ZJS

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

Ausgabe 6/2022
S. 793–941
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, Prof. Dr. Markus Wagner

Schriftleitung: Prof. 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, Prof. Dr. Markus Wagner

Webmaster: Prof. Dr. Markus Wagner

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung: Irina Isabel Pommerenke

Internetauftritt: René Grellert

ISSN: 1865-6331

Inhalt

AUFSÄTZE

Öffentliches Recht

Wahl oder Nichtwahl, das ist hier die Frage

Rechtliche und politische Probleme bei der Besetzung innerparlamentarischer Leitungsämter im Deutschen Bundestag

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Sven Jürgensen, Bochum 793

Strafrecht

„Das wird man doch wohl noch sagen dürfen!"

Politische Meinungsäußerungen im Internet als strafbare Beleidigung

Von Prof. Dr. Tobias Reinbacher, Würzburg 802

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Zivilrecht

„Ja, nein, vielleicht" – die Grenzen des Widerrufsrechts nach §§ 108, 109 BGB

Von Stud. iur. Moritz von Courten, Stud. iur. Timon-Johannes Engel, Stud. iur. Kaspar J.H. Wagner, Heidelberg 811

Strafrecht

Der reformierte Geldwäschetatbestand – Teil 2

Umgang mit einer verfassungsrechtlich zweifelhaften Norm in der Fallprüfung

Von PD Dr. Laura Neumann, München 820

Allgemeines

Sinn und Zweck einer reduzierten Gutachtentechnik

Von Dr. Jannik Weitbrecht, Weimar 834

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Examensübungsklausur Arbeitsrecht: Unfairer Überraschungsbesuch
Von Akad. Oberrat Dr. Thomas Klein, Stud. iur. Ferdinand Lentes, Trier 839

Referendarexamensklausur: Zivilprozessrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht
Von Akad. Rat a.Z. Dr. Johannes Meier, Wiss. Mitarbeiter Jannik Heine, Marburg 849

Fortgeschrittenenklausur: Ein Online-Shop und seine Tücken
Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Sebastian Fernkorn, Passau 853

Hausarbeit: Das ungeliebte Nilpferd
Von Ref. iur. Xaver Koneberg, München 859

Öffentliches Recht

Fortgeschrittenenklausur: 2G+ im Deutschen Bundestag
Von Prof. Dr. Patrick Hilbert, Münster, Wiss. Mitarbeiter Cederic Meier, Göttingen 869

Fortgeschrittenenklausur Europarecht: Wohnungsbestand in Bürgerhand?
Von Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL. M. (Brüssel), Akad. Rat. a.Z. Dr. Stefan Drechsler, Regensburg 878

Fortgeschrittenenklausur: „Hängt die Orangenen!"
Von PD Dr. Nils Grosche, Dipl.-Jur. Sven Wedemeyer, Göttingen 889

Strafrecht

Examensübungsklausur Strafrecht: Nur Bares ist Wahres!
Von Akad. Rätin a.Z. Dr. Nina Schrott, München 896

Fortgeschrittenenklausur: Ein Handwerker auf Superspartour
Von Wiss. Mitarbeiter Jonas C. Schulz, Augsburg 911

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Zivilrecht

BGH, Urt. v. 30.3.2022 – VIII ZR 109/20
(Kein Transportkostenvorschuss bei Abholbereitschaft des Verkäufers)
(Stud. iur. Lennart Deutschmann, Hagen) 920

Strafrecht

BVerfG, Beschl. v. 30.3.2022 – 1 BvR 2821/16
(Keine Datenhehlerei bei Verwendung „geleakter" Informationen von Whistleblowern)
(Prof. Dr. Konstantina Papathanasiou, LL.M., Vaduz) 924

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Strafrecht

OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.9.2022 – 4 RVs 48/22 (Rechtfertigung aus Klimaschutzgründen)
(Prof. Dr. Anne Schneider, Düsseldorf) 928

BUCHREZENSIONEN

Zivilrecht

Grigoleit/Herresthal, BGB, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2021
(Stud. iur. Jann Maatz, Gießen) 935

VARIA

Allgemeines

Tagungsbericht: Frau.Macht.Recht.
Tagung zur Hundertjahrfeier der Zulassung von Frauen zu juristischen Berufen am 15.7.2022 in Heidelberg
Von Dr. Daniel Kaiser, Heidelberg 937

Wahl oder Nichtwahl, das ist hier die Frage

Rechtliche und politische Probleme bei der Besetzung innerparlamentarischer Leitungsämter im Deutschen Bundestag

Von Akad. Rat a.Z. Dr. **Sven Jürgensen**, Bochum*

I. Einführung: Unter Gleichen

Die Gleichheit der Abgeordneten gehört zu den Kernelementen des parlamentarischen Selbstverständnisses.[1] Dies kommt bereits durch die räumliche Struktur des Plenarsaals zum Ausdruck, durch die die Gleichrangigkeit der Abgeordneten betont wird.[2] Gleichwohl folgt aus dem Organisationsbedarf des Parlaments, dass einzelne Abgeordnete mit besonderen Befugnissen ausgestattet werden und so herausgehobene Positionen als „primus inter pares" einnehmen.[3] Diese innerparlamentarischen Leitungsämter – allen voran das des Präsidenten des Deutschen Bundestages, aber auch dessen Stellvertreter und die Ausschussvorsitzenden – haben formal gesehen wichtige Funktionen, sind aber auch darüber hinaus für die Abgeordneten von Bedeutung, etwa für den politischen Karriereweg. Deswegen wundert es nicht, dass diese Positionen begehrt und zum Gegenstand von politischen Auseinandersetzungen werden, die jüngst auch vor dem Bundesverfassungsgericht ausgetragen wurden.

Drei Entscheidungen aus Karlsruhe – ein Urteil[4] und zwei Beschlüsse[5] – sollen somit zum Anlass genommen werden, die innerparlamentarischen Leitungsämter und die Verfahren zu ihrer Besetzung näher zu betrachten. Traditionell wird im Bundestag bei der Ämtervergabe auf einen fraktionsübergreifenden Konsens und die Berücksichtigung aller Fraktionen geachtet. Diese Praxis wurde aber durch den Einzug der Alternative für Deutschland (AfD) grundlegend infrage gestellt. Wenn, wie jüngst, die Parlamentsmehrheit AfD-Abgeordneten den Zugang zu Ämtern verweigert, betont sie den politischen Charakter einer Wahl, die eben auch eine Auswahl zwischen Entscheidungsalternativen voraussetzt. Die strikte Ausgrenzung der AfD bleibt aber für ein auf Harmonie bedachtes Parlament nicht ohne Folgen.

Dieser Aufsatz verschafft einen Überblick über die Parlamentsorganisation, indem er die Stellung des Bundestagspräsidenten und seiner Stellvertreter (I. 1.) sowie der Ausschussvorsitzenden (I. 2.) beschreibt. Es wird gezeigt, dass sich ihre rechtliche und politische Bedeutung (I. 3.) in den Regeln zum Besetzungsverfahren ausdrückt (III.). Diese parlamentsinternen Regeln werden zunächst erläutert und dann dargestellt, wie und warum sich im Parlament eine Proporzkultur bei der Ämtervergabe entwickelt hat (IV.). Mit diesem Wissen können die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Vorschlagsrecht für den Bundestagspräsidenten und seiner Stellvertreter (VI. 1.), zum Anspruch der Fraktionen auf die Besetzung eines Stellvertreterpostens (VI. 2.) und der Ausschussvorsitzenden (VI. 3.) eingeordnet und bewertet werden. Er dient insgesamt der Erfassung des Parlamentsrechts durch die Inbezugnahme der tatsächlichen Funktionsweise von Parlamenten und soll zeigen, dass sich dadurch abstrakte und stark konkretisierungsbedürftige Normen wie Art. 38 Abs. 1 GG mit „Leben füllen" lassen.

II. Die Leitungsämter in der Organisationsstruktur des Parlaments

Der Bundestag umfasst derzeit 736 Abgeordnete und sechs Fraktionen. Er erfüllt als „Zentralorgan der Demokratie"[6] verschiedene, für einen Verfassungsstaat elementare Funktionen. Er ist Gesetzgeber (Rechtssetzungsfunktion), er bringt andere staatliche Organe, vor allem die Regierung, hervor (Kreationsfunktion) und kontrolliert diese (Kontrollfunktion).[7] Zur Erfüllung dieser Funktionen sind verschiedene Verfahren vorgesehen, die nach parlamentarischen Grundsätzen funktionieren und die nicht einfach so „gesetzt" wurden, sondern einer langen Tradition des Parlamentarismus entspringen. Verkompliziert wird die Parlamentsarbeit dadurch, dass der Bundestag durch den politischen Wettbewerb zwischen den Parteien geprägt ist. Die Abgeordneten haben als Kandidaten einer politischen Partei ihren Weg in das Parlament gefunden, die Fraktionen sind – wie ihre englische Bezeichnung „parties in parliament" treffend ausdrückt – der „verlängerte Arm" ihrer jeweiligen Partei, zu der sie in einem Verhältnis vielseitiger politischer, allerdings nicht rechtlicher Wechselwirkungen stehen:[8] Parteien und Fraktionen sind im deutschen Verfassungsrecht streng zu unterscheiden.

Damit ein solcher Betrieb funktionsfähig ist, bedarf es Vielem. Unter anderem braucht er Regeln, nach denen gewählt, beraten und entschieden wird. Und: er braucht Leitung, also Personen und Gremien, die auf die Befolgung der Regeln achten und die dafür sorgen, dass die übertragenen Aufgaben erfüllt werden. Im Parlament wird dies vor allem durch den Bundestagspräsidenten, seine Stellvertreter und die Ausschussvorsitzenden gewährleistet.

---

* Der *Autor* ist seit Juli 2022 Akademischer Rat an der Ruhr-Universität Bochum.

[1] BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 74: „Die Egalität der Staatsbürger setzt sich im Status der Gleichheit der Abgeordneten fort".

[2] *Wefing*, Parlamentsarchitektur, 1995, S. 190.

[3] *Brocker*, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG, Stand: 15.5.2022, Art. 40 Rn. 7; *Kretschmer*, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, 1989, Rn. 112.

[4] BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20.

[5] BVerfG, Beschl. v. 22.3.2022 – 2 BvE 9/20; BVerfG, Beschl. v. 25.5.2022 – 2 BvE 10/21.

[6] *Morlok/Hientzsch*, JuS 2011, 1 ff.

[7] So die Funktionsbeschreibung bei *Morlok/Michael*, Staatsorganisationsrecht, 5. Aufl. 2021, § 11 Rn. 626 ff.

[8] *Volkmann*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, 2015, Rn. 2 f.; *Grimm*, in: Schneider/Zeh (Fn. 3), Rn. 5; zum Begriff der Parteiendemokratie instruktiv *Wiesendahl*, in: Bukow/Jun/Niedermayer, Parteien in Staat und Gesellschaft, 2016, S. 15 (22 f.).

1. Der Bundestagspräsident und seine Stellvertreter

Der Präsident des Bundestages steht im Zentrum der Parlamentsorganisation. Seine herausgehobene Stellung wird bereits im Verfassungstext deutlich, indem ihm das Grundgesetz einen eigenen, den Art. 40, widmet. Er erfüllt mehrere Rollen zugleich: Der Bundestagspräsident bekleidet ein Amt, also eine Stellung mit besonderen Pflichten und Zuständigkeiten.[9] Er ist zwar nicht Organ, wohl aber als „Organwalter" Teil des Verfassungsorgans Bundestag und protokollarisch die „zweite Person im Staat".[10] Schließlich fungiert er als Behörde, unterstützt vom Direktor des Bundestages als Bundestagsverwaltung, die als solche die Parlamentsarbeit organisatorisch unterstützt,[11] daneben als Polizeibehörde zur Durchsetzung des Hausrechts und der Polizeigewalt im Gebäude des Bundestages[12] und als Parteienfinanzierungsbehörde, die nicht nur die entsprechenden Mittel verwaltet, sondern auch über die Einhaltung der Rechenschaftspflicht wacht.[13] Der Bundestagspräsident vertritt als „Personifizierung des Parlaments"[14] den Bundestag in seiner Gesamtheit nach außen, führt dessen Geschäfte, leitet die Sitzungen des Bundestages und wahrt deren Ordnung.[15]

Daraus folgen im Detail zahlreiche Aufgaben und Zuständigkeiten.[16] Hervorgehoben werden sollen hier nur die sitzungsbezogenen Befugnisse: Als Parlament wirkt der Bundestag auf verschiedene Weisen; normativ wie tatsächlich nehmen aber die Plenardebatten und deswegen auch die sitzungsbezogenen Leitungs- und Ordnungsbefugnisse des Präsidenten aus §§ 21 ff. GOBT eine besondere Bedeutung ein.[17] Der Bundestagspräsident bildet mit zwei Schriftführern den Sitzungsvorstand (§ 8 Abs. 1 GOBT), er erteilt nicht nur das Wort (§ 27 Abs. 1 S. 1 GOBT), sondern bestimmt auch die Reihenfolge der Redner (§ 28 Abs. 1 S. 1 GOBT) und kann diese zur Sache verweisen sowie zur Ordnung rufen, das Wort entziehen (§ 36 GOBT) und ein Mitglied des Bundestages aus dem Sitzungssaal verweisen und von den Sitzungen ausschließen (§ 38 GOBT). Nach § 127 GOBT entscheidet er über während einer Sitzung auftretende Zweifel hinsichtlich der Auslegung der Geschäftsordnung.

Die Stellvertreter, die „Bundestagsvizepräsidenten", vertreten den Präsidenten im Verhinderungsfall (§ 7 Abs. 6 GOBT) und im Sitzungsvorstand (§ 8 Abs. 2 GOBT). Gemeinsam mit dem Präsidenten bilden sie zwei wichtige Gremien: das Präsidium (§ 5 GOBT) und den Ältestenrat (§ 6 GOBT). Das Präsidium hat formal gesehen keine nennenswerten Aufgaben und Befugnisse, ihm kommt aber binnenorganisatorisch eine wichtige, integrierende Funktion und Bedeutung zu, indem es den Präsidenten bei seiner Arbeit unterstützt und interfraktionelle Verständigung ermöglicht.[18] Der Ältestenrat hingegen nimmt Vermittlungs-, Koordinations- und Beratungsfunktionen wahr. Zu ihm gehören, außer dem Bundestagspräsidenten und seiner Stellvertreter, 23 von den Fraktionen nach ihrem Stärkeverhältnis (§ 12 S. 1 GOBT) zu benennende Abgeordnete (§ 6 Abs. 1 S. 1 GOBT). Im Ältestenrat werden Verständigungen über die Besetzung der Ausschussvorsitzenden, über den Arbeitsplan des Bundestages und über Termine und Tagesordnungen der Plenarsitzungen getroffen.[19]

Aus den Aufgaben, Befugnissen und der Stellung des Bundestagspräsidenten insgesamt, ist ein gehobenes Anforderungsprofil für das Amt zu folgern: Die Ausübung des Amtes setzt „Glaubwürdigkeit und Überzeugungskraft" voraus.[20] Der jeweilige (Vize-)Präsident muss über eine breite Vertrauensgrundlage im Parlament verfügen und hat sein Amt mit größtmöglicher parteipolitischer Zurückhaltung wahrzunehmen.[21] Dieselben Anforderungen treffen die Stellvertreter.[22]

2. Die Ausschussvorsitzenden

Diese Ausgangslage trifft im Grunde auch für die Ausschussvorsitzenden zu.[23] Die Ausschüsse müssen nach §§ 57 Abs. 1 S. 1, 12 S. 1 GOBT als „verkleinertes Abbild des Plenums" zusammengesetzt sein.[24] In ihnen findet der größte Teil der

[9] So der klassische Amtsbegriff des Verwaltungsrechts, *Summer*, in: Pechstein, Beiträge zum Beamtenrecht, 2007, S. 45 (67).

[10] *Brocker* (Fn. 3), Art. 40 Rn. 7; *Klein*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 96. Lfg., Stand: November 2021, Art. 40 Rn. 93.

[11] *v. Boetticher*, Parlamentsverwaltung und parlamentarische Kontrolle, 2022, S. 72 f.; *Brocker* (Fn. 3), Art. 40 Rn. 8.5.

[12] *Friehe*, DÖV 2016, 521 ff.; *Igel/Feldkamp*, ZParl 2013, 126 ff.; *Blum*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Fn. 8), Rn. 35.

[13] *Pilniok*, in: Krüper, Die Organisation des Verfassungsstaats – Festschrift für Martin Morlok zum 70. Geburtstag, 2019, S. 413 ff.

[14] BVerfGE 1, 114 (116); 1, 144 (156); 27, 152 (157); 80, 188 (227); *Morlok*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 40 Rn. 25.

[15] *Brocker* (Fn. 3), Art. 40 Rn. 8; *Morlok* (Fn. 14), Art. 40 Rn. 25; *Kretschmer* (Fn. 3), Rn. 108 f.

[16] Ausführlich und detailliert *Brocker* (Fn. 3), Art. 40 Rn. 8 und *Bücker*, in: Schneider/Zeh (Fn. 3), Rn. 7 ff.

[17] Grundlegend *Zeh*, in: Schneider/Zeh (Fn. 3), Rn. 19 ff.

[18] Dazu BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 100; das Präsidium stellt z.B. das Benehmen bei der Einstellung leitender Bediensteter der Bundestagsverwaltung (§ 7 Abs. 4 GOBT) und bei dem Erlass von Richtlinien für die Behandlung von Ausschussprotokollen (§ 73 Abs. 3 GOBT) her; ausführlich zu den Aufgaben des Präsidiums *Blum* (Fn. 12), Rn. 59 ff.; siehe auch *Edinger*, Wahl und Besetzung parlamentarischer Gremien, 1992, S. 164 f.; *Brocker* (Fn. 3), Art. 40 Rn. 11.

[19] BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 104; *Schliesky*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 40 Rn. 13.

[20] BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 98.

[21] BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 98; *Bücker* (Fn. 16), Rn. 11; *Wilrich*, DÖV 2002, 152 (158) und *Schliesky* (Fn. 19), Art. 40 Rn. 8.

[22] BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 99; *Brocker*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 200. Lfg., Stand: September 2019, Art. 40 Rn. 184.

[23] *Edinger* (Fn. 18), S. 212; *Grigoleit/Kersten*, DÖV 2001, 363 (366).

[24] BVerfGE 80, 188 (222); 84, 304 (323); 112, 118 (133);

im Parlament zu erledigenden Sacharbeit statt.[25] Aufgabe des Ausschussvorsitzenden ist es gem. § 59 Abs. 1 GOBT, die Ausschusssitzungen vorzubereiten, einzuberufen und zu leiten, sowie die gefassten Beschlüsse durchzuführen, wofür ihm die Geschäftsordnung entsprechende Befugnisse überträgt (§§ 59–61 GOBT).[26] Er organisiert die Ausschussarbeit insgesamt und repräsentiert ihn nach außen.[27] Deswegen sind auch an ihn Anforderungen an die politische Neutralität in der Amtsführung zu stellen.[28] Anders als etwa der Bundestagspräsident und seine Stellvertreter nimmt er aber inhaltlich an Sachdiskussion teil.[29] Eigenständige parlamentarische Kontrollrechte sind mit dem Ausschussvorsitz nicht verbunden.[30]

3. Rechtliche und politische Bedeutung

Aus der so beschriebenen Stellung der Leitungsämter den Schluss einer enormen Machtfülle im innerparlamentarischen Bereich zu ziehen, wäre verfehlt. So verfügt der Bundestagspräsident mit der 3.000 Mitarbeiter umfassenden Bundestagsverwaltung zwar über erhebliche personelle Ressourcen und verwaltet die umfänglichen Mittel für die Abgeordneten und Fraktionen. Die geschäftsmäßige Organisation des Parlaments und seiner Sitzungen ist aber in hohem Maße formalisiert und durch das Abgeordnetengesetz und die Geschäftsordnung vorgegeben. Die Bedeutung der Leitungsbefugnisse in den Sitzungen des Plenums sind zudem allein deshalb begrenzt, weil die Plenardebatte, insbesondere der Redeablauf, in der Parlamentspraxis Gegenstand von interfraktionellen Vereinbarungen ist.[31] Die Bedeutung der im Plenum geführten Debatten darf zudem nicht überbewertet werden: Diese beeinflussen den Inhalt der Parlamentsbeschlüsse in der Regel nicht, sondern machen deren Gründe nachvollziehbar und bieten den Abgeordneten eine Bühne.[32] Schließlich stehen etwa die Ordnungsmaßnahmen als Eingriffe in das Abgeordnetenrecht aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG unter erheblichen rechtlichen Voraussetzungen.[33]

Das Präsidentenamt ist aber deswegen nicht mit dem berüchtigten „Frühstücksdirektor" gleichzusetzen. Das zeigt sich schon im protokollarischen Rang, demzufolge der Bundestagspräsident unmittelbar auf den Bundespräsidenten folgt und bei Staatsveranstaltung entsprechend auftritt und Berücksichtigung erfährt. Aus dieser repräsentativen Stellung des zweithöchsten Amts der Bundesrepublik folgt eine Attraktivität, an der auch die Stellvertreterposten teilhaben, und die vergleichbar für einen Ausschussvorsitzenden besteht. Der Sitz im Präsidium und die Leitung eines Ausschusses, vor allem eines wichtigen wie des Innen- oder Haushaltsausschusses, bieten die Möglichkeit, sich gegenüber den anderen Abgeordneten und der allgemeinen Öffentlichkeit und der Presse, zu inszenieren. Das Amt beschert Aufmerksamkeit, es sichert die Beteiligung in Gremien, auch in informellen Runden, und vermittelt die Position eines Ansprechpartners.[34] Sowohl für endende als auch für beginnende und laufende Karrieren von Abgeordneten sind Leitungsämter damit von Interesse.[35] Die Teilhabe an ihnen hat schließlich symbolischen Charakter, sie zeugt von einem gewissen Einfluss auf den Vorgang der Parlamentsorganisation. Deswegen sind alle Leitungsämter auch politisch eingehegt, indem sie nach einem konsensbezogenen Prinzip besetzt werden, das alle Fraktionen einbinden soll. Zumindest der Idee nach.

III. Die Besetzungsverfahren nach Grundgesetz und Geschäftsordnung

Nach Art. 40 Abs. 1 S. 1 GG wählt der Bundestag, gemeint ist das Plenum,[36] seinen Präsidenten, dessen Stellvertreter und die Schriftführer. Traditionell wird der Präsident von der stärksten Fraktion gestellt, was auch in der Geschäftsordnung dadurch deutlich wird, dass § 7 Abs. 6 GOBT seine Vertretung dem Stellvertreter aus der „zweitstärksten Fraktion" zuweist. Ein Rechtsanspruch auf den Posten besteht für die jeweils stärkste Fraktion indes nicht.[37]

Die Details der Wahl sind in der Geschäftsordnung des Bundestages geregelt. Nach § 1 Abs. 4 GOBT findet die Wahl des Präsidenten und seiner Stellvertreter unmittelbar nach der Konstituierung des Parlaments und der Feststellung der Beschlussfähigkeit statt. Sie erfolgt gem. § 2 Abs. 1 GOBT mit verdeckten Stimmzetteln. Erforderlich ist nach § 2 Abs. 2 S. 1 GOBT zunächst die Mehrheit der Stimmen der Mitglieder des Bundestages, also die sogenannte „Kanzlermehrheit". Scheitert die Wahl, finden erst einmal nur zwei weitere Wahlgänge statt, wobei im dritten Wahlgang nach § 2 Abs. 2 S. 4 GOBT die Mehrheit der abgegebenen Stimmen, die einfache Mehrheit, reicht, wenn nur ein Bewerber antritt. Bei mehreren Bewerbern findet eine Stichwahl zwischen den beiden erfolgreichsten mit einem einfachen Mehrheitserfordernis statt; bei Gleichstand entscheidet das Los. Weitere Wahlgänge finden nach § 2 Abs. 3 GOBT nur statt, wenn eine Vereinbarung im Ältestenrat erfolgt ist.

130, 318 (354); 135, 317 (396); 140, 115 (151).

[25] BVerfGE 44, 308 (319); 70, 324 (363); 80, 188 (221); 84, 304 (323); 130, 318 (351); 140, 115 (150); *Meinel*, Selbstorganisation des parlamentarischen Regierungssystems, 2019, S. 284 ff.; *Marschall*, ZfP 2003, 423 (426); *Winckelmann*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Fn. 8), Rn. 25; *Groh*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 40 Rn. 11.

[26] Dazu *Grigoleit/Kersten*, DÖV 2001, 363 (365 f.).

[27] *Winckelmann* (Fn. 25), Rn. 36.

[28] *Winckelmann* (Fn. 25), Rn. 36.

[29] *Grigoleit/Kersten*, DÖV 2001, 363 (366).

[30] BVerfG, Beschl. v. 25.5.2022 – 2 BvE 10/21, Rn. 48.

[31] *Schürmann*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Fn. 8), Rn. 31.

[32] *Zeh* (Fn. 18), Rn. 19 ff.; *Marschall*, ZfP 2003, 423 (426).

[33] Zum Rechtsschutz gegen Ordnungsmaßnahmen BVerfG, Beschl. v. 17.9.2019 – 2 BvE 2/18; zur Debattendisziplin *Schürmann* (Fn. 30), Rn. 56–59.

[34] *Edinger* (Fn. 18), S. 164 f.

[35] Der Posten eines Ausschussvorsitzenden im Deutschen Bundestag wird z.B. regelmäßig als Karriereziel von Abgeordneten genannt, dazu *Reiher*, Parlamentarier als Beruf, 2019, S. 163.

[36] *Morlok/Hientzsch*, JuS 2011, 1 (2).

[37] *Bücker* (Fn. 16), Rn. 2; *Klein* (Fn. 10), Art. 40 Rn. 89; zum Meinungsstand m.w.N. *Blum* (Fn. 12), Rn. 2.

Der § 2 Abs. 3 GOBT ist bemerkenswert. Er verweist ausdrücklich auf die Notwendigkeit von Verhandlungen, bevor eine Wahl stattfinden kann, während dies etwa bei der Wahl des Bundespräsidenten „ohne Aussprache“ (Art. 54 Abs. 1 S. 1 GG) vorausgesetzt wird. Politisch sind solche informalen Verhandlungsprozesse eine Selbstverständlichkeit, in der Rechtswissenschaft existiert jedoch eine gewisse Skepsis im Umgang mit informalen Prozessen.[38] Ihren Grund hat die Regelung zunächst in der Grundmandatsregel des § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT. Danach ist „jede Fraktion des Deutschen Bundestages […] durch mindestens einen Vizepräsidenten oder eine Vizepräsidentin im Präsidium vertreten.“ Dem Modus der durch die freie Auswahl zwischen Alternativen gekennzeichneten Wahl wird also ein feststehendes Ergebnis gegenübergestellt.

