ZJS

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

Ausgabe 3/2022
S. 278–467
15. Jahrgang

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

Viel Neues im BGB – Verträge über digitale Produkte und neues Kaufrecht

Teil 1: Verbraucherverträge über digitale Produkte – Anwendungsbereich und Bereitstellung digitaler Produkte

Von Prof. Dr. Markus Artz, Bielefeld 278

Die Bedeutung von Gerichtsverfassung und Zivilprozessrecht für die US-amerikanische class action

Von Dipl.-Kfm. Prof. Dr. Marcus Oehlrich, M.Sc., Witten/Herdecke 283

Unveräußerliche Leitungsverantwortung des Vorstands

Von Thomas Kischko, LL.M., Dresden 289

Rechtsdogmatik sticht Pragmatismus

Von Stud. iur. Jann Maatz, Gießen 301

Die wesentlichen Neuregelungen der Brüssel IIb-VO im Hinblick auf Kindschaftssachen

Von Stud. iur. Corinna Pachmayr, München 311

Öffentliches Recht

Die öffentlich-rechtliche Satzung

Eine Einführung in das Recht einer Handlungsform der Verwaltung

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Torben Ellerbrok, Heidelberg 319

Hassrede im Kontext einer Gewährleistung von Meinungsfreiheit

Von Wiss. Mitarbeiter David Hug, Bochum 327

AUFSÄTZE

Strafrecht

Der auf frischer Tat betroffene oder verfolgte Täter im Rahmen der Besitzkehr gem. § 859 Abs. 2 BGB
Von Wiss. Mitarbeiter Janick Haas, Wiss. Mitarbeiter Jonas Fritsch, Marburg 338

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Zivilrecht

Der eingetragene Verein – Eine Einführung
Von Rechtsanwalt Felix Garz, Notarassessor Dr. Fabian Eike Flaßhoff, Leipzig/Coburg 343

Allgemeines

Happy Birthday – Rechtliche Altersgrenzen im Überblick
Von Prof. Dr. Mustafa Temmuz Oğlakcıoğlu, Wiss. Mitarbeiter Fatih Anıl Uzun, Saarbrücken 348

Methodik der Gesetzesauslegung: Wann stößt die Argumentation mit Wortlaut, Systematik, Telos und Historie an ihre Grenzen?
Von Wiss. Mitarbeiter Johannes Forck, Passau 357

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Anfängerklausur BGB AT: Die Anfechtung – Ein Drama in drei Akten
Von Wiss. Mitarbeiter Johannes Claudio Felsch, Wiss. Mitarbeiter Niklas von Jutrzenka, Bielefeld 362

Hausarbeit: Vereinsleben in pandemischen Zeiten
Von Wiss. Mitarbeiter Markus Hepperle, und Wiss. Mitarbeiterin Julia Kühn, Hamburg 367

Fortgeschrittenenklausur: Kleines Missgeschick – langer Streit
Von Wiss. Mitarbeiter Steffen M. Jauß, Frankfurt am Main 380

Übungsfall zu Verträgen über digitale Produkte: Motivation ist alles
Von Wiss. Mitarbeiterin Julia Pielsticker, Stud. iur. Julia Buschmann, Stud. iur. Catharina Jakubka, Bielefeld 387

Öffentliches Recht

Examensübungsklausur mit völkerrechtlichen Bezügen: Die Bundesrepublik als „Hüterin des Völkerrechts"
Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Andreas Buser, Berlin 393

Anfängerklausur: Vakantes Impfamt
Von Wiss. Mitarbeiter Johannes Gallon, Flensburg, Wiss. Mitarbeiter Claus Gienke, Halle (Saale) 402

Examensübungsklausur: Nur ohne Diadem in die Krone?
Von Wiss. Mitarbeiter David Klock, Wiss. Mitarbeiter Lars Großmann, Mannheim 407

ÜBUNGSFÄLLE

Strafrecht

Übungsfall: „Wer hat an der Uhr gedreht…?"
Von Stud. iur. Oskar Axmann, Dr. Marcus Bergmann, Halle (Saale) 422

Fortgeschrittenenhausarbeit: „Gambling auf Abwegen"
Von Wiss. Mitarbeiter Miguel Veljovic, LL.M.oec., Wiss. Mitarbeiterin Meike Koch, Halle (Saale) 436

Rechtsgeschichte

Schwerpunktbereichsklausur Rechtsgeschichte: Nationalsozialistisches Strafrecht
Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Joachim Kummer, Berlin 449

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Strafrecht

BGH, Beschl. v. 18.11.2021 – 1 StR 397/21
(Tötung eines Erpressers: zwar nicht gerechtfertigt, aber auch nicht unbedingt heimtückisch)
(Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M., Passau) 456

BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20
(Verfassungsmäßigkeit von § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB)
(Prof. Dr. Anne Schneider, LL.M., Düsseldorf) 460

BUCHREZENSIONEN

Zivilrecht

Leuschner, Lars/Sajnovits, Alexander/Wilhelm, Alexander, Fälle zum Kapitalgesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2021
(Wiss. Mitarbeiter Marcel Vollmerhausen, Mannheim) 466

Viel Neues im BGB – Verträge über digitale Produkte und neues Kaufrecht

Teil 1: Verbraucherverträge über digitale Produkte – Anwendungsbereich und Bereitstellung digitaler Produkte

Von Prof. Dr. **Markus Artz**, Bielefeld*

Seit dem 1. Januar 2022 gelten für Verträge über digitale Produkte neu eingeführte Regelungen im Bürgerlichen Gesetzbuch.[1] *Dazu gibt es seit Jahresbeginn zahlreiche Änderungen im Kaufrecht, insbesondere im Verbrauchsgüterkaufrecht. Die ZJS wird das neue Recht in einer kleinen Reihe von kurzen Beiträgen im Überblick vorstellen. Zum jeweiligen Thema erscheint im selben Heft eine Fallbesprechung.*

I. Konzept der Umsetzung – Verbraucherverträge über digitale Produkte im Allgemeinen Schuldrecht

Der deutsche Gesetzgeber hat sich zur Umsetzung der Richtlinie[2] 2019/770 der Europäischen Union vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen dafür entschieden, vertragsrechtliche Regelungen zur Bereitstellung digitaler Produkte nicht nach dem herkömmlichen System des Besonderen Schuldrechts einzuführen, das sich an der Rechtsposition orientiert, die der Verbraucher an dem Gut erwerben möchte. Es finden sich daher besondere Regelungen zur Gewährleistung beim Vertrieb digitaler Produkte nicht etwa in den Vorschriften zum Kaufrecht oder zum Mietrecht bzw. zu anderen Vertragstypen des BGB. Vielmehr hat der Gesetzgeber einen anderen Weg beschritten und sich an dem digitalen Produkt, das Gegenstand des Vertrags ist, orientiert. Unabhängig davon, ob der Verbraucher das digitale Produkt erwerben oder nur für einen Zeitraum nutzen möchte, gelten für solche Verträge besondere Regeln, die das zu den einzelnen Verträgen bestehende Reglement verdrängen.

Da es auf den besonderen Vertragstyp im Einzelfall nicht ankommt, sondern im Mittelpunkt die einmalige oder dauerhafte Bereitstellung eines digitalen Produkts steht, finden sich die neu eingeführten Vorschriften richtigerweise nicht im Besonderen sondern im Allgemeinen Teil des Schuldrechts. Sitz der Materie sind die §§ 327 ff. BGB. Hier bestehen nun besondere Regelungen zur Bereitstellung des Produkts und den Folgen der Nichtleistung, zur Gewährleistung beim Vorliegen von Produkt- und Rechtsmängeln und zur Beendigung des Vertrags und dessen Rückabwicklung. Diese Vorschriften genießen gegenüber den entsprechenden Vorschriften des Kaufrechts oder Mietrechts Vorrang.

II. Anwendungsbereich

1. Verbraucherverträge über digitale Produkte

§ 327 BGB bestimmt den Anwendungsbereich der Vorschriften. Persönlich muss es sich um einen Verbrauchervertrag, also einen Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher handeln (§ 310 Abs. 3 BGB). Gegenstand der vertraglichen Leistung ist die Bereitstellung digitaler Produkte. Der Begriff des digitalen Produkts dient als Oberbegriff für die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen. Da die einschlägigen Regelungen ganz überwiegend einheitlich auf Verträge über digitale Produkte anzuwenden sind, bedarf es der Differenzierung zwischen digitalen Inhalten und Dienstleistungen oftmals nicht unbedingt. Im Einzelfall ist es auch nicht ganz einfach, eine entsprechende Abgrenzung vorzunehmen. Was unter einem digitalen Inhalt bzw. einer digitalen Dienstleistung zu verstehen ist, wird in § 327 Abs. 2 BGB konkretisiert.

2. Digitale Inhalte

Danach sind digitale Inhalte Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden (§ 327 Abs. 2 S. 1 BGB). Es kommt daher darauf an, dass beide Schritte in digitaler Form erfolgen. Verfasst ein Autor ein Buchmanuskript an seinem Computer, so erstellt er digitale Daten. Werden diese dem Verbraucher dann auch digital zur Verfügung gestellt, also etwa in Gestalt eines E-Books, handelt es sich um einen digitalen Inhalt im Sinne des Gesetzes. Erwirbt der Verbraucher das Werk aber als gebundenes Buch, kommen die §§ 327 ff. BGB nicht zur Anwendung. Unerheblich ist, ob der Herstellungsprozess von Beginn an rein digital erfolgt. Es genügt, dass ein zunächst in analoger Form vorliegendes Produkt erstmalig digitalisiert und dann entsprechend bereitgestellt wird. Als Beispiel mag der Umzugskarton voller Diapositive dienen, den ein Verbraucher auf dem Dachboden findet und einem Anbieter zusendet, der die Fotos einzeln digitalisiert und anschließend zum Herunterladen in eine Cloud stellt. Die Gesetzesbegründung nennt für den Bereich der digitalen Inhalte folgende Beispiele: Computerprogramme, Videodateien, Audiodateien, Musikdateien, digitale Spiele, elektronische Bücher und andere elektronische Publikationen, ebenso Applikationen für mobile Endgeräte.

3. Digitale Dienstleistungen

Digitale Dienstleistungen sind solche, die dem Verbraucher die Verarbeitung und Speicherung von Daten in digitaler Form oder den Zugang zu solchen Daten ermöglicht (§ 327 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB). Hier dürfte die Bereitstellung eines Speicherplatzes in einer Cloud als naheliegendes Beispiel heranzuziehen sein. Erfasst sind nach Nr. 2 aber auch solche Dienstleistungen, die Interaktionen mit Daten oder die gemeinsame Nutzung von Daten ermöglichen. Auch hier seien die vom Gesetzgeber benannten Beispiele erwähnt: Die gemeinsame

* Der *Verf.* ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung an der Universität Bielefeld.

[1] Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Diensteleistungen v. 25.6.2021, BGBl. I 2021, S. 2123.

[2] Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. EU 2019 Nr. L 136, S. 1.

Nutzung von Video- oder Audioinhalten und andere Formen des Datei-Hosting, Textverarbeitung oder Spiele, die in einer Cloud-Computing-Umgebung und in sozialen Medien angeboten werden. Die Teilnahme an sozialen Netzwerken bzw. „sozialen Medien". Die Nutzung von Verkaufs-, Buchungs-, Vergleichs-, Vermittlungs- oder Bewertungsplattformen sowie andere Angebote mit entsprechenden Funktionen.

4. Gegenleistung des Verbrauchers – Preis und Daten

Anwendung finden die Vorschriften nur auf Verträge, bei denen der Verbraucher dazu verpflichtet ist, einen Preis zu zahlen. Ein solcher Preis kann zum einen schlicht in der Verpflichtung zur Leistung eines Betrags in Geld liegen. Zum anderen kann die Gegenleistung durch die Übermittlung von Werten in Form einer Kryptowährung oder eines Gutscheins erfolgen.

Einen besonderen Fall regelt § 327 Abs. 3 BGB. Erfasst werden auch Verträge, bei denen der Verbraucher eine Leistung in Form eines digitalen Produkts scheinbar kostenlos erhält, er aber dem Unternehmer seine personenbezogenen Daten zur Verfügung stellen muss, um das Produkt bereitgestellt zu bekommen. Dass es sich auch in diesem Fall um ein entgeltliches Geschäft handelt, wird auch noch einmal im Schenkungsrecht klargestellt. § 516a BGB bestimmt, dass auf einen Vertrag, bei dem der Unternehmer dem Verbraucher ein digitales Produkt schenkt, der Verbraucher aber seine personenbezogenen Daten zur Verfügung stellen muss, die §§ 327 BGB anzuwenden sind.

Diesbezüglich gibt es allerdings eine Ausnahme. Wenn der Unternehmer die personenbezogenen Daten des Verbrauchers ausschließlich dazu verarbeitet, um seiner Leistungspflicht nachzukommen, dann liegt darin keine Zurverfügungstellung der personenbezogenen Daten i.S.d. § 327 Abs. 3 BGB. Zu denken ist etwa an den Fall, dass dem Verbraucher ein Produkt per E-Mail bereitgestellt werden soll. Um zu leisten, benötigt der Unternehmer die E-Mail-Adresse des Verbrauchers. Das Gesetz nimmt hier § 312 Abs. 1a BGB in Bezug.

5. Austauschvertrag und Dauerschuldverhältnis

Ob das digitale Produkt einmalig oder dauerhaft bereitgestellt wird, ist für die Anwendung der §§ 327 ff. BGB grundsätzlich irrelevant. Klassisch gesprochen gelten die Vorschriften ebenso für den „Kauf" wie für die „Miete" der Produkte.

6. Ergänzende Bestimmungen und Ausnahmen

a) Produkt nach Kundenspezifikationen

Dass ein digitales Produkt nach speziellen Vorstellungen des Verbrauchers entwickelt worden ist, schließt die Anwendung der neuen Vorschriften nach § 327 Abs. 4 BGB nicht aus.

b) Körperlicher Datenträger

Eine besondere Konstellation regelt § 327 Abs. 5 BGB. Das digitale Produkt dürfte häufig auf digitalem Wege zur Verfügung gestellt werden, etwa in der Form, dass der Verbraucher schlicht die Daten herunterlädt, auf einen Speicherplatz Zugriff erhält oder die Inhalte in einer E-Mail enthalten sind. Es ist aber auch möglich, dass die Bereitstellung durch die Übersendung oder Überlassung eines Datenträgers erfolgt. Der Unternehmer schickt dem Verbraucher einen USB-Stick zu, auf dem sich das digitale Produkt befindet. Diesbezüglich war zu klären, ob es sich um die Bereitstellung eines digitalen Produkts oder etwa um den Verkauf oder die Vermietung eines solchen bespielten Datenträgers handelt. Soweit der Datenträger nur dazu dient, das digitale Produkt zu transportieren, also „die Daten zu tragen", finden, abgesehen von den Regelungen zur Bereitstellung, die Vorschriften zu Verträgen über digitale Produkte Anwendung auf diese Konstellation und nicht etwa das kaufrechtliche Reglement. Dies wird auch in § 475a Abs. 1 BGB noch einmal klargestellt.

c) Ausnahmekatalog

§ 327 Abs. 6 BGB enthält einen Katalog von Ausnahmen zum Anwendungsbereich der Regelungen, etwa für andersartige Dienstleistungen, Behandlungsverträge oder sog. open-source-Software.

7. Paketverträge und Verträge über Sachen mit digitalen Elementen

a) Paketvertrag

Besonders interessant sind die in § 327a BGB geregelten besonderen Fälle des Anwendungsbereichs. Dabei geht es in § 327a Abs. 1 BGB zunächst um Paketverträge, auf die die Vorschriften grundsätzlich partiell anwendbar sind. Paketverträge sind solche zwischen denselben Vertragsparteien, bei denen neben einem digitalen Produkt eine andere Sache oder Dienstleistung bereitgestellt wird. Dazu bedarf es keiner inhaltlichen Verbundenheit oder wirtschaftlichen Abhängigkeit der Leistungspflichten. Es kommt nur darauf an, dass Personenidentität besteht und die Verpflichtung im Rahmen eines einzigen Vertrags erfolgt. Exemplarisch sei der Verkauf einer Sache genannt, z.B. eines Sportgeräts, das mit der Bereitstellung einer App für ein Mobiltelefon zur Ernährungs- und Trainingsplanung verbunden ist. Zu denken ist auch an den Verkauf oder die Vermietung eines großen Fernsehbildschirms, bei dem der Unternehmer dem Verbraucher das Abonnement eines Streaming-Dienstes für eine Zeit lang bereitstellt. Das Gesetz ordnet an, dass auf den Teil des Vertrags, der die digitalen Produkte betrifft, also die App oder den Streaming-Dienst, die Regelungen der §§ 327 ff. BGB anzuwenden sind, der Vertrag also in seine Bestandteile aufzuteilen ist. Für den Vertragsteil, der die andere Sache betrifft, beispielsweise das Sportgerät, gelten dann die §§ 433 ff. oder die §§ 535 ff. BGB, abhängig davon, welche Leistung geschuldet ist. Dazu gibt es allerdings eine wichtige Ausnahme: Kann sich der Verbraucher von dem Bestandteil des Paketvertrags, der das digitale Produkt betrifft, lösen, was der Fall sein kann, wenn ihm das digitale Produkt nicht bzw. mangelhaft bereitgestellt wurde, so steht ihm ausnahmsweise auch der Weg offen, den anderen Bestandteil des Vertrags zu beenden, wenn er an diesem aufgrund der Nicht- oder Schlechtleistung hinsichtlich des digitalen Produkts kein Interesse mehr hat, §§ 327c Abs. 6, 327m Abs. 4 BGB.

b) Verträge über Sachen mit digitalen Produkten

Ähnlich ist § 327a Abs. 2 BGB konzipiert. Sind digitale Produkte in einer Sache enthalten oder mit dieser verbunden, so kommt es, soweit nicht die Ausnahme des § 327a Abs. 3 BGB einschlägig ist, ebenfalls zur Aufteilung des Vertrags in einen digitalen und den übrigen Bestandteil. Beispielhaft seien genannt der Verkauf eines Wohnhauses, das digitale Steuerungselemente, etwa zur Energieversorgung oder Bedienung der Alarmanlage enthält. Ebenso die Vermietung eines Autos mit digitalem Navigationssystem, genauer der zu dessen Betrieb erforderlichen Software. Auch hier sind die Regelungen nur auf den digitalen Bestandteil des Vertrags anwendbar und es besteht nach den §§ 327c Abs. 7, 327m Abs. 5 BGB für den Verbraucher die Möglichkeit, sich von dem anderen Teil des Vertrags zu lösen, wenn sich die Sache ohne das digitale Produkt nicht zur gewöhnlichen Verwendung eignet. Zu beachten ist, dass es beim Paketvertrag auf den Wegfall des individuellen Interesses des Verbrauchers, bei Sachen, die mit digitalen Produkten verbunden sind, auf den Wegfall der Eignung zur gewöhnlichen Verwendung ankommt.

c) Kauf von Waren mit digitalen Elementen

Eine wichtige und viel diskutierte Ausnahme von § 327a Abs. 2 BGB enthält § 327a Abs. 3 BGB. Hier wird die Anwendung der kaufrechtlichen Vorschriften auf den gesamten Vertrag angeordnet, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen: Es muss sich zunächst um einen Verbrauchsgüterkaufvertrag handeln. Ein solcher liegt zwischen Unternehmer und Verbraucher vor, wenn Gegenstand des Kaufs eine bewegliche Sache ist, die nicht auf Grund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden (§ 241a BGB). Gegenstand des Vertrags muss somit ein „normaler“ Verbrauchsgüterkauf sein. Dazu muss die Ware (bewegliche Sache) in der Form mit einem digitalen Produkt verbunden sein oder ein solches enthalten, dass sie ihre Funktionen ohne diese digitalen Produkte nicht erfüllen kann. Es handelt sich dann um Waren mit digitalen Elementen. In einem solchen Fall finden ausschließlich die kaufrechtlichen Vorschriften auf den gesamten Vertrag Anwendung und es kommt nicht zu einer Aufteilung des Geschäfts, wie in Abs. 2 (Einzelheiten zu Waren mit digitalen Elementen und der Frage, ob es sich bei den in § 327a Abs. 3 BGB benannten Funktionen um wesentliche der Kaufsache handeln muss, folgen in einem weiteren Beitrag der Serie zum Kauf von Waren mit digitalen Elementen).

III. Leistungspflicht des Unternehmers

Die Regelungen der §§ 327b, 327c BGB betreffen die Konkretisierung der Leistungspflicht des Unternehmers und die Rechte des Verbrauchers bei Nichtleistung, also im Falle der unterbliebenen Bereitstellung.

1. Bereitstellung digitaler Produkte

Die Verpflichtung zur Leistung ergibt sich auch bei Verträgen über digitale Produkte aus dem Vertrag und nicht aus dem Gesetz. § 327b BGB konkretisiert insofern nur die Pflichten des Unternehmers. Die Leistungshandlung besteht in der Bereitstellung des Produkts, die grundsätzlich unverzüglich verlangt und vom Unternehmer dann auch sofort bewirkt werden kann. Selbstverständlich steht es den Parteien auch frei, eine abweichende Leistungszeit zu bestimmen.

2. Inhalte und Dienstleistungen

An dieser Stelle bedarf es einer geringfügigen Differenzierung zwischen der Bereitstellung von digitalen Inhalten und Dienstleistungen. Zu digitalen Dienstleistungen hat der Unternehmer dem Verbraucher den Zugang zu verschaffen, § 327b Abs. 4 BGB. Der Zugriff auf den Speicherplatz muss gewährt, die Teilnahme an einem interaktiven Computerspiel ermöglicht werden. Digitale Inhalte können nach Maßgabe von § 327b Abs. 3 BGB ebenfalls zugänglich gemacht werden. Hier besteht aber auch die Möglichkeit, dass der Unternehmer dem Verbraucher die Inhalte zur Verfügung stellt, die Bereitstellung also im Wege der Zusendung auf analogem Wege (Datenträger) oder digital, z.B. im Anhang einer E-Mail, erfolgt und ein Herunterladen des digitalen Inhalts ermöglicht wird. Wesentlich ist für die Bereitstellung in beiden Fällen des digitalen Produkts, dass der Verbraucher freien Zugriff erhält.

IV. Rechte bei unterbliebener Bereitstellung

1. Beendigung des Vertrags

Die Folgen der Nichtleistung, also der unterbliebenen Bereitstellung digitaler Produkte, sind Gegenstand der Regelung in § 327c BGB. Dem Verbraucher steht das Recht zu, den Vertrag zu beenden, wenn das geschuldete digitale Produkt nicht bereitgestellt wird. Der Gesetzgeber hat zum Jahresbeginn ein neues und eigenständiges Recht zur Beendigung des Vertrags eingeführt. Hintergrund dessen ist, dass weder die Kündigung noch der Rücktritt als bekannte Gestaltungsrechte zur Lösung vom Vertrag auf die vorliegende Konstellation gepasst hätten, da die §§ 327 ff. BGB sowohl auf die einmalige und einaktige Bereitstellung eines digitalen Produkts als auch auf ein Dauerschuldverhältnis anwendbar sind. Daher findet sich nun in § 327c BGB das neue Recht zur Beendigung des Vertrags bei Nichterbringung der fälligen Leistung.

2. Nichtleistung und Aufforderung

Voraussetzung des Beendigungsrechts ist allein das Ausbleiben der fälligen unverzüglichen Bereitstellung trotz einer formlosen Aufforderung des Verbrauchers zur Leistung. Der Verbraucher kann sich somit vom Vertrag lösen, wenn die fällige Leistung ausbleibt und der Unternehmer nicht unverzüglich leistet, wenn ihn der Verbraucher dazu nach Fälligkeit aufgefordert hat. Um den Vertrag zu retten, können die Parteien nach Aufforderung allerdings ausdrücklich einen anderen Zeitpunkt zur Bereitstellung vereinbaren.

In § 327c Abs. 3 BGB finden sich Ausnahmetatbestände, bei deren Vorliegen es der Aufforderung des Verbrauchers nicht bedarf. Diese erinnern strukturell an das Rücktrittsrecht. So bedarf es der Aufforderung etwa nicht, wenn der Unternehmer die Bereitstellung des Produkts verweigert oder ein relatives Fixgeschäft vorliegt.

3. Verjährung

Da es sich beim Recht zur Beendigung des Vertrags um ein Gestaltungsrecht und keinen Anspruch handelt, bedarf es einer gesonderten Regelung zur Verjährung. Hierzu verweist § 327c Abs. 5 BGB auf § 218 BGB, wo der Fall der nicht erbrachten Leistung in Bezug genommen wird. Die Beendigung des Vertrags wird daher unwirksam, wenn der Anspruch auf Leistung verjährt ist und sich der Unternehmer darauf beruft.

4. Erstreckung auf Paketverträge und Verträge über Sachen mit digitalen Produkten

Wie bereits kurz erwähnt wurde, enthält § 327c BGB zwei Regelungen, durch die die Aufteilung des Vertrags in besonderen Konstellationen durchbrochen wird. Es geht einmal um die Fälle des Paketvertrags aus § 327a Abs. 1 BGB und zum anderen um Verträge über Sachen, die mit digitalen Produkten verbunden sind oder solche enthalten, § 327a Abs. 2 BGB. Hier kann sich der Verbraucher im Falle der Nichterbringung des digitalen Produkts auch von dem anderen Teil des Vertrags „lösen", wenn er daran kein Interesse hat (§ 327c Abs. 6 S. 1 BGB für den Paketvertrag) oder sich die mit dem digitalen Produkt verbundene Sache nicht zur gewöhnlichen Verwendung eignet (§ 327c Abs. 7 BGB).

Mietet der Verbraucher etwa einen selbstfahrenden Rasenmäher, der über eine App auf seinem Mobiltelefon aktiviert wird, dann kann er auch den Mietvertrag über den Rasenmäher auflösen, wenn die entsprechende App nicht bereitgestellt wird. Beim Paketvertrag kann man sich etwa vorstellen, dass der Verbraucher einen großen Fernsehbildschirm nur erworben hat, um Serien zu schauen, die von einem Streamingdienst angeboten werden. Zum herkömmlichen Fernsehen möchte der Verbraucher dieses Gerät gar nicht nutzen, es geht um die Einrichtung eines kleinen Privatkinos im Keller des Wohnhauses. In diesem Fall besteht das Recht, auch den Kaufvertrag über den Bildschirm aufzulösen, wenn die im Paket versprochene Versorgung mit Filmen nicht bereitgestellt wird.

V. Ausübung und Rechtsfolgen der Vertragsbeendigung

Da es sich bei § 327c BGB um ein eigenständiges und neuartiges Recht zur Beendigung des Vertrags handelt, waren nicht nur dessen Voraussetzungen, sondern auch die Art und Weise der Ausübung und die Rechtsfolgen zu regeln. Es besteht daher eine parallele Regelung, die die Funktion der §§ 346 BGB beim Rücktritt übernimmt. Zu finden ist diese Regelung in den §§ 327o, 327p BGB.

1. Ausübung des Gestaltungsrechts

Der Verbraucher muss zur Beendigung des Vertrags von seinem Gestaltungsrecht Gebrauch machen und gem. § 327o Abs. 1 BGB eine entsprechende Erklärung abgeben, für die keine Formvorgaben gelten. Mehrere Gläubiger können die Erklärung nur gemeinsam abgeben.

2. Rückabwicklung des Vertrags über digitale Produkte

Kommt es zur Beendigung des Vertrags, so hat der Unternehmer dem Verbraucher die Zahlungen zu erstatten, die zur Erfüllung des Vertrags geleistet wurden und für die er keine Leistung erhalten hat, was im Falle der dauerhaften Bereitstellung auch nach zunächst pünktlicher Leistung eintreten kann. Erbringt der Unternehmer bei einem Vertrag über die einmalige Bereitstellung eines digitalen Produkts seine Leistung nicht, so sind ihm schlicht die erfolgten Zahlungen zu erstatten. Bei der dauerhaften Bereitstellung ist stets zu prüfen, ob zunächst bzw. für einen bestimmten Zeitraum eine Leistung erfolgt ist, für die dem Unternehmer dann eine Gegenleistung gebührt, die nicht zu erstatten ist. Hier ist ein Mehrbetrag unverzüglich, jedenfalls innerhalb von 14 Tagen nach der Erklärung der Beendigung zu erstatten (§ 327o Abs. 5 BGB i.V.m. § 327n Abs. 4 S. 2–5 BGB). Sollte der Verbraucher, was bei der Nichtleistung selten der Fall sein wird, einen körperlichen Datenträger erhalten haben, so hat er diesen auf Verlangen des Unternehmers zurückzusenden.

Die Rückabwicklung der an den Verbraucher erfolgten Leistung unterscheidet sich vom Reglement des Rücktritts erheblich. Während in Fällen des Rücktritts der Verbraucher im Gegenzug zur Rückzahlung der geleisteten Zahlung die an ihn erfolgte Leistung zurückzugewähren hat, ist dies bei digitalen Produkten, die auf digitalem Weg bereitgestellt werden, nicht möglich. Daher ordnet § 327n Abs. 1 BGB an, dass der Verbraucher nach der Beendigung des Vertrags ein bereitgestelltes digitales Produkt nicht mehr nutzen oder einem Dritten zur Verfügung stellen darf. Diese Anordnung spielt bei der hier dargestellten Nichterbringung der Leistung des Unternehmers freilich eine geringe Rolle und ist eher im Falle der mangelhaften Leistung von Relevanz. Zu beachten ist sie allenfalls womöglich in der Konstellation der dauerhaften Bereitstellung, bei der die Leistung des Unternehmers im Verlauf ausbleibt.

Auch der Unternehmer darf nach Maßgabe von § 327o Abs. 2 BGB vom Verbraucher bereitgestellte Inhalte grundsätzlich nicht mehr nutzen, wenn der Vertrag beendet wurde.

3. Rückabwicklung des „anderen Teils"

Zu klären ist schließlich, nach welchem Reglement die Rückabwicklung der anderen Vertragsteile zu erfolgen hat, wenn die Beendigung in den Fällen des § 327c Abs. 6 und Abs. 7 BGB durchschlägt. Dazu schweigen Gesetz und dessen Begründung. Die Lösung dürfte in der Anwendung der Regelungen liegen, die für die Rückabwicklung des anderen Vertragsteils einschlägig wären, könnte man diesen wegen Nichtleistung auflösen. Paradigmatisch sind auf den Kaufvertrag über eine Sache, die im Paket mit einem nicht bereitgestellten digitalen Produkt veräußert wird, die Regelungen der §§ 346 ff. BGB anzuwenden. Dies erscheint schon aus dem Grunde angemessen, da §§ 327o, 327p BGB keinen Anspruch des Unternehmers auf Rückgabe einer geleisteten Sache kennen. § 327c Abs. 6 BGB spricht davon, dass sich der Verbraucher von dem anderen Teil des Paketvertrags „lösen kann". Hier bedarf es einer Erklärung des Verbrauchers, die im Falle des Kaufs in einer Rücktrittserklärung nach § 349 BGB liegt (sie-

he insbesondere dazu den in dieser Ausgabe veröffentlichten Fall[3]).

Entsprechend kommen die Vorschriften über die Kündigung eines Mietverhältnisses zur Anwendung, wenn in den Fällen des § 327c Abs. 6 und Abs. 7 BGB hinsichtlich der anderen Vertragsbestandteile ein solches vorliegt.

VI. Schadensersatzanspruch

Steht dem Verbraucher wegen der ausbleibenden Bereitstellung des digitalen Produkts das Recht zur Beendigung des Vertrags zu, so kann er nach Maßgabe von § 327c Abs. 2 BGB und wenn die Voraussetzungen der allgemeinen Vorschriften der §§ 280 ff. BGB vorliegen, auch Schadensersatz verlangen.

VII. Ausblick

In der kommenden Ausgabe wird das neue Gewährleistungsrecht für Verträge über digitale Produkte vorgestellt.

[3] *Pielsticker/Buschmann/Jakuba*, ZJS 2022, 387.

Die Bedeutung von Gerichtsverfassung und Zivilprozessrecht für die US-amerikanische class action

Von Dipl.-Kfm. Prof. Dr. **Marcus Oehlrich**, M.Sc., Witten/Herdecke*

Massenverfahren wie der Prospekthaftungsfall der Deutschen Telekom oder der Abgasskandal von VW haben zur Einführung kollektiver Rechtsschutzmöglichkeiten im Zivilprozessrecht geführt, deren Ziel es ist, Effizienz und Effektivität dieser Verfahren zu steigern. Die deutliche Zurückhaltung, die der Gesetzgeber dabei zeigte, ist in der Furcht vor „US-amerikanischen Verhältnissen" begründet, denen ein hohes Missbrauchspotenzial zugeschrieben wird. Der Beitrag zeigt, dass diese weniger mit dem Instrument der class action als vielmehr mit anderen Besonderheiten des US-amerikanischen Zivilprozessrechts zusammenhängen.

I. Einleitung

Die Häufung von Massenverfahren hat zu Beginn des neuen Jahrtausends zur Einführung von Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes geführt, ohne die die Flut an (erwarteten) Klagen nicht mehr zu bewältigen zu sein schien. Allen voran stehen hier das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)[1] von 2008 infolge des Prospekthaftungsfalls der Deutschen Telekom sowie das Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage[2] infolge des Abgasskandals bei VW.[3] Bezugspunkt für eine Beurteilung dieser zivilprozessualen Instrumente ist immer die US-amerikanische class action,[4] der hierzulande eine hohe Missbrauchsanfälligkeit zugeschrieben wird.

Die Wirkungsweise der class action verdeutlicht der Vioxx-Skandal des US-amerikanischen Pharmaherstellers Merck & Co. Das im Jahr 1999 auf den Markt gebrachte Schmerzmittel Vioxx mit einem Wirkstoff aus der Klasse der Cox-2-Inhibitoren wurde im Jahr 2004 vom Markt genommen, als durch Studien bekannt wurde, dass diese Wirkstoffklasse mit einem erhöhten Risiko für Herzinfarkt und Schlaganfall einhergeht. Nachdem in einem Produkthaftungsfall den Erben von *Robert Ernst*, der infolge des Medikaments aufgrund von Arrhythmien starb, ein Schadensersatz von 250 Mio. US-Dollar zugesprochen wurde, einigte sich *Merck* mit weiteren Geschädigten auf die Bereitstellung eines Entschädigungsfonds i.H.v. 4,85 Mrd. US-Dollar.[5] Die Bereitschaft zu einer außergerichtlichen Einigung wurde auch dadurch befördert, dass in den ersten Klagen bekannt wurde, *Merck* habe bereits seit 1997 von den Nebenwirkungen gewusst und keine entsprechenden Warnungen herausgegeben. Aber auch die Aktionäre haben in einer Sammelklage die Einrichtung eines Entschädigungsfonds i.H.v. 830 Mio. US-Dollar erstritten.[6]

Der Umgang der Volkswagen AG mit den Forderungen ihrer Kunden nach dem Abgasskandal hat diese Effektivität des amerikanischen Rechtssystems deutlich widergespiegelt, sodass der Gesetzgeber mit der Musterfeststellungsklage[7] eine zivilprozessrechtliche Annäherung an das Institut der Sammelklage (class action) vorgenommen hat,[8] deren Effektivität sich gerade aus ökonomischen Argumenten heraus erweist.[9] Doch ist es mit dieser Annäherung nicht genug – besitzen doch die USA „perhaps the most complicated legal structure that has ever been devised and made effective in man's effort

---

* Der *Autor* ist Professor of Finance, Accounting and Taxation und Leiter des Fachbereichs Finance and Accounting an der accadis Hochschule Bad Homburg. Er dankt Herrn Prof. *Leo Katz*, der ihn Mitte der 1990er-Jahre für das US-amerikanische Recht begeisterte. Herrn *Kai Staubesand* dankt er für Recherchen und die Formatierung der Druckvorlage.

[1] Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz v. 16.8.2005, BGBl. I, S. 2437, am 1.11.2012 ersetzt durch das Gesetz zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes v. 19.10. 2012, BGBl I, S. 2182.

[2] Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage v. 12.7.2018, BGBl I, S. 1151, in Kraft seit dem 1.11.2018.

[3] Zu anderen Ausweitungen des Zweiparteienprozesses im deutschen Recht vgl. *Prütting*, ZIP 2020, 197 (199 f.).

[4] Vgl. nur *Prütting*, ZIP 2020, 197 (199 f.); *Kähler*, ZIP 2020, 293 (294).

[5] In re Vioxx Prods. Liab. Litig., E.D. La. 9.11.2007, MDL 1657.

[6] In re Merck & Co., Inc. Securities Litigation 05-cv-1151; 05-cv-2367.

[7] Zur Gesetzesbegründung der Bundesregierung vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage, BMJV, 9.5.2018: „Erforderlich ist [...] die Stärkung zivilprozessualer Möglichkeiten des Rechtsschutzes, um die Durchsetzung bestehender Ansprüche und Rechtsverhältnisse für Bürgerinnen und Bürger zu vereinfachen. […] Die zur Überwindung des rationalen Desinteresses notwendige Bündelung der Rechtsverfolgung in Verbraucherstreitverfahren mit Breitenwirkung ist nach der bisherigen Rechtslage noch nicht ausreichend möglich. Die beabsichtigte Musterfeststellungsklage ergänzt damit die bereits etablierten Verfahren außergerichtlicher Streitbeilegung um den Aspekt prozessualer Durchsetzung, ohne die etablierten Verfahren zu beschränken oder zu verdrängen."

[8] Zur Diskussion um die (Wirksamkeit der) Musterfeststellungsklage vgl. *Waclawik*, NJW 2018, 2921: „Die Musterfeststellungsklage erweitert das System des kollektiven (Zivil-)Rechtsschutzes um einen weiteren Baustein. Ob die neue Klage gemäß den Hoffnungen der Regierungskoalition ein Erfolg wird oder ob die Skeptiker Recht behalten, werden die kommenden Jahre erweisen. Es erscheint aber die These gerechtfertigt, dass das Musterfeststellungsklagengesetz keinen Schlussstein in das System des kollektiven Rechtsschutzes in Deutschland gesetzt hat." Zu früheren Überlegungen der Übernahme des Rechtsinstituts der class action ins deutsche Recht vgl. *Ebbing*, ZvglRWiss 2004, 31 (31 ff.).

[9] Dies ist nicht zuletzt der Berücksichtigung ökonomischer Argumente im Rahmen der so genannten ökonomischen Analyse des Rechts (Economic Analysis of Law) geschuldet. Vgl. hierzu *Posner*, Economic Analysis of Law, 5. Aufl. 1998, S. 402.

to govern himself“[10]. Der vorliegende Beitrag soll die Unterschiede und damit die Gründe für die hohen Schadensersatzzahlungen in den USA[11] im Vergleich zur Rechtslage in Deutschland herausarbeiten. Wie sich zeigen wird, sind die Unterschiede im materiellen Recht geringer als weithin angenommen. Die größten Unterschiede – die in der Diskussion meist überhaupt nicht oder nur am Rande angesprochen werden – bestehen im formellen Recht und sie werden durch die Musterfeststellungsklage kaum verringert.

II. Produkthaftungsrecht

Die Unterschiede im Deliktsrecht (law of torts) sollen im Folgenden am Beispiel des Produkthaftungsrechts (product liability) verdeutlicht werden, da das US-amerikanische Rechtssystem eine Vielzahl von Deliktstypen kennt.

1. Fehlerbegriff

Die Differenzierung des Fehlerbegriffs in manufacturing defects (Fabrikationsfehler), design defects (Konstruktionsfehler) und inadequate warnings or instructions (Instruktionsfehler) unterscheidet sich zwar begrifflich kaum von der deutschen Rechtslage. Fallrechtliche Präzedenzfälle verdeutlichen jedoch, dass die Begriffe mit unterschiedlichen Inhalten gefüllt werden.

Hersteller haben die Pflicht, ihre Produkte so zu konstruieren, dass vorhersehbare Risiken für den Verbraucher verhindert werden können. In der Rechtsprechung werden dabei nicht nur die Erforderlichkeit und Zumutbarkeit als Maßstab genommen, sondern es wird eine Abwägung vorgenommen hinsichtlich der Schwere des Schadens, der Standards der Branche und des Stands der Forschung unter Berücksichtigung der sozialen Nützlichkeit der Konstruktion, der Effektivität alternativer Konstruktionen sowie der Kosten sicherer Konstruktionen.[12]

Im Sachverhalt der Entscheidung Croskey v. BMW of North America, Inc.[13] wurde der Kläger im Juli 2000 beim Öffnen der Motorhaube mit kochendem Kühlerwasser verbrannt, da das Plastik des Kühlers versagte. Vor dem Bundesgericht[14] in Michigan verklagte er sowohl die BMW AG als auch die Vertriebsgesellschaft BMW of North America, Inc. auf Schadensersatz wegen eines Konstruktionsfehlers der BMW AG und eines Instruktionsfehlers (unterlassene Warnung) der BMW AG und der Vertriebsgesellschaft. Nach dem in Michigan vorherrschenden Risiko-Nutzen-Test musste der Kläger die Fahrlässigkeit der Beklagten hinsichtlich des Konstruktionsfehlers anhand von sechs Tatsachen beweisen. Der Vorwurf des Instruktionsfehlers erfordert hingegen den Nachweis, dass den Beklagten zwischen der ersten Kenntnis eines gebrochenen Kühlers im Januar 1994 und dem Tag des Schadenseintritts im Juli 2000 eine größere Zahl an wesentlich vergleichbaren Fällen bekannt geworden ist. Das in der Berufung angerufene Bundesgericht (Court of Appeals) hob die Entscheidung des erstinstanzlichen Bundesgerichts auf und verwies den Fall an dieses zurück mit der Maßgabe, dass sich der Kläger in seinem Beweisantritt auch auf andere Schadensfälle desselben Kühlertyps stützen kann.[15]

2. Schadensersatz

Der Schadensersatz (damages) umfasst nach US-amerikanischem Recht nicht nur den durch das Ereignis erlittenen Nachteil (compensatory damages), sondern er kann insbesondere in Produkthaftungsfällen auch einen Strafschadensersatz (punitive damages) enthalten.[16] Dieser soll den Beklagten für sein Verhalten bestrafen und abschreckend wirken, wenn der kompensatorische Schadensersatz zu gering ist, um insbesondere bei Unternehmen diese Wirkung zu entfalten. Typische Fälle, in denen Strafschadensersatz gewährt wird, beinhalten die Verschleierung von Produktgefahren, die Nichtberücksichtigung von gesetzlichen oder etablierten Sicherheitsstandards, die Nichtbeseitigung bekannter Gefahrenquellen sowie unzureichende Produkttests oder Qualitätskontrollen.[17] Der Kläger erhält in diesen empörenden Fällen, weil er zugleich die Funktion eines strafrechtlichen Privatklägers (Private Attorney General) einnimmt, die dem Beklagten auferlegte Strafe.

Dass der Strafschadensersatz für die Höhe des Schadensersatzes wesentlich ist, zeigt das Eingangsbeispiel: Die den Erben von *Robert Ernst* zugesprochene Summe von 250 Mio. US-Dollar umfasst „nur“ 25 Mio. US-Dollar kompensatorischen Schadensersatz, aber 225 Mio. US-Dollar Strafschadensersatz.

III. Gerichtsaufbau und Zivilprozessrecht

Auch wenn die Unterschiede im US-amerikanischen Produkthaftungsrecht im Vergleich zur Rechtslage in Deutschland deutlich sind, so bestehen die gravierendsten Unterschiede in der Gerichtsverfassung und im Zivilprozessrecht. Dabei stellt die zivilprozessuale Massenklage (class action) nur einen von verschiedenen Unterschieden dar, sodass sich mit der Einführung der Musterfeststellungsklage keine Gleichstellung deut-

[10] *Griswold*, Law and Lawyers in the United States: The Common Law Under Stress, 1964, S. 3.

[11] Zu beachten ist jedoch, dass die Kernmaterien des Privatrechts sowie das Zivilprozessrecht der zuständigen Gerichte dem Recht der 50 Bundesstaaten unterliegen, die sich nur in wenigen Bereichen auf Einheitsgesetze (Uniform Acts) verständigt haben. Am weitesten ist die Rechtsangleichung im Handelsrecht, welches mit dem Uniform Commercial Code in allen Bundesstaaten mit Ausnahme von Louisiana gleichlautend geregelt ist. Im Deliktsrecht und vor allem im Prozessrecht unterscheiden sich jedoch die Rechtsordnungen der Bundesstaaten deutlich voneinander.

[12] Vgl. *Mallor u.a.*, Business Law, 14. Aufl. 2010, S. 515.

[13] Croskey v. BMW of North America, Inc., U.S. App. LEXIS, 2008, 14544 (6th Cir. 2008).

[14] Die Zuständigkeit eines Bundesgerichts ergab sich hier aufgrund der diversity of citizenship jurisdiction, d.h. des unterschiedlichen Domizilstaats des Klägers und der Beklagten.

[15] Im Ergebnis ging es hierbei darum, inwieweit der Kläger Informationen verwenden kann, die er im Rahmen der discovery erlangt hat (siehe III. 5.).

[16] Vgl. *Hay*, US-Amerikanisches Recht, 6. Aufl. 2015, Rn. 421.

[17] Vgl. *Mallor u.a.* (Fn. 12), S. 527.

scher Geschädigter ergeben wird.

1. Jurisdiction

Im Zivilprozess hat der Kläger (plaintiff) nicht die freie Wahl des Gerichtsstands. Vielmehr muss die jurisdiction (Zuständigkeit) eines Gerichts eines Staates (state court) oder eines Bundesgerichts (federal court) gegeben sein, welche subject-matter und personal jurisdiction voraussetzt. Dabei bezeichnet die subject-matter jurisdiction die sachliche Zuständigkeit, wobei nur in einzelnen Bereichen wie etwa im Insolvenzrecht die ausschließliche Zuständigkeit eines Bundesgerichts gegeben sein kann. In allen anderen Fällen besteht eine Zuständigkeit eines oder mehrerer state courts bzw. eine konkurrierende Zuständigkeit eines Bundesgerichts. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich entweder als in personam jurisdiction aufgrund des Domizils[18] bzw. für juristische Personen des principal place of business oder des Gründungsstaates, weiterhin aufgrund des Aufenthaltsorts oder des Handlungsorts, was für Unternehmen eine presence for doing business einschließt, oder als in rem jurisdiction für das in einem Staat belegene Eigentum. Für eine natürliche Person kann dies zu der überraschenden örtlichen Zuständigkeit eines Gerichts aufgrund der persönlichen Anwesenheit (physical presence) des Beklagten (transient jurisdiction) innerhalb des Territoriums des jeweiligen Staates führen.[19] Nach dem common law innewohnenden Territorialitätsprinzip ist es ausreichend, wenn die Klageschrift dem Beklagten innerhalb von 120 Tagen tatsächlich zugestellt wird.[20] Für juristische Personen ergibt sich die Besonderheit dadurch, dass ein großer Teil der US-amerikanischen corporations wie z.B. Facebook im Bundesstaat Delaware gegründet wurde, um von dem liberalen Gesellschaftsrecht des Staates, den niedrigen Steuern und der dortigen besonderen Gerichtsbarkeit für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten zu profitieren.[21] Für unternehmerisch tätige natürliche Personen und juristische Personen besteht zudem jurisdiction am Ort des doing continuous and systematic business, was für Unternehmen mit lokalen Produktions- und Vertriebsniederlassungen quasi in allen Bundesstaaten zu jurisdiction führt. Klagen gegen ausländische Gesellschaften können unter Umgehung des Haager Zustellungsabkommens an lokale Tochtergesellschaften zugestellt werden.

So hat ein Gericht des Staates Illinois in Volkswagen Aktiengesellschaft v. Schlunk, 486 U. S. 694 (1988) die lokale Vertriebsgesellschaft Volkswagen of America als Vertreter der Volkswagen AG angesehen.

Hinzu kommt, dass das Erfordernis von minimum contacts, die der Supreme Court für eine Eröffnung der Zuständigkeit vorschreibt, in vielen Staaten zur Verabschiedung von sogenannten long-arm statutes geführt hat. Eine Zuständigkeit aufgrund von stream of commerce kann sich damit auch in solchen Fällen ergeben, in denen ein Hersteller sein Produkt nicht nur selbst in Verkehr gebracht hat, sondern auch dann, wenn er wusste, dass der Erfolgsort ein mögliches Bestimmungsland sein konnte.[22]

So entschied der U.S. Supreme Court in World-Wide Volkswagen v. Woodson, dass sich die Zuständigkeit am Erfolgsort dann ergibt, wenn der Schädiger solche Handlungen am Erfolgsort vornahm, dass er damit rechnen musste, dort verklagt zu werden.[23]

Eine für den Kläger besonders interessante Möglichkeit, die vielfältige Zuständigkeiten zu nutzen, ist das sog. forum shopping. In diesen Fällen wird die Klage vor demjenigen zuständigen Gericht erhoben, welches für besonders hohe Schadensersatzsummen bekannt ist oder dessen einzelstaatliches Recht für den Kläger besonders günstig ist. Nicht selten wird versucht, inländische Gerichtsstandsvereinbarungen durch Klage vor einem US-amerikanischen Gericht zu umgehen.[24]

So hat der Kläger in der vorgenannten Entscheidung World-Wide Volkswagen v. Woodson vor dem einzelstaatlichen Gericht in Oklahoma sowohl den Hersteller als auch den Verkäufer des Wagens verklagt, wobei das gewählte Gericht dafür bekannt war, dass es besonders hohe Summen an Schadenersatz zusprach.

Besonders interessant wird das forum shopping bei Bundesgerichten dadurch, dass das Prozessrecht des gewählten Gerichts – in diesem Fall des Staates – auch nach einer Verweisung an ein für beide Parteien näheres Bundesgericht in einem anderen Staat (federal transfer) Anwendung findet.

In der Entscheidung Ferens v. John Deere Co.[25] hat der Geschädigte aus Pennsylvania den Hersteller aus Michigan aufgrund von systematic and continuous business in dem einzigen Bundesstaat verklagt, in dem der Anspruch noch nicht verjährt war. Nachdem die Klage anhängig geworden war, stellte der Kläger einen Antrag auf federal transfer an ein für ihn näheres Bundesgericht in Pennsylvania, nach dessen Recht der Anspruch verjährt gewesen wäre.

Eine Eingrenzung erfährt das forum shopping durch die forum non conveniens doctrine, nach der ein eigentlich zuständiges Gericht auf die Zuständigkeit zugunsten eines für die Parteien und die Zeugen günstigeres Gericht verzichten kann. Gerade bei internationalen Sachverhalten kann dies zur Abweisung der Klage führen, wenn ein ausländisches zuständiges Gericht etwa im Staat des Klägers effektiven Rechtsschutz bieten kann.

2. Kosten eines Zivilprozesses

Die Gerichts- und Verfahrenskosten in den USA sind geprägt

[18] Das Domizil (domicile) ist nicht mit dem Wohnsitz, dem Aufenthaltsort oder dem gewöhnlichen Aufenthaltsort vergleichbar, sondern stellt etwa den Lebensmittelpunkt dar. Vgl. *Hay* (Fn. 16), Rn. 132.

[19] Restatement (Second) of Laws, § 28: „A state has power to exercise judicial jurisdiction over an individual who is present within its territory, whether permanently or temporarily."

[20] Burnham v. Superior Court, USSC, 1990, 495 U. S., 604, 110 S. Ct. 2105, 109 L.Ed.2d 631.

[21] Zum sog. Delaware-Effekt vgl. *Merkt*, ZfRV 1996, 1 (11 f.).

[22] Vgl. *Hay* (Fn. 16), Rn. 138.

[23] World-Wide Volkswagen v. Woodson, USSC, 1980, 444 U. S. 286, 100 S. Ct. 559, 62 L.Ed.2d 490.

[24] Siehe z.B. BGH ZIP 2020, 90 = BB 2019, 2023 = DB 2019, 2855 = MDR 2020, 31.

[25] Ferens v. John Deere Co., USSC, 1990, 494 U. S. 516, 110 S. Ct. 1274, 108 L.Ed.2d 443.

durch die Möglichkeit, mit dem eigenen Anwalt ein Erfolgshonorar (contingent fee) zu vereinbaren. In Verbindung mit der American rule, nach der jede Partei die eigenen Kosten zu tragen hat, und einer Gerichtsgebühr[26] in der ersten Instanz eines Bundesgerichts i.H.v. 250 US-Dollar führt dies zu einer Absenkung des Prozessrisikos für den Kläger. Gleichzeitig haben die üblichen Erfolgshonorare von 30–40 % des ausgeurteilten Schadensersatzes dazu geführt, dass sich Anwälte nicht nur auf die Vertretung von Geschädigten spezialisiert haben, sondern aktiv – etwa mit TV- und Radiospots oder Internetanzeigen – nach Geschädigten suchen. Die Begriffe „ambulance-chasing" bzw. „ambulance chaser" für im Grenzbereich der Standeswidrigkeit agierende Rechtsanwälte wurden schon 1896/1897 ins Black's Law Dictionary aufgenommen.[27] Üblicherweise wird die Tatsache, dass ein großer Teil der (Straf-)Schadensersatzzahlungen an die Anwälte gehen, bei der Festlegung der compensatory and punitive damages berücksichtigt.

Angenommen, einem Geschädigten sollen 300.000 US-Dollar an compensatory damages und 900.000 US-Dollar an punitive damages zugesprochen werden. Bei einer Verurteilung des Beklagten, an den Kläger 1,2 Mio. US-Dollar zu zahlen, würde dies dazu führen, dass dieser bei einem Erfolgshonorar von 40 % nur 720.000 US-Dollar erhält. Es ist daher damit zu rechnen, dass die Summe auf 2 Mio. US-Dollar (= 1,2/[1-0,4]) erhöht wird. Denn nach Abzug von 40 % Anwaltshonorar (800.000 US-Dollar) erhält der Kläger genau 1,2 Mio. US-Dollar.

3. Class Action

Das bekannte Rechtsinstitut der class action hat die Einführung der Musterfeststellungsklage maßgeblich geprägt. Die Idee des Instituts ist dabei, dass bei einer Vielzahl von kleineren Schadenssummen sowohl für den Geschädigten als auch für seinen Rechtsanwalt ein geringer Anreiz besteht, den Anspruch im Klageweg durchzusetzen. Der Anwalt würde etwa die Vereinbarung eines Erfolgshonorars deshalb ablehnen, weil dem unsicheren Honorar sichere und relativ hohe Fixkosten der Einarbeitung in die Materie, der Klagevorbereitung und Prozessführung gegenüberstehen. Bei einem Zeithonorar wird jedoch der Geschädigte das Risiko scheuen.[28]

Angenommen, der in Frage stehende Anspruch des Geschädigten betrage 20.000 US-Dollar (inklusive „Zuschlag" für die Anwaltsvergütung), die Fixkosten des Anwalts betragen 5.000 US-Dollar und die Wahrscheinlichkeit des Obsiegens läge bei 50 %. Bei einem Erfolgshonorar von 40 % beträgt der erwartete Honorarüberschuss des Anwalts über die Fixkosten: 0,5×0,4×20.000-5.000 = -1.000 US-Dollar. Er wird somit die Abrechnung über ein Zeithonorar vorziehen.

Die class action erlaubt es dem Anwalt hingegen, bei einer Vielzahl von Geschädigten den sogenannten Economies-of-Scale-Effekt zu nutzen. Denn die Kosten der Einarbeitung in den Sachverhalt kann er dann auf alle Kläger, die er vertritt, aufteilen. Steigt die Zahl der vertretenen Geschädigten, so werden nur die variablen Kosten bezüglich Korrespondenz, Aufklärung etc. steigen, nicht jedoch die Einarbeitungskosten. Sehr stark vereinfacht wird das Verfahren für die Parteien und das Gericht dadurch, dass die Ansprüche pauschaliert hochgerechnet werden, d.h. im Regelfall bei gleichartigen Ansprüchen mit der Zahl der Mitglieder der class multipliziert werden. Diese Geschädigten müssen dabei zum Zeitpunkt der Klage noch nicht namentlich bekannt sein, sie müssen nur anhand gemeinsamer Rechts- oder Tatsachenfragen identifizierbar sein.[29]

Angenommen, der Anwalt des Geschädigten im vorgenannten Beispiel könne anhand von Verkaufszahlen glaubhaft machen, dass nicht nur sein Mandant, sondern 999 weitere Personen in der gleichen Weise durch das fehlerhafte Produkt geschädigt wurden, dann kann er für die class insgesamt einen Anspruch von 20.000 × 1.000 = 20 Mio. US-Dollar einfordern. Sofern er anschließend die Mitglieder der class „rekrutiert" und das Erfolgshonorar nicht der Höhe nach begrenzt wird, steht ihm dann ein Erfolgshonorar von 0,4 × 20 = 8 Mio. US-Dollar zu.

4. Jury Trial

Ein hierzulande in der Diskussion um die class action häufig vernachlässigter Fakt ist, dass der Zivilprozess in den USA vor einzelstaatlichen oder Bundesgerichten in der ersten Instanz grundsätzlich vor einer jury, d.h. mit Laienrichtern geführt wird (jury trial). Dies schreibt der 7. Verfassungszusatz für alle Klagen vor Bundesgerichten aus common law mit einem Streitwert von über 20 US-Dollar (sic!) vor. Die Verfassungen der Staaten sehen für die einzelstaatlichen Gerichte ebenfalls eine jury vor. Die Auswahl der Juroren erfolgt nach einem Zufallssystem über die Wähler- bzw. Steuerzahlerregister, wobei die ausgewählten Juroren zur Beteiligung verpflichtet sind. Allerdings werden zunächst mehr Juroren ausgewählt als die üblicherweise zu bestellenden sechs oder zwölf Mitglieder, die für eine sog. petit oder petty jury benötigt werden. Denn nach der Auswahl haben die Anwälte das Recht, Kandidaten wegen Befangenheit (challenge for cause) abzulehnen. Zudem kann von beiden Parteien eine vorgegebene Zahl von Kandidaten ohne Angabe von Gründen abgelehnt werden (peremptory challenge).[30] Hier geht es typischerweise darum, solche Kandidaten abzulehnen, von denen aufgrund öffentlich geäußerter Meinungen oder äußerer Merkmale ein ungünstiger Einfluss auf die Entscheidung der jury vermutet werden muss.

So könnte etwa der Klägervertreter von Geschädigten im Abgasskandal in Erfahrung bringen lassen, welche Kandidaten ein Auto mit Diesel-Motor besitzen, welche überhaupt ein Auto besitzen und ob ggf. Umweltaktivisten darunter sind. Verbleibende Ablehnungsmöglichkeiten können nach demographischen Kriterien genutzt werden, etwa wenn bekannt ist, dass ältere oder männliche Personen eher geneigt sind, die Klage zu unterstützen.

[26] § 1914 (a) 28 U.S.Code.
[27] Siehe z.B. *Garner*, Black's Law Dictionary, 11. Aufl. 2009.
[28] Zu den dahinterstehenden Anreizmechanismen vgl. die Ausführungen von *Posner* (Fn. 9), S. 626 ff.
[29] Rule 23 (a) Federal Rules of Civil Procedure.
[30] Vgl. *Hay* (Fn. 16), Rn. 198.

Die Urteilsfindung erfolgt in einem zweistufigen Verfahren, wobei die jury über streitige Tatsachen entscheidet (matters of fact), wohingegen der Richter über alle Rechtsfragen (matters of law) entscheidet.[31] Neben der Entscheidung der jury stellt ihre Instruktion (instruction) durch den Richter, der die Rechtsfrage, auf die sich der Anspruch des Klägers stützt, in eine umgangssprachliche Tatsachenfrage übersetzt, die die jury mit ja oder nein beantworten kann, ein entscheidendes Element des jury trial dar.[32]

Diese Vorgabe des Richters ist die sogenannte jury instruction, die etwa wie folgt lauten könnte: „Sofern Sie, die jury, der Ansicht sind, dass der Beklagte es gewusst oder es in Kauf genommen hat, dass die Kläger durch den Verkauf der Neuwagen einen Vermögensschaden erleiden, dann entscheiden Sie bitte auf den entstandenen Vermögensschaden."

Die jury ist natürlich gerade hinsichtlich der punitive damages empfänglich für Argumente der Klägerseite dahingehend, dass das Unternehmen vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt habe und nur mittels einer entsprechend hohen Strafe davon abgehalten werden kann, sich in Zukunft weiter so zu verhalten.

Liebeck v. McDonald's[33] ist sicherlich eine der bekanntesten Entscheidungen hinsichtlich der Empfänglichkeit der jury für Argumente der Klägerseite. Die 79-jährige Stella Liebeck hat sich einen bei McDonald's gekauften Kaffee über den Schoß geschüttet und infolgedessen Verbrennungen dritten Grades erlitten. Die jury überzeugte, dass ihr Anwalt nachweisen konnte, dass der Kaffee ca. 80°C heiß war und im Zeitraum von 1983 bis 1992 ca. 700 Fälle von Verbrennungen bei McDonald's gemeldet wurden. Die compensatory damages reduzierte die jury aufgrund des Mitverschuldens der Klägerin von 200.000 auf 160.000 US-Dollar. Aufgrund der Weigerung der Beklagten, die Temperatur des Kaffees in Zukunft zu verringern, wurden die punitive damages auf 2,7 Mio. US-Dollar festgelegt. Die Summe sollte dem Umsatz von McDonald's mit Kaffee an zwei Tagen entsprechen.

Üblicherweise muss die Entscheidung der jury einstimmig ergehen und wird nicht begründet (general verdict).[34] Durch die Entscheidung der jury (verdict) sind die Tatsachenfragen und auch die Schadenshöhe endgültig entschieden. Bevor der Richter auf Basis dieser Entscheidung das Urteil (judgement) erlässt, können die Parteien weitere Anträge stellen, etwa die Entscheidung der jury wegen fehlerhafter Beweiswürdigung zu übergehen (judgement non obstante veredicto) oder einen neuen Prozess zu gewähren.

In Liebeck v. McDonald's reduzierte der Richter den von der jury auf 2,9 Mio. US-Dollar festgelegten Schadensersatz auf 615.000 US-Dollar.

Allerdings ist zu beachten, dass die Beteiligung einer jury nur in der ersten Instanz und nur in Streitigkeiten aufgrund von common law erforderlich ist. Im Berufungsprozess (appeal) bzw. bei Ansprüchen, die sich auf Billigkeitsrecht (equity) stützen, ist hingegen keine jury zu beteiligen (bench trial). Zu equity zählen auch Anträge auf einstweilige Verfügungen.

5. Discovery

Die discovery gehört sicherlich zu den herausragenden Besonderheiten des Common-Law-Rechtskreises. Zwar gilt auch im US-amerikanischen Zivilprozess die grundlegende Regel, dass die Parteien die für sie günstigen Tatsachen vortragen und beweisen müssen.[35] Die Beweislast wird allerdings faktisch dadurch erleichtert, dass jede Partei verpflichtet ist, der anderen Partei (Beweis-)Material zugänglich zu machen. Dies bezieht sich nicht nur auf Beweise, die den Anspruch der Gegenseite stützen, sondern auf alle Beweismittel, die zur Entdeckung von Beweisen führen können.[36] Daher wird die discovery auch kritisch als „fishing expedition" bezeichnet.[37] Die hohe Bedeutung, die der Vorbereitung des Prozesses im Common-Law-Rechtskreis beigemessen wird, ist darin begründet, dass der Prozess in einer einzigen notfalls auch Tage dauernden mündlichen Verhandlung entschieden werden soll.[38]

Die discovery kann etwa als deposition erfolgen, wobei ein Anwalt die gegnerische Partei oder einen Zeugen vernimmt. Diese außergerichtliche Vernehmung wird protokolliert oder aufgezeichnet und kann dem Zeugen in der Hauptverhandlung vorgehalten werden (impeachment of a witness). Sie kann jedoch auch eine schriftliche Befragung der anderen Partei unter Eid (interrogatory) beinhalten. Ein request for admission fordert die andere Partei auf, beispielsweise Tatsachenbehauptungen als wahr oder unwahr zu bestätigen. Die größte Bedeutung haben jedoch requests for production of documents or other physical items, zu denen auch elektronische Daten gezählt werden.

In Liebeck v. McDonald's konnte der Klägeranwalt darauf verweisen, dass der Kaffee laut Handbuch des Unternehmens eine Temperatur aufweist, bei der mit Verbrennungen dritten Grades zu rechnen ist. Zudem hatten sich bei McDonald's ca. 700 Kunden über die zu heiße Temperatur des Kaffees beschwert.

Im Mittelpunkt steht heutzutage die elektronische Kommunikation, was dazu führt, dass für die discovery elektronisch gespeicherter Informationen und für die Durchsicht von Millionen Dokumenten und E-Mails eigene Server installiert und Suchmaschinen programmiert werden müssen. Zudem werden von den Gerichten neue Regeln aufgestellt, die die

[31] Vgl. *Hay* (Fn. 16), Rn. 199.
[32] Vgl. *Ginsburg*, Legal Methods, 4. Aufl. 2014, S. 24.
[33] Stella Liebeck v. McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc. and McDonald's International, Inc., Bernalillo County, N.M. Dist. Ct., 1994, Extra LEXIS 23.
[34] Vgl. *Hay* (Fn. 16), Rn. 199; auf Auftrag der Parteien kann der Richter der jury aber auch einen Fragenkatalog vorgeben, sodass jede einzelne Frage beantwortet werden muss.
[35] Aufgrund des sog. adversary system wird das Verfahren wie im deutschen Zivilprozess durch die Handlungen der Anwälte geprägt. Vgl. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 268.
[36] Rule 26 Federal Rules of Civil Procedure.
[37] Vgl. *Hay* (Fn. 16), Rn. 74.
[38] Vgl. *Zweigert/Kötz* (Fn. 35), S. 266.

Vernichtung bzw. Löschung von Daten verhindern sollen, wenn ein Unternehmen mit einem Rechtsstreit rechnen muss.[39]

IV. Schlussbemerkungen

Wie die Ausführungen gezeigt haben, stellt das Rechtsinstrument der class action keine isolierte Besonderheit von US-amerikanischen Massenverfahren dar. Die class action ist vielmehr in Verbindung zu sehen mit den punitive damages, dem forum shopping, den contingent fees, dem jury trial und der discovery. Diese US-amerikanischen Besonderheiten erweisen sich besonders im Zusammenspiel als wirksame Instrumente der Klägerseite in Massenverfahren. Die Hoffnung – oder je nach Standpunkt – Befürchtung, dass mit der Musterfeststellungsklage nun „amerikanische Verhältnisse" einziehen werden, erscheint damit unbegründet.

[39] Vgl. *Hay* (Fn. 16), Rn. 189A.

Unveräußerliche Leitungsverantwortung des Vorstands

Von **Thomas Kischko**, LL.M., Dresden*

Der Beitrag behandelt mit der unveräußerlichen Leitungsverantwortung des Vorstands ein Thema von besonderer Bedeutung für das Kompetenzgefüge der Aktiengesellschaft (AG). Unter der übergeordneten Fragestellung der „Entäußerung von Kompetenzen" hat die rechtswissenschaftliche Debatte darüber in letzter Zeit an Fahrt aufgenommen.[1] *Bei einer sich auffächernden Meinungslandschaft zu Einzelfragen dieser Problematik sind grundsätzliche Fragen noch ungeklärt, sodass ausdrücklich zur dogmatischen Befassung damit aufgerufen wird.*[2] *Diesem Ruf möchte die folgende Abhandlung im gegebenen Rahmen nachkommen.*

I. Aufweichungstendenzen

§ 76 Abs. 1 AktG normiert mit der Anforderung, dass der Vorstand die Gesellschaft „unter eigener Verantwortung […] zu leiten" habe, ein wesentliches Merkmal der Organverfassung der AG – die exklusive Stellung des Vorstands als Leitungsorgan.[3] Im Hinblick auf die Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit des Vorstands im Verhältnis zu Aufsichtsrat und Hauptversammlung – als den beiden anderen Organen der AG – wird die Regelung des § 76 Abs. 1 AktG flankiert durch die §§ 111 Abs. 1, Abs. 4 S. 1 und 119 Abs. 2 AktG.[4] Des Weiteren bestärken die §§ 308 Abs. 1 S. 1 und 311 Abs. 1 AktG die Vorgabe, dass der Vorstand seine Leitungstätigkeit grundsätzlich frei von Weisungen Dritter auszuüben hat.[5]

Aus dieser gesetzlich vorgesehenen Autonomie des Vorstands wird der Grundsatz von der Unveräußerlichkeit seiner Leitungsmacht abgeleitet.[6] Unveräußerlichkeit meint in diesem Zusammenhang die absolute Unwirksamkeit einer unzulässigen rechtsgeschäftlichen Entäußerungshandlung.[7] Nach einer verbreiteten Ansicht folgt die Nichtigkeit dabei aufgrund eines Verstoßes gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung als Verbotsgesetz aus § 134 BGB.[8] Des Weiteren wird mit der Unveräußerlichkeit eine der Leitungsverantwortung immanente Grenze des Vorstandshandelns formuliert. Sie ist von solchen gesetzlichen Beschränkungen abzugrenzen, die sich nicht unmittelbar aus § 76 Abs. 1 AktG ableiten lassen und gleichsam „von außen" an den Vorstand herangetragen werde (wie etwa aus § 134 BGB in Verbindung mit anderen Verbotsgesetzen sowie aus den §§ 138, 242 BGB,

* Der *Autor* ist Doktorand bei Prof. em. Dr. Michael Becker an der TU Dresden sowie Juristischer Mitarbeiter bei einer Kanzlei in Dresden.

[1] Vgl. *Koch*, in: Fleischer u.a. (Hrsg.), 50 Jahre Aktiengesetz, 2016, S. 65, 92 ff.

[2] *Fleischer*, ZIP 2003, 1 (2); *Koch* (Fn. 1), S. 65, 102.

[3] *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Kommentar zum Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021 AktG § 76 Rn. 1; *Fleischer*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum Aktiengesetz, Stand: 1.2.2022, § 76 Rn. 1; *Grigoleit*, in: Grigoleit, Kommentar zum AktG, 2. Aufl. 2020, § 76 Rn. 1; *Koch*, in: Beck'scher Kurz-Kommentar zum AktG, 16. Aufl. 2022, § 76 Rn. 1; *Kort*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Großkommentar zum AktG, Bd. 4/1, 5. Aufl. 2015, § 76 Rn. 2; *Kuntz*, AG 2016, 101; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 2/1, 3. Aufl. 2019, Vor. § 76 Rn. 2; *Seibt*, in: K. Schmidt/Lutter, Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2020, § 76 Rn. 2; *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 5. Aufl. 2019, § 76 Rn. 1; Leitung der „Gesellschaft" meint dabei Leitung des Unternehmens, dessen Rechtsträger die Gesellschaft ist, vgl. *Fleischer* (a.a.O.), AktG § 76 Rn. 5; *Henze*, BB 2000, 209; *Koch* (a.a.O.), § 76 Rn. 10; *Kort* (a.a.O.), § 76 Rn. 39; *Mertens/Cahn* (a.a.O.), § 76 Rn. 6.

[4] *Fleischer*, ZIP 2003, 1 m.w.N. in Fn. 7; *Grigoleit* (Fn. 3), § 76 Rn. 1; *Mertens/Cahn* (Fn. 3), § 76 Rn. 43.

[5] Eine Ausnahme gilt im Vertragskonzern auf der Grundlage eines Beherrschungsvertrages, bei dem Weisungen des herrschenden Unternehmens gegenüber dem beherrschten Unternehmen zulässig sind und Anspruch auf Befolgung haben (§§ 18 Abs. 1 S. 1, S. 2, 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 308 AktG) sowie im Falle der Eingliederung (§ 323 Abs. 1 S. 2 AktG i.V.m. § 308 Abs. 2 S. 2 AktG), dazu etwa *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019, AktG § 308 Rn. 1, § 323 Rn. 2; *Fleischer* (Fn. 3), AktG § 76 Rn. 66, 115 f.

[6] *Dreher*, in: Festschrift für Klaus J. Hopt, 2010, S. 517, 519; *Fleischer* (Fn. 3), AktG § 76 Rn. 9; *ders*. ZIP 2003, 1 (2); *Grabolle*, Der unveräußerliche Kernbereich der Leitungsfunktion, 2015, S. 84 ff.; *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht: Zentrale Aspekte eines Konzernverfassungsrechts, 1982, S. 262; *Lutter*, in: Festschrift für Hans-Joachim Fleck, 1988, S. 169, 184; *Mertens/Cahn* (Fn. 3), § 76 Rn. 45; *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 1996, Rn. 2 ff., 21 ff.; *Turiaux/Knigge*, DB 2004, 2199 (2200); offen gelassen von BGH, Urt. v. 25.7.2017 – II ZR 235/15 Rn. 39 = ZIP 2017, 1902 (1905).

[7] Vgl. *Koch* (Fn. 1), S. 65, 96 f.; *ders*. (Fn. 3), § 76 Rn. 41a.

[8] OLG München, Beschl. v. 14.11.2012 – 7 AktG 2/12 = ZIP 2012, 2439 (2443); LG München I, Urt. v. 5.4.2012 − 5 HK O 20488/11 = NZG 2012, 1152 (1154); *Koch* (Fn. 1), S. 65, 99 f.; *Mertens/Cahn* (Fn. 3), § 76 Rn. 46; *Reichert*, ZGR 2015, 1 (19); mitunter wird darauf abgestellt, dass es dem Vorstand bereits an der notwendigen Gestaltungsmacht überhaupt, d.h. am rechtlichen „Können" fehle, siehe *Kuntz*, AG 2016, 101 (105); zu § 76 Abs. 1 AktG als ungeschriebener Grenze der schuldrechtlichen Gestaltungsmacht der Gesellschaft siehe *Lutter* (Fn. 6), S. 169, 184; zu einer einzelfallorientierten Differenzierung zwischen Nichtigkeit und schwebender Unwirksamkeit unter Rückgriff auf das Stellvertretungsrecht (schwebende Unwirksamkeit analog § 177 Abs. 1 BGB mit Genehmigungsmöglichkeit) siehe *Kuntz*, AG 2016, 101 (106 f.); zu einer Lösung über die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht ferner *Kiefner*, ZHR 178 (2014), 547 (574 ff.); ausführlich (und im Ergebnis ablehnend) zum Charakter des § 76 Abs. 1 AktG als Verbotsgesetz und einer Nichtigkeit nach § 134 BGB *v. Lüdinghausen*, Fremdeinfluss durch Zustimmungsvorbehalte, 2018, S. 218 ff.

§ 33 WpÜG, §§ 53a, 71a und 136 AktG).[9]

Dem Unveräußerlichkeitsprinzip zufolge ist es dem Vorstand als Kollegialorgan grundsätzlich nicht gestattet, Leitungsaufgaben auf einzelne Vorstandsmitglieder oder Dritte zu übertragen (Delegationsverbot)[10], die Gesellschaft außerhalb einer konzernrechtlichen Grundlage[11] Weisungen Dritter zu unterwerfen (Unterwerfungsverbot)[12] oder eine im Hinblick auf zukünftige Leitungsentscheidungen bedeutsame vertragliche Bindung gegenüber Dritten herbeizuführen (Vorwegbindungsverbot)[13].

Das Prinzip der Unveräußerlichkeit der Leitungsmacht, welches immerhin zum „gesicherten Kernbestand des Vorstandsrechts“[14] gerechnet wird, hat in der Literatur zuletzt eine weitreichende Relativierung erfahren.[15] Ist der Leitungsbegriff in dieser Gleichung bereits eine Variable schwer bestimmbaren Inhalts[16], wird nun das Attribut der Unveräußerlichkeit durch Stimmen im jüngeren Schrifttum zunehmend in Frage gestellt.[17]

So wird vertreten, den Anwendungsbereich des Vorwegbindungsverbots mit seiner absoluten Wirkung im Außenverhältnis auf einen Kernbereich der Leitung zu beschränken, im Übrigen den Maßstab des § 93 Abs. 1 AktG heranzuziehen und bei Sorgfaltspflichtverstößen allenfalls Schadensersatz im Innenverhältnis gem. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG zu gewähren.[18] Eine noch weitergehende Auffassung lehnt ein auf der Kompetenzebene des § 76 Abs. 1 AktG angesiedeltes Vorwegbindungsverbot vollständig ab und will nur § 93 AktG als Prüfungsmaßstab anwenden;[19] womit in diesem Fall kein unantastbarer Kernbereich der Leitungsmacht verbleibt.

Des Weiteren wird das Delegationsverbot in der Weise aufgeweicht[20], dass die Zulässigkeit der Delegation anstelle der Formulierung eines delegationsunfähigen Aufgabenbereichs – von ausdrücklichen gesetzlichen Pflichtzuweisungen an den Vorstand als Kollegialorgan einmal abgesehen – allein an § 93 Abs. 1 AktG bemessen werden soll.[21] Eine nach dieser Maßgabe unzulässige Delegation soll ebenfalls nur zu einer Haftung im Innenverhältnis nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG führen.[22]

Vor dem Hintergrund dieser Meinungskulisse stellen sich ganz grundsätzliche Fragen, namentlich ob, und falls ja, inwieweit die Leitungsmacht des Vorstands unveräußerlich sein soll. Bevor eine solche Diskussion geführt werden kann, ist jedoch zunächst Klarheit über die Leitungsverantwortung als Gegenstand der Unveräußerlichkeit zu gewinnen.[23] In einem nächsten Schritt wird dann zum Geltungsanspruch des Unveräußerlichkeitsprinzips Stellung bezogen.[24] Nach einem Ausblick auf die Ausprägung der Unveräußerlichkeit[25] wird das Verhältnis der Unveräußerlichkeitslehre zum Konzernrecht behandelt.[26] Der Beitrag endet mit einer Zusammen-

[9] Siehe *Koch* (Fn. 1), S. 65, 100.

[10] *Fleischer* (Fn. 3), AktG § 76 Rn. 9, 70 ff.; *ders*., ZIP 2003, 1 (2, 7 ff.); *Froesch*, DB 2009, 722 (724); *Henze*, BB 2000, 209; *Kort* (Fn. 3), § 76 Rn. 34, 49; *Mertens/Cahn* (Fn. 3), § 76 Rn. 4, 45; *Turiaux/Knigge*, DB 2004, 2199 (2200); *Stein*, ZGR 1988, 163 (168); *Spindler* (Fn. 3), § 76 Rn. 18, § 77 Rn. 63.

[11] Siehe Fn. 5.

[12] *Koch* (Fn. 3), § 76 Rn. 25; *Mertens/Cahn* (Fn. 3), § 76 Rn. 44 f.; *Seibt* (Fn. 3), § 76 Rn. 34; *Spindler* (Fn. 3), § 76 Rn. 28.

[13] OLG Brandenburg, Urt. v. 29.8.2018 – 7 U 73/17 = AG 2019, 466; *Fleischer* (Fn. 3), AktG § 76 Rn. 79 f.; *ders*., ZHR 172 (2008), 538 (558); *ders*., in: Festschrift für Eberhard Schwark, 2009, S. 137, 149 ff.; *Grigoleit* (Fn. 3), § 76 Rn. 88; *Koch* (Fn. 3), § 76 Rn. 27, 41a; *Kort* (Fn. 3), § 76 Rn. 197; *Lutter* (Fn. 6), S. 169, 184; *Otto*, NZG 2013, 930 (934 f.); *Spindler* (Fn. 3), § 76 Rn. 28; *Weber*, in: Hölters/Weber, Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2022, § 76 Rn. 16.

[14] *Fleischer* (Fn. 13), S. 137, 154.

[15] Zusammenfassend m.w.N. *Koch* (Fn. 1), S. 65, 94 ff.; *ders.* (Fn. 3), § 76 Rn. 8, 41a.

[16] Vgl. *Dauner-Lieb* (Fn. 3), AktG § 76 Rn. 6; *Fleischer* (Fn. 3), AktG § 76 Rn. 18; *ders.*, ZIP 2003, 1 (4 ff.); *Koch* (Fn. 1), S. 65, 94; *Koch* (Fn. 3), § 76 Rn. 9; *Kuntz*, AG 2020, 801 (802, 818); *Spindler* (Fn. 3), § 76 Rn. 15.

[17] Siehe *Koch* (Fn. 3), S. 65, 98 f., 101; *Linnertz*, Delegation durch Vorstand, 2020, S. 191 Fn. 567; *v. Lüdinghausen*, (Fn. 8), S. 184, 211, 230, 269; *Seibt*, in: Festschrift für Karsten Schmidt, 2009, S. 1463 ff.; *ders.* (Fn. 3), § 76 Rn. 14 f.

[18] *Fleischer* (Fn. 13), S. 137, 149 ff.; *Grigoleit* (Fn. 3), § 76 Rn. 90; *Herwig*, Leitungsautonomie und Fremdeinfluss, 2014, S. 65 ff.; *Heß*, Investorenvereinbarungen, 2014, S. 178 ff.; *Kiefner*, ZHR 178 (2014), 547 (576 ff.); *Koch* (Fn. 1), S. 65, 95 ff.; *Koch* (Fn. 3), § 76 Rn. 41a; *Kuntz*, AG 2016, 101 (107); *Paschos*, NZG 2012, 1142 (1144); *Schürnbrand/Verse*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 5. Aufl. 2019, § 182 Rn. 11; *Seibt* (Fn. 3), § 76 Rn. 15, 35; *Weber* (Fn. 13), § 76 Rn. 16c; in vergleichbarer Weise auf eine Einschränkung des „Leitungsspielraums in unvertretbarer Weise“ abstellend, die dazu führt, dass der Vorstand „seiner unternehmerischen Führungsverantwortung nicht mehr genügen kann“ *Mertens/Cahn* (Fn. 3), § 76 Rn. 53; ähnlich zudem *König*, NZG 2013, 452 (453 f.); gegen eine derartige Aufweichung *Otto*, NZG 2013, 930 (936 f.); *Spindler* (Fn. 3), § 76 Rn. 32; zur Nichtigkeit gem. § 134 BGB bei Verstoß gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung (auch ohne einen Bezug zum Kernbereich der Leitungsmacht) siehe LG München I, Urt. v. 5.4.2012 – 5 HK O 20488/11 = NZG 2012, 1152 (1154).

[19] *v. Lüdinghausen* (Fn. 8), S. 213, 221 f., 231 f., 269 f.

[20] Oder schärfer noch: dekonstruiert, siehe *Linnertz* (Fn. 17), S. 191; *Seibt* (Fn. 17), S. 1463; *ders.* (Fn. 3), § 76 Rn. 9.

[21] *Koch* (Fn. 3), § 76 Rn. 8 f.; *Linnertz* (Fn. 17), S. 190 f.; *Seibt* (Fn. 17), S. 1463, 1476 ff.; *ders.*, DB 2018, 237 (242); *ders.* (Fn. 3), § 76 Rn. 14; *Kuntz*, AG 2020, 801 (817) geht darüber noch hinaus, indem er nicht nur ein allgemeines Delegationsverbot ablehnt, sondern Delegation vielmehr immer für möglich hält und allein die Rechtsfolgen rechtswidriger Delegation dem Regime des § 93 AktG unterstellen will.

[22] *Kuntz*, AG 2020, 801 (817); *Seibt* (Fn. 17), S. 1463, 1476 ff.; vgl. zudem *Linnertz* (Fn. 17), S. 221, 237.

[23] Siehe unter II.

[24] Siehe unter III.

[25] Siehe unter IV.

[26] Siehe unter V.

fassung der wesentlichen Erkenntnisse in Thesenform.[27]

II. Begriff der Leitungsverantwortung

Wenn mit der Leitungsverantwortung eine unveräußerliche Kompetenz des Vorstands bezeichnet werden soll, kommt man um eine Bestimmung des Leitungsbegriffs nicht herum. Denn die Rechtsfolge der Unveräußerlichkeit ist mit ihrem absoluten – quasi dinglichen – Charakter eine so weitreichende, dass auf der Tatbestandsebene keine Unklarheit verbleiben darf.[28]

1. Annährungsversuche

Wie schon zuvor angedeutet, bereitet die Herausarbeitung dessen, was unter der Leitung der Gesellschaft i.S.d. § 76 Abs. 1 AktG zu verstehen sei, bisweilen Schwierigkeiten.[29] Der Umstand, dass ein Rechtsbegriff sich einer „einfachen" Definition entzieht, bedeutet jedenfalls nicht, dass er nicht in praxistauglicher Weise bestimmbar wäre.[30]

Zuzugeben ist freilich, dass es mit reiner Begriffsarbeit allein, etwa der Abgrenzung zwischen Leitung i.S.d. § 76 Abs. 1 AktG und Geschäftsführung i.S.d. § 77 Abs. 1 S. 1 AktG nicht getan ist.[31] Immerhin erlaubt die von der Semantik der Begriffe[32] getragene Feststellung, dass Leitung ein herausgehobener Bereich der Geschäftsführung sei,[33] eine erste Annährung. Maßnahmen der Leitung sind demnach solche von besonderer Bedeutung für das Unternehmen und verlangen eine Führungsentscheidung.[34] Des Weiteren können dem Gesetz selbst eine Reihe von Aufgaben entnommen werden, die dem Vorstand als Kollegialorgan zugewiesen sind.[35]

Zu einer weiteren Konkretisierung der gesetzlich nicht umschriebenen Unternehmensleitung soll ferner eine typologische Betrachtung unter Rückgriff auf Erkenntnisse der Betriebswirtschaftslehre dienen.[36] Zur Unternehmensleitung rechnen demzufolge – jeweils unter Berücksichtigung der Bedeutung für die Unternehmensentwicklung sowie in Abhängigkeit von Art und Größe des Unternehmens – Maßnahmen der Unternehmensplanung, der Strukturierung des Unternehmens, der Unternehmenskontrolle, der Überwachung von Geschäfts- und Ergebnisentwicklung sowie Geschäfte von außergewöhnlicher Bedeutung oder mit ungewöhnlich hohem Risiko und die Besetzung der oberen Führungspositionen.[37] Diese letzten Endes auf dem Modell eines kreislaufförmigen Führungsprozesses[38] aufbauende Gruppierung verringert sicherlich das Abstraktionsniveau des Leitungsbegriffes. Bis zu einer Konkretisierung, wie sie unter dem Gesichtspunkt der Unveräußerlichkeit erforderlich ist, kann diese Typologie allein jedoch nicht tragen.

2. Leitung als Letztentscheidungskompetenz über Rahmenbedingungen

Nach hier vertretener Auffassung ist es jedoch möglich, den Rechtsbegriff der Leitung aus dem Regelungszusammenhang des Aktiengesetzes heraus zu bestimmen. Ein dahingehender Versuch soll im Folgenden unternommen werden.

Ganz allgemein formuliert ist die Funktion des Vorstands

---

[27] Siehe unter VI.

[28] Dem entspricht ein allgemeines Rechtsprinzip dahingehend, dass gegenüber jedermann Geltung beanspruchende Rechtspositionen – wollen sie ihrem Absolutheitsanspruch entsprechend beachtet werden – aus Gründen der Rechtsklarheit hinreichend bestimmt bzw. bestimmbar sein müssen, vgl. zum sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz *Heinze*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2018, Einleitung zum Sachenrecht Rn. 135.

[29] Siehe die Nachweise in Fn. 16.

[30] Andernfalls müsste die Jurisprudenz an Generalklauseln mit ihren unbestimmten Rechtsbegriffen schier verzweifeln. Einen Vorschlag für Kriterien zur Abgrenzung der Leitung von der Geschäftsführung erarbeitet etwa *Grabolle* (Fn. 6), S. 79 ff.

[31] Vgl. ebenfalls *Seibt* (Fn. 17), S. 1463, 1486.

[32] Zum allgemeinen Sprachverständnis siehe ebenfalls *Kort* (Fn. 3), § 76 Rn. 29.

[33] *Fleischer* (Fn. 3), AktG § 76 Rn. 14; *Henze*, BB 2000, 209; *Koch* (Fn. 3), § 76 Rn. 8; *Kort* (Fn. 3), § 76 Rn. 29 ff.; *Mertens/Cahn* (Fn. 3), § 76 Rn. 4; gegen eine so verstandene „Teilbereichslehre" und für eine strenge Unterscheidung von Leitung und Geschäftsführung etwa *Grabolle* (Fn. 6), S. 78; *Kuntz*, AG 2020, 801 (802, 818) hält dagegen eine besondere Kategorie von „Leitung" außerhalb der regulären Geschäftsführung überhaupt für entbehrlich.

[34] Zur Leitung als Führungsfunktion des Vorstands siehe etwa *Koch* (Fn. 3), § 76 Rn. 8; *Spindler* (Fn. 3), § 76 Rn. 15; *Weber* (Fn. 13), § 76 Rn. 8.

[35] Vgl. die §§ 83, 90, 91, 92, 110 Abs. 1, 118 Abs. 2, 121 Abs. 2, 124 Abs. 3 S. 1, 170, 245 Nr. 4 AktG sowie § 15 Abs. 1 InsO; zur Einordnung dieser gesetzlichen Pflichtaufgaben als Leitungsaufgaben siehe etwa *Koch* (Fn. 3), § 76 Rn. 9; *Kort* (Fn. 3), § 76 Rn. 35; *Schiessl*, ZGR 1992, 64 (67 f.); *Spindler* (Fn. 3), § 76 Rn. 15; differenzierend unter Heranziehung einer teleologischen Betrachtungsweise *v. Lüdinghausen* (Fn. 8), S. 73.

[36] *Henze*, BB 2000, 209 (210); *Koch* (Fn. 3), § 76 Rn. 9; *Kort* (Fn. 3), § 76 Rn. 29; *Mertens/Cahn* (Fn. 3), § 76 Rn. 5; *Weber* (Fn. 13), § 76 Rn. 10; kritisch hinsichtlich der unmittelbaren „Verrechtlichung" der betriebswirtschaftlichen Erkenntnisse zur Unternehmensführung *Grabolle* (Fn. 6), S. 131 ff.

[37] Siehe *Henze*, BB 2000, 209 (210); *Koch* (Fn. 3), § 76 Rn. 9; *Kort* (Fn. 3), § 76 Rn. 35; *Spindler* (Fn. 3), § 76 Rn. 15; *Weber* (Fn. 13), § 76 Rn. 10; ähnlich auf der Grundlage eines funktionalen Ansatzes *Fleischer* (Fn. 3), AktG § 76 Rn. 18; *ders*., ZIP 2003, 1 (5 ff.); aus der betriebswirtschaftlichen Literatur vgl. etwa *Wöhe*, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 27. Aufl. 2020, S. 47 ff.; weitere Nachweise bei *Mertens/Cahn* (Fn. 3), § 76 Rn. 5 Fn. 11; ein gesetzlicher Anknüpfungspunkt für die von der Betriebswirtschaftslehre vorgenommenen Typologie findet sich zudem in § 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AktG, demnach der Vorstand dem Aufsichtsrat über „die beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung (insbesondere die Finanz-, Investitions- und Personalplanung)" zu berichten hat.

[38] Siehe *Wöhe* (Fn. 37), S. 47 f.

die Verwirklichung des Gesellschaftszweckes.[39] Anders als etwa der Geschäftsführer der GmbH[40] (vgl. §§ 37 Abs. 1, 47 GmbHG) oder der Vorstand des eingetragenen Vereins[41] (vgl. §§ 27 Abs. 3 S. 1, 665 BGB) hat der weisungsfrei agierende Vorstand der AG im Hinblick auf die ihm zugewiesene Exekutivfunktion eine „Letztentscheidungskompetenz".[42]

Wie diese Letztentscheidungszuständigkeit durch den Vorstand auszufüllen ist, verdeutlicht ein Blick auf die Schritte zur Erreichung des Gesellschaftszweckes. Unabhängig davon, in welches Verhältnis man den Gesellschaftszweck zum Unternehmensgegenstand stellt,[43] ist der Zusammenschluss mehrerer in einer AG – wie in jeder anderen Gesellschaftsform – gedanklich auf einen finalen Grund (z.B. Gewinnerzielung) zurückzuführen. Einen ersten inhaltlichen Rahmen[44] für die Umsetzung dieses Zweckes in die Tat bietet der satzungsmäßige Unternehmensgegenstand gem. § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG, den der Vorstand weder überschreiten[45] noch auf Dauer unterschreiten[46] darf.

Als Handlungsorgan der AG mit der alleinigen, originären Kompetenz zu Maßnahmen der Leitung- und Geschäftsführung nimmt der Vorstand nun eine vermittelnde Position zwischen der normativen Sphäre der Satzung und der Umsetzung des Satzungsauftrags in konkrete Handlungen ein. Ihm kommt an dieser „Schaltstelle" die Aufgabe zu, den vom Satzungsgeber vorgegebener Rahmen zur Verwirklichung des Gesellschaftszweckes weiter zu operationalisieren.

Vor dem Hintergrund einer arbeitsteiligen Wertschöpfung in Organisationen werden vom Vorstand hier nicht punktuelle Maßnahmen, sondern Zielvorgaben erwartet. Einzelne Direktiven von höchster Stelle mögen zwar begrenzte Sachverhalte verbindlich regeln können. Die Unternehmensorganisation als Ganzes lässt sich – in nachhaltiger Weise – hingegen nicht dauerhaft durch zusammenhanglose Einzelakte steuern. Die Unternehmensleitung erfordert mit Blick auf die mittel- bis langfristige Planung vielmehr ein ganzheitliches Set an aufeinander abgestimmten Maßnahmen. Der Vorstand als Leitungsorgan hat demnach durch die Formulierung von Richtlinien, Strategien und Strukturvorgaben die Voraussetzungen für Aufbau und Unterhalt einer bestandsfähigen Unternehmensorganisation zu schaffen.[47] Der Vorstand hat mit anderen Worten die Rahmenbedingungen für die wirtschaftliche Tätigkeit der AG zu gestalten.

Leitungsverantwortung bedeutet in diesem Zusammenhang daher die Letztentscheidungskompetenz des Vorstands über unternehmerische Rahmenbedingungen,[48] wobei „Letztentscheidung" nicht zeitlich, sondern normativ zu verstehen ist. Will heißen, dass das unternehmensbezogene Handeln der nachgeordneten Ebenen bzw. der Organisationsmitglieder nicht notwendigerweise im Einzelnen vom Vorstand „abgesegnet" werden muss. Es muss lediglich auf eine vom Vorstand zu entwickelnde, umfassende und kohärente Unternehmensstrategie zurückzuführen sein.[49]

Mit dem vorstehenden Verständnis von Leitung als Letztentscheidung über die wirtschaftlichen Handlungsgrundlagen des Unternehmens der AG liegt ein hinreichend bestimmter Leitungsbegriff vor, welcher der weiteren Betrachtungen zugrunde gelegt werden kann.

III. Zum Geltungsanspruch des Unveräußerlichkeitsprinzips

Ausgehend von dem zuvor gewonnenen Leitungsbegriff kann nun der Frage nachgegangen werden, ob die Leitungsmacht in ihrer so verstandenen Gestalt unveräußerlich sein soll. Diese Frage stellt sich mit Nachdruck, denn die Geltung des Unveräußerlichkeitsprinzip, früher teils apodiktisch behauptet,[50] wird zunehmend ganz grundsätzlich angezweifelt.[51]

Der Umstand, dass sich die Auseinandersetzung um die Unveräußerlichkeit bei der Delegation einerseits und der Vorwegbindung andererseits ausdifferenziert hat, steht der Annahme eines allgemeinen „Meta"-Grundsatzes der Unveräußerlichkeit jedenfalls nicht entgegen. Denn zum einen steht jeweils das Kernproblem der „Entäußerung von Kompetenzen"[52] durch den Vorstand im Raum. Und zum anderen wer-

[39] Vgl. *Kort* (Fn. 3), § 76 Rn. 29.

[40] Statt vieler *Lenz*, in: Michalski u.a., Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 37 Rn. 16.

[41] Siehe z.B. *Leuschner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 27 Rn. 37.

[42] Siehe die Nachweise in Fn. 3.

[43] Ausführlich zum Meinungsstand *Pentz*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 5. Aufl. 2019, § 23 Rn. 70 ff.

[44] Vgl. *Zetzsche*, in: Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 4/1, 3. Aufl. 2018, § 179 Rn. 271 ff.

[45] BGH, Urt. v. 25.9.2018 – II ZR 190/17 Rn. 17 = NZG 2018, 1350 (1351); *Koch* (Fn. 3), § 82 Rn. 9; *Spindler* (Fn. 3), § 82 Rn. 34; *Fleischer* (Fn. 3), AktG § 82 Rn. 29.

[46] OLG Köln, Urt. v. 15.1.2009 – 18 U 205/07 = AG 2009, 416 (417); OLG Stuttgart, Urt. v. 13.7.2005 – 20 U 1/05 = ZIP 2005, 1415 (1419); *Fleischer* (Fn. 3), AktG § 82 Rn. 31; *Koch* (Fn. 3), § 179 Rn. 9a; *Kort* (Fn. 3), § 76 Rn. 29; *Priester*, ZGR 2017, 474 (478 ff.).

[47] Vgl. *Dauner-Lieb* (Fn. 3), AktG § 76 Rn. 7; *Kort* (Fn. 3), § 76 Rn. 36a; *v. Lüdinghausen*, (Fn. 8), S. 72; 208; *Seibt* (Fn. 3), § 76 Rn. 12; *ders*., DB 2016, 1978 (1979 f.); *Spindler* (Fn. 3), § 76 Rn. 16.

[48] Die Letztentscheidungskompetenz des Vorstands in Bezug auf die unternehmerischen Handlungsgrundlagen ist abzugrenzen von der Zuständigkeit der Hauptversammlung für ebenso richtungsweisende Struktur- und Grundlagenentscheidungen, welche die Rechte der Aktionäre aus der Mitgliedschaft berühren, siehe zu diesen ungeschriebenen Hauptversammlungskompetenzen BGH, Urt. v. 25.2.1982 – II ZR 174/80 (Holzmüller) = NJW 1982, 1703 und BGH, Urt. v. 26.4.2004 – II ZR 155/02 (Gelatine I) = NJW 2004, 1860 sowie statt vieler *Kort* (Fn. 3), § 76 Rn. 31, 124 ff.

[49] Vgl. *v. Lüdinghausen* (Fn. 8), S. 72: Leitung als „Bestimmung von Richtlinien der Unternehmenspolitik", die einen „Maßstab für Umsetzungsentscheidungen auf Leitungsebene und auf unteren Unternehmensebenen bilden."

[50] So etwa *Hopt*, ZGR, 1993, 534 (538): „Die Leitungsmacht des Vorstands […] ist unabdingbar und unveräußerlich."; weitere Nachweise bei *Linnertz* (Fn. 17), S. 37 Fn. 40.

[51] Siehe die Nachweise in Fn. 17.

[52] *Koch* (Fn. 1), S. 65, 93; siehe auch *Linnertz* (Fn. 17), S. 37 f. Fn. 40.

den bei allen inhaltlichen Divergenzen zwischen den beiden Problemfeldern immer wieder wechselseitige Bezüge im Hinblick auf die dogmatische Ausformung des jeweils anderen hergestellt.[53] Nach hier vertretener Auffassung führt daher ein einheitlicher Leitungsbegriff zu einer einheitlich zu beurteilenden Unveräußerlichkeit. Dass die Unveräußerlichkeit bei der Delegation und bei der Vorwegbindung unterschiedlich ausgeprägt sein kann, steht dem nicht entgegen.

1. Begründungsbedürftigkeit

Das Unveräußerlichkeitsprinzip in seiner überkommenen Gestalt ist eine Schöpfung der Rechtswissenschaft.[54] Dem Wortlaut des § 76 Abs. 1 AktG, der anordnet, dass der Vorstand die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten habe, kann zwar entnommen werden, dass die Leitung dem Vorstand als Pflichtrecht[55] zugewiesen ist, dem er sich nicht entziehen darf. Über eine wie auch immer ausgeprägte Unveräußerlichkeit der Leitungsmacht des Vorstands schweigen hingegen Gesetz und Gesetzesmaterialien[56]. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat es zudem jüngst offengelassen, ob § 76 Abs. 1 AktG der Grundsatz der Unveräußerlichkeit der Leitungsmacht zu entnehmen ist.[57]

Lässt sich das Unveräußerlichkeitsprinzip nicht unmittelbar aus dem Aktiengesetz selbst ableiten, so steht und fällt es mit den Gründen, die dafür in Feld geführt werden können. Die Begründungsbedürftigkeit wird außerdem durch die weitreichenden Rechtswirkungen, welche die Annahme einer unveräußerlichen Leitungsverantwortung mit sich bringt, unterstrichen. Der Begründungsaufwand für ein Festhalten am Unveräußerlichkeitsprinzip hat sich im Übrigen insofern erhöht, als dass mittlerweile beträchtliche Einwände formuliert worden sind. Die gegen eine Unveräußerlichkeit der Leitungsmacht im gegenständlichen Sinne vorgebrachten Argumente betreffen dabei sowohl die Tatbestands- als auch die Rechtsfolgenseite. Im Weiteren sind nun die auf der jeweiligen Problemebene widerstreitenden Konzepte argumentativ gegeneinander abzuwägen.

2. Prinzip vs. offener Maßstab auf Tatbestandsebene

Bei der Beantwortung der Frage, ob eine Maßnahme des Vorstands seiner unveräußerlichen Leitungsverantwortung anheimfällt, wird einerseits eine an § 76 Abs. 1 AktG anknüpfende prinzipienorientierte Lösung vertreten.[58] Andererseits wird auf einen i.R.d. § 93 Abs. 1 AktG zu verortenden offenen Maßstab abstellt.[59]

Es treffen hier zwei juristische Denkarten aufeinander. Dies ist einerseits eine dogmatische, nach Systembildung strebende Herangehensweise, welche den Rechtsstoff an Prinzipien ausrichtet und andererseits die Fokussierung auf die von der Praxis aufgeworfene Frage des Einzelfalls[60]. Etwas höher gegriffen kann man sagen, dass sich hier der dem positiven Recht a priori innewohnende Zielkonflikt zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit widerspiegelt.

Verfährt man dogmatisch und errichtet über den geschriebenen Rechtssätzen ein ganzheitliches System von Prinzipien unterschiedlichen Abstraktionsgrades, so führt dies zu einer stärkeren Bindung rechtlicher Argumentation an diesen vorgegebenen Rahmen. Die Vorhersehbarkeit darauf gründender Entscheidungen führt zu einem Mehr an Rechtssicherheit.

Will man dagegen den Einzelfall besonders würdigen, wird man den Weg über Generalklauseln, wie es § 93 Abs. 1 S. 1 AktG eine ist,[61] dem durch Grundsätze mit „absolutem Charakter“[62] dogmatisch vorgefertigten Pfad vorziehen. Zwar kann den Belangen der Praxis auch unter der Herrschaft eines Rechtsprinzips Geltung verschafft werden, wenn man nur entsprechende Ausnahmetatbestände hinzufügt.[63] Da Prinzipien eine Regel-Ausnahme-Struktur zugrunde liegt, ist die Annahme einer vom Normalfall abweichenden Ausnahme jedoch im besonderen Maße begründungsbedürftig. Von dieser Begründungslast wird man dann frei, wenn man einen Grundsatz an sich „dekonstruiert“ und an seine Stelle einen offenen Maßstab auf der Grundlage eines Kriterienkataloges stellt.[64] Die damit erlangte Flexibilität bei der Rechtsanwendung verheißt Einzelfallgerechtigkeit. Insbesondere könnten etwa bei vertraglichen Bindungen der AG Gegenleistungen an die Gesellschaft[65] sowie sich ihr eröffnende Geschäftschancen[66] berücksichtigt werden. Zudem erfordern, so wird angeführt, komplexe, von Unsicherheit geprägte Bedingungen des Handelns flexiblere Prüfungsmaßstäbe bei der Um-

[53] Vgl. *Fleischer* (Fn. 13), S. 137, 154; *Koch* (Fn. 1), S. 65, 93 f., 101; *Linnertz* (Fn. 17), S. 191 Fn. 567.

[54] Siehe die Nachweise in Fn. 6 sowie zur älteren Kommentarliteratur *Linnertz* (Fn. 17), S. 37 Fn. 40; beachte allerdings aus konzernrechtlicher Perspektive bereits RG, Urt. v. 19.2. 1881 – I 872/80 (Rumänische Eisenbahn) = RGZ 3, 12 (132) zur mit dem Wesen der Aktiengesellschaft unvereinbaren „Selbstentmündigung“ der Gesellschaft durch die Übertragung der dem Vorstand eigenen Exekutivbefugnisse auf gesellschaftsfremde Dritte. Zu jener der Unveräußerlichkeit vorgelagerten Unterscheidung zwischen Leitung und Geschäftsführung als akademischer Schöpfung siehe *Kuntz*, AG 2020, 801 (818); *Linnertz* (Fn. 17), S. 59 ff., 105, 169 ff.

[55] *Fleischer* (Fn. 3), AktG § 76 Rn. 10; *ders.*, ZIP 2003, 1 (2); *Kuntz*, AG 2020, 801 (803); *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, 2002, S. 9; *Seibt* (Fn. 3), § 76 Rn. 9; *Spindler* (Fn. 3), § 76 Rn. 14.

[56] Vgl. Amtl. Begr. zu §§ 70, 71 AktG 1937, abgedruckt in: *Klausing*, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (AktG), 1937, S. 58 f. sowie zum AktG 1965 Begr. RegE, BT-Drs. 4/171, S. 121.

[57] BGH, Urt. v. 25.7.2017 – II ZR 235/15 Rn. 39 = ZIP 2017, 1902 (1905).

[58] Vgl. *Fleischer* (Fn. 13), S. 137, 154.

[59] Vgl. *Koch* (Fn. 1), S. 65, 96; *Linnertz* (Fn. 17), S. 190 f., 204 ff.; *Seibt* (Fn. 17), S. 1463 ff.; *ders.* (Fn. 3), § 76 Rn. 14.

[60] Siehe etwa *Seibt* (Fn. 3), § 76 Rn. 14.

[61] *Koch* (Fn. 3), § 93 Rn. 5.

[62] *Koch* (Fn. 1), S. 65, 96.

[63] Vgl. *Fleischer* (Fn. 13), S. 137, 154.

[64] Siehe *Seibt*, DB 2018, 237 (242).

[65] Vgl. *Koch* (Fn. 1), S. 65, 97; *Seibt* (Fn. 3), § 76 Rn. 36.

[66] *v. Lüdinghausen* (Fn. 8), S. 194, 213; *Paschos*, NZG 2012, 1142 (1144).

schreibung des delegationsfähigen Aufgabenkreises.[67] Im Rahmen eines offenen Prüfungsmaßstabes lassen sich zudem – auf lediglich methodisch abweichendem Weg – die gleichen Ergebnisse erzielen, wie man sie unter der Geltung eines Prinzips erreichen kann.[68]

Der Preis der so gewonnenen Beurteilungsfreiheit ist jedoch eine gewisse Unvorhersehbarkeit – oder mehr noch Beliebigkeit – von Entscheidungen und eine damit einhergehende Rechtsunsicherheit.[69] Des Weiteren darf nicht übersehen werden, dass der Rückgriff auf einen offenen Maßstab zur Einordnung einer Maßnahme als Leitungsaufgabe ebenso prozessuale Auswirkungen nach sich zieht. Denn aufgrund des komplexen Zusammenspiels mehrerer Faktoren im Rahmen des offenen Maßstabs wird die Darlegungs- und Beweislast faktisch zuungunsten desjenigen erhöht, der die Entäußerung einer Kompetenz durch den Vorstand geltend macht. Aus Sicht der Prozessökonomie lässt eine umfassende Einzelfallprüfung vor dem Hintergrund eines kaum richtungsgebenden Kriterienkataloges zudem aufwendige und langwierige Verfahren erwarten.[70]

Es ist fraglich, ob diese Flexibilisierung des rechtlichen Maßstabes aufgrund volatiler Umweltbedingungen für Unternehmen tatsächlich notwendig ist und ob ihre Nachteile, etwa durch die ermöglichte Berücksichtigung von Gegenleistungen und eröffneten Geschäftschancen, aufgewogen werden. Zuzugestehen ist jedenfalls, dass ein Unternehmen „in Zeiten der hohen Unsicherheit, Komplexität und Disruption“[71] eine diesen Bedingungen angepasste, die äußere Vielgestaltigkeit im inneren Aufbau und in Entscheidungsprozessen widerspiegelnde Unternehmensstruktur aufweisen muss, um erfolgreich bestehen zu können.

Aus solchen Erfordernissen der Betriebswirtschaft lässt sich allerdings nicht zwingend der Schluss ziehen, dass rechtliche Prüfungsmaßstäbe ebenfalls zu „verflüssigen“ sind.

Sicher darf das Recht, insbesondere das Wirtschaftsrecht, an der Unternehmenswirklichkeit nicht unberührt vorbeigehen. Zu beachten ist jedoch, dass das Recht, vor allem im Angesicht komplexer Lebenssachverhalte, Komplexität reduzieren muss, um verbindliche und gleichförmige Entscheidungen zu ermöglichen. Dies geschieht vordergründig durch die Formulierung von Tatbeständen, die aus der mannigfaltigen Lebenswelt jeweils wenige rechtserhebliche Umstände in Tatbestandsmerkmalen zusammenfassen, deren Vorliegen eine bestimmte Rechtsfolge auslösen soll.

Wenn man aber nun bereits auf Tatbestandsebene einen auf vielerlei Kriterien gestützten Prüfungsmaßstab anwenden will, um etwa die Zulässigkeit einer Delegation durch den Vorstand an sich zu beurteilen, erhöht man die „innerrechtliche“ Komplexität auf ein Maß, dass der Orientierungsfunktion des Rechts an dieser Stelle abträglich ist.[72] Gerade, wenn es um die Frage geht, ob sich der Vorstand im Einzelfall einer Kompetenz entäußern darf, braucht es eine belastbarere Formel, die dem Vorstand und anderen Beteiligten Rechtssicherheit bietet.[73] Unterhalb der Schwelle der Leitungsverantwortung ist die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Delegation und Selbstbindung zweifelsohne an § 93 Abs. 1 AktG und damit an einem offenen Maßstab zu messen. Die Konturierung der unveräußerlichen Leitungsmacht selbst sollte hingegen auf einem dogmatisch gefestigteren Grund beruhen.[74]

Die ermöglichte Berücksichtigung von Gegenleistungen und Geschäftschancen reicht nach hier vertretener Auffassung ebenfalls nicht hin, um ein Abrücken von einem prinzipienorientierten Ansatz zu rechtfertigen.

Wieder ist nichts dagegen einzuwenden, dass Belange der Praxis, wie sie etwa in einer Vielzahl von Vertragsgestaltungen zum Ausdruck kommen,[75] rechtlich berücksichtigt werden. Die Praxis zu berücksichtigen, heißt jedoch nicht, sie zum Imperativ für rechtsmethodische Fragen zu erheben. Sicher dienen einzelnen Regelungen im Zusammenhang mit Investorenvereinbarungen gerade dem Schutz der Leitungsautonomie der Zielgesellschaft[76], sodass derartige „Gegenleistungen“ bei einer Beurteilung der gesamten Abrede zu würdigen sind. Um die rechtliche Bewertung des Rechtsgeschäfts der Gesellschaft mit einem Großaktionär oder einen Fremdkapitalgeber an sich geht es hier jedoch nicht. Vielmehr geht es darum, eine mit § 76 Abs. 1 AktG gegebene zwingende Kompetenzzuweisung an den Vorstand zu konkretisieren. Die Bestimmung der unveräußerlichen Leitungskompetenz ist dabei eine Fragestellung, die aus dem Aktienrecht selbst zu beantworten ist.

Die Kompetenzentäußerung mit einer Gegenleistung oder Geschäftschancen aufzuwiegen, hieße dagegen, die Kompetenz zu kommerzialisieren. Unklar und der Beliebigkeit anheimgestellt bliebe dann freilich die Abwägung, in welchem

[67] *Seibt* (Fn. 3), § 76 Rn. 14; *ders*., DB 2018, 237 (242).

[68] Nach *Linnertz* (Fn. 17), S. 191, lässt sich ein absolutes Delegationsverbot gleichsam mit § 93 AktG abbilden.

[69] So mit Bezug zum Vorwegbindungsverbot *Otto*, NZG 2013, 930 (936); zu Chancen und Gefahren eines offenen Maßstabs siehe ebenfalls *Kischko*, ZJS 2017, 396 (404), hier zu § 138 BGB.

[70] *Otto*, NZG 2013, 930 (936).

[71] *Seibt* (Fn. 3), § 76 Rn. 14.

[72] Vgl. aus Sicht des Vorstands, der die Delegationsfähigkeit zu beurteilen hat *Grabolle* (Fn. 6), S. 97. Ein grundlegendes Problem von Kriterienkatalogen ist, dass sie nur zum Schein zu einer Konkretisierung von Tatbestandsmerkmalen beitragen. Denn die Gewichtung der einzelnen Kriterien im Rahmen der Abwägung steht im Belieben des Rechtsanwenders, sodass im Grund jedes Ergebnis „aggregierbar“ ist.

[73] In diesem Sinne ebenfalls *Fleischer*, ZIP 2003, 1 (2).

[74] Im Übrigen geben jedenfalls jene Stimmen in der Literatur, welche die Unveräußerlichkeit bei der Vorwegbindung auf einen Kernbereich der Leitungsmacht beschränken wollen, den Unveräußerlichkeitsgrundsatz bei aller Kritik an sich nicht auf. Ist demnach dieser in seinen Grenzen noch unbestimmte Kernbereich betroffen, wie etwa bei Bindungen, die einem Unternehmensvertrag gleichkommen, sollen Abreden gem. § 76 Abs. 1 AktG unzulässig und nach § 134 BGB nichtig sein, siehe *Koch* (Fn. 1), S. 65, 99 f.; *ders.* (Fn. 3), § 76 Rn. 41a; *Seibt* (Fn. 3), § 76 Rn. 15.

[75] Siehe *Seibt* (Fn. 3), § 76 Rn. 36 mit Beispielen für vertragliche Einzelgestaltungen.

[76] Vgl. *Seibt* (Fn. 3), § 76 Rn. 36.

Umfang welcher Kompetenzverlust durch welche Gegenleistung aufgewogen wird. Insgesamt begibt man sich mit der Heraufbeschwörung eines solchen Synallagmas auf eine schiefe Ebene, die in ihrer Konsequenz zu einer Mediatisierung der Leitungsverantwortung des Vorstands führt und eine gesetzlich indisponible Kompetenz über Umwege doch zur Disposition stellt.

Aus den genannten Gründen verdient eine dogmatische, prinzipienorientierte Herangehensweise den Vorzug vor einer Einzelfallanalyse mittels eines offenen Maßstabes. Den Belangen der Unternehmenspraxis kann durch eine Anpassung des Unveräußerlichkeitsprinzips, etwa über die Justierung des Leitungsbegriffes[77] oder der Reichweite der Unveräußerlichkeit, ohne eine vergleichbare Einbuße an Rechtssicherheit Rechnung getragen werden.

3. Unwirksamkeit vs. haftungsrechtliche Sanktionierung auf Rechtsfolgenseite

Die beim Prüfungsmaßstab auf Tatbestandsebene beginnende Relativierung des Unveräußerlichkeitsgrundsatzes in der aktienrechtlichen Literatur setzt sich auf der Rechtsfolgenseite fort. Unzulässige Entäußerungshandlungen sollen neueren Ansichten nach nicht mehr absolut unwirksam sein, sondern stattdessen einer haftungsrechtlichen Sanktionierung im Innenverhältnis nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG unterliegen.[78]

Für die schadensersatzrechtliche Lösung im Innenverhältnis und gegen eine Nichtigkeit im Außenverhältnis wird ins Feld geführt, dass es sich bei § 76 Abs.1 AktG um eine Binnenrechtsnorm der AG handele und dass das Durschlagen von Kompetenzverletzungen auf das Außenverhältnis gegenüber Dritten der nach § 82 Abs. 1 AktG unbeschränkbaren Vertretungsmacht des Vorstands zuwiderlaufe.[79] Allgemeine Grenzen privatrechtlicher Gestaltungsmacht, wie sie etwa mit § 138 BGB oder den Grundsätzen vom Missbrauch der Vertretungsmacht bestehen, seien ausreichend.[80] Problematisch soll insbesondere sein, dass eine gegenständliche Unveräußerlichkeit der Leitungsmacht des Vorstands die rechtsgeschäftliche Gestaltungsmacht der Gesellschaft einschränken würde.[81]

a) Schadensrechtliche Rückabwicklung unzulässiger Entäußerungsakte

Zunächst ist festzuhalten, dass man – auf rechtskonstruktiv anderem Wege – über den Schadensersatz nach § 93 Abs. 2 AktG ebenfalls zu einer Beseitigung unzulässiger Entäußerungsakte gelangen kann.

Da die Rechtsfolge beim Schadensersatz zunächst die Naturalrestitution nach § 249 Abs. 1 BGB ist, könnte man darauf gestützt eine Rückabwicklung der Entäußerungshandlung verlangen.[82] Im Unterschied zur absoluten Unwirksamkeit ipso iure, gleich auf welchen Nichtigkeitsgrund man diese stützt,[83] muss Schadensersatz – vorliegend gem. § 112 S. 1 AktG durch den Aufsichtsrat – überhaupt erst geltend gemacht werden.

Betrachtet man die bereits zuvor dargestellte schwierige prozessuale Ausgangslage, die bei Heranziehung des Sorgfaltsmaßstabs des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG auf Tatbestandsebene für denjenigen besteht, der eine Kompetenzentäußerung angreifen will, so dürfte der schadensersatzrechtliche Weg bereits faktisch zu einer weitgehenden Entäußerbarkeit vormals unveräußerlicher Leitungsverantwortung führen. Selbst wenn man also eine Entäußerung, sei es durch „Rückdelegation" oder die Aufhebung einer vertraglichen Vorwegbindung ebenfalls schadensrechtlich rückabwickeln kann, verbleiben qualitative Unterschiede beider Lösungswege.

b) Binnenrechtsargument

Sofern die Natur des § 76 Abs. 1 AktG als Binnenrechtsnorm betont wird, soll – wie bereits erwähnt – das Problem der unzulässigen Entäußerung von Leitungsverantwortung in das Innenverhältnis verlagert werden. Das Außenverhältnis bliebe dann im Einklang mit § 82 Abs. 1 AktG von Kompetenzstreitigkeiten unbelastet, eine schuldrechtliche Bindung unberührt.[84]

Das Binnenrechtsargument übergeht dabei allerdings, dass ein Eingriff in das vom Aktiengesetz vorgesehene Kompetenzgefüge gerade kein Fall der im Innenverhältnis ggf. beschränkten, aus Gründen des Verkehrsschutzes jedoch gesetzlich fixierten, im Außenverhältnis unbeschränkbaren Vertretungsmacht des Vorstands ist.[85] Wie § 82 Abs. 2 AktG zu entnehmen ist, sind als im Innenverhältnis verpflichtend, für das Außenverhältnis gem. § 82 Abs. 1 AktG aber als unbeachtlich anzusehen, solche Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis, die „im Rahmen der Vorschriften über die Aktiengesellschaft die Satzung, der Aufsichtsrat, die Hauptversammlung und die Geschäftsordnungen des Vorstands und des Aufsichtsrats für die Geschäftsführungsbefugnis getroffen haben." Plakativ am Wortlaut des § 82 Abs. 2 AktG anknüpfend kann man sagen, dass Eingriffe in die Organisati-

[77] Vgl. *Koch* (Fn. 1), S. 65, 97.

[78] *Koch* (Fn. 1), S. 65, 99 ff.; *Linnertz* (Fn. 17), S. 221, 237, 297; *Seibt* (Fn. 17), S. 1463, 1476 ff.; *ders.* (Fn. 3), § 76 Rn. 14 f.; differenzierend zwischen haftungsrechtlicher Lösung bei der Delegation und Beschränkung der Gestaltungsmacht bei Eingriffen in die Kompetenzen anderer Organe in Fällen der Selbstbindung *Kuntz*, AG 2020, 801 (817).

[79] *Herwig* (Fn. 18), S. 73 f.; *Koch* (Fn. 1), S. 65, 99; *v. Lüdinghausen* (Fn. 8), S. 210 ff., 221 f.; *Mülbert*, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 1996, S. 283 f.

[80] Vgl. *Kiefner*, ZHR 178 (2014), 547 (574 ff.); *Koch* (Fn. 1), S. 65, 99; *Herwig* (Fn. 18), S. 157 ff.

[81] *v. Lüdinghausen* (Fn. 8), S. 184, 196, 208 ff., 221 f.

[82] Siehe etwa *Linnertz* (Fn. 17), S. 221: „Pflicht zur Rückdelegation".

[83] Zu den verschiedenen Begründungsansätzen siehe die Nachweise in Fn. 8.

[84] Siehe die Nachweise in Fn. 79.

[85] Siehe *Fleischer* (Fn. 3), AktG § 82 Rn. 8; *Habersack*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Großkommentar zum AktG, Bd. 4/1, 5. Aufl. 2015, § 82 Rn. 7; *Koch* (Fn. 3), § 82 Rn. 4; *Kuntz*, AG 2016, 101 (107); *ders*., AG 2020, 801 (817); *Reichert*, ZGR 2015, 1 (18); *Seibt* (Fn. 3), § 82 Rn. 4; *Spindler* (Fn. 3), § 82 Rn. 12.

onsverfassung durch die Entäußerung von Kompetenzen aus dem „Rahmen der Vorschriften über die Aktiengesellschaft" herausfallen. Sie berühren die zwingende aktienrechtliche Kompetenzzuweisung und stehen damit außerhalb des Anwendungsbereichs einer Norm, welche (lediglich) die Vertretungsmacht des Vorstands regelt.[86]

Des Weiteren gelten indisponible Kompetenznormen, wie etwa § 76 Abs. 1 AktG, unterschiedslos für jede AG. Der Rechtsverkehr sieht sich hier keinen internen, für ihn nicht unmittelbar erkennbaren Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis gegenüber, sondern Regelungen, die von jedermann dem Aktiengesetz selbst entnommen werden können. Vor diesem Hintergrund kann § 82 Abs. 1 AktG die Wirksamkeit unzulässiger Entäußerungshandlungen im Außenverhältnis nicht „retten" – es gibt keinen Vertrauensschutz nach § 82 Abs. 1 AktG gegen das Aktiengesetz selbst.[87] Dem Vorstand fehlt im Ergebnis schlicht die Rechtsmacht, das rechtliche „Können" (und damit die Vertretungsmacht), sich seiner Kompetenzen entgegen zwingenden Aktienrechts zu entäußern.[88]

Letzten Endes ist der Verweis auf § 76 Abs. 1 AktG als Binnenrechtsnorm nicht geeignet, dem Unveräußerlichkeitsgrundsatz seine Geltung zu versagen.

c) Einschränkung der Gestaltungsmacht der Gesellschaft?

Gegen die Unveräußerlichkeit der Leitungsmacht des Vorstands wird ferner angeführt, dass dadurch die rechtsgeschäftliche Gestaltungsmacht der Gesellschaft in ungerechtfertigter Weise einschränken würde.[89] Zutreffend ist in diesem Zusammenhang, dass die absolute Unwirksamkeit eines Kreises von Rechtsgeschäften, die der Vorstand als Vertretungsorgan für die AG vorzunehmen gedenkt, dazu führen würde, dass die rechtliche Gestaltungsmacht der Gesellschaft im gleichen Umfang eingeschränkt wäre.

Dass der Vorstand sich seiner Leitungsverantwortung nicht selbst entäußern darf, heißt jedoch nicht zugleich, dass sich die Gesellschaft nicht weitgehenden, die Leitungsautonomie des eigenen Vorstands einschränkenden Bindungen unterwerfen darf. Wenn schon die Unterwerfung unter die Weisungen eines herrschenden Unternehmens in Ansehung der §§ 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 308 AktG konzernrechtlich zulässig ist, dann kann eine niederschwelligere Bindung nicht grundsätzlich ausgeschlossen sein. Das Problem der Entäußerung von Kompetenzen durch den Vorstand ist daher weniger eines der materiellen Unveräußerlichkeit an sich, sondern mehr noch ein solches der verfahrensmäßigen Legitimation der Entäußerung. Dem Vorstand fehlt eben nach der Organverfassung der AG die Kompetenz-Kompetenz, sich seiner Leitungsmacht selbst begeben, [90] wohingegen die Hauptversammlung sehr wohl einer Beherrschung durch Dritte zustimmen kann (siehe § 293 AktG).

Durch die Unveräußerlichkeit der Leitungsverantwortung wird demnach die Gestaltungsmacht der Gesellschaft nicht weiter eingeschränkt als dies durch allgemeine privatrechtliche Grenzziehungen, wie etwa nach den §§ 134, 138 und 242 BGB, sowie durch zwingendes Aktienrecht bereits getan wird. Damit greift diese Einwendung gegen das Unveräußerlichkeitsprinzip ebenfalls nicht durch.

4. Sicherung der korporativen Gewaltenteilung als Geltungsgrund des Unveräußerlichkeitsprinzips

Da der Vorstand sich nicht kraft eigener Machtfülle seiner Leitungsverantwortung entledigen kann,[91] bedarf er dazu einer Mitwirkung der Hauptversammlung. Leitungsmacht, die dazu aufgewandt werden könnte, sich selbst aufzuheben wäre zudem ein Paradoxon und im auf „Checks and Balances" ausgerichteten Kompetenzgefüge der AG[92] ein Fremdkörper. Ein ausdrücklich geregelter Fall der notwendigen Beteiligung der Hauptversammlung ist das unternehmensvertragliche Zustimmungserfordernis des § 293 Abs. 1 S. 1 AktG. Dass die Entäußerung von Leitungsmacht darüber hinaus ebenfalls eine in die Zuständigkeit der Hauptversammlung fallende Struktur- und Grundlagenentscheidung darstellt, ergibt sich aus den folgenden Überlegungen:

Mit der Übertragung von Leitungsbefugnissen auf einen gesellschaftsfremden Dritten findet eine Kompetenzentäußerung zu einer Stelle hin statt, die der aktienrechtlichen Organisationsverfassung enthoben ist.[93] So wird zunächst die Legitimationskette, nach der die personelle Zusammensetzung des Vorstands letztendlich auf die Hauptversammlung zurückführbar ist, unterbrochen. Denn der vom Aufsichtsrat, dessen Mitglieder ihrerseits von der Hauptversammlung gewählt werden,[94] bestellte Vorstand[95] übt nicht mehr die ungeteilte Leitungsmacht aus. Vielmehr wird einem Dritten, auf den die Hauptversammlung selbst keinen Einfluss ausüben kann, ein Splitter der Leitungskompetenz zuteil. Außerdem ist der in Folge der Entäußerung der Leitungsverantwortung außerhalb der AG stehende „Kompetenzträger" der Überwachung, welche dem Aufsichtsrat gem. § 111 Abs. 1 AktG über die Geschäftsführung des Vorstands obliegt, entzogen. Des Weiteren laufen die Mitwirkungs- und Verwaltungsrechte der Aktionäre[96] leer, da diese nur innerhalb der AG Geltung

[86] Vgl. *Habersack* (Fn. 85), § 82 Rn. 7; *Kuntz*, AG 2016, 101 (107 f.); *ders*., AG 2020, 801 (817); *Seibt* (Fn. 3), § 82 Rn. 4.
[87] Vgl. *Fleischer* (Fn. 3), AktG § 82 Rn. 8; *Kuntz*, AG 2016, 101 (107); *ders*., AG 2020, 801 (817); *Reichert*, ZGR 2015, 1 (19).
[88] *Kuntz*, AG 2016, 101 (105, 108).
[89] *v. Lüdinghausen* (Fn. 8), S. 184, 196, 208 ff., 221 f.; *Mertens/Cahn* (Fn. 3), § 76 Rn. 53.
[90] *v. Lüdinghausen* (Fn. 8), S. 230.
[91] Siehe *Kuntz*, AG 2016, 101 (105, 108); *v. Lüdinghausen* (Fn. 8), S. 230.
[92] Vgl. *Kort* (Fn. 3), Vor. § 76 Rn. 2; *Mertens/Cahn* (Fn. 3), § 76 Rn. 1 ff.; *Spindler* (Fn. 3), Vor. § 76 Rn. 1 ff., 47 ff.
[93] Vgl. *Kuntz*, AG 2016, 101 (105); *Spindler* (Fn. 3), § 76 Rn. 32.
[94] Siehe §§ 30 Abs. 1 S. 1, 101 Abs. 1 S. 1, 119 Abs. 1 Nr. 1 AktG.
[95] Siehe §§ 30 Abs. 4, 84 Abs. 1 S. 1 AktG.
[96] Hervorzuheben sind hier das Stimmrecht nach den §§ 12, 134 AktG sowie das Auskunftsrecht gem. § 131 AktG.

beanspruchen können.[97]

Eine reine Sanktionierung im Innenverhältnis der AG ist in Ansehung dieser mit der Entäußerung von Leitungsmacht verbundenen Mediatisierungseffekte hinsichtlich der Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten der Aktionäre nicht ausreichend. Die genannten Gründe rechtfertigen es vielmehr, der Hauptversammlung eine Entscheidung über die Kompetenzentäußerung mit Wirkung für das Außenverhältnis vorzubehalten. Damit ist zwar eine Abweichung von der in der „Holzmüller"[98]- und „Gelatine"[99]-Rechtsprechung des BGH zu ungeschriebenen Hauptversammlungskompetenzen bei Struktur- und Grundlagenentscheidungen entwickelten Konzeption einer Innenwirkung verbunden. Dies ist jedoch insofern gerechtfertigt, als dass die Entäußerung von Leitungsmacht vor dem Hintergrund des damit verbundenen Eingriffs in das Kompetenzgefüge eben nicht lediglich eine (weitreichende) Maßnahme der Geschäftsführung ist.

Geltungsgrund des Unveräußerlichkeitsprinzips ist nach dem Gesagten die Sicherung der korporativen Gewaltenteilung der AG. Zu seiner rechtskonstruktiven Verwirklichung bietet es sich an, die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht heranzuziehen. Entäußerungshandlungen des Vorstands ohne vorige Zustimmung der Hauptversammlung sind dann in entsprechender Anwendung des § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam, aber durch Beschluss der Hauptversammlung genehmigungsfähig.[100] Liegt ein Beschluss der Hauptversammlung über die Entäußerung vor, ist zudem die Rechtskontrollmöglichkeit des Beschlussmängelrechts nach den §§ 241 ff. AktG eröffnet. Damit werden die Rechte insbesondere der Minderheitsaktionäre im Hinblick auf die Entäußerungsproblematik zusätzlich gestärkt.

Sofern eine Vertragsgestaltung einen über die Entäußerung eines Teils der Leitungsmacht hinausgehenden Eingriff in das Organgefüge darstellt, weil sie etwa Kompetenzen anderer Organe beeinträchtig, kann die Abrede freilich weder zur Disposition des Vorstands noch der Hauptversammlung stehen. Sie ist in diesem Fall wegen des Verstoßes gegen zwingendes Aktienrecht vielmehr (unheilbar) nichtig.[101]

5. Zwischenergebnis

Trotz aller vorgebrachten Einwände beansprucht der Grundsatz der Unveräußerlichkeit der Leitungsverantwortung nach wie vor Geltung. Sein Sinn und Zweck besteht letzten Endes in der Sicherung der korporativen Gewaltenteilung der AG durch die verfahrensmäßige Legitimation der Entscheidung über die Entäußerung von Leitungskompetenzen.

IV. Zur Ausprägung der Unveräußerlichkeit

Ausgehend von dem zuvor entwickelten Leitungsbegriff[102] und dem Telos des Unveräußerlichkeitsprinzips soll nun ein allgemeiner Ausblick zur Ausprägung der unveräußerlichen Leitungsmacht unternommen werden.

Da unter Leitung i.S.d. § 76 Abs. 1 AktG die Letztentscheidungsbefugnis des Vorstands über die unternehmerischen Rahmenbedingungen der AG zu verstehen ist, so muss die Leitungsmacht als entäußert gelten, wenn ein Dritter statt dem Vorstand die Möglichkeit letztverbindlicher Einflussnahme gewinnt. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Dritte kraft schuldrechtlicher Bindungen direkten organisatorischen Einfluss „von innen her" auf die Unternehmensstruktur, die strategische Unternehmensplanung oder die Besetzung von Führungspositionen nehmen kann.[103] Erst recht ist die unveräußerliche Leitungsmacht bei Abreden betroffen, die in ihrer Bindungswirkung einem Unternehmensvertrag gleichkommen.[104]

Von diesen unmittelbar die Leitungsmacht des Vorstands beeinträchtigenden Gestaltungen abgesehen, stellt sich die Frage, wie indirekt wirkende Umstände, wie etwa langfristige vertragliche Bindungen, zu beurteilen sind.

Hierbei ist zu sehen, dass vertragliche Bindungen den Handlungsspielraum der Beteiligten bereits insofern verringern, als dass sie klagbare Rechte des Vertragspartners begründen (pacta sunt servanda). Sie führen außerdem zu einer gewissen Abhängigkeit vom Vertragspartner – man kalkuliert mit seinen versprochenen Leistungen oder seiner Liquidität – und eröffnen diesem die Möglichkeit, auf die eigene Rechts- und Interessensphäre einzuwirken. Eine Begrenzung der Autonomie von Vorstand und Gesellschaft durch äußere Faktoren dieser Art lässt sich bei einem werbenden Unternehmen bis zu einem gewissen Grad kaum vermeiden. Privatautonome Selbstbindung ist unter marktwirtschaftlichen Bedingungen eben der Preis für benötigte Gegenleistungen.[105] Ein dahingehender dogmatischer Begründungsansatz, dass schuldvertragliche Dauerbindungen die Letztentscheidungskompetenz des Vorstands allenfalls faktisch von der „außerkorporativen Sphäre" her berühren und daher mit § 76 Abs. 1 AktG vereinbar seien[106], überzeugt allerdings nicht. Denn im Falle der Entäußerung von Leitungskompetenzen auf dem Vertragsweg hin zu einem Dritten würde der Vorstand selbst ein „innerkorporatives" Element nach außen kehren.

Da die Dichotomie von inner- und außerkorporativer Sphäre aufgrund des grenzverwischenden Charakters der Kompetenzentäußerung zur Maßstabsbildung hinsichtlich der unveräußerlichen Leitungsmacht gerade nicht taugt, müssen andere Kriterien herangezogen werden.

---

[97] Vgl. *Kuntz*, AG 2016, 101 (106 ff.); *ders*., AG 2020, 801 (817).
[98] BGH, Urt. v. 25.2.1982 – II ZR 174/80 = NJW 1982, 1703 (1705).
[99] BGH, Urt. v. 26.4.2004 – II ZR 155/02 = NJW 2004, 1860 (1862).
[100] *Kuntz*, AG 2016, 101 (106 f.); *Kiefner*, ZHR 178 (2014), 547 (574 ff.).
[101] *Kuntz*, AG 2016, 101 (105 f.).
[102] Siehe unter II. 2.
[103] Vgl. *Kort* (Fn. 3), § 76 Rn. 199; *Mertens/Cahn* (Fn. 3), § 76 Rn. 47; *Spindler* (Fn. 3), § 76 Rn. 29; *Weber* (Fn. 3), § 76 Rn. 16.
[104] *Koch* (Fn. 1), S. 65, 99 f.; *Koch* (Fn. 3), § 76 Rn. 41a; *Mertens/Cahn* (Fn. 3), § 76 Rn. 48; *Seibt* (Fn. 3), § 76 Rn. 15.
[105] Vgl. *Fleischer* (Fn. 3), AktG § 76 Rn. 86; *ders*. (Fn. 13), S. 137, 151.
[106] *Fleischer* (Fn. 3), AktG § 76 Rn. 87.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass Leitung weniger Einzelfragen im Blick hat, sondern sich auf die Entscheidungshoheit über die strategische Ausrichtung des Unternehmens bezieht. Von einer relevanten Beeinträchtigung der Leitungsverantwortung des Vorstands wird man demnach erst dann ausgehen können, wenn die (mittelbaren) Einwirkungsmöglichkeiten Dritter beständig sind und ein erhebliches Ausmaß erreicht haben. Im Hinblick auf Letzteres wird man fordern müssen, dass das Unternehmen als Ganzes oder jedenfalls ein wesentlicher Unternehmensteil erfasst wird.

Einzelne Schuldverträge im Rahmen des Einkaufs, des Vertriebs oder über Dienstleistungen werden schon wegen ihres begrenzten Gegenstandes ein solches Ausmaß regelmäßig nicht erreichen. Denkbar ist dagegen, dass die Einbindung der AG in ein vertragsbasiertes Unternehmensnetzwerk[107] eine wirtschaftliche und organisatorische Abhängigkeit vermitteln kann, welche die eigenverantwortliche Leitung des Vorstands nach § 76 Abs. 1 AktG zu beeinträchtigen geeignet ist. Ob dies der Fall ist, hängt nicht zuletzt von der Kooperationsdichte des Netzwerkes ab. Diese kann vom Nebeneinander einer Vielzahl von Vertragsverhältnissen über gesellschaftsrechtlich bedeutsame Organisationen, etwa einer GbR gem. § 705 BGB,[108] bis hin zur Herausbildung eines (konkludenten) vertraglichen Gleichordnungskonzerns nach § 18 Abs. 2 AktG[109] führen.

Je nachdem, wie „verflochten" das Netzwerk ist, verringert der Einstieg in eine solche Kooperation den strategischen Handlungsspielraum des beteiligten Einzelunternehmens. Sind innerbetriebliche Prozesse und die Unternehmensstruktur erst einmal auf ein arbeitsteiliges Zusammenwirken im Netzwerkverbund eingestellt, dann ist ein Ausstieg aufgrund des damit verbundenen Anpassungsbedarfes nur noch gegen Einbußen und ggf. um den Preis der Insolvenz zu haben. Aus diesem Grund besteht die Möglichkeit, dass sich der Vorstand mit dem Abschluss eines Vertrages bzw. Gesellschaftsvertrages, der zur Beteiligung der AG an einem Unternehmensnetzwerk führt, seiner Leitungsmacht entäußert. Der Beitritt zu einem Unternehmensnetzwerk mit einer entsprechend hohen Kooperationsdichte bedarf daher wegen der Bindungswirkung für die Unternehmenspolitik einer Zustimmung der Hauptversammlung.

V. Verhältnis der Unveräußerlichkeitslehre zum Konzernrecht

Da die Entäußerung der Leitungsmacht des Vorstands gleichbedeutend mit einer Einschränkung der rechtsgeschäftlichen Unabhängigkeit der AG ist, stellt sich ferner die Frage, in welchem Verhältnis das hier entwickelte Verständnis der Unveräußerlichkeit zum Konzernrecht steht. Denn ein Leitmotiv des Konzernrechts ist gerade die Bewältigung von Problemen, die mit der Abhängigkeit einer Gesellschaft von einem anderen Unternehmen einhergehen.[110]

Im Hinblick auf den Vertragskonzern gem. §§ 18 Abs. 1 S. 1, S. 2, 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG bestehen keine Abgrenzungsprobleme, da dieser nur mit der Zustimmung der Hauptversammlung nach § 293 Abs. 1 S. 1 AktG zustande kommt. Dem zuvor entwickelten Telos des Unveräußerlichkeitsprinzips[111] – der Legitimation der Entäußerung durch Verfahren – ist damit genüge getan. Ebenfalls bereits vom Konzernrecht erfasst werden Fälle, bei denen ein Unternehmen Mehrheitsbesitz i.S.d. § 16 Abs. 1 AktG an einem ande-

[107] Wenn von Unternehmensnetzwerken die Rede ist, bezieht sich das vor allem auf sog. virtuelle Unternehmen, Franchising-Gestaltungen oder etwa Just-in-time-Lieferbeziehungen. Zum Begriff des Unternehmensnetzwerkes siehe etwa den Definitionsvorschlag bei *Krebs/Aedtner/Schultes*, KSzW 2015, 50 (61): „Ein Unternehmensnetzwerk ist jede rechtliche freiwillige, auf einen ökonomischen und legalen Netzzweck ausgerichtete Verbindung von mindestens drei rechtlich selbstständigen Unternehmen, die einen netzspezifischen Organisationsbedarf hervorruft. Die Netzunternehmen tauschen zumindest partiell ihre wirtschaftliche Unabhängigkeit gegen die Koordinierung ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels abgestimmter Verhaltensweisen, Vereinbarungen oder der Gründung einer Gesellschaft, um durch die Bündelung von Ressourcen den Netzzweck zu realisieren."; zu einer Definition aus betriebswirtschaftlicher Sicht siehe z.B. *Sydow/Möllering*, Produktion in Netzwerken, 2015, S. 17; monographisch zu Unternehmensnetzwerken etwa *Teubner*, Netzwerk als Vertragsverbund, 2004; zu weiterer Literatur siehe *Krebs/Aedtner/Schultes*, KSzW 2015, 50 (50 Fn. 2).

[108] Vgl. *Martinek*, Moderne Vertragstypen II, 1993, S. 80 f., 84 f.

[109] Siehe *Lange*, Das Recht der Netzwerke, 1998, S. 453 f.; insbesondere mit Blick auf den vertraglichen Gleichordnungskonzern wird vertreten, dass der Abschluss des diesen konstituierenden Gleichordnungsvertrages sowohl wegen der damit einhergehenden Beschränkung der Leitungsmacht des Vorstands als auch aufgrund der konzerntypischen Gefahren für Gesellschaft, Gesellschafter und Gläubiger der Zustimmung der Hauptversammlung bedarf, siehe *K. Schmidt*, ZHR 155 (1991), 417 (426 ff.); *Wellkamp*, DB 1993, 2517 (2518 f.); *Emmerich* (Fn. 5), AktG § 18 Rn. 35; *Mülbert*, in: Hopt/Wiedemann, Großkommentar zum AktG, Bd. 8, 4. Aufl. 2013, § 291 Rn. 210, 214; *Seibt* (Fn. 3), § 76 Rn. 15; gegen ein Zustimmungserfordernis *Altmeppen*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 5. Aufl. 2020, § 291 Rn. 215; *Hommelhoff* (Fn. 6), S. 389; *Koch* (Fn. 3), § 18 Rn. 20, § 291 Rn. 34; *Koppensteiner*, in: Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2012, § 291 Rn. 104; *Langenbucher*, in: K. Schmidt/Lutter, Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2020, § 291 Rn. 66 f.; *K. J. Müller*, in: Wachter, Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2018, § 291 Rn. 29; siehe zudem *Gromann*, Die Gleichordnungskonzerne im Konzern- und Wettbewerbsrecht, 1979, S. 33 ff., der ein Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung de lege lata ausschließt, aber zugleich de lege ferenda eine Qualifizierung des Gleichordnungsvertrages als Unternehmensvertrag fordert, da dieser im Vergleich zu anderen Verträgen einen erheblichen Einfluss auf die Geschäftspolitik zeitige und zudem spätere Verwaltungen binde.

[110] Dazu etwa *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 1 Rn. 18 sowie monographisch *Kronstein*, Die abhängige juristische Person, 1931.

[111] Siehe unter III. 4.

ren Unternehmen innehat, sodass über die widerleglichen Vermutungen der §§ 17 Abs. 2, 18 Abs. 1 S. 3 AktG von einem Konzern auszugehen ist.

Bei unbefangener Betrachtung könnte nun aber die rechtsgeschäftliche Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf einen Dritten diesem schon für sich genommen zu einem beherrschenden Einfluss i.S. d. § 17 Abs. 1 AktG verhelfen, sodass ein sog. faktischer Konzern[112] nach den §§ 17 Abs. 1, 18 Abs. 1 S. 1, S. 3 AktG vorliegen würde. In der Folge würden die konzernrechtlichen Schutzmechanismen der §§ 311 ff. AktG[113] greifen. Die vorherrschende Ansicht[114] fordert hier allerdings, dass der zur Abhängigkeit führende Einfluss i.S.d. § 17 Abs. 1 AktG nicht allein wirtschaftlich oder vertraglich, sondern (auch) gesellschaftsrechtlich vermittelt sein muss. In diesem Sinne wird überwiegend davon ausgegangen, dass eine Minderheitsbeteiligung, welche für sich genommen eine Abhängigkeit nach § 17 Abs. 1 AktG nicht zu begründen vermag (vgl. §§ 16 Abs. 1, 17 Abs. 2 AktG), in Kombination mit weiteren außergesellschaftsrechtlichen Mitteln zu einem beherrschenden Einfluss nach § 17 Abs. 1 AktG verstärkt werden kann.[115] Im Fokus stehen hier bislang vor allem umfangreiche Liefer-, Leistungs- oder Kreditbeziehungen.[116]

Damit wäre es immerhin denkbar, dass die Übertragung von Leitungskompetenzen durch den Vorstand auf einen Minderheitsaktionär bei diesem zur Entstehung eines beherrschenden Einflusses i.S.d. § 17 Abs. 1 AktG und damit zur Anwendung der §§ 311 ff. AktG führt. Sofern Leitungsbefugnisse dagegen auf einen Dritten ohne innergesellschaftlichen Bezug übertragen werden, kommt das Konzernrecht nicht zur Anwendung. Vor diesem Hintergrund kommt der auf § 76 Abs. 1 AktG gestützten Lehre von der Unveräußerlichkeit der Leitungsmacht des Vorstands eine lückenfüllende Schutzfunktion zu. Sie erfasst Fallgestaltungen, bei denen zwar die Integrität des Kompetenzgefüges der AG beeinträchtigt ist, aber konzernrechtliche Schutzmechanismen (noch) nicht greifen.[117]

VI. Zusammenfassung

Der in § 76 Abs. 1 AktG zu verortende Grundsatz der Unveräußerlichkeit der Leitungsmacht des Vorstands beansprucht nach wie vor Geltung. Entgegen den zuletzt einsetzenden Aufweichungstendenzen sprechen nach hier vertretener Auffassung die besseren Gründe für ein Festhalten am Unveräußerlichkeitsprinzip. Im Einzelnen wurde folgendes herausgearbeitet:

1. Leitung i.S.d. § 76 Abs. 1 AktG meint die Letztentscheidungskompetenz des Vorstands über unternehmerische Rahmenbedingungen.

2. Sofern die Entäußerung von Kompetenzen durch den Vorstand in Rede steht, ist auf der Tatbestandsebene der dogmatische Ansatz über den an § 76 Abs. 1 AktG anknüpfenden Unveräußerlichkeitsgrundsatz dem offenen Maßstab des § 93 Abs. 1 AktG vorzuziehen. Die über § 93 AktG erlangte Flexibilisierung bei der Sachverhaltsbeurteilung wiegt den damit einhergehenden Verlust an Rechts- und Orientierungssicherheit nicht auf.

3. Der Verweis auf den binnenrechtlichen Charakter von § 76 Abs. 1 AktG reicht nicht hin, Kompetenzentäußerungen mit Blick auf § 82 Abs. 1 AktG zur alleinigen Angelegenheit des Innenverhältnisses der AG zu erklären. Dem Vorstand fehlt angesichts der zwingenden aktienrechtlichen Kompetenzzuweisung schlicht die Rechtsmacht, sich seiner Leitungskompetenz zu entledigen. Der durch § 82 Abs. 1 AktG vermittelte Vertrauensschutz Dritter kann sich nicht gegen das Aktiengesetz selbst richten.

4. Die Unveräußerlichkeit der Leitungsmacht durch den Vorstand selbst ist nicht gleichbedeutend mit einem Verbot der Gesellschaft, sich – und in der Folge ebenfalls den Vorstand – weitgehenden Bindungen zu unterwerfen (vgl. §§ 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 308 AktG). Das Problem der Entäußerung von Kompetenzen durch den Vorstand ist daher vor allem ein solches der verfahrensmäßigen Legitimation der Entäußerung. Die Entscheidung über die Entäußerung der Leitungsmacht des Vorstands unterfällt als Struktur- und Grundlagenentscheidung der Zuständigkeit der Hauptversammlung. Geltungsgrund des Unveräußerlichkeitsprinzips ist demnach die Sicherung der korporativen Gewaltenteilung der AG.

---

[112] Dazu statt vieler *Bayer*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 5. Aufl. 2019, § 18 Rn. 8 ff.; *Emmerich/Habersack* (Fn. 110), § 24 Rn. 1 ff.

[113] Ausführlich dazu etwa *Emmerich/Habersack* (Fn. 110), § 24 Rn. 10 ff.

[114] BGH, Urt. v. 26.3.1984 – II ZR 171/83 (BuM/WestLB) = ZIP 1984, 572 (577); BGH, Beschl. v. 19.1.1993 – KVR 32/91 = ZIP 1993, 858 (860); OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.12.2003 – 12 W 11/02 = NZG 2004, 334 (335); *Bayer* (Fn. 112), § 17 Rn. 21 f., 29 f.; *Emmerich/Habersack* (Fn. 110), § 3 Rn. 21 f.; *Koch* (Fn. 3), § 17 Rn. 8; *Koppensteiner* (Fn. 109), § 17 Rn. 59; *Vetter*, in: K. Schmidt/Lutter, Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2020, § 17 Rn. 12; *Windbichler*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Großkommentar zum AktG, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 17 Rn. 40 f.; differenzierend *Oechsler*, ZGR 1997, 464 (481); eine Abhängigkeit i.S.d. § 17 Abs. 1 AktG bei wirtschaftlichem Einfluss dagegen grundsätzlich bejahend früher RG, Urt. v. 21.4.1941 – II 128/40 = RGZ 167, 40 (49 f.) sowie aus neuerer Zeit *Nagel/Riess/Theis*, DB 1989, 1505 (1508 ff.); *Schall*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum Aktiengesetz, Stand: 1.2.2022, § 17 Rn. 22 ff.

