass die ausdrücklich genannten niedrigen Beweggründe wie die Habgier vorrangig zu prüfen sind.⁸ Diese Subsidiarität gilt aber richtigerweise grundsätzlich auch gegenüber den Mordmerkmalen der dritten Gruppe.⁹ Auch insofern ist also vorrangig zu fragen, welche Motivation der Tat ihr tatsächliches Gepräge gibt. Das Ergebnis dieser Überlegungen kann sein, dass der Unrechtsgehalt der Tat durch die Verwirklichung eines subjektiven Mordmerkmals hinreichend erfasst wird. Wenn aber bspw. der Täter habgierig und mit einem „menschenverachtenden Vernichtungswillen“ tötet, sind die Mordmerkmale der Habgier und der niedrigen Beweggründe kumulativ verwirklicht.¹⁰

Gerade weil die niedrigen Beweggründe grundsätzlich subsidiär sind, verweist der BGH auf die Möglichkeit und Gefahr, dass der Beweggrund des Angeklagten ggf. nicht zusätzlich als niedrig i.S.d. § 211 gewertet werden könnte, wenn das Tötungsmotiv stattdessen als Verdeckungsabsicht qualifiziert wird.¹¹

Dass der BGH mit dem Landgericht aber gleichwohl ausschließlich die niedrigen Beweggründe als verwirklicht angesehen hat, ist zutreffend. Verdeckungsabsicht i.S.d. § 211 StGB meint nämlich den zielgerichteten Willen, mittels der Tötungshandlung zu verhindern, dass eine eigene oder fremde Straftat von den Strafverfolgungsbehörden entdeckt oder aufgeklärt wird.¹²

Gegenstand der möglichen Verdeckungsabsicht wären im vorliegenden Fall die Betäubungsmitteldelikte (siehe § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG sowie ggf. § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG).

Bei lebensnaher Betrachtung wird man aber nicht davon ausgehen können, dass der Angeklagte tatsächlich noch glaubte, er könne durch die Tötung des Polizisten die Entdeckung und Aufklärung seiner Straftat verhindern.

⁷ Siehe BGH NSTZ-RR 2007, 111; BGH NSTZ 2006, 338 (340); *Kühl*, JuS 2010, 1045 (1047); *Bosch*, Jura 2015, 808 ff.

⁸ Siehe BGH NSTZ-RR 2018, 76 (77); *Bock*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2018, S. 50.

⁹ Siehe *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 22. Aufl. 2021, § 4 Rn. 46 f.

¹⁰ *Jäger*, Examensrepetitorium Strafrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl. 2021, Rn. 31.

¹¹ Siehe auch *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 6. Aufl. 2021, Rn. 122.

¹² Siehe *Küper/Zopfs*, Strafrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl. 2018, Rn. 592.

Nach den Feststellungen des Landgerichts war der Angeklagte vielmehr so reflektiert, dass er mit seiner Entdeckung rechnete. Dann ist es aber nur folgerichtig, dass er mit dem Erscheinen des Spezialeinsatzkommandos wusste, dass es nichts mehr zu verdecken gab.¹³ Es gilt sich in diesem Zusammenhang auch bewusst zu machen, dass die sog. Vereitelungstötung, also die Tötung eines Polizisten zur Vereitelung der eigenen Festnahme, nicht unter den Begriff der Verdeckungsabsicht fällt.¹⁴

Es ist also tatsächlich so, dass die Tat ihr Gepräge durch den irrationalen Hass auf Polizisten erhält, nicht aber durch den Wunsch, sein Leben unbeschwert von Strafverfolgungsmaßnahmen weiterführen zu können. Entscheidend ist also die Argumentation des BGH, dass „jedwede Art von Verdeckungsaktionen zum Tatzeitpunkt aussichtslos waren“ (siehe oben). Die Ablehnung der Verdeckungsabsicht folgt somit nahtlos aus der Definition des Merkmals.

Die Durchsuchung bildet folglich nur den Anlass, seinen Hass auf Polizisten freien Lauf zu lassen und sein niedriges Tötungsmotiv in die Tat umzusetzen.¹⁵

2. Zum Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe

Der BGH selbst formuliert in seinem Beschluss keine Definition der sonstigen niedrigen Beweggründe. Vielmehr gibt das Gericht zu erkennen, dass es die landgerichtliche Begriffsbestimmung und Rechtsanwendung billigt bzw. nicht als rechtsfehlerhaft ansieht. Das Landgericht hatte Beweggründe wie ausgeführt dann als niedrig i.S.d. § 211 StGB qualifiziert, wenn sie nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehend und daher als verwerflich anzusehen sind.¹⁶ Ob ein Tötungsmotiv i.S.d. § 211 StGB niedrig ist, ist auf Grundlage einer Gesamtwürdigung zu entscheiden, bei der die Umstände der Tat, aber auch die Lebensverhältnisse des Täters und seine Persönlichkeit zu berücksichtigen sind.¹⁷ Im Rahmen der Prüfung ist also argumentativ darzulegen, dass die zu würdigende Tötung in gesteigertem Ausmaß auf einer missbilligenswerten Motivation beruht und nicht mehr nachvollziehbar erscheint.¹⁸ Wichtige, wenn auch nicht abschließende Bedeutung hierfür hat der Umstand eines krassen Missverhältnisses zwischen dem Anlass und der Tötungshandlung.¹⁹