Diese Regelung ist vor dem Hintergrund des § 12 GOBT zu sehen. Über das Maß der bloßen Berücksichtigung eines Grundmandats hinaus sind danach die Posten der Ausschussvorsitzenden (sowie generell die Zusammensetzung des Ältestenrates und der Ausschüsse) nach dem Stärkeverhältnis der Fraktionen im Plenum vorzunehmen. Deswegen trifft der Ältestenrat nach den §§ 6, 58 GOBT eine Vereinbarung über die Besetzung, bei der jede Fraktion ihre Kandidaten vorschlägt.[39] Im jeweiligen Ausschuss wird dann nach § 58 GOBT der Vorsitzende „bestimmt“, was grundsätzlich formlos geschieht.[40] Um diese Praxis herum haben sich diverse Parlamentsbräuche, für manche gar Gewohnheitsrecht,[41] entwickelt, wie etwa die Zuweisung des Vorsitzes des Haushaltsausschusses an ein Mitglied der größten Oppositionsfraktion.[42] Scheitert eine Vereinbarung, wird ein Zugriffsverfahren angewendet, bei dem die Fraktionen hintereinander Posten auswählen können.[43] So kommt es in der Parlamentspraxis nur dann tatsächlich zu einer Wahl im Ausschuss, wenn Bedenken gegen einen Kandidaten erhoben werden.[44]

Die Besetzungsverfahren eint, dass es sich zwar um Wahlverfahren handelt, die aber das Ergebnis in Form der personellen Berücksichtigung der Fraktionen in jeweils unterschiedlichem Maße vorsehen. Diese Kombination erscheint widersprüchlich. Die Entscheidung für den Mechanismus der Wahl scheint für eine Auswahl bloß nach der Mehrheitsregel zu sprechen, die Entscheidung für eine Beteiligung aller Fraktionen dagegen für ein Benennungsrecht der Fraktionen. Sie lässt sich aber vor dem Hintergrund der deutschen Parlamentsgeschichte verstehen.

IV. Parlamentarischer Proporz zwischen Kultur und Regel

Die Idee, wichtige Posten nicht allein nach der Mehrheitsregel zu vergeben, wie es etwa in den angloamerikanischen Parlamenten der Fall ist, wurde bereits im Reichstag des Deutschen Kaiserreichs geboren.[45] Der Reichstag war noch stark vom Gegenüber von Parlament und Regierung gezeichnet.[46] Die Abgeordneten bemühten sich daher, bei der Besetzung von Leitungsämtern fraktionsübergreifend Vereinbarungen zu treffen und diese nach Stärkeanteilen zu verteilen, um als Parlament die Regierung punktuell beeinflussen zu können.[47] Im parlamentarischen Regierungssystem, das auch dem Grundgesetz zugrunde liegt, hat sich dieses Gegenüber verschoben: Die jeweilige Regierung wird von einer Mehrheit im Parlament, den Regierungsfraktionen, getragen, die dadurch maßgeblichen Einfluss auf die Staatsleitung erhält.[48] Ihnen gegenüber stehen die Oppositionsfraktionen, deren Aufgabe es ist, Kritik zu üben und Alternativen aufzuzeigen. Dass der Proporzgedanke überlebt hat, liegt an der traditionalen Prägung des deutschen Parlamentarismus[49] und daran, dass es vor dem Hintergrund einer pluralistischen Demokratie Ausdruck von Verfahrensgerechtigkeit und Symbolkraft ist, wenn mit gewissen Befugnissen ausgestattete Posten nicht allein von der Mehrheit besetzt werden, sondern auch die Minderheit berücksichtigt wird.[50] Zudem bestand ein strategisches Interesse, Koalitionspartner und solche, die es werden könnten, parlamentarisch enger einzubinden.[51] So waren auch im Bundestag – nach einer anfänglichen Konsolidierungsphase in den fünfziger Jahren, in denen noch zahlreiche Splitterparteien im Parlament vertreten waren – seit dem Beginn der sechziger Jahre zunächst alle Fraktionen im Präsidium vertreten.[52]

Die Berücksichtigung der Minderheit bei der Benennung der Stellvertreter des Bundestagspräsidenten blieb zunächst aber eine Frage der politischen Kultur, des parlamentarischen Brauchs. Zu einer Regel i.F.d. § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT wurde sie erst in Folge des Einzugs der Grünen in den Bundestag. Deren Abgeordnete unterschieden sich bei ihrem Einzug im Jahr 1983 erheblich von ihren Kollegen, sowohl in ihrem Auftreten als auch in ihrer Sozialstruktur, also etwa der Alters- und Geschlechterverteilung, der Ausbildung sowie dem Beruf. Sie gingen auch organisatorisch Sonderwege, entschieden stark basisdemokratisch und nutzen zur Trennung von Amt und Mandat ein Rotationsprinzip, nach dem alle Abgeordneten nach ausgewechselt wurden. Dadurch vermochten sie sich anfangs nicht so recht in die formalen Strukturen des Parla-

[38] Dazu *Morlok*, VVDStRL 62 (2003), S. 37 ff.; maßgeblicher Grund dafür wird sein, dass sich das Phänomen der Informalität nicht mit der nach wie vor verbreiteten „klassisch liberalen Trennungsdogmatik“ fassen lässt, *Schulze-Fielitz*, Der informale Verfassungsstaat, 1984, S. 108 f.
[39] *Grigoleit/Kersten*, DÖV 2001, 363 (365).
[40] *Groh* (Fn. 25), Art. 40 Rn. 13.
[41] Vgl. *Winckelmann* (Fn. 25), Rn. 37.
[42] Dazu *Edinger* (Fn. 18), S. 214 mit weiteren Beispielen.
[43] *Winckelmann* (Fn. 25), Rn. 38; *Grigoleit/Kersten*, DÖV 2001, 363 (364).
[44] BVerfG, Beschl. v. 25.5.2022 – 2 BvE 10/21, Rn. 44; *Winckelmann* (Fn. 25), Rn. 39.
[45] *Meinel* (Fn. 25), S. 84 f.; *Schönberger*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Fn. 8), Rn. 45; *Grigoleit/Kersten*, DÖV 2001, 363 (363).
[46] *v. Beyme*, in: Schneider/Zeh (Fn. 3), Rn. 7.
[47] *Schönberger* (Fn. 41), Rn. 45.
[48] *Schneider/Zeh*, in: Schneider/Zeh (Rn. 3), Rn. 4.
[49] *Schönberger* (Fn. 41), Rn. 59.
[50] BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 106 f.; *Meinel* (Fn. 25), S. 85 ff.; *Lovens*, ZParl 2008, 18 (24); *Morlok* (Fn. 14), Art. 40 Rn. 25.
[51] *Edinger* (Fn. 18), S. 174.
[52] *Lovens*, ZParl 2008, 18 (20).

ments einzufügen und wirkten sie im Vergleich zu den anderen Fraktionen deutlich unorganisierter.[53]

Im Bundestagspräsidium waren sie anfangs, im zehnten und elften Bundestag, nicht vertreten, sondern erst – nachdem sie zwischenzeitlich ausgeschieden waren – mit ihrem Wiedereinzug in den 13. Bundestag. Dieser fügte in seiner konstituierenden Sitzung die Grundmandatsregel des § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT ein, um eine Beteiligung der Grünen am Präsidium abzusichern.[54] Diese Regel wurde erstmals auf die Probe gestellt, als *Lothar Bisky*, Kandidat der im 16. Bundestag neu formierten Fraktion Die Linke, auch in vier Wahlgängen nicht zum Vizepräsidenten gewählt wurde.[55] Nach aufwendigen Verhandlungen, die auch zur Einführung der Begrenzung für Wahlgänge nach § 2 Abs. 3 GOBT führte, übernahm diese Rolle die Linken-Abgeordnete *Petra Pau*.[56]

Damit waren seit den sechziger Jahren im Bundestag nur Parteien parlamentarisch vertreten, die bei allen, teils erheblichen Differenzen nach einer gewissen Zeit sich gegenseitig und eine gemeinsame Arbeitsgrundlage anerkannt haben. Mit dem Einzug der rechtspopulistischen AfD im Jahr 2017 wurde aber der Bundestag als Organ neu herausgefordert. Gegenüber ihr verfolgen die übrigen Fraktionen eine sich verfestigende Strategie der strikten Abgrenzung. Schon im 19. Bundestag verweigerte das Plenum die Wahl eines AfD-Kandidaten für das Bundestagspräsidium, obwohl mehrere von ihnen in drei Wahlgängen zur Wahl antraten.[57] Auch die Besetzung der Ausschussvorsitze gelang nicht störungsfrei: Während noch im 19. Bundestag die AfD die ihr nach § 12 GOBT zustehenden Vorsitzendenposten besetzen konnte (zumindest anfangs, der Vorsitzende des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, *Stephan Brandner*, wurde wegen seiner „fehlende[n] Bereitschaft zur Mäßigung“[58] wieder abberufen), wurde im 20. Bundestag sämtlichen Kandidaten das notwendige Maß an Zustimmung versagt.[59]

V. Zwischenfazit

Es zeigt sich ein das Parlamentsrecht, das Recht der Politik allgemein prägender Zusammenhang: Auch weil es zu den Wesensmerkmalen der Politik gehört, dass Auseinandersetzungen angesichts der zu erringenden Machtressourcen des Staates mit einer gewissen Intensität ausgefochten werden,[60] nehmen in der Politik Rituale, Bräuche, Gewohnheiten, Symbole und Absprachen eine besondere Bedeutung ein.[61] Sie geben politischen Prozessen standardisierte Formen, senken Abstimmungs- und Diskussionsbedürfnisse, mindern auf diese Weise Streitpotenzial und tragen damit wesentlich zur Funktionsfähigkeit politischer Organe bei, deren Mitglieder in Konkurrenz stehen und zum Teil fundamental unterschiedliche Überzeugungen innehaben. Das gilt auch und gerade für das Parlament, das ein Ort einer Vielzahl solcher Praktiken ist.[62]

Die Proporzkultur teilt diesen Ursprung, auch wenn sie geschäftsordnungsrechtliche und – wie anhand der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu zeigen sein wird – auch verfassungsrechtliche Wurzeln hat. Denn auch wenn sich das Parlament auf die Grundmandatsregel des § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT und die Proporzregel des § 12 GOBT einigen konnte, bringt die Entscheidung für die Beibehaltung eines Wahlverfahrens zum Ausdruck, dass trotz Übung, Gewohnheit und Proporz die Besetzung von Leitungsämtern politisch bleibt, was eine Entscheidungs-, vor allem auch Ablehnungsmöglichkeit voraussetzt.[63] Dies wird in der Abgrenzungsstrategie der Parlamentarier gegenüber der AfD-Fraktion besonders deutlich. Die anhaltende Weigerung der übrigen Abgeordneten, mit ihren Kollegen von der AfD selbst in organisatorisch-geschäftsordnungsrechtlichen Fragen zu kooperieren, führt indes in einem rechtlich stark verfassten Kollegialorgan wie dem Bundestag notwendig zu einem Rechtsstreit und so landete auch dieser um die Leitungsämter des Bundestagspräsidenten, seiner Stellvertreter und der Ausschussvorsitzenden vor dem Bundesverfassungsgericht. Drei in diesem Zusammenhang ergangene Entscheidungen sollen nun zum Gegenstand gemacht werden.

VI. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

1. Das Wahlvorschlagsrecht zum Bundestags(vize)präsidenten

Das erste von drei Verfahren führte der AfD-Abgeordnete *Fabian Jacobi*.[64] Nachdem in der konstituierenden Sitzung der AfD-Kandidat *Albrecht Glaser* in drei Wahlgängen und auch in der Folge alle weiteren Kandidaten nicht gewählt wurden, kündigte *Jacobi* an, den Abgeordneten *Martin Renner* vorschlagen zu wollen. Dieser Wahlvorschlag wurde vom Präsidium mit der Begründung nicht zugelassen, dass einzel-

[53] Zu den Anfangstagen der Grünen im Bundestag und ihrem Organisationsverständnis vgl. *Poguntke*, Alternative Politics, S. 143 f.

[54] Plenarprotokoll 13/1 der Sitzung v. 10.11.1994, S. 7 ff.; dazu *Lovens*, ZParl 2008, 18 (24).

[55] Plenarprotokoll 16/1 der Sitzung v. 18.10.2005, S. 12.

[56] Zur „Cause *Bisky*“ umfassend *Lovens*, ZParl 2008, 18 ff.

[57] BVerfG, Beschl. v. 22.3.2022 – 2 BvE 9/20, Rn. 3 f.

[58] Siehe den Bericht „Rechtsausschuss beruft Stephan Brandner als Vorsitzenden ab“ auf der Website des Bundestags, abrufbar unter https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2019/kw46-pa-rechtsausschuss-brandner-668074 (8.8.2022).

[59] Plenarprotokoll 20/1 der Sitzung v. 26.10.2021, S. 20.

[60] Dazu *Jürgensen*, DÖV 2019, 639 (640); *Morlok*, DVBl 2017, 995 (995 f.).

[61] Speziell zu Ritualen *Kertzer*, in: Belliger/Krieger, Ritualtheorien, 1998, S. 363 (375 ff.); zu den Leistungen von informalen Regeln in der Politik *Schulze-Fielitz* (Rn. 37), S. 100 ff.

[62] *Cancik*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Fn. 8), Rn. 43 ff.; siehe beispielsweise *Zähle*, ZParl 2012, 872 ff.

[63] Das „Politische“ ist – auch im Gegensatz zur „Politik“ kein feststehender Begriff, sondern ist Gegenstand verschiedener Theorien, die sich etwa mit *Bedorf*, in: Bedorf/Röttgers, Das Politische und die Politik, 2010, überblicken lassen; hier soll ohne weitergehende Differenzierungen nur das Merkmal der Entscheidbarkeit als Verhandlungsmöglichkeit und Änderbarkeit verwendet werden.

[64] BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20.

nen Abgeordneten kein Vorschlagsrecht für die Wahl eines Vizepräsidenten zustehe.[65] Nachdem es schon einen Antrag auf Erlass einer Anordnung als unzulässig ablehnte, wies das Bundesverfassungsgericht den gegen die Zurückweisung seines Wahlvorschlags gerichteten Antrag im Organstreitverfahren als unbegründet ab.

a) Die Entscheidungsgründe

Im Zentrum des Urteils steht – wie es im Parlamentsrecht traditionell, aber mittlerweile zunehmend umstritten[66] der Fall ist – das Abgeordnetenrecht aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG. Dieses beinhalte nach dem Bundesverfassungsgericht „das Recht auf gleichberechtigte Mitwirkung am gesamten Prozess der parlamentarischen Willensbildung".[67] Die Mitwirkungsbefugnis des Abgeordneten beschränke sich nicht nur auf die Erfüllung der Aufgaben des Parlaments mit Außenwirkung oder die politisch-parlamentarische Willensbildung im engeren Sinn, sondern auch – und das stellt das Bundesverfassungsgericht hier erstmals eindeutig fest –„auf Entscheidungen über die innere Organisation und die Arbeitsabläufe des Deutschen Bundestages einschließlich der Festlegung und Besetzung von Leitungsämtern und Untergliederungen".[68] Konkret das Wahlvorschlagsrecht des einzelnen Abgeordneten ergebe sich zwar nicht unmittelbar aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG, wohl aber aus systematischen und teleologischen Erwägungen. Denn im Grundgesetz sei nur im Fall des Bundeskanzlers das Wahlvorschlagsrecht für den Bundespräsidenten begrenzt und das auch nur im ersten Wahlgang (Art. 63 Abs. 1 GG). Lediglich einfachrechtlich – in der Geschäftsordnung des Bundestages oder Spezialgesetzen – fänden sich Einschränkungen.[69] Dagegen seien Quoren für Antragsrechte an etlichen Stellen im Grundgesetz geregelt, was für die Existenz eines individuellen Wahlvorschlagsrechts des Abgeordneten spreche (argumentum e contrario). Dies gebiete auch Sinn und Zweck des freien Mandats als weit zu fassende Garantie gleicher Mitwirkungsbefugnis aller Abgeordneten.[70]

Wenn § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT durch das Bundestagspräsidium derart ausgelegt und angewendet werde, dass das Wahlvorschlagsrecht für den Bundestagspräsidenten und seine Stellvertreter nur Fraktionen zukomme, stelle dies einen zu rechtfertigenden Eingriff in Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG dar. Die Rechtfertigung gelinge über die Funktionsfähigkeit des Parlaments als „gleichwertiges Rechtsgut von Verfassungsrang".[71] Die Festlegung, welche Regelungen erforderlich seien, um die Funktionsfähigkeit zu gewährleisten, obliege gem. Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG dem Bundestag selbst, wobei ihm „ein weiter Gestaltungsspielraum" zukomme.[72] Die Auslegung und Anwendung der Geschäftsordnung werde vom Bundesverfassungsgericht nur eingeschränkt kontrolliert, nämlich dahingehend, ob diese vor dem Hintergrund des Grundsatzes der fairen und loyalen Anwendung und der anerkannten Auslegungsmethoden evident sachwidrig sind.[73] Dies nun sei nicht der Fall: Zwar sei in § 2 GOBT das Wahlvorschlagsrecht nicht ausdrücklich geregelt, auch sei die Frage der Vorschlagsberechtigung bei der Einführung des § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT in der konstituierenden Sitzung des Bundestages am 10.11.1994 nicht ausdrücklich erörtert worden. Die Tatsache, dass in dieser Sitzung ein Wahlvorschlag, der nicht von einer Fraktion stammte, zugelassen worden sei, könne als einzige Ausnahme eine erkennbare parlamentarische Praxis, die nur Vorschläge von Fraktionen zulasse, nicht aufheben.[74] Allein Stellvertreter, die das Vertrauen der sie vorschlagenden Fraktion besäßen, seien geeignet, den Zweck der Grundmandatsklausel zu erfüllen, interfraktionelle Verständigung und Schlichtung zu erleichtern und so die Konsens- oder Kompromissfindung bei der Gestaltung der Arbeitsabläufe des Parlaments und der Besetzung parlamentarischer Gremien zu ermöglichen.[75] Die Bedeutung des Vizepräsidentenamtes erschöpft sich nicht in der Vertretung des Präsidenten, vielmehr würden Entscheidungen und Lenkungsmaßnahmen des Präsidiums und des Ältestenrats auf eine breitere Basis gestellt. Sämtliche Fraktionen sollten „sich durch den ihnen angehörenden Stellvertreter des Bundestagspräsidenten in der Leitung des Parlaments wiederfinden."[76] Deswegen sei es auch verhältnismäßig, dem einzelnen Abgeordneten das Wahlvorschlagsrecht vorzuenthalten, insbesondere weil es sich bei der Wahl des Stellvertreters um eine primär innerorganisatorische Angelegenheit des Parlaments handele und dem einzelnen Abgeordneten die Möglichkeit verbleibe, sich innerfraktionell für den vom ihm favorisierten Vorschlag einzusetzen.[77]

b) Bewertung

Der Fall erweist sich als gutes Beispiel für den in der Politik verbreiteten instrumentellen Zugang zum Recht. Die Frage, ob Recht geschaffen und auf welche Weise es angewendet oder ignoriert wird, beantwortet sich in der Politik deutlich vom Standpunkt der Nützlichkeit her.[78] So dürfte gar nicht in Frage stehen, dass das Bundestagspräsidium bei der Auslegung des § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT in Bezug auf das Vorschlagsrecht nur für Fraktionen von dem Abgrenzungsbedürfnis des Parlaments gegenüber der AfD motiviert war. Auch hier gilt es jedoch, die Unterscheidung von Anlass und Grund zu beachten:[79] Der Vorschlag des AfD-Abgeordneten *Jacobi* bot

[65] BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 2-5.
[66] Stellvertretend *Payandeh*, VVDStRL 81 (2021), 171 (176 ff.).
[67] BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 48.
[68] BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 49.
[69] BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 70–72.
[70] BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 74–76.
[71] BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 54.
[72] BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 58; mit Verweis auf BVerfGE 10, 4 (19 f.); 80, 188 (220); 84, 304 (322); 112, 118 (150); 140, 115 (155 Rn. 102).
[73] BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 61.
[74] BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 88 f.
[75] BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 91.
[76] BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 107.
[77] BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 110–122, besonders 119.
[78] So bereits *Jürgensen*, Politische Parteien und Öffentlichkeit, 2022, S. 198; *ders.*, DÖV 2019, 638 (640).
[79] Dazu *Jürgensen*, Von Anlässen und Gründen: Die Änderung des Verfahrens zur Ausschussbesetzung im Landtag

den Anlass dafür, dass Nichtbestehen eines individuellen Wahlvorschlagsrechts für das Amt des Bundestagspräsidenten und seiner Stellvertreter festzustellen. Darüber hinaus bestehen aber verfassungsrechtlich gute Gründe für diese Feststellung.

Das betrifft zunächst die Erweiterung des Gewährleistungsgehalts von Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG auf innerparlamentarische Organisationsfragen, insbesondere Wahlen. Angesichts ihrer Bedeutung ist die Erweiterung sachgerecht, ohne dass das Abgeordnetenrecht damit zu einer allgemeinen Handlungsfreiheit im Parlament wird. Eine solche hätte zur Folge, dass ausnahmslos jede Beschränkung des Abgeordneten bei seiner Mandatsausübung angreifbar wäre und gerechtfertigt werden müsste. Das dürfte nicht der Sinn des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG sein, aus dem ein organschaftliches Recht des Abgeordneten folgt, das dessen parlamentarische Mitwirkungsmöglichkeiten gewährleisten möchte, zugleich angesichts des Organisationsaufwandes eines Parlamentsbetriebs für Ausgestaltungen offen ist. Das Recht erstreckt sich also nur auf tatsächlich relevante Bereiche der Mandatstätigkeit.[80]

Insgesamt belegt das Bundesverfassungsgericht in den Urteilsgründen erneut, wie wichtig ein realitätsnahes Verständnis parlamentarischer Prozesse ist,[81] wenn es die Stellung der Bundestagspräsidenten und seiner Stellvertreter und die Funktionen der Gremien des Präsidiums und des Ältestenrats untersucht und die Fraktionen als maßgebliche Akteure des Parlamentslebens und Adressaten des § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT erkennt.

2. Der Anspruch auf Benennung eines Stellvertreters des Bundestagspräsidenten

Nur scheinbar im Widerspruch zum soeben behandelten Urteil steht der parallel ergangene Beschluss, mit dem das Bundesverfassungsgericht das Bestehen eines unbedingten Anspruchs der AfD-Fraktion auf einen Stellvertreterposten verneinte.[82] Der Eindruck der Widersprüchlichkeit könnte deshalb entstehen, weil das Bundesverfassungsgericht zuvor die Bedeutung des Amtes in der Parlamentsorganisation hervorgehoben hatte und die Zuordnung des Wahlvorschlagsrechts an die Fraktion aufwendig verfassungsrechtlich legitimierte. Den eingeschlagenen Weg, so könnte man meinen, geht das Bundesverfassungsgericht nicht zu Ende, wenn es die Nichtwahl der AfD-Kandidaten nicht als Verletzung des Rechts der Fraktion aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG erkennt.

a) Die Entscheidungsgründe

Das Gericht hatte über einen Antrag der AfD-Fraktion zu entscheiden, mit dem diese sich dagegen wendete, dass sämtliche ihrer Kandidaten nicht die nötige Mehrheit fanden und der Ausschuss für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung es ablehnte, eine Verpflichtung des Plenums zur Wahl beziehungsweise ein Benennungsrecht der Fraktion nach mehreren erfolglosen Wahlen festzustellen.[83] Diese Feststellung und eine Verpflichtung des Bundestages, prozedurale Vorkehrungen zum Schutz vor einer Nichtwahl eines Kandidaten aus sachwidrigen Gründen zu treffen, wollte die AfD nun vor dem Bundesverfassungsgericht erreichen.

Tatsächlich beinhalte – so das Bundesverfassungsgericht in dem Beschluss – Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ein Recht der Fraktion auf formal gleiche Mitwirkung an der parlamentarischen Willensbildung und damit auf Zugang zum Präsidium des Deutschen Bundestages.[84] Dieses Recht stehe jedoch unter dem Vorbehalt, dass der Kandidat mit der erforderlichen Mehrheit gewählt werde, weil dessen Wahl in Art. 40 Abs. 1 S. 1 GG vorgesehen sei. Diese Wahl sei eine freie, denn nur so könne der mit ihr „einhergehende legitimatorische Mehrwert“ erreicht werden“.[85] Wahlen seien nur auf Verfahrensfehler hin zu untersuchen, ihr Ergebnis bedürfe weder einer Begründung noch einer Rechtfertigung.[86] Die Vorgabe eines bestimmen Wahlergebnisses, auch durch prozedurale Vorkehrungen unmittelbar oder mittelbar wirkende Verpflichtung der Abgeordneten, ihre Wahlabsicht oder ihre Stimmabgabe offenlegen oder begründen zu müssen, sei mit dem freien Mandat aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 und dem Demokratieprinzip unvereinbar. Die Wahl sei ansonsten auch ihres Sinns entleert. Präsident und Stellvertreter müssten „über eine breite Vertrauensgrundlage im Parlament verfügen, die in der unmittelbar durch das Grundgesetz angeordneten Wahl des Präsidiums durch die Abgeordneten ihren Ausdruck“ finde.[87] Auch die Rechte der AfD-Fraktion auf effektive Opposition und auf Organtreue seien nicht verletzt: Minderheitsschutz im Parlament bewahre sie nicht vor Sachentscheidungen der Mehrheit und den Ergebnissen freier Wahlen. Anhaltspunkte

---

Rheinland-Pfalz, Zur Geschäftsordnung – Rechtsfragen fragmentierter Parlamente v. 11.1.2018, abrufbar unter https://zurgeschaeftsordnung.de/von-anlaessen-und-gruenden-die-aenderung-des-verfahrens-zur-ausschussbesetzung-im-landtag-rheinland-pfalz/ (8.8.2022).

[80] Darauf deutet bereits BVerfGE 118, 277 (324) hin: „Die Antragsteller sind im Kern der Ansicht, der Abgeordnete unterliege insoweit von Verfassungs wegen keinerlei Beschränkungen; die Freiheit des Mandats umfasse das Recht des Abgeordneten zu freier Gestaltung von Mandat und Beruf. Die Antragsteller halten deshalb die Mittelpunktregelung für einen verfassungswidrigen Eingriff in den freiheitlichen Status des Abgeordneten. Dem kann nicht gefolgt werden.“; offenlassend und auf die Hauptsache verweisend BVerfG, Beschl. v. 8.3.2022 – 2 BvE 1/22, Rn. 60 zur Reichweite des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG im Zusammenhang mit der 2G+-Regel im Deutschen Bundestag; wie hier *Drossel/Weber*, NVwZ 2022, 365 (367). Zur 2G+-Problematik, die hervorragend zeigt, welche – zum Teil symbolische – Wirkung formal gleichbehandelnde und verbreitet zur Anwendung kommende Maßnahmen im Kontext des Parlamentsrecht haben können auch *Hilbert/Meier*, ZJS 2022, 162 ff., auch als Falllösung ZJS 2022, 869 ff.

[81] So der nachdrückliche Apell von *Morlok*, VVDStRL 62 (2003), S. 37 (64–66).

[82] BVerfG, Beschl. v. 22.3.2022 – BvE 9/20.

[83] BVerfG, Beschl. v. 22.3.2022 – BvE 9/20, Rn. 2–8.

[84] BVerfG, Beschl. v. 22.3.2022 – BvE 9/20, Rn. 28.

[85] BVerfG, Beschl. v. 22.3.2022 – BvE 9/20, Rn. 31.

[86] BVerfG, Beschl. v. 22.3.2022 – BvE 9/20, Rn. 31.

[87] BVerfG, Beschl. v. 22.3.2022 – BvE 9/20, Rn. 35.

für eine gleichheitswidrige Handhabung der Geschäftsordnung bestünden nicht.[88]

b) Bewertung

Die Entscheidung offenbart also einen elementaren Widerspruch im Verfahren zur Besetzung des stellvertretenden Bundestagspräsidenten und zu den Leitungsämtern insgesamt: Es besteht ein Rechtsanspruch der Fraktion auf den Zugang zu diesen Ämtern, der in § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT bereits sprachlich unverkennbar durch die Verwendung des Indikativ hervortritt („Jede Fraktion des Deutschen Bundestages *ist* durch mindestens einen Vizepräsidenten oder eine Vizepräsidentin im Präsidium vertreten“[89]). Dieser Anspruch steht jedoch unter dem Vorbehalt einer freien Wahl, die nach dem Bundesverfassungsgericht rechtlich nicht in Bindungen zu legen sei.