[115] BGH, Urt. v. 15.12.2011 – I ZR 129/10 Rn. 16 = ZIP 2012, 1177 (1178); BGH, Beschl. v. 19.1.1993 – KVR 32/91 = ZIP 1993, 858 (860); BGH, Urt. v. 26.3.1984 – II ZR 171/83 (BuM/WestLB) = ZIP 1984, 572 (577); *Bayer* (Fn. 112), § 17 Rn. 31 f.; *Emmerich/Habersack* (Fn. 110), § 3 Rn. 23; *Ulmer*, ZGR 1978, 457 (473 f.); *H.P. Westermann*, ZIP 1982, 379 (385 f.); *Vetter* (Fn. 114), § 17 Rn. 16; kritisch *Koch* (Fn. 3), § 17 Rn. 8; *Keßler*, in: Henssler/Strohn, Kommentar zum Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, AktG § 17 Rn. 5; ablehnend *Koppensteiner* (Fn. 109), § 17 Rn 68; *Mertens*, AG 1996, 241 (246).

[116] *Bayer* (Fn. 112), § 17 Rn. 32; *Emmerich* (Fn. 5), AktG § 17 Rn. 15; *Vetter* (Fn. 114), § 17 Rn. 16.

[117] So etwa in der unter IV. angesprochenen Konstellation des Unternehmensnetzwerkes.

5. Der Unveräußerlichkeitslehre kommt eine lückenfüllende Schutzfunktion bei Gestaltungen zu, welche die Unabhängigkeit der AG beeinträchtigen, aber vom Konzernrecht und seinen Schutzmechanismen (noch) nicht erreicht werden. Ein denkbarer Anwendungsfall sind Unternehmensnetzwerke mit hoher Kooperationsdichte.

Rechtsdogmatik sticht Pragmatismus

Von Stud. iur. **Jann Maatz**, Gießen*

Das Recht gewährt dem Menschen Handlungsfreiheit, weil es davon ausgeht, dass dieser seine Rechtsverhältnisse willensfrei, vernünftig, orientiert an kollektiven und individuellen Interessen, regelt.[1] *Kann man diese Fähigkeit nicht auch – von Menschen entsprechend programmierten – menschenähnlichen Aktanten zusprechen, zumindest in abgeschwächter Form? Dieser Beitrag untersucht rechtsdogmatische Ansätze, die das Verhalten lernfähiger Aktanten, welche eine vom menschlichen Gehirn inspirierte, neuronale Netzstruktur aufweisen, diesen respektive ihren Verwendern de lege lata zuzurechnen versuchen oder ob es einer Rechtsfortbildung de lege ferenda für von Künstlicher Intelligenz (KI) gesteuerter Systeme bedarf, um etwaige Haftungslücken zu vermeiden. Omnis divinatio in iure civili periculosa est, sodass sich die folgenden Überlegungen auf den heutigen Stand der Technik fokussieren, insbesondere solche KI-Systeme, die mittels neuronaler Netze und fortlaufender Wissensakkumulation für den Verwender unvorhersehbare Entscheidungen treffen.*[2]

I. Technische Grundlagen

Gegenstand der folgenden Ausführungen soll das Deep Learning[3] als Teilbereich des Machine Learning[4] sein, welches wiederum einen Teilbereich der KI darstellt.[5] Grundlegendes Ziel des Machine Learnings ist die algorithmenbasierte Analyse großer Datenmengen,[6] welche im Bereich des Deep Learnings durch ein künstliches neuronales Netzwerk erfolgt.[7] Das System wird vom Programmierer mit grundlegenden Eingabewerten gespeist, welche mit wechselnden Gewichtungsfaktoren multipliziert werden und einen Ausgabewert ermitteln, welcher sodann an ein weiteres Neuron übertragen wird.[8] Im Wege des Lernfortschritts können die Gewichtungsfaktoren variieren, sodass der Ausgabewert differiert.[9] Der stete Lernprozess, die Anpassung des Systems an die Umwelt und die variierende synaptische Gewichtung machen das System in seinen Entscheidungen für den Programmierer unvorhersehbar, so dass von einem „autonomen System" gesprochen werden kann.[10] Entsprechende Systeme können ohne konkrete vorangegangene Parametereingabe, vielmehr durch „eigenes Nachdenken", rechtsgeschäftliche Entscheidungen treffen und äußern.[11]

II. Abgrenzung zu Computeragenten

Ein Computeragent ist eine Software, welche nach einem Konditionalprogramm elektronische Willenserklärungen (Computererklärungen) automatisch, anhand vorangegangener Programmierung, erzeugt.[12] Als Beispiel lässt sich ein Kühlschrank anführen, der mittels Sensoren bemerkt, dass die Milchpackung leer ist und daraufhin das gleiche Produkt erneut ordert.[13] Die Erklärungen erfolgen ohne unmittelbares Zutun des Verwenders zum Zeitpunkt der Abgabe, jedoch ausschließlich anhand der voreingestellten Parameter (Wenn die Milch leer ist, neue Milch bestellen).[14] Dem Verwender eines solchen Computeragenten lässt sich nach h.M. die Erklärung als eine gestreckte Willenserklärung zurechnen, da ein genereller Rechtsbindungs- und Handlungswille vorliegt.[15] Demgegenüber steht der Aktant und seine autonome Erklärung, welche sich nicht nach einem Konditionalprogramm bildet, sondern sich vielmehr an dem Finalprogramm der voreingestellten Parameter orientiert, welche vom Aktanten selbstständig modifiziert und ausgefüllt werden. Als Beispiel lässt sich ein Kühlschrank anführen, der jede Woche autonom

* Der *Verf.* ist Stud. Hilfskraft am Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie (Prof. *Dr. Marietta Auer* MA, LL.M., SJD [Harvard]) und am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht (Prof. Dr. *Andrea Czelk*). Für Zuspruch, wertvolle Anregungen und spannende Diskussionen sei *Theresa Turgut* und Prof. *Dr. Thorsten Keiser*, LL.M. herzlich gedankt.

[1] Statt vieler *Schur*, Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, 2008, S. 226 ff.

[2] *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (279).

[3] Für eine ausführliche Einführung in das „Deep Learning", siehe vor allem *Linardatos*, Autonome und vernetzte Aktanten, 2021, S. 59 ff., aber auch *Haagen*, Verantwortung für Künstliche Intelligenz, 2021, S. 73 ff.

[4] Für eine ausführliche Einführung in das „Machine Learning", siehe vor allem *Hartmann*, KI & Recht kompakt, 2020, S. 9 ff.

[5] *Linardatos* (Fn. 3), S. 59; *Haagen* (Fn. 3), S. 73 ff. m.w.N.

[6] *Haagen* (Fn. 3), S. 73 m.w.N.

[7] *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (278 f.); *Rüfner*, Künstliche Intelligenz und juristische Herausforderungen, 2021, S. 18 f.; *Linardatos* (Fn. 3), S. 59; *Grapentin*, Vertragsschluss und vertragliches Verschulden beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz und Softwareagenten, 2018, S. 67; *Haagen* (Fn. 3), S. 76 m.w.N.

[8] *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (278 f.); *Haagen* (Fn. 3), S. 76 m.w.N.

[9] *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (278 f.); *Haagen* (Fn. 3), S. 76 m.w.N.

[10] *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (278 f.); *Linardatos* (Fn. 3), S. 59 ff.; *Linke*, MMR 2021, 200 (201); *Haagen* (Fn. 3), S. 76 m.w.N.

[11] *Paulus*, JuS 2019, 960 (965); *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (279); *Grapentin* (Fn. 7), S. 68.

[12] *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (279); *Schwörbel*, Automation als Rechtstatsache des bürgerlichen Rechts, 1970, S. 37 ff.

[13] Vgl. *Foerster*, ZfPW 2019, 418 (425 ff.); *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (279).

[14] *Paulus*, JuS 2019, 960 (961 ff.); *Foerster*, ZfPW 2019, 418 (425 ff.); *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (279).

[15] OLG Frankfurt a.M. MMR 2003, 405; *Schwörbel* (Fn. 12), S. 33 ff.; *Kritter/Taupitz*, JuS 1999, 839 (840); *Spindler*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Vorb. zum BGB §§ 116 ff. Rn. 6; *Paulus*, JuS 2019, 960 ff.; *Foerster*, ZfPW 2019, 418 ff.; *Wendtland*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.2.2022, § 119 Rn. 29; *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (279).

einen Speiseplan für den Verwender aufstellt und jegliche Zutaten im Internet bestellt, ohne Kenntnis des Verwenders, was, wann, wo und wie viele Lebensmittel bestellt werden.[16] Hierbei vergleicht der Kühlschrank bei jedem Einkauf die Preise verschiedener Anbieter. Fraglich ist, ob solche, durch den Aktanten autonom-gebildeten rechtsgeschäftlichen Erklärungen, im Sinne unserer Rechtsordnung verbindlich sind und dem Verwender zugerechnet werden können.

III. Vertragsschluss de lege lata

1. Eigene Erklärung des Verwenders

Es wird zum einen vertreten, dass die Erklärung des Aktanten dem Verwender durch die Inbetriebnahme des Aktanten zugerechnet werden sollte, sodass ein autonomer Vertragsschluss nicht anders zu beurteilen wäre als ein automatisierter Vertragsschluss.[17] Dem wird auf der äußeren Tatbestandsebene der Willenserklärung entgegengehalten, dass schon keine dem Verwender objektiv zurechenbare Erklärungshandlung zugrunde liegt, anders als bei automatisierten Willenserklärungen.[18] Begründet wird diese divergierende Taxierung der Erklärungen mit der Unbeherrschbarkeit der KI.[19] Dem lässt sich nicht nur entgegenhalten, dass eine generelle Beherrschbarkeit des Verwenders durch die Möglichkeit des Ausschaltens des Aktanten besteht,[20] sondern vielmehr auch, dass die angeführte Unbeherrschbarkeit der KI nur in ihrem durch Eingabeparameter vorbestimmten Anwendungsfeld existiert. So wird ein Kühlschrank, welcher einen Speiseplan erstellt und Zutaten einkaufen soll, nicht plötzlich anfangen, an der Börse Aktien zu kaufen, deren Namen Obstsorten entsprechen. Die Anforderungen an den äußeren Tatbestand einer Willenserklärung sollten hierbei nicht künstlich überhöht werden. Dieser kann mithin erfüllt werden, indem man in der Inbetriebnahme des Aktanten durch den Verwender die objektive Erklärungshandlung sieht.[21] Obgleich sich der äußere Tatbestand der Willenserklärung durch die Inbetriebnahme der Maschine erfüllen lässt, kommt es zu Widersprüchen zwischen automatisierten und autonomen Vertragsschlüssen im Rahmen des inneren Tatbestands.[22] Wie bereits erörtert besteht der Wille im rechtsgeschäftlichen Sinn aus dem Handlungswillen, Erklärungswillen und dem Geschäftswillen.[23] Eben jene wird man bei automatisierten Willenserklärungen, die nach einem strikten Konditionalprogramm erzeugt werden, annehmen können.[24] Von maßgeblicher Bedeutung ist hierbei, dass der Computeragent nur strikten Befehlen des Verwenders folgt, obgleich dieser den konkreten Zeitpunkt der Abgabe dieser Erklärung nicht perzipiert, so dass der Ursprung der Computererklärung auf einen generalisierten Willen des Verwenders zurückzuführen ist.[25] Dieser Gedanke ließe sich nicht ohne Weiteres auf autonome Erklärungen übertragen, da zwischen der Inbetriebnahme und der Abgabe der Erklärung der maßgebliche Zwischenschritt, die Entscheidung der KI, liegt.[26] So wird konstatiert, dass aufgrund der Autonomie der Entscheidungsfindung des Aktanten der Beitrag des Verwenders so gering bezüglich der konkreten Abgabe der Willenserklärung wird, dass man nicht einmal einen generellen Willen[27] des Verwenders annehmen könnte.[28] Dies erweckt indes den Eindruck, der Geltungsgrund einer Willenserklärung ließe sich allein auf den Willen des Erklärenden zurückführen.[29] Dass es gerade auch der Wille des Verwenders ist, dass jener Aktant als neuartiges Hilfsmittel für ihn die Erklärung autonom bildet und artikuliert und hierin gerade dessen Nutzen liegt, scheint keine Beachtung gefunden zu haben.

2. Botenschaft

Fernerhin wird versucht den Aktanten als Bote[30] für den Verwender einzuordnen, mithin als Überbringer einer fremden

[16] *Leyens/Böttcher*, JuS 2019, 133 ff., vgl. hierzu etwa https://news.samsung.com/de/samsung-bringt-kunstliche-intelligenz-in-die-kuche (9.5.2022).

[17] Hierfür etwa *Auer*, VerfBlog 2019/9/30, abrufbar unter https://verfassungsblog.de/rechtsfaehige-softwareagenten-ein-erfrischender-anachronismus/ (9.5.2022); *Paulus/Matzke*, ZfPW 2018, 431 (443 f.); *Cornelius*, MMR 2002, 353 (355); *Riehm*, RDi 2020, 42 (44 ff.); ablehnend etwa *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (282 f.); *Effer-Uhe*, RDi 2021, 169 (171).

[18] *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (283).

[19] *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (283).

[20] *Cornelius*, MMR 2002, 353 (355); *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (283).

[21] *Cornelius*, MMR 2002, 353 (355); *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (283); *Pieper*, GRUR-Prax 2019, 298 (300).

[22] So auch *Pieper*, GRUR-Prax 2019, 298 (300).

[23] Vgl. *Zitelmann*, Irrtum und Rechtsgeschäft: Eine psychologisch-juristische Untersuchung, 1879, S. 238 ff.

[24] *Spindler* (Fn. 15), Vorb. zum BGB §§ 116 ff. Rn. 6; *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (284).

[25] BGH NJW 2002, 363; BGH NJW 2005, 976; BGH MMR 2013, 296; OLG Hamm NJW 2004, 2601; OLG Frankfurt a.M. MMR 2003, 405; LG Köln MMR 2003, 481; AG Westerburg MMR 2003, 609; *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (284); a.A. *Clemens*, NJW 1985, 1998 (2001).

[26] *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (284).

[27] Der unternommene Versuch, die Erklärung über das in der Literatur umstrittene Konstrukt des „Potenziellen Erklärungsbewusstseins“ dem Verwender zuzurechnen, so etwa *Baum*, Der elektronische Vertragsabschluss, 2001, S. 60 f., scheitert zum einen an dem immer noch nicht vorliegenden Handlungswillen und ferner an dem Wertungswiderspruch, tatsächlich gewollte Erklärungen über ein potenzielles Erklärungsbewusstsein zuzurechnen, vgl. ausführlich hierzu *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (287 f.).

[28] *Linardatos* (Fn. 3), S. 108 ff.; *Effer-Uhe*, RDi 2021, 169 (171); *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (284).

[29] Eine ausführliche Negation dafür, dass ein Vertrag stets auf den Willen des Erklärenden zurückzuführen ist, und vielmehr eine rechtliche Fiktion ist, bei *Rehberg*, Das Rechtfertigungsprinzip, 2014, S. 496 ff.

[30] Die Botenschaft ist nicht ausdrücklich gesetzlich normiert, wird aber aus § 120 BGB hergeleitet, hierzu statt vieler *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, S. 382 f.

Willenserklärung.[31] Ein entsprechender Ansatz würde immerhin das Problem der fehlenden Rechts- und Geschäftsfähigkeit eines Aktanten umgehen,[32] da ein Bote nur rein tatsächliche Handlungen tätigt und entsprechender Fähigkeiten nicht bedarf.[33] Dieser Lösungsansatz für autonome Erklärungen ist indes abwegig. Der Aktant erfüllt gerade nicht die konstitutive Voraussetzung für die Einordnung als Bote, nämlich den Übermittlungswillen einer fremden Willenserklärung, welchen er gar nicht besitzen kann, da keine fremde Willenserklärung vorliegt.[34] Zudem übersieht dieser Lösungsansatz die entstehenden Haftungslücken für Erklärungen, die nicht von der Botenmacht gedeckt wären.[35] Eine bewusste Falschübermittlung würde nach allgemeiner Auffassung nämlich eine Haftung des Boten gem. § 179 Abs. 1, Abs. 2 BGB analog nach sich ziehen, was aufgrund des fehlenden Personenstatus und Haftungsmasse des Aktanten wirkungslos bleiben würde.[36]

3. Direkte Anwendung der Stellvertretungsregeln

Auf den ersten Blick als sachgerechteste Lösung erscheint die Zurechnung der autonomen Erklärung als Willenserklärung des Verwenders über die Grundsätze der Stellvertretungsregeln (§§ 164 ff. BGB).[37] Die Programmierung, Inbetriebnahme und fortlaufende Verwendung des Aktanten könnte als Vollmachtserteilung interpretiert werden.[38] Der Aktant ist in seiner Handlungsweise nicht mehr vorhersehbar, wird nicht im eigenen Namen tätig, repräsentiert den Verwender und handelt entsprechend seines Finalprogramms, kann dieses jedoch auch autonom überschreiten.[39] Konstitutive Wirksamkeitsvoraussetzung einer Stellvertretung nach § 164 Abs. 1 BGB ist indes die Abgabe einer eigenen Willenserklärung des Vertreters.[40] Von maßgeblicher Bedeutung für die Anwendbarkeit der §§ 164 ff. BGB auf Erklärungen des Aktanten ist, ob man diesem die Fähigkeit zusprechen kann, Willenserklärungen abzugeben.[41] Dafür müsste der Aktant rechtsfähig[42] und zumindest beschränkt geschäftsfähig sein, § 165 BGB,[43] und insoweit über Handlungsfähigkeit i.S.d. §§ 104 ff. BGB verfügen.[44] Für Rechtsfähigkeit fehlt es Aktanten an Rechtssubjektivität, wie sie nur natürliche und juristische respektive teilrechtsfähige Personen besitzen, denen jene kraft Gesetzes verliehen wurde.[45] Ein Aktant ist weder natürliche noch juristische Person.[46] Autonome Aktanten besitzen de lege lata keine Rechtsfähigkeit.[47] Eine direkte Anwendung der §§ 164 ff. BGB scheidet mithin aus.

4. Analoge Anwendung der Stellvertretungsregeln

Um die Erklärung eines Aktanten dennoch seinem Verwender zuzurechnen und auf Grund der bestehenden Beteiligtenkonstellation, die einer Stellvertretung ähnlich zu sein scheint, wird vertreten, mittels analoger Anwendung des § 164 Abs. 1 BGB („jemand“) die fehlende Rechtssubjektivität des Aktanten zu überwinden.[48] Für die Bildung einer Analogie bedarf es einer planwidrigen Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts[49] sowie einer Wertungsgleichheit[50] des geregelten und ungeregelten Sachverhalts,[51] hier der Erklärung eines Menschen und der eines Aktanten.[52] Eine Regelungslücke besteht, da der Gesetzgeber die Zurechnung des Verhaltens

[31] So etwa *Heuer-James/Chibanguza/Stücker*, BB 2018, 2818 (2822); auch vorzugswürdig nach *Spindler* (Fn. 15), Vorb. zum BGB §§ 116 ff. Rn. 7; *Keßler*, MMR 2017, 589 (592); vgl. hierzu *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (288); *Effer-Uhe*, RDi 2021, 169 (171).

[32] Auf dieses Problem wird später eingegangen, siehe zur Einführung in die Problematik etwa *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 ff.

[33] Erneut statt vieler *Neuner* (Fn. 30), S. 602.

[34] Etwa *Grapentin* (Fn. 7), S. 89; *Specht/Herold*, MMR 2018, 40 (43); *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung, 2002, S. 133; *Linardatos* (Fn. 3), S. 112; *Effer-Uhe*, RDi 2021, 169 (171 f.); *Groß/Gressel*, NZA 2016, 990 (991).

[35] *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (288).

[36] *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (288 f.).

[37] So etwa *Sester/Nitschke*, CR 2004, 548; *Keßler*, MMR 2017, 589 (592); *Specht/Herold*, MMR 2018, 40 (43).

[38] Vgl. *Specht/Herold*, MMR 2018, 40 (43); *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (291).

[39] *Grapentin* (Fn. 7), S. 93; vgl. auch *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (291); *Specht/Herold*, MMR 2018, 40 (43).

[40] Siehe hierzu *Huber*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum Zivilrecht, 1.11.2021, BGB § 164 Rn. 42 ff.; *Schäfer*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.2.2022, § 164 Rn. 16; *Spindler* (Fn. 15), BGB § 164 Rn. 2.

[41] *Grapentin* (Fn. 7), S. 93; *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (291).

[42] Nach h.M. die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, *Spickhoff*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 1 Rn. 6; *Bamberger/Poseck*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.2.2022, § 1 Rn. 10.

[43] Hierfür statt vieler nur *Paulus*, JuS 2019, 960 (965).

[44] *Müller-Hengstenberg/Kirn*, MMR 2014, 307; vgl. *Müller-Freienfels*, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955, S. 34 ff.

[45] *Riehm*, RDi 2020, 42 (43); *Grapentin* (Fn. 7), S. 93; *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (292); vgl. fernerhin *Spickhoff* (Fn. 42), § 1 Rn. 12 f.; *Effer-Uhe*, RDi 2021, 169 (172).

[46] *Cornelius*, MMR 2002, 353 (354); *Sester/Nitschke*, CR 2004, 548 (550); für die Anerkennung als juristische Person fehlt es der Maschine an einem hoheitlichen Gründungsakt, vgl. *Müller-Hengstenberg/Kirn*, MMR 2014, 307 (308); *Grapentin* (Fn. 7), S. 93 f.; *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (292).

[47] *Spickhoff* (Fn. 42), § 1 Rn. 14; *Behme*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum Zivilrecht, Stand: 1.11.2021, BGB § 1 Rn. 39; *Grapentin* (Fn. 7), S. 93; *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (292); *Linke*, MMR 2021, 200 (201).

[48] Siehe hierzu *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (182); *Schirmer*, JZ 2016, 660 (664); nicht von vornherein abgeneigt auch *Kersten*, JZ 2015, 1 (7).

[49] *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 30 ff.

[50] BVerfG NJW 2012, 3081 (3085).

[51] Siehe hierfür *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 381; vgl. auch *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, S. 255; *Sauer*, Juristische Methodenlehre, 1940, S. 304.

[52] Vgl. *Grapentin* (Fn. 7), S. 94; *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (292).

autonomer Aktanten bis dato nicht geregelt hat.[53] Zudem wird diese auch planwidrig sein, da der Gesetzgeber bei der Nomothesie des Stellvertretungsrechts den Einsatz autonomer Aktanten im Vertragsrecht nicht antizipieren konnte.[54] Auch lässt sich der Erzeugungsprozess einer Erklärung eines autonomen Aktanten mit dem eines Menschen vergleichen.[55] Ferner besteht die Möglichkeit der Repräsentation des Vertretenen aufgrund der Artikulationsfähigkeit des autonom gebildeten Erklärungsinhalts[56] durch den Aktanten, was dem Sinn und Zweck des Stellvertretungsrechts entspricht. Gegen diesen Lösungsansatz sprechen rechtsmethodologische Erwägungen. Der Lösung ist zuzugeben, dass das Telos der Stellvertretung die Bindung des Vertretenen ist und dementsprechend auch eine Bindung des Verwenders einer KI notwendig ist.[57] Dabei wird verkannt, dass dies eine Vergleichbarkeit auf Rechtsfolgenebene darstellt, obgleich das eigentliche Problem für die Anwendbarkeit der §§ 164 ff. BGB auf der Tatbestandsebene liegt.[58] Ein Analogieschluss lässt sich gerade nicht durch die Behauptung eines Analogiebedürfnisses rechtfertigen und die konstitutive Voraussetzung, nämlich die Vergleichbarkeit auf Tatbestandsebene, welche im vorliegenden Fall gerade fehlt, soll nicht durch jene Behauptung des Analogiebedürfnisses fiktiv konstruiert werden.[59] Konstitutiv für die Anwendung des Stellvertretungsrecht ist die Rechts- und Geschäftsfähigkeit des Stellvertreters,[60] welche nur der Gesetzgeber verleihen kann und mithin die wertungsmäßige Schranke für eine Analogie darstellt.[61] So fehlt bei einem nichtrechtsfähigen Aktanten der Adressat einer Vertretungsmacht und für die Haftung nach § 179 Abs. 1 BGB ein Haftungssubjekt.[62] Um dennoch an jenem Lösungsansatz festzuhalten und die fehlende Rechtsfähigkeit des Aktanten zu überbrücken, wird das Einführen einer Attributzertifizierungspflicht vorgeschlagen.[63] Der Aktant könnte eindeutig identifiziert und seinem Verwender zugerechnet werden, was eine Gleichstellung zur Qualität eines Rechtssubjektes bedeuten würde, so dass eine Analogie sogar obsolet würde.[64] Dagegen spricht einerseits, dass das BGB ein solches Instrumentarium zur Gleichstellung nicht kennt,[65] und ferner wurde die Möglichkeit zur Zertifizierung nach dem Vertrauensdienstegesetz bereits geschaffen, in dessen Zuge auf eine Gleichstellung zur Rechtsfähigkeit gerade verzichtet wurde.[66] Um die Bedenken der fehlenden Haftungsmasse, wodurch die Haftung nach § 179 Abs. 1 BGB wirkungslos bleiben würde,[67] aus dem Weg zu räumen, wird die Einführung einer Versicherungspflicht vorgetragen.[68] Obgleich die Einführung einer Versicherungspflicht wünschenswert ist,[69] ändert eine solche nichts an der Analogieunfähigkeit der §§ 164 ff. BGB für Erklärungen autonomer Aktanten.[70] Zudem stellt das Verleihen von Rechtsfähigkeit an autonome Aktanten eine Grundsatzentscheidung mit immensen Auswirkungen dar, welche nicht im Wege einer Rechtsfortbildung entgegen der Systematik der §§ 164 ff. BGB erfolgen kann, sondern nur durch den Gesetzgeber selbst.[71] So konstatierte *Canaris* richtigerweise bereits 2004 die Unzulässigkeit des Contra-Legem-Judizierens bei der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR durch die Rechtsprechung,[72] obgleich die strukturelle Vergleichbarkeit zwischen GbR und anderen rechtsfähigen Zusammenschlüssen kaum zu übersehen war.[73] Die generelle Vergleichbarkeit von Mensch und Aktant wird man, auch auf Grund der Tragweite dieser Entscheidung, nicht so simpel im Wege der Rechtsfortbildung contra legem festlegen können.[74]

5. Blanketterklärung

Für erwägenswert halten es viele, die Erklärung eines Aktanten als Blanketterklärung[75] einzuordnen und dem Verwender

[53] *Grapentin* (Fn. 7), S. 94; *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (292); *Effer-Uhe*, RDi 2021, 169 (172); *Schirmer*, JZ 2016, 660 (664).

[54] *Grapentin* (Fn. 7), S. 94.; *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (292); *Effer-Uhe*, RDi 2021, 169 (172).

[55] *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (278 f.); *Grapentin* (Fn. 7), S. 67.

[56] Vgl. *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (293).

[57] Hierfür *Schirmer*, JZ 2016, 660 (664); vgl. dazu *Grapentin* (Fn. 7), S. 97.

[58] *Grapentin* (Fn. 7), S. 97; *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (293).

[59] *Auer* (Fn. 17), beschreibt dies zutreffend als „Münchhausen-Logik"; vgl. auch etwa *Klug*, Juristische Logik, 3. Aufl. 1966, S. 98, wenn er zitiert, dass die Analogie auf einer Abwägung des juristischen Wertes der Tatbestandsmomente beruhe; *Larenz* (Fn. 51), S. 382.

[60] Siehe hierzu *Huber*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum Zivilrecht, Stand: 1.11.2021, BGB § 164 Rn. 42 ff.; *Schäfer*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.2.2022, § 164 Rn. 16; *Spindler* (Fn. 15), BGB § 164 Rn. 2.

[61] *Wiebe* (Fn. 34), S. 131; *Grapentin* (Fn. 7), S. 97; *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (293); *Redeker*, NJW 1984, 2390 (2391); *Riehm*, RDi 2020, 42 (43); *Linke*, MMR 2021, 200 (201); a.A. *Effer-Uhe*, RDi 2021, 169 (173).

[62] *Wiebe* (Fn. 34), S. 132; *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (294); *Grapentin* (Fn. 7), 98; vgl. auch *Auer* (Fn. 17); *Riehm*, RDi 2020, 42 (47); *Effer-Uhe*, RDi 2021, 169 (173).

[63] Siehe hierzu ausführlich *Sorge*, Softwareagenten, 2006, S. 118; vgl. *Grapentin* (Fn. 7), S. 97.

[64] *Sorge* (Fn. 63), S. 118; vgl. *Grapentin* (Fn. 7), S. 97.

[65] *Grapentin* (Fn. 7), S. 97.

[66] *Grapentin* (Fn. 7), S. 97.

[67] *Wiebe* (Fn. 34), S. 132; *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (294); *Grapentin* (Fn. 7), S. 98.

[68] *Sorge* (Fn. 63), S. 26 ff.; hierzu *Grapentin* (Fn. 7), S. 98.

[69] *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (292 ff.); *Grapentin* (Fn. 7), S. 98.

[70] *Grapentin* (Fn. 7), S. 98.

[71] Entsprechend dem Wesentlichkeitsprinzip, das auch für das Verhältnis von Judikative zu Legislative gilt, dazu *Wank*, ZGR 1988, 314 (351); vgl. *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (294); *Linke*, MMR 2021, 200 (201).

[72] BGH NJW 2001, 1056; *Canaris*, ZGR 2004, 69 (118).

[73] *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (294).

[74] *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (294); vgl. *Konertz/Schönhof*, Das technische Phänomen „Künstliche Intelligenz" im allgemeinen Zivilrecht, 2020, S. 26 ff.

[75] Jene ist nicht explizit im BGB normiert, anders als in

zuzurechnen.[76] Bei einer Blanketterklärung unterzeichnet der Blankettgeber (Verwender der KI mit der Inbetriebnahme des Aktanten) eine bisher inhaltsleere Willenserklärung und lässt diese vom Blankettnehmer (Aktant) inhaltlich vervollständigen.[77] Der Blankettnehmer hat ähnlich zum Stellvertreter (§§ 164 ff. BGB) einen Entscheidungsspielraum hinsichtlich der Vervollständigung, wodurch der Autonomie des Aktanten Rechnung getragen,[78] während die Willenserklärung dem Verwender zugerechnet werden würde.[79] Nach h.M. sind die Regeln der Stellvertretung analog auf die Zurechnung der Eintragung des Blankettnehmers anzuwenden.[80] Aus diesem Grund sollte die Einordnung des Aktanten als Blankettnehmer auch von vornherein ausscheiden, da die analoge Anwendung der §§ 164 ff. BGB auf Aktanten rechtsmethodologisch nicht begründbar ist.[81] Hierbei ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund Vertreter dieser Ansicht eine analoge Anwendung der Stellvertretungsregeln ablehnen und blindlings eine solche als Blanketterklärung getarnt, sodann befürworten.[82] Es sind weitere Bedenken vorzutragen. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist für den Blankettgeber eine Anfechtung, selbst in Fällen abredewidriger Vervollständigung der Willenserklärung durch den Blankettnehmer, auf Grund des Vertrauensschutzes der Gegenseite analog § 172 Abs. 2 BGB ausgeschlossen.[83] In einem solchen Fall kann der Blankettnehmer grundsätzlich vom Blankettgeber in Regress genommen werden.[84] Jedoch scheitert dies im Falle der Vervollständigung der Willenserklärung durch einen Aktanten an dessen fehlender Haftungsmasse.[85] Dies kann im Sinne einer angemessenen Risikoverteilung nicht überzeugen. Obgleich sich der Verwender der KI bedient und somit selbst eine Quelle für von ihm nicht gewollte Willenserklärungen schafft, kann ihm nicht ohne das Recht zur Anfechtung jeglicher Erklärungsinhalt zugerechnet werden.[86] Es lässt sich ergänzen, dass, sofern die Erklärung elektronisch signiert wäre, für den die Erklärung empfangenden Dritten klar ist, dass jene nicht ausschließlich durch einen Menschen gebildet wurde, so dass dieser nicht so schutzbedürftig ist wie der Empfänger einer Blanketterklärung, die durch einen Menschen vervollständigt worden ist.[87] Mithin scheidet die Lösung der autonomen Erklärung als Blankettserklärung aus.

6. Analogie zum Römischen Sklavenrecht

Ein weiterer Ansatz im Sinne einer *nietzsche*anischen Ewigen Wiederkunft[88] für die Zurechnung von Erklärungen eines Aktanten auf seinen Verwender ist der einer Analogiebildung zum römischen Sklavenrecht.[89] Römische Sklaven wurden als juristische Sachen behandelt und waren mithin Rechtsobjekte, sodass sie nicht simultan Rechtssubjektivität besitzen konnten.[90] Ihnen konnte die Verwaltung eines begrenzten peculium von ihren Herren übertragen werden, mittels welchem sie auch Rechtsgeschäfte eingehen konnten.[91] Somit besaßen sie zwar keine Rechtsfähigkeit – so wie Aktanten auch keine besitzen – waren indes beschränkt handlungsfähig.[92] Aufgrund der mangelnden Rechtsfähigkeit gehörte das peculium sowie jeder erwirtschaftete Gewinn ihren Herren.[93] Die durch einen Sklaven eingegangenen Verträge führten dazu, dass sein Herr die Forderungen, nicht aber die Obligationen, erlangte.[94] So wurde der Sklave Vertragspartner, seine eingegangenen Verpflichtungen indes als Naturalobligationen angesehen.[95] Um den Dritten als Vertragspartner zu schützen, wurde diesem die Möglichkeit zu einer adjektizi-

Art. 10 WG, war jedoch schon vor Inkrafttreten des BGB anerkannt, um Regelungslücken für arbeitsteilige Erklärungsvorgänge zu schließen, *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (289).

[76] *Gitter/Roßnagel*, K&R 2003, 64 (66); *Mehrings*, MMR 1998, 30 (31); *Oechsler*, AcP 208 (2008), 565 (568 ff.); *Redeker*, NJW 1984, 2390 (2392); *Grapentin* (Fn. 7), S. 91; *Groß/Gressel*, NZA 2016, 990 (992).

[77] Vgl. etwa *Wiebe* (Fn. 34), S. 133 ff.; *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (289); *Grapentin* (Fn. 7), S. 91.

[78] Es sei irrelevant, ob das Blankett von einem Menschen oder einer Computersoftware ausgefüllt wird, *Redeker*, NJW 1984, 2390 (2392); *Grapentin* (Fn. 7), S. 92; *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (290).

[79] *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (289); *Grapentin* (Fn. 7), S. 91.

[80] BGH NJW 1996, 1467; BGH NJW 1991, 487; *Neuschäfer*, Blankobürgschaft und Formnichtigkeit, 2004, S. 82 ff.; *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, 1971, S. 56; *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (290) m.w.N.

[81] *Wiebe* (Fn. 34), S. 131; *Grapentin* (Fn. 7), S. 97; *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (293); *Redeker*, NJW 1984, 2390 (2391); *Riehm*, RDi 2020, 42 (43); *Linke*, MMR 2021, 200 (201); a.A. *Effer-Uhe*, RDi 2021, 169 (173).

[82] Siehe hierfür etwa *Rüfner* (Fn. 7), S. 27; *Grapentin* (Fn. 7), S. 91.

[83] BGH NJW 1963, 1971; BGH NJW 1996, 1467; BGH NJW 1991, 487; *Schubert*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 172 Rn. 2 ff.; *Schäfer*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.2.2022, § 172 Rn. 3; *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (290); *Grapentin* (Fn. 7), S. 92.

[84] BGH NJW 1963, 1971; BGH NJW 1996, 1467; BGH NJW 1991, 487; *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (290).

[85] *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (290); *Grapentin* (Fn. 7), S. 92.

[86] So im Ergebnis auch *Wiebe* (Fn. 34), S. 133 ff.; *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (290); *Grapentin* (Fn. 7), S. 91 ff.

[87] So nur *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 27 (290).

[88] *Nietzsche*, Also sprach Zarathustra I–IV, 2. Aufl. 1988, S. 270 ff.

[89] Siehe hierzu *Gless/Seelmann*, Intelligente Agenten und das Recht, 2016, S. 97 ff.; hierzu etwa auch nicht gänzlich ablehnend *Shin*, Künstliche Intelligenz und juristische Herausforderungen, 2021, S. 12; ablehnend *Linardatos* (Fn. 3), S. 110 f.

[90] Vgl. etwa *Wilinski*, Das Römische Recht, 1966, S. 46 f.; *Shin* (Fn. 89), S. 12.

[91] *Schmoeckel*, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. 1, 2003, §§ 164–181 Rn. 3; *Wilinski* (Fn. 90), S. 47 f.; *Shin* (Fn. 89), S. 12.

[92] *Shin* (Fn. 89), S. 12.

[93] Vgl. etwa *Wilinski* (Fn. 90), S. 46 f.; *Shin* (Fn. 89), S. 12.

[94] *Wilinski* (Fn. 90), S. 47; *Shin* (Fn. 89), S. 13.

[95] *Shin* (Fn. 89), S. 13.

schen Klage gegen den Herrn des Sklaven eingeräumt, wonach dieser bis zur Höhe des peculium haften musste respektive weitergehend im Falle einer ungerechtfertigten Bereicherung.[96] Dieser Ansatz ähnelt seinem Gedanken nach einer Gefährdungshaftung.[97] Eine Analogie scheint insoweit nicht möglich, als der Gesetzgeber die Haftungsgrenze bei der Gefährdungshaftung normiert,[98] während die Höhe des peculium und damit die Haftungsgrenze grundsätzlich vom Herrn, analog also vom Verwender des Aktanten, bestimmt würde.[99] Aus Gründen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes des Dritten verbietet sich die Möglichkeit der Begrenzung der Haftungsmasse durch den Verwender einer KI. Diesem Ansatz eines elektronischen Sklaven analog zum römischen Sklavenrecht ist, vergleichbar zur Ablehnung einer Analogie der §§ 164 ff. BGB, entgegenzuhalten, dass die Verleihung von (beschränkter) Geschäftsfähigkeit an Aktanten viel eher dem Gesetzgeber obliegt und nicht der richterlichen Rechtsfortbildung.[100]

IV. Vertragsschluss de lege ferenda

Es kann nicht überraschen, dass einige konstatieren, dass keine rechtsdogmatisch überzeugende Lösung der Zurechnung von Erklärungen autonomer Aktanten existiert. Um jene „Verantwortungslücke" zu schließen wird vertreten, Aktanten als „ePersonen" Rechtsfähigkeit zu verleihen,[101] zumindest eine Teilrechtsfähigkeit[102]. Für jene Erhebung autonomer Aktanten zu Rechtssubjekten wird primär das Argument der juristischen Zweckmäßigkeit vorgetragen.[103]

1. Rechtsfähige Aktanten: Die ePerson – Einige Bedenken

Um Aktanten als wirksame Stellvertreter einordnen zu können, wird postuliert, sie als rechtsfähige digitale Rechtssubjekte zu betrachten, die über eigenes Vermögen verfügen.[104] Für die Einordnung als Rechtssubjekt müsste der Aktant als solches nach außen erkennbar sein,[105] um dem Publizitätserfordernis eines Rechtssubjekts zu genügen. Dem würden Aktanten, die anhand einer physischen Gestalt eindeutig zu identifizieren sind, genügen.[106] Wenngleich hier bereits fraglich ist, wie ein „physischer Aktant" einzuordnen wäre, wenn jener mehrere autonome Subsysteme in sich vereinigt.[107] Und wie wären solche Algorithmen zu bewerten, die keiner konkreten Hardware zuzuordnen sind? Jenes formelle Abgrenzungsproblem ließe sich theoretisch mit einem vom Gesellschaftsrecht inspirierten dezentral organisierten Register lösen, in welchem jedem System ein Vermögen zugeordnet wird.[108] Fraglich ist sodann mit welchem Vermögen ein Aktant ausgestattet sein sollte, denn eine Eigenhaftung – für ultra-vires-Vertretergeschäfte – setzt Haftungsmasse voraus,[109] sodass zunächst Vorschriften über eine Mindestkapital-Ausstattung einer KI notwendig wären, welches vom Hersteller oder Verwender einzuzahlen wäre, und wirtschaftlich stets den Verwender treffen würde.[110] Jenes Kapital würde jedoch – anders als bei Handelsgesellschaften – nicht produktiv eingesetzt, sondern stände lediglich zur Absicherung potenzieller Haftungsfälle zur Verfügung, wäre fernerhin begrenzt, sodass der Bedarf einer Rückgriffshaftung des Verwenders existieren würde.[111] Weiterhin ist fraglich, ob ein Aktant überhaupt einen wirtschaftlichen Überlebenswillen aufweist respektive bei vorheriger Programmierung, diesen nicht im Wege seiner Selbstlernfähigkeit verliert, denn rechtliche Verhaltenssteuerung durch Vertrags- und Haftungsrecht hat nur eine Wirkung auf Rechtssubjekte, die nicht indifferent gegenüber Vermögensverlusten sind.[112] Zuletzt stellt sich das Problem einer materiellen Abgrenzung. Welchen Grad an Autonomie muss ein Aktant aufweisen, um in jenes Register aufgenommen zu werden und als Rechtssubjekt anerkannt zu werden?

2. Teilrechtsfähige Aktanten – Einige Bedenken

Um zumindest die Anwendung der §§ 164 ff. BGB zu ermöglichen, wird postuliert, Aktanten als teilrechtsfähig anzusehen.[113] Hierfür wird etwa die Einführung eines § 90b BGB

[96] *Wilinski* (Fn. 90), S. 47; *Shin* (Fn. 89), S. 13.
[97] Vgl. *Rüfner* (Fn. 7), S. 161.
[98] Paradigmatisch § 12 StVG; §§ 9, 10 HaftPflG; § 37 LuftVG; § 88 AMG; § 15 UmweltHG; § 10 ProdHaftG; siehe zur Gefährdungshaftung *Lorenz*, JuS 2021, 307.
[99] *Rüfner* (Fn. 7), S. 161.
[100] *Wank*, ZGR 1988, 318 (351); vgl. auch *Linke*, MMR 2021, 200 (201).
[101] EU-Parlament, Entschließung vom 16.2.2017 mit Empfehlungen an die Kommission zu zivilrechtlichen Regelungen im Bereich Robotik, ABl. EU 2017 Nr. C 252, S. 250; hierzu kritisch *Lohmann*, ZRP 2017, 168 ff.; *Günther*, Roboter und rechtliche Verantwortung, 2016, S. 251 ff.; *Kleiner*, Die elektronische Person, 2021, S. 145 ff.; ablehnend hierzu etwa *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (304); *Riehm*, RDi 2020, 42 (44 ff.); *Auer* (Fn. 17); *Rüfner* (Fn. 7), S. 20 f.; *Linke*, RDi 2021, 400 (406); *ders.*, MMR 2021, 200 ff.
[102] *Schirmer*, JZ 2016, 660 (663 ff.); *Specht/Herold*, MMR 2018, 40 (43); *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 ff.; *Gruber*, Jenseits von Mensch und Maschine, 2012, S. 152 ff.; ablehnend hierzu etwa *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 (304); *Riehm*, RDi 2020, 42 (44 ff.); *Rüfner* (Fn. 7), S. 20 f.; *Linke*, RDi 2021, 400 (406); *ders.*, MMR 2021, 200 ff.
[103] *Linardatos* (Fn. 3), S. 479; vgl. *Effer-Uhe*, RDi 2021, 169 (172) m.w.N.
[104] *Günther* (Fn. 101), S. 251 ff.; *Kleiner* (Fn. 101), S. 145 ff.
[105] *Lehmann*, AcP 207 (2007), 225, (247).
[106] *Riehm*, RDi 2020, 42 (44 ff.).
[107] Vgl. *Linardatos* (Fn. 3), S. 520 ff.; *Riehm*, RDi 2020, 42 (45).
[108] Vgl. *Gitter*, Softwareagenten im elektronischen Geschäftsverkehr, 2007, S. 431; *Riehm*, RDi 2020, 42 (45); *Kleiner* (Fn. 101), S. 156 f.; *Linardatos* (Fn. 3), S. 520 ff.
[109] *Riehm*, RDi 2020, 42 (44).
[110] Vgl. *Linke*, MMR 2021, 200 (201); *Riehm*, RDi 2020, 42 (44).
[111] *Riehm*, RDi 2020, 42 (44 ff.).
[112] *Riehm*, RDi 2020, 42 (44 ff.); vgl. *Linardatos* (Fn. 3), S. 521.
[113] *Schirmer*, JZ 2016, 660 (663 ff.); *Specht/Herold*, MMR 2018, 40 (43); *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 ff.; *Gruber* (Fn. 102), S. 152 ff.; ablehnend hierzu etwa *Kainer/Förster*,

vorgeschlagen.[114] Aktanten sollen nach dieser Lösung über kein eigenes Vermögen verfügen, mithin nicht selbstständig Träger von Rechten und Pflichten sein.[115] Aus der dogmatischen Perspektive ist nicht ersichtlich, inwieweit eine Entität überhaupt „teilrechtsfähig" sein kann.[116] Sofern eine Entität irgendein Recht hat, ist sie „rechtsfähig",[117] denn Rechtssubjektivität setzt nicht voraus, die Voraussetzungen einer jeden Rechtsnorm zu erfüllen. Jener Lösungsansatz kann gerade nicht das materielle Abgrenzungsproblem lösen.[118] Problematisch erscheint weiterhin die ungeklärte Frage nach der Eigenhaftung des falsus procurator nach § 179 BGB, wenn der Aktant gerade keine eigene Haftungsmasse besitzt, sofern das Ziel lediglich die Anwendbarkeit der §§ 164 ff. BGB ist. Für jenes Problem gäbe es zwei Lösungen: So könnten jegliche Einschränkungen der Vertretungsmacht für unwirksam erklärt werden,[119] jedoch würde dies vielmehr eine pauschale Zurechnung jeglicher Erklärungen des Aktanten auf den Verwender darstellen und keine Stellvertretung in diesem Sinne.[120] Die zweite Lösung könnte nur der Ausschluss der Haftung eines Aktanten nach § 179 BGB sein, paradigmatisch durch die Gleichstellung zu einem minderjährigen Vertreter (§ 179 Abs. 3 S. 2 BGB). Das Risiko der Vollmachtsüberschreitung eines Aktanten träge dann der Vertragspartner.

V. Zwischenergebnis und eigener Ansatz

Es zeigt sich, dass die Zuerkennung von (Teil-)Rechtsfähigkeit nicht die „Verantwortungslücke" im Bereich des Vertragsrechts zu schließen vermag. Nach der hier vertretenen Auffassung ist das Verleihen von Rechtsfähigkeit auch nicht erforderlich, um Erklärungen von Aktanten ihrem Verwender zuzurechnen. So sollten diese Erklärungen unmittelbar ihrem Verwender als eigene Willenserklärung zugerechnet werden,[121] ohne etwaige Umwege über das Stellvertretungsrecht. Dafür spricht, dass die Inbetriebnahme, Programmierung sowie das Charakteristikum der Selbstlernfähigkeit des Aktanten auf den Willen des Verwenders zurückzuführen sind,[122] womit dieser eigenständig das Risiko setzt, dass der Aktant Erklärungen abgibt, welche er nicht antizipiert, währenddessen er von den damit verbundenen Chancen profitiert.[123] Das „Risiko setzen" darf dabei nicht missverstanden werden und an die bloße Abgabe der Erklärung durch einen Aktanten angeknüpft werden, sondern daran, dass der Verwender das „Risiko" eher beherrschen kann, als der Vertragspartner.[124] Jene Geltungsrisikozurechnung und hiermit verbunden das (disponible) Risiko der Schadensersatzpflicht[125] würden gleichzeitig die Anreiz- und Präventivfunktion haben, dass der Verwender seinen Aktanten so programmiert und überwacht, dass keine „ungewollten" Erklärungen abgegeben werden.[126] Es setzt also den Anreiz, die Deckung von Geltung und Wille direkt herzustellen. Ohne diese Risikozurechnung bliebe die Erklärungsfreiheit des Aktanten und damit des Verwenders ohne ein entsprechendes Korrektiv. Wenngleich der Verwender jenes Geltungsrisiko der Willenserklärung zu tragen hätte, käme ihm auch jeder entsprechende rechtliche Erfolg zugute, um welchen es ihm gerade beim Verwenden eines Aktanten geht. Zudem ist die Geltung einer Willenserklärung im Rechtsverkehr nicht ausschließlich auf den Willen des Erklärenden zurückzuführen,[127] sondern vielmehr auf die normative Verfassung desselbigen. Der Verwender kann zwar nicht immer, aber am ehesten, das Auseinanderfallen seines Willens und der Erklärung durch den Aktanten vermeiden. Insoweit ist ihm jenes Risiko auch zuzuweisen. Somit fallen abstrakte Selbstbestimmung und abstrakte Selbstverantwortung zusammen,[128] und werden komplementiert durch die grundsätzliche Selbstbindung des Verwenders. Zudem wäre dem Zivilrecht eine solche rechtsgeschäftliche Risikohaftung des Verwenders ohnehin nicht fremd,[129] wie schon das häufig zitierte Beispiel der Blanketterklärung zeigt.

VI. Rechtsgeschäftliche Haftung de lege lata

Fraglich ist, ob schuldhaftes Verhalten autonomer Aktanten ihren Verwendern zugerechnet werden kann. Ausgangspunkt für die weiteren Ausführungen ist die Erkenntnis, dass Aktanten de lege lata nicht Träger von Rechten und Pflichten sein

ZfPW 2020, 275 (304); *Riehm*, RDi 2020, 42 (44 ff.); *Rüfner* (Fn. 7), S. 20 f.; *Linke*, MMR 2021, 200 (203 f.).

[114] „Autonome Systeme sind keine Personen. Auf sie sind die für Hilfspersonen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist", *Schirmer*, JZ 2019, 711 (717).

[115] Dezidiert *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (161 f.); *Schirmer*, JZ 2016, 660 (665 f.); *Gruber* (Fn. 102), S. 156 ist nur für eine Vermögensfähigkeit „bei Bedarf".

[116] *Riehm*, RDi 2020, 42 (47); *Lehmann*, AcP 207 (2007), 225 (238); *Linke*, MMR 2021, 200 (203).

[117] *Lehmann*, AcP 207 (2007), 225 (238); vgl. *Riehm*, RDi 2020, 42 (47).

[118] *Riehm*, RDi 2020, 42 (47).

[119] So etwa *Schirmer*, JZ 2016, 660 (664).

[120] *Riehm*, RDi 2020, 42 (47).

[121] So auch *Auer* (Fn. 17); *Gitter* (Fn. 108), S. 181 f.; *Riehm*, RDi 2020, 42 (47 f.).

[122] *Riehm*, RDi 2020, 42 (48); *Paulus/Matzke*, ZfPW 2018, 431 (443 f.); *Cornelius*, MMR 2002, 353 (355).

[123] *Foerster*, ZfPW 2019, 418 (427); *Riehm*, RDi 2020, 42 (48).

[124] Vgl. *Canaris* (Fn. 80), S. 482.

[125] Denn ausnahmsweise sollte eine Irrtumsanfechtung in entsprechender Anwendung des § 120 BGB möglich sein, so dass eine Haftung aus § 122 BGB analog in Betracht käme. Hierfür, allerdings im Kontext eines Warenwirtschaftssystems, BGH NJW 2005, 976; vgl. für die Möglichkeit der Anfechtung *Riehm*, RDi 2020, 42 (48).

[126] *Riehm*, RDi 2020, 42 (48).

[127] *Schapp*, Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre, 1986, S. 8 ff.; *Schapp/Schur*, Einführung in das Bürgerliche Recht, 4. Aufl. 2007, S. 158 ff.; *Schur* (Fn. 1), S. 235; eingehend auch *Rehberg* (Fn. 29), S. 496 ff.

[128] *Brehmer*, Wille und Erklärung, 1992, S. 115 f.; *Kant*, Akademieausgabe IV, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785, S. 440 ff.; vgl. *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 10 ff.

[129] Vgl. *Auer* (Fn. 17); *Riehm*, RDi 2020, 42 (48).

können, obgleich sie in den Rechtsverkehr „eingreifen“.[130] Diese „Eingriffe“ erzeugen objektive Tatbestände, insoweit auch Vertrauenstatbestände, welche nicht frei von jeglicher Haftung sein können.[131] Die Regeln der rechtsgeschäftlichen Haftung wirken von der Vertragseingehung bis zur Vertragsdurchführung, in welchen autonome Aktanten bereits eingesetzt werden,[132] sodass jegliche Arten von Leistungsstörungen und Mängeln auftreten können.[133]

1. Zurechnung und das BGB

Das BGB enthält drei zentrale Zurechnungsvorschriften (§§ 31, 166[134] und 278 BGB). Fraglich ist, ob eine Verhaltenszurechnung innerhalb des Vertragsrechts über § 278 BGB respektive einer Analogie möglich ist.

a) Aktant als Erfüllungsgehilfe

Um § 278 BGB direkt anwenden zu können, müsste der Aktant Erfüllungsgehilfe i.S.d. § 278 S. 1 BGB sein. Nach ständiger Rechtsprechung ist Erfüllungsgehilfe, wer mit dem Willen des Geschäftsherrn bei der Erfüllung der diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird.[135] Besonders hilfreich ist diese Definition für die Verortung spezieller Akteurstypen auf Grund der unklaren Formulierung „wer“ indes nicht.[136] Der Formulierung „Personen“ in § 278 S. 1 BGB entsprechend wird richtigerweise davon ausgegangen, dass Erfüllungsgehilfen lediglich menschliche Akteure sein können,[137] die ferner Rechtssubjektivität besitzen müssen, um verschuldensfähig zu sein.[138] Autonome Aktanten fallen mithin nicht unter den Begriff des Erfüllungsgehilfen,[139] sodass eine planwidrige Regelungslücke besteht,[140] welche mittels einer Analogie geschlossen werden könnte.[141]

b) Analoge Anwendung der Regeln für Erfüllungsgehilfen

Die zudem für eine Analogie konstitutive Wertungsgleichheit wird mit der ähnlichen Arbeitsteilung von Verwender und Aktant gesehen wie im Fall des § 278 BGB von Schuldner und Erfüllungsgehilfe.[142] Zudem übertrage der Verwender dem Aktanten wie bei einem Einsatz natürlicher respektive juristischer Erfüllungsgehilfen wesentliche Arbeitsschritte und kann mithin auf den Aktanten einwirken und ihm Aufgaben zuweisen.[143] Gegen eine Analogie wird vorgebracht, dass Aktanten eine höhere Zuverlässigkeit als menschliche Erfüllungsgehilfen aufweisen, ein Aktant agiere nur dann fehlerhaft, sofern er böswillig beeinflusst würde respektive fehlerhaft programmiert wurde.[144] Dem ist entgegenzuhalten, dass eine geringere Fehleranfälligkeit dem Verwender gerade als Vorteil dient,[145] mithin nicht ersichtlich ist, warum im Falle eines, wenngleich unwahrscheinlichen, aber dennoch aufgetretenen Fehlverhaltens des Aktanten, dem Verwender ein Haftungsprivileg zukommen soll.[146] Eine Analogie des § 278 BGB auf nichtmenschliche Akteure würde dazu führen, dass § 278 BGB nicht mehr eine Zurechnungsnorm für menschliche Handlungen wäre, sondern vielmehr eine Sachhaftung begründen würde.[147] Eine Analogie würde mithin einen Systemwiderspruch des Haftungsrechts bedeuten, wenn die

---

[130] *Müller-Hengstberg/Kirn*, MMR 2014, 307 (309); *Sorge* (Fn. 63), S. 87.

[131] *Müller-Hengstberg/Kirn*, MMR 2014, 307 (309).

[132] *Müller-Hengstberg/Kirn*, MMR 2014, 307 (310); *Sorge* (Fn. 63), S. 87; *Grapentin* (Fn. 7), S. 125, somit kommt auch eine Haftung aus § 311 Abs. 2 BGB in Betracht.

[133] *Müller-Hengstberg/Kirn*, MMR 2014, 307 (310).

[134] Sofern eine analoge Anwendung der Stellvertretungsregeln ausscheidet, muss auch eine Zurechnung über § 166 BGB (analog) entfallen, die zudem lediglich eine Wissenszurechnungsnorm ist, vgl. *Grapentin* (Fn. 7), S. 100; a.A. *Hacker*, NJW 2020, 2142 (2146); *Linke*, RDi 2021, 400 ff.

[135] BGH NJW 1968, 1569; BGH NJW 1998, 3342; BGH NJW 2017, 2608; BGH NJW 2019, 1596; BGH NJW 2011, 139; *Foerster*, ZfPW 2019, 418 (431); *Hacker*, RW 2018, 244 (250).

[136] Vgl. *Hacker*, RW 2018, 244 (250).

[137] Mithin natürliche und juristische Personen.

[138] *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, S. 523; a.A. *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, S. 296 ff.; *Esser*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1968, S. 258, die davon ausgehen, dass „schuldhaftes“ Verhalten nur als solches gedeutet werden kann, sofern jenes Fehlverhalten, käme es vom Schuldner, als „schuldhafte Pflichtverletzung“ einzuordnen wäre, obgleich vermerkt sei, dass *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1970, S. 222, noch die Ansicht vertrat, dass die Verschuldensfähigkeit des Gehilfen konstitutiv sei.

[139] *Hacker*, RW 2018, 244 (251); *Foerster*, ZfPW 2019, 418 (431); *Günther* (Fn. 101), S. 76; *Schulz*, Verantwortlichkeit bei autonom agierenden Systemen, 2015, S. 138; a.A. *Schirmer*, JZ 2016, 660 (665); ebenso *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (185).

[140] *Grapentin* (Fn. 7), S. 129 f.; vgl. auch *Wiebe* (Fn. 34), S. 188 f.; *Schulz* (Fn. 139), S. 139 m.w.N.

[141] *Hacker*, RW 2018, 244 (251); *Foerster*, ZfPW 2019, 418 (431); *Günther* (Fn. 101), S. 76 f.; *Wiebe* (Fn. 34), S. 187 ff.; so auch schon *Schwörbel* (Fn. 12), S. 101 ff., allerdings im Kontext konditionalprogrammierter Computer; a.A. *Schirmer*, JZ 2016, 660 (665); *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (185), der von „dogmatischen Verrenkungen“ spricht.

[142] Hierzu *Wiebe* (Fn. 34), S. 187; *Grapentin* (Fn. 7), S. 130; *Hacker*, RW 2018, 244 (250 ff.).

[143] *Wiebe* (Fn. 34), S. 187; *Grapentin* (Fn. 7), S. 130; *Hacker*, RW 2018, 244 (250 ff.).

[144] *Köhler*, AcP 182 (1982), 126 (167); *Grapentin* (Fn. 7), S. 130; *Schulz* (Fn. 139), S. 140.

[145] *Wiebe* (Fn. 34), S. 190; *Köhler*, AcP 182 (1982), 126 (167); *Grapentin* (Fn. 7), S. 130; *Schulz* (Fn. 139), S. 140.

[146] *Wiebe* (Fn. 34), S. 190; *Köhler*, AcP 182 (1982), 126 (167); *Grapentin* (Fn. 7), S. 130; *Schulz* (Fn. 139), S. 140; ähnlich im Kontext konditionalprogrammierter Computer bereits *Schwörbel* (Fn. 12), S. 105; a.A. *Schmidt*, AcP 166, (1966), 1 (23 f.), der von beiderseitigen Vorteilen ausgeht.

[147] *Wiebe* (Fn. 34), S. 190; *Grapentin* (Fn. 7), S. 131; *Schulz* (Fn. 139), S. 140.

Grenzen zwischen Verursachungs- und Verschuldenshaftung verwischt würden.[148] Obschon ein Erfüllungsgehilfe nicht geschäftsfähig sein muss,[149] setzt § 278 BGB zumindest die Rechtsfähigkeit voraus.[150] Ein Aktant ist jedoch gerade kein Rechtssubjekt. Würde man dieses Problem mittels einer Analogie zu übergehen versuchen, müsste man konsequenterweise auch das Erfordernis eines Verschuldens des Erfüllungsgehilfen ablehnen,[151] sodass vielmehr eine Kausalhaftung anstelle einer Verschuldenshaftung geschaffen werden würde.[152] Letztendlich würde ein an dieser Stelle zugelassener Analogieschluss dazu führen, dass auf Aktanten auch die §§ 164 ff. BGB entsprechende Anwendung fänden, um Wertungswidersprüche zu verhindern.[153] Dies ist – nach der hier vertretenen Auffassung – rechtsdogmatisch nicht begründbar. Eine analoge Anwendung des § 278 BGB für eine Verhaltenszurechnung eines Aktanten ist mithin nicht vertretbar.

2. Verschuldensunabhängige Vertragshaftung

Neben der vertraglichen Verschuldenshaftung, welche de lege lata nicht auf das Verhalten autonomer Aktanten anwendbar ist, kennt das BGB mit § 536 Abs. 1 Var. 1 BGB auch eine verschuldensunabhängige Vertragshaftung.[154] An eine entsprechende Regelung für Verträge, an welchen Aktanten beteiligt sind, lässt sich de lege ferenda denken, obgleich eine vertragliche Garantiehaftung rechtspolitisch umstritten ist.[155] Eine solche Haftungsmöglichkeit kann indes bereits vertraglich vereinbart werden respektive sich aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses ergeben.[156] Insoweit sind die Grenzen der vertraglichen Haftungsverschärfungen §§ 138, 242 BGB sowie bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen die §§ 305 ff. BGB zu beachten, obgleich das Verschuldensprinzip als Grundgedanke des Schadensersatzrechts i.S.d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. Abs. 1 BGB in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wohl nicht abbedungen werden kann.[157]

VII. Rechtsgeschäftliche Haftung de lege ferenda

So wie auch im Vertragsrecht wird auch für die rechtsgeschäftliche Haftung das Bestehen einer „Verantwortungslücke" auf Grund mangelnder rechtsdogmatisch überzeugender Lösung konstatiert. Auch hierbei wird die Lösung darin gesehen, Aktanten Rechtsfähigkeit zu verleihen, um sie zu tauglichen Adressaten von Haftungsnormen und Schuldnern von Schadensersatzansprüchen zu machen und in einem vom Gesellschaftsrecht inspirierten dezentral organisierten Register einzutragen, in welchem jedem System ein Vermögen zugeordnet wird.[158] Verwender dürften nur von einer entsprechenden Haftungsbeschränkung profitieren, sofern ihr Aktant im Register geführt wird.[159] Hierbei bleiben die unter IV. 1. ausgeführten Bedenken bestehen. Mit dem Verleihen von Teilrechtsfähigkeit und die vorgeschlagene Einführung eines § 90b BGB[160], wenngleich nach wie vor unklar ist, was „Teilrechtsfähigkeit" rechtsdogmatisch überhaupt ist, ließe sich zumindest die Problematik der Zurechnung im Rahmen der vertraglichen Schadensersatzhaftung lösen, so dass schädliches Verhalten des Aktanten seinem Verwender über § 278 BGB zugerechnet werden könnte.[161] Jener Lösungsansatz kann jedoch gerade nicht das materielle Abgrenzungsproblem lösen,[162] so dass weiterhin unklar ist, welche Hardware Erfüllungsgehilfe sein soll und welche nicht.

VIII. Zwischenergebnis und eigener Ansatz

So kann auch im Bereich der rechtsgeschäftlichen Haftung das Verleihen von (Teil-)Rechtsfähigkeit an autonome Aktanten nicht überzeugen. Hierfür besteht indes auch kein Anlass, da eine Zurechnung des Verhaltens autonomer Aktanten an ihren Verwender bereits de lege lata möglich ist. Hierbei bedarf es keiner entsprechenden Anwendung des § 278 BGB. Vielmehr ergibt sich eine verschuldensunabhängige Haftung für das Versagen eines Aktanten unmittelbar aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses gem. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB.[163] Eine solche ist aufgrund des Vertrauensschutzes des Gläubigers notwendig, welcher darauf vertrauen können muss, dass der Schuldner zumindest in solchem Maße haftet, wie er haften würde, wenn er selbst handelt.[164] Dem Gläubiger ist eine Reduktion der Schuldnerhaftung aufgrund des Einsatzes eines Aktanten durch den Schuldner nicht zuzumuten, zumal der Gläubiger von einem solchen Einsatz oft keine Kenntnis haben wird.[165] So sind auch etwaige Rückgriffe auf § 242 BGB obsolet,[166] da eine angemessene Haftungsverteilung seit der Schuldrechtsmodernisierung[167] aus § 276 Abs. 1 S. 1

[148] Hierzu *Wiebe* (Fn. 34), S. 190; vgl. *Schulz* (Fn. 139), S. 140.
[149] Anders als der Stellvertreter.
[150] *Bork* (Fn. 138), S. 523.
[151] *Grapentin* (Fn. 7), S. 131; *Schulz* (Fn. 139), S. 141.
[152] *Grapentin* (Fn. 7), S. 131.
[153] *Grapentin* (Fn. 7), S. 131.
[154] Siehe statt vieler *Häublein*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 536a Rn. 6; *Schulz* (Fn. 139), S. 141.
[155] So etwa *Schulz* (Fn. 139), S. 141; vgl. zu grundsätzlichen Bedenken einer vertraglichen Garantiehaftung, *Hau*, JuS 2003, 130 (132); *Häublein*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 536a Rn. 6.
[156] *Schulz* (Fn. 139), S. 141.
[157] BGH NJW 2006, 47; BGH NJW 2002, 1950; BGH NJW 1992, 1761; BGH NJW 1997, 1700; BGH NJW 1992, 3158; BGH NJW 1991, 2414; BGH NJW 1991, 1886.
[158] Vgl. *Gitter* (Fn. 108), S. 431; *Riehm*, RDi 2020, 42 (45); *Kleiner* (Fn. 101), S. 156 f.; *Linardatos* (Fn. 3), S. 520 ff.
[159] *Riehm*, RDi 2020, 42 (45); *Linardatos* (Fn. 3), S. 520 ff.
[160] „Autonome Systeme sind keine Personen. Auf sie sind die für Hilfspersonen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist." (*Schirmer*, JZ 2019, 711 [717]).
[161] *Riehm*, RDi 2020, 42 (47).
[162] *Riehm*, RDi 2020, 42 (47).
[163] So auch *Schulz* (Fn. 139), S. 141; *Riehm*, RDi 2020, 42 (48); vgl. *Ackermann*, Risikoallokationen durch den sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, 2011, S. 154.
[164] *Ackermann* (Fn. 163), S. 154.
[165] *Ackermann* (Fn. 163), S. 154.
[166] So bereits *Lieser*, JZ 1971, 759 (762 ff.); vgl. *Wiebe* (Fn. 34), S. 186.
[167] Für die Unmöglichkeit einer Haftung von Maschinen nach

BGB hergeleitet werden kann.[168] Zumindest kann es nicht überzeugen, einem Aktanten Rechtsfähigkeit zu verleihen, um seinen Verwender, der sich dessen letztendlich als Werkzeug bedient, aus der Verantwortlichkeit zu ziehen.[169]

IX. Ergebnis

Die Erklärung eines Aktanten wird dem Verwender unmittelbar als eigene Willenserklärung zugerechnet. Dass ihm insoweit das volle Erklärungsrisiko aufgebürdet wird, er sich indes nur im Ausnahmefall mittels Anfechtung (§ 120 BGB analog) von seiner Erklärung lösen kann, so dass ihn ggf. eine Schadensersatzpflicht nach § 122 BGB analog trifft, scheint auch nicht unbillig. Im Bereich der rechtsgeschäftlichen Haftung hat der Verwender für das Versagen seines Aktanten nach § 276 Abs. 1 S. 1 BGB verschuldensunabhängig zu haften. Am Ende sei noch ein metaphysisches und epistemisches Argument gegen die Verleihung von Rechtssubjektivität an Aktanten vorgetragen: Vernünftiges und moralisches Handeln im Sinne unserer Rechtsordnung setzt nicht nur eine äußere Pflichtmäßigkeit voraus;[170] zwar können Aktanten so programmiert sein, dass sie grundsätzlich keine Rechtsregeln verletzen, jedoch bedarf es auch einer inneren Motivation des Handelns aus Pflicht.[171] Jene Pflicht kann nur eine solche sein, welche sich das vernunftbegabte Subjekt selbst auferlegt und damit Pflicht und Freiheit in sich vereinigt.[172] Eine solche Pflicht können Aktanten sich nicht im Wege der Selbstgesetzgebung auferlegen, denn hierfür bedarf es eines moralisch-hermeneutischen Verständnisses von Regeln im Miteinander und nicht bloß formale Symbolmanipulation, so dass sie auch nicht Rechtssubjekte sein können.[173] Ein solches Verständnis besitzt ausschließlich der willensfreie Mensch.

X. Ausblick

Die Ausführungen haben gezeigt, dass das BGB durch den Einsatz von Künstlicher Intelligenz beim Vertragsschluss und der Vertragsdurchführung vor große rechtsdogmatische und politische Herausforderungen gestellt wird. Bislang gelingt es noch anhand der Regelungsmaterie des BGB, passende Antworten auf die technologischen Entwicklungen zu geben. Es kann auch nicht erstrebenswert sein, dass der Gesetzgeber auf jegliche technologischen Innovationen stets mit einer Novellierung des BGB antwortet. Dafür besteht auf Grund der Abstraktheit und daraus resultierenden Flexibilität des BGB in den meisten Fällen keine Notwendigkeit. Dennoch kann der Gesetzgeber einen Beitrag im Bereich der technischen Entwicklung leisten und den Pionieren auf dem Gebiet der Künstlichen Intelligenz durch ein umfassendes, gesamtgesetzgeberisches Vorhaben die benötigte Rechtssicherheit verschaffen.[174]

§ 276 Abs. 1 BGB a.F. auf Grund des starren Verschuldensprinzips, ausführlich etwa *Schwörbel* (Fn. 12), S. 94 ff.

[168] *Ackermann* (Fn. 163), S. 154 ff.; vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 131 f.; *Canaris*, JZ 2001, 499 ff.; *ders.*, Schuldrechtsreform, 2002, S. 13 f.

[169] So auch *Riehm*, RDi 2020, 42 (48); *Rüfner* (Fn. 7), S. 20 f.

[170] *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014, S. 19.

[171] *Auer* (Fn. 170), S. 19; vgl. auch *dies.*, RphZ 2020, 162 (165).

[172] *Auer* (Fn. 170), S. 19 f.; *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, B 1787, S. 562; *ders.*, Akademieausgabe VI, Metaphysik der Sitten, 1797, S. 237.

[173] Das mag wohl eine anthropozentrische Auslegung des Personenbegriffs sein, wie es etwa *Fischer-Lescano*, ZUR 2018, 205 ff. im Kontext der Anerkennung anderer nichthumanen Lebewesen als Rechtsperson konstatiert, jedoch spiegeln Gesetze die Voraussetzungen für einen geordneten Umgang der Menschen untereinander wider und es wäre entmenschlichend, wenn wir Maschinen eine Rechtspersönlichkeit und die Befugnis zu Vertragsabschlüssen usw. zugestehen, d.h. die gleichen Rechte wie Menschen, vgl. für jenes ontologische Argument *Eidenmüller*, ZEuP 2017, 765 ff.

[174] *Grapentin* (Fn. 7), S. 219.

Die wesentlichen Neuregelungen der Brüssel IIb-VO im Hinblick auf Kindschaftssachen

Von Stud. iur. **Corinna Pachmayr**, München*

I. Einleitung

Die europäische Verordnung EU/2019/1111 (im Folgenden: Brüssel IIb-VO) wurde am 25.6.2019 vom Europäischen Rat angenommen und am 2.7.2019 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht.[1] Die in Deutschland sog. Brüssel IIb-VO[2] regelt ebenso wie der Vorgängerrechtsakt, die Verordnung EG/2201/2003 (im Folgenden: Brüssel IIa-VO), als europäische Eheverordnung die Zuständigkeit, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung, zukünftig mit dem Zusatz der internationalen Kindesentführungen. Die Kommission bezeichnet die Eheverordnung als den „Eckpfeiler der justiziellen Zusammenarbeit in Familiensachen in der Europäischen Union“[3].

Auf der Grundlage von Art. 65 Brüssel IIa-VO legte die Europäische Kommission im April 2014 einen Bericht[4] über die Praxistauglichkeit der Brüssel IIa-VO vor. Sie kam zu dem Ergebnis, dass die Verordnung ein „gut funktionierendes Instrument [sei], das mit einem deutlichen Nutzen für die Bürger verbunden ist“[5], „die derzeit geltenden Vorschriften [trotzdem] verbessert werden könnten“[6]. Aus Gründen der Klarheit entschied sich die Kommission für eine Neufassung statt nur einzelner Ergänzungen der Brüssel IIa-VO.[7] Auf dem Vorschlag der Kommission zur Neufassung vom 30.6. 2016[8] fußend, erging im Wege eines einstimmigen Ratsbeschlusses gem. Art. 81 Abs. 3 UAbs. 1 AEUV die neue Verordnung. Im Hinblick auf Ehesachen sah die Kommission keinen großen Handlungsbedarf[9] und änderte die bestehenden Regelungen nur vereinzelt. Ausweislich des zweiten Erwägungsgrundes steht die Brüssel IIb-VO im Zeichen der Stärkung der Rechtssicherheit sowie der Erhöhung von Flexibilität und Effizienz in vor allem Kindschaftssachen betreffenden Verfahren.

Die Brüssel IIb-VO ist gem. Art. 105 Abs. 1 Brüssel IIb-VO bereits am 22.7.2019 in Kraft getreten und gilt gem. Art. 100 Abs. 1 Brüssel IIb-VO für alle ab dem 1.8.2022 eingeleiteten gerichtlichen Verfahren, förmlich errichteten oder eingetragenen öffentlichen Urkunden und eingetragenen Vereinbarungen in allen EU-Mitgliedstaaten mit Ausnahme von Dänemark.[10] Aufgrund des Brexit[11] wird das Vereinigte Königreich die Brüssel IIb-VO entgegen Erwägungsgrund 95 nicht anwenden.[12] Die Brüssel IIa-VO wird gem. Art. 104 Abs. 1 Brüssel IIb-VO mit Wirkung vom 1.8.2022 aufgehoben.

Mit der Neufassung versucht die Kommission, einen Ausgleich zwischen einerseits der Erhöhung der Effektivität und Transparenz der Vollstreckung und Verfahren in Kindschaftssachen und andererseits der Wahrung der Interessen des Kindesschutzes und -wohles zu erzielen. Dabei zeigt sich die Brüssel IIb-VO vor allem als ein „Kompromisswerk“[13] der Mitgliedstaaten, welches im Ergebnis einige zu begrüßende Neuerungen mit sich bringt. Trotzdem besteht weiterhin Reformbedarf, da die geplanten Verbesserungen nur teilweise zielführend und effizienzsteigernd umgesetzt wurden und die Verordnung insofern durchaus noch einige Defizite aufweist.

Nachfolgend werden die wesentlichen Neuregelungen der Brüssel IIb-VO im Hinblick auf Kindschaftssachen dargestellt sowie die daraus resultierenden Chancen und Probleme mit Blick auf die Praxis erörtert und bewertet.

II. Die Neufassung der Brüssel IIb-VO im Hinblick auf Kindschaftssachen

1. Anlass der Neufassung und Zielsetzung des Verordnungsgebers

Im Vorschlag über die Neufassung der Brüssel IIa-VO listet die Kommission sechs wesentliche Mängel der Verordnung

* Die *Autorin* studiert an der Ludwig-Maximilians-Universität München mit dem Schwerpunkt Internationales, Europäisches und Ausländisches Privat- und Verfahrensrecht.

[1] ABl. EU 2019 Nr. L 178, S. 1 ff.

[2] In Deutschland auch EuEheVO; in den meisten anderen Mitgliedstaaten wird die VO EU/2019/1111 als Reg. Brussels II-ter oder Bruxelles II-ter bezeichnet.

[3] COM(2016) 411 final, S. 2, abrufbar unter https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0411&from=FI (26.4.2022).

[4] COM(2014) 225 final, abrufbar unter https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2014)225&lang=de (26.4.2022).

[5] COM(2014) 225 final, S. 19 (Fn. 4).

[6] COM(2014) 225 final, S. 19 (Fn. 4).

[7] Erwägungsgrund 1 Brüssel IIb-VO.

[8] COM(2016) 411 final, S. 1 (Fn. 3).

[9] Anders noch COM(2014) 225 final, S. 5 ff. (Fn. 4). Das Problem bestand eher in der mangelnden Einigungsbereitschaft der Mitgliedstaaten, siehe z.B. *Heiderhoff*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.2.2022, EGBGB Art. 17 Rn. 130.1.

[10] ErwG 95, 96 Brüssel IIb-VO.

[11] Ausstieg des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union zum 31.1.2020, vgl. Europäische Kommission, Die Europäische Union und das Vereinigte Königreich m.w.N. abrufbar unter https://ec.europa.eu/info/strategy/relations-non-eu-countries/relations-united-kingdom_de (11.5.2022).

[12] *Jayme/Hausmann*, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 20. Aufl. 2020, VO EU/2019/1111, Nr. 162b, S. 803 Fn. 1.

[13] *Gruber/Möller*, IPRax 2020, 393 (404); vgl. auch z.B. Interinstitutional file 2016/0190 (CNS) 14810/17, Nr. 6, abrufbar unter https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14810-2017-INIT/en/pdf (26.4.2022).
sowie Interinstitutional file 2016/0190 (CNS) 14784/18, Nrn. 10, 11, abrufbar unter https://europeanciviljustice.files.wordpress.com/2018/12/brusselsii-ter-draft-30november2018.pdf (26.4.2022).

auf, die sich durch Evaluationen, Studien und die ergangenen Urteile des Europäischen Gerichtshofes in Bezug auf Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung abgezeichnet haben.

Diese Mängel betreffen

- die Anhörung des Kindes,
- das Erfordernis des Exequaturverfahrens,
- die tatsächliche Vollstreckung von Entscheidungen,
- das Verfahren der Kindesrückgabe,
- die Unterbringung des Kindes in einem anderen Mitgliedstaat und
- die Zusammenarbeit mit den Zentralen Behörden.[14]

Die genannten Mängel sollten im Rahmen der Neufassung beseitigt werden, um der zunehmenden Mobilität der Bürger und Bürgerinnen der Europäischen Union und der damit einhergehenden grenzüberschreitenden Sachverhalte durch die Verstärkung der justiziellen Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten gerecht zu werden. Der Vorschlag nennt als konkrete Ziele und Grundsätze der Neufassung die Weiterentwicklung des europäischen Raum des Rechts und der Grundrechte auf der Grundlage gegenseitigen Vertrauens, die Beseitigung verbleibender Hindernisse nach dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung für den freien Verkehr von gerichtlichen Entscheidungen sowie die Erhöhung des Schutzes des Kindeswohls durch Erhöhung der Effizienz und Vereinfachung der Verfahren.[15]

2. Wesentliche Änderungen im Bereich der elterlichen Verantwortung und Kindschaftssachen

a) Sachlicher Anwendungsbereich: Kodifikation der Definition Kind

Bezüglich der Änderungen im sachlichen Anwendungsbereich ist vor allem die lang erwartete Kodifikation des Begriffs des Kindes hervorzuheben. In der Brüssel IIa-VO fehlt eine solche Definition. Dies birgt die Gefahr negativer Kompetenzkonflikte, z.B. wenn das angerufene Gericht im konkreten Fall unzuständig ist, das Kind vom tatsächlich zuständigen Aufenthaltsgericht jedoch schon als volljährig behandelt wird.[16]

Nach Art. 2 Abs. 2 Nr. 6 Brüssel IIb-VO gilt als Kind „jede Person unter 18 Jahren". Die Begriffsbestimmung ist verordnungsautonom und kohärent mit den Regelungen des HAdoptÜ, dem KSÜ und dem ESÜ.[17] Dadurch werden Überschneidungen und Lücken zwischen den verschiedenen Rechtsinstrumenten vermieden[18] und für Rechtssicherheit gesorgt[19].

b) Recht des Kindes auf Meinungsäußerung, Art. 21 Brüssel IIb-VO

aa) Bisherige Rechtslage unter der Brüssel IIa-VO

Eine der wichtigsten Neuerungen in der Brüssel IIb-VO ist die Normierung des Rechts des Kindes auf Meinungsäußerung. Unter der Brüssel IIa-VO ist gem. Art. 11 Abs. 2 nur in einem HKÜ-Rückgabeverfahren lediglich sicherzustellen, dass das Kind entsprechend seines Alters und Reifegrades die Möglichkeit hat, während des Verfahrens angehört zu werden.[20] Die Umsetzung einer Pflicht zur Anhörung in allen Verfahren der elterlichen Verantwortung wäre auch in der Brüssel IIb-VO nicht nötig gewesen, da dies bereits aus z.B. Art. 24 Abs. 1 EU-Grundrechtecharta, Art. 12 UN-Kinderrechtskonvention oder Art. 6, 8 EMRK folgt und als höherrangiges Recht vorrangig zu berücksichtigen ist.[21] In den genannten Rechtsakten und auch in Art. 11 Abs. 2 Brüssel IIa-VO ist nur geregelt, dass eine solche Anhörung grundsätzlich durchzuführen ist, nicht jedoch die konkrete Art der Durchführung. Daher wird die Anhörung des Kindes im internationalen Vergleich sehr unterschiedlich gehandhabt.[22] Dies birgt die Gefahr, dass das Gericht, welches die Entscheidung anerkennen soll, sich auf den Versagungsgrund des Art. 23 lit. b Brüssel IIa-VO beruft, wenn die Anhörung aus seiner Sicht nicht nach den erforderlichen Standards vonstattenging. Das Gericht legt bei der Prüfung zumeist den nationalen Verfahrensstandard als Maßstab an. Dieser weicht mitunter erheblich von dem des Gerichts des Mitgliedstaates, in dem die Entscheidung ergangen ist, ab.[23] Im Umkehrschluss müssten die Gerichte des Ursprungsstaates ihre Verfahrensstandards an jenen des anzuerkennenden Staates ausrichten und in jedem Verfahren neu anpassen. Diese Vorgehensweise ist nicht effizient. Zur Vereinfachung und Vereinheitlichung der Verfahren wünschen sich daher einige Stimmen in der

[14] COM(2016) 411 final, S. 3 ff. (Fn. 3).
[15] COM(2016) 411 final, S. 2 (Fn. 3).
[16] *Rauscher*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5. Aufl. 2020, Brüssel IIa-VO Art. 1 Rn. 24.
[17] *Gruber/Möller*, IPRax 2020, 393; *Musseva*, ERA Forum (2020), Vol. 21, 129 (131).
[18] ErwG 17 Brüssel IIb-VO.
[19] *Thorn/Varón Romero*, IPRax 2021, 15 (21).

[20] *Antomo*, in: Pfeiffer/Lobach/Rapp (Hrsg.), Europäisches Familien- und Erbrecht, 2020, S. 13 (42 f.).
[21] ErwG 19 Brüssel IIb-VO; *Antomo* (Fn. 20), S. 43; *Sonnentag*, in: Pfeiffer/Wittmann/Escher (Hrsg.), Europäisches Familienrecht im Spiegel deutscher Wissenschaft und Praxis, 2018, S. 9 (32).
[22] COM(2016) 411 final, S. 5 (Fn. 3); *Antomo* (Fn. 20), S. 43; *Niethammer-Jürgens/Reuter*, FamRB 2015, 98 (99); *Weller*, IPRax 2017, 222 (227).
[23] So etwa auch in EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C-491/10 PPU (Aguirre Zarraga): Das spanische Gericht sah die Anforderungen an die Anhörung des Kindes aus seiner Sicht als erfüllt an. Anders das deutsche Gericht, welches sich der Vollstreckung der Entscheidung entgegenstellen wollte, da es der Pflicht zur Anhörung seitens des spanischen Gerichts als nicht nachgekommen ansah; vgl. im Übrigen Interinstitutional file 2016/0190 (CNS) 9317/17 Nr. 11, abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXV/EU/14/40/EU_144032/imfname_10721409.pdf (26.4.2022); *Heiderhoff*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, Brüssel IIa-VO Art. 23 Rn. 14; *Antomo* (Fn. 20), S. 43; *Kohler/Pintens*, FamRZ 2018, 1369 (1370); *Weller*, IPRax 2017, 222 (227).

Literatur feste Altersgrenzen und Modalitäten für die Anhörung des Kindes.[24]

bb) Neue Rechtslage unter der Brüssel IIb-VO

Mit Art. 21 Brüssel IIb-VO werden erweiterte Regelungen zu einem Recht des Kindes auf Meinungsäußerung normiert und damit erstmals ein Verfahrensgrundrecht für das Erkenntnisverfahren kodifiziert[25]. Auf Art. 21 Brüssel IIb-VO stützend finden sich die weiteren Vorschriften zur Kindesanhörung in den Art. 26, 39 Abs. 2 sowie Art. 68 Abs. 3 Brüssel IIb-VO. Die Modalitäten der Anhörung bleiben gem. Art. 21 Abs. 1 Brüssel IIb-VO weiterhin den nationalen Rechtsvorschriften überlassen. Eine Harmonisierung von Verfahrensmindeststandards der Kindesanhörung bleibt weiterhin aus und somit Sache der Mitgliedstaaten.[26] Die Vorschrift regelt also nur, dass das Kind überhaupt angehört werden muss, nicht jedoch das Wie der Anhörung.[27]

Eine absolute Verpflichtung zur Anhörung gibt es nach wie vor nicht. Dem Kind soll grundsätzlich eine „echte und wirksame Gelegenheit zur Meinungsäußerung gegeben werden“[28]. Die jeweiligen Richter müssen bei ihrer Entscheidung die Ergebnisse der Anhörung bei der Bewertung des Kindeswohls in angemessenem Maße berücksichtigen[29], dem Willen und den Wünschen des Kindes aber nicht entsprechen[30]. Trotzdem ist Art. 21 Brüssel IIb-VO nicht als lediglich deklaratorischer Hinweis auf das Recht des Kindes auf Meinungsäußerung zu werten[31] oder gar als „Leerformel“[32] anzusehen, da eine Anhörung immer bereits dann erfolgen muss, wenn das Kind fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden. Das Alter, ab dem die Anhörung als zwingend erforderlich angesehen wird, divergiert in der internationalen Ansicht sehr stark.[33] Die verbindliche Festsetzung von Altersgrenzen und Standards für die Anhörung ist vom Verordnungsgeber aber gerade nicht gewollt. Die unterschiedlichen Rechtssysteme und -traditionen der Mitgliedstaaten sollen im Rahmen der Verordnung vorrangig geachtet werden.[34] Im Lichte des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens[35] wird die Regelung des Wie der Anhörung weiterhin den Mitgliedstaaten überlassen. Die Festsetzung einer festen Altersgrenze ist darüber hinaus aufgrund der sehr unterschiedlichen Entwicklung von Kindern[36] schwierig und würde einer flexiblen Beurteilung im Einzelfall[37] entgegenstehen.

Die Kodifikation des Rechtes des Kindes auf Meinungsäußerung ist in der Gesamtschau eine gelungene Änderung. Entscheidungen in Verfahren die elterliche Verantwortung betreffend ziehen oftmals schwerwiegende Folgen nach sich. Wird einem Elternteil das Sorgerecht entzogen oder der Umgang mit dem Kind verboten, kann dies in Entfremdung und der nachhaltigen (Zer-)Störung der Eltern-Kind-Beziehung resultieren.[38] Auch, wenn es sinnvoll erscheint, eine Entscheidung mit derart nachhaltigen Auswirkungen nur unter vorheriger Berücksichtigung des Kindeswillens zu treffen, ist die entsprechende Anhörung in der Vergangenheit häufiger unterblieben.[39]

Der Kommissionsvorschlag sah neben der Normierung einer expliziten Pflicht zur Anhörung die ersatzlose Streichung des Versagungsgrundes in Art. 23 lit. b Brüssel IIa-VO vor. Danach wird eine Entscheidung nicht anerkannt, wenn das Kind im Ursprungsstaat nicht angehört wurde. Die Streichung mutet widersprüchlich an, da eine Verletzung der Pflicht zur Anhörung praktisch folgenlos geblieben wäre[40] und somit auch eine Entscheidung, welche die Kindesinteressen überhaupt nicht berücksichtigt, von allen Mitgliedstaaten anzuerkennen wäre[41]. Es ist nur konsequent, dass der Vorschlag

---

[24] *Antomo* (Fn. 20), S. 45, 57; *Sonnentag* (Fn. 21), S. 35; Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses v. 21.4.2017, ABl. EU 2017 Nr. C 125, S. 46, 2.20.

[25] *Schulz*, FamRZ 2020, 1141 (1144).

[26] *Blackburn/Michaelides*, IFLW 2019, 252 (254).

[27] *Antomo* (Fn. 20), S. 45; *Kohler/Pintens*, FamRZ 2019, 177 (178).

[28] ErwG 39 Brüssel IIb-VO, zugleich Kodifikation der Rechtsprechung des EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C-491/10 PPU (Aguirre Zarraga), Rn. 66.

[29] ErwG 39 Brüssel IIb-VO; Art. 21 Brüssel IIb-VO stellt also eine doppelte Pflicht auf: erstens die Pflicht zur Anhörung des Kindes und zweitens die Pflicht zur angemessenen Berücksichtigung der geäußerten Kindesmeinung, *Antomo* (Fn. 20), S. 44.

[30] *Jurik*, Le «nouveau» Règlement Bruxelles II-ter, S. 4, abrufbar unter https://revue-jade.eu/article/view/2934 (26.4.2022).

[31] *Weller*, IPRax 2017, 222 (227).

[32] *Antomo* (Fn. 20), S. 45.

[33] *Sonnentag* (Fn. 21), S. 33 f.: Keine Altersgrenze z.B. in Frankreich, Finnland oder Lettland. In Österreich ist die Altersgrenze bei zehn Jahren festgesetzt (§ 105 Abs. 1 AußStrG), in Deutschland bei 14 Jahren (§ 159 Abs. 1 FamFG); In der deutschen Gerichtspraxis hat sich bewährt, das Kind regelmäßig ab dem Alter von drei Jahren anzuhören, zur Rspr. z.B. BVerfG, Beschl. v. 23.3.2007 – 1 BvR 156/07 = NJOZ 2007, 2411 (2415); *Balloff*, FamRZ 2019, 938; *Borth/Grandel*, in: Musielak/Borth, Familiengerichtliches Verfahren, 6. Aufl. 2018, FamFG § 159 Rn. 3.

[34] ErwG 3 Brüssel IIb-VO.

[35] ErwG 3 Brüssel IIb-VO.

[36] *Balloff*, FamRZ 2019, 938 ff.

[37] *Brosch*, GPR 2020, 179 (184).

[38] Dies kann auch zum sog. PA-Syndrom (parental alienation syndrome) führen, bei dem das Kind infolge von Sorge- und Umgangsrechtsstreitigkeiten permanent zu Unrecht den nicht (umgangs- bzw. sorge-)berechtigten Elternteil herabsetzt und/oder beleidigt, vgl. z.B. *Gardner*, Should Courts Order PAS Children to Visit/Reside with the Alienated Parent? A Follow-up Study, in: The American Journal of Forensic Psychology, 2001, 19(3): 61–106.

[39] Z.B. EGMR, Urt. v. 8.7.2003 – 30943/96 (Sahin/Deutschland), = FPR 2004, 350.

[40] *Antomo* (Fn. 20), S. 43; Stellungnahme der BRAK Nr. 28/2016, S. 6 sub. 2.8, abrufbar unter https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2016/august/stellungnahme-der-brak-2016-28.pdf (26.4.2022).

[41] *Antomo* (Fn. 20), S. 43.

der Streichung vom Rat nicht angenommen wurde. Der Versagungsgrund des Art. 23 lit. b Brüssel IIa-VO ist fortan in modifizierter Form in Art. 39 Abs. 2 Brüssel IIb-VO kodifiziert und stellt darauf ab, ob dem Kind die Möglichkeit zur Meinungsäußerung gem. Art. 21 Brüssel Ib-VO gegeben wurde. Durch die Formulierung als Kann-Vorschrift wird dem Gericht hinsichtlich der Versagung der Anerkennung der Entscheidung ein Ermessensspielraum eingeräumt und verdeutlicht, dass die Versagung künftig nur noch in Ausnahmefällen erfolgen soll.[42] Die frühere Möglichkeit zur Versagung aufgrund nationaler Anhörungsstandards fällt weg, da nur noch auf den autonomen Standard[43] des Art. 21 Brüssel IIb-VO der grundsätzlichen Pflicht zur Anhörung zu erkennen ist.

c) Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen: Abschaffung des Exequaturverfahrens

aa) Bisherige Rechtslage unter der Brüssel IIa-VO

Eine der bedeutendsten Vorschläge der Kommission war die Abschaffung der Vollstreckbarerklärung für grenzüberschreitende Entscheidungen.[44]

In einem solchen Exequaturverfahren wird die in einem anderen Mitgliedstaat ergangene Entscheidung für vollstreckbar erklärt.[45] Das Vollstreckungsverfahren richtet sich gem. Art. 47 Abs. 2 Brüssel IIa-VO nach den jeweiligen nationalen Vorgaben. Bislang werden Entscheidungen, die in einem Mitgliedstaat ergangen sind, in einem anderen Mitgliedstaat gem. Art. 21 Abs. 1 Brüssel IIa-VO i.V.m. Erwägungsgrund 21 grundsätzlich ipso iure anerkannt. Bei grenzüberschreitenden Entscheidungen, die die elterliche Verantwortung betreffen, ist aber gem. Art. 28 Abs. 1 Brüssel IIaVO eine Vollstreckbarerklärung notwendig, die nur aus den abschließenden Gründen des Art. 23 Brüssel IIa-VO versagt werden kann. Für wenige Ausnahmen, den sog. privilegierten Entscheidungen[46], ist das Exequaturverfahren bereits abgeschafft, namentlich den Entscheidungen über das Umgangsrecht und einer speziellen Konstellation der Rückgabe des Kindes, vgl. Art. 40 ff. Brüssel IIa-VO. Die Vollstreckung derer kann nur aufgrund der Unvereinbarkeit mit einer später ergangenen Entscheidung versagt werden, Art. 47 Abs. 2 Brüssel IIa-VO.[47] In diesen Fällen ist eine Privilegierung der Entscheidungen sinnvoll, da durch ein lang andauerndes Verfahren die Gefahr der Entfremdung und der nachhaltigen Schädigung der Beziehung von Kind und dem nicht sorgeberechtigten Elternteil[48] entsteht.[49] Nach der Ansicht der Kommission stellt das Erfordernis des Exequaturs im Kindschaftsrecht ein „Hindernis für den freien Verkehr von gerichtlichen Entscheidungen“[50] dar und birgt für Eltern und Kind mitunter einen hohen Zeit- und Kostenaufwand[51]. Daher sollte es aus Gründen der Effizienz und Ressourcenschonung vollständig abgeschafft werden.[52]

bb) Neue Rechtslage unter der Brüssel IIb-VO

Fortan ist gem. Art. 34 Abs. 1 Brüssel IIb-VO i.V.m. Erwägungsgrund 58 für sämtliche Entscheidungen die elterliche Verantwortung betreffend keine Vollstreckbarerklärung mehr erforderlich.[53] Die Vollstreckung erfolgt unmittelbar[54] auf der Basis von standardisierten Formularen, die durch das Ursprungsgericht ausgefüllt werden, Art. 35 f. Brüssel IIb-VO. Die Gründe für die Versagung der Vollstreckung finden sich nunmehr in den Art. 41 Brüssel IIb-VO i.V.m. Art. 39 Brüssel IIb-VO. Davon ausgenommen sind weiterhin die oben genannten Privilegierungsgründe (jetzt in Art. 42 ff., Art. 50 Brüssel IIb-VO).

Die Gründe für die vollständige Abschaffung des Exequaturverfahrens sind durchaus nachvollziehbar, da vor allem im Bereich der Kindesentführungen regelmäßig schnelles Handeln geboten ist, um das Kind möglichst minimaler psychischer Gefährdung auszusetzen[55]. In den für diese Gründe relevanten Konstellationen ist jedoch schon de lege lata mit den privilegierten Entscheidungen keine Vollstreckbarerklärung erforderlich.[56] Nicht nachvollziehbar ist, warum gerade in dem sensiblen Bereich des Kindschaftsrechts die Vollstreckbarerklärung abgeschafft wird, während sie in den vermögensrechtlichen Bereichen[57] unverändert erforderlich bleibt[58]. Die Abschaffung erweckt den Eindruck, als wollte einem europäischen Trend der Rechtsakte der zweiten Generation gefolgt werden[59] und hat nach mehreren Stimmen in der Literatur

[42] *Antomo* (Fn. 20), S. 46.
[43] *Antomo* (Fn. 20), S. 46.
[44] COM(2016) 411 final, S. 4 f., 16 f. (Fn. 3).
[45] COM(2016) 411 final, S. 4 (Fn. 3).
[46] *Kohler/Pintens*, FamRZ 2019,1477 (1479).
[47] *Solomon*, FamRZ 2005, 1409 (1419).
[48] Beispielhaft EGMR, Urt. v. 15.1.2015 – 4.097/13 (M.A./Österreich) = NLMR 2015, 43 (47 Rn. 136).
[49] Vgl. schon *Rauscher* (Fn. 16), Brüssel IIa-VO Art. 40 Rn. 5 zu den Privilegierungen i.R.d. Art. 40 ff. Brüssel IIa-VO; SWD(2016) 207 final, S. 55, sub. 5.1, abrufbar unter https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=SWD(2016)207&lang=en (26.4.2022) und *Sonnentag* (Fn. 21), S. 30.
[50] COM(2016) final 411, S. 4 (Fn. 3).
[51] ErwG 58 Brüssel IIb-VO; COM(2014) 225 final, S. 11 (Fn. 4); COM(2016) final 411, S. 9, 16 (Fn. 3). Der Vorschlag der Kommission gibt Kosten von bis zu 4.000 € pro Exequatur und eine Verfahrensverzögerung von mehreren Monaten an.
[52] Siehe schon oben Fn. 15; COM(2014) 225 final, S. 16 f. (Fn. 4); so auch die Ansicht der BRAK, Stellungnahme Nr. 28/2016 (Fn. 40), S. 9 sub. 4.1.
[53] Die Brüssel IIb-VO folgt demselben Kompromissmodell wie schon die Brüssel Ia-VO, dazu *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl. 2021, Rz. 14.1.
[54] *Heiderhoff* (Fn. 23), Brüssel IIa-VO Art. 32 Rn. 2.
[55] *Sonnentag* (Fn. 21), S. 31 Fn. 93.
[56] *Antomo* (Fn. 20), S. 49.
[57] Siehe Art. 43 EuErbVO, Art. 42 EuGüVO und Art. 42 EuPartVO.
[58] *Antomo* (Fn. 20), S. 48; *Sonnentag* (Fn. 21), S. 31.
[59] Die Vollstreckbarerklärung wird für immer mehr Verordnungen abgeschafft, vgl. *Jayme/Hausmann* (Fn. 12), Brüssel Ia-VO, Nr. 160, S. 650 Fn. 57; *Rauscher* bezeichnet die Abschaffung des Exequaturverfahrens ironisch als „Lieblingsziel“

primär symbolischen Charakter[60]. Die Entscheidung erscheint überstürzt, da es bisher keine Vereinbarungen zu verfahrensrechtlichen Mindeststandards zwischen den Mitgliedstaaten gibt.[61] Die Folge des automatischen Eintritts der Vollstreckbarkeit ist, dass selbst ordre public-widrige Entscheidungen automatisch vollstreckt werden, wenn der Antragsgegner keine Maßnahmen gegen die Vollstreckung ergreift. Dieser kann de lege ferenda gem. Art. 59 Brüssel IIb-VO im Zweitstaat die Versagung der Vollstreckung selbst (nicht mehr: Vollstreckbarerklärung) beantragen.[62] Die Verlagerung des Verfahrensrisikos auf einen möglicherweise passiven Antragsgegner erscheint im Hinblick auf das Kindeswohl unbillig.[63] Die Argumentation, dass das Exequaturverfahren in über 90 % der Fälle eine reine „Formalität"[64] wäre, da „[…] Rechtsbehelfe gegen die Entscheidung, die Vollstreckbarerklärung zu erteilen, [selten] Erfolg haben"[65], ist ebenso fehlgehend: Das Ziel von Kosten- und Zeitersparnis[66] darf nicht pauschal über das Wohl und den Schutz des individuellen Kindes im Einzelfall gestellt werden[67].

Diesen Einwänden versucht der Rat mit einigen Regelungen zu Aussetzungs- und Versagungsgründen[68] und Verweisen auf nationales Recht bezüglich der Geltendmachung durch eine Partei oder von Amts wegen[69] entgegenzutreten. Art. 56 Brüssel IIb-VO enthält eine Mindestharmonisierung der Gründe, durch die die Vollstreckung ganz oder teilweise ausgesetzt werden kann.[70] Die noch im Kommissionsvorschlag zur Brüssel IIb-VO in Art. 40 Abs. 2 geplante ordre public-Klausel[71] zur Vollstreckungsversagung ist nun in Art. 56 Abs. 4 Brüssel IIb-VO an den strengeren Maßstab der konkreten schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens des Kindes gebunden.[72] Art. 57 Brüssel IIb-VO geht sogar noch weiter und öffnet die Versagung den allgemeinen, im nationalen Recht des jeweiligen Vollstreckungsstaates vorgesehenen Gründen.[73]

Insgesamt ist die Regelung zu den Aussetzungs- und Versagungsgründen positiv zu bewerten, da der Vollstreckungsmitgliedstaat die Möglichkeit hat, einer eigentlich anzuerkennenden Entscheidung in Extremfällen die praktische Wirksamkeit zu nehmen[74]. Somit verbleibt er nicht völlig handlungsunfähig und muss sich der fremden Entscheidung nicht gänzlich unterwerfen. In der Praxis könnte dies aber die Problematik aufwerfen, dass die Gerichte die weggefallene Vollstreckbarerklärung durch eine großzügige Verwendung der nationalen Versagungsgründe zu kompensieren versuchen werden.[75]

Die Widersprüche zwischen dem theoretischen Gesetzeswortlaut und der komplizierten praktischen Umsetzung verleihen dem – ohnehin schon unüberschaubaren und intransparenten[76] – System im Ergebnis den Charakter einer Hauruckaktion, in der es maßgeblich darum ging, dass sich die Mitgliedstaaten auf irgendeinen Kompromiss[77] einigen. Ob die Änderungen also eine deutliche Verbesserung gegenüber der Vorfassung bringen werden, bleibt abzuwarten.

d) Verfahren der Kindesrückgabe bei einer internationalen Kindesentführung

aa) Allgemeines

Eine wesentliche Überarbeitung haben die Regelungen zur internationalen Kindesentführung erfahren. Unter einer internationalen Kindesentführung wird gem. Art. 2 Abs. 2 Nr. 11 Brüssel IIb-VO das „widerrechtliche Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes" verstanden. Bisher ist das gesamte Verfahren zur Rückgabe des Kindes zentral in Art. 11 Brüssel IIa-VO geregelt. Es ist ein „zentrales Anliegen"[78] der Neufassung, das komplexe und intransparente Verfahren der Kindesrückgabe zu systematisieren und verständlicher zu gestalten. Diese, das HKÜ-Rückgabeverfahren ergänzenden Vorschriften, sind zukünftig in einem eigenen Kapitel in den Art. 22–29 Brüssel IIb-VO geregelt. Die Regelungen sind gem. Art. 96 Brüssel IIb-VO in Einklang mit dem HKÜ anzuwenden.

Die letzte statistische Erhebung zur Anzahl der internationalen Kindesentführungen fand im Jahre 2015 im Rahmen

der Kommission und empfiehlt die Abkehr von derartigen Plänen, vgl. *Rauscher* (Fn. 16), Einl Brüssel IIa-VO Rn. 60.

[60] *Mäsch*, in: Kindl/Meller-Hannich, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 4. Aufl. 2021, Brüssel IIa-VO Art. 33 Rn. 24 m.w.N.; *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2020, S. 297 Rn. 8.

[61] *Sonnentag* (Fn. 21), S. 32; in diese Richtung auch *Pirrung*, in: Liber amoricum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018, 2018, S. 403 (416 f.).

[62] *Mäsch* (Fn. 60), Brüssel IIa-VO Art. 33 Rn. 4.

[63] *Antomo* (Fn. 20), S. 49; *Sonnentag* (Fn. 21), S. 32; *Weller*, IPRax 2017, 222 (227).

[64] Interinstitutional file 2016/0190 (CNS) 14810/17, Nr. 13 (Fn. 13).

[65] Interinstitutional file 2016/0190 (CNS) 14810/17, Nr. 13 (Fn. 13).

[66] ErwG 58 Brüssel IIb-VO.

[67] *Antomo* (Fn. 20), S. 49.

[68] Siehe Art. 56 f. Brüssel IIb-VO.

[69] ErwG 54, 62 Brüssel IIb-VO.

[70] *Schulz*, in: Budzikiewicz u.a. (Hrsg.), Standards und Abgrenzungen im internationalen Familienrecht, 2019, S. 93, 103.

[71] *Kohler/Pintens*, FamRZ 2016, 1509 (1517).

[72] *Antomo* (Fn. 20), S. 49; Diese Regelung entspricht Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ und ist ebenso restriktiv anzuwenden, vgl. *Gruber/Möller*, IPRax 2020, 393 (396); *Schulz* (Fn. 70), S. 106 Fn. 43 m.w.N.

[73] *Mäsch* (Fn. 60), Brüssel IIa-VO Art. 33 Rn. 24.

[74] *Gruber/Möller*, IPRax 2020, 393 (396).

[75] *Antomo* (Fn. 20), S. 50; *Mansel/Thorn/Wagner*, IPRax 2020, 97 (103).

[76] *Antomo* (Fn. 20), S. 51.

[77] Schon in den Orientierungsaussprachen taten sich die Delegationen schwer, eine Lösung zu erzielen, vgl. Interinstitutional file 2016/0190 (CNS) 14810/17, Nrn. 6, 18, 19 (Fn. 13) und Interinstitutional file 2016/0190 (CNS) 9227/18, Nr. 20, abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXVI/EU/02/25/EU_22568/imfname_10811302.pdf (29.4.2022).

[78] *Heiderhoff* (Fn. 23), Brüssel IIa-VO Art. 11 Rn. 2.

der Haager Konferenz statt. 76 der damals 93 Vertragsstaaten haben ihre Daten zur Statistik beigesteuert. Demnach wurden im Jahre 2015 2.652 Anträge auf Rückgabe eines Kindes gestellt.[79] In Fällen von Kindesentführungen ist rasches und effizientes Handeln angezeigt, um den faktischen status quo ante möglichst schnell wiederherzustellen[80] und die psychischen Auswirkungen auf das Kind möglichst gering zu halten.

bb) Verkürzung der Verfahrensdauer

(1) Bisherige Rechtslage unter der Brüssel IIa-VO

In der Brüssel IIa-VO sind keine Fristen für die Verfahrensdauer festgelegt. Art. 11 Abs. 3 Brüssel IIa-VO enthält lediglich die vage gehaltene Angabe, dass das Gericht des Zufluchtsstaates schnell über den Antrag zu entscheiden hat. Art. 11 Abs. 3 UAbs. 2 Brüssel IIa-VO konkretisiert dies dahingehend, dass das Gericht seine Anordnung grundsätzlich spätestens nach sechs Wochen erlassen soll. In der Praxis wurde diese Frist häufig nicht eingehalten. Dies ist vor allem auf die fehlende Bestimmtheit der Regelung und der fehlenden Spezialisierung der mit den Rückgabeanträgen befassten Gerichte zurückzuführen.[81]

(2) Neue Rechtslage unter der Brüssel IIb-VO

Art. 24 Abs. 1 Brüssel IIb-VO verlangt für den Antrag über die Rückgabe des Kindes das national zügigste Verfahren eines Mitgliedstaates. Jedenfalls muss das erstinstanzliche Gericht gem. Art. 24 Abs. 2 Brüssel IIb-VO grundsätzlich innerhalb von sechs Wochen nach der Anrufung die Entscheidung erlassen, ebenso das Berufungsgericht, Art. 24 Abs. 3 Brüssel IIb-VO. Weiterhin soll auch die tatsächliche Vollstreckung der Rückführungsentscheidung gem. Art. 28 Abs. 1 Brüssel IIb-VO innerhalb der sechswöchigen Frist ergehen. Die ebenfalls für die Behörden geplante sechswöchige Bearbeitungsfrist sowie die Beschränkung auf nur einen Rechtsbehelf[82] wurden schließlich doch nicht eingeführt.[83]

Der Vorschlag sah außerdem eine verbindliche Bündelung der örtlichen Zuständigkeit bei einer begrenzten Anzahl von Gerichten vor[84], während der Verordnungstext nur eine dahingehende Empfehlung abgibt[85].

Grundsätzlich ist die Verkürzung der Verfahrensdauer und die damit einhergehende Steigerung der Effizienz innerhalb der Verfahren mit Blick auf das Kindeswohl zu begrüßen. Welche Konsequenzen eine Überschreitung der zulässigen Fristen nach sich zieht, regelt die Brüssel IIb-VO jedoch nicht. Nach Art. 28 Abs. 2 Brüssel IIb-VO kann die antragstellende Partei lediglich die Angabe von Gründen für die Verzögerung der Entscheidungsvollstreckung verlangen. Wie die Einhaltung der Fristen durchgesetzt werden soll, ist nicht klar[86], zumal die Verfahren bisher deutlich länger dauern als durch die neuen Regelungen angestrebt[87].

Die Regelung wirkt im Ergebnis gut gemeint, ist aber letztendlich nicht ganz durchdacht. Es ist zu hoffen, dass die Mitgliedstaaten eine entsprechende Sanktionierung in die nationalen Rechtsvorschriften aufnehmen werden.[88]

cc) Alternative Streitbeilegung und Mediation

Die Brüssel IIa-VO enthält keine Vorschriften zu alternativer Streitbeilegung oder Mediation.

Gem. Art. 25 Brüssel IIb-VO fordert das Gericht die Parteien frühestmöglich dazu auf, eine Mediation oder ein alternatives Streitbeilegungsverfahren in Betracht zu ziehen, allerdings unter der Bedingung, dass das Verfahren dadurch nicht verzögert wird. Die Vorschrift ist an sich positiv zu sehen, da sich durch einvernehmliche Konfliktlösungen die Beziehungen zwischen den gegnerischen Parteien weniger verhärten, als wenn ein Gericht die Entscheidung fällt.[89] Eine schnelle und effiziente Mediation erscheint jedoch paradox, da Fälle des Kindschaftsrechts zumeist sehr konfrontativ und emotional aufgeladen sind.[90] Der proaktive Kommissionsvorschlag, nach welchem dem Gericht eine Prüfungskompetenz hinsichtlich der Machbarkeit einer Mediation zugekommen wäre, hätte einen höheren Anreiz diesbezüglich schaffen können.[91] Trotzdem ist das grundsätzliche Aufnehmen einer solchen Regelung in die Verordnung als positiv zu würdigen, auch, wenn es noch Ausbaubedarf gibt.

---

[79] *Lowe/Stephens*, A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Preliminary Document No. 11 A, February 2018, S. 5, abrufbar unter https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf (29.4.2022).

[80] *Pirrung*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2018, EGBGB Vorb. C zu Art. 19, Brüssel IIa-VO Art. 11 Rn. C 65; *Schulz*, FamRZ 2018, 797 (808).

[81] COM(2016) 411 final, S. 3, (Fn. 3).

[82] COM(2016) 411 final, S. 14 (Fn. 3).

[83] Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss hätte eine solche „6+6+6-Frist" hingegen sehr begrüßt und die Beschränkung auf einen Rechtsbehelf für vertretbar gehalten, vgl. Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses v. 21.4.2017, ABl. EU 2017 Nr. C 125, S. 46, 2.14–2.17.

[84] COM(2016) 411 final, S. 15, dort Art. 22 (Fn. 3).

[85] ErwG 41 Brüssel IIb-VO; *Gruber/Möller*, IPRax 2020, 393 (398).

[86] *Brosch*, GPR 2020, 179 (185).

[87] Die durchschnittliche Verfahrensdauer beträgt unter der Brüssel IIa-VO bis zu 165 Tage, vgl. COM(2016) 411 final, S. 14 (Fn. 3).

[88] In der Vergangenheit ist es in solchen Fällen häufiger dazu gekommen, dass Eltern als letzte Möglichkeit den Weg nach Straßburg per Individualbeschwerde auf Schadensersatz für Verfahrensverzögerungen bestreiten mussten, siehe z.B. EGMR, Urt. v. 15.1.2015 – 4.097/13 (M.A./Österreich) = NLMR 2015, 43.

[89] Haager Konferenz für Internationales Privatrecht, Leitfaden Mediation, 2012, Rn. 33, abrufbar unter https://assets.hcch.net/docs/e81512d7-8352-4841-a8bd-64ff3dd83465.pdf (29.4.2022).

[90] *Jurik* (Fn. 30), S. 7.

[91] COM(2016) 411 final, S. 47, dort Art. 23 Abs. 2 (Fn. 3).

e) Grenzüberschreitende Zusammenarbeit

aa) Zusammenarbeit zwischen den Behörden und Gerichten

Mit den Art. 53 ff. Brüssel IIa-VO wurde bereits ein wichtiger Schritt in Richtung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit zwischen den Zentralen Behörden und Gerichten getan.

Im Wege der Verbesserung der justiziellen Zusammenarbeit wurden die Regelungen durch einen klaren Rechtsrahmen in den Art. 76 ff. Brüssel IIb-VO präzisiert und wesentlich detaillierte Regelungen ausgearbeitet.[92] Mit Art. 80 Brüssel IIb-VO wird den Behörden eine hinreichende Rechtsgrundlage hinsichtlich der Ersuche um Sozialberichte geboten. Informationsanfragen an die zentralen Behörden resultierten häufig in monatelange Verfahrensverzögerungen.[93] Die Frist zur spätesten Beantwortung einer solchen Anfrage seitens der Behörden wird durch Art. 80 Abs. 4 Brüssel IIb-VO auf drei Monate verkürzt. Die neue Rechtsgrundlage des Art. 86 Brüssel IIb-VO unterstützt die Möglichkeit der direkten Zusammenarbeit zwischen den mitgliedschaftlichen Gerichten. Erfreulich ist die explizite Erwähnung der Möglichkeit der Kooperation auch über Richternetzwerke[94], da sich diese in den vergangenen Jahren etabliert und bewährt haben[95].

bb) Unterbringung des Kindes in einem anderen Mitgliedstaat

(1) Bisherige Rechtslage unter der Brüssel IIa-VO

Das Verfahren der Unterbringung des Kindes in einem anderen Mitgliedstaat gem. Art. 56 Brüssel IIa-VO ist bislang recht kompliziert. Sowohl das Ob als auch das Wie der Zustimmung über die Unterbringung richten sich nach dem Recht des Zielstaates.[96] Das Verfahren bis zur endgültigen Feststellung, dass die erforderliche Zustimmung der für die Unterbringung zuständigen Behörden im Aufnahmestaat erteilt wurde, ist komplex und langwierig.[97] Der Grund dafür ist unter anderem die deutlich von den Regelungen zu den Zustimmungs- und Konsultationsverfahren divergierenden Anforderungen, da diese dem nationalen Recht des jeweiligen Mitgliedstaates unterliegen.[98]

Sehr häufig erfolgt die grenzüberschreitende Unterbringung zudem schon vor und somit ohne Zustimmung des Unterbringungsstaates.[99] Die Situation, in der die Zustimmung versagt wird, obwohl das Kind bereits in einer Einrichtung oder Pflegefamilie untergebracht worden ist und erneut aus seinem Umfeld genommen werden muss, steht in einem krassem Gegensatz zu dem Schutz des Kindes als oberstem Ziel der Verordnung.[100] Die unsichere Rechtslage, in der das Kind durch die fehlende Zustimmung bezüglich der Unterbringung verbleibt, ist schlicht nicht hinnehmbar.

Der EuGH hat zum Erfordernis der Zustimmung klargestellt, dass diese gem. Art. 56 Abs. 2 Brüssel IIa-VO von der zuständigen Behörde vor Erlass der Entscheidung über die Unterbringung des Kindes zu erteilen ist. Eine nachträgliche oder nur eine Zustimmung der Zieleinrichtung ist ungenügend.[101]

(2) Neue Rechtslage unter der Brüssel IIb-VO

Im Einklang mit der ergangenen Rechtsprechung des EuGH wurde ein einheitliches und grundsätzlich zwingend vorher durchzuführendes Zustimmungsverfahrens in Art. 82 Brüssel IIb-VO kodifiziert. Damit soll das Verfahren für beabsichtigte Unterbringungen in einem anderen Mitgliedstaat verkürzt und vereinfacht werden und zugleich für mehr Rechtssicherheit sorgen.[102] Das Ob der Zustimmung wird nun autonom über die Verordnung geregelt, während das Wie weiterhin den nationalen Rechtvorschriften überlassen bleibt, Art. 82 Abs. 7 Brüssel IIb-VO.[103] Ausnahmen vom Zustimmungserfordernis regeln Art. 82 Abs. 2 und Abs. 8 Brüssel IIb-VO. Das sich der Zustimmung anschließende Konsultationsverfahren ist ähnlich komplex und zeitintensiv, da es für die Entscheidung über die Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung keine Höchstfrist in der Brüssel IIa-VO gibt.[104] Ebenso wie im Verfahren über die Kindesrückgabe[105] wurde für das Unterbringungsersuchen eine Frist festgesetzt. Die Entscheidung über die Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung ist gem. Art. 82 Abs. 6 Brüssel IIb-VO vorbehaltlich außergewöhnlicher Umstände innerhalb von spätestens drei Monaten nach Eingang des Ersuchens der Zentralen Behörde des Ursprungsstaats zu übermitteln.[106] Diese Neuregelung ist durch die Ausrichtung an den praktischen Bedürfnissen sehr zu begrüßen.[107]

Weiterhin wurde das sich an die Zustimmung anschließende Verfahren genauer ausgestaltet. Durch die Einführung

---

[92] *Heiderhoff* (Fn. 23), Brüssel IIa-VO Art. 53 Rn. 2; *Antomo* (Fn. 20), S. 54; *Brosch*, GPR 2020, 179 (188); *Schulz*, FamRZ 2020, 1141 (1149).

[93] *Brosch*, GPR 2020, 179 (188).

[94] Vor allem das „Internationale Haager Richternetzwerk" und das „Netz der Verbindungsrichter/-innen im Europäischen Justiziellen Netz in Zivil- und Handelssachen (EJN)" haben in den letzten Jahren erheblich an Relevanz zugenommen, *Erb-Klünemann/Niethammer-Jürgens*, FamRB 2019, 454 (459); zur Arbeit der (deutschen) Verbindungsrichter siehe *Menne*, FamRB 2021, 477 und *ders.*, FamRB 2022, 37.

[95] *Erb-Klünemann/Niethammer-Jürgens*, FamRB 2019, 454 (459); *Menne*, ZEuP 2019, 472 (473).

[96] *Mansel/Thorn/Wagner*, IPRax 2020, 97 (103).

[97] COM(2016) 411 final, S. 4 (Fn. 3).

[98] COM(2014) 225 final, S. 18 f. (Fn. 4).

[99] *Carpaneto*, Cross-border placement of children in the European Union 2016, S. 54 Rn. 4.3.4, abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556945/IPOL_STU(2016)556945_EN.pdf (29.4.2022).

[100] So auch *Carpaneto* (Fn. 99), S. 54 Rn. 4.3.4.

[101] ErwG 83 Brüssel IIb-VO; EuGH, Urt. v. 26.4.2012 – C-92/12 PPU (Health Service Executive), Rn. 95; *Dutta*, ZEuP 2016, 427 (455).

[102] ErwG 83 Brüssel IIb-VO.

[103] *Mansel/Thorn/Wagner*, IPRax 2020, 97 (103).

[104] COM(2016) 411 final, S. 4 (Fn. 3).

[105] Siehe oben II. 2. d) bb) (2).

[106] *Erb-Klünemann/Niethammer-Jürgens*, FamRB 2019, 454 (459).

[107] Ebenso dieser Ansicht *Schlauß*, ZKJ 2016, 348 (350).

ergänzender Elemente, wie den zwingend von der Zentralen Behörde zu übermittelnden relevanten Informationen (Art. 82 Abs. 1 S. 2 Brüssel IIb-VO) und der beizufügenden Übersetzung von Unterlagen in die Amtssprache des Unterbringungsstaates (Art. 82 Abs. 5 Brüssel IIb-VO) kann eine verbesserte und straffere Kommunikation gewährleistet werden.[108]

Die Festsetzung dieser neuen Verfahrensstandards ist ebenfalls zu begrüßen. Die verbesserten Vorschriften versprechen eine Effizienzsteigerung sowie erhöhte Rechtssicherheit und Transparenz in den Verfahren. Ob die Fristen realistisch einzuhalten sind, wird sich in der Praxis zeigen.

3. Zusammenfassung und Fazit

Die Neuerungen der Brüssel IIb-VO im Hinblick auf Kindschaftssachen wurden in der Literatur überwiegend als grundsätzlich positiv aufgefasst. Der allgemeine Konsens ist, dass die Brüssel IIb-VO einige positive Neuerungen bringt, die das Ziel der Neufassung, nämlich die Stärkung der Rechtssicherheit und Förderung der Effektivität der Verfahren, erreichen.[109] Die im Bericht und im Vorschlag der Kommission genannten Mängel[110] wurden angenommen und weitestgehend zufriedenstellend umgesetzt. Kritisiert werden die Änderungen dahingehend, dass sie „wesentliche Fragen offen [lassen]“[111] und teilweise „nicht weit genug“[112] gehen.

Als besonders positiv sind die Kodifikation der Anhörungspflicht des Kindes, die verbesserten Regelungen zur grenzüberschreitenden Zusammenarbeit sowie grundsätzlich die Systematisierung der das HKÜ ergänzenden Vorschriften hervorzuheben.

Bereits vor Inkrafttreten der Brüssel IIb-VO kündigen sich dennoch einige Problemkreise an, die mit Sicherheit einige Vorlagefragen an den EuGH hervorbringen werden. Diese betreffen z.B. die Kompensation des weggefallenen Exequaturs durch nationale Versagungsgründe und weiterhin die fehlenden Modalitäten und Altersgrenzen für die Kindesanhörung. Aufgrund der fehlenden Sanktionierung der Nichteinhaltung von Fristen bei Rückgabeverfahren muten diese Regelungen als nicht vollständig durchdacht an.

Außerdem wird die fehlende rechtspolitische Ausrichtung als problematisch angesehen.[113] Die Kommission versucht, es mit der Neufassung allen Mitgliedstaaten recht zu machen. Dies geht zu Lasten von Effektivität und Klarheit, da es teilweise zu Widersprüchlichkeiten kommt, wie z.B. bei den Regelungen der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen. Einerseits wurde das Exequaturverfahren abgeschafft, andererseits hat der Vollstreckungsmitgliedstaat mit den Art. 56 f. Brüssel IIb-VO neue Möglichkeiten zur Aussetzung oder gar Verweigerung der Vollstreckung erhalten.[114]

Weiterer Reformbedarf besteht bei der Ausarbeitung der Regelungen zu Mediation und alternativer Streitbeilegung. Diese hätten gerne noch fordernder sein können, um mehr Anreize zur Wahrnehmung dieser Angebote zu setzen.

Die Kommission hat gem. Art. 101 Abs. 1 Brüssel IIb-VO bis zum 2.8.2032 einen Bericht über die ex-post-Evaluierung der Verordnung vorzulegen und ggf. einen Gesetzesvorschlag beizufügen. Nach dem langen Gesetzgebungsprozess sieht die Kommission anscheinend keine Anhaltspunkte, sich all zu früh erneut Gedanken über Reformen zu machen und gedenkt der Brüssel IIb-VO eine mindestens zehnjährige Lebenszeit zu. Im Hinblick auf die bestehenden offenen Fragen und Problemkreise erscheint der angestrebte Zeitraum der Geltung der Verordnung als recht lang.

In Deutschland gilt die Brüssel IIb-VO unmittelbar. Zur Durchführung bedarf sie jedoch noch einiger ergänzender Vorschriften, die vor allem das Internationale Familienrechtsverfahrensgesetz (IntFamRVG) modifizieren. Das Gesetz zur Durchführung der Verordnung EU/2019/1111 vom 10.8.2021 wurde im Bundesgesetzblatt vom 17.8.2021 verkündet. Das Durchführungsgesetz tritt gem. seinem Art. 10 S. 1 wie die Brüssel IIb-VO überwiegend am 1.8.2022 in Kraft.[115]

III. Ausblick

Abschließend ist zu sagen, dass die Kommission mit der Neufassung das ihr Mögliche erzielte.[116] Bei etwas bedachterer Ausarbeitung hätten manche der vermutlich aufkommenden Problematiken jedoch vermieden werden können. Im Vergleich zur Brüssel IIa-VO ist jedenfalls eine erhebliche Verbesserung und Steigerung der Effektivität zu erkennen.[117]

Bei aller Kritik an den kompromissbehafteten Regelungen ist zu berücksichtigen, dass die Neufassung unter der Bedingung des einstimmigen Ratsbeschlusses (Art. 81 Abs. 3 UAbs. 1 AEUV) zu erzielen war. Mit dem Hintergrund der fortschreitenden Ausweitung der Europäischen Union und der damit einhergehenden immerzu wachsenden Vielfältigkeit an Kulturen, Mentalitäten und Rechtsordnungen ist das Ergebnis von Verhandlungen häufig der kleinste gemeinsame Nenner, um *überhaupt* eine Einigung zu erzielen. Wie *Solomon* schon anlässlich des Inkrafttretens der Brüssel IIa-VO treffend bemerkte, sind „weder Rom noch Brüssel […] an einem Tag zu erbauen“[118]. Die Entwicklung des Europäischen Zivilverfahrensrechts dauert an, es wird fortdauernd reformiert und europäisiert.[119]

Es bleibt daher abzuwarten, wie die Regelungen der Brüssel IIb-VO in der Praxis angewendet und ausgelegt werden. Dies lässt sich erst einige Jahre nach Inkrafttreten adäquat beurteilen. Aufgrund des Anwendungszeitraums der Verordnung ab dem 1.8.2022 wird es für einige Zeit Überschneidungen mit der Anwendung der Brüssel IIa-VO und die Möglichkeit eines direkten Vergleichs geben.

[108] *Heiderhoff* (Fn. 23), Brüssel IIa-VO Art. 56 Rn. 1.
[109] *Antomo* (Fn. 20), S. 56; *Brosch*, GPR 2020, 179 (189); *Erb-Klünemann/Niethammer-Jürgens*, FamRB 454 (459); *Weller*, IPRax 2017, 222 (231).
[110] Siehe unter II.1.
[111] *Brosch*, GPR 2020, 179 (189).
[112] *Antomo* (Fn. 20), S. 56.
[113] *Gruber/Möller*, IPRax 2020, 393 (404).
[114] Siehe dazu schon oben, II. 2 .c) bb).
[115] BGBl. I 2021, S. 3424 ff.
[116] So auch *Musseva*, ERA Forum (2020), Vol. 21, 129 (142).
[117] Ebenso *Pirrung* (Fn. 61), S. 417.
[118] *Solomon*, FamRZ 1409 (1419).
[119] Vgl. *Linke/Hau* (Fn. 53), Rz. 1.33.

Die öffentlich-rechtliche Satzung

Eine Einführung in das Recht einer Handlungsform der Verwaltung

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Torben Ellerbrok**, Heidelberg*

I. Einleitung

Welche Voraussetzungen sind für eine Promotion an meiner Universität zu erfüllen? Wie hoch fallen die Gebühren für die kommunale Abwasserentsorgung aus? Welche Leistungen übernimmt meine Krankenkasse? Auf all diese Fragen vermögen öffentlich-rechtliche Satzungen Antwort zu geben. Öffentlich-rechtliche Satzungen (im Folgenden: Satzungen) verfügen damit über große praktische Bedeutung. Gleichwohl fristen sie in der juristischen Ausbildung regelmäßig ein Schattendasein.[1] Dies hat mehrere Ursachen. Erstens ist die Satzung sowohl eine Handlungsform der Verwaltung[2] als auch eine Rechtsquelle.[3] Aus beiden Perspektiven erscheint sie – aufgrund des jeweiligen Fokus auf den Verwaltungsakt (Handlungsformenlehre) bzw. das Parlamentsgesetz (Rechtsquellenlehre) – mitunter als Randphänomen. Zweitens ist die Satzung in einer Vielzahl unterschiedlicher Sachgebiete anzutreffen. Neben den Kommunen erlassen etwa Kammern freier Berufe (Apothekerkammer, Rechtsanwaltskammer etc.), Sozialversicherungsträger und Wasserverbände Satzungen. Dieses „buntscheckig[e] Bild“[4] erschwert es, einheitliche und allgemeingültige Grundsätze herauszuarbeiten.[5]

Der Beitrag versucht gleichwohl, Grundzüge des Satzungsrechts – auch im Hinblick auf eine Klausurbearbeitung[6] – darzulegen. Dazu werden zunächst die Merkmale der Satzung dargestellt (II.) und ihre Funktionen aufgezeigt (III.). Der Hauptteil des Beitrags widmet sich der Verortung der Satzung im demokratischen Rechtsstaat (IV.), dem Verfahren ihres Erlasses (V.) sowie den inhaltlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten (VI.). Abgeschlossen wird die Darstellung mit einem Blick auf die Satzungskontrolle (VII.).

II. Merkmale der Satzung

Um den genaueren rechtlichen Maßgaben nachzugehen, ist zunächst zu klären, welche Maßnahmen der Verwaltung der Handlungsform der Satzung zuzuordnen sind.

1. Formelles und materielles Verständnis

Diese Frage lässt sich – wie bei allen Handlungsformen – aus zwei Perspektiven beantworten: Rückt man ein formelles Satzungsverständnis in den Vordergrund, so zeichnet sich eine Satzung zuvörderst dadurch aus, dass sie als solche bezeichnet und im für eine Satzung vorgegebenen Verfahren erlassen worden ist.[7] Bei einem materiellen Verständnis, dem im Folgenden nachgegangen wird, sind hingegen inhaltliche und organisatorische Kriterien für die Einordnung einer Verwaltungshandlung als Satzung maßgeblich.

2. Merkmale einer Satzung im materiellen Sinne

Eine gesetzliche Definition der Satzung existiert – abgesehen vom schleswig-holsteinischen Landesverwaltungsgesetz[8] – in Deutschland nicht. Ihre konstitutiven Merkmale sind daher aus dem Verständnis in Wissenschaft, Rechtsprechung und Verwaltungspraxis und in Abgrenzung zu anderen Handlungsformen der Verwaltung zu entwickeln. Dabei zeigt sich, dass unter einer Satzung, die mitunter auch als „Ordnung“ (z.B. Anstaltsordnung, Berufsordnung, Promotionsordnung) bezeichnet wird, in der Regel eine Zusammenführung mehrerer Satzungsvorschriften verstanden wird.

a) Inhaltliche Merkmale

Satzungsvorschriften zeichnen sich im Wesentlichen durch drei inhaltliche Merkmale aus: Sie sind erstens auf Rechtsverbindlichkeit gerichtet, Satzungen sollen die Rechtslage verändern. Zweitens werden Satzungen einseitig durch eine Verwaltungseinheit erlassen, sie werden mithin nicht durch wechselseitige Willensübereinstimmung vereinbart.[9] Schließ-

---

* *Dr. Torben Ellerbrok*, Mag. rer. publ., ist Wiss. Mitarbeiter am Institut für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg (Prof. *Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kahl*, M.A.).

[1] Dies illustriert der geringe Stellenwert in den Lehrbüchern. So widmet *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2021, der Satzung 14 Randnummern (Rn. 94–99 und Rn. 844–851), dem Verwaltungsakt 355 Randnummern (Rn. 420–774). Ähnliche Verhältnisse bei *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020 (Satzung: 6 Randnummern [§ 4 Rn. 24–28, 48], Verwaltungsakt: 309 Randnummern [§§ 9–12]).

[2] Zum Begriff der Handlungsform siehe *Ellerbrok*, DVBl. 2021, 1204 (1204). Ausführlich *Reimer*, Zur Theorie der Handlungsformen des Staates, 2008, S. 18 ff.

[3] Dies hat zur Konsequenz, dass die Satzung in den Lehrbüchern zum Allgemeinen Verwaltungsrecht häufig an zwei verschiedenen Stellen behandelt wird, z.B. bei *Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 2019, als Rechtsquelle des Verwaltungsrechts (Rn. 108–111 und Rn. 117) einerseits, als Handlungsform (Rn. 301–305) andererseits.

[4] *Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, S. 188.

[5] Auch *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 105 Rn. 2.

[6] Zu Übungsfällen, in denen eine Satzung behandelt wird, siehe die Nachweise in Fußnote 94.

[7] Dafür *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 95. Lfg., Stand: Juli 2021, Art. 80 Rn. 210.

[8] § 65 Abs. 1 LVwG SH: „Satzung ist eine Anordnung, Festsetzung oder andere Maßnahme zur Regelung einer unbestimmten Anzahl von Fällen, die aufgrund eines Gesetzes im Bereich der eigenen Angelegenheiten der Gemeinden, Kreise, Ämter sowie der Körperschaften des öffentlichen Rechts ohne Gebietshoheit und der rechtsfähigen Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts getroffen wird.“

[9] Vgl. *Röhl*, in: Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, Kap. 2 Rn. 143. Historisch war dies mitunter anders: Geltungsgrund des Stadtrechts im Mittelalter war ein

lich sind Satzungsvorschriften in der Regel – es gibt Ausnahmen[10] – abstrakt-genereller Natur.[11] Sie treffen eine Regelung für eine im Moment des Satzungserlasses nicht näher bestimmte Vielzahl möglicher, zukünftig eintretender Fälle (abstrakt) und einen nicht näher bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis (generell). Die Außenwirkung gegenüber Bürgerinnen und Bürgern ist demgegenüber ein typisches, aber kein konstitutives Merkmal von Satzungen[12] wie innerorganisatorische Regelungen (z.B. kommunale Haupt- und Haushaltssatzungen) zeigen.

b) Organisatorische Merkmale

Anhand dieser materiellen Merkmale ergibt sich zwar eine Abgrenzung der Satzung zu Empfehlungen und Leitlinien (Rechtsverbindlichkeit), öffentlich-rechtlichen Verträgen (Einseitigkeit) und Verwaltungsakten (abstrakt-genereller Charakter), nicht aber zu Rechtsverordnungen. Diese Differenzierung erfolgt auf organisatorischer Ebene. Denn zum Erlass von Rechtsverordnungen werden – neben der Bundes- und Landesregierung als Kollegialorgane – in erster Linie die Bundes-/Landesministerien und ihre Untergliederungen als Teil der unmittelbaren Bundes- bzw. Landesverwaltung ermächtigt (vgl. Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG, auf Landesebene z.B. Art. 43 Abs. 1 S. 1 NVerf). Satzungen werden demgegenüber von Einheiten erlassen, die sich in einer Art „Zwischensphäre“[13] verorten lassen: Einerseits sind sie Teil der öffentlichen Verwaltung,[14] andererseits kommt ihnen ein besonderer Grad organisatorischer Verselbständigung gegenüber der unmittelbaren Staatsverwaltung zu.[15] Häufig sind Satzungsgeber eine juristische Person des öffentlichen Rechts (Anstalt, Körperschaft, Stiftung). Zwingend ist dies allerdings nicht;[16] auch nur teilrechtsfähige Stellen wie Fakultäten bzw. Fachbereiche der Universitäten sind teilweise mit Satzungsgewalt ausgestattet.[17]

Besondere Abgrenzungsschwierigkeiten verbleiben, soweit eine „janusköpfige“ Verwaltungseinheit sowohl zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt als auch mit Satzungsgewalt ausgestattet ist (z.B. Gemeinden). Hier ist maßgeblich, von welcher Befugnis die Stelle im konkreten Einzelfall Gebrauch macht.[18]

c) Zwischenfazit: Definition der Satzung

Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum finden sich verschiedene Definitionsansätze für eine öffentlich-rechtliche Satzung; häufig wird auf eine Äußerung des Bundesverfassungsgerichts[19] zurückgegriffen.[20] Trägt man die oben dargestellten Merkmale zusammen, so bietet sich folgende Definition an:

Eine öffentlich-rechtliche Satzung ist jede Maßnahme, die eine verselbständigte Verwaltungseinheit unter Inanspruchnahme ihr gesetzlich verliehener Satzungsautonomie zur Anordnung mindestens einer abstrakt-generellen Regelung trifft.[21]

III. Funktionen der Satzung

Inwiefern es für eine effektive hoheitliche Steuerung der Handlungsform der Satzung überhaupt bedarf, ist eine berechtigte Frage. Gegenüber dem Erlass einer Vielzahl von Verwaltungsakten hat eine Satzung als Form exekutiver Normsetzung den Vorteil, dass sich durch ihre allgemeine Geltung eine über den Einzelfall hinausgehende, einheitliche Rechtslage mit nur einem Normsetzungsakt herstellen lässt.[22] Im Vergleich zur Rechtsverordnung liegt das Spezifikum der Satzung darin, dass für Teilbereiche des gesellschaftlichen Lebens – einzelne Gemeinden, Universitäten oder Kammern freier Berufe – in Wahrnehmung weitgehender Gestaltungsfreiheit spezifische Regelungen getroffen werden können. Eine solche Selbstrechtsetzungsbefugnis (Autonomie) hat im Wesentlichen fünf Vorteile:

- Das Parlament und die Ministerien werden durch die Aktivierung der Eigenverantwortlichkeit von abgrenzbaren Subsystemen entlastet. Sie müssen nicht die Vielgestaltigkeit des öffentlichen Lebens in allen Einzelheiten überblicken.[23]

Schwur („conjuratio“), mit dem sich die Bürger dem gemeinsamen Recht unterwarfen; siehe *Ellerbrok*, Die öffentlich-rechtliche Satzung, 2020, S. 12 f. m.w.N.

[10] Auch *Gern/Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 4. Aufl. 2019, Rn. 826. Daher gegen die Einordnung als begriffsnotwendiges Merkmal der Satzung *Röhl* (Fn. 9), Kap. 2 Rn. 143.

[11] *Geis*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 25 Rn. 4; *Stober*, in: Wolff u.a., Verwaltungsrecht, Bd. 1, 13. Aufl. 2017, § 25 Rn. 56; *v. Schlieffen/Haaß*, Grundkurs Verwaltungsrecht, 2019, S. 126.

[12] *Remmert* (Fn. 7), Art. 80 Rn. 210; zu eng *Geis* (Fn. 11), § 25 Rn. 16.

[13] *Lehner*, ZG 36 (2021), 103 (103).

[14] Daraus ergibt sich zugleich eine Abgrenzung zu privatrechtlichen Satzungen. Denn Verwaltungseinheiten können zwar grundsätzlich auch privatrechtlich handeln, sie können aber nicht eine für den Erlass einer privatrechtlichen Satzung vorausgesetzte privatrechtliche Rechtsform (Verein [§ 25 BGB], Aktiengesellschaft [§§ 2, 23 AktG] etc.) annehmen.

[15] Zu eng hingegen die Begrenzung auf „Selbstverwaltungskörperschaften“ bei *Ipsen* (Fn. 3), Rn. 301.

[16] Zu eng daher *Erbguth/Guckelberger*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018, § 26 Rn. 1.

[17] Auch *Geis* (Fn. 11), § 25 Rn. 5.

[18] Vgl. auch *Maurer/Waldhoff* (Fn. 1), § 4 Rn. 28.

[19] BVerfGE 33, 125 (156): „Satzungen sind Rechtsvorschriften, die von einer dem Staat eingeordneten juristischen Person des öffentlichen Rechts im Rahmen der ihr gesetzlich verliehenen Autonomie mit Wirksamkeit für die ihr angehörigen und unterworfenen Personen erlassen werden.“ Ähnlich zuvor schon BVerfGE 10, 20 (49 f.).

[20] *Detterbeck* (Fn. 1), Rn. 95 und 844; *Gern/Brüning* (Fn. 10), Rn. 826; *Lange*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2019, Kap. 12 Rn. 2; ganz ähnlich *Siegel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2022, Rn. 849.

[21] *Ellerbrok* (Fn. 9), S. 87.

[22] *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013, S. 72.

[23] BVerfGE 33, 125 (157); *Wallerath*, Allgemeines Verwal-

- Im Vergleich zu einer zentralisierten Rechtsetzung können Satzungsgeber häufig schneller auf einen spezifischen Anpassungsbedarf reagieren.[24]
- Satzungsgeber weisen in der Regel eine besondere Nähe zum Regelungsgegenstand auf. Dies ermöglicht in besonderer Weise Regelungen, die auf die tatsächlichen Verhältnisse in einem Sachbereich bzw. vor Ort abgestimmt sind.[25]
- Die Zahl der Regelungsunterworfenen ist bei Satzungen in der Regel deutlich geringer als bei einem Parlamentsgesetz oder einer Rechtsverordnung. Die Verringerung des „Abstand[s] zwischen Normgeber und Normadressat“[26] eröffnet zusätzliche Möglichkeiten, die Mitwirkung der Rechtsunterworfenen an der Rechtsetzung zu aktivieren.[27] Dies gilt zuvörderst, soweit die Satzungsgewalt – was allerdings nicht zwingend ist – einer Selbstverwaltungskörperschaft (z.B. Gemeinde, Universität) zugewiesen ist, in der stets besondere Beteiligungsrechte bestehen. Mitwirkungsrechte können dabei auch die Normakzeptanz verbessern und die Normbefolgungsbereitschaft erhöhen.[28]
- Die Verleihung von Satzungsgewalt führt zu einer Dezentralisation von Hoheitsgewalt.[29] Ein Netzwerk aus einer Vielzahl von Hoheitsträgern ist resistenter gegenüber internen (Machtmissbrauch) und externen (Umsturzbewegungen) Einflüssen und trägt somit zur politischen Stabilität des Staates bei.[30]

IV. Satzungsbefugnis und demokratische Legitimation

In der Bundesrepublik als demokratischem Rechtsstaat geht „[a]lle Staatsgewalt […] vom Volke“ aus (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG). Dieser Grundsatz gilt auch für die Satzungsgewalt, obgleich diese ihre historischen Wurzeln schon im Recht der Zünfte und Städte im Mittelalter[31] und damit lange vor dem demokratischen Zeitalter findet. Wohl auch deshalb stößt das Konzept einer Autonomie unter dem Grundgesetz auf besondere Schwierigkeiten.

1. Demokratische Legitimation des Verwaltungshandelns

Nach klassischem Verständnis wird die demokratische Legitimation des Verwaltungshandelns durch eine sachlich-inhaltliche Legitimation und durch eine personelle Legitimation gewährleistet.[32] Eine sachlich-inhaltliche Legitimation wird erreicht, indem der Entscheidungsinhalt durch eine parlamentsgesetzliche Regelung vorgezeichnet wird. Personelle Legitimation wird hergestellt, indem sich die Auswahl der Entscheidungsträger/-innen über Bestellungsakte auf die parlamentarischen Mandatsträger/-innen zurückführen lässt und damit an das Wahlvolk zurückgebunden wird. Die genaue Austarierung kann dabei unterschiedlich ausfallen, notwendig ist ein insgesamt hinreichendes „Legitimationsniveau“[33].

2. Spezifika der Satzungsgebung

a) Sachlich-inhaltliche Legitimation durch Verleihung der Satzungsbefugnis

Die Satzung zeichnet sich maßgeblich dadurch aus, dass orts-/sachspezifische Regelungen durch aus der unmittelbaren Staatsverwaltung ausgegliederte Verwaltungseinheiten getroffen werden. Dieser Zielrichtung liefe es zuwider, wie bei einer Rechtsverordnung konkrete gesetzliche Vorgaben zur Ausgestaltung der Satzung zu verlangen. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG bzw. die landesrechtlichen Entsprechungen finden auf Satzungen keine (analoge) Anwendung.[34] Eine abgeschwächte sachlich-inhaltliche Legitimation wird aber zumindest dadurch gewährleistet, dass eine abstrakte Satzungsbefugnis durch ein Parlamentsgesetz verliehen werden muss. So wird der Satzungsgeber gesetzlich „blanko und auf Vorrat“[35] zum Erlass von Satzungen ermächtigt. Abseits der verfassungsrechtlich in Art. 28 Abs. 2 GG angelegten Autonomie der Gemeinden[36] und der in der Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG zu verortenden Satzungsgewalt der Universitäten[37] steht es dem Gesetzgeber dabei frei, ob er verselbstän-

tungsrecht, 6. Aufl. 2009, § 4 Rn. 28.

[24] *Stober* (Fn. 11), § 25 Rn. 58. Auch *Schmidt-Aßmann* (Fn. 22), S. 75: „größere Beweglichkeit“.

[25] BVerfGE 33, 125 (156); 146, 164 (212 Rn. 119); *Martini*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. 2022, § 33 Rn. 55.

[26] BVerfGE 33, 125 (156 f.).

[27] BVerfGE 146, 164 (212 Rn. 119); *Geis* (Fn. 11), § 25 Rn. 18; *Stober* (Fn. 11), § 25 Rn. 58.

[28] *Martini* (Fn. 25), § 33 Rn. 56.

[29] *Geis* (Fn. 11), § 25 Rn. 23; *Martini* (Fn. 25), § 33 Rn. 53.

[30] Vgl. *Ellerbrok* (Fn. 9), S. 109 f. m.w.N.

[31] Näher *Ellerbrok* (Fn. 9), S. 10 ff.

[32] Dazu *Dreier/Kuch*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 3, 2022, § 60 Rn. 38 f.; *Möllers*, in: Herdegen u.a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 5 Rn. 34 ff.

[33] BVerfGE 93, 37 (67); 107, 59 (87); 130, 76 (124).

[34] BVerfGE 12, 319 (325); 49, 343 (362); BVerwGE 125, 68 (70 Rn. 12); 148, 133 (143 Rn. 27); *Martini* (Fn. 25), § 33 Rn. 71.

[35] *Haug*, NJW 1962, 675 (675).

[36] Umstritten ist, inwieweit Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG unmittelbar eine Satzungsbefugnis verleiht (dafür BVerwGE 148, 133 (144 Rn. 28); *Burgi*, Kommunalrecht, 6. Aufl. 2019, § 15 Rn. 5 f.; *Detterbeck* [Fn. 1], Rn. 846; *Mann*, in: Kahl/Waldhoff/Walter [Hrsg.], Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 214. Lfg., Stand: Dezember 2021, Art. 28 Rn. 226; *Siegel* [Fn. 20], Rn. 851) oder es einer landesgesetzlichen Umsetzung bedarf (dafür *Ellerbrok* [Fn. 9], S. 128 f.). Jedenfalls besteht, mit Ausnahme der sog. Stadtstaaten, in sämtlichen Bundesländern eine entsprechende einfach-gesetzliche Regelung: § 4 Abs. 1 S. 1 GO BW, Art. 23 Abs. 1 S. 1 BayGO, § 3 Abs. 1 S. 1 BbgKVerf, § 5 Abs. 1 S. 1 HGO, § 5 Abs. 1 S. 1 KV MV, § 10 Abs. 1 NKomVG, § 7 Abs. 1 S. 1 GO NRW, § 24 Abs. 1 S. 1 GO RP, § 12 Abs. 1 S. 1 SaarlKSVG, § 4 Abs. 1 S. 1 SächsGO, § 8 Abs. 1 S. 1 KVG LSA, § 4 Abs. 1 S. 1 GO SH, § 19 Abs. 1 S. 1 ThürKO.

[37] *Geis*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 100 Rn. 32; *Kempen*, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 3. Aufl. 2017, Kap. 1 Rn. 129.

digten Verwaltungsstellen Satzungsgewalt einräumt.[38] Von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht hat er etwa für die Handwerksinnungen (§ 55 Abs. 1 HwO), die Kammern freier Berufe, z.B. die Apothekerkammern (exemplarisch für Niedersachsen: § 6 NHKG), Sozialversicherungsträger (§ 34 Abs. 1 S. 1 SGB IV) sowie Wasserverbände (§ 6 Abs. 1 WVG).

b) Personelle Legitimation durch Betroffene?

Im Hinblick auf die personelle Legitimation stünde es dem konzeptionellen Ansatz einer Selbstrechtsetzung ebenfalls entgegen, wenn die über die Satzungsgebung entscheidenden Personen durch das Parlament oder die Ministerien bestimmt würden.