In negativer Hinsicht darf es zudem als geklärt gelten, dass ein Beweggrund regelmäßig dann nicht als niedrig zu

qualifizieren ist, wenn er (unter Berücksichtigung normativer Wertungen) als menschlich nachvollziehbar bzw. begreiflich erscheint und somit auf einem normalpsychologischen Antrieb beruht.²⁰ Eine in diesem Sinne nachvollziehbare menschliche Emotion wie Zorn oder Enttäuschung kann aber dann niedrig sein, wenn sie ihrerseits auf niedrigen Beweggründen beruht und gerade nicht mehr unter normativen Maßstäben menschlich nachvollziehbar ist.²¹ Dieser Mechanismus ist bspw. bei einer Tötung aus fremdenfeindlicher Motivation maßgeblich. Mag Wut auch eine normalpsychologische Emotion sein, der zugrunde liegende rassistische Beweggrund ist als niedrig zu qualifizieren.²²

Für die Würdigung des hiesigen Falls gilt es zu berücksichtigen, dass der Angeklagte seinen Tötungsvorsatz allein deswegen entwickelte, weil das Opfer der Gruppe der Polizisten angehörte. Eine solche Motivationslage ist grundsätzlich als niedrig zu qualifizieren, denn dem Opfer wird jeder eigenständige personale Eigenwert abgesprochen,²³ weil es „in entpersönlichter Weise“ zu einem Repräsentant der jeweiligen Gruppe umfunktioniert wird.²⁴ Die Negierung der jedem Menschen zukommenden Individualität durch die Reduzierung auf zugeschriebene vermeintliche Eigenschaften, die aus der bloßen Zugehörigkeit zu einer Gruppe resultieren soll, ist wie auch bei der Tötung aus rassistischen Gründen als niedrige Motivation zu qualifizieren. Wie dargelegt, ist ein Beweggrund im Ausgangspunkt dann nicht niedrig, wenn er unter Berücksichtigung normativer Wertmaßstäbe als normalpsychologisch zu qualifizieren ist. Diese Wertung kann mit Blick auf den hier zu würdigenden Sachverhalt aber nicht getroffen werden. Die Auslöschung eines individuellen Menschenlebens auf Grundlage einer irrationalen Zuschreibung negativer Eigenschaften durch eine bloße Gruppenzugehörigkeit ist als besonders verachtenswert zu qualifizieren.

3. Abschließende Hinweise für das Selbststudium

Für das Selbststudium sei daran erinnert, dass das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht mehrere klausurrelevante Problemkonstellationen birgt. In der Klausursituation kann insbesondere das Verhältnis von Tötungshandlung zu der zu verdeckenden Straftat diffizile Problemstellungen bereiten.²⁵ Kon-

¹³ Siehe auch *Rengier* (Fn. 9), § 4 Rn. 118.

¹⁴ *Joecks/Jäger*, Studienkommentar, Strafgesetzbuch, 13. Aufl. 2021, § 211 Rn. 58. Aus der Rspr. bspw. BGH NJW 1999, 1039 (1040).

¹⁵ Zum Ganzen BGH BeckRS 2021, 31665 Rn. 16.

¹⁶ BGH BeckRS 2021, 31665 Rn. 7.

¹⁷ *Bosch*, Jura 2015, 803 ff.; *Neumann/Saliger*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 211 Rn. 32.

¹⁸ BGH NStZ-RR 2020, 142; BGH NJW 2005, 996 (998). Zur Klausursituation *Rengier* (Fn. 9), § 4 Rn. 45.

¹⁹ Siehe BGH NStZ 2019, 206 (207). Siehe auch *Joecks/Jäger* (Fn. 14), § 211 Rn. 21; *Sinn*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 9. Aufl. 2017, § 211 Rn. 20.

²⁰ So die Terminologie bei *Schneider*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 211 Rn. 100 ff. Aus der Rspr. bspw. BGH NJW 2006, 1008 (1011), mit dem Hinweis, dass insofern „die Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland“ maßgeblich für die Beurteilung sind. Siehe auch BGH NStZ 2013, 524 (525); BGH NStZ 2013, 709 (710); sowie *Kudlich*, JA 2006, 573.

²¹ BGH NStZ 2013, 337; *Bock* (Fn. 7), S. 77.

²² Siehe BGHSt 18, 37; BGH NStZ 1994, 124. Siehe auch OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2021, 30516 (Fall Lübecke).

²³ Siehe auch *Rissing-van Saan/Zimmermann* (Fn. 6), § 211 Rn. 64 ff.

²⁴ Siehe BGH NStZ 2004, 89 (90).