Damit ist der Anspruch vollständig in die Hände der Parlamentsmehrheit gelegt. Das ist im Recht der Politik, das neben dem Parlamentsrecht unter anderem das Parteien- und das Wahlrecht umfasst, stets problematisch.[90] Dieses regelt den demokratischen Machterwerb, der nur dann als legitim erachtet werden kann, wenn er das Ergebnis eines fairen Verfahrens ist. Die Wahlrechtsgrundsätze in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG etwa sind ein Ausdruck davon.[91] Politische Akteure stehen aber stets in der Versuchung, nicht in diesem Sinne zu handeln, sondern Konkurrenz aus dem Wettbewerb zu drängen beziehungsweise gar nicht erst zuzulassen. Das ist immer dann zu beachten, wenn in diesen Bereichen auf Entscheidungsspielräume verwiesen wird. Verfassungsrechtliche Beschränkungen der Wahlfreiheit sind unter dem Grundgesetz zudem nicht unvorstellbar, wie etwa das Mindestalter bei der Wahl zum Bundespräsidenten in Art. 54 Abs. 1 S. 2 GG zeigt: Stimmen für einen nicht vierzig Jahre alten Kandidaten sind unwirksam, ohne dass sich die Deputierten der Bundesversammlung auf ihre verfassungsrechtlich gewährleistete Wahlfreiheit berufen könnten.

Gleichwohl: Dem Bundesverfassungsgericht ist darin zu folgen, dass eine Wahlpflicht den von Art. 40 Abs. 1 S. 1 GG verfolgten Zweck, durch eine Wahl Legitimation zu vermitteln, nicht erfüllen würde. Der Kandidat einer Fraktion, die von den anderen Fraktionen politisch ausgegrenzt wird, kann weder zur Vermittlungs- noch zur Repräsentationsfunktion des Amtes etwas beitragen, noch kann die parlamentarische Integration einer Fraktion rechtlich erzwungen werden. Die Annahme einer Wahlpflicht stünde zudem vor praktischen Problemen, denn es ist bereits unklar, ob ein Anspruch einer Fraktion auf unbedingten Zugang zum Leitungsamt ohne Ansehung der Person bestünde, also jeder Abgeordnete, und sei er politisch noch so untragbar, gewählt werden müsste oder ob begründete Ablehnungen möglich wären. Begründungen wiederum lassen sich im Rahmen einer Wahl kaum abfragen, vor allem wenn sie geheim ist. Zudem wäre kaum zu klären, welche Gründe eine Ablehnung rechtfertigen und welche nicht bzw. wie überprüft werden könnte, ob sie nur vorgeschoben sind. Eine aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG gefolgerte Wahlpflicht liefe leer. Sie würde zudem eine grundlegende Umformung des Besetzungsverfahrens und letztlich auch der Stellung des Bundestagspräsidenten und seiner Stellvertreter bedeuten. Dies wäre nicht nur schwer mit der von Art. 40 Abs. 1 S. 1 GG geforderten Wahl, sondern auch mit der vom Bundesverfassungsgericht zu achtenden Organisationsautonomie des Bundestages aus Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG zu vereinbaren.

3. Das Benennungsrecht von Ausschussvorsitzenden

Nicht endgültig entschieden ist über das Besetzungsrecht der Ausschussvorsitzenden. Bislang lehnte das Bundesverfassungsgericht lediglich einen Antrag der AfD-Fraktion auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ab, mit dem sie die vorläufige Einsetzung ihrer Kandidaten für die Vorsitze im Innen-, im Gesundheits- und im Entwicklungsausschuss erreichen wollte.[92] Diese Ausschüsse hatte sich die AfD im schon beschriebenen Zugriffsverfahren (oben III.) gesichert, die von ihr ausgewählten Abgeordneten erreichten in den geheim durchgeführten Wahlen indes nicht die notwendigen Mehrheiten in den jeweiligen Ausschüssen.[93]

a) Entscheidungsgründe

Dass das Bundesverfassungsgericht dem nicht abhalf, hat in erster Linie prozessuale Gründe. So wird im einstweiligen Anordnungsverfahren nach § 32 BVerfGG grundsätzlich nicht die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Maßnahme geprüft, es sei denn das Hauptsacheverfahren ist offensichtlich unzulässig oder unbegründet.[94] Die Prüfung erfolgt vielmehr als Folgenabwägung, bei der die Nachteile zweier hypothetischer Verläufe gegenübergestellt und abgewogen werden (deswegen: „Doppelhypothese“): Die Nachteile des Falls, dass eine einstweilige Anordnung nicht ergeht, später aber das Hauptsacheverfahren Erfolg hat, gegen die Nachteile des Falls, dass die beantragte einstweilige Anordnung erlassen wird, das Hauptsacheverfahren aber ohne Erfolg bleibt.[95]

Nun sei es nicht von vornherein völlig ausgeschlossen, dass die Nichtwahl der in den Ausschüssen vorgeschlagenen AfD-Kandidaten das Recht der Fraktion auf gleiche Teilhabe an der parlamentarischen Willensbildung aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG, verletze. In seiner in den zuvor besprochenen Entscheidungen konkretisierten Gestalt könne es auch ein Recht auf Zugang zum Ausschussvorsitz beinhalten. Allerdings sei angesichts der beschränkten Befugnisse des Amts nicht ersichtlich, inwiefern die AfD-Fraktion durch die Verwehrung des Vorsitzendenpostens an der Ausschussarbeit gehindert

[88] BVerfG, Beschl. v. 22.3.2022 – BvE 9/20, Rn. 41–45.
[89] *Hervorhebung* durch den *Verf.*; so auch *Lovens*, ZParl 2008, 18 (22).
[90] Dazu und zum Folgenden bereits *Jürgensen*, DÖV 2019, 639 (640); *Morlok*, DVBl 2017, 995 (995 f.).
[91] Vgl. BVerfGE 44, 125 (138 f.): „Wahlen vermögen demokratische Legitimation im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG nur zu verleihen, wenn sie frei sind“.
[92] BVerfG, Beschl. v. 25.52022 – 2 BvE 10/21.
[93] BVerfG, Beschl. v. 25.52022 – 2 BvE 10/21, Rn. 2–6.
[94] BVerfGE 122, 342 (355); 112, 284 (291).
[95] *Walter*, in: Walter/Grünewald, Beck’scher Online-Kommentar BVerfGG, Stand: 1.6.2022, § 32 Rn. 42 m.w.N.

sei.[96] Auf der anderen Seite sei die Arbeitsfähigkeit der Ausschüsse gefährdet, wenn Kandidaten bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens zu Vorsitzenden von Ausschüssen benannt würden, die nicht das Vertrauen der dortigen Mehrheit besäßen. Solche Beeinträchtigungen könnten sich angesichts der Bedeutung der Ausschüsse auch auf das Plenum auswirken.[97] Eine Einsetzung der Vorsitzenden durch das Bundesverfassungsgericht bedeutete zudem einen schwerwiegenden Eingriff in die durch Art. 40 Abs. 1 GG geschützte Geschäftsordnungsautonomie des Bundestages und das freie Mandat der Ausschussmitglieder, die mit der Nichtwahl der AfD-Kandidaten ihren Willen zum Ausdruck gebracht hätten.[98]

b) Bewertung

Die nachgezeichnete Folgenabwägung lässt bereits erahnen, dass vor dem Hintergrund der Entscheidungen zum Stellvertreter des Bundestagspräsidenten der AfD-Fraktion auch im Hauptsacheverfahren ein unbedingter Anspruch auf Benennung „ihrer" Ausschussvorsitzenden nicht zuerkannt wird. Auch wenn ein solcher Anspruch zum Teil angenommen und unter anderem darauf gestützt wird, dass § 58 GOBT nicht von „wählen", sondern von „bestimmen" spricht, dürfte sich hier die Rechtslage im Plenum im Ausschuss spiegeln.[99] Ausschlaggebend ist dabei die vom Bundesverfassungsgericht angenommene Notwendigkeit einer Vertrauensgrundlage zwischen Ausschuss und Vorsitzendem. Diese folgt stärker noch als im Plenum aus der persönlich geprägten und sachbezogenen Arbeit in den Ausschüssen, die eben nicht stattfinden kann, wenn bestimmte Abgeordnete aus politischen Gründen als Kollegen und Gesprächspartner nicht akzeptiert werden. Zudem ist angesichts der gegenüber dem Bundestagspräsidenten geringeren Befugnissen und Bedeutung und der Tatsache, dass die Wahl nicht wie in Art. 40 Abs. 1 S. 1 GG vorgeschrieben ist, eine geringere verfassungsrechtliche Determination der Frage anzunehmen. Sie unterfällt also noch stärker der Organisationsautonomie des Parlaments.

VII. Fazit

Es zeigt sich, dass es mehr als eine Verlegenheitslösung ist, Wahl und Wahlvoraussetzungen für das Amt des Bundespräsidenten, seiner Stellvertreter und der Ausschussvorsitzenden in die Hände des Parlaments selbst zu legen, selbst dann, wenn sich dieses Parlament weigert, eine bestimmte Fraktion in das Ämtersystem zu integrieren. Diese Verweigerung darf angesichts der Stellung dieser Ämter, der Aufgaben, Eingriffsbefugnisse und der Bedeutung nicht als signifikante Benachteiligung im politischen Wettbewerb gedeutet werden. Die besprochenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts knüpfen sachgerecht vor allem an die Vermittlungsfunktion der Ämter an, die nicht erfüllt werden kann, wenn die Parlamentsmehrheit eine gemeinsame Arbeitsgrundlage mit einer Fraktion nicht anerkennt. Diese Grundlage musste in der Parlamentsgeschichte aufgrund von Veränderungen des Parteiensystems immer wieder gesucht und ausgehandelt werden und ist Teil des genuin *politischen Charakters* des Parlaments.

Sollte sich die Abgrenzungsstrategie gegenüber der AfD-Fraktion weiter verfestigen, wofür einiges spricht – etwa der Umstand, dass die AfD als Partei immer stärker in den Fokus der Verfassungsschutzämter gerät –, bedeutet dies eine Änderung des organisationalen Selbstverständnisses des Bundestages. Die Änderung muss nicht zwingend dahingehend erfolgen, dass Grundentscheidungen, zu denen auch die Vergabe von Leitungsämtern gehört, nach einem bloßen Mehrheitsprinzip getroffen werden, also die historisch gewachsene Proporzkultur aufgegeben wird. Vielmehr bringt sie zum Ausdruck, dass das hinter den Ämtern und den Besetzungsverfahren in ihrer praktischen Anwendung stehende parlamentarische Integrationsprinzip Grenzen hat.

[96] BVerfG, Beschl. v. 25.5.2022 – 2 BvE 10/21, Rn. 48.
[97] BVerfG, Beschl. v. 25.5.2022 – 2 BvE 10/21, Rn. 50.
[98] BVerfG, Beschl. v. 25.5.2022 – 2 BvE 10/21, Rn. 51 f.
[99] Vgl. zu diesen Positionen *Winckelmann* (Fn. 25), Rn. 39 m.w.N.; *Edinger* (Fn. 18), S. 215 f. geht nicht von einem uneingeschränkten Bestimmungsrecht der Fraktionen aus, sondern nimmt an, die Vereinbarung des Ältestenrats über die Verteilung der Ausschussvorsitze sei bindend, wobei er auch die Verteilung nach dem Zugriffsverfahren als „Vereinbarung" versteht. Komme eine solche nicht zustande, bestimme der Ausschuss „den Vorsitzenden in dem Rahmen selbst, den der Ältestenrat vorgibt, d.h. er wird im Regelfall (irgend)ein Mitglied des Ausschusses aus der Fraktion zu ernennen haben, der die Stelle zugesprochen wurde". Offen bleibt freilich, was passiert, wenn – wie im zu besprechenden Fall – die Abgeordneten die eigentlich bestimmungsberechtigte Fraktion generell ablehnen und so auch eine Wahl von Ersatzkandidaten verweigern.

„Das wird man doch wohl noch sagen dürfen!“

Politische Meinungsäußerungen im Internet als strafbare Beleidigung

Von Prof. Dr. **Tobias Reinbacher**, Würzburg*

I. Einleitung

Kürzlich hat *Elon Musk* seine Pläne, Twitter zu übernehmen, doch noch verwirklicht. Dabei ging es ihm insbesondere darum, für „free speech“ zu sorgen, die er durch eine seiner Ansicht nach zu exzessive Tätigkeit von Administratoren gefährdet sah.[1] Derweil war einmal mehr *Jan Böhmermann* für ganz andere Nachrichten verantwortlich, der in seinem ZDF-Magazin Royal der Frage nachgegangen ist, ob Hassrede im Internet in Deutschland überhaupt verfolgt wird, und angesichts des zu Tage getretenen Defizits auch bei den Strafverfolgungsbehörden selbst für Aufruhr gesorgt hat.[2] Damit sind wir schon mitten in der Problematik.

Politische Meinungsäußerungen, insbesondere Tiraden gegenüber Politikerinnen und Politikern im Internet, haben zuletzt viel Aufmerksamkeit erregt. Es ist eine kontroverse Diskussion über die sog. „digitale Gewalt“ entstanden, der gerade Menschen, die sich politisch engagieren, vermehrt ausgesetzt sind. So wurde etwa die Politikerin *Renate Künast* im Hinblick auf ihren im Jahr 1986 getätigten Zwischenruf im Berliner Abgeordnetenhaus zum Thema sexuelle Gewalt gegen Kinder auf Facebook in zahlreichen Kommentaren u.a. als „Schlampe“, „altes grünes Dreckschwein“, „Pädophilen-Trulla“ und „geisteskrank“ bezeichnet.[3]

Das LG Berlin, das über ein Auskunftsbegehren der Politikerin zu den Daten der betreffenden Nutzer zu entscheiden hatte, meinte, hier keine Beleidigungen i.S.d. § 185 StGB erkennen zu können, sondern nur zulässige politische Meinungsäußerungen, bei denen jeweils ein ausreichender Sachbezug zu den Geschehnissen im Abgeordnetenhaus vorliege.[4] Das LG Berlin selbst[5] und auch das KG[6] haben diese Entscheidung später teilweise revidiert. Nach der Ansicht der Gerichte blieb es aber dabei, dass nicht alle Aussagen strafbare Beleidigungen waren, z.B. nicht die Bezeichnung als „Pädophilen-Trulla“ oder als „geisteskrank“. Im Dezember 2021 hat sich auch das BVerfG mit dem Fall befasst.[7] Zuvor hatte es bereits im Jahr 2020 in vier Kammerbeschlüssen die Grenzen des Sagbaren noch einmal justiert.[8] Für unser Thema interessant sind dabei v.a. der 1. und der 3. Beschluss,[9] in denen es einerseits um Äußerungen gegenüber Politikerinnen und Politikern und andererseits um die Kommunikation im Internet ging.

Am 1.7.2021 ist schließlich das Gesetz zur Bekämpfung von Rechtsextremismus und Hasskriminalität in Kraft getreten.[10] Darin wurden u.a. die §§ 185, 188 StGB reformiert und die Beleidigung gegenüber Politikerinnen und Politikern sowie die öffentliche Beleidigung unter verschärfte Strafe gestellt.[11] All das ist Anlass genug, sich mit dem Verhältnis von zulässiger Machtkritik und strafrechtlichem Ehrschutz von Politikerinnen und Politikern im Zeitalter des Internets näher zu beschäftigen.[12]

II. Man kann nicht alles sagen – Der strafrechtliche Ehrschutz

„Free speech“ im Sinne einer Freiheit, alles sagen zu dürfen, wird sich auf Twitter oder in anderen sozialen Medien – zumindest in Deutschland – nicht durchsetzen lassen. Manche Meinungsäußerungen sind sogar strafbar. Wir können insofern von „Meinungsäußerungsdelikten“ sprechen.[13] Dabei ist z.B. an die Volksverhetzung nach § 130 StGB oder die Religionsbeschimpfung nach § 166 StGB, insbesondere aber an die Beleidigungsdelikte nach den §§ 185 ff. StGB, auf denen heute der Fokus liegen soll, zu denken. Das Sagbare findet seine Grenze also insbesondere im (strafrechtlichen) Schutz der Ehre, der als Teil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG der Rang eines Grundrechts zukommt.[14] Auch das Persönlichkeitsrecht von Politikerinnen und Politikern gilt es zu schützen, nicht nur, aber eben auch im Internet. Hier hat die jüngste Verschärfung der Beleidigungsdelikte angesetzt. Die Beleidigung gem. § 185 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe und, seit 2021, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn

---

* Der *Verf.* ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medienstrafrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Der Beitrag basiert auf einer Vorlesung, die der *Verf.* am 15.7.2022 an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg gehalten hat. Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten.

[1] Vgl. https://www.heise.de/news/Elon-Musk-will-Twitter-fuer-Free-Speech-oeffnen-7072972.html (13.10.2022).

[2] Die Ergebnisse sind veröffentlicht auf https://tatütata.fail (13.10.2022).

[3] Eine Auflistung der einzelnen Kommentare findet sich in LG Berlin MMR 2019, 754 (755 ff.).

[4] LG Berlin MMR 2019, 754 (755 ff.).

[5] LG Berlin ZUM-RD 2020, 471 (472 ff.).

[6] KG MMR 2020, 867 (868 f.).

[7] BVerfG NJW 2022, 680; vgl. dazu *Hufen*, JuS 2022, 688; *Peifer*, GRUR 2022, 339 (340).

[8] Hintereinander abgedruckt in BVerfG NJW 2020, 2622; 2629; 2631 und 2636; vgl. zur Einordnung der Beschlüsse etwa *Hong*, HRRS 2020, 490 (491 ff.); *Hoven/Witting*, NJW 2021, 2397 (2400).

[9] BVerfG NJW 2020, 2622; BVerfG NJW 2020, 2631.

[10] BGBl. I 2021, S. 441.

[11] Vgl. dazu auch *Reinbacher*, NK 2020, 186.

[12] Siehe hierzu auch *Hoven/Witting*, NJW 2021, 2397; ein allgemeiner Überblick zum strafrechtlichen Ehrschutz in Theorie und Praxis findet sich bei *Arzt*, JuS 1982, 717.

[13] Vgl. etwa *Ostendorf*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 130a Rn. 1.

[14] BVerfGE 54, 148 (153 f.); 93, 266 (290); *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 97. Lfg., Stand: Januar 2022, Art. 5 Rn. 195; *Hilgendorf*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2010, § 193 Rn. 5.

sie öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Abs. 3 StGB) begangen wird – so wie bislang schon die Beleidigung mittels einer Tätlichkeit. Noch schärfer, nämlich bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe, ist die Strafe nach § 188 StGB, wenn eine Beleidigung gegen eine im politischen Leben des Volkes stehende Person öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Abs. 3 StGB) aus Beweggründen begangen wird, die mit der Stellung des Beleidigten im öffentlichen Leben zusammenhängen, und die Tat geeignet ist, sein öffentliches Wirken erheblich zu erschweren. Beide Reformen betreffen politische Äußerungen und konkret auch verbale Angriffe auf Politikerinnen und Politiker im Internet. Die Bundesregierung führte im Gesetzesentwurf aus, in den sozialen Medien sei eine zunehmende „Verrohung der Kommunikation“ zu beobachten.[15] Personen äußerten sich immer öfter gegenüber gesellschaftlich und politisch engagierten Personen in einer Weise, die gegen das geltende deutsche Strafrecht verstoße.[16] Die erwähnten Reformen sollen den gesteigerten Unrechtsgehalt solcher Taten adressieren.[17] Dieser entsteht im Internet insbesondere durch die Vielzahl an Personen, die von einer Ehrverletzung Kenntnis nehmen können. Beiträge wie die Äußerungen gegenüber *Renate Künast* werden tausendfach gelesen, was ihre Wirkung verstärkt.

III. Vieles darf man aber sagen – Die Meinungsfreiheit

Meinungsäußerungen genießen jedoch den Schutz der Meinungsfreiheit. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG bestimmt, dass jeder das Recht hat, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern, natürlich auch im Internet. Insofern wird gerade von Menschen, die ihren Hass ins Netz ergießen, oft behauptet, ihre Meinungsfreiheit werde unzulässig beschnitten. Da es sich um politische Meinungsäußerungen handele, sei deren Bestrafung politische Zensur. Dabei werden häufig jedoch Schutzbereich und Schranken der Meinungsfreiheit verkannt.

1. Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit

Grundrechtlich geschützt sind nur Meinungen, und damit in erster Linie Werturteile, also Äußerungen, die durch die subjektive Beziehung des Einzelnen zum Inhalt seiner Aussage geprägt sind.[18] Dabei ist das „Element der eigenen Stellungnahme und des Dafürhaltens kennzeichnend“.[19] Insofern lassen sie sich nicht als wahr oder unwahr einordnen.[20] Tatsachenbehauptungen sind hingegen nur geschützt, soweit sie eine Voraussetzung für die Bildung einer Meinung sind.[21] Nicht erfasst sind daher bewusst oder erwiesen unwahre falsche Tatsachenbehauptungen,[22] also insbesondere Fake News, verstanden als gezielte Falschinformationen.[23] Wer diese veröffentlicht, kann, wenn sie ehrverletzend sind, wegen einer Verleumdung gem. § 187 StGB bestraft werden, ohne dass er sich dabei auf seine Meinungsfreiheit berufen kann.[24] Fake News können nämlich zu einer faktenbasierten Meinungsbildung nichts beitragen.

Meinungen genießen hingegen einen sehr umfassenden Schutz. Es kommt nicht darauf an, ob sie emotional oder rational begründet sind, oder ob sie als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt werden.[25] Sogar radikale Propaganda und menschenverachtende Ideologien fallen nicht von vorneherein aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit heraus.[26] Wird dieser zu eng gefasst, besteht nämlich die Gefahr, dass eine offene Auseinandersetzung um die richtige Meinung im Hinblick auf gewichtige politische Fragen nicht mehr stattfindet. Dies gilt grds. auch ungeachtet eines ehrenrührigen Gehalts der Äußerung.[27] Auch die zitierten Aussagen gegenüber *Renate Künast* sind Meinungen i.S.d. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG.[28]

Das BVerfG hat bereits in seiner berühmten *Lüth*-Entscheidung aus dem Jahr 1958 die Bedeutung der Meinungs-

[15] BT-Drs. 19/18470, S. 1.
[16] BT-Drs. 19/18470, S. 1.
[17] BT-Drs. 19/18470, S. 3; vgl. zu diesem etwa *Hoven/Witting*, NJW 2021, 2397 (2398 f.); *Reinbacher*, NK 2020, 186 (190 f.).
[18] BVerfGE 90, 241 (247); 124, 300 (320); *Grabenwarter* (Fn. 14), Art. 5 Rn. 47; *Schwarz*, JA 2017, 241 (242); vgl. auch BVerfGE 33, 1 (14): „notwendigerweise subjektiv“.
[19] BVerfGE 90, 241 (247); 124, 300 (320); *Schwarz*, JA 2017, 241 (242).
[20] BVerfGE 33, 1 (14); 90, 241 (247); 124, 300 (320); *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1698).
[21] BVerfGE 61, 1 (8: „weil und soweit“); 90, 241 (247: „jedenfalls insoweit geschützt“); *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1699); *Schwarz*, JA 2017, 241 (242); kritisch *Grabenwarter* (Fn. 14), Art. 5 Rn. 50.
[22] BVerfGE 61, 1 (8); 90, 241 (247); *Bethge*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 28; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 7; a.A. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 1–2 Rn. 66; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 28 f.
[23] Vgl. zu diesem Begriffsverständnis von Fake News, *Reinbacher/Welzel*, in: Bendheim/Pavlik (Hrsg.), „Fake News“ in Literatur und Medien, 2022, S. 57 f.
[24] *Reinbacher/Welzel* (Fn. 23), S. 65 ff.; ausführlich zu den Fake News *Holznagel*, MMR 2018, 18; *Hoven*, ZStW 129 (2017), 718; *Hoven/Krause*, JuS 2017, 1167; *Rostalski*, RW 2018, 436; monografisch *Preuß*, Fake News, 2021; *Schreiber*, Strafbarkeit politischer Fake News, 2022.
[25] BVerfGE 90, 241 (247); 124, 300 (320); *Valerius*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck’scher Online-Kommentar StGB, Stand: 1.8.2022, § 193 Rn. 27; *Schwarz*, JA 2017, 241 (242).
[26] BVerfGE 124, 300 (320 f.).
[27] BVerfG NJW 2020, 2622 (2623); *Valerius* (Fn. 25), § 193 Rn. 27.
[28] Vgl. auch BVerfG NJW 2022, 680 (681 ff.); es wird jedoch auch vertreten, dass bei Formalbeleidigungen (vgl. BVerfGE 82, 43 [51]) bzw. bei Schmähkritik (vgl. *Schwarz*, JA 2017, 241 [242]) schon der Schutzbereich der Meinungsfreiheit nicht eröffnet sei.

freiheit für die Demokratie hervorgehoben.[29] Hier hatte der Hamburger Senator *Erich Lüth* zum Boykott der Filme von *Veit Harlan* wegen dessen Wirkens in der Nazizeit aufgerufen. Das BVerfG bezeichnete die Meinungsfreiheit als „eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt", das „für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung schlechthin konstituierend" sei, da es erst die „geistige Auseinandersetzung", den „Kampf der Meinungen" ermögliche.[30] Ihr kommt insofern neben der individualschützenden auch eine demokratieschützende Funktion zu.[31]

2. Die Schranken der Meinungsfreiheit

Die Meinungsfreiheit ist aber nicht vorbehaltlos gewährleistet. Nach Art. 5 Abs. 2 GG findet sie ihre Schranken in den allgemeinen Gesetzen, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Jugend und dem Recht der persönlichen Ehre. Dazu gehört auch § 185 StGB, der den Schutz der Ehre bezweckt und als Strafnorm zudem ein allgemeines Gesetz darstellt.[32]

3. Wechselwirkung und Abwägung im Einzelfall

Das heißt aber nicht, dass die Meinungsfreiheit durch ein allgemeines Gesetz wie § 185 StGB von vorneherein beschränkt wäre. Seit der *Lüth*-Entscheidung nimmt das BVerfG vielmehr eine Wechselwirkung an: Hiernach setzen die allgemeinen Gesetze der Meinungsfreiheit zwar Schranken, müssen ihrerseits aber wiederum im Lichte der Meinungsfreiheit ausgelegt und angewendet werden.[33] Speziell der strafrechtliche Ehrschutz hat hiernach die große Bedeutung der Meinungsfreiheit für die Demokratie in Rechnung zu stellen.[34] Insofern gelte es, die Kriminalisierung von Machtkritik und politische Zensur zu verhindern.[35] Die Entscheidung über eine (strafbare) Ehrverletzung kann daher nur aus einer Gesamtschau aller Aspekte des Einzelfalles getroffen werden.[36] Insofern haben wir es mit einem Spannungsverhältnis zwischen der Meinungsfreiheit als Grundrecht des Sprechenden und der Ehre als – auch strafrechtlich – geschütztem Teil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG des Betroffenen zu tun.