Umstritten ist, ob und inwieweit die (personelle) demokratische Legitimation i.S.d. Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG „von unten“[39] durch die Betroffenen erfolgen kann. Dafür ist entscheidend, ob das „Volk“ i.S.d. Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG allein das gesamte Staatsvolk (Bundes- oder Landesvolk) ist, weil nur so die allgemeine und gleiche Beteiligung aller Staatsbürgerinnen und -bürger gewährleistet ist (monistisches Demokratieverständnis) oder ob auch ein „Teilvolk“ der Betroffenen ergänzende demokratische Legitimation vermitteln kann, jedenfalls sofern innerhalb dieses Teilvolks der Grundsatz gleichberechtigter Teilhabe gewährleistet ist (pluralistisches Demokratieverständnis).[40] Soweit man letztere Auffassung teilt und eine entsprechende Legitimation – über den verfassungsrechtlich geregelten Fall der Gemeinden (Art. 28 Abs. 1 und 2 GG) hinaus[41] – anerkennt,[42] ist dies insbesondere für satzungsgebende Körperschaften des öffentlichen Rechts relevant. Denn hier setzt sich das satzungsgebende Organ regelmäßig aus allen Betroffenen (z.B. allen Anrainerinnen und Anrainern eines Gewässers als „Verbandsversammlung“ eines Wasserverbands [§ 46 Abs. 1 S. 1 WVG]) oder von diesen gewählten[43] Vertreterinnen und Vertretern (z.B. die „Vollversammlung“ einer Industrie- und Handelskammer [§ 5 Abs. 1 IHKG]) zusammen.

Prekär bleibt jedenfalls die demokratische Legitimation der Satzungsgewalt von Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts. Da diese nicht wie Körperschaften des öffentlichen Rechts über Mitglieder verfügen, die durch Wahl der Entscheidungsträger/-innen eine personelle Legitimation ermöglichen könnten, kann die demokratische Legitimation hier letztlich nur über die gesetzliche Einräumung der Satzungsgewalt vermittelt werden.

V. Satzungsgebungsverfahren

1. Einfach-gesetzliche Grundlagen

Während das Verfahren zum Erlass eines Verwaltungsakts in den Verwaltungsverfahrensgesetzen breiten Raum einnimmt, hat die Satzung dort keinerlei Aufnahme gefunden. Insbesondere die §§ 10 ff. (L)VwVfG gelten nur für Verwaltungsverfahren, die auf den Erlass eines Verwaltungsakts oder den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichtet sind (§ 9 Hs. 1 [L]VwVfG). Dies hat zur Folge, dass es in Deutschland an rechtsgebietsübergreifenden Verfahrensregelungen für den Erlass von Satzungen fehlt.[44]

2. Allgemeine Grundsätze

a) Initiative, Beteiligung, Beschlussfassung

Aus den unterschiedlichen Regelungen in den jeweiligen Organisationsgesetzen lassen sich aber allgemeine Grundsätze destillieren. Die Satzungsinitiative kann in der Regel von der-/demjenigen ausgehen, der/dem im Hinblick auf die Beratungen des satzungsgebenden Organs eine Antragsbefugnis zusteht.[45] Im (Gemeinde-)Rat/In der Gemeindevertretung, der/die für die Verabschiedung kommunaler Satzungen zuständig ist,[46] sind dies in der Regel alle Mitglieder (exemplarisch: § 30 Abs. 3 S. 1 BbgKVerf).

Im Rahmen des Verfahrens sind – ohne dass dies verfassungsrechtlich zwingend wäre[47] – verschiedentlich Möglich-

[38] *Sachs*, in: Bultmann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Battis zum 70. Geburtstag, 2014, S. 161 (164); a.A. und für das Erfordernis eines verfassungsrechtlich eingeräumten Gestaltungsspielraums *Axer* (Fn. 4), S. 198 f.

[39] Vgl. die bildhafte Formulierung in Art. 11 Abs. 4 Bay. Verfassung: „Die Selbstverwaltung der Gemeinden dient dem Aufbau der Demokratie in Bayern von unten nach oben.“

[40] Zum Ganzen *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 7), Art. 20 Rn. 171 ff.; *Köller*, Funktionale Selbstverwaltung und ihre demokratische Legitimation, 2009, S. 45 ff. m.w.N.

[41] Von einer „Gemeindevolks-Gesetzgebung“ spricht *Faber*, Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 1995, S. 75.

[42] Dafür etwa *Martini* (Fn. 25), § 33 Rn. 61; *Trute*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 3. Aufl. 2022, § 9 Rn. 25 f., 54 f.; für die Anerkennung einer Betroffenenlegitimation ferner *Dreier/Kuch* (Fn. 32), § 60 Rn. 52 f.; dagegen etwa *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 33; *Dederer*, Korporative Staatsgewalt, 2004, S. 201, 235; *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993, S. 216 ff.; *Waldhoff*, in: Kirchhof u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag, 2000, S. 495 (508 f.). Dann kommt eine kompensatorische Legitimation *neben* Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG in Betracht, dafür insbesondere *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 326, 383 ff.

[43] Zu Modifikationen im Wahlrecht im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung BVerwGE 161, 323 (328 ff. Rn. 21 ff.); *Kluth*, in: Wolff u.a., Verwaltungsrecht, Bd. 2, 7. Aufl. 2010, § 100 Rn. 20 ff.

[44] Kritisch und für eine Kodifikation *Trips*, Das Verfahren der exekutiven Rechtsetzung, 2006, S. 22 ff. (mit Regelungsvorschlag); für eine „Angebotsgesetzgebung“ *Schneider*, DVBl. 2021, 761 (768). Skeptisch ggü. der Möglichkeit einer allgemeinen Kodifikation des Satzungsgebungsverfahrens *Gößwein*, Allgemeines Verwaltungs(verfahrens)recht der administrativen Normsetzung?, 2001, S. 227 f.

[45] *Ossenbühl* (Fn. 5), § 105 Rn. 52.

[46] Nachweise der landesgesetzlichen Regelungen bei *Geis* (Fn. 11), § 25 Rn. 43.

[47] Auch *Möstl*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 19 Rn. 18; *Stelkens*, VVDStRL 71 (2012), 369 (391).

keiten zur Beteiligung der Öffentlichkeit oder spezifischer Interessenträger vorgesehen (vgl. §§ 3 ff. BauGB).

Die Beschlusskompetenz für eine Satzung ist in der Regel dem obersten Beschlussorgan der satzungsgebenden Einheit – in Kommunen dem (Gemeinde-)Rat/der Gemeindevertretung, in Handwerkskammern (§ 105 Abs. 1 S. 2 HwO) und Industrie- und Handelskammern (§ 4 Abs. 2 IHKG) der Vollversammlung – zugewiesen,[48] das insbesondere bei Körperschaften die satzungsunterworfenen Mitglieder repräsentiert. Dass Satzungen von einer Mehrzahl von Personen (mit entsprechendem Mehrheitserfordernis) beschlossen werden, trägt ihrer allgemeinen Geltung Rechnung.

b) Ausfertigung und Bekanntmachung

Zur Erlangung der Wirksamkeit muss eine Satzung ausgefertigt werden. Dies bedeutet, dass der beschlossene Satzungstext förmlich beurkundet wird. Wie auch die Ausfertigung[49] ist die daran anschließende Bekanntmachung der Satzung eine rechtsstaatliche und damit verfassungsrechtlich gebotene Notwendigkeit.[50] Die genauen Modifikationen der Bekanntmachung hängen dabei vom Kreis der Satzungsunterworfenen ab, die vom Inhalt der Satzung leicht und verlässlich Kenntnis erlangen können müssen, und sind in der Regel spezialgesetzlich geregelt: In kleinen Gemeinden kann ein Aushang genügen (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 3 ThürBekVO), in berufsständischen Kammern ist häufig eine Veröffentlichung in einem Mitgliederblatt vorgesehen (vgl. § 26 Abs. 2 S. 1 HmbKGH), in großen Städten nehmen Tageszeitungen (§ 1 Abs. 1 S. 1 HKBekVO), vor allem aber Internetportale (vgl. § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BekanntmVO NRW i.V.m. § 6 Abs. 1 BekanntmVO NRW) diesen Platz ein.

c) Genehmigungs-, Anzeige- und Vorlagepflichten

Teilweise ist das Inkrafttreten einer Satzung einfach-gesetzlich unter den Vorbehalt einer Genehmigung durch eine staatliche Behörde gestellt. Dies gilt etwa für Satzungen von Sozialversicherungsträgern (§ 34 Abs. 1 S. 2 SGB IV) oder kommunale Hauptsatzungen (z.B. § 4 Abs. 1 S. 3 GO SH). Durch diese präventive Kontrolle soll die Rechtmäßigkeit[51] von Satzungen sichergestellt werden. Häufiger finden sich indes bloße Vorlage- (z.B. § 21 Abs. 3 S. 1 ThürKO) oder Anzeigepflichten (z.B. § 4 Abs. 3 S. 3 SächsGemO) gegenüber der Aufsichtsbehörde. Fehlt es an einer entsprechenden gesetzlichen Regelung, so ist keine Information der Aufsichtsbehörde über den Erlass oder die Änderung einer Satzung notwendig.

[48] *Möstl* (Fn. 47), § 20 Rn. 14; *Sachs* (Fn. 38), S. 161 (167); *Wallerath* (Fn. 23), § 4 Rn. 32.

[49] *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 16), § 26 Rn. 3; *Gern/Brüning* (Fn. 10), Rn. 870; *Möstl* (Fn. 47), § 20 Rn. 14.

[50] *Geis* (Fn. 11), § 25 Rn. 50.

[51] Äußerst selten und nur bei entsprechender gesetzlicher Regelung (vgl. etwa § 87 Abs. 2 SGB IV) kann darüber hinausgehend auch die Zweckmäßigkeit der Satzung im Rahmen der Genehmigung überprüft werden, näher dazu *Ellerbrok* (Fn. 9), S. 384 f. m.w.N.

VI. Satzungsermessen und seine Grenzen

Das „Satzungsermessen" ist trotz der terminologischen Parallele vom Ermessen beim Erlass eines Verwaltungsakts kategorial verschieden[52] und bezeichnet schlicht die Ausgestaltungsfreiheit des Satzungsgebers. Das Satzungsermessen ist in dreierlei Hinsicht beschränkt, namentlich durch das sog. Korrespondenzgebot (1.), durch den Vorbehalt des Gesetzes im Hinblick auf Grundrechtsbeeinträchtigungen (2.) sowie allgemein durch die Bindung an höherrangiges Recht (3.).

1. Korrespondenzgebot

Vorbehaltlich abweichender gesetzlicher Regelungen findet die Satzungsgewalt ihre Grenzen in dem in der Satzungsbefugnis angelegten Wirkbereich (Korrespondenzgebot[53]). Diese Grenzen können örtlicher, personeller und sachlicher Natur sein: Bei Kommunen beschränkt sich die Regelungshoheit in örtlicher Hinsicht auf das Gemeindegebiet.[54] Rechtsanwaltskammern sind in personeller Hinsicht dergestalt eingeschränkt, dass sie Regelungen nur gegenüber ihren Mitgliedern treffen dürfen[55] und Universitäten müssen sich in sachlicher Hinsicht auf die Regelungen zur Gewährleistung des Wissenschafts- und Lehrbetriebs begrenzen[56]. Die genaue Definition der Zuständigkeitsgrenzen ist für den Satzungsgeber insbesondere auf Grundlage der gesetzlichen Bestimmung seiner Aufgaben vorzunehmen. Überschreitet ein Satzungsgeber diese Grenzen, so ist die Satzung insoweit rechtswidrig.[57]

2. Satzungen und Grundrechte

Auch für Satzungen gilt im Hinblick auf einen Eingriff in Grundrechte der Vorbehalt des Gesetzes. Jede Grundrechtsbeeinträchtigung, die durch eine Satzungsvorschrift herbeigeführt oder ermöglicht wird, muss zuvor durch eine parlamentsgesetzliche Norm „freigegeben" sein.[58] Diese muss in einem „Eingriffsprogramm"[59] bestimmen, in welchem Rahmen ein

[52] Auch *Martini* (Fn. 25), § 33 Rn. 74: „wesensverschieden"; *Ossenbühl* (Fn. 5), § 105 Rn. 48.

[53] Urspr. mit diesem Begriff wohl *Oebbecke*, VerwArch 81 (1990), 349 (367).

[54] BVerwGE 130, 52 (62 Rn. 27); 137, 95 (99 Rn. 21); *Geis* (Fn. 11), § 25 Rn. 80; *Mann* (Fn. 36), Art. 28 Rn. 227.

[55] Ausführlich *Papenfuß*, Die personellen Grenzen der Autonomie öffentlich-rechtlicher Körperschaften, 1991, S. 174 ff. m.w.N.; offener *Petersen*, NVwZ 2013, 841 (844 ff.).

[56] Vgl. *Krausnick*, in: Geis (Hrsg.), Hochschulrecht im Freistaat Bayern, Handbuch, 2. Aufl. 2017, Kap. 1 Rn. 191, unter Verweis auf die Beschränkung der Satzungsgewalt auf „Körperschaftsangelegenheiten" in Art. 13 Abs. 1 BayHSchG. Allgemein *Ellerbrok* (Fn. 9), S. 239 ff.

[57] Vgl. dazu *Kluth* (Fn. 43), § 82 Rn. 83 f.

[58] *Detterbeck* (Fn. 1), Rn. 847; *Möstl* (Fn. 47), § 20 Rn. 12; *Ossenbühl* (Fn. 5), § 105 Rn. 30; *Wallerath* (Fn. 23), § 4 Rn. 29.

[59] *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2006, Kap. 6 Rn. 84.

Satzungsgeber Grundrechte einschränken darf.[60] Die Eingriffsgrundlage muss dabei umso bestimmter sein, je intensiver die Grundrechtsbeeinträchtigung wirkt und je weitreichender Interessen der Allgemeinheit berührt werden.[61] Beispiele für solche spezifischen Rechtsgrundlagen sind die Ermächtigungen zum Erlass von Satzungen, die Einwohnerinnen und Einwohner einer Gemeinde zur Straßenreinigung (vgl. § 41 Abs. 2 S. 1 GemO BW) oder zum Anschluss an und Benutzung des Abwasserleitungssystems (vgl. Art. 24 Abs. 1 S. 2 BayGO)[62] verpflichten.

Aus dem Grundrechtsvorbehalt resultieren allerdings insofern Schwierigkeiten, als die Möglichkeit, Angelegenheiten „selbst" orts-/sachspezifisch zu regeln, erhebliche Einschränkungen erfährt. Damit rückt die Frage in den Fokus, ob und inwieweit schon die abstrakte Verleihung von Satzungsgewalt dem Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für Grundrechtseingriffe Genüge tut. Dies ist grundsätzlich abzulehnen, weil in dieser Norm weder Reichweite noch Grenzen möglicher Grundrechtseingriffe abgesteckt sind.[63] Eine Ausnahme kann aber gelten, sofern und soweit schon im Aufgaben- und Wirkbereich der satzungsgebenden Stelle die Möglichkeit spezifischer Grundrechtseingriffe angelegt ist – etwa bei berufsständischen Kammern im Hinblick auf berufsregelnde Vorschriften (Art. 12 Abs. 1 GG) – und die Eingriffsintensität nur gering ausfällt.[64]

3. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Die kommunale Satzungsautonomie besteht gem. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG ausdrücklich nur „im Rahmen der Gesetze". Aber auch Satzungen aller anderen Satzungsgeber müssen mit höherrangigem Recht vereinbar sein.[65]

a) Zuordnung der Satzung zum Bundes- bzw. Landesrecht

Dazu ist zunächst im Hinblick auf die Regelung des Art. 31 GG – „Bundesrecht bricht Landesrecht." – festzustellen, ob es sich um eine dem Bundes- oder dem Landesrecht zugehörige Satzung handelt. Dies richtet sich nach der organisatorischen Eingliederung des Satzungsgebers,[66] für die im Zweifelsfall die Zuordnung der Aufsichtsbehörde einen Anhaltspunkt gibt.[67] Kommunale Satzungen sind Bestandteil des Landesrechts.[68] Verstößt eine dem Landesrecht zugehörige Satzung gegen eine bundesrechtliche Norm, gleich welcher Rechtsnatur, so ist sie insoweit rechtswidrig und nach überwiegender Auffassung[69] schon auf Grundlage des Wortlauts des Art. 31 GG („bricht") nichtig.

b) Verhältnis zu anderen Rechtsquellen

Im Verhältnis zu anderen Rechtsquellen derselben Organisationsebene (Bundes- bzw. Landesrecht) ist die Satzung nachgeordnet. Dies bedeutet, dass nicht nur Verfassungs- und Gesetzesnormen, sondern auch Normen aus Rechtsverordnungen gegenüber Satzungsvorschriften Vorrang genießen.[70] Dies ergibt sich zwar weder aus einer rechtsgebietsübergreifenden, positiv-rechtlichen Regelung noch lässt sich eine solche Hierarchie aus der unterschiedlichen demokratischen Legitimation begründen[71]. Es bestehen allerdings in verschiedenen Gesetzen Einzelregelungen, die eine Bindung des Satzungsgebers an Rechtsverordnungen normieren (vgl. § 67 Abs. 1 LVwG SH, ferner § 42f Abs. 1 HwO). Diese stellen keine Ausnahmebestimmungen dar. Vielmehr sprechen sie für einen gewohnheitsrechtlichen Grundsatz, der den Vorrang von Rechtsverordnungen gegenüber Satzungen stützt.[72] Verstößt eine Satzung gegen höherrangiges Recht derselben Organisationsebene, so ist sie – sofern nicht einfachgesetzliche Ausnahmen bestehen[73] – ebenfalls nichtig.[74]

Dabei bezieht sich die Nichtigkeit bei Verstößen gegen höherrangige materielle Rechtsnormen nicht auf die gesamte Satzung, sondern (nur) auf die unmittelbar gegen die höherrangige Vorschrift verstoßende Satzungsvorschrift. Die Nichtigkeit strahlt aber auf weitere Satzungsvorschriften aus,

[60] BVerwGE 125, 68 (70 f. Rn. 13).
[61] Vgl. BVerwGE 148, 133 (143 Rn. 26).
[62] Zum Anschluss- und Benutzungszwang siehe *Brüning*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 64 Rn. 222 ff. m.w.N.
[63] Auch BVerwGE 148, 133 (144 Rn. 28); BayVGH, DVBl. 2017, 459 (460 Rn. 40 f.).
[64] *Martini* (Fn. 25), § 33 Rn. 70; ferner *Ellerbrok* (Fn. 9), S. 258 ff.
[65] Dies ergibt sich (zumindest) im Hinblick auf dem Bundesrecht zugehörige Satzungen aus Art. 20 Abs. 3 GG. Dabei ist strittig, ob die Satzung hier als Teil der Ausübung vollziehender Gewalt an „Recht und Gesetz" gebunden ist (dafür *Jarass*, in: Jarass/Pieroth [Hrsg.], Grundgesetz, 16. Aufl. 2020, Art. 20 Rn. 51, 54; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier [Hrsg.], Grundgesetz, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 95 f.) oder aber als Teil einer materiell verstandenen „Gesetzgebung" an die verfassungsmäßige Ordnung mit der durch sie begründeten Normenhierarchie (dafür *Sachs* [Fn. 38], S. 161 [170]).
[66] *Rozek*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 70 Rn. 30.
[67] Vgl. auch *Stelkens*, Jura 2016, 1013 (1019).
[68] *Gubelt/Hanschel*, in: v. Münch/Kunig (Begr.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 31 Rn. 27; *Ipsen* (Fn. 3), Rn. 117.
[69] Vgl. BVerfGE 147, 253 (353 Rn. 231); *Gubelt/Hanschel* (Fn. 68), Art. 31 Rn. 41; *Jarass* (Fn. 65), Art. 31 Rn. 5; *März*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 66), Art. 31 Rn. 43. A.A. *Jürgensen*, Die Theorie vom Geltungsbeendigungsanlass, 2021, S. 40 ff. m.w.N.
[70] *Wallerath* (Fn. 23), § 4 Rn. 82.
[71] Auch *Heintzen*, Die Verwaltung 29 (1996), 17 (29 f.).
[72] *Heintzen*, Die Verwaltung 29 (1996), 17 (40 f.).
[73] Insbesondere im Kommunalrecht (z.B. § 4 Abs. 4 S. 1 GemO BW, § 5 Abs. 4 S. 1 HGO, § 10 Abs. 2 S. 1 NKomVG) bestehen Vorschriften, die auch bei Verstößen gegen gesetzliche (Verfahrens-)Vorgaben eine fortbestehende Wirksamkeit einer Satzung vorsehen.
[74] Für die Nichtigkeit als Regelfehlerfolge auch *Lange* (Fn. 20), Kap. 12 Rn. 28; *Möstl* (Fn. 47), § 20 Rn. 15; differenzierend für Verfahrensfehler *Ellerbrok*, (Fn. 9), S. 357 ff. Für eine Vernichtbarkeit als Regelfehlerfolge *Jürgensen* (Fn. 69), S. 150 ff.

soweit sie nicht eigenständig sinnvoll sind oder als verbleibender „Torso“ gegen höherrangiges Recht verstoßen würden.[75]

VII. Satzungskontrolle

1. Verschiedene Arten der Kontrolle

Eine Kontrolle von Satzungen erfolgt zunächst durch die Aufsichtsbehörden. Die Möglichkeiten sind dabei einfachgesetzlich näher ausgestaltet. Neben präventiven Genehmigungserfordernissen[76] verdienen hier vor allem die Ermächtigungen zu einem repressiven Eingreifen bis hin zur behördlichen Aufhebung der Satzung (vgl. § 86 Abs. 6 S. 2 StBerG) Beachtung. Die wichtigste Form der Satzungskontrolle erfolgt aber durch die Gerichte.

2. Gerichtliche Kontrolle

a) Prinzipalkontrolle

In bestimmten Fällen ist eine Klage unmittelbar gegen eine Satzung (bzw. einzelne Satzungsvorschriften) möglich. Diese prinzipale Normenkontrolle kommt gem. § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO bundeseinheitlich gegen Satzungen nach dem Baugesetzbuch in Betracht. Das sind insbesondere Bebauungspläne (§ 10 Abs. 1 BauGB), daneben Veränderungssperren (§ 16 Abs. 1 BauGB), Sanierungs- (§ 142 Abs. 3 BauGB) und Erhaltungssatzungen (§ 172 Abs. 1 BauGB). Für andere Satzungen hat der Bundesgesetzgeber in § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO ein Optionsrecht vorgesehen, auf dessen Grundlage die Länder entscheiden können, ob und inwieweit vor dem jeweiligen Oberverwaltungsgericht bzw. Verwaltungsgerichtshof eine Normenkontrolle gegen landesrechtliche Satzungen zulässig ist. Mit Ausnahme der Stadtstaaten Berlin und Hamburg, in denen Satzungen in Ermangelung einer kommunalen Ebene eine geringere Bedeutung zukommt, haben davon sämtliche Bundesländer Gebrauch gemacht.[77] Auch wenn im Rahmen der Zulässigkeit[78] eine (bevorstehende) Verletzung in eigenen Rechten geltend gemacht werden muss (§ 47 Abs. 2 S. 1 VwGO),[79] dem Gerichtsverfahren also ein „subjektiv[-]rechtliche[r] Filter“[80] vorgeschaltet ist, wird/werden im Rahmen der Begründetheit die angegriffene(n) Satzungsvorschrift(en) vollständig sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft. Verstößt eine Satzungsvorschrift gegen höherrangiges, nicht unbedingt drittschützendes Bundes- oder Landesrecht, erklärt das Oberverwaltungsgericht bzw. der Verwaltungsgerichtshof sie gem. § 47 Abs. 5 S. 2 VwGO allgemein verbindlich (erga omnes-Wirkung) für unwirksam. Vereinzelt haben Gerichte allerdings nur eine Unvereinbarkeit mit höherrangigem Recht festgestellt und so eine befristete Fortgeltung ermöglicht.[81] Dies kommt allenfalls in spezifischen Ausnahmefällen in Betracht, insbesondere wenn durch die Aufhebung eine rechtliche Situation entstünde, die noch weiter von einem rechtmäßigen Zustand entfernt wäre.[82]

Neben dem nationalen Recht ist auch das unmittelbar anwendbare Unionsrecht grundsätzlich[83] Teil des gerichtlichen Prüfungsmaßstabs im Rahmen der Normenkontrolle. Angesichts des Anwendungsvorrangs (nicht: Geltungsvorrangs) des Unionsrechts wird/werden die angegriffene(n) Vorschrift(en) bei einem Verstoß nur für unanwendbar erklärt.[84]

b) Inzidentkontrolle

Soweit Gerichte einen Vollzugsakt kontrollieren, der auf einer Satzung beruht, müssen sie inzident als Vorfrage die Rechtmäßigkeit der Satzung überprüfen. Denn verstößt eine

---

[75] Vgl. *Zimmermann*, JA 2018, 249 (250); ferner BVerwG, NVwZ 2019, 320 (321 f. Rn. 15); BayVGH, DVBl. 2018, 321 (325 Rn. 48); *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2021, § 30 Rn. 19.

[76] Siehe dazu schon oben V. 2. c).

[77] Baden-Württemberg (§ 4 AGVwGO BW), Bayern (Art. 5 BayAGVwGO, allerdings mit Einschränkung für örtliche Bauvorschriften in Art. 5 S. 2 BayAGVwGO), Brandenburg (§ 4 Abs. 1 BbgVwGG), Bremen (Art. 7 BremAGVwGO), Hessen (§ 15 HAGVwGO), Mecklenburg-Vorpommern (§ 13 GerStrukGAG MV), Niedersachsen (§ 75 NJG), Nordrhein-Westfalen (§ 109a JustizG NRW), Rheinland-Pfalz (§ 4 AGVwGO RP), Saarland (§ 18 SaarlAGVwGO), Sachsen (§ 24 SächsJG), Sachsen-Anhalt (§ 10 AGVwGO LSA), Schleswig-Holstein (§ 67 LJG SH) sowie Thüringen (§ 4 ThürAGVwGO).

[78] Ausführlich zu den einzelnen Voraussetzungen *Eibenstein*, JuS 2021, 218 ff.; *Mann/Lang*, Jura 2022, 693 (694 ff.).

[79] Näher *Ehlers*, in: Ehlers/Schoch (Hrsg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2. Aufl. 2021, § 32 Rn. 38 ff.; *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 17. Aufl. 2021, Rn. 962 ff. Aus der Rspr. beispielhaft VGH BW, NVwZ-RR 2016, 945 (945 f. Rn. 18 ff.). Eine Privilegierung gilt gem. § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO für Behörden. Insoweit genügt, dass die Behörde mit einer Satzungsvorschrift befasst ist oder sie in sonstiger Weise zu beachten hat, vgl. BVerwG, NVwZ-RR 2017, 331 (332 Rn. 7 ff.).

[80] *Schmidt-Preuß*, DVBl. 1999, 103 (103).

[81] BSGE 94, 38 (46 f. Rn. 19 f.); für eine Bestimmung einer Rechtsverordnung NdsOVG, NVwZ-RR 2001, 742 (749).

[82] Für zulässig erachtend *Panzer*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, Kommentar, 41. Lfg., Stand: Juli 2021, Vor § 47 Rn. 11; *Würtenberger/Heckmann*, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 539; *Ziekow*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 47 Rn. 357; *Zimmermann*, JA 2018, 249 (252); kritisch und eine Fortgeltung allenfalls zulassend, soweit die Aufhebung einen „Notstand“ zur Folge hätte, zuletzt BVerwGE 167, 137 (141 f. Rn. 20). Allg. dazu ferner *Jürgensen* (Fn. 69), S. 190 ff. m.w.N.

[83] Für eine Differenzierung im Hinblick darauf, ob eine Unionsrechtsnorm generell in allen Fallkonstellationen (dann Prüfungsmaßstab) oder nur unter zusätzlichen Voraussetzungen, etwa eines grenzüberschreitenden Sachverhalts, anwendbar ist, *Hoppe*, in: Eyermann (Begr.), VwGO, Kommentar, 15. Aufl. 2019, § 47 Rn. 31; *Jeremias*, NVwZ 2014, 495 (496). Gegen eine solche Einschränkung *Redeker*, in: Redeker/v. Oertzen, VwGO, Kommentar, 17. Aufl. 2022, § 47 Rn. 20.

[84] *Panzer* (Fn. 82), § 47 Rn. 113; *Unruh*, in: Fehling/Kastner/Störmer (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, VwGO § 47 Rn. 100.

Satzung gegen höherrangiges Recht und ist daher nichtig,[85] stellt sie keine taugliche Rechtsgrundlage für einen Vollzugsakt dar. Sie ist vom Gericht unmittelbar außer Anwendung zu lassen (Nichtanwendungskompetenz), wodurch der Rechtsschutz – im Vergleich zu Parlamentsgesetzen, bei denen im Wege der konkreten Normenkontrolle eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht zu erfolgen hat (vgl. Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG) – erheblich effektuiert wird. Die Feststellung über die Rechtswidrigkeit der Satzung erwächst allerdings nicht in Rechtskraft (§ 121 VwGO). In anderen Gerichtsverfahren ist die Wirksamkeit daher stets neu zu beurteilen. Eine entsprechende gerichtliche Entscheidung dürfte aber gewisse faktische Vorwirkungen entfalten.[86]

c) Unzulänglichkeiten der Rechtsschutzausgestaltung

Auch wenn damit weitreichender Rechtsschutz gegen Satzungen eröffnet ist, verbleiben doch gewisse Leerstellen. So scheidet gegen sozialrechtliche Satzungen (etwa Satzungen einer Krankenkasse) in Ermangelung einer dem § 47 VwGO entsprechenden Regelung im Sozialgerichtsgesetz[87] ein prinzipaler Rechtsschutz ebenso aus wie gegen dem Bundesrecht zuzuordnende Satzungen (etwa die Satzungen einer bundesunmittelbaren Körperschaft des öffentlichen Rechts). Durch die Garantie effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG)[88] verfassungsrechtlich geboten ist ein unmittelbarer Rechtsschutz gegen eine Satzung allerdings nur in Ausnahmefällen,[89] etwa wenn Satzungsunterworfene bereits durch eine bestimmte Satzungsvorschrift ohne weiteren Vollzugsakt in ihren Rechten betroffen sind oder es ihnen nicht zuzumuten ist, zunächst einen Vollzugsakt – z.B. einen Steuerbescheid oder eine Ordnungsverfügung – abzuwarten[90]. Insoweit behilft sich die Rechtsprechung damit, dass sie als „heimliche Normenkontrolle“[91] eine (atypische) Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 1 Var. 1 VwGO (bzw. für sozialrechtliche Satzungen § 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG) für zulässig erachtet, die auf die Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses gerichtet ist.[92] Dabei ist bislang nicht abschließend geklärt, worin das feststellungsfähige Rechtsverhältnis in dieser Konstellation liegt.[93]

VIII. Fazit

Der vorliegende Beitrag hat grundlegende Strukturen der Satzung aufgezeigt, die das Grundverständnis für die exekutive Normsetzung schärfen und für eine Klausurlösung[94] fruchtbar gemacht werden können. Davon abgesehen lohnt sich eine Beschäftigung mit der Satzung, weil sie als orts- und sachspezifische, betroffenennahe Regelung für eine Vielzahl der Anfragen an einen Rechtsstaat in einer sich ausdifferenzierenden Gesellschaft und mit mannigfaltigen Verwaltungsaufgaben Antworten bereithält.

[85] Siehe die Nachweise in Fn. 69 und Fn. 74.

[86] *Lange* (Fn. 20), Kap. 12 Rn. 91: „Vorbildfunktion“.

[87] Ausnahmsweise sieht das SGG eine prinzipale Normenkontrolle in § 55a SGG für Satzungen i.S.d. § 22a Abs. 1 SGB II vor.

[88] Diese gilt auch für öffentlich-rechtliche Satzungen, vgl. BVerfGE 115, 81 (92); *Ernst*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 68), Art. 19 Rn. 128; *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 7), Art. 19 Abs. 4 Rn. 70.

[89] Gegen eine verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers, die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle allgemein einzuführen, auch BVerwG, NVwZ-RR 2020, 236 (237 Rn. 10); kritisch-ablehnend dazu *Hufen* (Fn. 70), § 19 Rn. 3.

[90] Zuletzt – im Hinblick auf eine Rechtsverordnung – BVerwGE 166, 265 (270 Rn. 22 und 272 Rn. 29).

[91] *Hufen* (Fn. 70), § 19 Rn. 3 und § 30 Rn. 8.

[92] Vgl. BVerwGE 152, 204 (206 Rn. 17); BSGE 112, 257 (259 Rn. 11); entsprechend für eine Rechtsverordnung BVerwGE 111, 276 (278). Kritisch-ablehnend *Ellerbrok* (Fn. 9), S. 395 ff.; *Geis*, in: Baumeister u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag, 2011, S. 709 (716).

[93] Ein gesetzlich geregeltes Rechtsverhältnis zwischen Satzungsgeber und Satzungsunterworfenem (konkret: das auf der Pflichtmitgliedschaft beruhende Wahlrecht gem. § 5 Abs. 1 IHKG) als Anknüpfungspunkt heranziehend BVerwGE 152, 204 (206 f. Rn. 18). Allgemein für die Berechtigung des Normgebers zum Erlass einer entsprechenden Satzung als Anknüpfungspunkt *Schenke*, NVwZ 2016, 720 (723 f.); *Schenke* (Fn. 79), Rn. 1166; dies ablehnend etwa *Happ*, in: Eyermann (Fn. 83), § 43 Rn. 9a.

[94] In Ausbildungszeitschriften wird die (kommunale) Satzung u.a. in folgenden Übungsklausuren behandelt: *Böhm/v. Leeuwen*, Jura 2021, 1237 ff. (Anschluss- und Benutzungszwang für Fernwärme); *Brand/Kobitzsch*, Jura 2012, 981 ff. (Ortsbild); *Drescher/Klamet*, JuS 2020, 855 ff. (Sondernutzung im Fußgängerbereich); *Hahn*, ZJS 2017, 64 ff. (Festlegung von Surfzonen); *Herrmann*, Jura 2010, 149 ff. (Nutzung eines Spielparks); *Janson/Blenk*, JuS 2018, 461 ff. (Fraktionszuwendungen); *Ludwigs/Hainthaler*, Jura 2021, 832 ff. (Verfahren der Satzungsaufhebung); *Reimer/Danne*, JA 2015, 37 ff. (Stellplatzpflicht). Übungsklausuren zur Satzung finden sich ferner bei *Bretthauer u.a.*, 40 Klausuren aus dem Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2020, 8. Klausur (Satzungsgebungsverfahren) und 15. Klausur (Abgabensatzung); *Reimer*, in: Seidel/Reimer/Möstl, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2019, Fall 19 (Abgabensatzung); *Seidel*, ebd., Fall 15 (Anschluss- und Benutzungszwang für Fernwärme).

Hassrede im Kontext einer Gewährleistung von Meinungsfreiheit

Von Wiss. Mitarbeiter **David Hug**, Bochum*

Der AfD-Politiker Alexander Gauland wollte die vormalige Integrationsbeauftragte der Bundesregierung, Aydan Özuğuz, „in Anatolien entsorgen", die Bundestagsabgeordnete Renate Künast musste sich in sozialen Medien unflätig beschimpfen lassen und auch sonst erscheint die öffentliche Auseinandersetzung vor allem im Netz vielen als von Hass und Hetze übersät. Manche Beobachterin der Diskussionskultur nicht bloß hierzulande mag sich verwundert die Augen reiben ob der Größe des Raumes, der sich da unter der Gürtellinie auftut. Debattiert werden diese und andere verbale Entgleisungen seit geraumer Zeit vor allem unter dem Begriff der „Hate Speech" (oder eben: „Hassrede"). Aus einer juristischen Perspektive kreisen die (auf unterschiedlichen Ebenen geführten) Diskussionen in diesem Zusammenhang besonders um Fragen nach der Reichweite der Meinungsfreiheit. Da entsprechende Äußerungen in verschiedensten rechtlichen Konstellationen begegnen können, wird ihre Behandlung auch zu einem Thema für die juristische Fallbearbeitung. Der nachfolgende Beitrag soll Studierende in die Lage versetzen, das Grundrecht der Meinungsfreiheit in solchen Sachverhalten unter Berücksichtigung der im Rahmen der einschlägigen Gewährleistungen entstandenen Bereichsdogmatiken kompetent zu würdigen.

I. „Hassrede" – ein neues Phänomen?

Über „Hassrede" wird gegenwärtig viel gesprochen – nicht nur unter Juristen.[1] Auch insofern nimmt es kaum Wunder, dass der Begriff in verschiedenen Kontexten jeweils in einer etwas anders akzentuierten Weise gebraucht wird.[2] Das Ministerkomitee des Europarates etwa fasste 1997 unter „Hate Speech" in einer Empfehlung an die Mitgliedstaaten „all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin"[3]. Diese Begriffsbestimmung bildet vielfach den Ausgangspunkt für eine juristische Auseinandersetzung mit derlei Äußerungen,[4] auch in der Rechtsprechung wird zuweilen auf sie zurückgegriffen.[5] Obwohl es sich bei „Hassrede" in dem Sinne nicht um einen Rechtsbegriff handelt,[6] dürfte eine eingehendere Beschäftigung mit den unter diesem Begriff verhandelten Sachverhalten aus rechtlicher Perspektive gleichwohl aufschlussreich sein: Denn einzelne dieser hier bezeichneten Meinungskundgaben mögen zwar zum Beispiel über das Äußerungsstrafrecht (besonders die §§ 130, 185 ff. StGB) rechtlich erfassbar sein, der Blick auf einzelne Rechtsverletzungen vermag in dem Zusammenhang aber eher strukturelle Aspekte kaum einzufangen.[7]

In der jüngeren Literatur verweist der Begriff „Hassrede" in der Regel auf (häufig, aber nicht notwendigerweise sprachliche) Ausdrucksweisen, die bestimmte Menschen oder Gruppen von Menschen vor allem vor dem Hintergrund ihrer Identität oder spezifischer Diskriminierungsmerkmale herabwürdigen oder bedrohen oder geeignet sind, auf Intoleranz gründenden Hass zu fördern, zu verbreiten oder zu rechtfertigen.[8] Dabei dürfte es nach wohl überwiegendem Verständnis gerade eine hier zum Ausdruck kommende Intoleranz sein, die solche Äußerungsformen von sozusagen „‚normal' anstößiger Rede"[9] unterscheidet.[10] Im Kern geraten damit insbesondere solche Ausdrucksformen in den Blick, die Betroffenen ihren Achtungsanspruch als Mensch oder gleichberechtigte Person innerhalb der Gesellschaft absprechen.[11] Von einem allgemein konsentierten Begriffsverständnis lässt sich hierbei allerdings noch nicht sprechen.

So verstanden, beschreibt der Begriff kein neues Phäno-

---

* Der *Autor* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Wirtschaftsrecht und Steuerrecht von Prof. *Dr. Sebastian Unger* an der Ruhr-Universität Bochum.

[1] Instruktiv etwa *Marx*, in: Albers/Katsivelas (Hrsg.), Recht & Netz, 2018, S. 37 (37 ff.).

[2] Zu unterschiedlichen Begriffsbestimmungen ausführlich *Christou*, Die Hassrede in der verfassungsrechtlichen Diskussion, 2007, S. 17 ff.; *Krause*, Kriminalistik 2019, 751 (751 f.); *Struth*, Hassrede und Freiheit der Meinungsäußerung, 2019, S. 21 ff.

[3] Committee of Ministers (Council of Europe), Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to Member States on „hate speech" v. 30.10.1997.

[4] *Eifert*, in: Hermstrüwer/Lüdemann (Hrsg.), Der Schutz der Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, 2021, S. 189 (192 in Fn. 17); *Völzmann*, MMR 2021, 619 (620 in Fn. 1).

[5] Siehe nur EGMR, Urt. v. 4.12.2003 – 35071/97 (Gündüz v. Turkey), insb. Ziff. 40.

[6] Ausdrücklich *Eifert*, NJW 2017, 1450 (1450 in Fn. 2).

[7] *Eifert* (Fn. 4), S. 195: „übersieht das spezifische Phänomen der Dynamiken, die hinter einer ganzen Art von Rechtsverletzungen stehen"; mit Blick auf ein (weitergehendes, teils aber auch anderes bezeichnendes) Konzept von „Hasskriminalität" siehe in diesem Sinne auch *Schneider*, JZ 2003, 497 (497): „stellt Phänomene wie Fremdenfeindlichkeit, Antisemitismus und Rechtsradikalismus in einen größeren gesellschaftlich-systematischen Zusammenhang".

[8] Ähnlich siehe bereits *Eifert* (Fn. 4); *Völzmann*, MMR 2021, 619 (620). Diese Bezugspunkte von Hassrede hebt etwa auch *Magen*, VVDStRL 77 (2018), 67 (87 ff.) hervor, der mit Bezug auf Art. 3 Abs. 3 GG in diesem Kontext den möglichen „Anwendungsbereich eines gruppenbezogenen Herabwürdigungsschutzes" (88) umreißt. Die Missverständnisse, denen der Begriff begegnet, analysiert *Waldron*, The Harm in Hate Speech, 2012, S. 34 ff.

[9] *Brugger*, AöR 128 (2003), 372 (374).

[10] Statt vieler *Mensching*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Kommentar, 3. Aufl. 2022, Art. 10 Rn. 80.

[11] *Mensching* (Fn. 10), Art. 10 Rn. 80; *Waldron* (Fn. 8), S. 39 und öfter.

men.[12] Unter den Kommunikationsbedingungen des Internet wird ihm aber eine neue Qualität beigemessen.[13] Diese Einschätzung mag gerade jüngeren „Usern“ schon aus eigener anekdotischer Anschauung plausibel erscheinen.[14] Jedenfalls ermöglichen zum Beispiel große soziale Netzwerke, die als Orte von Hassrede besonders im Fokus stehen,[15] nicht nur Kommunikation in Echtzeit. Vielmehr erlauben sie Nutzern auch, mit minimalem Aufwand (eventuell im schützenden Gewande der Anonymität[16]) mit potenziell hoher Reichweite zu agieren und beliebige Menschen unabhängig von ihrer räumlichen oder sozialen Distanz persönlich anzusprechen.[17] Die neuen Möglichkeiten der Kommunikation sind bei alledem eng an die technische Infrastruktur gekoppelt, die die Netzwerke bereithalten. Personalisierte und meist intransparente Algorithmen, die eine Auffindbarkeit von Inhalten vorstrukturieren,[18] gehen zumindest mit Risiken und Nebenwirkungen für verfassungsrechtlich gerahmte Leitbilder von demokratischen Meinungsbildungsprozessen einher, wiewohl sich die anfängliche Hypertrophie, die Metaphern von „Filterblasen“[19] und „Echokammern“[20] umgab, wohl nur teilweise als begründet erwiesen hat.[21] Einem freien und offenen Diskurs nicht unbedingt zuträgliche (und bereits aus der analogen Welt bekannte) sozialpsychologische Effekte[22] oder auch manche von der Verhaltensökonomik studierte Verzerrungen der subjektiven Wahrnehmung[23] dürften innerhalb dieser Netzwerke eher noch verstärkt werden.[24] Dementsprechend wird bereits über gangbare Wege zur Institutionalisierung wirksamer Gelegenheiten der Gegenrede diskutiert.[25]

Hinsichtlich möglicher Auswirkungen von Hassrede ist – soweit diese in einem konkreten Zusammenhang rechtlich relevant werden können[26] – noch manches empirisch unklar. Diesbezüglich werden in der Literatur zwei Gesichtspunkte hervorgehoben, nämlich einerseits mögliche Auswirkungen für Betroffene und andererseits ungleich schwerer zu ermessende denkbare Wirkungen auf Dritte und letztlich den gesamten Prozess öffentlicher Meinungsbildung. In gewisser Hinsicht bildet diese zwei Dimensionen auch das StGB ab, das zum einen Vorschriften etwa zum Schutz der persönlichen Ehre bereithält (womit die §§ 185 ff. StGB angesprochen wären), zum anderen aber auch ein eigenständiges Kapitel für „Straftaten gegen die öffentliche Ordnung“ vorsieht (§§ 123 ff.

[12] *Hong*, in: Albers/Katsivelas (Fn. 1), S. 59 (79). Die Existenz eines Straftatbestandes der Volksverhetzung (§ 130 StGB) mag dies eindrücklich bezeugen, in diesem Zusammenhang instruktiv *Brugger*, AöR 128 (2003), 372 (insb. 378 f., 390 f.).

[13] So konstatiert die Begründung zu dem „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG)“ v. 16.5.2017, BT-Drs. 18/12356, S. 11 eine „massive Veränderung des gesellschaftlichen Diskurses im Netz und insbesondere in den sozialen Netzwerken“ und verweist auf eine „Debattenkultur“, die „oft aggressiv, verletzend und nicht selten hasserfüllt [ist]“; siehe auch *Struck*, MschrKrim 102 (2019), 54 (59).

[14] Dazu *Ceffinato*, JuS 2020, 495 (495); *Hoven/Witting*, NJW 2021, 2397 (2399).

[15] Davon zeugt nicht zuletzt ihre nunmehr verstärkte Regulierung, dazu noch unter IV.

[16] Deren Ambivalenz wird auch von Gerichten registriert, siehe nur EGMR, Urt. v. 16.6.2015 – 64569/09 (Delfi AS v. Estonia), Ziff. 147; ausführlich *Kersten*, JuS 2017, 193 ff.

[17] Dazu *Eifert* (Fn. 4), S. 192 ff. im Blick auf „hochambivalent[e]“ Mobilisierungspotentiale sozialer Netzwerke. Die unter Umständen besondere Breitenwirkung der Kommunikation im Internet heben etwa BVerfG, Beschl. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2397/19, Rn. 34 und EGMR, Urt. v. 16.6.2015 – 64569/09 (Delfi AS v. Estonia), Ziff. 110 hervor.

[18] Statt vieler siehe nur *Kaiser/Reiling*, in: Unger/Ungern-Sternberg (Hrsg.), Demokratie und künstliche Intelligenz, 2019, S. 85 (86 ff.) am Beispiel des Newsfeed von *Facebook*.

[19] Grundlegend *Pariser*, The Filter Bubble, 2012.

[20] Begriffsprägend *Sunstein*, Republic.com, 2001 vor allem unter Bezugnahme auf innerhalb der Sozialpsychologie beschriebene Vorgänge einer „group polarization“ (65 ff.).

[21] Zu diesen Begriffen und der kontrovers debattierten (aber wohl überschätzten) empirischen Haltbarkeit mit ihnen beschriebener Zusammenhänge *Stark/Magin/Jürgens*, in: Eisenegger u.a. (Hrsg.), Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit, 2021, S. 303 ff.; daher kritisch zur „Filterblasen-Theorie“ etwa *Lüdemann*, in: Hermstrüwer/Lüdemann (Fn. 4), S. 1 (15 ff.); relativierend auch *Kaiser/Reiling* (Fn. 18), S. 89 ff. Umso beachtlicher ist die Selbstverständlichkeit, mit der hier vermutete Zusammenhänge (abgesehen von einem Verweis auf den differenzierteren Bericht der Enquete-Kommission Künstliche Intelligenz des Deutschen Bundestages v. 28.10.2020, BT-Drs. 19/23700, ohne nähere Auseinandersetzung etwa mit kommunikationswissenschaftlichen Analysen) ihren Weg in die Judikatur des BVerfG gefunden haben, siehe nur BVerfG, Beschl. v. 20.7.2021 – 1 BvR 2756/20 u.a. (Staatsvertrag Rundfunkfinanzierung), Rn. 80 f.; kritisch im Hinblick auf ein früheres Urteil bereits *Ingold*, MMR 2020, 82 (83 f.).

[22] Exemplarisch *Magen*, VVDStRL 77 (2018), 67 (75 ff.) zu einem „intuitive[n] Gruppendenken“.

[23] Ein Beispiel wäre die Neigung, im Zuge von Informationsverarbeitungsvorgängen solche Informationen zu privilegieren, die eigene Haltungen bestärken, zu dieser sog. „confirmation bias“ im vorliegenden Zusammenhang *Hong* (Fn. 12), S. 78.

[24] In diese Richtung auch *Stark/Magin/Jürgens* (Fn. 21), S. 316 f. Auch der „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität“ v. 10.3. 2020, BT-Drs. 19/17741, S. 1, 15, 35 geht ersichtlich von dieser Prämisse aus.

[25] Siehe zum Beispiel *Egidy*, in: Hermstrüwer/Lüdemann (Fn. 4), S. 91 (insb. 129 ff.) mit dem Vorschlag einer „Counterspeech 2.0“ (allerdings vornehmlich zur Regulierung von „fake news“).

[26] Exemplarisch *Hoven/Witting*, NJW 2021, 2397 (2399 ff.), die mit Rücksicht auf einen dort beschriebenen „Silencing“-Effekt von Hassrede (nicht bloß auf Betroffene) eine Lesart des § 185 StGB vorschlagen, der zufolge die „Wahrung der Meinungsfreiheit im öffentlichen Diskurs [als weiteres Schutzgut von § 185 StGB]“ (2400) anzuerkennen wäre.

StGB), aus dem im vorliegenden Kontext vor allem der Straftatbestand des § 130 StGB von Interesse ist.[27] Ein schlichter Rekurs auf denkbare Kausalzusammenhänge wird der Sache freilich kaum gerecht.[28] Immerhin gehen aber jüngere Studien im Hinblick auf Folgen für Betroffene unter anderem von nicht unerheblichen psychischen Beeinträchtigungen (bis hin zu Depressionen) aus. Auch die Existenz eines oft beschriebenen[29] „Silencing-Effekts", dem zufolge sich Menschen aus Furcht vor Hassrede im öffentlichen Diskurs zurücknehmen, wird hier dargelegt.[30] Verbunden mit der Wahrnehmung, dass Hassrede oftmals spezifische Gruppen (besonders Minderheiten) betrifft,[31] liegen befürchtete Auswirkungen auf einen demokratischen Meinungsbildungsprozess auf der Hand.

Nach einem Blick auf den Rechtsrahmen und mögliche Sachverhaltskonstellationen (II.) soll es sodann vor allem darum gehen, die rechtliche Einordnung und Bewertung solcher Ausdrucksformen vor dem Hintergrund verfassungs- und völkerrechtlicher Bestimmungen genauer zu beleuchten (III.). Der Beitrag endet mit einer abschließenden Würdigung (IV.).

II. Rechtsrahmen und Sachverhaltskonstellationen

Für eine juristische Beurteilung der hier umschriebenen Ausdrucksweisen können nach den konkreten Umständen des Falles verschiedene Vorschriften relevant werden. Unter dem Grundgesetz steht in diesem Zusammenhang vor allem der Konflikt um die Reichweite der (von Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Var. GG gewährleisteten) Meinungsfreiheit in der Abwägung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht Betroffener (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) im Mittelpunkt des Interesses. Eine Interpretation dieser Rechtstexte muss dabei auch die (vergleichbare Rechtspositionen gewährleistenden) Vorschriften der Art. 8 und 10 EMRK in ihrem Verständnis durch den EGMR berücksichtigen.[32] „[B]ei der Durchführung des Rechts der Union" (Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh) sind schließlich auch die Vorschriften der Grundrechte-Charta (insbesondere die Art. 7 und 11 GRCh) in den Blick zu nehmen.[33] Darüber hinaus können im Einzelfall auch internationale Übereinkommen (wie etwa die ICERD[34]) für eine Interpretation der Meinungsfreiheitsgarantien relevant werden.[35] Besondere Aufmerksamkeit im Kontext von Hassrede verdient außerdem Art. 20 Abs. 2 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR), der die Reichweite einer i.R.v. Art. 19 IPbpR garantierten Meinungsfreiheit für den Geltungsbereich dieser Vorschrift näher spezifiziert.[36]

Die bereits angedeutete Vielfalt denkbarer Sachverhaltskonstellationen, in denen Hassrede nach einer juristischen Bewertung verlangt, spiegelt sich in zahlreichen einfachgesetzlichen Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts wider, unter denen hier insbesondere zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz verlaufende Konfliktlinien verarbeitet werden müssen. So kann etwa die Kommentierung von Einlassungen eines dunkelhäutigen Betriebsratskollegen mit den Worten „Ugah, ugah" im Rahmen einer Betriebsratssitzung

---

[27] Die Relevanz der Vorschriften des § 130 StGB wird hier schon daraus ersichtlich, dass ihnen bisweilen ein Charakter als Regelungen zum politischen „Klimaschutz" beigemessen wird, siehe nur BGH MMR 2001, 228 (230 f.); dazu ausführlich *Krauß*, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 13. Aufl. 2021, § 130 Rn. 3 ff.

[28] Aus linguistischer Sicht *Butler*, Hass spricht, 5. Aufl. 2016.

[29] Zum Beispiel bei *Waldron* (Fn. 8), S. 149.

[30] Aus der reichhaltigen Literatur exemplarisch *Geschke/Klaßen/Quent/Richter*, #Hass im Netz, 2019, S. 27 ff., abrufbar unter https://bit.ly/39kqZ6G (30.5.2022); siehe ferner *Gelber/McNamara*, Social Identities 22 (2016), 324 ff. Bei einer Würdigung solcher Studien ist freilich schon deshalb Vorsicht geboten, weil eben kein gemeinhin konsentiertes Verständnis von Hassrede existiert; weitere Nachweise etwa bei *Hoven/Witting*, NJW 2021, 2397 (2399); *Steinl/Schemmel*, GA 2021, 86 (87 f.).

[31] *Lang*, AöR 143 (2018), 220 (229 f.); *Völzmann*, MMR 2021, 619 (621); aus dem US- amerikanischen Raum siehe *Delgado/Stefancic*, Critical Race Theory, 3. Aufl. 2017, S. 29.

[32] Zur Berücksichtigung der EMRK in ihrer Interpretation durch den EGMR siehe BVerfGE 111, 307 (315 ff.) – EGMR-Entscheidungen (st. Rspr.); zu der in solchen Fällen erforderlichen Abwägung zwischen Art. 8 und 10 EMRK etwa EGMR, Urt. v. 16.6.2015 – 64569/09 (Delfi AS v. Estonia), Ziff. 110, 137 ff., dem zufolge Art. 8 Abs. 1 EMRK insoweit auch ein Recht auf Schutz des guten Rufes (als Teil des Rechts auf Achtung des Privatlebens) gewährleistet, dazu *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer (Hrsg.), EMRK, Handkommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 8 Rn. 43; zur praktischen Relevanz besonders des Art. 8 EMRK siehe auch *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 1–2, Rn. 10 ff.

[33] Zum weitgehenden Gleichlauf der Art. 7 und 11 GRCh mit Art. 8 und 10 EMRK siehe die Erläuterungen des Präsidiums des Europäischen Konvents, ABl. 2007 C 303, S. 17 (20 f., 32 f.). Im Folgenden liegt der Fokus daher vor allem auf letztgenannten Vorschriften.

[34] Die 1969 in Kraft getretene „International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination" (ICERD) gilt in Deutschland nach Art. 59 Abs. 2 GG im Rang eines Bundesgesetzes (dazu siehe das Zustimmungsgesetz v. 9.5.1969, BGBl. 1969 II, S. 961).

[35] Exemplarisch EGMR, Urt. v. 23.9.1994 – 15890/89 (Jersild v. Denmark), Ziff. 21, 30 f.; dazu siehe *Hong*, ZaöRV 70 (2010), 73 (80 f.); zu der ICERD in ihrer Lesart durch den zuständigen Ausschuss zur Beseitigung der Rassendiskriminierung (CERD) im Kontext von Hassrede etwa *Şahin*, KJ 53 (2020), 256 (260 ff.). Dabei kritisiert nicht bloß *Brugger*, AöR 128 (2003), 372 (404) „zum Teil expansive Interpretationen von zu kriminalisierender Haßrede […], bei denen die Gefahr besteht, daß die Meinungsfreiheit vom vorrangigen oder besonders wichtigen Grundrecht zu einem Abwägungsgesichtspunkt mutiert".

[36] Zu dieser Bestimmung und ihrer Interpretation durch das insoweit zuständige UN-Human Rights Committee instruktiv *Struth* (Fn. 2), S. 22, 267 ff.

durch ein Betriebsratsmitglied nach Ansicht des BVerfG einen i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB „wichtigen Grund“ für eine fristlose Kündigung darstellen.[37] Die Abgeordnete *Renate Künast* musste (zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche gegen die sie beschimpfenden Facebook-User) in einem ersten Schritt zunächst auf gerichtlichem Wege einen Auskunftsanspruch nach § 14 Abs. 3 und 4 TMG a.F. (nunmehr: § 21 Abs. 2 und 3 TTDSG) i.V.m. § 1 Abs. 3 NetzDG geltend machen, um an die bei Facebook vorhandenen Bestandsdaten dieser Nutzer zu gelangen.[38] Hinzu treten zahlreiche weitere „klassische“ Orte, an denen (unter Berücksichtigung anderer schutzbedürftiger Rechtspositionen) Grenzen des Sagbaren für gewöhnlich verhandelt werden. Nach der insoweit bahnbrechenden Lüth-Entscheidung des BVerfG muss etwa ein Zivilrichter der „‚Ausstrahlungswirkung‘ der Grundrechte auf das bürgerliche Recht“ in ausreichender Weise Rechnung tragen,[39] zivilrechtliche Generalklauseln oder unbestimmte Rechtsbegriffe markieren in diesem Verständnis „‚Einbruchstellen‘ der Grundrechte in das bürgerliche Recht“[40], die nach nunmehr allgemeiner Auffassung in dem Sinne eine „mittelbare Drittwirkung“ entfalten.[41] Die juristische Würdigung von Hassrede mag daher beispielsweise auch im Rahmen einer Interpretation der §§ 138, 242, 826 BGB angezeigt sein. Selbstredend ist in diesem Zusammenhang aber auch das Äußerungsstrafrecht angesprochen. Im Folgenden kann es kaum darum gehen, all diese Konstellationen zu erörtern. Vielmehr sollen anhand der geläufigen Struktur einer Prüfung von Grundrechten[42] diejenigen Gesichtspunkte umrissen werden, die im Zuge einer Beurteilung hier interessierender Ausdrucksformen im Kontext der angesprochenen Gewährleistungen der Meinungsfreiheit von Belang sein können.

III. Hassrede im Kontext von Meinungsfreiheit

1. Sachlicher Schutzbereich

Im Regelfall wird Hassrede in den Bahnen der Bereichsdogmatiken zur Garantie von Meinungsfreiheit (eben als „Rede“[43]) zu beurteilen sein.[44] Für ihre Würdigung ist daher zunächst – nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Var. GG, aber etwa auch nach Art. 10 Abs. 1 S. 1 EMRK – eine Einordnung als „Meinung“ maßgeblich. Der Begriff umreißt den sachlichen Schutzbereich der genannten Gewährleistungen. Schon nach alltagssprachlichem Verständnis geht es also um Äußerungen, die sich in erster Linie durch „das Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens, des Meinens“[45] von anderen Äußerungsformen abheben. Hierbei kann es schon begrifflich kaum darauf ankommen, ob derlei Äußerungen als „wahr“ oder „unwahr“ zu *bewerten* sind, weil sich einer Stellungnahme derlei Kategorien eben kaum aufpfropfen lassen.[46] Weitergehende Forderungen sind an den Begriff der Meinung – in Übereinstimmung mit einer vorzugswürdigen allgemeineren Tendenz innerhalb der Literatur[47] – nicht zu stellen. Rechtlich ist es demnach zunächst einmal belanglos, „ob die Äußerung begründet oder grundlos, emotional oder rational ist, als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt

[37] BVerfG, Beschl. v. 2.11.2020 – 1 BvR 2727/19, das in diesen Worten des zuvor bereits abgemahnten Beschwerdeführers (auch mit Rekurs auf die Wertungen aus §§ 1, 7 und 12 AGG und §§ 104, 75 Abs. 1 BetrVG) eine „menschenverachtende Diskriminierung“ sah, die „sich unter Berufung auf Art. 5 Abs. 1 GG nicht rechtfertigen“ lasse, weil „Art. 1 Abs. 1 GG angetastet wird, wenn eine Person nicht als Mensch, sondern als Affe adressiert wird, und damit das in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ausdrücklich normierte Recht auf Anerkennung als Gleiche unabhängig von der ‚Rasse‘ verletzt wird“ (Rn. 17 f.).

[38] Dazu BVerfG, Beschl. v. 19.12.2021 – 1 BvR 1073/20, Rn. 1 f., 8, 25 ff. Der Anspruch nach § 14 Abs. 3 TMG a.F. (oder nunmehr § 21 Abs. 2 TTDSG) verlangt dabei über den Verweis auf § 1 Abs. 3 NetzDG eine Beurteilung der Strafbarkeit der beanstandeten Inhalte. Ein zivilrechtlicher Unterlassungsanspruch ließe sich in diesem konkreten Fall zum Beispiel auf § 1004 Abs. 1 und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 185 f. StGB stützen (Rn. 25).

[39] BVerfGE 7, 198 (207) – Lüth.

[40] BVerfGE 7, 198 (206) – Lüth (unter Rekurs auf Vorarbeiten von *Günther Dürig*).

[41] Hierzu ausführlich *Dreier*, in: Dreier (Fn. 32), Vorb. vor Art. 1 GG Rn. 96 ff.

[42] Instruktiv etwa *Dreier* (Fn. 41), Vorb. vor Art. 1 GG Rn. 119 ff. In den (im Zusammenhang mit Hassrede häufigen) Konstellationen, in denen Grundrechte erst im Wege mittelbarer Drittwirkung Eingang in die Fallbearbeitung finden, ist die hier gewählte Herangehensweise nicht in jedem Fall vorzugswürdig, dazu *Augsberg/Viellechner*, JuS 2008, 406 ff.

[43] Freilich sind auch andere Konstellationen denkbar, in denen beispielsweise sachnähere Grundrechtsgarantien nach der lex specialis-Regel vorrangig zu prüfen sind. Der vorliegende Beitrag fokussiert sich auf die Meinungsfreiheit, die umgekehrt indes auch vorrangig zu prüfen sein kann, wenn in nicht meinungsfreiheitsspezifischen Eingriffskonstellationen letztlich doch primär an eine Meinung angeknüpft wird – den prominentesten Fall bilden extremistische Versammlungen, siehe etwa BVerfGE 90, 241 (246) – Auschwitzlüge.

[44] Dass hier schon häufiger im Plural von Bereichsdogmatik*en* gesprochen wurde, ist dem Umstand geschuldet, dass diese Garantien (vor allem Art. 10 Abs. 1 S. 1 und 2 EMRK und Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Var. GG) von den zu ihrer verbindlichen Interpretation berufenen Gerichten bei allen Gemeinsamkeiten nicht immer in kongruenter Weise gelesen werden.

[45] BVerfGE 61, 1 (8) – Wahlkampf/»CSU: NPD Europas«.

[46] *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1698): „Meinung immer subjektabhängig“.

[47] Exemplarisch dazu *Dreier* (Fn. 41), Vorb. vor Art. 1 GG Rn. 120 ff., dem zufolge eine „Fixierung des Schutzbereiches […] von vorgängigen Präformationen, Finalisierungen oder Restriktionen“ freizuhalten ist, um („im Sinne des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips“) ein „systematische[s] *Abarbeiten von Begründungslasten*“ der Ebene der verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsbedürftigkeit vorzubehalten (Hervorhebung im Original).

wird“[48], zumal solche (dem Rechtstext fremden) Erwägungen ohnehin oftmals hochgradig wertungsabhängig sind. Dafür spricht nicht zuletzt auch eine ideengeschichtliche Interpretation, der zufolge die Meinungsfreiheit ihre eigentliche Schlagkraft vornehmlich von der „Freiheit des anders Denkenden“[49] her bezieht, der seine Ansichten naturgemäß selten für „grundlos“ halten wird. In dieser Lesart ist es nur konsequent, auch die Form einer Meinungsäußerung grundsätzlich dem Selbstbestimmungsrecht des sich Äußernden anheim zu stellen,[50] sodass auch scharfe oder verletzende Ausdrucksweisen vom sachlichen Schutzbereich erfasst werden.[51] Nichts anderes liest man aus Straßburg, wo der EGMR konstatierte, dass Art. 10 Abs. 1 S. 1 EMRK „is applicable not only to ‘information’ or ‘ideas’ that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population“[52].

Diesem Verständnis entspricht es ferner, dass im Grundsatz auch solche Äußerungen dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit zuzuordnen sind, die sich ihrem Inhalt nach explizit gegen die unter der Verfassung aufgerichtete freiheitlich-demokratische Ordnung wenden. In den Grenzen des wehrhaften Verfassungsstaates „vertraut [das Grundgesetz] auf die Kraft der freien Auseinandersetzung als wirksamste Waffe auch gegen die Verbreitung totalitärer und menschenverachtender Ideologien“[53]. Dem liegt ersichtlich ein Vorverständnis zugrunde, das in der Rechtsprechung des US-Supreme Court seinen wohl prominentesten Verfechter gefunden hat: Der „marketplace of ideas“ soll danach für einen „free trade in ideas“ offen – und das heißt: von staatlicher Beeinflussung nach Möglichkeit frei – gehalten werden, um im Wege einer „competition“ von Ideen zu bestmöglichen Ergebnissen zu gelangen.[54]

Besonders schwierig im Hinblick auf die Reichweite des sachlichen Schutzbereiches ist die Abgrenzung zwischen Meinungen und Tatsachenbehauptungen. Zumindest nach dem Wortlaut schützt etwa Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Var. GG ausdrücklich allein erstere. Während Meinungen durch die persönliche Beziehung des sich Äußernden zu dem Gegenstand seiner Äußerung gekennzeichnet sind, steht bei einer Tatsachenbehauptung die – den Kategorien von „wahr“ und „unwahr“ und also dem Beweis zugängliche – Bezugnahme auf „die“ Wirklichkeit im Vordergrund. Nun beruht die persönliche Beziehung der sich Äußernden zu dem Gegenstand ihrer Äußerung (also ihre Meinung) aber in der Regel auf einer bestimmten (und dem Beweis zugänglichen) Wahrnehmung „der“ Realität, eine Tatsachenbehauptung bildet hier also die Grundlage einer Meinung. Demgemäß bezieht sich Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Var. GG nach herrschendem Verständnis auch auf Tatsachenbehauptungen, „weil und soweit sie Voraussetzung der Bildung von Meinungen sind“[55]. Bei bewussten Lügen oder erwiesenermaßen unwahren Tatsachenbehauptungen soll dies indes nicht gelten, zu dem „geistigen Kampf“ oder Wettbewerb der Meinungen haben sie danach kaum Sinnstiftendes beizutragen.[56] Problematisch wird eine solche an und für sich nachvollziehbare Abgrenzung bei der – regelmäßigen – Vermengung von tatsächlichen und wertenden Elementen im Rahmen einer Meinungsäußerung: Gerade in Fällen, in denen sich Elemente einer Aussage nicht sinnvoll voneinander isolieren lassen (eine Trennung der Elemente sinnentstellend wäre), soll hier der Schutzbereich „im Interesse eines wirk-

[48] BVerfGE 90, 241 (247) – Auschwitzlüge; siehe auch BVerfGE 33, 1 (14 f.) – Strafgefangene. Eine egalitäre Dimension dieses Verständnisses betonte zuletzt BVerfG, Beschl. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2397/19, Rn. 18, 28, 33.

[49] Die Wendung stammt von *Rosa Luxemburg*, hier zitiert nach *Brugger*, AöR 128 (2003), 372 (373 in Fn. 3), der ebd. (372) einleitend pointiert bemerkt: „[D]ie Mehrheitsmeinung braucht keinen Grundrechtsschutz“; *Hong* (Fn. 12), S. 86 f. Mit *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1698) würden diese Engführungen in letzter Konsequenz staatlichen Akteuren eine (im Blick auf die Meinungsfreiheit nicht weiter rechtfertigungsbedürftige) „Definitionskompetenz“ über das Sagbare zuweisen; insoweit ebenfalls kritisch *Butler* (Fn. 28).

[50] In diesem Sinne ausdrücklich etwa BVerfGE 54, 129 (138 f.) – Kunstkritik.

[51] BVerfGE 93, 266 (289) – »Soldaten sind Mörder«, das auch weitere Modalitäten (etwa „die Wahl des Ortes und der Zeit“) in den Schutzbereich einbezieht – kurzum: Jeder sich äußernde Mensch darf grundsätzlich „diejenigen Umstände wählen, von denen er sich die größte Verbreitung oder die stärkste Wirkung seiner Meinungskundgabe verspricht“.

[52] Aus der st. Rspr. EGMR, Urt. v. 7.12.1976 – 5493/72 (Handyside v. United Kingdom), Ziff. 49, der diese Auffassung als für eine „democratic society“ essenziell erachtet.

[53] BVerfGE 124, 300 (320 f.) – Wunsiedel.

[54] Exemplarisch Hustler Magazine v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988), 50 ff.; als Kontrast siehe BVerfGE 12, 113 (125) – Schmid-Spiegel, wo (freilich ohne Rückgriff auf eine wohl von Justice *Holmes* stammende Marktmetaphorik) unter anderem von dem „geistigen Kampf“ und einer „freie[n] Auseinandersetzung der Ideen und Interessen“ die Rede ist; Überblick zur einschlägigen Judikatur des US-Supreme Court beispielsweise bei *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 42 ff.; *Brugger*, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 1993, S. 135 ff. Diese Gemeinsamkeiten bedeuten allerdings nicht, dass beide Gerichte notwendig zu ähnlichen Ergebnissen kommen, dazu *Nolte*, EuGRZ 15 (1988), 253 ff., der die genannte Entscheidung zu der BVerfGE 75, 369 ff. – Strauß-Karikaturen in Beziehung setzt.

[55] BVerfGE 85, 1 (15) – Bayer-Aktionäre. Schutz genießen sie demgemäß allein aufgrund ihrer „dienenden Funktion“ für den Meinungsbildungsprozess, vgl. *Jestaedt*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 102 Rn. 35.

[56] In diesem Sinne beispielsweise BVerfGE 90, 241 (247) – Auschwitzlüge; ähnlich US-Supreme Court, Hustler Magazine v. Falwell, 485 U. S. 46 (1988), 52; kritisch zu diesem Verständnis vor dem Hintergrund des durchaus extensiveren Schutzes der Meinungsfreiheit in den USA unter dem First Amendment *Brugger*, AöR 128 (2003), 372 (397 f.).

samen Grundrechtsschutzes“ im Zweifel eröffnet sein.[57] Hier drohen gewisse Wertungskonflikte, wenn die erwiesen unwahre Tatsachenbehauptung in diesen Fällen dann doch wieder in den Schutzbereich hineingelangt.[58] An die Feststellung einer bewusst oder erwiesenermaßen unwahren Tatsachenbehauptung werden dabei mit Recht hohe Anforderungen gestellt, um unerwünschte Folgen für den öffentlichen Meinungsbildungsprozess zu vermeiden, der erlahmen könnte, wenn jede Äußerung auf (noch) unsicherer Tatsachengrundlage unter dem Damoklesschwert von Sanktionen stünde.[59]

2. Sonderfälle: Schmähkritik, Formalbeleidigung, Menschenwürde

Nach dem oben Gesagten kann man es durchaus für inkonsequent halten, wenn das BVerfG in nunmehr ständiger Rechtsprechung bestimmte Äußerungen von vornherein dem sachlichen Schutzbereich der Meinungsfreiheit entzieht – und deren Beschränkung also als nicht weiter rechtfertigungsbedürftig deklariert.[60] Angesprochen sind hiermit die Kategorien der Schmähkritik, der Formalbeleidigung sowie der Antastung der Menschenwürde, die – angesichts der an diese Einordnung anknüpfenden Rechtsfolge einer Herausnahme aus dem Schutzbereich – als Ausnahme von der soeben skizzierten Regel eng zu verstehen sind.[61] Wird eine Äußerung unter eine dieser restriktiv zu handhabenden Fallgruppen gefasst, soll insbesondere keine Abwägung im Einzelfall stattfinden müssen.[62]

Schmähkritik, die nicht einfach mit einer Beleidigung nach § 185 StGB gleichgesetzt werden darf,[63] ist nach Ansicht des BVerfG „im verfassungsrechtlichen Sinn […] gegeben, wenn eine Äußerung keinen irgendwie nachvollziehbaren Bezug mehr zu einer sachlichen Auseinandersetzung hat und es bei ihr im Grunde nur um das grundlose Verächtlichmachen der betroffenen Person als solcher geht“[64]. Wollte das Gericht diesen (verfassungsrechtlichen) Begriff in früheren Entscheidungen vorwiegend auf Fälle einer Privatfehde begrenzt wissen,[65] nimmt es in neueren Entscheidungen explizit Bezug auf die „Kommunikationsbedingungen des Internets“[66] und hat dabei wohl auch Sachverhalte im Blick, die sich mit dem hier referierten Begriff von „Hassrede“ erfassen ließen.

Auch bei der Formalbeleidigung handelt es sich um eine verfassungsrechtliche (genau genommen: -gerichtliche) Kategorie, die darum nicht mit der „Formalbeleidigung“ nach § 192 StGB zu verwechseln ist. „Kriterium der Strafbarkeit“ soll hier „die kontextunabhängig gesellschaftlich absolut missbilligte und tabuisierte Begrifflichkeit“[67] sein. Schon aus dieser Beschreibung wird ersichtlich, dass es auch hier um eine restriktiv zu verstehende Kategorie gehen soll. Nichts anderes gilt für den dritten Fall einer Verletzung der Menschenwürde, wo maßgeblich darauf abgestellt wird, dass der Äußernde „einer konkreten Person den ihre menschliche Würde ausmachenden Kern der Persönlichkeit abspricht“[68].

Alle diese Sonderfälle weisen gewisse Unschärfen auf. Insofern ist es durchaus bezeichnend, dass das BVerfG in dem hier in erster Linie referierten Beschluss den Fachgerichten anempfiehlt, „hilfsweise“ auch eine Abwägung durchzuführen,[69] die nach der tradierten Prüfungsstruktur ja bekanntlich erst im Falle eines staatlich zurechenbaren Eingriffs in den *eröffneten* Schutzbereich eines Grundrechts fällig wird. Unabhängig hiervon dürfte es für die juristische Fallbearbeitung jedenfalls ratsam sein, eine konkret in Rede stehende Äußerung in diesem Zusammenhang einerseits auf einen mit ihr zum Ausdruck gebrachten Sinn hin zu befragen und sie andererseits auch in ihrem Kontext zu würdigen.[70] Sofern eine Äußerung nicht unter eine dieser Kategorien gefasst wird, soll sodann stets eine Abwägung zwischen den Beeinträchtigungen, die den betroffenen Rechtsgütern und Interessen (zum Beispiel der Meinungsfreiheit einer- und dem Persönlichkeitsrecht andererseits) drohen, erforderlich sein.[71]

3. Eingriff

Nach der hergebrachten Struktur einer Prüfung von Freiheitsrechten wird staatliches Handeln dann rechtfertigungsbedürftig, wenn es in zurechenbarer Weise ein dem Schutzbereich eines Grundrechts zugeordnetes Verhalten beeinträchtigt. Ein „Eingriff“ in diesem Sinne kann etwa in der strafgerichtli-

[57] BVerfGE 90, 1 (15) – Jugendgefährdende Schriften.
[58] Mit Blick auf § 130 Abs. 3 StGB *Huster*, NJW 1996, 487 ff.
[59] Erstmals BVerfGE 54, 208 (219 f.) – Böll; dazu auch *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1699).
[60] Für die Schmähkritik *Jestaedt* (Fn. 55), § 102 Rn. 40; für eine Zuordnung zum Schutzbereich deshalb *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 61.
[61] Zu den Begründungsanforderungen (besonders: einer Orientierung an „konkreten Umstände[n] des Falles“), deren unzureichende Berücksichtigung im Zweifel zur Aufhebung der Entscheidung führen kann, BVerfG, Beschl. v. 19.5.2020 – 1 BvR 362/18, Rn. 22 ff.
[62] Aus dieser Rspr. siehe etwa BVerfGE 93, 266 (293 f., 303 ff.) – »Soldaten sind Mörder«.
[63] Dazu siehe nur die Kritik des BVerfG am Kammergericht Berlin in der Rechtssache *Künast*, BVerfG, Beschl. v. 19.12. 2021 – 1 BvR 1073/20, Rn. 40 ff. Vor allem erfordere eine strafgerichtliche Verurteilung nach § 185 StGB vorbehaltlich der sogleich zu erörternden Ausnahmefälle eine Abwägung der im Einzelfall konfligierenden Rechtsgüter (Rn. 29).
[64] BVerfG, Beschl. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2397/19, Rn. 18 ff. (Textstelle aus Rn. 19).
[65] BVerfGE 93, 266 (294) – »Soldaten sind Mörder«.
[66] BVerfG, Beschl. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2397/19, Rn. 19 f.
[67] BVerfG, Beschl. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2397/19, Rn. 21, wo ebd. beispielhaft von „nach allgemeiner Auffassung besonders krassen, aus sich heraus herabwürdigenden Schimpfwörtern – etwa aus der Fäkalsprache“ die Rede ist.
[68] BVerfG, Beschl. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2397/19, Rn. 22.
[69] BVerfG, Beschl. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2397/19, Rn. 25.
[70] Dazu noch ausführlich unter 4. b) ee).
[71] Dazu noch ausführlich unter 4. b) ee).

chen Verurteilung liegen, die an eine bestimmte Äußerung anknüpft. Aber beispielsweise auch eine zivilgerichtliche Verurteilung gerichtet auf Unterlassung oder Schadensersatz wird man in dem Sinne als rechtfertigungsbedürftigen Eingriff werten müssen. Im Allgemeinen soll es genügen, dass staatlicherseits „nachteilige Rechtsfolgen" an diese Äußerung geknüpft werden.[72]

4. Rechtfertigung

a) Einschränkbarkeit der Meinungsfreiheit

Die Meinungsfreiheit ist unter dem Grundgesetz (oder auch der EMRK) nicht vorbehaltlos gewährleistet.[73] Nach Art. 5 Abs. 2 GG findet sie ihre Schranken vor allem in den „Vorschriften der allgemeinen Gesetze". Wie dieser (schon in der „Vorgängerregelung" des Art. 118 Abs. 1 S. 1 WRV zu findende) Begriff der „allgemeinen Gesetze" zu verstehen ist, wurde in der Vergangenheit kontrovers diskutiert.[74] Das BVerfG hat hier von Anfang an eine Lösung propagiert, die mehrere Lesarten der Wendung kombiniert. Als „allgemein" sollen danach solche „Gesetze zu verstehen [sein], die nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten, sondern dem Schutz eines schlechthin ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsguts dienen"[75]. Dabei hat es den ersten Teil der Formel vor einiger Zeit in Richtung auf ein grundsätzliches „Verbot der Standpunktdiskriminierung"[76] konkretisiert, dem zufolge es für eine Einordnung als allgemeines Gesetz maßgeblich „darauf an[kommt], ob die meinungsbeschränkende Norm eine prinzipielle inhaltliche Distanz zu den verschiedenen konkreten Positionen im politischen und weltanschaulichen Meinungskampf wahrt"[77].

Unter den qualifizierten Anforderungen des Art. 5 Abs. 2 GG ist die Meinungsfreiheit dementsprechend einschränkbar – und hat durch zahlreiche gesetzliche Bestimmungen auch bereits vielfältige Einschränkungen erfahren. In der Judikatur des BVerfG ist bisher kaum ein Gesetz an dieser Hürde gescheitert.[78] Als „allgemeine" Gesetze kommen demnach zum Beispiel Vorschriften des StGB, aber auch solche des bürgerlichen Rechts (etwa die §§ 823, 826, 1004 BGB) in Betracht.[79] Mit der Schrankenbestimmung des Grundgesetzes nur bedingt vergleichbar ist diejenige in Art. 10 Abs. 2 EMRK.[80] Um die nach Art. 10 Abs. 1 S. 1 und 2 EMRK gewährleistete Meinungsfreiheit einzuschränken, müssen sämtliche „Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen" (1.) „gesetzlich vorgesehen" und (2.) zur Erreichung eines von mehreren benannten legitimen Zielen (3.) „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig" sein.[81]

b) Insbesondere: Verhältnismäßigkeit

Wenn und soweit staatliche Maßnahmen auf Schranken der Meinungsfreiheitsgarantien rekurrieren, um diese zum Schutze anderer Rechtsgüter näher zu konturieren, unterliegen sie ihrerseits Anforderungen, die insbesondere sicherstellen sollen, dass diese Garantien nicht über Gebühr Beschränkungen unterworfen werden. Von herausragender Bedeutung ist in diesem Zusammenhang seit jeher der jegliches staatliches Handeln bindende (Art. 1 Abs. 3 GG) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.[82] Wenn Art. 10 Abs. 2 EMRK verlangt, dass die unter dieser Vorschrift zulässigen Beschränkungen „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig" sein müssen, meint auch dies der Sache nach nichts anderes als eine zu fordernde Verhältnismäßigkeit staatlicher Maßnahmen.[83] Dabei ist zwischen einer Verhältnismäßigkeit meinungsfreiheitsbeschränkender Gesetze und der Verhältnismäßigkeit einer Interpretation solcher Gesetze durch sie heranziehende Gerichte im Einzelfall zu differenzieren. Diese letztere Verhält-

[72] BVerfGE 86, 122 (128) – Berufsschülerzeitung; für einen Eingriff in die von Art. 10 Abs. 1 EMRK gewährleistete Meinungsfreiheit ähnlich *Payandeh*, JuS 2016, 690 (692).

[73] Das unterscheidet diese Gewährleistungen vom First Amendment der US-Verfassung, wo es lapidar heißt: „Congress shall make no law […] abridging the freedom of speech […]". Dieser Wortlaut wird zuweilen sehr ernst genommen, *Brugger* (Rn. 54), S. 136.

[74] Exemplarisch die Beiträge von *Rothenbücher*, VVDStRL 4 (1928), 6 (18 ff.) und *Smend*, VVDStRL 4 (1928), 44 (51 ff.) auf der Staatsrechtslehrertagung 1927.

[75] Aus der st. Rspr. BVerfGE 124, 300 (321 f.) – Wunsiedel; zu unterschiedlichen Auffassungen siehe etwa *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 113 ff.

[76] In diesem Sinne *Hong*, ZaöRV 70 (2010), 73 (115 ff.); BVerfGE 124, 300 (324) – Wunsiedel selbst spricht (unter Bezugnahme auf Art. 3 Abs. 3 S. 1 9. Var. GG) von einem „spezifische[n] und strikte[n] Diskriminierungsverbot gegenüber bestimmten Meinungen".

[77] BVerfGE 124, 300 (325) – Wunsiedel.

[78] Dazu *Jestaedt* (Fn. 55), § 102 Rn. 56; *Schulze-Fielitz* (Fn. 32), Art. 5 Abs. 1–2 Rn. 145. Für § 130 Abs. 4 StGB schließlich hat BVerfGE 124, 300 (327 ff.) – Wunsiedel (unter Rekurs auf eine für die Entstehung des Grundgesetzes „gegenbildlich identitätsprägende Bedeutung" des nationalsozialistischen Regimes) explizit eine Ausnahme von dem Erfordernis eines allgemeinen Gesetzes anerkannt.

[79] Instruktiver Überblick bei *Wendt* (Fn. 75), Art. 5 Rn. 118.

[80] Dazu unter anderem *Grote/Wenzel*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG-Konkordanzkommentar, 3. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 76.

[81] Zur Struktur dieser Prüfung überblicksweise *Payandeh*, JuS 2016, 690 (693 ff.). Diese Vorschrift des Art. 10 Abs. 2 EMRK statuiert also nicht nur explizit eine Schranke, sondern präzisiert auch einzelne Anforderungen, denen staatliche Maßnahmen ihrerseits genügen müssen, um diese Beschränkungsmöglichkeit in konventionskonformer Weise für einen spezifischen Sachbereich zu konkretisieren (sog. „Schranken-Schranken").

[82] Einführend etwa *Schröder*, Ad Legendum 2015, 327 ff.; *Voßkuhle*, JuS 2007, 429 ff.

[83] Ausdrücklich *Payandeh*, JuS 2016, 690 (693).

nismäßigkeitsprüfung läuft im Ergebnis stets hinaus auf eine sämtliche Umstände des Einzelfalls in Rechnung stellende Abwägung widerstreitender Rechtsgüter und Interessen.[84] Es geht mit anderen Worten um eine Herstellung praktischer Konkordanz zwischen verschiedenen Positionen.[85] Natürlich unterliegen staatliche Akteure überdies auch noch weiteren Beschränkungen, wenn und soweit sie in rechtfertigungsbedürftiger Weise in den Schutzbereich eines Grundrechts eingreifen.[86] Nachfolgend kann und soll es hier aber lediglich darum gehen, für die Verhältnismäßigkeitsprüfung zentrale Aspekte kursorisch zu beleuchten.

aa) Gerichtliche Kontrollmaßstäbe

Eine hinreichende Berücksichtigung der Beschränkungen, denen staatliche Akteure ihrerseits unterliegen, wenn sie Schranken der Meinungsfreiheit für einen bestimmten Bereich ausbuchstabieren, ist Gegenstand einer gerichtlichen Kontrolle. In den hier interessierenden Sachverhaltskonstellationen legen dabei sowohl das BVerfG als auch der EGMR zum Teil recht strenge Maßstäbe an. So verlangt etwa das BVerfG im Zusammenhang mit einer strafgerichtlichen Verurteilung wegen einer Beleidigung nach § 185 StGB, dass Fachgerichte „innerhalb des ihnen zustehenden Wertungsrahmens die jeweils für den Fall erheblichen Abwägungsgesichtspunkte identifizier[en] und ausreichend in Rechnung“ stellen,[87] wobei die Palette in diesem Sinne möglicherweise relevanter „Abwägungsgesichtspunkte“ bisweilen nur noch schwer zu überblicken ist.[88] Die Intensität des verfassungsgerichtlichen Nachvollzugs fachgerichtlicher Entscheidungen soll sich bei alledem vor allem nach der „Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung“[89] bemessen. Der EGMR gewährt den Mitgliedstaaten zwar in ständiger Rechtsprechung einen „margin of appreciation“, dessen Reichweite bestimmt er allerdings fallbezogen anhand verschiedenster Kriterien.[90] Letztlich legt er dabei oftmals durchaus vergleichbare Kontrollmaßstäbe an.[91]

bb) Vorüberlegung: Funktionen einer Garantie von Meinungsfreiheit

An dieser Stelle bietet es sich an, auf einer eher abstrakteren Ebene zuerst unterschiedliche Funktionen in den Blick zu nehmen, die einer Garantie von Meinungsfreiheit gemeinhin beigemessen werden. Instruktiv ist insofern abermals das Lüth-Urteil des BVerfG, das in dem „Grundrecht auf freie Meinungsäußerung […] als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt“[92] erblickt hat. Neben der grundsätzlichen Bedeutung dieser Gewährleistung mit Blick auf die *individuelle* Persönlichkeitsentfaltung hebt das Gericht außerdem ihre Funktionalität für die unter dem Grundgesetz aufgerichtete Ordnung hervor: „Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es [DH: das Grundrecht] schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist […]. Es ist in gewissem Sinn die Grundlage jeder Freiheit überhaupt, ‚the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom‘ […]“[93]. Diese zwei Stoßrichtungen des Grundrechts (individuelle Persönlichkeitsentfaltung einerseits, Voraussetzung für ein demokratisches Gemeinwesen andererseits) hebt auch der EGMR mit Verve hervor.[94] Die sozusagen „demokratische Funktion“ von Meinungsfreiheit hat das BVerfG in späteren Entscheidungen überdies unter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten weiter aufgeladen: Ein freier öffentlicher Willensbildungsprozess verläuft unter dem Grundgesetz

[84] Aus der Rspr. siehe etwa EGMR, Urt. v. 15.10.2015 – 27510/08 (Perinçek v. Switzerland), insb. Ziff. 198 f.; BVerfG, Beschl. v. 19.5.2020 – 1 BvR 1094/19, Rn. 15 ff. Beide Gerichte verfahren insofern in mancher Hinsicht anders als etwa die Rechtsprechung des US-Supreme Court, der eine Abwägung in diesem Sinne fremd ist, hierzu *Nußberger*, in: Herdegen u.a., Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 20 Rn. 30.

[85] Begriffsprägend vor allem *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, insb. Rn. 72, 317 ff.

[86] Siehe etwa zur Verfassungsmäßigkeit des § 185 StGB (und seiner Interpretation durch die Fachgerichte) BVerfGE 93, 266 (290 ff.) – »Soldaten sind Mörder«, die diese Vorschrift neben Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Var. GG auch am Bestimmtheitsgrundsatz misst (291 f.).

[87] BVerfG, Beschl. v. 19.8.2020 – 1 BvR 2249/19, Rn. 21.

[88] Dazu *Doerner/Müller*, in: Müller/Dittrich (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 6, 2022, S. 227 (259): „insbesondere Inhalt, Form, Anlass und Wirkung der betreffenden Äußerung sowie Person und Anzahl der Äußernden, der Betroffenen und der Rezipienten“.

[89] BVerfGE 54, 129 (135 f.) – Kunstkritik, wo für den Fall einer zivilgerichtlichen Verurteilung zur Zahlung von Schmerzensgeld – wegen damit „unvermeidlich“ einhergehender „präventive[r] Wirkungen“ – „strenge Anforderungen“ postuliert wurden.

[90] Hierzu ausführlich *Grote/Wenzel* (Fn. 80), Kap. 18 Rn. 95 ff.

[91] Siehe etwa EGMR, Urt. v. 25.10.2018 – 38450/12 (E.S. v. Austria), insb. Ziff. 49.

[92] BVerfGE 7, 198 (208) – Lüth (unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Art. 11 der französischen Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen vom 26.8.1789).

[93] BVerfGE 7, 198 (208) – Lüth (mit Verweis auf das Urteil in Sachen KPD-Verbot sowie unter explizitem Rekurs auf die von Justice *Benjamin Cardozo* verfasste majority opinion zu dem Urteil des US-Supreme Court, Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937), 327).

[94] Siehe nur EGMR, Urt. v. 25.10.2018 – 38450/12 (E.S. v. Austria), Ziff. 42: „Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual’s self-fulfilment“; überdies siehe mit Blick auf die Rspr. des US-Supreme Court auch *Brugger* (Fn. 54), S. 137 f.

in dieser Lesart nicht nur „notwendig ‚pluralistisch'", vielmehr ist auch „[j]edem Staatsbürger […] durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG das Recht gewährleistet, an dieser öffentlichen Diskussion teilzunehmen"[95].

cc) Legitime Zwecke staatlicher Intervention

Schon bei der Definition eines legitimen Zwecks für staatliche Eingriffe in den hier skizzierten Schutzbereich der Meinungsfreiheit sind staatliche Akteure gewissen Restriktionen unterworfen. Insbesondere können solche Eingriffe kaum legitim sein, die allein darauf abzielen, einen grundrechtlich gewährten Schutz wieder zurückzunehmen.[96] Ein vorrangiges Ziel staatlicher Interventionen, öffentliche Diskurse etwa von Provokationen oder Polemik freizuhalten oder gar das gefühlsmäßige Wohlbefinden der an ihm Teilnehmenden zu gewährleisten, wäre mit dem Vorgenannten schwer zu vereinbaren. In dieser Hinsicht lebt ein freiheitlicher öffentlicher Diskurs auch von Voraussetzungen (etwa zivilgesellschaftlicher Courage), die die Verfassung selbst nur bedingt garantieren kann.[97] Dessen ungeachtet ist es dem Staat nicht verwehrt, mit den ihm eigenen Mitteln Rechtsgüterschutz zu betreiben und in diesem Rahmen auch „Grenzen des Sagbaren" auf umsichtige Weise gewisse Konturen zu verleihen. Demzufolge wird man zum Beispiel das Ziel einer „Aufrechterhaltung des friedlichen Miteinanders" als legitimen Ausgangspunkt staatlichen Handelns begreifen dürfen.[98] In welchem Moment in diesem Zusammenhang mit einer Meinungsäußerung eine „Schwelle zur individualisierbaren, konkret fassbaren Gefahr einer Rechtsverletzung überschritten wird"[99], die einen staatlichen Eingriff zu einer legitimen Intervention macht, ist selbstredend eine höchst komplexe Frage, über die sich dementsprechend trefflich streiten lässt.

dd) Die sogenannte Wechselwirkungslehre

Eine im Kontext von Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Var. GG ausformulierte bereichsspezifische Konkretisierung erfährt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zudem über die Wechselwirkungslehre. Dieser Lehre gemäß „[müssen] die allgemeinen Gesetze […] in ihrer das Grundrecht beschränkenden Wirkung ihrerseits im Lichte der Bedeutung dieses Grundrechts gesehen und so interpretiert werden, daß der besondere Wertgehalt dieses Rechts […] auf jeden Fall gewahrt bleibt"[100]. Der Sache nach meint diese „Schaukeltheorie" kaum anderes als das Gebot einer verfassungskonformen Interpretation der allgemeinen Gesetze (namentlich besonders über ihre wertungsoffenen tatbestandlichen Voraussetzungen).[101] In dem Sinne kann dem Grundrecht der Meinungsfreiheit zum Beispiel im Rahmen der Ehrschutzdelikte über eine entsprechende Interpretation nach § 193 StGB „berechtigter Interessen" Rechnung getragen werden.[102]

ee) Verhältnismäßigkeit im Einzelfall

Von herausragender Bedeutung für die juristische Fallbearbeitung sind diejenigen Konstellationen, in denen eine sich äußernde Person aufgrund dieser Äußerung rechtlich sanktioniert – also etwa zur Zahlung von Schadensersatz oder Unterlassung verurteilt, strafrechtlich haftbar gemacht oder arbeitsrechtlich zur Verantwortung gezogen – wird. Auch Gerichte, die die erwähnten Schranken der Meinungsfreiheit im Wege einer Interpretation von im Einzelfall einschlägigen Vorschriften für einen konkreten Fall aktualisieren, sind dabei an Grundrechte gebunden (Art. 1 Abs. 3 GG).[103] In letzter Konsequenz sind gerichtliche Entscheidungen, die das Grundrecht der Meinungsfreiheit verletzen, tauglicher Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 lit. a GG).[104]

Insbesondere auch in der Kammerrechtsprechung des BVerfG existiert mittlerweile eine kaum mehr zu überblickende Fülle von Entscheidungen, die insofern Maßgaben für eine grundrechtssensible Interpretation einfachen Rechts en détail darlegen. Diese gilt es abschließend mit einigen Worten zu erörtern.

(1) Ermittlung des Äußerungssinns

Noch vor jeder Abwägung muss die in Streit stehende Äußerung in ihrem Sinn erfasst werden. Eine angemessene Beurteilung des mit einer Äußerung verbundenen Sinns markiert schließlich erst die Grundlage für die weitere Prüfung der an sie anknüpfenden rechtlichen Sanktionen.[105] Bei der Sinnermittlung kann es weder allein auf die Intention eines sich Äußernden ankommen, noch darf bloß auf ein subjektives Verständnis Betroffener abgestellt werden. Stattdessen soll nur der Sinn relevant sein, „den sie [DH: die Äußerung] nach

[95] BVerfGE 12, 113 (125) – Schmid-Spiegel.
[96] Hierzu *Poscher*, in: Herdegen u.a. (Fn. 84), § 3 Rn. 54: „Beschränkung dieser Freiheiten mit dem alleinigen Zweck der Unterdrückung der Freiheit kann […] kein legitimer Zweck sein".
[97] In diesem Sinne wohl BVerfGE 124, 300 (334) – Wunsiedel.
[98] BVerfGE 124, 300 (331 ff.) – Wunsiedel (mit Blick auf § 130 Abs. 4 StGB).
[99] BVerfGE 124, 300 (332) – Wunsiedel.
[100] BVerfGE 7, 198 (208) – Lüth.
[101] Zu alledem *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 37. Aufl. 2021, § 13 Rn. 775.
[102] *Ceffinato*, JuS 2020, 495 (496); siehe auch *Stern/Sachs/Dietlein*, in: Stern (Begr.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, 2006, § 108? S. 1463 ff.
[103] Zur „mittelbaren Drittwirkung" der Grundrechte siehe oben unter II.
[104] Zu der in allgemeiner Weise schwer zu beantwortenden Frage nach Grenzen der Prüfungskompetenz des BVerfG in Urteilsverfassungsbeschwerdeverfahren siehe zum Beispiel *Kingreen/Poscher* (Fn. 101), § 36 Rn. 1440 ff.
[105] Deshalb unterliegt die Erfassung des mit einer Äußerung verbundenen Sinns auch der Kontrolle von BVerfG und EGMR, *Grote/Wenzel* (Fn. 80), Kap. 18 Rn. 96; exemplarisch BVerfGE 93, 266 (295 f.) – »Soldaten sind Mörder«.

dem Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums hat“ – wobei zu dessen Ermittlung über den Wortlaut hinaus auch auf den erkennbaren Kontext, in dem die Äußerung getätigt wurde, zu rekurrieren ist.[106] Im Falle verschiedener Deutungsmöglichkeiten soll ein verfassungsrechtlich relevanter Fehler diesbezüglich auch daraus folgen, dass einem zu einer Sanktion führenden Urteil eine Deutungsvariante zugrunde gelegt wurde, ohne zuvor „mildere“ (nicht zu einer Sanktion führende) Varianten in plausibler Weise ausgeschlossen zu haben.[107]

Sofern im Anschluss an diese Sinnerfassung nicht eine der schon angesprochenen Fallgruppen (Schmähkritik, Formalbeleidigung, Antastung der Menschenwürde) für einschlägig gehalten wird, bedarf es sodann immer einer Abwägung der widerstreitenden Rechtsgüter und Interessen.[108] In diesem Punkt fördert ein Blick in die einschlägige Rechtsprechung eine reichhaltige Kasuistik zutage.

(2) Einzelne Abwägungsgesichtspunkte

Für diese bereits angesprochene Abwägung verlangen die Gerichte eine eingehende Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls und insbesondere auch des situativen Kontextes, in dem die Äußerung getätigt wurde.[109] Hinsichtlich des Inhalts einer Äußerung sind demnach unter Umständen ihr „konkreter ehrschmälernder Gehalt“[110] oder auch die Frage zu berücksichtigen, „ob eine abschätzige Äußerung die Person als ganze oder nur einzelne ihrer Tätigkeiten und Verhaltensweisen betrifft“[111]. Überdies soll mit Blick auf die Intensität einer Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit von Belang sein, inwieweit die sich äußernde Person auf andere Möglichkeiten verwiesen werden kann, um ihrer Haltung Ausdruck zu verleihen.[112] Interessanterweise betont das BVerfG auch in dieser Hinsicht eine gleichheitsrechtliche Dimension und regt an, etwa eine „gegebenenfalls beschränkte Ausdrucksfähigkeit und sonstige soziale Bedingtheit“ der sich äußernden Person in Rechnung zu stellen.[113]

Ebenso von Bedeutung ist die Tatsachengrundlage eines Werturteils, wobei die Anforderungen hier im Interesse eines freien öffentlichen Diskurses, in dessen Rahmen über „Tatsachen“ bekanntlich kontrovers gestritten werden mag, nicht allzu streng zu formulieren sein dürften.[114] Auch für den EGMR markiert eine „sufficient factual basis“ von Werturteilen einen relevanten Aspekt für die Einschätzung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs.[115]

Mit Blick auf den Inhalt der Äußerung gelten unter dem Grundgesetz seit jeher Beiträge zur öffentlichen Meinungsbildung „in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage“ als in herausragender Weise schützenswert[116] – für sie gilt gar „die Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede“[117]. In ähnlicher Weise schutzbedürftig sind Äußerungen unter dem Gesichtspunkt der „Machtkritik“[118], dem zufolge es einer sich äußernden Person in einer demokratischen Gesellschaft grundsätzlich gerade auch gestattet sein muss, „als verantwortlich angesehene Amtsträger in anklagender und personalisierter Weise für die zu kritisierende Art der Machtausübung an[zu]greifen“[119]. Im Kontext von Hassrede beson-

[106] BVerfGE 93, 266 (295) – »Soldaten sind Mörder«.

[107] BVerfGE 93, 266 (295 f.) – »Soldaten sind Mörder«. Man wird hier in einem strengen Sinne kaum von dem Gebot einer „meinungsfreiheitsfreundlichen“ Interpretation sprechen können. Denn das Gericht betont zugleich, dass den Fachgerichten nicht abverlangt werden könne, im Interesse des sich Äußernden nach den Umständen des Einzelfalls eher fernliegende „abstrakte Deutungsmöglichkeiten zu entwickeln“ (296).

[108] Dazu siehe bereits oben unter Fn. 84.

[109] Siehe zum Beispiel BVerfG, Beschl. v. 19.8.2020 – 1 BvR 2249/19, Rn. 20.

[110] Dazu BVerfG, Beschl. v. 19.5.2020 – 1 BvR 1094/19, Rn. 21, wo zwischen Äußerungen unterschieden wird, die „grundlegende, allen Menschen gleichermaßen zukommende Achtungsansprüche“ ansprechen und solchen, die „eher das jeweils unterschiedliche soziale Ansehen des Betroffenen schmäler[n]“. Bei ersteren, die im Kontext von Hassrede von besonderem Interesse sind, geht es sozusagen um das, was *Brugger*, AöR 128 (2003), 372 (405 in Fn. 115) als „Basisgleichheit“ der Diskursteilnehmerinnen bezeichnet. Unter anderem *Völzmann*, MMR 2021, 619 (622) bringt in diesem Zusammenhang außerdem eine erwägenswerte Heranziehung der Merkmale aus Art. 3 Abs. 3 GG ins Spiel.

[111] BVerfG, Beschl. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2397/19, Rn. 28.

[112] BVerfG, Beschl. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2397/19, Rn. 28; zu diesem Gesichtspunkt siehe etwa schon BVerfGE 42, 143 (149 f.) – Deutschland-Magazin.

[113] BVerfG, Beschl. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2397/19, Rn. 28, womit allerdings die naheliegende Frage verbunden ist, welche weiteren Gesichtspunkte aus dieser Erwägung heraus hier ebenfalls in Rechnung zu stellen wären – zum Beispiel eine machtvolle gesellschaftliche Position des Sprechers, *Şahin*, KJ 53 (2020), 256 (261 unter Rekurs auf das CERD).

[114] Ausführlich *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1702 f.); instruktiv auch BVerfGE 42, 163 (170 f.) – Herabsetzende Werturteile.

[115] EGMR, Urt. v. 12.7.2001 – 29032/95 (Feldek v. Slovakia), Ziff. 76; siehe auch *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, § 23 Rn. 30.

[116] Aus der st. Rspr. siehe BVerfGE 61, 1 (11) – Wahlkampf/»CSU: NPD Europas«, dort in Abgrenzung zu Äußerungen in einem privaten Zusammenhang.

[117] So bereits BVerfGE 7, 198 (213) – Lüth. Diesbezüglich sah sich das Gericht in jüngeren Entscheidungen offenbar gezwungen, noch einmal klarzustellen, was diese Wendung ohnehin schon nahelegt, und zwar, dass „die Vermutungsregel [als solche] keinen generellen Vorrang der Meinungsfreiheit gegenüber dem Persönlichkeitsschutz [begründet]“, Beschl. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2459/19, Rn. 16.

[118] Aus der st. Rspr. zum Beispiel BVerfGE 93, 266 (293) – »Soldaten sind Mörder«.

[119] BVerfG, Beschl. v. 12.5.2009 – 1 BvR 2272/04, Rn. 38; in diese Richtung siehe außerdem etwa EGMR, Urt. v. 12.7. 2001 – 29032/95 (Feldek v. Slovakia), Ziff. 74.

ders aufschlussreich ist hier, dass das BVerfG in jüngeren Kammerbeschlüssen mit Nachdruck darauf hinweist, dass „Machtkritik" seiner Auffassung nach (auch und vor allem unter den Kommunikationsbedingungen sozialer Netzwerke) nicht als Freibrief für eine ungefilterte Verbreitung persönlicher Beschimpfungen verstanden werden darf.[120] Nichts anderes soll für Fälle einer Veranlassung gelten, Konstellationen also, bei denen der Äußerung ein Beitrag des Betroffenen im Zuge einer öffentlichen Diskussion vorausgegangen ist.[121]

Auch hinsichtlich der Form und der konkreten Umstände einer Äußerung soll zu differenzieren sein. Zwar mag es beispielsweise mit Blick auf Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Var. GG kaum überzeugen, hier Maßstäbe anzulegen, die dazu führten, dass letzten Endes „jedes Wort auf die Waagschale gelegt werden" muss. Das BVerfG hebt demgegenüber aber – bei aller ebenso schutzbedürftigen „Emotionalität und Erregbarkeit" – in jüngeren Beschlüssen auch den Aspekt „zumutbarer Selbstbeherrschung" hervor.[122] Schließlich soll stets eine Breitenwirkung der Äußerung im Einzelfall zu berücksichtigen sein.[123] In diesem Zusammenhang wäre vor allem auch die konkrete Platzierung und gegebenenfalls dauerhafte Abrufbarkeit von Inhalten im Internet zu beachten.

Diese bloß grob skizzierte Kasuistik offenbart – besonders auch für Konstellationen, die hier unter „Hassrede" firmieren[124] – eine recht beeindruckende Fülle unter Umständen entscheidungserheblicher Kriterien. Möglicherweise zu weitreichenden Restriktionen wird dabei bisweilen mit dem Hinweis auf eine denkbare „einschüchternde Wirkung" (oder: „chilling effects") begegnet,[125] die den öffentlichen Diskurs behinderte, weil Menschen aus Angst vor unerwünschten rechtlichen Konsequenzen von einer Äußerung absehen. Demgegenüber ist die Rechtsprechung in jüngeren Entscheidungen ersichtlich bemüht, den öffentlichen Meinungskampf auch vor einer Verdrängung bestimmter Stimmen zu bewahren. Ob dies gelingt, wird sich erst zeigen müssen. Eine gleichheitsrechtliche Perspektive, die im Zusammenhang mit Hassrede wiederholt eingefordert wurde,[126] lässt sich hier jedenfalls durchaus erkennen.

IV. Abschließende Würdigung

Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)[127] und der nahende europäische Digital Services Act haben die öffentliche Aufmerksamkeit für Hassrede erheblich befördert. Ein Blick auf die Judikatur zu den Meinungsfreiheitsgarantien sollte gezeigt haben, dass eine Sanktionierung solcher Ausdrucksweisen zwar regelmäßig eine sorgfältige Abwägung widerstreitender Rechtsgüter und Interessen erfordert, an ebendieser aber eben keineswegs scheitern muss.

Meinungsfreiheit – und Demokratie im Allgemeinen – bedeutet immer auch eine Zumutung. Dies bis zu einem gewissen (und ja: auch aushandlungsbedürftigen) Grade zu ertragen, ist ihr Wesenselement. Hierbei tut eine sich selbst als freiheitlich schimpfende Ordnung sicherlich gut daran, den Raum des Sagbaren nicht allzu restriktiv zu definieren. Dass dies in der aktuellen rechtspolitischen Debatte ernstlich zu befürchten wäre, steht aber wohl kaum zu erwarten.

---

[120] Mit Blick auf die Causa *Künast* etwa BVerfG, Beschl. v. 19.12.2021 – 1 BvR 1073/20, Rn. 32 ff., wo ebd. in Rn. 34 ausgeführt wird: „Gegenüber einer auf die Person abzielenden, insbesondere öffentlichen Verächtlichmachung oder Hetze setzt die Verfassung allen Personen gegenüber äußerungsrechtliche Grenzen und nimmt hiervon Personen des öffentlichen Lebens und Amtsträgerinnen und Amtsträger nicht aus." Deren Schutz liege auch „im öffentlichen Interesse": „[E]ine Bereitschaft zur Mitwirkung in Staat und Gesellschaft kann nur erwartet werden, wenn für diejenigen, die sich engagieren und öffentlich einbringen, ein hinreichender Schutz ihrer Persönlichkeitsrechte gewährleistet ist". Dabei soll in der Abwägung auch zu berücksichtigen sein, inwieweit es bei der Äußerung jenseits eines Beitrags zur öffentlichen Meinungsbildung „lediglich um die emotionalisierende Verbreitung von Stimmungen gegen einzelne Personen" ging (Rn. 31).

[121] Zu einer solchen Konstellation siehe etwa schon BVerfGE 12, 113 ff. – Schmid-Spiegel.

[122] Textstellen nach BVerfG, Beschl. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2397/19, Rn. 33, wo insofern auch zwischen unterschiedlichen medialen Ausdrucksformen differenziert wird.

[123] BVerfG, Beschl. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2397/19, Rn. 34.

[124] Für die Rspr. unter der EMRK siehe auch den Überblick bei EGMR, Urt. v. 15.10.2015 – 27510/08 (Perinçek v. Switzerland), Ziff. 204 ff. Aus deutscher Perspektive unkonventionell ist dabei eine Tendenz innerhalb der Rspr. des EGMR, einzelne als „Hassrede" charakterisierbare Äußerungen bereits wegen ihres Inhalts unter Heranziehung des Missbrauchsverbots (Art. 17 EMRK) aus dem Schutzbereich von Art. 10 Abs. 1 S. 1 EMRK auszuscheiden, kritisch statt vieler *Struth* (Fn. 2), S. 258 ff. und öfter.

[125] Exemplarisch *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1703).

[126] Statt vieler *Völzmann*, MMR 2021, 619 ff.

[127] Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken v. 1.9.2017, BGBl. 2017 I, S. 3352, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des NetzDG v. 3.6.2021, BGBl. 2021 I, S. 1436; zur Kritik statt vieler *Hong* (Fn. 12), S. 82 ff.

Der auf frischer Tat betroffene oder verfolgte Täter im Rahmen der Besitzkehr gem. § 859 Abs. 2 BGB

Von Wiss. Mitarbeiter **Janick Haas**, Wiss. Mitarbeiter **Jonas Fritsch**, Marburg*

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, ob gem. § 859 Abs. 2 BGB gerechtfertigt Gewalt gegen eine Person angewendet werden kann, wenn das Gewaltopfer nur irrigerweise für die Rechtfertigungssituation verantwortlich gemacht wird.

I. Einleitung und Problemaufriss

Es ist anerkannt, dass auch zivilrechtliche Erlaubnisnormen eine strafrechtlich grundsätzlich verbotene Handlung rechtfertigen können.[1] Eine solche, mitunter weitreichende Befugnisse einräumende Norm stellt § 859 Abs. 2 BGB, die sog. Besitzkehr, dar. § 859 Abs. 2 BGB kommt ausschließlich in Wegnahmesituationen in Betracht und stellt deshalb sowie aufgrund grundsätzlich enger tatbestandlicher Anforderungen jedenfalls in der Theorie einen für die Rechtsanwendung attraktiven, deliktsspezifischen Rechtfertigungsgrund dar. Rechtstatsächlich kommt der Norm zumindest im strafrechtlichen Zusammenhang allerdings nur überschaubare Relevanz zu.[2] Wohl deshalb erwähnen selbst umfassende Ausführungen zur strafrechtlichen Rechtfertigung die Norm nur in einem Nebensatz.[3] Das genaue Verhältnis insbesondere zwischen § 859 BGB und § 32 StGB ist allerdings äußerst umstritten.[4] So wird etwa angemerkt, dass der zeitliche Anwendungsbereich von § 32 StGB und § 859 Abs. 2 BGB nicht immer deckungsgleich sein muss.[5] Ferner wird darauf hingewiesen, dass Notwehr und Besitzkehr unterschiedlichen Regelungszwecken dienen.[6] Aus diesem Grund ist eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen einer auf Besitzkehr beruhenden strafrechtlichen Rechtfertigung sinnvoll. Bislang wurde sich in diesem Zusammenhang überwiegend mit dem Begriff der „Frische" der Tat befasst.[7] Entsprechendes gilt für zivilrechtliche Beiträge.[8] Die Notwendigkeit einer zusätzlichen Auseinandersetzung mit dem Täterbegriff des § 859 Abs. 2 BGB soll das folgende Fallbeispiel veranschaulichen:

A geht durch eine hoch frequentierte Fußgängerzone. Er bemerkt eine Berührung und stellt kurz darauf fest, dass ihm seine Brieftasche fehlt. Er geht zutreffender Weise davon aus, dass sie vor wenigen Augenblicken gestohlen wurde. Er schaut sich um und sieht, wie sich V – sein verhasster Nachbar – auffällig schnell von der Menschenmasse wegbewegt. A geht deshalb davon aus, dass es sich bei V um den Dieb handelt. Um seine Brieftasche zurückzubekommen, rennt er ihm hinterher und stößt ihn zu Boden. Tatsächlich ist V nur spät dran und versucht joggend, den nächsten Bus zu erreichen.

Unterstellt, die für V aus dem Sturz resultierenden Beeinträchtigungen überschritten die Erheblichkeitsschwelle, hat A jedenfalls eine Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB verwirklicht. Eine Rechtfertigung gem. § 32 StGB scheidet aufgrund eines Angriffs in Rechtsgüter unbeteiligter Dritter aus.[9] Dies gilt entsprechend für § 227 BGB.[10] § 127 Abs. 1 S. 1

* Dipl.-Jur. *Janick Haas* ist Wiss. Mitarbeiter an der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Medizinstrafrecht von Prof. Dr. *Jens Puschke*, LL.M. (King's College) an der Philipps-Universität Marburg. *Jonas Fritsch* ist Wiss. Mitarbeiter an der Professur für Bürgerliches Recht, Internationales und Europäisches Privatrecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. *Christine Budzikiewicz* an der Philipps-Universität Marburg.

[1] Siehe nur *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 14 Rn. 31 ff.; a.A. *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, Vor §§ 32 ff. Rn. 10.

[2] Siehe zu einer erkannten Rechtfertigung gem. § 859 Abs. 2 BGB lediglich OLG Schleswig NStZ 1987, 75; BGH NStZ-RR 1999, 265, m. Anm. *Heger*, JA 2000, 188; siehe außerdem OLG Zweibrücken NStZ 2019, 678 (679), wo für eine Rechtfertigung gem. § 32 StGB begrifflich auf die Voraussetzungen von § 859 Abs. 2 BGB rekurriert wurde, m. zust. Anm. *Eisele*, JuS 2019, 591 (591), der eine eigenständige Bedeutung von § 859 Abs. 2 BGB neben § 32 StGB ausdrücklich verneint.

[3] Vgl. etwa *Jeschek/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 35 IV. 1.; *Roxin/Greco* (Fn. 1), § 17 Rn. 31; *Schlehofer*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Vor § 32 Rn. 124.

[4] Siehe etwa für eine nur klarstellende Wirkung *Gutzeit*, in: Staudinger BGB, Bd. 3, Neubearb. 2018, § 859 Rn. 6, siehe zum Vorrang strafrechtlicher Vorschriften im Allgemeinen *Hellmann*, Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1987, S. 106 ff.; siehe für einen Vorrang der Besitzschutzrechte als leges speciales etwa *Engländer*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, Vor § 32 Rn. 28; *Paeffgen/Zabel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vor § 32 Rn. 77; siehe für eine Gleichrangigkeit etwa *Schlehofer* (Fn. 3), Vor § 32 Rn. 285.

[5] Vgl. OLG Schleswig NStZ 1987, 75 (75).

[6] *Klingbeil*, Die Not- und Selbsthilferechte, 2017, S. 200 f.

[7] Siehe OLG Schleswig NStZ 1987, 75, m. Anm. *Hellmann*, NStZ 1987, 455; siehe aber auch zum Tatbegriff *Stam*, JR 2017, 557 (565 f.).

[8] Siehe etwa *Schäfer*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 8, 8. Aufl. 2020, § 859 Rn. 13; *Hoeren*, in: Ring/Grziwotz/Keukenschrijver (Hrsg.), BGB, Sachenrecht, Kommentar, Bd. 3, 4. Aufl. 2016, § 859 Rn. 12 f.; vgl. auch *Wieling/Finkenauer*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 5 Rn. 10; vgl. außerdem zur zivilrechtlichen Haftungsseite für Fehlverhalten im Rahmen der Ausübung von Besitzkehr *Klingbeil* (Fn. 5), S. 222 f.

[9] Vgl. *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, 16. Kap. Rn. 21. In diesem Fall käme auch *Hellmann*, der § 859 Abs. 2 BGB als Anwendungsfall von § 32 StGB sieht, automatisch zur Verneinung der Besitzkehr (Fn. 4), S. 144 ff.

StPO ist aufgrund eines fehlenden Festnahmewillens nicht einschlägig.[11] Auch § 229 BGB kommt als Rechtfertigung nicht in Betracht, weil die Personalien des V bekannt sind und deshalb die Inanspruchnahme obrigkeitlicher Hilfe möglich wäre.[12]

Übrig bleibt allein eine mögliche Rechtfertigung nach § 859 Abs. 2 BGB. A wurde ohne dessen Willen – also mittels verbotener Eigenmacht gem. § 858 Abs. 1 BGB – die Brieftasche weggenommen. Dies geschah zudem erst vor wenigen Augenblicken, sodass die Frische der Tat außer Frage steht.[13] Um die Sache zurückzuerlangen, darf A – im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsgrenzen[14] – Gewalt anwenden; eine einfache Körperverletzung ist vom Erlaubnissatz also grundsätzlich erfasst.

Problematisch ist hier allerdings, dass sich die Gewaltanwendung gegen den (ex post) falschen Verdächtigen richtete. Es stellt sich daher die Frage, ob die Gewalt gegen eine von § 859 Abs. 2 BGB erfasste Person gerichtet wurde, ob V als ein „auf frischer Tat betroffener oder verfolgter Täter" zu qualifizieren ist. Eine solche Unsicherheit in Bezug auf die Identität der deliktisch handelnden Person wird sich etwa bei Trick-Diebstählen regelmäßig ergeben. Die Auslegung des Täterbegriffs bei § 859 Abs. 2 BGB bedarf also einer genaueren Betrachtung.

II. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO als Ausgangspunkt

Zur Bestimmung des Merkmals des „auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täters" bietet es sich wegen der Ähnlichkeit des Normwortlauts an, die i.R.v. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO diskutierten Problempunkte, die Studierenden aus der Vorlesung gemeinhin geläufig sind, vor dem Hintergrund des § 859 Abs. 2 BGB zu beleuchten. Diese Wortlautverwandtschaft ist kein Zufall: Der BGB-Gesetzgeber von 1900 hat § 859 Abs. 2 BGB so gestaltet, dass dieser „sich zweckmäßig an den Wortlaut des § 127 der StPO" anfügt.[15] Diese Tatsache bestärkt darin, eine Übertragung der im Rahmen der strafprozessualen Norm neuralgischen Punkte zu diskutieren.

1. Relevante Streitpunkte i.R.v. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO

Im Rahmen des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO wird lebhaft darüber diskutiert, inwieweit der Tatbegriff normativ aufzuladen ist.[16] Eine Seite will § 127 Abs. 1 S. 1 StPO nur bei einer tatsächlich begangenen Tat durch die festzunehmende Person anwenden[17] und beruft sich dabei sowohl auf den Wortlaut der Norm[18] als auch auf den systematischen Vergleich zum Irrtumsprivileg von Beamtinnen und Beamten gem. § 127 Abs. 2 StPO, welches explizit nicht für Private gelte.[19] Eine von Privathand zu Unrecht festgenommene Person müsse sich auf das Notwehrrecht berufen können.[20]

Die Gegenseite lässt – mit unterschiedlicher Begründung und in unterschiedlicher Ausprägung – Verdachtsmomente der festnehmenden Person grundsätzlich ausreichen.[21] Zwar wird teilweise konstatiert, dass auf Seiten der festnehmenden Person immer jedenfalls ein Anfangsverdacht vorliegen müsse, weil auch staatliche Strafverfolgungsbehörden sonst nicht eingreifen dürften.[22] Dies ergibt sich aber wohl bereits daraus, dass § 127 Abs. 1 S. 1 StPO in jedem Fall einen Festnahmewillen, also das Handlungsmotiv, die festgenommene Person der Strafverfolgung zuzuführen, voraussetzt, was de facto einen Anfangsverdacht hinsichtlich der Straftatbegehung durch die festzunehmende Person umfassen muss.

Die Kernfrage muss also sein, wie stark dieser Tatverdacht ausgeprägt sein muss. Immerhin ist nach allgemeinen strafprozessualen Grundsätzen zum Zeitpunkt der Festnahme von einer gesicherten Tatbegehung durch die konkret tatverdächtige Person noch nicht auszugehen und ein Schwebezustand der Rechtmäßigkeit der Festnahme kann nicht billigenswert bis zur Feststellung der Täterschaft der festgenommenen Person aufrechterhalten werden.[23] Insoweit ist besonders darauf hinzuweisen, dass einige Stimmen, die auf eine tatsächlich bestehende Straftat rekurrieren, primär auf die in ihren objektiven Voraussetzungen tatsächlich verwirklichte Tat abstellen.[24] Die Diskussion dreht sich also überwiegend darum, ob strafbares Verhalten als solches vorliegt.[25]

Dem widerspricht allerdings die h.M., die in § 859 Abs. 2 StGB einen Spezialfall des zivilrechtlichen Selbsthilferechts sieht, siehe nur *Gutzeit* (Fn. 4), § 859 Rn. 2.

[10] *Rövekamp*, in: Gsell (Hrsg.), Beck'scher Großkommentar BGB, Stand: 1.3.2022, § 227 Rn. 44.

[11] Vgl. *Herrmann*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 4. Aufl. 2020, § 127 Rn. 22; aus zivilrechtlicher Perspektive *Klingbeil* (Fn. 5), S. 44 f.

[12] Vgl. *Rövekamp* (Fn. 10), § 229 Rn. 29.

[13] Siehe hierzu OLG Schleswig NStZ 1987, 75.

[14] Näher hierzu *Götz*, in: Krüger (Hrsg.), Beck'scher Großkommentar BGB, Stand: 1.4.2022, § 859 Rn. 31 ff.; *Klingbeil* (Fn. 5), S. 211 f.; vgl. auch *Schlehofer* (Fn. 3), Vor § 32 Rn. 284.

[15] *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 3, 1899, S. 508.

[16] Siehe zum Streitstand umfassend *Bülte*, ZStW 121 (2009), 377 ff.; siehe auch *Kargl*, NStZ 2000, 8 ff.; *Jahn*, JuS 2015, 565 ff.

[17] Siehe etwa OLG Hamm NJW 1977, 590 (591); *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 15. Aufl. 2020, Rn. 367; *Meyer-Goßner/Schmitt*, Strafprozessordnung, Kommentar, 64. Aufl. 2021, § 127 Rn. 4.

[18] *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor § 32 Rn. 81/82.

[19] In der neueren Literatur etwa *Jahn*, JuS 2015, 565 (566).

[20] *Jeschek/Weigend* (Fn. 3), § 35 IV 2.

[21] Siehe etwa BayObLGSt 1986, 52 (53 f.); BGH NJW 1981, 745 (745); *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 22 Rn. 10; *Bülte*, ZStW 2009, 377 (400 f.); ebenso etwa *Klingbeil* (Fn. 5), S. 42 f., der eine ex ante-Perspektive aus dem „prokuratorischen Charakter des Jedermann-Festnahmerechts" herleitet.

[22] *Mitsch*, JA 2016, 161 (163).

[23] Vgl. *Roxin/Greco* (Fn. 1), § 15 Rn. 24.

[24] Siehe etwa OLG Hamm NJW 1972, 1826 (1827); OLG Hamm NJW 1977, 590 (591); *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 17), § 127 Rn. 4.

[25] Besonders deutlich in OLG Hamm NJW 1972, 1826 (1827),

2. Übertragbarkeit der Überlegungen auf § 859 Abs. 2 BGB?

Eine Rechtfertigung sowohl gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO als auch gem. § 859 Abs. 2 BGB setzt allerdings nicht nur die objektive Verwirklichung der Tatbestandsvoraussetzungen als eine „frische Tat", sondern auch die faktische Verbindung derer mit einer konkreten Person voraus. Die Möglichkeit, dass sich Verdachtskonstellationen selbst dann ergeben können, wenn objektiv offensichtlich eine Straftatbegehung vorliegt, diese aber nicht eindeutig einer Person zugeordnet werden kann, selbst wenn diese Person sich in enger zeitlicher oder räumlicher Entfernung zum Tatort aufhält, wird im strafprozessualen Kontext oft ausgeblendet. Für die in der Diskussion um § 127 Abs. 1 S. 1 StPO vertretenen Auffassungen ist zwar anzunehmen, dass eine solche Unterscheidung nichts ändern würde. Die nachfolgende Analyse des § 859 Abs. 2 BGB soll diesbezüglich allerdings differenzieren.

a) § 859 Abs. 2 BGB erfordert das (ex post zu beurteilende) Vorliegen einer verbotenen Eigenmacht

Zunächst ist festzuhalten, dass die Besitzkehr gem. § 859 Abs. 2 BGB aufgrund ihres Wortlauts und der Anknüpfung an die verbotene Eigenmacht (§ 858 Abs. 1 BGB) voraussetzt, dass dem Besitzer tatsächlich der Besitz ohne dessen Willen entzogen, eine Sache also weggenommen wurde. Die die Rechtfertigungssituation auslösende Straftat ist also im Vergleich zu § 127 Abs. 1 S. 1 StPO nicht nur tatbestandlich enger umrissen, sondern auch in ihren objektiven Voraussetzungen abschließend beschrieben. Aufgrund der klaren Anforderung an die objektive Rechtfertigungsseite kann sich eine Verdachtskonstellation im Rahmen des § 859 Abs. 2 BGB mithin ausschließlich über die fehlerhafte Verbindung von objektiv verwirklichter Straftat und vermeintlichem Täter ergeben.

Im Rahmen des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO ist dies anders. Diese Norm stellt einen allgemeinen Rechtfertigungsgrund dar. Das staatliche Gewaltmonopol wird gelockert und zum Zwecke der Strafzuführung werden Bürgerinnen und Bürger ermächtigt, Festnahmehandlungen vorzunehmen, deren Intensität allerdings nicht allzu hoch sein darf.[26] Die Rechtfertigungssituation kann hier durch jede mögliche Straftat ausgelöst werden, also auch durch solche Straftaten, denen ein Rechtsgut zugrunde liegt, dessen Verletzung – anders als im Falle der Beeinträchtigung von Gewahrsam[27] – nicht unmittelbar kompensiert werden kann. Zudem setzt eine Rechtfertigung gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO anders als § 859 Abs. 2 BGB nicht voraus, dass zwingend eine eigene Beeinträchtigung durch die vermeintliche Straftat vorzuliegen hat.[28] Damit besteht im Falle einer vorläufigen Festnahme aus sich heraus die im Vergleich zu § 859 Abs. 2 BGB maßgeblich erhöhte Gefahr, ein objektives Geschehen fehlerhaft zu erfassen und als strafrechtlich relevant zu deuten. Die Möglichkeit, eine tatsächlich strafbewährte Handlung darüber hinaus fälschlich mit einer unbeteiligten Person in Verbindung zu bringen, tritt hier dann noch hinzu.

Da sich die verdachtsauslösenden Momente bei § 127 Abs. 1 S. 1 StPO und § 859 Abs. 2 BGB also maßgeblich unterscheiden, kann nicht auf eine einheitliche Auslegung in beiden Regelungen geschlossen werden. Die Auslegung des § 859 Abs. 2 BGB hat vielmehr anhand seines speziellen Regelungsgegenstandes zu erfolgen. Hieran kann auch die Tatsache, dass die Formulierung des § 859 Abs. 2 BGB seinerzeit bewusst an § 127 StPO angelehnt wurde, nichts ändern. In der Sache ergeben sich aber auch für § 859 Abs. 2 BGB nur zwei mögliche Auslegungsergebnisse. Entweder man fordert insgesamt eine tatsächlich vorliegende Tat (verstanden als eine durch die Besitzkehrausübung betroffene Person tatsächlich verübte verbotene Eigenmacht) oder man lässt einen wie auch immer ausgestalteten personenbezogenen Verdacht genügen.

b) Perspektive zur Bestimmung des „Täters" i.S.d. § 859 Abs. 2 BGB

Die Literatur fordert, einen ex post-Maßstab anzulegen, um den „Täter" i.S.d. § 859 Abs. 2 BGB zu bestimmen. Während sich dies aber meist nur implizit aus den wissenschaftlichen Beiträgen ableiten lässt,[29] bringt *Stam* hierfür explizit vor, dass der Wortlaut von § 859 Abs. 2 BGB einen entsprechenden Verdacht von vornherein ausschließe, da § 859 Abs. 2 BGB einen „auf frischer Tat […] verfolgten Täter" verlangt, während § 127 Abs. 1 S. 1 StPO bloß von „jemandem" spricht.[30]

Bei einer solchen Argumentation wird aber verkannt, dass auch ein auf frischer Tat verfolgter „Jemand" i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO zwingend mit einer Straftat (bzw. einem diesbezüglichen Verdacht) in Verbindung zu bringen sein muss. Der divergierende Wortlaut lässt sich vielmehr damit

wo von der tatsächlichen Verwirklichung der objektiven Tatumstände auf die Tätereigenschaft geschlossen wird; ebenso *Rengier* (Fn. 21), § 22 Rn. 7.

[26] *Rengier* (Fn. 21), § 22 Rn. 16; *Paeffgen*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 3, 5. Aufl. 2016, § 127 Rn. 20 f.; gleichwohl wird bei sog. Kapitaldelikten teilweise sogar der Schusswaffeneinsatz als mögliches Festnahmemittel bejaht, siehe zusammenfassend etwa *Bülte*, ZStW 121 (2009), 377 (406 ff.).

[27] So die h.M. zum Rechtsgut des § 242 StGB, siehe BGH NJW 1957, 1933 (1934); BGH LMRR 1980, 34 (34); *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, Vor § 242 Rn. 11; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 23. Aufl. 2021, § 2 Rn. 1; a.A. etwa *Schmitz*, in: Erb/Schäfer, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 9; siehe außerdem BGH NJW 2015, 2898 (2900), wonach eine Rechtfertigung wegen Besitzkehr bei verbotenem Besitz ausgeschlossen sei, kritisch hierzu *Kudlich*, NJW 2015, 2091; ebenso kritisch *Jäger*, JA 2015, 874 (876).

[28] Siehe *Götz* (Fn. 14), § 859 Rn. 8; *Schäfer* (Fn. 8), § 859 Rn. 3; *Paeffgen* (Fn. 26), § 127 Rn. 18.

[29] Siehe etwa *Gutzeit* (Fn. 4), § 859 Rn. 4 und 12: Gewaltrechte richten sich gegen „Störer", d.h. gegen die Person, die die verbotene Eigenmacht verübt. So auch *Schäfer* (Fn. 8), § 859 Rn. 4; *Götz* (Fn. 14), § 859 Rn. 10.

[30] *Stam*, JR 2017, 557 (565).

begründen, dass § 127 Abs. 1 S. 1 StPO den Zugriff auf Täter sowie Teilnehmer ermöglich will,[31] während § 859 Abs. 2 BGB als Ausfluss des tatsächlichen Besitzschutzes zwangsläufig nur den Zugriff auf die Person erlauben will, welche (ex ante oder ex post) die verbotene Eigenmacht ausgeübt hat, wodurch Teilnehmer aus dem Anwendungsbereich der Norm herausfallen. Hinsichtlich der Frage, ob es sich ex ante oder ex post um den Täter handeln muss, lässt der Wortlaut der Norm also keinen eindeutigen Schluss zu.

Nun sind dem ersten Anschein nach durchaus Gründe ersichtlich, die für eine ex ante-Betrachtung sprechen könnten. So ist die Anwendung von § 859 Abs. 2 BGB etwa, anders als bei § 859 Abs. 1 BGB, dadurch bedingt, dass sich die Sache bereits aus der „Sphäre" des früheren Besitzers entfernt hat. Weil anerkannt ist, dass die Ausübung der verbotenen Eigenmacht nicht bemerkt werden muss, kann eine rechtmäßige Besitzkehr auch dann geübt werden, wenn die Wegnahme kurze Zeit, nachdem sie geschehen ist, entdeckt und infolgedessen die Verfolgung aufgenommen wird.[32] Wird die Wegnahme nicht bemerkt, erscheint die Unterstellung, der vormalige Gewahrsamsinhaber könne die Wegnahme in jedem Fall sicher mit einer konkreten Person in Verbindung bringen, lebensfremd.

Für die Zugrundelegung eines objektiven Maßstabes spricht aber entscheidend die Tatsache, dass § 859 Abs. 2 BGB lediglich darauf abzielt, das von § 859 Abs. 1 BGB gewährte Gewaltrecht in zeitlicher Hinsicht auszudehnen.[33] Für die rechtmäßige Ausübung der Besitzwehr (sowie für die Bestimmung der verbotenen Eigenmacht gem. § 858 Abs. 1 BGB) ist anerkannt, dass die Tatbestandsvoraussetzungen objektiv zu beurteilen sind.[34] Allerdings geht es – anders als bei § 127 Abs. 1 S. 1 StPO – nicht darum, gleichsam als Hilfsperson für den Staat Maßnahmen zu treffen, die ein späteres Strafverfahren absichern sollen. Ratio der in § 859 BGB niedergelegten Besitzschutzrechte ist allein die gewaltsame Durchsetzung von (ehemaligen) Besitzrechten durch die Behauptung oder die alsbaldige Wiederbeschaffung des Besitzes.[35] Dieses Ziel, welches ohne Weiteres am Normwortlaut abgelesen werden kann, lässt sich nur durch Gewalt gegenüber dem „echten" Täter verfolgen, da auch nur dieser die Sache in Besitz hat. Das zivilrechtliche Regelungskonstrukt zum Besitzschutz ist anders als das strafprozessuale Flagranzfestnahmerecht von vornherein ausschließlich auf objektive Tatumstände gestützt.

Nun könnte man zwar einwenden, dass § 859 Abs. 2 BGB bei Zugrundelegung einer objektiven Perspektive völlig in den §§ 32 Abs. 1 StGB, 227 BGB aufginge, weil diese Normen aufgrund der noch gegebenen Gegenwärtigkeit ebenfalls einschlägig sind, wenn sich die Gewalt gegen den „echten" Täter richtet. Jedenfalls die Auswertung der einschlägigen strafgerichtlichen Rechtsprechung spricht gleichwohl dafür, die zeitlichen Grenzen der Notwehr und der Besitzkehr nicht in jedem Fall kongruent zu bestimmen.[36] Besitzschutzrechten – und insbesondere § 859 Abs. 2 BGB – ist daher jedenfalls nicht vorschnell ausschließlich klarstellende Bedeutung beizumessen.[37]

Der auf frischer Tat betroffene Täter gem. § 859 Abs. 2 BGB ist deshalb ex post zu bestimmen. Im Beispielsfall ist das Verhalten des A also nicht gem. § 859 Abs. 2 BGB gerechtfertigt, da V tatsächlich nichts mit dem Diebstahl der Brieftasche zu tun hat.

III. Kriminalpolitische Erwägungen

Die Besitzkehr übende Person wird durch die Zugrundelegung einer objektiven Perspektive auch nicht über Gebühr belastet. Zwar trägt sie hierdurch das Irrtumsrisiko. Dies ist aber nicht allzu gravierend. Denn die (dem Beispielsfall entsprechende) im Raum stehende Strafbarkeit nach § 223 Abs. 1 StGB ist aufgrund eines Erlaubnistatumstandsirrtums, wonach gemäß der h.M. der sog. Vorsatzschuldvorwurf entfällt,[38] ausgeschlossen. Freilich steht dennoch die Sanktionsandrohung des § 229 StGB im Raum; Irrtümer über den vermeintlichen Rechtsgutsangriff führen im Falle ihrer Fahrlässigkeit also zu einer Strafbarkeit.

Diese Risikozuweisung muss aber bei der Ausübung von Besitzkehr deshalb als zwingend angesehen werden,[39] weil anders als im Falle einer Flagranzfestnahme kriminalpolitische Erwägungen erst gar nicht sinnvoll angeführt werden können, um das Fahrlässigkeitsrisiko möglicherweise auf das Besitzkehropfer abzuwälzen. Will man im Falle des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO einen Tatverdacht ausreichen lassen, ist der diesbezügliche rechtspolitische Haupterwägungsgrund, dass eine mögliche „Bestrafung" von Zivilcourage vermieden werden soll. Es soll nicht nur deshalb auf eine tatsächlich berechtigte Festnahmehandlung verzichtet werden, weil die Gefahr besteht, dass ex post betrachtet gar keine Straftat vorlag.[40]

Solche Erwägungen sind auf § 859 Abs. 2 BGB nicht übertragbar. Zunächst einmal herrscht im Kontext des § 127 StPO Einigkeit dahingehend, dass mit der „Tat" nur eine sol-

---

[31] *Satzger*, Jura 2009, 107 (108); *Schultheis*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 127 Rn. 7.

[32] OLG Schleswig NStZ 1987, 75 (75); *Schäfer* (Fn. 8), § 859 Rn. 13; *Götz* (Fn. 14), § 859 Rn. 40; *Gutzeit* (Fn. 4), § 859 Rn. 17.

[33] Vgl. *Götz* (Fn. 12), § 859 Rn. 37.

[34] Siehe etwa *Götz* (Fn. 14), § 859 Rn. 17 ff.; *Schäfer* (Fn. 8), § 859 Rn. 5.

[35] *Götz* (Fn. 14), § 859 Rn. 2 ff.; *Klingbeil* (Fn. 5), S. 201.

[36] OLG Schleswig NStZ 1987, 75 (75); ablehnend *Hellmann*, NStZ 1987, 455 (456); der jedoch anerkennt, dass die genauen zeitlichen Grenzen im Einzelfall schwer zu bestimmen seien; ebenso *Schäfer* (Fn. 8), § 859 Rn. 14, siehe auch *Omlor/Gies*, JuS 2013, 12 (15).

[37] Vgl. auch BGH NStZ-RR, 1999, 265 (265), m. Anm. *Heger*, JA 2000, 188, welcher es aber jedenfalls verwunderlich findet, dass § 32 StGB keine Erwähnung in der Entscheidung gefunden hat; siehe mit Blick auf den jeweiligen Regelungszweck erneut *Klingbeil* (Fn. 5), S. 200 f.

[38] Siehe nur *Rengier* (Fn. 21), § 30 Rn. 22.

[39] Siehe zu einer auf vergleichbaren Erwägungen beruhenden Risikozuweisung auch im Falle der vorläufigen Festnahme *Paeffgen* (Fn. 26), § 127 Rn. 10.

[40] Siehe hierzu *Bülte*, ZStW 121 (2009), 377 (399 f.).

che gemeint sein kann, die explizit strafrechtliche Sanktionen zur Folge haben kann.[41] Dies führt nach h.M. dazu, dass eine Festnahme gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO nicht gegenüber strafunmündigen Kindern erfolgen kann.[42]

§ 859 Abs. 2 BGB knüpft als Besitzschutznorm hingegen genau wie § 859 Abs. 1 BGB ausdrücklich nur an den objektiven Tatbestand der verbotenen Eigenmacht an und ist insofern losgelöst von Schuldfähigkeit oder Verschulden.[43] Damit sind auch Kinder mögliche Betroffene der Gewaltanwendung gem. § 859 Abs. 2 BGB. Allein besondere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit der Gewaltanwendung[44] vermögen keinen hinreichenden Schutz derjenigen Kinder zu gewährleisten, die (objektiv) zu Unrecht Opfer einer Besitzkehr werden. Das gesamte deutsche Rechtssystem ist von dem Gedanken der besonderen Schutzbedürftigkeit von Minderjährigen und insbesondere von Kindern geprägt.[45] Würde nun aber das Irrtumsrisiko bei der Besitzkehr auf die von der Gewalt betroffene Person und damit im Zweifel auf Minderjährige abgeladen, wäre hierin eine nicht hinnehmbare Benachteiligung der Minderjährigen zu erblicken. Setzen sich diese gegen die objektiv ungerechtfertigte Besitzkehr ihrerseits zur Wehr, darf hierin kein rechtswidriger Angriff i.S.d. § 32 StGB gesehen werden. Ansonsten würde im Extremfall ein nicht hinnehmbares, uneingeschränktes Notwehrrecht der vormals Besitzkehr übenden Person ausgelöst werden.[46]

IV. Fazit

§ 127 Abs. 1 S. 1 StPO und § 859 Abs. 2 BGB ähneln sich im Wortlaut in einem Maße, welches nicht für den jeweiligen Regelungszweck gilt. Dementsprechend rechtfertigt die Besitzkehr solches Verhalten, das objektives Wegnahmeunrecht direkt und vollständig durch den vormaligen Besitzer und Gewahrsamsinhaber kompensieren will. Sonstige strafrechtliche Aspekte spielen für das erweiterte Besitzschutzrecht keine wesentliche Rolle. Argumentative Erwägungen zur Auslegung des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO können also keine Früchte für die Auslegung von § 859 Abs. 2 BGB tragen. Täter i.S.d. § 859 Abs. 2 BGB kann aufgrund der objektiv ausgerichteten Gewaltnorm und ihrer weiten Befugniserteilung nur diejenige Person sein, die die verbotene Eigenmacht auch tatsächlich verübt hat.

Diese Erkenntnis verdeutlicht den Stellenwert des jeweiligen Normzwecks bei der Normauslegung. Regelungen, die sich auf den ersten Blick zum Verwechseln ähnlichsehen und deren Wortlaut sogar vom Gesetzgeber bewusst aneinander angelehnt wurde, können nicht allein deshalb den gleichen Auslegungsmustern folgen. Dies ist insbesondere für Studierende wichtig, die im Rahmen der Ersten Juristischen Prüfung mit oft unbekannten Rechtsproblemen konfrontiert werden. Sie sind dann darauf angewiesen, vorhandenes Wissen sinnvoll auf die neuen Fallkonstellationen zu übertragen. Trotz möglicher Ähnlichkeiten muss der Blick offen für etwaige entscheidende Unterschiede im Normzweck bleiben.

---

[41] *Satzger*, Jura 2009, 107 (108 f.); *Schultheis* (Fn. 31), § 127 Rn. 7.

[42] Siehe etwa *Bülte*, ZStW 121 (2009), 377 (386); *Rengier* (Fn. 21), § 22 Rn. 4; *Böhm/Werner*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 1, 2014, § 127 Rn. 7; a.A. *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 69. Aufl. 2022, Vor § 32 Rn. 7.

[43] *Götz* (Fn. 14), § 859 Rn. 11; *Fritzsche*, in: Hau/Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.2.2022, § 859 Rn. 7.

[44] Siehe hierzu *Götz* (Fn. 14), § 859 Rn. 11; *Fritzsche* (Fn. 43), § 859 Rn. 7.

[45] Siehe exemplarisch etwa §§ 104 ff., 828 BGB; § 19 StGB; §§ 3, 67 ff. JGG.

[46] Vgl. hierzu etwa *Erb*, in: Erb/Schäfer (Fn. 3), § 32 Rn. 209 ff.

Der eingetragene Verein – Eine Einführung

Von Rechtsanwalt **Felix Garz**, Notarassessor **Dr. Fabian Eike Flaßhoff**, Leipzig/Coburg*

In Ergänzung des Beitrages zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts (ZJS 2021, 282) soll im folgenden Lernbeitrag die Gesellschaftsform des Vereins erläutert und nähergebracht werden. Der Verein ist der Grundtypus der Körperschaften und im BGB an prominenter Stelle ab den §§ 21 ff. BGB geregelt. Nebenbei spielt er aber auch in der Rechtspraxis eine herausragende Bedeutung. In Deutschland gibt es über 600.000 Vereine[1] *mit unterschiedlichsten Zwecksetzungen – vom lokalen (Trink-)Sportverein bis zum mächtigen ADAC e.V. mit 21 Millionen Mitgliedern*[2].

Der Beitrag möchte die Grundstrukturen des eingetragenen Vereins im zeitlichen Verlauf darstellen – von seiner Gründung über sein Bestehen bis zu seiner Beendigung. Abschließend wird ein Exkurs vorgenommen, in dem das Recht der Gemeinnützigkeit dargestellt wird. In der Klausurpraxis hat der Verein geringere Relevanz. Hier weist zumeist nur die analoge Anwendung von § 31 BGB Bezug zum Vereinsrecht auf. Für die mündlichen Prüfungen und für das Allgemeinwissen zur (studentischen) Selbstorganisation ist ein Überblick jedoch unverzichtbar.

I. Der Verein

1. Begriff, Regelungsweise und Rechtscharakter

Der Verein ist im BGB bei den Personen geregelt. Nach dem Titel über natürliche Personen schließt sich der Titel über die juristischen Personen an, dessen erster Untertitel die Regelungen zum Verein beinhaltet. Damit ist bereits eine erste Weichenstellung getroffen. Der Verein ist eine eigene Rechtspersönlichkeit. Wie für Körperschaften typisch, stehen nicht die einzelnen Mitglieder im Fokus. Die Körperschaft selbst ist unabhängig von ihren Mitgliedern.[3]

Das Gesetz setzt den Vereinsbegriff voraus und enthält keine Definition. Rechtsprechung und Literatur bezeichnen als Verein einen auf Dauer angelegten, körperschaftlich organisierten Zusammenschluss von Personen, die einen gemeinsamen Zweck verfolgen.[4] Dieser gemeinsame Zweck ist in der Regel nicht wirtschaftlicher Natur. Dies bedingt § 22 BGB, wonach ein Verein, der einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb errichten möchte, seine Rechtsfähigkeit erst durch staatliche Verleihung erhält. Diese wird regelmäßig versagt.[5] Wer gewerblich als Verband tätig sein möchte, dem hat der Gesetzgeber insbesondere die GmbH und AG zur Verfügung gestellt. Den Gegensatz zum wirtschaftlichen Verein – und damit der Regelfall – bildet der Idealverein (§ 21 BGB), dessen Zweck eben jeder beliebige sein kann, solange er nicht gewerblich ist.

Begründet wird die Einschränkung der wirtschaftlichen Tätigkeit damit, dass eingetragene Vereine nur mit ihrem Vereinsvermögen haften und es demgegenüber – anders als etwa bei der GmbH oder der AG – keine gläubigerschützenden Vorschriften und keinerlei Kontrollmöglichkeiten bezüglich Kapitalaufbringung und -erhaltung gibt. Eine wirtschaftliche Betätigung ist allerdings dann möglich, wenn diese nur als Nebenzweck des e.V. erfolgt und dem ideellen Hauptzweck untergeordnet ist. Man spricht insoweit vom „Nebenzweckprivileg“ des Vereins.[6] Grundsätzlich möglich ist allerdings, die wirtschaftliche Tätigkeit auf eine 100 %ige Tochter-Kapitalgesellschaft auszulagern.[7]

Die weitere Unterscheidung in rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen Verein erlangt durch das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) eine Modifizierung. § 54 BGB wird zukünftig vom „Verein ohne Rechtspersönlichkeit“ sprechen. § 54 Abs. 2 BGB enthält sodann die Regelung, dass aus einem Rechtsgeschäft, dass im Namen eines solchen Vereins ohne Rechtspersönlichkeit abgeschlossen wird, der Handelnde persönlich haftet.[8] Folgerichtig wird auch § 50 ZPO geändert. § 50 Abs. 2 ZPO, der den nicht rechtsfähigen Verein behandelt, wird gestrichen.[9]

2. Gründung und Eintragung

Der Gründung des Vereins kann eine sog. Vorgründungsgesellschaft vorausgehen. Hierbei handelt es sich um eine GbR mit dem Zweck, den Verein zu gründen.[10]

Die Gründung eines Vereins selbst erfolgt, indem sich die Gründungsmitglieder einen Gründungsvertrag und eine Satzung geben.[11] Damit besteht der sog. Vorverein, auf den die Regelungen des nicht eingetragenen Vereins (künftig: Verein ohne Rechtspersönlichkeit) Anwendung finden.[12] Hier gilt kraft Verweisung des § 54 S. 1 BGB das Recht der GbR. Rechtsfähigkeit erlangt der Verein erst durch Eintragung in das Vereinsregister, § 59 BGB. Diese hat der durch die Gründungsmitglieder bestellte Vorstand des Vereins vorzunehmen. Die Eintragung wirkt konstitutiv.[13]

---

* Der Autor *Garz* ist Rechtsanwalt in Leipzig und Doktorand am Lehrstuhl von Prof. *Dr. Wiebke Brose* an der Friedrich-Schiller-Universität Jena. Der Autor *Flaßhoff* ist Notarassessor im Freistaat Bayern.

[1] Vgl. https://bundesverband.bvve.de/vereine-in-deutschland/ (7.3.2022).

[2] Vgl. hierzu adac.de (3.5.2022).

[3] Vgl. *Koch*, Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2021, Vor. § 26 Rn. 1.

[4] Maßgeblich hierzu: RG, Urt. v. 18.1.1934 – IV 369/33 = RGZ 143, 212 (213).

[5] *Koch* (Fn. 3), § 26 Rn. 2 und 21 ff.

[6] *Koch* (Fn. 3), § 26 Rn. 28.

[7] So BGH, Urt. v. 29.9.1982 – ZR I 88/80 = BGHZ 85, 84; zum Streitstand in der Literatur: *Schwarz van Berk/Könen*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 3 Rn. 52.

[8] BGBl. I 2021, S. 3437 f.

[9] BGBl. I 2021, S. 3451.