²⁵ Hierzu bspw. *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 45. Aufl. 2021, Rn. 80 ff.; ausf. *Grünwald*, GA 2005, 502.

trovers diskutiert wird des Weiteren, ob die Verdeckungsabsicht auch das Ziel des Täters erfasst, außerstrafrechtliche Folgen zu vermeiden.²⁶ Umstritten ist zudem, ob ein Verdeckungsmord durch Unterlassen konstruktiv möglich ist.²⁷

In Klausuren, in denen die niedrigen Beweggründe zu prüfen sind, ist sich stets bewusst zu machen, dass das Merkmal inhaltlich sehr unbestimmt und daher „abgrenzungsschwach“ ist.²⁸

Die Definition, wonach ein Beweggrund als niedrig gilt, wenn er nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht und daher als verwerflich anzusehen ist, lässt sich als zu ethisierend und daher methodisch fragwürdig, zumindest aber als nichtssagend kritisieren.²⁹ Diese Begriffsbestimmung entspricht gleichwohl der gefestigten Rechtsprechung des BGH und ist auch in Lehrdarstellungen üblich.³⁰ In der Klausur ist besonders viel Sorgfalt auf eine *restriktive* Anwendung dieses Merkmals zu legen.³¹ Es ist also Argumentation gefordert.

Vollkommen untauglich ist für eine solche Prüfung jedenfalls das Argument, der Täter habe mit niedrigen Beweggründen gehandelt, weil er sich „zum Herr über Leben und Tod aufgeschwungen hat“.³² Auch der Totschläger schwingt sich zum Herrn über Leben und Tod auf, sodass diese Begründung nicht dafür taugt, den Sanktionssprung von § 212 StGB zu § 211 StGB zu legitimieren, was jedoch wegen des verfassungsrechtlichen Schuldprinzips notwendig ist.³³

V. Exkurs: Grundlagen zur Feststellung der besonderen Schwere der Schuld

Die Entscheidung erlaubt es außerdem, sich ein wenig mit der sog. Feststellung der besonderen Schwere der Schuld vertraut zu machen. Wir erinnern uns: Die Staatsanwaltschaft griff mit ihrer Revision das erstinstanzliche Urteil deswegen an, weil das Landgericht nicht die besondere Schwere der Schuld des Angeklagten festgestellt hatte. Die zu diesem Komplex einschlägige Vorschrift findet sich in § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB.

Für das Pflichtfachstudium sind die Details zu dieser Regelung im Grundsatz von geringerem Interesse. Das Regelungsgefüge des § 57a StGB zeigt aber deutlich auf, warum es auch im universitären strafrechtlichen Gutachten so wichtig ist, *sämtliche* der in Betracht kommenden Mordmerkmale zu erörtern.

Bekanntlich handelt es sich bei den Mordmerkmalen um Tatbestandsalternativen; der Handelnde hat sich schon dann gem. § 211 StGB des Mordes schuldig gemacht, wenn er bei

der vorsätzlichen Tötung eines Menschen nur ein einziges Mordmerkmal verwirklicht, wie der Wortlaut der Vorschrift klarstellt („... oder ...“). In Gesprächen mit Teilnehmenden meiner Lehrveranstaltungen stoße ich daher immer wieder auf den Glauben, dass es im Gutachten genüge, sich auf die Prüfung *eines* Mordmerkmals zu beschränken. So könne man sich bspw. Ausführungen zu dem komplizierten Merkmal der Heimtücke sparen und die Verwirklichung des Tatbestands des § 211 StGB durch die (in Prüfungsarbeiten nicht selten) wesentlich leichtere Bejahung der Habgier begründen.

Ein solches Vorgehen wird aber den Anforderungen an ein erschöpfendes Gutachten nicht gerecht. Ob der Täter mehrere Mordmerkmale verwirklicht hat, ist wegen der Vorschrift des § 57a StGB nämlich von großer Bedeutung.

§ 57a StGB ist der Rechtsprechung des BVerfG geschuldet.³⁴ Das BVerfG hatte die Verfassungsmäßigkeit der in § 211 StGB vorgesehenen lebenslangen Freiheitsstrafe unter der Bedingung bejaht, „daß dem zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten grundsätzlich eine Chance verbleibt, je wieder der Freiheit teilhaftig zu werden“; nur dann handelt es sich um einen „menschenwürdigen Strafvollzug“.³⁵ Hieraus folgt sachlich, dass auch dem zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten eine Aussicht auf Strafaussetzung verbleiben muss. Die entscheidende Regelung in diesem Zusammenhang ist § 57a Abs. 1 StGB. Hiernach *ist* die restliche Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung auszusetzen, wenn kumulativ („... und ...“) die dort genannten Voraussetzungen vorliegen. Das Vollstreckungsgericht entscheidet in diesem Sinne insbesondere dann, wenn bereits 15 Jahre der Strafe verbüßt sind (§ 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB) und *nicht* die besondere Schwere der Schuld des Verurteilten die weitere Vollstreckung gebietet (§ 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB). Ob dem Verurteilten in diesem Sinne eine besondere Schwere der Schuld vorzuwerfen ist, entscheidet nun aber nicht das Vollstreckungsgericht, sondern bereits das Tatgericht, weshalb dieser Regelungsmechanismus auch *Schwurgerichtslösung* genannt wird.³⁶ Die Feststellung der besonderen Schwere der Schuld erfolgt also im Strafurteil, regelt sachlich aber eine vollstreckungsrechtliche Frage.³⁷

Wann aber ist nun die besondere Schwere der Schuld i.S.d. § 57a StGB zu bejahen? Klargestellt sei, dass es nicht Aufgabe eines universitären Gutachtens ist bzw. sein kann, dies festzustellen. Mit dem Begriff der Schuld ist in diesem Zusammenhang die Strafzumessungsschuld i.S.d. § 46 Abs. 1 S. 1 StGB gemeint. Erforderlich ist also eine umfassende Würdigung von Tat und Täterpersönlichkeit.³⁸ Relevant für die Bewertung sind daher unter anderem auch Umstände wie die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters

²⁶ Hierzu *Eisele* (Fn. 11), Rn. 123.