4. Exkurs: Aufbau der strafrechtlichen Prüfung

Bevor wir dies näher betrachten, sei ein kurzer dogmatischer Exkurs gestattet: Die Meinungsfreiheit wirkt sich in der strafrechtlichen Prüfung der Beleidigung an zwei Stellen aus: im Tatbestand und in der Rechtswidrigkeit.[37] Schon bei der Auslegung der Äußerung und der Subsumtion unter den Tatbestand des § 185 StGB ist grundrechtsorientiert vorzugehen.[38] Im Lichte von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG ist jeweils der objektive Sinn einer Aussage zu ermitteln, um festzustellen, ob die Kundgabe einer Miss- oder Nichtachtung, also eine tatbestandliche Beleidigung, vorliegt.[39] Wenn das Strafgericht einer Aussage einen Sinn entnimmt, der ihr nicht innewohnt, verstößt eine Verurteilung gegen Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG.[40] D.h. es ist zu klären, was der Sprechende tatsächlich ausdrücken wollte, wobei das Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Rezipienten maßgeblich ist.[41]

Bei Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit ist die Meinungsfreiheit sodann auch auf der Rechtswidrigkeitsebene zu berücksichtigen. Hier dreht sich bei den Beleidigungsdelikten ein Streit darum, ob sie über das Einfallstor des § 193 StGB einfließt,[42] der nach h.M. einen Rechtfertigungsgrund bei einer Wahrnehmung „berechtigter Interessen" darstellt[43] und bei

[29] BVerfGE 7, 198 (208).
[30] BVerfGE 7, 198 (208).
[31] Vgl. *Bredler/Markard*, JZ 2021, 864 (866 f.); *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1698); *Hillgruber*, JZ 2016, 495; *Schwarz*, JA 2017, 241.
[32] BVerfGE 93, 266 (290); BVerfG NJW 2020, 2622 (2623); *Jarass* (Fn. 22), Art. 5 Rn. 100; auch für Bestimmungen zum Schutze der Ehre gilt das Erfordernis, dass es sich um allgemeine Gesetze handeln muss; vgl. nur BVerfGE 93, 266 (290).
[33] BVerfGE 7, 198 (208 f.); 12, 113 (124 f.); 93, 266 (290); näher zur Rechtsprechung des BVerfG *Teichmann*, JZ 2020, 549 (550 ff.); kritisch *Hilgendorf* (Fn. 14), § 193 Rn. 5; *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 193 Rn. 15, da die Ehre selbst Verfassungsrang hat.
[34] BVerfGE 93, 266 (291); *Schulze-Fielitz* (Fn. 22), Art. 5 Abs. 1–2 Rn. 179.
[35] BVerfGE 93, 266 (293); BVerfG NJW 2020, 2622 (2626).
[36] Vgl. BVerfG NJW 2020, 2622 (2625); BVerfG NJW 2020, 2629 (2631); BVerfG NJW 2020, 2631 (2633); BVerfG NJW 2020, 2636 (2639); vgl. auch *Schwarz*, JA 2017, 241 (243).
[37] Vgl. *Gärtner*, Was die Satire darf, 2009, S. 191 ff.; vgl. ferner *Gaede*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 193 Rn. 13; *Pohlreich*, JA 2020, 744; zur Abgrenzung von Tatbestands- und Rechtfertigungslösung (im Hinblick auf die Kunstfreiheit) *Werkmeister*, in: Plywaczewski/Guzik-Makaruk (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie, 2019, S. 324 ff.
[38] BVerfGE 93, 266 (292 ff.); BVerfG NJW 2020, 2622 (2623); BVerfG NJW 2020, 2629 (2630); BVerfG NJW 2020, 2631 (2632); BVerfG NJW 2020, 2636 (2637).
[39] BVerfGE 93, 266 (293, 295); BVerfG NJW 2020, 2622 (2623); BVerfG NJW 2020, 2629 (2630); BVerfG NJW 2020, 2631 (2632); BVerfG NJW 2020, 2636 (2637).
[40] BVerfGE 93, 266 (295).
[41] BVerfGE 93, 266 (295); BVerfG NJW 2022, 680 (682); *Schwarz*, JA 2017, 241 (243).
[42] So etwa BVerfGE 93, 266 (290 f.); BVerfG NJW 2003, 3760; BVerfG NJW 2020, 2636 (2639); BGH NJW 1959, 636; *Grabenwarter* (Fn. 14), Art. 5 Rn. 203; *Muckel*, JA 2022, 437 (439); *Pohlreich*, JA 2020, 744 (746); *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 13), § 193 Rn. 6; *ders.*, in: Weigend (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, 1999, S. 819.
[43] *Eisele/Schittenhelm* (Fn. 33), § 193 Rn. 1; *Gaede* (Fn. 37), § 193 Rn. 1; *Regge/Pegel*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 193 Rn. 1; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 23. Aufl. 2022, § 29 Rn. 44; *Valerius* (Fn. 2525), § 193 Rn. 1; *Zaczyk* (Fn. 42), § 193 Rn. 1; *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 45. Aufl. 2021, § 11 Rn. 475; zur Diskus-

dessen Auslegung Art. 5 GG inklusive seiner Schranken zu berücksichtigen ist,[44] oder ob Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG unmittelbar als eigenständiger Rechtfertigungsgrund gilt.[45] § 193 StGB ist durch die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 5 GG aber jedenfalls so überlagert, dass die verfassungsrechtlichen Abwägungsgrundsätze zum Tragen kommen.[46] Auf der Ebene der Rechtswidrigkeit ist also eine Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Ehrschutz vorzunehmen.[47]

IV. Das darf man nicht sagen! – Kategorien ohne Abwägung unzulässiger Äußerungen

Grundsätzlich hat bei dieser Abwägung keines der beiden Grundrechte von vorneherein Vorrang.[48] Es gibt allerdings drei Kategorien, in denen die Meinungsfreiheit stets zurücktreten muss: (1.) wenn die Menschenwürde des Opfers verletzt ist, (2.) wenn es sich um eine Formalbeleidigung handelt und (3.) bei Schmähkritik.[49] In diesen Fällen setzt sich das Persönlichkeitsrecht ohne Abwägung durch.[50]

1. Bestimmte Dinge darf man nie sagen! – Hate Speech und der Angriff auf die Menschenwürde

Da die Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG unantastbar und als „Wurzel aller Grundrechte“[51] mit keinem Einzelgrundrecht abwägungsfähig ist, muss die Meinungsfreiheit immer zurücktreten, wenn eine Äußerung die Menschenwürde eines anderen verletzt.[52] Allerdings bedarf es einer sorgfältigen Begründung, wenn ausnahmsweise angenommen werden soll, dass eine Meinungsäußerung auf die unantastbare Menschenwürde durchschlägt.[53] Dies kommt nur dann in Betracht, wenn die Äußerung der betroffenen Person „den ihre menschliche Würde ausmachenden Kern der Persönlichkeit abspricht“.[54] Dies ist z.B. der Fall bei Rassismus.[55] Zu beachten ist, dass in solchen Fällen von „hate speech“ nicht nur eine Beleidigung, sondern auch eine Volksverhetzung nach § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB vorliegen kann.

2. So darf man es nicht sagen! – Die Formalbeleidigung

Ferner findet bei der Formalbeleidigung im verfassungsrechtlichen Sinne keine Abwägung statt und der Ehrschutz setzt sich immer durch.[56] Eine Formalbeleidigung liegt bei gesellschaftlich absolut missbilligten und tabuisierten Begrifflichkeiten vor.[57] D.h. bestimmte Formen der Äußerung sind untersagt. Verboten sind besonders krasse Schimpfwörter.[58] Das BVerfG hat dies etwa angenommen für die Bezeichnung als „Krüppel“.[59] Ähnliches gilt z.B. für rassistische Ausdrücke, wobei es sich wie gesagt aber regelmäßig bereits um einen Angriff auf die Menschenwürde im Sinne der ersten Kategorie handeln dürfte. Im Bereich rassistischer Sprache ist auf den Satz „Das wird man doch wohl noch sagen dürfen“ also klar mit „Nein“ zu antworten.[60]

3. Wo ist denn hier der Sachbezug? – Die Schmähkritik

Nicht erst seit *Jan Böhmermann*s Gedicht über den türkischen Präsidenten *Recep Tayyip Erdoğan* ist die Schmähkritik ein beflügelter Begriff.[61] Auch diese kann ohne Abwägung straf-

---

sion sowie zu abweichenden Ansichten *Hilgendorf* (Fn. 14), § 193 Rn. 1.

[44] *Pohlreich*, JA 2020, 744 (746).

[45] So etwa *Eisele/Schittenhelm* (Fn. 33), § 193 Rn. 1; *Hilgendorf* (Fn. 14), § 193 Rn. 1.

[46] *Regge/Pegel* (Fn. 43), § 193 Rn. 3; siehe auch schon *Arzt*, JuS 1982, 717 (722): „§ 193 StGB und Art. 5 GG durchdringen sich wechselseitig. Eine klare Abgrenzung ist nicht möglich“; vgl. ferner *Werkmeister* (Fn. 37), S. 327: die materiellen Fragen bleiben dieselben.

[47] *Gärtner* (Fn. 37), S. 194 ff.; *Valerius* (Fn. 25), § 193 Rn. 31 ff.

[48] BVerfGE 93, 266 (293); BVerfG NJW 2020, 2622 (2623 f.); BVerfG NJW 2022, 680 (682); *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1702).

[49] Teilweise werden diese Kategorien auch nicht so klar getrennt, sondern etwa die Formalbeleidigung als Unterfall der Schmähkritik behandelt (vgl. etwa *Metz*, JR 2021, 83 [84]) oder Formalbeleidigung und Schmähkritik als Angriffe auf die Menschenwürde eingestuft (vgl. etwa *Hufen*, JuS 2021, 282 [286]).

[50] BVerfG NJW 2020, 2622 (2623); *Hufen*, JuS 2021, 282 (286); *Metz*, JR 2021, 83 (84); *Valerius* (Fn. 25), § 193 Rn. 34.

[51] BVerfG NJW 2020, 2622 (2625).

[52] BVerfGE 75, 369 (380); 93, 266 (293); BVerfG NJW 2020, 2622 (2625); *Gostomzyk*, NJW 2020, 2628; *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1703); *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 193 Rn. 12a; i.E. ebenso *Hufen*, JuS 2021, 282 (286); ferner *Regge/Pegel* (Fn. 43), § 193 Rn. 47, die insoweit allerdings von Schmähkritik ausgehen.

[53] BVerfG NJW 2009, 3089 (3090); BVerfG NJW 2020, 2622 (2625).

[54] BVerfG NJW 2020, 2622 (2625); näher dazu *Hong*, HRRS 2020, 490 (492).

[55] Vgl. dazu BVerfG NJW 2001, 61; BVerfG NJW 2010, 2193.

[56] BVerfGE 93, 266 (294); BVerfG NJW 2017, 1460; *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1703). Etwas einschränkend BVerfG NJW 2020, 2622 (2624): „im Regelfall nicht erforderlich, in eine Grundrechtsabwägung einzutreten“; so auch *Rengier* (Fn. 43), § 29 Rn. 58, im Hinblick auf alle drei Kategorien („in der Regel keine Einzelfallabwägung“). *Hong*, HRRS 2020, 490 (492), zieht daraus den Schluss, das BVerfG habe „die Tür zum grundrechtlich gebotenen Abwägungserfordernis nicht gänzlich zugeschlagen“.

[57] BVerfG NJW 2020, 2622 (2624); der Begriff ist insoweit von dem strafrechtlichen Begriff i.S.v. § 192 StGB zu unterscheiden, BVerfG NJW 2020, 2622 (2625); *Rengier* (Fn. 43), § 29 Rn. 58.

[58] BVerfG NJW 2020, 2622 (2624).

[59] BVerfGE 86, 1 (13).

[60] Vgl. auch *Cremer*, ZRP 2017, 151.

[61] Zum Fall *Böhmermann* vgl. *Christoph*, JuS 2016, 599; *Fahl*, NStZ 2016, 313; kritisch zum Begriff der Schmähkritik und ihrer Funktion *Teichmann*, JZ 2020, 549 (552); ferner *Metz*, JR 2021, 83 (84), der meint, irgendein Sachbezug lasse sich für fast jede Äußerung herstellen; vgl. auch *Pohlreich*,

rechtlich geahndet werden.[62] Kennzeichnend für die Schmähkritik ist, dass es sich um Äußerungen handelt, denen jeglicher Sachbezug fehlt, sodass es nicht mehr um die Auseinandersetzung in der Sache, sondern nur um die Diffamierung der Person geht.[63] Dies zeigt, dass eine genaue Interpretation des Gesagten notwendig ist, um herauszufinden, was wirklich gemeint war.[64] Schmähkritik sollte nach der gefestigten Rechtsprechung des BVerfG bei Äußerungen in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage nur ausnahmsweise vorliegen und im Übrigen auf die Privatfehde beschränkt sein.[65]

V. Man wird doch wohl seine politische Ansicht äußern dürfen! – Politischer Meinungskampf und Machtkritik

Liegt keiner dieser drei Fälle vor, so ist die Bestrafung wegen einer Beleidigung eine Frage der Abwägung von Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht im Einzelfall.[66] Insofern kommt es also drauf an, was man sagen darf. Wesentliche Kriterien der Abwägung sind etwa Inhalt, Form, Anlass und Wirkung der betreffenden Äußerung, der Grad des Ehrangriffs sowie die Begleitumstände,[67] wobei mündlichen gegenüber schriftlichen Äußerungen eine größere Toleranz zukommt, weil mündliche Äußerungen oftmals in der Hitze des Moments in großer Emotionalität geschehen, während das Geschriebene länger überdacht werden kann.[68]

Das BVerfG betont zudem in ständiger Rechtsprechung, dass das bei der Abwägung anzusetzende Gewicht der Meinungsfreiheit umso höher ist, je mehr die Äußerung darauf abzielt, einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung zu leisten.[69] Die Meinungsfreiheit sei gerade aus dem besonderen Schutzbedürfnis der Machtkritik erwachsen.[70] Teil dieser Freiheit sei es, dass die Bürgerinnen und Bürger die Politik in anklagender und personalisierter Form für deren Art und Weise der Machtausübung angreifen können, ohne befürchten zu müssen, dass die personenbezogenen Elemente solcher Äußerungen aus dem Kontext herausgelöst werden und die Grundlage für strafrechtliche Sanktionen bilden.[71] Es komme wesentlich darauf an, ob und in welchem Ausmaß der von herabsetzenden Äußerungen Betroffene seinerseits am Prozess öffentlicher Meinungsbildung teilgenommen, sich damit aus eigenem Entschluss den Bedingungen des Meinungskampfes unterworfen und durch dieses Verhalten aus seiner schützenswerten Privatsphäre herausbegeben habe.[72] So hat das BVerfG sogar eine Vermutung für die Zulässigkeit freier Rede aufgestellt, wenn es sich um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage handelt.[73] Politikerinnen und Politiker müssen also mehr dulden. Auch nach der Rechtsprechung des EGMR sind die Grenzen zulässiger Kritik an der Politik weiter als bei Privatpersonen.[74] Es gibt also ein Privileg der „political opinion".

Diese Privilegierung politischer Meinungsäußerungen wird in der Literatur mit der Begründung kritisiert, eine solche Differenzierung sei im GG nicht angelegt, alle Meinungsäußerungen seien vielmehr gleich zu behandeln.[75] Dem lässt sich indes entgegenhalten, dass die betreffenden Grundrechte im Rahmen der Abwägung je nach Kontext durchaus unterschiedlich gewichtet werden können.[76] Bei der Meinungsfreiheit tritt insofern die besondere Bedeutung des politischen Diskurses für die Demokratie hinzu.[77] Hier kommt also ihre demokratieschützende Funktion zum Tragen. Die freie Diskussion ist in den Worten des BVerfG „das eigentliche Fundament der freiheitlichen und demokratischen Gesellschaft".[78] Und natürlich ist die Zensur politischer Meinungsäußerungen ein Kennzeichen der Diktatur. Öffentliche Kritik an den

JA 2020, 744 (746), der die Kategorie für verzichtbar hält; wohl auch *Gostomzyk*, NJW 2020, 2628 (2629).

[62] BVerfG NJW 2020, 2622 (2623); *Valerius* (Fn. 25), § 193 Rn. 34. In anderen Entscheidungen hieß es indes oftmals, die Meinungsfreiheit trete bei Schmähkritik „regelmäßig" hinter dem Ehrschutz zurück; BVerfGE 82, 43 (51); 93, 266 (294); in BVerfG NJW 2017, 1460, wird dies so formuliert, dass keine Abwägung notwendig sei, „weil die Meinungsfreiheit regelmäßig hinter den Ehrenschutz zurücktreten wird".

[63] BVerfG NJW 2020, 2622 (2624); *Hufen*, JuS 2021, 282 (283); *Rengier* (Fn. 43), § 29 Rn. 58; vgl. auch *Gostomzyk*, NJW 2020, 2628: „Ehrverletzung um der Ehrverletzung willen". Diese Formulierung ist enger als die Formel, dass bei Schmähkritik „nicht die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht"; vgl. BVerfGE 82, 272 (284); *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1703); *Kühl* (Fn. 52), § 193 Rn. 12a; zur Entwicklung des Begriffs *Teichmann*, JZ 2021, 549 (551).

[64] Die vorschnelle Annahme von Schmähkritik durch die Instanzgerichte verletzt Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG; vgl. nur BVerfG NJW 2016, 2870; siehe dazu *Bogomolni/Petersen*, famos 11/2016; *Schwarz*, JA 2017, 241 (243 f.).

[65] BVerfGE 93, 266 (294); BVerfG NJW 2017, 1460 (1461); kritisch *Eisele/Schittenhelm* (Fn. 33), § 193 Rn. 15.

[66] BVerfGE 93, 266 (294); BVerfG NJW 2020, 2622 (2625); *Hong*, HRRS 2020, 490 (491); *Metz*, JR 2021, 83 (85).

[67] BVerfG NJW 2020, 2622 (2625 ff.); BVerfG NJW 2022, 680 (682); vgl. zu den Einzelheiten auch *Valerius* (Fn. 25), § 193 Rn. 31 ff.

[68] BVerfG NJW 2020, 2622 (2626 f.).

[69] BVerfGE 7, 198 (212); 93, 266 (294 f.); BVerfG NJW 2020, 2622 (2626); BVerfG NJW 2022, 680 (682 f.); vgl. zur Reichweite der politischen Meinungsfreiheit auch *Hillgruber*, JZ 2016, 495.

[70] BVerfGE 93, 266 (293); BVerfG NJW 2020, 2622 (2626); BVerfG NJW 2022, 680 (683).

[71] BVerfG NJW 2020, 2622 (2626).

[72] BVerfGE 61, 1 (13).

[73] BVerfGE 7, 198 (212); 61, 1 (11); 93, 266 (294 f.); näher zu dieser *Hong*, HRRS 2020, 490 (493); zur Geltung im Strafrecht *Grabenwarter* (Fn. 14), Art. 5 Rn. 203.

[74] Vgl. etwa EGMR NLMR 2013, 98 (100) – EON/Frankreich.

[75] Kritisch zu dieser Privilegierung etwa *Kriele*, NJW 1994, 1897 (1901); *Schmitt Glaeser*, NJW 1996, 873 (874, 878); dagegen *Kübler*, NJW 1999, 1281 (1285 f.).

[76] *Schulze-Fielitz* (Fn. 22), Art. 5 Abs. 1–2 Rn. 164.

[77] Vgl. *Schulze-Fielitz* (Fn. 22), Art. 5 Abs. 1–2 Rn. 180: Bei der Abwägung seien die „Rückwirkungen auf die Funktionsvoraussetzungen demokratischer Öffentlichkeit in Rechnung" zu stellen.

[78] BVerfGE 90, 1 (20 f.).

Machthabenden muss geschützt sein, und staatliche Sanktionen können eine einschüchternde Wirkung auch auf Dritte entfalten.[79] Dies wird als „chilling effect“ bezeichnet.[80] Insofern stehen sich hier nicht nur zwei Individualpositionen gegenüber, sondern auf der Seite der Meinungsfreiheit steht auch der Demokratieschutz.[81]

Aber heißt das, dass Politikerinnen und Politiker auch ins Persönliche gehende verletzende Diffamierungen hinnehmen müssen, nur weil ein Sachbezug zu ihrer Politik besteht? Selbstverständlich müssen auch bei Personen des öffentlichen Lebens Grenzen bestehen. Die bisherige Rechtsprechung des BVerfG führte jedoch dazu, dass der Ehrschutz vor den Fachgerichten teilweise sehr stark zurückgefahren wurde, wenn es um politische Äußerungen ging, und die Vermutung der Zulässigkeit freier Rede quasi als absoluter Vorrang der Meinungsfreiheit im politischen Bereich verstanden wurde.[82] Im Fall *Künast* sah das LG Berlin wie gesagt in den Äußerungen auf Facebook zunächst keine strafrechtlich relevanten Beleidigungen.[83] Die Meinungsäußerungen seien zwar polemisch, überspitzt und sexistisch, die Politikerin habe sich aber selbst zu einer die Öffentlichkeit berührenden Frage geäußert und damit Widerstand provoziert. Zudem müsse sie als Politikerin eben in stärkerem Maße Kritik hinnehmen. Auf ihre Beschwerde hin nahm es in einigen Fällen dann aber doch eine Beleidigung an, etwa im Hinblick auf die Bezeichnung als „Schlampe“.[84] Manche Äußerungen wurden erst vom KG in diesem Sinne eingestuft, z.B. die Bezeichnung als „altes grünes Dreckschwein“.[85] Dagegen sollen u.a. die Bezeichnungen als „Pädophilen-Trulla“ oder „geisteskrank“ von der Meinungsfreiheit gedeckt sein.[86] Das KG führte dazu aus, es handele sich zwar um erheblich ehrenrührige Bezeichnungen. Die Schwelle zur Strafbarkeit sei indes nicht überschritten, da kein Fall der drei Kategorien der abwägungsfreien Diffamierung vorliege und die Äußerungen unter Einbeziehung des Kontexts kein solches Gewicht erreichten, dass sie lediglich als persönliche Herabsetzung erscheinen.[87]

Eben hier lag nach Ansicht des BVerfG der Fehler in der Argumentation.[88] Denn wenn die drei genannten Kategorien nicht vorliegen, beginnt erst die Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht. Das KG hat eine solche hingegen gar nicht vorgenommen, sondern die Strafbarkeit der Beleidigung im Ergebnis mit der Schmähkritik gleichgesetzt. Das BVerfG stellte zu Recht fest, dass dies ein fehlerhafter Maßstab ist und hob die Entscheidung auf.[89] Es hat den *Künast*-Fall nicht endgültig entschieden, sondern an das KG zurückverwiesen. Dieses wird nun eine Abwägung vornehmen müssen. Dabei sind neben dem Privileg der „political opinion“ auch die Besonderheiten des Internets zu berücksichtigen. Letztere gilt es jetzt herauszuarbeiten.

VI. Das wird man hier aber doch sagen dürfen! Oder gerade hier nicht? – Besonderheiten des Internets

Die Diskussion um den richtigen Ausgleich von Meinungsfreiheit und Ehrschutz ist natürlich nicht neu. Zu betrachten sind aber die Rahmenbedingungen des Internetzeitalters als besonderes Setting.[90]

1. „Mei, ist halt das Internet“ – Formen des Ausdrucks und Umfeld

Da man eine Äußerung nicht aus ihrem Kontext reißen darf, sind für die Interpretation stets die Umstände und das Umfeld der Sprechenden zu berücksichtigen.[91] So herrscht etwa auf dem Fußballplatz ein anderer Umgangston als im Salon. Auch im Internet begegnen wir Besonderheiten der Kommunikation. Der „Internetslang“ zeichnet sich aus durch „Memes“, „Emojis“, Kürzel, Codes und viel Englisch (z.B. LOL für „laughing out loud“ oder LMAO für „laughing my ass off“). Auch hier ist stets zunächst der Sinngehalt zu ermitteln. Dies gilt auch für die Reaktionsmöglichkeiten auf einen Post in sozialen Medien. So liegt etwa im „Like“ einer ehrverletzenden Aussage eine eigenständige Beleidigung, weil er die Aussage enthält: „Der Beitrag gefällt mir, das sehe ich ganz genauso“.[92]

Was ist im Netz der Standard des Meinungsaustauschs? Die seitens des Gesetzgebers beklagte „Verrohung der Kommunikation“ im Internet könnte auch bedeuten, dass bestimmte Ausdrücke eher akzeptiert sind, weil andere Regeln gelten. „Mei, ist halt das Internet“ soll ein bayerischer Polizist zum *Böhmermann*-Team bei der Anzeige verhetzender Posts gesagt haben.[93] Auch in der strafrechtlichen Literatur

[79] BVerfGE 43, 130 (136).
[80] Vgl. dazu *Bredler/Markard*, JZ 2021, 864 (865, 867); *Grabenwarter* (Fn. 14), Art. 5 Rn. 103; *Schmitt Glaeser*, NJW 1996, 873 (876).
[81] Näher zu diesem „zweifachen Sinn der Meinungsfreiheit“ *Hillgruber*, JZ 2016, 495.
[82] Vgl. die Kritik bei *Schmitt Glaeser*, NJW 1996, 873 (878). *Arzt*, JuS 1982, 717 (723), äußerte die Befürchtung, auf diese Weise gleite man von der „Freiheit in die Narrenfreiheit“; vgl. auch *Hilgendorf*, in: Arzt u.a., Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 7 Rn. 21. Näher zu den Auswirkungen der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG auch *Lehr*, AfP 2022, 139 (140 f.); *Teichmann*, JZ 2020, 549 (552 f.).
[83] LG Berlin MMR 2019, 754 (755).
[84] LG Berlin ZUM-RD 2020, 471 (472 f.).
[85] KG MMR 2020, 867 (868 f.).
[86] KG MMR 2020, 867 (869).
[87] KG MMR 2020, 867 (869).
[88] BVerfG NJW 2022, 680 (684). Kritik etwa auch bei *Teichmann*, JZ 2020, 549 (553).
[89] BVerfG NJW 2022, 680 (684).
[90] Vgl. auch *Bredler/Markard*, JZ 2021, 864 (866 ff.); *Hoven/Witting*, NJW 2021, 2397 (2398 ff.); *Völzmann*, MMR 2021, 619 (620 f.).
[91] Vgl. auch *Eisele/Schittenhelm* (Fn. 33), § 185 Rn. 8; *Hilgendorf* (Fn. 14), § 185 Rn. 21; *Valerius* (Fn. 25), § 185 Rn. 24 ff.
[92] OLG Frankfurt/Main MMR 2016, 489 (490); BG Zürich MMR 2018, 220 (222 f.); *Reinbacher*, NK 2020, 186 (189); *ders.*, JZ 2021, 558 (560); a.A. *Eisele/Schittenhelm* (Fn. 33), § 185 Rn. 1; *Krischker*, JA 2013, 488 (490 f.); *Schulte/Kanz*, ZJS 2013, 24 (26 f.); vgl. zum Streitstand *Eckel/Rottmeier*, NStZ 2021, 1 (2 f.).
[93] https://tatütata.fail/state/by (13.10.2022).

findet sich der Hinweis, im Internet sei ein großzügigerer Maßstab anzulegen, weil es „kein Ort des Höflichkeitsaustausches" sei.[94] Mich überzeugt das nicht.[95] Denn erstens handelt es sich um schriftliche Äußerungen, die anders als das gesprochene Wort länger überdacht werden können. Das BVerfG betont zutreffend, dass bei schriftlichen Äußerungen im Allgemeinen ein höheres Maß an Zurückhaltung erwartet werden kann und dass dies eben auch für Beiträge in den „sozialen Netzwerken" im Internet gilt.[96] Zweitens klagen Betroffene über weitreichende psychische Folgen von Beleidigungen im Internet,[97] insbesondere durch sog. „Shitstorms".[98] Studien belegen, dass viele Menschen sich wegen der befürchteten aggressiven Reaktionen kaum noch trauen, sich zu politischen Themen im Internet zu äußern und sich insgesamt aus der politischen Diskussion zurückziehen,[99] der sog. „silencing effect".[100]

Eine einschüchternde Wirkung kann also nicht nur durch den Staat eintreten. Insofern gerät das klassische Gegenspiel von Meinungsfreiheit und Demokratieschutz auf der einen und Ehrschutz auf der anderen Seite ins Wanken, weil die beleidigenden Posts die Debattenkultur selbst zerstören können.[101] Daher gilt es aufzupassen, dass der bei politischen Meinungsäußerungen angeführte Demokratieschutz nicht ins Gegenteil umgekehrt wird.[102] Das hat auch das BVerfG in seinem 3. Beschluss aus dem Jahr 2020 so gesehen: Unter den Bedingungen der Verbreitung von Informationen durch „soziale Netzwerke" im Internet liege „ein wirksamer Schutz der Persönlichkeitsrechte von Amtsträgern und Politikern auch im öffentlichen Interesse, was das Gewicht dieser Rechte in der Abwägung verstärken" könne.[103] Denn eine Bereitschaft zur Mitwirkung in Staat und Gesellschaft könne nur erwartet werden, wenn für diejenigen, die sich engagieren, ein hinreichender Schutz ihrer Persönlichkeitsrechte gewährleistet ist.[104]

Schließlich darf sogar die Frage aufgeworfen werden, ob überhaupt noch ein Beitrag zum politischen Diskurs anzunehmen ist, wenn User sich durch Algorithmen gesteuert nur noch in „Filterblasen" oder „Echokammern"[105] äußern, in denen lediglich Aussagen angezeigt werden, die ihre eigene Meinung bestätigen.[106] Das begünstigt einen Effekt, den man in der Psychologie „Bestätigungsfehler" („confirmation bias") nennt.[107] Dieser Aspekt kann hier leider nicht weiter vertieft werden.