[10] *Knof*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 13 Rn. 5 f.

[11] *Krafka*, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 2129.

[12] *van Randenborgh*, in: Schauhoff, Handbuch der Gemeinnützigkeit, 3. Aufl. 2010, § 2 Rn. 12.

[13] *Leuschner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl.

Die Anmeldung hat mittels öffentlich beglaubigter Erklärung durch die Vorstandsmitglieder in vertretungsberechtigter Zahl zu erfolgen, § 77 BGB.[14] Im Regelfall wird die Erklärung vom Notar öffentlich beglaubigt, § 129 BGB, §§ 39, 40 BeurkG. Das Vereinsregister wird heute entsprechend § 55a BGB von den Ländern in elektronischer Form geführt. Das Register schützt – wie andere öffentlichen Register auch – den Verkehr, allerdings in geringerem Maße als etwa das Handelsregister nach § 15 HGB: Vom Vereinsregister geht gem. § 68 BGB i.V.m. § 70 BGB negative Publizität aus. Danach kann eine Änderung im Vorstand oder – i.V.m. § 70 BGB – die Einschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht Dritten nur entgegengehalten werden, wenn sie zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts im Vereinsregister eingetragen war oder wenn dieser sie positiv kannte. Nach § 68 S. 2 BGB braucht sich ein Dritter Änderungen auch dann nicht entgegenhalten zu lassen, wenn sie zwar eingetragen sind, er sie aber nicht kannte und seine Unkenntnis nicht auf Fahrlässigkeit beruht. Allerdings handelt fahrlässig, wer das Vereinsregister nicht eingesehen hat.[15] Nach § 68 S. 2 BGB scheiden demnach nur die wenigen Fälle aus, in denen die Eintragung der Vorstandsänderung unmittelbar vor Vornahme des Rechtsgeschäfts und somit nach der Einsichtnahme des Dritten in das Vereinsregister erfolgte.

Eine positive Publizität kennt das Vereinsregister – anders als das Handelsregister nach § 15 Abs. 3 HGB – nicht. Der gute Glaube daran, dass das, was eingetragen ist, auch rechtlich gilt, wird nicht geschützt.[16]

An die Satzung stellt § 57 Abs. 1 BGB Mindesterfordernisse.[17] So muss der Vereinszweck, der Name sowie der Sitz des Vereins enthalten sein. Außerdem muss sich aus der Satzung ergeben, dass der Verein eingetragen werden soll. § 57 Abs. 2 BGB regelt zudem, dass sich der Vereinsname von den Namen bereits bestehender eingetragener Vereine am selben Ort oder in derselben Gemeinde deutlich unterscheiden soll. Weitere Sollbestimmungen enthält § 58 BGB. Werden diese Sollbestimmungen allerdings nicht beachtet, wird die Anmeldung zum Vereinsregister vom Amtsgericht zurückgewiesen, § 60 BGB. Dies ist vor allem deshalb wichtig, weil die Eintragung für die Erlangung der Rechtsfähigkeit konstitutive Wirkung hat (siehe oben). Schließlich gibt § 56 BGB vor, dass die Eintragung nur erfolgen soll, wenn die Zahl der Vereinsmitglieder mindestens sieben beträgt.

3. Die Organe des Vereins: Vorstand und Mitgliederversammlung sowie Möglichkeit weiterer Organe

Der Verein besteht aus mindestens zwei Organen. Der Verein muss zwingend einen Vorstand haben, § 26 Abs. 1 S. 1 BGB (unter a). Dieser wird, sofern die Satzung nichts anderes regelt, durch die Mitgliederversammlung bestellt, § 27 Abs. 1 BGB. Damit ist bereits das zweite Organ benannt – die Mitgliederversammlung (unter b). Weitere Organe können in der Satzung vorgesehen werden[18]. Dies können beispielsweise Beiräte oder vereinsinterne Schiedsgerichte sein.

a) Der Vorstand

Der Vorstand ist der gesetzliche Vertreter des Vereins, § 26 Abs. 1 S. 3 BGB. Der Umfang der Vertretungsmacht kann sowohl im Außen- als auch im Innenverhältnis beschränkt werden. Im Außenverhältnis erlaubt etwa § 26 Abs. 1 S. 3 BGB, den Umfang der Vertretungsmacht durch Satzung zu beschränken, was den Vereinsvorstand insoweit vom Geschäftsführer einer GmbH oder den Vorstand einer AG unterscheidet, deren Vertretungsmacht Dritten gegenüber nicht beschränkt werden kann, vgl. § 35 Abs. 2 S. 1 GmbHG bzw. § 82 Abs. 1 AktG. So kann dem Vorstand die Vornahme bestimmter Geschäfte untersagt werden oder an die Zustimmung anderer Vereinsorgane gebunden werden. Ebenso kann die Vertretung hinsichtlich bestimmter Geschäfte vollständig auf andere Organe übertragen werden. Verkehrsschutz bietet an dieser Stelle das Vereinsregister: Dritten gegenüber wirkt diese Beschränkung nur, wenn diese dem Dritten bekannt oder aber im Vereinsregister eingetragen war, §§ 68, 70 BGB.[19] In der Regel deckt sich die Vertretungsmacht mit der Geschäftsführungsbefugnis.

Enthält die Satzung keine Regelung zur Vertretungsmacht, gilt bei einem mehrgliedrigen Vorstand anders als bei der GmbH (§ 35 Abs. 2 S. 1 GmbHG) und AG (§ 78 Abs. 2 S. 1 AktG) nicht die Gesamtvertretung, sondern das Mehrheitsprinzip. Nach h.M. erfordert dies bei zwei Vorstandsmitgliedern, dass diese gemeinschaftlich handeln. Bei mehr als zwei Vorstandsmitgliedern setzt eine wirksame Stellvertretung voraus, dass die einfache Mehrheit der Gesamtzahl der Vorstandsmitglieder auftritt, § 26 Abs. 2 S. 1 BGB. Typischerweise wird die Satzung allerdings die Einzel- oder Gesamtvertretung anordnen.

Bei der passiven Stellvertretung verhält es sich wie bei anderen Gesellschaftsformen[20] auch: Willenserklärungen können gegenüber jedem einzelnen Vorstandsmitglied abgegeben werden. Dies sieht §§ 26 Abs. 2 S. 2, 40 BGB zwingend vor.[21]

Vorstandsmitglied kann jede natürliche Person sein. Weder muss es sich nach dem Gesetz um Mitglieder des Vereines handeln[22], noch muss die Person unbeschränkt geschäftsfähig sein.[23] Im Unterschied etwa zum Vorstand der Aktiengesellschaft (§ 76 Abs. 3 S. 1 AktG) oder dem Geschäftsführer der GmbH (§ 6 Abs. 2 S. 1 GmbHG) können auch juristische Personen Mitglieder des Vorstands sein.[24]

2021, Vor § 55 Rn. 4.

[14] *Krafka* (Fn. 11), Rn. 2152 f.

[15] *Leuschner* (Fn. 13), § 68 Rn. 6.

[16] *Leuschner* (Fn. 13), § 68 Rn. 1.

[17] So auch die amtliche Überschrift der Norm.

[18] *Neudert/Waldner*, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, 21. Aufl. 2021, Rn. 308.

[19] *Neudert/Waldner* (Fn. 18), Rn. 233.

[20] Vgl. etwa § 35 Abs. 2 S. 2 GmbHG, § 78 Abs. 2 S. 2 AktG oder § 125 Abs. 2 S. 2 HGB.

[21] *Schöpflin*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand 1.2.2022, § 26 Rn. 20.

[22] *Schwennicke*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 26 Rn. 35.

[23] Sofern die gesetzlichen Vertreter zustimmen, *Schwennicke* (Fn. 22), § 26 Rn. 36.

[24] *Schöpflin* (Fn. 21), § 27 Rn. 3.

Das Verhältnis zwischen Verein und dem Vorstandsmitglied regelt § 27 BGB. Hier ist – wie bei Geschäftsleitungsorganen anderer juristischer Personen auch – zwischen anstellungsvertraglichem und dem korporationsrechtlichen Verhältnis zu trennen. Die Organstellung erlangt das Vorstandsmitglied gem. § 27 Abs. 1 BGB durch die Bestellung als einseitig empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, dem ein Beschluss der Mitgliederversammlung zugrunde liegt. Diese Bestellung muss vom Vorstandsmitglied angenommen werden, weil mit der Bestellung, anders etwa als bei der bloßen Bevollmächtigung, nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten einhergehen.[25] Weil jede Änderung im Vorstand zum Vereinsregister gem. § 67 BGB zur Eintragung angemeldet werden muss, ist auch die Bestellung anzumelden. Allerdings wirkt die Anmeldung lediglich deklaratorisch, die Organstellung beginnt also schon unmittelbar mit der Annahme der Bestellung. Soweit die Satzung keine andere Regelung vorsieht, kann die Bestellung des Vorstandsmitglieds durch die Mitgliederversammlung jederzeit widerrufen werden, § 27 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 BGB. Vergütungsansprüche aus einem ggf. abgeschlossenen Anstellungsvertrag bleiben hiervon grundsätzlich unberührt, § 27 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 BGB.

Für die Geschäftsführung des Vorstands gelten gem. § 27 Abs. 3 BGB die §§ 664–670 BGB. Die Mitgliederversammlung kann dem Vorstand gem. § 665 BGB Weisungen erteilen. Ferner ist der Vorstand nach § 666 BGB zur Auskunft und Rechenschaft verpflichtet und muss Gegenstände, die er zur oder durch die Geschäftsführung erlangt hat, nach § 667 BGB herausgeben. Dafür steht ihm allerdings gem. § 670 BGB auch ein Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen zu. Weitergehende Regelungen – etwa die Vereinbarung einer Vergütung – sind in einem Anstellungsvertrag möglich.

b) Die Mitgliederversammlung

Die Mitgliederversammlung ist dem gegenüber das oberste interne Vereinsorgan. § 32 Abs. 1 S. 1 BGB spricht der Mitgliederversammlung die Zuständigkeit in allen Vereinsangelegenheiten zu, die nicht vom Vorstand oder anderen Vereinsorganen zu besorgen sind. Eine solche Zuständigkeitsverschiebung kann aufgrund Gesetzes oder aufgrund einer Satzungsregelung bestehen. Nicht abdingbar ist unter anderem die Zuständigkeiten für die Beschlussfassung über die Vereinsauflösung gem. § 41 BGB.

Ein Recht zur Teilnahme und zur Stimmabgabe erhält man durch die Vereinsmitgliedschaft.[26] Die Mitgliedschaft im Verein erfolgt durch den Beitritt. Dies ist ein Vertrag zwischen dem Verein und dem Mitglied, für den die allgemeinen Regelungen Anwendung finden.[27] Das Gegenstück zum Beitritt ist der Austritt, § 39 BGB. Dabei ist es zulässig, dass die Mindestmitgliederanzahl von sieben Mitgliedern unterschritten wird.[28] § 73 Abs. 1 BGB bestimmt in diesem Fall nur, dass bei weniger als drei Vereinsmitgliedern das Amtsgericht auf Antrag des Vorstands oder nach Ablauf von drei Monaten von Amts wegen dem Verein die Rechtsfähigkeit entzieht. Hierdurch wird die interessante Gestaltungsoption möglich, dass alle bis auf ein Mitglied aus einem eingetragenen Verein austreten und sodann das zuletzt verbleibende Vereinsmitglied den Formwechsel – beispielsweise in eine GmbH – beschließt.

4. Die Mitgliedschaft

Der Verein lebt durch seine Mitglieder. Bereits erwähnt wurde, dass zur Eintragung mindestens sieben Mitglieder notwendig sind und eine zwangsweise Auflösung des Vereins erfolgt, wenn der Verein weniger als drei Mitglieder hat. Die Mitgliedschaft im eingetragenen Verein unterscheidet sich in einigen Punkten recht deutlich von „Mitgliedern" anderer Körperschaften. So ist etwa der Geschäftsanteil eines GmbH-Gesellschafters oder die Aktie des Aktionärs samt den damit einhergehenden mitgliedschaftlichen Rechten veräußerlich und vererblich. Beim Verein hingegen steht nicht die vermögensmäßige, sondern die persönliche Mitgliedschaft im Vordergrund: Nach § 38 BGB ist die Mitgliedschaft nicht übertragbar und nicht vererblich. Sie endet gem. § 39 BGB durch Austritt. Auch ein gesetzlich nicht geregelter Ausschluss des Mitglieds ist möglich.[29]

Pflichten der Mitglieder sieht das Gesetz im Grundsatz nicht vor. Allerdings können solche durch die Satzung begründet werden (z.B. eine Beitragspflicht). Mit der Mitgliedschaft verbundene Rechte sind insbesondere Mitverwaltungsrechte wie etwa das Informationsrecht, das Recht auf Teilnahme und Abstimmung auf der Mitgliederversammlung. Das Verhältnis zwischen Verein und Mitglied ist ferner durch die Treuepflicht geprägt.

5. Haftung

Bezüglich der Haftung sind verschiedene Ansätze auseinanderzuhalten.

Als juristische Person haftet der eingetragene Verein selbstständig für wirksam begründete Verbindlichkeiten. Über § 31 BGB ist der Verein zusätzlich für den Schaden verantwortlich, den ein Vorstand oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen verursacht. Das gilt insbesondere im deliktischen Bereich. Denn hier wird dem Verein das Verhalten seines Vorstands wie eigenes Verhalten zugerechnet, der Verein haftet also etwa gem. § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 31 BGB für das Verhalten seiner Organe. Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Vereins über die Norm des § 31 BGB ist daher die Erfüllung eines Haftungstatbestandes durch den Vorstand oder die anderen benannten Personen.[30]

Ob daneben auch das Vorstandsmitglied persönlich haftet,

[25] Eine Übersicht der Geschäftsführungspflichten bei *Leuschner* (Fn. 13), § 27 Rn. 39 ff.
[26] Vgl. *Scheffer*, DStR 2011, 2053 (2055).
[27] BGH, Urt. v. 29.6.1987 – ZR II 295/86 = BGHZ 101, 193.
[28] *Leuschner* (Fn. 13), § 73 Rn. 2.
[29] Die Rechtsnatur des Ausschlusses ist strittig. Z.T. wird er als Vertragsstrafe, z.T. auch als Kündigung angesehen. Auswirkungen hat dieser Streit zur Frage, in welchem Umfang eine gerichtliche Überprüfung des Ausschlusses möglich ist. Zum Streitstand siehe *Leuschner* (Fn. 13), § 38 Rn. 33; vgl. auch *Reuter*, NJW 1987, 2401.
[30] *Neuefeind*, JA 2019, 415 (417).

ist seit langem umstritten. Dies hängt davon ab, ob das Vorstandsmitglied auch eine ihm persönlich gegenüber Dritten obliegende Pflicht verletzt hat. Im Grundsatz ist das Verhältnis zwischen Verein und Vorstandsmitglied so ausgestaltet, dass dem Vorstandsmitglied eine Organisationspflicht lediglich im Innenverhältnis gegenüber dem Verein obliegt. Daraus folgt: Erleidet ein Dritter bei einem Sturz vor dem Vereinsheim einen Schaden, weil der Gehsteig bei Schneefall nicht geräumt wurde und der Vorstand das Räumen nicht organisiert hat, haftet zunächst der Verein gem. § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 31 BGB. Das Unterlassen des Vorstandsmitglieds wird ihm zugerechnet. Gegenüber dem Verein haftet dann ggf. das Vorstandsmitglied wegen Verletzung der ihm intern obliegenden Organisationspflicht nach § 280 Abs. 1 BGB, wobei bei ehrenamtlich tätigen Vorstandsmitgliedern zu berücksichtigen ist, dass diese gem. § 31a Abs. 1 BGB nur für vorsätzlich oder grob fahrlässige Schadensherbeiführung haften. Im Außenverhältnis besteht aber im Grundsatz keine Haftung des Vorstandsmitglieds gegenüber dem Dritten, denn die Organisationspflicht des Vorstandsmitglieds ist eine rein interne Pflicht. Bis heute nicht geklärt ist, wann diese Organisationspflicht auch zu einer Pflicht im Außenverhältnis erstarkt.[31] Nach der Rechtsprechung erfordert dies das Vorliegen besonderer Umstände[32], wobei im Einzelnen sehr streitig ist, wann dies der Fall ist.[33]

Daneben bestimmt § 54 S. 2 BGB, dass auch der Vertreter des Vereins persönlich haftet – wobei es nur darauf ankommt, dass die Person wie ein Vertreter auftritt. Tatsächliche Vertretungsmacht ist nicht notwendig.

Nur ausnahmsweise ist auch eine Durchgriffshaftung und damit eine Inanspruchnahme der Vereinsmitglieder möglich. Voraussetzung ist ein gegen Treu und Glauben verstoßendes, rechtsmissbräuchliches Verhalten, dass nicht leichtfertig angenommen werden darf.[34] Weder in der Klausur noch in der mündlichen Prüfung dürfte es sich anbieten, hierüber mehr als einen kurzen ablehnenden Gedanken anzubringen.

6. Auflösung und Erlöschen des Vereins

Das Erlöschen des Vereins steht dem Tod einer natürlichen Person gleich.[35] Eingeleitet wird das Ende eines eingetragenen Vereins, wenn er entweder durch Mitgliederbeschluss aufgelöst (§ 41 BGB), das Insolvenzverfahren über sein Vermögen eröffnet (§ 42 BGB) oder indem ihm die Rechtsfähigkeit entzogen wird (§ 43 BGB). Letzteres geschieht etwa dann, wenn der Verein durch gesetzeswidriges Verhalten das Gemeinwohl gefährdet (§ 43 Abs. 1 BGB) oder – praktisch relevanter – wenn er tatsächlich einen gewerblichen Zweck verfolgt, § 43 Abs. 2 BGB. Mit dem Entzug der Rechtsfähigkeit ist aber nicht notwendig die Auflösung des gesamten Gebildes verbunden. Vielmehr wandelt sich der eingetragene Verein um in einen nicht rechtsfähigen Verein – bzw. nach bald neuer Rechtslage in einen Verein ohne Rechtspersönlichkeit.[36]

Die Auflösung erfolgt durch Beschluss der Mitgliederversammlung gem. § 41 BGB, der mangels abweichender Satzungsbestimmung eine Mehrheit von drei Vierteln der erschienenen Mitglieder erfordert. Sie ist gem. § 74 Abs. 2 BGB zum Vereinsregister anzumelden. Das weitere Schicksal des Vereins richtet sich dann danach, wem das Vermögen des Vereins nach Auflösung zufallen soll. Dies ist in der Satzung geregelt. Fehlt eine Regelung, fällt das Vermögen des Vereins seinen Mitgliedern zu gleichen Anteilen zu, wenn der Verein ausschließlich den Interessen seiner Mitglieder gedient hat, andernfalls fällt dies dem Fiskus zu.

Ist der Fiskus der sog. Anfallsberechtigte, dann erlischt der Verein unmittelbar mit der Auflösung. In allen anderen Fällen folgt auf die Auflösung die Liquidation. In dieser Phase wandelt sich der werbende Verein in einen Verein, der auf die Auseinandersetzung des Vermögens gerichtet ist und die Liquidatoren führen die Geschäfte des Vereins. Vor Ablauf eines Sperrjahres darf das Vermögen nicht ausgeschüttet werden, § 51 BGB.

Nach Ablauf dieses Sperrjahres und Verteilung des Vermögens ist die Liquidation beendet, wodurch der Verein erlischt. Wie die Auflösung selbst, ist allerdings auch die Beendigung der Liquidation von den Liquidatoren zum Vereinsregister anzumelden.

7. Gemeinnützigkeit

Im Zusammenhang mit eingetragenen Vereinen wird oftmals auch die Thematik der Gemeinnützigkeit thematisiert. Der folgende Abschnitt dient nur zur kursorischen Übersicht der dazugehörigen Reglungsmaterie. Weitere Einzelheiten lassen sich unter anderem dem Anwendungserlass zur Abgabenordnung entnehmen. In diesem stellt die Finanzverwaltung ihre Rechtsansicht zu Auslegungsfragen dar. Diese Auslegung ist für die Finanzverwaltung – nicht aber für die Finanzgerichte – verbindlich.

Bei dem Oberbegriff Gemeinnützigkeit handelt es sich um eine Form der steuerlichen Entlastung für Körperschaften i.S.d. § 1 Körperschaftsteuergesetz (KStG) – und nicht nur für eingetragene Vereine –, die gemeinnützige Zwecke verfolgen.[37] Die Voraussetzungen zur Gemeinnützigkeit finden sich in den §§ 51 ff. der Abgabenordnung (AO). Die Steuerbegünstigung liegt vor, wenn der eingetragene Verein ausschließlich und unmittelbar steuerbegünstigte Zwecke verfolgt. Jedes dieser Tatbestandsmerkmale ist in einer eigenen Norm der AO definiert.

Als Eingangsnorm bestimmt § 51 Abs. 1 AO, dass steuerbegünstigte Zwecke gemeinnützige, mildtätige und kirchliche Zwecke sind. §§ 52 bis 54 AO definiert sodann die einzelnen

[31] Erstmals klar bejaht in der sog. Baustoff-Entscheidung des BGH, Urt. v. 5.12.1989 – ZR VI 335/88 = BGH NJW 1990, 976.

[32] BGHZ 194, 26 (Rn. 24) = BGH NJW 2012, 3439

[33] *Koch* (Fn. 3), § 27 Rn. 14.

[34] Vgl. *Schöpflin* (Fn. 21), § 21 Rn. 18; von besonderer Bedeutung: BGH, Urt. v. 10.12.2007 – ZR II 239/05 = BGHZ 175, 12; hierzu: *Reuter*, NZG, 2008, 650.

[35] *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, § 41 Rn. 3.

[36] *Schöpflin* (Fn. 21); § 43 Rn. 4.

[37] *Wollmann/Lenger*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 42 Rn. 2.

Zwecke, die hierunter fallen sollen. Nach § 52 Abs. 1 AO verfolgt eine Körperschaft sodann gemeinnützige Zwecke, wenn ihre Tätigkeit ausschließlich darauf gerichtet ist, die Allgemeinheit auf materiellen, geistigen oder sittlichen Gebiet selbstlos zu fördern.

Was als Förderung der Allgemeinheit gilt, lässt sich Abs. 2 von § 52 AO entnehmen. Als Bonmot gilt regelmäßig § 52 Abs. 2 Nr. 21 AO. Dort ist festgehalten, dass die Förderung des Sports als Förderung der Allgemeinheit gilt. Der Gesetzgeber hat hier mit einem Klammerzusatz ausdrücklich festgehalten, dass Schach als Sport gilt.[38] Ob es sich hierbei nun nur um eine Fiktion handelt, wie der Wortlaut nahelegt („gilt"), kann hier freilich offenbleiben. Festgehalten werden kann aber, dass es bezüglich der Auslegung des Sport Begriffes höchst differenzierte Streitigkeiten gibt.[39]

Eine Förderung oder Unterstützung geschieht selbstlos, wenn dadurch nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke – z.B. gewerbliche Zwecke oder sonstige Erwerbszwecke – verfolgt werden, § 55 Abs. 1 Hs. 1 AO. Zudem müssen die weiteren Anforderungen an die Mittelverwendung gem. § 55 Abs. 1 Hs. 2 AO erfüllt sein. Beispielhaft sei hier genannt, dass die Körperschaft keine Personen durch unverhältnismäßig hohe Vergütungen begünstigen darf.

Darüber hinaus sind diese Anforderungen in der Satzung nachweisbar festzuhalten, §§ 59 ff. AO. Die Einhaltung der Anforderungen an die Satzung ist von der Finanzverwaltung gesondert festzustellen, § 60a Abs. 1 S. 1 AO. Die Mustersatzung in Anlage 1 zu § 60 AO hat mittlerweile Gesetzeskraft.[40] Gem. § 60 Abs. 1 S. 2 AO müssen die bezeichneten Festlegungen dieser Mustersatzung in der Satzung der gemeinnützigen Körperschaft enthalten sein.[41] Der genaue Wortlaut der Satzung muss nach h.M. und richtigerweise nicht wiedergegeben werden.[42] Zur Vermeidung von Streitigkeiten mit der Finanzverwaltung bietet sich trotz alledem eine weitgehende Orientierung am Wortlaut der Mustersatzung an.[43]

Die Steuerbegünstigungen sind sodann aber den einzelnen Steuergesetzen zu entnehmen. Beispielsweise bestimmt § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG, dass gemeinnützige Körperschaften von der Körperschaftsteuer befreit sind. Weitere Begünstigungen finden sich in § 3 Nr. 6 GewStG und § 13 Abs. 1 Nrn. 16, 17 ErbStG.

Relevanz hat die Gemeinnützigkeit letztlich auch im Bereich der Spende. Gemeinnützige Körperschaften können für Zuwendungen (Spenden und Mitgliedsbeiträge) Zuwendungsbestätigungen (landläufig auch Spendenquittung genannt) ausstellen, § 50 EStDV. Diese Bescheinigung ist Voraussetzung, um die Zuwendungen steuermindernd als Sonderausgaben gem. § 10b EStG zu berücksichtigen.

II. Zusammenfassung/ Weitergehende Hinweise

Die Klausuren zum eingetragenen Verein spiegeln leider wenig die praktische Relevanz dieses Rechtsinstituts wider. Klausuren sind hierzu so gut wie nicht vorhanden. Trotzdem sollten sich Studierende und Referendare mit dieser Rechtsform auseinandersetzen.

Erstens hilft die Auseinandersetzung mit dem Thema dem Studierenden bei der Mitarbeit bei eigenen Vereinsmitgliedschaften.

Zweitens ist es immer möglich, dass Prüfer in der mündlichen Prüfung Grundkenntnisse abfragen. So kann die einfache Frage: „Welche Gesellschaftsformen kennen Sie?" nicht mit einer bloßen Aufzählung beantwortet werden. Eine vollständige Aufzählung ist zwar an sich richtig, stellt allerdings nur auswendig gelerntes Wissen ohne Bezug zum Gesetz dar. Stattdessen bietet sich die strukturierte Antwort an: „Grundsätzlich ist zwischen Körperschaften und Personengesellschaften zu unterscheiden. Für erstere ist der Verein, geregelt in §§ 21 ff. BGB, das gesetzliche Leitbild. Für letztere ist es die GbR […]". Hierdurch kann systematisches Verständnis des Gesellschaftsrechts gezeigt werden. Der Prüfer wird Ihnen auch wegen der strukturierten Antwort dankbar sein.

Drittens wird der eingetragene Verein im Berufsleben immer wieder eine Rolle spielen, sodass ein gewisses Grundwissen nicht abträglich ist.

---

[38] Hierzu die Glosse von *Schirmer*, JZ 2016, 248.

[39] Eine Übersicht zu relevanter Rechtsprechung sowie unterschiedlichen Betätigungen: *Koenig*, in: Koenig, Kommentar zur AO, 4. Aufl. 2021, § 52 Rn. 54.

[40] *Musil*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, Kommentar zur AO/FGO, 266. EL 11/2021, AO § 60 Rn. 8; BGBl. I 2008, S. 2829 f.; anders zur alten Rechtslage: BFH, Beschl. v. 30.4.1997 – I B 21/96.

[41] Vgl. BFH, Beschl. v. 7.2.2018 – V B 119/17, Rn. 8.

[42] Zuletzt: FG Düsseldorf, Urt. v. 20.8.2019 – 6 K 481/19 AO; *Koenig* (Fn. 40), § 60 Rn. 7 m.w.N.

[43] *Seer*, in: Tipke/Kruse, Kommentar zur AO/FGO, 168. EL 11/2021, AO § 60 Rn. 4.

Happy Birthday – Rechtliche Altersgrenzen im Überblick

Von Prof. Dr. **Mustafa Temmuz Oğlakcıoğlu**, Wiss. Mitarbeiter **Fatih Anıl Uzun**, Saarbrücken*

I. Alter ist nur eine Zahl – oder doch nicht?

Der Geburtstag ist ein schöner Anlass, sich gemeinsam mit Familie und Freunden zu treffen und zu feiern. Als Juristin oder Jurist wird man – wie unlängst der *Co-Autor* an seinem Geburtstag – womöglich auch an die rechtliche Relevanz des Alters erinnert, wenn man auf der Feier um sich blickt: Da steht die kleine Nichte und erzählt stolz, dass sie schon so groß geworden ist, dass sie keinen Kindersitz mehr benötigt (§ 21 StVO); daneben sitzt der 17-jährige Cousin, der allen Anwesenden im Raum begeistert davon erzählt, dass er seinen Führerschein macht (§ 10 FeV), während man die geschäftsunfähige (§ 104 BGB), aber immerhin schon rechtsfähige (§ 1 BGB) Tochter im Arm hält, und schließlich zur gerührten Tante blickt, welche sich der Regelaltersgrenze angenähert hat (§ 51 BBG).

Altersgrenzen sind im Recht allgegenwärtig. Das Subjekt wird zwar schon mit seiner Zeugung in die Gesellschaft und damit auch in das Recht „hineingeworfen", verwächst aber erst mit fortschreitendem Alter mit diesem. Dabei ist das fortschreitende Alter – auch im Recht – „Fluch und Segen" zugleich: Einerseits öffnet ein höheres Alter (vor allem das 18. Lebensjahr) auch in rechtlicher Hinsicht „Türen", da bestimmte Dinge nunmehr erlaubt sind, die vorher verboten waren; andererseits bringt es gegebenenfalls auch Verpflichtungen mit sich, da unsere Handlungen nunmehr als „zurechenbar" betrachtet, uns Verfehlungen vorgeworfen und Erklärungen als wirksam erachtet werden können. Eine Vielzahl von Vorschriften im Straf-, Verwaltungs- und Zivilrecht knüpfen an unterschiedliche Altersstufen und -abschnitte an, mit wiederum unterschiedlichen Folgen in den jeweiligen Rechtsgebieten. Dabei mögen die gesetzlich festgelegten Altersgrenzen manchmal willkürlich anmuten, vor allem weil sich unter Umständen zwischen einem 17-Jährigen und einem 19-Jährigen kaum signifikante Unterschiede im Hinblick auf den Reifegrad ausmachen lassen.[1] Meist handelt es sich aber um Regeln, welche das gesellschaftliche Miteinander im Alltag betreffen und dementsprechend handhabbar sein müssen. Der folgende Beitrag will einen (keinesfalls abschließenden) Überblick zu den rechtlich relevanten Altersgrenzen im Recht geben, wobei die klausurrelevanten Altersgrenzen zunächst hervorgehoben werden sollen (II.). Da aber bei der Vorbereitung und Recherche dieses Beitrags hunderte Gesetze aus dem öffentlichen Recht und Zivilrecht nach Altersgrenzen durchforstet wurden, sollen in einem weiteren Abschnitt auch weitere Altersgrenzen genannt werden, die zum Teil auch bei den *Autoren* Erstaunen ausgelöst haben (z.B. die 110-Jahre-Altersgrenze im straßenverkehrsrechtlichen Datenschutz). Die Ergebnisse der „Reise" durch die Altersgrenzen im Recht werden in der angehängten Tabelle dokumentiert.

II. Die Must-knows in der Klausurbearbeitung

Im ersten Schritt sollen – ohne vertiefende Erläuterungen – die Altersgrenzen zusammenfassend dargestellt werden, die vornehmlich in der Klausurbearbeitung eine Rolle spielen können. In allen Rechtsgebieten kann der Sachverhalt durch die Einbeziehung von Kindern, Jugendlichen oder Rentnern als aktive (Kläger, Anspruchsinhaber oder Straftäter) oder passive Protagonisten (Beklagte, Anspruchsgegner, Opfer einer Straftat) um bestimmte Fragestellungen ergänzt werden, die gerade mit dem Alter der Beteiligten zu tun haben. Dabei soll die Darstellung der überschaubaren „must-knows" im Folgenden chronologisch erfolgen, während die sonstigen Altersgrenzen im thematischen Zusammenhang dargestellt werden. Indessen wird auf eine terminologische Einordnung der unterschiedlichen Altersphasen (Kleinkind, Kind, Jugendlicher, Heranwachsender) verzichtet, da diese Begriffe nicht immer einheitlich verwendet werden.

1. „Stunde Null": Zeugung, Nidation und Geburt

Mit der Vollendung der Geburt beginnt die Rechtsfähigkeit des Menschen (§ 1 BGB) und somit auch die Grundrechtsfähigkeit.[2] Ab dem Zeitpunkt der Geburt kann man vor allem Träger von Rechten sein (während sich Pflichten kaum, wenn überhaupt nur mit Zustimmung der Erziehungsberechtigten, ergeben können). So hat man beispielsweise gem. § 1631 BGB einen Anspruch auf Pflege und (gewaltfreie) Erziehung, was auch strafrechtlich – nämlich im Kontext der Frage des elterlichen Erziehungs- und Züchtigungsrechts[3] eine Rolle spielt.

Rechtliche Folgen hat aber nicht erst die Geburt: So ist es unstrittig, dass der strafrechtliche Schutz des Lebens und der körperlichen Integrität (§§ 211 ff., 223 ff. StGB) bereits vor Abschluss der Geburt, nämlich grundsätzlich mit Eintritt der Eröffnungswehen greift (str.).[4] Zudem ist der Nasciturus – dessen Grundrechtsfähigkeit umstritten ist[5] – jedenfalls straf-

* Der Autor *Oğlakcıoğlu* ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Universität des Saarlandes; der Autor *Uzun* ist Wiss. Mitarbeiter am benannten Lehrstuhl.

[1] Während eine 16-jährige Person aufgrund ihrer Lebensumstände womöglich schon den Reifegrad eines Mittzwanzigers aufweist.

[2] Nicht dagegen die Grundrechtsmündigkeit, d.h. die Fähigkeit, Grundrechte wahrzunehmen. Diese wird nicht an einer starren Altersgrenze festgemacht, insbesondere lässt sich solch eine nicht dem BVerfGG entnehmen. Vielmehr orientiert man sich nach str. Auffassung an der Geschäfts- oder Einsichtsfähigkeit, legt mithin die Mündigkeit flexibel fest, vgl. noch im Folgenden aber zur Religionsmündigkeit.

[3] *Götz*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 81. Aufl. 2022, § 1631 Rn. 6.

[4] *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 69. Aufl. 2022, Vor §§ 211–217 Rn. 5; *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 211 ff. Rn. 13: „Bei operativer Entbindung (Kaiserschnitt) ist der die Eröffnungsperiode ersetzende ärztliche Eingriff entscheidend".

[5] Vgl. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar,

rechtlich durch das Verbot des Schwangerschaftsabbruchs partiell geschützt, da spätestens ab der 23. Woche ein Abbruch der Schwangerschaft ausnahmslos strafbar, davor (bis zur zwölften bzw. 22. Woche) nur unter den Voraussetzungen des § 218a StGB straflos ist. Im Erbrecht ist es möglich, eine noch nicht gezeugte Person als Nacherben einzusetzen, § 2101 BGB,[6] schließlich tritt bereits mit der Zeugung die Erbfähigkeit bzw. -berechtigung ein, vgl. § 1923 BGB.[7] Zudem steht dem Nasciturus bzw. dem Gezeugten gem. § 844 Abs. 2 S. 2 BGB ein Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger bei Tötung einer potenziell unterhaltsverpflichteten Person zu. Kinder zwischen 0 und 6 Jahren sind weder geschäfts- noch deliktsfähig, §§ 104, 828 Abs. 1 BGB.

Angemerkt sei noch, dass ab dem sechsten Monat gem. § 1631d Abs. 2, Abs. 1 BGB eine Beschneidung nur (noch) durch ärztliches Fachpersonal und nicht mehr durch sonstige (von einer Religionsgemeinschaft vorgesehenen) Personen möglich ist. Insoweit wäre eine Einwilligung, welche gegen den Ärztevorbehalt verstößt, unwirksam und eine dennoch durch eine sonstige Person durchgeführte Zirkumzision als strafbare Körperverletzung einzuordnen.

2. Auf dem Weg zur Volljährigkeit

a) Beschränkt Geschäftsfähige

Die nächste wichtige Station ist die beschränkte Geschäftsfähigkeit, die mit dem siebten Lebensjahr eintritt, §§ 104, 106 BGB. Sie ermöglicht Jugendlichen mit Einwilligung der Eltern rechtswirksam auch nicht lediglich rechtlich vorteilhafte Verträge zu schließen. Parallel dazu ist der Minderjährige ab dem siebten Lebensjahr auch eingeschränkt deliktsfähig (e contrario § 828 Abs. 1 BGB),[8] aber bis zum zehnten Lebensjahr nicht für den Schaden verantwortlich, den er bei einem Unfall mit einem Kraftfahrzeug, einer Schienenbahn oder einer Schwebebahn einem anderen zufügt, § 828 Abs. 2 (es sei denn, der Minderjährige handelt vorsätzlich).[9] Ab dem zwölften Lebensjahr ist gem. § 5 RelKErzG (= Gesetz über die religiöse Kindererziehung) kein Wechsel der Religion gegen den Willen des Kindes möglich, was vor allem im Rahmen der – nicht geregelten – Grundrechtsmündigkeit, insbesondere im Kontext der Religionsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG berücksichtigt werden muss.[10]

b) Endlich (straf-)mündig

Volle Religionsmündigkeit tritt nach der soeben genannten Vorschrift allerdings erst ab dem 14. Lebensjahr ein. Zugleich wird man gem. § 19 StGB strafmündig, d.h. der Jugendliche kann nach den Vorschriften des Jugendstrafrechts (§ 1 Abs. 2 JGG) sanktioniert und strafrechtlich verfolgt werden.[11] Allerdings gilt auch für die strafrechtliche Verfolgung, dass die Schuldfähigkeit explizit festgestellt werden muss, d.h. feststehen muss, dass der Jugendliche zur Zeit der Tat nach seiner geistigen und sittlichen Entwicklung reif genug ist, das Unrecht der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln (§ 3 JGG).[12] Zudem gilt man ab 14 nicht mehr als „Kind“ im Sinne der Sexualdelikte: Während der sexuelle Missbrauch von Kindern nach den §§ 176 ff. StGB als Verbrechen ausgestaltet ist und schlicht an sexuelle Handlungen anknüpft, ist der sexuelle Missbrauch von Jugendlichen gem. § 182 StGB als Vergehen ausgestaltet und verlangt entweder die Ausnutzung einer Zwangslage oder einen erheblichen Altersunterschied.

c) Sweet Sixteen

Eine weitere wichtige „Station“ – auch in der Klausurbearbeitung – stellt das 16. Lebensjahr dar: Am wichtigsten dürfte der Eintritt der Testierfähigkeit nach § 2229 Abs. 1 BGB sein, die zeitlich der Geschäftsfähigkeit vorausgeht. Eine beschränkte Testierfähigkeit – vgl. mit derjenigen der beschränkten Geschäftsfähigkeit – existiert hingegen nicht. Diese spielt nur im Rahmen eines Erbvertrags eine Rolle. Ab 16 erhält man auch in vielen Bundesländern das aktive Kommunalwahlrecht.[13]

Im Strafrecht wiederum treten vor allem Konsequenzen im Hinblick auf die Reichweite des strafrechtlichen Schutzes des Minderjährigen ein. So entfällt der strafrechtliche Schutz bei Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflicht (§ 171 StGB), teilweise ist der Schutz vor sexuellem Missbrauch durch Schutzbefohlene eingeschränkt (§ 174 StGB), zudem ist der sexuelle Missbrauch von Jugendlichen allein durch die „Vornahme einer sexuellen Handlung“ ab dem 16. Lebensjahr ausgeschlossen (§ 182 Abs. 3 StGB). Eine Untersuchungshaft richtet sich ab 16 nicht mehr nach den nochmals verschärften Voraussetzungen des § 72 Abs. 2 JGG.

3. Alles ab 18

Mit dem 18. Lebensjahr tritt Volljährigkeit gem. § 2 BGB, die volle Geschäftsfähigkeit und schließlich auch die Ehe-

16. Aufl. 2020, Art. 2 Rn. 82; *Sodan*, in: Sodan, Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2018, Vorab. Art. 1 Rn. 40; *Rixen*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 143.

[6] *Weidlich*, in: Grüneberg (Fn. 3), § 2101 Rn. 1.

[7] *Weidlich* (Fn. 6), § 1923 Rn. 6.

[8] Eingeschränkt bedeutet, dass der Minderjährige nicht verantwortlich ist, wenn er bei Begehung der schädigenden Handlung nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat, vgl. § 828 Abs. 3 BGB.

[9] Wobei die Anwendung des § 828 Abs. 2 BGB im ruhenden Verkehr ein beliebtes Klausurproblem im Deliktsrecht darstellt; vgl. *Sprau*, in: Grüneberg (Fn. 3), § 828 Rn. 3.

[10] *Kokott*, in: Sachs (Fn. 5), Art. 4 Rn. 9; *Jarass* (Fn. 5), Art. 19 Rn. 14, Art. 4 Rn. 18.

[11] *Fischer* (Fn. 4), § 19 Rn. 2; *Perron/Weißer*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4) § 19 Rn. 1.

[12] Vgl. *Eisenberg/Kölbel*, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 22. Aufl. 2021, § 3 Rn. 11.

[13] Bspw. § 8 Nr. 2 BbgKWahlG (Brandenburg); § 3 Abs. 1 Nr. 1 GKWG (Schleswig-Holstein); § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThürKWG (Thüringen); § 4 Abs. 2 Nr. 1 LKWG M-V (Mecklenburg-Vorpommern); § 6 Abs. 1 Nr. 1 BezVWG (Hamburg; hier: Bezirksversammlung); § 1 Abs. 1 Nr. 1 WahlG BE (Berlin; hier: Bezirksverordnetenversammlung).

mündigkeit ein, § 1303 BGB.[14] Aus strafprozessualer bzw. jugendstrafrechtlicher Perspektive ist die volljährige Person, die nicht das 21. Lebensjahr vollendet hat, eine „Heranwachsende" gem. § 1 Abs. 2 JGG, auf die das Jugendstrafrecht unter den Voraussetzungen des § 105 JGG immer noch Anwendung finden kann.[15] Im Kernstrafrecht ist ab dem 18. Lebensjahr der Inzest auch für Abkömmlinge und Geschwister strafbar (§ 173 Abs. 1 und Abs. 3 StGB), außerdem endet der besondere strafrechtliche Schutz Jugendlicher im Sexualstrafrecht (§§ 174, 180, 182 StGB) sowie derjenige im Kontext der Freiheitsdelikte (Entziehung Minderjähriger gem. § 235 StGB und Kinderhandel gem. § 236 StGB). Mit Vollendung des 18. Lebensjahres fallen auch strafprozessuale Privilegierungen Minderjähriger fort, so z.B. das Vereidigungsverbot gem. § 60 Nr. 1 StPO und der besondere Schutz Minderjähriger bei Vernehmungen in der Hauptverhandlung (vgl. §§ 241a, 247, 255a StPO). Zahlreiche Rechte und Pflichten sowie verwaltungsrechtliche Verbote knüpfen an die Vollendung des 18. Lebensjahres an, vor allem bestimmte Betätigungsverbote werden mit Eintritt der Volljährigkeit suspendiert (vgl. noch die Beispiele bei III. sowie die abschließende Liste).

4. Forever twentyone… oder auch nicht

Eine weitere Station, die auch im Kernstrafrecht eine Rolle spielen kann, ist das 21. Lebensjahr: Ab dessen Vollendung gilt man auch nicht mehr als Heranwachsender, sodass das Jugendstrafrecht keine Anwendung finden kann. Nicht selten setzen Qualifikationen des Kern- und Nebenstrafrechts (z.B. die unerlaubte Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige) die Vollendung des 21. Lebensjahres voraus, was sich damit erklären lässt, dass es sich oftmals um jugendschützende Vorschriften handelt, weswegen die Strafnorm eine Altersdistanz zwischen Täter und Opfer voraussetzt (vgl. auch § 182 Abs. 3 StGB). Im Zivilrecht endet erst mit Vollendung des 21. Lebensjahres die Hemmung der Verjährung von Ansprüchen, die aus familiären Gründen oder bei Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung entstanden sind (§§ 207, 208 BGB). Im Strafrecht tritt dieser Effekt sogar erst mit Vollendung des 30. Lebensjahres ein, vgl. § 78b Nr. 1 StGB. Mit 27 sollen übrigens sanktionsrechtlich keine Weisungen mehr im Rahmen der Bewährungshilfe erfolgen, vgl. § 56d StGB.

III. Altersgrenzen für das Lexikon nützlichen und unnützen Jura-Wissens

Fernab von Must-knows der soeben genannten Lebensjahre, die für eine Klausurbearbeitung Bedeutung haben können, existieren auch weitere, zum Teil versteckte und daher womöglich auch „unbekannte" gesetzliche Anknüpfungen an ein bestimmtes Alter. Nicht selten wird ein bestimmtes Mindestalter zur Voraussetzung dafür gemacht, eine Handlung vornehmen oder ein Amt bekleiden zu dürfen. Dies legt die Vermutung nahe, dass der Gesetzgeber in dem jeweiligen Kontext vorausgesetztes Wissen oder eine irgendwie geartete Qualifikation an ein bestimmtes Alter anknüpft (bestimmte Berufe, Teilnahme am Straßenverkehr), ggf. will er bestimmte Personengruppen vor sich selbst oder vor Dritten schützen. Umgekehrt werden allerdings auch Höchstaltersgrenzen normiert, um mögliche Rechte wieder zu versagen.

1. Ämter und Altersgrenzen

Zunächst ist an die Bekleidung bestimmter Ämter zu denken, die an ein Mindestalter anknüpfen. Wer Bundespräsident werden will, muss sich bis zur Vollendung seines 40. Lebensjahres gedulden (Art. 54 Abs. 1 S. 2 GG). Das klingt auf den ersten Blick vernünftig, erstaunt aber vor dem Hintergrund, dass es für das Amt des Bundeskanzlers keine unmittelbare Altersbeschränkung gibt, sondern nur infolge der Notwendigkeit des passiven Wahlrechts (Art. 38 Abs. 2 GG) die Altersbeschränkung ab 18 Jahren greift.[16] Das 40. Lebensjahr muss man ebenfalls erreichen, um als Richterin oder Richter am Bundesverfassungsgericht ernannt werden zu können (§ 3 BVerfGG). Etwas jünger, nämlich bereits mit 35 Jahren, darf man als Bundesrichter tätig werden (am BGH, BAG, BFH, BVerwG und BSG). Bei ehrenamtlichen Richterinnen oder Richtern gelten je nach Instanz unterschiedliche Altersstufen: Das Mindestalter für die Tätigkeit als ehrenamtlicher Richter am Arbeits- oder Sozialgericht beträgt 25 Jahre (§ 21 ArbGG, § 16 SGG). Selbiges gilt für das Mindestalter des Schöffen, wobei dies nur als Sollvorschrift normiert ist (§ 33 GVG). Beim Landesarbeitsgericht müssen die ehrenamtlichen Richter das 30. Lebensjahr vollendet haben; beim Bundesarbeitsgericht, Bundessozialgericht und Bundesgerichtshof gilt wiederum die Grenze von 35 Jahren, vgl. §§ 42, 43 ArbGG, §§ 38, 47 BSG, § 125 Abs. 2 GVG, § 15 Abs. 3 VwGO). Auch Rechtsanwälte sind von der Voraussetzung des Mindestalters von 35 Jahren betroffen, wenn es um die Bestellung als Rechtsanwalt beim BGH (Zivilsachen) geht (§§ 166, 173 BRAO).

Parallel hierzu sieht der Gesetzgeber auch Höchstaltersgrenzen vor. Eine Einstellung als Notar ist ab 60 Jahren nicht mehr möglich (§ 5 Abs. 4 BNotO). Diese Altersgrenze betrifft wohlgemerkt nur die erstmalige Bewerbung, die Höchstaltersgrenze liegt bei 70 Jahren (§ 48a BNotO). Das Höchstalter des Schöffen liegt auch bei 70 Jahren (Sollvorschrift, § 33 GVG). Bei 67 Jahren liegt die Regelaltersgrenze der Beamtinnen (§ 51 BBG) und Richterinnen (§ 48 DRiG) auf Lebenszeit. Ein Jahr später, mit 68 Jahren, ist auch am Bundesverfassungsgericht Schluss (§ 4 Abs. 1, 3 BVerfGG). Auch das Soldatengesetz ist, abhängig vom Dienstgrad, partiell von diversen Altersgrenzen betroffen (§ 45 SoldatenG).

2. Altersgrenzen im Straßenverkehr

Mit § 828 Abs. 2 BGB wurde bereits eine klausurrelevante Altersgrenze im Straßenverkehr genannt. Daneben dürften jedem, vor allem auch Laien, die „Führerscheingrenzen" (beim unbegleiteten Fahren das 18. Lebensjahr, beim begleiteten Fahren mit dem PKW bereits mit Erreichen des 17. Lebens-

[14] *Siede*, in: Grüneberg (Fn. 5), § 1303 Rn. 1.

[15] *Ostendorf*, in: Ostendorf, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 11. Aufl. 2021, § 1 Rn. 6, § 105 Rn. 5.

[16] Allerdings waren bisher trotzdem alle Bundeskanzler bei Amtsantritt sogar älter als 50 Jahre.

jahres) bekannt sein, vgl. auch § 48a FeV. Daneben gibt es allerdings auch weniger geläufige Altersgrenzen im Straßenverkehr: So dürfen Kinder mit dem Fahrrad ausschließlich auf dem Gehweg fahren, solange sie noch nicht acht Jahre alt sind.[17] Kinder von acht bis zehn Jahren dürfen sowohl den Geh- als auch Radweg benutzen. Ab zehn Jahren müssen sie auf den Radweg oder auf die Fahrbahn übergehen, vgl. § 2 Abs. 5 StVO.

Mit 12 Jahren entfällt die Kindersitzpflicht (§ 21 StVO). Ab 15 Jahren kann die Fahrberechtigung für Mofas erworben werden (§ 5 FeV i.V.m. § 10 Abs. 3 FeV), ab 16 Jahren besteht die Möglichkeit, den Führerschein der Klassen A1, AM, L, T zu erwerben (§ 10 Abs. 1 FeV). Etwas überraschen mag der Umstand, dass man für bestimmte Berechtigungen im Straßenverkehr sogar älter als 18 Jahre alt sein muss: Das Mindestalter für die Fahrerlaubnis zur Fahrgastbeförderung bei Krankenkraftwagen beträgt 19 Jahre, das Mindestalter für alle anderen Fahrgastbeförderungen sogar 21 Jahre (§ 48 Abs. 4 Nr. 2 FeV). Das Mindestalter für Triebfahrzeugführer beträgt 20 Jahre (§ 48 Abs. 1 EBO). Ab 21 Jahren besteht die Möglichkeit zum Erwerb der Führerscheinklassen C, CE, D1, D1E, D, DE (§ 10 Abs. 1 FeV). Zudem liegt ab 21 Jahren auch keine Ordnungswidrigkeit bei bloß leicht alkoholisierter Fahrt vor (darunter drohen bereits bei 0,01 Promille 250 € Geldbuße, vgl. § 24c StVG). Auch die Möglichkeit des Erhalts der Fahrlehrererlaubnis ist an die Vollendung des 21. Lebensjahres geknüpft (§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 FahrlG). Diesbezüglich sei darauf aufmerksam gemacht, dass der Erhalt der Fahrschulerlaubnis erst ab dem Erreichen des 25. Lebensjahres möglich ist (§ 18 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 FahrlG). Interessant ist auch, dass der Motorradführerschein – Führerscheinklasse A – ohne Vorbesitz der Klassen A1 und A2 erst ab 24 Jahren möglich ist (§ 10 Abs. 1 FeV).

3. Familie und Soziales

Zahlreiche Altersgrenzen finden sich auch im Bereich „Familie und Soziales“, weil staatliche Unterstützung einerseits, verwaltungsrechtliche Mitwirkungspflichten andererseits, mit der Eigenverantwortlichkeit der Mitglieder der Rechtsgemeinschaft korrespondieren. Viele Ansprüche, die im Zusammenhang mit der Erziehung eines Kindes stehen, knüpfen insoweit an unterschiedliche Alters- und Monatsstufen, bspw. das Kinder- und Elterngeld: Ab dem 14. Monat endet das Basiselterngeld (§ 4 Abs. 1 S. 3 BEEG), ab dem 32. Monat das Elterngeld Plus (§ 4 Abs. 1 S. 4 BEEG). Ab dem dritten Lebensjahr des Kindes besteht für die Eltern keine Elternzeit mehr bzw. nur noch beschränkt (§ 15 Abs. 2 BEEG). Mit dem Erreichen des ersten Lebensjahres entsteht ein Anspruch auf einen Kinderkrippenplatz (§ 24 SGB VIII), ab dem dritten Lebensjahr ein Anspruch auf einen Kindergartenplatz (§ 24 SGB VIII). Im Namensrecht hat die Vollendung des fünften Lebensjahres ein Mitbestimmungsrecht (in Form der Anschlusserklärung) bei Namensänderungen zur Folge, §§ 1617a, 1617c Abs. 3 BGB. Mit dem sechsten Lebensjahr beginnt (standardmäßig in den Landesgesetzen) die Schulpflicht.[18] Das zwölfte Lebensjahr ist nur aus dem Blickwinkel des Passrechts von Interesse, da hieran die maximale Geltungsdauer des Kinderreisepasses geknüpft ist (§ 5 Abs. 2 PassG). Kinder über 13 Jahre können in geringem Umfang und in bestimmten Bereichen beschäftigt werden (§ 2 KindArbSchuV).

Etwas mehr passiert mit Vollendung des 14. Lebensjahres: Zum einen kann ein Führungszeugnis beantragt werden (§ 30 BZRG), ferner eigens über Namensänderungen entschieden (§§ 1617a–1618, 1757 BGB, Art. 10, Art. 47 EGBGB), gegen eine Sorgerechtsübertragung widersprochen (§ 1671 Abs. 2 BGB) und die Einwilligung in die eigene Adoption erteilt oder Widerspruch dagegen erhoben werden (§§ 1746, 1762 BGB). Ab dem 15. Lebensjahr endet dann auch das grundsätzliche Beschäftigungsverbot (§ 5 JArbSchG). Mit 17 Jahren besteht die Möglichkeit der vorsorglichen Bestellung eines Betreuers und Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts (§ 1908a BGB). Mit 18 Jahren enden die arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen für Jugendliche (§§ 2, 7 ff. JArbSchG). Ab diesem Alter besteht auch ein Anspruch auf Beratung und Unterstützung bei der Geltendmachung von Unterhalts- oder Unterhaltsersatzansprüchen (§ 18 Abs. 4 SGB VIII).

Auch in dieser Kategorie bestehen daneben auch nach dem 18. Lebensjahr weitere Altersgrenzen, die nicht jedem Juristen (und schon gar nicht dem Laien) bekannt sein dürften und ohne nähere Kenntnisse zuweilen auch beliebig anmuten könnten. So sind bspw. ab dem 22. Lebensjahr Aufwendungen für ärztlich verordnete Mittel zur Empfängnisverhütung sowie für deren Applikation grundsätzlich nicht beihilfefähig (§ 43a Abs. 2 S. 1 BBhV). Mit 23 Jahren erhöht sich der Beitragssatz in der gesetzlichen Pflegeversicherung (§ 55 SGB XI), während mit 25 Jahren das Höchstalter für Kindergeld erreicht ist (§ 2 Abs. 2 BKGG).[19] Das 25. Lebensjahr ist auch das Mindestalter eines Ehegatten bei der Annahme als Kind (Adoption) von Ehepaaren (§§ 1741, 1743 BGB). Mit 27 Jahren ist das Höchstalter erreicht bei dem ein Anspruch auf Waisenrente besteht (§ 48 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 SGB VI). Ausbildungsförderung nach dem BAföG ist ab dem 30. Lebensjahr für die meisten Studiengänge, für Master- und Magisterstudium erst ab dem 35. Lebensjahr, ausgeschlossen (§ 10 Abs. 3 BAföG; das Bundeskabinett hat unlängst einen Gesetzesentwurf zur Änderung des BAföG beschlossen, das u.a. auch eine Erhöhung der Altersgrenze auf 45 Jahre vorsieht[20]). Unter bestimmten Voraussetzungen besteht ab dem 47. Lebensjahr ein Anspruch auf große Witwen-/Witwerrente (§ 46 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB VI). Mit 48 Jahren endet die Geltung der Aufbewahrungspflicht der Patientenakte für den Behandelnden bei Eingriffen in innere oder äußere Geschlechtsmerkmale im Kindesalter (§ 1631e Abs. 6 BGB).[21]

[17] Vgl. aber § 2 Abs. 5 S. 2 StVO: „Ist ein baulich von der Fahrbahn getrennter Radweg vorhanden, so dürfen abweichend von Satz 1 Kinder bis zum vollendeten achten Lebensjahr auch diesen Radweg benutzen.“

[18] Vgl. etwa §§ 1 ff. Schulpflichtgesetz Saarland; Art. 35 ff. BayEUG; §§ 72 ff. Schulgesetz BW.

[19] Zuweilen sind gerade Studierende mit einer längeren Regelstudienzeit davon stärker betroffen als diejenigen mit einer kurzen Regelstudienzeit.

[20] Vgl. BR-Drs. 160/22.

[21] Die Anknüpfung an das Geburtsdatum des Kindes ermög-

Unter bestimmten Voraussetzungen, verknüpft mit dem Mindestalter des 50. Lebensjahres, besteht eine Rente für Bergleute. Ab dem 58. Lebensjahr besteht ein Anspruch auf Arbeitslosengeld unter erleichterten Voraussetzungen (§ 428 Abs. 1 S. 1 SGB III). Ab dem 60. Lebensjahr besteht ein Ablehnungsrecht bei angeordneter Vormundschaft (§ 1786 Abs. 1 Nr. 2 BGB).

4. Hobbies und Freizeit

Zahlreiche Freizeitaktivitäten und Hobbies sind auch an die Überschreitung einer bestimmten Altersgrenze geknüpft. Spontan werden einem hierzu die Restriktionen im Hinblick auf den Erwerb von Alkohol oder den Besuch von Gaststätten und Ähnliches für Minderjährige einfallen (vgl. im Folgenden); doch gehen die Differenzierungen – wie Filmkenner bereits von den FSK-Grenzen wissen – früher los. Ab dem sechsten Lebensjahr ist ein Besuch von Filmveranstaltungen bis 20 Uhr, ab dem 14. Lebensjahr bis 22 Uhr möglich (§ 11 JuSchG). Auch waffenrechtliche Regelungen unterhalb der Schwelle der Volljährigkeit existieren. Ab dem zwölften Lebensjahr ist es in Schießstätten erlaubt, unter Aufsicht des Sorgeberechtigten mit Druckluft- und Federdruckwaffen zu schießen (§ 27 Abs. 3 Nr. 1 WaffG). Ab dem 14. Lebensjahr ist der Umgang mit Waffen und Munition unter Aufsicht eines weisungsbefugten Waffenberechtigten im Rahmen eines Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnisses erlaubt (§ 3 Abs. 1 WaffG).

Wirbeltiere dürfen nur an Personen ab 16 Jahren ohne die Einwilligung der Erziehungsberechtigten abgegeben werden (§ 11c TierSchG). Erst ab dem 16. Lebensjahr ist auch der Aufenthalt in Gaststätten, Tanz- und Filmveranstaltungen bis 24 Uhr möglich (§§ 4, 5 JuSchG). Mit 16 endet auch das Abgabeverbot von Alkohol (außer Branntwein, hierfür muss man bereits 18 sein, § 9 JuSchG). 18 muss man übrigens auch für den Erwerb von Tabakwaren und das Rauchen in der Öffentlichkeit (§ 10 JuSchG) sein. Erst ab 18 ist auch der Zutritt zu Solarien erlaubt (§ 4 NiSG). Zudem endet die „Party“ mit 18 nicht schon ab 24 Uhr, sondern darf auch danach noch weitergehen, §§ 4, 5, 11 JuSchG. Auch das Abgabeverbot von jugendgefährdenden Trägermedien endet (§ 15 JuSchG). Zudem darf man sich ab 18 auch in Spielhallen aufhalten und an Glücksspielen teilnehmen (§ 6 JuSchG), schließlich wird Volljährigen auch der Umgang mit Waffen oder Munition gestattet (§ 2 Abs. 1 WaffG); für die waffenrechtliche Erlaubnis ist das 18. Lebensjahr zwingende Voraussetzung (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 WaffG). Freilich handelt es sich um Feststellungen, die eher in umgekehrter Richtung interessant dahingehend sind, dass Minderjährigen diese Handlungen untersagt sind bzw. die Ermöglichung dieser Handlungen für Minderjährige durch Erwachsene strafbewehrt ist bzw. als Ordnungswidrigkeit geahndet werden kann.

Das Waffenrecht kennt übrigens auch Regelungen, die an das 21. Lebensjahr anknüpfen. Ab dem 21. Lebensjahr ist der Erwerb und Besitz von – bestimmten – Schusswaffen und Munition zum Zweck des sportlichen Schießens erlaubt (§ 14 Abs. 1 S. 1 WaffG). Ab dem 25. Lebensjahr ist die Vorlage eines amts- oder fachärztlichen oder fachpsychologischen Zeugnisses über die geistige Eignung für die erstmalige Erteilung einer Erlaubnis zum Erwerb und Besitz einer Schusswaffe nicht mehr erforderlich (§ 6 Abs. 3 WaffG).

5. Sonstiges

In einem letzten Abschnitt seien noch weitere Altersgrenzen genannt, die sich nicht unmittelbar einer der genannten Kategorien zuordnen lassen: Ab dem 14. Lebensjahr kann der Organ- und Gewebespende widersprochen, ab dem 16. Lebensjahr kann hierzu eine Einwilligung abgegeben werden (§ 2 Abs. 1a TPG). Ab dem 16. Lebensjahr beginnt auch die Pflicht zum Besitz eines Personalausweises oder anderen Passes (§ 1 PAuswG). Ab dem 18. Lebensjahr beginnt die allgemeine Wehrpflicht, die aber bis zum Spannungs- und Verteidigungsfall suspendiert ist (§ 2 WpflG, vgl. auch Art. 12a GG). Mit 45 Jahren endet die Wehrpflicht (§ 3 Abs. 3 WpflG), es sei denn, es liegt ein Spannungs- oder Verteidigungsfall vor, dann endet die Wehrpflicht mit 60 Jahren (§ 3 Abs. 5 WpflG). Mit 45 Jahren tritt auch regelmäßig das Höchstalter für die Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit ein. Auch für das Erreichen des 80. Lebensjahres sieht das Gesetz Regelungen vor. Die Wartezeit für die Todeserklärung Verschollener ab dem letzten Lebenszeichen verringert sich von zehn Jahren auf fünf Jahre (§ 3 Abs. 1 VerschG). Auch der Todeszeitpunkt eines Verschollenen wird ab dem 80. Lebensjahr zum Ablauf des dritten (statt fünften) Jahres nach dem letzten Lebenszeichen festgestellt, wenn keine anderen Anhaltspunkte vorhanden sind (§ 9 Abs. 3 lit. a VerschG).

IV. Fazit

Der Beitrag war versucht, die zahlreichen Altersgrenzen, die über das gesamte Recht verstreut sind, zu sammeln, um diese sodann zunächst nach Klausurrelevanz und schließlich nach bestimmten Bereichen des Zusammenlebens zu ordnen. Dabei hat sich herauskristallisiert, dass die Anzahl ausbildungsrelevanter Vorschriften zu Altersgrenzen überschaubar bleibt, aber jenseits des Pflichtstoffs in zahlreichen Nebengesetzen weitere, zum Teil vielleicht auch überraschende Altersgrenzen existieren, deren Kenntnis jenseits des Jurastudiums sicherlich nicht schaden kann.

licht allen Betroffenen im Erwachsenenalter den gleichen Zeitraum für die Erlangung dieser Informationen, unabhängig davon, ob der Eingriff im Säuglings- oder etwa Pubertätsalter durchgeführt wurde, und erleichtert auch den Behandelnden die Handhabung der verlängerten Aufbewahrungsfrist (BT-Drs. 19/24686, S. 34).

Anhang: Tabellarischer Überblick zu den Altersgrenzen im Recht geordnet nach Lebensalter

vor Zeugung	§ 2101 BGB: Möglichkeit der Einsetzung einer noch nicht gezeugten Person als Nacherbe
Zeugung	§ 1923 BGB: Erbberechtigung § 844 Abs. 2 S. 2 BGB: Schadensersatzanspruch des noch nicht Geborenen bei Tötung potenzieller Unterhaltsverpflichteter
Nidation	§§ 218 ff. StGB: Schutz des Embryos beginnt
12. Schwangerschaftswoche	§ 218a Abs. 1, Abs. 3 StGB: Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs
22. Schwangerschaftswoche	§ 218a Abs. 4 StGB: Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs, wenn nach Beratung von einem Arzt vorgenommen
Einsetzen der Eröffnungswehen; bei Kaiserschnitt der die Eröffnungs-periode ersetzende ärztliche Eingriff entscheidend	§§ 211 ff. StGB: Lebensschutz
Vollendung der Geburt	§ 1 BGB: Rechtsfähigkeit (aber geschäfts- und deliktsunfähig bis zum siebten Lebensjahr) § 1631 BGB: Anspruch auf Pflege und (gewaltfreie) Erziehung § 24 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 SGB VIII: potenzieller Anspruch auf Förderung in Tageseinrichtungen und Kindertagespflege (bis zum Schuleintritt mit Differenzierungen) Erste FSK-Stufe
6 Monate	§ 1631d Abs. 2 BGB: Beschneidung nur (noch) durch Arzt und nicht mehr durch von einer Religionsgesellschaft dazu vorgesehene Personen, die dafür besonders ausgebildet und, ohne Arzt zu sein, für die Durchführung der Beschneidung vergleichbar befähigt sind
1 Jahr	§ 24 SGB VIII: Anspruch auf Kinderkrippenplatz
14 Monate	§ 4 Abs. 1 S. 3 BEEG: Ende des Basiselterngelds
32 Monate	§ 4 Abs. 1 S. 4 BEEG: Ende Elterngeld Plus
3 Jahre	§ 15 Abs. 2 BEEG: Keine Elternzeit mehr für die Eltern bzw. nur noch beschränkt § 24 SGB VIII: Anspruch auf Kindergartenplatz
5 Jahre	§§ 1617a, 1617c Mitbestimmung (Anschlusserklärung) bei Namensänderungen
6 Jahre	Zweite FSK-Stufe (Standardmäßiger) Beginn der Schulpflicht nach Landesgesetzen § 11 JuSchG: Besuch von Filmveranstaltungen bis 20 Uhr
7 Jahre	§§ 104, 106 BGB: Beschränkte Geschäftsfähigkeit §§ 828 Abs. 1, Abs. 2 BGB: Eingeschränkte Deliktsfähigkeit (aber nicht im Straßenverkehr)
8 Jahre	§ 2 Abs. 5 StVO: Bis 10 darf man mit dem Fahrrad auf Gehwegen fahren
10 Jahre	§ 828 Abs. 2: Eingeschränkte Deliktsfähigkeit (auch im Straßenverkehr)
12 Jahre	§ 5 RelKErzG: Kein Wechsel der Religion gegen den Willen des Kindes § 27 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 5 WaffG: Erlaubnis in Schießstätten mit Druckluft- und Federdruckwaffen unter Aufsicht des Sorgeberechtigten zu schießen; Schießen mit Jagdwaffen in der Ausbildung zum Jäger § 21 StVO: Kindersitzpflicht entfällt § 5 Abs. 2 PassG: Maximale Geltungsdauer des Kinderreisepasses
13 Jahre	§ 2 KindArbSchuV: Beschäftigung von Kindern in geringem Umfang „(1) Kinder über 13 Jahre und vollzeitschulpflichtige Jugendliche dürfen nur beschäftigt werden“
14 Jahre	§ 19 StGB: Eintritt der Strafmündigkeit § 1 Abs. 2 JGG: Jugendlicher i.S.d. JGG § 176 StGB: Ab 14 kein Kind mehr im Sinne der Sexualdelikte § 39 BZRG: Anspruch auf Erteilung eines Führungszeugnisses §§ 1617a bis 1618, 1757 BGB, Art. 10, 47 EGBGB: Eigene Entscheidung über Namensänderung § 1671 Abs. 2 BGB: Widerspruch gegen Sorgerechtsübertragung §§ 1746, 1762 BGB: Einwilligung in eigene Adoption und Widerspruch dagegen § 5 RelKErzG: Volle Religionsmündigkeit § 2 Abs. 1a TPG: Widerspruch gegen Organspende § 11 JuSchG: Besuch von Filmveranstaltungen bis 22 Uhr § 3 Abs. 1 WaffG: Umgang mit Waffen und Munition unter Aufsicht eines weisungsbefugten

	Waffenberechtigten im Rahmen eines Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnisses
15 Jahre	§ 5 JArbSchG: Ende des allgemeinen Beschäftigungsverbotes § 5 FeV i.V.m. § 10 Abs. 3 FeV: Fahrberechtigung für Mofas Allgemeine Schulpflicht in Deutschland gilt nicht mehr
16 Jahre	§ 2229 Abs. 1 BGB: Testierfähigkeit § 72 Abs. 2 JGG: Untersuchungshaft nicht mehr nur unter den nochmals verschärften Voraussetzungen möglich § 2 Abs. 1a TPG: Einwilligung bei Organspende § 171 StGB: Kein strafrechtlicher Schutz mehr bei Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflicht § 11c TierSchG: Abgabe von Wirbeltieren erlaubt § 1 PAuswG: Pflicht zum Besitz eines Personalausweises oder anderen Passes Aktives Kommunalwahlrecht in Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein, Berlin, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt, Baden-Württemberg und Thüringen Aktives Kommunalwahl- und Bürgerschaftswahlrecht (Landtag) im Land Bremen, Brandenburg und in Hamburg §§ 4, 5 JuSchG: Aufenthalt in Gaststätten und bei Tanz- und Filmveranstaltungen bis 24 Uhr § 9 JuSchG: Ende des Abgabeverbotes von Alkohol (außer Branntwein) Altersgrenze bei Medien (FSK und USK) § 10 Abs. 1 FeV: Führerscheinerwerb Klasse A1, AM, L, T §§ 174, 182, 180 StGB: teilweise Ende des strafrechtlichen Schutzes vor sexuellem Missbrauch Schutzbefohlener (§ 174 StGB) sowie von Jugendlichen (§ 182 StGB) und vor der Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger (§ 180 StGB); teilweise aber Schutz bis zum vollendeten 18. Lebensjahr
17 Jahre	§ 1908a BGB: Möglichkeit der vorsorglichen Bestellung eines Betreuers und Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts § 48a FeV: Begleitetes Fahren mit Pkw
18 Jahre	§ 2 BGB: Volljährigkeit §§ 1 Abs. 2, 105 JGG: Heranwachsender i.S.d. JGG, ggf. Anwendung jugendstrafrechtlicher Vorschriften § 1901a Abs. 1 BGB: Fähigkeit, Patientenverfügungen wirksam zu errichten Aktives und passives Wahlrecht zum Bundestag (Art. 38 GG) sowie zu den Landtagen, Kommunalvertretungen, zur Wahl des Europäischen Parlamentes sowie zum Betriebsrat oder Personalrat §§ 2, 7 ff. JArbSchG: Ende der arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen für Jugendliche Altersgrenze bei Medien (FSK und USK); Ende des Abgabeverbotes von jugendgefährdenden Trägermedien (§ 15 JuSchG) Führerscheinerwerb Klasse A2, B, BE, C1, C1E, C, CE; Wegfall der Beschränkungen für Klasse T (§ 10 Abs. 1 FeV) → Strafbarkeitsrisiko nach § 21 StVG entfällt § 2 Abs. 1 WaffG: Umgang mit Waffen oder Munition § 4 Abs. 1 WaffG: Waffenrechtliche Erlaubnisse § 9 JuSchG: Ende des Abgabeverbotes von Branntwein § 10 JuSchG: Ende des Abgabeverbotes von Tabakwaren und Rauchen in der Öffentlichkeit §§ 4, 5, 11 JuSchG: Zutritt zu Gaststätten, Diskotheken und Filmveranstaltungen nach 24 Uhr §§ 7, 8 JuSchG: Zutritt zu Jugendgefährdenden Veranstaltungen und Betrieben sowie Aufenthalt an Jugendgefährdenden Orten § 6 JuSchG: Anwesenheit in Spielhallen und Teilnahme an Glücksspielen Zutritt zu Spielbanken (in Baden-Württemberg und Bayern erst ab Vollendung des 21. Lebensjahres) § 4 NiSG: Zutritt zu Solarien § 173 Abs. 1 und Abs. 3 StGB: Inzeststrafbarkeit für Abkömmlinge und Geschwister ab 18 § 60 Nr. 1 StPO: Ab 18 kein Vereidigungsverbot mehr §§ 241a, 247, 255a StPO: Keine Einschränkungen bei Vernehmungen in der Hauptverhandlung § 1303 BGB: Ehemündigkeit § 1 WpflG: Allgemeine Wehrpflicht, aber suspendiert bis zum Spannungs- und Verteidigungsfall (§ 2 WpflG, vgl. auch Art. 12a GG) § 18 Abs. 4 SGB VIII: Anspruch auf Beratung und Unterstützung bei der Geltendmachung von Unterhalts- oder Unterhaltsersatzansprüchen

	Ende des strafrechtlichen Schutzes vor sexuellem Missbrauch Schutzbefohlener (§ 174 StGB) sowie von Jugendlichen (§ 182 StGB) und vor der Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger (§ 180 StGB); teilweise endet der Schutz schon mit dem vollendeten 16. Lebensjahr Ende des strafrechtlichen Schutzes vor Entziehung Minderjähriger (§ 235 StGB) und Kinderhandel (§ 236 StGB)
19 Jahre	§ 48 Abs. 4 Nr. 2 FeV: Fahrerlaubnis zur Fahrgastbeförderung bei Krankenkraftwagen
20 Jahre	§ 48 Abs. 1 EBO: Mindestalter für Triebfahrzeugführer
21 Jahre	§§ 207, 208 BGB: Aufhebung der Hemmung der Verjährung aus familiären Gründen/bei Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung § 1 Abs. 2 JGG: Keine Anwendung des JGG mehr möglich § 182 Abs. 3 StGB: Sexueller Missbrauch bei Sex mit Personen unter 16 Jahren § 14 Abs. 1 S. 1 WaffG: Erlaubnis zum Erwerb und Besitz von Schusswaffen und Munition zum Zweck des sportlichen Schießens § 24c StVG (e contrario): keine Ordnungswidrigkeit mehr bei bloß alkoholisierter Fahrt (0,01 Promille → 250 €) § 10 Abs. 1 FeV: Führerschein Klassen C, CE, D1, D1E, D, DE § 48 Abs. 4 Nr. 2 FeV: Fahrerlaubnis zur Fahrgastbeförderung § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 FahrlG: Möglichkeit des Erhalts der Fahrlehrererlaubnis
22 Jahre	§ 43a Abs. 2 S. 1 Bundesbeihilfeverordnung: Aufwendungen für ärztlich verordnete Mittel nicht mehr beihilfefähig
23 Jahre	§ 55 SGB XI: Erhöhung des Beitragssatzes in der gesetzlichen Pflegeversicherung § 10 Abs. 2 SGB V: Das Höchstalter bei Arbeitslosigkeit berechtigt zu sein, in der Familienversicherung zu bleiben
24 Jahre	§ 10 Abs. 1 FeV: Führerscheinklasse A (Motorradführerschein; ohne Vorbesitz der Klassen A1 und A2)
25 Jahre	§ 1741, 1743 BGB: Mindestalter der Annahme als Kind von Ehepaaren eines Ehegatten § 6 Abs. 3 WaffG: Vorlage ein amts- oder fachärztliches oder fachpsychologisches Zeugnis über die geistige Eignung für die erstmalige Erteilung einer Erlaubnis zum Erwerb und Besitz einer Schusswaffe nicht mehr erforderlich § 21 ArbGG, § 16 SGG: Mindestalter für Tätigkeit als ehrenamtlicher Richter am ArbG/SG § 33 GVG: Mindestalter Schöffen (Sollvorschrift) § 2 Kastrationsgesetz: Voraussetzung für wirksame Kastration § 2 Abs. 2 BKGG: Höchstalter für Kindergeld § 18 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 FahrlG: Möglichkeit des Erhalts der Fahrschulerlaubnis
26 Jahre	§ 100 BPersVG: Das Höchstalter, um zur Jugend- und Auszubildendenvertretung im öffentlichen Dienst des Bundes gewählt zu werden
27 Jahre	§ 56d StGB: Regelmäßig keine Weisungen im Rahmen der Bewährungshilfe mehr § 48 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 SGB VI: Ende der Waisenrente unter bestimmten Voraussetzungen (sonst nur bis 18)
30 Jahre	§ 78b Nr. 1 StGB: Ende des Ruhens der Verjährung bei Sexualstraftaten § 10 Abs. 3 BAföG: Regelmäßig Ausschluss ab 30 für die meisten Studiengänge, für Master- und Magisterstudium erst ab 35 ausgeschlossen § 38 Landkreisordnung Baden-Württemberg: Wählbarkeit als Landrat in Baden-Württemberg §§ 37 ArbGG, § 35 SGG: Ehrenamtliche Richter am LAG (+ 5 Jahre Erfahrung am ArbG), oder LSG; § 109 GVG bei Kammer für Handelssachen
35 Jahre	§§ 42, 43 ArbGG, §§ 38, 47 BSG, § 125 Abs. 2 GVG, § 15 Abs. 3 VwGO, § 35 Abs. 2 FGO: Mindestalter Bundesrichter am BAG, BSG, FGH, BVerwG, auch ehrenamtliche Richter am BAG, BSG, BGH §§ 166, 173 BRAO: Vorschlagsliste für Zulassung/Bestellung als RA beim BGH (Zivilsachen) § 14 Abs. 1 WBeauftrG: Wählbarkeit zum Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages
40 Jahre	§ 3 BVerfGG: Mindestalter Richter am BVerfG Art. 54 GG: Mindestalter Bundespräsident
41 Jahre	§ 45 Abs. 2 Nr. 6 SoldatenG: Altersgrenze für Offiziere, die in strahlgetriebenen Kampfflugzeugen als Flugzeugführer oder Waffensystemoffizier verwendet werden
45 Jahre	§ 3 Abs. 3, Abs. 5 WpflG: Ende der Wehrpflicht (es sei denn, Spannungs- und Verteidigungsfall) Regelmäßig Höchstalter für Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit
47 Jahre	§ 46 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB VI: Anspruch auf große Witwen/Witwerrente

48 Jahre	§ 1631e Abs. 6 BGB: Geltung der Aufbewahrungspflicht der Patientenakte für den Behandelnden bei Eingriffen in innere oder äußere Geschlechtsmerkmale im Kindesalter
50 Jahre	§ 45 Abs. 3 Nr. 1 SGB VI: Rente für Bergleute
55 Jahre	§ 2 AlterstzG: Beginn der Altersteilzeit
56 Jahre	§ 45 Abs. 2 Nr. 4 SoldatenG: Altersgrenze für Hauptleute, Oberleutnante und Leutnante
58 Jahre	§ 428 Abs. 1 S. 1 SGB III: Arbeitslosengeld unter erleichterten Voraussetzungen
59 Jahre	§ 45 Abs. 2 Nr. 3 SoldatenG: Altersgrenze für Majore und Stabshauptleute
60 Jahre	§ 1786 Abs. 1 Nr. 2 BGB: Ablehnungsrecht bei angeordneter Vormundschaft § 5 Abs. 4 BNotO: Keine Einstellung als Notar mehr möglich
61 Jahre	§ 45 SoldatenG Abs. 2 Nr. 2: Altersgrenze für Oberstleutnante
62 Jahre	§ 45 SoldatenG: Allgemeine Altersgrenze für Berufssoldaten Ruhestandsalter für Polizeibeamte in einigen Bundesländern, z.B. NRW (§ 115 Landesbeamtengesetz NRW)
65 Jahre	§ 35 Nr. 6 GVG: Ablehnungsrecht, als Schöffe berufen zu werden Höchstalter für die Wahl als Bürgermeister oder Landrat in einigen Bundesländern
67 Jahre	§ 51 BBG: Regelaltersgrenze Beamtinnen auf Lebenszeit § 48 DRiG: Regelaltersgrenze Richterinnen auf Lebenszeit
68 Jahre	§ 4 Abs. 1, Abs. 3 BVerfGG: Altersgrenze für Amt als Bundesverfassungsrichter
70 Jahre	§ 48a BNotO: Höchstaltersgrenze für Notare § 33 GVG: Höchstalter Schöffe (Sollvorschrift)
80 Jahre	§ 3 Abs. 1 VerschG: Wartezeit von lediglich fünf (statt zehn) Jahren für die Todeserklärung Verschollener ab dem letzten Lebenszeichen § 9 Abs. 3 lit. a VerschG: Feststellung des Todeszeitpunkts eines Verschollenen zum Ablauf des dritten (statt fünften) Jahrs nach dem letzten Lebenszeichen, wenn keine anderen Anhaltspunkte vorhanden sind
110 Jahre	§§ 53, 43, 61 StVG: Löschung der Daten in Fahrerlaubnisregistern/beim Kraftfahrzeugbundesamt

Methodik der Gesetzesauslegung: Wann stößt die Argumentation mit Wortlaut, Systematik, Telos und Historie an ihre Grenzen?

Von Wiss. Mitarbeiter **Johannes Forck**, Passau*

Der Aufsatz soll das Verständnis für die juristischen Auslegungsmethoden verbessern. Anhand von Beispielsfällen wird gezeigt, wie die Methoden funktionieren und welche Probleme sich bei deren Anwendung stellen. Gleichzeitig wird der Frage nachgegangen, ob die Auslegungsmethoden zuverlässige Ergebnisse liefern oder inwieweit ihre Anwendung von den Wertungen des jeweiligen Rechtsanwenders beeinflusst wird. Abschließend werden die Erkenntnisse für die Klausurbearbeitung zusammengefasst und rechtsmethodische Vertiefungsfragen aufgeworfen.

I. Die Anwendung der Auslegungsmethoden

Ziel der Rechtsanwendung ist es, das geltende Recht auf die spezifischen Streitfälle anzuwenden. Um die Lösung aus der Rechtsordnung herzuleiten, werden die auf *Friedrich Carl von Savigny*[1] zurückgehenden Auslegungsmethoden benutzt. Zweckmäßig ist es deshalb, zunächst die fehlende Eindeutigkeit des Wortlauts herauszuarbeiten und im Anschluss die Gesetzessystematik, das Telos und gegebenenfalls die Entstehungsgeschichte zu untersuchen.[2]

Mit Fortlauf des Studiums kommt man aber nicht umhin, eine gewisse Beliebigkeit, Austauschbarkeit oder gar Widersprüchlichkeit der Argumentationen festzustellen.[3] Anders als dies beim Nachlesen der Streitstände in Lehrbüchern oder Urteilen mitunter suggeriert wird, liefern die Auslegungsmethoden häufig keine eindeutigen Ergebnisse, sondern sind durch die Wertungen der Rechtsanwender beeinflusst.[4] Schon *Gustav Radbruch* schrieb: „[…] die sogenannten Auslegungsmittel dienen in Wahrheit nur dazu, nachträglich aus dem Text zu begründen, was in schöpferischer Ergänzung des Textes bereits gefunden war […]“.[5]

Ein Beispiel für die zweifelhafte Anwendung der systematischen Argumentation bildet die Frage, ob bei einem konkurrierenden deliktischen Schadensersatzanspruch gem. § 823 Abs. 1 BGB die verkürzten Verjährungsvorschriften der besonderen Vertragstypen in § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB und § 548 Abs. 1 BGB anstelle der dreijährigen Regelverjährung (§ 195 BGB) gelten. Im Rahmen des Kaufrechts argumentiert der BGH, dass die Ansprüche aufgrund der eigenständigen Anspruchsvoraussetzungen konsequenterweise unterschiedlich verjähren (Anspruchskonkurrenz).[6] Beim Mietrecht heißt es hingegen, dass der Zweck der verkürzten mietrechtlichen Verjährungsfrist nicht durch den daneben bestehenden Deliktsanspruch unterlaufen werden dürfe. Daher müsse dort die verkürzte Verjährungsvorschrift des § 548 Abs. 1 BGB entsprechend gelten.[7] Isoliert betrachtet klingen beide Argumente zunächst plausibel. Bei einer Gesamtschau erscheint es aber fragwürdig, dass die Verjährungsfrist des § 823 Abs. 1 BGB im vertragsrechtlichen Kontext durch ein Argument bestimmt wird, das im Parallelfall gegensätzlich angewendet wird.

Auch um die Herleitung und Geltungskraft von teleologischen Argumenten wird seit Jahrzenten ein erbitterter Streit geführt.[8] Im Wesentlichen stehen sich die „objektiv-teleologische“ und die „subjektiv-teleologische“ Theorie gegenüber. Nach der (wohl noch überwiegend vertretenen) objektiven Theorie kommt es auf einen objektiv zu ermittelnden Sinn jenseits des historischen Willens des Normsetzers an. Das Gesetz müsse klüger sein als der Gesetzgeber.[9] Eine sachgemäße und angemessene Lösung für Interessenkonflikte werde demnach aus der eigenen Vernünftigkeit des Gesetzes entwickelt.[10]

Auf der anderen Seite steht die subjektive Ansicht, die die Motive des Normgebers zum Erlass- bzw. Änderungszeitpunkt des Gesetzes in den Mittelpunkt ihrer Auslegung stellt. Schließlich obliegt allein dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber die Befugnis zur Rechtssetzung. Mit dieser Methode soll daher die Gewaltenteilung zwischen Legislative und Judikative gewahrt werden.[11]

Zwar finden sich – gerade in der Klausursituation – nicht immer zuverlässige Motive des Gesetzgebers, auf die die subjektiv-teleologische Auslegung aufbauen kann. Der objektiven Methode fehlt jedoch jegliche Falsifizierbarkeit, wenn eine vom Gesetzesanwender zu bestimmende Gerechtigkeit[12] maßgebliches Kriterium ist.[13] Der Methode wird daher vor-

* Der *Autor* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sicherheitsrecht und das Recht der neuen Technologien an der Universität Passau bei Prof. *Dr. Barczak*, LL.M. Für wertvolle Anregungen dankt er dem Lehrstuhlinhaber und seinen Kollegen, insbesondere Frau *Jana Behnke*.

[1] *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, 1840 (Reprint 2012), S. 206 ff.; *Schäfers*, JuS 2015, 875 (875); vgl. zu *Savigny* allgemein: *Rückert*, in: Rückert/Seinecke (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 3. Aufl. 2017, S. 53 ff.

[2] Dazu bereits *Forck*, JuS 2020, 931 m.w.N.

[3] Vgl. auch *Rüthers*, JZ 2006, 53 (54); *Schlink*, JZ 2007, 157 (159); *Würdinger/Bergmeister*, Jura 2007, 15 (24); *Schulze-Fielitz*, AöR 122 (1997), 1 (4).

[4] Vgl. *Früh*, JuS 2021, 905 (906).

[5] *Radbruch*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 12. Aufl. 1969, S. 169.

[6] BGH NJW 1976, 1505 (1505 f.).

[7] BGHZ 116, 293 (294 f.) = NJW 1992, 1820 (1821).

[8] Zum Ganzen: *Würdinger*, JuS 2016, 1 (2 ff.): *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 246 ff.; *Hassemer*, Rechtstheorie 39 (2008), 1 (1 ff.).

[9] *Radbruch*, Rechtsphilosophie, Studienausgabe, 2. Aufl. 2003, S. 107.

[10] *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 333 f.; *Hirsch*, ZRP 2006, 161.

[11] Vgl. etwa *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 11. Aufl. 2020, Rn. 796 ff.

[12] Vgl. *Larenz* (Fn. 10), S. 334: „[…] vornehmlich aus dem Gedanken der Gerechtigkeit […]“.

[13] *Hassemer*, Rechtstheorie 39 (2008), 1 (10 f.); *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 11), Rn. 815.

geworfen, dass mit ihr nicht das Gesetz „ausgelegt" wird, sondern die persönlichen rechtspolitischen Ziele des Rechtsanwenders „eingelegt" werden.[14]

II. Beispielsfälle

Anhand eines sich weiterentwickelnden Sachverhalts soll im Folgenden die Anwendung von grammatischen, systematischen, teleologischen und historischen Argumenten demonstriert werden. Nach einem Einstiegsfall jenseits klassischer Meinungsstreitigkeiten werden drei Lehrbuchfragen zum Zivilrecht, Strafrecht und Öffentlichen Recht vorgestellt.

Der Aufsatz verfolgt nicht das Ziel, die Streitfragen letztverbindlich zu lösen. Vielmehr soll die Untersuchung zeigen, dass nicht nur der Wortlaut unterschiedlich interpretiert werden kann, sondern auch die übrigen Auslegungsmethoden schnell an ihre Grenzen stoßen: Aus der Gesetzessystematik kann häufig ein Rückschluss in entgegengesetzte Richtungen gezogen werden. Wie bereits angedeutet, werden die teleologischen Argumente von den persönlichen Wertungen des Rechtsanwenders beeinflusst. Und auch die historische Auslegung bleibt mangels vollständiger Dokumentation teilweise spekulativ.

1. Einstiegsfall

> *Teil 1*: A verkauft in einem Laden weiße Sneaker. Auf der an das Geschäft angrenzenden Wiese befestigt A neben einem Schild mit einem durchgestrichenen Hund ein Schild mit der Aufschrift „Betreten der Rasenfläche verboten". B möchte mit seinem Mountainbike über die Wiese zu A fahren.

Die Fahrt ist gestattet, wenn B nicht gegen das Verbot des „Betretens" verstößt.

a) Die Begrifflichkeit des Schildes könnte so verstanden werden, dass jegliche Form des Kontakts mit dem Rasen verboten ist und somit auch das Radfahren erfasst ist. Andererseits wird zumindest im natürlichen Sprachgebrauch zwischen einem Betreten mit den Füßen und einem Befahren mit dem Rad differenziert.

b) In Hinblick auf das Hunde-Schild könnte angeführt werden, dass Erst-recht die nutzungsintensivere Form des Mountainbikings verboten sein soll. Wenn allerdings nur die zwei explizit genannten Nutzungsarten untersagt sein sollen, blieben alle anderen Formen im Umkehrschluss erlaubt.

c) Wenn der Zweck des Verbotsschildes der Schutz des Rasens ist, wäre auch das besonders beeinträchtigende Radfahren umfasst. Wenn ausschließlich die weißen Schuhe der Kunden vor grünen Verfärbungen und tierischen Hinterlassenschaften geschützt werden sollen, bräuchte das Radfahren nicht verhindert werden.

d) Der Versuch einer historischen Auslegung bezüglich der Reichweite des Schildes bleibt für B in seiner aktuellen Situation zunächst erfolglos.

e) Was ist also die Erkenntnis aus diesem Argumentationsablauf? Darf B über die Wiese fahren? Weder aus dem Wortlaut noch aus dem Umfeld des Verbotsschildes lässt sich ein stichfestes Argument bilden. Auch die Argumente, die sich am Zweck des Schildes orientieren, schaffen keine Verbindlichkeit. Vielmehr kann anhand der drei Auslegungskriterien für beide Ergebnisse jeweils ein objektives Argument erstellt werden. Letztlich muss man anerkennen, dass es keine eigene Klugheit oder Vernünftigkeit des Verbotsschildes gibt, durch die objektiv geklärt werden kann, ob das Schild den Schutz der Wiese oder der Sneaker bezweckt. Möchte B eine Antwort erhalten, muss er den für A maßgeblichen Zweck ermitteln. Hinsichtlich der Reichweite des Verbots ist A als Aufsteller der Schilder nicht nur eigentumsrechtlich legitimiert, sondern auch die einzige verlässliche Erkenntnisquelle.

2. Zivilrecht

> *Teil 2*: Da B mit seinem Hund unterwegs ist, fährt er über die Straße zu A. Im Laden findet er ein Paar modische Schuhe, hat jedoch nicht das nötige Kleingeld. Daher lässt er seinen Hund bei A im Geschäft warten. A betrachtet diesen als Anzahlung und verkauft den Hund (objektiver Wert: 200 €) aufgrund seiner besonderen Geschäftstüchtigkeit für 250 € an die gutgläubige C. B ist erbost und verlangt von A den gesamten Erlös i.H.v. 250 € heraus. Da sich B unsicher ist, ob A vorsätzlich gehandelt hat, möchte er seinen Anspruch zunächst auf § 816 Abs. 1 S. 1 BGB stützen.

Die Herausgabe des „Erlangten" in § 816 Abs. 1 S. 1 BGB könnte sich auf die tatsächlich erhaltene Gegenleistung beziehen oder auf den objektiven Wert der übereigneten Sache beschränkt sein.

a) Die Wortlautauslegung könnte für eine Erstreckung auf die gesamte Gegenleistung sprechen, da die Norm nicht auf den Geldwert, sondern auf das (tatsächlich?) Erlangte abstellt.[15] Wenn man den Wortlaut allerdings „ganz wörtlich" nimmt, erlangt der Veräußerer durch die Verfügung lediglich die Befreiung von der Forderung, die gegen ihn aus dem Kaufvertrag besteht. Da diese nicht in natura herausgegeben werden kann, wäre gem. § 818 Abs. 2 BGB der objektive Wert zu ersetzen.[16]

b) In systematischer Hinsicht fällt die Haftung aus einer angemaßten Eigengeschäftsführung gem. § 687 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 681, 667 BGB auf. Dort wird mit dem „Erlangten" unstreitig eine Gewinnherausgabe ermöglicht. Im Sinne der Einheit der Rechtsordnung[17] wäre der Rechtsbegriff bei § 816 Abs. 1 S. 1 BGB mit der gleichen Bedeutung zu interpretieren. Zu beachten ist allerdings, dass der Anspruch aus § 687 Abs. 2 BGB an strengere Tatbestandsvoraussetzungen an-

[14] *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 631; *Rüthers*, JZ 2006, 53 (57).

[15] BGHZ 29, 157 (159 f.); *Wendehorst*, in: Hau/Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.2.2022, § 816 Rn. 17: Entspricht dem natürlichen Verständnis des Wortlauts.

[16] *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 28. Aufl. 2021, Rn. 723.

[17] Vgl. dazu *Reimer* (Fn. 8), Rn. 288, 297.

knüpft und die Gewinnherausgabe ausschließlich beim Vorsatztäter gewährt wird. Da der Kondiktionsanspruch kein Verschulden des Veräußerers verlangt, wäre dieser Anspruch im Umkehrschluss auf den Wertersatz zu beschränken.[18]

c) Telos der Norm könnte der Schutz des Eigentümers sein, der sein Eigentum durch den gutgläubigen Erwerb verliert („Eigentumsfortwirkungsanspruch") und im Fall eines Verkaufs unter dem Marktwert auf diesen Geldbetrag beschränkt ist.[19] Gleichzeitig könnte im Vergleich zum Vorsatztäter des § 687 Abs. 2 BGB hier der Veräußerer schutzwürdig(er) sein. Schließlich ergibt sich aus dem Gedanken des Eigentumsfortwirkungsanspruchs nicht zwingend, dass die besondere Geschäftstüchtigkeit des Veräußerers den vormaligen Eigentümer jenseits des Sachwerts bereichern soll.[20]

d) In den Gesetzgebungsmaterialien findet sich keine klare Antwort des Gesetzgebers. Teilweise werden die Materialien so interpretiert, dass der Gesetzgeber die Herausgabe der tatsächlichen Gegenleistung gemeint hatte.[21] Von anderer Seite wird dem Gesetzgeber aber unterstellt, dass er dabei lediglich den Normalfall eines Erlöses in Höhe des objektiven Werts im Blick hatte.[22]

e) Dieses Beispiel zeigt, dass systematischen Argumenten mitunter die Überzeugungskraft fehlt. Diese Auslegung geht mit dem Kodifikationsgedanken davon aus, dass die gesamte Rechtsordnung als Einheit zu betrachten ist.[23] Allerdings gibt es trotz der aufwendigen Kodifikation des Bürgerlichen Rechts kein in sich geschlossenes System, aus dem sich widerspruchsfreie und zwingende Rückschlüsse ziehen lassen.[24] Auch die teleologische Auslegung kann – abseits vom angesprochenen Methodenstreit – nicht eindeutig begründen, zu wessen Gunsten der Interessenkonflikt zu lösen ist. Vielmehr besitzen die meisten Normen und Regelungskomplexe eine teleologische Mehrdimensionalität.[25] Daher kann dem Gesetz keine eindeutige Schutzrichtung entnommen werden, anhand derer die Auslegungsfrage verbindlich entschieden werden kann.

3. Strafrecht

> *Teil 3*: B behauptet nun, dass A den Hund gestohlen habe. Er erkundigt sich, ob eine Strafbarkeit wegen eines Eigentumsdelikts denkbar ist, obwohl er seinen Liebling niemals als „Sache" bezeichnen würde.

Eine Strafbarkeit kommt nur in Betracht, wenn Tiere als „Sachen" i.S.d. § 242 Abs. 1 StGB zu verstehen sind.

a) Nach dem Wortlaut könnten sämtliche körperliche Gebilde und damit auch Tiere gemeint sein. Im natürlichen Sprachgebrauch wird hingegen zwischen Sachen und Lebewesen unterschieden.

b) In systematischer Hinsicht kann eine Parallele zu § 90a BGB gezogen werden. Dessen S. 1 schließt eine Gleichstellung von Sachen und Tieren aus. Sodann könnte man behaupten, dass eine entsprechende Anwendung gem. § 90a S. 3 BGB gegen das strafrechtliche Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG verstoße.[26] Wenn man den strafrechtlichen Begriff hingegen unabhängig vom Zivilrecht interpretiert, wäre die in § 324a Abs. 1 Nr. 1 StGB und § 325 Abs. 1 S. 1 StGB angeordnete Gleichstellung von „Tieren, Pflanzen oder anderen Sachen" maßgeblich.[27]

c) Sieht man als Telos der Norm den Schutz des zivilrechtlichen Eigentümers vor einer Wegnahme an, spräche dies für eine Auslegung, die Tiere einschließt.[28] Man könnte allerdings auch behaupten, dass durch den eingeschränkten Wortlaut der Norm vielmehr der Schutz des mutmaßlichen Täters bezweckt sei. Wenn im Fall des Fehlens eines dauerhaften Enteignungsvorsatzes eine Strafbarkeit nicht nach § 242 Abs. 1 StGB besteht, sondern nur in der Ausnahmevorschrift des § 248b StGB, könnte das Gesetz mit seiner Formulierung hier ebenso den Dieb eines Tieres vor Strafe schützen wollen.

d) Der Gesetzgeber wollte durch die Einführung des § 90a BGB keine Änderung des extensiv ausgelegten Begriffs der Sache in § 242 Abs. 1 StGB bezwecken. Zudem betont er ausdrücklich, dass dem § 242 Abs. 1 StGB eine tierschützende Funktion zukommt.[29] Eine leblose Sache solle schließlich nicht besser geschützt sein als ein lebendiges Tier.

e) Interessanterweise heißt es in einem hierzu veröffentlichten Aufsatz, dass es „unrichtig" sei, dass der Gesetzgeber den Schutz des Tieres als Zweck des § 242 Abs. 1 StGB benennen würde.[30] Das Gesetz schütze nicht den Hund vor Trennung vom Herrchen, sondern ausschließlich den Eigentümer vor Entwendung seines Tieres. Der Hund sei nicht Schutzadressat, sondern lediglich Handlungsobjekt.[31]

Auch wenn der Diebstahl ursprünglich nicht als Tierschutzdelikt ausgestaltet war, kann der Gesetzgeber kaum gehindert sein, zu seiner eigenen Gesetzessystematik einen weiteren Zweck hinzuzufügen. Daher sei die Frage aufgeworfen, inwie-

[18] *Schwab*, in: Säcker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 816 Rn. 45; *Köndgen*, RabelsZ 64 (2000), 661 (665).
[19] *Röthel*, Jura 2012, 844 (848); *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 10. Aufl. 2020, § 11 Rn. 37.
[20] *Lorenz*, in: Staudinger Kommentar zum BGB, 2007, § 816 Rn. 25.
[21] *Schwab* (Fn. 18), § 816 Rn. 39.
[22] *Lorenz* (Fn. 20), § 816 Rn. 1, 25.
[23] *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2020, § 4 Rn. 92; vgl. auch *Barczak*, JuS 2015, 969.
[24] Vgl. *Reimer* (Fn. 8), Rn. 314.
[25] *Reimer* (Fn. 8), Rn. 365.
[26] Vgl. *Braun*, JuS 1992, 758 (761); a.A. etwa *Küper*, JZ 1993, 435 (438 f.): Unterscheidung zwischen zulässiger gesetzlicher (Analogie-)Anordnung und unzulässiger lückenfüllender Analogie; ebenso *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 9.
[27] *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 23. Aufl. 2021, § 2 Rn. 7; *Schmitz*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 26; OLG Karlsruhe NJW 2001, 2488 (2488).
[28] *Graul*, JuS 2000, 215 (218).
[29] BT-Drs. 11/7369, S. 6.
[30] *Graul*, JuS 2000, 215 (217 in Fn. 20).
[31] *Küper*, JZ 1993, 435 (438); a.A. *Kindhäuser/Böse*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 11. Aufl. 2021, § 2 Rn. 9.

fern die gesetzgeberische Bestimmung „unrichtig“ sein kann. Anhand welcher Erkenntnisquellen kann man gegen den demokratisch legitimierten Gesetzgeber festlegen, was der wahre Zweck des Gesetzes ist?

Wenn man den historischen Willen des Gesetzgebers für unbeachtlich erklärt, wäre es in der Folge möglich, dem § 242 Abs. 1 StGB aus persönlichem Gerechtigkeitsempfinden eine Privilegierung des Tierdiebstahls unterzujubeln. Wie soeben gesehen, kann dieses Ergebnis anhand der drei verbliebenen Auslegungsmethoden mit etwas Kreativität hergeleitet werden. Man würde also argumentieren, dass Wortlaut und Systematik zwischen Tieren und Sachen abgrenzend differenzieren und der Zweck des Gesetzes in Anlehnung an § 248b StGB in der Straffreiheit des Tierdiebs läge. Dieses Ergebnis kann nicht richtig sein. Deshalb zeigt dieser Beispielsfall, welche zentrale Bedeutung der vom Gesetzgeber angedachte Zweck für eine methodenehrliche Auslegung hat. Andernfalls würde die Macht des Gesetzesanwenders so weit gehen, dass mit vorgeblich objektiven Argumenten ein Auslegungsergebnis hergestellt wird, das der demokratischen Entscheidung diametral entgegensteht.

4. Öffentliches Recht

> *Teil 4*: Da A ins Visier der Strafverfolgungsbehörde geraten ist, startet diese einen „Lauschangriff“ gegen die Räumlichkeiten des A. Nach Erschöpfung des Rechtswegs erhebt A eine Verfassungsbeschwerde. Er sieht sich durch die Überwachung seines Geschäfts in seinem Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 GG verletzt.

Der sachliche Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG ist eröffnet, wenn mit dem Begriff der „Wohnung“ auch Geschäftsräume umfasst sind.

a) Nach dem allgemeingebräuchlichen Verständnis einer Wohnung wäre diese von einem Geschäftsraum abzugrenzen. Gleichzeitig könnte man dem Wortlaut des Grundgesetzes unterstellen, dass dort anstelle von juristischer Präzision eine einprägsame Kurzformel gewählt wurde und die Geschäftsräume nicht explizit ausgeschlossen sind.[32]

b) Beruft man sich in systematischer Hinsicht auf den Standort des Art. 13 GG zwischen den Wirtschaftsgrundrechten der Art. 12 und 14 GG, wäre dieser im wirtschaftlichen Kontext weit auszulegen.[33] Andererseits könnte man im Umkehrschluss zu Art. 12 Abs. 1 GG („Arbeitsplatz“) annehmen, dass der Geschäftsraum gerade nicht von Art. 13 Abs. 1 GG umfasst ist.[34]

c) Wird als Telos des Grundrechts ausschließlich der Schutz der Intimsphäre und eines privaten Rückzugsorts anerkannt, wäre ein auf Kundenverkehr ausgerichteter Geschäftsraum nicht umfasst.[35] Sieht man hingegen die gesamte Entfaltung der Persönlichkeit als Schutzgegenstand an, wäre der Geschäftsraum in den Schutzbereich zu integrieren, weil sich der Mensch auch durch seine Arbeit verwirklicht.[36]

d) Die historische Auslegung zeigt, dass der Parlamentarische Rat nicht von der extensiven Auslegung des Wohnungsbegriffs in Art. 115 WRV abrücken wollte. Auch die 1998 durch den verfassungsändernden Gesetzgeber eingeführten Schranken für den „großen Lauschangriff“ sollen Geschäftsräume einschließen.[37]

e) Auch dieser Fall bestätigt, dass mit Wortlaut, Systematik und Telos jeweils das entgegengesetzte Ergebnis begründet werden kann. Die historische Auslegung erscheint hingegen eindeutig.

Eine andere grundsätzliche Frage ist jedoch, ob sich Verfassungsnormen durch einen Wandel in der gesellschaftlichen Anschauung ohne explizite Textänderung ändern können. Für Art. 13 Abs. 1 GG wird argumentiert, dass es nicht mehr der gesellschaftlichen Anschauung entspräche, dass ein Unternehmen allein der Privatsphäre des Unternehmers zugeordnet wird. Es müsse sich in der Grundrechtsauslegung niederschlagen, dass Unternehmen in der heutigen Zeit fast ausschließlich von Kapitalgesellschaften geführt werden, der Grundrechtsschutz des Grundgesetzes hingegen für Menschen ausgestaltet sei.[38]

Damit ein solches Argument trägt, müsste ein Verfassungswandel ohne Textänderung methodisch überhaupt zulässig sein. An dieser Stelle setzt sich der Streit zwischen objektiver und subjektiver Auslegung fort und wird durch die US-amerikanische Diskussion[39] um „living constitution“ und „originalism“ angereichert. Für die Zulässigkeit wird angeführt, dass damit das zukunftsoffene Moment des Grundgesetzes aktiviert wird. Das Verfassungsgericht müsse heute über Fragen entscheiden, die den Müttern und Vätern der Verfassung nicht vor Augen standen. Wenn sich das Recht zu sehr von der kulturellen Grundlage und den allgemein anerkannten gesellschaftlichen Vorstellungen entfernt, führe dies zu einer Selbstaufgabe der Normativität der Verfassung.[40]

Dagegen wird eingewandt, dass Art. 79 Abs. 1, Abs. 2 GG das Prozedere einer Verfassungsänderung abschließend benennt.[41] Auch das Demokratieprinzip sowie der Gewaltenteilungsgrundsatz fordern eine klare Trennung, damit das Verfassungsgericht nicht vom „Hüter der Verfassung“ zum „Herrn der Verfassung“ wird.[42] Wenn der für den Verfassungs-

[32] BVerfGE 32, 54 (72) = NJW 1971, 2299 (2299 f.).
[33] *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 1008.
[34] *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 13 Rn. 26.
[35] *Behr*, NJW 1992, 2125 (2126).
[36] *Epping*, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 668.
[37] Historische Nachweise bei *Ennuschat*, AöR 127 (2002), 252 (266).
[38] *Stein/Frank*, Staatsrecht, 21. Aufl. 2010, S. 293.
[39] *Scalia*, Cincinnati Law Review 57 (1989), 849; *LeMieux*, AL 2020, 223 (225 ff.); *Reich*, JöR 65 (2017), 713.
[40] *Voßkuhle*, JuS 2019, 417 mit Nachweisen zur Rechtsprechung des BVerfG; *Heun*, AöR 116 (1991), 185 (195 ff.); vgl. auch *Huber*, JZ 2022, 1 (4).
[41] *Böckenförde*, Staat, Nation, Europa, 1999, 141 (153); *Rüthers*, AL 2020, 217 (221).
[42] *Rüthers*, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2. Aufl. 2016, S. 109 ff.; vgl. *Möllers* (Fn. 23), § 13 Rn. 92; *Brohm*, NJW 2001, 1 (7).

wandel erforderliche gesamtgesellschaftliche Konsens wirklich besteht, sollte auch auf dem demokratischen Wege des Art. 79 Abs. 1, Abs. 2 GG eine textliche Änderung möglich sein. Eine Versteinerung der Verfassung oder eine Hinderung des gesellschaftlichen Fortschritts wäre indes nicht zu befürchten. Vielmehr wäre lediglich die Macht des Verfassungsgerichts beschränkt, einen solchen Wandel eigenständig festzustellen.[43]

III. Lehren für die Klausur

Die Beispielsfälle haben gezeigt, dass die Auslegungsmethoden keine zuverlässigen Ergebnisse ermöglichen, sondern sich argumentative Gedanken häufig in verschiedene Richtungen drehen lassen. Mag diese zweischneidige Anwendung der Methoden zunächst verunsichern, können für die studentische Klausurbearbeitung positive Erkenntnisse gezogen werden. Es bestätigt sich, dass es für die Klausurlösung regelmäßig kein richtiges oder falsches Ergebnis gibt, sondern die Qualität der Argumentation für die Benotung maßgeblich ist. Zwar werden in der Regel drei Argumente für die Lösung eines Problemschwerpunkts ausreichen.[44] Jedoch kann die Professionalität der Diskussion ohne weiteres Auswendiglernen verbessert werden, wenn man die Kehrseiten der systematischen und teleologischen Argumente erkennt und im Gutachten prägnant präsentiert.

Wer sich mit Rechtstheorie beschäftigt, wird zudem schneller Zugang zu den gängigen Argumentationsketten finden und erfolgreich Strukturen und Zusammenhänge ausmachen, die das juristische Lernen und Arbeiten erleichtern. Da man gleichzeitig ein Verständnis für die Herleitung der Argumente gewinnt, können eigenständige Lösungen für bisher unbekannte Probleme zielgerichtet entwickelt werden.

IV. Rechtsmethodische Vertiefungshinweise

Da die methodische Herangehensweise ein wesentlicher Baustein für eine überzeugende und rational nachprüfbare Lösung ist,[45] sollen noch einige weiterführende Fragen aufgeworfen werden:

1. Bei der systematischen Auslegung müsste vor der Anwendung eines Umkehr- oder Erst-recht-Schlusses (vgl. oben II. 1. b), II. 2. b) und II. 4. b) geklärt werden, ob die beiden Fälle dergestalt in Zusammenhang stehen, dass von dem einen auf den anderen geschlossen werden kann.[46] Auch das in der Rechtsprechung beliebte[47] Argument, dass „Ausnahmen eng auszulegen sind" grenzt an einen Zirkelschluss, weil sich der Ausnahmecharakter der Norm erst durch das Auslegungsergebnis des streitigen Falls manifestiert.[48]

2. Betrachtet man die „objektiv-teleologische" Methode genauer, erscheint vielmehr diese Ansicht von Subjektivität durchzogen, während die sog. „subjektiv-teleologische" Methode auf den objektivierbaren Willen des Gesetzgebers abstellt.[49] Zwar wird die Ermittlung der gesetzgeberischen Motive nicht immer zweifelsfrei und ohne eigene Wertungen gelingen (vgl. oben II. 2. d). Gleichwohl bemüht sich die subjektive Methode darum, die eingangs angesprochene Beliebigkeit von juristischen Argumentationen zu verringern. Demgegenüber geht von der objektiven Methode sogar ein Missbrauchspotenzial aus. Wendet man diese sehr extensiv an, wird es möglich, eine neue Weltordnung in die bestehende Rechtsordnung einzulegen. So schrieb *Carl Schmitt* ein Jahr nach der Machtüberlassung an die Nationalsozialisten: „Wir denken die Rechtsbegriffe um […] wir sind auf der Seite der kommenden Dinge".[50]

3. Die Beispielsfälle haben gezeigt, dass die Methode der Gesetzesauslegung zu einer Machtfrage zwischen dem Gesetzesanwender und dem Gesetzgeber wird (vgl. insbesondere II. 3. e) und II. 4. e). Diese spitzt sich bei der Abgrenzung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung zu. Grundsätzlich ist der Wortsinn die äußerste Grenze der Auslegung.[51] Jenseits des Wortsinns kann das Recht aber anhand von Analogien sowie teleologischen Reduktionen und Extensionen fortgebildet werden.[52] Da die Rechtsfortbildung strengen Voraussetzungen unterliegt, ist es eine wichtige Machtfrage, ob noch eine Auslegung oder schon eine Rechtsfortbildung vorliegt.[53] Letztlich dreht sich der Streit zwischen objektiver und subjektiver Theorie um die Frage, wie weit sich der Gesetzesanwender mit seiner Auslegung von den historischen Vorgaben lösen darf, ohne die Rechtsfortbildung kenntlich zu machen und deren Voraussetzungen – insbesondere das Vorliegen einer planwidrigen Lücke – nachzuweisen.[54]

---

[43] *Hillgruber*, in: Depenhauer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 15 Rn. 17, 24, 58 ff.
[44] Vgl. *Forck*, JuS 2020, 931; *Barczak*, JuS 2020, 905 (908).
[45] *Beck*, Jura 2018, 330 (336); *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 11), Rn. 696.
[46] *Reimer* (Fn. 8), Rn. 324; *Bitter/Rauhut*, JuS 2009, 289 (296 f.).
[47] Nachweise bei *Möllers* (Fn. 23), § 4 Rn. 123.
[48] Vgl. *Reimer* (Fn. 8), Rn. 340 ff.
[49] *Reimer* (Fn. 8), Rn. 258; *Röhl/Röhl* (Fn. 13), S. 631.
[50] *Schmitt*, Deutsches Recht 1934, 225 (229); vgl. dazu *Rüthers* (Fn. 42), S. 90.
[51] BVerfGE 92, 1 (12) = NJW 1995, 1141 (1141).
[52] Dazu etwa *Meier/Jocham*, JuS 2016, 392; vgl. *Höpfner/Schneck*, AL 2020, 201 (205) zur abweichenden Kategorisierung.
[53] *Reimer* (Fn. 8), Rn. 548; vgl. auch *Würdinger*, JuS 2016, 1.
[54] *Bitter/Rauhut*, JuS 2009, 289 (292, 298).

Anfängerklausur BGB AT: Die Anfechtung – Ein Drama in drei Akten

Von Wiss. Mitarbeiter **Johannes Claudio Felsch**, Wiss. Mitarbeiter **Niklas von Jutrzenka**, Bielefeld*

Die Anfängerklausur wurde im Wintersemester 2021/2022 als Abschlussklausur zur Vorlesung BGB AT gestellt. Die Bearbeitungszeit betrug 120 Minuten. Im Durschnitt wurden 4,77 Punkte erzielt (Misserfolg: ca. 40 %; Prädikat: ca. 9 %). Die Klausur weist einen leichteren Schwierigkeitsgrad auf und sollte mit dem Grundhandwerkszeug des ersten Semesters gut zu lösen sein. Die Schwerpunkte sind die typischen Fragestellungen des BGB AT: Einigung, Anfechtung wegen Irrtums, Minderjährigkeit, Stellvertretung, Zugang von Willenserklärungen. Das „Herunterbeten" bekannter Streitstände ist – wie so häufig – nicht erforderlich. Stattdessen gilt es, den roten Faden entlang der einschlägigen Gesetzesnormen aufzuzeigen und sauber zu subsumieren. Ebenso wichtig ist ein nachvollziehbarer Aufbau des Gutachtens.

Sachverhalt

M ist ein Schlagersänger, der seine größten Hits bereits gefeiert hat und eine Scheidung verkraften musste. Trotzdem versucht er, an alte Erfolge anzuknüpfen. Um wieder an Reichweite zu gewinnen, präsentiert er sich mit seiner neuen Freundin, der 16-jährigen L, auf verschiedenen sozialen Internetplattformen. Dazu stellt er Bilder und Videos von sich und L ein.

Am 10.1.2022 hat er die Idee, mit L vor einem hochpreisigen Auto zu posieren und die angefertigten Bilder und Videos hochzuladen. Da er allerdings erhebliche Steuerschulden hat, kommt der Erwerb eines solchen Fahrzeugs nicht in Betracht. Er besucht daher die Internetseite des Autoverleihers A. Diese ist so aufgebaut, dass zunächst alle Angaben zum Tag und der Zeit vom Interessenten in eine Maske eingegeben werden müssen. Sodann wird man auf die zur Verfügung stehenden Fahrzeuge weitergeleitet. Bei jedem noch zur Verfügung stehenden Fahrzeug gibt es den Button „kostenpflichtig bestellen". Der Nutzer erhält nach Klicken auf den Button eine automatische Bestätigung des Eingangs der Bestellung und nach Überprüfung der Angaben durch A eine Zusage der Bestellung per Mail.

M wird auf einen Pick-Up der Marke RAM aufmerksam. Dieser soll 269 € kosten. Da M jedoch abgelenkt ist, klickt er versehentlich auf den Button für das Fahrzeug Aston Martin DBX für 569 €. Als M die Zusage der Bestellung liest, erkennt er seinen Fehler. Da M sich lieber der Weiterentwicklung seines Internetprofils widmen will, bittet er L noch am gleichen Tag, sich der Sache anzunehmen und den Fehler zu korrigieren. Wie sie dabei vorgeht, ist M vollkommen egal.

L schreibt einen Brief an A, in welchem sie ihm den Irrtum des M erläutert. Sie erklärt im Namen des M, dass er sich nicht mehr an den Vertrag gebunden fühle. Sie wirft den Brief in den Postkasten, hatte ihn aber nicht zureichend frankiert. Am 12.1.2022 weigert sich A, das Nachporto zu entrichten, sodass der Brief am 13.1.2022 wieder zurück zur L gelangt.

L will nun ganz sichergehen und schickt A am 14.1.2022 den Inhalt des Briefs über den Messengerdienst Telegram. A, der seinen Telegram-Account sowohl über seine Website als auch auf seinen geschäftlichen Dokumenten zur Kommunikation anbietet, schreibt L umgehend zurück, dass ihm die Erklärung in dieser Form nicht genüge. Er kenne L gar nicht und könne überhaupt nicht nachprüfen, ob sie tatsächlich für M handeln dürfe.

Erst eine Woche später berichtet L dem M von den Vorkommnissen. M will sich nun selbst um die Sache kümmern und ruft am 24.1.2022 bei A an und erklärt sein Versehen. A versteht das, meint aber, dass man doch am Telefon nicht einfach rechtsgeschäftlich etwas erklären könne. A besteht daher weiterhin auf Zahlung der 569 € gegen Überlassung des Aston Martin DBX.

Frage

Ist M verpflichtet, die 569 € Zug-um-Zug gegen Überlassung des Aston Martin DBX an A zu zahlen?

Bearbeitungsvermerk

§§ 312 ff. BGB sind nicht anzusprechen.

Lösungsvorschlag

M ist verpflichtet, die 569 € Zug-um-Zug gegen Überlassung des Aston Martin DBX an A zu zahlen, wenn M und A einen Mietvertrag geschlossen haben, A also einen Anspruch gegen M auf Zahlung der Miete aus einem Mietvertrag nach § 535 Abs. 2 BGB hat.

> *Hinweis*: Das Auffinden der einschlägigen Anspruchsgrundlage sollte keine Schwierigkeiten bereiten. Zwar spricht der Sachverhalt von einem Autoverleiher, die Bearbeiter sollten aber erkennen, dass eine Gegenleistung für die Überlassung des Fahrzeugs vereinbart wird, sodass ein Leihvertrag, § 598 BGB ausgeschlossen ist. Auch die Annahme eines Kaufvertrags ist nicht vertretbar. Etwas schwieriger ist die Umformung der Fallfrage in einen brauchbaren Obersatz.

I. Einigung über den Mietvertrag

A und M müssten einen Mietvertrag geschlossen haben, § 535 BGB. Dazu ist eine Einigung erforderlich. Diese besteht aus zwei sich entsprechenden Willenserklärungen, Angebot und Annahme, §§ 145 ff. BGB.

1. Angebot des A durch Präsentation auf seiner Internetseite

Ein Angebot könnte A dadurch abgegeben haben, dass er auf seiner Internetseite die zur Verfügung stehenden Fahrzeuge präsentiert. Ein Angebot ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die die wesentlichen Vertragsbestandteile – essentialia negotii – beinhaltet, sodass das Zustandekommen des

* Die *Autoren* sind jeweils Doktorand und Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrens-, Insolvenz- und Gesellschaftsrecht an der Universität Bielefeld (Prof. *Dr. Florian Jacoby*).

Vertrags nur noch vom Einverständnis des Angebotsempfängers abhängt.[1]

a) Inhaltlich bestimmt

Das Angebot muss inhaltlich bestimmt sein. Die wesentlichen Vertragsbestandteile bestehen aus Mietgegenstand, Höhe der Miete und die Mietvertragsparteien (Mieter und Vermieter).[2] Mietgegenstand und Höhe der Miete ergeben sich aus den nach Eingabe in die Suchmaske noch zur Verfügung stehenden Fahrzeugen samt angezeigter Miethöhe. Nicht ersichtlich ist indes, wer genau als Mieter Vertragsbestandteil werden soll, sodass das Angebot des A in diesem Punkt nicht hinreichend bestimmt genug ist. Die Erklärung ist an einen unbestimmten Personenkreis gerichtet, sodass sich im Zeitpunkt der Annahme bestimmen lässt, wer Vertragspartei wird. Es handelt sich daher allenfalls um ein Angebot an einen unbestimmten Personenkreis (offerta ad incertas personas).[3]

b) Rechtsbindungswille

Zu fragen ist weiterhin, ob A auch mit Rechtsbindungswillen handelte. Der Rechtsbindungswille stellt auf den Willen des Erklärenden ab, eine Rechtsfolge herbeiführen zu wollen. Er ist aus objektiver Sicht zu ermitteln, §§ 133, 157 BGB.[4] Soweit man annimmt, dass A sein Angebot an alle richten will, ist durch den Aufbau der Internetseite gewährleistet, dass sich A nicht der Gefahr ausgesetzt sieht, sich mehrfach zu verpflichten. Denn es werden nur Fahrzeuge angezeigt, die noch zur Verfügung stehen. Allerdings muss es A unbenommen sein, sich aus Gründen der Liquiditätsprüfung seine Vertragspartner selbst aussuchen zu dürfen. Es fehlt daher am Rechtsbindungswillen. Das hat zur Folge, dass das Bereitstellen der Internetseite des A mit der Anzeige der zur Verfügung stehenden Fahrzeuge lediglich als eine inviatio ad offerendum[5] zu deuten ist.

> *Hinweis*: Wegen des für die reine Vermietung recht niedrigen Entgelts ließe sich wohl (noch) vertreten, dass eine Liquiditätsprüfung nicht notwendig und doch ein verbindliches Angebot anzunehmen ist. Beachtlich ist aber, dass damit ein faktischer Kontrahierungszwang einhergehen würde.

2. Angebot des M durch Klicken auf den Button

M könnte ein Angebot dadurch abgegeben haben, dass er auf den Button „kostenpflichtig bestellen" klickte. Fraglich ist, welchen Inhalt die Erklärung des M hat. Nach der natürlichen Auslegung (§ 133 BGB) ist darauf abzustellen, was der Erklärende mit ihr tatsächlich bezwecken wollte.[6] M wollte ein Angebot für den Pick-Up RAM für 269 € abgeben. Nach der normativen Auslegung (§ 157 BGB), für die der objektive Empfängerhorizont maßgebliches Auslegungskriterium ist, ist zu fragen, wie ein verständiger, im gleichen Verkehrskreis agierender Dritter die Erklärung verstehen durfte.[7] A klickte auf den Button „kostenpflichtig bestellen", der dem Fahrzeug Aston Martin DBX zugeordnet war. Ein objektiver Dritter kann die Erklärung nur so verstehen, dass A dieses Fahrzeug zur angegebenen Miethöhe meint. Die Ergebnisse von natürlicher und normativer Auslegung divergieren. Wie sich § 116 BGB[8] und der Möglichkeit der Anfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB entnehmen lässt, gibt aus Gründen des Verkehrsschutzes die normative Auslegung den Ausschlag. Somit ist Inhalt der Willenserklärung des M ein Angebot, den Aston Martin DBX zu einer Miete i.H.v. 569 € mieten zu wollen.

Die Willenserklärung müsste auch wirksam geworden sein. Das setzt die Abgabe der Willenserklärung und den Zugang beim Empfänger voraus. Eine Willenserklärung unter Abwesenden ist dann abgegeben, wenn sie willentlich in den Rechtsverkehr in Richtung des Empfängers entlassen und zu erwarten ist, dass sie den Empfänger erreichen wird.[9] Eine Willenserklärung ist dann zugegangen, wenn sie in den Machtbereich des Empfängers gelangt und mit ihrer Kenntnisnahme unter gewöhnlichen Umständen zu rechnen ist.[10] Mit Klicken auf den Button gab M seine Willenserklärung ab und jedenfalls in der Bestätigung des Eingangs der Bestellung ist der Zugang bei A zu verstehen.[11] Folglich liegt ein wirksames Angebot des M vor.

3. Annahme durch A im Zuge der Bestellbestätigung

A müsste das Angebot auch angenommen haben. Die Annahme stellt ihrerseits eine grundsätzlich empfangsbedürftige Willenserklärung dar, die die Zustimmung zum Angebot zum Gegenstand hat.[12] Die Annahme könnte in der Bestellbestätigung zu sehen sein. Zu beachten ist an dieser Stelle, dass die Eingangsbestätigung einen Automatismus darstellt. Mit ihr soll lediglich erreicht werden, dass der Antragende eine Bestätigung des Empfangs bekommt, wie es § 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB verlangt. Folglich ist hierin noch keine Annahme zu erkennen.

> *Hinweis*: Auch, wenn § 312 BGB nach dem Bearbeitungsvermerk nicht zu prüfen ist, muss erkannt werden, dass die alleinige Bestellbestätigung noch nicht den Willen beinhaltet, sich rechtlich zu binden.

---

[1] Vgl. *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 20. Aufl. 2020, § 19 Rn. 3.
[2] *Häublein*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 535 Rn. 3.
[3] BGH NJW 2002, 363 (364).
[4] *Bitter/Röder*, BGB Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 14.
[5] *Fritzsche*, JA 2006, 674 (675).
[6] *Singer*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2021, § 133 Rn. 11.
[7] *Singer* (Fn. 6), § 133 Rn. 18.
[8] *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 116 Rn. 1.
[9] *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 611.
[10] Vgl. auch *Wertenbruch*, JuS 2020, 481 ff.
[11] *Einsele*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 130 Rn. 16 a.E.
[12] *Bitter/Röder* (Fn. 4), § 5 Rn. 25.

4. Annahme durch A im Zuge der Zusage der Bestellung

Die Annahme des A könnte jedoch in der Zusage der Bestellung per Mail zu sehen sein. Anders als in der bloßen Eingangsbestätigung wird mit der konkreten Zusage zur Bestellung auch der Wille entäußert, das Angebot annehmen zu wollen. A hat die Angaben des M geprüft und sich bereiterklärt, mit ihm einen Mietvertrag über den Aston Martin DBX zu einer Miete von 569 € einzugehen. Demnach hat A das Angebot angenommen.

5. Zwischenergebnis

Somit liegt eine Einigung zwischen M und A über einen Mietvertrag über den Aston Martin DBX zu einer Miete von 569 € vor.

> *Hinweis*: Die Prüfung der Einigung sollte keine großen Hürden bereiten. Es sollte kurz erkannt werden, dass der Rechtsbindungswille des A im bloßen Präsentieren der Fahrzeuge auf der Website problematisch ist.

II. Keine Nichtigkeit der Einigung

M könnte den Vertragsschluss wirksam mit der Rechtsfolge angefochten haben, dass dieser als von Anfang an (ex tunc) nichtig anzusehen ist, § 142 Abs. 1 BGB.

1. Anfechtbares Rechtsgeschäft

Dazu bedarf es eines tauglichen Anfechtungsgrunds.

a) Erklärungsirrtum

In Betracht kommt ein Erklärungsirrtum gem. § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB. Ein Erklärungsirrtum liegt vor, wenn der Erklärende bei der Entäußerung seines Willens ein falsches Erklärungszeichen setzt.[13] Die Abgrenzung zum Inhaltsirrtum liegt darin, dass bei letzterem der Irrtum bereits auf der Ebene der Bildung des Willens liegt, der Erklärende somit gar nicht weiß, was genau er zum Ausdruck bringt.[14] M will erklären, dass er den Pick-Up RAM mieten möchte und ist sich auch über die Reichweite und Bedeutung des Inhalts bewusst. Vielmehr setzt M ein falsches Erklärungszeichen, indem er den falschen Button anklickt. Er nutzt damit ein Erklärungszeichen, das er gar nicht setzen wollte. M unterliegt damit einem Erklärungsirrtum.

b) Kausalität

Der Erklärungsirrtum muss auch kausal für die Abgabe der Willenserklärung gewesen sein. Dies bemisst sich nach der subjektiven und der objektiven Erheblichkeit des Irrtums. An der subjektiven Erheblichkeit mangelt es, wenn der Erklärende die Willenserklärung auch ohne den unterlegenden Irrtum abgegeben hätte. M wollte keinesfalls den Aston Martin DBX mieten und hätte die Erklärung so nicht abgegeben. Auch in objektiver Hinsicht ist davon auszugehen, dass ein verständiger Dritter die Erklärung in Kenntnis des Irrtums nicht abgegeben hätte. Folglich war der Irrtum auch kausal für die Abgabe der Willenserklärung.

2. Anfechtungserklärung und -frist

M müsste die Anfechtung auch gegenüber dem richtigen Anfechtungsgegner erklärt haben, § 143 Abs. 1 BGB. Richtiger Anfechtungsgegner ist A als Vertragspartner, § 143 Abs. 2 BGB. Überdies darf die Erklärung nicht verfristet sein, § 121 Abs. 1 BGB.

> *Hinweis*: An dieser Stelle gilt es, die verschiedenen Erklärungen, die im Sachverhalt angesprochen werden, sinnvoll zu ordnen. Hier sind freilich verschiedene Aufbauweisen möglich. Wichtig ist, dass sauber und strukturiert gearbeitet wird.

a) Zusenden des Briefs

Eine Anfechtungserklärung könnte zunächst in der Zusendung des Briefs durch L zu erkennen sein.

aa) Inhaltlich bestimmt

Die Erklärung müsste inhaltlich bestimmt genug sein. Es muss zum Ausdruck gebracht werden, dass der Vertrag aufgrund des Irrtums keinen Bestand mehr haben soll.[15] Inhalt des Briefs ist, dass der Irrtum des M dargelegt wird und an einem Festhalten am Bestand des Vertrags kein Interesse mehr besteht. Das Wort „Anfechtung“ wird in dem Schriftstück hingegen nicht genannt. Letzteres ist allerdings eine Frage der Auslegung. Die Erklärung ist laiengünstig (§§ 133, 157 BGB) auszulegen, sodass die Anforderungen an die Bestimmtheit gewahrt sind.

bb) Wirksamwerden der Erklärung

Die Erklärung müsste auch wirksam geworden sein. Das erfordert Abgabe der Erklärung und Zugang beim Empfänger. Mit dem Versenden des Briefs erfolgt ein willentliches Inverkehrbringen. Die Erklärung müsste auch zugegangen sein. A verweigert die Annahme des Briefs, welcher ihm durch den Postboten übergeben wird. Daher gelangt sie nicht in seinen Machtbereich. Zugangsgleiche Wirkungen könnten sich allenfalls ergeben, wenn die Zugangsverweigerung des A unberechtigt war. A verweigert die Annahme infolge der unzureichenden Frankierung. Der Erklärende ist bei der Wahl des Mittels frei, dass die Erklärung in den Machtbereich des Empfängers gelangt. Benutzt er ein Mittel entgegen der üblichen Bestimmungen, fällt das in seinen Risikobereich, sodass eine unzureichende Frankierung stets zu seinen Lasten geht.[16] Folglich ist die Annahmeverweigerung des A berechtigt. Die Erklärung wird nicht wirksam.

> *Hinweis*: Die Stellvertretung braucht an dieser Stelle noch nicht geprüft zu werden. Denn die Willenserklärung wird

[13] *Bork* (Fn. 9), Rn. 840.
[14] *Jacoby/v. Hinden*, Studienkommentar zum BGB, 17. Aufl. 2020, § 119 Rn. 11.
[15] *Jacoby/v. Hinden* (Fn. 14), § 143 Rn. 1.
[16] *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, § 130 Rn. 16.

mangels Zugangs bei A nicht wirksam, sodass es auf die Zurechnung der Erklärung für M nicht ankommt.

b) Erklärung über Telegram

Eine Anfechtungserklärung könnte in der Erklärung der L über Telegram zu sehen sein. Dazu müsste die Erklärung hinreichend bestimmt und wirksam sein. Inhaltlich ist sie mit dem Brief, der aber mangels Zugangs nicht wirksam geworden ist, identisch und somit hinreichend bestimmt.[17] L hat die Nachricht abgegeben und jedenfalls mit Vernehmen des A ist ihm diese auch zugegangen, sodass sie wirksam geworden ist.

aa) Zurechnung für M

Allerdings hat nicht M selbst, sondern L die Erklärung abgegeben. Die Erklärung kann M zugerechnet werden, wenn L als Stellvertreterin für M aufgetreten ist, § 164 Abs. 1 BGB.

Hinweis: Nicht völlig abwegig ist die Annahme einer Botenstellung. Allerdings muss Berücksichtigung finden, dass M der L einen weiten Spielraum für Handlungen einräumt. Soweit eine Botenstellung angenommen wird, ist § 174 BGB analog auf die Botenstellung anzuwenden.[18]

(1) Eigene Willenserklärung

L müsste als Stellvertreterin eine eigene Willenserklärung abgeben haben. Eine eigene Willenserklärung gibt ab, wer nach Betätigung des eigenen Willens eine Erklärung kundtut. Zu unterscheiden ist von einem Boten, der lediglich eine fremde Willenserklärung übermittelt. Die Unterscheidung richtet sich nach dem äußeren Auftreten im Rechtsverkehr. Anderweitige Regelungen im Innenverhältnis sind zur Bestimmung unbeachtlich.[19] L schreibt A über Telegram, dass sie im Namen des M selbst erklären wolle. Für A ist damit erkennbar, dass L eine eigene Willenserklärung abgeben will und keine ihr bloß fremde übermitteln möchte. Dass L erst 16 Jahre alt ist, und damit in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, §§ 2, 106 BGB, hindert sie in ihrer Erklärung nicht, § 165 BGB.

(2) Im Namen des M

L gibt klar zu erkennen, dass sie im Namen des M handeln will, sodass für A erkennbar ist, wen die Rechtsfolgen der Erklärung treffen sollen.

(3) Mit Vertretungsmacht

L muss auch mit Vertretungsmacht gehandelt haben, als sie die Nachricht an A über Telegram verfasste. Die Vertretungsmacht kann durch Vollmacht rechtsgeschäftlich erteilt werden, § 167 Abs. 1 BGB.[20] Die Erteilung einer Innenvollmacht nach § 167 Abs. 1 Alt. 1 BGB könnte in der Erklärung des M liegen, dass L sich um die Angelegenheit – den Irrtum bei der Anmietung des Fahrzeugs – kümmern möge. Die Vollmachtserteilung müsste als empfangsbedürftige Willenserklärung aber auch wirksam geworden sein. Das setzt Abgabe und Zugang der Erklärung voraus. Die Abgabe unter Anwesenden liegt in der Entäußerung des Willens in Richtung der L. Für den Zugang gegenüber der beschränkt geschäftsfähigen L gilt § 132 Abs. 2 BGB. Der Zugang beim beschränkt Geschäftsfähigen selbst ist ausreichend, wenn die Erklärung gem. § 131 Abs. 2 S. 2 BGB für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Durch die Erklärung des M wird L berechtigt, M in der Angelegenheit der Autoanmietung zu vertreten. Durch eine von ihr angegebene Erklärung wird sie selbst weder berechtigt noch verpflichtet. Die Erklärung bringt somit weder Vor- noch Nachteil mit sich. Es ist jedoch allgemein anerkannt, dass das neutrale Geschäft ebenfalls erfasst wird, wofür auch § 165 BGB spricht.[21] Der Gesetzestext ist an dieser Stelle misslungen,[22] sodass der Zugang der Erklärung auch beim Minderjährigen ausreicht. Somit ist die Erklärung der Vollmachtserteilung der L wirksam zugegangen. Im Ergebnis handelte L auch innerhalb ihrer Vertretungsmacht.

Hinweis: Der Zugang der Vollmachtserteilung sollte erörtert werden. Es gilt, sich vor Augen zu führen, dass jede empfangsbedürftige Willenserklärung zu ihrem Wirksamwerden des Zugangs bedarf.

bb) Unwirksamkeit infolge Zurückweisung, § 174 BGB

Der Wirksamkeit der Erklärung könnte eine Zurückweisung des A infolge der fehlenden Vorlage der Vollmachtsurkunde entgegenstehen, § 174 S. 1 BGB.

(1) Einseitiges Rechtsgeschäft

Der Vertreter müsste ein einseitiges Rechtsgeschäft vorgenommen haben. Ein einseitiges Rechtsgeschäft liegt vor, wenn die Willenserklärung eines einzelnen Rechtssubjekts ausreicht, um die tatbestandliche Rechtsfolge herbeizuführen.[23] L schreibt an A und will die Anfechtung des Vertrags zwischen A und M erklären. Die Anfechtung wird durch die Erklärung des Anfechtungsberechtigten wirksam. Ein Mitwirken des Anfechtungsgegners ist nicht erforderlich, sodass es sich bei der Anfechtung um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt.

(2) Keine Vorlage der Vollmachtsurkunde

L darf bei Vornahme der Anfechtung die Vollmachtsurkunde nicht vorgelegt haben. Aus der Vollmachtsurkunde muss sich die Vertretungsberechtigung des Vorlegenden ergeben.[24] L hat keine Vollmachtsurkunde vorgelegt.

[17] Die Ausführungen brauchen an dieser Stelle nicht wiederholt werden.
[18] BGH NJW-RR 2007, 1705 (1706).
[19] *Jacoby/v. Hinden* (Fn. 14), § 164 Rn. 2.
[20] *Jacoby/v. Hinden* (Fn. 14), § 164 Rn. 1.
[21] *Gomille*, in: Beck'scher Online Großkommentar zum Zivilrecht, Stand: 1.4.2020, BGB § 131 Rn. 17 m.w.N.
[22] *Bork* (Fn. 9), Rn. 997.
[23] *Bork* (Fn. 9), Rn. 424.
[24] *Schäfer*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.2.2022, § 174 Rn. 7.

(3) Zurückweisung

A müsste als Erklärungsempfänger die Erklärung der L aufgrund der fehlenden Vollmachtsurkunde unverzüglich zurückgewiesen haben. Die Zurückweisung dürfte ihrerseits nicht nach § 174 S. 2 BGB ausgeschlossen sein. Die Erklärung muss wieder laiengünstig ausgelegt werden. Eine Bezeichnung mit „Zurückweisung" ist nicht erforderlich. Es muss aber erkennbar sein, dass die Zurückweisung kausal auf der fehlenden Vorlage der Vollmachtsurkunde beruht.[25] Sie muss unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern erfolgen, § 121 Abs. 1 S. 1 BGB. A schreibt sofort zurück, dass er nicht erkennen könne, ob L für M handeln dürfe. Er nimmt zwar keinen direkten Bezug auf eine Vollmachtsurkunde. Ihm ist aber erkennbar wichtig, dass er Sicherheit über die Wirksamkeit der Erklärung für und gegen M bekommt. A wusste auch nichts von der Bevollmächtigung der L durch M, sodass ein Ausschluss der Zurückweisung nach § 174 S. 2 BGB nicht in Betracht zu ziehen ist. Bei der Zurückweisung handelt es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung.[26] In erster Linie ist sie dem Bevollmächtigten gegenüber zu erklären. Das ist aber nicht zwingend.[27] Für den Zugang sind die §§ 164 Abs. 3, 165 BGB maßgeblich. Die beschränkte Geschäftsfähigkeit der L ist unerheblich. Folglich ist die Zurückweisung des A wirksam.

c) Anruf des M bei A

Eine Anfechtungserklärung könnte indes in dem Anruf des M bei A am 24.1.2022 zu sehen sein. Dazu muss diese wiederum inhaltlich bestimmt und wirksam sowie nicht verfristet sein.

aa) Wirksamkeit der Erklärung und richtiger Anfechtungsgegner

M erklärt, dass er einem Irrtum bei der Bestellung unterlegen sei und er aus diesem Grund nicht mehr am Vertrag festhalten wolle. Damit ist die Erklärung hinreichend bestimmt. M und A nutzen das Telefon (Fernsprecher), sodass sich Abgabe und Zugang der Erklärung nach den Vorschriften über Willenserklärungen unter Anwesenden richten.[28] M gibt die Erklärung in Richtung des A ab. M konnte davon ausgehen, dass A seine Erklärung eindeutig vernehmen durfte, sodass Abgabe als auch Zugang bei A vorliegen. A ist als anderer Teil des Rechtsgeschäfts (Mietvertrag) auch der richtige Anfechtungsgegner, § 143 Abs. 2 BGB. Die Anfechtungserklärung unterliegt auch keinen besonderen Formerfordernissen, sodass § 125 BGB nicht einschlägig ist. Überdies setzt das Gesetz mit § 147 Abs. 1 S. 2 BGB voraus, dass Erklärungen per Telefon abgegeben werden können. Mithin liegt eine wirksame Anfechtungserklärung gegenüber dem richtigen Anfechtungsgegner vor.

bb) Innerhalb der Anfechtungsfrist

Die Anfechtungserklärung müsste auch innerhalb der Anfechtungsfrist erfolgt sein. Die Anfechtungsfrist richtet sich nach dem Grund der Anfechtung. Bei einem Erklärungsirrtum muss der Anfechtungsberechtigte unverzüglich und damit ohne schuldhaftes Zögern die Anfechtung erklären, § 121 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Frist beginnt zu laufen, wenn der Anfechtungsberechtigte vom Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt. M erkannte noch am gleichen Tag der Bestellung seinen Irrtum. Bei der Kenntniserlangung handelt es sich um ein Ereignis, sodass sich der Beginn der Frist nach § 187 Abs. 1 Fall 1 BGB richtet. Fristbeginn ist daher am 11.1.2022 um 0 Uhr. § 121 Abs. 1 BGB setzt keine feste Frist im eigentlichen Sinne, sondern spricht nur davon, dass die Erklärung unverzüglich erfolgen muss. Wann schuldhaftes Zögern vorliegt, richtet sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls. Zu berücksichtigen sind die sich entgegenstehenden Interessen und die Möglichkeit sowie Zumutbarkeit alsbaldiger Aufklärung.[29] M erklärt die Anfechtung am 24.1.2022 und damit 13 Tage nach Fristbeginn. Wird durch den Anfechtungsberechtigten Rechtsrat eingeholt, so ist eine Anfechtungserklärung nach zwei Wochen ab Kenntniserlangung nicht mehr hinnehmbar.[30] M hat einen solchen nicht eingeholt. Überdies ist die Sach- und Rechtslage auch für einen durchschnittlich Handelnden schnell und einfach zu durchdringen, sodass ein Zuwarten von fast zwei Wochen als nicht mehr unverzüglich anzusehen ist.

> *Hinweis*: So breite Ausführungen sind nicht erforderlich. Es muss sich aber mit dem Begriff der unverzüglichen Erklärung auseinandergesetzt werden und das Verstreichenlassen von 13 Tagen in ein Verhältnis gesetzt werden können. Eine andere Auffassung ist mit entsprechender Argumentation (noch) vertretbar.

3. Zwischenergebnis

Mithin ist die Anfechtung des M verfristet, sodass die Einigung mit A über den Aston Martin DBX nicht infolge der Anfechtung nichtig ist.

III. Endergebnis

Folglich besteht ein Anspruch des A auf Zahlung der Miete gegen M Zug-um-Zug gegen Überlassung des Aston Martin DBX aus einem Mietvertrag gem. § 535 Abs. 2 BGB.

[25] *Schubert*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 174 Rn. 23.
[26] *Schubert* (Fn. 25), § 174 Rn. 24.
[27] *Schäfer* (Fn. 24), § 174 Rn. 8.
[28] *Ellenberger* (Fn. 16), § 130 Rn. 14.
[29] *Singer* (Fn. 6), § 121 Rn. 9.
[30] *Singer* (Fn. 6), § 121 Rn. 9.

Hausarbeit: Vereinsleben in pandemischen Zeiten*

Von Wiss. Mitarbeiter **Markus Hepperle**, und Wiss. Mitarbeiterin **Julia Kühn**, Hamburg**

Sachverhalt

Teil 1

Der 1. FC Hamburg, ein eingetragener Verein (e.V.) mit Sitz in Hamburg (im Folgenden: 1. FC), ist ein Fußballverein mit knapp 500 Mitgliedern. Der Verein unterhält zwei Erwachsenen- und mehrere Jugendmannschaften, die in den unteren Hamburger Ligen spielen, und organisiert die wöchentlichen Trainingseinheiten für die Spielerinnen und Spieler. Im Frühjahr 2020 wurde auch der 1. FC von der Corona-Pandemie hart getroffen. Nicht nur mussten Spiele und Trainings abgesagt werden, sondern der Vorstand des Vereins, bestehend aus drei Personen, sah sich auch gezwungen, die jährliche, im Frühsommer stattfindende Mitgliederversammlung – zulässigerweise – abzusagen. Entgegen allen Hoffnungen war die Pandemie auch im Jahr 2021 noch nicht vorbei, sodass der Vorstand nach einer Lösung suchte, die Mitgliederversammlung trotzdem abhalten zu können. Im Mai 2021 beschlossen die Mitglieder des Vorstandes daher einstimmig, die Mitgliederversammlung im Juni 2021 als reine Onlineveranstaltung durchzuführen. Zwar flachte die Pandemielage gerade ab (7-Tage-Inzidenz bei 30 und Quote der Erstimpfungen bei über 40 %) und es wurde allgemein damit gerechnet, dass im Juni nach der dann geltenden Corona-Verordnung eine zumindest hybride Versammlung erlaubt sein würde. Der Vorstand wollte jedoch keinerlei Risiko eingehen und sorgte sich auch, eine etwaige Hybridveranstaltung kurzfristig wieder absagen zu müssen. In der Satzung des 1. FC findet sich kein Hinweis auf Ort und Modus der Mitgliederversammlung. Zweck der Mitgliederversammlung soll die Entlastung des Vorstands für die Geschäftsjahre 2019 und 2020 ebenso wie die Wahl eines neuen Vorstands und neuer Kassenprüfer sein. Um am Puls der Zeit zu sein und insbesondere junge Neumitglieder zu gewinnen, möchte der Vorstand darüber hinaus eine Nachhaltigkeitsklausel in die Satzung einfügen. Nach dieser Klausel soll der Verein bei seiner gesamten Tätigkeit ressourcen- und klimaschonend handeln. Unter anderem sollen Vorstand und Mitglieder für Fahrten, insbesondere zu Auswärtsspielen, wenn möglich die Angebote des öffentlichen Personennahverkehrs nutzen oder Fahrgemeinschaften bilden.

Der Vorstand versendet an die Vereinsmitglieder am 20.5. 2021 per Post ein Rundschreiben, in welchem er sie über die am 25.6.2021 bevorstehende reine Online-Mitgliederversammlung informiert und die vorläufige Tagesordnung anhängt. Dies entspricht der in der Satzung geforderten Einberufungsform. Ein Versammlungsort wird nicht genannt, da auch die Vorstandsmitglieder jeweils von zuhause aus dem eigenen Wohnzimmer teilnehmen sollen. Die Details zur technischen Durchführung werden umfassend erläutert und jedem Mitglied die persönlichen Log-in Daten mitgeteilt. Die Versammlung soll über die Videokonferenzplattform „Zoom“ stattfinden und die Abstimmung über eine kommerzielle Internetsoftware geheim und in Echtzeit erfolgen. Zudem weist der Vorstand darauf hin, dass Fragen bis spätestens einen Tag vor der Versammlung per E-Mail gestellt werden müssen und darüberhinausgehende Fragen nur nach seinem Ermessen zugelassen und beantwortet werden. Dies begründet er mit der ansonsten drohenden Überlänge der Mitgliederversammlung, wodurch die Beschlussfähigkeit der Versammlung gefährdet werden könnte, und des Ausschlusses von destruktiven, wiederholenden und anderweitig unzweckmäßigen Fragen.

Auf der wie geplant stattfindenden Mitgliederversammlung meldet sich direkt ein Vereinsmitglied zu Wort und beschwert sich, dass es doch nicht sein könne, dass nun alle in ihren eigenen Wohnzimmern sitzen und nicht einmal der Vorstand „seriös“ von einem offiziellen Ort aus teilnimmt. Die Mitglieder des Vorstands werden mangels Gegenkandidaten wiedergewählt und entlastet. Der Antrag auf Satzungsänderung wird mit 256 Stimmen dafür, 65 Stimmen dagegen, bei 19 Enthaltungen, angenommen.