²⁷ Hierzu *Theile*, JuS 2006, 110.

²⁸ *Neumann/Saliger* (Fn. 17), § 211 Rn. 26. Siehe auch *Kühl*, JA 2009, 833 (836 f.).

²⁹ Siehe nur *Grünewald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 89 ff.

³⁰ Siehe nur BGH NStZ 2018, 527; BGH NStZ-RR 2015, 308 (309). Aus der didaktischen Literatur statt aller *Rengier* (Fn. 9), § 4 Rn. 29.

³¹ *Bock* (Fn. 7), S. 77 f.; *Rengier* (Fn. 9), § 4 Rn. 30, 45.

³² BGH NStZ 2019, 204 (206).

³³ *Schneider* (Fn. 20), § 211 Rn. 70.

³⁴ Siehe BVerfGE 86, 288.

³⁵ Siehe BVerfGE 45, 187 ff.; 117, 71 (89 ff.).

³⁶ Siehe zum Ganzen auch *Steinhilber*, ZIS 2013, 395.

³⁷ v. *Heintschel-Heinegg*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, Stand: 1.11.2021, § 57a Rn. 6 ff.

³⁸ Vgl. BGHSt 40, 360 (370); 41, 57 (62); BGH NStZ 2005, 88.

oder sein Nachtatverhalten, siehe § 46 Abs. 2 S. 2 StGB.³⁹ Eine solche Beurteilung ist im universitären Gutachten aber gar nicht möglich und erfordert viel mehr eine entsprechende Hauptverhandlung.⁴⁰ Mit der Feststellung der besonderen Schwere der Schuld sind tatsächlich auch diverse Fragen und Folgeprobleme verbunden.⁴¹ Allerdings betonen die Rechtsprechung und die Literatur, dass für die Bejahung der besonderen Schwere der Schuld im Ausgangspunkt von großer Relevanz ist, ob der Täter mehrere Mordmerkmale verwirklicht hat.⁴² Da für die Begründung des Straftatbestands, wie eingangs erläutert, ein Mordmerkmal genügt, *können* weitere verwirklichte Mordmerkmale (ohne Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot gem. § 46 Abs. 3 StGB) zur Begründung der besonderen Schwere der Schuld genutzt werden; wobei – das sei klargestellt – mehrere verwirklichte Mordmerkmale *nicht zwingend* zu einem i.S.d. § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB erhöhten Schuldgehalt führen.⁴³ Gleichwohl ist es aber wichtig, dass ein Gutachten diese „Vorfrage“ bereits klärt. Deswegen soll zuletzt noch einmal daran erinnert werden, stets alle in Betracht kommenden Mordmerkmale zu prüfen.

Akad. Rat a.Z. Dr. Pepe Schladitz, Osnabrück

³⁹ Siehe auch *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl. 2015, S. 144 f.

⁴⁰ Siehe *Maier*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 46 Rn. 196.

⁴¹ Siehe zum Ganzen *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012, Rn. 290 ff.

⁴² Siehe BGH NJW 1993, 1724 (1725); *Stree*, NStZ 1992, 464 (465); *Groß/Kett-Straub*, in: Erb/Schäfer (Fn. 40), § 57a Rn. 19.

⁴³ Siehe hierzu auch *Dünkel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 57a Rn. 12; *Streng* (Fn. 41), Rn. 295.

Buchrezension

Schwab, Dieter, Familienrecht, 29. Aufl., C.H. Beck, München 2021, 543 S., 26,90 €.

I. Einleitung

Obwohl das Familienrecht jedem Studierenden in seiner universitären Ausbildung zumindest im Rahmen einer Vorlesung begegnet, wird es von vielen nur nachlässig behandelt. Dies mag darauf zurückzuführen sein, dass die dementsprechende Semesterabschlussklausur – sofern eine solche überhaupt angeboten wird – häufig nicht verpflichtend ist, sondern als Alternative beispielsweise auch eine Abschlussklausur im – nicht weniger wichtigen – Erbrecht geschrieben werden kann.¹ Mag die mangelnde Aufmerksamkeit für das Familienrecht im Studium noch keine Auswirkungen haben, rächt sich dies häufig im Ersten Juristischen Staatsexamen oder je nach Bundesland spätestens im praxisnäheren Referendariat. Denn dass das Familienrecht eine enorme Praxisrelevanz aufweist, dürfte unbestritten sein.

Umso wichtiger für eine effektive Vorbereitung auf Prüfungen im Familienrecht ist die Wahl der richtigen Lektüre. Nicht unbeachtet lassen sollten Studierende die kürzlich erschienene 29. Auflage des Lehrbuchs zum Familienrecht von *Dieter Schwab* aus der Reihe „Grundrisse des Rechts“ des Verlages C.H. Beck.