2. Sind Äußerungen im Internet schlimmer?

Das BVerfG hat neben den allgemeinen klarstellenden Ausführungen die Besonderheiten des Internets im Blick gehabt.[108] So stellte es zunächst fest, die Äußerungen beträfen dort häufig Personen des öffentlichen Lebens, die im Schutz der Anonymität des Internets ohne jeden nachvollziehbaren Bezug zu einer Sachkritik grundlos aus Hass- oder Wutgefühlen heraus verunglimpft und verächtlich gemacht würden.[109] Deshalb kann Schmähkritik nahe liegen, auch wenn es sich gerade nicht um eine Privatfehde handelt, was insofern eine Relativierung der bisherigen Ansicht darstellt.[110] Aber auch im

[94] *Regge/Pegel* (Fn. 43), § 185 Rn. 12.
[95] Ablehnend auch *Hoven/Witting*, NJW 2021, 2397 (2398).
[96] BVerfG NJW 2022, 680 (683).
[97] Siehe etwa *Geschke u.a.*, #Hass im Netz: Der schleichende Angriff auf unsere Demokratie, Forschungsbericht, 2019, S. 28, abrufbar unter https://www.idz-jena.de/fileadmin/user_upload/Bericht_Hass_im_Netz.pdf (13.10.2022); *Hoven/Witting*, NJW 2021, 2397 (2398).
[98] Zum Phänomen des *Shistorms* siehe *Gomille*, ZUM 2021, 81; vgl. auch die Interviews in *Baldauf u.a.*, in: Amadeu Antonio Stiftung (Hrsg.), „Geh sterben!", Umgang mit Hate Speech und Kommentaren im Internet, 2015, S. 30 ff.
[99] In der Untersuchung der Forschungsgruppe g/d/p in Kooperation mit der Universität Leipzig, Hate Speech – Ergebnisse einer repräsentativen Bevölkerungsumfrage, 2020, gaben 42 % der befragten Personen an, aus Angst vor digitalem Hass Inhalte nicht gepostet zu haben; vgl. dazu *Hoven/Witting*, NJW 2021, 2397 (2398 f.). In einer Studie des Deutschen Instituts für Vertrauen und Sicherheit im Internet (DIVSI) gaben sogar rund zwei Drittel der 14- bis 24-Jährigen an, es gebe im Internet eine „Beleidigungskultur", und mehr als ein Drittel erklärte, deshalb auf eigene Posts zu verzichten, vgl. DIVSI, U25-Studie, Euphorie war gestern, 2018, S. 13. Diese Gefahr sah auch der Gesetzgeber, vgl. BT-Drs. 19/18470, S. 1.
[100] Vgl. dazu *Bredler/Markard*, JZ 2021, 864 (865, 867 f.); *Geschke u.a.* (Fn. 97), S. 28; *Hoven/Witting*, NJW 2021, 2397 (2399); siehe auch *Cremer*, ZRP 2017, 151 (152).
[101] *Geschke u.a.* (Fn. 97), S. 28 f.; *Hoven/Witting*, NJW 2021, 2397 (2398 f.).
[102] Diese Befürchtung äußerte *Schmitt Glaeser*, NJW 1996, 873 (876), schon vor 26 Jahren angesichts der seiner Meinung nach zu weitgehenden Privilegierung politischer Äußerungen; siehe auch *Bredler/Markard*, JZ 2021, 864 (865, 868 ff.), die Hassrede als demokratiegefährdend einstufen, weil sie vornehmlich Minderheiten treffe, weshalb in der Abwägung auch Gleichheitsdimensionen zu berücksichtigen seien, da es andernfalls zu einer Diktatur der Mehrheit kommen könnte; ähnlich *Völzmann*, MMR 2021, 619 (621 ff.).
[103] BVerfG NJW 2020, 2631 (2634). *Bredler/Markard*, JZ 2021, 864 (867 f.), betonen jedoch zu Recht, dass nicht nur der wirksame Ehrschutz von Politikerinnen und Politikern, sondern der aller Bürgerinnen und Bürger demokratierelevant ist.
[104] BVerfG NJW 2020, 2631 (2634).
[105] *Flamme*, MMR 2021, 770; *Holznagel*, MMR 2018, 18 (19); *Ingold*, MMR 2020, 82 (83); *Paal/Hennemann*, JZ 2017, 641 (644).
[106] Näher zur Funktionsweise der Algorithmen *Kühling*, JZ 2021, 529 (531 ff.); *Paal/Hennemann*, JZ 2017, 641 (643 f.).
[107] Vgl. *Schneider*, Übersicht ausgewählter Informationspathologien, Auszug aus einem Forschungsbericht, 2012, S. 8; ferner https://www.das-nettz.de/glossar/confirmation-bias (13.10.2022).
[108] BVerfG NJW 2020, 2622; BVerfG NJW 2022, 680; positive Bewertung bei *Hong*, HRRS 2020, 490 (496).
[109] BVerfG NJW 2020, 2622 (2624); BVerfG NJW 2022, 680 (682).
[110] Zustimmend *Hong*, HRRS 2020, 490 (491); *Hoven/Witting*, NJW 2021, 2397 (2400).

Hinblick auf die Abwägung betonte es neben dem eben schon erwähnten Aspekt der Schriftlichkeit der Äußerungen, dass die konkrete Verbreitung und Wirkung einer Äußerung im Internet in Rechnung zu stellen ist.[111] So sei die beeinträchtigende Wirkung einer Äußerung gesteigert, wenn sie in einem der allgemeinen Öffentlichkeit zugänglichen Medium getätigt wird.[112] Ein solches die ehrbeeinträchtigende Wirkung einer Äußerung verstärkendes Medium kann insbesondere das Internet sein, wobei nicht auf das Medium als solches, sondern auf die konkrete Breitenwirkung abzustellen ist.[113] Es kann also sein, dass man etwas gerade im Internet nicht sagen darf, weil die Breitenwirkung in die Abwägung einfließt. Ist dies der Fall, so zieht die öffentliche Begehungsweise wie gesehen eine qualifizierte Strafe nach sich. Auch der Gesetzgeber hält also das Beleidigen in der Öffentlichkeit für schlimmer.[114]

VII. Schlussfolgerungen

Beleidigende Äußerungen gegenüber Politikerinnen und Politikern ziehen gem. § 188 StGB eine höhere Strafe nach sich als gegenüber Privatpersonen, wenn sie öffentlich geschehen und geeignet sind, das öffentliche Wirken erheblich zu erschweren. Der Grund ist darin zu sehen, dass derartige Angriffe nicht nur die Ehre der Politikerinnen und Politiker verletzen, sondern auch zu einer Vergiftung des politischen Klimas führen können.[115] Hier spielen auch die Erfahrungen der Weimarer Republik eine Rolle, in deren letzten Jahren die Diffamierung der politischen Gegner als Kampfmittel eingesetzt wurde und die letztlich u.a. auch dadurch zerstört wurde.[116]

Es scheint ein Widerspruch darin zu liegen, dass nach der Rechtsprechung des BVerfG gerade gegenüber den Machthabenden gleichwohl harschere Kritik möglich und die politische Meinung privilegiert sein soll. Aus den genannten Gründen ist aber fraglich, ob es noch zeitgemäß ist, Politikerinnen und Politiker im Dienste der Meinungsfreiheit und des Schutzes des demokratischen Diskurses derartigen ins Persönliche gehenden Angriffen auszusetzen, wie sie im Internet häufig sind. Wenn sich viele Menschen wegen des Hasses im Netz aus dem politischen Diskurs zurückziehen, dann wird der Demokratie ein Bärendienst erwiesen, wenn aus Gründen der Meinungsfreiheit dem Hass im Netz nicht ausreichend entgegengetreten wird. Signifikanterweise hat der Gesetzgeber selbst die Verschärfung und Erweiterung der Beleidigungsstraftatbestände im Hinblick auf die öffentliche Begehungsweise mit einer Gefahr für den Meinungsaustausch im Internet begründet.[117] Durch den digitalen Hass im Internet werde nicht nur das Persönlichkeitsrecht der Betroffenen, sondern auch der politische Diskurs in der demokratischen und pluralistischen Gesellschaftsordnung angegriffen und in Frage gestellt.[118] Durch die Anhebung der Strafe für öffentliche Beleidigungen im Internet sollte es „den Gerichten ermöglicht werden, auf besonders schwerwiegende Fälle der Beleidigung angemessen zu reagieren“.[119]

Solange Gerichte so entscheiden wie im *Künast*-Fall oder eine effektive Strafverfolgung nicht stattfindet, nützt die Erhöhung des Strafrahmens jedoch wenig. In den hier behandelten Beschlüssen hat das BVerfG das Verhältnis von Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht zwar nicht umgekehrt. Es sah sich jedoch bemüßigt, klarzustellen, dass auch aus dem Nicht-Vorliegen einer Verletzung der Menschenwürde, Schmähung oder Formalbeleidigung keine Vorfestlegung dahingehend folgt, dass der Ehrschutz bei der dann gebotenen Abwägungsentscheidung stets zurückzutreten habe, und hob zu Recht hervor, dass auch bei politischen Meinungsäußerungen eine Abwägung erfolgen muss.[120] Dabei sind Aussagen desto weniger schutzwürdig, je mehr sie sich vom Meinungskampf wegbewegen und die Herabwürdigung der betreffenden Person in den Vordergrund tritt.[121]

Im Internet gelten insofern Besonderheiten. So können hier die Schriftform der Äußerung und die daraus resultierende Perpetuierung des Ehrangriffs sowie die Breitenwirkung durch die Möglichkeit vielfacher Kenntnisnahme auf der Seite des Ehrschutzes zu Buche schlagen. Gerade im Hinblick auf politische Äußerungen im Internet gilt es aber, weitere Aspekte zu berücksichtigen. Das BVerfG betonte zu Recht, dass die Abwägung mit dem Hinweis auf die Machtkritik nicht vorentschieden ist, und erläuterte, dass gerade in den sozialen Medien im Internet ein wirksamer Schutz der Persönlichkeitsrechte von Politikerinnen und Politikern auch im öffentlichen Interesse liege, was das Gewicht dieser Rechte in der Abwägung verstärken könne.[122] Insgesamt ist die Abwägung um einen wichtigen Aspekt anzureichern: Es ist nicht nur der „chilling effect“, den das staatliche Bestrafen von Meinungsäußerungen haben kann, zu beachten, sondern auch der „silencing effect“ im politischen Diskurs, der durch eine ungehemmte digitale Hetze entstehen kann; nicht nur die einschüchternde Wirkung der Strafe auf der Seite des Sich-Äußernden, sondern auch die einschüchternde Wirkung auf der Seite der Betroffenen (oder Dritter).[123] Nicht nur eine übermäßige Restriktion der Meinungsfreiheit, sondern auch

[111] BVerfG NJW 2020, 2622 (2626 f.).
[112] BVerfG NJW 2020, 2622 (2627).
[113] BVerfG NJW 2020, 2622 (2627).
[114] Vgl. BT-Drs. 19/18470, S. 20; ebenso *Hoven/Witting*, NJW 2021, 2397 (2398); *Reinbacher*, NK 2020, 186 (191); siehe auch *Beck*, MMR 2009, 736 (738 ff.).
[115] Zu dieser Schutzrichtung der Vorschrift *Hilgendorf* (Fn. 14), § 188 Rn. 1; *Regge/Pegel* (Fn. 43), § 188 Rn. 1.
[116] BT-Drs. IV/650, S. 319 (zu § 176 StGB a.F.).
[117] BT-Drs. 19/18470, S. 1.
[118] BT-Drs. 19/18470, S. 1; zustimmend *Hoven/Witting*, NJW 2021, 2397 (2400), die aus diesem Grunde meinen, § 185 StGB schütze neben der persönlichen Ehre auch die Meinungsfreiheit.
[119] BT-Drs. 19/17741, S. 35.
[120] BVerfG NJW 2020, 2622 (2623); BVerfG NJW 2020, 2631 (2632); siehe auch schon *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1704).
[121] BVerfG NJW 2020, 2622 (2626).
[122] BVerfG NJW 2020, 2622 (2626).
[123] Siehe schon *Schmitt Glaeser*, NJW 1996, 873 (878 f.); vgl. auch *Bredler/Markard*, JZ 2021, 864 (865, 870 f.), die allerdings auf die Gleichheitskomponente hinweisen.

ein unterentwickelter Schutz des Persönlichkeitsrechts, insbesondere der sich politisch Betätigenden, gefährdet die Demokratie.[124] Damit meine ich nicht, dass jede kleine Kränkung strafrechtlich geahndet und einer besonders großen Empfindlichkeit das Wort geredet werden soll,[125] sondern dass ein ausreichender Ehrschutz und Respekt Grundlage des demokratischen Diskurses sind, auch im Internetzeitalter.

[124] *Hoven/Witting*, NJW 2021, 2397 (2398 ff.); zustimmend auch *Groß/Fey*, CR 2022, 340 (341); *Lehr*, AfP 2022, 139 (142); *Metz*, JR 2021, 83 (86); *Muckel*, JA 2022, 437 (440); *Wienen*, MMR 2022, 197 (198). Dogmatisch stellt sich dabei indes die Frage, ob es um eine „Aufwertung" des Persönlichkeitsrechts (der Politikerinnen und Politiker) in der Abwägung geht, auf dessen Seite dann ggf. auch der Demokratieschutz zu Buche schlägt, oder ob der *Silencing*-Aspekt nicht vielmehr (reduzierend) bei der demokratieschützenden zweiten Komponente der Meinungsfreiheit zu berücksichtigen ist. Andere fordern stattdessen, die Abwägung durch den Gleichheitssatz anzureichern (*Bredler/Markard*, JZ 2021, 864 [865, 870 f.]; *Völzmann*, MMR 2021, 619 [622]) oder schlagen vor, mithilfe des Toleranzprinzips einen verhältnismäßigen Interessenausgleich zu erzielen (*Schmitt Glaeser*, NJW 1996, 873 [876 ff.]).

[125] Auch das BVerfG NJW 2020, 2631 (2633) betont, dass die „Handhabung des § 185 StGB […] nicht dazu führen [dürfe], Anstands- und Ehrvorstellungen eines Teils der Gesellschaft allen übrigen Mitgliedern aufzuzwingen".

„Ja, nein, vielleicht“ – die Grenzen des Widerrufsrechts nach §§ 108, 109 BGB

Von Stud. iur. **Moritz von Courten**, Stud. iur. **Timon-Johannes Engel**, Stud. iur. **Kaspar J.H. Wagner**, Heidelberg*

Das Minderjährigenrecht bietet zahlreiche Probleme, die gerade in den ersten Semestern häufig geprüft werden, aber auch später beherrscht werden müssen. Dieser Beitrag beschäftigt sich mit dem Widerruf nach §§ 108, 109 BGB. Da dieser nach seinem Wortlaut sehr weit gewährleistet wird, ergeben sich Konflikte mit anderen Normen und generellen Rechtsprinzipien. Zunächst werden im Folgenden kurz die allgemeinen Voraussetzungen des § 109 BGB angesprochen (I.), anschließend werden die Möglichkeit einer Kombination mit der Aufforderung nach § 108 Abs. 2 BGB (II.), eine teleologische Reduktion bei vollständig bewirkten Verträgen (III.) und die Verwirkung des Widerrufsrechts (IV.) diskutiert.

I. Allgemeine Voraussetzungen des § 109 BGB

Schließt ein Minderjähriger einen nicht lediglich vorteilhaften Vertrag, so ist nach § 107 BGB die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters erforderlich. Schließt der Minderjährige ohne eine erforderliche Einwilligung einen Vertrag ab, hängt die Wirksamkeit des Vertrages nach § 108 Abs. 1 BGB von der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters ab. Der Vertrag ist also bis zur Erteilung der Genehmigung „schwebend unwirksam“. Für solche schwebend unwirksamen Verträge eröffnet § 109 BGB ein Widerspruchsrecht für den Vertragspartner des Minderjährigen. Dafür muss der Vertragspartner aber auch gem. § 109 Abs. 2 BGB schutzwürdig sein. Das trifft auf den Vertragspartner zu, der die Unsicherheiten nicht bewusst in Kauf genommen hat, weil er entweder die Minderjährigkeit nicht kannte oder weil er vom Minderjährigen über die Einwilligung getäuscht wurde und keine Kenntnis über deren Fehlen hatte. Ob der Vertragspartner den Vertrag auch bei Kenntnis der schwebenden Unwirksamkeit eingegangen wäre, ist zunächst bedeutungslos.

II. Kombination mit § 108 Abs. 2 BGB

> *Grundfall 1*: Der 15-jährige M und der volljährige A haben einen Vertrag geschlossen, bei dem M den A über die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters V getäuscht hat. Als V von dem Vertragsschluss hört, genehmigt er diesen nur gegenüber M. A erlangt von der Genehmigung keine Kenntnis.
>
> *Abwandlung 1*: A fordert V zur Erklärung über die Genehmigung auf. Nachdem sich dieser drei Tage nicht meldet, widerruft A den Vertrag.
>
> *Abwandlung 2*: A schickt an V folgendes Schreiben: „Hiermit fordere ich Sie gem. § 108 Abs. 2 BGB auf, eine Erklärung über die Genehmigung abzugeben und widerrufe den Vertrag gem. § 109 BGB.“
>
> *Abwandlung 3*: A schickt ein Schreiben mit folgendem Inhalt: „Ich widerrufe den Vertrag.“
>
> *Fallfrage*: War der Widerruf wirksam?

Der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen kann die Genehmigung eines Vertrages nach § 182 Abs. 1 BGB zunächst auch nur dem Minderjährigen gegenüber erklären (Innengenehmigung), ohne dass der andere Vertragsteil davon Kenntnis erlangt. Hierdurch wird die Schwebelage beendet und der Vertrag zunächst von Anfang an wirksam nach § 184 Abs. 1 BGB. Für den Vertragspartner ist es allerdings durch eine Aufforderung nach § 108 Abs. 2 BGB möglich, eine so zuvor erteilte Innengenehmigung unwirksam werden zu lassen und dadurch die Schwebelage wiederherzustellen. Nun hat der Vertragspartner grundsätzlich die Möglichkeit nach § 109 BGB zu widerrufen.

1. Kein genereller Ausschluss dieser Kombination

Hier stellt sich die Frage, ob der Vertragspartner die Aufforderung nach § 108 Abs. 2 BGB und den Widerruf nach § 109 BGB beliebig kombinieren kann. Eine Begrenzung könnte sich durch die Figur des widersprüchlichen Verhaltens – dem „venire contra factum proprium“ – ergeben. Diese Figur ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem Gesetz, sie ist allerdings als Unterfall des treuwidrigen Verhaltens nach § 242 BGB weithin anerkannt.[1] Widersprüchliches Verhalten liegt vor, wenn der Berechtigte einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat, auf den sich der andere Teil verlassen durfte, und der Berechtigte gegen diesen Vertrauenstatbestand durch ein Verhalten, das im unüberwindbaren Widerspruch steht, verstößt.[2]

Der Wortlaut des § 108 Abs. 2 S. 1 BGB enthält jedoch eine Aufforderung zur „Erklärung über die Genehmigung“ und nicht eine Aufforderung zur Erteilung der Genehmigung.[3] Der andere Teil drückt somit nicht notwendigerweise einen Wunsch aus, den Vertrag wirksam werden zu lassen, sondern lediglich, dass er die bestehenden Unsicherheiten durch eine Klärung der Rechtslage beseitigen möchte.[4] Auch § 109 BGB hat den Zweck, dem anderen Teil eine Möglichkeit zur Lösung vom Vertrag zu geben.[5] Da folglich beide Instrumente zumindest auch dem Zweck der Rechtssicherheit dienen, stehen sie nicht von vornherein in Widerspruch zueinander.

* Die *Autoren* sind Studenten an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Besonderer Dank gilt Herrn Prof. *Dr. Andreas Piekenbrock* und *Dr. Daniel Rodi* für die aufschlussreichen Anmerkungen.

[1] *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 46. Aufl. 2022, § 7 Rn. 16 m.w.N.
[2] BGHZ 32, 273 (279); *Looschelders*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 19. Aufl. 2021, § 4 Rn. 26.
[3] *Leyendecker*, JuS 2006, 25 (27); *Klumpp*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2021, § 109 Rn. 12.
[4] *Leyendecker*, JuS 2006, 25 (27).
[5] *Wilhelm*, NJW 1992, 1666 (1667).

Hierfür spricht auch eine historische Analyse, da die zweite Kommission den gem. § 109 BGB schutzwürdigen Vertragspartner während der Schwebelage gerade nicht binden wollte, sondern ihm ein Rücktrittsrecht, das später zu einem Widerrufsrecht wurde, ermöglichen wollte.[6] Eine Aufforderung nach § 108 Abs. 2 BGB schließt einen Widerruf nach § 109 BGB daher nicht generell aus.[7]

2. Erfordernis einer letzten Erklärungsmöglichkeit

Umstritten ist allerdings, ob eine solche Kombinationsmöglichkeit uneingeschränkt besteht,[8] oder ob der Erklärende dem gesetzlichen Vertreter vor dem Widerruf nicht mindestens eine Möglichkeit zur Erklärung der Genehmigung einräumen muss.[9] Für die historische Auslegung ist zunächst relevant, ob dieses Problem bei den Beratungen des Bürgerlichen Gesetzbuches gesehen wurde. Zwar wurde als Argument für die Rechtfertigung einer Zwei-Wochenfrist in § 108 Abs. 2 BGB vorgebracht, dass der gem. § 109 BGB schützenswerte Vertragspartner auch schon früher zurücktreten (widerrufen) kann.[10] Dass hiermit auch Fälle gemeint waren, in denen bereits eine Innengenehmigung erteilt wurde, ist zu bezweifeln, da die Möglichkeit der Innengenehmigung erst später in das Gesetz aufgenommen wurde.[11] Historisch lässt sich somit keine eindeutige Antwort finden.

a) Widersprüchliches Verhalten

Zunächst soll die Widersprüchlichkeit herausgearbeitet werden. In einer Erklärung nach § 108 Abs. 2 BGB fordert der Vertragspartner den gesetzlichen Vertreter zur Abgabe einer Erklärung auf. Diesem Ausdruck korrespondiert das Vertrauen, eine tatsächliche Möglichkeit zur Abgabe einer solchen Erklärung zu erhalten.[12] Dieses wird durch die sofortige Vereitelung einer Genehmigungsmöglichkeit durch einen unmittelbar folgenden oder gleichzeitigen Widerruf verletzt. In Abwandlung 2 drückt A gleichzeitig aus, dass er von V die Abgabe einer Erklärung möchte und dass er diese Abgabe nicht möchte und setzt sich somit in Widerspruch. Da allerdings nicht jeder Widerspruch zu einer Unwirksamkeit des Widerrufs nach § 242 BGB führt, ist zu untersuchen, ob noch weitere Argumente für eine solche Begrenzung sprechen.

b) Schutz vor Rechtsunsicherheit

Für ein uneingeschränktes Widerrufsrecht sprechen vor allem die Unsicherheiten, die der gesetzliche Vertreter durch eine Innengenehmigung für den Vertragspartner geschaffen hat und die er durch eine Genehmigung auch ihm gegenüber hätte vermeiden können. Hieraus wird eine verminderte Schutzwürdigkeit gefolgert.[13] Der Verzicht auf die Erteilung einer Außengenehmigung ist dem gesetzlichen Vertreter allerdings nicht wirklich vorzuwerfen, weil ihm das Gesetz dies in § 182 Abs. 1 BGB ausdrücklich gestattet und es dem Vertragspartner offensteht, beim Vertreter nachzufragen. Dies trifft besonders zu, wenn der Vertreter den Vertragspartner gar nicht kennt.

Eine unzumutbare Rechtsunsicherheit wird auch darin gesehen, dem Vertragspartner ein weiteres Abwarten abzuverlangen.[14] Ebenfalls wird die generelle Schutzwürdigkeit desjenigen angeführt, der unbewusst einen Vertrag mit einem Minderjährigen eingegangen ist, wegen der daraus resultierenden Unsicherheiten.[15] Allerdings ist auch der Minderjährige in seiner Autonomie schutzwürdig, dass genehmigte Verträge wirksam werden und bleiben.[16] Es geht zudem nur um eine letzte Möglichkeit zur Erteilung einer Genehmigung, also sehr kurze Zeiträume, die kaum für weitere Rechtsunsicherheit sorgen.[17] Es bietet sich auch eine Orientierung am Merkmal „unverzüglich“ in § 121 Abs. 1 S. 1 BGB an. Bei einer Heranziehung der dort entwickelten Grundsätze, besteht dann auch kein Problem mit der Unbestimmtheit der Dauer dieser Frist. Eine Orientierung an § 121 Abs. 1 S. 1 BGB bietet sich wegen der teilweisen Vergleichbarkeit der Situationen an: So besteht anstelle des Irrtums nach §§ 119 f. BGB, ab dessen Kenntnis unverzüglich angefochten werden muss, hier in aller Regel die Vorstellung des Vertreters, dass bereits eine Innengenehmigung zur endgültigen Wirksamkeit führt.[18]

Problematisch in Bezug auf die Rechtssicherheit erscheint es jedoch, dass für den anderen Teil nur schwer herauszufinden ist, ob wirklich bereits vor dem Widerruf eine Innengenehmigung erteilt wurde oder ob diese nur nachträglich behauptet wird. Die Möglichkeit einer zumindest hilfsweisen gleichzeitigen Berufung auf § 108 Abs. 2 BGB würde insofern für mehr Rechtssicherheit sorgen.[19] Allerdings bestehen solche Unsicherheiten ebenfalls, wenn die Existenz einer vorher nur dem Minderjährigen gegenüber erklärter Einwilligung strittig ist. Auch hier kann und muss das Vorliegen ggf. erst gerichtlich durch eine negative Feststellungsklage geklärt

[6] *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I, 1899, S. 676 f.; *Wilhelm*, NJW 1992, 1666 (1667).

[7] Ganz h.M., siehe u.a. *Klumpp* (Fn. 3), § 109 Rn. 12; *Wendtland*, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.5. 2022, § 109 Rn. 2; *Spickhoff*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 109 Rn. 10.