Einige ältere Vereinsmitglieder sind empört über die „undemokratisch“ durchgedrückte „Ökoagenda“ des Vorstands und sind der Auffassung, dass der Beschluss ohnehin unwirksam ist. Sie beanstanden, dass einige Vereinsmitglieder schon gar keinen Internetanschluss gehabt hätten (was zutrifft). Zudem sei es dem Vorstand möglich gewesen, im Einklang mit der Corona-Verordnung zumindest eine Hybrid-Versammlung abzuhalten, was angesichts des abflachenden Pandemiegeschehens auch geboten gewesen sei. Außerdem sei die Internetverbindung einiger Mitglieder instabil gewesen, weshalb sie an der Aussprache und Abstimmung über die Satzungsänderung nicht hätten teilnehmen können. Weitere Vereinsmitglieder hätten überdies Probleme mit ihrer Hardware gehabt und seien deswegen von der Abstimmung ausgeschlossen gewesen. Schließlich könne es doch nicht sein, dass Fragen vor Beginn der Versammlung zugesendet werden müssen und während der Versammlung Rückfragen nur eingeschränkt zulässig waren.

Frage 1

Ist der Beschluss über die Satzungsänderung wirksam?

Teil 2 – Fortsetzung

Tanja (T) ist seit vielen Jahren als Jugendtrainerin beim 1. FC angestellt. Sie leitet das Training der Jugendmannschaften, stellt die Teams zusammen und entscheidet, welche Turniere in der Saison gespielt werden. Sie steht in stetigem Kontakt mit dem Vorstand und übt so auch Einfluss auf wichtige Entscheidungen des Vereins aus. T ist weiterhin für das Equipment des Vereins verantwortlich, weshalb sie Mitte Juni bei der Sportsfreunde-GmbH (S-GmbH) in wirksamer Vertretung des Vereins zehn neue Fußbälle bestellt. Um die Fußbälle abzuholen, fährt T am 20.6.2021 mit ihrem PKW auf das Gelände der S-GmbH. Während die bestellten Bälle aus dem Lager geholt werden, entdeckt T im Laden ein Buch

* Der Sachverhalt wurde im Sommersemester 2021 als Hausarbeit der Zivilrechtsübung gestellt.

** *Markus Hepperle* und *Julia Kühn* sind Wiss. Mitarbeitende am Lehrstuhl für Steuerrecht von Prof. *Dr. Birgit Weitemeyer* an der Bucerius Law School in Hamburg.

über Ashtanga-Yoga und entscheidet kurzerhand, das Buch als Geburtstagsgeschenk für ihren yogabegeisterten Vater mitzunehmen. T bezahlt die Fußbälle und das Buch und lädt alles in ihr Auto. Beim Ausparken denkt T bereits über ihre heutige Trainingsorganisation nach und vergisst, in den Rückspiegel zu sehen. Als sie zurücksetzt, kollidiert sie daher mit einem ordnungsgemäß geparkten PKW hinter ihr, der im Eigentum der S-GmbH steht. An dem PKW entsteht ein Blechschaden, dessen Reparatur in der Fachwerkstatt 2.380 € (2.000 € plus 380 € Umsatzsteuer) kosten würde. Die S-GmbH stört sich an dem Blechschaden jedoch nicht weiter und hätte in Anbetracht der angespannten finanziellen Situation in der Corona-Pandemie lieber nur das Geld für die Reparatur. Die S-GmbH verlangt vom 1. FC daher 2.403,80 € als „hypothetische Reparaturkosten", da (was zutrifft) 23,80 € (20 € plus 3,80 € Umsatzsteuer) momentan standardmäßig die Desinfektion des Fahrzeugs am Ende der Reparatur mit abgerechnet würde. Der Vorstand des 1. FC sieht gar nicht ein, für das Verhalten der T einzustehen, schließlich habe diese doch auch private Einkäufe getätigt. Außerdem könne es nicht sein, dass die S-GmbH nun Geld verlangt, obwohl sie gar nicht vorhat, das Auto tatsächlich reparieren zu lassen. Jedenfalls würde der 1. FC keinesfalls die hypothetische Umsatzsteuer und die Desinfektionskosten tragen.

Frage 2

Kann die S-GmbH vom 1. FC die Zahlung von 2.403,80 € verlangen?

Bearbeitungsvermerk

- Auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Fragen ist – gegebenenfalls hilfsgutachterlich – einzugehen.
- Alle Beschlüsse des Vorstands des 1. FC sind gem. § 28 BGB wirksam zustande gekommen.
- Etwaige Ansprüche der S-GmbH oder des 1. FC gegen T sind nicht zu prüfen.
- Auf etwaige Ansprüche nach den Vorschriften des StVG ist nicht einzugehen.

Lösungsvorschlag

Frage 1

Hinweis: Teil 1 der Hausarbeit weist einen hohen Schwierigkeitsgrad auf, da das Vereinsrechts im Studium nur am Rande behandelt wird. Zu den aktuellen Fragestellungen rund um die COVID-19-Pandemie findet sich teils auch wenig Literatur im Vereinsrecht, sodass vielfach auf die Literatur zu Parallelproblemen im Aktienrecht zurückgegriffen werden muss. Insgesamt hat sich noch keine h.M. herausgebildet, sodass viele Lösungen vertretbar sind. Bei der Bewertung kommt es folglich besonders darauf an, dass die Studierenden ihre Lösung anhand der Auslegungsmethoden nachvollziehbar begründen.

Der Beschluss ist wirksam, wenn er rechtmäßig ist oder wenn er rechtswidrig, aber nicht nichtig ist.

A. Rechtmäßigkeit

Der Beschluss über die Satzungsänderung ist rechtmäßig, wenn keine formellen oder materiellen Beschlussmängel vorliegen.

I. Formelle Beschlussmängel

Es könnten formelle Beschlussmängel vorliegen. Der vom Vorstand gewählte Modus einer reinen Online-Mitgliederversammlung könnte bereits rechtswidrig sein (1.). Ferner könnte das Einberufungsschreiben formelle Fehler aufweisen (2.). Darüber hinaus könnten das Erfordernis der vorherigen Anmeldung von Fragen (3.) und die technischen Probleme einiger Mitglieder (4.) zur Rechtswidrigkeit des in der Versammlung gefassten Beschlusses führen.

1. Virtuelle Mitgliederversammlung

Der vom Vorstand gewählte Modus einer reinen Online-Mitgliederversammlung (im Folgenden auch: virtuelle Versammlung) könnte formell rechtswidrig sein.

a) Grundsätzliche Zulässigkeit einer virtuellen Versammlung

Eine virtuelle Mitgliederversammlung des 1. FC Hamburg müsste dem Grunde nach zulässig sein. In § 32 Abs. 1 S. 1 BGB ist geregelt, dass die Angelegenheiten des Vereins durch Beschlussfassung in einer Versammlung der Mitglieder geordnet werden. § 32 Abs. 1 S. 1 BGB lässt seinem Wortlaut nach damit offen, was eine „Versammlung" im Sinne der Norm darstellt. So ist umstritten, ob § 32 Abs. 1 S. 1 BGB auch eine virtuelle Versammlung umfasst.[1] Einigkeit besteht dahingehend, dass eine virtuelle Versammlung jedenfalls dann rechtlich zulässig ist, wenn die Satzung eine solche Möglichkeit vorsieht (vgl. § 32 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 40 S. 1 BGB). Die Satzung des 1. FC Hamburgs enthält jedoch keine Angaben zu Ort und Modus der Mitgliederversammlung, sodass sich die Zulässigkeit nicht bereits aus der Satzung ergibt.

Als Reaktion auf die COVID-19-Pandemie ist am 18.3. 2020 das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht[2] in Kraft getreten. In Art. 2 enthält es ein Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie (COVMG). In der neuesten Fassung des § 5 Abs. 2 COVMG mit Wirkung ab dem 28.2.2021[3] ist geregelt, dass der Vorstand auch bestimmen kann, dass die Mitglieder ausschließlich über elektronische Kommunikation an der Versammlung teilnehmen können.[4] Zum Zeitpunkt der Beschlussfassung des Vorstands im

[1] Dafür *Notz*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum Zivilrecht, Stand: 15.9.2018, BGB § 32 Rn. 289 ff.; *Leuschner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 32 Rn. 22.

[2] Vgl. *Segna*, npoR 2020, 148 (149); BGBl. I 2020, S. 569.

[3] Vgl. BT-Drs. 19/25322.

[4] BT-Drs. 19/25322, S. 22; *Schmidt*, in: Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Aufl. 2021, § 9 Rn. 10.

Mai 2021 war eine virtuelle Mitgliederversammlung damit grundsätzlich zulässig. Auf die Frage, ob eine reine Online-Versammlung auch vor dem 28.2.2021 nach der alten Fassung des § 5 Abs. 2 COVMG zulässig war,[5] kommt es damit nicht an. § 5 Abs. 2 COVMG ist lex specialis zu § 32 BGB und verdrängt die Regelung des § 32 BGB bis zum 31.12. 2021 (vgl. § 7 Abs. 5 COVMG).[6] Ein Streitentscheid zur Zulässigkeit einer virtuellen Versammlung auf Grundlage des § 32 BGB kann damit dahinstehen.

Der Vereinsvorstand durfte nach § 5 Abs. 2 COVMG grundsätzlich eine virtuelle Versammlung einberufen und abhalten.

b) Ermessensfehler in Anbetracht der Pandemielage

Aufgrund der abflachenden Pandemielage könnte jedoch etwas Anderes gelten. Nach § 5 Abs. 2 COVMG „kann" der Vorstand eine virtuelle Versammlung durchführen. Der Vorstand hat als Einberufungsorgan damit dem Wortlaut nach bezüglich der Modalitäten der Versammlung einen Ermessensspielraum.[7] Der Ermessensspielraum besteht auch in der Pandemiezeit bezüglich des Modus der Versammlung, also des Abhaltens einer virtuellen, hybriden oder Präsenzversammlung. Eine ermessensfehlerhafte Einberufung führt zu einem formellen Mangel dann gefasster Beschlüsse.[8]

Fraglich ist daher, ob der Vorstand ermessensfehlerhaft handelte, als er eine rein virtuelle Mitgliederversammlung einberief. Der relevante Zeitpunkt zur Beurteilung der Entscheidung ist der Zeitpunkt der Beschlussfassung im Vorstand über die Einberufung.[9] Hier ist damit auf den Mai 2021 abzustellen. Der Vorstand musste in Anbetracht der Pandemielage und der Interessen seiner Mitglieder Vor- und Nachteile abwägen. Der 1. FC hat einige Vereinsmitglieder, die gar keinen Internetanschluss haben und denen daher an der Möglichkeit, in Präsenz teilzunehmen, sehr gelegen wäre. Andererseits ist es nicht Aufgabe des Vereins, aktiv für die Anwesenheit der Mitglieder zu sorgen, sodass allein der mangelnde Internetzugang einiger Mitglieder kein Hinderungsgrund für eine Online-Versammlung darstellt und bei der Ermessenentscheidung auch nicht schwer wiegt.[10] Darüber hinaus lag die 7-Tage-Inzidenz der Neuinfektionen auf 100.000 Einwohner im Mai bei ca. 30 und es zeichnete sich ab, dass das Pandemiegeschehen noch weiter abflachen würde. Zudem lag die Quote der Erstimpfungen bereits bei über 40 % und es war zu erwarten, dass zumindest eine Hybridversammlung im Juni nach der Hamburger Corona-Verordnung erlaubt sein würde. Dies sind allerdings lediglich notwendig mit Unsicherheit behaftete Prognosen und der Vorstand darf durchaus auch das Risiko berücksichtigen, dass es künftig sogar wieder zu einem Verbot einer etwaigen Präsenzveranstaltung kommt.[11] Selbst wenn eine Hybridveranstaltung erlaubt sein sollte, so heißt das keinesfalls, dass der Vorstand eine solche auch durchführen muss. Vielmehr steht ihm ein weiter Ermessensspielraum zu. In Anbetracht der unsicheren Prognoselage und des hohen Gutes des Gesundheitsschutzes war es daher nicht ermessensfehlerhaft, sich für den Modus einer reinen Online-Versammlung zu entscheiden.

> *Hinweis*: Dieses Problem ist im Sachverhalt klar angelegt, sodass die Bearbeitungen sich hierzu unter Auswertung der Sachverhaltsinformationen verhalten sollten. Befriedigende Bearbeitungen sollten erkennen, dass dem Vorstand nach dem Wortlaut Ermessen zusteht.

c) Notwendigkeit eines physischen Versammlungsorts

Fraglich ist jedoch, ob trotz des virtuellen Modus ein physischer Versammlungsort hätte bestimmt werden müssen. Nach einer Ansicht bedarf es eines solchen physischen Versammlungsorts, an dem nur der Versammlungsleiter[12] oder sogar der gesamte Vorstand[13] physisch anwesend sein muss. Nach anderer Ansicht genügt als Ortsangabe der virtuelle Raum.[14] Vorliegend wurde eine reine Online-Versammlung ohne einen physischen Versammlungsort durchgeführt.

Gegen die Notwendigkeit der Bestimmung eines physischen Versammlungsorts spricht, dass kein Zweck für diese Angabe ersichtlich ist.[15] Vielmehr sollen physische Kontakte – auch innerhalb des Vorstandes – in Pandemiezeiten gerade verhindert werden. Auch diejenigen Stimmen in der Literatur, die einen physischen Versammlungsort fordern, gestehen zu, dass sich der Sinn eines solchen nicht erschließt.[16]

Wortlaut und Systematik könnten aber zu einem anderen Ergebnis führen: Nach § 5 Abs. 2 Nr. 1 COVMG können die Teilnehmer „an der Mitgliederversammlung ohne Anwesenheit am Versammlungsort teilnehmen". Der Wortlaut impliziert, dass es durchaus noch einen physischen Versammlungsort geben muss.[17] Der Gesetzeswortlaut entspricht insoweit auch der Formulierung des § 118 Abs. 1 S. 2 AktG, nach der Aktionäre an der Hauptversammlung „ohne Anwesenheit an deren Ort" teilnehmen können. In der Gesetzesbegründung stellt der Gesetzgeber hier klar, dass es bei § 118 Abs. 1 S. 2 AktG nicht darum geht, eine Versammlung einzuführen, „die keinen physischen Raum mehr" hat.[18] Zwar handelt es sich

[5] Dagegen *Schöneborn*, COVuR 2021, 205.

[6] *Schindler/Schaffner*, in: Schindler/Schaffner, Virtuelle Beschlussfassung im Verein, 2021, § 4 Rn. 647 ff.; *Leuschner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2021, COVMG § 5 Rn. 6; *Schmidt* (Fn. 4), § 9 Rn. 10.

[7] OLG München, Beschl. v. 23.11.2020 – 31 Wx 405/20 = NJW 2021, 558; *Notz* (Fn. 1), § 32 Rn. 300.

[8] *Notz* (Fn. 1), § 32 Rn. 299 f.

[9] Vgl. zur Ermessensentscheidung im Aktienrecht *Simons/Hauser*, NZG 2020, 1406 (1408).

[10] Vgl. auch OLG Hamm, Beschl. v. 27.9.2011 – I-27 W 106/11 = NZG 2012, 189; *Schmidt* (Fn. 4), § 9 Rn. 13.

[11] Vgl. zum Aktienrecht *Simons/Hauser*, NZG 2020, 1406 (1408).

[12] So *Segna*, npoR 2020, 148 (150).

[13] *Weber*, npoR 2021, 99 (100).

[14] *Schmidt* (Fn. 4), § 9 Rn. 12; *Leuschner* (Fn. 6), COVMG § 5 Rn. 6.

[15] *Schmidt* (Fn. 4), § 9 Rn. 12; *Leuschner* (Fn. 6), COVMG § 5 Rn. 6.

[16] Vgl. *Schwenn/Blacher*, npoR 2020, 154 (155).

[17] Vgl. *Schwenn/Blacher*, npoR 2020, 154 (155).

[18] Begr. ARUG, I, BT-Drs. 16/11642, S. 26.

hier nicht um ein spezielles COVID-Maßnahmen-Gesetz, sondern die Norm soll grundsätzlich die Teilnahmemöglichkeiten für Aktionäre verbessern. Dennoch spricht die Wahl derselben Gesetzesformulierung dafür, dass der Gesetzgeber auch nach § 5 Abs. 2 Nr. 1 COVMG einen physischen Versammlungsort als notwendig ansieht.[19] Der diesbezügliche Wortlaut des § 1 Abs. 2 S. 1 COVMG zu den Aktiengesellschaften: „Versammlung ohne physische Präsenz der Aktionäre“ ist ebenso (oder vielleicht sogar noch eher) ungenau; hieraus lässt sich daher auch wenig entnehmen.

Auch in der Gesetzesbegründung zu § 5 Abs. 2 COVMG wird formuliert, dass kein Mitglied verlangen kann, dass ihm die „Teilnahme am Versammlungsort, an dem der Vorstand die Mitgliederversammlung leitet, ermöglicht wird“.[20] Dieser Wortlaut spricht ebenfalls dafür, dass an einem physischen Versammlungsort sogar der ganze Vorstand zusammenkommen muss.[21]

Folglich lassen der Wortlaut der Norm sowie die Gesetzesbegründung erkennen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers ein physischer Versammlungsort in der Einladung hätte angegeben werden müssen, von dem der Vorstand die Versammlung hätte leiten müssen.

Mangels eines solchen Ortes ist der Beschluss der Satzungsänderung formell rechtswidrig. Da das Fehlen eines physischen Versammlungsortes zu Beginn der Versammlung gerügt wurde, ist auch keine Heilung eingetreten.[22]

> *Hinweis*: Eine andere Ansicht ist mit Blick auf den fehlenden Sinn ebenso vertretbar. Jedenfalls sind in einem rechtswissenschaftlichen Gutachten und auch nach dem Bearbeitungsvermerk alle denkbaren Beschlussmängel des Beschlusses zu prüfen.

2. Einberufungsschreiben

Das COVMG macht keine neuen Vorgaben zur Einberufung. Es gelten bei der virtuellen Versammlung dieselbe Form und Frist wie bei der Einberufung einer Präsenzversammlung.[23] Die Form der Einberufung soll in der Satzung festgelegt werden (vgl. § 58 Nr. 4 BGB). Es muss eine Einladungsform gewählt werden, nach der jedes Mitglied auch Kenntnis von der Mitgliederversammlung erlangt.[24] Vorliegend wurden die Mitglieder – in Einklang mit der Satzungsbestimmung – direkt und schriftlich (vgl. § 126 BGB) per Post benachrichtigt. Auch wurde die Tagesordnung angegeben und es lagen umfassende Informationen zur technischen Durchführung und Abstimmung bei.[25] Die Form der Einberufung ist somit gewahrt. Eine Einladungsfrist ist gesetzlich nicht vorgeschrieben und der 1. FC hat auch in seiner Satzung keine Vorgabe hierzu festgelegt. Damit ist die Einberufung so vorzunehmen, dass der Schutzzweck der Einberufungsfrist gewahrt ist. Die Mitglieder müssen ausreichend Zeit haben – bei Präsenzversammlungen – ihre Anreise zu planen und den Zeitpunkt in ihrem Terminkalender unterzubringen. Bei ortsansässigen Mitgliedern wird eine Frist von einer Woche als angemessen empfunden.[26] Hier hat der 1. FC am 20.5.2021 zu der Versammlung am 25.6.2021 eingeladen. Eine Anreise erübrigt sich bei der virtuellen Versammlung ohnehin, sodass ein Zeitraum von über einem Monat durchaus angemessen ist, um den Termin im Kalender unterzubringen. Die Einladungsfrist wurde ebenfalls gewahrt. Das Einberufungsschreiben ist formell rechtmäßig.

3. Erforderlichkeit der Anmeldung von Fragen

In dem Rundschreiben über die geplante Versammlung wies der Vorstand darauf hin, dass Fragen bis spätestens einen Tag vor der Versammlung per E-Mail gestellt werden müssen. Hierin könnte ein Verstoß gegen die Informations- und Auskunftsrechte der Vereinsmitglieder liegen.

Informationen sind unerlässliche Voraussetzung für die Wahrnehmung mitgliedschaftlicher Rechte.[27] Die Mitwirkung der Vereinsmitglieder an der Selbstbestimmung des Vereins fällt in den Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 1 GG.[28]

Das Informations- und Auskunftsrecht des Vereinsmitglieds dient der Schaffung einer ausreichenden Informationsgrundlage für die sinnvolle Wahrnehmung der mitgliedschaftlichen Rechte und ist im Ausgangspunkt versammlungsgebunden, besteht folglich grundsätzlich nur, aber gerade in der Mitgliederversammlung.[29] Mangels ausdrücklicher Regelung in den §§ 21 ff. BGB wird teilweise § 131 AktG analog angewandt,[30] teilweise auf §§ 27 Abs. 3, 666 BGB abgestellt,[31] der jedoch teilweise lediglich für den kollektiven Informationsanspruchs des Vereins herangezogen wird.[32]

Durch die Regelung der zwingenden Einreichung von Fragen einen Tag vor Beginn wird das Auskunftsrecht der Vereinsmitglieder beeinträchtigt, da insbesondere keine kurzfristig aufkommenden „Nachfragen“ möglich sind bzw. deren Annahme im Ermessen des Versammlungsleiters und deren Beantwortung im Ermessen des Vorstands als auskunftspflichtiger Person[33] liegt.

Erwägen lässt sich zunächst, ob § 5 Abs. 2 COVMG eine solche Einschränkung gestattet. Gem. § 5 Abs. 2 Nr. 1 COVMG kann der Vorstand abweichend von § 32 Abs. 1 S. 1 BGB auch ohne Ermächtigung in der Satzung vorsehen, dass

[19] Vgl. *Schwenn/Blacher*, npoR 2020, 154 (156).
[20] Vgl. BT-Drs. 19/25322, S. 22.
[21] *Weber*, npoR 2021, 99 (100).
[22] Vgl. zur Heilung bei rügeloser Einlassung *Reichert*, in: Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, 14. Aufl. 2018, Rn. 1424.
[23] *Schneider/Bischoff*, ZStV 2020, 153.
[24] *Neudert/Walter*, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, 21. Aufl. 2021, Rn. 171.
[25] Vgl. ausführlich zu den Voraussetzungen der Einberufung *Schuller*, in: Baumann/Sikora, Hand- und Formularbuch des Vereinsrechts, 2. Aufl. 2017, § 7 Rn. 65 ff.
[26] *Schuller* (Fn. 25), § 7 Rn. 61.
[27] BVerfG NJW 2000, 349 (350).
[28] BVerfGE 123, 186 (230).
[29] *Notz* (Fn. 1), § 32 Rn. 117; *Könen*, in: Beck’scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.3.2022, § 38 Rn. 130.
[30] *Leuschner* (Fn. 1), § 38 Rn. 22 f.; *Notz* (Fn. 1), § 32 Rn. 129.
[31] BGHZ 152, 339 = NJW-RR 2003, 830 (830).
[32] So *Notz* (Fn. 1), § 38 Rn. 129.
[33] *Notz* (Fn. 1), § 32 Rn. 120.

Vereinsmitglieder an der Mitgliederversammlung ohne Anwesenheit am Versammlungsort teilnehmen, und Mitgliederrechte im Wege der elektronischen Kommunikation ausüben können oder müssen. Der Wortlaut („[…] und Mitgliederrechte […] ausüben können oder müssen") ließe sich so verstehen, dass eine Einschränkung der Mitgliederrechte, wozu nicht nur das Stimmrecht, sondern – neben weiteren – auch das Frage- und Auskunftsrecht zählt, durchaus vorgesehen werden kann („können"). Dagegen spricht jedoch, dass nach § 5 Abs. 2 Nr. 2 COVMG nicht an der Versammlung teilnehmende Mitglieder ihre Stimmen auch vor Durchführung schriftlich abgeben können. Dieser systematische Zusammenhang legt nahe, dass neben der rein elektronischen Abstimmung lediglich die Möglichkeit einer kombiniert elektronischen und schriftlichen Stimmabgabe eröffnet werden sollte.[34] Eine Befugnis zur Beschränkung der Rechte auf die Zeit vor der Versammlung ergibt sich aus § 5 Abs. 2 Nr. 1 COVMG daher nicht.

Auch der systematische Vergleich zur Regelung bei der Aktiengesellschaft in § 1 Abs. 2 S. 2 COVMG, der eine Regelung zum Fragerecht enthält, lässt vermuten, dass der Gesetzgeber mit der Formulierung des § 5 Abs. 2 Nr. 1 COVMG keine Beschränkbarkeit des Frage- und Auskunftsrechts beim Verein beabsichtigte. Die Regelung zur Aktiengesellschaft enthält in § 1 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 COVMG die Ermächtigung des Vorstands, den Aktionären vorzugeben, dass Fragen bis spätestens einen Tag vor der Versammlung im Wege elektronischer Kommunikation einzureichen sind. Eine dahingehende Regelung zur Mitgliederversammlung von Vereinen fehlt. Diese Regelung könnte auf die Mitgliederversammlung allerdings analog angewendet werden.[35]

Dafür müsste die bestehende Regelungslücke für den Verein planwidrig und die Interessenlage vergleichbar sein. Ein ausdrücklicher Wille des Gesetzgebers, die Mitgliederrechte bei der Mitgliederversammlung im Verein völlig unantastbar zu lassen, ist den Gesetzesmaterialien nicht zu entnehmen.[36] Der Umstand, dass der Gesetzgeber für die Aktiengesellschaft eine Regelung getroffen und diese in den Materialien begründet hat,[37] eine entsprechende Regelung für den Verein aber nicht, könnte zwar dahin zu interpretieren sein, dass keine planwidrige Lücke vorliegt, sondern der Gesetzgeber bewusst unterschiedliche Regelungen getroffen hat. Die fehlende Anordnung beim Verein könnte aber auch daraus resultieren, dass der Gesetzgeber das vergleichbare Regelungsbedürfnis (dazu sogleich) beim Verein in Anbetracht der Dringlichkeit einer Regelung schlicht übersah. Dies ist deshalb plausibel, weil die außergewöhnliche Pandemiesituation eine Vielzahl von Regelungen und Eingriffen notwendig machte, und alle Maßnahmen besonders eilbedürftig waren. Damit kann aus der schlichten Nichtregelung nicht geschlossen werden, dass der Gesetzgeber eine Gesetzeslücke bewusst vorgesehen hat. Die Regelungslücke ist damit planwidrig.[38] Daher ist auf die Vergleichbarkeit der Interessenlage im Hinblick auf das Telos der Vorschrift des § 1 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 COVMG einzugehen.

Bei der Aktiengesellschaft bezweckte das weitgehende Ermessen in § 1 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 COVMG a.F., nach dem der Vorstand nach pflichtgemäßem, freiem Ermessen entscheiden konnte, welche Fragen er wie beantwortet, die Sicherstellung des ordnungsgemäßen Ablaufs der Hauptversammlung. Diese könnte durch eine „Flut von Fragen" und auch „inhaltlich inakzeptablen Einwürfen" gefährdet sein.[39] Offenbar fürchtete man, dass die Versammlungsleitung mit dem Umgang mit virtuellen Störungen noch nicht so versiert umgehen kann. In Zusammenhang damit stand auch die Regelung in § 1 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 COVMG a.F.[40] Während das Ermessen im Zuge der Reform durch das Gesetz vom 22.12.2020[41] auf das „Wie" der Beantwortung der Fragen beschränkt wurde,[42] wurde die Befugnis des Vorstands, vorzugeben, dass Fragen vor Versammlungsbeginn einzureichen sind, lediglich insoweit abgeändert, als dass nun vorgegeben werden kann, dass Fragen bis spätestens einen Tag (statt zweier) vor Versammlungsbeginn einzureichen sind.

Es erscheint denkbar, dass auch beim Verein die vorherige Sichtung, inhaltliche Bündelung und Vorbereitung auf die Fragen im Hinblick auf einen raschen und störungsfreien Ablauf der Versammlung sinnvoll oder sogar notwendig sein kann. Nicht anders als bei der Aktiengesellschaft besteht auch bei der Online-Mitgliederversammlung eines Vereins eine „social-media-ähnliche" Situation, die Störungen des Ablaufs durch Einwürfe und eine Vielzahl von Fragen plausibel erscheinen lässt.[43] Zudem ließe sich argumentieren, dass die Beschränkung des Fragerechts nicht sonderlich gewichtig ist, da die Mitglieder aufgrund der vorherigen Einladung genug Zeit hatten, ihre Fragen einzureichen.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Versammlungsleiter wie auch bei der Präsenzversammlung die Möglichkeit hat, Teilnehmern durch Stummschaltung das Wort zu entziehen und als ultima ratio, Teilnehmer von der Videokonferenz auszuschließen.[44] Auf diese Weise ist es dem Versammlungsleiter unter zumutbarem Aufwand möglich, den störungsfreien Ablauf der Online-Versammlung sicherzustellen, ohne dass das bedeutsame Frage- (und mit ihm das Auskunftsrecht) von vornherein für die Versammlung ausgeschlossen werden muss. Insbesondere aufgrund der grundsätzlichen Versammlungsbezogenheit des Auskunftsrechts ist die Möglichkeit, Fragen zu zuvor behandelten Tagesordnungspunkten und auch sich aus der Diskussion ergebene Nachfragen auf der Mitgliederversammlung zu stellen, von besonderer Bedeutung. Zudem ist die Situation bei Aktiengesellschaften vor dem Hintergrund des Gebarens „räuberischer Aktionäre" als noch

[34] Vgl. *Weber*, npoR 2021, 99 (101).
[35] Zur Übertragbarkeit von § 1 Abs. 2 S. 2 COVMG a.F. *Segna*, npoR 2020, 148 (151).
[36] Vgl. BT-Drs. 19/25322, S. 22.
[37] Siehe BT-Drs. 19/18110, S. 26; BT-Drs. 19/25322, S. 21 f.
[38] A.A. *Schindler/Schaffner* (Fn. 6), § 4 Rn. 724.
[39] BT-Drs. 19/18110, S. 26.
[40] BT-Drs. 19/18110, S. 26.
[41] BGBl. I 2020, S. 3328.
[42] Vgl. BT-Drs. 19/25322, S. 21 f.
[43] *Schindler/Schaffner* (Fn. 6), § 4 Rn. 723.
[44] *Schwenn/Blacher*, npor 2020, 154 (158).

anfälliger für bewusste Provokationen und übermäßig lange und unsachliche Einwürfe einzuschätzen. Auf eine vermeintlich rechtswidrige Beschränkung des Rede- und Fragrechts des Aktionärs könnte dieser eine Anfechtungsklage stützen, um sich anschließend den „Lästigkeitswert" von der Gesellschaft bezahlen zu lassen.[45] Eine vergleichbare Situation besteht bei Vereinen hingegen nicht. *Segna* hält die Erwägungen des Gesetzgebers allenfalls beschränkt auf Groß- und gar nicht auf Kleinvereine übertragbar.[46] Der 1. FC ist mit 500 Mitgliedern als kleiner Verein einzustufen. Auch diese Meinung kommt folglich zu dem Ergebnis, dass es an einer vergleichbaren Interessenlage fehlt, womit eine analoge Anwendung von § 1 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 COVMG ausscheidet.

Demgemäß fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage für die Beschränkung des Fragerechts durch den Vorstand. Auch daher ist der Beschluss über die Satzungsänderung formell rechtswidrig.

Der Anfechtungsausschluss gem. § 1 Abs. 7 COVMG, nach dem die Anfechtung eines Beschlusses aufgrund eines Verstoßes unter anderem nicht auf einen Verstoß gegen § 1 Abs. 2 COVMG gestützt werden kann, es sei denn, der Gesellschaft ist Vorsatz nachzuweisen, ist konsequenterweise ebenfalls nicht analog anzuwenden.[47]

> *Hinweis*: Es handelt sich um ein sehr anspruchsvolles Problem, bei dem die Bearbeitungen mangels konkreter Literatur zu der Fragestellung im Vereinsrecht kreativ werden müssen. Eine derart ausführliche Behandlung des Problems kann nur von Bearbeitungen im oberen vollbefriedigenden Bereich verlangt werden. Gute Bearbeitungen zeichnen sich dadurch aus, dass sie eine saubere Analogieprüfung vornehmen und dogmatisch vorgehen. Auch andere Lösungsansätze oder Verortungen im Prüfungsaufbau sollen gewürdigt werden.

4. Technische Probleme bei der Aussprache und der Abstimmung

Auch die Internetstörungen und die Hardwareprobleme, die einigen Mitgliedern die Teilnahme an Aussprache und Abstimmung verwehrten, könnten zur formellen Rechtswidrigkeit des Beschlusses führen.

Das Rederecht und im Besonderen das Stimmrecht als Kernelement der Mitgliedschaft sind essenzieller Teil der Rechte der Vereinsmitglieder in der Hauptversammlung.[48] Die Ausübung dieser Rechte wurde durch die technischen Störungen für einen Teil der Mitglieder unmöglich. Allerdings ist fraglich, ob derartige Störungen die Rechtswidrigkeit bzw. Unwirksamkeit des Beschlusses zur Folge haben.

Für die Genossenschaft regelt § 3 Abs. 1 S. 4 COVMG, dass eine Anfechtung nicht auf Verletzungen des Gesetzes oder der Mitgliederrechte gestützt werden kann, es sei denn, der Genossenschaft ist Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen. Auch in § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG heißt es, dass eine Anfechtung nicht auf eine durch technische Störung verursachte Verletzung von Rechten, die auf elektronischem Wege ausgeübt wurden, gestützt werden kann, es sei denn, der Gesellschaft ist grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz vorzuwerfen.

Eine entsprechende Regelung enthält weder § 5 COVMG noch die §§ 21 ff. BGB. Wiederum könnte die Vergleichbarkeit der Interessenlage beim Verein die analoge Anwendung begründen. Mit der Regelung des § 3 Abs. 1 S. 4 COVMG sollte verhindert werden, dass Genossenschaften allein aufgrund von technischen Unsicherheiten die Möglichkeit der Online-Versammlung nicht in Anspruch nehmen.[49] § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG soll verhindern, dass die Möglichkeit der Online-Teilnahme zu einer Erweiterung der Anfechtungsmöglichkeit führt.[50] Diese Zwecke sind bei der (ausnahmsweisen) Online-Versammlung eines Vereins gleichermaßen einschlägig.[51] Zwar lässt sich bezweifeln, dass die Anknüpfung an das Verschulden des Vorstands richtig ist.[52] Auch erscheint die gesetzlich vorgenommene Risikoverteilung bei hoher Online-Teilnahme oder – wie im Falle einer reinen Online-Versammlung – ausschließlichen Online-Teilnahme unangemessen.[53] Allerdings dürfte es dem gesetzgeberischen Willen am ehesten entsprechen, die existierenden Regelungen zur Aktiengesellschaft und zur Genossenschaft entsprechend auf den Verein anzuwenden, sofern das Bedürfnis einer Regelung überhaupt bejaht wird.[54] Beide Argumente sind vornehmlich als Kritik am Rechtszustand de lege lata zu verstehen, welche einer analogen Anwendung folglich nicht per se entgegenstehen. Unabhängig von der Kritik an den bestehenden Regelungen dürfte es jedenfalls Konsens sein, dass technische Störungen in der Sphäre der Online-Teilnehmer keine Anfechtung zu begründen vermögen.[55]

Die technischen Störungen der Vereinsmitglieder stammten vorliegend aus deren Sphäre (instabile Internetverbindung, Hardwareprobleme). Jedenfalls ist dem Verein insoweit kein Verschulden vorzuwerfen. Der Beschluss ist aus diesem Grund daher nicht rechtswidrig bzw. unwirksam.

5. Zwischenergebnis

Der Beschluss ist mangels eines physischen Versammlung-

[45] Vgl. zum „räuberischen Aktionär" *Ehmann*, in: Grigoleit, Kommentar zum AktG, 2. Aufl. 2020, § 245 Rn. 2; *Jahn*, BB 2005, 5 (5 ff.).
[46] *Segna*, npor 2020, 148 (150).
[47] So auch *Segna*, npoR 2020, 148 (151: „Zurückhaltung geboten").
[48] *Notz* (Fn. 1), § 32 Rn. 122, 133.
[49] BT-Drs. 19/18110, S. 28.
[50] Vgl. *Koch*, in: Koch, Beck'scher Kurz-Kommentar zum AktG, 16. Aufl. 2022, § 243 Rn. 44.
[51] Im Ergebnis ebenso *Segna*, npoR 2020, 148 (151); *Schwenn/Blacher*, npoR 2020, 154 (157).
[52] *Schäfer*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 5. Aufl. 2021, § 243 Rn. 110.
[53] *Drescher*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum AktG, Stand: 1.2.2022, § 243 Rn. 237; *Schindler/Schaffner* (Fn. 6), § 4 Rn. 712.
[54] A.A. *Schindler/Schaffner* (Fn. 6), § 4 Rn. 726.
[55] *Schäfer* (Fn. 52), § 243 Rn. 110; *Kubis*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 5. Aufl. 2022, § 118 Rn. 91: keine Beseitigungspflicht.

sortes sowie der vom Gesetz nicht gedeckten Beschneidung des Frage- und Auskunftsrechts formell rechtswidrig.

II. Materielle Beschlussmängel

Materielle Beschlussmängel sind nicht ersichtlich. Insbesondere liegt die Satzungsänderung nicht außerhalb der Kompetenz der Mitgliederversammlung.[56] Bei der Satzungsänderung handelt es sich nicht um eine Zweckänderung des 1. FC, sodass die Zustimmung aller Mitglieder gem. § 33 Abs. 1 S. 2 BGB nicht erforderlich ist. Die für eine sonstige Satzungsänderung nach § 33 Abs. 1 S. 1 BGB erforderliche Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen ist gewahrt (256 Ja-Stimmen, 65 Nein-Stimmen, 19 Enthaltungen[57]).

III. Zwischenergebnis

Der Beschluss ist formell rechtswidrig.

B. Rechtsfolgen

Fraglich ist, welche Folge die formelle Rechtswidrigkeit aufgrund des fehlenden physischen Versammlungsortes sowie der unzulässigen Beschränkung des Frage- und Auskunftsrechts nach sich zieht. Welche Folgen (formelle) Beschlussmängel haben, ist umstritten. Ausgangspunkt ist der Befund, dass das Bürgerliche Gesetzbuch – wie das GmbH-Gesetz –, aber anders als das Aktiengesetz, keine ausdrückliche Regelung der Folgen von Beschlussmängeln in den §§ 21 ff. BGB bereithält.

I. Ansicht der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung und die wohl h.M. in der Literatur halten rechtswidrige Beschlüsse grundsätzlich für unwirksam und gehen davon aus, dass die §§ 241 ff. AktG keine Anwendung finden.[58] Nach dieser Auffassung ist die Nichtigkeit des Beschlusses im Rahmen einer Feststellungsklage nach § 256 ZPO geltend zu machen.

Während materiell rechtswidrige Beschlüsse stets unwirksam sind, setzt dies bei einem formellen Beschlussmangel dessen Relevanz voraus.[59] Dabei kommt es darauf an, dass ein objektiv urteilendes Mitglied bei mangelfreier Handhabung der Versammlung bzw. Beschlussfassung zu einer anderen Entscheidung gelangt sein könnte.[60] Teilweise differenzieren diese Ansichten bei formellen Mängeln weiter zwischen der (schwerwiegenden) Verletzung von Vorschriften im Interesse an einer rechts- und ordnungsgemäßen Willensbildung und der (weniger gewichtigen) Verletzung von Vorschriften zum Schutz einzelner Mitglieder.[61] Während erstere stets zur Nichtigkeit des Beschlusses führen sollen, sollen letztere rückwirkend unwirksam sein, wenn ein Mitglied den Verstoß innerhalb angemessener Frist rügt. Gegen eine solche Differenzierung wird eingewandt, dass die Frage, welche Normen individuelle und welche übergeordnete Interessen schützen, uneinheitlich beantwortet wird und es an einer klaren Linie fehlt.[62]

Hinsichtlich des fehlenden Versammlungsortes ist keine Relevanz festzustellen. Ein objektiv urteilendes Mitglied war unabhängig von der Angabe eines Versammlungsortes in der Lage, an der Online-Versammlung über die individuell zugesendeten Log-In Daten teilzunehmen. Es wäre den Mitgliedern ohnehin untersagt gewesen, den etwaigen physischen Versammlungsort aufzusuchen. Es ist nicht ersichtlich, wie das Fehlen eines physischen Versammlungsortes Einfluss auf ein konkretes Abstimmungsverhalten und damit das Abstimmungsergebnis hätte haben können. Aus diesem Grund ist die fehlende Angabe des Versammlungsorts nicht relevant und führt damit nicht zur Unwirksamkeit des Beschlusses.

Anderes könnte für die Einschränkung des Rede- und Auskunftsrechts gelten: Es erscheint durchaus denkbar, dass objektiv urteilende Versammlungsteilnehmer ihr Abstimmungsverhalten je nach Antwort auf eine Frage anpassen. Dies gilt gerade auch für kritische Nachfragen, die sich z.B. auf den Lage- oder Finanzbericht beziehen können und sich erst im Laufe der Versammlung stellen. Konkret erscheint etwa denkbar, dass Vereinsmitglieder ihre Zustimmung oder Ablehnung der „Öko-Klausel“ von der Finanzsituation des Vereins abhängig machen und der Finanzbericht Fragen offenlässt. Aufgrund der besonderen Bedeutung von Vereinsinformationen als Entscheidungsgrundlage für die Ausübung von Mitgliederrechten[63] ist der Verstoß als relevant einzustufen. Die Einschränkung betrifft auch die Willensbildung und ist damit als schwerwiegend im Sinne der unterdifferenzierenden Ansichten zu qualifizieren. Selbst wenn man den Verstoß als geringfügig ansieht, so wurde er jedenfalls von einigen älteren Vereinsmitgliedern gerügt. Auch diese Ansichten gelangen folglich zur Nichtigkeit des Beschlusses.

II. Analoge Anwendung des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts

Nach Ansicht einiger Stimmen in der Literatur ist das Beschlussmängelrecht des Aktienrechts, welches in den §§ 241 ff. AktG geregelt ist, für den Verein analog anzuwenden.[64]

Nach den §§ 241 ff. AktG wird grundsätzlich zwischen nichtigen und anfechtbaren Beschlüssen unterschieden. Nichtig sind nach den Vertretern dieser Ansicht solche Beschlüsse, die an einem Mangel leiden, der in dem abschließenden Nichtigkeitskatalog des § 241 AktG aufgeführt ist.[65] Auf-

[56] Vgl. zu materiellen Beschlussmängeln *Notz* (Fn. 1), § 32 Rn. 209.
[57] Enthaltungen sind nicht mitzuzählen, vgl. *Schöpflin* (Fn. 29), § 33 Rn. 4; darauf kommt es hier aber nicht an.
[58] BGH NJW 2008, 69 (72); BGH NJW 1971, 879 (880); BGHZ 59, 369 = NJW 1973, 235; vgl. die weiteren Nachweise bei *Notz* (Fn. 1), § 32 Rn. 203.
[59] BGH NJW 2008, 69 (73).
[60] BGH NJW 2008, 69 (73); *Notz* (Fn. 1), § 32 Rn. 216.
[61] Instruktiv und mit Beispielen *Leuschner* (Fn. 1), § 32 Rn. 56.
[62] *Notz* (Fn. 1), § 32 Rn. 220.
[63] Vgl. BVerfG NJW 2000, 349 (350) siehe oben.
[64] *K. Schmidt*, in: Festschrift für Walter Stimpel, 1985, S. 217 ff.; *Leuschner* (Fn. 1), § 32 Rn. 65 f.; differenzierend nach Art des Vereins: *Fluck*, Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse, 2017, S. 65 ff.
[65] *Leuschner* (Fn. 1), § 32 Rn. 53.

grund dieser Mängel kann Feststellungsklage erhoben werden. Bloß anfechtbar sind dagegen Beschlüsse, die unter Verstoß gegen andere Vorschriften oder die Satzung zustande kamen. Die Aufhebung solcher Beschlüsse kann mittels Anfechtungsklage aufgrund des Anspruchs auf gesetz- und satzungsmäßiges Verhalten des Vereins und seiner Organe geltend gemacht werden.[66]

Vorliegend mangelte es an einem physischen Versammlungsort für die Versammlung, der jedoch nach § 5 Abs. 2 COVMG erforderlich gewesen wäre. Fraglich ist, ob der Einberufung damit die Angabe des Ortes der Versammlung nach §§ 121 Abs. 3 S. 1, 241 Nr. 1 AktG analog fehlte. Dem Wortlaut nach ist der physische Versammlungsort nicht angegeben, sodass ein Verstoß gegen § 121 Abs. 3 S. 1 AktG analog gegeben ist. Die Nichtigkeitsfolge nach §§ 121 Abs. 3 S. 1, 241 Nr. 1 AktG analog hat jedoch den Zweck solche Einberufungen zu erfassen, bei dem das Mitglied mangels Kenntnis des Ortes die Versammlung überhaupt nicht erreichen kann. Bei einer virtuellen Versammlung, wie hier, hat das Mitglied jedoch durchaus die Zugangsdaten erhalten und kann der Versammlung ohne Probleme am richtigen „virtuellen Ort" beiwohnen. Damit erfasst §§ 121 Abs. 3 S. 1, 241 Nr. 1 AktG analog hier dem Wortlaut nach einen Fall, der jedoch dem Zweck der Vorschrift nicht entspricht. Die Vorschrift ist teleologisch zu reduzieren.[67] Folglich ist der Beschluss aufgrund dieses Mangels nicht nichtig, sondern lediglich anfechtbar.

Die Einschränkung des Frage- und Auskunftsrechts hingegen fällt unter keinen Fall des § 241 AktG analog. Es handelt sich um einen einfachen Gesetzesverstoß, der folglich lediglich zur Anfechtbarkeit des Beschlusses gem. § 243 Abs. 1 AktG analog führt. Nach dieser Ansicht wäre der Beschluss damit zunächst wirksam. Dies gilt unabhängig davon, ob die Einschränkung des Frage- und Auskunftsrechts unter § 243 Abs. 4 S. 1 AktG analog fällt. Nach dieser Vorschrift kann wegen unrichtiger, unvollständiger oder verweigerter Erteilung von Informationen nur angefochten werden, wenn ein objektiv urteilender Aktionär die Erteilung der Information als wesentliche Voraussetzung für die sachgerechte Wahrnehmung seiner Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte angesehen hätte.

III. Stellungnahme

Nach Ansicht der h.M. wäre der Beschluss folglich nichtig, während er nach Ansicht derjenigen in der Literatur, die die §§ 241 ff. AktG analog anwenden, wirksam wäre. Der BGH und die h.M. begründen ihre Auffassung damit, dass wegen der Vielgestaltigkeit vereinsrechtlicher Zusammenschlüsse und der darum unterschiedlich gelagerten tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse eine analoge Anwendung der §§ 241 ff. AktG nicht in Betracht komme.[68] Außerdem wird auf die geringeren Förmlichkeiten des Vereinsrechts, das keine Unterscheidung zwischen Beschlussanfechtung und deklaratorischer Feststellung der Nichtigkeit kennt, hingewiesen.[69] Komplizierte Vorschriften zu den Rechtsfolgen fehlerhafter Beschlüsse seien mangels praktischen Bedürfnisses abzulehnen.[70] Weiterhin fehle es im Vereinsrecht an Anhaltspunkten, nach welchen Kriterien Beschlüsse nur anfechtbar oder nichtig sein sollen.[71]

Für die analoge Anwendung der §§ 241 ff. AktG spricht, dass diese die Rechtsfolgen von Beschlussmängeln detailliert regeln. Auch im Genossenschaftsrecht und GmbH-Recht werden die aktienrechtlichen Regelungen zumindest teilweise analog angewendet, was konsequenterweise dann auch im Vereinsrecht gelten müsse.[72] Auch wird angeführt, dass die Rechtsprechung sich durch viele Rechtsfortbildungen (etwa Kausalitäts- bzw. Relevanzerfordernis, Heilungsmöglichkeit) bereits den aktienrechtlichen Regelungen annähert, dessen Komplexität aber noch übertrifft und somit nicht deren Rechtssicherheit zu bieten vermag.[73] Die von der h.M., insbesondere der Rechtsprechung entwickelten Besonderheiten der Feststellungsklage, unter anderem das Erfordernis der Relevanz, die inter omnes Wirkung des Urteils und die Notwendigkeit eines alsbaldigen Widerspruchs passten nicht zur Feststellungsklage und ließen sich nur damit erklären, dass es sich tatsächlich um eine Leistungsklage auf Aufhebung des rechtswidrigen Beschlusses handelte.[74] Somit hätte die Anwendung der §§ 241 ff. AktG analog auch den Vorzug, das Vorgehen der Rechtsprechung auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen.[75]

Gegen die analoge Anwendung der §§ 241 ff. AktG jedenfalls auf alle Vereine spricht jedoch entscheidend, dass diese in ein umfassendes System von Vorschriften zum Schutz der Gläubiger, der Gesellschaft und der Mitglieder der Gesellschaft eingebettet sind, das insgesamt auf der typischerweise erheblichen wirtschaftlichen Tätigkeit der Gesellschaft beruht, die beim Verein regelmäßig gerade nicht gegeben ist.[76] Zwar hat der BGH mit seinen Beschlüssen zur erlaubten wirtschaftlichen Tätigkeit von Idealvereinen zu § 21 BGB bei Vorliegen von Gemeinnützigkeit auch Idealvereinen erhebliche wirtschaftliche Tätigkeiten erlaubt.[77] Allerdings kann der Verein in der Satzung besondere Regelungen für das Beschlussmängelrecht vorsehen, wenn dies gewollt ist, und

[66] *Schwennicke*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2019, § 32 Rn. 133 f.

[67] Vgl. gegen die Angabe des physischen Ortes bei der Aktionärsversammlung *Rieckers*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum Zivilrecht, Stand: 1.2.2022, AktG § 121 Rn. 30; a.A. wohl *Drescher*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum Zivilrecht, Stand: 1.2.2022, AktG § 241 Rn. 192, der der Auffassung ist, dass auch bei der virtuellen Hauptversammlung der Ort zu vermerken ist, an dem sich Versammlungsleiter und Notar befinden.

[68] BGH NJW 2008, 69 (72).

[69] BGH NJW 2008, 69 (72).

[70] *Schöpflin* (Fn. 29), § 32 Rn. 30.

[71] *Schwennicke* (Fn. 66), § 32 Rn. 135.

[72] *Leuschner* (Fn. 1), § 32 Rn. 53 f., 58; *Notz* (Fn. 1), BGB § 32 Rn. 205.

[73] *Leuschner* (Fn. 1), § 32 Rn. 59.

[74] *Leuschner* (Fn. 1), § 32 Rn. 61–64.

[75] *K. Schmidt* (Fn. 64), S. 345, 356; *Fluck* (Fn. 64), S. 60.

[76] *Fluck* (Fn. 64), S. 63 f.

[77] BGHZ 215, 69 = NJW 2017, 1943; BGH npoR 2018, 21.

gehen die Mitglieder eines Vereins heute nicht davon aus, dass sie sich an das Aktiengesetz halten müssten. Gegen eine differenzierende Anwendung nach Art des Vereins spricht, dass die mit einer solchen Differenzierung verbundene Rechtsunsicherheit nicht vertretbar wäre.[78] Folglich ist der h.M. zu folgen. Der formelle, relevante Beschlussmangel hat die Nichtigkeit des Beschlusses zur Folge.

C. Ergebnis

Der Beschluss über die Satzungsänderung ist aufgrund der Relevanz des formellen Fehlers unwirksam.

Frage 2

Hinweis: Teil 2 ist im Vergleich zu Teil 1 der Hausarbeit als eher leicht einzustufen und bewegt sich im Kernbereich des Prüfungsstoffs. Der Aufbau und das Auffinden der Probleme sollten die Studierenden vor keine größeren Probleme stellen. Vollbefriedigende und gute Bearbeitungen zeichnen sich durch eine dogmatische Herangehensweise und ansprechende Argumentation aus.

A. S-GmbH gegen den 1. FC aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB

Die S-GmbH könnte gegen den 1. FC einen Anspruch auf Zahlung von 2.423,80 € aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB haben.

I. Schuldverhältnis

Der 1. FC hat, nach § 164 Abs. 1, Abs. 3 BGB wirksam vertreten durch T, mit der S-GmbH einen Kaufvertrag nach § 433 BGB über 10 Fußbälle abgeschlossen. Ein Schuldverhältnis besteht.

II. Pflichtverletzung

Der 1. FC müsste eine Pflicht aus diesem Schuldverhältnis verletzt haben. In Betracht kommt die Verletzung einer Rücksichtnahme- bzw. Schutzpflicht. Nach § 241 Abs. 2 BGB ist jeder Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichtet. Dies beinhaltet die Pflicht, sich bei der Abwicklung des Schuldverhältnisses so zu verhalten, dass die Rechtsgüter des anderen Teils (Leben, Gesundheit, Eigentum, Vermögen usw.) nicht verletzt werden.[79]

Der 1. FC selbst hat hier keine Rücksichtnahmepflicht verletzt. T könnte jedoch eine solche Pflicht verletzt haben und das Verhalten der T könnte dem 1. FC zuzurechnen sein. Indem T beim Zurücksetzen mit dem PKW der S-GmbH kollidierte, verletzte sie das Eigentum derselben bei der Abwicklung des Kaufvertrags über die Fußbälle. Wäre dieses Verhalten dem 1. FC zuzurechnen, so läge hierin folglich die Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht.

Hinsichtlich des Verhältnisses von § 31 BGB und § 278 S. 1 BGB, die als Zurechnungsgrundlagen in Betracht kommen, besteht Unklarheit. Nach der herrschenden Organtheorie liegt im Handeln eines Repräsentanten (i.S.v. § 31 BGB) eigenes Handeln des Vereins, sodass es auf § 278 S. 1 BGB nicht ankommt.[80] Demgegenüber hält die Vertretertheorie im Rahmen von schuldrechtlichen Sonderverbindungen stets § 278 S. 1 BGB für vorrangig anwendbar.[81]

1. Zurechnung gem. § 31 BGB

Eine Zurechnung des Verhaltens der T könnte sich aus § 31 BGB ergeben. Gem. § 31 BGB ist der Verein für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt.

a) Anwendungsbereich

Der 1. FC ist ein eingetragener Verein i.S.d. § 21 BGB. § 31 BGB findet daher auf den 1. FC grundsätzlich Anwendung.

b) Verfassungsmäßig berufene Vertreterin

Der Verein haftet gem. § 31 BGB nur für den Vorstand, ein Vorstandsmitglied oder einen anderen verfassungsmäßig berufenen Vertreter. Da T kein Mitglied des Vorstands ist, kommt es darauf an, ob sie eine andere verfassungsmäßig berufene Vertreterin des 1. FC ist.

Wortlaut und Historie des § 31 BGB legen auf den ersten Blick nahe, dass andere verfassungsmäßig berufene Vertreter des Vereins besondere Vertreter gem. § 30 sind.[82] T ist aber mangels Satzungsermächtigung nicht besondere Vertreterin i.S.d. § 30 BGB. Ts Vertretungsmacht beruht vielmehr auf einer Vollmacht, erteilt von V als gesetzlichem Vertreter des 1. FC, vgl. § 166 Abs. 2 S. 1 BGB.

Von diesem engen Verständnis ist die Rechtsprechung jedoch hin zu einer umfassenden Haftung des Vereins für seine Repräsentanten abgerückt.[83] Entscheidend ist nach Auffassung des BGH, dass dem Vertreter durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen des Vereins zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind und er den Verein auf diese Wiese „repräsentiert".[84]

Zwar genügt die bloße Eigenschaft als Trainer mit dem damit typischerweise einhergehenden Aufgabenbereich diesen Voraussetzungen wohl nicht.[85] T ist jedoch darüber hin-

[78] BGH 1973, 235 (235).
[79] *Sutschet*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.2.2022, § 241 Rn. 89.
[80] BGHZ 109, 327 (330); BGH NJW 1973, 456 (457); *Schöpflin* (Fn. 29), § 31 Rn. 10; *Lorenz*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.2.2022, § 278 Rn. 10.
[81] *Flume*, BGB Allgemeiner Teil, Bd. 1, Teil 2, § 11 III. 5. (S. 396).
[82] Vgl. *Leuschner* (Fn. 1), § 31 Rn. 13.
[83] Siehe nur *Leuschner* (Fn. 1), § 31 Rn. 14.
[84] BGH NJW-RR 1986, 281 (282).
[85] *Reichert/Schimke/Dauernheim*, Vereinsrecht, 14. Aufl. 2018, Rn. 3439; *Schwennicke* (Fn. 66), § 31 Rn. 31.

aus für das Equipment und die Trainingsorganisation des Vereins verantwortlich. Damit trifft sie eigenständig und eigenverantwortlich unter anderem die Entscheidungen, welches Equipment in welchem Umfang anzuschaffen ist und welches Equipment zu welchem Zeitpunkt zu verkaufen bzw. zu entsorgen ist. Auch trifft sie alle maßgeblichen Trainings- und Wettkampfentscheidungen. Dieser Funktionsbereich ist für einen Fußballverein als wesentlich einzustufen. Wie oben bereits gezeigt, ist T auch jedenfalls insoweit von V bevollmächtigt worden. Damit ist sie Repräsentantin i.S.d. § 31 BGB.

c) Handeln in Ausführung der ihr zustehenden Verrichtungen

Ferner muss T in Ausführung der ihr zustehenden Verrichtungen gehandelt haben. Erforderlich ist ein „Handeln in amtlicher Eigenschaft".[86] Der Vertreter bzw. Repräsentant muss nach seinem Auftreten nach außen innerhalb des ihm zugewiesenen Funktionsbereichs handeln.[87]

Dafür bedarf es eines sachlichen, nicht bloß zeitlichen oder örtlichen Zusammenhangs zwischen dem schädigenden Verhalten und dem Aufgabekreis des Repräsentanten. Das ist der Fall, wenn sich das schädigende Verhalten aus der Sicht eines Außenstehenden nicht so weit vom Aufgabenkreis des Repräsentanten entfernt, dass der generelle Rahmen der ihm übertragenen Obliegenheiten überschritten ist.[88] Hier liegen nicht nur der Kauf, sondern auch die Abholung der Fußbälle in der Verantwortung der T für das Equipment und somit in ihrem Funktionsbereich. Dies war aufgrund des Offenkundigkeitsprinzips bei der Stellvertretung des 1. FC durch T (§ 164 Abs. 1, Abs. 2) auch für die S-GmbH und generell nach außen erkennbar. Damit fällt auch das Verlassen des Geländes in den Aufgabenkreis der T als Repräsentantin. Zweck der Einschränkung des Handelns in amtlicher Eigenschaft ist es, den Verein nicht für rein privates Verhalten der Repräsentanten haften zu lassen.[89] Kauf und Abholung sind hier durch den Kauf des Yoga-Buchs nur zu einem geringen Teil privat mitveranlasst, zumal es sich bei dem Kauf des Buchs um eine spontane Entscheidung handelte. Der private Kauf des Yoga-Buchs der T für ihren Vater lässt den inneren Zusammenhang unberührt. T handelte folglich in Ausführung der ihr zustehenden Verrichtungen.

d) Zwischenergebnis

Folglich ist dem 1. FC das Handeln der T gem. § 31 BGB zuzurechnen. Eine Pflichtverletzung des 1. FC liegt folglich vor.

2. Zurechnung gem. § 278 S. 1 BGB

Nach der Vertretertheorie kommt es im Rahmen vertraglicher Beziehungen auf § 278 S. 1 BGB an. T handelt zur Abwicklung des mit der S-GmbH bestehenden Kaufvertrags, sodass nach der Vertretertheorie vorrangig vor § 31 BGB auf § 278 S. 1 BGB zurückzugreifen ist.

Auch über § 278 S. 1 BGB ist nicht nur das Verschulden, sondern auch das Verhalten zuzurechnen.[90] T war mit Willen des Vereins bzw. Vs bei der Erfüllung einer dem Verein obliegenden Verbindlichkeit (§ 433 Abs. 2 BGB) als Hilfsperson tätig und damit dessen Erfüllungsgehilfin.[91] Die Eigentumsverletzung erfolgte auch in sachlichem Zusammenhang mit der Abwicklung des Kaufvertrags, und nicht nur bei Gelegenheit.[92]

Folglich gelangt auch die Vertretertheorie zur Zurechnung der Eigentumsverletzung der T an den 1. FC. Eine Stellungnahme ist zwischen den beiden Ansichten damit nicht erforderlich, da beide zu demselben Ergebnis kommen. Unterschiede ergeben sich nur, wenn die Haftung für Vorsatz ausgeschlossen wäre und T auch vorsätzlich gehandelt hätte.[93]

III. Vertretenmüssen

Der Verein müsste die Pflichtverletzung durch T ferner zu vertreten haben, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Zu vertreten hat der Schuldner gem. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit, wobei gem. § 276 Abs. 2 BGB fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.

Auch im Rahmen des Vertretenmüssen wird dem Verein ein etwaiges Vertretenmüssen der T nach der Organtheorie als Repräsentantin gem. § 31 BGB, nach der Vertretertheorie als Erfüllungsgehilfin gem. § 278 S. 1 BGB zugerechnet.

T vergaß beim Zurücksetzen auf dem Gelände der S-GmbH, in den Rückspiegel zu schauen und kollidierte dadurch mit dem PKW der S-GmbH. Damit verstieß sie jedenfalls gegen die in § 1 Abs. 2 StVO geregelte allgemeine Rücksichtnahmepflicht.[94] Folglich handelte T fahrlässig. Der 1. FC hat die Schutzpflichtverletzung daher auch zu vertreten.

IV. Schaden

Nach den §§ 249 ff. BGB ist die S-GmbH damit so zu stellen, wie sie stünde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Wäre T nicht beim Ausparken gegen den PKW der S-GmbH gefahren, so wäre kein Blechschaden entstanden. Statt der Reparatur selbst, kann der Geschädigte nach § 249 Abs. 2 S. 1 BGB grundsätzlich auch den hierfür erforderlichen Geldbetrag verlangen.

1. Abrechnung fiktiver Reparaturkosten

Fraglich ist, ob eine Abrechnung des erforderlichen Geldbetrags für die Reparatur auch möglich ist, wenn der Geschädigte gar nicht vorhat, sein Fahrzeug tatsächlich reparieren zu lassen.

[86] BGH NJW 1980, 115 (115).
[87] BGH NJW-RR 1986, 281 (282).
[88] *Leuschner* (Fn. 1), § 31 Rn. 22.
[89] *Leuschner* (Fn. 1), § 31 Rn. 22.
[90] *Lorenz* (Fn. 80), § 278 Rn. 50.
[91] Vgl. BGH NJW 2017, 2608 (2612).
[92] Vgl. *Lorenz* (Fn. 80), § 278 Rn. 44.
[93] Ein Ausschluss des Vorsatzes ist nur bei § 278 BGB möglich (vgl. § 278 S. 2 BGB).
[94] § 1 StVO gilt auch auf privaten Parkplätzen, vgl. *Heß*, in: Burmann u.a., Straßenverkehrsrecht, 27. Aufl. 2022, StVO, § 1 Rn. 14a.

Hiergegen spricht, dass der *VII. Zivilsenat* des BGH in einem Urteil vom 22.2.2019 entschied, dass ein werkvertraglicher Schadensanspruch nach §§ 634 Nr. 4, 280, 281 BGB nicht fiktiv auf Gutachtenbasis abgerechnet werden darf.[95] Dies sei aufgrund des Bereicherungsverbotes im Schadensrecht geboten, da bei fiktiver Abrechnung eine Überkompensation drohe.[96] Nach Ansicht einiger Autoren im Schrifttum lässt sich hieraus ein allgemeiner Rechtsgedanke dahingehend ableiten, dass nur konkret durchgeführte Reparaturen ersatzfähig sind. Bei dem Problem der Überkompensation handele es sich nicht um eine Besonderheit des Werkvertragsrechts, sondern vielmehr einen allgemeinen schadensrechtlichen Grundsatz. Auch gelte es, Versicherungsbetrügereien mit manipulierten Verkehrsunfällen zu verhindern.[97] Die Versagung der fiktiven Abrechnung sei auch nicht unbillig. Derjenige, der sich entscheide, sein Fahrzeug nicht fachgerecht reparieren zu lassen, sei offenbar bereit, mit den Einschränkungen zu leben. Zudem bestehe ein öffentliches Interesse daran, keinen Anreiz zu schaffen, Schäden nicht reparieren zu lassen. Die am Straßenverkehr teilnehmenden Fahrzeuge müssen verkehrssicher sein.[98]

Dem Wortlaut nach verlangt § 249 Abs. 2 S. 1 BGB jedoch mit dem „erforderlichen Geldbetrag" keinen konkreten Reparaturnachweis. Der Geschädigte ist vielmehr nach dem Grundsatz der Dispositionsfreiheit frei darin, wie er die Schadensersatzzahlung verwendet.[99] Der *V. Zivilsenat* des BGH stellte in einem Beschluss vom 13.3.2020 klar, dass die Dispositionsfreiheit Eckpfeiler für das Recht der unerlaubten Handlungen sei. Die Rechtsprechung des *VII. Zivilsenats* zum Werkvertragsrecht stünde hierzu schon deshalb nicht in Widerspruch, weil sie sich auf das Leistungsstörungsrecht beziehe.[100] Daher hält auch der *VI. Zivilsenat* für das Deliktsrecht an seiner Rechtsprechung zur Möglichkeit der fiktiven Schadensabrechnung fest.[101] Zudem entschied der *V. Zivilsenat* des BGH in einem Urteil vom 12.3.2021 wiederholt, dass die fiktive Schadensberechnung auch im Kaufvertragsrecht weiterhin möglich sei. Die Rechtsprechung des *VII. Zivilsenats* beruhe auf Besonderheiten des Werkvertragsrechts, wie der Ausgestaltung der werkvertraglichen Mängelrechte, insbesondere des Selbstvornahmerechts (vgl. § 637 BGB).[102] Bei Störungen des Integritätsinteresses bestehen diese Besonderheiten nicht, sodass es bei dem Grundsatz der Dispositionsfreiheit bleibt. Die Abrechnung von fiktiven Reparaturkosten ist hier damit jedenfalls zulässig.

Abzuziehen ist von den angegebenen Reparaturkosten nach § 249 Abs. 2 S. 2 BGB jedoch der auf die Umsatzsteuer entfallende Betrag von 380 €.[103]

Die S-GmbH kann fiktive Reparaturkosten i.H.v. 2.000 € verlangen.

2. Fiktive Desinfektionskosten

> *Hinweis*: Das Problem der (fiktiven) Desinfektionskosten wurde kürzlich in einigen Amtsgerichtsurteilen und auch Aufsätzen thematisiert. Das Auffinden und ansprechende Sortieren der Argumente sollte befriedigenden Bearbeitungen gelingen. Vollbefriedigende Bearbeitungen zeichnen sich durch einen dogmatischen Aufbau des Problems und einem sicheren Umgang mit den Prinzipien des Schadensrechts aus.

Die fiktiven Desinfektionskosten könnten ebenfalls zu ersetzen sein. In Betracht kommt auch hier jedenfalls nur ein Ersatz des Nettobetrags von 20 € (vgl. § 249 Abs. 2 S. 2 BGB).

a) Ersatz der Desinfektionskosten dem Grunde nach

Dafür müssten die Desinfektionskosten kausal auf den Unfall zurückzuführen sein. Wäre der Unfall nicht eingetreten, so stünde ein Verbringen des KFZ in eine Werkstatt und damit auch die Desinfektionskosten nicht in Rede. Eine äquivalente Kausalität besteht. Die Kosten müssten jedoch auch adäquat kausal sein. Das wäre der Fall, wenn Desinfektionskosten nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge außer Acht zu lassenden Umständen anfielen.[104] So könnte man anführen, dass eine Pandemie ein solches ganz eigenartiges und unwahrscheinliches Ereignis ist, sodass mit derartigen Kosten nicht zu rechnen sei, zumal es reiner Zufall sei, dass der Unfall in die Pandemiezeit falle.[105] Allerdings war die Pandemie zur Zeit des Unfalls bereits eine Tatsache, sodass eine Desinfektion zum Schutz vor Übertragungen nicht mehr außerhalb der Lebenswahrscheinlichkeit liegt.[106] Die Desinfektionskosten sind damit auch adäquat kausal.

Zudem müssten die Kosten für die Desinfektion zu dem nach § 249 Abs. 2 BGB für die Reparatur „erforderlichen

---

[95] BGH, Urt. v. 22.2.2019 – VII ZR 46/17 = NJW 2018, 1463.

[96] Vgl. zur Argumentation zum Bauvertragsrecht BGH, Urt. v. 22.2.2019 – VII ZR 46/17 = NJW 2018, 1463.

[97] LG Darmstadt, Urt. v. 5.8.2018 – 23 O 386/17 = NZV 2019, 91; LG Darmstadt, Urt. v. 24.1.2020 – 8 O 26/19 = BeckRS 2020, 1810.

[98] LG Darmstadt, Urt. v. 24.1.2020 – 8 O 26/19 = BeckRS 2020, 1810.

[99] Vgl. BGH, Beschl. v. 13.3.2020 – V ZR 33/19= NZBau 2021, 40 (46); BGH, Urt. v. 23.5.2017 – VI ZR 9/17 = NJW 2017, 2401; *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 249 Rn. 377.

[100] BGH, Beschl. v. 13.3.2020 – V ZR 33/19= NZBau 2021, 40 (46).

[101] Vgl. BGH, Urt. v. 25.9.2018 – VI ZR 65/18 = NJW 2019, 852; BGH, Beschl. v. 13.3.2020 – V ZR 33/19 = NZBau 2021, 40 (46).

[102] BGH, Urt. v. 12.3.2021 – V ZR 33/19 = NJW 2021, 1532 (1534).

[103] Vgl. *Oetker* (Fn. 99), § 249 Rn. 371.

[104] *Brand*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum Zivilrecht, Stand: 1.3.2022, BGB § 249 Rn. 239.

[105] AG Stuttgart, Urt. v. 1.2.2021 – 46 C 3694/20.

[106] AG München, Urt. v. 1.2.2021 – 336 C 18147/20; AG Köln, Urt. v. 14.1.2021 – 261 C 157/20; AG Amberg, Urt. v. 29.1.2021 – 2 C 624/20; *Staudinger/Altun*, NZW 2021, 169 (171).

Geldbetrag“ gehören. Nach einer rein objektiven Betrachtung hätte das Fahrzeug auch ohne eine Desinfektion des Fahrzeuginnenraums wieder in den ursprünglichen, fahrtüchtigen Zustand versetzt werden können. Allerdings ist die „Erforderlichkeit“ i.S.d. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB eine subjektive Komponente des Schadensbegriffs.[107] Ersatzfähig ist dasjenige, was aus Sicht eines verständigen, wirtschaftlich denkenden Menschen in der Lage des Geschädigten zur Behebung des Schadens zweckmäßig und notwendig erscheint. So stellt § 249 Abs. 2 BGB gerade auf eine Restitution in Eigenregie des Geschädigten ab.[108] Als Maßstab für einen verständigen, wirtschaftlich denkenden Menschen kann insoweit bezüglich der Notwendigkeit einer Desinfektion auf die Empfehlung des Robert-Koch-Instituts verwiesen werden.[109] Nach derzeitigem Stand ist nach dem Robert-Koch-Institut „eine Übertragung durch kontaminierte Oberflächen insbesondere in der unmittelbaren Umgebung der infektiösen Person nicht auszuschließen“[110]. Damit erscheint eine Desinfektion des Fahrzeugs nach Berührung durch verschiedene Personen zur Zeit der Corona-Pandemie erforderlich.[111]

b) Fiktive Abrechnung der Desinfektionskosten

Das Gesetz sieht von der Möglichkeit der fiktiven Abrechnung lediglich eine Ausnahme für die Umsatzsteuer vor (vgl. § 249 Abs. 2 S. 2 BGB).[112] Mangels weiterer Einschränkungen ist § 249 Abs. 2 S. 2 BGB nicht auf weitere Rechnungsposten zu übertragen.[113]

Die Desinfektionskosten sind i.H.v. 20 € auch fiktiv zu ersetzen.[114]

3. Zwischenergebnis

Der S-GmbH ist nach § 249 BGB ein ersatzfähiger Schaden i.H.v. 2.020 € entstanden.

V. Ergebnis

Die S-GmbH kann vom 1. FC nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB eine Schadensersatzzahlung i.H.v. 2.020 € verlangen.

[107] *Staudinger/Altun*, NZW 2021, 169 (170).
[108] BGH, Urt. v. 15.10.1991 – VI ZR 314/90 = NJW 1992, 302.
[109] *Staudinger/Altun*, NZW 2021, 169 (170); so auch *de Biasi*, NZV 2021, 113, auch wenn diese letztlich darauf verweist, dass das Robert-Koch-Institut keine tatsächliche Desinfektion von Kontaktflächen, sondern Handhygiene empfiehlt.
[110] Abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html (10.5.2021).
[111] AG Heinsberg, Urt. v. 4.9.2020 – 18 C 161/20 = r+s 2020, 657; *Staudinger/Altun*, NZW 2021, 169.
[112] Siehe hierzu bereits oben unter IV. 1.
[113] *Staudinger/Altun*, NZW 2021, 169 (171).
[114] Vgl. AG Amberg, Urt. v. 29.1.2021 – 2 C 624/20; AG Köln, Urt. v. 14.1.2021 – 261 C 157/20.

B. S-GmbH gegen den 1. FC aus § 823 Abs. 1 BGB

Hinweis: Kommen Bearbeitungen zu dem Ergebnis, dass T keine verfassungsmäßig berufene Vertreterin ist, so muss konsequenterweise ein Anspruch aus § 831 BGB geprüft werden. In diesem Fall wird das Verhalten der T dem 1. FC nicht als eigenes Verhalten nach § 31 BGB zugerechnet. Ein Anspruch aus § 823 BGB setzt jedoch ein solches eigenes Fehlverhalten des 1. FC voraus. Vielmehr ist T dann Verrichtungsgehilfin und es kommt nur ein Anspruch aus § 831 BGB in Betracht. Hier besteht nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB eine Exkulpationsmöglichkeit. Ein Anspruch würde damit scheitern, wenn der 1. FC im Prozess beweisen könnte, dass er T sorgfältig ausgewählt und angeleitet hat. Ausreichende Bearbeitungen sollten dieses Verhältnis zwischen § 823 BGB (Eigenes Verhalten) und § 831 BGB (Zurechnung fremden Verhaltens) kennen. Auch sollten ausreichende Bearbeitungen erkennen, dass § 31 BGB keine Anspruchsgrundlage, sondern eine Zurechnungsnorm ist.

Die S-GmbH könnte gegen den 1. FC auch einen Anspruch auf Schadensersatzzahlung aus § 823 Abs. 1 BGB haben.

I. Rechtsgutsverletzung

Der angefahrene PKW steht im Eigentum (vgl. § 903 BGB) der S-GmbH. An diesem PKW ist ein Blechschaden entstanden, sodass das Eigentum in seiner Substanz beschädigt wurde. Eine Rechtsgutsverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB liegt vor.

II. Kausale Verletzungshandlung

Der Blechschaden ist entstanden, da T mit ihrem PKW auf den PKW der S-GmbH auffuhr. Dies stellt eine kausale Verletzungshandlung dar. Diese müsste dem 1. FC zuzurechnen sein. T ist verfassungsmäßig berufene Vertreterin des 1. FC und handelte auch in dieser amtlichen Eigenschaft als sie vom Gelände fuhr, siehe hierzu bereits oben. Die Handlung der T ist dem 1. FC damit nach § 31 BGB zuzurechnen.

III. Widerrechtlichkeit

Die Rechtsgutverletzung indiziert die Widerrechtlichkeit.

IV. Verschulden

Indem T beim Ausparken über die Trainingsorganisation nachdachte und nicht in den Rückspiegel sah, handelte sie jedenfalls unter Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und damit fahrlässig (vgl. § 276 Abs. 2 BGB). Dieses Verschulden der T ist dem 1. FC nach § 31 BGB zuzurechnen. Der 1. FC hat die Rechtsgutsverletzung zu verschulden.

V. Schaden

Der 1. FC hat die S-GmbH nach den §§ 249 ff. BGB so zu stellen, wie sie ohne das schädigende Ereignis stünde. Insofern kann auf die obigen Ausführungen zum Schaden verwie-

sen werden. Der S-GmbH ist ein zu ersetzender Schaden i.H.v. 2.020 € entstanden.

VI. Ergebnis

Die S-GmbH kann vom 1. FC auch nach § 823 Abs. 1 BGB Zahlung von 2.020 € verlangen.

C. Gesamtergebnis Frage 2

Die S-GmbH kann vom 1. FC Zahlung von 2.020 € aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB und § 823 Abs. 1 BGB verlangen.

Fortgeschrittenenklausur: Kleines Missgeschick – langer Streit*

Von Wiss. Mitarbeiter **Steffen M. Jauß**, Frankfurt am Main**

Die zwar anspruchsvolle, insgesamt aber noch einen durchschnittlichen Schwierigkeitsgrad aufweisende Klausur behandelt thematisch das Kondiktionsrecht und das Recht der GoA insbesondere mit ihren Bezügen zum Allgemeinen Teil des BGB. Der Sachverhalt enthält zahlreiche und deutliche Hinweise auf zu erörternde Rechtsfragen, die mehrheitlich wichtige Grundkenntnisse und Standardprobleme aus den genannten Materien betreffen.

Sachverhalt

Die 87-jährige Ernestine (E) ist seit neun Jahren verwitwet. Ihr in Kiel lebender Sohn Gustav (G) ist ihr einziger noch lebender Angehöriger. Seit dem Tod seines Vaters kümmert er sich regelmäßig um seine Mutter. Diese war nach dem Tod ihres Gatten in eine Sozialwohnung in Frankfurt umgezogen, weil sie sich mit ihrer spärlichen Rente nur noch eine günstige Mietwohnung leisten konnte. Im Sommer 2014 wurde bei ihr zudem eine Demenz diagnostiziert. Zwar steht diese einer selbständigen Lebensführung bisher nicht im Wege. Mit Fortschreiten der Erkrankung verlor Ernestine jedoch zunehmend den Überblick über behördliche Angelegenheiten und nichtalltägliche Geschäfte, ohne dass die Grenze zur Geschäftsunfähigkeit überschritten wäre. Deshalb hatte Gustav im Sommer 2017 erreicht, dass das zuständige Betreuungsgericht ihn nach §§ 1896 ff. BGB zum Betreuer seiner Mutter für den Bereich der Vermögenssorge bestellte und einen Einwilligungsvorbehalt anordnete.

Als Ernestine am 9.12.2018, dem zweiten Advent, gegen 22:30 Uhr einen Blick durch ihr Küchenfenster auf die verschneite Winterlandschaft warf, fielen ihr am Straßenrand stehende Wertstoffsäcke auf. Just in diesem Moment erinnerte sie sich, dass auch sie selbst noch Verpackungsmüll unter ihrer Spüle aufbewahrte, der am nächsten Morgen in aller Frühe abgeholt würde. Sie stellte ihre eigenen Wertstoffsäcke zu den am Straßenrand befindlichen. Auf dem Weg zurück ins Haus fiel ihr dann aber auf, dass sie beim Hinausgehen versehentlich nicht ihre Schlüssel, sondern ihr Mobiltelefon eingesteckt hatte. Immerhin konnte sie damit die Auskunft anrufen, wo man ihr den Kontakt zum Schlüsseldienst Dietrich GmbH (D) vermittelte. Um 23:11 Uhr traf der alleinige Gesellschafter und Geschäftsführer der Dietrich GmbH, Anton Dietrich (A), bei Ernestine ein. Nachdem sie einen entsprechenden Auftrag unterzeichnet hatte, öffnete Anton sachgerecht und beschädigungsfrei die Tür, was er sich durch eine ebenfalls von Ernestine unterzeichnete Abnahmeerklärung quittieren ließ. Drei Tage später erreichte Ernestine die Rechnung der Dietrich GmbH, die für ihre Tätigkeit insgesamt 319,48 € verlangte. Zwischenzeitlich hatte Gustav vom Missgeschick seiner Mutter erfahren und war über diese Rechnungssumme außer sich. Der Dietrich GmbH teilte er mit, dass er nicht einsehe, wieso seine in ärmlichen Verhältnissen lebende und demenzkranke Mutter diesen Betrag zahlen solle. Hätte er von dem Missgeschick gewusst, wäre er nach Frankfurt gefahren, um die Wohnung selbst aufzuschließen.

Wegen personeller Verschiebungen in der Verwaltung der Dietrich GmbH geschah daraufhin zunächst nichts. Erst am 11.10.2021 erhielt Ernestine eine Mahnung wegen der 319,48 €, die sie ihrem Sohn noch am selben Tag zeigte. In der Folge entwickelte sich zunächst ein Schriftwechsel zwischen Gustav und der Dietrich GmbH wegen etwaiger Preisnachlässe. Einig wurde man sich nicht. Deshalb erklärte Gustav der Dietrich GmbH am 29.10.2021 telefonisch, jedes weitere Gespräch über diese Angelegenheit zu verweigern. Der Dietrich GmbH stünden ohnehin keinerlei Ansprüche gegen seine Mutter zu; der von ihr erteilte Auftrag sei vielmehr null und nichtig gewesen. Wenn die Dietrich GmbH dies anders sehe, möge sie einen Anwalt beauftragen und ihre vermeintlichen Ansprüche gerichtlich geltend machen.

Tatsächlich erreichte Gustav am 27.1.2022 ein Schreiben von Rechtsanwältin Franziska Fuchs (F), in dem sie ihm die Vertretung der Interessen der Dietrich GmbH anzeigte. Darin führte Franziska aus, dass der von Ernestine erteilte Auftrag erstens als geringfügiges Alltagsgeschäft sehr wohl wirksam sei. Widrigenfalls sei die Dietrich GmbH zweitens im Interesse der Ernestine tätig geworden, wofür ihr ohnehin ein Arbeitsentgelt zustehe. Aber selbst wenn ein solcher Anspruch nicht bestünde, hätte Ernestine drittens die Dienste der Dietrich GmbH in Anspruch genommen, für welche sie auch bei jedem anderen Anbieter hätte zahlen müssen. Dass ihr diese Leistung einfach geschenkt werde, könne nicht rechtens sein. Beeindruckt vom Anwaltsschreiben überwies Gustav am 2.2. 2022 die geforderten 319,48 € vom Konto seiner Mutter bei der Bank (B) auf das Girokonto der Dietrich GmbH beim selben Geldinstitut, wo der Betrag gutgeschrieben wurde.

Als er den Fall am nächsten Tag der hausinternen Rechtsabteilung seines Arbeitgebers berichtete, wies man ihn darauf hin, dass die Sache inzwischen wohl verjährt und damit der Rechtsgrund für die Überweisung hinfällig geworden sein müsse.

Bestehen Ansprüche der Ernestine auf Rückerstattung der 319,48 €?

Bearbeitungsvermerk

Etwaige Zinsansprüche sind nicht zu prüfen. Auf die Befugnis des Gustav, Ansprüche seiner Mutter geltend zu machen, ist nicht einzugehen. Die von der Dietrich GmbH geltend gemachten 319,48 € entsprechen dem objektiven Wert der erbrachten Leistung und hätten so auch an andere Schlüsseldienste bezahlt werden müssen. Die Bearbeitungszeit beträgt 180 Minuten.

---

* Der Fall wurde als Abschlussklausur zur Lehrveranstaltung Zivilrecht IVa – Bereicherungsrecht zur Erbringung einer Teilleistung des Fortgeschrittenenscheins im Zivilrecht gestellt.

** Der *Autor* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für antike Rechtsgeschichte, europäische Privatrechtsgeschichte und Zivilrecht (Prof. *Dr. Guido Pfeifer*) an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

Hinweis: Am 5.3.2021 hat der Deutsche Bundestag eine umfassende Reform des Betreuungsrechts beschlossen, die am 1.1.2023 in Kraft tritt (BGBl. I 2021, S. 882 ff.). Die zur Lösung des Falls relevanten Vorschriften finden sich künftig in §§ 1821 ff. BGB n.F.

Lösungsvorschlag

I. Condictio indebiti

E könnte gegen D einen Anspruch auf Zahlung von 319,48 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB haben. D ist als GmbH gem. § 13 Abs. 1 Hs. 1 GmbHG rechtsfähig, kann also Schuldnerin eines solchen Anspruchs sein.

Hinweis: Ein Anspruch aus § 812 Abs. 2 S. 2 Alt. 1 BGB (sog. condictio ob causam finitam) kommt nicht in Betracht. Der Anspruch setzt voraus, dass ein im Zeitpunkt der Leistung (am 2.2.2022) noch bestehender Rechtsgrund nach Erlangung des Leistungsgegenstandes entfällt. Selbst wenn die Verjährung zum Wegfall des Rechtsgrundes führte, wäre dies bereits vor dem Leistungszeitpunkt geschehen.

1. Etwas erlangt

Zunächst müsste E i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB „etwas erlangt" haben. Bereicherungsgegenstand kann jeder konkrete Vorteil sein, unabhängig von seinem Vermögenswert.[1] Hier wurde ein Betrag von 319,48 € auf dem Girokonto der D gutgeschrieben. Worin im Falle solcher Kontogutschriften der Bereicherungsgegenstand besteht, ist fraglich. Zunächst mag man an einen Auszahlungsanspruch in Höhe der Gutschrift aus §§ 675f, 675, 667 BGB denken. Allerdings besteht jener Auszahlungsanspruch nur, wenn das Gesamtsaldo des Kontos positiv ist. Bei einem negativem Kontensaldo wäre der Gutschriftempfänger nicht bereichert, obschon sich seine Gesamtvermögenslage durch die Gutschrift verbessert hat. Das spricht dafür, den Bereicherungsgegenstand spätestens ab dem nächsten Rechnungsabschluss im darin liegenden abstrakten Schuldanerkenntnis i.S.d. § 780 BGB zu erkennen.[2]

Hinweis: Die Erörterung, worin im Falle von Kontogutschriften der Bereicherungsgegenstand besteht, kann nur von überdurchschnittlichen Arbeiten erwartet werden. Entscheidend ist, dass ein konkreter Bereicherungsgegenstand benannt wird.

2. Durch Leistung des Bereicherungsgläubigers

Diesen Bereicherungsgegenstand müsste D „durch Leistung der E" erlangt haben. Das Tatbestandsmerkmal dient insbesondere der Bestimmung des maßgeblichen Rückabwicklungsverhältnisses. Die Anforderungen hieran sind umstritten.

Unmittelbar fand eine Vermögensverschiebung nur im Vollzugsverhältnis zwischen B und D statt: D erhielt zulasten der B einen Gutschriftanspruch (§ 675t Abs. 1 S. 1 BGB) sowie einen Auszahlungsanspruch (§§ 675f, 675, 667 BGB) bzw. ein abstraktes Schuldanerkenntnis (§ 780 BGB); D wurde also „auf Kosten der B" bereichert. Allerdings besteht weitgehend Einigkeit, dass das Tatbestandsmerkmal „auf dessen Kosten" nur zum Tatbestand der Nichtleistungskondiktion gehört. Für die Leistungskondiktion sind unmittelbare Vermögensverschiebungen nicht maßgeblich. Dafür sprechen insbesondere gesetzliche Wertungen. Ein Erwerber soll beispielsweise ausweislich §§ 932, 816 Abs. 1 S. 2 BGB grundsätzlich nur mit einer Inanspruchnahme durch denjenigen rechnen müssen, der ihm einen Gegenstand tatsächlich zugewendet hat. Das gilt gerade auch dann, wenn der zugewendete Gegenstand dem Vermögen eines Dritten entstammt. Aufseiten des Leistenden ist also kein Vermögensabfluss erforderlich.[3]

Stattdessen wird die Leistung gemeinhin als „bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens"[4] definiert. In jenem Sinne hat B gegenüber D keinen Leistungszweck verfolgt, sondern ihre Schuld aus einem im Deckungsverhältnis zu E bestehenden Zahlungsdienstevertrag i.S.d. § 675f Abs. 2 BGB erfüllt. Dies geschah in Ausführung einer sog. Anweisung des G mit Wirkung gem. § 164 Abs. 1 BGB i.V.m. § 1902 BGB für und gegen E. Mit dieser bezweckte G die Tilgung einer im Valutaverhältnis von D geltend gemachten Forderung. Demnach hätte E an D geleistet.

Allerdings steht ein solches bloß auf die Perspektive des Leistenden abstellendes Verständnis des Leistungsbegriffs in der Kritik: Zum einen scheint das doppelte Finalitätskriterium redundant; zumindest ist eine unbewusste zweckgerichtete Vermögensmehrung schwer vorstellbar.[5] Zum anderen soll ein Leistungsempfänger bereits im Vertrauen auf eine ihm gegenüber erfolgende Leistung geschützt werden. Daher müsse dem Leistungszweck entscheidende Bedeutung zukommen und zwar so, wie die Beteiligten sich über ihn geeinigt haben, oder zumindest so, wie er sich aus der Perspektive eines objektiven Zuwendungsempfängers[6] darstellt.[7] Auch danach wäre hier von einer Leistung der E an D auszugehen: B wurde von den Beteiligten als bloße „Zahlstelle" im bargeldlosen Zahlungsverkehr eingeschaltet. Der im Rahmen einer Überweisung anzugebende „Verwendungszweck" stellte sich ferner der Leistungsempfängerin D als Zweckbestimmung dar, die vorliegend einen Bezug der Überweisung zu der im Valutaverhältnis geltend gemachten Forderung hergestellt haben dürfte.

[1] *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, 45. Aufl. 2021, § 40 Rn. 2; *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 10. Aufl. 2020, § 10 Rn. 4.

[2] OLG Düsseldorf NJW 1985, 2724.

[3] *Schwab*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 812 Rn. 48 ff.

[4] *Brox/Walker* (Fn. 1), § 40 Rn. 6.

[5] *Schwab* (Fn. 3), § 812 Rn. 47.

[6] Nach der wohl überwiegend vertretenen „Theorie der realen Leistungsbewirkung" erfordert die Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB gerade keine Tilgungsbestimmung. Demnach stünde diese zur Bestimmung des maßgeblichen Rückabwicklungsverhältnisses i.R.d. § 812 Abs. 1 BGB nicht als Auslegungsgegenstand zur Verfügung.

[7] *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2018, § 61 Rn. 11 ff.; *Wandt* (Fn. 1), § 10 Rn. 11 ff.

Mitunter wird die Eignung des Leistungsbegriffs als Beurteilungskriterium überhaupt negiert und stattdessen auf objektive Wertungskriterien abgestellt. Die Parteien des Rückabwicklungsverhältnisses seien nicht aus einem Begriff abzuleiten, sondern normativ zu bestimmen: Die in den jeweiligen Verhältnissen bestehenden Gegenrechte sollen erhalten bleiben und jeder das Insolvenzrisiko des selbst gewählten Geschäftspartners tragen.[8] Das spricht dafür, die Rückabwicklung immer nur innerhalb derjenigen Kausalverhältnisse zuzulassen, die mit einem rechtlichen Mangel behaftet sind. Da hier allein das Bestehen einer Leistungspflicht im Valutaverhältnis zwischen E und D fraglich ist, hat auch nach dieser Ansicht die Rückabwicklung in jenem Verhältnis zu erfolgen.

Nach alldem ist jedenfalls die Unmittelbarkeit einer Vermögensverschiebung zwischen B und D kein Kriterium zur Bestimmung des Leistungsbegriffs. Die übrigen Positionen nehmen entweder eine Leistung der E an D an oder fordern zumindest die Rückabwicklung in diesem Verhältnis, sodass die Frage insoweit dahinstehen kann.

> *Hinweis:* Eine erschöpfende Darstellung dieses kaum zu überblickenden Streitstandes kann selbst von hervorragenden Arbeiten nicht verlangt werden. Entscheidend ist nicht die Kenntnis der einzelnen Positionen. Stattdessen muss die Anweisungslage als Problem erkannt und durch Anwendung der maßgeblichen Bewertungskriterien vertretbar behandelt werden. Der BGH selbst enthält sich in ständiger Rechtsprechung ohnehin jeder schematischen Lösung.

3. Ohne rechtlichen Grund

Diese Leistung müsste „ohne rechtlichen Grund" erfolgt sein. Das ist der Fall, wenn D im Zeitpunkt der Leistung keinen Anspruch gegen E auf die erbrachte Leistung hatte und auch keine entsprechende Naturalobligation[9] bestand.

> *Hinweis*: Teilweise wird ein subjektiver Rechtsgrundbegriff vertreten, wonach es darauf ankommt, ob die Leistung ihren Zweck erreicht.[10] Jedenfalls für die klausurmäßige Bearbeitung der condictio indebiti hat sich der objektive Rechtsgrundbegriff aber durchaus bewährt.

a) Werkvertrag

Als Rechtsgrund für die Leistung kommt zunächst ein Anspruch der D gegen E auf Zahlung von 319,48 € aus einem Werkvertrag i.S.d. § 631 Abs. 1 Hs. 2 BGB in Betracht.

aa) Vertragsschluss

A und E haben sich i.S.d. §§ 145 ff. BGB mit Wirkung für und gegen D gem. § 164 Abs. 1 und Abs. 3 BGB i.V.m. § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG in entsprechender Weise geeinigt. Dabei ist gem. § 632 Abs. 2 BGB unschädlich, dass die konkrete Höhe der Vergütung erst im Nachhinein feststand.

> *Hinweis*: Der Vertragsschluss selbst war in Ansehung des Sachverhalts kein echter Schwerpunkt der Klausur. Gleichwohl kann auf das Wirksamwerden der Willenserklärung der E analog §§ 130 Abs. 1 S. 1, 164 Abs. 3 BGB und der Willenserklärung des A in Ansehung von § 131 Abs. 2 BGB[11] näher eingegangen werden.

bb) Unwirksamkeit des Vertrages

Der Werkvertrag könnte jedoch gem. §§ 1903 Abs. 1 S. 2, 108 Abs. 1 BGB unwirksam sein.

Dann müsste dafür die „Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erforderlich" gewesen sein. Das war bei E aufgrund des betreuungsgerichtlich angeordneten Einwilligungsvorbehalts gem. § 1903 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich der Fall; ein Ausnahmetatbestand nach § 1903 Abs. 2 BGB lag nicht vor. Der mit einer Entgeltzahlungspflicht der E verbundene Werkvertrag war für sie auch nicht „lediglich rechtlich vorteilhaft", sodass das Einwilligungserfordernis nicht gem. § 1903 Abs. 3 S. 1 BGB entfiel. Denkbar wäre aber, dass E gem. § 1903 Abs. 3 S. 2 BGB ausnahmsweise keiner Einwilligung bedurfte. Dann müsste die Beauftragung eines Schlüsseldienstes eine „geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens" sein. Die Anforderungen hieran sind durch Auslegung jener Norm zu ermitteln. Bereits ihrem Wortlaut nach können nur Geschäfte gemeint sein, die gemessen am Vermögen des Handelnden ein geringes wirtschaftliches Volumen betreffen. In systematischer Hinsicht lässt der Verweis des § 1903 Abs. 1 S. 2 BGB auf § 110 BGB zwar daran denken, dass es sich um keine mit eigenen Mitteln bewirkten (Bar-)Geschäfte handeln muss. Diese Verweisung erschiene dann nämlich weitgehend überflüssig. Aus der Gesetzesbegründung geht aber hervor, dass der Gesetzgeber selbst vorwiegend an „alltägliche Bargeschäfte über geringwertige Gegenstände"[12] dachte. Sinn und Zweck der Vorschrift ist im Übrigen, dem unter Einwilligungsvorbehalt Stehenden ein gewisses Maß an Selbständigkeit und der wirtschaftlichen Teilhabe am alltäglichen Leben zu bewahren,[13] um eine diskriminierende Exklusion vom Sozialleben zu verhindern. Demnach sind davon aber nur Geschäfte umfasst, die tatsächlich zum gewöhnlichen Lebensvollzug gehören. Richtet man vorliegenden Sachverhalt an diesen Kriterien aus, handelt es sich keineswegs um eine „geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens". Zum einen ist das Geschäftsvolumen von über 300 € gemessen an der spärlichen, gerade zum Bestreiten der Miete für eine Sozialwohnung ausreichenden Rente der E nicht gering. Zum anderen gehört die Beauftragung eines Schlüsseldienstes auch nicht zum gewöhnlichen Lebensvollzug, sondern zu den eher ungewöhnlichen Geschäften: Sie erfolgt regelmäßig in einer Zwangslage, wobei § 1903 BGB gerade auch vor den sich

[8] *Canaris*, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, 1973, S. 799 ff.

[9] Dazu *Rademacher/Schulze*, in: Schulze u.a., Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2021, Vorb. §§ 145–157 Rn. 13.

[10] Vgl. *Medicus/Lorenz* (Fn. 7), § 61 Rn. 15; dazu *Wandt* (Fn. 1), § 10 Rn. 23.

[11] Dazu *Felsch/v. Jutrzenka*, ZJS 2020, 544 m.w.N.

[12] BT-Drs. 11/4528, S. 139.

[13] *Schneider*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 1903 Rn. 48.

daraus ergebenden Risiken schützen soll. Im Übrigen haben E und D auch kein Bargeschäft geschlossen. Daher war eine Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, hier gem. § 1902 BGB des G als Betreuer, erforderlich.

E hat ohne die demnach erforderliche Einwilligung i.S.d. § 183 S. 1 BGB des G gehandelt. Auch hat G das zunächst nach §§ 1903 Abs. 1 S. 2, 108 Abs. 1 BGB schwebend unwirksame Geschäft im Nachhinein nicht i.S.d. § 184 Abs. 1 BGB genehmigt.

Daher war der Werkvertrag gem. §§ 1903 Abs. 1 S. 2, 108 Abs. 1 BGB unwirksam.

> *Hinweis*: Auch eher schwache Bearbeitungen müssen die Parallelen zum Minderjährigenrecht erkennen und §§ 1903 Abs. 1 S. 2, 108 Abs. 1 BGB sauber prüfen. Durchschnittliche Arbeiten sollten dabei das Tatbestandsmerkmal „geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens" als auslegungsbedürftig erkennen und durch Einsatz juristischer Methodik konkretisieren. Dabei wird natürlich keine Kenntnis der Gesetzesbegründung vorausgesetzt.
> Eine an sich denkbare Wirksamkeit gem. §§ 1903 Abs. 1 S. 2, 110 BGB scheitert an der fehlenden Leistungsbewirkung durch E. Die Überweisung des G lässt sich kaum als konkludente Genehmigung i.S.d. § 184 Abs. 1 BGB deuten: Ein nach §§ 133, 157 BGB maßgeblicher Erklärungsempfänger würde ihr nur den Willen zur Tilgung einer vermeintlichen Schuld, aber nicht denjenigen zu ihrer Begründung entnehmen. Im Übrigen hat G die Genehmigung wohl schon zuvor verweigert.

cc) Zwischenergebnis

Ein Anspruch der D gegen E aus dem Werkvertrag i.S.d. § 631 Abs. 1 Hs. 2 BGB bildete keinen Rechtsgrund für die von E erbrachte Leistung.

b) Geschäftsführung ohne Auftrag

Als Rechtsgrund für die Leistung kommt ferner ein Anspruch der D gegen E auf Zahlung von 319,48 € aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB in Betracht.

aa) Geschäftsbesorgung

Dann müsste D zunächst ein „Geschäft besorgt" haben. Geschäftsbesorgung i.S.d. § 677 BGB kann jedes tatsächliche oder rechtliche Handeln sein. Vorliegend hat D durch ihren Erfüllungsgehilfen A eine Tür geöffnet, also tatsächlich gehandelt und somit ein Geschäft besorgt.

bb) Für einen anderen

Das Geschäft müsste sie „für einen anderen" besorgt haben. Grundsätzlich wird ein Geschäft i.S.d. § 677 BGB für einen anderen besorgt, wenn es objektiv in dessen Rechts- und Interessenkreis fällt (sog. objektive Fremdheit des Geschäfts) und subjektiv mit dem Willen besorgt wird, für einen anderen tätig zu sein (sog. Fremdgeschäftsführungswille).[14] Damit der geprüfte Anspruch besteht, muss also D – freilich in der Person des A – wissentlich und willentlich ein für sie fremdes Geschäft besorgt haben, das objektiv in den Rechts- und Interessenkreis der E fällt.

In wessen Rechts- und Interessenkreis das Geschäft fällt, wird anhand gesetzlicher oder vertraglicher Regelungen bestimmt, die das Geschäft einer bestimmten Person zuweisen.[15] Das Öffnen der Wohnungstür ist durch die Rechtsordnung allein der E als Mieterin der geöffneten Wohnung zugewiesen. Eine Zuweisung durch gesetzliche Regelungen an D besteht daneben nicht. Da auch der mit E geschlossene Vertrag unwirksam ist (siehe oben), ergibt sich ferner keine vertragliche Zuweisung an D. Das Geschäft fällt somit allein in den Rechts- und Interessenkreis der E (sog. objektiv fremdes Geschäft).

Der Fremdgeschäftsführungswille erfordert e contrario § 687 Abs. 1 BGB das Bewusstsein und e contrario § 687 Abs. 2 BGB den Willen, für einen anderen tätig zu sein, wobei der Wille sich e contrario § 686 BGB nicht auf den konkreten Geschäftsherrn beziehen muss. Positive Feststellung zum Willen der D lässt der Sachverhalt nicht zu. Entscheidend ist daher, ob die verfügbaren Sachverhaltsinformationen die tatsächliche Vermutung eines Fremdgeschäftsführungswillens tragen. Das ist grundsätzlich anerkannt, wenn der Geschäftsführer ein Geschäft erledigt, das objektiv allein einem anderen zugewiesen ist.[16] Dann nämlich spricht die allgemeine Lebenserfahrung für seinen Willen, fremdnützig tätig zu werden. Hier könnte jener Schlussfolgerung aber im Wege stehen, dass D sich für vertraglich zur Geschäftsführung verpflichtet hielt. Die Behandlung dieser Fallkonstellation ist umstritten. Insbesondere der BGH schließt gemeinhin von einem Wissen auf ein Wollen: Weil der Geschäftsführer (hier D) wisse, dass seine Handlung dem Geschäftsherrn (hier E) zugutekommt, wolle er auch in dessen Interesse tätig sein.[17] Dagegen lässt sich einwenden, dass die Geschäftsführung ohne Auftrag nach dem gesetzlichen Leitbild durch eine altruistische Willensrichtung des Geschäftsführers charakterisiert ist. Deshalb muss der Geschäftsführer die Vorteile des Geschäfts dem Geschäftsherrn zumindest zugutekommen lassen wollen.[18] Wenn der Geschäftsherr sich zur Geschäftsbesorgung verpflichtet fühlt, will er aber zunächst seine Pflicht erfüllen. Ihm darüberhinaus eine altruistische Gesinnung zu unterstellen, nähert sich einer reinen Fiktion. Deshalb kann auch hier kein Fremdgeschäftsführungswille der D vermutet werden.

D hat also nicht „für einen anderen" i.S.d. § 677 BGB gehandelt.

> *Hinweis:* Teilweise wird für einen Vorrang der §§ 812 ff. BGB im Falle der Leistung auf nichtige Verträge plädiert.[19] Das ist eine Frage der Anspruchskonkurrenz und kein Argument bloß gegen die Vermutung des Fremd-

[14] Dazu *Schäfer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 677 Rn. 36.

[15] *Wandt* (Fn. 1), § 4 Rn. 8 f.

[16] *Brox/Walker* (Fn. 1), § 36 Rn. 6; *Medicus/Lorenz* (Fn. 7), § 60 Rn. 7; *Wandt* (Fn. 1), § 4 Rn. 32.

[17] Siehe nur BGH NJW 2009, 2590 (2591).

[18] *Brox/Walker* (Fn. 1), § 36 Rn. 3; *Wandt* (Fn. 1), § 4 Rn. 26.

[19] *Medicus/Lorenz* (Fn. 7), § 60 Rn. 15 m.w.N.

geschäftsführungswillens. Andernfalls würde der Vorrang des Bereicherungsrechts davon abhängig gemacht, ob konkrete Anhaltspunkte für einen Fremdgeschäftsführungswillen bestehen oder nicht.
Die Frage kann auch im Sinne des BGH entschieden werden. Dann sind weiterhin die Wertungen der §§ 1903 Abs. 1 S. 2, 108 Abs. 1 BGB zu beachten. Sie dürfen insbesondere nicht umgangen werden, indem vermöge § 683 S. 1 BGB ein den Vertrag ersetzendes gesetzliches Schuldverhältnis an den Willen der E geknüpft wird, das vertragsähnliche Folgen zeitigt. Stattdessen ist analog § 166 Abs. 1 BGB auf den mutmaßlichen Willen und das Interesse des G im Zeitpunkt der Übernahme der Geschäftsführung abzustellen. Im Rahmen der Rechtsfolgen ist zu bedenken, dass die Unentgeltlichkeit der Leistungserbringung zum Typus des Auftrags nach § 662 BGB gehört. Deshalb kann aus § 670 BGB regelmäßig kein Arbeitsentgelt gefordert werden. Der dies nicht berücksichtigende Verweis des § 683 S. 1 BGB auf das Auftragsrecht beruht indes auf einem Redaktionsversehen. Die konkreten Voraussetzungen für den Ersatz aufgewendeter Arbeitskraft aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB werden gemeinhin durch Analogie zu § 1835 Abs. 3 BGB bestimmt.

cc) Zwischenergebnis

Ein Anspruch der D gegen E aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB bildete keinen Rechtsgrund für die von E erbrachte Leistung.

c) Bereicherungsausgleich

Als Rechtsgrund für die Leistung kommt schließlich ein Anspruch der D gegen E auf Zahlung von 319,48 € aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB in Betracht.

aa) Etwas erlangt

Dann müsste E i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB „etwas erlangt“ haben. Was dieses erlangte Etwas sein kann, ist umstritten und wird im Falle – wie hier – unkörperlicher Vorteile aktuell.

Die ehemalige h.M. verstand darunter überhaupt nur positive Vermögensmehrungen.[20] Jene Auffassung stützte sich auf ein Verständnis des § 818 Abs. 3 BGB als Zentralnorm des gesamten Bereicherungsrechts: Darin komme zum Ausdruck, dass die §§ 812 ff. BGB allein der Abschöpfung vorhandener Vermögensüberschüsse dienten. Das sei schon bei der Bestimmung des Bereicherungsgegenstandes dahingehend zu beachten, dass überhaupt nur positive Vermögenszuwächse als Bereicherung in Betracht kommen (sog. vermögensortientierte Betrachtung). Ein Vermögensüberschuss der E ergibt sich vorliegend aus dem Ersparnis von Aufwendungen, die sonst zur Beauftragung eines Schlüsseldienstes erforderlich gewesen wären.

Die heute h.L. versteht § 818 Abs. 3 BGB dagegen als bloße Rechtsfolgenregelung der Bereicherungsansprüche. Dafür spricht bereits der Wortlaut „etwas“ im Tatbestand von § 812 Abs. 1 BGB. Danach richten sich die Bereicherungsansprüche zunächst auf konkrete Gegenstände und Positionen, auch wenn diesen kein Vermögenswert zukommt (sog. gegenstandsorientierte Betrachtung).[21] Bereicherungsgegenstand kann daher jeder konkrete Vorteil sein, unabhängig von seinem Vermögenswert. Demnach hat E hier die Arbeitsleistung der D erlangt.

bb) Durch Leistung

Die Arbeitsleistung hat E „durch Leistung“ der D erlangt, die so ihre vermeintliche Pflicht aus dem tatsächlich unwirksamen Werkvertrag erfüllen wollte (sog. datio solvendi causa).

cc) Ohne rechtlichen Grund

Zwischen E und D bestand weder ein wirksamer Werkvertrag, noch war D im Rahmen einer Geschäftsführung ohne Auftrag tätig (siehe oben). Sonstige rechtliche Gründe für die Leistungserbringung sind nicht ersichtlich.

dd) Rechtshindernde Einwendungen

A war der über E angeordnete Einwilligungsvorbehalt nicht bekannt, sodass jene Kenntnis der D auch nicht gem. § 166 Abs. 1 BGB mit der Folge des § 814 BGB zugerechnet werden kann.

ee) Rechtsfolge

Grundsätzlich richtet sich der Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB auf den Bereicherungsgegenstand selbst (gegenstandsorientierte Betrachtung). Die erlangte Arbeitsleistung der D kann E in natura jedoch nicht herausgegeben werden. Weil die Herausgabe somit „wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich“ ist, ist E gem. § 818 Abs. 2 BGB zum Wertersatz verpflichtet. Dessen Höhe bemisst sich nach dem objektiven Wert der erlangten Arbeitsleistung, der hier 319,48 € beträgt.

Die Wertersatzpflicht könnte jedoch gem. § 818 Abs. 3 BGB ausgeschlossen sein. Dann müsste E „entreichert“ sein; von der Bereicherung dürfte also nichts mehr in ihrem Vermögen vorhanden sein. Die Arbeitsleistung der D setzt sich im Vermögen der E insofern fort, als sie Aufwendungen für die Beauftragung eines anderen Schlüsseldienstes erspart hat.[22] Diese Aufwendungen können aber nur dann als erspart gelten, wenn es sich um keine sog. Luxusaufwendungen handelt. E müsste sie also auch dann getätigt haben, hätte sie die Werkleistung der D nicht erlangt. Dagegen wendet G ein, dass er hätte mit dem Auto von Kiel nach Frankfurt fahren und die Tür selbst öffnen können. Dieses Argument verfängt nicht. G war als Betreuer nämlich gem. § 1901 Abs. 2 S. 1 BGB verpflichtet, zum Wohle der E zu handeln. Diese befand sich in einer notfallähnlichen Situation: Nicht nur war sie außerstande aus eigener Kraft wieder in ihre Wohnung zu gelangen. Vielmehr waren ihre Gesundheit und ihr Leben am späten Sonntagabend bei winterlichen Witterungsbedingun-

[20] Prominent insbesondere BGHZ 26, 249; BGHZ 55, 128.

[21] Vgl. *Brox/Walker* (Fn. 1), § 40 Rn. 5; *Medicus/Lorenz* (Fn. 7), § 67 Rn. 2 ff.

[22] *Medicus/Lorenz* (Fn. 7), § 67 Rn. 15; *Wandt* (Fn. 1), § 12 Rn. 17 f.

gen auch tatsächlich gefährdet. Keinesfalls hätte ihrem Wohl entsprochen, wenn G erst die lange Fahrt von Kiel nach Frankfurt auf sich genommen hätte, um die Tür selbst zu öffnen. Stattdessen hätte G dafür sorgen müssen, dass E alsbald zurück in ihre Wohnung gelangen kann. Er hätte also in ihre Beauftragung eines Schlüsseldienstes einwilligen oder selbst für sie einen Schlüsseldienst beauftragen müssen. Die hierfür erforderlichen Aufwendungen hat E erspart, sodass sich ihre Bereicherung noch in ihrem Vermögen fortsetzt und sie nicht entreichert ist.

> *Hinweis*: Wird der vermögensorientierten Auffassung gefolgt, ist die Frage der ersparten Aufwendungen bereits im Rahmen des Bereicherungsgegenstandes zu erörtern. Wurde zuvor ein Fremdgeschäftsführungswille bejaht, scheitert ein Bereicherungsanspruch freilich am darin liegenden Rechtsgrund. Vorstehende Überlegungen kommen dann schon i.R.d. § 683 S. 1 BGB zum Tragen.

ff) Rechtsvernichtende Einwendungen

Dieser Anspruch dürfte vor Leistungserbringung nicht erloschen sein. Gründe hierfür sind nicht ersichtlich. Insbesondere begründet die Verjährung gem. § 214 Abs. 1 BGB lediglich das Recht, „die Leistung zu verweigern". Es handelt sich demnach um eine sog. peremtorische Einrede: Sie gewährt ein Leistungsverweigerungsrecht, lässt den Bestand des Anspruchs aber unberührt.[23]

gg) Zwischenergebnis

D hatte einen Anspruch gegen E auf Zahlung von 319,48 € aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB. Dieser war rechtlicher Grund für die Leistung von E an D.

d) Zwischenergebnis

E hat also nicht ohne rechtlichen Grund geleistet.

4. Zwischenergebnis

E hat keinen Anspruch gegen D auf Zahlung von 319,48 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.

II. Kondiktion wegen Leistung auf einredebehafteter Forderung

E könnte gegen D einen Anspruch auf Zahlung von 319,48 € aus § 813 Abs. 1 S. 1 BGB haben.

1. Etwas durch Leistung zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit erlangt

Wie sich aus der Formulierung „kann auch dann zurückgefordert werden" ergibt, erweitert § 813 Abs. 1 S. 1 BGB den Anwendungsbereich des § 812 Abs. 1 BGB und zwar speziell der condictio indebiti. An deren Tatbestand lehnt sich § 813 Abs. 1 S. 1 BGB folglich an. Mithin hat D einen Auszahlungsanspruch aus §§ 675f, 675, 667 BGB bzw. ein abstraktes Schuldanerkenntnis i.S.d. § 780 BGB durch Leistung der E erlangt, die so – durch ihren Vertreter G – die ihr gegenüber geltend gemachte Forderung aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB tilgen wollte (siehe oben).

2. Bestehen einer peremptorischen Einrede

Dieser Forderung könnte aber im Zeitpunkt der Leistung die dauerhafte Einrede der §§ 214 Abs. 1, 194 Abs. 1 BGB entgegengestanden haben. Dazu müsste Verjährung eingetreten, d.h. die Verjährungsfrist bereits abgelaufen sein. Für den Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB gilt die regelmäßige Verjährungsfrist der §§ 199 Abs. 1, 195 BGB.

> *Hinweis*: Wurde ein Anspruch aus §§ 677, 683 S. 1 670 BGB als Rechtsgrund angenommen, ist auf diesen abzustellen. Insoweit ergeben sich keine Abweichungen.

a) Beginn der Verjährungsfrist

Die Verjährungsfrist beginnt gem. § 199 Abs. 1 BGB mit Ablauf des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen sowie der Person des Schuldners erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Hier waren der D bzw. ihrem gesetzlichen Vertreter A die entsprechenden Tatsachen spätestens infolge der Beschwerde des G über die Rechnung vom 12.12.2018 bekannt. Als Ereignisfrist begann die Verjährungsfrist daher gem. § 187 Abs. 1 BGB am 1.1. 2019 um 00:00 Uhr zu laufen.

b) Ablauf der Verjährungsfrist

Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt gem. § 195 BGB drei Jahre. Mithin wäre sie als nach Jahren zu berechnende Frist gem. § 188 Abs. 2 BGB grundsätzlich am 31.12.2021 um 24:00 Uhr abgelaufen.

Zeiträume, in welchen die Verjährung gehemmt ist, werden gem. § 209 BGB jedoch nicht in die Frist eingerechnet, sodass sich die Frist im Ergebnis um jene Zeiträume verlängert. Vorliegend haben D und G infolge der Mahnung vom 11.10.2021 Verhandlungen i.S.d. § 203 BGB über den Anspruch aufgenommen: Aufgrund des Meinungsaustauschs über einen Preisnachlass musste D in diesem Zeitraum nicht davon ausgehen, dass ihr Begehren von der Gegenseite endgültig abgelehnt werde. Gerade für solche Fällen soll § 203 S. 1 BGB den Gläubiger von der Pflicht befreien, seinen Anspruch durch rechtzeitige Klageerhebung zu erhalten. Ihren Abschluss fanden die Verhandlungen am 29.10.2021 mit der Weigerung des G, weiter über die Angelegenheit zu sprechen. In die Verjährungsfrist sind die bis dahin verstrichenen 19 Tage also nicht einzurechnen, sodass die Verjährungsfrist an sich am 19.1.2021 um 24:00 Uhr abgelaufen wäre.

Allerdings sieht § 203 S. 2 BGB eine dreimonatige Ablaufhemmung der Verjährungsfrist nach Verhandlungen vor. Unabhängig vom rechnerischen Ende der Verjährungsfrist endet diese demnach frühestens drei Monate nach Ende der Verhandlungen. Da die Verhandlungen hier erst am 29.10. 2021 endeten, erstreckte sich der Zeitraum der Ablaufhemmung als nach Monaten zu berechnende Ereignisfrist gem.

[23] Siehe nur *Grothe*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 214 Rn. 1.

§§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB bis zum 29.1.2022, 24:00 Uhr.

c) Zwischenergebnis

Verjährung ist also am 29.1.2022 um 24:00 Uhr eingetreten. Im Zeitpunkt der Leistung am 2.2.2022 war der Anspruch, auf den diese Leistung erbracht wurde, mithin verjährt. Ihm stand daher die Einrede des §§ 214 Abs. 1, 194 Abs. 1 BGB entgegen.

3. Kondiktionsausschluss

Allerdings bleibt nach § 813 Abs. 1 S. 2 BGB die Vorschrift des § 214 Abs. 2 S. 1 BGB unberührt. Sinn und Zweck der Verjährungseinrede ist die Sicherung des Rechtsfriedens. Deshalb schließt § 214 Abs. 2 S. 1 BGB die Rückforderung von Leistungen auf eine verjährte Forderung aus. Indem § 813 Abs. 1 S. 2 BGB auf jene Vorschrift verweist, wird sie – deklaratorisch – als Kondiktionsausschluss eingestuft. Vorliegend stand dem Anspruch der D lediglich die Einrede der Verjährung entgegen, sodass jener Kondiktionsausschluss auch eingreift.

4. Zwischenergebnis

E hat gegen D auch keinen Anspruch auf Zahlung von 319,48 € aus § 813 Abs. 1 S. 1 BGB.

III. Ergebnis

Ansprüche der E auf Rückerstattung der 319,48 € bestehen nicht.

Übungsfall zu Verträgen über digitale Produkte: Motivation ist alles*

Von Wiss. Mitarbeiterin **Julia Pielsticker**, Stud. iur. **Julia Buschmann**, Stud. iur. **Catharina Jakubka**, Bielefeld**

Sachverhalt

Der 45-jährige V möchte gerne ein paar überschüssige Kilo verlieren und Muskeln aufbauen, um seiner Frau zu imponieren. Er begibt sich in das Sportfachgeschäft des U, um sich über die neuesten Geräte mit appbegleitender Software zu informieren. Ohne eine solche Fitness-App, die ihm unter anderem seinen Puls und seinen Kalorienverbrauch anzeigt, hält er es für ausgeschlossen, motiviert zu bleiben und das Training durchzuziehen. Mit dieser Erwartungshaltung wendet sich V an U, der ihm sogleich ein entsprechendes Gerät vorstellt. Es handelt sich dabei um den Fitness-Trainer „FettWeg" für 1.000 €, den U optional als Sonderangebot in Kombination mit einer Fitness-App anbietet. Diese stünde V zwei Jahre lang für eine einmalige Zahlung von 50 € zur Verfügung.

V ist von dem Angebot des U, insbesondere der Fitness-App, völlig begeistert und schlägt sofort zu. Gegen Zahlung von 1.050 € bekommt V das Gerät zur sofortigen Mitnahme ausgehändigt, der Zugangscode für die App soll ihm im Laufe des Tages per Mail zugesandt werden. Nach dem Herunterladen der App auf sein Handy und Eingabe des Codes wird V Zugang zu allen Funktionen erhalten.

Wenige Tage, aber doch so einige Pizzen später, kann sich V dazu aufraffen, den Fitness-Trainer einzuweihen. Nachdem er das Gerät aufgebaut hat, checkt V seine Mails und stellt entrüstet fest, dass die Mail des U mit dem Code nicht eingegangen ist. Dennoch möchte V seinen Motivationsschub nutzen und legt los. Keine zehn Minuten später ist seine Motivation verbraucht. Da er nicht einmal sieht, wie viele Kalorien er verbraucht hat und wie viele Kilometer er in seinen Trainingsminuten zurückgelegt hat, beendet er das Training.

Nachdem sein Sauerstoffhaushalt wieder aufgefüllt ist, greift V zum Telefon, um U zur unverzüglichen Zusendung des Zugangscodes aufzufordern. Dieser rechtfertigt sich damit, dass er wegen des regen Geschäftsbetriebs in seinem Laden noch nicht dazu gekommen sei, und verspricht die baldige Zusendung.

Als auch eine Woche später immer noch kein Zugangscode bei V eingegangen ist, platzt ihm der Kragen. Er ruft U erneut an und erklärt, er habe ohne Zugriff auf die App kein Interesse mehr an dem Gerät und wolle sich daher vom ganzen Vertrag lösen. U entgegnet, er habe den Trainer doch ordnungsgemäß und mangelfrei an V ausgehändigt, daher habe dieser keine Berechtigung den Vertrag über den Fitness-Trainer rückgängig zu machen. Aufgrund der fehlenden App schulde er ihm allenfalls 50 €. Sollte er das Gerät jedoch zurücknehmen müssen, schulde V ihm zumindest Ersatz dafür, dass er das Gerät schon benutzt hat. V führt an, er sei natürlich zur Rückgabe des Fitness-Trainers bereit, sehe es aber keinesfalls ein, etwas für die wenigen Minuten Training zu zahlen. Schließlich habe er das Gerät nur ein einziges, kurzes Mal – und dann auch noch freudlos – genutzt.

Frage 1

Kann V von U die Zahlung i.H.v. 1.050 € verlangen?

Frage 2

Stehen U im Gegenzug Ansprüche gegen V zu?

Lösungsvorschlag

Frage 1: Kann V von U Zahlung i.H.v. 1.050 € verlangen?

I. Anspruch V gegen U auf Rückzahlung von 50 € für die App aus § 327o Abs. 2 BGB

V könnte gegen U einen Anspruch auf Rückzahlung von 50 € aus § 327o Abs. 2 BGB haben.

1. Anwendungsbereich

Dafür müsste der Anwendungsbereich des § 327 Abs. 1 BGB zunächst eröffnet sein.

a) Persönlicher Anwendungsbereich

Voraussetzung dafür ist, dass der persönliche Anwendungsbereich eröffnet ist. Dafür muss gem. § 327 Abs. 1 BGB ein Verbrauchervertrag vorliegen. Das ist nach § 310 Abs. 3 BGB immer dann der Fall, wenn es sich um einen Vertrag zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer handelt.

aa) V als Verbraucher

Hierfür kommt es also darauf an, dass V ein Verbraucher i.S.d. § 13 BGB ist. Danach ist ein Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. V möchte für seine Wohnung einen Fitness-Trainer kaufen, er ist demnach Verbraucher.

bb) U als Unternehmer

Weiterhin müsste U auch Unternehmer gem. § 14 BGB sein. Ein Unternehmer ist nach § 14 BGB unter anderem eine natürliche Person, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt. U ist eine natürliche Person und betreibt ein Sportfachgeschäft. Beim Abschluss des vorliegenden Vertrages handelt er in Ausübung dieser gewerblichen Tätigkeit und ist mithin Unternehmer i.S.d. § 14 BGB.

---

* Dieser Übungsfall wurde für die Veranstaltung „Aufbau- und Vertiefungskurs Verträge über digitale Produkte" erstellt und soll einen ersten Eindruck im Umgang mit dem neuen Recht vermitteln.

** Die *Autoren* sind Wiss. Mitarbeiter und Stud. Hilfskräfte am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung von Prof. *Dr. Markus Artz* an der Universität Bielefeld.

cc) Vertragsschluss

V und U haben sich auch über den Verkauf des Fitness-Trainers „FettWeg“ in Kombination mit der Überlassung der Fitness-App für zwei Jahre zum Gesamtpreis von 1.050 € geeinigt.

b) Sachlicher Anwendungsbereich

aa) Vertrag über digitale Produkte

Damit der sachliche Anwendungsbereich eröffnet ist, muss es sich bei dem zwischen V und U geschlossenen Vertrag gem. § 327 Abs. 1 BGB um einen Vertrag über digitale Produkte handeln. Den digitalen Produkten unterfallen dabei zum einen digitale Inhalte und zum anderen digitale Dienstleistungen. Fraglich ist jedoch zunächst, ob es sich bei der in Rede stehenden App um einen digitalen Inhalt oder um eine digitale Dienstleistung handelt.

Digitale Inhalte sind gem. § 327 Abs. 2 S. 1 BGB alle Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden. Digitale Dienstleistungen sind gem. § 327 Abs. 2 S. 2 BGB all jene Dienstleistungen, die dem Verbraucher 1. die Erstellung, die Verarbeitung oder die Speicherung von Daten in digitaler Form oder den Zugang zu solchen Daten ermöglichen, oder 2. die gemeinsame Nutzung der vom Verbraucher oder von anderen Nutzern der entsprechenden Dienstleistung in digitaler Form hochgeladenen oder erstellten Daten oder sonstige Interaktion mit diesen Daten ermöglichen.

Im vorliegenden Fall geht es um eine App, die es dem Nutzer möglich macht, Daten von seinen sportlichen Aktivitäten zu erstellen, zu speichern und ggf. (zu einem Fitnessfortschritt) zu verarbeiten. Im Gegensatz zum digitalen Inhalt beinhaltet die App keine fertig erstellten Daten, sondern eine Software, welche diese Daten erst erstellen kann. Somit stellt die App keinen digitalen Inhalt dar. Weiterhin ist fraglich, ob sich der hiesige Sachverhalt unter § 327 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB oder § 327 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB subsumieren lässt. Die App hat jedoch keine Funktion, die es möglich macht, die Daten mit anderen App-Nutzern zu teilen. Mithin handelt es sich um eine digitale Dienstleistung i.S.v. § 327 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB.

> *Hinweis*: Im Zweifel ist eine Einordnung unter einen der beiden Fälle jedoch obsolet, da die daran geknüpften Rechtsfolgen größtenteils identisch sind.[1] Lediglich bei der Frage der Bereitstellung (§ 327b BGB) kann es von Bedeutung sein, ob ein digitaler Inhalt oder eine digitale Dienstleistung vorliegt. Für digitale Inhalte besteht neben der Möglichkeit des Zugänglichmachens auch die Möglichkeit der Zurverfügungstellung.[2]

bb) Einigung über Bereitstellung

U und V müssten sich schließlich über die Bereitstellung der digitalen Dienstleistung geeinigt haben. Unter Bereitstellung ist die Zugriffsmöglichkeit des Verbrauchers auf den Vertragsgegenstand zu verstehen.[3] V und U haben sich darauf geeinigt, dass U dem V „im Laufe des Tages“ einen Code zur Freischaltung der App zusendet und ihm dadurch die digitale Dienstleistung zugänglich macht. Folglich haben sich U und V über die Bereitstellung geeinigt.

c) Zwischenergebnis

Der Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB ist eröffnet.

> *Hinweis*: Durch die Verortung der §§ 327 ff. BGB im allgemeinen Teil ergibt sich aus der Systematik des Gesetzes, dass jene Normen keinen eigenen Vertragstypen regeln sollen. Grundsätzlich ist daher eine vertragstypologische Einordnung möglich, in vielen Fällen jedoch nicht weiter notwendig, da die §§ 453, 475a, 578b, 620 Abs. 4, 650 Abs. 2–4 BGB ohnehin einen großen Teil der Normen für den einschlägigen Vertragstypen ausschließen. Oft wird es daher sinniger sein, eine vertragstypologische Einordnung erst dann vorzunehmen, wenn nicht ausgeschlossene Normen des besonderen Schuldrechts relevant werden.

2. Beendigungsgrund, § 327c Abs. 1 BGB

Des Weiteren müsste V gem. § 327c Abs. 1 BGB auch einen Grund zur Beendigung des Vertrages haben. Ein solcher Beendigungsgrund ist dann gegeben, wenn der Unternehmer seiner fälligen Verpflichtung zur Bereitstellung des digitalen Produkts auf Aufforderung des Verbrauchers nicht unverzüglich nachgekommen ist.

a) Fälligkeit

Die Bereitstellung müsste zunächst fällig sein. Grundsätzlich richtet sich die Zeit der Bereitstellung nach § 327b Abs. 2 BGB. Demnach kann der Verbraucher die Bereitstellung unverzüglich[4] nach Vertragsschluss verlangen. Im vorliegenden Fall haben sich V und U jedoch darauf geeinigt, dass der Zugangscode dem V nicht unverzüglich nach dem Vertragsschluss zugesandt wird, sondern erst „im Laufe des Tages“. Damit war die Bereitstellung zum Zeitpunkt des Anrufs des V bei U fällig.

b) Unterbliebene Bereitstellung der App, § 327c Abs. 1 BGB

U hätte gemäß der Vereinbarung mit V den Code noch am selben Tag per Mail versenden müssen. Dies hat er nicht getan. Damit ist die geschuldete Bereitstellung i.S.v. § 327b Abs. 4 BGB unterblieben.

c) Aufforderung, § 327c Abs. 1 BGB

Damit ein tauglicher Beendigungsgrund vorliegt, ist eine Aufforderung des V gegenüber U gem. § 327c Abs. 1 BGB notwendig. Eine Aufforderung ist jede simple Bitte um Bereitstellung oder Vertragserfüllung, die auch das Kleid einer

[1] *Fries*, in: Beck’scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.4.2022, § 327 Rn. 12.

[2] Ein digitaler Inhalt ist dem Verbraucher zur Verfügung gestellt, wenn diesem eine eigenständige Zugriffsmöglichkeit verschafft wurde, vgl. BT-Drs. 19/27653, S. 48.

[3] *Fries* (Fn. 1), § 327b Rn. 6.

[4] „Unverzüglich“ ist hier autonom auszulegen und nicht identisch zu § 121 Abs. 1 S. 1 BGB.

Frage oder eines Hinweises auf die Leistungspflicht tragen kann.[5] V hat den U angerufen und ihn telefonisch zur unverzüglichen Zusendung des Zugangscodes aufgefordert. Eine taugliche Aufforderung gem. § 327c Abs. 1 BGB liegt mithin vor.

d) Nicht unverzügliche Bereitstellung nach Aufforderung

Für das Vorliegen eines Beendigungsgrundes auf Seiten des V müsste U die Leistung nach der Aufforderung des V nicht unverzüglich bereitgestellt haben. Da ein digitales Produkt in digitaler Form bereitgestellt wird, meist durch automatisierte Vorgänge, und daher kein längerer Zeitraum für die Zurverfügungstellung notwendig ist, ist unter einer unverzüglichen Bereitstellung grundsätzlich eine *sofortige* Bereitstellung zu verstehen.[6] Allerdings muss der Begriff richtlinienkonform nach den konkreten Umständen des Einzelfalls ausgelegt werden. Das bedeutet, dass sich also in einem solchen – oder so ähnlich gelagerten Fall – aus der praktischen Abwicklung des Geschäftsbetriebs ergibt, was „sofort" bedeutet. Vorliegend soll die Bereitstellung nicht durch einen automatisierten Vorgang erfolgen, sondern U soll den Zugangscode per Mail an V schicken. Daher wäre eine sofortige Bereitstellung zu eng gefasst. Allerdings ist auch nicht anzunehmen, dass U den Code erst „im Laufe des Tages" bereitstellen soll. Vielmehr ist „sofort" hier so zu verstehen, dass U eine bereits begonnene, dringliche Geschäftshandlung (bspw. Verkaufsgespräch mit einem Kunden) noch zu Ende führen darf. In jedem Fall ist aber ein Zeitraum von einer Woche nicht mehr von einer unverzüglichen Bereitstellung umfasst, sodass eine solche in keinem Fall vorliegt.

e) Zwischenergebnis

Ein Beendigungsgrund nach § 327c Abs. 1 BGB liegt vor.

3. Beendigungserklärung, § 327o Abs. 1 BGB

Weiterhin müsste V die Beendigung gegenüber U gem. § 327o Abs. 1 BGB erklärt haben. Eine Beendigungserklärung ist gem. § 327o Abs. 1 BGB die Erklärung des Verbrauchers an den Unternehmer, in welcher der Entschluss des Verbrauchers zur Beendigung des Vertrages zum Ausdruck kommt.[7] Hierbei ist es ausreichend, wenn der Wille des Verbrauchers zur Beendigung deutlich wird, das Gestaltungsrecht muss juristisch nicht korrekt bezeichnet werden.[8] V hat U am Telefon darüber in Kenntnis gesetzt, dass er kein Interesse mehr am Vertrag hat und sich daher davon lösen möchte. Dabei handelt es sich um eine taugliche Beendigungserklärung i.S.d. § 327o Abs. 1 BGB.

4. Rechtsfolge, § 327o Abs. 2 BGB

Im Falle der Vertragsbeendigung hat der Unternehmer dem Verbraucher die Zahlung zu erstatten, die der Verbraucher zur Erfüllung des Vertrages geleistet hat, § 327o Abs. 2 BGB. Folglich hat U V die Zahlung i.H.v. 50 € zu erstatten.

5. Ergebnis

V hat gegen U einen Anspruch auf Rückzahlung i.H.v. 50 € aus § 327o Abs. 2 BGB.

II. Anspruch V gegen U auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 1.000 €

Ferner könnte V gegen U auch einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises für den Fitnesstrainer i.H.v. 1.000 € haben.

1. Anspruch aus § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 323 Abs. 1 Fall 1 BGB

Ein solcher Rückzahlungsanspruch könnte sich aus § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 323 Abs. 1 Fall 1 BGB ergeben.

Dafür müsste U seine Leistung – Lieferung eines mangelfreien, ordnungsgemäßen Fitness-Trainers – allerdings nicht vertragsgemäß erbracht haben. Der Fitness-Trainer, den der U dem V ausgehändigt hat, war jedoch frei von jeglichen Mängeln. Er hat seine Leistung also vertragsgemäß erbracht. Ein Recht des V auf Rückzahlung der 1.000 € aus § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 323 Abs. 1 Fall 1 BGB ist folglich nicht gegeben.

2. Anspruch aus § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 327c Abs. 6 BGB

Der Rückzahlungsanspruch könnte sich aber aus § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 327c Abs. 6 BGB ergeben.

a) Rücktrittsgrund, § 327c Abs. 6 BGB

Für V könnte sich ein Rücktrittsrecht aus § 327 Abs. 6 BGB ergeben. Voraussetzung dafür ist, dass es sich um einen Paketvertrag i.S.d. § 327a Abs. 1 BGB handelt, bei welchem V den Vertrag bereits hinsichtlich des digitalen Produkts nach § 327c Abs. 1 BGB beenden kann und er zudem kein Interesse mehr am anderen, nicht digitalen Vertragsteil hat.

aa) Beendigungsgrund nach § 327c Abs. 1 S. 1 BGB

V kann den Vertrag mit U hinsichtlich des digitalen Produkts nach § 327c Abs. 1 BGB beenden (siehe oben).

bb) Paketvertrag, § 327a Abs. 1 BGB

Der Vertrag zwischen V und U müsste ein Paketvertrag i.S.v. § 327a Abs. 1 S. 1 BGB sein. Paketverträge sind Verbraucherverträge zwischen denselben Vertragsparteien, die neben der Bereitstellung digitaler Produkte die Bereitstellung anderer Sachen oder die Bereitstellung anderer Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Problematisch an dieser Stelle könnte die Abgrenzung zu einem Vertrag nach § 327a Abs. 2 BGB sein. Sollte der zwischen V und U geschlossene Vertrag unter Abs. 2 fallen, hätte das zur Folge, dass Voraussetzung für eine Beendigung des gesamten Vertrags nicht das fehlende Interesse an der Teilleistung gem. § 327c Abs. 6 BGB wäre, sondern nach § 327c Abs. 7 BGB die fehlende Eignung zur gewöhnlichen Verwendung.

[5] *Fries* (Fn. 1), § 327c Rn. 7.
[6] Siehe ErwG 61 der Digitale-Inhalte-Richtlinie.
[7] *Weiler*, Schuldrecht AT, 6. Aufl. 2022, § 36 Rn. 48.
[8] *Fries* (Fn. 1), § 327o Rn. 4.

Hinweis: Die folgenden Ausführungen sind für eine Klausur zu weitgehend und dienen lediglich der Erläuterung der hier vertretenen Meinung zu dem Verhältnis von § 327a Abs. 1 und Abs. 2 BGB.

Ein Paketvertrag nach Abs. 1 verlangt einen einzigen Vertrag zwischen denselben Vertragsparteien über ein digitales Produkt und eine andere Sache oder eine andere Dienstleistung, wobei es nicht darauf ankommt, ob die beiden Vertragsgegenstände in Verbindung zueinanderstehen oder nicht.

Unter Abs. 2 fallen hingegen Verträge, bei welchen eine Sache mit einem digitalen Produkt verbunden ist oder sie ein solches enthält. Anders als in Abs. 1 können auch mehrere Verträge mit unterschiedlichen Unternehmern geschlossen werden.

Mithin ist Abs. 2 tatbestandlich weiter, was die Kriterien der Anzahl der Verträge und Vertragsparteien betrifft, hingegen enger, was den Vertragsgegenstand (Verbundenheit von Sache und digitalem Produkt) angeht. In Abgrenzung zu Abs. 2 wird bei einem Paketvertrag nämlich kein enger Zusammenhang zwischen dem digitalen Produkt und der Sache verlangt, die Verträge könnten mithin auch inhaltlich unabhängig voneinander sein. Insofern ist der Anwendungsbereich des Abs. 1 weiter als der des Abs. 2.

Nach der hier vertretenen Auffassung folgt daraus, dass, sofern *ein* Vertrag zwischen *denselben* Vertragsparteien über eine Sache mit verbundenem oder enthaltenem digitalen Produkt i.S.d. § 327a Abs. 2 BGB geschlossen wurde, nicht dieser, sondern der in dieser Konstellation speziellere Paketvertrag i.S.d. § 327a Abs. 1 vorliegt. Folglich ist in solchen Fällen für die Lösung vom gesamten Vertrag nicht § 327c Abs. 7 BGB, sondern Abs. 6 einschlägig. Dass der Verbraucher den Vertrag in diesem Fall nach § 327c Abs. 6 BGB beenden kann – und mithin nicht auf die gewöhnliche Verwendbarkeit, sondern auf sein fehlendes Interesse abgestellt wird – ist auch insofern sachgerecht, als dass der Vertrag mit ein und demselben Vertragspartner geschlossen wird, dieser also von beiden Bestandteilen des Vertrags und ggf. ihrer Bedeutung füreinander weiß.

(1) Verbrauchervertrag zwischen denselben Vertragsparteien

Um insbesondere eine Abgrenzung zu § 327a Abs. 2 BGB zu ziehen, wird von Abs. 1 vorausgesetzt, dass dieselben Vertragsparteien einen Vertrag schließen. U und V haben einen (einzigen) Verbrauchervertrag über den Fitness-Trainer und die App geschlossen (siehe oben).

(2) Bereitstellung eines digitalen Produkts

U hatte sich verpflichtet, V die App anhand der Übersendung eines Zugangscodes zugänglich zu machen, worin die Einigung zur Bereitstellung eines digitalen Produkts liegt (siehe oben).

(3) Bereitstellung anderer Sachen oder anderer Dienstleistungen

Der Vertrag müsste schließlich auch die Bereitstellung anderer Sachen oder anderer Dienstleistungen enthalten. Mit Sachen sind solche i.S.d. § 90 BGB gemeint.[9] Neben der Bereitstellung der App haben sich U und V auch darauf geeinigt, dass V den Fitness-Trainer „FettWeg“ zum Preis von 1.000 € erwirbt. Der Fitness-Trainer ist ein körperlicher Gegenstand und mithin eine Sache i.S.v. § 90 BGB. Der Vertrag enthält damit auch die Bereitstellung anderer Sachen. Aufgrund der Tatsache, dass hier ein einziger Vertrag zwischen denselben Vertragsparteien vorliegt, ist es nicht relevant, ob die App mit dem Fitnesstrainer i.S.d. § 327a Abs. 2 BGB verbunden ist, da für einen solchen Fall § 327a Abs. 1 BGB die speziellere Norm wäre. Jedenfalls ist der Fitnesstrainer mit der App aber nicht in dem Sinne verbunden, als dass er sich ohne die App nicht mehr zur gewöhnlichen Verwendung eignen würde, vgl. § 327a Abs. 3 BGB.

(4) Zwischenergebnis

Damit stellt der Vertrag von U und V einen Paketvertrag gem. § 327a Abs. 1 S. 1 BGB dar.

cc) Fehlendes Interesse an der Teilleistung, § 327c Abs. 6 BGB

V dürfte ohne die App kein Interesse an dem Fitness-Trainer haben. Für die Auslegung des Begriffs „Interesse“ soll auf die Rechtsprechung zu § 323 Abs. 5 BGB zurückgegriffen werden.[10] Dort geht es um das Interesse am reduzierten beiderseitigen Leistungsaustausch.[11] Das Interesse wird objektiv bestimmt, allerdings unter Betrachtung der individuellen Situation des Gläubigers.[12] So kann ein Interessenwegfall bspw. dann angenommen werden, wenn eine sinnvolle Nutzung der anderen Leistung nicht mehr möglich ist.[13] Gerade aber bei Paketverträgen, in denen auch Vertragsgegenstände miteinander verknüpft werden können, die sonst eher nicht zusammen erworben würden, könnte das berechtigte Interesse darin begründet gewesen sein, eben aus dieser ungewöhnlichen Zusammenstellung der Produkte einen Vorteil gezogen zu haben, bspw. ein besonders preisgünstiges Kombi-Angebot.

V hat sich für den Fitnesstrainer nur entschieden, da er in Kombination mit der App angeboten wurde. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass sich viele Menschen nur durch weitere Gadgets zum Sport motiviert fühlen. Gerade die Anzeige der Anzahl verbrannter Kalorien und gelaufener Kilometer steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Nutzung des Fitnesstrainers. Aus objektiver Sicht eines durchschnittlichen Kunden ist es daher zumindest vertretbar, sein Interesse am Fitnesstrainer ohne Bereitstellung auch der App zu verneinen. Damit fehlt sein Interesse an der Teilleistung.[14]

dd) Zwischenergebnis

Somit liegt der Rücktrittgrund aus § 327c Abs. 6 BGB vor.

[9] *Metzger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 327a Rn. 3.
[10] Vgl. BT-Drs. 19/27653, S. 52.
[11] *H. Schmidt*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.2.2022, § 323 Rn. 52.
[12] *H. Schmidt* (Fn. 11), § 323 Rn. 52.
[13] *Weiler* (Fn. 7), § 36 Rn. 49.
[14] A.A. vertretbar.

b) Rücktrittserklärung, § 349 BGB

> *Hinweis*: Aus dem Gesetz ist nicht eindeutig erkennbar, auf welche Normen für die Ausübung des Rücktrittsrechts abgestellt werden muss, wenn der Rücktrittsgrund für einen Vertrag über ein nicht digitales Produkt aus dem Abschnitt über digitale Produkte stammt. Insofern spricht vieles dafür, dass man auf die Beendigung des anderen, nicht digitalen Teils, die Vorschriften anwendet, die anwendbar wären, wenn hinsichtlich diesen Teils selbst eine Leistungsstörung vorläge. Damit sind nicht §§ 327o, 327p BGB, sondern §§ 346 ff. BGB auf einzelne Fragen bzgl. des Rücktritts vom Vertrag über den nicht digitalen Teil anzuwenden.

Der Rücktritt müsste auch von V gegenüber U erklärt worden sein, § 349 BGB. Bei der Rücktrittserklärung handelt es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung, bei der es ausreicht, dass der Gläubiger eindeutig zum Ausdruck bringt, den Vertrag auflösen zu wollen.[15] V hatte U am Telefon erklärt, dass er ohne Zugriff auf die App kein Interesse mehr an dem Gerät habe und sich daher vom ganzen Vertrag lösen wolle. Damit liegt eine Rücktrittserklärung vor.

c) Kein Ausschluss

Ausschlussgründe sind nicht ersichtlich.

d) Ergebnis

V hat gegen U einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises für den Fitness-Trainer i.H.v. 1.000 € aus § 346 BGB i.V.m. § 327c Abs. 6 BGB Zug-um-Zug gegen Herausgabe des Geräts.

Frage 2: Stehen dem U im Gegenzug Ansprüche gegen V zu?

> *Hinweis*: Durch den Rücktritt des V entsteht zwischen ihm und U ein Rückgewährschuldverhältnis, vgl. § 346 Abs. 1 S. 1 BGB. Daher hat U in jedem Fall einen Anspruch auf Übereignung und Übergabe des Fitness-Trainers.

I. Anspruch U gegen V auf Zahlung von Wertersatz aus § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB

Neben dem Anspruch auf Rückgewähr des Fitness-Trainers könnte U auch einen Anspruch auf Wertersatz gegen V haben. In Betracht kommt hier ein Anspruch aus § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB, zu dessen Begründung ein Rückgewährschuldverhältnis und die Verschlechterung der Sache vorliegen müssen.

1. Rückgewährschuldverhältnis

Ein Rückgewährschuldverhältnis entstand mit dem wirksamen Rücktritt durch V (siehe oben).

2. Verschlechterung

Weiterhin müsste sich der Fitness-Trainer auch verschlechtert haben. Unter einer Verschlechterung i.S.d. § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB ist jede nachteilige Veränderung der Sachsubstanz oder Beeinträchtigung der Funktionstauglichkeit einer Sache zu verstehen.[16] Aus der Existenz von § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Hs. 2 BGB lässt sich jedoch schließen, dass auch der Verlust der Neuwertigkeit prinzipiell eine solche Verschlechterung darstellt.[17] Allerdings ist dies ausweislich des Hs. 2 dann nicht der Fall, wenn die Sache dadurch ihre Neuwertigkeit verliert, dass sie bestimmungsgemäß in Gebrauch genommen worden ist. Unter der bestimmungsgemäßen Ingebrauchnahme ist die Aufnahme der vertraglich vorgesehenen oder allgemein üblichen Verwendung des Leistungsgegenstandes zu verstehen.[18] Mangels anderweitiger Angaben im Sachverhalt kann davon ausgegangen werden, dass V den Fitness-Trainer nicht in einem Maße gebraucht hat, der nicht vertraglich vorgesehen gewesen wäre oder der üblichen Verwendung widersprochen hätte. Somit liegt in der erstmaligen Ingebrauchnahme des Fitness-Trainers durch V keine Verschlechterung i.S.d. § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB.

3. Ergebnis

Folglich hat U keinen Anspruch gegen V auf Wertersatz aus § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB.

II. Anspruch U gegen V auf Zahlung von Nutzungsersatz aus § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB

Konsequenterweise wäre auch ein Anspruch des U gegen V auf Ersatz gezogener Nutzungen aus § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB denkbar, schließlich hat V den Fitness-Trainer nicht nur bestimmungsgemäß in Gebrauch genommen, sondern auch zehn Minuten lang genutzt. Zu den Nutzungen zählen gem. § 100 BGB die Früchte einer Sache oder eines Rechts (§ 99 BGB) sowie die Gebrauchsvorteile.[19] Grundsätzlich wird der zu leistende Nutzungsersatz, sofern Gebrauchsvorteile in Betracht kommen, in der Weise errechnet, dass das Verhältnis von gefahrenen Kilometern/genutzten Minuten zur Gesamtlaufleistung/Gesamtfunktionsdauer auf den gezahlten Kaufpreis übertragen wird.[20] Geht man davon aus, dass ein Fitness-Trainer jedenfalls zehn Jahre lang für eine Stunde pro Woche verwendet werden kann, stehen die zehn Minuten einer Gesamtfunktionsdauer von 520 Stunden gegenüber. Überträge man dieses Verhältnis auf den Kaufpreis von 1.000 €, ergäbe dies einen Nutzungsersatz i.H.v. etwa 32 Cent.

[15] *Looschelders*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 18. Aufl. 2020, § 40 Rn. 3.

[16] *Gaier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 346 Rn. 101.

[17] *Lobinger*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2009, § 346 Rn. 87 ff.; *Schall*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum Zivilrecht, Stand: 1.3.2022, BGB § 346 Rn. 533 f.

[18] *Schall*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.3.2022, § 346 Rn. 544.

[19] *Gaier* (Fn. 16), § 346 Rn. 79.

[20] *H. Schmidt* (Fn. 11), § 346 Rn. 48.

Dass V den Fitness-Trainer freudlos genutzt hat, kann dabei keine Relevanz haben. Nachzudenken wäre jedoch darüber, ob ein etwaiger Nutzungsersatz dadurch gekürzt werden müsste, dass der Fitness-Trainer nicht wie vertraglich vereinbart mit der App genutzt werden konnte. Da aber sogar in Fällen, in denen die Sache selbst mangelhaft ist, ein Abzug vom Nutzungsersatz nur in Extremfällen angenommen wird,[21] kann dies in einem Fall wie diesem – das Gerät funktioniert einwandfrei – nicht zu einem Abzug führen.

Da im Sachverhalt jedoch weder Angaben zur Gesamtfunktionsdauer gemacht wurden noch eine nennenswerte Nutzungsdauer vorliegt, konnte die Prüfung des Nutzungsersatzes auch vernachlässigt werden.

[21] Vgl. OLG Hamm NJOZ 2011, 447 (450).