II. Zum Inhalt

Der *Verf.* hat auch in der Neuauflage den gewohnten Aufbau des Lehrbuchs beibehalten. In insgesamt fünf Teilen, diese wiederum aufgeteilt in zahlreiche Kapitel, werden nach einer kurzen Einleitung zu den sozialen Aspekten des Familienrechts und den normativen Grundlagen sämtliche Fragestellungen des Eherechts, des nichtehelichen Zusammenlebens, des Verwandtschafts- und Kindschaftsrechts sowie des Rechts der Vormundschaft, Pflegschaft und Betreuung erläutert.

Dabei stellt das Eherecht mit über 200 Seiten einen der Schwerpunkte des Lehrbuchs dar. Beginnend mit dem Verlöbnis, werden mit der Eheschließung, dem ehelichen Güterrecht sowie der Ehescheidung die zentralen Abschnitte des ehelichen Zusammenlebens aus familienrechtlicher Sicht erläutert. Innerhalb der einzelnen Kapitel ist der Aufbau stets gleich. Zu Beginn nennt der *Verf.* die zentrale Literatur zu dem jeweiligen Thema, verzichtet dann aber im Text durchweg auf Fußnoten, sondern nennt ergänzende Literatur- und Rechtsprechungshinweise unmittelbar im Text. Dem Lesefluss ist dies jedenfalls nicht schädlich, vielmehr animiert diese Zitier-

weise zum unmittelbaren Nachlesen der jeweiligen Fundstelle. Flankiert werden die Ausführungen von einigen wenigen Beispielen, die sich, grafisch abgehoben, unmittelbar im Anschluss an die jeweiligen theoretischen Ausführungen finden.

Der zweite Teil setzt sich sodann mit den Rechtsproblemen des nichtehelichen Zusammenlebens auseinander. In diesem vergleichsweise kurzen Teil werden – neben den dem *Autor* wichtigen Erläuterungen zum geschichtlichen Hintergrund – die rechtlichen Grundlagen erläutert und einzelne Problemfelder explizit aufgegriffen.

Der sich anschließende dritte Teil zum Verwandtschafts- und Kindschaftsrecht legt seinen Fokus auf die Erläuterung der rechtlichen Fragen der Abstammung von Personen und der elterlichen Sorge. Gerade diesbezüglich finden sich auch viele Ausführungen, die zwar nicht unmittelbar klausur-, dafür aber praxisrelevant sind. Diejenigen Lesenden, die ihren Fokus auf die Klausurvorbereitung legen, werden diesen Teil deswegen gegebenenfalls nur überblicksartig lesen.

Im letzten Teil wird sodann in kompakter Weise die Vormundschaft, die Pflegschaft und die rechtliche Betreuung erläutert. Auch hierbei handelt es sich um Themen, die allenfalls im Schwerpunkt Familienrecht relevant werden dürften.

III. Gesamteindruck

Bei dem Werk von *Schwab* zum Familienrecht handelt es sich um eines der unbestrittenen Standardwerke der familienrechtlichen Ausbildungsliteratur. Auch mit der 29. Auflage hat der *Verf.* bewiesen, dass er in der Lage ist, die historischen, rechtlichen und sozialen Aspekte des Familienrechts in einem Werk anschaulich darzustellen. Aufgrund der feingranularen Aufteilung der behandelten Themenbereiche ist es möglich, schnell das gesuchte Themengebiet aufzufinden.

Diese Auswahlarbeit muss der Leser sich auch machen, da das Lehrbuch – im Gegensatz zu Skripten – natürlich nicht auf ausschließlich Prüfungsrelevantes beschränkt ist. Das Werk kann allen Studierenden zur Vorbereitung auf die Abschlussklausuren im Familienrecht, für den Schwerpunkt Familienrecht und für die Examensvorbereitung empfohlen werden und ohne Bedenken auch noch im Referendariat und zumindest zum Berufseinstieg wertvolle Dienste leisten.

*Ref. iur. Tino Haupt, Ellwangen (Jagst)**

¹ So etwa die Situation an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg, an welcher für die Zulassung zur großen Übung im Bürgerlichen Recht das Bestehen einer Abschlussklausur im Erbrecht oder im Familienrecht nötig ist. Siehe hierzu Studien- und Prüfungsordnung der Julius-Maximilians-Universität Würzburg für den Studiengang Rechtswissenschaft mit dem Abschluss Erste Juristische Prüfung v. 29.9.2008, abrufbar unter

<https://www.uni-wuerzburg.de/fileadmin/32020000/Ordnung/en/StPrO20200206-aes7-kons.pdf> (24.2.2022).

* Der *Autor* ist Doktorand an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg und Rechtsreferendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Stuttgart.

Tagungsbericht: „Specific Criminal Offences with respect to the new types of criminality arising from Digitalization“

Das zweite Dreiländerseminar „Digitalization and Criminal Law“ vom 9.–16.10.2021 in Göcek (Türkei)

Von Stud. iur. **Janine Blocher**, Konstanz*

Von 9. bis 16.10.2021 hatten 30 Studierende aus Ungarn, Deutschland und der Türkei die Gelegenheit, an dem strafrechtsvergleichenden Dreiländerseminar in Göcek teilzunehmen. Gefördert wurde das Seminar durch das Baden-Württemberg-STIPENDIUM, einem Programm der Baden-Württemberg Stiftung.