[8] Wohl h.L., *Klumpp* (Fn. 3), § 109 Rn. 12; *Wilhelm*, NJW 1992, 1666 (1667); *Spickhoff* (Fn. 7), § 109 Rn. 10.

[9] In dem Sinne *Wendtland* (Fn. 7), § 109 Rn. 2; *Musielak/Hau*, Grundkurs BGB, 17. Aufl. 2021, Rn. 345 ff.; *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 14. Aufl. 1952, S. 940 Fn. 11.

[10] Vgl. *Mugdan* (Fn. 6), S. 676.

[11] Siehe dazu *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeiner Teil I, Jahr?, S. 757; *Rodi*, Die Rechtsnatur des § 110 BGB, 2021, S. 62 f.

[12] *Musielak/Hau* (Fn. 9), Rn. 346.

[13] *Klumpp* (Fn. 3), § 109 Rn. 12; *Spickhoff* (Fn. 7), § 109 Rn. 10.

[14] *Klumpp* (Fn. 3), § 109 Rn. 12.

[15] *Spickhoff* (Fn. 7), § 109 Rn. 1.

[16] *Klumpp* (Fn. 3), § 108 Rn. 4.

[17] *Vgl. Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, S. 197.

[18] Siehe auch *Lobinger* (Fn. 17), S. 192.

[19] Hierzu *Hansen*, in: juris PraxisKommentar BGB, 9. Aufl. 2020, § 109 Rn. 8.

werden.[20] Zwar ist diese Situation nicht uneingeschränkt mit dem Fall der Innengenehmigung vergleichbar.[21] Für den anderen Teil besteht jedoch bezüglich der Rechtssicherheit kein nennenswerter Unterschied. Zumal in beiden Fällen die Beweislast beim Minderjährigen und beim gesetzlichen Vertreter liegt, ob eine solche Innengenehmigung bzw. Einwilligung erklärt wurde, wenn sie sich auf die Wirksamkeit berufen.[22] Die Verschlechterung der Stellung des anderen Teils und die Rechtsunsicherheit hält sich daher in Grenzen und ist nicht unzumutbar.

c) Systematische Analyse

Sofern eine Kombination von § 108 Abs. 2 BGB und § 109 BGB möglich wäre, würde sich die Frage stellen, wie eine solche Erklärung auszusehen hat. Nach dem Gesetzeswortlaut müsste der andere Teil, wie in Abwandlung 2, erst eine Aufforderung zur Erklärung über die Genehmigung (§ 108 Abs. 2 BGB) erklären und danach widerrufen (§ 109 BGB). Gerade wenn man annimmt, dass beide Erklärungen auch zusammen in einem Dokument erklärt werden können,[23] würde dies – wie die Formulierung in Abwandlung 2 – zu einem kaum nachvollziehbaren Formalismus führen und juristisch Gebildete stark bevorzugen. Zwar ist z.B. auch § 174 BGB eine Konstruktion, die juristisch Gebildete bevorzugt; es erscheint allerdings fernliegend, dass ein solcher juristischer Taschenspielertrick vom Gesetz bei § 108 Abs. 2 BGB und § 109 BGB gewollt ist.[24] Zumal ein kluger Vertragspartner unter Anwesenden dann Aufforderung und Widerruf direkt nacheinander erklären würde, sodass die Wirksamkeit davon abhängen würde, ob der gesetzliche Vertreter ihm ins Wort fällt oder höflich genug ist, ihn ausreden zulassen.[25] Das Gesetz würde somit den gesetzlichen Vertreter zum treuwidrigen Verstoß gegen die Verkehrssite verleiten und zu unbilligen Zufallsergebnissen führen.

Zum Teil wird daher auch in einer bloßen Widerrufserklärung – wie in Abwandlung 3 – eine konkludente Kombination von Aufforderung und Widerruf gesehen.[26] Der andere Vertragsteil hätte dann aber bis zur Erteilung einer Außengenehmigung de facto dauerhaft ein einfaches Widerrufsrecht. Dann würde die Innengenehmigung allerdings nicht, wie in § 108 Abs. 1 BGB vorgesehen, den Vertrag wirksam werden lassen und zumindest vorläufig für Rechtssicherheit sorgen, sondern nur zu einer weiteren ungewissen Schwebelage führen. Die endgültige Wirksamkeit würde nun vom Widerruf des anderen Teils oder dem Verzicht darauf abhängen. Die Möglichkeit zur Erteilung einer Innengenehmigung wäre weitestgehend überflüssig und schon fast eine Art Falle des Gesetzes für den Vertreter, die diesen in falscher Sicherheit wiegt. Auch ist diese Ansicht inkonsequent, wenn sie nicht zur beabsichtigten Vermeidung von Zufallsergebnissen bei jedem Aufeinandertreffen von Widerruf und Genehmigung, auch wenn diese wenige Momente vorher erfolgt, stets den Widerruf vorgehen lässt. Dies würde aber faktisch eine gerade nicht gewollte absolute Nichtigkeit von Geschäften mit Minderjährigen ohne Einwilligung mit dem Erfordernis eines erneuten Vertragsschlusses bedeuten.[27] Auch wäre § 108 Abs. 2 BGB dann entgegen seiner eigentlichen Funktion nicht nur ein Mittel zur Klärung der Rechtslage, sondern ein originäres Recht zur Lösung vom Vertrag.[28] Eine Entwertung der Innengenehmigung kann darüber hinaus historisch nicht überzeugen: Die Möglichkeit der Innengenehmigung wurde später beantragt, um Handel und Verkehr vor der unpraktischen Situation zu schützen, dass nur ein Kontakt zwischen gesetzlichem Vertreter und Dritten zu einer Bindung führen könnte.[29] Eine Außengenehmigung sollte nur bei Aufforderung des Vertragspartners zwingend sein; davor sollte der gesetzliche Vertreter in seiner Wahl frei sein.[30] Schließlich spricht der Wortlaut dagegen, der von einem Widerrufsrecht bis zur Erteilung einer Genehmigung, nicht aber bis zur Erteilung einer Außengenehmigung spricht.

d) Ergebnis

Eine uneingeschränkte Kombinationsmöglichkeit würde also entweder zu einem juristischen Taschenspielertrick führen oder die Innengenehmigung weitestgehend überflüssig machen und dem Wortlaut widersprechen. Im Ergebnis ist es somit entgegen der h.L. nicht möglich, gleichzeitig die Aufforderung nach § 108 Abs. 2 BGB und den Widerruf nach § 109 BGB zu erklären. Stattdessen muss dem gesetzlichen Vertreter eine Möglichkeit zur unverzüglichen Genehmigung geboten werden. Ein schuldhaftes Zögern kann hierbei jedoch sehr schnell angenommen werden, da der gesetzliche Vertreter, der bereits eine Genehmigung erteilt hat, keine erneute Bedenkzeit braucht. Unter Anwesenden ist daher entsprechend § 147 BGB eine sofortige Genehmigung erforderlich.

III. Teleologische Reduktion des § 109 BGB bei vollständig bewirkten Gebrauchsüberlassungsverträgen

1. Der Fall

Haben A und M (wie im oben erläuterten Fall) einen Mietvertrag geschlossen, bei dem M den A über das Vorliegen einer Einwilligung i.S.d. § 107 BGB getäuscht hat, so steht A auch nach Ende der Mietzeit ein Widerrufsrecht aus § 109 Abs. 1, Abs. 2 BGB zu.

Das Widerrufsrecht besteht gem. § 109 Abs. 2 Hs. 2 BGB jedoch nicht, wenn der Vertragspartner A den tatsächlichen Mangel der Einwilligung kannte. Für die diesbezügliche Kenntnis ist in diesem Rahmen jedoch auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen.[31] Insofern besteht keine Ein-

[20] Eine Erstreckung des § 108 Abs. 2 BGB auf Einwilligungen wurde ausdrücklich abgelehnt, *Mugdan* (Fn. 6), S. 677.
[21] *Klumpp* (Fn. 3), § 109 Rn. 12.
[22] *Spickhoff* (Fn. 7), § 108 Rn. 48.
[23] *Klumpp* (Fn. 7), § 109 Rn. 12.
[24] Vgl. *Wilhelm*, NJW 1992, 1666 (1667).
[25] *Wilhelm*, NJW 1992, 1666 (1667).
[26] So *Wilhelm*, NJW 1992, 1666 (1667).
[27] *Lobinger* (Fn. 17), S. 195 f.
[28] *Lobinger* (Fn. 17), S. 196.
[29] Vgl. *Mugdan* (Fn. 6), S. 679.
[30] Vgl. *Mugdan* (Fn. 6), S. 676 f.
[31] *Duden*, in*:* Beck’scher Online-Kommentar BGB, Stand: 15.11.2021, § 109 Rn. 24.

schränkungsmöglichkeit, wenn der Vertragspartner erst während der Vertragslaufzeit oder nach deren Ende vom Mangel derselben erfährt. Ihm steht dem Grunde nach ein Widerrufsrecht zu.

Übt er dieses aus, erfolgt aufgrund der endgültigen Unwirksamkeit eine bereicherungsrechtliche Abschöpfung des bereits Geleisteten.

2. Das Problem

Hierbei kann es im Rahmen von nichtigen Gebrauchsüberlassungsverträgen jedoch vorkommen, dass etwa der Mieter nur für einen Teil der Mietzeit tatsächlich Nutzungen aus dem Vertrag gezogenen hat. So etwa, wenn A ein vermietetes Fahrrad nur einen Bruchteil der Mietzeit gefahren ist. Da nach (wohl) h.M. die abstrakte Nutzungsmöglichkeit nicht neben dem Besitz oder dem konkreten Gebrauch primärer Bereicherungsgegenstand ist,[32] wäre es möglich, dass der Minderjährige durch die mit dem Widerruf verbundene bereicherungsrechtliche Abwicklung erheblich schlechter gestellt wird als durch den Vertrag. Zur Veranschaulichung empfiehlt sich ein kurzes Beispiel: Ist im Vertrag eine Überlassung für zehn Tage gegen einen Mietzins von 1.000 € vereinbart, hat A das Fahrrad jedoch nur zwei Tage genutzt, erhält M lediglich den Wert der tatsächlich gezogenen Nutzungen nach § 818 Abs. 1, Abs. 2 BGB ersetzt. Solange der Mietzins dem objektiven Wert der Gebrauchsüberlassung entspricht, würde M bei einem wirksamen Widerruf lediglich 200 € erhalten, ein Fünftel der vereinbarten Miete. Wirtschaftlich noch gravierendere Unterschiede treten auf, sobald der vereinbarte Mietzins über dem objektiven Wert der Gebrauchsüberlassung liegt. Im Ergebnis wird jedenfalls ersichtlich, dass der Widerruf für den Minderjährigen regelmäßig mit erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen verbunden wäre.

3. Die Lösung

Dieses unbillige Ergebnis könnte verhindert werden, wenn man dem Vertragspartner A das Widerrufsrecht abspricht. Dieses steht grundsätzlich unter dem Vorbehalt der Schutzwürdigkeit des Widerrufenden.[33] Es bleibt daher zu untersuchen, inwiefern eine teleologische Reduktion für vollständig bewirkte Gebrauchsüberlassungsverträge mit dem Schutzzweck des § 109 BGB vereinbar ist.

a) Schutzzweck des § 109 BGB

Zweck des § 109 BGB ist es, dem Vertragspartner des Minderjährigen, der unfreiwillig mit der schwebenden Unwirksamkeit des Vertrages nach § 108 Abs. 1 BGB belastet ist, eine Möglichkeit zur Klärung seiner rechtlichen Bindung zu geben.[34] Mithin handelt es sich um eine Begrenzung des weiten Minderjährigenschutzes aus § 108 Abs. 1 BGB.[35] Schutzgut ist dabei die Vermeidung der Unsicherheit des gutgläubig Widerrufenden hinsichtlich der Verbindlichkeit der Leistungsversprechen.[36] Diese besteht maßgeblich in der Unsicherheit hinsichtlich des Leistungsempfangs sowie der Verpflichtung zur Gegenleistung.

b) Unsicherheit hinsichtlich des Leistungsempfangs

Zunächst ist es für den Widerrufenden üblicherweise unklar, ob er die ihm versprochene Leistung erhalten wird und insofern mit deren Verfügbarkeit rechnen kann.[37] Dies kann dazu führen, dass der Vertragspartner nicht über die versprochene Leistung disponieren kann und er so erheblich belastet wird.[38]

Diese Unsicherheit besteht für A nicht. Ist der Mietvertrag vollständig bewirkt, hat er die Nutzungsmöglichkeit bereits für die gesamte Mietdauer genießen können. Zwar hätte eine Unwirksamkeit zur Folge, dass A während der Mietzeit kein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 BGB und die Mietsache daher nach § 985 BGB herauszugeben hätte. Wenn jedoch bis zum Ende der Mietzeit keine Verweigerung der Genehmigung durch V erklärt wurde, was gleichzeitig Voraussetzung für § 109 BGB ist, so bestand während der Mietzeit zwar eine Herausgabepflicht, die jedoch nach Ablauf der Mietdauer keine praktischen Auswirkungen mehr hat. Muss A am Ende der Mietzeit die Mietsache so oder so herausgeben, sei es nach § 546 BGB oder § 985 BGB, entsteht daraus für ihn keine zusätzliche Unsicherheit hinsichtlich der Nutzungsmöglichkeit während der Mietdauer.

Hinsichtlich der Verfügbarkeit der Mietsache besteht mithin keinerlei Unterschied zu einem wirksamen Mietvertrag, sobald der schwebend unwirksame Mietvertrag vollständig bewirkt wurde. Ab diesem Zeitpunkt kann sich der Vertragspartner nicht auf eine Unsicherheit hinsichtlich des Leistungsempfangs berufen, da dieser bereits irreversibel eingetreten ist.

Lediglich hinsichtlich des Rechtsgrundes besteht für A grundsätzlich Unsicherheit, ist doch die Leistung im Falle der Unwirksamkeit kondizierbar. Entscheidend ist hier jedoch, dass auch ein Kondiktionsanspruch aufgrund der Irreversibilität der Leistungsbewirkung nur ein auf Geldzahlung gerichteter Wertersatzanspruch nach §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 BGB sein könnte. Es besteht folglich keine Unsicherheit hinsichtlich des Leistungsempfangs in Form der Gebrauchsüberlassung.

c) Unsicherheit hinsichtlich der Gegenleistung

Die Unsicherheit besteht für den Widerrufenden allerdings zusätzlich darin, dass er bereits eine Gegenleistung erbracht

[32] U.a. BGHZ 102, 41 (47); 115, 268 (270); insbesondere BGH NJW 2013, 2021 (2023 Rn. 27); *Schwab*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 818 Rn. 33 ff.; *Sprau*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, § 818 Rn. 10; *Stadler*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 818 Rn. 2.

[33] *Müller*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 109 Rn. 1.

[34] *Wendtland* (Fn. 7), § 109 Rn. 1; *Klumpp* (Fn. 3), § 109 Rn. 2.

[35] *Klumpp* (Fn. 3), § 109 Rn. 5.

[36] *Spickhoff* (Fn. 7), § 109 Rn. 1.

[37] *Duden* (Fn. 31), § 108 Rn. 10.

[38] *Klumpp* (Fn. 3), § 108 Rn. 7; *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 34 Rn. 52.

hat, sich dabei jedoch nicht sicher sein kann, ob diese im Falle eines Widerrufes nicht doch rechtsgrundlos erfolgt sein könnte, sodass er sie nur nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangen könnte.[39]

Diese Unsicherheit besteht im Falle eines vollständig bewirkten Gebrauchsüberlassungsvertrages zunächst durchaus fort. Für A bleibt unklar, ob er seine Mietpreiszahlung am Ende aufgrund eines vollständig wirksamen Mietvertrages oder ohne rechtlichen Grund geleistet hat und stattdessen nach den oben erläuterten Grundsätzen Wertersatz leisten muss.

Fraglich ist jedoch, ob diese Unsicherheit eine hinreichend schwerwiegende Belastung des A zur Folge hat, die für sich genommen ein Widerrufsrecht nach § 109 BGB begründen kann.

Gelangt der Vertrag zu Wirksamkeit, erfolgte die Mietpreiszahlung des A in Erfüllung der Verbindlichkeit aus § 535 Abs. 2 BGB. Tritt jedoch bei einer Verweigerung der Genehmigung endgültige Unwirksamkeit ein, wäre diese Leistung nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zurückzugewähren. Gleichzeitig hätte A nach den oben erläuterten Grundsätzen Wertersatz in Höhe des objektiven Wertes der tatsächlich gezogenen Nutzungen zu entrichten. Dabei ist zu beachten, dass diese Abwicklung für ihn in der Regel wirtschaftlich vorteilhaft sein wird (siehe unter III. 2.).

Es bleibt in der Folge eine Unsicherheit des A hinsichtlich des Rechtsgrundes seiner Gegenleistung erhalten. Allerdings beschränkt sich diese auf die Möglichkeit, dass bei endgültiger Unwirksamkeit eine zumeist wirtschaftlich günstigere Abwicklung eintreten könnte. Im wirtschaftlich gravierendsten Fall müsste A den objektiven Wert der Nutzungen für die gesamte Mietzeit bezahlen, also einen objektiv angemessenen Preis für die aus den unter III. 3. b) genannten Gründen ungeschmälerte Leistung.

Zu einem anderen Ergebnis gelangt nur, wer etwa die Regelung des § 346 Abs. 2 S. 2 BGB entsprechend anwenden und eine Bindung des Vertragspartners an den vertraglich vereinbarten Mietzins annehmen möchte.[40] Eine solche Lösung missachtet durch Aufrechterhaltung der Vergütungsabrede jedoch den in § 139 BGB enthaltenen Grundsatz der totalen Nichtigkeit[41] und verstößt zusätzlich gegen die bereicherungsrechtliche Funktion, rechtsgrundlose Vermögensverschiebungen zurückzuführen und nicht aufrechtzuerhalten.[42] Durch das entgangene Geschäft ist dem Bereicherungsgläubiger nur eine Vermögensminderung in Höhe des objektiven Werts, nicht jedoch des vertraglich vereinbarten Preises entstanden.[43] Es bleibt daher bei einer Berechnung anhand des objektiven Wertes und folglich bei einem Zahlungsanspruch, der höchstens einen objektiv angemessenen „Preis“ darstellt.

Selbst wenn man entgegen der wohl h.M. Wertersatz für die reine Nutzungsmöglichkeit zugesteht,[44] muss der Vertragspartner maximal einen objektiv angemessenen „Mietpreis“ für die gesamte Dauer zahlen. Dabei fällt es schwer, in einer solchen Lösung einen für den Vertragspartner A unerträglichen Zustand zu sehen, der eine Widerrufsmöglichkeit erforderlich macht, insbesondere, da es sich auch hier in jedem Fall um einen nur in der Höhe bis zu einem objektiv angemessenen Preis unbestimmten Geldzahlungsanspruch handelt.[45] Dies gilt umso mehr in Anbetracht des Rechts aus § 108 Abs. 2 BGB, mit dem A auf schonendere Weise rechtliche Klarheit gewinnen kann, sodass eine mögliche Unsicherheit gem. § 108 Abs. 2 S. 2 BGB innerhalb von maximal zwei Wochen wegfiele.

Im Ergebnis bestünde für A über maximal zwei Wochen die Unsicherheit, aus welchem Rechtsgrund seine in einer Geldzahlung bestehende Gegenleistung erfolgte. Dabei beschränkt sich diese Unsicherheit auf Fälle, die ihm wirtschaftlich zumutbar sind. A konnte die Gebrauchsüberlassung in uneingeschränktem Maße genießen (siehe oben) und muss dafür höchstens einen angemessenen „Mietpreis“ zahlen. Ihm unter diesen Voraussetzungen einen Widerruf zuzugestehen, käme einem „Reurecht“ gleich. Mangels ausreichender Unsicherheit ist A nicht schutzwürdig. Im Falle einer unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung wie der Leihe entstünde mangels Gegenleistung auch keine Unsicherheit hinsichtlich derselben, weshalb ebenfalls keine Schutzwürdigkeit bestünde. Im Übrigen dürfte im Falle der Leihe für den Vertragspartner jedoch regelmäßig kein Grund bestehen, den Vertrag zu widerrufen.

Es erscheint im Ergebnis gerechtfertigt, das Widerrufsrecht nach § 109 BGB im Fall eines vollständig bewirkten Gebrauchsüberlassungsvertrages mangels schutzwürdiger Unsicherheit teleologisch zu reduzieren.[46]

Zu einem gleichwertigen Ergebnis gelangt man, soweit man für vollständig irreversibel erbrachte Leistungen des Minderjährigen schon einen positiven Wandel des schwebend unwirksamen zu einem endgültig wirksamen Vertrag annimmt, weil der Vertrag den Minderjährigen nach Erfüllung nicht mehr verpflichtet und auch ansonsten vorteilhaft ist.[47] Der endgültig wirksame Vertrag wäre in diesem Fall ebenso wenig widerruflich, allerdings bietet diese Lösung angesichts der aus der Wirksamkeit folgenden Haftung nach § 241 Abs. 2 BGB potentiell ein erhöhtes Risiko für den Minderjährigen.[48]

---

[39] *Klumpp* (Fn. 3), § 108 Rn. 1.

[40] Dafür *Wieling*, AcP 169 (1969), 137 (166); *Beuthien*, RdA 1969, 161 (168 f.).

[41] *Rodi*, Wirksamkeitsdynamik, 2020, S. 365 ff.

[42] Vgl. dazu *Wendehorst*, in: Beck’scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.5.2022, § 812 Rn. 3; *Sprau* (Fn. 32), Einf. v. § 812 Rn. 1.

[43] Dazu *Rodi* (Fn. 41), S. 370.

[44] So *Lorenz*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 818 Rn. 13; *Buck-Heeb*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 812 Rn. 10; so auch noch: *Lieb*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, § 812 Rn. 357 ff., § 818 Rn. 12 ff.; *Emmerich*, BGB-Schuldrecht Besonderer Teil, 16. Aufl. 2022, § 16 Rn. 11. Für diese Ansicht spricht angesichts dieses Falles insbesondere der Minderjährigenschutz, da der Vertragspartner sich eigenverantwortlich auf die Vergütung für die gesamte Mietzeit eingelassen hat.

[45] Vgl. dazu in anderem Kontext *Rodi* (Fn. 41), S. 352 f.

[46] Ebenso *Rodi* (Fn. 41), S. 372.

[47] Dafür *Rodi* (Fn. 41), S. 325 ff.

[48] Diese Haftung besteht u.U. auch nach vollständiger Bewir-

Ferner ist zwar anzuerkennen, dass die Wirksamkeit aus den erläuterten Gründen gegenüber der Unwirksamkeit vorteilhaft sein sollte, allerdings besteht unter Umständen ein Interesse des gesetzlichen Vertreters, unabhängig von der wirtschaftlichen Vorteilhaftigkeit des Wandels zu einem wirksamen Vertrag über das ursprünglich rechtlich nicht lediglich vorteilhafte Geschäft zu entscheiden. Dieses, nicht zuletzt auch erzieherische Recht sollte dem gesetzlichen Vertreter nicht entzogen werden,[49] weshalb eine Reduktion der Widerrufsmöglichkeit dem positiven Wandel zu einem endgültig wirksamen Vertrag vorzuziehen ist.

d) Abgrenzung von anderen Ansätzen zur Begrenzung der Rückabwicklung

aa) In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob für in Vollzug gesetzte Mietverträge die ex tunc wirkende Anfechtung auf eine Wirkung ex nunc reduziert[50] oder zugunsten der ebenfalls ex nunc wirkenden Kündigung ausgeschlossen sein soll.[51] Dies ist von dem Fall eines vollständig bewirkten und folglich abgeschlossenen Gebrauchsüberlassungsvertrages abzugrenzen.

Die vorgenannte Abweichung von der gesetzlichen Regelung des § 142 Abs. 1 BGB wird nach h.M. in erster Linie mit der Begründung abgelehnt, es mangele an einer mit fehlerhaften Arbeits- oder Gesellschaftsverträgen vergleichbaren Interessenlage, denn die synallagmatische Leistung sei vergleichsweise einfach zurückzugewähren bzw. in ihrem Wert zu ersetzen.[52] Eine solche Komplexität der Rückabwicklung ist hier jedoch keinesfalls Grund für die Reduktion. Viel eher mangelt es an einer schutzwürdigen Unsicherheit des Vertragspartners, die Voraussetzung für ein Widerrufsrecht aus § 109 BGB ist (siehe oben).

Im Übrigen werden für die Ablehnung vor allem Gründe herangezogen, die in den unterschiedlichen Schutzzwecken der §§ 119 ff. BGB und des Gewährleistungsrechts liegen[53] und gegen die hier erläuterte Einschränkungsmöglichkeit nicht fruchtbar gemacht werden können.

Es ist folglich streng zwischen einem Ausschluss der ex-tunc-Wirkung der Anfechtung für in Vollzug gesetzte Mietverhältnisse und einer teleologischen Reduktion des Widerrufsrechts aus § 109 BGB mangels schutzwürdiger Unsicherheit zu differenzieren.

bb) Insbesondere bei *Riezler* findet sich der Ansatz, der Vertragspartner begebe sich mit der Annahme einer irreversiblen Leistung der Möglichkeit, sich auf die Unwirksamkeit des Vertrages mit dem Minderjährigen zu berufen.[54] Diese Generalisierung des Grundsatzes „venire contra factum proprium“ wird der Erfordernis einer Einzelfallbetrachtung i.R.d. § 242 BGB nicht gerecht und ist daher in seiner Allgemeinheit abzulehnen.[55] Im vorliegenden Fall wird jedoch nicht auf die Treuwidrigkeit der Rechtsausübung abgestellt, mangels schutzwürdigem Vertrauen besteht hingegen schon keine Widerrufsmöglichkeit. Auch von diesem Ansatz ist die teleologische Reduktion folglich abzugrenzen.

e) Anwendbarkeit auf andere Vertragstypen

Es bleibt zu klären, ob sich diese Gedanken auch auf andere Vertragstypen übertragen lassen.

aa) Arbeits- und Dienstverträge

Im Rahmen von Arbeitsverträgen ist nach der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis[56] bereits anerkannt, dass diese unter bestimmten Voraussetzungen für die Vergangenheit als wirksam behandelt werden, sodass bisher gewährte Leistungen nicht rückabgewickelt werden müssen.[57] Dabei sind insbesondere Arbeitsverträge mit Jugendlichen, die etwa gegen §§ 5, 7 JArbSchG verstoßen, nicht rückwirkend abzuwickeln.[58] Es entfällt lediglich der Anspruch auf eine Fortsetzung des

kung fort, siehe dazu nur *Bachmann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 241 Rn. 160 ff., 179.

[49] Ebenso besteht grundsätzlich angesichts des elterlichen Sorgerechts kein Anspruch des Minderjährigen auf Genehmigung bestimmter, auch geboten erscheinender Geschäfte, eine Korrektur ist dabei lediglich über das Familiengericht i.R.d. §§ 1666 ff. BGB möglich. Vgl. dazu nur *Spickhoff* (Fn. 7), § 108 Rn. 15 f.

[50] Dafür LG Mannheim ZMR 1990, 303 (303); AG Hamburg NZM 1998, 233 (233); *Rolfs*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2006, § 542 Rn. 179.

[51] So KG GE 2001, 1131 (1131); LG Wuppertal WuM 1999, 39 (41); im Ansatz wohl auch LG Wiesbaden WuM 2004, 399 (399); a.A. BGH NJW 2009, 1266 (1268) m.w.N.; *Emmerich*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2021, Vorb. § 535 Rn. 104; *Weidenkaff*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, § 536 Rn. 12; *Emmerich*, NZM 1998, 692 (694 ff.); *Fischer*, NZM 2005, 567 (570 f.).