Examensübungsklausur mit völkerrechtlichen Bezügen: Die Bundesrepublik als „Hüterin des Völkerrechts“

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Andreas Buser**, Berlin*

Völkerrechtliche Bezüge des Grundgesetzes gehören zum Pflichtstoff, wie er insbesondere in der Vorlesung zum Staatsrecht III vermittelt wird.[1] *Gerade im Bereich der Grundrechte müssen die Grundzüge des Grundrechtsschutzes im Mehrebenensystem*[2] *beherrscht werden. Da völkerrechtliche Bezüge in den von den Prüfungsämtern gestellten Klausuren selten sind, genügen für den Ernstfall regelmäßig Grundkenntnisse, um eine solide Note zu erreichen. Auch im vorliegenden Fall waren vertiefte Kenntnisse des Völkerrechts, insbesondere des humanitären Völkerrechts, nicht verlangt. Vielmehr sollten Bearbeiter*innen zeigen, wie sie einen komplexen Sachverhalt, unter Anwendung von Grundkenntnissen des Staatsrechts III und Verwertung der mitgegebenen Argumente der Beteiligten, in einem Gutachten vertretbar rechtlich lösen.*

Die behandelte Problematik ist dabei von besonderer Aktualität. Der Sachverhalt lag bisher dem VG Köln[3]*, dem OVG Münster*[4] *und dem BVerwG*[5] *zur Entscheidung vor. Gegen das Urteil des BVerwG ist nun eine Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG anhängig. Auch in der Ausbildungsliteratur wurde der Fall umfassend rezipiert.*[6] *Zu Studienzwecken wurde der Ausgangssachverhalt allerdings leicht abgewandelt und vereinfacht. Insbesondere stellen sich in der anhängigen Verfassungsbeschwerde weitere schwierige Fragen im Umgang mit Unsicherheiten hinsichtlich der Abgrenzung zwischen „Kombattanten“ und Zivilpersonen in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten nach humanitärem Völkerrecht.*[7]

Sachverhalt

Seit dem Jahr 2002 unterstützt die Regierung der USA die jemenitische Regierung im Kampf gegen die terroristische Gruppierung der „Al-Qaida in the Arabian Peninsula“ (AQAP). Zwischen der Regierung und der AQAP kommt es immer wieder zu bewaffneten Auseinandersetzungen. Im Kampf gegen die AQAP setzt das US-Militär, mit Billigung der jemenitischen Regierung, bewaffnete Drohnen ein. Bei diesen Angriffen kam es immer wieder auch zu zivilen Opfern aus der lokalen Bevölkerung.

Einer der Drohneneinsätze wurde 2012 im Heimatort der jemenitischen Staatsbürger A und K durchgeführt. In der Region kommt es immer wieder zu Drohneneinsätzen, da AQAP dort stark verwurzelt ist. Bei dem gegen bewaffnete Kämpfer der AQAP gerichteten Raketenbeschuss, starben mehrere Verwandte von A und K. Diese hatten sich mit Vertretern von AQAP zu einer „Aussprache“ getroffen, da es in der Vergangenheit zu Streitigkeiten gekommen war. K verließ daraufhin den Jemen und lebt seitdem in Kanada. Grundsätzlich würde er gerne in den Jemen zurückkehren, auf Grund der Drohneneinsätze erscheint es ihm aber als zu gefährlich.

Die im Jemen eingesetzten Drohnen werden von Dschibuti aus gestartet, wobei sie von einem „Piloten“ in den USA gesteuert werden. Für die Steuerung der Drohne sind die USA auf Grund der Erdkrümmung auf eine Satelliten-Relais Station in Europa angewiesen. Der Datenstrom für die Steuerung der Drohne wird von den USA zur Air Base in Ramstein (Deutschland) geleitet und von dort an die Drohne gefunkt. Die Daten werden allein in den USA ausgewertet.

Die Bundesregierung ist über diese Vorgänge im Bilde. Im Jahr 2010 wurde sie von den USA über die Errichtung der Satelliten-Relaisstation unterrichtet und hat dagegen keine Einwände vorgebracht. Auf medialen und innerparlamentarischen Druck hin trat die Bundesregierung mit der US-Regierung in Konsultationen bezüglich der Nutzung der Air Base für Drohneneinsätze. Die US-Regierung sicherte daraufhin zu, die Air Base ausschließlich im Einklang mit deutschem Recht zu nutzen und beim Einsatz von Drohnen das Völkerrecht zu achten.

A und K – die im Austausch mit Menschenrechtsaktivist*innen in Deutschland stehen – ging diese unverbindliche Erklärung nicht weit genug. Nachdem ihre Klage in der ersten Instanz abgewiesen wurde, hatten sie in der Berufungsinstanz Erfolg. Das OVG Münster gab der Klage statt und verurteilte die Bundesrepublik, sich durch geeignete Maßnahmen zu vergewissern, dass eine Nutzung der Air Base Ramstein durch die USA für Drohneneinsätze im Jemen nur im

* Der *Autor* ist Wiss. Mitarbeiter im Fachbereich Rechtswissenschaft – Öffentliches Recht der Freien Universität Berlin, geleitet von Prof. *Dr. Heike Krieger*.

[1] Siehe etwa: *Calliess*, Staatsrecht III, 3. Aufl. 2020, Kap. 3 und 4.

[2] Dazu etwa. *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 37. Aufl. 2021, Rn. 51 ff.

[3] VG Köln, Urt. v. 27.5.2015 – 3 K 5625/14.

[4] OVG Münster BeckRS 2019, 5666; zur kritischen Rezeption des Urteils siehe: *Heinemann*, NVwZ 2019, 1580; *Dreist*, NZWehrr 2019, 208; *Aust*, JZ 2020, 303; *Bothe*, Wegschauen verletzt das Recht auf Leben: Zum Drohnenurteil des OVG Münster, verfassungsblog v. 21.3.2019, abrufbar unter https://verfassungsblog.de/wegschauen-verletzt-das-recht-auf-leben-zum-drohnenurteil-des-ovg-muenster/ (19.4.2022); *Sauer*, Angst vor der eigenen Courage? Licht und Schatten im Drohnenurteil des OVG Münster, verfassungsblog v. 22.3.2019, abrufbar unter https://verfassungsblog.de/angst-vor-der-eigenen-courage-licht-und-schatten-im-drohnenurteil-des-ovg-muenster/ (17.4.2022).

[5] BVerwG NVwZ 2021, 800 (808); zur eher befürwortenden Rezeption: *Heinemann*, NVwZ 2021, 810; sehr kritisch dagegen: *Payandeh/Sauer*, NJW 2021, 1571 (1571).

[6] Siehe etwa: *Sachs*, JuS 2021, 804; *Erdmann/Roß*, JuS 2021, 775.

[7] Dazu: *Aust*, JZ 2020, 303 (308); BVerwG NVwZ 2021, 800 (808).

Einklang mit dem Völkerrecht durchgeführt wird und gegebenenfalls Maßnahmen gegen die USA zur Einhaltung des Völkerrechts ergriffen werden. Bei der völkerrechtlichen Bewertung komme der Exekutive kein nicht justiziabler Beurteilungsspielraum zu. Eine völkerrechtliche Betrachtung ergebe erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Drohneneinsätze, weswegen die Rechtsansicht der US-Regierung und ihr folgend der Bundesregierung „völlig unzulänglich" sei. Die bloße Einholung einer allgemeinen unverbindlichen Zusicherung durch die USA sei „völlig unzureichend".

Die dagegen von der Bundesrepublik Deutschland eingelegte Revision war jedoch erfolgreich. Das BVerwG wies die Klage von K als unzulässig und die Klage von A als unbegründet ab. Das bloße Durchleiten eines Datenstroms stelle keinen hinreichenden Bezug zum deutschen Staatsgebiet her und könne keine Schutzpflicht auslösen. Eine Schutzpflicht bestünde auch nur dann, wenn die Völkerrechtswidrigkeit der Drohnenangriffe feststünde. Dies sei vorliegend aber gerade nicht der Fall. Wegen der besonderen Natur des Völkerrechts bestünden in diesem Rechtsgebiet nur begrenzte Möglichkeiten, zu einer abschließenden Beurteilung einer Rechtsfrage zu gelangen, so dass es durchaus einen Einschätzungsspielraum der Exekutive gebe. Schließlich habe die Bundesrepublik einer etwaigen Schutzpflicht jedenfalls bereits durch das Einholen der Zusicherung genügt.

Gegen dieses Urteil wenden die Kläger sich nun mit einer Verfassungsbeschwerde. Darin machen sie geltend, das Urteil des BVerwG habe ihre Grundrechte nicht ausreichend gewürdigt. Die Billigung der Drohneneinsätze und deren Lenkung über die Satelliten-Relais Station auf deutschem Territorium stellten eine „Grundrechtsgefährdung" und einen „modernen Eingriff" in die Grundrechte der Beschwerdeführer dar. Jedenfalls bestünden Ihnen gegenüber Schutzpflichten der Bundesrepublik im Hinblick auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die von den völkerrechtswidrigen Angriffen ausgehende Gefahr für Leib und Leben der Beschwerdeführer, sowie die bereits bestehende ständige psychische Belastung seien nicht hinnehmbar. Schließlich hätte das BVerwG die Frage nach der Völkerrechtswidrigkeit des Drohneneinsatzes dem BVerfG vorlegen müssen. Mithin habe bereits nicht der gesetzlich vorgesehene Richter über die Frage der Völkerrechtskonformität entschieden.

Die Bundesrepublik entgegnet, das BVerwG habe sich umfassend mit den Grundrechten der Kläger auseinandergesetzt. Die Bundesregierung stehe in einem ständigen Austausch mit den entsprechenden US-Stellen und wirke dabei auch auf die Einhaltung menschenrechtlicher und humanitärvölkerrechtlicher Verpflichtungen hin. Mehr könne im Rahmen von Schutzpflichten nicht von ihr verlangt werden, da ihr im außenpolitischen Bereich ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zukomme. Das Grundgesetz verpflichte die Bundesrepublik nicht, sich als „weltweite Hüterin des Völkerrechts" aufzuspielen, was angesichts der Stellung der USA als „globaler Supermacht" auch aussichtslos sei. Im Übrigen seien die Drohneneinsätze nach Ansicht der Bundesregierung mit Völkerrecht vereinbar.

Wie wird das Bundesverfassungsgericht über die Verfassungsbeschwerde entscheiden?

Bearbeitungsvermerk

Die Verfassungsbeschwerde wurde form- und fristgemäß erhoben.

Die Nutzung der Airbase Ramstein basiert auf dem NATO-Truppenstatut und einem dazu abgeschlossenen Zusatzabkommen. Nach dem NATO-Truppenstatut haben die stationierten Truppen grundsätzlich das Recht des Aufnahmestaates zu achten. Im Zusatzabkommen ist auch ein einseitiges Kündigungsrecht mit einer Kündigungsfrist von zwei Jahren vorgesehen.

Es ist davon auszugehen, dass die Vereinbarkeit der Drohnenangriffe der USA im Jemen mit Regelungen des humanitären Völkerrechts zum Schutz von Zivilpersonen – welches überwiegend als universelles Völkergewohnheitsrecht gilt – und Menschenrechten umstritten ist. Grundsätzlich verlangt das auch in innerstaatlichen Konflikten geltende Unterscheidungsgebot, dass Zivilisten nicht zum Ziel von Angriffen gemacht werden. Der Tod von Zivilisten kann unter Umständen als „Kollateralschaden" erlaubt sein, wenn die Todesopfer zum militärischen Vorteil der konkreten Kampfhandlung nicht außer Verhältnis stehen. Umstritten ist aber inwiefern sogenannte „gezielte Tötungen" von Personen, die nicht unmittelbar konkrete Kampfhandlungen vornehmen, mit humanitärem Völkerrecht und Menschenrechten vereinbar sind. Eine abschließende völkerrechtliche Bewertung dieser Frage wird von Bearbeiter*innen nicht verlangt. Für die Bearbeitung ist davon auszugehen, dass jedenfalls die überwiegende Anzahl der US-Drohnenangriffe mit humanitärem Völkerrecht vereinbar sind.

Eine Klage in den USA gegen den Einsatz von Drohnen im Jemen dürfte als nahezu aussichtslos zu bewerten sein, weil die dortigen Gerichte eine solche Klage auf Grund der sogenannten „political questions doctrine" und dem Grundsatz der „deference to the executive" wohl für nicht-justiziabel halten würden.

Lösungsvorschlag

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit des BVerfG gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG

Das Bundesverfassungsgericht ist für Verfassungsbeschwerden gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG zuständig.

II. Beschwerdefähigkeit nach § 90 Abs. 1 BVerfGG

Beschwerdefähig ist „jedermann" i.S.v. § 90 Abs. 1 BVerfGG. Damit ist die Fähigkeit gemeint, Träger von Grundrechten zu sein.

A und K sind als natürliche Personen grundrechtsfähig und damit beschwerdefähig.

III. Beschwerdegegenstand nach § 90 Abs. 1 BVerfGG

Beschwerdegegenstand i.S.d. § 90 Abs. 1 BVerfGG ist jeder Akt der öffentlichen Gewalt. Nach § 95 Abs. 1 S. 1 BVerfGG kann auch ein Unterlassen Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sei.

Gegenstand ist hier das Unterlassen der Bundesrepublik, weitere Schritte gegen die Nutzung der Air Base Ramstein für Drohnenangriffe zu unternehmen, sowie das diese Praxis bestätigende Urteil des BVerwG.

V. Beschwerdebefugnis nach § 90 Abs. 1 BVerfGG

Die Beschwerdeführer müssten behaupten können, durch das Urteil des BVerwG in ihren Grundrechten oder ihren in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG ausdrücklich genannten sonstigen Rechten verletzt zu sein. Zudem müssen sie als Beschwerdeführer selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein.

1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung oder eines sonstigen Rechts

Die Beschwerdebefugnis ist gegeben, wenn sich aus dem Vortrag der Beschwerdeführer die Möglichkeit einer Grundrechts- bzw. Rechtsverletzung ergibt.[8]

a) Grundrechte

Das angegriffene Urteil des BVerwG könnte die Grundrechte der Beschwerdeführer nicht ausreichend gewürdigt haben. Indem es das möglicherweise grundrechtswidrige Unterlassen weiterer Maßnahmen zur Unterbindung möglicherweise völker- und grundrechtswidriger Drohnenangriffe als ausreichend bestätigte, hat es sich eine etwaige Grundrechtsverletzung dieses Unterlassens zu eigen gemacht.

Als möglicherweise verletztes Grundrecht kommt vor allem Art. 2 Abs. 2 GG in Betracht. Problematisch ist hier vor allem die räumliche Anwendbarkeit der Grundrechte.

aa) Extraterritoriale Abwehrdimension

Das BVerfG hat in jüngerer Zeit eine eher weitgehende territoriale Anwendbarkeit der Grundrechte in ihrer Abwehrdimension angenommen. In der Entscheidung zur BND Auslandsüberwachung hat es diese auch im Hinblick auf Ausländer im Ausland bejaht.

So lautet der erste Leitsatz der Entscheidung:

„Jedenfalls der Schutz des Art. 10 Abs. 1 und des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG als Abwehrrechte gegenüber einer Telekommunikationsüberwachung erstreckt sich auch auf Ausländer im Ausland.“[9]

Aus Art. 1 Abs. 3 GG folge „eine umfassende Bindung der deutschen Staatsgewalt an die Grundrechte des Grundgesetzes. Einschränkende Anforderungen, die die Grundrechtsbindung von einem territorialen Bezug zum Bundesgebiet oder der Ausübung spezifischer Hoheitsbefugnisse abhängig machen, lassen sich der Vorschrift nicht entnehmen.“[10]

Die streitgegenständlichen Drohnenangriffe werden anders als die Auslandsüberwachung im BND-Urteil nicht von deutschen staatlichen Stellen ausgeführt. Es ist allerdings nicht gänzlich ausgeschlossen, dass sich die Drohnenangriffe der deutschen Staatsgewalt zurechnen lassen, da die Drohnen vermittelt über die Air Base Ramstein gesteuert werden und dies mit Billigung der Bundesregierung geschieht. Damit erscheint eine Verletzung der Grundrechte von A und K hier möglich.

bb) Extraterritoriale Schutzpflichtendimension

Daneben könnte eine Verletzung grundrechtlicher Schutzpflichten in Betracht kommen. Art. 2 Abs. 2 GG hat nach mittlerweile einhelliger Meinung auch eine Schutzdimension.[11] So lautet etwa der Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG „Sie zu achten und zu *schützen* ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“ Fraglich ist allerdings, ob diese Schutzpflicht hier überhaupt einschlägig ist, da die Drohnenangriffe selbst nicht auf deutschem Boden ausgeführt werden.

Problematisch ist hier die Übertragbarkeit der Aussagen des BVerfG zur extraterritorialen Anwendbarkeit von Abwehrrechten auf die Schutzpflichten. So hat das BVerfG in der BND-Entscheidung angenommen, dass sich die aus den Grundrechten folgenden Schutzwirkungen einschließlich ihrer Reichweite im Ausland nach den konkreten Umständen des Falles unterscheiden können. Insbesondere sei zwischen verschiedenen Grundrechtsdimensionen, etwa der Wirkung als Abwehrrechte oder als Schutzpflichten zu unterscheiden.[12]

In der Folge betonte das BVerfG, dass neben der Reichweite im konkreten Fall auch die Kriterien für die Anwendbarkeit einer extraterritorialen Schutzpflicht an sich nicht näher geklärt sind.[13] Weil das BVerfG in seinem aktuellen Klimabeschluss eine Verletzung der Schutzpflicht – selbst für den Fall ihres Bestehens – ablehnte, ließ es die Frage der Anwendbarkeit letztlich offen.[14] Einen „möglichen Anknüpfungspunkt“ sah das Gericht aber darin, „dass die schweren Beeinträchtigungen, denen die Beschwerdeführenden wegen des Klimawandels (weiter) ausgesetzt sein könnten, zu einem, wenngleich geringen, Teil auch durch von Deutschland ausgehende[n] Treibhausgasemissionen verursacht sind.“[15]

Für eine Übertragbarkeit lässt sich Art. 1 Abs. 3 GG anführen, der den Ausgangspunkt für die Herleitung von Schutzpflichten bietet, und keine Limitierung der Grundrechtsbindung in Bezug auf den Ort der Betroffenheit vorsieht. Ebenso fehlt eine territoriale Begrenzung in Art. 2 Abs. 2 GG.

Da vorliegend ein – wenn auch sehr mittelbarer – Bezug zu deutschem Territorium besteht, erscheint die Verletzung von grundrechtlichen Schutzpflichten im Hinblick auf A und

[8] Vgl. *Hartmann*, JuS 2003, 897; *Kingreen/Poscher* (Fn. 2), Rn. 1298.
[9] BVerfGE 154, 152.
[10] BVerfGE 154, 152 (215 Rn. 88); siehe auch: BVerfG NJW 2021, 1723 (1736 Rn. 175).
[11] BVerfGE 39, 1 – Schwangerschaftsabbruch I; im Überblick: *Kingreen/Poscher* (Fn. 2), Rn. 97, 421.
[12] BVerfGE 154, 152 (224 Rn. 104).
[13] BVerfG NJW 2021, 1723 (1736 Rn. 175: „Unter welchen Umständen Grundrechte als Grundlage von Schutzpflichten gegenüber im Ausland lebenden Menschen zur Anwendung kommen, ist bislang nicht näher geklärt.“
[14] BVerfG NJW 2021, 1723 (1736 Rn. 176).
[15] BVerfG NJW 2021, 1723 (1736 Rn. 175).

K durch die Bundesrepublik nicht als ausgeschlossen.

b) Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist ein grundrechtsgleiches Recht und nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG verfassungsbeschwerdefähig. Wer „gesetzlicher" Richter ist bestimmt sich grundsätzlich nach den jeweiligen Prozessordnungen. Auch das Grundgesetz kennt aber Regelungen darüber, wer in bestimmten Fällen „gesetzlicher" Richter ist.

Dazu gehört auch Art. 100 Abs. 2 GG. Danach hat das BVerfG bei Zweifeln „ob eine Regel des Völkerrechtes Bestandteil des Bundesrechtes ist und ob sie unmittelbar Rechte und Pflichten für den Einzelnen erzeugt (Artikel 25) […] die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen."

Ausweislich des Sachverhalts bestanden objektiv Zweifel, ob es ein gewohnheitsrechtliches Verbot der besagten Drohneneinsätze gebe, die auch das BVerwG teilte. Damit erscheint es nicht ausgeschlossen, dass es diese Frage dem BVerfG hätte vorlegen müssen.

2. Beschwer

a) Selbst

A und K müssten in eigener Person betroffen sein. Fraglich ist vorliegend, ob die Beschwerdeführer individuell oder nur als Teil der Allgemeinheit betroffen sind. Die BVerfG-Rechtsprechung ist hier sehr großzügig. So wurde in der Entscheidung zum Klimaschutzgesetz auch eine individuelle Betroffenheit von Menschen in Nepal und Bangladesch angenommen, ohne eine besondere Betroffenheit näher zu prüfen.[16]

Hier dürfte jedenfalls A individuell betroffen sein, da er als Mann im wehrfähigen Alter in einer Region lebt, in der häufig Drohnenangriffe durchgeführt werden.

Für K muss die eigene Betroffenheit dagegen abgelehnt werden, da er in Kanada seinen Lebensmittelpunkt hat und ihm daher momentan selbst keine Gefahr droht. Jedenfalls dürfte es an der Gegenwärtigkeit fehlen (dazu sogleich).

b) Gegenwärtig

Die Beschwerdeführer müssten auch gegenwärtig in ihren Grundrechten betroffen sein. Das heißt, die Grundrechtsverletzung muss begonnen haben oder andauern oder jedenfalls konkret drohen.[17]

A wohnt in einer von Drohnenangriffen bedrohten Region. Eine gegenwärtige Gefahr für seine Grundrechte ist anzunehmen, insbesondere handelt es sich, wie auch der Tod mehrerer Verwandter zeigt, nicht um ein bloßes Restrisiko.[18]

K ist dagegen nicht unmittelbar von Drohnenangriffen bedroht. Es ist ihm wohl zuzumuten, im Ausland zu verweilen, bis der Konflikt in seinem Heimatland sich beruhigt hat.[19]

c) Unmittelbar

Der hoheitliche Akt beziehungsweise das Unterlassen müsste die Grundrechte der Beschwerdeführer auch unmittelbar betreffen. Die unmittelbare Betroffenheit fehlt, wenn nicht der angegriffene Akt selbst in Grundrechte eingreift, sondern noch ein weiterer Vollzugsakt erforderlich ist.[20]

Bei Gerichtsentscheidungen wird es an der Unmittelbarkeit kaum je fehlen. So ist A jedenfalls durch die möglicherweise unzureichende Würdigung seiner Grundrechte durch das BVerwG unmittelbar betroffen.

VI. Ordnungsgemäßer Antrag nach §§ 23 Abs. 1, 93 BVerfGG

Die Verfassungsbeschwerde ist nach § 23 Abs. 1 S. 1 BVerfGG schriftlich und nach § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfG binnen eines Monats einzulegen. Die Frist beginnt bei der Urteilsverfassungsbeschwerde regelmäßig mit der Zustellung der letztinstanzlichen Entscheidung (§ 93 Abs. 1 S. 2 BVerfG).

Laut Sachverhalt sind Form und Frist gewahrt.

VII. Rechtsschutzbedürfnis

1. Subsidiarität

Neben der Erschöpfung des Rechtswegs – die hier gegeben ist – müssen alle weiteren Möglichkeiten ausgeschöpft werden, um die Beschwer zu beseitigen. Ein Verfahren in den USA ist laut Bearbeitungsvermerk weitgehend aussichtslos.[21] Dagegen hat es das BVerfG abgelehnt, die Ausübung auswärtiger Gewalt als justizfreien Hoheitsakt zu qualifizieren (vgl. Art. 19 Abs. 4 GG).[22] Insofern kann die Beschwer kaum durch ein Verfahren in den USA beseitigt werden und die Erhebung der Verfassungsbeschwerde ist nicht subsidiär.

3. Unmöglichkeit

Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis könnte ausgeschlossen sein, wenn die Bundesrepublik keinerlei Möglichkeiten hätte, auf das Verhalten der USA Einfluss zu nehmen. Dies dürfte vorliegend allerdings nicht anzunehmen sein. Laut Sachverhalt sind die USA auf eine Satelliten-Relais-Station in Europa angewiesen. Auch völkerrechtlich (NATO-Truppenstatut und Zusatzabkommen) ist Deutschland nicht zur Duldung jedweder Nutzung der Air Base verpflichtet. Ob als ultima ratio eine Kündigung des Truppenstatuts rechtlich möglich wäre, was mit erheblichen negativen Folgen für die außen-, bündnis- und verteidigungspolitischen Belange der Bundesrepublik Deutschland verbunden wäre, bedarf hier keiner abschließenden Entscheidung, da es jedenfalls noch weitere (mildere) Mittel gäbe, auf die USA einzuwirken, etwa weitere diploma-

[16] BVerfG NJW 2021, 1723 (1726 Rn. 110).
[17] Zur Gegenwärtigkeit bei zukünftigen Grundrechtsgefährdungen jüngst: BVerfG NJW 2021, 1723 (1726 Rn. 108).
[18] Zum Gefahrbegriff in Abgrenzung zum Restrisiko: BVerfGE 56, 54 (78).
[19] BVerwG NVwZ 2021, 800 (802); anders die Vorinstanz: OVG Münster BeckRS 2019, 5666 Rn. 60.
[20] BVerfGE 53, 366 (389); 70, 35 (50); *Kingreen/Poscher* (Fn. 2), Rn. 1315.
[21] Zu dieser Einschätzung auch: OVG Münster BeckRS 2019, 5666 Rn. 35; *Giegerich*, ZEuS 2019, 601 (606); *Aust*, JZ 2020, 303 (309).
[22] Vgl. BVerfGE 4, 157 (161).

tische Bemühungen oder das Ergreifen wirtschaftlicher Sanktionen.[23]

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde gegen eine Gerichtsentscheidung ist begründet, wenn der Beschwerdeführer entweder durch das Entscheidungsergebnis und/oder durch das Entscheidungsverfahren tatsächlich in seinen Grundrechten verletzt wird. Auch ein Entscheidungsergebnis, welches selbst keine Verhaltenspflichten auferlegt, ist insofern Gegenstand der Verfassungsbeschwerde, als es ein möglicherweise grundrechtswidriges Verhalten/Unterlassen der Exekutive bestätigt.

Das BVerwG könnte zunächst zu Unrecht eine Verletzung von Grundrechten der Beschwerdeführer im Hinblick auf die Abwehrdimension von Grundrechten abgelehnt haben (I.). Außerdem kommt eine Verletzung der Beschwerdeführer durch die ablehnende Entscheidung im Hinblick auf die Schutzpflichtendimension der Grundrechte in Betracht (II.). Schließlich ist eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter bezüglich der unterlassenen Vorlage nach Art. 100 Abs. 2 GG an das BVerfG zu prüfen (III.).

I. Eingriffskonstellation

1. Schutzbereich Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

a) Persönlicher Schutzbereich

Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ist ein „Jedermanngrundrecht“. Damit können sich auch die jemenitischen Beschwerdeführer grundsätzlich darauf berufen.

b) Sachlicher Schutzbereich

Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG schützt das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die körperliche Unversehrtheit umfasst die Gesundheit im biologisch-physiologischen und auch im psychischen Sinne.[24]

Die Drohnenangriffe gefährden Leib und Leben. Dabei handelt es sich um eine konkrete Gefahr und nicht um ein bloßes Restrisiko (siehe oben). Schließlich stellt sich die konstante Bedrohungslage als Beeinträchtigung der psychischen Gesundheit des A dar.

2. Eingriff

Ein Eingriff im klassischen Sinne ist jedes Handeln des deutschen Staates, das final, unmittelbar, rechtlich und mit Zwang wirkt.[25] Unmittelbarer Prüfungsgegenstand sind demnach nicht Akte ausländischer Staaten. Unmittelbar und final wirken hier allein Akte der USA (konkreter Drohneneinsatz durch das US-Militär). Die Handlungen der Bundesregierung oder auch das Urteil des BVerwG wirken sich dagegen nicht im Sinne des klassischen Eingriffsbegriffs auf die Grundrechte der Beschwerdeführer aus.

Es könnte jedoch ein Eingriff im „modernen“ Sinne vorliegen. Nach dem „Modernen Eingriffsbegriff“ stellt sich jede staatliche Maßnahme, mit der ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, erschwert oder unmöglich gemacht wird, als Eingriff dar.[26] Bei bloß mittelbaren, unbeabsichtigten oder nicht rechtsförmigen Beeinträchtigungen muss jedoch eine gewisse Erheblichkeitsschwelle erreicht sein.[27]

Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass die verfassungsrechtliche Verantwortlichkeit der deutschen öffentlichen Gewalt dort endet „wo ein Vorgang in seinem wesentlichen Verlauf von einer fremden Macht nach ihrem, von der Bundesrepublik Deutschland unabhängigen Willen gestaltet wird.[28] In dieser Konstellation können dann jedoch Schutzpflichten bestehen (dazu II.).

Darüber hinaus könnte eine Zurechnung des Handelns der USA zur Bundesrepublik Deutschland in Betracht kommen. Eine Zurechnung des Handelns der USA ließe sich hier nur für den Fall einer bewussten staatlichen Duldung annehmen.[29] Hier könnte die generelle Nutzungserlaubnis eine bewusste staatliche Duldung möglicherweise grundrechtswidriger Drohnenangriffe darstellen. Um die Grenze zu den Schutzpflichten nicht zu verwischen, gehen die Anforderungen an die Figur der bewussten staatlichen Duldung über eine bloße Kenntnis der Handlung hinaus.[30] Im Hinblick darauf und unter Berücksichtigung der oben erwähnten Erheblichkeitsschwelle ist die allgemeine Zustimmung zur Nutzung als Air Base und zur Durchleitung von Daten in Wirkung und Zielsetzung einem Eingriff nicht vergleichbar.[31]

II. Grundrechtsverletzung im Hinblick auf die Schutzpflichtendimension

Fraglich ist, ob das BVerwG in seiner Entscheidung die Bedeutung der Grundrechte in ihrer Schutzpflichtendimension verkannt hat. Das Unterlassen weiterer Maßnahmen gegen die USA zur Sicherstellung der Völkerrechtmäßigkeit der Drohnenangriffe (oder zur Unterlassung dieser) könnte mit grundrechtlichen Schutzpflichten unvereinbar sein.

> *Hinweis*: Der Prüfungsaufbau unterscheidet sich von der klassischen Prüfung von Grundrechten in der Eingriffskonstellation. Hier wird ein zweigliedriger Aufbau verwendet. Zunächst wird geprüft, ob überhaupt eine Schutzpflicht besteht, um in einem zweiten Schritt zu klären, ob der Staat dieser genügt hat („Erfüllen der Schutzpflicht“).

[23] Dazu auch: BVerwG NVwZ 2021, 800 (810 Rn. 81).
[24] Siehe nur: *Kingreen/Poscher* (Fn. 2), Rn. 472.
[25] *Kingreen/Poscher* (Fn. 2), Rn. 292.
[26] Einführend: *Hobusch*, JA 2019, 278.
[27] *Kingreen/Poscher* (Fn. 2), Rn. 294–303.
[28] BVerfG NVwZ 2018, 1224, erster Leitsatz (Fliegerhorst Büchel).
[29] Zur Konstellation der „bewussten Duldung“: BVerfGE 105, 279 (300); BVerfG NVwZ 2018, 1224 (1225).
[30] Zur Unterscheidung zwischen der Duldung der Handlung und des (rechtswidrigen) Erfolges im Rahmen der Figur der „bewussten Duldung“: *Buser*, DVBl. 2020, 1389 (1392).
[31] OVG Münster BeckRS 2019, 5666 Rn. 86.

1. Bestehen einer Schutzpflicht

a) Bestehen einer Schutzpflicht gegenüber Ausländern im Ausland

Problematisch ist hier vor allem die räumliche Anwendbarkeit der Grundrechte. Wie bereits in der Zulässigkeit erörtert, hat das BVerfG bisher die räumliche Anwendbarkeit von Schutzpflichten auf Konstellationen mit Auslandsbezug nicht abschließend geklärt.

Vorliegend wäre ein möglicher Anknüpfungspunkt die Satelliten-Relais Station auf deutschem Boden, die für die Steuerung der Drohnen von erheblicher Bedeutung ist. Ob dieser territoriale Anknüpfungspunkt für die Entstehung einer Schutzpflicht genügt, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten:

So hat das OVG Münster im vorliegenden Fall einen „hinreichenden engen Bezug" zum deutschen Staat angenommen und die Anwendbarkeit des Art. 2 Abs. 2 GG in seiner Schutzpflichtendimension bejaht.[32] In der Literatur wurde diese weite Interpretation grundrechtlicher Schutzpflichten teilweise begrüßt. Die Bundesrepublik habe jedenfalls eine „verfassungsrechtliche Begleitverantwortung", mit der sie letztlich zum „Überwachungsgaranten der fremden Hoheitsgewalt" wird.[33] Nach dieser weiten Interpretation besteht vorliegend eine Schutzpflicht.

Nach der engeren Ansicht des BVerwG[34] entstehen grundrechtliche Schutzpflichten nur bei Vorliegen eines qualifizierten territorialen Bezugs. Im Ergebnis kommt nach dieser Ansicht eine Schutzpflicht für Ausländer im Ausland nur in Betracht, wenn „die Gefahrenlage in wesentlicher Hinsicht innerhalb des Verantwortungsbereichs der deutschen Staatsgewalt, in der Regel also durch Vorgänge auf dem deutschen Staatsgebiet entstanden ist."[35]

Vorliegend werden auf deutschem Hoheitsgebiet keine wesentlichen Entscheidungen getroffen. Vielmehr entsteht die Gefahr im Wesentlichen auf jemenitischem und US-amerikanischem Staatsgebiet. Demnach sind nach Ansicht des BVerwG im vorliegenden Fall keine Schutzpflichten entstanden.[36]

Gegen diese enge Sichtweise kann angeführt werden, dass ohne die Air Base Ramstein Drohnenangriffe im Jemen nicht möglich sind und es bei einer engen Grenzziehung der Anwendbarkeit der Schutzpflichten zu Grundrechtsrelativierungen und einer Umgehung kommen könnte.[37]

Für die enge Ansicht des BVerwG lässt sich vorbringen, dass eine „Entgrenzung" der Schutzpflichten vermieden werden soll. Eine unbegrenzte Verantwortung der deutschen Staatsgewalt für den Schutz von Ausländern im Ausland ist letztlich nicht einlösbar und führt zu einer Verwischung der ohnehin schwer zu fassenden dogmatischen Konturen der Schutzpflichten. Der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung zur Einordnung in ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit (Art. 24 Abs. 2 GG) steht es entgegen, wenn Deutschland eine umfassende Überwachungspflicht für Maßnahmen der Bündnispartner träfe. Solche Überwachungspflichten würden eine internationale Zusammenarbeit „erheblich behindern, wenn nicht unmöglich machen".[38]

Für beide Ansichten sprechen gute Gründe. Ein Streitentscheid wäre allerdings nicht erforderlich, wenn die Verfassungsbeschwerde aus weiteren Gründen als unbegründet erscheint.

> *Hinweis*: Der Streit kann an dieser Stelle auch entschieden werden. Sollten sich Studierende für die enge Interpretation des BVerwG entscheiden, müsste dann im Wege des Hilfsgutachtens weiter geprüft werden.

b) Sachlicher Anwendungsbereich/Grundrechtsgefährdung

Hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereichs stellt sich die Frage, inwiefern Völkerrechtsverstöße eines anderen Staates sachlich eine Schutzpflicht des deutschen Staates begründen (aa), ob den Gerichten hierbei ein Einschätzungsspielraum zukommt (bb) und welche Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit zukünftiger Verstöße zu richten sind (cc).

aa) Relevanz der möglichen Völkerrechtswidrigkeit

Die Beschwerdeführer begehrten hier Schutz durch die Bundesregierung gegenüber einem anderen Staat, der grundsätzlich nicht an die Grundrechte gebunden ist. An das gewohnheitsrechtliche Unterscheidungsgebot des humanitären Völkerrechts sind die USA dagegen gebunden. Dahingehend stellt sich die Frage, inwiefern völkerrechtliche Regelungen insbesondere aus dem humanitären Völkerrecht für grundrechtliche Schutzpflichten überhaupt Relevanz haben. Hier kommen mehrere Anknüpfungspunkte in Betracht.

Ein Begründungsansatz stellt zentral auf Art. 25 Abs. 1 S. 2 GG ab. Bei den hier in Rede stehenden Verpflichtungen des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts handelt es sich um „allgemeine Regelungen" des Völkerrechts. Zwar gelten diese grundsätzlich nur zwischen Staaten,[39] die Formulierung in Art. 25 Abs. 1 S. 2 GG, dass die allgemeinen Regeln des Völkerrechts „Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes" erzeugen, könnte als „Subjektivierung" dieser Regelungen verstanden werden.[40] Eine solche Subjektivierung wird von den Gerichten auch tatsächlich für das gewohnheitsrechtliche Unterscheidungsgebot angenommen.[41] Gegen diesen Ansatz spricht, dass „Allgemeine Re-

[32] OVG Münster BeckRS 2019, 5666 Rn. 113 ff.
[33] *Payandeh/Sauer*, NJW 2021, 1571 (1571).
[34] BVerwG NVwZ 2021, 800 (805 Rn. 47).
[35] BVerwG NVwZ 2021, 800 (805 Rn. 46).
[36] Zu diesem Erfordernis: BVerwG NVwZ 2021, 800 (805 Rn. 50).
[37] *Payandeh/Sauer*, NJW 2021, 1571 (1571).
[38] BVerwG NVwZ 2021, 800 (805 Rn. 47).
[39] BVerwGE 54, 327 (346); einführend zum HVR: *Bothe*, in: Graf Vitzthum/Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 8. Aufl. 2019, Rn. 56 ff.
[40] In diese Richtung: *Erdmann/Roß*, JuS 2021, 775 (779) unter Verweis auf: *Aust*, in: v. Münch/Kunig, GG, Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 25 Rn. 51.
[41] BVerwGE 54, 327 (346).

geln des Völkerrechts“ i.S.d. Art. 25 Abs. 1 S. 2 GG normhierarchisch zwar über den einfachen Gesetzen stehen, damit aber unterhalb des Grundgesetzes verbleiben. Eine Verfassungsbeschwerde kann demnach nicht unmittelbar auf die Verletzung einer allgemeinen Völkerrechtsregel gestützt werden.[42] Schließlich dürften die Beschwerdeführer als jemenitische Staatsbürger wohnhaft im Jemen und Kanada, selbst bei einer extensiven Auslegung des Wortlauts „Bewohner des Bundesgebiets“, als alle Personen, welche der Gebiets- oder Personalhoheit der Bundesrepublik unterworfen sind,[43] nicht erfasst sein.

Ein weiterer Ansatz liest völkerrechtliche Individualpositionen in Einzelgrundrechte – im Sinne einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung[44] – hinein.[45] Voraussetzung dafür ist ein enger Bezug der völkerrechtlichen Normen zu individuellen hochrangigen Rechtsgütern, wovon der Schutz von Zivilpersonen im humanitären Völkerrecht grundsätzlich umfasst ist.[46] Ausgehend davon ist der deutsche Staat nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG grundsätzlich dazu verpflichtet, auch Ausländer im Ausland vor einer von deutschem Territorium ausgehenden völkerrechtswidrigen Beeinträchtigung von Leib und Leben zu schützen.[47] Anknüpfend daran lässt sich argumentieren, dass die Verletzung des humanitären Völkerrechts als Minimalstandard jedenfalls auch eine Verletzung der grundsätzlich anspruchsvolleren Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG darstellt.

Zudem kann auch darauf abgestellt werden, dass jeder Verstoß gegen das Unterscheidungsgebot erheblich die Gefahr der Zivilbevölkerung erhöht, Opfer eines Drohnenangriffs zu werden.

Damit ist die völkerrechtliche Bewertung der Drohnenangriffe für die Frage, ob die Bundesrepublik ihren grundrechtlichen Schutzpflichten nachgekommen ist, erheblich.

c) Überprüfbarkeit der Völkerrechtlichen Bewertung

Vorliegend ist weiterhin fraglich, ob völkerrechtliche Bewertungen der Bundesregierung durch die Gerichte überprüfbar sind. Diese Frage ist wiederum umstritten.

Das BVerwG nimmt einen Einschätzungsspielraum der Bundesregierung in Bezug auf die völkerrechtliche Beurteilung an.[48] Den Gerichten obliege „größte Zurückhaltung“ und ein „Ermessensfehler“ der Exekutive sei nur bei willkürlichen Rechtsauffassungen anzunehmen.[49] Dafür spricht, dass nur wenige Verwaltungsrichter*innen völkerrechtlich geschult sind und es der Völkerrechtsordnung an einer zentralen obligatorischen Gerichtsbarkeit fehlt, die strittige Rechtsfragen für die Praxis klären könnte.[50]

Im Grundsatz ist jedoch mit dem OVG Münster davon auszugehen, dass auch (einfache) Verwaltungsrichter*innen einen (völkerrechtlichen) Sachverhalt umfassend rechtlich würdigen müssen (iura novit curia).[51] Gerade in Zweifelsfällen hinsichtlich der Geltung allgemeiner Regeln des Völkerrechts besteht zudem die Möglichkeit der Vorlage an das BVerfG (Art. 100 Abs. 2 GG). Entsprechend der Regelungen zum ausländischen Recht könnte hier zusätzlich auch auf Sachverständige zurückgegriffen werden (§ 293 S. 1, S. 2 ZPO).[52] Jedenfalls das hier im Wege der Verfassungsbeschwerde angerufene Gericht kann völkerrechtliche Bewertungen umfassend prüfen. Schließlich ist gerade das Bundesverfassungsgericht vom Grundgesetz als zentrale Instanz zur Klärung des Bestehens und der Auslegung von Völkerrecht i.S.d. Art. 25 Abs. 1 S. 2 GG vorgesehen (vgl. Art. 100 Abs. 2 GG). Viele Verfassungsrichter*innen verfügen auch über umfangreiche Kenntnisse im Völkerrecht. Vor dem Hintergrund der Bindung der Richter*innen gem. Art. 20 Abs. 3 GG (i.V.m. Art. 25 Abs. 1 S. 2 GG) und der Garantie des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG) lässt sich der Exekutive kaum ein nicht justiziabler Beurteilungsspielraum einräumen.[53]

Selbst wenn man sich dieser Ansicht anschließt, stellt sich aber die Frage, ob die laut Sachverhalt nur vereinzelt aufgetretenen Verstöße gegen humanitäres Völkerrecht bereits eine Schutzpflicht auslösen.

cc) Konkrete Grundrechtsgefährdung

Grundsätzlich ist anerkannt, dass auch nicht unerhebliche Grundrechtsgefährdungen mit der Verfassungsbeschwerde ge-

[42] *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Kommentar, 95. Aufl. 2021, Art. 25 Rn. 107; vgl. BVerfG DÖV 2013, 946 (950 Rn. 39).

[43] Dazu: *Herdegen* (Fn. 40), Art. 25 Rn. 93

[44] BVerfGE 6, 309 (362 f.); 18, 112 (121); 41, 88 (120 f.); im Überblick: *Calliess* (Fn. 1), S. 131 ff.

[45] In diese Richtung: OVG Münster BeckRS 2019, 5666 Rn. 124 ff., siehe aber Rn. 120–122 zur Bedeutung von Art. 25 GG; *Erdmann/Roß*, JuS 2021, 775 (779).

[46] OVG Münster BeckRS 2019, 5666 Rn. 217; zustimmend: *Erdmann/Roß*, JuS 2021, 775 (779) unter Verweis auf: *Schorkopf*, Staatsrecht der internationalen Beziehungen, 2017, S. 161/169.

[47] OVG Münster, BeckRS 2019, 5666 Rn. 217.

[48] BVerwG NVwZ 2021, 800 (806 Rn. 55 ff.).

[49] BVerwG NVwZ 2021, 800 (806 Rn. 57) unter Verweis auf BVerfGE 55, 349 (367).

[50] Kritisch dazu unter Hervorhebung der Rolle anderer autoritativer Institutionen zur Klärung von Rechtsfragen wie etwa der International Law Commission: *Payandeh/Sauer*, NJW 2021, 1571 (1573).

[51] OVG Münster BeckRS 2019, 5666 zustimmend: *Erdmann/Roß*, JuS 2021, 775 (776).

[52] *Wolf*, Der Einzelne in der offenen Staatlichkeit, 2020, S. 111 f.; *Erdmann/Roß,* JuS 2021, 775 (780).

[53] Vgl. BVerfG, Beschl. v. 13.8.2013 – 2 BvR 2660/06, 2 BvR 487/07 = BeckRS 2013, 55213 (Rn. 53 ff.); OVG Münster BeckRS 2019, 5666 (Rn. 297); zustimmend „im Grundsatz“: *Aust*, JZ 2020, 303 (308 f.), der lediglich die Festlegung der Bundesregierung auf einen völkerrechtlichen Standpunkt in der Interaktion mit anderen Staaten als problematisch erachtet.

rügt werden können.[54] Problematisch ist allerdings, welche Anforderungen an das Vorliegen einer Gefahr im Rahmen einer Grundrechtsgefährdung – gerade in einer solchen mit Auslandsbezug – zu stellen sind.

Das OVG Münster vertritt hier in Anlehnung an umweltrechtliche Rechtsprechung des BVerfG[55] einen eher weitgehenden (letztlich nahe am abstrakten Gefahrbegriff orientierten) Gefahrenbegriff.[56]

Nach dem BVerwG könne demgegenüber eine grundrechtliche Schutzpflicht nur dann entstehen, wenn „aufgrund der Zahl und der Umstände bereits eingetretener Völkerrechtsverstöße konkret zu erwarten ist, dass es auch in Zukunft zu vergleichbaren Handlungen des anderen Staates kommen wird."[57] Dafür spreche, dass der auf Umweltgefahren zugeschnittene Vorsorgegrundsatz sich nicht auf die hier vorliegende Konstellation übertragen lasse. Zwar wirken Schutzpflichten primär präventiv, gerade im außenpolitischen Bereich würde eine auf bloße Verdachtsmomente gestützte Handlungspflicht aber zu einer „praktisch unbegrenzten Verantwortlichkeit" der Bundesrepublik führen.[58]

Selbst wenn sich einzelne Drohnenangriffe der USA als völkerrechtswidrig einordnen lassen, führt dies nach der Rechtsprechung des BVerwG nicht zur Entstehung einer Schutzpflicht, da diese zahlenmäßig gering sind. Folgt man dagegen der Ansicht des OVG Münster, läge hier eine hinreichend konkrete Grundrechtsgefährdung vor.

Auch dieser Streit kann offengelassen werden, wenn jedenfalls keine Verletzung der Schutzpflicht vorliegt.

> *Hinweis*: Auch wer das Entstehen einer Schutzpflicht ablehnt, sollte hier weiter prüfen, da die folgenden Prüfungspunkte auch im Sachverhalt angesprochen werden.

2. Erfüllen der Schutzpflicht

Die Verfassungsbeschwerde könnte jedenfalls im Hinblick auf die bereits getroffenen Maßnahmen der Bundesregierung zum Schutz der Beschwerdeführer als unbegründet angesehen werden. Weiterhin ist also zu prüfen, ob Deutschland das grundrechtlich geforderte Schutzniveau im Hinblick auf den Schutz von Leib und Leben von A (Art. 2 Abs. 2 GG) unterschritten hat.

a) Kontrollmaßstab

Im Bereich der Schutzpflichten wird überwiegend eine geringere Kontrolldichte der Gerichte angenommen als im Bereich der Abwehrdimension. Dem liegt folgender Gedanke zugrunde: Bei der Gewährleistung der Schutzpflichten steht dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber regelmäßig eine große Anzahl an Handlungsalternativen offen und es ist nicht an den Gerichten, eine politische Auswahl zwischen verschiedenen Mitteln zu treffen. Um diesen Gestaltungsspielraum zu respektieren, beschränkt sich das BVerfG meist auf eine Evidenzkontrolle.[59] Eine Schutzpflichtverletzung liegt danach vor, wenn der Gesetzgeber keine Vorkehrungen zum Schutz des Grundrechts trifft, diese völlig ungeeignet oder völlig unzulänglich sind oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben.[60]

Gerade im außenpolitischen Bereich ist eher von einem weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraum auszugehen. Die Prärogative der Exekutive im Bereich der Außenpolitik wird vom BVerfG zum Anlass einer Selbstbeschränkung genommen.[61] So kommt den außenpolitischen Akteuren, insbesondere der Bundesregierung, ein weiter Einschätzungs-, Prognose- oder Ermessensspielraum bei der Einschätzung außenpolitischer Lagen und der Zweckmäßigkeit des Einsatzes außenpolitischer Handlungsinstrumente zu.[62]

b) Verletzung der Schutzpflicht

Da die Bundesregierung im Gespräch mit den USA ist und von diesen die Zusage eingeholt hat, (weitere) Drohnenangriffe erfolgten nur im Einklang mit Völkerrecht, liegen Vorkehrungen zum Schutz von Art. 2 Abs. 2 GG vor.

Grundsätzlich dürfte davon auszugehen sein, dass sich die Bundesregierung auf eine solche Zusicherung verlassen darf, sofern sich nicht erhebliche Zweifel an ihrer Richtigkeit ergeben.[63] Dies gilt insbesondere im Verhältnis zu Staaten, mit denen Deutschland ein enges Verhältnis pflegt.

Alternative Mittel zu Konsultationen wären das Ergreifen unilateraler Sanktionen (z.B. im Wirtschaftsbereich) oder die Aufkündigung des Truppenstatuts. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive streitet für eine diplomatische Lösung bereits die Entscheidung des Grundgesetzes für die internationale „Zusammenarbeit" der Staaten (vgl. Art. 23–26 GG). Die Bundesrepublik hat ein elementares außen-, bündnis-, und verteidigungspolitisches Interesse an guten transatlantischen Beziehungen mit den USA.[64] Schließlich ist keineswegs gewiss, dass unilaterale Sanktionen zur Zielerreichung besser geeignet wären. Die Schließung der Air Base würde zwar eine „Beteiligung" Deutschlands ausschließen, da die USA zahlreiche weitere Militärbasen in Europa unterhalten, könnte sie aber mit hoher Wahrscheinlichkeit anderswo eine Satelliten-Relais Station aufbauen.

Damit sind die von der Bundesregierung getroffenen Maßnahmen nicht offensichtlich ungeeignet oder unzuläng-

[54] Siehe etwa: BVerfGE 49, 89 (141); 140, 42 (58); BVerfG NJW 2021, 1723 (1726 Rn. 108)
[55] BVerfG NJW 1979, 359 (361); BVerfG NVwZ 2009, 1494 (1495).
[56] OVG Münster BeckRS 2019, 5666 Rn. 132 ff.
[57] BVerwG NVwZ 2021, 800 (805 Rn. 52); a.A.: *Payandeh/Sauer,* NJW 2021, 1571 (1572).
[58] BVerwG NVwZ 2021, 800 (805 Rn. 53).
[59] Siehe aus der neueren Rechtsprechung etwa: BVerfG NVwZ 2018, 1224 (1225 Rn. 32).
[60] BVerfGE 77, 170 (215); BVerfGE 79, 174 (202); BVerfGE 85, 191 (212 f.); BVerfG NJW 2021, 1723 (1731 Rn. 152).
[61] Zustimmend: *Calliess* (Fn. 1), S. 81.
[62] BVerfGE 55, 349 (365); 77, 170 (215); 94, 12 (35).
[63] Vgl. BVerwG NVwZ 2021, 800 (809 Rn. 77).
[64] Vgl. BVerwG NVwZ 2021, 800 (809 Rn. 77).

lich und bleiben auch nicht erheblich hinter dem von Art. 2 Abs. 2 GG geforderten Schutzniveau zurück.

3. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist hinsichtlich einer möglichen Verletzung von Art. 2 Abs. 2 GG zulässig, aber unbegründet.

III. Recht auf den gesetzlichen Richter, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG i.V.m. Art. 100 Abs. 2 GG[65]

Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist ein grundrechtsgleiches und verfassungsbeschwerdefähiges Recht. Wer gesetzlicher Richter ist, bestimmt sich hier nach dem Grundgesetz. Nach Art. 100 Abs. 2 GG ist „gesetzlicher“ Richter in bestimmten Fällen das BVerfG. Das Verifikationsverfahren nach Art. 100 Abs. 2 GG ist nach seinem Wortlaut obligatorisch. Jedenfalls ein willkürliches Unterlassen der Vorlage an das BVerfG kann die Prozessparteien in ihrem Anspruch auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verletzen.[66]

Teilweise wird hinsichtlich des Urteils des BVerwG im Originalfall eine auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gestützte Verfassungsbeschwerde für möglich gehalten.[67] Eine solche Verfassungsbeschwerde hat aber nur dann Erfolg, wenn die angegriffene Entscheidung möglicherweise auf dem Verfahrensfehler beruht.[68] Also nur dann, wenn die Entscheidung ohne den Verfahrensfehler möglicherweise anders ausgefallen wäre.

Vorliegend spricht entscheidend gegen eine willkürliche Nicht-Vorlage und das „Beruhen“ der Entscheidung auf der Nicht-Vorlage, dass das BVerwG unabhängig von der zweifelhaften Auslegung des Völkerrechts die Revision als begründet erachtete und die Klage abwies. Insbesondere verneinte das BVerwG (laut Sachverhalt) bereits das Bestehen einer Schutzpflicht und nahm selbst für den Fall der Völkerrechtswidrigkeit einzelner Angriffe an, die Bundesrepublik habe der (nicht entstandenen) Schutzpflicht jedenfalls durch Einholung der Zusage von den USA genügt.

Wegen des Fehlens des „Beruhens“ der Entscheidung auf der Nicht-Vorlage scheidet ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG i.V.m. Art. 100 Abs. 2 GG aus.

Gesamtergebnis

Die Beschwerde ist zulässig, aber unbegründet (a.A. vertretbar).

---

[65] Im Überblick zum sog. „Verifikationsverfahren“ nach Art. 100 Abs. 2, siehe: *Calliess* (Fn. 1), S. 118.

[66] BVerfGE 23, 288 (320); *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck’scher Online-Kommentar GG, Stand: 15.2.2022, Art. 100 Rn. 32.

[67] *Payandeh/Sauer*, NJW 2021, 1570 (1573).

[68] BVerfGE 4, 412 (417 f.) = NJW 1956, 545; *Morgenthaler* (Fn. 64), Art. 101 Rn. 32.

Anfängerklausur: Vakantes Impfamt

Von Wiss. Mitarbeiter **Johannes Gallon**, Flensburg, Wiss. Mitarbeiter **Claus Gienke**, Halle (Saale)*

Der nachfolgende ausführliche „Lösungsvorschlag" behandelt die maßgeblichen Probleme der Aufgabe und stellt lediglich ein Beispiel für eine gelungene Klausurbearbeitung dar. Er schließt andere vertretbare, folgerichtig begründete Ansichten und andere Wege der Darstellung selbstverständlich nicht aus. Die [so] in eckige Klammern gesetzten Überschriften und Ausführungen sind Erläuterungen oder gedankliche Zwischenschritte, die in der Darstellung weggelassen werden können. Der „Lösungsvorschlag" geht über eine zum Bestehen genügende Leistung hinaus.

Die in den Fußnoten enthaltenen Hinweise auf Literatur und Rechtsprechung dienen der Vertiefung der aufgeworfenen Fragen in der Nacharbeit. Eine entsprechende Detailtiefe wird für die Lösung nicht erwartet.

Die Aufgabenstellung ist als Anfängerklausur im Staatsorganisationsrecht konzipiert. Mit dieser Klausur soll den Studierenden Gelegenheit gegeben werden, anhand einer „kleinen" Subsumtion[1] ihr im Rahmen der Vorlesung zum Staatsorganisationsrecht erworbenes Wissen anzuwenden.

Nach diesem Lösungsvorschlag liegt der Schwerpunkt der Bearbeitung in der Zulässigkeit. Soll die Klausur noch um eine weitere Subsumtion ergänzt werden, bietet sich folgende Sachverhaltsalternative an: Das Land L errichtet zwar ein Impfamt, stattet dieses aber nicht mit dem notwendigen Personal aus. Eine entsprechende Fallgestaltung erfordert dann zusätzlich die Subsumtion der ausreichenden Einrichtung und Ausstattung der Behörde unter die Pflicht der „Einrichtung" der Behörden aus Art. 83, 84 Abs. 1 S. 1 GG.

Der Schwerpunkt der Klausur liegt im Verhältnis von Bund und Ländern im Bundesstaat und der Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder. Die Bearbeitung der Klausur erfordert neben einer Kenntnis der föderalen Strukturen die Ableitung der Pflicht der Länder zur Ausführung der Bundesgesetze aus dem insoweit uneindeutigen Wortlaut des Art. 83, 30 GG. Die Studierenden können sich dabei nicht auf vorgefertigte Argumentationsmuster berufen, sondern sollen hier eine eigene Auslegung und Argumentation entwickeln. Eine Stellungnahme zur materiellen Verfassungsmäßigkeit einer allgemeinen Impfpflicht ist für die Falllösung nicht notwendig.

Prozessual eingekleidet ist die Fragestellung in einen Bund-Länder-Streit. Eine schlüssige Bearbeitung setzt daher ein Verständnis subjektiver Rechte voraus, wobei die Anforderungen an die Begründung und das Verständnis von Studierenden im ersten Semester nicht zu hoch gehängt werden dürfen. Während die Anforderungen an die Zulässigkeit des Antrags vom Organstreitverfahren gut bekannt sind, setzt die Formulierung des Obersatzes der Begründetheitsprüfung sowie ihr Aufbau eine besondere Strukturierungsleistung der Studierenden voraus.

Die Klausur ist insgesamt als anspruchsvoll einzuschätzen.

Sachverhalt

Zur Verhinderung der weiteren Verbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 wurde in einem verfassungsmäßigen Verfahren das Infektionsschutzgesetz (IfSG) ergänzt. In § 20c IfSG ist ein Impfregister vorgesehen. Dieses soll durch ein von den Ländern zu errichtendes Impfamt angelegt und geführt werden.

Das Land L hat zwei Monate nach Inkrafttreten des Gesetzes kein solches Impfamt errichtet und die Aufgabe auch keiner anderen Behörde zugewiesen. Die Landesregierung des Landes L hat verschiedentlich zum Ausdruck gebracht, dass es die Einführung eines Impfregisters ablehnt und daher auch in Zukunft kein Impfamt errichten wird.

Die Bundesregierung ist der Ansicht, dass die Weigerung des Landes L, ein Impfamt zu errichten, verfassungswidrig sei. Der Bund habe aus Art. 83 GG ein Recht darauf, dass die Länder das IfSG umsetzen. Zwar eröffneten die Art. 30, 83, 84 Abs. 1 GG den Ländern die Möglichkeit, selbst zu entscheiden, wie sie die Wahrnehmung der Aufgaben organisieren. Dies bedeute aber nicht, dass sie sich dieser Aufgaben durch Untätigkeit entledigen dürfen. In der föderalen Ordnung des Grundgesetzes sei der Bund bei der Ausführung seiner Gesetze auf die Länder angewiesen. Die fehlende Errichtung eines Impfamts untergrabe den gesetzlich angeordneten Aufbau eines Impfregisters und die Gesetzgebung des Bundes im Infektionsschutzrecht. Das Land L sei verfassungsrechtlich verpflichtet, ein Impfamt zu errichten.

Die Bundesregierung hatte im Rahmen ihrer Aufsicht nach Art. 84 Abs. 4 S. 1 GG dem Land L eine Mängelrüge erteilt und das Land zur Errichtung eines Impfamts aufgefordert. Auch dieser Aufforderung ist das Land L nicht nachgekommen. Infolgedessen hat die Bundesregierung gem. Art. 84 Abs. 4 S. 1 GG beim Bundesrat einen Antrag auf Feststellung gestellt, dass das Land Art. 83, 84 GG verletzt hat, indem es kein Impfamt errichtet hat. Im Bundesrat ist keine Mehrheit für eine Feststellung nach Art. 84 Abs. 4 S. 1 GG zustande gekommen.

Das Land L hält das Begehren der Bundesregierung und eine entsprechende Feststellung durch den Bundesrat für einen verfassungswidrigen Übergriff in die Eigenstaatlichkeit der Länder aus Art. 20 Abs. 1 GG. Die Errichtung eines Impfamts müsse jedes Land für sich entscheiden können. Schließlich obliege ihnen und nicht dem Bund das Recht, Bundesgesetze nach Art. 83 GG auszuführen.

Daraufhin beschließt die Bundesregierung, rechtliche Schritte vor dem Bundesverfassungsgericht einzuleiten. Sie

* *Johannes Gallon* ist Wiss. Mitarbeiter an der Professur für Europarecht von Prof. *Dr. Anna Katharina Mangold*, LL. M. (Cambridge) an der Europa-Universität Flensburg.
Claus Gienke ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Staatskirchenrecht und Kirchenrecht von Prof. *Dr. Michael Germann* an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Wir danken Prof. *Dr. Michael Germann* für die wertvollen kritischen Anregungen.

[1] Zur Subsumtionstechnik siehe *Germann*, Leitsätze für die Subsumtionstechnik und ihre Didaktik, https://germann.jura.uni-halle.de/leitsaetze (23.05.2022).

beantragt zwei Wochen nach Beschluss des Bundesrats festzustellen, dass die Weigerung des Landes L, ein Impfamt zu errichten, gegen Art. 83 GG verstößt.

Bearbeitungsvermerk

In einem Rechtsgutachten ist zu prüfen, wie das Bundesverfassungsgericht entscheiden wird.

Lösungsvorschlag

Das Bundesverfassungsgericht wird gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG, § 69 BVerfGG i.V.m. §§ 64 Abs. 1, 67 BVerfGG feststellen, dass das Unterlassen des Landes L, ein Impfamt zu errichten, gegen Art. 83 GG verstößt und die Rechte des Bundes verletzt, wenn der Antrag zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

[Ein Antrag der Bundesregierung (B) vor dem BVerfG ist zulässig, wenn die Voraussetzungen nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG, §§ 13 Nr. 7, 68–70 BVerfGG i.V.m. §§ 64–67 BVerfGG vorliegen.]

> *Hinweis*: Dieser Obersatz ist entbehrlich, er ergibt sich bereits aus der Überschrift „Zulässigkeit". Die einzelnen Voraussetzungen und ihre gesetzliche Grundlage werden nach dem hier gewählten Aufbau im jeweiligen Prüfungsschritt angegeben.

I. [Zuständigkeit des BVerfG]

Das BVerfG entscheidet gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG, §§ 13 Nr. 7, 68–70 BVerfGG i.V.m. §§ 64–67 BVerfGG über die Rechte des Bundes und der Länder im Verfahren des Bund-Länder-Streits.

II. [Parteifähigkeit]

Antragsteller gem. § 68 BVerfGG ist die Bundesregierung für den Bund. Antragsgegner gem. § 68 BVerfGG ist die Landesregierung für das Land.

> *Hinweis*: Diese Bestimmung kann als Vertretung (vorzugswürdig) oder als Prozessstandschaft dargestellt werden.[2] Wer darauf (kurz) eingeht, verdient eine positive Bewertung.

III. [Antragsgegenstand]

Antragsgegenstand nach § 69 BVerfGG i.V.m. § 64 Abs. 1 BVerfGG kann eine Maßnahme oder eine Unterlassung sein. Der Bund beantragt festzustellen, dass das Land L dadurch das Grundgesetz verletzt hat, dass es kein Impfamt entsprechend dem § 20c IfSG errichtet hat. Der Gegenstand dieses Vorwurfs und damit Antragsgegenstand ist ein Unterlassen.

IV. [Antragsbefugnis]

Die Bundesregierung muss gem. der §§ 68, 69, 64 Abs. 1 BVerfGG geltend machen können, dass der Bund durch die Weigerung des Landes L, ein Impfamt zu errichten, in seinen ihm durch das Grundgesetz übertragenen Rechten verletzt oder unmittelbar gefährdet ist.

1. [Pflicht des Landes]

Ein Recht des Bundes auf Ausführung des IfSG und Errichtung eines Impfamts setzt eine verfassungsrechtliche Pflicht des Landes voraus. Nach Art. 83 GG führen die Länder die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus, soweit das Grundgesetz nichts anderes bestimmt. Die Ausführung des Infektionsschutzrechtes nach dem IfSG ist nicht besonders verfassungsrechtlich bestimmt, die Länder führen daher das Infektionsschutzgesetz gem. Art. 83 GG als eigene Angelegenheiten aus.

> *Hinweis*: Den Gesetzgebungsorganen des Bundes ist es nicht freigestellt, ob und in welcher Weise die Länder bei der Ausführung von Bundesgesetzen beteiligt werden. Die Länder haben, soweit die Verfassung nichts anderes bestimmt oder zulässt, die umfassende Verwaltungszuständigkeit (Landeseigenverwaltung). Ausführungen zur Verpflichtung des Bundes zur Beteiligung der Länder sind für die Falllösung nicht notwendig.

Der verwendete Indikativ „führen aus" im Wortlaut des Art. 83 GG deutet an, dass damit nicht nur eine Befugnis der Länder, sondern zugleich auch eine Vollzugsverpflichtung des jeweiligen Landes enthalten ist.[3] Mit Blick auf die Systematik des Art. 84 GG ist von einer solchen Vollzugsverpflichtung auszugehen. Art. 84 Abs. 3 und Abs. 4 GG regeln die Aufsichtsrechte des Bundes gegenüber den Ländern bei der Ausführung von Bundesgesetzen und das Verfahren zur Feststellung von Rechtsverletzungen unter Beteiligung des Bundesrates bei mangelhafter Ausführung der Bundesgesetze in den Ländern. Ohne Vollzugspflicht der Länder wären die Aufsichtsrechte nach Art. 84 Abs. 3 GG und das Verfahren nach Art. 84 Abs. 4 GG gegenstandslos. Auch nach dem Sinn und Zweck der Art. 83 GG ist eine Vollzugspflicht anzunehmen. Die Kompetenzverteilung nach Art. 30, 83 GG bildet eine „Ausformung des bundesstaatlichen Prinzips im Grundgesetz und zugleich ein Element zusätzlicher funktionaler Gewaltenteilung. Sie verteilt politische Macht und setzt ihrer Ausübung einen verfassungsrechtlichen Rahmen, der diese Machtverteilung aufrechterhalten und ein Zusammenwirken der verschiedenen Kräfte sowie einen Ausgleich widerstreitender Belange ermöglichen soll."[4] Die Länder sind nach Art. 83 GG also verpflichtet, Bundesgesetze auszuführen.[5]

---

[2] Näher dazu *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 562–566.

[3] *Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 95. Lfg., Stand: Juli 2021, Art. 83 Rn. 168; *Suerbaum*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, 49. Ed., Stand:15.2.2022, Art. 83 Rn. 24; *Katz*, in: Katz/Sander, Staatsrecht, 19. Aufl. 2019, § 21 Rn. 491.

[4] BVerfGE 55, 274 (318 f.) – Ausbildungsförderungsgesetz (1980).

[5] BVerfGE 37, 363 (385) – Zustimmungspflicht Bundesrat (1974); 55, 274 (318 f.) – Ausbildungsförderungsgesetz (1980);

Hinweis: Eine solche ausführliche Begründung der Vollzugspflicht der Länder ist selbst von sehr guten Bearbeitern nicht zu erwarten. Jeder Ansatz zur Begründung einer Pflicht erfüllt schon überdurchschnittliche Anforderungen.

2. [Vorliegen eines subjektiven Rechts des Bundes]

Der Pflicht des L entspricht ein Recht des Bundes, wenn die föderale Kompetenzordnung für die Ausführung von Bundesrecht nach Art. 83 f. GG Bund und Ländern die Zuständigkeiten zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung und gegenseitigen Geltendmachung zuordnet.

Grundsätzlich dienen Zuständigkeitsnormen der objektivrechtlichen Zuordnung von Pflichten. Abweichend davon lässt das Gesamtbild des Bundesstaatsverhältnisses nach dem Grundgesetz in Art. 20 Abs. 1[, 30, 70 ff., 83 ff., 93 Abs. 1 Nr. 3] GG erkennen, dass Bund und Länder als eigenverantwortliche Handlungssubjekte zusammenwirken und verfassungsrechtliche Kompetenzkonflikte austragen können sollen.

Die Vollzugsverpflichtung der Länder gem. Art. 83 GG ist Ausdruck eines Modells der Bundesstaatlichkeit, bei der der Bund grundsätzlich keine eigene Verwaltung vorhält, um Bundesrecht zu vollziehen, und stattdessen diese Aufgabe den Ländern zur Sicherung ihrer Eigenstaatlichkeit zugewiesen ist. Das bedeutet aber auch, dass der Bund mangels eigener Kompetenz für die Ausführung der Bundesgesetze auf die Länder angewiesen ist. Die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes würden bei einer freien Vollzugsentscheidung der Länder in das Belieben der Länder (und nicht des Bundes) gestellt, also könnten faktisch leerlaufen. Die Vollzugsverpflichtung enthält daher neben der Pflicht für die Länder auch das Recht des Bundes, von den Ländern den Gesetzesvollzug zu verlangen.

Hinweis: Eine formelhafte Wiedergabe der „Möglichkeitstheorie" in der Begründung der Antragsbefugnis genügt allenfalls mit Mängeln durchschnittlichen Anforderungen. Durchschnittliche Anforderungen setzen voraus, dass der subjektiv-rechtliche Gehalt der geltend gemachten Kompetenznormen zumindest angedeutet wird. Jeder Ansatz zur Begründung aus dem Bundesstaatsprinzip – die auch gründlicher als hier sein kann – übersteigt die durchschnittlichen Anforderungen.

Mit dem Vorbringen, dass das Land durch die Weigerung, ein Impfamt entsprechend § 20c IfSG zu errichten, ein Recht des Bundes aus Art. 83 GG auf Vollzug der Bundesgesetze verletze, macht der Bund ein ihm durch das Grundgesetz übertragenes Recht geltend.

3. Möglichkeit der Verletzung

Es ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass das Land durch die unterlassene Einrichtung eines Impfamts dieses Recht auf Vollzug der Bundesgesetze gem. Art. 83 GG des Bundes verletzt oder unmittelbar gefährdet.

4. Zwischenergebnis

Der Bund ist antragsbefugt.

V. [Vorverfahren]

Das gem. Art. 84 Abs. 4 S. 2 GG erforderliche Vorverfahren ist durchgeführt worden.

Hinweis: Die Durchführung des Verfahrens nach Art. 84 Abs. 4 GG ist Voraussetzung für die Zulässigkeit des Bund-Länder-Streits betreffend die Ausführung von Bundesgesetzen in Landeseigenverwaltung.[6] Die Kenntnis dieser Zulässigkeitsvoraussetzung ist von Studierenden der ersten Semester nicht zu erwarten. Das Verfahren nach Art. 84 Abs. 4 S. 2 GG kann daher auch gleichwertig bei der Subsidiarität des Antrags behandelt werden. Eine Bearbeitung dieser Frage geht über die durchschnittlichen Anforderungen hinaus.

VI. [Form und Frist]

Der schriftliche und mit einer Begründung versehene Antrag genügt der Form gem. § 23 Abs. 1 BVerfGG i.V.m. §§ 69, 64 Abs. 2 BVerfGG. Der Antrag wahrt auch die gem. § 70 BVerfGG einzuhaltende Frist von einem Monat, nachdem der Bundesrat über den Antrag der Bundesregierung nach Art. 84 Abs. 4 S. 1 GG Beschluss gefasst hat.

VII. [Rechtsschutzbedürfnis und Subsidiarität]

Der Antrag ist unzulässig, wenn dem Bund das Rechtsschutzbedürfnis fehlt.[7] Grundsätzlich hat jeder Antragsteller, der die Verletzung eines ihm durch das Grundgesetz übertragenen Rechts geltend machen kann (s.o. I. 4), ein rechtlich geschütztes Interesse an einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Das Rechtschutzbedürfnis kann ausnahmsweise entfallen, wenn der Antragsteller sein Ziel mit einfacheren Mitteln hätte durchsetzen können. Zwar besteht mit Art. 37 GG ein Verfahren, wonach die Bundesregierung „die notwendigen Maßnahmen" treffen kann, um das Land zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten. Die Anwendung des Bundeszwanges ist aber gem. Art. 37 Abs. 1 GG an die Zustimmung des Bundesrates gebunden. Darüber hinaus ist die Feststellung im Bund-Länder-Streit-Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG, §§ 13 Nr. 7, 68–70 BVerfGG i.V.m. §§ 64–67 BVerfGG milder für das Land. Der Bundeszwang nach Art. 37 GG ist damit kein „einfacheres Mittel" gegenüber dem Bund-Länder-Streit.

108, 169 (179 Rn. 39) – Telekommunikationsgesetz (2003); 139, 321 (353 Rn. 100) – Zeugen Jehovas Bremen (2015); weiterführend *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 83 Rn. 34 f.

[6] *Hillgruber/Goos* (Fn. 2), Rn. 605–607; *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Kommentar, 61. Lfg., Stand: Juli 2021, § 69 Rn. 43.

[7] Zum Rechtschutzbedürfnis im Bund-Länder-Verfahren im Überblick *Hillgruber/Goos* (Fn. 2), Rn. 617–624.

Hinweis: Ausführungen zum Bundeszwang nach Art. 37 GG können nur von sehr guten Bearbeitungen erwartet werden.
Dem Bund fehlt nicht das Rechtsschutzbedürfnis für den Antrag im Bund-Länder-Streit-Verfahren.

VIII. [Zwischenergebnis]

Der Antrag der Bundesregierung ist zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag der Bundesregierung ist gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG, §§ 13 Nr. 7, 69 BVerfGG i.V.m. §§ 64 Abs. 1, 67 BVerfGG begründet, wenn die Weigerung des Land L, ein Impfamt zu errichten, verfassungswidrig ist und dadurch den Bund in seinem Recht aus Art. 83 GG verletzt [oder unmittelbar gefährdet].

Hinweis: Im Gegensatz zur Zulässigkeit ist ein solcher einleitender Obersatz in der Begründetheit zur Angabe und Begrenzung des Prüfungsgegenstandes und zur Strukturierung der Fallbearbeitung geboten. Schon ein gelungener Obersatz ist bei der Bewertung positiv zu gewichten. Für den Obersatz im Bund-Länder-Streit ist die Bildung des Obersatzes in der Begründetheit auch nicht ganz trivial. Anders als bei anderen Verfahrensarten beim Bundesverfassungsgericht kann er nicht unmittelbar einer Norm des BVerfGG entnommen werden (bei der abstrakten Normenkontrolle etwa aus § 78 S. 1 BVerfGG), sondern ist durch Zusammenschau mehrerer Normen zu entwickeln. Der Gegenstand des § 67 S. 1 BVerfGG muss durch § 64 Abs. 1 GG um die subjektive Rechtsverletzung bzw. der unmittelbaren Gefährdung dieser Rechte erweitert werden.[8]
Abgesehen von dem besonderen Fall der unmittelbaren Gefährdung im präventiven Rechtsschutz reicht es für den Obersatz aus, wenn der Tatbestand des Obersatzes auf eine hinreichende Bedingung reduziert wird.

I. [Verletzung der Vollzugspflicht]

Die Weigerung des Landes L, ein Impfamt zu errichten, ist verfassungswidrig, wenn dadurch die Vollzugspflicht des Landes aus Art. 83 GG verletzt wird.

Hinweis: Andere Strukturierungen der Fallbearbeitung sind gleichwertig zu behandeln, sofern sie die aufgeworfenen Fragen berücksichtigen und insbesondere den Unterschied zwischen objektiver und subjektiver Rechtsverletzung erkennen lassen.

1. [Verfassungsmäßigkeit des § 20c IfSG]

Dies setzt die Verfassungsmäßigkeit von § 20c IfSG voraus. Der Bund ist zur Gesetzgebung für das Recht der Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten gem. Art. 70 Abs. 1, 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 19 GG, also für das IfSG, zuständig. Das Gesetz ist in einem verfassungsmäßigen Verfahren zustande gekommen. Es ist formell verfassungsgemäß. § 20c IfSG überlässt die Ausführung des Gesetzes den Ländern und greift nicht in die Zuständigkeit der Länder nach Art. 83 f. GG über. § 20c IfSG ist materiell verfassungsgemäß.

Hinweis: Wer die Verfassungsmäßigkeit des § 20c IfSG nicht anspricht, verkennt den Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts, der eine (begrenzte) Normkontrolle einschließt.[9] Erlässt der Bund ein kompetenzwidriges oder in die Rechte der Länder übergreifendes und damit verfassungswidriges Gesetz, ist das Zuwiderhandeln eines Landes keine Pflichtverletzung.
Auf die Vereinbarkeit mit Grundrechten kommt es dagegen nicht an: Die Länder sind keine „Sachwalter" des Einzelnen. Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte verschafft ihnen keine Garantenstellung für die Einhaltung dieser Wirkungsweise der Grundrechte. „In der bundesstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes, in der die Wahrnehmung der staatlichen Aufgaben und Befugnisse zwischen Bund und Ländern kompetentiell aufgeteilt ist, binden die Grundrechte bei der Wahrnehmung bestehender Kompetenzen, begründen jedoch nicht selbst Kompetenzen".[10]
Selbst von sehr guten Bearbeitungen kann eine entsprechende Differenzierung in den ersten Semestern nicht erwartet werden. Aufgrund fehlender Angaben im Sachverhalt zur Ausgestaltung des Impfregisters ist eine Auseinandersetzung mit der materiellen Verfassungsmäßigkeit auch nicht möglich. Eine knappe Prüfung der formellen Verfassungsmäßigkeit entspricht den durchschnittlichen Anforderungen.

2. [Anwendungsbereich Art. 83 GG]

Die Länder führen das IfSG als eigene Angelegenheit aus (s.o. A. IV. 1.).

3. [Errichtung des Impfamts gem. Art. 84 Abs. 1 GG als Fall von Art. 83 GG]

Die Ausführung der Bundesgesetze als eigene Angelegenheit der Länder umfasst grundsätzlich gem. Art. 84 Abs. 1 S. 1 GG auch die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren. Der Begriff der Einrichtung im Art. 84 Abs. 1 GG ist nicht auf die bloße Ausgestaltung der Behördenstruktur beschränkt. Vielmehr umfasst „Behördeneinrichtung" i.S.d. Art. 84 Abs. 1 GG als Oberbegriff die Teilaspekte Errichten, Ausgestalten und die Zuweisung von Aufgaben und Befugnissen.[11] Der Bund hat für die Errichtung eines Impfamts nicht von Art. 84 Abs. 1 S. 2 GG Gebrauch gemacht. Die Errichtung eines Impfamts gem. Art. 84 Abs. 1 GG ist Bestandteil der Ausführung des § 20c IfSG gem. Art. 83 GG.

[8] Explizit etwa in § 47 Abs. 1 VerfGHG BW; § 20 Abs. 1 SächsVerfGHG; für den Organstreit *Barczak*, in: Barczak (Hrsg.), BVerfGG, Kommentar, 2018, § 67 Rn. 2.

[9] *Bethge* (Fn. 6), § 70 Rn. 37.

[10] BVerfGE 81, 310 (334).

[11] *Suerbaum* (Fn. 3), Art. 84 Rn. 24.

4. [Konkretisierung der Verpflichtung zur Ausführung des Bundesgesetzes]

Das Land L ist gem. Art. 83 GG verpflichtet, ein Impfamt, wie es § 20c IfSG vorsieht, zu errichten (s.o. A. IV. 1.). Die Weigerung des Landes L, ein Impfamt zu errichten, verstößt gegen Art. 83 GG und ist verfassungswidrig.

II. [Verletzung oder unmittelbare Gefährdung der Rechte des Bundes]

Der Bund hat ein Recht auf Ausführung des IfSG (A. IV. 2.). Die verfassungswidrige Weigerung des Landes L, ein Impfamt zu errichten, verletzt den Bund in seinem Recht auf Vollzug des § 20c IfSG aus Art. 83 GG.

> *Hinweis*: Fehlt die Begründung der Pflicht in der Antragsbefugnis unter Bezugnahme auf die Möglichkeitstheorie, muss hier eine Auseinandersetzung mit dem subjektiven Recht des Bundes erfolgen.

III. [Zwischenergebnis]

Der Antrag ist begründet.

C. Entscheidung des BVerfG

Das Bundesverfassungsgericht wird gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG, § 69 BVerfGG i.V.m. §§ 64 Abs. 1, 67 BVerfGG feststellen, dass die Weigerung Landes L, ein Impfamt zu errichten, den Bund in seinem Recht aus Art. 83 GG verletzt.

> *Hinweis*: Der Bundesratsbeschluss erledigt sich durch die Feststellung des Bundesverfassungsgerichtes.[12] Eine Auseinandersetzung mit den Rechtsfolgen der Entscheidung für den Bundesratsbeschluss wird aufgrund der Aufgabenstellung nicht erwartet.

[12] *Hillgruber/Goos* (Fn. 2), Rn. 637.

Examensübungsklausur: Nur ohne Diadem in die Krone?

Von Wiss. Mitarbeiter **David Klock**, Wiss. Mitarbeiter **Lars Großmann**, Mannheim*

Die Klausur wurde im August 2021 im Examensklausurenkurs der Universität Mannheim gestellt. Es handelt sich um eine Klausur mit mittlerem bis hohem Schwierigkeitsgrad, die im Wesentlichen auf mehreren Beschlüssen der Oberverwaltungsgerichte unterschiedlicher Bundesländer aus dem Oktober und November 2020 beruht.[1] *Zu prüfen ist der einstweilige Rechtsschutz im Normenkontrollverfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO. Diese Konstellation wird aufgrund der gestiegenen Relevanz in der Corona-Pandemie künftig an Bedeutung gewinnen.*[2]

Sachverhalt

Weltweit ist im Frühjahr 2020 das neuartige und hochansteckende Diadem-Virus ausgebrochen, das beim Zusammentreffen mehrerer Personen durch Aerosole über die Atemluft sehr leicht übertragen wird. Eine Infektion mit dem Virus verläuft in vielen Fällen recht harmlos, teilweise kann das Virus aber die schwere und teils tödliche Atemwegserkrankung Diadem-Virus-Krankheit-2020 (DIVID-20) hervorrufen. Wirksame Medikamente und Impfstoffe stehen bislang nicht zur Verfügung. Eine Infektion kann jedoch mittels eines molekularbiologischen Testverfahrens (sog. PCR-Test) zuverlässig diagnostiziert werden. Nachdem die Infektionszahlen in den Sommermonaten kontinuierlich gesunken waren, befürchtet die Landesregierung von Baden-Württemberg angesichts der im Oktober und November in vielen Bundesländern anstehenden Herbstferien ein erneutes Aufflammen des Infektionsgeschehens. Um die Ausbreitung einzudämmen und die Gesundheit ihrer Bürger zu schützen, beschließt sie unter Einhaltung der einschlägigen Verfahrens- und Formvorschriften ein Beherbergungsverbot auf dem Verordnungsweg (Diadem-Beherbergungs-VO).

Die aus Österreich stammende Henrietta Huber (H) betreibt das Hotel „Zur Krone“ in Mannheim und möchte sich diese Einschränkung nicht bieten lassen. Sie argumentiert, dass sie auch als österreichische Staatsbürgerin gewisse Freiheiten in Deutschland genieße. Die Hoteliers in Baden-Württemberg haben zum Schutz ihrer Gäste gemeinsam ein effektives Hygiene-Konzept ausgearbeitet, bestehend aus einer Maskenpflicht und Abstandsregeln. Damit lasse sich der größte Teil der Ansteckungen verhindern. Auch seien bisher keine nennenswerten Ansteckungen in Hotelbetrieben bekannt. Ohnehin sei die Anknüpfung an einen bestimmten Inzidenzwert, der sich auf den gesamten Landkreis oder eine Stadt beziehe, zu pauschal und nicht zweckmäßig, um die Infektionsgefahr der Gäste präzise zu beurteilen. Nach Inkrafttreten des Beherbergungsverbots müssen wohl die meisten Hoteliers (so auch sie) ihren Betrieb auf unbestimmte Zeit schließen, da bundesweit in nur wenigen Landkreisen die für das Verbot relevante Inzidenz unterschritten werde. Das Hotelrestaurant habe sie bereits mit Einführung der Maßnahmen im September schließen müssen. Wenn jetzt auch die Übernachtungsgäste ausblieben, müsse sie mit Einnahmeausfällen von über 90 % rechnen. Dies bedrohe sie in ihrer wirtschaftlichen Existenz. Daran ändern auch die in der Verordnung vorgesehenen Ausnahmen nichts. Aufgrund der hohen Kosten für einen PCR-Test (mindestens 100 Euro) ziehen es die meisten Gäste vor, ihre Reise zu stornieren. Ohnehin dauere es aufgrund des hohen Testaufkommens teilweise bis zu 72 Stunden, bis ein Ergebnis vorliege. Geschäftsreisende gebe es aufgrund des verstärkten Einsatzes von Videokonferenzsystemen seit Beginn der Pandemie kaum noch. Letztlich stelle das Beherbergungsverbot auch für die Gäste eine schreiende Ungerechtigkeit dar, weil deren „Reisefreiheit“ für die Herbstferien erheblich beeinträchtigt werde.

Im nachfolgenden Gespräch mit ihrem Rechtsanwalt Ronny Ritter (R) ist dieser ganz der Meinung der H: Eine derart verallgemeinernde und umfassende berufliche Beschränkung der Hoteliers in Baden-Württemberg könne nicht auf §§ 32, 28 Abs. 1 IfSG gestützt werden. Zum einen können berufliche Beschränkungen allenfalls nach § 31 IfSG verhängt werden, der insoweit eine Sperrwirkung entfalte. Unabhängig davon, ob man die Maßnahmen auf § 31 oder § 28 IfSG stütze, können die etwaige Maßnahmen nur gegen die dort jeweils aufgeführten Störer verhängt werden. Zum anderen seien die Vorschriften zu unbestimmt. Es handele sich bei dem Beherbergungsverbot um einen so wesentlichen Eingriff, dass der Parlamentsgesetzgeber mit Blick auf die zwischenzeitliche Dauer der Pandemie von mehr als sechs Monaten und die gewonnenen Erkenntnisse zu Übertragbarkeit und wirksamen Präventionsmaßnahmen selbst hätte aktiv werden müssen. Zudem werde Art. 12 GG in § 32 IfSG nicht aufgeführt, sodass die Vorschrift gegen das Zitiergebot verstoße. Letztlich sei auch der in der Verordnung enthaltene Verweis auf die „Veröffentlichungen des Robert Koch-Instituts“ inhaltlich zu unbestimmt. Es sei überhaupt nicht klar, wo diese Veröffentlichungen eingesehen werden können. In der Verordnung hätte deshalb zumindest die Internetseite angegeben werden müssen.

Die Landesregierung ist dagegen der Auffassung, dass mit dem Beherbergungsverbot allenfalls geringfügige Grundrechtseingriffe verbunden seien. Schließlich werde die Beherbergung von Gästen nicht vollständig untersagt. Angesichts der drohenden Gesundheitsgefahren für eine Vielzahl von Menschen sei ein konsequentes Vorgehen zur Eindämmung der Infektionen nicht nur zulässig, sondern grundrechtlich geboten. Mit der Anknüpfung des Beherbergungsverbots an einen bestimmten Inzidenzwert solle sichergestellt werden, dass die Infektionsketten durch die Gesundheitsämter zuverlässig verfolgt werden können. Das wiederum sei erfor-

* Die *Autoren* sind Doktoranden am Lehrstuhl von Prof. *Dr. Thomas Fetzer*, LL.M. (Vanderbilt), für Öffentliches Recht, Regulierungsrecht und Steuerrecht der Universität Mannheim.

[1] VGH Baden-Württemberg COVuR 2020, 711; OVG Niedersachsen COVuR 2020, 700; VGH Bayern BeckRS 2020, 17622; für weitere Nachweise vgl. auch Fn. 102.

[2] Einen guten Überblick über Aufbau und aktuelle Fallkonstellationen zum einstweiligen Rechtsschutz nach § 47 Abs. 6 VwGO bietet *Lenk*, JA 2021, 388 (388).

derlich, damit das Infektionsgeschehen kontrollierbar bleibe und um festzustellen, ob es sich nur um lokale Ausbrüche oder bereits um ein diffuses Infektionsgeschehen handele. Auch in die Rechte der Gäste werde nur geringfügig eingegriffen. Das Grundgesetz kenne ohnehin kein „Recht auf Urlaub". Die §§ 32, 28 IfSG seien auch eine verfassungsgemäße Ermächtigungsgrundlage. Diese müssten als Generalklausel weit gefasst sein, damit man dem dynamischen und in weiten Teilen unvorhersehbaren Pandemieverlauf angemessen begegnen könne. Schließlich verweist die Landesregierung auf die aktuell wieder steigenden Fallzahlen, angesichts derer absolut nicht die Zeit sei, Beschränkungen zurückzunehmen. Das sende schon ein falsches Signal an die Bevölkerung.

H will sich über R gerichtlich gegen die Verordnung zur Wehr setzen und deren Aufhebung erreichen. Weil sie bereits zahlreiche Reservierungen für die Herbstferien hat, schärft sie R am 22.10.2020 ein, dass sie sofort eine Entscheidung braucht.

Aufgabe

In einem Gutachten sind die Erfolgsaussichten des von R zu stellenden Antrags zu beurteilen.

Bearbeitungsvermerk

Es sind alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen – wenn nötig hilfsgutachterlich – zu prüfen. Es ist davon auszugehen, dass der Bund bisher keine besonderen Vorschriften zum Schutz vor DIVID-20 erlassen hat. Art. 3 GG sowie die Vorschriften der Landesverfassung Baden-Württemberg sind nicht zu prüfen.

Verordnung zum Schutz vor der Verbreitung des Diadem-Virus in Beherbergungsbetrieben (Diadem-Beherbergungs-VO – „DB-VO")

Aufgrund von §§ 32, 28 des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) vom 20.7.2000 (BGBl. I S. 1045) in seiner aktuell geltenden Fassung wird verordnet:

§ 1 Ziel der Verordnung

Diese Verordnung dient dem Schutz der Bevölkerung vor Gefahren für Leib und Leben durch die Ausbreitung des Diadem-Virus.

§ 2 Beherbergungsverbot bestimmter Gäste

(1) [1]Beherbergungsbetriebe dürfen keine Gäste aufnehmen, die aus einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt anreisen oder dort ihren Wohnsitz haben, in dem oder in der in den letzten sieben Tagen vor der Anreise laut den Veröffentlichungen des Robert Koch-Instituts kumulativ mehr als 50 Neuinfektionen mit dem Diadem-Virus pro 100 000 Einwohnerinnen und Einwohner vorgelegen haben. [2]Ausgenommen von dem Verbot nach Satz 1 sind Gäste, die mittels eines PCR-Testes nachweisen, dass keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Infektion mit dem Diadem-Virus vorhanden sind. [3]Seit Vornahme des Tests dürfen im Zeitpunkt der Anreise nicht mehr als 48 Stunden vergangen sein.

(2) Das Verbot nach Absatz 1 gilt nicht für

a) zwingend notwendige geschäftliche und dienstlich veranlasste Übernachtungen,
b) zwingend notwendige und unaufschiebbar medizinisch veranlasste Übernachtungen,
c) Übernachtungen vor der Abnahme von Prüfungsleistungen, wenn der Prüfungsort mehr als 150 km vom Wohnort entfernt ist und
d) sonstige besondere Härtefälle.

(3) Beherbergungsbetrieb im Sinne dieser Verordnung ist jede natürliche oder juristische Person, die ein Hotel, eine Pension, eine Jugendherberge, eine Ferienwohnung, ein Ferienhaus oder einen Campingplatz betreibt oder ähnliche Übernachtungsmöglichkeiten gegen Entgelt anbietet.

§ 3 Ordnungswidrigkeiten

Ordnungswidrig im Sinne des § 73 Abs. 1a Nr. 24 IfSG handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 2 Gäste beherbergt.

§ 4 Inkrafttreten

(1) Die Verordnung tritt am 26.10.2020 in Kraft.

(2) Die Verordnung tritt mit Ablauf des 22.11.2020 außer Kraft, wenn nicht die Landesregierung eine Verlängerung der Maßnahmen beschließt.

Lösungsvorschlag

Der von H gestellte Antrag hat Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit des Eilantrags

Der Antrag ist zulässig, soweit die Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen.

I. Rechtswegeröffnung

Ebenso wie beim Normenkontrollantrag im Hauptsacheverfahren entscheidet der Verwaltungsgerichtshof gem. § 47 Abs. 1 VwGO nur „im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit". Der Rechtsweg ist damit eröffnet, wenn sich aus der Anwendung der im Hauptsacheverfahren angegriffenen Norm Streitigkeiten ergeben können, für die ihrerseits der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.[3] Mangels aufdrängender Sonderzuweisung kommt es hierfür nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO darauf an, ob sich aus der Anwendung der DB-VO öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art ergeben können.

Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidende Norm dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist.[4] Bei der Anordnung eines infektionsschutzrechtlichen Verbots handelt es sich um eine typische Maßnahme der Eingriffsverwaltung, die ein Verhältnis der Über- und Unterordnung

[3] BVerwG NVwZ 1996, 63 (65); *Schenke/Schenke*, in: Kopp/Schenke (Hrsg.), VwGO, Kommentar, 27. Aufl. 2021, § 47 Rn. 17.

[4] *Krüger*, JuS 2013, 598 (598).

zum Rechtsunterworfenen begründet und daher stets als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist.[5]

H ist selbst nicht unmittelbar am Verfassungsleben beteiligt, womit auch die Anforderungen an die sog. doppelte Verfassungsunmittelbarkeit[6] nicht erfüllt sind. Die Streitigkeit ist nichtverfassungsrechtlicher Art.

Soweit die Bußgeldvorschrift des § 3 DB-VO betroffen ist, liegt die Überprüfung nach § 68 Abs. 1 S. 1 OWiG ausdrücklich bei den ordentlichen Gerichten. Aufgrund dieser abdrängenden Sonderzuweisung ist der Verwaltungsrechtsweg insoweit nicht eröffnet. Für die Überprüfung des Beherbergungsverbots nach § 2 DB-VO ist dagegen der Verwaltungsrechtsweg gegeben.

Anmerkung: Ausführungen zur fehlenden Rechtswegeröffnung für § 3 DB-VO sind nur von guten bis sehr guten Bearbeitungen zu erwarten.

II. Statthaftigkeit

Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem Begehren des Antragstellers, §§ 122 Abs. 1, 88 VwGO. H möchte mit ihrem Antrag die möglichst zeitnahe Aufhebung des Beherbergungsverbots erreichen und begehrt hiergegen gerichtlichen einstweiligen Rechtsschutz. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren kann gerichtlicher einstweiliger Rechtsschutz nach §§ 80 Abs. 5 S. 1, 80a VwGO durch Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung oder nach § 123 Abs. 1 VwGO beziehungsweise § 47 Abs. 6 VwGO durch einstweilige Anordnung gewährt werden. Letztere ist statthaft, wenn sich der Antragsteller gegen eine untergesetzliche Rechtsvorschrift wendet, die nach § 47 Abs. 1 VwGO mit einem Normenkontrollantrag angegriffen werden kann.[7]

Bei dem Verbot aus § 2 DB-VO handelt es sich nach dem Sachverhalt um eine Rechtsverordnung und damit um eine „im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschrift" i.S.d. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO, die nach § 4 AGVwGO BW Gegenstand der Normenkontrolle sein kann. Damit ist der Eilrechtsschutz nach § 47 Abs. 6 VwGO die statthafte Antragsart.[8]

Anmerkung: Grundsätzlich denkbar wäre auch, dass H mittels einer Feststellungsklage die Feststellung beantragt, dass § 2 DB-VO ihr – in ihrem konkreten Fall – nicht die Beherbergung von Gästen aus Risikogebieten verbietet. Das Gericht müsste dann bei der Beurteilung inzident die Gültigkeit der Verordnung überprüfen. Im einstweiligen Rechtsschutz wäre folglich ein Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO statthaft. Dies entspricht aber nicht dem Begehren der H, das auf Aufhebung der Norm gerichtet ist.[9] Eine inzidente Überprüfung der Norm im Rahmen der Feststellungsklage ist nur ausnahmsweise statthaft, wenn ein Normenkontrollverfahren nicht in Betracht kommt.[10]
Ein Antrag nach § 32 BVerfGG wäre dagegen aufgrund der Subsidiarität des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes unzulässig. Der Antragsteller muss vielmehr auch vor einem Antrag nach § 32 BVerfGG (Eil-)Rechtsschutz bei den Verwaltungsgerichten beantragen.[11]

III. Antragsbefugnis

Der Antragsteller ist zur Stellung des Antrags befugt, wenn er geltend macht, dass die in der Hauptsache angegriffene Rechtsnorm ihn in seinen Rechten verletzt oder in absehbarer Zeit zu verletzen droht, § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO.

1. Möglichkeit einer Rechtsverletzung

Für die Geltendmachung einer Rechtsverletzung genügt es, dass der Antragsteller eine mögliche Rechtsverletzung hinreichend substantiiert darlegt, sodass diese nicht von vornherein unter allen Gesichtspunkten als ausgeschlossen erscheint (sog. Möglichkeitstheorie).[12] Feststehen muss allerdings, dass der Antragsteller tatsächlich subjektiv von der beanstandeten Norm betroffen ist.[13]

---

[5] Vgl. *Ruthig*, in: Kopp/Schenke (Fn. 3), § 40 Rn. 11; GmS-OGB NJW 1990, 1527 (1527).

[6] Zum Begriff siehe *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 17. Aufl. 2021, Rn. 142; *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2021, § 11 Rn. 49.

[7] *Pietzner/Ronellenfitsch*, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 14. Aufl. 2019, § 58 Rn. 1680; *Schoch*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, Kommentar, 41. Lfg., Stand: Juli 2021, § 47 Rn. 144.

[8] Der Eilrechtsschutz nach § 47 Abs. 6 VwGO wäre vorliegend auch in den meisten anderen Bundesländern statthaft, siehe Art. 5 S. 1 BayAGVwGO (Bayern), § 4 Abs. 1 BbgVwGG (Brandenburg), Art. 7 Abs. 1 VwGOAG BR (Bremen), § 15 HessAGVwGO (Hessen), § 13 M-V AGGerStrG (Mecklenburg-Vorpommern), § 75 NdsJustizG (Niedersachsen), § 18 SaarlAGVwGO (Saarland), § 109a JustG NRW (Nordrhein-Westfalen), § 24 Abs. 1 SächsJG (Sachsen), § 10 AGVwGO LSA (Sachsen-Anhalt), § 67 LJG SH (Schleswig-Holstein), § 4 ThürAGVwGO (Thüringen). Nicht kontrollfähig wäre die Rechtsverordnung in Rheinland-Pfalz (§ 4 Abs. 1 S. 2 AGVwGO RhPf i.V.m. Art. 130 LV RhPf; dazu auch BVerwG BeckRS 2021, 25377) sowie in Berlin und Hamburg, die keinen Gebrauch von der Öffnungsklausel des § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO gemacht haben.

[9] Näher zum Verhältnis von § 47 Abs. 6 VwGO und § 123 Abs. 1 VwGO *Kuhla*, in: Posser/Wolff (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar VwGO, Stand: 1.1.2022, § 123 Rn. 16 ff.

[10] VGH Bayern NVwZ 2020, 1130 Rn. 2 ff.

[11] Siehe *Walter*, in: Walter/Grünewald (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BVerfGG, Stand: 1.12.2021, § 32 Rn. 39; vgl. aber bei ergangener verwaltungsgerichtlicher Entscheidung zu identischen Rechtsfragen BVerfG NVwZ 2020, 1749 Rn. 6.

[12] BVerwG NJW 1999, 592; BVerwG NVwZ 1998, 732 (733); zur Möglichkeitstheorie *Hufen* (Fn. 6), § 14 Rn. 108 ff.

[13] VGH Baden-Württemberg BeckRS 2004, 22525 Rn. 12; OVG Sachsen-Anhalt BeckRS 2020, 32484 Rn. 11; *Panzer*, in: Schoch/Schneider (Fn. 7), § 47 Rn. 44; *Hoppe*, in: Eyer-

Als Hotelière ist H Adressatin des Beherbergungsverbots und damit unmittelbar betroffen. Durch das Verbot kommt vor allem eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG, darüber hinaus auch eine Verletzung von § 1 GewO in Betracht. Im Hinblick auf die Berufsfreiheit ist problematisch, dass es sich bei H um eine österreichische Staatsbürgerin handelt. Art. 12 Abs. 1 GG gilt ausweislich seines Wortlauts aber nur für „Deutsche", das heißt gem. Art. 116 Abs. 1 GG nur für Personen mit deutscher Staatsangehörigkeit.

Allerdings verbietet das allgemeine Diskriminierungsverbot in Art. 18 AEUV im Anwendungsbereich des Unionsrechts jede Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit. Damit muss Unionsbürgern jedenfalls materiell derselbe grundrechtliche Schutz gewährleistet werden. Dies lässt sich dogmatisch entweder durch eine Einbeziehung der Unionsbürger in den persönlichen Anwendungsbereich von Art. 12 Abs. 1 GG[14] oder durch eine inhaltliche Angleichung des Auffanggrundrechts des Art. 2 Abs. 1 GG[15] bewerkstelligen. Angesichts des eindeutigen Wortlauts des Grundgesetzes (vgl. Art. 116 GG), der auch bei einer unionsrechtskonformen Auslegung zu beachten ist,[16] sprechen die besseren Gründe für die zuletzt genannte Konstruktion.[17] In jedem Fall steht H aber ein subjektiv-öffentliches Recht zu.

Durch das Beherbergungsverbot liegt zudem eine staatliche Maßnahme vor, die unmittelbare Auswirkungen auf die Möglichkeit zur Beherbergung von Gästen im Betrieb der H hat. Somit erscheint auch eine Verletzung der genannten Rechte nicht von vornherein ausgeschlossen.

Anmerkung: Das Problem der Anwendbarkeit der Berufsfreiheit auf Unionsbürger ist im Sachverhalt angelegt und muss an dieser Stelle erörtert werden. Da sich H als Unionsbürgerin aber in jedem Fall auf die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG oder die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG berufen kann, kann man sich hierzu kurzfassen. Nicht erörtert werden kann das Problem hingegen in der Begründetheit, weil es dort aufgrund des objektiven Charakters der Normenkontrolle nicht mehr auf eine Rechtsverletzung der H ankommt.[18]

2. Besondere Dringlichkeit

H muss zudem vortragen, dass der Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Abwendung schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist.[19] Bei Wirksamkeit des Beherbergungsverbots drohen H erhebliche Umsatzeinbußen, die aller Voraussicht nach zu einer weitgehenden Schließung ihres Hotels sowie zu einer Existenzgefährdung führen würden. Damit sind die rechtlich geschützten Interessen der H in besonderem Maße bedroht, sodass ein schwerer Nachteil[20] zumindest möglich erscheint.[21] Angesichts des kurzfristigen Inkrafttretens der Vorschrift ist auch nicht mit einer rechtzeitigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren zu rechnen, sodass der Erlass einer einstweiligen Anordnung zudem besonders dringlich erscheint.

H ist somit nach § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO antragsbefugt.

IV. Zuständigkeit des Gerichts

Für den Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO ist das Gericht der Hauptsache zuständig,[22] das heißt gem. § 47 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 184 VwGO, § 1 Abs. 1 S. 1 AGVwGO der VGH Baden-Württemberg.

V. Ordnungsgemäße Antragstellung

Ein Antrag wurde bisher nicht gestellt. Dieser kann analog § 81 Abs. 1 S. 1 VwGO durch R (§ 67 Abs. 4 S. 1 i.V.m. Abs. 2 S. 1, S. 2 VwGO) schriftlich erhoben werden und muss analog § 82 Abs. 1 S. 1 VwGO auf die Außervollzugsetzung (nicht: Ungültigerklärung) der angegriffenen Rechtsnorm gerichtet sein.[23]

VI. Richtiger Antragsgegner

Der Normenkontrollantrag ist gem. § 47 Abs. 2 S. 2 VwGO gegen die Körperschaft zu richten, die die angegriffene Norm erlassen hat. Die DB-VO wurde durch die Landesregierung von Baden-Württemberg erlassen, sodass das Land Baden-Württemberg richtiger Antragsgegner ist.

mann (Hrsg.), VwGO, Kommentar, 15. Aufl. 2019, § 47 Rn. 44.

[14] So z.B. *Michael/Morlok*, Grundrechte, 7. Aufl. 2020, Rn. 448; *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GG, Stand: 15.2.2022, Art. 12 Rn. 37; *Breuer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 170 Rn. 43.

[15] So z.B. *Epping*, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 584; *Mann*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 34 f.; in diese Richtung wohl auch BVerfG NJW 2016, 1436 Rn. 10 ff.

[16] EuGH BeckRS 2016, 81458 Rn. 25; EuGH EuZW 2012, 342 Rn. 25.

[17] Die erstgenannte Ansicht ließe sich mit einem partiellen Anwendungsvorrang des Unionsrechts begründen, der Art. 12 Abs. 1 GG zwar nicht in Gänze, sondern nur in Bezug auf das Merkmal „Deutscher" unangewendet ließe, vgl. etwa *Wernsmann*, Jura 2000, 657 (659).

[18] Vgl. *Giesberts*, in: Posser/Wolff (Fn. 9), § 47 Rn. 34.

[19] *Hufen* (Fn. 6), § 34 Rn. 7; *Schenke* (Fn. 6), Rn. 1127.

[20] Zum Begriff OVG Niedersachsen BeckRS 2014, 56794 Rn. 15: „Ein schwerer Nachteil im Sinne des § 47 Abs. 6 VwGO liegt nur vor, wenn rechtlich geschützte Interessen des Antragstellers in ganz besonderem Maße beeinträchtigt oder ihm außergewöhnliche Opfer abverlangt werden".

[21] Zur Notwendigkeit der Geltendmachung des Anordnungsgrundes *Hufen* (Fn. 6), § 34 Rn. 7; *Schoch* (Fn. 7), § 47 Rn. 148; *Pietzner/Ronellenfitsch* (Fn. 7), Rn. 1682; anders *Lenk*, JA 2021, 388 (392).

[22] *Schenke* (Fn. 3), § 47 Rn. 158; *Hufen* (Fn. 6), § 34 Rn. 4.

[23] *Hufen* (Fn. 6), § 34 Rn. 9; *Schoch* (Fn. 7), § 47 Rn. 145.

Anmerkung: Diese Frage lässt sich alternativ unter dem Prüfungspunkt „Passivlegitimation“ zu Beginn der Begründetheit erörtern.

VII. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit

H ist als natürliche Person nach §§ 47 Abs. 2 S. 1 Alt. 1, 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO beteiligungs- und prozessfähig. Das Land Baden-Württemberg ist als Gebietskörperschaft eine juristische Person des öffentlichen Rechts und somit nach § 47 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 VwGO beteiligungsfähig. Es wird nach §§ 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. Art. 49 Abs. 2 LV BW, § 1 Abs. 1 VertrAnO LReg BW, § 7 VwG BW durch die Landesregierung vor Gericht vertreten.

VIII. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Die Jahresfrist des § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO kann für den in der Hauptsache einzulegenden Rechtsbehelf noch gewahrt werden; auch sonst ist dieser nicht offensichtlich unzulässig.[24] Aufgrund einer Gesamtanalogie zu den §§ 123 Abs. 1 S. 1, 80 Abs. 5 S. 1 VwGO und § 32 BVerfGG kann der Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO auch vor Erhebung der Normenkontrolle gestellt werden.[25] Es ist also davon auszugehen, dass der Antrag der H rechtliche oder tatsächliche Vorteile bringen kann.[26] Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis besteht somit.

IX. Zwischenergebnis

Der Antrag ist zulässig, soweit er sich gegen das in § 2 DB-VO normierte Beherbergungsverbot richtet.

B. Begründetheit des Eilantrags

Der Eilantrag nach § 47 Abs. 6 VwGO ist begründet, wenn eine einstweilige Anordnung zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist. Dafür sind insbesondere die Erfolgsaussichten in der Hauptsache maßgeblich.[27] Ist der Antrag in der Hauptsache voraussichtlich unzulässig oder unbegründet, so ist auch der Antrag auf Eilrechtsschutz unbegründet.[28] Ist der Antrag in der Hauptsache dagegen voraussichtlich zulässig und begründet, ist das ein wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug der Norm bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache auszusetzen ist, wenn die dem Antragsteller, betroffenen Dritten oder der Allgemeinheit drohenden Nachteile das gebieten.[29] Lediglich bei offenen Erfolgsaussichten bleibt es bei einer reinen Folgenabwägung.[30]

Wie die Normenkontrolle im Hauptsacheverfahren stellt der Eilantrag nach § 47 Abs. 6 VwGO ein objektives Beanstandungsverfahren dar; der VGH prüft die Wirksamkeit der angegriffenen Rechtsnorm unter allen denkbaren Gesichtspunkten, ohne dass es auf das Bestehen einer subjektiven Rechtsverletzung des Antragstellers ankommt.[31]

Anmerkung: Die Frage nach dem Prüfungsmaßstab der Begründetheit in § 47 Abs. 6 VwGO ist umstritten. Nach einer in der Literatur und der (früheren) Rechtsprechung vertretenen Auffassung, spielen die Erfolgsaussichten der Hauptsache grundsätzlich keine Rolle. Es sei vor allem wegen des nahezu identischen Wortlauts mit § 32 BVerfGG grundsätzlich nur eine Folgenabwägung mittels Doppelhypothese vorzunehmen.[32] Demgegenüber verlangen andere Stimmen der Literatur sowie die neuere Rechtsprechung (insbesondere das BVerwG) eine Berücksichtigung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache.[33] Die Lösungsskizze folgt dem Aufbau dieser neueren Rechtsprechung.
Im Ergebnis ist beim Aufbau der Begründetheit vieles vertretbar, vor allem weil auch innerhalb der beiden oben genannten Auffassungen verschiedene Aufbauvarianten diskutiert werden.[34] So ist es insbesondere auch möglich, die Prüfung parallel zum Aufbau der Begründetheit bei § 123 VwGO in (1) Anordnungsanspruch (hier wären dann die Erfolgsaussichten in der Hauptsache zu prüfen, auf keinen Fall aber eine Rechtsverletzung des Antragstellers [siehe oben zum objektiven Beanstandungsverfahren]) und (2) Anordnungsgrund (hier wären dann etwaige schwere Nachteile und Dringlichkeit zu prüfen) zu unterteilen.[35] Gleiches gilt dafür, zunächst (1) das Vorliegen eines schweren Nachteils und sodann (2) die Erfolgsaussichten in der Hauptsache als „anderen wichtigen Grund“ i.S.d. § 47 Abs. 6 VwGO zu prüfen.[36] Soweit eine reine Folgenabwägung vorgenommen wird, ist aufgrund des Bearbeitungsvermerks jedenfalls eine hilfsgutachtliche Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache beziehungsweise der im Sachverhalt angelegten Probleme vorzunehmen.
Da es sich bei diesem Problem um einen Aufbaustreit handelt, sollte es in der Klausur nicht diskutiert werden.

[24] *Lenk*, JA 2021, 388 (393).
[25] *Schoch* (Fn. 7), § 47 Rn. 146; *Schenke* (Fn. 6), Rn. 1127; *Hufen* (Fn. 6), § 34 Rn. 6.
[26] *Schoch* (Fn. 7), § 47 Rn. 151.
[27] BVerwG BeckRS 2015, 42594 Rn. 12; BVerwG BeckRS 2019, 10658 Rn. 4; VGH Baden-Württemberg COVuR 2020, 711 Rn. 14; VGH Baden-Württemberg BeckRS 2020, 31490 Rn. 12; OVG Mecklenburg-Vorpommern BeckRS 2020, 37219 Rn. 31; OVG Niedersachen COVuR 2020, 700 Rn. 21; OVG Nordrhein-Westfalen BeckRS 2020, 36417 Rn. 8; *Schenke* (Fn. 6), Rn. 1128; *Schoch* (Fn. 7), § 47 Rn. 171; *Finkelnburg/Dombert/Külpmann*, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 7. Aufl. 2017, S. 209 ff.; *Hoppe* (Fn. 13), § 47 Rn. 106.
[28] OVG Mecklenburg-Vorpommern BeckRS 2020, 37219 Rn. 31.
[29] OVG Mecklenburg-Vorpommern BeckRS 2020, 37219 Rn. 31.
[30] OVG Mecklenburg-Vorpommern BeckRS 2020, 37219 Rn. 31.
[31] *Schenke* (Fn. 6), Rn. 988; *Panzer* (Fn. 13), § 47 Rn. 88.
[32] Siehe z.B. OVG Brandenburg NVwZ-RR 2005, 386 (386 f.); *Rasch*, BauR 1981, 409 (416).
[33] Siehe Nachweise in Fn. 27.
[34] *Hoppe* (Fn. 13), § 47 Rn. 105 m.w.N.
[35] *Schoch* (Fn. 7), § 47 Rn. 159–169g.
[36] So bspw. OVG Niedersachsen NVwZ-RR 2007, 444 (446).

I. Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrags im Hauptsacheverfahren

1. Zulässigkeit des Normenkontrollantrags im Hauptsacheverfahren

Hinsichtlich der Zulässigkeit des Normenkontrollantrags ergeben sich aufgrund der Akzessorietät des Eilrechtsschutzes keine Abweichungen. Der Antrag müsste allerdings noch fristgerecht, das heißt gem. § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift, gestellt werden.

2. Begründetheit des Normenkontrollantrags im Hauptsacheverfahren

Der Normenkontrollantrag ist begründet, wenn der VGH nach § 47 Abs. 5 S. 2 VwGO zu der Überzeugung gelangt, dass die angegriffene Rechtsnorm ungültig ist.

> *Anmerkung*: Im Einzelfall kann an dieser Stelle die Einschränkung des Prüfungsumfangs nach § 47 Abs. 3 VwGO zu beachten sein. Danach prüft der VGH im Rahmen der Normenkontrolle nicht die Vereinbarkeit der Norm mit Landesrecht, wenn dessen Prüfung gesetzlich dem Landesverfassungsgericht ausschließlich zugewiesen ist. Eine solche Ausschließlichkeitsregelung besteht in Baden-Württemberg nicht.[37] Jedoch verweist die Landesverfassung in Art. 2 Abs. 1 LV BW auf die Grundrechte des Grundgesetzes, sodass sich für die Klausurbearbeitung keine inhaltlichen Abweichungen ergäben.

a) Verfassungsmäßige Ermächtigungsgrundlage

Zunächst müsste sich die DB-VO auf eine formell und materiell verfassungsmäßige Ermächtigungsgrundlage stützen.

aa) Maßgebliche Ermächtigungsgrundlage

Die DB-VO wurde explizit auf die §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 IfSG gestützt, die es den Landesregierungen ermöglichen, zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten auf dem Verordnungsweg die notwendigen Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Fraglich ist, ob für den Erlass der DB-VO § 28 Abs. 1 oder § 31 IfSG die maßgebliche Ermächtigungsgrundlage bildet. Insoweit trägt R vor, § 31 IfSG entfalte bezüglich beruflicher Beschränkungen als speziellere Standardmaßnahme Sperrwirkung. Das wäre der Fall, wenn es sich bei § 31 IfSG um eine gefahrenabwehrrechtliche Standardmaßnahme handeln würde, die gegenüber einer entsprechenden Generalklausel abschließende, einschränkende Voraussetzungen vorsieht.[38]

In der Tat nehmen § 31 S. 1 und S. 2 IfSG im Gegensatz zur Generalklausel des § 28 Abs. 1 IfSG für berufliche Tätigkeitsverbote eine abschließende Einschränkung des Adressatenkreises vor.[39] Diese dürfen nur gegen Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige, Ausscheider und Personen erlassen werden, die Krankheitserreger so in oder an sich tragen, dass im Einzelfall die Gefahr einer Weiterverbreitung besteht. Insofern ist es richtig, dass zur Vermeidung der Umgehung besonderer Tatbestandsmerkmale ein Rückgriff auf die Generalklausel ausscheidet, wenn die Maßnahme in den Anwendungsbereich des § 31 IfSG als spezielle Standardmaßnahme fällt.[40] Fraglich ist allerdings, ob es sich bei dem Beherbergungsverbot aus § 2 Abs. 1 DB-VO überhaupt um eine Maßnahme handelt, die berufliche Tätigkeiten ganz oder teilweise untersagt. Das IfSG bietet keine Definition für den Begriff des beruflichen Tätigkeitsverbots. Im Rahmen der grammatischen Auslegung können unter den Begriff „untersagen“ nach allgemeinem Sprachgebrauch nur solche Maßnahmen gefasst werden, die anordnen, die Ausübung eines Berufs in Gänze oder in Teilen zu unterlassen.[41] Vergleichbar mit der Klassifizierung des BVerfG im Zusammenhang mit der zweiten und dritten Stufe der Drei-Stufen-Theorie in Art. 12 Abs. 1 GG dürften darunter also nur solche Maßnahmen fallen, die das „Ob“ der Berufsausübung regeln. Dafür spricht auch ein systematischer Vergleich mit § 42 Abs. 3 IfSG der festlegt, dass betroffene Personen „ihre Tätigkeit nicht ausüben“ dürfen.

Das Beherbergungsverbot in § 2 Abs. 1 DB-VO untersagt nicht das „Ob“ der Berufsausübung der Hoteliers. Diese dürfen ihre Hotels weiterhin öffnen und auch Gäste beherbergen, soweit das Verbot des § 2 Abs. 1 DB-VO nicht eingreift oder die Ausnahmetatbestände des § 2 Abs. 2 DB-VO erfüllt sind. Somit ist der Anwendungsbereich von § 31 IfSG nicht eröffnet. Mangels einer anderen besonderen Ermächtigung für Beherbergungsverbote kann § 2 DB-VO somit allenfalls auf §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 IfSG gestützt werden.

bb) Formelle Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage

Die Ermächtigungsgrundlage ist formell verfassungsgemäß, wenn die Vorschriften über Kompetenz, Verfahren und Form eingehalten werden. Die §§ 32 S. 1, 28 IfSG beruhen auf der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 19 GG.

Mit Blick auf das Zitiergebot in Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG wird Art. 12 Abs. 1 GG zwar in § 28 Abs. 1 S. 4 und § 32

[37] *Ziekow*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 47 Rn. 316.

[38] Zum Verhältnis von Standardmaßnahmen und Generalklausel im Gefahrenabwehrrecht *Möstl*, Jura 2011, 840 (842 ff.); grundlegend *Schucht*, Generalklausel und Standardmaßnahme, 2010, passim.

[39] *Kießling*, in: Kießling (Hrsg.), Infektionsschutzgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2021, § 31 Rn. 8.

[40] *Kießling* (Fn. 39), § 28 Rn. 4, 52; *Gerhardt*, Infektionsschutzgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 28 Rn. 4; *Poscher*, in: Huster/Kingreen, Handbuch Infektionsschutzrecht, 2021, Kap. 4 Rn. 73 f.

[41] Siehe Begriffserklärung „untersagen“ im Duden, abrufbar unter https://www.duden.de/rechtschreibung/untersagen (16.4.2022).

S. 3 IfSG nicht als einzuschränkendes Grundrecht aufgeführt. Ein Verstoß liegt gleichwohl nicht vor, da das Zitiergebot auf die Berufsfreiheit keine Anwendung findet. Nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG kann die Berufsausübung durch den Gesetzgeber selbst „geregelt" werden (Regelungs- und Maßgabevorbehalt); die Norm spricht gerade nicht, wie Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG, von „Einschränkungen".[42] Andere vom Beherbergungsverbot möglicherweise beschränkte Grundrechte, insbesondere die Freizügigkeit nach Art. 11 Abs. 1 GG, sind in der Verordnungsermächtigung ausdrücklich aufgeführt.

Verfahrens- und Formfehler sind damit nicht ersichtlich, sodass die Ermächtigungsgrundlage formell verfassungsmäßig ist.

cc) Materielle Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage

Mit Blick auf die materielle Verfassungsmäßigkeit der Verordnungsermächtigung kommt ein Verstoß gegen Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG in Betracht. Danach muss die Verordnungsermächtigung Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmen. Hintergrund ist, dass sich der parlamentarische Gesetzgeber im Rahmen der Gewaltenteilung nicht selbst entmachten soll, indem er umfassend Gesetzgebungsbefugnisse an die Exekutive delegiert.[43] Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG ist deshalb als besondere Ausprägung des allgemeinen Bestimmtheitsgrundsatzes sowie des allgemeinen Gesetzesvorbehalts (Wesentlichkeitsdoktrin) für Verordnungsermächtigungen zu verstehen und mit diesen in ihrem Anwendungsbereich deckungsgleich.[44]

Um den Bestimmtheitsanforderungen an Inhalt, Zweck und Ausmaß zu genügen, muss bereits aus der Verordnungsermächtigung vorhersehbar sein, „in welchem Fall und mit welcher Tendenz von [ihr] Gebrauch gemacht werden wird und welchen Inhalt die auf Grund der Ermächtigung erlassenen Vorschriften haben können" (sog. Vorhersehbarkeitsformel).[45] Der parlamentarische Gesetzgeber muss selbst entscheiden, „[dass] bestimmte Fragen geregelt werden sollen, […] die Grenzen einer solchen Regelung festsetzen und angeben, welchem Ziel [sie] dienen soll" (sog. Selbstentscheidungsformel).[46] Im Rahmen dieser Zielvorgabe muss erkennbar sein, welches „Programm" mit der Verordnungsermächtigung beziehungsweise darauf gestützten Verordnungen erreicht werden soll (sog. Programmformel).[47] Es ist jedoch nicht erforderlich, dass der parlamentarische Gesetzgeber jede Kleinigkeit selbst regelt; ausreichend ist es grundsätzlich, wenn sich der Inhalt einer späteren Verordnung im Wege der Auslegung nach Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck sowie Entstehungsgeschichte der Verordnungsermächtigung ermitteln lässt.[48] Insoweit besteht kein allgemeingültiger Maßstab, sondern die Vereinbarkeit mit Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG muss für jeden Einzelfall bestimmt werden.[49] Dabei werden die Anforderungen an die Bestimmtheit höher, je schwerer die mit der Verordnungsermächtigung verbundenen Eingriffsmöglichkeiten in die Grundrechte sind.[50] Demgegenüber sinken die Anforderungen, je dynamischer der Regelungsgegenstand ist (beispielsweise bei einer sich ständig wechselnden Faktenlage).[51]

Der Charakter des Seuchenschutzes ist ein solcher, besonders dynamischer Regelungsgegenstand.[52] Es gibt faktisch eine unüberschaubare Zahl an (möglicherweise noch unbekannten) Erregern und daraus resultierenden Krankheiten.[53] Hinzu kommt die unvorhersehbare und möglicherweise hohe Dynamik von Infektionsgeschehen und ein daraus entstehender Handlungsdruck. Es erscheint deshalb geradezu unmöglich, dass der Parlamentsgesetzgeber detaillierte Regelungen und Vorgaben zu unterschiedlichen Ausbruchsszenarien machen kann.[54] Vor diesem Hintergrund dürfen die Anforderungen an die Bestimmtheit im Bereich des Seuchenschutzes nicht zu hoch angesetzt werden. Eine weit gefasste, generalklauselartige Verordnungsermächtigung ist somit im Ausgangspunkt nicht zu beanstanden.

Die §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 IfSG machen mit der „Verhinderung der Verbreitung" und der „Bekämpfung übertragbarer Krankheiten" zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung eine klare Programmvorgabe für zu erlassende Verordnungen, sodass jedenfalls der Zweck der Verordnungsermächtigung durch den Gesetzgeber ausreichend bestimmt ist.

Zweifel an der ausreichenden Bestimmtheit bestehen aber mit Blick auf Inhalt und Ausmaß der Verordnungsermächtigung. Denn § 28 Abs. 1 IfSG ist nach seinem Wortlaut als Generalklausel denkbar weit und erfasst eine Vielzahl von Maßnahmen.[55] Bezüglich des persönlichen Anwendungs-

[42] BVerfGE 13, 97 (122); *Goldhammer/Neuhöfer*, JuS 2021, 641 (644).
[43] BVerfGE 1, 14 (59 f.).
[44] BVerfGE 150, 1 (99 f.).
[45] St. Rspr. seit BVerfGE 1, 14 (60); zur Vorhersehbarkeitsformel BVerfG NVwZ 2018, 1703 Rn. 202; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 95. Lfg., Stand: Juli 2021, Art. 80 Rn. 66; *Uhle*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 14), Art. 80 Rn. 19.
[46] St. Rspr. seit BVerfGE 2, 307 (334); zum Begriff der Selbstentscheidungsformel siehe bspw. BVerfG NVwZ 2018, 1703 Rn. 202; *Remmert* (Fn. 45), Art. 80 Rn. 66; *Uhle* (Fn. 45), Art. 80 Rn. 19.
[47] St. Rspr. seit BVerfGE 5, 71 (77); zum Begriff der Programmformel siehe bspw. BVerfG NVwZ 2018, 1703 Rn. 202; *Remmert* (Fn. 45), Art. 80 Rn. 66; *Uhle* (Fn. 45), Art. 80 Rn. 19.
[48] St. Rspr., siehe bspw. BVerfG NVwZ 2018, 1703 Rn. 203 m.w.N.
[49] BVerfGE 1, 14 (60 f.).
[50] BVerfG NVwZ 2006, 559 Rn. 276 m.w.N.
[51] BVerfG NVwZ 2018, 1703 Rn. 204 m.w.N.
[52] *Uhle* (Fn. 45), Art. 80 Rn. 27a.1 und 27a.2.
[53] Ähnlich OVG Nordrhein-Westfalen COVuR 2020, 423 Rn. 33; *Martini/Thiessen/Ganter*, NJOZ 2020, 929 (930) m.w.N.
[54] Vgl. *Uhle* (Fn. 45), Art. 80 Rn. 27a.1 und 27a.2.
[55] *Johann/Gabriel*, in: Eckart/Winkelmüller (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Infektionsschutzrecht, Stand: 1.4.2022,

bereichs nennt § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG mit „Kranken, Krankheitsverdächtigen, Ansteckungsverdächtigen und Ausscheidern" zwar zunächst nur bestimmte Personengruppen. Von der darauffolgenden allgemeinen Möglichkeit, „Personen" bestimmte Verpflichtungen aufzuerlegen, dürfte dagegen jeder erfasst sein.[56] Auch der sachliche Anwendungsbereich erfasst mit „notwendigen Schutzmaßnahmen" eine denkbar breite Palette an Maßnahmen. Hinsichtlich des Ausmaßes beziehungsweise Grenzen der Ermächtigung sind nur zwangsweise Heilbehandlungen explizit vom Anwendungsbereich ausgenommen. Schließlich werden der Geltung von Verordnungen auch in zeitlicher Hinsicht nur vage Grenzen gesetzt (§ 28 Abs. 1 S. 1 IfSG: „soweit und solange es […] erforderlich ist"). Eine Beschränkung des Anwendungsbereichs ergibt sich auch nicht aus der Verwendung der Begriffe „notwendig" und „erforderlich".[57] Zwar ist es richtig, dass Maßnahmen nur soweit und solange ergriffen werden dürfen, wie es gegenüber den jeweiligen Adressaten zur Bekämpfung einer übertragbaren Krankheit verhältnismäßig ist. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt aber unabhängig davon, ob der Parlamentsgesetzgeber diesen klarstellend in den Normtext aufnimmt. Allerdings wird man dem Gesetzgeber zugutehalten müssen, dass er mit der Aufnahme von Regelbeispielen sowie der Normierung von Standardmaßnahmen zumindest grobe Vorgaben hinsichtlich denkbarer Schutzmaßnahmen getroffen hat.[58]

Bei einer systematischen Auslegung der §§ 28 ff. IfSG ergibt sich aber, dass der Gesetzgeber für die typischerweise grundrechtsintensiven Maßnahmen der Beobachtung, Absonderung und des Verbots beruflicher Tätigkeiten nach §§ 29, 30, 31 IfSG eigenständige Standardmaßnahmen geschaffen hat. Die Generalklausel soll damit jedenfalls im Grundsatz nur weniger schwerwiegende Eingriffe erfassen.[59] Mit dieser Interpretation ergibt sich also durchaus eine inhaltliche Begrenztheit, die auch mit dem Sinn und Zweck der §§ 31, 28 IfSG als Verordnungsermächtigung vereinbar ist. Sie ist im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung als einzige mit den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG vereinbare Interpretation vorzugswürdig.

Vor diesem Hintergrund sind §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 IfSG als ausreichend bestimmt anzusehen.

dd) §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 IfSG als taugliche Ermächtigungsgrundlage

Besonders problematisch erscheint allerdings, dass das Beherbergungsverbot aus § 2 Abs. 1 DB-VO möglicherweise eine besonders grundrechtsintensive Maßnahme darstellt. Denn der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG[60] verlangt es dem parlamentarischen Gesetzgeber ab, alle wesentlichen Entscheidungen, insbesondere im Bereich der Grundrechtsausübung, selbst zu treffen.[61] Daraus folgt, dass besonders grundrechtsintensive Eingriffe regelmäßig nicht auf eine Generalklausel gestützt werden können, sondern einer besonderen und detaillierter ausgestalteten Ermächtigungsgrundlage bedürfen.[62] Etwas anderes kann bei neuartigen Maßnahmen allenfalls für einen Übergangszeitraum gelten, wenn der Gesetzgeber noch keine ausreichende Gelegenheit hatte, mit der Schaffung einer Standardmaßnahme zu reagieren.[63]

Das hier in Rede stehende Beherbergungsverbot, aufgrund dessen den Hoteliers in Baden-Württemberg über einen Zeitraum von mindestens vier Wochen Einnahmeausfälle von bis zu 90 % drohen, greift erheblich in die Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG ein (siehe B. I. 2. c) aa). Es lässt sich damit allenfalls für einen Übergangszeitraum auf die Ermächtigung nach §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 IfSG stützen. Mit fortschreitender Dauer der Pandemie wird man verlangen müssen, dass die Verordnungsermächtigung ergänzt wird, wenn ausreichend Erkenntnisse über Ansteckung, Verbreitung und geeignete Schutzmaßnahmen vorliegen.[64] Vorliegend dürfte seit Beginn der Diadem-Pandemie bereits ein erheblicher Zeitraum verstrichen sein. Inzwischen liegen gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse über die Übertragungswege des Virus vor, was zuverlässige Rückschlüsse auf geeignete Schutzmaßnahmen zulässt. Auch wenn es bisher keine wirksamen Medikamente oder Impfstoffe gibt, kann das Virus über den PCR-Test eindeutig nachgewiesen werden. Der Gesetzgeber hatte demnach zwischenzeitlich ausreichend Erkenntnisse und Zeit, um Beherbergungsverbote näher gesetzlich auszugestalten. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass § 2 DB-VO nicht wirksam auf §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 IfSG gestützt werden konnte.

> *Anmerkung*: Da das IfSG nicht zum Prüfungsstoff gehört, können hier keine Detailkenntnisse erwartet werden. Es ist ausreichend, die allgemeine verfassungsrechtliche Problematik zu erkennen und mithilfe der Hinweise im Sachverhalt zu einem vertretbaren Ergebnis zu gelangen.
> Die Anforderungen an die Bestimmtheit nach Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG wurden im Rahmen der Corona-Pandemie, insbesondere ab Herbst 2020, in Rechtsprechung und Literatur intensiv diskutiert. Dabei wurden bezüglich unter-

IfSG § 28 Rn. 31 f.

[56] *Siegel*, NVwZ 2020, 577 (578).

[57] So aber wohl OVG Nordrhein-Westfalen COVuR 2020, 423 Rn. 37; *Martini/Thiessen/Ganter*, NJOZ 2020, 929 (931).

[58] Vgl. *Uhle* (Fn. 45), Art. 80 Rn. 27a.1.

[59] Ähnlich *Kießling* (Fn. 39), § 28 Rn. 46; *Poscher* (Fn. 40), Kap. 4 Rn. 104.

[60] Zur Herleitung des Vorbehalts des Gesetzes siehe *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 45), Art. 20 VI Rn. 97 ff.

[61] BVerfGE 34, 165 (192 f.); 49, 89 (126 f.).

[62] *Schoch*, in: Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, Kap. 1 Rn. 230; *Möstl*, Jura 2011, 840 (842); *Kießling* (Fn. 39), § 28 Rn. 54.

[63] *Poscher* (Fn. 40), Kap. 4 Rn. 104; vgl. BVerfG ZD 2013, 126 (127); VGH Baden-Württemberg NJW 2005, 88 (89).

[64] In diese Richtung auch VerfGH Saarland NVwZ 2020, 1513 (1519); ebenso *Uhle* (Fn. 45), Art. 80 Rn. 27a.3, der von einem „ermächtigungsbezogenen Fortentwicklungsauftrag" spricht, das Problem aber eher in Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG verortet.

schiedlicher Pandemiebekämpfungsmaßnahmen immer wieder Zweifel geäußert, ob die §§ 32, 28 IfSG noch den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG beziehungsweise des allgemeinen Parlamentsvorbehalts genügen.[65] Diese Diskussion hat sich mit Erlass des neuen § 28a IfSG entschärft, der detaillierte Regelungen für besondere Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 enthält.[66]

b) Formelle Rechtmäßigkeit des Beherbergungsverbots

Die Verordnung, genauer das in § 2 DB-VO geregelte Beherbergungsverbot,[67] müsste formell rechtmäßig sein, das heißt den Anforderungen an Zuständigkeit, Verfahren und Form genügen. Nach § 32 S. 1 IfSG ist die Landesregierung zum Erlass infektionsschutzrechtlicher Verordnungen zuständig, sodass vorliegend die zuständige Behörde gehandelt hat. Auch nimmt die Verordnung ausdrücklich Bezug auf die §§ 32, 28 IfSG als Verordnungsermächtigung, womit die Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG gewahrt sind. Sonstige Verfahrens- und Formfehler sind nicht ersichtlich. Die Verordnung ist formell rechtmäßig.

c) Materielle Rechtmäßigkeit des Beherbergungsverbots

Das Beherbergungsverbot müsste materiell rechtmäßig sein, das heißt insbesondere den Anforderungen der Ermächtigungsgrundlage genügen. Nach § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG kann die zuständige Behörde notwendige Schutzmaßnahmen treffen, wenn Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt werden oder sich ergibt, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war. Aufgrund der vorherrschenden Inzidenz von 67,4 auf 100.000 Einwohner kann davon ausgegangen werden, dass es in Baden-Württemberg eine Vielzahl an Personen gibt, die tatsächlich an DIVID-20 erkrankt sind. Damit sind Kranke festgestellt.

Liegen die Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG vor, so *trifft* die Behörde die „notwendigen Schutzmaßnahmen"; ihr steht daher kein Entschließungs-, aber ein Auswahlermessen zu.[68] Dieses Ermessen ist analog § 114 VwGO nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle auf Ermessensfehler unterworfen.[69]

Ein Ermessenfehler könnte sich allenfalls daraus ergeben, dass die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten wurden (Ermessensüberschreitung).

R bemängelt insoweit zunächst, dass sich Maßnahmen i.R.d. §§ 32, 28 IfSG nur gegen die dort aufgeführten Störer richten dürfen. Es ist jedenfalls nicht zu erwarten, dass alle Hoteliers in Baden-Württemberg dieser Gruppe zugeordnet werden können, weshalb sich die Maßnahme gegen die falschen Adressaten richten könnte. Mangels einer entsprechenden Einschränkung können Maßnahmen auch gegen Nichtstörer gerichtet werden (siehe oben). Ein Rückgriff auf die allgemeinen Notstandsregelungen für Maßnahmen gegen Nichtstörer im allgemeinen Gefahrenabwehrrecht nach § 9 PolG BW ist insoweit nicht erforderlich.[70]

Eine Ermessensüberschreitung ergibt sich auch nicht daraus, dass die in § 28 Abs. 1 S. 1 und S. 3 IfSG genannten Maßnahmen nicht einschlägig sind. Bei diesen handelt es sich nur um Regelbeispiele für notwendige Schutzmaßnahmen, weshalb das Beherbergungsverbot als sonstige notwendige Schutzmaßnahme qualifiziert werden kann.

Die Landesregierung könnte ihr Ermessen aber insoweit überschritten haben, als das Ergreifen einer Schutzmaßnahme nach § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG nur gestattet ist, „soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist". Bei der Ausübung des Ermessens muss die Behörde also – wie auch sonst – den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten und darf nicht gegen Grundrechte verstoßen.

aa) Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG

Das Beherbergungsverbot könnte eine Verletzung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG darstellen.

(1) Eingriff in den Schutzbereich

Art. 12 Abs. 1 GG umfasst im Rahmen eines einheitlichen Schutzbereichs das Recht auf freie Berufswahl und Berufsausübung aller Deutschen und Unionsbürger.[71] Als Beruf ist jede auf Dauer angelegte Tätigkeit anzusehen, die der Schaffung oder Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.[72]

Das Betreiben eines Hotels und die damit einhergehende Beherbergung von Gästen gegen Entgelt ist eine Tätigkeit in diesem Sinne. Von dem Verbot sind auch Deutsche und Unionsbürger betroffen, die im Geltungsbereich der Verordnung ein Hotel betreiben. Der Schutzbereich ist eröffnet.

Das Beherbergungsverbot stellt eine finale, unmittelbare und imperative Verkürzung des grundrechtlichen Schutzbe-

[65] Siehe bspw. VGH Baden-Württemberg BeckRS 2020, 29935 Rn. 23 ff.; *Volkmann*, NJW 2020, 3153; *Siegel*, NVwZ 2020, 577 (581 f.); *Brocker*, NVwZ 2020, 1485; *Uhle* (Fn. 45), Art. 80 Rn. 27a.1 ff.; anders *Martini/Thiessen/Ganter*, NJOZ 2020, 929 (931).

[66] Zu Zweifeln an der Bestimmtheit von § 28a IfSG *Eibenstein*, CoVuR 2020, 856 (858 f.).

[67] Zum eingeschränkten Prüfungsumfang aufgrund der abdrängenden Sonderzuweisung in § 68 Abs. 1 S. 1 OWiG siehe A. I.

[68] *Johann/Gabriel* (Fn. 55), IfSG § 28 Rn. 20.

[69] § 114 VwGO (und § 40 VwVfG) sind unmittelbar nur bei Verwaltungsakten anwendbar. Für das normative Ermessen des Verordnungsgebers können die Normen aber in analoger Anwendung herangezogen werden, dazu *Riese*, in: Schoch/Schneider (Fn. 7), § 114 Rn. 7.

[70] So wohl auch VGH Bayern BeckRS 2020, 19555 Rn. 25, 35 ff.; *Gerhardt* (Fn. 40), § 28 Rn. 43–44; *Johann/Gabriel* (Fn. 55), IfSG § 28 Rn. 21; a.A. *Giesberts/Gayger/Weyand*, NVwZ 2020, 417 (418).

[71] Zum einheitlichen Schutzbereich siehe BVerfGE 7, 377 (401 ff.); zur Eröffnung des persönlichen Schutzbereichs für EU-Bürger siehe A. III. 1.

[72] BVerfGE 7, 377 (397); *Ruffert* (Fn. 14), Art. 12 Rn. 40.

reichs dar, die durch einen Rechtsakt erfolgt. Damit handelt es sich um einen Eingriff, selbst im Sinne des engeren klassischen Eingriffsbegriffs.[73] § 2 Abs. 1 DB-VO betrifft mit dem Beherbergungsverbot im Schwerpunkt eine Tätigkeit, die typischerweise beruflich ausgeübt wird.[74] Mithin hat die Maßnahme berufsregelnde Tendenz.

Anmerkung: Die berufsregelnde Tendenz wurde vom Bundesverfassungsgericht eigentlich als Korrektiv entwickelt, damit ein Eingriff bei Maßnahmen unterhalb der Schwelle des klassischen Eingriffs nur bei einer besonderen Schwere oder Finalität zu bejahen ist.[75] Streng genommen bedürfte es an dieser Stelle also keiner gesonderten Prüfung der berufsregelnden Tendenz. Der Vollständigkeit halber kann man diese aber dennoch aufnehmen.

(2) Rechtfertigung

Eingriffe in die Berufsfreiheit können gem. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden. Hier kommt eine Einschränkung auf Grund der §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 S. 1 IfSG in Betracht. Diese Normen sind selbst formell und materiell verfassungsgemäß (siehe B. I. 2. a).

Anmerkung: Da Art. 12 Abs. 1 GG unter dem Begriff „Gesetz" nur ein formelles Parlamentsgesetz versteht,[76] muss an dieser Stelle auf die §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 S. 1 IfSG abgestellt werden. Eine Einschränkung allein durch die DB-VO kommt nicht in Betracht.

Der Grundrechtseingriff müsste auch verhältnismäßig sein. Eine Maßnahme, die in den Schutzbereich eines Grundrechts eingreift, ist verhältnismäßig, wenn sie einen legitimen Zweck verfolgt sowie geeignet, erforderlich und angemessen beziehungsweise verhältnismäßig im engeren Sinne ist.

Legitime Zwecke können beim Erlass von Rechtsverordnungen durch die Exekutive nur die vom parlamentarischen Gesetzgeber in der Ermächtigungsgrundlage festgelegten Zwecke sein.[77] Die Regierung des Landes Baden-Württemberg erlässt das Beherbergungsverbot ausweislich § 1 DB-VO, um die weitere Verbreitung des Diadem-Virus zu verhindern, das heißt zum Schutz der Gesundheit ihrer Bürger. Diese Zwecksetzung steht in Einklang mit den §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 S. 1 IfSG, die eine Verhinderung der Verbreitung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zum Ziel haben.

Eine Maßnahme ist geeignet, soweit sie die Erreichung des legitimen Zwecks bewirkt oder diese zumindest fördert.[78] Durch das Beherbergungsverbot wird verhindert, dass Menschen aus Risikogebieten, das heißt solche mit höherem Ansteckungsrisiko, mit Bürgern aus Baden-Württemberg zusammentreffen und diese über die Atemluft anstecken. Das Ziel, die weitere Ausbreitung zu verhindern, wird damit zumindest gefördert.

Eine Maßnahme ist erforderlich, wenn kein milderes Mittel zur Verfügung steht, das gleichermaßen geeignet ist, den legitimen Zweck zu erreichen.[79] Als mögliche mildere Maßnahmen kämen verpflichtende Hygieneanforderungen an die Hotelbesuche im Allgemeinen oder für Besuche von Gästen aus Risikogebieten im Speziellen in Betracht. Da sich das Virus vor allem über die Atemluft überträgt, wären zum Beispiel die Einführung einer Maskenpflicht auf dem gesamten Hotelgelände sowie die Pflicht zur Einhaltung von Abstandsregeln denkbar.

Derartige Maßnahmen müssten jedoch gleich geeignet sein. Auch wenn sich mit Hygienemaßnahmen viele Infektionen verhindern lassen, bleibt ein gewisses Restrisiko, das man nur ausschließen könnte, wenn man das Zusammentreffen von Personen von vornherein unterbindet. Verstärkte Hygienekonzepte sind also nicht in gleicher Weise geeignet, das Infektionsrisiko zu reduzieren. Das Beherbergungsverbot ist somit erforderlich.

Anmerkung: Mit entsprechender Argumentation ist an dieser Stelle vieles vertretbar. Angesichts der im Sachverhalt aufgezeigten Zweifel an der Wirksamkeit eines Beherbergungsverbotes wird man etwa auch argumentieren können, dass umfassende Hygieneanforderungen gleich geeignet sind. Die Maßnahme wäre dann bereits nicht erforderlich. In diesem Fall wäre dennoch (zumindest hilfsgutachterlich) auf die Angemessenheit einzugehen. Nicht als milderes Mittel kommt hingegen eine Übernahme der Testkosten durch den Staat in Betracht. Denn eine Verschiebung der Kostenlast führt dazu, dass das Mittel nicht mehr gleich geeignet ist.[80]

Angemessen beziehungsweise verhältnismäßig im engeren Sinne ist die Maßnahme nur, wenn die Nachteile, die mit der Maßnahme verbunden sind, nicht außer Verhältnis zum erstrebten Erfolg stehen (Zweck-Mittel-Relation).[81] Erforderlich ist also eine Abwägung der betroffenen Rechtsgüter unter Berücksichtigung der Eingriffsintensität und der Wertigkeit des verfolgten Zwecks.

Anmerkung: Die Angemessenheitsprüfung sollte in der Klausur strukturiert erfolgen.[82] Ein „Besinnungsaufsatz"

[73] Zum klassischen Eingriffsbegriff *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 37. Aufl. 2021, Rn. 325.
[74] Zur Definition der berufsregelnden Tendenz *Epping* (Fn. 15), Rn. 400.
[75] *Epping* (Fn. 15), Rn. 399.
[76] *Mann*, in: Sachs (Fn. 15), Art. 12 Rn. 108.
[77] *Grzeszick* (Fn. 60), Art. 20 VII Rn. 111.
[78] *Kingreen/Poscher* (Fn. 73), Rn. 400; *Ipsen*, Grundrechte, 24. Aufl. 2021, § 3 Rn. 189.
[79] *Kingreen/Poscher* (Fn. 73), Rn. 402; *Ipsen* (Fn. 7788), § 3 Rn. 191.
[80] Vgl. BVerfGE 109, 64 (86); *Grzeszick* (Fn. 60), Art. 20 VII Rn. 114.
[81] *Kingreen/Poscher* (Fn. 73), Rn. 406; *Ipsen* (Fn. 78), § 3 Rn. 193 ff.
[82] Zur Struktur der Angemessenheitsprüfung *Reuter*, Jura 2009, 511; *Klatt/Meister*, JuS 2014, 193.

ist zu vermeiden. Zur Strukturierung bietet es sich an, zunächst (a) abstrakt das Abwägungsmaterial inklusive der Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter festzustellen. Im Anschluss sind die Vor- und Nachteile im konkreten Fall zu ermitteln, insbesondere sollten (b) die Intensität des Eingriffs sowie (c) die Nützlichkeit der Maßnahme für den verfolgten Zweck gegenübergestellt werden. Erst dann folgt (d) die Abwägung im Einzelfall.

(a) Feststellung des Abwägungsmaterials und Bedeutung der Rechtsgüter

Durch das Beherbergungsverbot wird einerseits das Schutzgut der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) betroffen, das als zentrales Freiheitsrecht zur materiellen Sicherung der individuellen Lebensgestaltung des Einzelnen bereits abstrakt einen hohen Stellenwert genießt.[83] Andererseits kommt auch den Schutzgütern des Lebens und der Gesundheit der Bevölkerung als überragend wichtigen Gemeinschaftsgütern ein besonderes Gewicht zu.[84] Diese Schutzgüter werden nicht nur nach Art. 2 Abs. 2 GG ebenfalls grundrechtlich geschützt, sondern stellen die vitale Basis der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) dar.[85] Vor diesem Hintergrund trifft die Landesregierung gegebenenfalls sogar eine grundrechtliche Schutzpflicht, aktiv zu werden.[86] Beiden betroffenen Schutzgütern kommt daher bereits abstrakt ein hoher Stellenwert zu.[87]

(b) Intensität des Eingriffs

Im Rahmen der Berufsfreiheit kann die Eingriffsintensität mit Hilfe der vom BVerfG entwickelten Drei-Stufen-Theorie bestimmt werden.[88] Man unterscheidet danach drei verschiedene Arten von Eingriffen:

Erste Stufe: Auf der niedrigsten Stufe spricht man von Berufsausübungsregeln, das heißt von Maßnahmen, die sich lediglich auf die Art und Weise, das „Wie" der Berufsausübung auswirken (zum Beispiel Ladenschlussregeln).[89] Wegen der typischerweise geringen Eingriffsintensität sind sie bereits zulässig, wenn sie auf Grund vernünftiger Allgemeinwohlerwägungen zweckmäßig erscheinen.[90]

Zweite Stufe: Bei den subjektiven Berufswahlregeln wird hingegen die Wahl des Berufs, das heißt das „Ob" der Berufsausübung beschränkt. Sie knüpfen an persönliche Eigenschaften oder Fähigkeiten des Betroffenen an (zum Beispiel Ablegen einer berufsbezogenen Prüfung).[91] Subjektive Berufswahlschranken sind typischerweise von höherer Eingriffsintensität und nur zulässig, wenn es um den Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsguts geht, das gegenüber der Freiheit des Einzelnen vorrangig ist.[92]

Dritte Stufe: Die schwerste Form des Eingriffs stellen objektive Berufswahlregeln dar. Auch sie schränken die Berufswahl, das „Ob" der Berufsausübung ein. Sie beziehen sich jedoch auf objektive Merkmale außerhalb der Person, auf die der Betroffene keinen Einfluss hat (zum Beispiel zahlenmäßige Beschränkung von Anbietern in einem Gebiet).[93] Sie sind nur ausnahmsweise zur Abwendung einer nachweislichen oder höchstwahrscheinlichen Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut zulässig.[94]

Anmerkung: Die Drei-Stufen-Theorie wurde vom Bundesverfassungsgericht als besondere Ausprägung der Verhältnismäßigkeitsprüfung i.R.v. Art. 12 Abs. 1 GG entwickelt.[95] An sich lassen sich Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 GG auch anhand einer konsequenten Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beurteilen. Die Drei-Stufen-Theorie kann allerdings als Strukturierungshilfe dienen. Die Übergänge zwischen den Stufen sind fließend und keiner schematischen Anwendung zugänglich.
Bezüglich der Verortung der Drei-Stufen-Theorie im Aufbau der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Art. 12 Abs. 1 GG ist vieles vertretbar. Wichtig ist lediglich, die Theorie anzusprechen und in der Fallprüfung eine Aufbauvariante konsequent zu prüfen. Nicht überzeugend ist es dagegen, die Drei-Stufen-Theorie bereits im Eingriff zu erörtern. Schließlich kommt es für die Frage, ob überhaupt ein Eingriff vorliegt, nicht darauf an, wie schwer dieser Eingriff ist.[96]

Im vorliegenden Fall wird der Betrieb von Hotels beziehungsweise die Aufnahme von Gästen nicht komplett untersagt oder an bestimmte subjektive oder objektive Voraussetzungen geknüpft. Vielmehr sollen lediglich bestimmte Gäste nicht mehr aufgenommen werden, womit das „Wie" der Berufsausübung betroffen ist. Es handelt sich damit grundsätzlich (nur) um eine Berufsausübungsregel.