Seit 2014 fördern die transnationalen Seminare das interkulturelle Verständnis von Studierenden und jungen Jurist*innen und bieten die Möglichkeit, vertiefte Kenntnisse über die Methodik der Strafrechtsvergleichung zu erlangen. Nach den erfolgreich durchgeführten Seminaren 2014 in Istanbul, 2016 in Gießen, 2018 in Szeged und 2019 in Konstanz vertieften die maßgeblichen Organisator*innen Prof. Dr. Liane Wörner, LL.M. (UW-Madison) – nunmehr Universität Konstanz –, Prof. Dr. Krisztina Karsai (Universität Szeged) und Prof. Dr. Adem Sözüer (Universität Istanbul) die partnerschaftliche Dreiländerbeziehung mit Gründung der strategischen Hochschulpartnerschaft DIGICRIMJUS¹ im Jahre 2020. Das durch das Erasmus+ Programm der Europäischen Union geförderte dreijährige Forschungsprojekt befasst sich mit den Herausforderungen der Digitalisierung für das Strafrecht in Lehre, Forschung und Praxis. In diesem Rahmen sollten auch die Dreiländerseminare fortgeführt werden und so startete im Oktober 2020 eine Seminartrilogie unter dem übergeordneten Thema „Digitalisierung und Strafrecht“. Die drei Seminare sollen die gezielte strafrechtsvergleichende Auseinandersetzung mit den aktuellen Herausforderungen der Strafrechtspflege ausgehend von der Digitalisierung ermöglichen. Nachdem im Frühjahr 2021 Fragen des Allgemeinen Teils des Strafrechts im Vordergrund standen, widmete sich dieses Seminar unter dem Titel „Specific Criminal Offences with respect to new types of criminality arising from Digitalization“ dem Einfluss des digitalen Wandels auf den Besonderen Teil des Strafrechts in Ungarn, Deutschland und in der Türkei.

I. Strafrechtsvergleiche in Action

Eröffnet wurde das Seminar von Prof. Dr. Liane Wörner, LL.M. (UW-Madison) mit einer Einführung in die Methodik der Rechtsvergleichung. Sie ging vertiefend auf die Vor- und Nachteile der einzelnen Methoden, Vergleichungsgegenstand und Vergleichungsziele ein und warf einen kritischen Blick

* Stud. iur. Janine Blocher ist stud. Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung, Medizinstrafrecht und Rechtstheorie von Prof. Dr. Liane Wörner, LL.M. (UW-Madison) an der Universität Konstanz.

¹ Zur Webpräsenz des Projekts

<https://www.digicrimjus.com> (6.2.2022); Siehe auch <https://www.jura.uni-konstanz.de/digitalisierung/forschung/forschungsprojekte/digicrimjus/> (6.2.2022).

auf die Arbeit mit fremden Rechtssystemen. Sie machte ferner die Herausforderungen deutlich, die mit dem unterschiedlichen Sprachgebrauch und Interpretationen des Rechts einhergehen und die es im transnationalen Diskurs zu überwinden gilt.

Im Vorfeld hatten die Teilnehmer*innen die verschiedenen Themen aus Sicht der jeweiligen nationalen Rechtsordnung intensiv vorbereitet. Diese Ergebnisse wurden zu Beginn des Seminars dem Plenum präsentiert und es folgten erste strafrechtsvergleichende Diskussionen. Der zweite Teil des interaktiven Seminars ermöglichte den Teilnehmer*innen in verschiedenen Gruppenphasen die Vielgestaltigkeit der Einzelmethoden der Rechtsvergleichung anhand der praktischen Anwendung zu erfahren. In Tridems, d.h. in Kleingruppen mit je drei Teilnehmer*innen (jeweils eine Person pro teilnehmenden Staat), diskutierten sie die Problemstellungen gemeinsam mit dem Ziel, eigenständig einen Rechtsvergleich unter Berücksichtigung der Methodenlehre zu entwickeln. Dabei wurden die einzelnen Gruppen während der Diskussionen von den Professor*innen und Dozent*innen umfassend betreut und begleitet. Die Ergebnisse der transnationalen Betrachtung wurden am Ende des Seminars im Pecha-Kucha-Format² präsentiert und gemeinsam diskutiert.

II. Digitalisierung und Strafrecht im Rechtsvergleich

1. Hate Speech und Fake News

Die Diskussion startete mit einem Rechtsvergleich zu Hate-Speech und Fake News. Beide Phänomene sind grundsätzlich nicht neu. Vielmehr wird im Wege der Digitalisierung deren Verbreitung beschleunigt und die Reichweite erhöht. Aufgrund der Grenzenlosigkeit des Internets bleiben sowohl Hassrede als auch Falschwarheiten im digitalen Raum keine nationalen Probleme, es bedarf vielmehr weltweiter Standards. Die aktuellen Strafrechtsordnungen normieren keine spezifischen Regelungen, daher bestünden erhebliche Schutzlücken, so die Teilnehmer*innen. Doch man muss im Blick behalten, dass die strafrechtliche Kontrolle der Verbreitung bestimmter Inhalte einen nicht unerheblichen Eingriff in Meinungs- und Pressefreiheit darstellt. Zur Wahrung des ultima-ratio-Prinzips muss daher auf außerstrafrechtliche Maßnahmen wie Bildung und Aufklärung gesetzt werden.