[52] Siehe dazu *Emmerich*, NZM 1998, 692 (695); *Fischer*, NZM 2005, 567 (570).

[53] Vgl. dazu etwa BGH NJW 2009, 1266 (1268).

[54] *Riezler*, Venire contra factum proprium, 1912, S. 137; Zustimmend *Knoke*, in: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl. 1913, § 110 Anm. 7; *Knothe*, Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen in geschichtlicher Entwicklung, 1983, S. 290.

[55] Siehe dazu auch *Rodi* (Fn. 11), S. 115 ff.

[56] BAGE 5, 58 (65 f.); BAGE 5, 159 (161 f.); so auch bereits *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 6. Aufl. 1959, S. 166 f; vgl. aus dem neueren Schrifttum *Richardi/Fischinger*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 611a Rn. 688; *Spinner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 611a Rn. 557.

[57] Teilweise wird auch eine direkte oder entsprechende Anwendung des § 110 BGB auf die Arbeitskraft des Jugendlichen befürwortet, siehe etwa *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, § 110 Rn. 3; *Dörner*, in: Handkommentar zum BGB, 11. Aufl. 2022, § 110 Rn. 2; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 25 Rn. 43; so bereits *Oertmann*, in: Oertmann, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 1927, § 110 Anm. 7.

[58] *Canaris*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, 1983, S. 46.

Arbeitsverhältnisses.[59] Diese Lösung ist neben sozialversicherungsrechtlichen Bedenken[60] und Problemen bei der Rückabwicklung von Arbeitsleistung[61] unter anderem auch durch vergleichbare Rechtsgedanken getragen[62] und auf Dienstverträge anwendbar.[63]

bb) Gesellschaftsverträge

Auch für unwirksame Gesellschaftsverträge ist nach vergleichbaren Grundsätzen anerkannt, dass diese, aufgrund der Unwägbarkeiten einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung, als wirksam behandelt werden und lediglich mit Wirkung für die Zukunft beendet werden können.[64]

cc) Kauf- und Schenkungsverträge

Kauf- sowie Schenkungsverträge bewirken im Gegensatz zu Gebrauchsüberlassungsverträgen eine dauerhafte Verschiebung der Eigentümerverhältnisse, sodass auch nach der Bewirkung eine erhebliche Unsicherheit des Vertragspartners verbleibt. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass die Bewirkung durch den Jugendlichen in aller Regel nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sein dürfte, sodass eine Übereignung der gekauften Sache an den Vertragspartner ohnehin nicht wirksam wird. Im Übrigen bliebe es bei einer wirksamen Bewirkung dabei, dass es für den Vertragspartner weiterhin unklar ist, ob er das Eigentum nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB wieder zurückgewähren muss.

In der Folge lassen sich die angestellten Überlegungen nicht auf Kaufverträge übertragen.

f) Ergebnis

Es zeigt sich, dass unabhängig von der anerkannten Beschränkung der Rückabwicklung im Arbeits- und Gesellschaftsrecht die Widerrufsmöglichkeit des Vertragspartners nach § 109 BGB dann teleologisch reduziert werden muss, wenn diesen im Rahmen von Gebrauchsüberlassungsverträgen aufgrund vollständiger Bewirkung keine schutzwürdige Unsicherheit mehr trifft.

IV. Verwirkung des Widerrufsrechts aus § 109 BGB

1. Unterliegt das Widerrufsrecht aus § 109 BGB der Verwirkung?

Es ist bezüglich des Widerrufsrechts des Vertragspartners aus § 109 BGB zudem zu erörtern, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Verwirkung anzunehmen ist.

Das Widerrufsrecht ist ein Gestaltungsrecht; folglich ist eine Verwirkung grundsätzlich möglich.[65] Dennoch ist fraglich, ob das Widerrufsrecht aus § 109 BGB der Verwirkung unterliegen sollte. Dafür spricht die fehlende Frist für die Ausübung des Rechts. Fristen von Gestaltungsrechten, wie in §§ 121, 124, 355 Abs. 2 S. 1, 218 Abs. 1 S. 1 BGB[66] dienen dem Gebot der Rechtssicherheit.[67] Der Rechtsverkehr soll dahingehend sicher gestaltet werden, dass schon lange begründete Gestaltungsrechte nicht mehr ausgeübt werden. Dies dient dem allgemeinen Rechtsschutz- und Verkehrsinteresse.[68] Es gewährleistet auch den Schutz des einzelnen Vertragspartners, der sich nach einem gewissen Zeitablauf auf den Rechtsfrieden verlassen können soll. Ob über die Möglichkeit des gesetzlichen Vertreters zur Beendigung der Schwebelage durch Erteilung oder Verweigerung der (Außen-)Genehmigung ein solcher Schutz erforderlich ist, erscheint fraglich. Hat der gesetzliche Vertreter hingegen keine Kenntnis von dem Vertragsschluss des Minderjährigen (was in der Praxis oft der Fall sein wird) entfällt diese Möglichkeit. Der Schutz über eine Verwirkung des Widerrufsrechts kommt in solchen Fällen demnach unmittelbar dem Minderjährigen zugute. Daneben lassen sich auch die anderen allgemeinen Zwecke von Verjährung und Verfristung auf § 109 BGB übertragen. Da der Gesetzgeber keine Befristung festgelegt hat, kommt eine zeitliche Begrenzung über eine Verwirkung in Betracht.

2. Interessenlage

Bei einer möglichen Verwirkung des Rechts aus § 109 BGB sind verschiedene widerstreitende Interessen zu beachten. Zum einen dienen die §§ 106 ff. BGB grundsätzlich dem Schutz von Minderjährigen im Rechtsverkehr.[69] Die schwebende

[59] *Canaris* (Fn. 58), S. 46; *Spinner* (Fn. 56), § 611 a Rn. 558.
[60] *Thüsing*, in: Hennsler/Willemsen/Kalb, Kommentar zum Arbeitsrecht, 9. Aufl. 2020, BGB § 119 Rn. 15.
[61] Vgl. BAGE 90, 251 (256).
[62] Dieser wäre, dass kein Grund dafür besteht, eine irreversibel erbrachte Leistung rückwirkend anders zu behandeln, ob wohl diese vollständig vertragskonform erbracht wurde und sich für den vergangenen Zeitraum keine Probleme aus dem Umstand ergeben, dass der Vertrag tatsächlich unwirksam war; vgl. dazu BAG NJW 1958, 397 (398); *Richardi/Fischinger* (Fn. 56), § 611a Rn. 687, 695.
[63] So im Ansatz wohl BGHZ 41, 282 (288); 53, 152 (158); 53, 152 (159); BGH NJW 2000, 2983; vgl. aus dem Schrifttum *Richardi/Fischinger* (Fn. 56), § 611a Rn. 594; *Baumgärtner*, in: Beck’scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.5.2022, § 611 Rn. 34; *Spinner* (Fn. 56), § 611a Rn. 557.
[64] Vgl. BGH NJW 1969, 1483 (1483); aus der Lit. *Schäfer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 705 Rn. 353 f., 356; *Geibel*, in: Beck’scher Online-Großkommentar BGB, Stand: 1.1.2019, § 705 Rn. 263; *Schöne*, in: Beck’scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.5.2022, § 705 Rn. 82.
[65] RGZ 155, 148 (151); BGHZ 20, 198 (206); BGH BeckRS 2020, 5351 Rn. 8; *Schubert*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 242 Rn. 372; *Kähler*, in: Beck’scher Online-Großkommentar BGB, Stand: 1.3.2022, § 242 Rn. 1648.
[66] Die „Frist“ ist beim Rücktritt (§§ 323 ff. BGB) über eine Unwirksamkeit desselbigen bei Eintritt der Verjährung des Leistungs- oder Nacherfüllungsanspruchs ausgestaltet. Im Ergebnis führt auch dies zu einer zeitlichen Begrenzung des Rücktrittsrechts (zum Normzweck siehe auch: *Grothe*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 218 Rn. 1).
[67] Für die Verjährung BGHZ 59, 72 (74) = NJW 1972, 1460 und *Piekenbrock*, Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung, 2006, S. 317.
[68] Zu § 121 BGB *Wendtland* (Fn. 7), § 121 Rn. 1; zu § 124 BGB *Wendtland* (Fn. 7), § 124 Rn. 1.
[69] *Spickhoff* (Fn. 7), § 104 Rn. 6.

Unwirksamkeit von Verträgen ohne Einwilligung führt jedoch zu erheblicher rechtlicher Unsicherheit für den Vertragspartner. Daher hat der Vertragspartner mit § 108 Abs. 2 BGB und § 109 BGB zwei Möglichkeiten zur Beendigung dieser Unsicherheit. Diese Regelungen dienen den Interessen der Vertragspartner von Minderjährigen[70] und auch der Rechtssicherheit.[71]

§ 109 BGB ist neben deliktsrechtlichen Ansätzen[72] die einzige Möglichkeit des Vertragspartners, einen Vertrag mit einem Minderjährigen, der seine Geschäftsfähigkeit oder Einwilligung vorgetäuscht hat, ohne eine Frist von zwei Wochen aufzulösen.[73]

Eine Verwirkung stärkt auch die Position des Minderjährigen. Für diesen besteht dann nicht mehr die Gefahr einer Vertragsauflösung durch den Geschäftspartner. Auf der anderen Seite wird die Position des Geschäftspartners geschwächt. Dieser kann sich nur noch durch § 108 Abs. 2 BGB Rechtssicherheit verschaffen. Die vom Gesetzgeber gewollte Privilegierung des gutgläubigen Vertragspartners wird somit, wenn auch nach Ablauf eines gewissen Zeitraums, aufgehoben.

Dies ist vor allem bei der Annahme problematisch, dass der Berechtigte für den Beginn der Verwirkung keine Kenntnis seines Rechts haben muss.[74] Bei Ansprüchen liegt der Beginn des für die Verwirkung notwendigen Zeitablaufs dieser Ansicht folgend in der Regel bei ihrer Fälligkeit.[75] Bei Gestaltungsrechten müsste somit der Zeitpunkt der frühesten Möglichkeit ihrer Ausübung maßgebend sein. Für § 109 BGB liegt dieser Zeitpunkt direkt nach Vertragsschluss. Dies würde einen effektiven Schutz des Vertragspartners durch § 109 BGB verhindern, da dieser auch erst nach längerer Zeit von der Täuschung durch den Minderjährigen erfahren kann. Gegen diese Ansicht ist auch anzuführen, dass die Verwirkung an einen durch illoyale Verspätung geschaffenen Vertrauenstatbestand anknüpfen soll.[76] Ein Vertrauenstatbestand wird jedoch ohne Kenntnis des Widerrufsrechts gar nicht geschaffen.[77] Folglich ist Kenntnis des Berechtigten von seinem Recht vorauszusetzen.

Sobald der Vertragspartner von der Minderjährigkeit oder von der fehlenden Einwilligung Kenntnis erlangt, entfällt seine Gutgläubigkeit. Je mehr Zeit nach der Kenntniserlangung verstreicht, desto stärker lässt die Schutzwürdigkeit des Vertragspartners nach. Die Privilegierung, welche die Widerrufsmöglichkeit darstellt, ist demnach auch weniger oder nach langem Zeitablauf gar nicht mehr berechtigt. Man könnte sogar davon ausgehen, dass eine zeitlich unbegrenzte Privilegierung nun unzulässig ist.[78] Dies führt zu einer Verschiebung der Interessengewichtung. Nach den Wertungen der §§ 104 ff. BGB ist der Schutz des Minderjährigen immer vorrangig zu berücksichtigen.[79] Besteht demnach kein Grund mehr für einen weitergehenden Schutz des Vertragspartners, ist die Abwägung zugunsten des Minderjährigenschutzes und hier auch des allgemeinen Rechtsschutz- und Verkehrsinteresses zu treffen. Dies eröffnet die Möglichkeit der Verwirkung des Widerrufsrechts.

Mit der Verwirkung entfällt der Schutz des Vertragspartners jedoch nicht komplett. Vielmehr wird der Vertragspartner, welcher später Kenntnis von der Minderjährigkeit oder fehlenden Einwilligung erhält und dennoch für längere Zeit nicht widerruft, mit dem Vertragspartner gleichgestellt, welcher schon zu Beginn nicht gutgläubig war. Dadurch hat der bei Vertragsschluss gutgläubige Vertragspartner die Entscheidung für oder gegen einen Vertragsschluss unter Kenntnis aller Umstände erneut zu fällen. Ist die Verwirkung jedoch eingetreten, so steht ihm weiterhin das Recht aus § 108 Abs. 2 S. 2 BGB der Aufforderung zur Genehmigung zu.

3. Voraussetzungen im Einzelfall

a) Allgemeine Voraussetzungen

Für eine Verwirkung im Einzelfall müssen allerdings die Verwirkungsvoraussetzungen vorliegen. Somit bedarf es eines Zeit- und eines Umstandsmoments.[80] Als Zeitmoment wird auf den Zeitraum abgestellt, in dem ein durchschnittlicher Rechtsinhaber sein Recht üblicherweise geltend macht.[81] Für

[70] *Spickhoff* (Fn. 7), § 104 Rn. 10.
[71] *Spickhoff* (Fn. 7), § 104 Rn. 14.
[72] *Klumpp* (Fn. 3), Vorb. zu §§ 104 ff. Rn. 83; um dem Minderjährigenschutz der §§ 104 ff. BGB Rechnung zu tragen, beschränkt sich eine etwaige deliktsrechtliche Haftung des Minderjährigen jedoch auf das negative Interesse, es sei denn dieses übersteigt das positive Interesse. Der effektivste Schutz des Vertragspartners liegt demnach in § 109 BGB.
[73] *Klumpp* (Fn. 3), § 109 Rn. 5; denkbar wäre auch eine Anfechtung des Vertrages, wenn man die Geschäftsfähigkeit oder Minderjährigkeit einer Person als verkehrswesentliche Eigenschaft i.S.v. § 119 Abs. 2 BGB sieht, so *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 137; zum Alter als verkehrswesentliche Eigenschaft *Wendtland* (Fn. 7), § 119 Rn. 42. Die § 121 Abs. 1 S. 1 BGB und § 122 Abs. 1 BGB stellen den Vertragspartner jedoch schlechter, als wenn er sein Widerrufsrecht aus § 109 BGB ausübt.
[74] So *Kähler*, in: Beck'scher Online-Großkommentar BGB, Stand: 1.3.2022, § 242 Rn. 1675.
[75] BGH NZG 2012, 1189 (1191 Rn. 22) m.w.N.
[76] BGHZ 92, 184 (187); 105, 250 (256); *Kramme*, in: Prütting/Wegen/Weinreich Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2022, § 242 Rn. 61.
[77] *Knops*, AöR 2018, 554 (591).
[78] So wohl *Kötz*, Vertragsrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 146, 161.
[79] BGHZ 17, 160 (168) = NJW 1955, 1067 (1069); *Spickhoff* (Fn. 7), § 104 Rn. 11.
[80] BGH NJW 2010, 1074 (1076 Rn. 19); BGH NJW 2009, 847 (849 Rn. 39); BGH NJW 2003, 847 m.w.N.; *Schubert* (Fn. 65), § 242 Rn. 378.
[81] *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 242 Rn. 305; *Sutschet*, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.8.2022, § 242 Rn. 146; a.A. *Kähler*, in: Beck'scher Online-Großkommentar BGB, Stand: 1.3.2022, § 242 Rn. 1686; *Schubert* (Fn. 65), § 242 Rn. 132 ff., 380, die die Maßgeblichkeit der individuellen Beziehung betonen und außerdem anführen, dass ein Vertrauen auf die fehlende Durchsetzung eines Rechts erst wachsen kann, wenn mit dieser nicht mehr zu rechnen ist. Im Ergebnis führt dies wohl zu

Gestaltungsrechte wie § 109 BGB gilt dabei keine grundsätzlich kürzere Verwirkungsfrist.[82] Für die Verwirkung müssen zudem Umstände hinzukommen, die diese begründen.[83] Dies ist im Einzelfall zu prüfen. Hierbei besteht eine „Wechselwirkung [des Umstandsmoments] mit dem Zeitmoment“[84] in der Form, dass bei einem kürzeren Zeitablauf höhere Anforderungen an die für die Verwirkung maßgeblichen Umstände zu stellen sind.[85] Insofern wirken sich die eine Verwirkung begründenden Umstände zumindest indirekt auf die Länge der Verwirkungsfrist aus.

b) Möglicherweise relevante Umstände

Einige Umstände haben spezifisch für das Widerrufsrecht aus § 109 BGB Bedeutung. So hat der gesetzliche Vertreter ab Vertragsschluss die Möglichkeit zur Genehmigung, § 108 Abs. 1 BGB. Wenn er demnach Kenntnis von dem schwebend unwirksamen Vertrag hat und diesen nicht genehmigt oder die Genehmigung verweigert, so ist er und auch der Minderjährige weniger schutzwürdig, wodurch eine längere Verwirkungsfrist angenommen werden kann. Der Minderjährige ist dann zwar von einem möglichen Verschulden seines gesetzlichen Vertreters abhängig. Dies entspricht jedoch der allgemeinen rechtlichen Abhängigkeit des Minderjährigen von seinem gesetzlichen Vertreter.[86] Der Bedarf für eine Abweichung ist nicht gegeben.

Ein weiterer relevanter Umstand kann der Vertragstyp sein. Bei einem Gebrauchsüberlassungsvertrag verpflichtet sich der Minderjährige neben der Besitzverschaffung gerade dazu, dem Vertragspartner den Gebrauch der Sache zu gewähren. Dabei ist die Gegenleistung an die Dauer des Gebrauchs gekoppelt. Durch die Ausübung des Widerrufsrechts entzieht sich der Vertragspartner jedoch der vertraglichen Gegenleistungspflicht. Je länger der Vertragspartner mit dem Widerruf wartet, desto länger ist auch der Zeitraum, für den er sich der vertraglichen Gegenleistungspflicht entzieht. Handelt es sich bei dem Gebrauchsüberlassungsvertrag um einen teilbaren Vertrag, so ist jedenfalls für den bereits vollständig erfüllten Teil mit der oben vertretenen Ansicht der Widerruf ausgeschlossen. Für den noch nicht vollständig erfüllten Teil kann auf die Verwirkung zurückgegriffen werden. Bei einem Kaufvertrag ist die Gegenleistung grundsätzlich nur für einen Zeitpunkt bestimmt. Mit einem späteren Widerruf entzieht sich der Vertragspartner nur einer einmaligen vertraglichen Gegenleistungspflicht. Ist der schwebend unwirksame Vertrag somit ein Gebrauchsüberlassungsvertrag, so ist die Verwirkungsfrist kürzer anzusetzen als bei einem Kaufvertrag.

4. Fazit

Die Möglichkeit der Verwirkung des Widerrufrechts aus § 109 BGB ist demnach im Lichte des allgemeinen Rechts- und Verkehrsschutzinteresses und des Minderjährigenschutzes zu bejahen. Es bedarf jedoch einer interessengerechten Prüfung der allgemeinen Verwirkungsvoraussetzungen im Einzelfall. Sind diese – auch unter Berücksichtigung der hier aufgeführten Aspekte – gegeben, so ist der Verwirkung des Widerrufsrechts zuzustimmen.

V. Zusammenfassende Bemerkungen

Das Widerrufsrecht aus § 109 BGB ist ein Kernstück des Minderjährigenrechts und weist folglich eine hohe Relevanz in Klausuren und Hausarbeiten auf. Dabei gerät regelmäßig der eigentliche Zweck des Minderjährigenschutzes in Konflikt mit dessen Begrenzung in § 109 BGB zugunsten des Vertragspartners.

Das dem Wortlaut nach sehr weit gefasste Widerrufsrecht ist dabei teilweise zugunsten des Minderjährigenschutzes zu begrenzen, dies gilt vor allem dann, wenn der volljährige Geschäftspartner nicht schutzwürdig ist, da er, wie unter III. erläutert, die Vorzüge eines wirksamen Vertrages bereits genossen hat oder da er, wie unter IV. ausgeführt, nach Kenntnis von der Widerrufsmöglichkeit diese über längere Zeit nicht ausübt und den Vertrag daher ebenfalls als wirksam behandelt. Darüber hinaus ist eine Beschränkung des unglücklich weiten Wortlauts auch für die Kombination von §§ 108 Abs. 2, 109 BGB anzunehmen, da ansonsten die Innengenehmigung zulasten des Minderjährigenschutzes in ihrer systematischen Funktion untergraben würde.

einem längeren Zeiterfordernis, damit das Zeitmoment als gegeben angesehen werden kann.

[82] BGH NJW 2003, 669 (670); BGH WM 1969, 721 (723).

[83] *Kähler* (Fn. 81), § 242 Rn. 1695.

[84] *Kähler* (Fn. 56), § 242 Rn. 1697.

[85] BGH NJW 2018, 1390 (1390 Rn. 9); BGH GRUR 2001, 323 (327); *Kähler* (Fn. 56), § 242 Rn. 1697; a.A. *Salzmann*, Die zivilrechtliche Verwirkung durch Nichtausübung, 2015, S. 72.

[86] Die Abhängigkeit vom gesetzlichen Vertreter findet sich nicht nur im Minderjährigenrecht, sondern auch allgemein. Ausdruck dafür ist die Verantwortlichkeitsregelung des § 278 S. 1 BGB.

Der reformierte Geldwäschetatbestand – Teil 2*

Umgang mit einer verfassungsrechtlich zweifelhaften Norm in der Fallprüfung

Von PD Dr. **Laura Neumann**, München**

IV. Die Tatbestandsmerkmale des Grundtatbestands der Geldwäsche im Einzelnen (§ 261 Abs. 1, Abs. 2 StGB)

Die prüfungsrelevanten Merkmale des neu gefassten Geldwäschetatbestands werden im Folgenden ausführlich und mit dem Ziel erläutert, sie für Studierende in der Fallprüfung handhabbar zu machen. Leitlinie ist die beschriebene (vgl. II. 3. in Teil 1) Notwendigkeit der verfassungskonformen Auslegung des gesamten Geldwäschetatbestands, die durch die dem Wortlaut nach enorme Strafbarkeitsausdehnung notwendig geworden ist.

1. Geldwäscheobjekt: aus der Vortat herrührender Gegenstand

Unmittelbar notwendig ist eine restriktive Interpretation bereits beim ersten zu erörternden Tatbestandsmerkmal, nämlich dem Tatobjekt der Geldwäsche, das nunmehr jeder aus irgendeiner rechtswidrigen Tat herrührende Gegenstand sein kann.

a) Gegenstand

Der Begriff des Gegenstands in § 261 StGB entspricht weiterhin dem zivilrechtlichen Gegenstandsbegriff. Er schließt damit alle Positionen ein, die Objekt von Rechten sein können und selbstständig übertragbar sind.[1] Erfasst sind nach der Gesetzesbegründung sowohl bewegliche und unbewegliche Sachen als auch Rechte. Beispielhaft werden Bar- und Buchgeld in inländischer und ausländischer Währung, Edelmetalle, Edelsteine, Grundstücke und Rechte an ihnen, Wertpapiere und Forderungen aufgeführt.[2] Darüber hinaus fallen auch Beteiligungen an Gesellschaften und Anteile an Gesellschaftsvermögen in den Anwendungsbereich.[3] Mangels selbstständiger Übertragbarkeit nicht erfasst sind dagegen etwa durch Industriespionage erlangtes Know-how, Computerprogramme oder Betriebsgeheimnisse.[4] Illegal zirkulierende Gegenstände wie Drogen oder Falschgeld werden erfasst,[5] weil auch ihnen bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise ein Vermögenswert zukommt[6]. Eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise[7] ist darüber hinaus nach überzeugender Ansicht[8] auch im Hinblick auf nichtige Forderungen zugrunde zu legen. Auch sie müssen Objekte der Geldwäsche sein können, weil eine rechtlich anerkannte Forderung schon nach der ersten tatbestandsmäßigen Übertragung nach § 134 BGB zu einer nichtigen Forderung wird und der Geldwäschetatbestand somit nach der ersten Forderungsübertragung leerlaufen würde, nähme man nichtige Forderungen als Tatobjekte aus.

b) Vortat

Bei der Vortat der Geldwäsche muss es sich nicht zwingend um die Tat eines anderen handeln. Vielmehr ist auch die sog. Selbstgeldwäsche durch den Täter der Vortat nach Abs. 7 dann strafbar, wenn er den Gegenstand in den Verkehr bringt und dabei seine rechtswidrige Herkunft verschleiert. Unter diesen Voraussetzungen verwirklicht der Vortäter über das Unrecht der Vortat hinausgehendes weiteres Unrecht, weil auch die Integrität des Finanz- und Wirtschaftsverkehrs beeinträchtigt wird. Der Gedanke der mitbestraften Nachtat, der die Strafbarkeit der Selbstgeldwäsche im Übrigen ausschließt, greift insoweit nicht ein.[9]

An die rechtswidrige Tat, die infolge des Wechsels vom Katalogtaten- zum all-crimes-Modell nun als Vortat der Geldwäsche genügt, werden keine besonderen Anforderungen gestellt. Ausreichend ist jede Tat i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB, auch wenn sie nur versucht, nur fahrlässig begangen oder bereits verjährt ist.[10] Insbesondere die für die Praxis und Fallprüfung bedeutsamen Eigentums- und Vermögensdelikte wie Diebstahl, Unterschlagung, Erpressung, Betrug oder Untreue sind damit nicht mehr ausschließlich im Fall der banden- oder gewerbsmäßigen Begehung, sondern stets erfasst.

---

* Teil 1 ist in Ausgabe 5/2022 erschienen. Teil 3 folgt in Ausgabe 1/2023.

** Die *Autorin* hat sich im Juli 2022 an der Ludwig-Maximilians-Universität München habilitiert. Im Wintersemester 2022/2023 vertritt sie den Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Nebengebiete an der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt (Oder).

[1] Ganz h.M., siehe nur *Altenhain*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 261 Rn. 26; *Neuheuser*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 261 Rn. 35 f.; *Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 261 Rn. 4; a.A. *Cebulla*, wistra 1999, 281 (285 f.), der den Gegenstandsbegriff entgegen seinem traditionellen rechtlichen Verständnis extensiv funktional interpretiert.

[2] BT-Drs. 12/989, S. 27.

[3] *Ruhmannseder*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, Stand: 1.8.2022, § 261 Rn. 9.

[4] Ganz h.M., siehe nur *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 26; *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 36; a.A. *Cebulla*, wistra 1999, 281 (285).

[5] Einhellige Meinung, siehe nur *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 4 m.w.N.

[6] Vgl. etwa *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 27 mit zahlreichen weiteren Nachweisen; vgl. BT-Drs. 12/989, S. 27 („Vermögensgegenstand").

[7] *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 26 f.

[8] *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 26; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 261 Rn. 3, jeweils m.w.N.; a.A. *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 4; *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 35, jeweils m.w.N.

[9] BT-Drs. 12/989, S. 21.

[10] Siehe *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 10, 11.

c) „Herrühren" aus der Vortat

Ebenso weit wie der nunmehrige Vortatbegriff ist der Begriff des „Herrührens" aus der Vortat. Insbesondere infolge seiner extensiven Interpretation durch die Rechtsprechung stellt er einen der maßgeblichsten Ansatzpunkte für die drohende völlige Ausuferung des Geldwäschetatbestandes und damit der potentiellen Geldwäschestrafbarkeit dar.

aa) Grundanforderungen an das „Herrühren"

Ob ein Gegenstand aus einer rechtswidrigen Tat „herrührt", ist nach einer rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu bestimmen. Bemakelt sind danach alle Gegenstände, die sich kausal auf die Vortat zurückführen lassen[11] und nicht wesentlich auf der Leistung Dritter beruhen[12].