Im konkreten Fall ist aber zu berücksichtigen, dass kaum noch Landkreise und Städte eine Inzidenz von unter 50 aufweisen und somit fast alle Gäste aus Risikogebieten stammen, weshalb die meisten Hoteliers ihre Betriebe nach Inkrafttreten des Beherbergungsverbotes werden schließen müssen. Vor diesem Hintergrund ist die Maßnahme mit einer Dauer von vier Wochen unter dem Vorbehalt etwaiger Verlängerun-

[83] *Pielow*, in: Pielow (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GewO, Stand: 1.1.2022, § 1 Rn. 77; vgl. auch BVerfGE 63, 266 (286).
[84] BVerfGE 7, 377 (414); 121, 317 (349).
[85] BVerfGE 39, 1 (42).
[86] Vgl. BVerfGE 39, 1 (42); *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 45), Art. 2 Abs. 1 Rn. 61 ff.
[87] Zum Fehlen eines verfassungsrechtlichen Vorranges des Gesundheitsschutzes *Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkmann/Wißmann*, JZ 2020, 861 (863 f.).
[88] BVerfGE 7, 377 (405 ff.); vgl. *Epping* (Fn. 15), Rn. 409 ff.; *Kingreen/Poscher* (Fn. 73), Rn. 1034 ff.
[89] BVerfGE 7, 377 (405 f.).
[90] BVerfGE 7, 377 (405 f.).
[91] Vgl. BVerfGE 7, 377 (406.).
[92] Vgl. BVerfGE 7, 377 (406 f.).
[93] Vgl. BVerfGE 7, 377 (406 f.).
[94] BVerfGE 7, 377 (408).
[95] *Voßkuhle*, JuS 2007, 429 (430); *Reuter*, Jura 2009, 511 (514).
[96] *Epping* (Fn. 15), Rn. 410.

gen potenziell auf einen recht langen Zeitraum angelegt und dürfte mit erheblichen Umsatzeinbußen einhergehen.

Die Ausnahmeregelung in § 2 Abs. 1 S. 2 DB-VO, nach der ein Gast das Beherbergungsverbot durch Vorlage eines negativen Testergebnisses im Einzelfall abwenden kann, ändert nicht viel an diesem Ergebnis. Weil die Kosten für einen Test selbst zu tragen und mit mindestens 100 Euro pro Person sehr teuer sind, werden sich viele Reisende eine Übernachtung nicht mehr leisten können. Aufgrund des Umstandes, dass die Testergebnisse häufig ohnehin erst nach Ablauf der 48-Stunden-Frist aus § 2 Abs. 1 S. 2 DB-VO vorliegen, wird eine Reise in vielen Fällen sogar kurzfristig unmöglich. Auch die Ausnahme nach § 2 Abs. 2 DB-VO hat nur einen sehr engen Anwendungsbereich und wird damit aller Voraussicht nach nur eine kleine Gruppe von Beherbergungsgästen erfassen, sodass mit diesen Gästen allein ein wirtschaftlicher Betrieb von Hotels nicht möglich sein wird.[97]

In ihrer Intensität kommt die Maßnahme deshalb einem vorübergehenden Berufsverbot aufgrund objektiver Kriterien sehr nahe. Mit dem Beherbergungsverbot liegt mithin ein schwerwiegender Eingriff in die Berufsfreiheit vor,[98] der nur angemessen ist, soweit er zur Abwehr einer Gefahr für überragend wichtige Gemeinschaftsgüter zwingend geboten erscheint.[99]

(c) Nützlichkeit der Maßnahme

Das Beherbergungsverbot dient dem Schutz von Leben und Gesundheit der Bevölkerung und damit einem überragend wichtigen Gemeinschaftsgut. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das hochansteckende Virus sich sehr schnell verbreitet und schwere Erkrankungen bis hin zum Tod herbeiführen kann. Es stellt damit eine erhebliche Gefahr für die Gesundheit mit teils irreversiblen Schäden dar. Zudem ist zu berücksichtigen, dass es sich bei dem Diadem-Virus um ein neuartiges Virus handelt, dessen Verbreitungsmechanismen und Wirkweisen noch unzureichend erforscht sind und für das bisher weder wirksame Medikamente noch Impfstoffe zur Verfügung stehen. Das spricht grundsätzlich für einen hohen Nutzen der Maßnahme.

Allerdings ist nicht abschließend klar, ob das Beherbergungsgebot diese drohende Gefahr überhaupt effektiv abwehren kann. Denn die Hoteliers in Baden-Württemberg haben bereits umfassende Hygienekonzepte entwickelt, mit denen sich vermutlich der größte Teil der Ansteckungen verhindern ließe. Bisher sind auch keine nennenswerten Ansteckungen in Hotelbetrieben bekannt; hier halten sich Gäste in der Regel allein oder zusammen mit Personen auf, zu denen sie ohnehin in engem Kontakt stehen.[100] Die Beherbergung erfolgt außerdem gewöhnlich in abgetrennten Räumlichkeiten mit eigenen sanitären Einrichtungen, sodass ein Zusammentreffen mit anderen Beherbergungsgästen ausgeschlossen oder doch wesentlich reduziert ist.[101] Es ist deshalb fraglich, ob das Beherbergungsverbot tatsächlich maßgeblich zu einer Reduktion von Infektionen beitragen kann. Ein Festhalten am Beherbergungsverbot aufgrund einer rein politischen „Signalwirkung" kann jedenfalls keine ausreichende Begründung darstellen.

Bedenken bestehen weiter hinsichtlich der Anknüpfung des Beherbergungsverbots an den Inzidenzwert von 50. Zwar handelt ist sich hierbei nicht um eine willkürlich gewählte Zahl, sondern sie soll die Schwelle abbilden, ab der Infektionsketten durch die Gesundheitsämter nicht mehr verfolgt und das Infektionsgeschehen damit nicht mehr kontrolliert werden kann. Dennoch bleibt fraglich, ob der Wert eine verlässliche Aussage zur Infektionswahrscheinlichkeit zulässt. Denn die Inzidenz kann in einem Landkreis schon aufgrund weniger lokaler Ausbrüche (zum Beispiel in einem einzelnen Betrieb) die Schwelle von 50 überschreiten, ohne dass von anderen Personen eine erhöhte Gefahr ausginge. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass eine noch kleinteiligere Begrenzung, zum Beispiel auf Kommunen, praktisch kaum noch handhabbar wäre.

(d) Abwägung im Einzelfall

Insgesamt ist festzustellen, dass zwar eine erhebliche Gefährdungslage vorliegt, das Beherbergungsverbot aber voraussichtlich allenfalls in einem sehr eingeschränkten Umfang zu einer Reduzierung von Infektionen beitragen wird beziehungsweise die Wirkung jedenfalls in hohem Maße ungewiss ist.

Für die erforderliche Abwägung der betroffenen Rechtsgüter bleibt deshalb festzuhalten, dass dem fragwürdigen Erfolg der Maßnahme erhebliche Abstriche bei der Berufsausübung gegenüberstehen, die faktisch zu einem zeitweisen Berufsverbot führen. Das Beherbergungsverbot ist zur Abwehr der durch das Virus drohenden Gefahr gerade nicht zwingend geboten, sodass der Eingriff in die Berufsfreiheit außer Verhältnis zum angestrebten Zweck des Gesundheitsschutzes steht. Die Berufsfreiheit überwiegt damit im vorliegenden Fall gegenüber dem Gesundheitsschutz.

> *Anmerkung*: Ein anderes Ergebnis ist bei entsprechender Argumentation selbstverständlich gut vertretbar. Eine derart ausdifferenzierte Abwägung wird in der Klausur nicht erwartet. Wichtig ist es vor allem, die Prüfung gut zu strukturieren, die Definitionen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit und der Drei-Stufen-Theorie zu beherrschen und das Beherbergungsverbot in die Drei-Stufen-Theorie einzuordnen.
>
> *Zur Vertiefung*: In der Rechtsprechung zu den Beherbergungsverboten hat sich gezeigt, dass deren Verhältnismäßigkeit unter anderem von der allgemeinen Infektionslage

[97] Vgl. OVG Berlin-Brandenburg BeckRS 2020, 27817 Rn. 44; ähnlich OVG Niedersachsen COVuR 2020, 700 Rn. 61.
[98] Vgl. *Goldhammer/Neuhöfer*, JuS 2021, 641 (644).
[99] Zu den Rechtfertigungsanforderungen von Berufsausübungsregeln, die wie Berufswahlregeln wirken *Ruffert* (Fn. 14), Art. 12 Rn. 95 f.
[100] Vgl. OVG Berlin-Brandenburg BeckRS 2020, 27817 Rn. 39.
[101] Vgl. OVG Berlin-Brandenburg BeckRS 2020, 27817 Rn. 39.

abhängt. Haben die Gerichte die Beherbergungsverbote im Herbst 2020 bei einem weitgehend stabilen Infektionsgeschehen noch für voraussichtlich unverhältnismäßig gehalten,[102] so änderte sich diese Einschätzung zum Winter hin, wobei maßgeblich auf die verschärfte Pandemielage verwiesen wurde.[103] Zwar handelt es sich hier letztlich stets um konkrete Einzelfallentscheidungen. Es zeigt sich jedoch die Tendenz, dass Beherbergungsverbote als besonders schwere Eingriffe in die Berufsfreiheit nur als verhältnismäßig beurteilt werden, wenn ein erhebliches Infektionsgeschehen vorherrscht und auch sonst weitreichende Maßnahmen zur Eindämmung von Infektionen getroffen wurden.

bb) Vereinbarkeit mit Art. 11 GG

Das Beherbergungsverbot könnte zudem eine Verletzung der Freizügigkeit nach Art. 11 Abs. 1 GG bewirken.

(1) Eröffnung des Schutzbereichs

Der sachliche Schutzbereich der Freizügigkeit umfasst das Recht, an jedem Ort innerhalb der Bundesrepublik Deutschland Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen.[104] Mit Blick auf Übernachtungen in Beherbergungsbetrieben kommt als geschütztes Verhalten vorliegend nur die freie Wahl des Aufenthaltsorts in Betracht. Aufenthalt meint dabei in Abgrenzung zum Wohnsitz ein lediglich vorübergehendes Verweilen.[105]

Aufgrund der unterschiedlichen Anforderungen sowohl für die Eröffnung des persönlichen Schutzbereichs als auch bei der Möglichkeit von Beschränkungen ist in diesem Zusammenhang eine Abgrenzung zur Fortbewegungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) notwendig.[106] Mit Blick auf die Anforderungen an den Gesetzesvorbehalt in Art. 11 Abs. 2 GG, die allesamt erst nach einer gewissen Zeit erforderlich werden dürften, ist dabei für einen Aufenthalt zumindest eine gewisse Verweildauer zu verlangen.[107] Um rein zufällige Ergebnisse zu vermeiden, wird man zusätzlich eine erhebliche Bedeutung in Form des jedenfalls vorübergehenden Verlassens des allgemeinen Lebenskreises fordern müssen.[108] Von beidem kann im Rahmen eines (ggf. mehrtägigen) Verweilens in einem Beherbergungsbetrieb ausgegangen werden.

Anmerkung: Die Anforderungen an den Begriff des Aufenthalts sind im Einzelnen umstritten, wobei es noch mehr als die oben dargestellten Lösungsansätze gibt.[109] Das Bundesverfassungsgericht verlangt, dass die jeweilige Verhaltensweise nach ihrer „Art und Intensität" eine über die allgemeine Bewegungsfreiheit „hinausgehende Bedeutung für die räumlich gebundene Gestaltung des alltäglichen Lebenskreises" hat.[110]
Ob Beherbergungsverbote beziehungsweise die Übernachtung in einem Beherbergungsbetrieb vom Schutzbereich erfasst sind, wird in Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich beantwortet. Wie hier ist der VGH Baden-Württemberg davon ausgegangen, dass der Schutzbereich eröffnet ist.[111] Dagegen haben sich insbesondere das OVG Niedersachsen sowie *Eibenstein* und wohl auch *Ogorek* ausgesprochen.[112] Ausdrücklich offen gelassen wurde die Frage vom BVerfG, vom OVG Sachsen-Anhalt sowie vom OVG Berlin-Brandenburg.[113]

Von diesem Verbot sind jedenfalls beim innerdeutschen und innereuropäischen Tourismus auch Deutsche und Unionsbürger betroffen, die im Geltungsbereich der Verordnung in Hotels übernachten wollen. Der Schutzbereich des Art. 11 Abs. 1 GG ist damit eröffnet.

(2) Eingriff

Die Landesregierung möchte mit dem Beherbergungsverbot gezielt die Einreise nach und das Verweilen von Personen in Baden-Württemberg einschränken, sodass sie eine finale, unmittelbare und imperative Verkürzung dieses Schutzbereichs darstellt, die durch einen Rechtsakt erfolgt. Damit liegt ein klassischer Eingriff vor.

(3) Rechtfertigung

Der Eingriff müsste gerechtfertigt sein. Das Beherbergungsverbot könnte im Rahmen des qualifizierten Gesetzesvorbehalts des Art. 11 Abs. 2 GG zum Schutze vor der Verbreitung des Diadem-Virus auf Grund der §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1. S. 1 IfSG zur Bekämpfung einer Seuchengefahr[114] erforderlich

[102] VGH Bayern BeckRS 2020, 17622; VGH Baden-Württemberg COVuR 2020, 711; OVG Niedersachsen COVuR 2020, 700; OVG Berlin-Brandenburg BeckRS 2020, 27817; OVG Sachsen-Anhalt BeckRS 2020, 28262; OVG Schleswig-Holstein BeckRS 2020, 27894.
[103] VGH Baden-Württemberg BeckRS 2020, 29935; OVG Schleswig-Holstein BeckRS 2020, 29770; OVG Schleswig-Holstein BeckRS 2020, 32543.
[104] BVerfGE 2, 266 (273); 43, 203 (211); 80, 137 (150); 110, 177 (190).
[105] *Sodan*, in: Sodan (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2018, Art. 11 Rn. 2; *Pagenkopf*, in: Sachs (Fn. 15), Art. 11 Rn. 16.
[106] BVerfG BeckRS 2008, 142691 Rn. 21; *Durner*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 45), Art. 11 Rn. 77.
[107] Vgl. *Kunig/Graf v. Kielmansegg*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 11 Rn. 30.
[108] Ähnlich VGH Baden-Württemberg COVuR 2020, 711 Rn. 21.
[109] Für einen Überblick *Ogorek*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 14), Art. 11 Rn. 11 f.
[110] BVerfG BeckRS 2008, 142691 Rn. 21.
[111] VGH Baden-Württemberg COVuR 2020, 711 Rn. 21.
[112] OVG Niedersachsen COVuR 2020, 700 Rn. 66; *Eibenstein*, COVuR 2020, 688 Fn. 14; *Ogorek* (Fn. 109), Art. 11 Rn. 13.1.
[113] BVerfG COVuR 2020, 883 Rn. 10; OVG Sachsen-Anhalt BeckRS 2020, 32485 Rn. 70; OVG Berlin-Brandenburg BeckRS 2020, 27817 Rn. 35.
[114] Zum Begriff der Seuchengefahr *Ogorek* (Fn. 109), Art. 11

sein. Diese Voraussetzung ist bei der drohenden Ausbreitung einer schweren übertragbaren Krankheit wie dem Diadem-Virus erfüllt. Zudem müsste der Grundrechtseingriff verhältnismäßig sein. Dabei ergeben sich bezüglich des legitimen Zwecks sowie der Geeignetheit und Erforderlichkeit keine Unterschiede zur Verhältnismäßigkeitsprüfung i.R.d. Art. 12 Abs. 1 GG (siehe B. I. 2. c) aa) (2).

Der Eingriff müsste jedoch auch angemessen sein. Auch bei der Freizügigkeit handelt es sich als Grundrecht um ein Gut von Verfassungsrang. Beiden betroffenen Schutzgütern kommt daher bereits abstrakt ein hoher Stellenwert zu. Es handelt sich um einen Eingriff von mittlerer bis hoher Intensität. Denn das Beherbergungsverbot erschwert es Reisenden aus den nach der DB-VO definierten Risikogebieten erheblich, sich für einen längeren Aufenthalt in Hotels nach Baden-Württemberg zu begeben. Dafür sprechen erneut die hohen Anforderungen für die Ausnahmetatbestände der §§ 2 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 DB-VO. Auch bezüglich des äußerst fragwürdigen Nutzens des Beherbergungsverbots ergeben sich keine wesentlichen Unterschiede zu den Erwägungen der Angemessenheitsprüfung für Art. 12 Abs. 1 GG (siehe B. I. 2. c) aa) (2).

Das Beherbergungsverbot hält mithin auch einer Abwägung in Bezug auf Art. 11 Abs. 1 GG im Ergebnis nicht stand.

cc) Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1 GG

Ob der sachliche Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb umfasst, kann dahinstehen. Der dadurch vermittelte Schutz würde jedenfalls nicht weiter reichen als der Schutz seiner Grundlagen, das heißt den Bestand der zum Betrieb gehörenden Sachen und Rechte.[115] Reine Umsatz- und Gewinnchancen, wie sie bei der Möglichkeit, Gäste gegen Entgelt zu beherbergen, betroffen sind, werden jedenfalls nicht erfasst.[116] Insoweit gilt der Merksatz, dass nur Art. 12 Abs. 1 GG den Erwerb, Art. 14 Abs. 1 GG dagegen das Erworbene schützt.[117]

dd) Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 GG

Ein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG ist subsidiär[118] und daher nicht zu prüfen.

> *Anmerkung*: Da es sich bei der Normenkontrolle um ein objektives Beanstandungsverfahren handelt, sind grundsätzlich alle in Betracht kommenden Grundrechtsverstöße zu prüfen. Die Prüfung von Art. 12 Abs. 1 GG bildet nach Gestaltung des Sachverhalts erkennbar den Schwerpunkt der Prüfung. Auch Art. 11 GG muss aufgrund des im Sachverhalt enthaltenen Hinweises zumindest kurz angesprochen werden. Ausführungen zu Art. 14, Art. 2 Abs. 1 GG (und ggf. zu weiteren Grundrechten) sind hingegen nicht zwingend erforderlich. Eine Prüfung von Art. 3 Abs. 1 GG war durch den Bearbeitungsvermerk ausgeschlossen.

ee) Verstoß gegen das Bestimmtheits- und Publizitätsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG)

Das Beherbergungsverbot aus § 2 Abs. 1 DB-VO könnte zudem gegen das aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG abzuleitende Bestimmtheitsgebot verstoßen. Nach dem Bestimmtheitsgebot müssen gesetzliche Tatbestände so präzise formuliert sein, dass der Normadressat sein Handeln kalkulieren und auf die Regelung abstimmen kann.[119] Hieraus können sich auch Anforderungen für die Verwendung von Verweisungen ergeben.[120] Zwar ist es grundsätzlich zulässig, dass der Normgeber auf Normen eines anderen Normgebers oder eines nichtstaatlichen Gremiums verweist.[121] Insbesondere bei dynamischen Verweisungen[122] müssen aber Inhalt und Reichweite der Verweisung klar begrenzt werden, weil der Bürger ansonsten in bedenklicher Weise einer anderen, womöglich nicht legitimierten Normsetzungsgewalt ausgeliefert wäre.[123] Zudem muss die in Bezug genommene Bestimmung hinreichend präzise bezeichnet werden; eine Angabe einer „Fundstelle“ ist dann nicht zwingend erforderlich.[124]

Der Verweis auf die Veröffentlichung des Robert Koch-Instituts ist vor diesem Hintergrund nicht zu beanstanden. Die Verordnung verweist lediglich für die Inzidenzwerte, die vom Normgeber ohnehin nicht beeinflusst werden können, auf die Veröffentlichungen des Robert Koch-Instituts und ist damit inhaltlich eng begrenzt. Der in Bezug genommene Inzidenzwert wird auch hinreichend präzise bezeichnet, sodass sich die entsprechenden Veröffentlichungen zum Beispiel im Internet ohne besondere Schwierigkeiten auffinden und einsehen lassen. Die Angabe der Internetadresse im Verordnungstext war daher nicht zwingend erforderlich. Ein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz liegt nicht vor.

> *Anmerkung*: Hier ist im Ergebnis vieles vertretbar. Wichtig ist, die Bestimmtheit der Verordnung strikt von der Bestimmtheit der Verordnungsermächtigung zu trennen. Erstere wird nach Art. 20 Abs. 3 GG beurteilt, letztere ausschließlich nach Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG (siehe B. I. 2. a) cc).

Rn. 36.

[115] Siehe BVerfG NJW 1992, 36 (37); BVerfG NZS 2008, 588 (589); BVerfGE 143, 246 (331).

[116] So auch OVG Niedersachsen COVuR 2020, 700 Rn. 18; a.A. OVG Sachsen-Anhalt COVuR 2020, 819.

[117] BVerfG NJW 1991, 1667 (1670).

[118] Vgl. *Lang*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 14), Art. 2 Rn. 29.

[119] *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 129.

[120] *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 290 m.w.N.

[121] Siehe BVerwG NJOZ 2013, 1754 Rn. 39.

[122] Dynamische Verweisungen nehmen im Gegensatz zu statischen Verweisungen nicht auf eine Norm in einer bestimmten, sondern in ihrer jeweils gültigen Fassung Bezug.

[123] BVerwG NJOZ 2013, 1754 Rn. 42.

[124] BVerfGE 26, 338 (367); BVerfG NJ 1994, 461; BVerwG NJOZ 2013, 1754 Rn. 32; a.A. VGH Bayern BeckRS 2020, 17622 Rn. 43.

3. Zwischenergebnis

Der Normkontrollantrag im Hauptsacheverfahren ist zulässig und begründet und hätte somit Aussicht auf Erfolg.

II. Dringende Gebotenheit einer einstweiligen Anordnung

Der Erlass einer einstweiligen Anordnung müsste auch i.S.v. § 47 Abs. 6 VwGO dringend geboten sein. Dabei sind die Erfolgsaussichten in der Hauptsache ein „wesentliches Indiz dafür, [den] Vollzug [der Norm] bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache [zu suspendieren, …] wenn dessen (weiterer) Vollzug vor einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren Nachteile befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist.“[125]

Jedenfalls H drohen durch das Beherbergungsverbot erhebliche finanzielle Einbußen, schlimmstenfalls bis hin zum wirtschaftlichen Ruin und damit ein schwerer Nachteil.[126] Der Erlass der einstweiligen Anordnung ist daher dringend geboten.

> *Anmerkung*: § 47 Abs. 6 VwGO kennt mit den „schweren Nachteilen“ und „anderen gewichtigen Gründen“ zwei unterschiedliche Anknüpfungspunkte für den Regelungsanlass. Da es sich um ein objektives Beanstandungsverfahren handelt, liegt es nahe, dass im Rahmen der „anderen gewichtigen Gründe“ auch die Belange Dritter oder der Allgemeinheit zu berücksichtigen sind.[127] Teilweise wird aber vertreten, dass auch „andere wichtige Gründe“ stets auf den Antragsteller bezogen sind.[128] Folgt man der erstgenannten Auffassung, kann man im Rahmen der anderen wichtigen Gründe auch die Beeinträchtigungen der anderen Beherbergungsbetriebe in Baden-Württemberg sowie der Übernachtungsgäste berücksichtigen.

III. Keine Vorwegnahme der Hauptsache

Der vorläufige Rechtsschutz darf grundsätzlich nicht zu einer endgültigen Vorwegnahme der Entscheidung im Hauptsacheverfahren führen. Eine solche Vorwegnahme ist allerdings schon deshalb nicht zu befürchten, weil der VGH im Rahmen der einstweiligen Anordnung die angegriffene Norm lediglich bis zur Entscheidung im Normenkontrollantrag außer Vollzug setzt, nicht aber für unwirksam erklärt.[129] Angesichts der drohenden Existenzgefährdung der H wäre aufgrund der Notwendigkeit eines effektiven Grundrechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) im Zweifel, das heißt wenn eine Entscheidung des VGH nicht vor Außerkrafttreten der Verordnung erfolgen kann, auch eine endgültige Vorwegnahme der Hauptsache zulässig und geboten.[130]

C. Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs

Der Antrag der H hat Aussicht auf Erfolg. Der VGH wird die von H beantragte einstweilige Anordnung erlassen und das Beherbergungsverbot vorläufig außer Vollzug setzen.[131]

[125] BVerwG BeckRS 2015, 42594 Rn. 12.

[126] Ähnlich OVG Mecklenburg-Vorpommern BeckRS 2020, 37219 Rn. 45.

[127] BVerwG BeckRS 2015, 42594 Rn. 12; *Schenke* (Fn. 3), § 47 Rn. 152; *Finkelnburg/Dombert/Külpmann* (Fn. 27), § 30 Rn. 603 f.

[128] OVG Saarland BeckRS 2009, 39332; OVG Schleswig-Holstein NVwZ 2012, 771 (773 f.).

[129] Dazu *Schoch* (Fn. 7), § 47 Rn. 139.

[130] Vgl. *Hufen* (Fn. 6), § 34 Rn. 10.

[131] Die Außervollzugsetzung der Norm gilt in diesem Fall, wie im Hauptsacheverfahren (vgl. § 47 Abs. 5 S. 2 VwGO), allgemein und nicht nur für den Antragsteller, VGH Hessen BeckRS 2013, 54875 Rn. 15; OVG Niedersachen COVuR 2020, 700 Rn. 68; *Hoppe* (Fn. 13), § 47 Rn. 111; a.A. *Schenke/Schenke* (Fn. 3), § 47 Rn. 150.

Übungsfall: „Wer hat an der Uhr gedreht…?“*

Von Stud. iur. **Oskar Axmann**, Dr. **Marcus Bergmann**, Halle (Saale)**

Sachverhalt

Agathe Auer (A) und Marek Mesmer (M) treffen sich zufällig vor dem Laden der Uhrmacherin Birgit Bijoux (B). Die schon ältere A will eine wertvolle, alte Taschenuhr reparieren lassen, und der junge M will seine Armbanduhr reinigen lassen. Beide warten in einigem Abstand zueinander mit einer Mund-Nasen-Maske vor der Tür des Ladens, die B zu einer Art Schalter mit Tresen umgestaltet hat. Schließlich kommt B endlich aus ihrer Werkstatt. B fragt A nach ihrem Nachnamen, notiert diesen und nennt den Termin, an dem sie die reparierte Uhr abholen kann. Während A einige Schritte entfernt noch dabei ist, sich den Termin umständlich auf einem Blatt Papier zu notieren, hat inzwischen M seine Uhr abgegeben und den Termin, den B ihm zur Abholung genannt hat, rasch in seinem Mobiltelefon gespeichert. Nun fällt A auf, dass auf dem improvisierten Tresen der B eine Uhrenkette zur Ansicht ausliegt. Zutreffend schätzt A den Wert dieser Kette auf etwa 10 €. So eine Kette würde sie gerne für die alte Uhr haben, mag dafür aber kein Geld ausgeben.

Da kommt A eine Idee. Nachdem sie und M sich einige Schritte vom Laden entfernt haben, wendet sie sich an M und bittet ihn unter Hinweis auf ihr Alter, noch einmal zurückzugehen und ihre Uhrenkette zu holen, die sie auf dem Tresen versehentlich liegen gelassen habe. M nickt und spurtet rasch zurück. B ist inzwischen in der Werkstatt verschwunden, wie es A gehofft hatte. M sieht die Kette auf dem Tresen liegen, hält sie für die Kette der A, ergreift sie, eilt damit zur wartenden A und übergibt sie ihr. Dann eilt M davon. Dabei fällt ihm unbemerkt ein Pfandbon des Supermarktes „S“ über 1 € aus der Tasche. Diesen hebt A auf und begibt sich zum Supermarkt, um ihn dort einzulösen. Da nur eine Selbstbedienungskasse frei ist, steckt sie den Bon dort in einen dafür vorgesehenen Schlitz. Außerdem steckt sie ihre EC-Karte in das Lesegerät. Der Automat zieht den Bon ein, scannt dabei dessen Strichcode und überweist 1 € auf das Girokonto der A. Dann entnimmt A ihre EC-Karte und verlässt den Supermarkt.

Ohne dass A es bemerkt hatte, hatte M aber zuvor auch den Termin, den B der A genannt hatte, in seinem Mobiltelefon notiert. Früh am Morgen dieses Tages geht M zum Laden der B. Er geht davon aus, dass sich B, die sich ja nur die Nachnamen notiert hatte, nicht mehr an die ohnehin maskierten Gesichter wird erinnern können. Deshalb sagt er zu B, als diese endlich aus ihrer Werkstatt auftaucht: „Mein Name ist A, ich möchte eine reparierte Taschenuhr abholen!“ Dabei will M den Preis für die Reparatur bezahlen, aber auf diese Weise den deutlich höheren Kaufpreis für die Uhr, die er unbedingt haben möchte, einsparen. B aber stutzt und sagt zu M: „Moment mal, Freundchen, A war doch eine ältere Dame, und die hat ihre Uhr gerade eben bereits abgeholt! Verschwinden Sie schleunigst, sonst rufe ich die Polizei!“ Daraufhin läuft M rasch davon.

Aufgabenstellung

Wie haben sich A und M nach dem StGB strafbar gemacht? Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Lösungsvorschlag:

Tatkomplex 1: Holen der Uhrenkette

> *Hinweis 1*: Die Bildung von Tatkomplexen ist nicht zwingend erforderlich, aber ratsam. Wer keine Tatkomplexe bildet, sollte chronologisch prüfen, um nicht durcheinander zu geraten. In jedem Fall ist die Strafbarkeit des M bzgl. der Uhrenkette vor einer diesbezüglichen Strafbarkeit der A zu prüfen.

A. Strafbarkeit des M

I. § 242 Abs. 1 StGB

Indem M die Uhrenkette ergriff und zu A brachte, könnte M sich wegen Diebstahls nach § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

> *Hinweis 2*: Dies in zwei einzelne Handlungen zu trennen, würde eine natürliche Handlungseinheit auseinanderreißen. Daher ist es sinnvoller, diesen einheitlichen Lebensvorgang als eine Handlung zu bewerten und der Diebstahlsprüfung zugrunde zu legen.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Die Uhrenkette, eine bewegliche Sache, stand im Eigentum der B, also im Eigentum eines anderen als M,[1] war also für M fremd.

> *Hinweis 3*: Bzgl. Sache und Beweglichkeit genügt eine Feststellung. Fremdheit sollte aber zumindest im verkürzten Gutachtenstil subsumiert werden. Alternativ kann eine Sache als für den Täter fremd definiert werden, „wenn sie weder in dessen Alleineigentum steht noch herrenlos ist.“[2]

---

* Diese Klausur ist mittelschwer. Im Vordergrund stehen Vermögensdelikte sowie Täterschaft und Teilnahme, somit im Kern Stoff des zweiten Semesters. Gleichwohl verlangt die Klausur sorgfältiges Arbeiten.

** Der Autor *Axmann* ist Stud. Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. *Dr. Christian Schröder*, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Der Autor *Dr. Bergmann* ist Habilitand an diesem Lehrstuhl und Lehrkraft für besondere Aufgaben an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

[1] *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 12; *Wittig*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck’scher Online-Kommentar StGB, Stand: 1.2.2022, § 242 Rn. 6; *Schmidt*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 242 Rn. 7; *Joecks/Jäger*, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 242 Rn. 9.

[2] *Hohmann*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 246 Rn. 12; *Kindhäuser*, in:

Diese müsste M weggenommen haben. Eine Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams.[3]

Zunächst müsste jemand anderes als M hinsichtlich der Uhrenkette Gewahrsamsinhaber gewesen sein.[4] Gewahrsam ist die tatsächliche Sachherrschaft über eine Sache, die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragen wird und deren Reichweite sich nach der Verkehrsanschauung bemisst.[5] Jedenfalls bis zum Ablegen der Uhrenkette auf dem Tresen übte B die Herrschaft darüber aus, auch danach hatte B noch die Möglichkeit, jederzeit auf die Kette zuzugreifen. Somit hatte sie die tatsächliche Sachherrschaft. Sie hatte zumindest den generellen Willen, über alle Gegenstände im Laden inklusive des Tresens an der Ladentür zu herrschen, also war dieses Sachherrschaft auch von einem natürlichen Herrschaftswillen getragen. Deshalb rechnet auch die Verkehrsanschauung der B den Gewahrsam (als sog. „gelockerter Gewahrsam“[6] zu).[7] Also war zunächst ein anderer als M Gewahrsamsinhaber der Kette.

M müsste neuen Gewahrsam an der Kette begründet haben.[8]

> *Hinweis 4*: Hier kann man auch zuerst den Bruch und dann die Neubegründung prüfen, das ist natürlich gut vertretbar.[9] Wenn man dem hier verfolgten Ansatz folgt, muss man die Neubegründung als solche nicht zwingend neu (als Erlangung der tatsächlichen Herrschaft über die Sache, sodass jene ohne Behinderung durch den bisherigen Gewahrsamsinhaber ausgeübt werden und dieser seinerseits nicht mehr über die Sache verfügen kann, ohne die Verfügungsmacht des Täters zu beseitigen)[10] definieren, sondern kann einfach nochmals unter die Gewahrsamsdefinition subsumieren, nun allerdings nach Durchführung der im einleitenden Obersatz zugrunde gelegten Tathandlung (hier also das Ergreifen).

Durch das Ergreifen der Kette umschloss M diese zumindest teilweise mit der Hand, übte deshalb nun allein die tatsächliche Sachherrschaft über die Kette aus. Diese war auch von einem natürlichen Willen des M getragen, die Uhrenkette zu beherrschen. Die Verkehrsanschauung rechnet bei kleinen, handlichen Gegenständen demjenigen, der sie ergreift, eine eigene, mit den Händen gebildete Herrschaftssphäre selbst innerhalb einer fremden Herrschaftssphäre zu.[11] Dies gilt erst recht auf der Straße vor einem Ladenlokal, sodass M auch nach der Verkehrsanschauung Gewahrsam an der Kette durch das Ergreifen begründet hat.

> *Hinweis 5*: Eine echte Herrschaftssphäre, in der M eine Enklave hätte bilden müssen, bestand hier nicht. M hielt sich ja nicht im Laden der B auf, sondern auf der Straße davor. Daher hat er schon mit dem Ergreifen neuen Gewahrsam begründet. Dies gilt selbst dann, wenn man der heute ganz herrschenden Apprehensionstheorie oder der veralteten und nicht mehr vertretenen Kontrektationstheorie (Berühren des Diebesgutes) nicht folgt und stattdessen auf die Ablationstheorie (Fortbringen des Diebesgutes) oder die noch engere Illationstheorie (In-Sicherheit-Bringen des Diebesguts, etwa in ein Versteck) abstellt.[12]

Dieser Gewahrsamswechsel vollzog sich zumindest ohne Willen der B,[13] somit im Wege eines Gewahrsamsbruches.

Somit hat M die Uhrenkette weggenommen.

b) Subjektiver Tatbestand

Dies müsste vorsätzlich erfolgt sein. Dazu müsste M mit dem Wissen um die objektiven Tatbestandsmerkmale und dem Willen gehandelt haben, die Tathandlung vorzunehmen.[14]

M wusste, dass die Kette eine bewegliche Sache ist. Er dachte, dass diese im Eigentum der A stehe, also im Eigentum zumindest eines anderen. Also wusste er, dass die Uhrenkette eine für ihn fremde Sache war. Dass er die Identität des Eigentümers falsch einschätzte, ist insoweit unbeachtlich (vergleichbar einem error in persona vel obiecto)[15].

Er dachte, dass A die Kette liegen gelassen hätte. Also ging er von einem gelockerten Gewahrsam[16] der A aus. Also wusste er, dass daran fremder Gewahrsam bestand. Dass er

---

Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 242 Rn. 15.

[3] *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 242 Rn. 22; *Schmitz*, in: Erb/Schäfer (Fn. 2), § 242 Rn. 49; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 242 Rn. 27.

[4] Vgl. auch *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 242 Rn. 32.

[5] *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 242 Rn. 23; *Weber/Werner*, in: Weber (Hrsg.), Creifelds Rechtswörterbuch, 26. Ed., 2021, Stichwort: Gewahrsam; *Schmitz* (Fn. 3), § 242 Rn. 55.

[6] Vgl. dazu BGH NStZ 2020, 483 (Rn. 4 ff.); *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 2 Rn. 60 ff.

[7] *Schmidt* (Fn. 1), § 242 Rn. 14; *Ruß*, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Bd. 13, 13. Aufl. 2021, § 242 Rn. 20; *Kindhäuser/Böse*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 11. Aufl. 2021, § 2 Rn. 36.

[8] Für diese Prüfungsreihenfolge *Rengier* (Fn. 6), § 2 Rn. 22 und 44.

[9] So etwa *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 242 Rn. 35 und 37.

[10] *Rengier* (Fn. 6), § 2 Rn. 22 und 44.

[11] *Kühl*, in: Lackner/Kühl, 29. Aufl. 2019, § 242 Rn. 16; *Wittig* (Fn. 1), § 242 Rn. 26.1; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 69. Aufl. 2022, § 242 Rn. 18; *Schmidt* (Fn. 1), § 242 Rn. 21.

[12] Zum Ganzen ausführlicher bei *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 242 Rn. 37; *Fischer* (Fn. 11), § 242 Rn. 17; *Rengier* (Fn. 6), § 2 Rn. 60.

[13] Zur Definition *Rengier* (Fn. 6), § 2 Rn. 64; *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 242 Rn. 35; *Schmitz* (Fn. 3), § 242 Rn. 86.

[14] *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 51. Aufl. 2021, Rn. 203; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 15 Rn. 9; *Joecks/Jäger* (Fn. 1), § 15 Rn. 7.

[15] Dazu ausführlich *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 14), Rn. 247 ff.; *Rengier* (Fn. 6), § 2 Rn. 84.

[16] Zu gelockertem Gewahrsam bei vergessenen (aber nicht verlorenen) Sachen *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 242 Rn. 28; *Rengier* (Fn. 6), § 2 Rn. 39; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 44. Aufl. 2021, Rn. 110.

die Identität des Gewahrsamsinhabers falsch einschätzte, ist abermals unbeachtlich. Er wusste, dass er durch sein Ergreifen neuen Gewahrsam begründen würde, dies wollte er auch. Allerdings dachte er, A sei als Gewahrsamsinhaberin mit dem Gewahrsamswechsel einverstanden. Also dachte er nicht, dass er zumindest ohne den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers handeln würde, hatte daher nicht den Vorsatz, den Gewahrsamswechsel im Wege eines Bruches herbeizuführen. Also hatte er keinen Vorsatz, die Kette jemandem wegzunehmen. Der subjektive Tatbestand ist foglich nicht erfüllt.

Hinweis 6: Wer dies nicht bemerkt, muss das Delikt trotzdem im subjektiven Tatbestand scheitern lassen. Es fehlt hier bereits am Vorsatz dauerhafter Enteignung im Rahmen der Absicht rechtswidriger Zueignung,[17] da M die Kette ja gerade der vermeintlichen Eigentümerin bringen will. Wer den subjektiven Tatbestand erst in diesem Punkt ablehnt, hat leider gleichwohl nicht genau genug geprüft, dies ist ein Fehler. Ein Bejahen des subjektiven Tatbestands ist demgegenüber ein grober Fehler!

2. Ergebnis

M hat sich nicht wegen Diebstahls nach § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. § 246 Abs. 1 StGB

Durch dieselbe Handlung könnte sich M wegen Unterschlagung nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Die Uhrenkette war eine für M fremde, bewegliche Sache. Diese müsste M sich oder einem anderen zugeeignet haben. Zueignung ist die zweifelsfreie Manifestation des Zueignungswillens.[18]

Hinweis 7: Dieser Ansatz der h.M., der das eigentlich objektive Merkmal der Zueignung vom subjektiven Zueignungswillen abhängig macht, führt hier zu einem etwas veränderten Prüfungsaufbau, der die strikte Trennung zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand aufgibt.[19] Allerdings ist es ebenso vertretbar, an dieser Trennung festzuhalten und den Zueignungswillen erst im subjektiven Tatbestand zu prüfen.[20] Ein solcher Aufbau liegt jedenfalls dann näher, wenn man einer der ebenfalls vertretenen objektiven Zueignungstheorien folgt, auf die die Bearbeiter an dieser Stelle aber nicht eingehen müssen.[21] Wer allerdings den Streit[22] zwischen der engen Manifestationstheorie (die den objektiv eindeutigen Rückschluss auf den Zueignungswillen aus dem Verhalten fordert) und der weiten Manifestationstheorie (die den Schluss auf den Zueignungswillen bei dessen Kenntnis ausreichen lässt) anspricht, zeigt überdurchschnittliche Kenntnisse des Unterschlagungstatbestandes.

Zunächst müsste M mit Zueignungswillen gehandelt haben. Dies ist der Vorsatz dauerhafter Enteignung und der Vorsatz zumindest zeitweiliger Aneignung.[23] M wollte die Uhrenkette A als der vermeintlichen Eigentümerin zurückbringen. Er hatte somit gerade nicht den Vorsatz, A dauerhaft aus ihrer Position zu verdrängen. Somit hatte er nicht den Vorsatz dauerhafter Enteignung. Folglich handelte er nicht mit Zueignungswillen, somit hat er sich oder einem Dritten die Kette nicht zugeeignet. Also ist der Tatbestand nicht erfüllt.

2. Ergebnis

M hat sich nicht wegen Unterschlagung nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

III. Ergebnis

M hat sich nicht strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit der A

I. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber M und zu Lasten B

Hinweis 8: Es ist nicht zwingend, mit dem Betrug zu beginnen. Das Problem des Dreiecksbetrugs kann auch im Rahmen der Prüfung eines Diebstahls in mittelbarer Täterschaft angesprochen werden, dann im Merkmal des Gewahrsamsbruches (vgl. Hinweis 14).[24]

Indem A den M bat, ihr die Uhrenkette zu holen, könnte sie sich des Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber M und zu Lasten B strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste A den M getäuscht haben. Dazu müsste sie auf das Vorstellungsbild des M in Bezug auf Tatsachen[25] bewusst irreführend eingewirkt haben.[26] Indem sie ihn bat,

[17] Vgl. zu den Komponenten der Zueignungsabsicht *Rengier* (Fn. 6), § 2 Rn. 89; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 16), Rn. 150 ff.

[18] Ganz h.M., auf die sich die Prüfung beschränken kann, vgl. *Rengier* (Fn. 6), § 5 Rn. 23 f.; *Joecks/Jäger* (Fn. 1), § 246 Rn. 17.

[19] Ebenso *Rengier* (Fn. 6), § 5 Rn. 5 ff.

[20] Aufbauhinweise hierzu finden sich bei *Rengier* (Fn. 6), § 5 Rn. 7 f., mit weiteren Hinweisen und Quellen.

[21] Vgl. dazu den knappen Überblick bei *Rengier* (Fn. 6), § 5 Rn. 20 ff.

[22] Zum Ganzen ausführlich bei *Kindhäuser* (Fn. 2), § 246 Rn. 11 und 12; *Wittig* (Fn. 1), § 246 Rn. 4 f.; *Schmidt* (Fn. 1), § 246 Rn. 5; *Fischer* (Fn. 11), § 246 Rn. 6 ff.

[23] *Rengier* (Fn. 6), § 5 Rn. 16 ff.; *Joecks/Jäger* (Fn. 1), § 246 Rn. 27.

[24] Ebenso *Rengier* (Fn. 6), § 2 Rn. 64, der allerdings ebenfalls vorzieht, mit der Betrugsprüfung zu beginnen.

[25] Zum Tatsachenbezug des Betruges *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 4 ff.; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 16), Rn. 485 ff.

[26] *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 263 Rn. 11; *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 9 ff.; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 16),

ihre Uhrenkette zu holen, den sie auf dem Tresen liegen gelassen habe, behauptete sie implizit, die Uhrenkette stehe in ihrem Eigentum. Tatsächlich stand er aber im Eigentum der B. Also wirkte sie auf das Vorstellungsbild des M bewusst irreführend ein und täuschte ihn somit.

Dies glaubte M, hatte demzufolge eine Fehlvorstellung (im Vergleich zur Wirklichkeit) über Tatsachen und irrte sich demzufolge entsprechend.[27]

Infolgedessen müsste er über Vermögen verfügt haben.[28] Er nahm die Kette vom Tresen und brachte und übergab sie A. Insoweit verfügte er über Vermögen, allerdings nicht über sein Vermögen, sondern über Vermögen von B. Unter welchen Voraussetzungen dieses Verhalten der B wie eine eigene Vermögensverfügung zuzurechnen[29] ist, ist indessen umstritten.

Die Befugnistheorie (auch Ermächtigungstheorie) nimmt eine solche Zurechnung nur vor, wenn der Verfügende zivilrechtlich zur Verfügung befugt ist.[30] Daran fehlte es hier, sodass nach dieser Ansicht das Verhalten des M nicht der B als Vermögensverfügung zuzurechnen ist. Dabei hilft auch die subjektive Befugnistheorie mangels Verfügungsbefugnis nicht weiter.[31]

Nach der Lagertheorie reicht es aus, wenn der Handelnde auf der Seite („im Lager“) des Vermögensinhabers steht (und nicht auf der Seite des Täters).[32] M ist aber für B ein ebenso fremder Dritter wie A. Mangels irgendwelcher rechtlicher oder faktischen Nähebeziehungen steht M daher nicht im Lager der B, sondern in dem Geschehen um die Uhrenkette auf Seite der A. Somit ist auch nach dieser Ansicht das Verhalten des M nicht der B als Vermögensverfügung zuzurechnen.

Die ähnliche Theorie der faktischen Nähe lässt es für eine Zurechnung ausreichen, dass der Handelnde in einer (im Verhältnis zum Täter) Nähebeziehung zum Vermögensgegenstand stand, indem er auf diesen bereits vor der Tat eine bessere Einwirkungsmöglichkeit hatte als der Täter und zudem eine gewisse Nähebeziehung zum Vermögensinhaber aufweist.[33] Mangels Nähbeziehung zu B und zur Kette steht M der Kette jedoch nicht „näher“ als A. Dass M als jüngerer Mensch agiler als A ist, spielt für die „Nähe“ zur Kette keine Rolle. Somit hatte M insbesondere keine qualitativ bessere Möglichkeit als A, auf die Kette einzuwirken, als A ihn darum bat, die Kette zu holen. Somit ist auch nach dieser Ansicht das Verhalten des M nicht der B als Vermögensverfügung zuzurechnen.

Alle Meinungen kommen zum gleichen Ergebnis, sodass der Streit nicht entschieden werden muss.

Das Verhalten ist dem Vermögensinhaber nicht zuzurechnen, insoweit liegt keine betrugsrelevante Vermögensverfügung vor.

Somit ist der objektive Tatbestand nicht erfüllt.

b) Zwischenergebnis

Der Tatbestand ist somit nicht erfüllt.

2. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber M und zu Lasten B strafbar gemacht.

II. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB

Durch dieselbe Handlung könnte sich A aber wegen Diebstahls in mittelbarer Täterschaft nach §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Die Uhrenkette, eine bewegliche Sache, stand im Eigentum allein der B, also im Eigentum eines anderen als A, war also für A fremd.

Diese müsste A weggenommen haben. Vor der Handlung der A hatte B (gelockerten) Gewahrsam an der Kette und danach M (vgl. *Hinweis 4* und *Hinweis 5*), sodass ein für A fremder Gewahrsam zu dieser Zeit bestand. Als A die Kette von M entgegennahm, begründete sie die eigene tatsächliche Sachherrschaft, die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragen war, sodass auch die Verkehrsanschauung ihr den Gewahrsam zusprach. A begründete folglich neuen Gewahrsam. Dieser Gewahrsamswechsel vollzog sich jedoch mit Einverständnis des vorherigen Gewahrsamsinhabers M, also nicht ohne den Willen des vorherigen Gewahrsamsinhabers, also nicht im Wege eines Bruches.

Allerdings könnte bereits die Gewahrsamsneubegründung durch M der A wie eine eigene Gewahrsamsneubegründung über § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB zuzurechnen sein.[34]

> *Hinweis 9*: Eine Prüfung der Voraussetzung der mittelbaren Täterschaft sollte an der konkreten Tathandlung ansetzen, die der Täter selbst nicht verwirklicht, sodass über eine Handlungszurechnung eines anderen (des potenziellen Tatmittlers) nachgedacht wird.

M hat eine zurechenbare Gewahrsamsneubegründung als Gewahrsamswechsel von B zu M vorgenommen (siehe oben). Dabei handelte M aber subjektiv ohne den für die Diebstahlsstrafbarkeit nötigen Vorsatz des Bruches fremden Gewahr-

Rn. 485 ff.

[27] Vgl. zur Definition *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 40.

[28] *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 61.

[29] Auf die Fragestellung nach einem Zurechnungszusammenhang verweist auch *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 94.

[30] *Roxin/Schünemann*, JuS 1969, 374; *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 358 ff.

[31] *Hefendehl* (Fn. 30), § 263 Rn. 361; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 263 Rn. 217.

[32] *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 103; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 16), Rn. 645, *Saliger*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 1), § 263 Rn. 134.

[33] Vgl. RGSt 25, 244 (247); BGHSt 18, 221 (221); *Joecks/Jäger* (Fn. 1), § 263 Rn. 91.

[34] Zur Funktion des § 25 StGB, fremdes Verhalten wie eigenes zuzurechnen, *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 25 Rn. 8.

sams. Folglich bestand bei M ein Strafbarkeitsdefizit, also ein „Defekt“.[35] Dieser beruhte auf einem Irrtum, den A durch ihre Täuschung hervorrief.

Hinweis 10: Hier kann man auf die Ergebnisse der Betrugsprüfung verweisen.

Fraglich ist, ob dies ein täterschaftliches Ausnutzen des Defektes ist oder eine bloße Teilnahme an der Handlung des M, sodass eine Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme erforderlich ist.[36]

Hinweis 11: Die Abgrenzung wird bisweilen pauschal zu Beginn des Tatbestands vorgenommen. Das ist zumindest ungenau, die Abgrenzung ist besser in Bezug auf die konkrete Tathandlung vorzunehmen. Es war nicht notwendig, auf die Abgrenzung detailliert einzugehen. Zumindest eine schlüssige Feststellung, dass A täterschaftlich durch M handelte und nicht lediglich an der Tat des M teilnahm, sollte aber erfolgen.

Die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme ist indes zwischen Literatur und Rechtsprechung umstritten.

Nach der in der Literatur vorherrschenden Tatherrschaftslehre ist Täter, wer das Geschehen herrschend in Händen hält, es nach seinem Willen hemmen oder ablaufen lassen kann.[37] Allein A überblickte den Sachverhalt und wusste um die tatsächlichen Verhältnisse, also hielt A vermittels überlegenen Wissens das Geschehen lenkend in den Händen und konnte durch das Gespräch mit M das Geschehen hemmen oder – wie in diesem Fall – ablaufen lassen. Somit hatte A Tatherrschaft kraft überlegenen Wissens, nach dieser Meinung war A also Täterin.

Hinweis 12: Ein anderes Ergebnis ist hier nicht vertretbar.

Die Rechtsprechung grenzt die Täterschaft von der Teilnahme zwar auf Grundlage einer modifizierten subjektiven Theorie voneinander ab, stellt aber für die Abgrenzung zwischen mittelbarer Täterschaft und Teilnahme heute ganz maßgeblich auf die Tatherrschaft ab, ohne noch wesentlich auf eine subjektive Einkleidung abzustellen,[38] sodass sich aus Sicht der Rechtsprechung nichts anderes ergibt, A also Täterin war.

Hinweis 13: Da die Rechtsprechung hier keinen wesentlich anderen Ansatz verfolgt, genügt eine solche kurze Darstellung ein anderes Ergebnis ist hier nicht vertretbar.

Der Streit wirkte sich hier also nicht aus. A hat folglich den Defekt täterschaftlich ausgenutzt. Somit wird ihr die Gewahrsamsneubegründung durch M wie eine eigene Handlung zugerechnet.

Dies geschah ohne Willen der vorherigen Gewahrsamsinhaberin B, also im Wege eines Bruches.

Hinweis 14: Dieses Merkmal wird an dieser Stelle wie ein Umstand geprüft. Es wird hier daher nicht der Bruch durch M der A zugerechnet, sondern geprüft, ob aus Sicht der A der Wechsel ein Bruch war. Wer demgegenüber den Bruch des M zurechnet, prüft auch noch vertretbar. Wer mit der Prüfung des Diebstahls in mittelbarer Täterschaft begonnen hat, muss an dieser Stelle die Abgrenzung zum Dreiecksbetrug eingehen und die Frage aufwerfen, ob sich B nicht das Verhalten des M als eigenes tatbestandsausschließendes Einverständnis zurechnen lassen muss, wobei dabei dann auf die unterschiedlichen Meinungen einzugehen ist, vgl. dazu auch *Hinweis 8*.

Folglich hat A die Kette (zurechenbar) weggenommen.

Der objektive Tatbestand ist folglich erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

A müsste zunächst mit Vorsatz gehandelt haben. A wusste, dass der Kette eine für sie fremde, bewegliche Sache war. Sie wusste, dass sie diese zurechenbar durch M wegnehmen würde. Das wollte sie auch. Somit handelte sie mit Vorsatz.

Zudem müsste A in der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt haben.

Hinweis 15: Dieses Merkmal sollte – wie schon oben die Gewahrsamsfragen, vgl. *Hinweise 4 und 5* – durch saubere Subsumtion der Teilmerkmale geprüft werden. Eine pauschale Feststellung ist zumindest bei der ersten Prüfung der Absicht rechtswidriger Zueignung in der Klausur keine überzeugende Leistung.

Dies setzt zunächst die Absicht zumindest zeitweiliger Aneignung voraus.[39] Dazu müsste es das Ziel des Handelns der A (dolus directus 1. Grades) gewesen sein, mit der Uhrenkette wie ein Eigentümer zu verfahren.[40] A strebte an, die Kette später mit ihrer Uhr zu verbinden, zu behalten und in diesem Sinne zu nutzen, also wie ein Eigentümer damit zu verfahren. Also hatte sie die Absicht zeitweiliger Aneignung.

Zudem müsste sie mit dem Vorsatz dauerhafter Enteignung

[35] Zu dieser Voraussetzung mittelbarer Täterschaft *Heine/Weißer* (Fn. 34), § 25 Rn. 6, die allerdings auch für Fälle des vollverantwortlich handelnden Vordermanns eine mittelbare Täterschaft diskutieren („Täter hinter dem Täter“); *Kudlich*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 1), § 25 Rn. 20.

[36] Zur Eingliederung des Streits an dieser Stelle im Aufbau *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 14), Rn. 518a.

[37] *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 14), Rn. 512, 518; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 6. Aufl. 2021, § 27 Rn. 8 f.

[38] BGHSt 35, 347 (351); ähnlich auch *Fischer* (Fn. 11), § 25 Rn. 4; vgl. die Analyse von *Joecks/Scheinfeld*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 25 Rn. 23; *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van-Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 25 Rn. 27.

[39] *Rengier* (Fn. 6), § 2 Rn. 89 und 91; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 16), Rn. 151.

[40] Vgl. *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 242 Rn. 47: Anmaßung einer eigentümerähnlichen Herrschaftsmacht; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 16), Rn. 150.

gehandelt haben.[41] Sie hatte nicht den Willen, die Kette zurückzugeben oder an B zurückgelangen zu lassen. Deshalb nahm sie zumindest billigend in Kauf, dass B diese Uhrenkette niemals zurückerhalten könnte. Also handelte sie mit dem Vorsatz bezüglich einer dauerhaften Enteignung der B.

Für diese erstrebte Zueignung stand A kein fälliger und einredefreier Anspruch zur Seite, sodass diese rechtswidrig war.[42] Dies war A auch bewusst, somit hatte sie zudem den entsprechenden Vorsatz.[43]

Mithin handelte A in der Absicht rechtswidriger Zueignung.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Strafantragserfordernis

Gem. § 248a StGB ist beim Diebstahl geringwertiger Sachen für die Verfolgbarkeit grundsätzlich ein Strafantrag erforderlich. Die Uhrenkette ist etwa 10 € wert, also bereits nach der engsten Ansicht, die die Wertgrenze bei 25 € zieht,[44] und somit auch nach allen anderen Ansichten[45] geringwertig. Der somit erforderliche Strafantrag wurde gestellt.

> *Hinweis 16*: Die Geringwertigkeit nur festzustellen, ohne auf irgendeine Wertgrenze einzugehen, ist zu knapp, um zu überzeugen.

4. Ergebnis

A hat sich somit wegen Diebstahls in mittelbarer Täterschaft nach §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht.

III. §§ 246 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB

Indem A die Kette der B durch M (zurechenbar im Wege der mittelbaren Täterschaft) in der Absicht rechtswidriger Zueignung weggenommen hat (vgl. unter B. II. 1.), hat sie zugleich eine Unterschlagung in mittelbarer Täterschaft nach §§ 246 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB begangen.

> *Hinweis 17*: Hier reicht eine Feststellung, da jeder Diebstahl in mittelbarer Täterschaft auch eine Unterschlagung in mittelbarer Täterschaft enthält. Diese kann auch im Rahmen des Ergebnisses dieses Tatkomplexes bzw. im Rahmen der Überlegung zu den Konkurrenzen erfolgen.

IV. § 246 Abs. 1 StGB

Durch das spätere Entgegennehmen der Kette könnte sich A wegen Unterschlagung nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, allerdings ist diese (gemessen an der oben unter III. vorausgesetzten Zueignung in mittelbarer Täterschaft) nochmalige Zueignung nach zutreffender Ansicht schon tatbestandlich ausgeschlossen.[46]

> *Hinweis 18*: Diese Handlung trifft zeitlich nah mit der anderen Tathandlung, die aber schon den Diebstahl in mittelbarer Täterschaft begründet, zusammen. Genau genommen muss man aber diese beiden Tathandlungen trennen, weil nur so die Problematik der wiederholenden Zueignung Sinn ergibt. Daher stellt sich hier die Frage, ob man sich eine Sache erneut zueignen kann. Nach der Konkurrenzlösung ist die möglich.[47] Diese Sichtweise ist vertretbar, dann tritt aber auch diese Unterschlagung als mitbestrafte Nachtat hinter den Diebstahl in mittelbarer Täterschaft zurück. Dagegen ist für die auf die objektive Zueignung abstellende Tatbestandslösung eine erneute Zueignung unmöglich.[48]

V. Ergebnis

Die Strafbarkeit wegen Unterschlagung in mittelbarer Täterschaft tritt wegen der gesetzlich angeordneten Subsidiarität hinter die Strafbarkeit wegen Diebstahls in mittelbarer Täterschaft zurück.

Tatkomplex 2: „Aufheben des Pfandbons“

A. Strafbarkeit der A

I. § 242 Abs. 1 StGB

Durch Aufheben des Bons könnte sich A wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

> *Hinweis 19*: Aufheben und Einlösen bilden schon aufgrund der räumlichen und zeitlichen Distanz keinen einheitlicher Lebensvorgang und daher auch keine natürliche Handlungseinheit. Zwischen beiden Handlungen musste sauber unterschieden werden.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Der Bon, eine bewegliche Sache, stand im Eigentum des M, also zumindest auch im Eigentum eines anderen als A,[49] war

[41] *Rengier* (Fn. 6), § 2 Rn. 89; zum Erfordernis von bloßem Eventualvorsatz *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 242 Rn. 64.
[42] Zur Definition *Rengier* (Fn. 6), § 2 Rn. 187; *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 242 Rn. 59.
[43] Zum Vorsatzerfordernis *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 242 Rn. 65; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 16), Rn. 203.
[44] BGH, Beschl. v. 9.7.2014 – 2 StR 176/04 = BeckRS 2004, 07428.
[45] Etwa *Rengier* (Fn. 6), § 3 Rn. 40; *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 9. Aufl. 2017, § 248a Rn. 9, für 50 €. Demgegenüber für 30 € OLG Oldenburg NStZ-RR 2005, 111.
[46] Für einen Tatbestandsausschluss etwa BGHSt 14, 38 (43 ff.); dem zustimmend *Rengier* (Fn. 6), § 5 Rn. 51 f. m.w.N.
[47] Für eine Konkurrenzregelung etwa *Bosch*, in Schönke/Schröder (Fn. 1), § 246 Rn. 19; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 16), Rn. 328 ff.
[48] Zum Ganzen ausführlich bei *Hohmann* (Fn. 2), § 246 Rn. 41 ff.; *Wittig* (Fn. 1), § 246 Rn. 8 und 8.1; *Bosch* (Fn. 47), § 246 Rn. 19; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 246 Rn. 37 ff.
[49] *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 242 Rn. 12; *Wittig* (Fn. 1), § 242 Rn. 6; *Schmidt* (Fn. 1), § 242 Rn. 7; *Joecks/Jäger* (Fn. 1), § 242 Rn. 9.

also für A fremd.

Diesen müsste A weggenommen haben. Zur Definition der Wegnahme s.o.[50]

Zunächst müsste eine andere Person als A Gewahrsamsinhaber des Pfandbons gewesen sein.[51] Zur Definition des Gewahrsams s.o.[52] Jedenfalls bis zum Herausfallen aus der Tasche übte M die Sachherrschaft aus. Danach aber hatte er keine Möglichkeit mehr, auf den Bon zuzugreifen. Somit ist schon die tatsächliche Sachherrschaft fraglich. Hinzu kommt, dass M den Bon unbemerkt verlor. Er wusste also nicht, wo sich der Bon befand. Daher findet sein Herrschaftswille kein Ziel mehr. Auch die Verkehrsanschauung geht in einem solchen Fall des Verlierens davon aus, dass die Sache gewahrsamslos geworden ist. Somit fehlte es am Gewahrsam einer anderen Person.

Hinweis 20: Bezüglich des fremden Gewahrsams ist auch hier auf eine sorgfältige Subsumtion zu achten. Mit der Definition (die stimmen sollte) muss gearbeitet werden. Es ist also unter die einzelnen Teile erkennbar zu subsumieren. Allerdings ist es nicht zu beanstanden, gleich die relevanten Gesichtspunkte zu nennen, die gegen Gewahrsam sprechen. Insbesondere ist es vertretbar, mit Verweis auf den fehlenden Herrschaftswillen Gewahrsam abzulehnen – fehlt ein Merkmal, dann lässt sich schon aus diesem Grund fremder Gewahrsam vertretbar ablehnen. Die bloße Feststellung, verlorene Sachen seien gewahrsamslos, genügt aber demgemäß nicht.

Somit hat A den Bon nicht weggenommen.

b) Zwischenergebnis

Der Tatbestand ist nicht erfüllt.

2. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. § 246 Abs. 1 StGB

Durch dieselbe Handlung könnte sich A wegen Unterschlagung nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Der Bon war eine für A fremde, bewegliche Sache. Diesen müsste sich A zugeeignet haben. Zur Definition der Zueignung s.o.[53]

A hatte den Willen, den Bon wie ein Eigentümer einzulösen, also den Vorsatz zumindest zeitweiliger Aneignung. Außerdem nahm sie dabei zumindest billigend in Kauf, dass M den Bon niemals zurückerhalten könnte, hatte also auch Vorsatz dauerhafter Enteignung und somit Zueignungswillen.[54] Allerdings würde auch ein redlicher Finder den Bon ergreifen und aufheben. Dieses Verhalten kommuniziert also den Zueignungswillen nicht zweifelsfrei. Insoweit hat sich dieser nicht zweifelsfrei manifestiert, sodass es an einer Zueignung fehlt.

Hinweis 21: Fehlerhaft wäre es, mit dem hier zugrunde gelegten Manifestationsverständnis die Zueignung zu bejahen.

2. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Unterschlagung nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Hinweis 22: Die Bearbeiter könnte hier noch kurz auf einen versuchten Diebstahl und eine versuchte Unterschlagung eingehen. Der versuchte Diebstahl muss hier dann allerdings am fehlenden Gewahrsam des M scheitern, da sich A genau das reale Geschehen vorstellte.[55] Die versuchte Unterschlagung scheitert am unmittelbaren Ansetzen, da A noch mehrere Zwischenschritte bestreiten muss, um sich den Geldwert anzueignen, so muss sie noch in den Laden gehen, den Bon in das Lesegerät einstecken und ihre Karte in das Gerät führen.[56]

B. Gesamtergebnis

A hat sich nicht strafbar gemacht.

Tatkomplex 3: „Einlösen des Pfandbons“

A. Strafbarkeit der A

I. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB

Indem A den Bon in die Selbstbedienungskasse einführte, könnte sie sich wegen Computerbetrugs gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht haben.

Hinweis 23: Da hier erkennbar keine Kommunikation mit einem Menschen stattfand, lohnte es nicht, zuvor noch Betrug oder versuchten Betrug zu prüfen. Es ist aber sicherlich auch nicht falsch, das vorab kurz anzusprechen. Die Auszahlung des Bons erfolgte hier durch Überweisung auf das Konto der A, damit nicht noch etwaige Eigentumsdelikte in Bezug auf etwaiges ausgegebenes Bargeld geprüft werden mussten und der Fokus eindeutig auf den Computerbetrug gelenkt wurde. Dieses Delikt ist komplex, daher ist eine solche Prüfung immer als schwierig einzustufen. Gleichwohl sollte erkannt werden, dass dieses Delikt hier zu prüfen war. Es genügt jedoch, hier verständig mit den Tatbestandsmerkmalen umzugehen und nachvollziehbar die Ergebnisse zu begründen!

[50] Vgl. oben im 1. Tatkomplex unter A. I. 1. a).
[51] Vgl. auch *Eser/Bosch* (Fn.1), § 242 Rn. 32.
[52] Vgl. oben im 1. Tatkomplex unter A. I. 1. a).
[53] Vgl. oben im 1. Tatkomplex unter A. II. 1.
[54] Vgl. dazu *Rengier* (Fn. 6), § 5 Rn. 16 ff.; *Joecks/Jäger* (Fn. 1), § 246 Rn. 27.
[55] *Rengier* (Fn. 6), § 2 Rn. 23 ff.; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 16), Rn. 82 ff.
[56] *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 22 Rn. 37 f.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Daten sind alle codierten und codierbaren Informationen unabhängig vom Verarbeitungsgrad.[57] Der Strichcode auf dem Pfandbon codiert den Pfandbetrag, somit handelt es sich um Daten.

Diese Daten müssten verarbeitet worden sein. Datenverarbeitung meint elektrische und technische Vorgänge, die darin bestehen, dass ein Programm diese Daten durch eine Eingabe aufnimmt und mittels Arbeitsbefehlen, die in der Datenverarbeitungsanlage hinterlegt sind, damit Arbeitsergebnisse erzielt.[58] Die Automatenkasse scannt den Strichode, nimmt also die Daten auf, decodiert den darin gespeicherten Betrag und gibt Münzen in entsprechender Summe und Stückelung aus, erzielt also aus den Daten Arbeitsergebnisse. Also werden die Daten verarbeitet.

> *Hinweis 24*: Es genügte, die Merkmale „Daten“ und „Datenverarbeitung“ ohne Definition lediglich nachvollziehbar aus dem Sachverhalt abzuleiten. Auch eine Feststellung ist noch vertretbar. Das Merkmal „Datenverarbeitung“ kann auch zunächst zurückgestellt und sogleich die Var. 3 (unbefugte Verwendung der Daten) geprüft werden.

Diese Daten müsste A unbefugt verwendet haben. Durch das Einspeisen in den Datenverarbeitungsvorgang hat sie die Daten verwendet. Umstritten ist allerdings, unter welchen Voraussetzungen eine Verwendung unbefugt erfolgt.

> *Hinweis 25*: Das ist ein Standard-Streit dieses Delikts, der gleichwohl schwierig und hier in eine atypischen Fallgestaltung (der Bon ist ein „kleines Inhaberpapier“ gem. § 807 BGB und daher quasi wie Bargeld zu behandeln, der Inhaber ist als Berechtigter anzusehen) eingekleidet ist. Wichtiger als die genaue Kenntnis der Ansichten ist hier Problembewusstsein.

Nach der subjektivierenden Auslegung ist eine Verwendung unbefugt, die dem Willen (tatsächlich oder mutmaßlich) der Person widerspricht, die die Berechtigung in Bezug auf die Daten hat, wobei dies die Person umfasst, die die Datenverarbeitungsanlage betreibt, aber auch die Person, die eine Verfügungsberechtigung in Bezug auf die Daten selbst hat.[59] Verfügungsberechtigt über den auf dem Pfandbon codierten Betrag war M, dieser war mit einer Verwendung durch A mutmaßlich nicht einverstanden. Somit verwendete sie die Daten nach dieser Auslegung unbefugt.

Nach der computerspezifischen Auslegung ist eine Verwendung unbefugt, wenn sich ein der Verwendung entgegenstehender Wille des Betreibers der Anlage in der Programmgestaltung niedergeschlagen hat, sodass dieses die Berechtigung überprüft.[60] Die Automatenkasse reagiert aber auf das Einführen des Bons, ohne dass eine Berechtigung seitens des Programms, darüber zu verfügen, überprüft wird. Die Erfassung der EC-Karte dient nicht der Überprüfung einer Berechtigung, sondern lediglich dazu, die Auszahlung zu ermöglichen. Somit hat sich in der Programmgestaltung aber nicht ein Wille des Betreibers der Anlage niedergeschlagen, die Berechtigung zu überprüfen. Nach dieser Ansicht verwendete A die Daten also befugt.

> *Hinweis 26*: Zu dieser Auslegung werden noch engere Sichtweisen vertreten, die ein Unbefugtsein unter noch strengeren Anforderungen annehmen, somit aber hier zum gleichen Ergebnis gelangen. So wird etwa teilweise eine irreguläre Einwirkung auf die Datenverarbeitung, etwa in Form einer Datenmanipulation, verlangt.[61] Daran fehlt es hier aber erst recht. Auf diese engeren Ansichten braucht aber nicht eingegangen zu werden.

Nach der betrugsspezifischen Auslegung erfolgt die Verwendung unbefugt, wenn sie als Täuschung zu werten sein würde, wenn man den Computer durch einen Menschen ersetzen würde.[62] Der Pfandbon ist allerdings wie ein Inhaberpapier konzipiert (vgl. § 807 BGB), sodass der Inhaber berechtigt ist, die Auszahlung zu verlangen.[63] Somit würde ein Mensch nur den codierten Betrag überprüfen und über die Berechtigung nicht weiter nachdenken. Folglich würde A über die Berechtigung nicht täuschen bzw. der Mensch sich darüber nicht irren. Also verwendet A auch nach der betrugsspezifischen Auslegung die Daten befugt.

> *Hinweis 27*: Das ist dem Charakter des Bons als Inhaberpapier geschuldet, das insoweit wie Bargeld funktioniert. Wer mit gestohlenem Bargeld bezahlt, täuscht auch nicht über die Berechtigung hierüber. Deshalb war es hier nicht notwendig, auf die verschiedenen Spielarten, die innerhalb dieser Auslegung diskutiert werden (umfassende Würdigung der Gesamtsituation durch den fiktiven Menschen oder weitgehende Beschränkung auf die Prüfung der eingegebenen Daten?), weiter einzugehen.[64]

Die Ansichten gelangen zu verschiedenen Ergebnissen, sodass ein Streitentscheid erforderlich ist. Die subjektivierende Auslegung führt dazu, dass die Strafbarkeit deutlich im Vergleich zur Betrugsstrafbarkeit ausgedehnt wird. § 263a StGB

---

[57] *Rengier* (Fn. 6), § 14 Rn. 4; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 16), Rn. 605.

[58] *Rengier* (Fn. 6), § 14 Rn. 4.

[59] Vgl. BayObLG JR 1994, 289 (291); *Popp*, JuS 2011, 292; *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 3. Aufl. 2015, S. 395 ff.

[60] Vgl. *Achenbach*, JR 1994, 295.

[61] Vgl. dazu *Neumann*, JuS 1990, 537; Überblick zu den Unteransichten bei *Rengier* (Fn. 6), § 14 Rn. 19 f.

[62] BGH StV 2004, 684 (685); *Rengier* (Fn. 6), § 14 Rn. 19 f. m.w.N.

[63] Vgl. dazu auch *Rengier* (Fn. 6), § 14 Rn. 24, mit einer auf der Grundlage der betrugsspezifischen Auslegung gelösten ganz ähnlichen Fallvariante eines Online-Gutscheins, der an den falschen Adressaten gelangte und von diesem eingelöst wird; vgl. auch *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 16), Rn. 613.

[64] Mehr dazu bei *Rengier* (Fn. 6), § 14 Rn. 22 ff.; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 16), Rn. 613.

hat aber die Funktion, lediglich den Umstand zu kompensieren, dass ein Mensch durch einen Computer ersetzt wurde, weshalb die Betrugsstrafbarkeit mangels Täuschungsadressat hier nicht ansetzen kann.[65] Würde man der subjektiven Auslegung folgen, würde dieser Zweck konterkariert und das Delikt letztlich so weit aushöhlt, dass schon jeder vertragswidrige Gebrauch eines elektronischen Geräts erfasst werden könnte.[66] Deshalb ist diese Ansicht abzulehnen.

Die anderen Ansichten gelangen indes zu demselben Ergebnis, sodass eine weitere Streitentscheidung nicht erforderlich ist. A verwendete die Daten nicht unbefugt.

> *Hinweis 27*: Selbstverständlich ist es vertretbar, der ersten Ansicht zu folgen, wenn insoweit überzeugend argumentiert wird. Dann geht das Delikt im Übrigen durch. Beim Vermögensschaden muss dann aber noch das Dreiecksverhältnis zwischen M, A und dem Automaten (bzw. dem Inhaber des „S"-Supermarkts als Betreiber) diskutiert werden, auf dem Boden der subjektivierenden Auslegung muss man dieses aber wohl so verstehen, dass sich M die „Verfügung" des Automaten (die Auszahlung auf das Konto) als schädigende Handlung zurechnen lassen muss. Auf diesen schwierigen Punkt musste aber nicht explizit eingegangen werden.

b) Zwischenergebnis

Der Tatbestand ist nicht erfüllt.

2. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Computerbetrugs nach § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht.

II. § 265a Abs. 1 StGB

Durch dieselbe Handlung könnte sich A aber wegen Erschleichen von Leistungen nach § 265a Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben. Allerdings ist die Buchung des Guthabens auf das Girokonto der A, die die Automatenkasse veranlasst, keine entgeltliche Leistung, sodass der allein auf entgeltliche Leistungen zugeschnittene Tatbestand des § 256a Abs. 1 StGB (wie auch die im subjektiven Tatbestand zu prüfende Absicht, das Entgelt nicht zu erbringen, verdeutlicht), auf diesen Vorgang keine Anwendung findet.[67] Auf den Streit, ob die Automatenkasse ein Leistungsautomat sein muss, kommt es hier daher nicht mehr an.[68] A hat sich nicht wegen Erschleichens von Leistungen nach § 265a Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht.

III. § 246 Abs. 1 StGB

Durch dieselbe Handlung könnte sich A aber wegen Unterschlagung nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Der Bon war eine für A fremde, bewegliche Sache. Diesen müsste sich A zugeeignet haben. Wie schon aufgezeigt, hatte sie einen Zueignungswillen. Dieser müsste sich zweifelsfrei manifestiert haben.[69] Die Einlösung des Bons führt zu dessen Einbehalt, in der Regel auch zu dessen Vernichtung bzw. Entwertung. Insoweit wird für jeden objektiven Beobachter durch das Einführen in den Automaten der Wille der A, sich den Bon zuzueignen, zweifelsfrei manifestiert. Somit hat A sich den Bon auch zugeeignet.

A hatte keinen fälligen, einredefreien Anspruch auf den Bon, sodass diese Zueignung rechtswidrig war. Zudem war sie sich bewusst, dass es sich um eine fremde, bewegliche Sache handelte, die sie sich rechtswidrig zueignete. Insoweit handelte sie auch mit (zumindest bedingtem) Vorsatz.

> *Hinweis 29*: Da „Sache", „fremd", „beweglich", „Rechtswidrigkeit der Zueignung" Umstände sind und keine Handlungen, genügt es für den in dieser Hinsicht zu prüfenden Vorsatz, ein kognitives Element festzustellen (also das Bewusstsein um diese Umstände. Das voluntative Element ist nur für Handlungen relevant, insoweit wurde das bereits mit dem oben geprüften Zueignungswillen als Vorsatz bezüglich der Tathandlung festgestellt. Es ist daher keinesfalls als Fehler zu bewerten, wenn an dieser Stelle hier ein Wille nicht explizit thematisiert wird.

Somit ist der Tatbestand erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Strafantragserfordernis

Gem. § 248a StGB ist bei der Unterschlagung geringwertiger Sachen für die Verfolgbarkeit grundsätzlich ein Strafantrag erforderlich. Der Pfandbon ist 1 € wert, also bereits nach der engsten Ansicht, die die Wertgrenze bei 25 € zieht,[70] und somit auch nach allen anderen Ansichten[71] geringwertig. Der somit erforderliche Strafantrag wurde gestellt.

4. Ergebnis

A hat sich somit wegen Unterschlagung nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

---

[65] *Rengier* (Fn. 6), § 14 Rn. 1; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 16), Rn. 601.

[66] Vgl. *Rengier* (Fn. 6), § 14 Rn. 16; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 16), Rn. 613.

[67] So schon für die Eingabe von fremdem Leergut in einen Pfandbonautomaten *Hellmann*, JuS 2001, 353 (356 f.), der m.w.N. als ungeschriebenes Merkmal auch des objektiven Tatbestands die Entgeltlichkeit der Leistung verlangt und dies deshalb für Pfandrückgabefälle generell verneint.

[68] Vgl. *Hellmann*, JuS 2001, 353 (356) m.w.N. zum Streit.

[69] Ganz h.M., auf die sich die Prüfung beschränken kann, vgl. *Rengier* (Fn. 6), § 5 Rn. 23 f.

[70] BGH, Beschl. v. 9.7.2014 – 2 StR 176/04 = BeckRS 2004, 07428.

[71] Etwa *Rengier* (Fn. 6), § 3 Rn. 40, für 50 €. Demgegenüber für 30 € OLG Oldenburg NStZ-RR 2005, 111; vgl. dazu auch *Hoyer* (Fn. 43), § 248a Rn. 9.

IV. § 123 Abs. 1 StGB

Durch das Betreten des Supermarktes „S“ könnte sich A auch wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Der Supermarkt „S“ ist ein Geschäftsraum, den A betreten hat. Eingedrungen ist A, wenn dies gegen den Willen des Berechtigten geschah.[72] Für Räume wie einem Supermarkt, die dem allgemeinen Publikumsverkehr offenstehen, wird für ein Eindringen allerdings überwiegend verlangt, dass das äußere Erscheinungsbild von dem abweicht, das durch die generelle Zutrittserlaubnis gedeckt ist.[73] A ließ äußerlich ihre deliktische Absicht aber nicht erkennen, somit wich ihr Erscheinungsbild nicht von dem durch die generelle Zutrittserlaubnis gedeckten ab. Die ältere Ansicht, die ein Eindringen bereits dann annimmt, wenn der Täter beim Betreten die Absicht verfolgt, eine Straftat zu begehen,[74] wird heute zu Recht ganz überwiegend abgelehnt, weil sich nicht sinnvoll differenzieren lässt zwischen Personen, die mit dem Willen den Raum betreten, Straftaten zu begehen, und Personen, die den Willen erst dort entwickeln.[75] A ist somit nicht eingedrungen.

Der Tatbestand ist nicht erfüllt.

2. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, indem sie den Supermarkt betrat.

B. Ergebnis

A hat sich wegen Unterschlagung nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

> *Hinweis 30*: Sollte der Computerbetrug ebenfalls bejaht worden sein, tritt die Unterschlagung wegen der ähnlichen Schutzrichtung (Vermögensdelikte) aufgrund der Subsidiaritätsklausel in § 246 Abs. 1 StGB dahinter zurück.[76]

Tatkomplex 4: „Abholen der Taschenuhr“

A. Strafbarkeit des M

I. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber B und zu Lasten A

Indem M der B gegenüber angab, A zu heißen, könnte er sich wegen Betruges nach § 263 Abs. 1 StGB gegenüber B und zu Lasten A strafbar gemacht haben.

Zwar wirkte M mittels einer falsche Tatsachenbehauptung auf das Vorstellungsbild der B bewusst irreführend ein, als er sagte, er heiße A. Insoweit täuschte er B. Allerdings durchschaute B den Schwindel. Also entwickelte sie keine Fehlvorstellung über Tatsachen, irrte somit nicht. Folglich ist der objektive Tatbestand nicht erfüllt, sodass sich M nicht wegen Betruges strafbar gemacht hat.

> *Hinweis 31*: Es ist sehr gut vertretbar, dies gar nicht zu prüfen, sondern gleich den Versuch zu prüfen. Dann sollte aber in der Vorprüfung konkret benannt werden, an welcher Stelle die Prüfung des vollendeten Delikts im objektiven Tatbestand scheitert.

II. §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB gegenüber B und zu Lasten A

Durch dieselbe Handlung könnte sich M aber wegen eines versuchten Betruges nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB gegenüber B und zu Lasten A strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Wie eben aufgezeigt, wurde der objektive Tatbestand des Betruges nicht erfüllt. Somit ist die Tat nicht vollendet. Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus §§ 23 Abs. 1 Var. 2, 12 Abs. 2, 263 Abs. 2 StGB.

2. Tatentschluss

Zunächst müsste M in der Vorstellung gehandelt haben, den objektiven Tatbestand eines Betruges zu verwirklichen.

M stellte sich vor, die Unwahrheit gegenüber B zu kommunizieren, als er angab, A zu heißen. Also war er sich bewusst, B zu täuschen. Dies wollte er auch.

Er stellte sich zudem vor, dass B ihm glauben und folglich irren würde.

Infolgedessen würde B ihm die von A zur Reparatur gebrachte Taschenuhr aushändigen und ihm somit den unmittelbaren Besitz an der Uhr verschaffen, nahm M an. Dadurch würde B den unmittelbaren Besitz, den sie als Werkunternehmer am Werkgegenstand auch berechtigt ausübt, verlieren. Somit stellte sich M ein Tun vor, dass sich unmittelbar vermögensmindernd auswirken würde.[77] Das nach h.M. für einen Sachbetrug notwendige Verfügungsbewusstsein[78] hat sich M bei B vorgestellt. Er stellte sich somit eine Vermögensverfügung vor.

---

[72] Vgl. *Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 123 Rn. 11; *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 45. Aufl. 2021, Rn. 559; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 23. Aufl. 2022, § 30 Rn. 8; vgl. *Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 8. Aufl. 2020, § 123 Rn. 22.

[73] *Wessels/Hettinger/Engländer* (Fn. 72), Rn. 596; *Rengier* (Fn. 72), § 30 Rn. 12; *Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 72), § 123 Rn. 21; *Sternberg-Lieben/Schittenhelm* (Fn. 72), § 123 Rn. 26; *Fischer* (Fn. 11), § 123 Rn. 17 f.

[74] So etwa noch *Buchetmann*, Die Abgrenzung der Verbrechensmerkmale nach Behlings Lehre vom Tatbestand veranschaulicht am Hausfriedensbruch, 1934, S.? 161; vgl. zum Ganzen auch die Kritik von *Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 72), § 123 Rn. 22.

[75] *Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 72), § 123 Rn. 22.

[76] Vgl. dazu Rengier (Fn. 6), § 5 Rn. 66 ff.; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 16), Rn. 307.

[77] Zur Definition *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 63; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 16), Rn. 515.

[78] Dazu ausführlich *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 64; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 16), Rn. 518 ff.

Hinweis 32: Dies kann auch viel knapper geprüft werden. Mit der Begründung, dass der Besitz für B von keinem nennenswerten Wert sein könnte, ist es auch gut vertretbar, die Dreieckskonstellation hier wieder beim Merkmal der Vermögensverfügung anzusprechen (vgl. *Hinweis 14*).

Er stellte sich vor, dass er B den Preis für die Reparatur bezahlen würde, sodass er keinen Vermögensschaden für B wollte.

Hinweis 33: Daran würde ein versuchter Betrug gegenüber und zu Lasten B scheitern, weshalb diese Prüfung hier übersprungen wurde. Dies konnte natürlich zuvor geprüft werden. Eine so kleinteilige Vorgehensweise wurde aber gar nicht erwartet.

Allerdings würde nach Vorstellung des M die A dadurch keine Möglichkeit mehr haben, die Taschenuhr zu erlangen. A würde somit in faktischer Hinsicht die Position, die ihr das Eigentumsrecht einräumt, verlieren. Somit stellte er sich einen Vermögensschaden für A vor, der durch die vorgestellte Vermögensverfügung bewirkt werden würde.

Allerdings müsste er sich auch eine Situation vorgestellt haben, in der der A das Verhalten der B und damit dieses Bewirken wie deren eigenes Verhalten zurechenbar ist. Die Anforderungen, die daran zu stellen sind, sind aber umstritten.

Hinweis 34: Wenn die Meinungen zuvor bereits dargestellt wurden, kann nun direkt unter sie subsumiert werden (verkürzte Darstellung des Streits im verkürzten Gutachtenstil)!

Zur Herausgabe der Taschenuhr an einen nichtbevollmächtigten Dritten war B nach der Vorstellung des M zivilrechtlich nicht befugt, insoweit würde sich M nach dieser Ansicht keine Situation vorstellen, in der A das Verhalten der B wie eigenes Verhalten zuzurechnen wäre. Somit hat M auf Grundlage der Befugnistheorie keinen Vorsatz, einen durch die Vermögensverfügung der B der A zurechenbaren Vermögensschaden herbeizuführen.

Nach der Vorstellung des M hat B aber eine vertragliche Beziehung zu A und auf dieser Grundlage berechtigten Besitz an der Uhr auf Grundlage des Werkvertrags. Somit stellt sich M ein rechtliches und tatsächliches Näheverhältnis vor, sodass nach dieser Vorstellung B im Lager der A steht. Somit hat M auf Grundlage der Lagertheorie den Vorsatz, einen durch die Vermögensverfügung der B der A zurechenbaren Vermögensschaden herbeizuführen.

Nach Vorstellung des M hatte B auch eine deutlich bessere Möglichkeit, auf die Taschenuhr zuzugreifen, als er selbst sie hatte. Aufgrund des Werkvertrags bestand zudem auch ein persönliches Näheverhältnis zwischen B und A. Auch auf Grundlage der Theorie der faktischen Nähe hat M also den Vorsatz, dass B durch die Vermögensverfügung einen der A zurechenbaren Schaden herbeiführt.

Hinweis 35: Andere Ergebnisse sind hier für die jeweiligen Meinungen wohl kaum vertretbar. Zum Streit selbst vgl. *Hinweis 13*.

Da die Meinungen zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, ist eine Streitentscheidung erforderlich. Die auf die faktische Nähe bzw. das Lager ausgerichteten Theorien orientieren sich an den faktischen Verhältnissen und somit an Kriterien, die auch für die übrigen Tatbestandsmerkmale des Betrugs übertragbar sind.[79] Deshalb gebührt dieser Theorie der Vorzug.

Hinweis 36: Natürlich ist auch die Befugnistheorie mit entsprechender Begründung sehr gut vertretbar. Dann ist an dieser Stelle die Prüfung abzubrechen und stattdessen ein versuchter Diebstahl in mittelbarer Täterschaft zu prüfen.

Hinweis 37: Wünschenswert wäre es, wenn hier sogar noch intensiver argumentiert wird. Unvertretbar und daher deutlich zu rügen ist es, wenn der Streit nicht entschieden bzw. ohne Argumentation entschieden wird. Dass man zur Straffreiheit käme, wenn man der Befugnistheorie folgen würde, ist zudem kein Argument, sondern eine Konsequenz dieser Ansichten. Auch eine derartige Argumentation, die nur auf ein Ergebnis abstellt, sollte daher vermieden werden. Sie überzeugt im Zweifel niemanden, vor allem nicht die Vertreter der Gegenansicht.

Nach dieser Ansicht hat sich M also einen Vermögensschaden der A vorgestellt. Er wollte einen solchen auch durch die Täuschung kausal verursachen, somit handelte M in der Vorstellung zur Verwirklichung des objektiven Tatbestands.

Weiterhin müsste M in der Absicht rechtswidriger Bereicherung gehandelt haben. M strebte (dolus directus 1. Grades) einen Vermögensvorteil an,[80] der stoffgleich zum vorgestellten Schaden bei A war.[81] Auf diesen hatte er – wie er auch wusste – keinen fälligen, einredefreien Anspruch,[82] sodass diese erstrebte Bereicherung rechtswidrig war und M diesbezüglich Vorsatz hatte.[83]

Mithin handelte M in der Absicht rechtswidriger Bereicherung.

Folglich ist auch der subjektive Tatbestand erfüllt.

[79] Ebenso *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 103; *Joecks/Jäger* (Fn. 1), § 263 Rn. 91 f.
[80] Zur Definition *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 237 f.; *Joecks/Jäger* (Fn. 1), § 263 Rn. 168 f.
[81] Zu den Einzelheiten *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 246; *Joecks/Jäger* (Fn. 1), § 263 Rn. 170.
[82] Zu dieser Definition für die Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 265; *Joecks/Jäger* (Fn. 1), § 263 Rn. 172.
[83] Zum Vorsatzerfordernis *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 268; *Joecks/Jäger* (Fn. 1), § 263 Rn. 173.

3. Unmittelbares Ansetzen

M sprach mit B, gab sich dabei als A aus und bat um die Herausgabe der Taschenuhr. Nach seiner Vorstellung musste B ihm nun nur noch Glauben Schenken und ihm die Uhr aushändigen. Somit hat M dadurch subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht-es-los!“ überschritten und es sind nach seiner Vorstellung keine wesentlichen Zwischenschritte mehr erforderlich, um den Tatbestand zu verwirklichen.[84] Also hat M unmittelbar angesetzt.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

M handelte rechtswidrig und schuldhaft.

5. Ergebnis

A hat sich somit wegen versuchten Betrugs nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB gegenüber B und zu Lasten A strafbar gemacht.

> *Hinweis 38*: Wer den Versuch vertretbar scheitern lässt, weil er der Befugnistheorie folgt, prüft im Anschluss einen versuchten Diebstahl in mittelbarer Täterschaft – also die gleiche Konstellation wie im 1. TK, allerdings nun im Versuch. Problematisch ist dabei aber der Wegnahmevorsatz. M weiß, dass sich die Taschenuhr zum Zwecke der Reparatur in Besitz und Gewahrsam der B befindet. Darüber herrscht – auch nach Vorstellung des M – B aber allein, deshalb hat B nach Vorstellung des M Alleingewahrsam an der Taschenuhr. Damit stellt sich M zwar fremden Gewahrsam vor und hat auch den Vorsatz, neuen Gewahrsam zu begründen, indem er sich die Uhr von B aushändigen lassen will. Allerdings würde dieser Gewahrsamswechsel nicht im Wege eines Bruchs erfolgen, weil B ja die Uhr an M nach dessen Vorstellung freiwillig und bereitwillig übergeben würde. Insoweit fehlt es klar am Vorsatz in Bezug auf einen Bruch. Selbst wenn man grundsätzlich die Konstruktion eines übergeordneten bzw. untergeordneten Gewahrsams für möglich hält,[85] muss man doch in einer Konstellation wie der vorliegenden einen Alleingewahrsam der B annehmen. A hat keinerlei faktische Möglichkeiten, auf die Uhr zuzugreifen, allein B hat Zugang zur Werkstatt. Insoweit unterscheidet sich der deutlich an faktischer Herrschaft orientierte Gewahrsam vom Besitz – ein Besitzmittlungsverhältnis lässt sich hier annehmen.
> Wer gleichwohl auf die Möglichkeit abstellt, dass es übergeordneten bzw. untergeordneten Gewahrsam gibt, könnte bei intensiver und überzeugender Begründung im Ergebnis vielleicht gerade noch vertretbar argumentieren, dass M den Vorsatz hat, dass A noch übergeordneten Gewahrsam hat. An eine solche Wertung sind aber strenge Anforderungen zu stellen! Dann kann der versuchte Diebstahl (in mittelbarer Täterschaft) weitergeprüft werden. Die Prüfung läuft dann ähnlich ab. Auch dann will M nach seiner Vorstellung neuen Gewahrsam durch Übergabe seitens B erlangen. Auch dann stellt er sich vor, dass B selbst damit einverstanden ist. Doch in seiner Vorstellung ist die übergeordnete Gewahrsamsinhaberin A dann mit dem Gewahrsamswechsel an der Taschenuhr nicht einverstanden, worüber er B täuschen will. Also würde er in seiner Vorstellung einen Gewahrsamswechsel durch B im Wege eines Bruches veranlassen. Somit würde B in diesem Merkmal als Tatmittler eingesetzt – vertretbar ist es auch, hier auf die Tatmittlung gar nicht einzugehen, sondern in der gedachten Übergabe von B an M die Wegnahmehandlung zu sehen. Dann dürfte aber das unmittelbare Ansetzen nach allen Sichtweisen abzulehnen sein.

III. §§ 246 Abs. 1, Abs. 3, 25 Abs. 1 Var. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB

> *Hinweis 39*: Man könnte auch eine schlichte versuchte Unterschlagung prüfen (ohne mittelbare Täterschaft), die darin läge, dass M plant, die Uhr von B wie der Eigentümer entgegenzunehmen und für die Reparatur dann zu bezahlen. Das wäre eine zweifelsfreie Manifestation seines Zueignungswillens an einer für ihn fremden, beweglichen Sache. Allerdings muss man wohl sagen, dass M dazu noch nicht unmittelbar angesetzt hat. Hier ist als wesentlicher Zwischenschritt noch erforderlich, dass B in die Werkstatt oder ins Lager geht, die Uhr sucht, nimmt und M bringt. Auch die Schwelle zum „Jetzt-geht-es-los!“ überschreitet M eigentlich erst dann, wenn er die Uhr wirklich aus den Händen der B entgegennimmt – bis dahin kann er es sich noch anders überlegen und z.B. einfach fortgehen, solange B in der Werkstatt bzw. im Lager ist. Somit ist ein unmittelbares Ansetzten diesbezüglich eher abzulehnen. Dann ist aber der schon vorher sich ereignende Versuch zu prüfen, die Unterschlagung in mittelbarer Täterschaft zu begehen, indem er B die Taschenuhr holen lassen will.

Durch dieselbe Handlung könnte sich M wegen versuchter Unterschlagung in mittelbarer Täterschaft nach §§ 246 Abs. 1, Abs. 3, 25 Abs. 1 Var. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Das bloße Berühmen, Eigentümer zu sein, würde als Manifestation des Zueignungswillens den Anwendungsbereich der Unterschlagung viel zu weit ausdehnen, deshalb muss für eine Manifestation des Zueignungswillens verlangt werden, dass der Täter in irgendeiner Weise – und sei es über einen Tatmittler – zumindest tatsächlich auf die Sache zugreifen kann (bzw. eine irgendwie geartete sachenrechtliche Herrschaftsbeziehung hat).[86]

[84] Zu dieser ganz h.M. *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 14), Rn. 601; *Murmann*, in: Cirener u.a. (Fn. 7), Bd. 2, § 22 Rn. 91 f.

[85] Dazu instruktiv *Rengier* (Fn. 6), § 2 Rn. 33 ff.; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 16), Rn. 96.

[86] *Rengier* (Fn. 6), § 5 Rn. 29 ff.; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 16), Rn. 311.

Hinweis 40: Dies ist ein sehr schwieriger Punkt, der selbst im Examen oft nicht gesehen wird. Wer Vollendung prüft und das Berühmen dafür ausreichen lässt, hat die Anforderungen, die an die Manifestation zu stellen sind, noch nicht ganz verinnerlicht. Es ist nicht zu kritisieren, wenn zunächst eine (unmittelbare) Unterschlagung durch das Gespräch mit B (also gerade durch das Sich-Berühmen) geprüft wird und dann im Rahmen der Prüfung der Manifestation des Zueignungswillens herausgearbeitet wird, dass die verbale Äußerung – mag sie auch den Zueignungswillen klar erkennen lassen – nicht ausreicht.

Dazu ist es aber nicht gekommen, deshalb ist der Tatbestand unvollendet geblieben.

Die Strafbarkeit des Versuchs der Unterschlagung folgt aus §§ 23 Abs. 1 Var. 2, 12 Abs. 2, 246 Abs. 3 StGB.

2. Tatentschluss

M war sich bewusst, dass die Taschenuhr eine bewegliche Sache ist, die im Alleineigentum der A stand, also im Eigentum zumindest auch eines anderen, und daher für ihn fremd war.

Er müsste mit dem Vorsatz gehandelt haben, sich die Taschenuhr rechtswidrig zuzueignen. Dazu müsste er zunächst mit Zueignungswillen gehandelt haben. Zueignungswille setzt sich zusammen aus dem Vorsatz zumindest zeitweiliger Aneignung und dem Vorsatz dauerhafter Enteignung. M wollte die Taschenuhr wie eine eigene benutzen, damit also wie ein Eigentümer verfahren, sich also eine eigentümerähnliche Stellung anmaßen, sie sich also bewusst aneignen. Also hatte er den Vorsatz zumindest zeitweiliger Aneignung. Dabei nahm er bewusst zumindest billigend in Kauf, dass A die Taschenuhr niemals wieder zurückerhalten könnte, also hatte er auch den Vorsatz dauerhafter Enteignung. Somit hatte er Zueignungswillen.

Hinweis 41: An dieser Stelle könnte man es dabei belassen und sich auf den Standpunkt stellen, dieser Zueignungswille sei bereits der im Rahmen des Tatentschlusses zu prüfende Zueignungsvorsatz – Fragen der Manifestation beträfen nur das unmittelbare Ansetzen, das nur bei aus der Sicht des Handelnden unmittelbar bevorstehender Manifestation zu bejahen sei. Dann müsste man innerhalb des unmittelbaren Ansetzens auch etwaige Fragen mittelbarer Täterschaft prüfen, und zwar – da es um eine Versuchsprüfung geht – aus Sicht des Täters. Dieser Aufbau dürfte vertretbar sein. Er ist dem Umstand geschuldet, dass die Unterschlagung auch in vollendeter Form ganz überwiegend nicht mehr mit strikter Trennung zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand geprüft wird, sich Objektives und Subjektives vielmehr im Merkmal der Zueignung vermischen.[87] Dann kann man das auch in der Versuchsprüfung abbilden und derartige Fragen im unmittelbaren Ansetzen prüfen.

Im Aufbau einfacher und klarer dürfte es allerdings sein, neben dem Zueignungswillen noch den Vorsatz zu verlangen, diesen auch in einer Tathandlung eindeutig manifestieren zu lassen. Dies ermöglicht es, die konkrete Verhaltenssteuerung – ggf. auch zurechenbar über einen Tatmittler – mit in die Vorsatzprüfung aufzunehmen (denn der Zueignungswille bildet in dieser Prüfung ja eigentlich nur ein latent überschießendes[88] Fernziel, ein Motiv der konkreten Zueignungshandlung ab, die der eigentlichen Prüfung zugrunde liegt). Damit ermöglicht dieser Aufbau, konkret im Vorsatz auf die Frage einzugehen, ob der Täter diesen Zueignungswillen gerade durch die zu prüfende Handlung – hier also die Lüge gegenüber B – umsetzen wollte. Hier soll deshalb dieser zweite Weg beschritten werden.

M müsste mit dem Vorsatz gehandelt haben, diesen Zueignungswillen zweifelsfrei zu manifestieren. Ihm war aber auch klar, dass durch die bloße Lüge gegenüber B zwar ein solcher Wille erkennbar, aber noch nicht hinreichend manifestiert wird (vgl. Vorprüfung). Allerdings könnte er sich vorgestellt und gewollt haben, dass er durch B eine derartige Handlung begeht, sodass er sich diese wegen § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB wie eine eigene zurechnen lassen muss.

Dazu müsste er sich zunächst vorgestellt haben, dass B eine taugliche Manifestationshandlung vornimmt. Er stellte sich vor, dass B die Uhr aus der Werkstatt bzw. aus dem Lager holt und dabei seinem Willen folgt, sie ihm als dem vermeintlichen Eigentümer zu bringen. Damit stellt er sich aber ein Verhalten vor, das im Kontext der vorherigen Angabe des M, A zu sein, als Manifestation des Willens des M gewertet werden muss, dem M die Uhr zuzueignen. Diesen Manifestationsakt wollte M auch vornehmen.

Weiterhin müsste er mit dem Vorsatz gehandelt haben, einen Defekt bei B bewusst auszunutzen. Er stellte sich vor, B würde ihn für den Eigentümer halten, sodass es nach seiner Vorstellung bei B am Vorsatz bzgl. einer dauerhaften Enteignung des Eigentümers fehlen würde. Das somit vorgestellte Strafbarkeitsdefizit bei B wollte M durch sein Verhalten hervorrufen, also auch bewusst täterschaftlich ausnutzen.

Hinweis 42: Hier ergibt sich kein Unterschied zur obigen Abgrenzung (vgl. auch *Hinweis 18*), sodass hier in gleicher Weise alle Meinungen zu einer Täterschaft wegen des überlegenen Wissens/Wissensherrschaft des M kommen.

Somit hatte er den Vorsatz, durch B als Tatmittler zu handeln. Somit muss er sich dieses Verhalten von B wegen § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB wie eigenes Verhalten zurechnen lassen. Er hatte also den Vorsatz, dadurch den Zueignungswillen zweifelsfrei zu manifestieren, sich die Taschenuhr also zuzueignen.

Er wusste, dass er keinen Anspruch auf diese hatte, stellte sich folglich eine rechtswidrige Zueignung vor. Somit hatte er auch den Vorsatz rechtswidriger Zueignung.

Also lag der Tatentschluss vor.

[87] *Rengier* (Fn. 6), § 5 Rn. 5 ff.

[88] Insoweit parallel zur Absicht rechtswidriger Zueignung beim Diebstahl, vgl. *Rengier* (Fn. 6), § 5 Rn. 16 und § 2 Rn. 86.

3. Unmittelbares Ansetzen

Indem er B anlog, hatte M bereits begonnen, seinen Plan in die Tat umzusetzen und somit subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht-es-los!“ überschritten. Nach seiner Vorstellung hatte er alles Erforderliche getan und auf den Tatmittler bereits vollständig nach seinem Plan eingewirkt. Ob das aber ausreicht, ist umstritten.

> *Hinweis 43*: Das ist ein klassischer Streit, der bekannt sein sollte.

Ein unmittelbares Ansetzen würde hier nur die Ansicht bejahen, die mit dem Abschluss des Einwirkens auf den Tatmittler bereits das Rechtsgut als konkret gefährdet ansieht.[89] Die übrigen Ansichten, die entweder verlangen, dass der Tatmittler selbst unmittelbar ansetzen muss,[90] oder auf die allgemeine Formel abstellen und verlangen, dass nach dem gewöhnlichen Ablauf keine wesentlichen Zwischenschritte mehr zu erwarten sind,[91] lehnen hier ein unmittelbares Ansetzen ab.

Eine Streitentscheidung ist somit erforderlich. Für die erste Ansicht spricht, dass der Täter aus seiner Sicht alles Erforderliche getan hat, insbesondere beim Einsatz eines technischen Werkzeugs auch schon mit der Einwirkung auf ein solches (z.B. auf einen Computer, der dann ein Programm abarbeitet) ein unmittelbares Ansetzen anzunehmen wäre (vgl. insoweit auch die Konstellation an der Automatenkasse). Zudem lässt sich ein unmittelbares Ansetzen für B gar nicht wirklich prüfen, da diese ja keinen Vorsatz hat, also gar kein Vorstellungsbild liefert, anhand dessen man das unmittelbare Ansetzen bewerten kann. Somit ist der ersten Ansicht zu folgen, M hat unmittelbar angesetzt.

> *Hinweis 44*: Die h.M. würde hier anders argumentieren,[92] natürlich ist das dann sehr gut vertretbar. Dann bricht die Prüfung an dieser Stelle ab.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

M handelte rechtswidrig und schuldhaft.

5. Kein Rücktritt

Ohne Zäsur oder neuen Plan kann M sein Vorhaben nicht mehr umsetzen, sodass der Versuch fehlgeschlagen ist.[93] Ein Rücktritt liegt daher nicht vor.

> *Hinweis 45*: Das war hier nicht zwingend zu anzusprechen.

6. Ergebnis

M hat sich wegen versuchter Unterschlagung in mittelbarer Täterschaft nach §§ 246 Abs. 1, Abs. 3, 25 Abs. 1 Var. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

B. Ergebnis

Hinter den versuchten Betrug tritt die versuchte Unterschlagung in mittelbarer Täterschaft wegen der ähnlichen Zielrichtung (Vermögensdelikt im weiteren Sinne) als subsidiär zurück.

Gesamtergebnis

A hat sich nach §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB in Tatmehrheit nach § 53 StGB mit § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

M hat sich nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, dahinter tritt die Strafbarkeit nach § 246 Abs. 1, Abs. 3, 25 Abs. 1 Var. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB im Wege der Subsidiarität zurück.

> *Hinweis 48*: Sollte für A im Tatkomplex „Einlösen des Pfandbons“ ein Computerbetrug nach § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB bejaht worden sein, tritt die zugleich verwirklichte Unterschlagung im Wege der Subsidiarität dahinter zurück.
> Für M war es möglich, im letzten Tatkomplex einen versuchten Diebstahl in mittelbarer Täterschaft anstelle des versuchten Betruges zu bejahen, hinter den die versuchte Unterschlagung in mittelbarer Täterschaft ebenfalls im Wege der Subsidiarität zurücktreten würde. Möglich war es bei entsprechender Argumentation auch, zu einer völligen Straflosigkeit von M zu gelangen.

[89] Zu dieser Ansicht *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 29 Rn. 155.
[90] *Kühl* (Fn. 11), § 22 Rn. 9.
[91] *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 14), Rn. 613 f.
[92] Dazu etwa *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 14), Rn. 614.
[93] Zum Fehlschlag und seine Prüfung im Rücktritt ausführlicher *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 14), Rn. 628; *Murmann* (Fn. 37), § 28 Rn. 109 ff.

Fortgeschrittenenhausarbeit: „Gambling auf Abwegen“*

Von Wiss. Mitarbeiter **Miguel Veljovic**, LL.M.oec., Wiss. Mitarbeiterin **Meike Koch**, Halle (Saale)**

Sachverhalt

Der Autonarr B hat eine Vorliebe für schnelle Autos. Seinen Sportwagen pflegt er intensiv und möchte möglichst sämtliche Schäden an diesem vermeiden. B ist verkehrsrechtlich mehrfach vorbelastet.

Um seine kostspieligen Tankfüllungen finanzieren zu können, kommt es B gelegen, dass der Sportwettenbetreiber C neuerdings Wetten auf den Ausgang von Computerspielwettbewerben (sog. E-Sports) anbietet, hier gegenüber einer nur virtuell stattfindenden „Deutschen FIFA-Bundesliga“. Die Gewinnquoten waren durch den Wettanbieter bereits vor dem Spiel festgelegt worden. Um sich einen „Wettbewerbsvorteil“ zu verschaffen, kontaktiert er den Berufsspieler A über die sozialen Medien und schlägt diesem folgenden Deal vor. A solle sein nächstes Profispiel in der „Deutschen FIFA-Bundesliga“ gegen F absichtlich verlieren. Als „Ausgleich“ dafür erhalte A 30 % des Wettgewinns. Da A bereits die letzten Spiele haushoch gewonnen hatte und ein Abstieg in die Amateurliga bereits ausgeschlossen ist, willigt er ein.

B platziert die Oddset-Wette i.H.v. 30.000 € mittels eines Wettscheins, den er der Mitarbeiterin M in der Filiale des Sportwettenbetreibers C übergibt. In der entscheidenden Partie erleidet A die verabredete Niederlage. Der Gewinn wird aber aufgrund eines externen eingehenden Hinweises nicht ausgezahlt. Ein Sachverständiger stellt aufgrund der Beeinflussung des Wettgeschehens fest, dass bei Auszahlung ein Schaden i.H.v. 55.000 € eingetreten wäre.

Um seinen Ärger über den ausgebliebenen Gewinn zu vergessen, lädt B seine Freunde P und L spontan in eine Shisha-Bar in der Innenstadt ein. Auf dem Weg dorthin durchfährt B, der Spaß an hohen Geschwindigkeiten hat, sämtliche Straßen im Stadtzentrum mit deutlich überhöhter Geschwindigkeit. Dies bleibt den Polizeibeamten X und Y, die gerade ihre abendliche Streife fahren, nicht verborgen. Sie entschließen sich daher, B einer Verkehrskontrolle zu unterziehen. Dazu geben Sie ihm durch die Seitenscheibe ein Haltesignal.

Als B dies sieht, beschleunigt er sein Fahrzeug rasant, um die Beamten abzuhängen und polizeilicher Kontrolle zu entgehen. X und Y verfolgen B nun mit Blaulicht. Um schnellstmöglich zu entkommen, fährt B – völlig fixiert auf eine erfolgreiche Flucht – ohne Rücksicht auf Risiken „drauf los“ und rast auf gerader Strecke mit bis zu 130 km/h über die Magistrale (zulässige Höchstgeschwindigkeit 60 km/h). Zum Zeitpunkt des Geschehens waren keine Passanten oder andere Verkehrsteilnehmer gegenwärtig.

X und Y müssen die Verfolgung schließlich aufgrund eines plötzlichen Motorschadens abbrechen. B entkommt. In der Shisha-Bar angekommen, lässt er sich von seinen Freunden, denen er stolz von seinem „Triumph“ erzählt, feiern.

Wie haben sich A und B nach dem StGB strafbar gemacht?

Bearbeitungsvermerk

Qualifikationstatbestände und Regelbeispiele sind nicht zu prüfen.

1. Tatkomplex: Sportwetten

A. Strafbarkeit des B

Indem B in der Filiale des Sportwettenbetreibers C den Wettschein der M übergab und einen Wettvertrag abschloss, könnte er sich des Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber M und zulasten C strafbar gemacht haben.

I. § 263 Abs. 1 StGB

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung

Dies setzt zunächst eine Täuschung voraus. Dies ist eine Handlung, der ein auf Tatsachen gestützter Erklärungswert zukommt und die auf die Vorstellung einer anderen natürlichen Person derart final einwirkt, dass die Einwirkung zu einem Irrtum führt.[1]

Eine Täuschung im Sinne eines direkten kommunikativen Austauschs fand nicht statt. B täuschte nicht aktiv über die Manipulation des Spiels im Zeitpunkt der Abgabe des Wettscheins.

P_1: Konkludente Täuschung

Fraglich ist jedoch, ob er nicht durch die Abgabe des Wettscheins konkludent über die Nicht-Manipulation des Wettgeschehens täuschte.

Die h.M.[2] geht bei Glücksspielen davon aus, dass eine Täuschung durch schlüssiges Verhalten vorliegt, wenn bei einer Manipulation der tatsächlichen Spielbedingungen seitens des Veranstalters der Zufall ausgeschaltet bzw. die Gewinnchancen gemindert werden oder seitens des Spielers das

* Die Hausarbeit wurde im Rahmen der großen Übung für Fortgeschrittene von Jun.-Prof. *Dr. Lucia Sommerer* an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg im Wintersemester 2021/2022 zur Bearbeitung mit modifizierter Aufgabenstellung vorgelegt. Sie behandelt anspruchsvolle Probleme der Betrugstatbestände (§§ 263 ff. StGB) und fordert Kenntnisse rund um den Themenkomplex des Sportwettbetrugs. Der zweite Tatkomplex erfordert die detaillierte Auseinandersetzung mit dem Straßenverkehrsdelikten – insbesondere mit dem Kraftfahrzeugrennen.

** Die *Autoren* sind Wiss. Mitarbeitende und Doktoranden am Lehrstuhl für Strafrecht und Kriminologie von Prof. *Dr. Kai-D. Bussmann* an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

[1] Ausführlich zu den Ebenen des Täuschungsbegriffs: *Hefendehl*, in: Erb/Schäfer, Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 97 ff.

[2] M.w.N. *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 16e; BGH NStZ 2007, 151 (153).

Risiko minimiert wird. Bei der Sportwette als Unterform des wesentlich durch Zufall bestimmten Glücksspiels ist Gegenstand des Vertrages das in der Zukunft stattfindende und von den Teilnehmern nicht beeinflussbare Sportereignis, auf das jede der Parteien bei Abgabe und Annahme des Wettscheins Bezug nimmt.[3]

Beim Abschluss einer Sportwette erklärt demnach regelmäßig jeder der Beteiligten konkludent, dass das wettgegenständliche Risiko nicht durch eine von ihm veranlasste, dem Vertragspartner unbekannte Manipulation des Sportereignisses zu seinen Gunsten verändert wird.[4] Dies erwarte nicht nur der Wettanbieter vom Wettenden, sondern auch umgekehrt der Wettende vom Wettanbieter.[5] Die Manipulationsfreiheit des Wettgegenstands gehöre deshalb zur Geschäftsgrundlage der Wette. Beide Parteien sichern sich deshalb stillschweigend zu, auf das gewettete Spiel keinen Einfluss genommen zu haben. Durch den Abschluss des Wettvertrages erklärte B also konkludent, dass er das betroffene Wettereignis nicht manipulierte. Eine konkludente Täuschung liegt nach dieser Ansicht vor.

Eine zweite Ansicht hält im Rahmen der Beurteilung einer konkludenten Täuschung eine Garantenstellung i.S.d. § 13 StGB für erforderlich.[6] In Betracht kommt die Begründung der Garantenstellung sowohl aus dem Wettvertrag selbst als auch aus Ingerenz.

Zwar ist der BGH bereits in früheren Entscheidungen davon ausgegangen, dass sich nach Treu und Glauben auch aus zivilrechtlichen Vertragsabschlüssen eine Rechtspflicht aus § 13 StGB ergeben kann.[7] Die Voraussetzung hierfür ist jedoch das Vorliegen eines besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen den Beteiligten.[8] Das Strafrecht solle demnach nur restriktiv für zivilrechtliche Streitigkeiten anwendbar sein (ultima-ratio-Gedanke). Anhaltspunkte für ein besonders geartetes Verhältnis im Rahmen eines Wettvertrags liegen nicht vor. Insofern ist eine Garantenstellung aus Vertrag zu verneinen. Eine konkludente Täuschung aus dem Wettvertrag liegt also nicht vor.

Für eine Garantenstellung aus Ingerenz spricht aus systematischer Sicht das nunmehr gesetzlich verankerte Verbot, Wettveranstaltungen zu manipulieren. Dieses ist nunmehr in den Vorschriften der §§ 265c ff. StGB ausdrücklich manifestiert. Die Verbotsvorschriften dienen deshalb auch dem Schutz des Vermögens von Wettanbietern. Aufgrund dieser vermögensschützenden Wirkung der §§ 265c ff. StGB kann hier ein pflichtwidriges Vorverhalten begründet werden, das nahe der Gefahr eines endgültigen Schadenseintritts situativ verortet ist.[9] Eine konkludente Täuschung liegt nach dieser Ansicht zumindest wegen Ingerenz vor.

Eine dritte Ansicht geht unter Berücksichtigung der alten Rechtslage, die eine Pönalisierung des Sportwettbetrugs noch nicht vorsah, davon aus, dass eine Täuschung weder konkludent noch aus einer Garantenstellung begründbar sei. Insofern liegt nach dieser Ansicht keine konkludente Täuschung vor.[10] Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass eine Auseinandersetzung erforderlich ist. Schlösser stellt sich im Rahmen seines Aufsatzes aus dem Jahr 2005[11] auf den Standpunkt, dass das Verbot, Spiele zu manipulieren, gerade nicht dem Schutz des Vermögens von Wettanbietern diene. Dies folge aus der Überlegung, dass Sport- bzw. Oddset-Wetten nach der Auffassung des BGH Glücksspiele seien und demnach lediglich eine ungewisse Exspektanz generieren können (vgl. § 284 StGB). Dieser Auffassung ist der Gesetzgeber mit der Einführung der §§ 265c ff. StGB ausdrücklich entgegengetreten und manifestiert demnach auch aus systematischer Perspektive die Einordnung der §§ 265c ff. StGB als ebenso vermögensschützende Delikte. Die dritte Ansicht ist demnach aus Sicht der lex lata nicht mehr vertretbar und insgesamt abzulehnen. Eine konkludente Täuschung liegt vor.

> *Anmerkung 1*: Die Studierenden müssen hierbei erkennen, dass die zweite Ansicht, eine Ingerenz sei abzulehnen, wenn überhaupt, nur im Hinblick auf die alte Rechtslage vertretbar war.

b) Irrtum

Weiterhin muss sich die Mitarbeiterin des Wettbüros durch die Täuschung des B geirrt haben. Ein Irrtum liegt bei einem Widerspruch zwischen der subjektiven Vorstellung des Getäuschten und der tatsächlichen Wirklichkeit vor.[12] Gerade beim Abschluss von Sportwetten mit festen Quoten für die Vertragspartner ist für die Einschätzung des Wettrisikos entscheidend, dass der Wettgegenstand nicht manipuliert ist. M ist deshalb zumindest auch konkludent (im Sinne eines „alles wird schon in Ordnung sein“[13]) von der Manipulationsfreiheit ausgegangen. Insofern liegt der Irrtum in der Figur des sog. sachgedanklichen Mitbewusstseins vor.[14]

---

[3] BGH NStZ 2007, 151 (153).

[4] BGHSt 29, 165; a.A. zur alten Rechtslage: *Schlösser*, NStZ 2005, 423 (427); *Jahn/Maier*, JuS 2007, 215 (216).

[5] BGH NStZ 2007, 151 (153).

[6] *Schlösser*, NStZ 2005, 423 (426); *Trüg/Habetha*, JZ 2007, 878 (882).

[7] Vgl. BGH NJW 1954, 1414.

[8] M.w.N. für Einzelfälle: *Perron* (Fn. 2), § 263 Rn. 23.

[9] Der BGH weist die Kritik gegen ihre Auffassung, beim Abschluss einer Sportwette erkläre der Wetter zugleich die Nichtmanipulation des sportlichen Ereignisses, explizit zurück und verweist dabei insbesondere auf den für die Beurteilung maßgeblichen Empfängerhorizont vgl. BGH NStZ 2007, 151 (152 f.).

[10] A.A. zur alten Rechtslage: *Schlösser*, NStZ 2005, 423 (427); *Jahn/Maier*, JuS 2007, 215 (216).

[11] *Schlösser*, NStZ 2005, 423.

[12] *Beukelmann*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck’scher Online-Kommentar StGB, Stand: 1.2.2022, § 263 Rn. 23.

[13] BGH NJW 2012, 1377 (1379); m.w.N. *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 263 Rn. 18.

[14] So auch BGH NStZ 2007, 151 (154).

Anmerkung 2: Eine andere Ansicht ist hier vertretbar.

c) Vermögensverfügung

M müsste über das Vermögen des Wettanbieters verfügt haben. Eine Vermögensverfügung ist jedes rechtliche oder tatsächliche Handeln, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar zu einer Vermögensminderung führt.[15] Bereits im Abschluss des Wettvertrags liegt laut Rechtsprechung eine Vermögensverfügung des Wettanbieters (sog. Eingehungsbetrug).[16]

d) Vermögensschaden

Anmerkung 3: Es ist ebenso vertretbar, wenn das Problem des Dreiecksbetrugs im Rahmen der Vermögensverfügung behandelt wird.

P_2: Verfügender und Geschädigter nicht gleich – Dreiecksbetrug

Zunächst ist fraglich, inwieweit ein Vermögensschaden überhaupt zulasten des Wettanbieters eintreten konnte, da die Mitarbeiterin des Wettanbieters den maßgeblichen Abschluss des Wettvertrags steuerte und dadurch die Vermögensverfügung initiierte. Insoweit ist zu untersuchen, wie eine Verbindung zwischen Verfügendem und Geschädigtem ausgestaltet sein muss, wenn diese personell auseinanderfallen.

Die faktische Nähetheorie[17] fordert, dass zwischen dem Dritten und dem Geschädigten ein faktisches Näheverhältnis besteht. Ein solches ist anzunehmen, wenn der Getäuschte bereits vor der Täuschungshandlung dem Verfügungsgegenstand näherstand als der Geschädigte. M steuert den Abschluss des Wettvertrags selbständig und ist die wichtigste Ansprechperson für Kunden im Wettbüro. Insofern steuert sie den Abwicklungsprozess und steht deshalb näher am Verfügungsgegenstand (Auszahlung des Gewinns) als ihr Arbeitgeber. Nach der faktischen Nähetheorie ist die Verfügung der M dem Wettanbieter zuzurechnen.

Nach der Befugnistheorie[18] nimmt ein getäuschter Dritter die Verfügung vor, wenn er objektiv-rechtlich dazu ermächtigt worden bzw. dazu rechtlich befugt ist. Dies kann bspw. durch eine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung erfolgen.

Nach den Angaben des Sachverhalts ist hier davon auszugehen, dass M bereits durch ihren Arbeitsvertrag dazu ermächtigt ist, den zivilrechtlichen Abschluss von Wettverträgen zu vollziehen. Ebenfalls spricht der Rechtsgedanke des § 56 HGB für diese Wertung. Auch nach dieser Ansicht ist die Verfügung der M dem Wettanbieter zuzurechnen.

Nach der Lagertheorie[19] ist entscheidend, dass der Dritte dem „Lager" des Geschädigten zuzuordnen ist. Dabei genügt insbesondere die Stellung als Mitgewahrsamsinhaber oder Gewahrsamshüter. Weiterhin müsse die Verfügung im Interesse des Gewahrsamsinhabers erfolgen. Zwar stellt die hier vollendete Verfügung nicht die Neubegründung eines Gewahrsams dar, sodass die Wertungen der Abgrenzung zwischen Diebstahl und Betrug hier keine Anwendung finden. Gleichzeitig erfolgt die Verfügung der M aber jedenfalls im Interesse ihres Arbeitgebers und damit der ihr übergeordneten Institution. Als Mitarbeiterin ist diese gleichzeitig auch dem Lager des Arbeitgebers zuzuordnen. Auch nach der Lagertheorie ist die Verfügung dem Wettanbieter zuzurechnen.

Die Ansichten kommen zu dem gleichen Ergebnis, sodass ein Streitentscheid entbehrlich ist.

Anmerkung 4: Die Theorien zum Dreiecksbetrug sollen kurz und prägnant dargestellt werden. Gleichzeitig soll von den Studenten Problembewusstsein abverlangt werden, sodass es auf den hiesigen Streitentscheid nicht ankommt.

Nunmehr bleibt zu prüfen, inwieweit ein Vermögensschaden überhaupt angenommen werden kann, da es zu einer letztendlichen Auszahlung des Wettgewinns nicht kam. Es ist hierbei darauf hinzuweisen, dass die Wette in Form von festen Quoten (sog. Oddset-Wette) abgeschlossen wurde. Charakteristisch für die Oddset-Wette ist vor allem, dass der Kunde seinen möglichen Gewinn im Voraus aus Einsatz, Quoten und Anzahl der getippten Paarungen errechnen kann.[20]

Der Umfang des Vermögensschadens ist nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung zu bestimmen. Es wird also der Wert des Vermögens vor und nach der Verfügung bilanziell verglichen.[21]

P_3: Vermögensschaden beim Wettbetrug

Die erste beachtliche Entscheidung hinsichtlich der Einordnung eines Vermögensschadens beim Sportwettbetrug erfolgte durch das LG Berlin. Dieses hatte in einem ähnlich gelagerten Fall die zwar dogmatisch umstrittene, aber grundsätzlich anerkannte Konstellation des Gefährdungsschadens bejaht. Dies begründete die Kammer damit, dass das Risiko bei ungewissem Ausgang des Ergebnisses zulasten des Wettanbieters aufgrund der Manipulation verschoben werde und damit dessen Vermögen mit Vertragsschluss bereits gefährdet sei.[22]

Insofern stellt nach Ansicht des LG Berlin bereits der Abschluss des Wettvertrags einen Gefährdungsschaden dar, so-

[15] *Beukelmann* (Fn. 12), § 263 Rn. 31.
[16] BGHSt 51, 165 (173); ebenso unterstützend: *Bosch*, JA 2007, 389 ff.; *Greco*, NZWiSt 2014, 334 (335).
[17] *Dreher*, JR 1966, 29 (30); *Kindhäuser/Nikolaus*, JuS 2006, 294 f.
[18] *Roxin/Schünemann*, JuS 1969, 374 ff.; *Samson*, JA 1978, 566 f.
[19] BGH NStZ 1997, 32 f.; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 44. Aufl. 2021, Rn. 645; *Perron* (Fn. 2), § 263 Rn. 67.
[20] *Janz*, NJW 2003, 1694 (1695).
[21] BGH NStZ 1999, 353; BGH NJW 1994, 193; BGH NJW 1997, 32.
[22] LG Berlin, Urt. v. 17.11.2005 – (512) – 68 Js 451/05.

dass ein Vermögensschaden auch bei Nichtauszahlung des Gewinns zu bejahen ist.

Der *5. Senat* des BGH lehnte in einer seiner Folgeentscheidungen die Figur des Gefährdungsschadens ab und stellt vielmehr auf den bereits oben erwähnten Eingehungsbetrug ab. Der *Senat* argumentierte, dass der Quotenschaden in Form einer bereits eingetretenen, konkreten Vermögensgefährdung ausreiche. Dies wurde damit begründet, dass bereits das Einräumen einer unrechtmäßig-erlangten höheren Gewinnquote den Vermögensschaden darstelle. Ein Vermögensschaden ist also bereits durch den Wettvertragsabschluss als Eingehungsschaden zu sehen.[23] Bei der Bestimmung des Schadens differenziert der BGH danach, ob es zur Auszahlung des Wettpreises gekommen ist oder nicht. Im ersteren Fall ist ein Schaden in der Höhe der Differenz zwischen Wetteinsatz und Auszahlung gegeben, im letzteren hingegen ein sog. Quotenschaden.[24] Dies begründete der BGH damit, dass die Quote den „Verkaufspreis“ der Wettchance darstelle. Im Zuge der Manipulation des Wettgeschehens werde das Wettrisiko zu Lasten des Wettanbieters verschoben, da die dem Vertragsschluss zugrundeliegende Wettquote nicht mehr dem Risiko entspricht, das der Wettanbieter seiner eigenen betrieblich-kaufmännischen Kalkulation zugrunde gelegt hat. Die höhere Chance auf den Wettgewinn ist wesentlich mehr wert, als der Täuschende tatsächlich dafür als Gegenleistung erbracht hat. Die Differenz zwischen der täuschungsbedingt eingeräumten und der in Kenntnis der wahren Lage kalkulierten Gewinnquote bildet damit den sog. Quotenschaden, welcher in seiner Konsequenz nicht genau beziffert werden müsse. Ein Vermögensschaden liegt aufgrund der unstrittigen Feststellungen des Sachverständigen in Form eines Quotenschadens vor.

> *Anmerkung 5*: Das Vorliegen eines Quotenschadens darf aufgrund der konkreten Sachverhaltsangaben auch durch kurze Ausführungen bejaht werden. Die vorstehenden Ausführungen dienen der Vollständigkeit halber.

Die Rechtsprechung des BGH zum Quotenschaden musste nach einer Rüge des BVerfG modifiziert werden, da das BVerfG anmahnte, dass der angenommene Schaden aufgrund des Schuldprinzips klar zu bestimmen sein muss.[25] Der BGH modifizierte in der Folgezeit seine Rechtsprechung und stellt nunmehr darauf ab, dass der Täter durch seine Manipulation seine Gewinnwahrscheinlichkeit und damit den Geldwert seines Anspruchs auf Auszahlung des Gewinns erhöhe, ohne dass gleichzeitig der Anspruch des Wettanbieters auf den Wetteinsatz und damit sein erhöhtes Haftungsrisiko im Sinne eines Auszahlungsrisikos noch kompensiert werden könne. Die Schadensermittlung soll dann durch eine Saldierung der sich aus dem Wettvertrag für beide Seiten ergebenden Verpflichtungen vorgenommen werden. Aufgrund der klaren Feststellungen des Sachverständigen kommt es auf diese modifizierte Rechtsprechung nicht an. Auch hiernach ist ein Vermögensschaden gegeben.

Eine in der Literatur vorherrschende Ansicht hält die Figur des sog. Quotenschadens für eine unzulässige Konstruktion und lehnt diese in Gänze ab.[26] Ein Vermögensschaden könne nicht bereits mit Eingehung eines Vertrages angenommen werden, da ansonsten der Betrug zu einem konkreten Gefährdungsdelikt umfunktioniert werde. Erst bei Auszahlung der Geldsumme kommt ein vollendeter Betrug in Betracht. Nach dieser Ansicht ist also ein Vermögensschaden abzulehnen.

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass ein Streitentscheid erforderlich ist. Gegen die Rechtsprechung des LG Berlin spricht, dass die Gewinnauszahlung trotz der Manipulation weiterhin vom zufälligen Ausgang des Spiels abhängig ist. Zwar wurde der Eintritt des gewünschten Ergebnisses durch die Manipulation wahrscheinlicher, nicht jedoch sicher. Ein Gefährdungsschaden liegt mithin nicht vor.[27] Für die Ansicht des BGH streitet das Argument, dass die bei einer Risikoanalyse festgelegten Quoten infolge der Manipulation nicht mehr der gewinnbringenden Kalkulation des Wettanbieters entsprechen. Hätte der Täuschende dem Wettanbieter die Manipulation des Wettgegenstands offengelegt, wäre die Quote aufgrund der Risikoeinschätzung dementsprechend geringer gewesen.[28] Ein Vermögensnachteil ist daraus deshalb ableitbar. Zusätzlich müsse es hinsichtlich der Dogmatik zum Eingehungsbetrug konsequenterweise ausreichen, dass auch der Vermögensschaden bereits bei einer konkreten Gefährdung zu bejahen ist. Der Maßstab hinsichtlich der Konkretheit der Vermögensgefährdung kann eine uferlose Anwendbarkeit eines vollendeten Betruges verhindern. Gegen die Argumentation des BGH lässt sich jedoch mit praktischem Blickwinkel darlegen, dass bei einer Manipulation die Wette nicht zu einer niedrigeren Quote angeboten, sondern direkt vom Markt entfernt wird.[29] Zusätzlich ist das prognostizierte Spielergebnis nur ein Teilaspekt der Quote und damit auch der kaufmännischen Risikoeinschätzung. Der Quotenschaden ist gleichwohl nur ein Konstrukt, der andere betriebswirtschaftliche Teilaspekte vollständig ausblendet. Nach Ansicht des BGH muss der Quotenschaden daher auch nicht konkret beziffert werden. Dies wurde vom BVerfG gerügt und gefordert, dass eine klare Bezifferung durch das Tatgericht anzustreben ist.[30] Wie die fortgeführte Rechtsprechung des LG Bochum zeigt, ist die Bezifferbarkeit und die Bestimmbarkeit des Quotenschadens in der Praxis äußerst kompliziert.[31] Für die Ansicht der Literatur streitet deshalb auch, dass die strafrechtliche Judikatur den Tatbestand vorverlagert und dadurch die Möglichkeit eines Rücktritts erheblich ein-

[23] BGH NStZ 2007, 151 (154).
[24] BGHSt 51, 165 (175 f.).
[25] LG Bochum BeckRS 2015, 12508.
[26] *Schlösser*, NStZ 2005, 423 (428); *Jahn/Maier*, JuS 2007, 215 (219); *Kutzner*, JZ 2006, 712 (712).
[27] *Kutzner*, JZ 2006, 712 (717).
[28] *Radtke*, Jura 2007, 445 (451); BGHSt 51, 165 (177).
[29] *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 598.
[30] BVerfG NJW 2012, 907 ff.
[31] *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 13 Rn. 221; *Greco*, NZWiSt 2014, 33

schränkt.[32] Dadurch wird der Betrug von einem Erfolgs- zu einem Gefährdungsdelikt transformiert. Ebenso erscheint die Korrektur der hypothetischen Gewinnquoten gekünstelt. Der Wettanbieter hätte bei Manipulation den Vertragsschluss verhindert.[33] Die Figur des Quotenschadens verkörpere eine Normativierung, eine Fiktion, die im grundsätzlich wirtschaftlich orientierten Vermögensbegriff keine Stütze findet.[34]

> *Anmerkung 6*: Für welche Ansicht man sich entscheidet, spielt für die Bewertung keine Rolle. Es kommt nur auf eine ausführliche Auseinandersetzung mit den vorstehenden Ansichten an. Die hier vertretene Lösung folgt der Ansicht der Rechtsprechung. Sofern der Ansicht der Literatur verfolgt wird, ist ein versuchter Betrug zu prüfen.

e) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

B muss vorsätzlich, also mit dem Willen zur Verwirklichung des Straftatbestandes in Kenntnis all seiner objektiven Tatumstände gehandelt haben.[35] B wusste, zumindest aus der Parallelwertung seiner Laiensphäre, dass er mit der Abgabe des Wettscheins konkludent die Nicht-Manipulation des Wettgeschehens untermauerte. Es war ihm bewusst, dass M mit dem Abschluss des Wettvertrags zulasten ihres Arbeitgebers verfügte und einen Quotenschaden provozierte. B hat also mit der Vorstellung zur Verwirklichung des Straftatbestands in all seinen objektiven Tatumständen gehandelt. Insofern handelte er vorsätzlich. Weiterhin muss B mit der Absicht der rechtswidrigen und stoffgleichen Bereicherung gehandelt haben. B hatte keinen Anspruch auf die manipulierte Wettquote. Davon ist er auch ausgegangen. Ebenso war es ihm bewusst, dass der endgültige Schaden spätestens in Form der Auszahlung der Gewinnsumme eintreten werde. Beim Sportwettbetrug bezieht sich die Bereicherungsabsicht regelmäßig auf die über den Quotenschaden hinausgehende endgültige Gewinnsumme und ist damit stoffgleich.[36] B handelte deshalb mit der Absicht der rechtswidrigen und stoffgleichen Bereicherung.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

4. Ergebnis

B hat sich des Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber M und zulasten C strafbar gemacht.

II. §§ 265c Abs. 2 StGB

Indem B dem A einen Vorteil dafür angeboten hat, dass dieser den Verlauf seines „FIFA-Bundesligaspiels" manipulierte, könne er sich des Sportwettbetrugs gem. § 265c Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Tauglicher Täter i.S.d. § 265c StGB

Zunächst muss B ein tauglicher Täter i.S.d. § 265c StGB sein. § 265c Abs. 2 StGB stellt ein Allgemeindelikt dar, sodass Täter jede natürliche Person, also auch B, sein kann.

b) Vorteilsempfänger

Weiterhin muss A tauglicher Vorteilsempfänger i.S.d. § 265c Abs. 2 StGB sein. Als Vorteilempfänger kommen nur Sportler, Trainer oder Trainern gleichgestellte Personen (vgl. § 265c Abs. 6 S. 2 StGB) in Betracht. Fraglich ist, ob A Sportler ist. Dazu muss es sich bei E-Sport um Sport i.S.d. § 265c StGB handeln.

P_4: E-Sports als Sport[37]

§ 265c StGB enthält selbst keine Legaldefinition des Sportbegriffs. Insofern ist deshalb eine Präzisierung erforderlich.

Die Annäherung an eine Sportdefinition nach allgemeinen Merkmalen kann ihren Ausgangspunkt zunächst im sportwissenschaftlichen Sportverständnis finden.[38] Zwar existiert dort keine eindeutige, allgemein anerkannte Sportdefinition, dennoch kristallisiert sich weithin eine gewisse körperliche Aktivität als entscheidendes Abgrenzungskriterium heraus, welches zahlreichen Definitionsansätzen zu Grunde liegt.[39] Auch die Rechtsprechung scheint an dieses Kriterium anzuknüpfen.[40] Dabei ist zu beachten, dass im Hinblick auf die Diversität der Sportarten das erforderliche Maß körperlicher Aktivität nicht lediglich anhand der Kraftentfaltung beurteilt werden kann, sondern mittels verschiedener Kriterien wie Schnelligkeit oder Geschick zu begutachten ist.[41] Eine Orientierung bspw. am Schachsport, der als Sportart vom Deutschen Olympischen Sportbund (DOSB) und vom Internationalen Komitee (IOC) anerkannt ist, ist zulässig. Zur Annäherung kann auch eine negative Abgrenzung dienen: Sport kann demnach als jede körperliche Betätigung definiert werden, die nicht der Produktion, der Verwaltung, dem Krieg oder dem Transport dient.[42]

Fraglich ist also, ob E-Sport die erforderliche Schwelle an physischer Anstrengung überschreitet, um als Sport klassifi-

[32] *Jahn/Maier*, JuS 2007, 215 (219); *Krack*, ZIS 2007, 103 (109 f.).
[33] *Saliger/Rönnau/Kirch-Heim*, NStZ 2007, 361 (366).
[34] *Jahn/Maier*, JuS 2007, 215 (219); *Samson*, JZ 2012, 727 f.
[35] *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 51. Aufl. 2021, Rn. 313.
[36] BGH NJW 2007, 782 (786); *Hefendehl* (Fn. 29), § 263 Rn. 909.
[37] *Lutzebäck/Wieck*, Jura 2020, 1320; *Ruppert*, NZWiSt 2020, 5.
[38] *Ruppert*, NZWiSt, 2020, 5 (8).
[39] *Ruppert*, NZWiSt, 2020, 5 (8).
[40] Siehe exemplarisch BVerwG MMR 2005, 525 (527).
[41] *Ruppert*, NZWiSt, 2020, 5 (8); *Lutzebäck/Wieck*, Jura 2020, 1320 (1323 f.).
[42] *Lutzebäck/Wieck*, Jura 2020, 1320 (1323).

ziert zu werden. E-Sport ist geprägt von dem Erfordernis höchster Präzision, taktischem Denken und einem hohen temporalen Entscheidungsdruck.[43] Die Hand-Augen-Koordination eines E-Sportlers liegt bei bis zu 400 Bewegungen in der Minute und damit deutlich über denen eines professionellen Tischtennisspielers.[44] Der Spiegel des Stresshormons Cortisol erreicht bei einem E-Sportler annähernd das Niveau eines Rennfahrers, während die Herzfrequenz mit 180 Schlägen pro Minute etwa auf dem Niveau eines Marathonläufers ist.[45] Dies spricht dafür, dass das Maß der körperlichen Anstrengung bei der Ausübung von E-Sport auf einer Stufe mit traditionellen Sportarten steht.[46]

Diese, den E-Sport umfassende extensive Sportdefinition wird unterstützt durch aktuelle gesellschaftliche Entwicklungen. So ist E-Sport im asiatischen Raum weithin als Sport anerkannt.[47] Auch in Deutschland erfreut sich E-Sport in jüngerer Vergangenheit immer größerer Beliebtheit und wird im vergangenen Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD explizit als Sport bezeichnet.[48]

Teilweise wird argumentiert, dass einer Klassifizierung als Sport entgegensteht, dass E-Sport bislang nicht durch einen disziplinübergreifenden Sportverband, insbesondere den Deutschen Olympischen Sportbund (DOSB) anerkannt wurde.[49]

Auch die Rechtsprechung hat in bisheriger Judikatur zu anderen Normen E-Sport ebenfalls nicht als Sport klassifiziert.[50]

Allerdings soll nach der Gesetzesbegründung die Anerkennung durch disziplinübergreifende Sportverbände nur einen Anhaltspunkt für die Klassifizierung als Sport darstellen.[51] Die Übertragung der konstitutiven Deutungsmacht an einen spezifischen Sportverband im Sinne einer akzessorischen Ausgestaltung des Strafrechts ist hingegen nicht gewollt. Vielmehr sei ein allgemeines Begriffsverständnis heranzuziehen.[52]

Eine vollständige Verlagerung der Auslegungsfrage auf einen Sportverband ist zudem im Hinblick auf die divergierenden, institutionellen Zielsetzungen problematisch. So verfolgt der DOSB mit seiner Klassifizierung als „Sport“ eine gänzlich andere Intention als der Gesetzgeber mit der Strafnorm des § 265c StGB.[53]

I.R.d. § 265c StGB ist das spezielle wirtschaftsstrafrechtliche Telos zu beachten. Nach der Gesetzesbegründung verfolgt § 265c StGB das Ziel des Vermögensschutzes sowie des Schutzes der Integrität des Sports.[54] Die Vermögensrelevanz von E-Sport übertrifft mittlerweile selbst etablierte Sportarten wie Leichtathletik deutlich, sodass die Notwendigkeit des Vermögensschutzes auch in diesem Bereich unbestreitbar ist.[55] Das Bedürfnis für strafrechtlichen Schutz wird weiterhin dadurch verstärkt, dass Game-Fixing im Vergleich zu klassischen Sportarten erhöhte Erfolgschancen hat, sodass die Gefahr manipulativer Absprachen im E-Sport Bereich äußerst hoch ist.[56]

Somit ist nach teleologischer Auslegung des § 265c StGB eine Subsumtion des E-Sports unter „Sport“ i.S.d. § 265c StGB vorzugswürdig. A betreibt demnach eine Sportart i.S.d. § 265c StGB und ist als E-Sport-Profi demnach tauglicher Vorteilsempfänger.

Anmerkung 7: Eine andere Ansicht ist mit entsprechender Begründung vertretbar.

c) Tathandlung

B müsste A oder einem Dritten einen Vorteil angeboten, versprochen oder gewährt haben. Versprechen ist die Zusage eines künftigen Vorteils.[57] Unerheblich ist, ob der Vorteil später tatsächlich eintritt.[58] Es handelt sich um einseitige Erklärungen des Vorteilsgebers, die auf den Abschluss einer Unrechtsvereinbarung gerichtet sind und den anderen Beteiligten zur Kenntnis gelangen müssen.[59] Ein Vorteil ist jede Zuwendung an den Täter oder einen Dritten, auf die kein Rechtsanspruch besteht und die die wirtschaftliche, rechtliche oder persönliche Lage des Täters oder des Dritten objektiv verbessert.[60] B hat A zugesagt, dass dieser 30 % des Wettgewinns erhalten werde. B hat A also einen Vorteil angeboten und versprochen.

d) Unrechtsvereinbarung

A müsste als Gegenleistung für die Zusage des B eine Beeinflussung des Verlaufes oder Ergebnisses eines Wettbewerbs des organisierten Sports zugunsten des Wettbewerbsgegners im Zusammenhang mit der Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils durch eine öffentliche Sportwette beabsichtigt haben.

---

[43] *Ruppert*, NZWiSt 2020, 5 (8); *Lutzebäck/Wieck*, Jura 2020, 1320 (1323 f.).
[44] https://www.dw.com/de/sportwissenschaftler-esports-profis-sind-wahre-athleten/a-19011581 (14.4.2022); *Ruppert*, NZWiSt, 2020, 5 (8 f.); *Lutzebäck/Wieck*, Jura 2020, 1320 (1324).
[45] https://www.dw.com/de/sportwissenschaftler-esports-profis-sind-wahre-athleten/a-19011581 (14.4.2022); *Ruppert*, NZWiSt 2020, 5 (8 f.); *Lutzebäck/Wieck*, Jura 2020, 1320 (1324).
[46] *Ruppert*, NZWiSt, 2020, 5 (8); *Lutzebäck/Wieck*, Jura 2020, 1320 (1324).
[47] http://www.sueddeutsche.de/digital/computersportler-die-wollen-nicht-nur-spielen-1.1742687 (14.4.2022).
[48] https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1 (14.4.2022), S. 48.
[49] *Stam*, NStZ 2018, 41 (42).
[50] Siehe exemplarisch BVerwG MMR 2005, 525 (527).
[51] BT-Drs. 18/8831, S. 19.
[52] BT-Drs. 18/8831, S. 19.
[53] *Ruppert*, NStZ 2020, 5 (8).
[54] BT Drs. 18/8831, S. 10 f.
[55] *Ruppert*, NStZ 2020, 5 (9).
[56] *Ruppert*, NStZ 2020, 5 (9).
[57] *Schreiner*, in: Joecks/Miebach (Fn. 29), § 265c Rn. 37.
[58] *Krick*, in: Joecks/Miebach (Fn. 29), § 299 Rn. 97.
[59] *Krick* (Fn. 58), § 299 Rn. 97.
[60] *Schreiner* (Fn. 57), § 265c Rn. 39.

aa) Verlauf oder Ergebnis des Wettbewerbs beeinflussen

A beabsichtigt, ein Spiel der „Deutschen FIFA-Bundesliga" zu beeinflussen. Die „Deutsche FIFA-Bundesliga" ist eine nationale Sportorganisation, sodass die von ihr organisierten Profispiele die Anforderungen des § 265c Abs. 5 Nr. 1 StGB erfüllen. Zudem sind allgemeine Regeln einzuhalten, sodass der Tatbestand des § 265c Abs. 5 Nr. 2 StGB ebenfalls erfüllt ist.

bb) Beeinflussung des Wettbewerbs zugunsten des Gegners

Eine Beeinflussung i.S.d. § 265c Abs. 2 StGB erfasst alle Verhaltensweisen vor oder während eines Wettbewerbs, die darauf gerichtet sind, den Verlauf des Wettbewerbs zu manipulieren und die auf eine Aufhebung oder Einschränkung der Unvorhersehbarkeit des Wettbewerbsgeschehens zielen.[61] Die Unrechtsvereinbarung muss dabei auf eine sportspezifische Beeinflussung abzielen, d.h. es muss ein unmittelbarer Zusammenhang mit dem sportlichen Wettbewerb bestehen. Die Manipulationshandlung muss nicht tatsächlich vorgenommen worden sein, sondern es genügt bereits, dass eine solche Beeinflussung vereinbart wird.[62] Die Manipulationsvereinbarung muss dabei auf eine Begünstigung des Wettbewerbsgegners abzielen, also darauf, dass dieser Vorteile im Wettbewerb erlangt.[63] A beabsichtigt, sein letztes Spiel absichtlich zu verlieren und somit den Wettbewerb zugunsten seines Gegners zu beeinflussen.

> *Anmerkung 8*: A.A. nicht vertretbar, weil § 265c StGB ein abstraktes Gefährdungsdelikt ist und die Manipulationshandlung demnach nicht vorgenommen werden muss.

cc) Rechtswidriger Vermögensvorteil durch öffentliche Sportwette

Weiterhin muss die Unrechtsvereinbarung auf die Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils durch die öffentliche Sportwette gerichtet sein.

(1) Öffentliche Sportwette

Eine Sportwette ist eine Wette zum Anlass eines Sportereignisses.[64] Eine öffentliche Sportwette setzt zudem voraus, dass eine Teilnahmemöglichkeit für einen größeren, nicht geschlossenen Personenkreis besteht.[65] Die Vereinbarung zwischen A und B zielt darauf ab, dass B bei dem Sportwettenbetreiber C auf den Ausgang des E-Sport Spiels des A wettet. Das E-Sport-Bundesligaspiel stellt ein Sportereignis dar. Es besteht bei C zudem die Teilnahmemöglichkeit für die Öffentlichkeit, somit für einen nicht geschlossen Personenkreis. Das Erfordernis der öffentlichen Sportwette ist somit erfüllt.

(2) Rechtswidriger Vermögensvorteil

Die Unrechtsvereinbarung muss zudem auf die Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils gerichtet sein. Dabei ist der Begriff der Rechtswidrigkeit aufgrund der systematischen Stellung betrugsnah auszulegen.[66] Notwendig ist betrügerisches Verhalten gegenüber dem Veranstalter der Wette, nicht der Abschluss der Sportwette oder der Eintritt eines Vermögensschadens.[67] Ein solcher rechtswidriger Vermögensvorteil liegt jedenfalls dann vor, wenn der Wettteilnehmer bei der Platzierung einer Wette gegenüber dem Wettanbieter konkludent der Wahrheit zuwider erklärt, dass der Verlauf oder der Ausgang der gewetteten Spiele von ihm nicht beeinflusst werden soll.[68] Die Manipulationsfreiheit des Wettgegenstands gehört zur Geschäftsgrundlage der Wette, sodass eine konkludente Einigung darüber bei Abschluss des Wettvertrags vorliegt.[69] A und B einigen sich dahingehend, dass B einen Wettvertrag mit C schließen soll. Dabei sollte B bei C einen Irrtum in Form des sachgedanklichen Mitbewusstseins hervorrufen, sodass die Unrechtsvereinbarung auf die Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils abzielt.