2. Der digitale „Diebstahl“ von Kryptowährungen

Beim Vergleich des strafrechtlichen Schutzes digitaler Wäh-

² Pecha-Kucha ist eine Vortragsmethode aus Japan. Dem Publikum werden 20 Power-Point-Folien mit simplen Bildern gezeigt. Zu jeder Folie darf exakt 20 Sekunden gesprochen werden. Jeder Vortrag dauert so exakt 6 Minuten 40 Sekunden, vgl. Weidner, Let's do IT – Business-IT-Alignment im Dialog erreichen, 2013, S. 68.

rungen in Deutschland und der Türkei fiel auf, dass das türkische Recht Kryptowerte lediglich wie gewöhnliche Daten behandelt, die deutsche Rechtsordnung dagegen schreibt diesen einen Vermögenswert zu. Allein im deutschen Recht stellte sich daher die Frage nach einem strafrechtlichen Vermögensschutz von Kryptowährungen, der de lege lata nicht besteht. Im Hinblick auf die hohen finanziellen Schäden durch unbefugte Transaktionen und mangels Durchsetzungsmöglichkeiten etwaiger Herausgabeansprüche müsse jedoch über eine solche Pönalisierung nachgedacht werden, forderten die beiden Referenten.

3. Datenschutzstrafrecht

Mit einem legislativen Rechtsvergleich untersuchten die Studierenden verschiedene Aspekte des Datenschutzstrafrechts: den sog. digitalen Hausfriedensbruch sowie die Datenhehlerei durch den Systemadministrator. Unterschiede zeigten sich insbesondere in den Schutzrichtungen der Rechtssysteme. So schütze das deutsche Strafrecht das Persönlichkeitsrecht des Nutzers. In Ungarn und der Türkei dagegen steht der Schutz von IT-Systemen als solcher im Vordergrund. Daraus ergeben sich unterschiedliche Reichweiten der Strafbarkeit im Hinblick auf den unbefugten Zugang, Gebrauch und die Weitergabe von Daten. In diesem Zusammenhang gilt es nun darüber nachzudenken, wo tatbestandseinschränkende Merkmale im Sinne des ultima-ratio-Prinzips erforderlich sind und ob entsprechende Strafbarkeitslücken überhaupt geschlossen werden müssen oder diese doch berechtigterweise existieren. Zur Wahrung des fragmentarischen Charakters des Strafrechts bedarf es der Klarstellung, wo die Grenzen der strafrechtlichen Verantwortlichkeiten für den Datenschutz liegen.

4. Die Betrugsrelevanz von Social-Bots und gekauften „Followern“

Im Zusammenhang mit dem Einfluss von Social Bots und gekauften „Followern“ auf die öffentliche Meinung stellte sich rechtsvergleichend die Frage nach der Reichweite des strafrechtlichen Verbraucherschutzes überhaupt. Die untersuchten Rechtssysteme zeigen verschiedene Niveaus, die in der Ausgestaltung als Betrugstatbestand und der entsprechenden Reichweite der Strafbarkeit zum Ausdruck kommen. Ein sehr umfassender Opferschutz, wie in Deutschland, muss im Hinblick auf das liberale Wirtschaftssystem, das gerade auf dieser Eigenverantwortlichkeit basiert, überdacht werden.

5. Die Blockade von Internetseiten durch Online-Demonstrationen

Doch auch unsere Protestkultur ist längst Veränderungen durch sog. Onlinedemonstrationen³ mittels Blockaden von Homepages durch elektronische Signale unterworfen. Diese fallen mangels physischer Präsenz der Teilnehmer*innen gerade nicht unter den Versammlungsbegriff und erfahren so in allen drei Rechtsordnungen keinen Schutz durch die Versammlungsfreiheit. Allein in Deutschland können Bestrebungen zur An-

passung an den digitalen Wandel beobachtet werden. Diskussionsbedürftig ist ferner der Gewaltbegriff im Rahmen einer Strafbarkeit der Demonstrant*innen wegen Nötigung. In der vergleichenden Betrachtung werde deutlich, dass das türkische Recht den Drohungstatbestand gesondert regelt und für die Nötigung explizit körperlichen Zwang fordert. Aus Gründen der Rechtssicherheit ließe sich über eine vergleichbare Regelung in Ungarn und Deutschland nachdenken, folgerten hier die Referenten.

6. Wetten auf eSport-Ereignisse

Im antiken Theater von Xhantos diskutierten die Teilnehmer*innen die „Strafbarkeitsrisiken bei Wetten auf eSport-Ereignisse“. In keiner Strafrechtsordnung der Vergleichsländer bestehen dabei bis dato spezifische Regelungen für eSport. Entscheidend sei daher die Einordnung unter den allgemeinen Sportbegriff. Eine sehr restriktive Begriffsbestimmung wie in der Türkei führe zu erheblichen Strafbarkeitslücken. Die deutschen Regulierungen zum Sportwettbetrug seien nicht weniger bedenklich. Durch die Vorverlagerung der Strafbarkeit wird auch hier der ultima-ratio-Gedanke nicht hinreichend berücksichtigt. Im Ergebnis bedarf es schon aus Gründen der Rechtssicherheit eine spezifische Regulierung für eSports.