(3) Zwischenergebnis

Die Unrechtsvereinbarung war auf die Erlangung eines rechtswidrigen Vorteils gerichtet.

dd) Inhaltliche Verknüpfung

Vorteilsnehmer und Vorteilsgeber müssen sich einigen, dass der Vorteil gerade für die Manipulation des Wettbewerbs gewährt wird.[70] A soll den Wettbewerb beeinflussen und dafür 30 % des Wettgewinns erhalten. A und B haben sich damit über die inhaltliche Verknüpfung von Vorteil und zu erbringender Leistung geeinigt.

ee) Zwischenergebnis

Alle Voraussetzungen der Unrechtsvereinbarung liegen mithin vor. A und B haben somit eine taugliche Unrechtsvereinbarung getroffen.

e) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist damit erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

B handelte vorsätzlich.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

---

[61] *Schreiner* (Fn. 57), § 265c Rn. 23.
[62] *Schreiner* (Fn. 57), § 265c Rn. 23.
[63] *Schreiner* (Fn. 57), § 265c Rn. 24.
[64] BT-Drs. 18/8831, S. 16 verweist auf die Definition in § 17 Abs. 2 RennwettG.
[65] BT-Drs. 18/8831, S. 16.
[66] *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2020, § 19a Rn. 26.
[67] *Wittig* (Fn. 66), § 19a Rn. 26.
[68] *Schreiner* (Fn. 57), § 265c Rn. 27.
[69] Siehe bereits oben in der Prüfung des Betrugstatbestands; *Schreiner* (Fn. 57), § 265c Rn. 27.
[70] *Schreiner* (Fn. 57), § 265c Rn. 28.

4. Ergebnis

B hat sich des Sportwettbetrugs gem. § 265c Abs. 2 Var. 1, Var. 2 StGB strafbar gemacht.

III. §§ 265d Abs. 2 StGB

B hat sich durch dieselbe Handlung zudem der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben gem. § 265d Abs. 2 Var. 1, Var. 2 StGB strafbar gemacht.

Insbesondere handelt es sich bei der Deutschen-FIFA-Bundesliga um einen Profisport-Wettbewerb, sodass das Merkmal des berufssportlichen Wettbewerbs i.S.d. § 265d StGB erfüllt ist.

Nach Ansicht des Gesetzgebers tritt § 265d StGB allerdings hinter § 265c StGB zurück.[71]

> *Anmerkung 9*: Aufgrund des konkurrenzrechtlichen Zurücktretens des § 265d StGB war die Bejahung durch wenige Sätze zulässig. Eine andere Ansicht, die Tateinheit gem. § 52 StGB annimmt, ist mit entsprechender Begründung ebenso vertretbar.[72]

B. Strafbarkeit des A

I. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

Indem A und B die Manipulation des Wettgeschehens vereinbarten und B die Wette im Wettbüro des C platzierte, könnte sich A des mittäterschaftlichen Betruges gem. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB gegenüber M und zulasten C strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

A hat selbst nicht getäuscht, sondern sollte die Manipulation des Bundesligaspiels durchführen. Fraglich ist, ob ihm die Täuschungshandlung des B zugerechnet werden kann. Hierfür bedarf es eines gemeinsamen Tatplans und der gemeinsamen Tatausführung.

a) Gemeinsamer Tatplan

Die Grundzüge der Tat und die Rollenverteilung wurden zuvor von A und B in gegenseitigem Einvernehmen festgelegt, sodass ein gemeinsamer Tatplan vorliegt.

b) Gemeinsame Tatausführung

Fraglich ist, nach welchen Merkmalen sich bestimmt, ob A als Täter zu qualifizieren ist.

P_5: Täterschaft oder Teilnahme?

Nach einer Ansicht wird auf den Begriff der Tatherrschaft abgestellt. Dieser Begriff bezeichnet das planvoll lenkende In-den-Händen-Halten der Situation als „Zentralgestalt“ des Geschehens.[73] Die Tatherrschaft ist somit insbesondere durch die Befugnis bzw. die Fähigkeit zur Steuerung des Tatablaufes gekennzeichnet.[74] Hiernach müssen die Beteiligten für diese Steuerung gemeinsam („funktional“) verantwortlich sein, wobei diese Verantwortung auch in Form der arbeitsteiligen Begehung auf verschiedene Tätigkeiten im Tatplan aufgeteilt werden kann.[75]

Vorliegend gibt B den Erstimpuls zur Tatbegehung. Er platziert zudem auch den Wettschein und nimmt somit die konkludente Täuschungshandlung vor. Der Schwerpunkt der Tat liegt somit in den Handlungen des B. Gleichwohl hat A mit der Erfüllung der Verabredung die Grundlage des Betruges als „Zentralgestalt“ in den Händen. Er kann den endgültigen Eintritt eines Vermögensschadens und damit das eigentliche Ziel der Beteiligten entscheidend beeinflussen, sodass eine Mittäterschaft i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB naheliegt.

Nach der normativen Kombinationstheorie[76] wird die Frage nach der gemeinschaftlichen Tatbegehung anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung der Umstände der Tat vorgenommen. Als relevante Umstände sollen dabei das Eigeninteresse am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung sowie die tatsächliche oder zumindest gewollte Tatherrschaft betrachtet werden.

A soll 30 % des erwarteten Wettgewinns erhalten. Er hat also ein erhebliches Eigeninteresse an der Tat, auch wenn dieses wertmäßig geringer ist als das des B. Die Tatinitiierung durch Täuschung nimmt A zwar nicht selbst vor. Der Umfang der Tatbeteiligung ist daher im Geschehen um die Platzierung der Wette als gering einzuschätzen. Dennoch hält A mit der Entscheidung, ob er das Spiel tatsächlich manipuliert das Geschehen als Zentralgestalt in den Händen und ist sich dessen auch bewusst. Gerade aufgrund dieser erheblichen Steuerungsmöglichkeit erhält A eine signifikante Entscheidungsfunktion. Deshalb ist nach wertender Betrachtung der relevanten Umstände A als Mittäter i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB anzusehen. Somit kann die Täuschungshandlung des B dem A zugerechnet werden.

> *Anmerkung 10*: Eine andere Ansicht ist vertretbar. Die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme erfordert eine vertiefte Auseinandersetzung.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte zudem auch vorsätzlich hinsichtlich der Begehung des Betrugstatbestands sowie hinsichtlich der täterschaftlichen Beteiligung seinerseits.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

---

[71] BT-Drs. 18/8831, S. 20

[72] M.w.N. *Bittmann/Großmann/Rübenstahl*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 12), § 265d Rn. 60 f.

[73] *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 3. Aufl. 2003, § 25 Rn. 27 ff.

[74] *Roxin* (Fn. 73), § 25 Rn. 27 ff.

[75] *Roxin* (Fn. 73), § 25 Rn. 27 ff.

[76] M.w.N. zur Rechtsprechungshistorie BGH NStZ 2020, 22.

4. Ergebnis

A hat sich des mittäterschaftlichen Betruges gem. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB gegenüber M und zulasten C strafbar gemacht.

II. §§ 265c Abs. 1 StGB

Indem sich A eine Gewinnbeteiligung an der manipulierten Wette versprechen ließ, hat er sich ebenso des Sportwettbetrugs gem. § 265c Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht.

III. §§ 265d Abs. 1 StGB

Durch dieselbe Handlung hat sich A der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben gem. § 265d Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht.

Konkurrenzen und Gesamtergebnis

B hat sich des Betrugs gem. §§ 263 Abs. 1 StGB sowie des Sportwettbetrugs gem. § 265c Abs. 2 StGB strafbar gemacht. Aufgrund der zusätzlich geschützten Integrität des Sports stehen die Tatbestände in Tateinheit gem. § 52 StGB zueinander.[77]

A hat sich des mittäterschaftlichen Betrugs gem. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB sowie des Sportwettbetrugs gem. § 265c Abs. 1 Var. 1, 2 StGB strafbar gemacht. Ebenso stehen die Tatbestände hier in Tateinheit gem. § 52 StGB zueinander.

Die Strafbarkeiten nach § 265d StGB treten nach dem Willen des Gesetzgebers hinter die Strafbarkeit nach § 265c StGB zurück (siehe bereits oben).

2. Tatkomplex: Verfolgungsjagd

Anmerkung 11: Der Schwerpunkt des zweiten Tatkomplexes liegt auf dem Straftatbestand des Kraftfahrzeugrennens nach § 315d StGB. Die Prüfungen von § 315c StGB unter Punkt A. sowie § 315c und § 315b StGB unter Punkt B. I. und II. sollten knapp abgehandelt werden.

A. Strafbarkeit des B durch zu schnelles Fahren in der Innenstadt

I. § 315c StGB

Indem B mit überhöhter Geschwindigkeit durch die Innenstadt fuhr, könnte er sich der Gefährdung des Straßenverkehrs gem. § 315c StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Eine Verwirklichung einer der sieben straßenverkehrsrechtlichen Todsünden durch grobe Verkehrswidrigkeit sowie Rücksichtslosigkeit gem. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a–g StGB ist offensichtlich nicht erfüllt.

[77] *Schreiner* (Fn. 57), § 265c Rn. 66.

2. Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

II. Ergebnis

B hat sich nicht wegen Gefährdung des Straßenverkehrs gem. § 315c StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des B durch die Fluchtfahrt

I. § 315c StGB

Indem B mit erhöhter Geschwindigkeit vor den Polizisten flüchtete, könnte er sich der Gefährdung des Straßenverkehrs gem. § 315c StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Dafür muss er grob verkehrswidrig und rücksichtslos eine der in § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a–g StGB aufgeführten Todsünden begangen haben. Als Verstoß in Betracht kommt allenfalls § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. d StGB, wenngleich sich der Sachverhalt abgesehen von der überhöhten Geschwindigkeit des B zu weiteren Einzelheiten der Fahrt nicht verhält. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. d Var. 4 StGB scheidet dabei jedoch von vornherein aus. Ebenso § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. d Var. 1 StGB, da sich B laut Sachverhalt explizit auf gerader Strecke fortbewegt und sonstige äußere Umstände, die der Übersichtlichkeit entgegenstehen könnten[78], nicht vorliegen. Eine taugliche Tathandlung liegt bereits nicht vor.

2. Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

3. Ergebnis

B hat sich nicht der Gefährdung des Straßenverkehrs gem. § 315c StGB strafbar gemacht.

Anmerkung 12: Der Tatbestand des § 315c StGB setzt ohnehin voraus, dass infolge der abstrakten Verkehrsgefährdung über diese hinaus eine konkrete Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert eintritt. Es muss demnach über die latente Gefahr für das Rechtsgut hinaus dessen Sicherheit so stark gefährdet sein, dass es nur noch vom Zufall abhängt, ob es zum Schadenseintritt kommt oder nicht.[79] Man spricht insoweit von einem „Beinahe-Unfall".[80] Für diesen ist maßgeblich, dass ein unbeteiligter Beobachter resümieren würde, „es sei gerade noch einmal gut gegangen".[81] Dass bloße „Zu-Schnell-Fahren" oder Rasen stellt aber gerade keine „Existenzkrise" für das gefährdete Rechtsgut dar.

[78] Vgl. *Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 315c Rn. 20.
[79] *Pegel*, in: Joecks/Miebach (Fn. 29), § 315c Rn. 98; BGH NStZ 2013, 167.
[80] BGH StV 2012, 217; BGH BeckRS 2011, 21185 Rn. 6; Beispielsfälle bei *Pegel* (Fn. 79), § 315c Rn. 102.
[81] BGH NStZ 2013, 167.

II. § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB

Durch dieselbe Handlung könnte sich B jedoch des gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Tathandlung

Dazu muss B die Sicherheit des Straßenverkehrs dadurch beeinträchtigt haben, dass er einen ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff wie die in § 315b Abs. 1 Nrn. 1 und 2 StGB normierten vorgenommen hat und dadurch den Straßenverkehr beeinträchtigt hat.

P_6: „Pervertierung“ des Fahrzeugs“

Hierbei kommt nur eine abstrakte Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs, jedoch für B als Verkehrsteilnehmer allenfalls in Gestalt eines sog. *verkehrsfremden Inneneingriffs* durch „Pervertierung“ des Fahrzeugs in Betracht. Der verkehrsfremde Inneneingriff stellt die einzige Fallgruppe dar, in der Inneneingriffe von § 315b StGB umfasst sind. Grundsätzlich sind solche unter den Tatbestand des § 315c StGB zu subsumieren. Ein verkehrsfremder Inneneingriff ist anzunehmen, wenn der Täter sein Fahrzeug als Schadenswerkzeug einsetzt und mindestens mit bedingtem Schädigungsvorsatz handelt.[82] B kommt es lediglich auf die Flucht vor den Polizeibeamten an. Dafür spricht auch, dass er Schäden, insbesondere an seinem Fahrzeug, vermeiden möchte. Der Schädigungsvorsatz liegt demnach nicht vor. Die Pervertierung des Fahrzeugs und dadurch ein abstrakt gefährlicher Eingriff gem. § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB sind abzulehnen.

b) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

2. Ergebnis

B hat sich nicht wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht.

III. § 315 d StGB

Durch die Fluchtfahrt könnte sich B wegen Beteiligung an einem verbotenen Kraftfahrzeugrennen gem. § 315d StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Straßenverkehr

Die Tathandlung muss im Rahmen des Straßenverkehrs veranstaltet worden sein. Das Fluchtgeschehen begann örtlich in den Straßen der Innenstadt und spielte sich sodann auf der Magistrale ab, die dem allgemeinen Straßenverkehr gewidmet und somit Teil des öffentlichen Straßenverkehrs ist.[83]

b) Tathandlung

aa) § 315d Abs. 1 Nr. 1 StGB

B könnte ein nicht erlaubtes Kraftfahrzeugrennen ausgerichtet oder durchgeführt haben. Dafür muss die Fluchtfahrt jedoch zunächst den Charakteristika eines Kraftfahrzeugrennens entsprechen.

P_7: Vorliegen eines Kraftfahrzeugrennens

Möglicherweise stellt die Fluchtfahrt des B mit bis zu 130 km/h StGB über die Magistrale ein nicht erlaubtes Kraftfahrzeugrennen i.S.d. § 315d Abs. 1 Nr. 1 StGB dar.

Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Rennen“ erfolgt in Anlehnung an § 29 Abs. 1 StVO a.F.[84] Danach sind „Rennen“ solche Wettbewerbe oder Teile eines Wettbewerbes, die zwischen mindestens zwei Kraftfahrzeugen mit dem Ziel der Erreichung von Höchstgeschwindigkeiten ausgetragen werden und denen nicht zwangsläufig eine Absprache oder Verabredung des Wettbewerbs vorausgehen muss.[85] Erforderlich, aber auch ausreichend ist demnach, dass mindestens zwei Rennbeteiligte der Fahrt einen Wettbewerbscharakter verleihen, wobei eine konkludente Übereinkunft zu einem Rennen genügt.[86] Auf die Art des Starts (gemeinsamer Start, Einzelstart, Gruppenstart etc.) kommt es ebenfalls nicht an.[87] Vorliegend hat B eine Fluchtfahrt vor den Polizeibeamten zum Zwecke des Entkommens initiiert, woraufhin diese die Verfolgung aufgenommen haben. Es waren folglich jedenfalls zwei Fahrzeuge beteiligt. Zwar ist unschädlich, dass keine Verabredung im Voraus und kein gemeinsamer Startzeitpunkt existiert. Jedoch bestand zwischen B und den Beamten nicht einmal eine konkludente Rennabrede.[88] Eine solche kann den Polizeibeamten im Rahmen ihrer Dienstausübung auch nicht unterstellt werden. Der Verfolgungsjagd zwischen B und den Polizeibeamten fehlt es demzufolge an der für § 315d Abs. 1 Nr. 1 StGB erforderlichen Rennabrede, die der Fahrt erst den erforderlichen Wettbewerbs- bzw. Leistungsprüfungscharakter verleiht.[89] Ein Kraftfahrzeugrennen i.S.d. § 315d Abs. 1 Nr. 1 StGB liegt demnach nicht vor.

bb) § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB

Demnach scheidet ebenso eine Teilnahme des B aus.

[82] BGH JuS 2003, 926; BGH NJW, 2003, 1613 (1614); BGH NStZ, 2014, 86 (87).
[83] *Pegel* (Fn. 79), § 315c Rn. 6.
[84] *Hecker* (Fn. 78), § 315d Rn. 3.
[85] *Hecker* (Fn. 78), § 315d Rn. 3; BT-Drs. 18/10145, S. 9; BT-Drs. 18/12964, S. 5.
[86] *Pegel* (Fn. 79), § 315d Rn. 7.
[87] *Hecker* (Fn. 78), § 315d Rn. 3.
[88] *Hecker* (Fn. 78), § 315d Rn. 3.
[89] So auch *Hecker* (Fn. 78), § 315d Rn. 3. Vgl. für den Fall, dass ein Fahrzeugführer die Polizei zu einem Rennen motivieren will und daraufhin eine Verfolgungsjagd stattfindet: *Preuß*, NZV 2018, 537 (538); zu Verfolgungsjagden mit der Polizei im Allgemeinen die Rennabrede ablehnend *Preuß*, NZV 2017, 105 (109).

cc) § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB[90]

B könnte sich jedoch als Kraftfahrzeugführer mit nicht angepasster Geschwindigkeit und grob verkehrswidrig sowie rücksichtslos fortbewegt haben, um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen.

(1) B als Kraftfahrzeugführer

Indem B die wesentlichen technischen Vorrichtungen zur Fahrzeugfortbewegung bedient hat, hat er als Kraftfahrzeugführer agiert, als er seinen Sportwagen durch die Innenstadt sowie über die Magistrale gefahren hat.[91]

(2) Fortbewegung mit nicht angepasster Geschwindigkeit

B müsste sich mit nicht angepasster Geschwindigkeit fortbewegt haben. Erfasst wird dabei jedes zu schnelle Fahren, das Geschwindigkeitsbegrenzungen verletzt oder der konkreten Verkehrssituation zuwiderläuft.[92] Indem B 130 km/h bei erlaubten 60 km/h gefahren ist und somit die erlaubte Höchstgeschwindigkeit um mehr als das Doppelte überschritten hat, hat er Geschwindigkeitsbegrenzungen erheblich verletzt und sich mit unangepasster Geschwindigkeit fortbewegt.

(3) Grob verkehrswidrig und rücksichtslos

Dabei müsste B grob verkehrswidrig und rücksichtslos gehandelt haben. Grob verkehrswidrig handelt, wer objektiv besonders schwer gegen Verkehrsvorschriften verstößt.[93] In der Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit um mehr als das Doppelte liegt jedenfalls ein besonders schwerwiegender Verstoß.

In Orientierung an § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB handelt rücksichtslos, wer sich seiner Pflichten im Straßenverkehr bewusst ist, sich aber aus eigensüchtigen Beweggründen, etwa um ungehindert vorwärtszukommen, über diese hinwegsetzt, ebenso, wer sich aus Gleichgültigkeit nicht auf seine Pflichten besinnt, Hemmungen gegen seine Fahrweise gar nicht aufkommen lässt und unbekümmert um die Folgen seiner Fahrweise „drauf los“ fährt.[94]

Nach der Rechtsprechung kommt es für die Beurteilung der Rücksichtslosigkeit auf alle Umstände der konkreten Verkehrssituation an.[95] Allein eine grobe Verkehrswidrigkeit begründet noch nicht zwingend Rücksichtslosigkeit.[96] Beschränkt sich der Vorsatz auf den Verkehrsverstoß, kommt es auf die in der konkreten Verkehrssituation vorliegenden Motivlage des Täters an.[97]

B ist „völlig fixiert auf eine erfolgreiche Flucht“ und insbesondere „ohne Rücksicht auf Risiken“ ungeachtet seiner Pflichten als Verkehrsteilnehmer „drauf los“ gefahren. Er hat dabei kein Gefühl der Verantwortung für die Belange seiner Mitmenschen, sondern verfolgt nur sein eigenes Ziel des Fortkommens aus der Situation. B handelte mithin rücksichtslos.

> *Anmerkung 13*: Eine andere Ansicht ist hier – angesichts der Sachverhaltsangaben – nicht vertretbar.

dd) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen des objektiven Tatbestands sind erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale

B muss zudem vorsätzlich gehandelt haben. B war sich bewusst, dass er mit überhöhter Geschwindigkeit unangepasst fuhr und dadurch seine Pflichten im Straßenverkehr verletzte. Er handelte mit Vorsatz hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale.

b) § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB: Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen

Wenngleich es nach der h.M. völlig unerheblich ist, ob der Täter letztlich die Leistungsgrenze seines Wagens erreicht,[98] so ist jedoch speziell für § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB jedenfalls erforderlich, dass der Täter in der Absicht handelt, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen. Das OLG Stuttgart und das OLG Köln fordern hierbei die Absicht des Erzielens einer relativen Höchstgeschwindigkeit im Sinne einer „möglichst hohen“ Geschwindigkeit, die viele relative Komponenten, etwa die fahrzeugspezifische Höchstgeschwindigkeit, die Beschleunigung und das subjektive Geschwindigkeitsempfinden sowie die Verkehrslage und die Witterungsbedingungen berücksichtigt (sog. fahrzeugspezifische Zusammenschau).[99]

> *P_8*: Zurücktreten der Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen in Konstellationen der Polizeiflucht?

[90] Bei § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB handelt es sich gewissermaßen um einen Auffangtatbestand für jene Fälle, in denen der Nachweis eines Rennens – selbst bei Teilnahme mehrerer Fahrzeuge – nicht gelingt. Vgl. *Pegel* (Fn. 79), § 315d Rn. 22; *v. Boetticher*, Prot. 18/157 BT-Rechtsausschuss, S. 13, 24; *Kulhanek*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 12), § 315d Rn. 32.
[91] *Pegel* (Fn. 79), § 315d Rn. 19.
[92] *Pegel* (Fn. 79), § 315d Rn. 24.
[93] *Pegel* (Fn. 79), § 315c Rn. 78.
[94] *Pegel* (Fn. 79), § 315c Rn. 82.
[95] M.w.N. *Renzikowski*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 315c Rn. 25 f.
[96] OLG Düsseldorf NZV 1995, 115 f.; *Renzikowski* (Fn. 95), § 315c Rn. 26.
[97] *Hecker* (Fn. 78), § 315c Rn. 29; *Renzikowski* (Fn. 95), § 315c Rn. 26.
[98] *Heger*, in: Lackner/Kühl (Fn. 13), § 315d Rn. 5: „überschießende Innentendenz“ und *Kulhanek* (Fn. 90), § 315d Rn. 41; a.A. LG Stade, Beschl. v. 4.7.2018 – 132 Os 88/18.
[99] OLG Köln NStZ-RR 2020, 224 (226); OLG Stuttgart NJW 2019, 2787; *Pegel* (Fn. 79), § 315d Rn. 26: gemeint sei eine *möglichst hohe Geschwindigkeit*; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 69. Aufl. 2022, § 315d Rn. 17; *Kulhanek* (Fn. 90), § 315d Rn. 41 f.; *Heger* (Fn. 98), § 315d Rn. 5; KG Berlin, Beschl. v. 15.4.2019 – 3 Ss 25/19.

Fraglich ist jedoch, ob die Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, im Fall der Polizeiflucht nicht hinter das primäre Fluchtmotiv zurücktritt. Einer Ansicht zufolge fehlt es im Fall der Polizeiflucht an dem Willen, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen.[100] Dieser Ansicht nach müsse nämlich die Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, aufgrund der ansonsten weiten Auslegungsmöglichkeit des Tatbestands, alleiniger Beweggrund für die Fahrt sein. Die Verfolgungsjagd wird dabei auch aus subjektiver Sichtweise des Fahrenden nicht als Wettbewerb oder Leistungsprüfung eingestuft.[101] Die Verneinung des Tatbestandsmerkmals des „Rennens“ in § 315d Abs. 1 Nrn. 1 und 2 StGB führt normsystematisch konsequent zur Ablehnung des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB.

Gegen ein Zurücktreten[102] spricht, dass auch der vor der Polizei Fliehende vordergründig aus faktischer Sicht die Absicht hat, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen. Die Fluchtfahrt dient gerade zur Erlangung einer höchstmöglichen Geschwindigkeit.

Die Auffassung, wonach das immanente Fluchtmotiv der Verfolgungsjagd zugleich die Absicht des Fliehenden, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, verdrängt und die Polizeiflicht deshalb nicht der Strafbarkeit nach § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB unterliegen soll, findet keine Stütze im Wortlaut der Norm. Der Wortlaut „um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen“ gibt keinen Anlass zu einer einschränkenden Auslegung, die dem Gesetzgeber mit anderer Formulierung – beispielsweise bei Voranstellen des Wortes „allein“ – ohne weiteres möglich gewesen wäre. Der Sinn und Zweck der Vorschrift als „Auffangtatbestand“ zur Erfassung der Fälle des sog. Einzelrasers[103] spricht ebenso aus teleologischer Sicht dafür, auch in Fällen der Polizeiflucht eine Strafbarkeit nach § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB zu bejahen, soweit die weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen.

Gleichwohl wird aus der Gesetzesbegründung deutlich, dass mit dem Tatbestand gem. § 315d Abs. 1 StGB insbesondere durch das Erfordernis des – oben für Fälle der Polizeiflucht abgelehnten – Renncharakters von bloßen, auch erheblichen, Geschwindigkeitsüberschreitungen abgegrenzt werden soll.

Die durch § 315d Abs. 1 StGB zu sanktionierende Gefahr resultiere maßgeblich daraus, dass Rennteilnehmer durch den Wettbewerbscharakter der Fahrt zusätzlich bestärkt würden, Fahr- und Verkehrssicherheit außer Acht zu lassen und für einen Zuwachs an Geschwindigkeit den Verlust der Kontrolle über ihr Fahrzeug in Kauf zu nehmen.[104] Zudem soll § 315d Abs. 1 StGB solche Fälle erfassen, in denen die Aufmerksamkeit des Fahrers im Unterschied zu „normalen“ Geschwindigkeitsüberschreitungen nicht allein auf den Straßenverkehr gerichtet, sondern notwendigerweise maßgeblich auch durch den Mitbewerber gebunden ist.[105]

P_9: Modalitätenäquivalenz i.R.d. § 315d StGB?

Fraglich ist deshalb aus systematischer Sicht, inwieweit die Verneinung einer Rennabrede i.S.d. § 315d Abs. 1 Nrn. 1 und 2 StGB zugleich auf den Tatbestand des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB durchschlägt bzw. in welchem Maße und in welcher Gestalt also der „Renncharakter“ i.R.d. § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB vorliegen muss.

Dafür, i.R.d. § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB jedenfalls eine abgeschwächte Form des Renncharakters genügen zu lassen, spricht wiederum der Wortlaut des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB der zwar der Überschrift des § 315d „Verbotene Kraftfahrzeugrennen“ untersteht, jedoch gerade im Unterschied zu § 315d Abs. 1 Nrn. 1 und 2 StGB nach seinem Wortlaut nicht ausdrücklich an ein Kraftfahrzeugrennen anknüpft. Auch mangels Rennabrede musste B zur Absicherung seiner Flucht die Verfolger X und Y im Blick behalten, sodass er dem Straßenverkehr nur eine deutlich verringerte Aufmerksamkeit widmen konnte. Bei mehr als doppelter Geschwindigkeit ist ein Kontrollverlust über das Fahrzeug zudem keinesfalls fernliegend. Die durch § 315d Abs. 1 StGB zu sanktionierende rennspezifische Gefahrenlage bestand demnach auch im vorliegenden Fall, ohne dass hierfür die Rennabrede erforderlich gewesen wäre. Diese objektiv feststellbare Gefahren- und Risikolage und ihre Vergleichbarkeit mit den von § 315d Abs. 1 StGB generell in den Blick genommenen Fällen des Kraftfahrzeugrennens muss maßgeblich sein. Soll § 315d Abs. 1 StGB gerade solche Fälle erfassen, die gegenüber bloßen Geschwindigkeitsüberschreitungen ein abstrakt höheres Gefährdungspotential aufweisen, wäre es sinnwidrig und kaum vertretbar, für eine Strafbarkeit bei identischer Fahrweise und gleicher abstrakter Gefährdungslage allein danach zu differenzieren, welche Motive die Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, letztlich ausgelöst haben oder begleiten. Eine Aufklärung der konkreten Motivation im Einzelfall sowie deren Einordnung als extrinsisch oder intrinsisch dürfte – nicht zuletzt bei Vorliegen von Motivbündeln – zudem kaum verlässlich möglich sein.[106]

Im vorliegenden Fall spricht jedenfalls auch die Tatsache, dass B später seinen Geschwindigkeitsvorsprung als Triumph von seinen Freunden feiern lässt, dafür, dass er die Flucht auch subjektiv als Wettbewerb bzw. Leistungsvergleich ansieht und sein Entkommen entsprechend als Sieg empfindet.

Die besseren Argumente streiten deshalb dafür, die Polizeiflucht als tatbestandsmäßig anzusehen, da auch sie von einer

[100] *Hecker* (Fn. 78), § 315d Rn. 3, 9.
[101] So im Ergebnis aus objektiven und subjektiven Gesichtspunkten *Hecker* (Fn. 78), § 315d Rn. 3, 9.
[102] OLG Stuttgart NJW 2019, 2787.
[103] *Pegel* (Fn. 79), § 315d Rn. 22; *v. Boetticher* (Fn. 90), S. 13, 24; *Kulhanek* (Fn. 90), § 315d Rn. 32.
[104] BT-Drs. 18/12964, S. 5; BT-Drs. 18/10145, S. 9.
[105] BT-Drs. 18/12964, S. 5; BT-Drs. 18/10145, S. 9.
[106] Für die in § 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. a StGB normierte Absicht, einen Unglücksfall herbeizuführen, [spielen] weitere Ziele des Täters [auch] keine Rolle: Dazu *Fischer* (Fn. 99), § 315 Rn. 22; *Hecker* (Fn. 78), § 315 Rn. 22; *Kudlich*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 12), § 315 Rn. 23; *Heger* (Fn. 98), § 315 Rn. 8; BGH NStZ-RR 2001, 298.

renntypischen Gefährdungslage gekennzeichnet ist. Auch wenn das Ziel des „Wettbewerbs“ hier nicht im bloßen Sieg, sondern in der gelungenen Flucht liegt, ist die risikobezogene Vergleichbarkeit mit den sportlichen Wettbewerben gegeben.

> *Anmerkung 14*: Eine andere Ansicht ist mit entsprechender Begründung vertretbar.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

4. Ergebnis

B hat sich wegen „Rasens“ gem. § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht.

IV. § 113 Abs. 1 Var. 1 StGB

Durch die Fluchtfahrt könnte sich B wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte gem. § 113 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben.

> *Anmerkung 15*: Die Prüfung des § 113 Abs. 1 StGB ist nicht zwingend notwendig, da erkennbar keine Gewalt oder Drohung mit Gewalt vorliegt. Es sollte jedoch positiv anerkannt werden, wenn kurz auf § 113 Abs. 1 StGB eingegangen wird.

1. Objektiver Tatbestand

Dazu muss B einen Amtsträger bei der Vornahme einer Diensthandlung mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt Widerstand geleistet haben.

a) Tatopfer

Die Polizeibeamten X und Y als Amtsträger gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB sind taugliche Tatopfer.

b) Tatsituation

Im Zeitpunkt der Handlung des B muss eine Vollstreckungshandlung, also eine gezielt hoheitliche Maßnahme zur Regelung eines konkreten Einzelfalls[107] durch X und Y unmittelbar bevorgestanden und/oder noch stattgefunden haben[108]. Die Streifenfahrt der Polizisten ist eine allgemeine, nicht einzelfallbezogene Kontrollmaßnahme.[109] X und Y haben B jedoch gezielt hoheitlich gem. § 36 Abs. 1 und 5 StVO zum Halten aufgefordert. Die dadurch unmittelbar bevorstehende verkehrspolizeiliche Überprüfung als Vollstreckungshandlung[110] begründet eine taugliche Tatsituation i.S.d. § 113 StGB.

c) Tathandlung

A müsste mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt Widerstand geleistet haben. Gewalt ist die durch tätiges Handeln gegen die Vollstreckungsperson gerichtete Kraftäußerung zur Verhinderung oder Erschwerung der Diensthandlung.[111] Ein effektiver Erfolg der Widerstandshandlung ist zwar nicht erforderlich („unechtes Unternehmensdelikt“).[112] Durch die bloße Flucht mit dem Auto hat A aber keine Kraft gegen X und Y entfaltet.[113] Insofern fehlt es an einer Kraftentfaltung und damit an der Gewalt.

d) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

2. Ergebnis

B hat sich nicht wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte gem. § 113 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht.

> *Anmerkung 16*: Indem B die Polizeibeamten durch seine eigene Flucht zur Verfolgungsjagd veranlasste, könnte er sich wegen Nötigung gem. § 240 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben. Mit der Flucht wirkte B aber gerade nicht auf die Polizeibeamten ein, sondern entzog sich diesen. Insofern liegt offensichtlich keine tatbestandsmäßige Nötigungshandlung vor, sodass auf eine gutachterliche Prüfung des Tatbestands verzichtet wird. Auf das Verhältnis von § 240 StGB und § 113 StGB kommt es dementsprechend auch nicht mehr an.

Gesamtergebnis

B hat sich im zweiten Tatkomplex lediglich gem. § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht.

---

[107] *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 113 Rn. 13.
[108] *Eser* (Fn. 107), § 113 Rn. 15.
[109] *Eser* (Fn. 107), § 113 Rn. 13.
[110] *Eser* (Fn. 107), § 113 Rn. 13; *Janiszewski*, NStZ 1996, 586 (587); ausreichen soll sogar bereits die Halteaufforderung zwecks einer nicht anlassbezogenen, sondern allgemeinen Verkehrskontrolle, vgl. BGH NJW 1974, 1254; OLG Celle NJW 1973, 2215; *Teubner*, DRiZ 1975, 243; zustimmend auch *Krause*, JR 1975, 118; kritisch *Ehlen/Meurer*, NJW 1974, 1776.
[111] *Eser* (Fn. 107), § 113 Rn. 42.
[112] *Eser* (Fn. 107), § 113 Rn. 40 f.; BGH NStZ 2013, 336.
[113] *Eser* (Fn. 107), § 113 Rn. 40 f.; BGH NStZ 2013, 336 (337).

Schwerpunktbereichsklausur Rechtsgeschichte: Nationalsozialistisches Strafrecht*

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Joachim Kummer**, Berlin**

Sachverhalt

Erste Quelle

„Die Reichsregierung hat das folgende Gesetz beschlossen, das hiermit verkündet wird:

Art. 1. Rechtsschöpfung durch entsprechende Anwendung der Strafgesetze

Die §§ 2 […] des Strafgesetzbuchs erhalten folgende Fassung:

§ 2

Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft. […]“[1]

Zweite Quelle

„Der Ministerrat für die Reichsverteidigung verordnet mit Gesetzeskraft:

1. Sachliches Strafrecht

(1) Polen und Juden haben sich in den eingegliederten Ostgebieten entsprechend den deutschen Gesetzen und den für sie ergangenen Anordnungen der deutschen Behörden zu verhalten. Sie haben alles zu unterlassen, was der Hoheit des Deutschen Reiches und dem Ansehen des deutschen Volkes abträglich ist.

(2) Sie werden mit dem Tode bestraft, wenn sie gegen einen Deutschen wegen seiner Zugehörigkeit zum deutschen Volkstum eine Gewalttat begehen.

(3) Sie werden mit dem Tode, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe bestraft, wenn sie durch gehässige oder hetzerische Betätigung eine deutschfeindliche Gesinnung bekunden, insbesondere deutschfeindliche Äußerungen machen oder öffentliche Anschläge deutscher Behörden oder Dienststellen abreißen oder beschädigen, oder wenn sie durch ihr sonstiges Verhalten das Ansehen oder das Wohl des Deutschen Reiches oder des deutschen Volkes herabsetzen oder schädigen. […]“[2]

Dritte Quelle

„[…]

Artikel III. Strafrechtliche Maßnahmen gegen Gemeinschaftsfremde

§ 6

(1) Wer durch wiederholte verbrecherische Betätigung sowie nach seiner sonstigen Lebensführung und nach seiner Persönlichkeit einen eingewurzelten Hang zu ernsten Straftaten erkennen läßt, wird als gemeinschaftsfeindlicher Verbrecher zu Zuchthaus von unbestimmter Dauer verurteilt, sofern nicht aus Anlaß der Tat auf eine schwerere Strafe zu erkennen oder der Täter als unverbesserlich der Polizei zu überweisen ist. Der Richter setzt im Urteil das Mindestmaß der Zuchthausstrafe fest; es darf nicht weniger als 5 Jahre betragen.

(2) Der gemeinschaftsfeindliche Verbrecher verfällt der Todesstrafe, wenn der Schutz der Volksgemeinschaft oder das Bedürfnis nach gerechter Sühne es erfordert.

(3) Erlangt der Richter die Überzeugung, daß ein gemeinschaftsfeindlicher Verbrecher die Einordnung in die Volksgemeinschaft nicht mehr erwarten läßt, so überweist er ihn als unverbesserlich der Polizei, sofern nicht auf Todesstrafe zu erkennen ist. […]“[3]

Aufgabe

Fertigen Sie eine rechtsgeschichtliche Exegese zu den drei Quellen an: Fassen Sie ihren wesentlichen Inhalt zusammen, stellen Sie die formellen Gesichtspunkte (Quellengattung, Verfasser, Adressatenkreis sowie sprachliche Besonderheiten) dar und benennen Sie kurz die Titel, die Zeitpunkte des Inkrafttretens sowie die historische Relevanz der Quellen. Beantworten Sie zudem folgende Fragen:

1. Welche historischen Hintergründe haben zur Entstehung dieser Quellen beigetragen?

2. Welche typischen Eigenschaften der nationalsozialistischen Strafrechtgesetzgebung kommen in diesen Quellen zum Ausdruck? Welcher Zweck wurde damit verfolgt?

3. Wie hat sich (in groben Zügen) das Strafrecht nach 1945 diesbezüglich weiterentwickelt? Ist die nach 1945 anzutreffende Behauptung, der Rechtspositivismus sei für das NS-Unrecht (mit-)verantwortlich, zutreffend?

---

* Bei der Klausur handelt es sich um eine (mittelschwere) Abschlussprüfung im universitären Schwerpunktbereich „Deutsche Rechtsgeschichte“. Das Thema ist die nationalsozialistische Strafgesetzgebung. Die Fragestellung konzentriert sich auf die typischen Eigenschaften der nationalsozialistischen Strafgesetze sowie ihren politischen Zweck.

** *Kummer* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsche und Europäische sowie Vergleichende Rechtsgeschichte an der Freien Universität Berlin.

[1] Abgedr. in: *v. Münch*, Gesetze des NS-Staates, 1994, S. 93 f.

[2] Abgedr. in: Deutsches Reichsgesetzblatt Band 1941 Teil I, Nr. 140, S. 759 ff.

[3] Abgedr. in: *Ayaß*, „Gemeinschaftsfremde“ – Quellen zur Verfolgung von „Asozialen“ 1933–1945, 1998, S. 715 f.

Lösungsvorschlag

I. Inhaltsangabe

Die erste Quelle enthält eine Änderung des Strafgesetzbuches. Gem. § 2 S. 1 ist jemand nicht nur nach dem Gesetzestext zu bestrafen, sondern auch dann, wenn es dem „gesunden Volksempfinden“ und dem „Grundgedanken“ eines Strafgesetzes entspricht. Sofern keine unmittelbare Anwendung eines Strafgesetzes möglich ist, erlaubt § 2 S. 2 die entsprechende Anwendung von Strafvorschriften, deren „Grundgedanke“ auf die Straftat am besten anwendbar ist.

Die zweite Quelle bildet einen Ausschnitt aus einer Verordnung des Ministerrates für die Reichsverteidigung ab. Danach haben sich „Juden“ und „Polen“ in den besetzen Gebieten den Anordnungen und Gesetzen des Deutschen Reiches unterzuordnen. Alles dem „Ansehen des deutschen Volkes“ und der „Hoheit des Deutschen Reiches“ Abträgliche, ist zu unterlassen. Auf Gewalttaten gegen Deutsche als „Angehörige des Deutschen Volkstums“ steht die Todesstrafe. Die Bekundung einer „deutschfeindlichen Gesinnung“, etwa durch „deutschfeindliche Äußerungen“, dem Beschädigen und Zerstören öffentlicher Kundmachungen oder sonstige, das Ansehen des „Deutschen Volkes“ schädigende Taten werden mit dem Tod oder einer Freiheitsstrafe bestraft.

In der dritten Quelle wird gem. § 6 Abs. 1 wegen gemeinschaftsschädlicher Verbrechen mit unbestimmter Freiheitsstrafe bestraft bzw. der Polizei überwiesen, wer durch wiederholte verbrecherische Betätigung sowie aufgrund seines Lebenswandels und seiner Persönlichkeit einen Hang zu weiteren „ernsten Straftaten“ zeigt. Sofern es die „gerechte Sühne“ oder der „Schutz der Volksgemeinschaft“ erfordert, wird gem. § 6 Abs. 2 die Todesstrafe verhängt. „Unverbesserliche“, deren Einordnung in die „Volksgemeinschaft“ nicht möglich erscheint, sollen gem. § 6 Abs. 3 vom erkennenden Richter entweder mit dem Tode bestraft oder der Polizei übergeben werden.

II. Formelle Gesichtspunkte

Bei allen drei Quellen handelt es sich um Ausschnitte aus Gesetzestexten, Gesetzesänderungen sowie Gesetzesentwürfen. Sie sind Teil der nationalsozialistischen Strafgesetzgebung. Verfasser der ersten Quelle ist die Reichsregierung, die zweite Quelle wurde vom Ministerrat für Reichsverteidigung erlassen. Dabei handelte es sich um einen Ausschuss aus dem Reichsverteidigungsrat, der wiederum einen Zusammenschluss aus mehreren Reichministerien zum Zweck der Kriegsplanung darstellte. Die dritte Quelle ist im Entwurfsstadium geblieben, ihre Autoren waren hauptsächlich die Strafrechtswissenschaftler *Edmund Mezger* (1883–1962) sowie *Franz Exner* (1881–1947). Adressaten der ersten Quelle sind alle unter den Anwendungsbereich des Gesetzes fallende, also hauptsächlich Deutsche, die zweite Quelle richtet sich an Polen und Juden in den besetzen Ostgebieten. Die dritte Quelle richtet sich an sog. „Gemeinschaftsfremde“ sowie die Rechtsprechung und die Polizei.

Nach außen wird die Gesetzesform gewahrt, wobei die zweite Quelle nicht nach Paragrafen, sondern nur nach Nummern gegliedert ist. Auf einer rein sprachlichen Ebene, d.h. unabhängig von der inhaltlichen Einordung (V.), fallen die zahlreichen kurzen und unklaren Begriffe auf. Hierzu zählen bspw. das in der ersten Quelle genannte „gesunde Volksempfinden“ sowie der Verweis auf die „Grundgedanken eines Strafgesetzes“. In der zweiten Quelle finden sich z.B. Wendungen wie das „Ansehen des deutschen Volkes“ und die „deutschfeindliche Gesinnung“. Die dritte Quelle knüpft an die „Persönlichkeit“ und „Lebensführung“ an. Sie enthält im Übrigen sehr vage Rechtsfolgeanordnungen, da unklar bleibt, was mit der „Überweisung“ an die „Polizei“ gemeint ist.

III. Historische Verortung

Die erste Quelle ist ein Teil aus dem „Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches“ vom 28.6.1935 (sog. „Analogienovelle“). Die zweite Quelle gibt die „Verordnung über die Strafrechtspflege gegen Polen und Juden in den eingegliederten Ostgebieten“ vom 4.12.1941, (sog. „Polenstrafrechtsverordnung“) teilweise wieder. Die dritte Quelle ist der „Entwurf für ein Gemeinschaftsfremdengesetz“ vom 17.3.1944. Sie alle waren Teil der nationalsozialistischen Strafgesetzgebung. Als solche zielten sie darauf ab, nationalsozialistisches Strafrecht neu zu schaffen oder bestehendes Strafrecht im nationalsozialistischen Sinne umzuformen.

IV. Erste Frage: Historische Hintergründe

1. Sog. „Machtergreifung“ bzw. „Machtübernahme“

Die politische Grundlage für die nationalsozialistische Strafgesetzgebung bildete die sog. „Machtergreifung“ bzw. „Machtübernahme“. Ihre wesentlichen Schritte waren die Ernennung *Hitler*s zum Reichskanzler am 30.1.1933 sowie die Reichstagsbrandnotverordnung am 27./28.2.1933 als Folge des Reichstagsbrandes. Mithilfe des kurz darauffolgenden sog. „Ermächtigungsgesetzes“ (24.3.1933), des „Gesetzes zur Gleichschaltung von Reich und Ländern“ (31.3.1933) und des „Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums“ (7.4.1933) zerstörte das NS-Regime rechts- und bundesstaatliche Prinzipien und vertrieb jüdische sowie politisch unliebsame Beamte aus den Behörden. Andere politische Parteien wurden entweder schon früh in die Illegalität gedrängt, zur Selbstauflösung gezwungen oder durch das „Gesetz gegen die Neubildung von Parteien“ (14.7.1933) endgültig verboten. Die politischen Morde im Rahmen des sog. „Röhm-Putsches“ (30.6.1934) beseitigten die innerparteilichen Differenzen in der NSDAP. Den vorläufigen Abschluss der „Machtergreifung“ bzw. „Machtübernahme“ bildete die Zusammenlegung der Ämter des Reichspräsidenten und des Reichskanzlers in der Person *Adolf Hitler*s, welche am 19.8.1934 per Volksabstimmung „legitimiert“ wurde.

2. Nationalsozialistische Ideologie

Die NS-Ideologie verfügte über kein geschlossenes oder systematisches Weltbild, stattdessen bestand ein in sich widersprüchliches Nebeneinander von mehreren radikalisierten Ideen, Autoritäten und Inhalten.[4] Allerdings lassen sich Kern-

[4] *Hähnchen*, Rechtsgeschichte, 6. Aufl. 2021, § 16 Rn. 828;

elemente der nationalsozialistischen Ideologie ausmachen. Zu Ihnen gehörte die Demokratiefeindlichkeit und der extreme Antiliberalismus der nationalsozialistischen Herrschaft. Sie ging von einem „Führerprinzip" bzw. „Führerkult" aus und wies dem „Führer" die höchste Autorität im NS-Staat zu. Gleichzeitig galt aber auch die NSDAP und ihr Parteiprogramm als maßgebliche Autorität und Quelle nationalsozialistischer Ideologie bzw. ihrer Interpretation und Weiterentwicklung.[5] Daneben trat ein extremer Antisemitismus und eine völkische Rassenideologie: Sie zeichnete sich durch ein totalitäres Gemeinschaftsdenken aus, d.h. der „Schutz" der „Volksgemeinschaft" war vorrangig gegenüber dem Schutz des Einzelnen. Wer zur „Volksgemeinschaft" gehörte und wer demgegenüber zu den „Gemeinschaftsfremden" zählte, entschied sich nach sozialdarwinistischen, rassistischen und antisemitischen „Kriterien". Die völkische Rassenideologie diente damit der Ausgrenzung und Vernichtung aller „Gemeinschaftsfremden", insbesondere der jüdischen Bevölkerung, „Asozialer", politisch Andersdenkender und der Bevölkerung in den Besatzungsgebieten.[6]

3. Strafrecht der Weimarer Republik und Strafgesetzgebung im „Dritten Reich"

In der Weimarer Republik galt das Strafrecht des Kaiserreichs, insbesondere das RStGB von 1871. Rechtsstaatliche Prinzipien wie z.B. das Analogieverbot und die Bindung der Justiz an das Strafgesetz waren einfachgesetzlich (§ 2 RStGB) und verfassungsrechtlich (Art. 116 WRV) verankert. Das Strafgesetz knüpfte an die Tat und nicht an den Täter an, war also Tatstrafrecht.

Diese Prinzipien verloren jedoch zunehmend an Bedeutung: Der bereits Ende des 19. Jahrhunderts kritisierte Rechtspositivismus war in der Rechtswissenschaft der Weimarer Republik bestenfalls umstritten.[7] Auch die Justiz löste sich zunehmend von der Bindung an das Strafgesetz.[8] Parallel hierzu nahm die praktische Bedeutung des Analogieverbotes ab und die Anzahl von unbestimmten Begriffen und Generalklauseln in Strafgesetzen zu, beispielsweise in den ab 1921 erlassenen Republikschutzgesetzen.[9] Vertreter der Strafrechtslehre forderten derweil ein autoritäreres Strafrecht, eine Materialisierung des Verbrechensbegriffs sowie eine stärkere Orientierung der Straftat am Willen und der Persönlichkeit des Täters.[10]

Zu Beginn des NS-Regimes bestand das Strafrecht der Weimarer Republik zunächst fort. Eine umfassende Strafrechtskodifikation im nationalsozialistischen Sinne wurde zwar angestrebt, kam jedoch nie zur Vollendung. Die NS-Strafgesetzgebung bestand daher größtenteils aus Gesetzesänderungen und Einzelgesetzen im Nebenstrafrecht.[11] Hierzu gehörten z.B. das „Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung" (1933), das sog. „Heimtückegesetz" (1934) oder das sog. „Blutschutzgesetz" (1935). Zu dieser Einzelgesetzgebung gehört auch die vorliegende „Analogienovelle", welche ursprünglich die Gesamtreform des Strafrechts vorwegnehmen sollte.[12] Sie konnte hierbei an die Strafrechtslehre anknüpfen, die das Analogieverbot bereits vor 1933 relativiert hatte.[13] Die NS-Gesetzgebung radikalisierte also die bereits in der Weimarer Republik vorhandene Entwicklung des Strafrechts.[14] Ab 1939 mehrte sich die Gesetzgebung zum Kriegsstrafrecht. Es diente als Terrorinstrument gegenüber der Bevölkerung der besetzten Gebiete, zu dem auch die „Polenstrafrechtsverordnung" gehörte. Die Arbeiten in der Strafgesetzgebung wurden bis zum Kriegsende fortgesetzt wie der in der dritten Quelle abgebildete Entwurf des Gemeinschaftsfremdengesetzes vom 17.3.1944 zeigt. Er sollte den Kreis der „Gemeinschaftsfremden" endgültig gesetzlich bestimmen.[15] Der Quellenausschnitt ist der letzte veröffentlichte Entwurf des 1940 begonnenen und unvollendet gebliebenen Gesetzgebungsprojektes.[16]

V. Zweite Frage: Eigenschaften und Zweck der NS-Strafgesetzgebung

1. Typische Eigenschaften der NS-Strafgesetzgebung

Die vorliegenden Gesetzestexte und -entwürfe drücken wesentliche Gedanken des nationalsozialistischen Strafrechtsverständnisses exemplarisch aus. Hierzu gehören die Durchsetzung eines materiellen Verbrechensbegriffs und die Auflösung gesetzlicher Bindungen, die Etablierung eines Willens- und Gesinnungsstrafrechts, des Täterstrafrechts bzw. der Ge-

Werle, Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, 1989, S. 45 f. m.w.N.

[5] *Grawert*, Die nationalsozialistische Herrschaft, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1, 3. Aufl. 2003, § 6 Rn. 36.

[6] Vordenker der Rassenideologie waren u.a. *Arthur Gobineau* und *Houston Stewart Chamberlain*, hierzu *Rüping/Jerouschek*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl. 2011, S. 97; *Schlinker*, Rechtsgeschichte, 2021, § 49 Rn. 1.

[7] *Foljanty*, Recht oder Gesetz, 2013, S. 21 f.; *Frommel*, in: Rottleuthner (Hrsg.), Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, 1983, S. 45 (45); *Hähnchen* (Fn. 4), § 16 Rn. 828; *Maus*, Justiz als gesellschaftliches Über-Ich, 2018, S. 104 ff.

[8] *Vogel*, ZStW 115 (2004), 638 (650) mit Beispielen aus der Rspr. des RG.

[9] *Marxen*, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, 1975, S. 192 f.; *Neumann*, Behemoth, 2018, S. 516 f.; *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 4. Aufl. 2019, S. 160 ff.

[10] *Foljanty* (Fn. 7), S. 139; *Marxen* (Fn. 9), S. 190; *Vogel*, ZStW 115 (2004), 638 (651, 658); *Frommel* (Fn. 7), S. 46 ff.; *Zabel*, in: Koch/Kubiciel/Löhnig (Hrsg.), Strafrecht zwischen Novemberrevolution und Weimarer Republik, 2020, S. 255 (261 ff.).

[11] *Marxen* (Fn. 9), S. 202.

[12] *Werle* (Fn. 4), S. 141 f.

[13] *Vormbaum* (Fn. 9), S. 192.

[14] *Vogel*, ZStW 115 (2004), 638 (655).

[15] *Werle* (Fn. 4), S. 619.

[16] Ausführlich hierzu *Werle* (Fn. 4), S. 621 ff.

meinschaftsschädlichkeit von Verbrechen sowie das drakonische und willkürliche Strafmaß. Derartige Strafrechtsverständnisse gab es, wie oben erwähnt, zwar schon vor 1933. Sie kamen jedoch im „Dritten Reich“ in besonders radikalisierter Form zur Geltung.

a) Materieller Verbrechensbegriff und Auflösung gesetzlicher Bindungen

Um die NS-Ideologie im Strafrecht durchzusetzen, stützte sich die Gesetzgebung in extremer Weise auf einen materiellen Verbrechensbegriff.[17] Bestraft werden sollte nicht die gesetzlich (möglichst präzise) festgelegte Straftat, sondern jede Handlung, welche die NS-Ideologie als strafwürdig ansah. Diese Verlagerung auf den materiellen Verbrechensbegriff kam besonders in den zahlreichen unbestimmten Begriffen und Generalklauseln zum Ausdruck, welche das gesamte NS-Strafrecht durchzogen.[18] Anstelle der Begrenzung des Strafrechts durch den Wortlaut des Tatbestandes verwiesen die oft kurzen und unklaren Strafnormen daher fast ausschließlich auf „höhere Prinzipien“ oder nationalsozialistische „Rechtsquellen“.[19] Beispiele in den vorliegenden Quellen sind etwa der „Grundgedanke“ eines Strafgesetzes, das „gesunde Volksempfinden“, das „Ansehen des deutschen Volkes“, die „gehässige oder hetzerische Betätigung“ und die „gerechte Sühne“. Derartige Begriffe änderten die Funktion des Strafgesetzes grundlegend: Es war nicht (mehr) der letztverbindliche Maßstab der Strafbarkeit, die Frage der Strafbarkeit ließ sich also nicht aus dem Wortlaut des Tatbestandes herleiten. Stattdessen erfolgte die Bestimmung der Strafbarkeit allein durch den Rückgriff auf die NS-Ideologie, welche sich in den unbestimmten Begriffen und Generalklauseln verbarg. Das Strafgesetz bot damit wenig mehr als eine Richtlinie, welche für die nach ideologischen Kriterien bestimmte Strafwürdigkeit herangezogen wurde.[20]

Eine ähnliche Wirkung hatte die Beseitigung des Analogieverbotes durch § 2 der „Analogienovelle“. Die Gesetzesänderung vermengte das Verhältnis von Recht, Weltanschauung und politischer Führung und verhalf so dem materiellen Verbrechensbegriff zum Durchbruch.[21] Die „Analogienovelle“ gestattete zwar „nur“ eine Gesetzes- und keine Rechtsanalogie zu Lasten des Angeklagten. Damit ließ sie theoretisch Reste einer Gesetzesbindung übrig, da der Grundgedanke des Gesetzes in der „Analogienovelle“ eine Grenze zog.[22] Zu bedenken ist aber, dass die Aufhebung des Analogieverbotes wegen der erwähnten generalklauselartigen Ausweitung der Straftatbestände kaum noch praktische Bedeutung hatte. Da die unbestimmten Begriffe eine nahezu schrankenlose Auslegung ermöglichten, war eine Überschreitung des Wortlautes und eine entsprechende Anwendung von Gesetzen oft gar nicht nötig.[23]

b) Tatbezogene Subjektivierung – Gesinnungs- und Willensstrafrecht

Die Lösung der Gesetzesbindung wurde begleitet durch eine sich oft überschneidende tat- und täterorientierte Subjektivierung des Strafrechts.[24] Beide führten zu einer starken Vorverlagerung und Ausweitung des strafrechtlichen Anwendungsbereiches. Die tatbezogene Subjektivierung kam vor allem im sog. „Willensstrafrecht“ zum Ausdruck.[25] Es bezeichnete die Ausrichtung des Strafrechts an dem „bösen“ Willen und an dem Verhalten des Täters.[26] Auf den objektiven Eintritt des Erfolges sollte es im NS-Strafrecht nicht mehr so sehr ankommen, sodass z.B. Versuch und Vollendung dogmatisch gleichgestellt werden konnten.[27] Faktisch wurde das Willensstrafrecht damit an ein Gesinnungsstrafrecht angenähert.[28] Das Verbrechen drückte demnach die „niedere Gesinnung“ aus, so etwa in der „Polenstrafrechtsverordnung“, welche die Bekundung einer „deutschfeindlichen Gesinnung“ mit dem Tod bestrafte. Zwar verblieben auch hier noch Reste der Tatorientierung übrig, da gem. Nr. 2 eine Gewalttat begangen oder gem. Nr. 3 die Gesinnung nach außen (Sachbeschädigungen oder Äußerungen) bekundet werden musste. Die Anforderungen an diese Handlungen waren aber allein schon wegen ihrer Unbestimmtheit marginal, sodass sie den Straftatbestand nicht begrenzten.

c) Täterbezogene Subjektivierung – Tätertypus, Gemeinschaftsschädlichkeit

Die täterbezogene Subjektivierung stellte die Tat und ihren Erfolg in den Hintergrund und zog (daneben oder stattdessen) den „Tätertyp“ oder die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe zur Bewertung der Strafwürdigkeit heran. Hiernach sollte nicht (allein) die Tat, sondern seine Persönlichkeit, insbesondere seine „Gemeinschaftsschädlichkeit“, der Anknüpfungspunkt der Strafe sein.[29] Strafrechtspolitisch funktionierte diese Typologisierung im „Dritten Reich“ als Ausgrenzungsinstrument, das den Täter als „gemeinschaftsschädlich“ brandmarkte, außerhalb der „Volksgemeinschaft“ stellte und

[17] Zum materiellen Verbrechensbegriff in der Strafrechtslehre *Werle* (Fn. 4), S. 145 f.
[18] *Naucke*, in: Institut für Zeitgeschichte, NS-Recht in historischer Perspektive, 1981, S. 72 (80 f.) m.w.N.
[19] *Maus* (Fn. 7), S. 112 ff.; *Rüthers*, Entartetes Recht, 2. Aufl. 1989, S. 27 f.
[20] Differenzierend *Marxen* (Fn. 9), S. 202 f.; *Werle* (Fn. 4), S. 400; *ders.*, JZ 1992, 221 (225).
[21] *Vormbaum* (Fn. 9), S. 191; *Werle* (Fn. 4), S. 407.
[22] *Vormbaum* (Fn. 9), S. 191 f.
[23] *Naucke* (Fn. 18), S. 72, 91 f.; *Rüping/Jerouschek* (Fn. 6), S. 99.
[24] Vgl. hierzu *Vogel*, ZStW 115 (2004), 638 (658 ff.); zum Verhältnis von Willensstrafrecht und Täterstrafrecht: *Wrobel*, GRZ 2019, 83 (86).
[25] *Vogel*, ZStW 115 (2004), 638 (659).
[26] *Marxen*, KritV 73 (1990), 287 (292).
[27] *Marxen*, KritV 73 (1990), 287 (292); *Wrobel*, GRZ 2019, 83 (88).
[28] *Wrobel*, GRZ 2019, 83 (86 f.).
[29] Beispiele aus der NS-Gesetzgebung bei *Vogel*, ZStW 115 (2004), 638 (660).

damit die Anwendung eines Sonderstrafrechts ermöglichte. Im Sinne der völkischen Ideologie zielte diese Typisierung daher immer auf eine Trennung der „feindlichen" oder „schädlichen" von den „nützlichen" Mitgliedern der „Volksgemeinschaft" ab.[30] Die Straftat selbst fand demgegenüber zwar Beachtung, war aber nur ein Merkmal von mehreren.[31] Die Zuweisung der Gemeinschaftsschädlichkeit konnte anhand der „Lebensführung" des vermeintlichen Täters erfolgen wie im Entwurf des Gemeinschaftsfremdengesetzes, dessen § 6 den „gemeinschaftsfeindlichen Verbrecher" zum Gegenstand hat und beim Strafmaß zwischen „unverbesserlichen" und „verbesserlichen" Tätern unterschied.[32] Möglich war aber auch eine nach rassistischen Kriterien bestimmte Typologisierung von Bevölkerungsgruppen wie in der „Polenstrafrechtsverordnung".[33]

d) Strafmaß sowie Verknüpfung von Polizei und Justiz

Die Unbestimmtheit der Strafgesetze galt auch für das Strafmaß. Die Obergrenze war stets die Todesstrafe, welche in der NS-Gesetzgebung stark ausgeweitet und schon bei kleinsten Vergehen verhängt wurde wie Nr. 1 Abs. 3 der „Polenstrafrechtsverordnung" zeigt. Typisch war zudem eine Parallelität von polizeilicher und justizieller Verbrechensbekämpfung. Diese wurde zwischen der Polizei und Justiz aufgeteilt, oft zugunsten ersterer.[34] Die Polizei betrieb daher eine eigenständige, der Strafjustiz oft vor- und nachgelagerte Verbrechensbekämpfung. Sie war unabhängig von der gerichtlichen Entscheidung, konnte also bei Bedarf auch nach einem Freispruch oder verbüßter Strafe stattfinden.[35] Ebendiese Verknüpfung findet sich auch im Gesetzesentwurf zum Gemeinschaftsfremdengesetz, welcher sowohl strafrechtliche als auch polizeiliche Instrumente kombinierte.[36] Gem. § 6 Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 waren sowohl Freiheits- und Todesstrafen als auch die völlig unbestimmte „Überweisung" an die Polizei möglich, sofern der Täter als „unverbesserlich" galt. Letzteres bedeutete oft die Verschleppung und die „Vernichtung durch Arbeit".[37]

2. Zweck der NS-Strafgesetze

Der Abbau von Gesetzesbindungen, die Subjektivierung des Strafrechts und das drakonische Strafmaß erfüllten mehrere Zwecke: Erstens stellten sie einen propagandistischen Bruch mit dem „verweichlichten", „positivistischen" und „wertfreien" liberalen Strafrecht der Weimarer Republik dar. Die Auflösung formeller Gesetzesbindungen war zweitens teilweise eine Form der Ersatzgesetzgebung. Das Strafgesetz diente drittens als Instrument für den unbeschränkten Zugriff auf die Bevölkerung sowie der Ausgrenzung und Vernichtung aller verfolgten Personen und Personengruppen. Viertens ermöglichte die NS-Gesetzgebung die ideologische Steuerung der Strafjustiz.

a) Propagandistische Abgrenzung vom Liberalismus, Positivismus und der Weimarer Republik

Die NS-Gesetzgebung wollte sich bewusst vom vermeintlich „positivistischen", „materialistischen", „liberalistischen" und „individualistischen" Strafrecht der verhassten Weimarer Republik abgrenzen.[38] Dies geschah vor allem durch den Einbau politisch aufgeladener Begriffe und das stark erhöhte Strafmaß. Eine besondere Bedeutung für die NS-Gesetzgebung hatte in diesem Zusammenhang auch die Beseitigung des Analogieverbotes, nicht zuletzt, weil es in der Weimarer Verfassung (Art. 116 WRV) verankert war.[39] Für die nationalsozialistische Ideologie war das Verbot daher eine „Trophäe" liberaler Strafgesetzgebung, die es zu erobern galt.[40] Zu betonen ist aber, dass diese scharfe Abgrenzung vom vor 1933 existierenden Strafrecht ahistorisch und konstruiert war. Liberale Strafrechtsgrundsätze waren während der Weimarer Republik höchst umstritten. Zudem existierten bereits vor 1933 zahlreiche unbestimmte Strafrechtsbegriffe oder moralische Prinzipien, der Rechtspositivismus war vor 1933 keine herrschende Theorie mehr und auch das Analogieverbot wurde vor 1933 zunehmend eingeschränkt (s.o.). Ein starres System des liberalen Strafrechts existierte gerade nicht.[41] Der behauptete Bruch mit dem liberalen Strafrecht stellte also keine historisch zutreffende Beschreibung des früheren Strafrechts dar, vielmehr war es ein Negativ- bzw. Feindbild, dem man das völkische Rechtsdenken zwecks propagandistischer Selbstdarstellung entgegensetzte.[42]

b) Ersatzgesetzgebung

Zu Beginn der nationalsozialistischen Herrschaft galt das ursprüngliche Strafgesetzbuch fort (s.o.). Weil dieses Recht den politischen Zielen nicht entsprach, musste es durch ein nationalsozialistisches Strafrecht abgelöst werden. Da aber eine vollständig neue Kodifizierung des nationalsozialistischen Strafrechts nicht sofort möglich war und letztlich scheiterte, war die NS-Gesetzgebung gezwungen, auch das vorhandene Recht ihrer Ideologie anzupassen.[43] Die Materialisierung bestehender Normen durch Generalklauseln und wertaufgeladene Begriffe konnte hierbei helfen. Ihre Auslegung bot ein Einfallstor für die Anwendung der nationalsozialistischen Ideologie, ohne vollständig neue Gesetze zu schaffen. Das

[30] *Schlosser*, Europäische Rechtsgeschichte, 4. Aufl. 2021, 13. Kap. Rn. 71; *Werle* (Fn. 4), S. 637 f.
[31] *Schlosser* (Fn. 30), 13. Kap. Rn. 71.
[32] *Werle* (Fn. 4), S. 643 f.
[33] *Vogel*, ZStW 115 (2004), 638 (660).
[34] Hierzu ausführlich *Werle* (Fn. 4), passim.
[35] *Hähnchen* (Fn. 4), § 16 Rn. 864; *Werle* (Fn. 4), S. 730 ff.; *ders.*, JZ 1992, 221 (225 f.).
[36] *Vormbaum* (Fn. 9), S. 197.
[37] *Werle* (Fn. 4), S. 644.
[38] *Frommel* (Fn. 7), S. 45; *Schlosser* (Fn. 30), 13. Kap. Rn. 70; *Wrobel*, GRZ 2019, 83 (83).
[39] Ähnlich *Marxen* (Fn. 9), S. 193 f.
[40] Vgl. *Werle* (Fn. 4), S. 143.
[41] *Marxen* (Fn. 9), S. 25.
[42] *Marxen* (Fn. 9), S. 27.
[43] *Marxen* (Fn. 9), S. 202; *Rüthers* (Fn. 19), S. 22 f.

Fehlen einer eigenständigen und geschlossenen nationalsozialistischen Strafrechtskodifikation wurde so teilweise kompensiert.

c) Strafgesetze als totalitäres Instrument

Das Strafgesetz hatte nach nationalsozialistischem Verständnis einen rein instrumentellen Zweck. Es diente allein der Verfolgung, Unterdrückung und Vernichtung aller missliebigen Personen und Personengruppen.[44] Keine Bedeutung hatte hingegen der rechtsstaatliche Zweck des Strafgesetzes, nach welchem die staatliche Strafgewalt durch das Gesetz nicht nur ermöglicht, sondern auch begrenzt werden sollte. Strafgesetze wie die „Analogienovelle" oder die „Polenstrafrechtsverordnung" stellten daher zu keinem Zeitpunkt eine Schranke bzw. Freiheitssicherung vor der staatlichen Strafgewalt dar.[45] Im Gegenteil war eine Sicherheit durch Strafgesetze hinderlich, wenn und soweit sie dem jeweiligen Strafbedürfnis entgegenstand.[46]

Diese Instrumentalisierung des Strafgesetzes zeigt sich besonders deutlich anhand der Generalklauseln, der Aufhebung des Analogieverbotes und beim Willensstrafrecht. Sie gestatteten einen nahezu uneingeschränkten Zugriff, da sie je nach Bedarf eine Ausweitung und Vorverlagerung des Strafrechts ermöglichten. Nichts Anderes gilt im Ergebnis auch für die Tätertypenlehre. Zwar stellte sie an die Strafbarkeit theoretisch zusätzliche Voraussetzungen, da sie das Erfordernis der Tathandlung ergänzte und nicht vollständig ersetzte. Sie war also bestimmter als die inhaltlich beliebigen Generalklauseln oder das Willensstrafrecht. Zudem gab es (halbherzige) Versuche der Strafrechtslehre in der Spätphase des „Dritten Reiches", den Tätertypus als begrenzendes Merkmal heranzuziehen.[47] Sie blieben aber weitgehend wirkungslos und entfalteten keine praktische Bedeutung.[48]

d) Ideologische Steuerung der Justiz

Die NS-Gesetzgebung sollte zuletzt auch die politische Steuerung der Strafjustiz im Sinne der NS-Ideologie ermöglichen.[49] Eine solche Steuerung war nur durch einen Abbau der Gesetzesbindung, etwa mithilfe von Generalklauseln bzw. der Abschaffung des Analogieverbotes möglich, da eine Bindung an das formelle Gesetz den willkürlichen, unbestimmten und wechselhaften Vorgaben der NS-Ideologie im Weg stand. Anstelle der (möglichst) präzisen Straftatbestände trat daher eine Bindung der Justiz an die politischen Vorgaben des NS-Staates, d.h. an den „Führerwillen", die „völkische Gesamtordnung" usw.[50] Es ging also im Kern allein um eine ideologisch „korrekte" Rechtsprechung im Sinne der NS-Ideologie.[51] Die konkreten Mittel für diese politische Steuerung waren meist informeller oder administrativer Natur, wie z.B. die vom Reichsjustizministerium herausgegebenen sog. „Richterbriefe".[52]

Der Vorrang der ideologischen gegenüber der gesetzlichen Steuerung galt zunächst für die vor 1933 erlassenen Gesetze.[53] Ein Beispiel für erstere bietet die „Analogienovelle", welche die Gesetzesbindung des RStGB von 1871 faktisch auflöste. Die eigenständige NS-Gesetzgebung nach 1933 unterschied sich hiervon nicht: Zwar betonte die Rechtslehre die Bindung des Richters an diese Gesetze.[54] Begrifflich unklare und wertaufgeladene Tatbestände enthielten aber auch diese Gesetze wie die „Polenstrafrechtsverordnung" und der Entwurf des Gemeinschaftsfremdengesetzes deutlich zeigen. Insofern ging es hier ebenfalls allein um die politische Steuerung. Eine richterliche Bindung an das Gesetz konnte im Ergebnis nur insoweit fortbestehen, als die Gesetze die Durchsetzung nationalsozialistischer Ideologie gestatteten und absicherten.

VI. Dritte Frage: Weiterentwicklung und Rolle des Rechtspositivismus

1. Entnazifizierung und Kontinuität

Unmittelbar nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges hoben die alliierten Besatzungsmächte im Rahmen der rechtlichen Entnazifizierung zahlreiche Vorschriften der NS-Zeit auf. Hierzu gehörte u.a. das in der „Analogienovelle" (1935) beseitigte Analogieverbot, welches mit dem Alliierten Kontrollratsgesetz Nr. 11 (1946) wieder in Kraft trat. Seine praktische Bedeutung wird aber durch Methoden wie die objektive Auslegung relativiert.[55] Auch die Strafrechtslehre entfernte sich inhaltlich deutlich vom nationalsozialistischen Strafrecht. Bei den Denkfiguren und Methoden sind jedoch, trotz anderen Inhalts, noch Kontinuitäten und fließende Übergänge nach 1945 sichtbar: So kam es zwar zu einem Bruch mit der täterorientierten Subjektivierung, die tatorientierte Subjektivierung wurde aber fortgeführt.[56] Zu nennen ist hier die finale Handlungslehre *Hans Welzel*s, welche Anleihen beim Willensstrafrecht nimmt, ohne direkten Anschluss an diesen Begriff zu suchen.[57] Ähnliches gilt für die Vorverlagerung der Strafbarkeitsschwelle durch die Terrorismusbekämpfung.[58] Ein an der Gemeinschaftsschädlichkeit orientiertes Strafrecht findet sich ferner bei dem Konzept des „Feindstrafrechts", welches *Günther Jakobs* ab 1985 entwickelte.[59]

[44] *Vogel*, ZStW 115 (2004), 638 (662 f.).
[45] Vgl. hierzu *Werle* (Fn. 4), S. 177, 403 f.; *ders.*, JZ 1992, 221 (225).
[46] *Werle* (Fn. 4), S. 403.
[47] Vgl. hierzu *Marxen* (Fn. 9), S. 211.
[48] Ebd.
[49] *Werle* (Fn. 4), S. 149, 165 f., 177, 400.
[50] Zum „Führerwillen" *Werle* (Fn. 4), S. 146 ff., 399 f.
[51] *Werle* (Fn. 4), S. 400.
[52] *Naucke* (Fn. 18), S. 72, 84 f.
[53] *Maus* (Fn. 7), S. 128 ff.; *Werle* (Fn. 4), S. 400.
[54] *Marxen* (Fn. 9), S. 75, 212.
[55] *Naucke* (Fn. 18), S. 72, 103.
[56] *Vogel*, ZStW 115 (2004), 638 (660 f.).
[57] *Vogel*, ZStW 115 (2004), 638 (661); *Wrobel*, GRZ 2019, 83 (92).
[58] *Wrobel*, GRZ 2019, 83 (93).
[59] Hierzu *Asholt*, ZIS 2011, 180 ff.; *Sinn*, ZIS 2006, 107 ff.

2. Positivismuslegende

Nach 1945 herrschte die Auffassung vor, dass der Rechtspositivismus für die Durchsetzung von NS-Unrecht verantwortlich sei. Das zentrale, z.B. von *Gustav Radbruch* vertretene, Argument lautete, dass die strenge Normativität des Gesetzgebungspositivismus den Rechtsanwender wehrlos gegenüber dem Gesetzesbefehl und damit dem NS-Unrecht gemacht habe.[60] Wie die hier behandelten Quellen zeigen, war diese These falsch. Zu Recht gilt sie heute als widerlegt.[61] Die NS-Strafgesetzgebung löste die Gesetzesbindung zugunsten der NS-Ideologie gerade auf. Das nationalsozialistische Rechtsverständnis orientierte sich also nicht an den Maßstäben des positiven Rechts, sondern war im hohen Maße antipositivistisch.[62]

[60] Vgl. hierzu *Foljanty* (Fn. 7), S. 19 ff.
[61] *Foljanty* (Fn. 7), S. 23.
[62] *Foljanty* (Fn. 7), S. 22 m.w.N.

E n t s c h e i d u n g s b e s p r e c h u n g

Tötung eines Erpressers: zwar nicht gerechtfertigt, aber auch nicht unbedingt heimtückisch

1. Selbst bei einem andauernden und damit gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf die freie Willensentschließung und das Vermögen durch fortlaufende Drohungen und gewalttätige Übergriffe zwecks Durchsetzung von erstrebten rechtsgrundlosen Zahlungen ist die Tötung des Angreifers nicht erforderlich, weil es dem Bedrohten zuzumuten ist, sich zur Abwehr des Angriffs an die Strafverfolgungsbehörden zu wenden und das Verhalten zur Anzeige zu bringen.
2. Ein Erpresser ist in der von ihm gesuchten Konfrontation mit dem Erpressten im Hinblick auf einen etwaigen abwehrenden Gegenangriff des Opfers auf sein Leben in der Regel dann nicht arglos, wenn er in dessen Angesicht im Begriff ist, seine Tat zu vollenden oder zu beenden und damit den endgültigen Rechtsgutsverlust auf Seiten des Erpressten zu bewirken, weshalb in einem solchen Fall die Tötung des Erpressers in der Regel nicht heimtückisch ist.
(Leitsätze des *Verf.*)

StGB §§ 211 Abs. 2, 35 Abs. 1 S. 2, 32 Abs. 1, Abs. 2
StPO § 154c Abs. 2

BGH, Beschl. v. 18.11.2021 – 1 StR 397/21[1]

I. Einleitung

§ 253 Abs. 1 StGB stellt unter Strafe, einen Menschen zu erpressen, das heißt ihn mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung zu nötigen und dadurch dem Vermögen des Genötigten oder eines anderen Nachteil zuzufügen, um sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern. § 255 StGB erhöht die Mindeststrafe auf ein Jahr Freiheitsstrafe, wenn die Erpressung durch Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben begangen wird.

Erpresst zu werden, bedeutet Stress. Wer sich als Opfer in einer solchen Erpressungssituation befindet, hat überschaubare Optionen: Eine Möglichkeit besteht darin, dem Erpresser das zu geben, wonach er verlangt. Dass der Erpresser sich damit zufriedengibt, ist keineswegs gewiss.[2] Der Erpresste kann sich alternativ auch weigern, der Erpressung nachzugeben, muss dann aber gegebenenfalls die angedrohten Konsequenzen tragen, etwa verprügelt zu werden oder damit rechnen zu müssen, dass der Erpresser kompromittierende Tatsachen enthüllt („Chantage")[3], beispielsweise in Form einer (anonymen) Strafanzeige oder einem Hinweis an die Presse. Schließlich kann es auch für den Erpresser ungemütlich werden, etwa wenn ihn der Erpresste bei der Polizei anzeigt oder aber der Erpresste in seiner Not zum Gegenschlag ausholt und den Erpresser z.B. verletzt oder gar tötet. So liegt auch der hier besprochene Fall. Er wirft Fragen auf, die in der Sache zwar nicht viel Neues bringen,[4] aber hoch examensrelevant sind: Ist ein Erpresster gerechtfertigt, wenn er den Erpresser tötet? Und ist ein Erpresser arglos, wenn er vom Erpressten getötet wird?

II. Sachverhalt (vereinfacht)

A erwarb von seinem Dealer D regelmäßig Kokain und kam in Zahlungsnot, nachdem D plötzlich die Zahlungsbedingungen geändert hatte und auf sofortige Zahlung von noch ausstehenden 700 € bestand. Da A erst zwei Wochen später zahlen konnte, forderte D von A Strafzinsen i.H.v. 300 € und erhob weitere Zahlungsforderungen, die nicht mit Drogengeschäften im Zusammenhang standen und deshalb aus As Sicht unberechtigt waren. Den Forderungen verlieh D mit Schlägen und Drohungen Nachdruck. Schließlich kündigte D dem A sogar an, dass er jede Woche zusätzliche 1.000 € fordern würde, wenn A die erhobenen Forderungen nicht begleichen sollte, wobei er ihm zugleich massive schmerzhafte Konsequenzen androhte. Verzweifelt zahlte A die geforderten Beträge, was aber nur zu weiteren Forderungen führte. Am Ende verlangte D 8.000 €, die A nicht aufbringen konnte. Wahrheitswidrig erklärte er daraufhin, den Betrag dank eines von seiner Mutter gewährten Kredits bezahlen zu können. Bei einem zwecks Geldübergabe vereinbarten Termin fuhren sie zur Wohnung der Familie des A, im Hausflur schlug der im Verlauf des Treffens immer ungeduldiger werdende D dem A schließlich mit voller Wucht in den Bauch und drohte an, dass er – nach der Rückkehr von einer Erledigung – „nach oben kommen und alles auseinandernehmen" würde, wenn sich herausstellen sollte, dass das Geld nicht da sei. A bewaffnete sich daraufhin mit einer Pistole und begab sich zum verabredeten Standort des D, der dort in seinem Auto auf A wartete. A setzte sich auf die Rückbank, um zu verhindern, dass D ihm die Waffe entreißt oder ihn schlägt. Als D das Geld verlangte, zog A die Waffe, um von D mehr Zeit für die

[1] Die Entscheidung ist online abrufbar unter https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=f8886f64e0ad4bd0e5db063f55840889&nr=125696&pos=0&anz=1
sowie auch zu finden bei BeckRS 2021, 41665 = NStZ 2022, 288 m. Anm. *Nettersheim*, NStZ 2022, 288 (290).

[2] Siehe beispielhaft den Sachverhalt zu BGH, Urt. v. 12.2. 2003 – 1 StR 403/02 = BeckRS 2003, 2934 = NJW 2003, 1955 = BGHSt 48, 207.

[3] Zur Begriffserklärung siehe BGH BeckRS 2003, 2934: „Typischerweise droht der Erpresser hier mit der Enthüllung kompromittierender Tatsachen, namentlich mit einer Strafanzeige wegen einer vom Erpressungsopfer seinerseits begangenen Straftat. Wehrt der Erpresste sich oder tötet gar den Erpresser, so wird das Gebotensein der Notwehr verneint oder von einer Einschränkung des Notwehrrechts wegen verminderten Rechtsbewährungsinteresses ausgegangen. Das Interesse des Erpressten am Schutz vor Enthüllung einer Straftat verdiene keinen uneingeschränkten Schutz […]." Siehe dazu auch *Eggert*, NStZ 2001, 225.

[4] Zu alledem schon im Großen und Ganzen: BGH BeckRS 2003, 2934.

Geldbeschaffung zu bekommen. D lachte A aus, fragte, was dieser mit dem „Spielzeug" wolle, und sagte zu ihm: „Schieß doch, Hurensohn, ich lasse Dich nicht so einfach in Ruhe". Nachdem D, von der Waffe unbeeindruckt, eine Handbewegung in Richtung A machte, schoss ihm dieser dreimal in den Kopf, wodurch D verstarb.

III. Kernpunkte und Bewertung der Entscheidung

1. Rechtfertigung nach § 32 StGB

Zunächst beschäftigt der BGH sich mit der Frage, ob die Tötung des Erpressers gerechtfertigt ist. Anders als das Landgericht bejaht der *Senat* einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff:

> „Zwar war der Angeklagte […] nicht nur einem latenten, sondern einem andauernden und damit gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf seine freie Willensentschließung und sein Vermögen ausgesetzt […], weil die von gewalttätigen Übergriffen begleiteten fortlaufenden Drohungen des Tatopfers zwecks Durchsetzung der von ihm erstrebten rechtsgrundlosen Zahlungen ununterbrochen fortwirkten und sich sogar zunehmend intensivierten […]".[5]

Doch sei die Verteidigung nicht erforderlich gewesen, weil es in solchen Situationen – so der BGH – in der Regel ein milderes Mittel gibt:[6]

> „Denn dem Angeklagten wäre möglich und zumutbar gewesen, sich zur Abwehr des […] Angriffs an die Strafverfolgungsbehörden zu wenden und das Verhalten […] zur Anzeige zu bringen. Dieser Weg wäre nicht nur erfolgversprechend gewesen, sondern auch geboten und […] zumutbar".[7]

Der Einwand liegt auf der Hand: Wird jemandem dann nicht abverlangt, sich gegebenenfalls selber „ans Messer zu liefern", etwa wenn der Erpresser die Offenbarung von kriminellem Verhalten androht oder aber es – wie im vorliegenden Fall – um Drogengeschäfte geht? Das könnte nämlich dem Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung („nemo tenetur") zuwiderlaufen. Der BGH lässt das nicht gelten: Es sei möglich, das Verhalten anzuzeigen, ohne die eigene Beteiligung an den Betäubungsmittelgeschäften preiszugeben.[8] Dieses Argument überzeugt aber nicht, denn es ist lebensfremd. Wer jemanden wegen Erpressung anzeigt, erhöht deutlich die Wahrscheinlichkeit, dass der angezeigte Erpresser sich rächt und nun seinerseits den Erpressten „hinhängt".[9] Denn warum sollte er den Erpressten schonen, wenn er nach der Anzeige selber schon nichts mehr zu verlieren hat? Das Argument hätte allenfalls dann Gewicht, wenn eine Art Teilanzeige im Raum stünde, das heißt der Erpresste der Polizei nicht alles preisgibt, was für den Erpresser strafrechtlich gefährlich werden könnte. Freilich dürfte diese Konstellation ebenfalls wenig praxisrelevant sein.

Der BGH führt ein zweites Argument an:

> „Zudem ermöglicht § 154c Abs. 2 StPO eine adäquate Auflösung des insoweit gegebenen Interessenkonfliktes […]".[10]

§ 154c Abs. 2 StPO regelt, dass die Staatsanwaltschaft von der Verfolgung eines Vergehens absehen kann, wenn dieses allein deshalb bekannt wird, weil das Opfer einer Nötigung oder Erpressung oder eines Menschenhandels diese Straftat angezeigt hat. Die Anwendung der Norm hat aber zwei gewichtige Einschränkungen: Erstens beschränkt der Anwendungsbereich sich auf Vergehen. Damit sind allein zahlreiche Fälle im Drogenmilieu ausgeschlossen, etwa beim unerlaubten Handel, der Herstellung, Abgabe oder dem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, was § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG zum Verbrechen erklärt. Aber auch andere Bereiche, die nicht selten relevant sein dürften, fallen heraus, etwa ein Wohnungseinbruchdiebstahl in dauerhaft genutzte Privatwohnungen (§ 244 Abs. 4 StGB) oder Raubtaten (§§ 249, 252, 255 StGB). Zweitens enthält § 154c Abs. 2 StPO noch eine Art Generalauffangklausel: Von der Verfolgung darf nur dann abgesehen werden, „wenn nicht wegen der Schwere der Tat eine Sühne unerlässlich ist". Das eröffnet einen weiten Beurteilungsspielraum der Strafverfolgungsbehörden und macht, weil es immer eine Einzelfallfrage ist,[11] eine Prognose nahezu unmöglich.[12]

Die Berechtigung einer Notwehreinschränkung lässt sich auch nicht darauf stützen, dass die Straftaten, deren Offenbarung droht, als vorwerfbares Vorverhalten angesehen werden. Dieser Rechtsgedanke hat zwar seinen Niederschlag gefunden in § 35 Abs. 1 S. 2 StGB: Wer „die Gefahr selbst verursacht hat", dem ist zuzumuten, dass er sie – bis zu gewissen Grenzen – erträgt. Eine Notwehrbeschränkung ist aber mit guten Gründen den Provokationskonstellationen vorbehalten.[13]

Betreffen Straftaten aber weder unmittelbar noch mittelbar den Erpresser, ist kein Grund ersichtlich, warum dadurch das Notwehrrecht eingeschränkt sein sollte. Aus dem Rechtsbewährungsprinzip[14] ergibt sich dies jedenfalls nicht, worauf der *1. Strafsenat* selber im Jahr 2003 hingewiesen hat:

> „Eine Notwehr des Angeklagten (wenn seine Trutzwehr

[5] BGH BeckRS 2021, 41665 Rn. 7.
[6] Zu Recht daran zweifelnd *Eisele*, JuS 2022, 370 (371).
[7] BGH BeckRS 2021, 41665 Rn. 7.
[8] BGH BeckRS 2021, 41665 Rn. 8.
[9] Dahingehend auch *Eisele*, JuS 2022, 370 (371).
[10] BGH BeckRS 2021, 41665 Rn. 8.
[11] *Beukelmann*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra, Stand: 1.4.2022, StPO § 154c Rn. 4.
[12] Daran ändert auch Nr. 102 Abs. 1 RiStBV nichts, der vorsieht, dass eine „Einstellung nach § 154c StPO […] grundsätzlich nur erfolgen [soll], wenn die Nötigung oder die Erpressung strafwürdiger ist als die Tat des Genötigten oder Erpreßten".
[13] Näher (zu BGH, Urt. v. 17.1.2019 – 4 StR 456/18) *C. Putzke/H. Putzke*, ZJS 2019, 237 ff.
[14] Siehe dazu auch *Schlehofer/Putzke/Scheinfeld*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2022, Rn. 322 f.

> vom Verteidigungswillen mitgetragen und erforderlich war) stünde ‚nicht im Zeichen seines eigenen Unrechts'; seiner Gegenwehr würde das eigene Unrecht nicht unmittelbar anhaften. Sie wäre mithin durch seine anderweitigen Straftaten nicht in einer Weise bemakelt, dass sie deshalb nicht mehr uneingeschränkt als Mittel auch der Rechtsbewährung gegenüber dem erpresserischen Angriff […] auf sein Vermögen hätte angesehen werden können […]".[15]

Und weiter heißt es:

> „Auch demjenigen, der früher eine strafbare Handlung begangen hat, steht grundsätzlich ein uneingeschränktes Notwehrrecht zur Seite, wenn er in anderem Zusammenhang selbst Opfer einer Straftat wird. Er hat nicht etwa deshalb, weil die gegen ihn gerichtete Tat (hier: eine Erpressung) vom Täter an seine gegen die Rechtsgüter Dritter begangene eigene Straftat angeknüpft wird, einen ‚Status minderen Rechts', der Erpresser nicht deswegen einen größeren, im Ergebnis nicht notwehrfähigen Freiraum für seinen Rechtsbruch."[16]

Der BGH würde gleichwohl vermutlich einen Widerspruch bestreiten. Nicht ohne Grund heißt es in der Entscheidung von 2003 „wenn seine Trutzwehr vom Verteidigungswillen mitgetragen und erforderlich war". Das lässt Raum für die Behauptung, dass vorwerfbares Vorverhalten über das Prinzip der Rechtsbewährung zwar Auswirkungen auf die Beurteilung der Gebotenheit, nicht aber auf die Erforderlichkeit hat. Ganz so eindeutig ist die Rechtsprechung des BGH indes insofern keineswegs. So hat der *4. Strafsenat* sich im Zusammenhang mit Erörterungen zur Notwehrprovokation mit den Folgen der Einschränkung des Notwehrrechts beschäftigt. Neben der Absichtsprovokation[17], der leichtfertigen[18] Provokation sowie der Provokation durch ein sozialethisch zu missbilligendes Vorverhalten[19] nimmt der BGH auch Stellung zur Provokation die „(nur) vorsätzlich" erfolgt:

> „Wer unter erschwerenden Umständen die Notwehrlage provoziert hat, muss unter Umständen auf eine sichere erfolgversprechende Verteidigung verzichten und das Risiko hinnehmen, dass ein minder gefährliches Abwehrmittel keine gleichwertigen Erfolgschancen hat […]."[20]

Wenn aber vorwerfbares Vorverhalten Auswirkungen hat auf die Beurteilung der Erforderlichkeit einer Verteidigungshandlung, warum gilt dann dafür nicht dasselbe, was der *1. Strafsenat* in seiner Entscheidung des Jahres 2003 für die Gebotenheit proklamiert hat,[21] nämlich dass der Erpresste keinen „Status minderen Rechts" und „der Erpresser nicht deswegen einen größeren, im Ergebnis nicht notwehrfähigen Freiraum für seinen Rechtsbruch" hat?

Kurzum: Dass der Erpresste sich hier auf gegebenenfalls weniger wirksame Abwehrmaßnahmen verweisen lassen muss, die zudem die Gefahr eigener Strafverfolgung nach sich ziehen können, ist nicht überzeugend.

2. Auswirkungen einer Notwehrlage auf die Beurteilung der Heimtücke

Der zweite wichtige Aspekt der hier besprochenen Entscheidung betrifft die Auswirkungen des Bestehens einer Notwehrlage auf die Beurteilung der Heimtücke. Wäre die Tötung des Erpressers, weil erforderlich und geboten, gerechtfertigt, würde sich diese Frage nicht stellen. Es ging im vorliegenden Fall darum zu klären, ob und wie es sich auf die Beurteilung der Heimtücke auswirkt, wenn ein Erpressungsopfer die rechtlichen Grenzen der Rechtfertigung oder auch der Entschuldigung überschreitet (und somit auch § 33 StGB oder § 35 StGB nicht einschlägig sind).

Geradezu schulmäßig beginnt der BGH mit der Heimtücke-Definition:

> „Heimtückisch handelt, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers bewusst zur Tötung ausnutzt. Wesentlich ist dabei, dass der Mörder sein Opfer, das keinen Angriff erwartet, also arglos ist, in einer hilflosen Lage überrascht und dadurch daran hindert, dem Anschlag auf sein Leben zu begegnen oder ihn we-

[15] BGH BeckRS 2003, 2934.
[16] BGH BeckRS 2003, 2934.
[17] BGH, Urt. v. 17.1.2019 – 4 StR 456/18 = BGH NStZ 2019, 263 = BeckRS 2019, 3856 Rn. 6: „Eine Absichtsprovokation begeht, wer zielstrebig einen Angriff herausfordert, um den Gegner unter dem Deckmantel einer äußerlich gegebenen Notwehrlage an seinen Rechtsgütern zu verletzen. In einem solchen Fall ist dem Täter Notwehr – jedenfalls grundsätzlich – versagt, weil er rechtsmissbräuchlich handelt, indem er einen Verteidigungswillen vortäuscht, in Wirklichkeit aber angreifen will […]". Dazu *C. Putzke/H. Putzke*, ZJS 2019, 237 (238 f.).
[18] BGH BeckRS 2019, 3856 Rn. 6: „Auch wenn der Täter den Angriff auf sich lediglich leichtfertig provoziert hat, darf er von seinem grundsätzlich gegebenen Notwehrrecht nicht bedenkenlos Gebrauch machen und sofort ein lebensgefährliches Mittel einsetzen. Er muss vielmehr dem Angriff nach Möglichkeit ausweichen und darf zur Trutzwehr mit einer lebensgefährlichen Waffe erst Zuflucht nehmen, nachdem er alle Möglichkeiten der Schutzwehr ausgenutzt hat; nur wenn sich ihm diese Möglichkeit nicht bietet, ist er zu der erforderlichen Verteidigung befugt […]". Dazu *C. Putzke/H. Putzke*, ZJS 2019, 237 (239).
[19] BGH BeckRS 2019, 3856 Rn. 7: „Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt eine Notwehreinschränkung vielmehr voraus, dass die tatsächlich bestehende Notwehrlage durch ein rechtswidriges, jedenfalls aber sozialethisch zu missbilligendes Vorverhalten des Angegriffenen verursacht worden ist und zwischen diesem Vorverhalten und dem rechtswidrigen Angriff ein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang besteht […]". Kritisch dazu *C. Putzke/H. Putzke*, ZJS 2019, 237 (239 f.); *Eidam*, HRRS 2016, 380 (383); *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 18 Rn. 78 m.w.N.
[20] BGH BeckRS 2019, 3856 Rn. 6.
[21] BGH BeckRS 2003, 2934.

nigstens zu erschweren."[22]

Im Anschluss daran stellt er fest, dass ein Opfer auch dann arglos sein kann, „wenn der Täter ihm zwar offen feindselig entgegentritt, die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem unmittelbaren Angriff aber so kurz ist, dass ihm keine Möglichkeit bleibt, dem Angriff zu begegnen", um sodann sogleich zu ergänzen, dass es „Auswirkungen auf die Beantwortung der Frage heimtückischen Handelns haben [kann]", wenn „der Täter seine Tat als Opfer einer Erpressung in einer bestehenden Notwehrlage [begeht]". Dann sei das „Mordmerkmal der Heimtücke […] insoweit einer – auch normativ orientierten – einschränkenden Auslegung zugänglich, die dem Wortsinn des Begriffs der Heimtücke mit dem ihm innewohnenden Element des Tückischen Rechnung zu tragen hat".[23]

Allgemein gelte: „Ein Erpresser mag in der von ihm gesuchten Konfrontation mit dem Erpressten im Hinblick auf einen etwaigen abwehrenden Gegenangriff des Opfers auf sein Leben regelmäßig dann nicht arglos sein, wenn er in dessen Angesicht im Begriff ist, seine Tat zu vollenden oder zu beenden und damit den endgültigen Rechtsgutsverlust auf Seiten des Erpressten zu bewirken." Zur Begründung verweist der BGH darauf, dass „in einer Konstellation, in dem sich das Erpressungsopfer gegen einen gegenwärtigen rechtswidrigen erpresserischen Angriff durch Tötung seines Erpressers wehrt", in der Regel der Erpresser der eigentliche Angreifer ist, „weil er durch sein Verhalten den schützenden oder trutzwehrenden Gegenangriff herausgefordert hat". Dann müsste ein Erpresser „mit einer Ausübung des Notwehrrechts durch sein Opfer grundsätzlich jederzeit rechnen", weshalb bereits die Grundkonstellation gegen dessen Arglosigkeit spreche.[24]

Zur dogmatischen Herleitung verweist der BGH auf die Notwendigkeit einer normativ einschränkenden Interpretation des Heimtücke-Merkmals. Einer für einen Erpresser tödlichen Gegenwehr des Erpressungsopfers wohne „vielfach nicht in dem Maße das Tückische inne, welches den gesteigerten Unwert des Mordmerkmals der Heimtücke kennzeichnet". Denn wenn schon in derartigen Konstellationen der Erpresser der eigentliche Angreifer sei, gegen dessen Angriff dem Erpressungsopfer nach der § 32 StGB zugrundeliegenden Werteordnung grundsätzlich ein Notwehrrecht zusteht, dann müsse der Erpresser mit dessen Ausübung in einer solchen Lage auch rechnen. Es sei „nicht systemgerecht, dem sich wehrenden Opfer, wenn es in der gegebenen Lage in den Randbereich der erforderlichen und gebotenen Verteidigung gerät oder gar exzessiv handelt, das Risiko aufzubürden, bei Überschreitung der rechtlichen Grenzen der Rechtfertigung oder auch der Entschuldigung sogleich das Mordmerkmal der Heimtücke zu verwirklichen".

So einleuchtend dies alles auf den ersten Blick klingt, so problematisch ist die Beurteilungsgrundlage, die der BGH meint, genügen zu lassen. Dazu nämlich führt er aus:

> „Letztlich kann aber dahinstehen, ob das spätere Opfer des Gegenangriffs (der Erpresser) mit seinem konkreten Angriff auf die Willensfreiheit des Erpressungsopfers seine Arglosigkeit tatsächlich bereits verloren hat, weil es in einer von ihm geschaffenen Notwehrlage schon nach der gesetzlichen Wertung jederzeit mit einem Gegenangriff des Erpressten rechnen muss […]".[25]

Obwohl der BGH betont, dass es (auch) maßgeblich auf „die Umstände des konkreten Einzelfalls" ankomme, entkoppelt der *Senat* bei genauerem Hinsehen die Beurteilung der Heimtücke von einem rein faktischen[26] Verständnis hin zu einem normativen. Während eine faktisch-psychologische Betrachtungsweise allein abstellt auf das konkrete Vorstellungsbild des Tatopfers (bei deren Subsumtion im vorliegenden Fall die Arglosigkeit des Erpressers wohl hätte angenommen werden müssen), stellt eine generalklauselartige normative Korrektur eine Fiktion dar:[27] Selbst wenn der Erpresser konkret mit keinem Angriff rechnete und also genau genommen arglos war, musste er, weil er ein Erpresser ist, mit einem Gegenangriff rechnen, weshalb schon die Grundkonstellation gegen Arglosigkeit spricht.

Das Bemühen des *1. Strafsenats*, für Einzelfallgerechtigkeit zu sorgen und die Punktstrafe „lebenslang" zu vermeiden, indem auf das im vorliegenden Fall zweifellos erheblich verminderte Handlungsunrecht Rücksicht genommen wird, ist lobenswert und richtig. Indes bedeutet der normative Ansatz („teleologische Reduktion")[28] noch weniger Rechtssicherheit bei den ohnehin schon kaum zu kalkulierenden Mordmerkmalen.

Überzeugender wäre es gewesen, an einer faktisch-psychologischen Auslegung des objektiven Tatbestands der Heimtücke festzuhalten und die Umstände des Einzelfalles als „außergewöhnlich" im Rahmen der Rechtsfolgenlösung[29] zu berücksichtigen.[30]

Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M., Passau

[22] BGH BeckRS 2021, 41665 Rn. 12.

[23] Zu den vorstehend zitierten Passagen: BGH BeckRS 2021, 41665 Rn. 13, 14.

[24] Zu den vorstehend zitierten Passagen: BGH BeckRS 2021, 41665 Rn. 15.

[25] Siehe dazu BGH BeckRS 2021, 41665 Rn. 16.

[26] Vgl. dazu nur BGH, Urt. v. 10.11.2004 – 2 StR 248/04 = NStZ 2005, 688.

[27] Siehe dazu auch *Nettersheim*, NStZ 2022, 290 f.

[28] *Eisele*, JuS 2022, 370 (372).

[29] BGH, Beschl. v. 19.5.1981 – GSSt 1/81 = BGHSt 30, 105 (120): „[…] außergewöhnlichen Umständen, auf Grund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheint, kann keine geringere Wirkung als den gesetzlichen Milderungsgründen beigemessen werden, die sich [...] aus der Berücksichtigung bestimmter schuldmindernder Umstände ergeben"; siehe dazu auch BGH, Urt. v. 19.8.2020 − 5 StR 219/20 = NStZ 2021, 105. – Die Rechtsfolge ist eine Strafmilderung nach § 49 Abs. 1 StGB (analog), wonach „an die Stelle von lebenslanger Freiheitsstrafe [...] Freiheitsstrafe nicht unter 3 Jahren" (§ 49 Abs. 1 Nr. 1) bis höchstens 15 Jahre (§ 38 Abs. 2 StGB) tritt.

[30] Überzeugend *Nettersheim*, NStZ 2022, 290 (291); dahingehend auch *Eisele*, JuS 2022, 370 (372).

E n t s c h e i d u n g s b e s p r e c h u n g

Verfassungsmäßigkeit von § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB

1. § 315d Absatz 1 Nummer 3 des Strafgesetzbuches in der Fassung des Sechsundfünfzigsten Strafrechtsänderungsgesetzes vom 30. September 2017 (Bundesgesetzblatt I Seite 3532) ist mit dem Grundgesetz vereinbar.
2. Den Strafgesetzgeber trifft keine Pflicht, Tatbestandsmerkmale so zu formulieren, dass keines in einem anderen aufgeht.
3. Der Gesetzgeber hat den Tatbestand des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB hinreichend konkretisiert und so dem aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz folgenden Bestimmtheitsgebot Genüge getan.
4. Der Eingriff der Vorschrift des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB in die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG ist verhältnismäßig.
(Leitsätze der *Verf.*)

StGB § 315d Abs. 1 Nr. 3
StPO § 207
GG Art. 100 Abs. 1

BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20[1]

I. Einführung

Illegale Autorennen im öffentlichen Straßenverkehr sind nicht nur für die Fahrer, sondern auch für Beifahrer und (andere) Unbeteiligte gefährlich. Nach alter Rechtslage konnte die Teilnahme an einem Rennen als solche nur nach § 49 Abs. 2 Nr. 5 StVO i.V.m. § 29 StVO mit einem Bußgeld geahndet werden. Eine Strafbarkeit kam nur dann in Betracht, wenn die Voraussetzungen der §§ 315b, 315c StGB vorlagen. Insbesondere genügte danach das schnelle Fahren im Rahmen eines Rennens für sich genommen nicht, um eine Strafbarkeit zu begründen, sondern es musste zumindest zu einer konkreten Gefahr für Leib, Leben oder Sachen von bedeutendem Wert gekommen sein.

Nachdem es zu mehreren aufsehenerregenden Unfällen mit zum Teil tödlichem Ausgang gekommen war, die auf illegale Autorennen zurückzuführen waren,[2] hat der Gesetzgeber im Jahr 2017 durch Art. 1 des 56. Strafrechtsänderungsgesetzes den Straftatbestand „§ 315d – Verbotene Kraftfahrzeugrennen“ geschaffen.[3] Damit sollte der Schutz vor illegalen Kraftfahrzeugrennen schon im Vorfeld konkreter Rechtsgutsgefährdungen verbessert werden.[4] § 315d Abs. 1 StGB ist als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet und enthält drei Tatbestandsvarianten: das Ausrichten oder Durchführen eines verbotenen Kraftfahrzeugrennens (Nr. 1), die Teilnahme an einem solchen Rennen sowie das Sich-Fortbewegen mit unangepasster Geschwindigkeit (Nr. 3). Diese letzte Variante wurde erst spät im Gesetzgebungsverfahren durch einen Änderungsantrag der Koalitionsfraktionen CDU/CSU und SPD eingeführt[5] und ist Gegenstand des hier besprochenen Beschlusses des BVerfG.

II. Sachverhalt und Gang des Verfahrens

In dem Verfahren, das dem Beschluss des BVerfG zu Grunde liegt, ging es um einen Fall von Polizeiflucht:[6] Der Angeschuldigte, der unter dem Einfluss von Rauschgift und ohne gültige Fahrerlaubnis mit dem Fahrzeug unterwegs war, wollte sich einer Verkehrskontrolle entziehen. Um die Polizeibeamten, die ihn verfolgten, abzuhängen, fuhr er im innerstädtischen Bereich mit einer Geschwindigkeit zwischen 80 und 100 km/h, wobei er seine Geschwindigkeit auch an Kreuzungen und Einmündungen nicht verringerte und mehrere rote Lichtzeichen missachtete. Er kollidierte zudem an einer Kreuzung mit einem Verkehrsteiler (Schaden: ca. 272 Euro), setzte seine Fahrt aber dennoch fort, ohne Angaben zu seinen Personalien zu ermöglichen.

Die Staatsanwaltschaft hat den Angeschuldigten wegen Verbotenen Kraftfahrzeugrennens (§ 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB) und Unerlaubten Entfernens vom Unfallort (§ 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB) angeklagt. Das AG Villingen-Schwenningen, das gem. § 199 Abs. 1 StPO über die Eröffnung des Hauptverfahrens zu entscheiden hat, hat das Verfahren ausgesetzt und im Wege eines konkreten Normenkontrollverfahrens nach Art. 100 Abs. 1 GG die Entscheidung des BVerfG darüber eingeholt, ob § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB verfassungsgemäß ist. Die Vorschrift sei entscheidungserheblich, da der Eröffnungsbeschluss im Falle einer Verfassungswidrigkeit gem. § 207 Abs. 2 Nr. 3 StPO anders zu fassen sei. Die Verfassungswidrigkeit des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB ergebe sich aus einem Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz, der insbesondere das Merkmal „um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen“ betreffe.[7]

III. Entscheidung

Das BVerfG hält die Vorlage für zulässig, aber unbegründet.[8] Es rekapituliert zunächst die Grundsätze zur Bestimmtheit von Strafnormen: Der Gesetzgeber sei verpflichtet, den wesentlichen Inhalt von Strafgesetzen selbst zu regeln, ihn treffe jedoch keine Pflicht, sich überschneidende Merkmale zu vermeiden.[9] Für ihn gelte kein Verschleifungsverbot. Die Rechtsanwender dürften hingegen Tatbestandsmerkmale nicht so definieren, dass deren eingrenzende Funktion nicht erreicht werden könne.[10]

[1] Die Entscheidung ist online abrufbar unter http://www.bverfg.de/e/ls20220209_2bvl000120.html sowie auch zu finden bei NJW 2022, 1160 = NStZ-RR 2022, 151 = NZV 2022, 184.
[2] Siehe etwa BGH NStZ-RR 2018, 154; BGH NStZ 2018, 409 (Berliner Raser-Fall I); BGH NStZ 2018, 460; BGH NJW 2020, 2900 (Berliner Raser-Fall II).
[3] BGBl. I 2017, S. 3532.
[4] BR-Drs. 362/16, S. 3.
[5] Deutscher Bundestag, Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Ausschussdrucksache Nr. 18(6)360.
[6] Siehe AG Villingen-Schwenningen BeckRS 2020, 167.
[7] AG Villingen-Schwenningen BeckRS 2020, 167 Rn. 44.
[8] BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20.
[9] BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 100.
[10] BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 99.

Nach diesen allgemeinen Ausführungen wendet sich das Gericht der Auslegung von § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB zu. Relativ knapp hält es fest, dass die Merkmale „grob verkehrswidrig“ und „rücksichtslos“ durch ständige Rechtsprechung ausreichend konturiert seien.[11] Unter „grob verkehrswidrig“ verstehe man „einen besonders schweren und gefährlichen Verstoß gegen die Verkehrsvorschriften und die Verkehrssicherheit“, „rücksichtslos“ handele hingegen, wer „sich aus eigensüchtigen Gründen über seine Pflichten gegenüber anderen Verkehrsteilnehmern hinwegsetz[e] oder aus Gleichgültigkeit von vornherein Bedenken gegen sein Verhalten nicht aufkommen [lasse]“.[12] Auch das Merkmal des „Fortbewegens mit nicht angepasster Geschwindigkeit“ ist nach Ansicht des BVerfG unproblematisch. Hier ergebe sich aus dem Kontext der Regelung und der Gesetzesbegründung, dass sich die angepasste Geschwindigkeit anhand des § 3 StVO bestimme, also nicht nur von etwaigen Geschwindigkeitsbegrenzungen, sondern auch von den Witterungsverhältnissen u.ä. sowie dem Überschreiten der zulässigen Höchstgeschwindigkeit abhänge.[13]

Den größten Raum nimmt in der Entscheidung die Auslegung des Merkmals „um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erzielen“ ein, die bereits im Vorlagebeschluss als besonders problematisch identifiziert worden war.[14] Das Gericht weist darauf hin, dass „höchstmöglich“ aus semantischen Gründen nur als „so hoch wie möglich“ verstanden werden könne.[15] Hierauf müsse sich die Vorstellung des Täters zum Zeitpunkt der Tathandlung beziehen.[16] Dabei sei die „höchstmögliche Geschwindigkeit“ im situativen Kontext zu bestimmen; es gehe also nicht um die höchste technisch mögliche Geschwindigkeit, sondern die höchste in der jeweiligen Fahrsituation mögliche.[17] Für diese Auslegung streite auch der Vergleich mit § 315d Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB, da es bei einem Kraftfahrzeugrennen auch nicht darum gehe, die maximal mögliche Geschwindigkeit zu erreichen, sondern darum, schneller zu fahren als die anderen Rennteilnehmer.[18] Subjektiv genüge es, wenn der Täter den „natürlichen Sinngehalt“ der Vorschrift erfasse.[19] Das Merkmal sei auch nicht deswegen unbestimmt, weil es Raum für weitere Motivationen des Täters lasse. Auch bei anderen Straftatbeständen mit überschießender Innentendenz sei es ausreichend, wenn mit der Absicht nur ein notwendiges Zwischenziel verfolgt würde.[20]

Soweit es noch Randunschärfen gebe, könnten diese laut BVerfG durch die Rechtsprechung konturiert werden.[21] Das Gericht billigt an dieser Stelle explizit die Auslegung des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB durch den BGH, wonach sich die Absicht auf eine nicht ganz unerhebliche Wegstrecke beziehen müsse.[22] Eine Verschleifung der Merkmale liege unter Zugrundelegung der Auffassung des Gerichts nicht vor: die nicht angepasste Geschwindigkeit sei objektiv unter Berücksichtigung der Verkehrssituation zu bestimmen, während es bei der Absicht darum gehe, welche maximale Geschwindigkeit nach der Vorstellung des Täters in der konkreten Situation möglich sei.[23] Ein grob verkehrswidriger Verstoß setze nicht das Erreichen der höchstmöglichen Geschwindigkeit voraus.[24] Der Unterschied der Absicht zum Merkmal der Rücksichtslosigkeit bestehe darin, dass bei der Rücksichtslosigkeit die eigensüchtige Motivation im Vordergrund stehe, während die mit der Fahrt verfolgte Motivation bei der Absicht keine Rolle spiele.[25] Auch ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip liege nicht vor, da die Norm die Sicherheit im Straßenverkehr sowie Individualrechtsgüter schütze.[26]

IV. Würdigung

Dass das BVerfG angerufen wird, um über die Verfassungswidrigkeit von Straftatbeständen zu entscheiden, ist keine Seltenheit. Beispiele aus der jüngeren Zeit sind z.B. die Entscheidungen zur Verfassungsmäßigkeit von § 266 StGB[27] und § 217 StGB[28]. Eher ungewöhnlich ist es allerdings, wenn dies im Wege einer konkreten Normenkontrolle geschieht. Hierbei handelt es sich zwar um die zweithäufigste Verfahrensart vor dem BVerfG, allerdings ist die häufigste – die Verfassungsbeschwerde – nicht nur in strafrechtlichen Verfahren dominant.[29] Es lohnt sich daher ein kurzer Blick auf die verfahrensrechtliche Seite.

1. Vorlage im Zwischenverfahren

Interessant ist der Zeitpunkt der Vorlage: Wie sich aus der Bezeichnung des Beschuldigten als „Angeschuldigtem“ ergibt (§ 157 StPO), befindet sich das Strafverfahren im Zwischenverfahren (§§ 199 ff. StPO). In diesem Verfahrensabschnitt ist das Gericht, das für die Hauptsache zuständig ist, zum ersten Mal mit der Sache befasst und muss entweder die

[11] BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 107.
[12] BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 107.
[13] BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 108.
[14] BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 110 ff. Siehe auch AG Villingen-Schwenningen BeckRS 2020, 167 Rn. 44.
[15] BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 111.
[16] BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 111.
[17] BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 111.
[18] BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 111
[19] BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 112 unter Verweis auf *Kudlich*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, Stand: 1.2.2022, § 15 Rn. 12.
[20] BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 114.
[21] BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 115.
[22] BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 116 f. Siehe auch BGHSt 66, 27 = NJW 2021, 1173 (1175 Rn. 15).
[23] BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 119.
[24] BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 120.
[25] BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 121.
[26] BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 124 ff.
[27] BVerfGE 126, 170.
[28] BVerfGE 153, 182.
[29] In 2020 gab es 36 Vorlagen nach Art. 100 Abs. 1 GG und 5194 Verfassungsbeschwerden, siehe BVerfG, Eingänge nach Verfahrensarten, abrufbar unter https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2020/gb2020/A-I-4.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (30.5.2022).

Eröffnung des Hauptverfahrens beschließen oder das Verfahren vorläufig einstellen (§ 199 Abs. 1 StPO). Zwar stand in dem in der Entscheidung aufgeführten Verfahren außer Frage, dass das Hauptverfahren eröffnet werden würde, da der Angeschuldigte auch §§ 316, 142 StGB verwirklicht hatte. Das AG führt jedoch in dem Vorlagebeschluss zutreffend aus, dass der Eröffnungsbeschluss im Fall der Verfassungswidrigkeit des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB Änderungen der Anklageschrift enthalten und diese erläutern müsste.[30] Da nach Ansicht des Gerichts eine Subsumtion unter § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB mangels Bestimmtheit nicht möglich sei, könne nicht prognostiziert werden, ob die Vorschrift im Fall ihrer Verfassungsmäßigkeit verwirklicht wäre, ob also die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der Norm und die damit verbundene Einschränkung im Eröffnungsbeschluss entscheidungserheblich sei.[31]

Das BVerfG hat diese Argumentation gebilligt und die Zulässigkeit der Vorlage bejaht.[32] Dieses Ergebnis ist nicht selbstverständlich, denn mit Eröffnung des Hauptverfahrens ist noch keine Sachentscheidung getroffen worden und es tritt auch keine Bindungswirkung ein. Es wäre daher denkbar gewesen, dem Eröffnungsbeschluss die für das konkrete Normenkontrollverfahren erforderliche Entscheidungserheblichkeit abzusprechen und insoweit das Hauptverfahren abzuwarten. Indes ist es überzeugend, wenn verfassungsrechtliche Bedenken des eröffnenden Gerichts bereits im Zwischenverfahren Gehör finden, da das Zwischenverfahren unter anderem dazu dient, den Angeschuldigten vor ungerechtfertigten Anklagen zu schützen,[33] und dieser Schutz am besten erreicht werden kann, wenn das Gericht auch im Zwischenverfahren bei Zweifeln über die Verfassungsmäßigkeit von Strafgesetzen das BVerfG anrufen kann. So oder so bietet der Fall aus Prüfersicht eine gute Gelegenheit, den Kenntnisstand zum Zwischenverfahren abzufragen.

2. Bestimmtheit von § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB

In materieller Sicht ist das vom BVerfG gefundene Ergebnis, § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB verstoße nicht gegen den Bestimmtheitsgrundsatz, alles andere als überraschend.[34] Das BVerfG hat dem Gesetzgeber bislang stets den größtmöglichen Spielraum eingeräumt, wenn es um materielles Strafrecht ging.[35] Dies zeigt sich auch darin, dass es laut BVerfG dem Gesetzgeber freisteht, verschleifende Tatbestandsmerkmale vorzusehen.[36] Anders ausgedrückt gibt es keine verfassungsrechtliche „Pflicht zum guten Gesetz".[37] Auch wenn man diese Prämisse mit guten Gründen teilen kann, bleibt die Frage offen, ob die juristische Auslegungsmethodik in der Lage ist, verschleifende gesetzliche Tatbestandsmerkmale zu erkennen und adäquat auszulegen. So würde die Abgrenzung eines Merkmals zu anderen Tatbestandsmerkmalen z.B. bei der systematischen oder teleologischen Auslegung fruchtbar gemacht werden. Da das Leitbild der rationale Gesetzgeber ist, würde man im Grundsatz davon ausgehen, dass jedes Tatbestandsmerkmal seine Berechtigung hat und gerade nicht vollständig in einem anderen aufgeht.

Letztendlich kommt es auf diese methodischen Schwierigkeiten wohl gar nicht an, da das BVerfG davon ausgeht, dass die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 315d Abs. 1 StGB jeweils einen unterschiedlichen Anwendungsbereich hätten, also vom Gesetzgeber (offenbar?) nicht verschleifend angelegt waren. Dabei interpretiert das BVerfG die Merkmale „grob verkehrswidrig" und „rücksichtslos", wie zu erwarten war, anhand der ständigen Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte. Auch die Heranziehung des § 3 StVO zur Bestimmung der angepassten Geschwindigkeit verwundert nicht, auch wenn über die Einbeziehung von § 3 Abs. 3 StVO durchaus Streit bestand.[38] Nähere Betrachtung verdienen allerdings die Auslegung des Absichtsmerkmals (a), die spezifischen Schwierigkeiten bei subjektiven Merkmalen (b) und die Frage, ob ein Verstoß gegen das Verschleifungsverbot vorliegt und die Norm unbestimmt ist (c).

a) Auslegung des Absichtsmerkmals

Das Gericht hält das Merkmal „um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen" für ausreichend bestimmt, um dem Täter nach Präzisierung durch die Rechtsprechung Orientierung zu bieten. Eine dieser Präzisierungen ist, dass nicht auf die technisch maximal mögliche, sondern die in der Situation mögliche Maximalgeschwindigkeit abgestellt wird.[39] Diese Ansicht hatte sich schon zuvor in Literatur und Rechtsprechung durchgesetzt, da § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB ansonsten keinen sinnvollen Anwendungsbereich mehr hätte, weil das technische Maximum im allgemeinen Straßenverkehr kaum ausgereizt wird und die Gefährlichkeit der Fahrt auch nicht davon abhängt, ob die maximale Geschwindigkeit oder eine um ein paar km/h niedrigere gefahren wird.[40] Die Einbeziehung auch von Fahrten, bei denen die höchstmögliche Geschwindigkeit nur Mittel zum Zweck, also notwendiges Zwischenziel ist, fügt sich in die Dogmatik zu den Delikten mit überschießender Innentendenz ein, bei denen es regelmäßig ausreicht, wenn z.B. die beabsichtigte Zueignung beim Diebstahl oder Bereicherung beim Betrug notwendig ist, um ein anderes vom Täter verfolgtes Ziel zu erreichen.[41] Diese

[30] AG Villingen-Schwenningen BeckRS 2020, 167 Rn. 25 ff.
[31] AG Villingen-Schwenningen BeckRS 2020, 167 Rn. 30.
[32] BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 83 ff.
[33] *Wenske*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 2, 2016, § 199 Rn. 4.
[34] So schon die Vermutung von *Jahn*, JuS 2020, 277 (279 f.) zum Vorlagebeschluss.
[35] So etwa auch bei der Frage nach der Bestimmtheit des Untreuetatbestands, BVerfGE 126, 170.
[36] BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 100.
[37] So der Titel der wegweisenden Monographie *Burgharts*, Die Pflicht zum guten Gesetz, 1996.
[38] Siehe hierzu *Jansen*, HRRS 2021, 412 (413).
[39] BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 112.
[40] Siehe etwa *Jansen*, NZV 2019, 285; *Kusche*, NZV 2017, 414 (417); *Obermann*, NZV 2021, 344 (345); *Schefer/Schülting*, HRRS 2019, 458 (459) jeweils m.w.N.; *Stam*, NStZ 2021, 542 (543); *Zopfs*, DAR 2020, 9 (11). Zur Gegenansicht LG Stade BeckRS 2018, 14896.
[41] So auch *Jäger*, JA 2021, 777 (779). Zu dem Merkmal näher *Czimek*, ZJS 2020, 337 (337 ff.).

Auslegung vermeidet auch das Problem der Gegenansicht[42] – wonach das schnelle Fahren Hauptmotiv des Täters sein muss – dass zwischen Haupt- und Nebenmotiven zu unterscheiden wäre, und ist daher bestimmter (wenn auch gleichzeitig restriktiver).

Hingegen ist mit Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz bedenklich, dass das BVerfG mit dem BGH die Vorschrift dergestalt einschränkt, dass die Absicht auf eine nicht unerhebliche Wegstrecke bezogen sein muss.[43] Es bleibt unklar, was genau eine solche Wegstrecke ist und wie unerhebliche von erheblichen Wegstrecken abgegrenzt werden.[44] Der Vergleich zu den verbotenen Kraftfahrzeugrennen, den das BVerfG (in Anlehnung an den BGH) bemüht, hinkt insoweit, als dasselbe Argument auch an anderer Stelle vorgebracht wird, dort aber vom BVerfG nicht berücksichtigt wurde. So wird beispielsweise aus dem Renncharakter auf die Maßgeblichkeit der höchsten technisch möglichen Geschwindigkeit geschlossen[45] oder das „Rennen gegen sich selbst" als Hauptmotiv gefordert[46]. Warum das Argument an jener Stelle kein Gewicht haben soll, sich daraus aber eine Beschränkung auf eine nicht unerhebliche Wegstrecke ergibt, erschließt sich bei der Lektüre des Beschlusses ebenso wenig wie schon bei der des Urteils des BGH[47], an das das BVerfG knüpft. Auch lässt sich durchaus bezweifeln, ob eine Fahrt mit nicht angepasster Geschwindigkeit, die der Täter nur über eine unerhebliche Wegstrecke aufrechterhalten möchte, signifikant weniger gefährlich ist als eine, die der Täter länger durchzuführen beabsichtigt.[48] Als Beispiele werden Fälle genannt, in denen der Täter beschleunigt, um noch bei Gelb über eine Ampel zu fahren oder um einen Überholvorgang zu Ende zu bringen.[49] Der *Bestimmtheit* der Vorschrift dient die Hinzufügung dieses im Gesetz nicht angelegten eingrenzenden Merkmals jedenfalls nicht, sondern allenfalls der Verhältnismäßigkeit, wenn dadurch Bagatellfälle ausgeschieden werden können.[50]

b) Besonderheiten bei subjektiven Merkmalen

Mit den Besonderheiten des Absichtsmerkmals als subjektivem Merkmal setzt sich das BVerfG so gut wie nicht auseinander. So läge es z.B. nahe, die von den Gerichten vorgeschlagene Begrenzung auf nicht unerhebliche Wegstrecken bereits im objektiven Tatbestand heranzuziehen und eine tatsächliche Fortbewegung mit nicht angepasster Geschwindigkeit über eine nicht unerhebliche Wegstrecke zu verlangen.[51] Geht man wie offenbar das BVerfG davon aus, dass § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB wegen seiner systematischen Stellung und mit Blick auf die Gesetzesbegründung Ähnlichkeit zu einem Kraftfahrzeugrennen aufweisen soll und dass ein solches Rennen eine gewisse Wegstrecke voraussetzt,[52] käme es für die Bestimmung des Unrechts nicht so sehr darauf an, was der Täter beabsichtigt, sondern darauf, was er tut. Auch § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB stellt nicht die Absicht der Rennteilnahme unter Strafe, sondern die tatsächliche Teilnahme an einem solchen Rennen. Eine teleologische Reduktion des objektiven Tatbestands wurde von den Gerichten vermutlich nicht erwogen, weil nach dem Willen des Gesetzgebers die *Absicht* das strafbare vom straflosen Rasen abgrenzen sollte.[53] Dennoch bleibt es problematisch, wenn diese Funktion einem rein subjektiven Merkmal vorbehalten bleibt.

In diesem Zusammenhang zeigt sich eine weitere Schwierigkeit, auf die das AG Villingen-Schwenningen hingewiesen hat, die vom BVerfG aber knapp abgehandelt wird, nämlich die Frage nach dem maßgeblichen Zeitpunkt für das Vorliegen der Absicht. Tathandlung des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB ist das Sich-Fortbewegen mit nicht angepasster Geschwindigkeit und damit ein Dauerdelikt. Wenn die höchstmögliche Geschwindigkeit vom situativen Kontext abhängig ist, stellt sich das Problem, dass die Verkehrssituation während der Fahrt kontinuierlich schwankt, so dass die höchstmögliche Geschwindigkeit jeweils unterschiedlich ist.[54] So könnte beispielsweise die Absicht, auf der Landstraße 140 km/h zu erreichen, bei gerader Strecke noch nicht die Absicht sein, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, in einer Kurve oder bei Gegenverkehr aber durchaus. Erst recht ist es denkbar, dass die Absicht des Täters, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, während der Fahrt entfällt. Wenn das BVerfG darauf hinweist, dass es um die Absicht zum Zeitpunkt der Tathandlung gehe,[55] kann dies nur so verstanden werden, dass es genügt, wenn zu irgendeinem Zeitpunkt der Tatbegehung die in diesem Zeitpunkt geltende entsprechende Absicht vorliegt. Das erinnert an das Merkmal des „Beisichführens" in § 244 Abs. 1 Nr. 1 StGB, das ebenfalls schnell vollendet ist und bei dem aus diesem Grund ein Teilrücktritt diskutiert wird.[56] Bei § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB dürfte sich zwar die Frage eines „Teilrücktritts" nicht stellen, weil es sich nicht um eine Qualifikation, sondern den Grundtatbestand handelt. Fälle, in denen die Absicht des Täters während der Fahrt entfällt, etwa weil der Täter meint, noch schneller fahren zu können, darauf aber bewusst verzichtet, können aber mit Blick auf die Qualifikationen in § 315d Abs. 2, Abs. 4 und Abs. 5 StGB relevant werden: Tritt die konkrete Gefahr bzw. der Tod erst zu einem Zeitpunkt ein, zu dem die Absicht

[42] Siehe etwa *Hecker*, JuS 2021, 700 (702); *Hoven*, NJW 2021, 1176 (1176); *Kusche*, NZV 2017, 414 (417); *Müller/Rebler*, SVR 2020, 245 (246); *Obermann*, NZV 2021, 344 (346 f.).
[43] Siehe auch BGH NJW 2021, 1173 (1175 Rn. 15).
[44] Siehe auch *Zieschang*, JR 2022, 284 (287).
[45] *Müller/Rebler*, SVR 2020, 245 (246).
[46] *Hoven*, NJW 2021, 1176 (1176); *Obermann*, NZV 2021, 344 (346 f.).
[47] BGH NJW 2021, 1173 (1175 Rn. 15).
[48] *Stam*, NStZ 2021, 542 (544); *Zieschang*, JR 2022, 284 (287). Siehe auch *Ruhs*, SVR 2018, 286 (290).
[49] BGH DAR 2021, 395 (396 Rn. 24).
[50] Siehe auch *Zieschang*, JR 2022, 284 (287).
[51] In diese Richtung *Zopfs*, DAR 2020, 9 (11).
[52] In der Literatur wird beides bezweifelt, siehe etwa *Jansen*, HRRS 2021, 412 (415).
[53] BT-Drs. 18/12964, S. 5 f.
[54] AG Villingen-Schwenningen BeckRS 2020, 167 Rn. 77.
[55] BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 111.
[56] BGH NStZ 1984, 216 (217). Siehe hierzu auch *Cornelius*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 19), § 24 Rn. 88 ff.

nicht mehr besteht, ist fraglich, ob insoweit der spezifische Gefahrverwirklichungszusammenhang bejaht werden kann, da das schnelle Fahren als solches den Grundtatbestand nicht verwirklicht. Man müsste insoweit überlegen, ob das vorherige Fahren mit der entsprechenden Absicht noch so weit fortwirkt, dass auch Gefahren, die durch die spätere Fahrt ohne Absicht entstehen miterfasst werden.

Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass der Nachweis einer entsprechenden Absicht in vielen Fällen äußerst schwierig sein dürfte. Da die Täter in der Regel eine entsprechende Absicht nicht zugeben werden, kann tatsächlich nur von der erreichten Geschwindigkeit und der Beschleunigung auf die entsprechende Absicht geschlossen werden, sofern diese Daten den Strafverfolgungsbehörden überhaupt zur Verfügung stehen.

c) Verschleifungsverbot und Unbestimmtheit

Die Verfassungswidrigkeit eines Tatbestands kann sich auch daraus ergeben, dass Tatbestandsmerkmale so ausgelegt werden, dass sie in anderen aufgehen und ihre vom Gesetzgeber vorgesehene beschränkende Funktion nicht mehr ausüben können. Das BVerfG sieht diese Gefahr bei § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB auf Basis der von ihm präferierten Auslegung zu Recht nicht gegeben:

- Danach ist zunächst ein Sich-Fortbewegen mit nicht angepasster Geschwindigkeit erforderlich, also unter Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit (§ 3 Abs. 3 StVO) oder unter Missachtung der durch die aktuelle Situation erforderlichen Geschwindigkeit (siehe § 3 Abs. 1 S. 2 StVO).[57]
- Dieses muss „grob verkehrswidrig" sein, d.h. einen besonders schwerwiegenden Verkehrsverstoß darstellen.[58] Dabei bezieht das BVerfG mit der h.M. in Rechtsprechung und Literatur die Merkmale „grob verkehrswidrig" und „rücksichtslos" auf das Sich-Fortbewegen mit nicht angepasster Geschwindigkeit, verlangt also keinen zusätzlichen Verkehrsverstoß.[59] Durch dieses Merkmal werden Fälle geringfügiger Geschwindigkeitsüberschreitungen aus dem Tatbestand ausgeschieden.
- Der Täter muss zudem die Absicht haben, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen. Damit wird auf subjektiver Seite der Tatbestand weiter eingeengt, da ein Sich-Fortbewegen auch schon dann grob verkehrswidrig sein kann, wenn nicht die höchstmögliche Geschwindigkeit erreicht wird.[60] Auch muss sich die Absicht auf eine nicht unerhebliche Wegstrecke beziehen. Die Motivation des Täters sowie etwaige Fernziele spielen dagegen keine Rolle.
- Außerdem muss der Täter rücksichtslos handeln. Dies ist der Fall, „wenn der Täter aus eigensüchtigen Motiven unter bewusster Hinwegsetzung über die berechtigten Belange anderer Verkehrsteilnehmer handelt"[61]. Über dieses Merkmal kann daher der Motivation des Täters Rechnung getragen werden. Insbesondere sollen Fälle menschlichen Versagens oder irriger Einschätzung der Verkehrslage aus dem Tatbestand herausgenommen werden.[62]

Auch wenn die Merkmale danach nicht vollständig ineinander aufgehen und es daher keinen Konflikt mit dem Verschleifungsgebot gibt, bleibt die Frage, ob § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB dem Täter hinreichende Anhaltspunkte gibt, um strafbares schnelles Fahren von straflosem zu unterscheiden. Das lässt sich trotz des Beschlusses des BVerfG bezweifeln. Dabei betreffen die Zweifel nicht so sehr die vom Tatbestand geforderte Absicht, denn wenn man diese so versteht, dass der Täter die Absicht haben muss, so schnell zu fahren, wie es ihm in der konkreten Situation möglich ist, liegt ein für den Täter einfach zu überprüfendes Kriterium vor. Problematischer ist die Beschränkung der Absicht auf eine nicht unerhebliche Wegstrecke unter gleichzeitigem Genügenlassen von Zwischenzielen, da dieses Merkmal unscharf ist und sich das BVerfG mit dieser Auslegung zudem in Widersprüche verstrickt.

Die größte Schwierigkeit für die Bestimmtheit der Strafbarkeit stellt jedoch das Merkmal „grob verkehrswidrig" dar. Wann ein Fahren mit nicht angepasster Geschwindigkeit einen besonders schwerwiegenden Verkehrsverstoß darstellt, lässt sich nicht ohne weiteres erkennen. Im Gegensatz zu § 315c StGB setzt § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht den Eintritt einer konkreten Gefahr voraus, sondern stellt bereits die abstrakte, d.h. sich nicht konkretisiert habende, Gefährlichkeit des Fahrens unter Strafe. Auch muss sich der Verkehrsverstoß anders als bei § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. d StGB nicht auf eine konkrete gefährliche Verkehrssituation beziehen. Auch die schnelle Fahrt auf menschenleerer gerader Straße kann § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB erfüllen. Es ist daher zweifelhaft, ob wie bei § 315c Abs. 1 Nr. 3 StGB die doppelte Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit genügt.[63] Laut BGH könne sich zwar die grobe Verkehrswidrigkeit „allein aus der besonderen Massivität des Geschwindigkeitsverstoßes […] oder aus begleitenden anderweitigen Verkehrsverstößen ergeben, die in einem inneren Zusammenhang mit der nicht angepassten Geschwindigkeit stehen". Wann ein derart massiver Geschwindigkeitsverstoß vorliegt und welche begleitenden Verkehrsverstöße die grobe Verkehrswidrigkeit begründen, bleibt jedoch unklar, insbesondere, wenn man bedenkt, dass § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. d StGB überhaupt nur das schnelle Fahren an unübersichtlichen Stellen, an Straßenkreuzungen, Straßeneinmündungen oder Bahnübergängen erfasst.

Insoweit bleiben trotz des Beschlusses des BVerfG Zweifel an der Bestimmtheit der Vorschrift, die auch auf die Verhältnismäßigkeit durchschlagen. Gerade bei abstrakten Ge-

[57] BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 108.
[58] Vgl. *Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 315c Rn. 27.
[59] BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 109.
[60] BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 120.
[61] BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 121.
[62] *Hecker* (Rn. 58), § 315c Rn. 29. Zweifel an der eigenständigen Bedeutung der Rücksichtslosigkeit finden sich etwa bei *Kusche*, NZV 2017, 414 (417); *Zopfs*, DAR 2020, 9 (11).
[63] So OLG Karlsruhe NJW 1960, 546.

fährdungsdelikten ist die verfassungsrechtliche Legitimation problematisch, da noch keine Gefahr für Rechtsgüter begründet wird.[64] Die Grenze zwischen straflosem und strafbarem Verhalten muss hierbei besonders sorgfältig gezogen und begründet werden. Hier lässt der Beschluss des BVerfG sehr zu wünschen übrig. Auch wenn die Weichen für die Auslegung der Vorschrift jetzt im Wesentlichen gestellt sind, bleiben Fragen offen, die die ordentlichen Gerichte in Zukunft weiterhin beschäftigen werden – allerdings nicht das BVerfG, denn dessen Entscheidung ist für die Gerichte verbindlich und hat Gesetzeskraft (§ 31 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BVerfGG).

V. Ergebnis

Das BVerfG kommt erwartungsgemäß zur Verfassungsmäßigkeit des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB und billigt in diesem Zusammenhang dessen Auslegung durch den BGH. Für die Praxis wird damit in einigen streitigen Fragen Klarheit geschaffen. Auch in der juristischen Ausbildung werden in Zukunft Kenntnisse des Beschlusses und der vom BVerfG gebilligte Auslegung erwartet werden. Insoweit sollten die Studierenden sich mit dem Beschluss vertraut machen.

Ob durch den Beschluss die Strafbarkeit tatsächlich so vorhersehbar ist, wie das Gericht behauptet, darf weiterhin bezweifelt werden. Abgrenzungsprobleme gibt es nach wie vor. Dennoch dürfte die verfassungsrechtliche Diskussion mit dem hier besprochenen Beschluss einen Abschluss gefunden haben, so dass in Zukunft eher über die Auslegung einzelner Merkmale gestritten werden wird.

Prof. Dr. Anne Schneider, LL.M., Düsseldorf

[64] Ausführlich *Zieschang*, JR 2022, 284 (287 f.).

B u c h r e z e n s i o n

Leuschner, Lars/Sajnovits, Alexander/Wilhelm, Alexander, Fälle zum Kapitalgesellschafts- und Kapitalmarktrecht, C.H. Beck, München 2021, 293 S., 26,90 €.

I. Einleitung

Das grün-weiße Fallbuch aus der Reihe „Juristische Fall-Lösungen" des C.H. Beck-Verlags bietet Studierenden einen gewinnbringenden Einstieg in die Themengebiete des Kapitalgesellschafts- und Kapitalmarktrechts. Gedacht ist das Fallbuch als Ergänzung des bekannten Lehrbuchs „Aktien- und Kapitalmarktrecht" von *Langenbucher* (5. Aufl. 2022). Das hier zu besprechende Fallbuch richtet sich – wie die *Autoren* im Vorwort herausstellen – vorrangig an diejenigen Studierenden, die das Kapitalgesellschafts- und/oder das Kapitalmarktrecht als universitären Schwerpunkt besuchen.

II. Inhalt und Bewertung

Gleich zu Beginn – weil eindeutig eine Stärke des Fallbuchs – ist zu erwähnen, dass die zweifelsfrei bestehende Verwobenheit der beiden Rechtsgebiete Eingang in die Darstellungsweise des Fallbuchs gefunden hat. Viele der insgesamt 13 Fälle enthalten Ausschnitte aus beiden Rechtsgebieten und lassen so die Studierenden erkennen, dass das Erlernen des Kapitalgesellschaftsrechts nur mit Grundlagen des Kapitalmarktrechts und vice versa sinnvoll möglich ist.

Hervorzuheben ist ferner der gelungene didaktische Aufbau der Fälle. Der Einstieg in den Fall führt über einen ausführlichen Sachverhalt, die in Mehrzahl an von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entschiedenen Fällen angelehnt sind. Die Bearbeitungszeit als Orientierungsgröße zur Klausurvorbereitung wird je nach Fall mit drei bis fünf Stunden angesetzt. Besonders hilfreich ist die an den Sachverhalt anschließende Lösungsskizze, die sich auch Studierende vor jeder gutachterlichen Falllösung anfertigen sollten.[1] Die Falllösungen zeichnen sich durch prägnante Überschriften zur Orientierung, eine klare Struktur und einer verständlichen Darstellung der einzelnen Prüfungspunkte aus. Der Gutachtenstil wird bei diesen anspruchsvollen Inhalten durchweg angewendet und zeigt den Studierenden damit auf, wo Schwerpunkte zu setzen sind.

Um die Vorzüge dieses Fallbuchs zu verdeutlichen, sollen die Fälle nicht aneinandergereiht und jeder Fall mit wenigen Worten dargeboten werden, sondern ein kleiner, überblicksartiger, dafür aber mit inhaltlichen Fragen angereicherter Ausschnitt aus der Fallsammlung gegeben werden.

Die Fälle zum Kapitalgesellschaftsrecht beschäftigen sich mit dem GmbH- und Aktienrecht. Das Fallbuch beginnt chronologisch bei der Gründung einer GmbH (Fall 1). Schwerpunkte des Falles mit dem Namen „Gründung mit Hindernissen" sind die verschiedenen Haftungsformen im Stadium der GmbH-Gründung. Systematisch werden die Unterbilanzhaftung und die Verlustdeckungshaftung dargestellt und für die Leserschaft verständlich aufbereitet, ohne sich in Details zu verlieren. Daneben bespricht der Fall die Handelndenhaftung aus § 11 Abs. 2 GmbHG. Diese Themen sind inhaltlich sehr anspruchsvoll, tauchen aber ab und an in ihren Grundzügen auch in staatlichen Examensklausuren auf.[2]

Fall 3 („Autokran") behandelt unter anderem in Teil 1 die Frage nach einem Schadensersatzanspruch wegen Existenzvernichtung gegen den Gesellschafter einer GmbH. Die *Autoren* des Fallbuchs heben die Schwierigkeit hervor, die vom BGH in seiner „Trihotel"-Entscheidung[3] entwickelte Fallgruppe der „Existenzvernichtungshaftung" in den offen formulierten Tatbestand des § 826 BGB zu integrieren. Zur Handreichung findet sich für die Studierenden ein ausführliches Prüfungsschema zur Existenzvernichtungshaftung mit Erläuterungen zu den einzelnen Prüfungspunkten (Fall 3 Rn. 11). Neben diesem schon schwierigen Stoff, wird die Komplexität weiter erhöht und das Gesellschafterdarlehensrecht anhand eines Anspruchs der Gesellschaft gegen ihren Gesellschafter geprüft. Dann zieht der Fall weiter ins insolvenzrechtliche Anfechtungsrecht. Die Ausführungen der *Autoren* erlauben es, trotz der hohen Komplexität, dass die Falllösung nachvollziehbar und verständlich bleibt. In Teil 2 des Falles „Autokran" wird die Frage nach der Geschäftsführerhaftung aus §§ 64, 43 GmbHG behandelt. Nach einer Gesetzesänderung[4] zum 1.1.2021 sind die Fragen zur Haftung eines Geschäftsleiters in Insolvenznähe rechtsformunabhängig in § 15b InsO n.F. kodifiziert und der § 64 GmbHG ersatzlos gestrichen worden.[5] Vorausschauend haben die *Autoren* auf die sich abzeichnende Entwicklung hingewiesen. In einer Neuauflage wäre die Gesetzesänderung auch in der Falllösung zu berücksichtigen.

Ein erster Abstecher ins Kapitalmarktrecht findet sich in Fall 4 („Altaktionär macht Kasse"). Einstieg in die Falllösung ist ein Anspruch aus Prospekthaftung gem. §§ 9, 10 Wertpapierprospektgesetz (WpPG) – ein Klassiker in jeder Kapitalmarktrechtsvorlesung. Auch hier findet sich ein eingehendes Prüfungsschema, was den Einstieg in die Falllösung erleichtert. Schön aufgezeigt wird der Zusammenhang zwischen dem Anwendungsbereich der europäischen Prospektverordnung und dem WpPG in einem gesonderten Hinweis. Dann werden die klassischen Probleme der Prospekthaftung aufgegriffen und gutachterlich geprüft. Unter den behandelten Problemen befinden sich unter anderem die Fragen nach dem Haftungsadressaten und nach der (Transaktions-)Kausalität. Dabei verfängt sich die Falllösung nicht in Detailfragen, sondern skizziert die Grundlinien der jeweiligen unterschiedlichen Ansichten und bezieht selbst Stellung.

Einen weiteren Klassiker des Kapitalmarktrechts greift Fall 7 auf. Dieser behandelt grundsätzlich die Geschehnisse rund um den „Neuen Markt" und hat unter anderem die „Info-

[1] Vgl. *Czerny/Frieling*, JuS 2012, 877 (879 f.).

[2] Exemplarisch *Hucke/Holfter*, JuS 2011, 534.

[3] BGHZ 173, 246 = NJW 2007, 2689 = NZG 2007, 667.

[4] Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz – SanInsFoG) v. 22.12.2020, BGBl. I 2020, S. 3256.

[5] Zur Frage, ob die neue Regelung des § 15b InsO vollständig im Lichte des alten § 64 GmbHG zu interpretieren ist, siehe ausführlich und kritisch *Bitter*, GmbHR 2022, 57 ff. m.w.N. auch zur Gegenansicht.

matec"-Rechtsprechung[6] des BGH und das IKB-Urteil[7] des BGH zum Gegenstand. Der Schadensersatzanspruch infolge einer falschen oder unterlassenen Informationsgabe am Kapitalmarkt ist nicht nur für die Praxis von hoher Relevanz, sondern auch für Studierende im Schwerpunktbereich. Dabei tritt die Frage nach der Schutzgesetzeigenschaft (§ 823 Abs. 2 BGB) der Regelungen in der europäischen Marktmissbrauchsverordnung (Market Abuse Regulation – MAR) in den Vordergrund, insbesondere des Verbots der Marktmanipulation gem. Art. 12 MAR. Wie die *Autoren* richtig hervorheben, handelt es sich bei dieser Frage „um eine der umstrittensten Fragen des Kapitalmarkthaftungssystems". Der BGH hatte zur (deutschen) Vorgängerregelung in § 20a WpHG a.F. eine Schutzgesetzeigenschaft ausdrücklich abgelehnt.[8] Ob sich durch die vollharmonisierende Regelung in Art. 12 MAR nun die Schutzeigenschaft bejahen lässt, ist bisher ungeklärt und wird in der Falllösung – auch im Ansatz mit seinen europarechtlichen Bezügen – untersucht. Vor dem Hintergrund der herausragenden Bedeutung der europarechtlichen Bezüge im Kapitalmarktrecht hätte die Auseinandersetzung meines Erachtens etwas ausführlicher ausfallen können. Insbesondere die Erläuterungen zum unionsrechtlichen Effet-utile-Grundsatz sind in dieser Form – jedenfalls ohne weiteres Hintergrundwissen – nur schwer nachzuvollziehen (Fall 7 Rn. 12 f.).

Zuletzt soll noch ein Blick auf Fall 13 geworfen werden, der den meisten Lesern auch aus der Presse bekannt sein dürfte. Der Fall unter der Überschrift „Leerverkaufs-Attacke" greift einen der größten Finanzskandale Deutschlands auf: Wirecard. Eine Leerverkaufs-Attacke stellt ein dreiaktiges Geschehen dar:[9] Zunächst tätigt ein Investor Leerverkäufe in einer Aktie (1) und veröffentlicht sodann einen sog. Research Report mit negativen Gerüchten über den Emittenten dieser Aktie (2). Ist der Börsenkurs durch die negativen Nachrichten gefallen, kauft der Investor die Aktien günstig am Markt ein, um seine Leerverkaufsposition zu decken (3). Die Kursdifferenz aus dem Verkauf aus Schritt eins und dem Kauf aus Schritt drei ist der Gewinn des Investors. Die Prüfung nach der rechtlichen Zulässigkeit einer solchen Leerverkaufs-Attacke beginnt beim Verbot der Marktmanipulation und hat seinen Schwerpunkt beim Tatbestand des sog. Scalpings. Der in Art. 12 Abs. 2 lit. d MAR beschriebene Tatbestand scheint wie eine Schablone auf die Leerverkaufs-Attacken zu passen, was auch die *Autoren* in ihrer Schwerpunktsetzung erkennen lassen. Der Vorwurf, der beim Scalping erhoben wird, ist folgender: Der Investor gibt eine Stellungnahme zu einem Emittenten ab und empfiehlt die Aktien des Emittenten zu verkaufen, ohne dass er seinen Interessenkonflikt aus der zuvor eingegangenen Leerverkaufsposition ordnungsgemäß offenlegt. Er täuscht damit die Anleger über seine Absichten. Fraglich ist, welche gesetzlichen Anforderungen an die Offenlegung des Interessenkonflikts zu stellen sind.[10] Hier greift die Falllösung die verschiedenen Ansätze auf, die in der Literatur diskutiert werden, und gibt mit einem zuvor beim Sachverhalt erteilten Bearbeitervermerk Hinweise, welche Normen bei der Lösung hilfreich sein können. Des Weiteren hat der Fall 13 das Leerverkaufsverbot der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in Wirecard-Aktien zum Gegenstand und greift damit ebenfalls eine umstrittene aufsichtsrechtliche Maßnahme auf. Mit Fall 13 zeigt das Fallbuch, dass nicht nur „Klassiker" behandelt werden, sondern auch aktuelle Rechtsfragen Eingang gefunden haben. Dies ist natürlich besonders interessant für die Prüfungen im Schwerpunkt, denn die Prüfer greifen oft auf aktuelle Nachrichten und Schlagzeilen zurück.

III. Fazit

Abschließend lässt sich festhalten, dass das Lehrbuch eine sinnvolle und in jedem Fall eine zu empfehlende Ergänzung im Schwerpunktstudium darstellt. Den *Autoren* ist es gelungen, die komplexen Sachverhalte und Rechtsfragen übersichtlich und verständlich darzustellen. Das Fallbuch bietet ohne jeden Zweifel einen Mehrwert bei der Vorbereitung auf die universitären Schwerpunktprüfungen – sei es schriftlicher oder mündlicher Art.

*Wiss. Mitarbeiter Marcel Vollmerhausen, Mannheim**

[6] BGHZ 160, 164 = NJW 2004, 2664 = NZG 2004, 816 und BGH NJW 2004, 2668 = NZG 2004, 811.
[7] BGHZ 192, 90 = NJW 2012, 1800 = NZG 2012, 263 (IKB).
[8] BGHZ 192, 90 = NJW 2012, 1800 = NZG 2012, 263 Rn. 19 ff. (IKB). Bei Fall 7 Rn. 72 wird in der Überschrift auch fälschlicherweise auf § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WpHG abgestellt, obwohl – wie dann auch im Text – richtigerweise die Neuregelung in Art. 12 MAR gemeint ist.
[9] Dazu etwa *Vollmerhausen*, wistra 2020, 486 (487) m.w.N.
[10] Dazu *Vollmerhausen*, wistra 2020, 486 (490 ff.) m.w.N.

* Der *Rezensent* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht an der Universität Mannheim (Prof. *Dr. Georg Bitter*).