7. Kampfdrohnen zur Terrorismusbekämpfung

Zuletzt fand eine Diskussion zum Völkerrecht im Fish-Bowl-Format⁴ statt. Mit einem Originalprotokoll des Einsatzes von Kampfdrohnen wurden die Schwierigkeiten der Einhaltung des Unterscheidungsprinzips beim „targeted killing“ veranschaulicht. Gerade deshalb müsse die Legitimation der Tötung von Terroristen kritisch und vor dem Hintergrund humanitärer Verbrechen an der Menschlichkeit untersucht werden. Aufgrund der unterschiedlichen Einsatzmöglichkeiten und der Vorteile von Kampfdrohnen rieten die Diskutant*innen von einem generellen Verbot ab, es müssen aber eindeutige rechtliche Rahmenbedingungen geschaffen werden.

III. Akademisches Rahmenprogramm

Gerahmt wurde das Seminar von Vorträgen der Professor*innen und Dozent*innen.

Nicolai Preetz (Universität Konstanz) wagte sich mit dem Werkstattbericht zur „Strafbarkeit von KI-Systemen“ an „die Spitze der Digitalisierung“. Der Kern des Problems sei hier in der Schuldhaftigkeit und beim Strafzweck anzusiedeln. Dazu

⁴ Die Fish-Bowl ist eine Methode für Gruppendiskussionen. Sie besteht aus einem Innenkreis und aus einem Außenkreis. Innen sitzen die Experten, die die Diskussion führen. Dabei bleibt in der Regel ein Stuhl im Innenkreis frei. Die übrigen Teilnehmer*innen reihen sich kreisförmig um diesen inneren Kreis herum auf. Hat einer der Teilnehmer*innen im Außenkreis ein Anliegen, so nimmt er auf dem leeren Stuhl im Innenkreis Platz und bringt seinen Beitrag in die Diskussion ein. Anschließend wechselt er wieder in den äußeren Kreis; der nächste folgt mit seinem Anliegen nach, vgl. *Waible*, Online-Moderationen planen, vorbereiten und durchführen, 2019, S. 55.

³ Zur Lufthansa-Blockade: OLG Frankfurt a.M. ZUM 2006, 749; AG Frankfurt a.M. NSTz 2006, 399.

könne ein konstruktivistisches Verständnis, im Rahmen eines funktionalen Schuldverständnisses herangezogen werden, um Schuldhaftigkeit künftig (oder sogar schon heute) KI-Systemen zuzuschreiben; auf die Dissertation von *Preetz* darf man mit Spannung warten.

Im antiken Parlament von Patara sprach Prof. *Dr. Adem Sözüer* sich für die Geschlechtergleichberechtigung im Recht als Grundstein für eine stabile Demokratie und einen starken Rechtsstaat aus. Prof. *Dr. Liane Wörner*, LL.M. (UW-Madison) gab einen kurzen Einblick in die rechtsvergleichende Forschung zu der gesellschaftlichen Beziehung von Geschlechtern und deren Einfluss auf die Struktur des Strafrechts und machte die Bedeutung der Frage der Geschlechtergleichberechtigung für die Zukunft deutlich. Prof. *Dr. Krisztina Karsai* merkte an, dass das Seminar, das den transnationalen Diskurs junger Jurist*innen ermöglicht, einen Grundstein für spätere gesellschaftliche Veränderungen und Lösungen im Bereich der Digitalisierung legt und zeigte auf, wie wichtig es ist, dass diese Diskussionen fortgeführt werden.

Mit dem Abschlussvortrag machte Prof. *Dr. Krisztina Karsai* zum Thema „Future of European Criminal Law“ deutlich, dass die Herausforderungen der Digitalisierung notwendigerweise in transnationalem Kontext auf Basis von gegenseitigem Vertrauen, Kommunikation und vor allem kritischem Nach- und Hinterfragen in alle Richtungen bewältigt werden müssen.

IV. Fazit und Ausblick

Der intensive akademische und interkulturelle Austausch hat allen Teilnehmer*innen neue Perspektiven und Einblicke in das Strafrecht im Kontext der Digitalisierung ermöglicht. Die Digitalisierung bringt unbekannte neue Gefahren mit sich, die einer Regulierung bedürfen. Dabei darf das ultima-ratio-Prinzip nicht aus den Augen verloren werden und bevor Schutzlücken geschlossen werden, müssen die Grenzen der strafrechtlichen Verantwortlichkeiten und der entsprechende Pönalisierungsbedarf erst geklärt werden. Diese Herausforderungen bedürfen transnationaler Lösungen, denn der digitale Wandel vollzieht sich weltweit, ohne nationale Grenzen einzuhalten. Die Strafrechtsvergleichung ist ein unverzichtbares Element im Diskurs um künftige und bestehende Regulierungen.

Das dritte Dreiländerseminar wird voraussichtlich im Oktober 2022 in Göcek stattfinden und sich rechtsvergleichend mit dem digitalen Wandel und dessen Auswirkungen auf das Strafprozessrecht in Deutschland, der Türkei und Ungarn auseinandersetzen.