Dies trifft zunächst auf die unmittelbar aus der Vortat stammenden Gegenstände zu, zu denen das für die Tat oder aus der Tat Erlangte wie der Tatlohn oder das Diebstahlsobjekt (sog. scelere quaesita) und das durch die Tat Hervorgebrachte wie Falschgeld oder hergestellte Betäubungsmittel (sog. producta sceleris) zählen.[13] Aus der Regelung des § 261 Abs. 1 S. 2 StGB, dass ein Gegenstand im Hinblick auf die Tathandlungen des Verschaffens, Verwahrens und Verwendens seine Geldwäschetauglichkeit erst durch den straflosen Zwischenerwerb eines Dritten verliert, ergibt sich im Umkehrschluss, dass die unmittelbar aus der Vortat herrührenden Gegenstände grundsätzlich unabhängig davon geldwäschetauglich bleiben, wie oft sie den Besitzer wechseln.[14] Sie sind damit im Grundsatz dauerhaft kontaminiert.[15]

Ebenso kontaminiert sind auch alle nur mittelbar aus der Vortat stammenden Objekte, die durch eine Kette von Verwertungshandlungen an die Stelle des ursprünglichen Gegenstands getreten sind.[16] Sie können den kontaminierten Ursprungsgegenstand beispielsweise durch Austauschgeschäfte wie Kauf oder Tausch ersetzen oder – wie etwa Mieteinnahmen aus der Vermietung einer mit bemakeltem Geld erworbenen Wohnung – aus seiner entgeltlichen Gebrauchsüberlassung stammen. Ebenso setzt sich die Kontamination an Gegenständen fort, die aus einem Geschäft herrühren, für das ein bemakelter Gegenstand als Sicherheit diente, oder die – wie beispielsweise Zinsen aus einem kontaminierten Bankguthaben – als Nutzungen aus dem bemakelten Gegenstand gezogen werden.[17] Selbst Wertveränderungen im Rahmen der Verwertungshandlungen sollen nach verbreiteter Ansicht unerheblich sein, da der Gesetzeszweck, jedes Wirtschaften mit dem unrechtmäßig Erlangten zu verhindern und eine Abschöpfung ggf. auch nur eines verbliebenen Restes zu ermöglichen, gegenüber Wertveränderungen in der Herrührenskette indifferent sei.[18]

bb) Durchbrechungen der Herrührenskette

Durchbrochen wird die Herrührenskette zunächst dann, wenn der im Austausch für einen kontaminierten Gegenstand erhaltene Vermögenswert maßgeblich durch den Zufall bestimmt wird. Deshalb ist beispielsweise ein Losgewinn, der durch ein mit bemakeltem Geld erworbenes Los erlangt wird, nicht geldwäschetauglich.[19]

Ebenso setzt sich die Bemakelung nach ganz überwiegender Ansicht und im Einklang mit der Gesetzesbegründung[20] nicht an Gegenständen fort, die im Wesentlichen auf der Leistung Dritter beruhen.[21] Auf der Grundlage der maßgeblichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise können sie nicht als Surrogate des Ursprungsgegenstandes angesehen werden, weil sie gerade nicht im wirtschaftlichen Austausch für ihn erlangt worden sind.[22] Erwirbt der Täter etwa ein Unternehmen mit aus Drogengeschäften stammenden Geldern, so setzt sich die Bemakelung der Gelder zwar an den erworbenen Unternehmensanteilen, nicht aber an den vom Unternehmen produzierten Produkten fort, weil diese wesentlich auf der im Produktionsprozess eingesetzten Arbeitsleistung beruhen.[23] Anderes gilt nach h.M. aber dann, wenn der kontaminierte Gegenstand – regelmäßig gerade zwecks Verschleierung seiner deliktischen Herkunft – nur umgearbeitet oder verarbeitet wird. Lässt der Täter etwa gestohlenes Edelmetall von einem Juwelier zu einem Ring schmieden oder nimmt diese Umarbeitung selbst vor, so ist auch der Ring trotz seiner höheren Wertigkeit gegenüber dem Ausgangsstoff kein aliud und ist deshalb ebenfalls kontaminiert. Eine andere Auslegung würde es dem Täter problemlos ermöglichen, illegal erlangte Vermögenswerte durch Umarbeitung in legale umzuwandeln.[24]

cc) Dekontamination von Surrogaten?

Streitig ist, ob nicht nur unmittelbar aus der Vortat stammende Gegenstände, sondern auch ihre Surrogate dauerhaft kontaminiert sind. Letzteres nimmt nur eine Minderheitsmeinung

[11] BGH NStZ 2009, 328 (329); BGH NStZ-RR 2010, 109 (111).
[12] Vgl. BT-Drs. 12/3533, S. 12; BT-Drs. 19/24180, S. 29; BGH NZWiSt 2019, 148 (150).
[13] Zum Ganzen umfassend und mit zahlreichen Einzelnachweisen *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 61 ff.
[14] OLG Karlsruhe NJW 2005, 767 (769) m.w.N.
[15] Vgl. *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 65.
[16] Siehe BT-Drs. 12/989, S. 27.
[17] Umfassend zum Ganzen *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 70 ff.
[18] *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 69 m.w.N.; *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 17; a.A. BT-Drs. 12/989, S. 27; *Kühl* (Fn. 8), § 261 Rn. 5.
[19] Siehe *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 61 m.w.N.
[20] BT-Drs. 12/989, S. 27.
[21] Siehe nur BGH, Urt. v. 27.11.2018 – 5 StR 234/18 = BGHSt 63, 268 (271) = NJW 2019, 533 (534); *Kühl* (Fn. 8), § 261 Rn. 5; *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 61, jeweils m.w.N.
[22] Vgl. *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 59, 61.
[23] Beispiel nach *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 60.
[24] *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 11; *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 78; *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 61, allerdings beschränkt auf die Verarbeitung durch den Vortäter selbst; a.A. *Barton*, NStZ 1993, 159 (163 f.), der immer dann von einer Dekontamination des Erzeugnisses der Verarbeitung ausgeht, wenn es wesentlich mehr wert ist als der verarbeitete kontaminierte Gegenstand.

an.[25] Nach der h.M. verliert ein Surrogat dagegen seine Geldwäschetauglichkeit, wenn es durch ein weiteres Surrogat ersetzt wird. Nur dieses neue Surrogat rühre dann aus der Vortat her.[26]

Auch wenn der Wortlaut des Geldwäschetatbestandes beide Auslegungsvarianten zulässt, spricht gegen die Minderheitsmeinung, dass sie zu einer Potenzierung der Bemakelung führt und den Wirtschaftsverkehr damit vollständig zu lähmen droht. Legt man die wirtschaftliche Betrachtungsweise zugrunde, die bei der Auslegung des Geldwäschetatbestandes insgesamt maßgeblich ist, besteht für die Annahme der Dauerkontamination von Surrogaten auch kein Bedarf. Vielmehr ist dem Normzweck, die Abschöpfung des Gewinns aus der Vortat zu ermöglichen, bereits damit Genüge getan, dass die Bemakelung auf den jeweils am Ende der Surrogationskette stehenden Gegenstand beschränkt wird, weil allein dieser Gegenstand den kontaminierten Ursprungsgegenstand wertmäßig ersetzt.[27] Surrogate können damit berechtigt mit der h.M. als nicht dauerkontaminiert angesehen werden.

dd) Verbindung, Vermischung, Vermengung

Ebenso streitig wie die Möglichkeit der Dekontamination von Surrogaten ist auch nach der Neufassung des Geldwäschetatbestandes weiterhin die praktisch hoch relevante Frage, inwieweit solche Surrogate kontaminiert sind, die durch Verbindung, Vermischung und Vermengung von bemakelten und legalen Vermögensgegenständen entstehen. Besondere Praxisrelevanz hat dabei die Vermischung bemakelter und nicht bemakelter Vermögenswerte auf Bankkonten. Wie ist beispielsweise damit umzugehen, wenn ein Mitarbeiter eines Unternehmens den Mitarbeiter eines anderen Unternehmens besticht, um einen Auftrag zu erlangen, und die aus dem durch die Bestechung zustande gekommenen Vertrag erlangte Zahlung von 10.000 € dann auf das Unternehmenskonto eingeht, auf dem sich bereits 100.000 € befinden?[28] Die zu solchen Fällen vertretene Bandbreite an Ansichten ist kaum überschaubar,[29] sodass die Kenntnis und Darstellung aller vertretenen Meinungen von den Studierenden in der Falllösung nicht verlangt werden kann. Zu erwarten ist jedoch die Kenntnis und strukturierte Darstellung der vom BGH in der sog. Giral-Rechtsprechung[30] aufgestellten Grundsätze sowie der grundlegenden Strömungen in der Literatur und die argumentative Auseinandersetzung mit der Problematik.

Im Ausgangspunkt stehen sich zwei Ansichten gegenüber. Die Lehre von der Teilkontamination sieht den aus legalen und illegalen Werten bestehenden Gesamtgegenstand nur insoweit als bemakelt an, wie er mit bemakelten Gegenständen finanziert worden ist.[31] Nach der Lehre von der Totalkontamination rührt der Gesamtgegenstand dagegen vollständig aus der Vortat her.[32] Wiederum umstritten ist, ob der neu entstehende Gesamtgegenstand immer – je nach vertretener Ansicht ganz oder teilweise – kontaminiert wird oder ob der wertmäßige Anteil des eingebrachten bemakelten Gegenstandes dazu einen bestimmten Mindestbetrag überschreiten muss, also eine bestimmte Makelquote erforderlich ist, und wie hoch diese ggf. anzusetzen ist.[33] Der BGH hat sich mit der sog. Giral-Entscheidung vom 20.5.2015 unter der Voraussetzung für die Lehre von der Totalkontamination entschieden, dass der absolute Wert des bemakelten Anteils bei wirtschaftlicher Betrachtung „nicht völlig unerheblich“ ist.[34] Jedenfalls einen Anteil von 5,9 % sieht er dabei bereits als erheblich an.[35]

Gegen die Lehre von der Teilkontamination wird eingewandt, dass sie ein Unterlaufen des Geldwäschetatbestandes ermögliche. Werde insbesondere bei Bankguthaben nur ein Teil des Gesamtkontobestandes als kontaminiert angesehen, könne durch mehrfache Überweisungen jeweils unterhalb der Schwelle des bemakelten Anteils sukzessive das gesamte Guthaben überwiesen werden, weil unter Berücksichtigung des Zweifelssatzes jeweils davon auszugehen sei, dass der überwiesene Teilbetrag nicht der bemakelte ist.[36] Nach der Lehre von der Teilkontamination ist diese Konsequenz im Einklang mit der Wertung der §§ 947 f. BGB[37] und dem Willen des Gesetzgebers[38] hinzunehmen, weil im Fall der Überweisung eines den bemakelten Anteil nicht übersteigenden Teilbetrages ein legales Geschäft nicht ausgeschlossen werden könne.[39] Es dürfe nicht aus kriminalpolitischen Gründen fingiert werden, dass ein bereits auf einem Konto liegender Bestand durch die Einzahlung eines zusätzlichen bema-

[25] *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 68 m.w.N.

[26] *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 79; *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 20, jeweils m.w.N.; *El-Ghazi*, in: Herzog/Achtelik (Hrsg.), GwG, Kommentar, 4. Aufl. 2020, StGB § 261 Rn. 68.

[27] *El-Ghazi* (Fn. 26), StGB § 261 Rn. 68.

[28] Vgl. den Beispielsfall bei *Bülte*, Stellungnahme zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche“, BT-Drs. 19/24180, zur öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 9.12.2020, Rn. 73.

[29] Zu den verschiedenen Ansätzen siehe den Überblick bei *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 75 ff.

[30] BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 1 StR 33/15 = NJW 2015, 3254.

[31] Vgl. BT-Drs. 12/3533, S. 12; *Bülte* (Fn. 28), Rn. 49, 72 ff.; *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 11; *Jahn*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 261 Rn. 40; *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 18.

[32] *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 76; *Kühl* (Fn. 8), § 261 Rn. 5; wohl auch *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 63 mit zweifelhaftem Verweis auf die Gesetzesbegründung, die tatsächlich für die Teilkontamination spricht.

[33] Überblick zu den verschiedenen geforderten Quoten etwa bei *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 19.1 f. und *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 77, der selbst eine Mindestquote ablehnt (m.w.N. zu dieser Ansicht bei *Altenhain* [a.a.O], Fn. 248).

[34] BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 1 StR 33/15 = NJW 2015, 3254 (3255).

[35] BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 1 StR 33/15 = NJW 2015, 3254 (3254 f.).

[36] *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 75 m.w.N.

[37] *Jahn* (Fn. 31), § 261 Rn. 40.

[38] BT-Drs. 12/3533, S. 12 mit Verweis auf die vom BGH zur Hehlerei im Urt. v. 22.5.1958 – 4 StR 112/58 = NJW 1958, 1244 entwickelten Grundsätze.

[39] *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 11.

kelten Betrages ab diesem Zeitpunkt auch aus einer illegalen Quelle herrühre.[40] Die Lehre von der Totalkontamination überschreite deshalb die Grenze des möglichen Wortsinns des Gesetzes und verletze das Analogieverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG.[41] Als verfassungsrechtlich bedenklich stufen die Gegner der Lehre von der Totalkontamination zudem deren Folgen ein, in denen sie eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes[42] und sogar eine verfassungswidrige faktische Enteignung[43] erblicken. So würde etwa im oben angeführten Beispielsfall durch die Einzahlung der durch die Bestechung eines einzelnen Mitarbeiters erlangten 10.000 € auf das Unternehmenskonto, auf dem sich bereits 100.000 € befinden, ein kontaminierter Gesamtbetrag von 110.000 € entstehen, der insgesamt aus der Geldwäsche „herrühren" würde und damit nach § 73 Abs. 1 StGB i.V.m. § 261 Abs. 10 StGB einzuziehen wäre.[44]

Die Lehre von der Teilkontamination scheint auf der Grundlage dieser Argumente vorzugswürdig, zumal nur sie dem Erfordernis verfassungskonformer restriktiver Interpretation des Geldwäschetatbestandes gerecht werden und damit seiner völligen Ausuferung Einhalt gebieten kann. Natürlich ist es aber in der Fallbearbeitung ebenso möglich, sich der Gegenansicht anzuschließen, die vorliegend auch vom BGH vertreten wird. Entscheidend ist – wie immer – die Argumentation.

2. Tathandlungen

Die Tathandlungen des § 261 StGB sind im Zuge der Reform neu geordnet worden. Während sich in Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis Nr. 4 nun objektbezogene Tathandlungen finden, die unmittelbar am Tatobjekt verübt werden („verbirgt", „umtauscht, überträgt oder verbringt", „verschafft", „verwahrt", „verwendet"), betrifft Abs. 2 die informationsbezogenen Tathandlungen des Verschleierns oder Verheimlichens von für das Auffinden, die Einziehung oder die Ermittlung der Herkunft des Geldwäscheobjektes möglicherweise relevanten Tatsachen.[45] Inhaltliche Änderungen gegenüber der alten Gesetzeslage ergeben sich nur im Hinblick auf die nun in Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und in Abs. 2 verankerten Tathandlungen.

a) Verbergen (Abs. 1 S. 1 Nr. 1)

Nach Abs. 1 S. 1 Nr. 1 macht sich strafbar, wer einen Gegenstand, der aus einer rechtswidrigen Tat herrührt, verbirgt. Unter „verbergen" ist dabei jede Tätigkeit zu verstehen, durch die der Täter das Tatobjekt vor Entdeckung abschirmt und so den Zugang zu ihm erschwert.[46] Dies kann durch eine Ortsveränderung erfolgen, wie sie etwa bei einer Überweisung von Geld ins Ausland vorliegt[47]. Ausreichend sind aber auch besondere Vorkehrungen zur Verhinderung der sofortigen Wahrnehmung des Tatobjektes an dem Ort, an dem es sich bereits befindet. Heimlichkeit ist nicht erforderlich, wohl aber eine manipulative Tendenz.[48]

Uneinheitlich beurteilt wird, ob den Strafverfolgungsbehörden tatsächlich der Zugriff auf das Tatobjekt erschwert werden muss[49] oder ein auf die Zugriffserschwerung gerichtetes und objektiv ex ante betrachtet dazu geeignetes Verhalten genügt[50]. Auch wenn letztere Auffassung dem Willen des Reformgesetzgebers entspricht,[51] war sie schon bisher problembehaftet, da sie den Geldwäschetatbestand zu einem unechten Unternehmensdelikt umfunktioniert[52] und insbesondere unter Berücksichtigung der Versuchsstrafbarkeit nach Abs. 3 zu einer zusätzlichen erheblichen Strafbarkeitsausdehnung führt[53]. Die Weite, die den Geldwäschetatbestand insbesondere seit der Umsetzung des all-crimes-Modells im Zuge der Neuregelung allgemein kennzeichnet, spricht jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit nun noch verstärkt für die erstere restriktivere Auslegung, die eine tatsächliche Zugriffserschwerung verlangt.

[40] *Bülte* (Fn. 28), Rn. 72.
[41] *Bülte* (Fn. 28), Rn. 72; siehe auch *ders.*, NZWiSt 2017, 276 (286).
[42] *Bülte* (Fn. 28), Rn. 75; vgl. *ders.*, NZWiSt 2017, 276 (286 f.); *Jahn* (Fn. 31), § 261 Rn. 40.
[43] *Berndt*, in: Volk (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch, Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 3. Aufl. 2020, § 21 Rn. 70.
[44] Vgl. *Bülte* (Fn. 28), Rn. 74; zur Notwendigkeit jedenfalls der Schaffung von Dekontaminationsmöglichkeiten im Falle der Vermischung legaler und kontaminierter Gegenstände siehe *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125 (131 f.); zu insoweit denkbaren Dekontaminationswegen siehe *Bülte*, NZWiSt 2017, 276 (287).
[45] *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045 (1049).
[46] Zu diesen Definitionsmerkmalen des Verbergens und den folgenden Konkretisierungen siehe insgesamt nur beispielhaft *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 23; *El-Ghazi* (Fn. 26), StGB § 261 Rn. 91, jeweils m.w.N.
[47] Siehe *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 23.1.
[48] BT-Drs. 19/24180, S. 30.
[49] So *Jahn* (Fn. 31), § 261 Rn. 44; vgl. LG Gießen, Beschl. v. 23.4.2004 – 7 KLs 701 Js 4820/03 = NJW 2004, 1966 (1967); zur alten Rechtslage so auch *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 102 – zur neuen Rechtslage meinen *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045 (1048) zwar, dass die jetzt isolierte, von den übrigen Tathandlungen getrennte Stellung des Verbergens in § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB und der Regierungsentwurf nun der extensiven, nur die Eignung zur Zugriffserschwerung fordernden Auslegung den Weg ebnen, kritisieren dies aber zugleich scharf.
[50] Für diese Auffassung siehe *Kühl* (Fn. 8), § 261 Rn. 7; *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 14; *Gehrke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (336 f.); *Krötz/Burgert*, StraFo 2021, 453 (455).
[51] Siehe BT-Drs. 19/24180, S. 30.
[52] *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 102 m.w.N.; vgl. auch *Gehrke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (337).
[53] *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 102; siehe *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045 (1048); auch *Gehrke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 Fn. 92 sehen die Gefahr der extensiven Auslegung.

b) Umtauschen, übertragen oder verbringen in Vereitelungsabsicht (Abs. 1 S. 1 Nr. 2)

Eine bedenkliche weitere Strafbarkeitsausdehnung, die angesichts des klaren Wortlauts nicht durch Auslegung abgemildert werden kann,[54] bringt die Änderung des vormaligen Vereitelungs- und Gefährdungstatbestands nach § 261 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB a.F. mit sich, an den sich die Tathandlung nach § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB n.F. anlehnt. Während nach alter Rechtslage die Ermittlung der Herkunft, das Auffinden, die Einziehung oder die Sicherstellung des Tatobjektes jedenfalls konkret gefährdet werden musste, reicht es nach neuer Gesetzeslage bereits aus, dass der Täter den aus nunmehr irgendeiner rechtswidrigen Tat herrührenden Gegenstand in der bloßen Absicht umtauscht, überträgt oder verbringt, sein Auffinden, seine Einziehung oder die Ermittlung seiner Herkunft zu vereiteln. Die Tatvariante wurde damit zum abstrakten Gefährdungsdelikt ummodelliert.[55] In Kombination mit der auch nach der neuen Rechtslage noch in Abs. 3 verankerten Versuchsstrafbarkeit kann dies zur Bestrafung schon des Versuchs der bloß abstrakten Gefährdung der von Abs. 1 S. 1 Nr. 2 geschützten[56] inländischen staatlichen Rechtspflege[57] führen.

Noch weiter verschärft wird die Problematik der damit enorm weit vorverlagerten Strafbarkeit dadurch, dass auch die Anforderungen an das Vereiteln als Gegenstand der Absicht nur sehr gering sind. Wie in § 258 StGB genügt als beabsichtigte Vereitelungshandlung bereits jedes ursächliche Verhalten, durch das eine Besserstellung des Vortäters gegenüber den Strafverfolgungsbehörden erreicht wird.[58] Auch ist ebenso wie beim Verbergen nach Abs. 1 S. 1 Nr. 1 kein heimliches Vorgehen,[59] sondern nur eine manipulative Tendenz[60] erforderlich.

c) Verschaffen, verwahren und verwenden (Abs. 1 S. 1 Nrn. 3, 4)

Die Tathandlung des Verschaffens i.S.v. Abs. 1 S. 1 Nr. 3 ist mit der in Abs. 1 S. 1 Nr. 4 verankerten Tathandlung des Verwahrens oder Verwendens des Gegenstands in Kenntnis seiner deliktischen Herkunft zum Zeitpunkt seiner Erlangung zusammenzulesen. Beide Tathandlungen fanden sich zuvor im sog. Isolierungstatbestand des § 261 Abs. 2 StGB a.F.,[61] dem eine Auffangfunktion gegenüber den zuvor sämtlich in Abs. 1 geregelten übrigen Tathandlungen zukam. Für den gesamten Isolierungstatbestand galten nach alter Rechtslage einheitliche Auslegungsgrundsätze,[62] die für die wortgleichen Isolierungstatbestandsvarianten des Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4 ebenso heranzuziehen sind. Angesichts der unveränderten Übernahme des Wortlauts des vormaligen Isolierungstatbestandes stellen sich jedoch auch die schon nach der alten Rechtslage durch ihn ausgelösten Probleme weiterhin. Durch die nun getroffene Entscheidung des Gesetzgebers für den all-crimes-approach werden sie sogar noch weiter verschärft.

aa) Isolierungszweck und objektive Voraussetzungen

Die besagten Probleme, welche die Isolierungstatbestandsvarianten aufwerfen, wurzeln in der Weite ihrer objektiven Voraussetzungen, die ihrerseits auf dem besonderen Schutzzweck der Isolierungstatbestandsvarianten beruht. Nach dem Willen des Gesetzgebers kommt ihnen eine Auffangfunktion gegenüber den anderen Tatbestandsvarianten des § 261 StGB zu.[63] Sind die Voraussetzungen dieser anderen Tatbestandsvarianten nicht erfüllt, soll der Vortäter dennoch unter Rückgriff auf Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4 von der Umwelt isoliert und der inkriminierte Gegenstand praktisch verkehrsunfähig gemacht werden können,[64] damit sich die Begehung der Vortat aus Sicht des Vortäters „nicht lohnt“ und er von ihr abgeschreckt wird.[65] Die Fassung der in § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4 StGB beschriebenen Tathandlungen trägt diesem umfassenden Isolierungszweck Rechnung.

Dabei findet das Verschaffen weiterhin eine Entsprechung in § 259 StGB und ist grundsätzlich ebenso wie dort auszulegen.[66] Namentlich setzt es im Ausgangspunkt die Herstellung eigentümerähnlicher Verfügungsgewalt über den Gegenstand im Wege des abgeleiteten Erwerbs voraus.[67] Mangels Eigentümerähnlichkeit der begründeten Verfügungsgewalt scheidet die Tathandlungsvariante aus, wenn der bemakelte Gegenstand nur entliehen, gemietet oder vorübergehend genutzt wird.[68] Um den inneren Zusammenhang zwischen dem Isolierungszweck und der Ächtung des Tatobjektes herzustellen,[69] for-

[54] Siehe *Bülte* (Fn. 28), Rn. 89; *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 24; *Gehrke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (337) halten es dagegen für möglich, entgegen dem klaren gesetzgeberischen Willen weiterhin eine konkrete Gefährdung zu verlangen, weil sich die Aufgabe dieses Erfordernisses nicht unmittelbar aus dem Wortlaut ergebe, sondern nur aus der Streichung der Gefährdungsvariante geschlossen werden könne.

[55] Siehe BT-Drs. 19/24180, S. 31.

[56] Im Einzelnen sind die Schutzgüter des § 261 StGB hoch umstritten, siehe dazu eingehend *El-Ghazi* (Fn. 26), StGB § 261 Rn. 21 ff.; siehe dazu auch V. 4. in Teil 3 im Rahmen der Ausführungen zu den Konkurrenzen.

[57] BT-Drs. 12/989, S. 27; *Kühl* (Fn. 8), § 261 Rn. 1 m.w.N.

[58] BT-Drs. 12/3533, S. 11.

[59] BGH, Urt. v. 27.7.2016 – 2 StR 451/15 = NStZ 2017, 28 (29); *Gehrke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (337); *El-Ghazi* (Fn. 26), StGB § 261 Rn. 92; *Krötz/Burgert*, StraFo 2021, 453 (455); aufgrund des Wortlauts zweifelnd *Jahn* (Fn. 31), § 261 Rn. 45, weil ein Verschleiern typischerweise ein Element von Heimlichkeit beinhalte.

[60] *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 24; *Gehrke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (337).

[61] Siehe BT-Drs. 19/24180, S. 31.

[62] Siehe BT-Drs. 12/989, S. 27.

[63] BT-Drs. 12/989, S. 27.

[64] BT-Drs. 12/989, S. 27.

[65] *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 14 m.w.N.

[66] BT-Drs. 12/989, S. 27; *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 26.

[67] BT-Drs. 19/24180, S. 31.

[68] *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 26.2; vgl. BT-Drs. 12/3533, S. 13.

[69] BGH, Urt. v. 4.2.2010 – 1 StR 95/09 = NJW 2010, 3730 (3733); BGH, Urt. v. 29.10.2009 – 4 StR 239/09 = NStZ-RR

dern Rspr. und h.M. zudem, dass die Verfügungsmacht im Einverständnis mit dem Vortäter hergestellt wird.[70] Deshalb kann beispielsweise die Wegnahme durch Raub nicht als Sich-Verschaffen i.S.d. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB eingestuft werden.[71] Im Einzelnen streitig ist jedoch, wann es am Einverständnis des Vortäters mit dem Handeln des Täters fehlt.[72] Die Rspr. und ein Teil der Literatur halten es im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte und den Auffangcharakter der Isolierungstatbestandsvarianten für unschädlich, wenn der bisherige Inhaber der Verfügungsgewalt zu ihrer Übertragung genötigt wird oder sie dem Täter aufgrund einer Täuschung überträgt.[73] Jedenfalls im Hinblick auf die nötigungsbedingte Übertragung der Verfügungsgewalt weicht ein solches Verständnis von der Interpretation des Sich-Verschaffens in § 259 StGB ab.[74] Es scheint aber auch im Übrigen zweifelhaft, weil § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4 StGB den Vortäter dadurch gegenüber der Umwelt isolieren wollen, dass der aus der Vortat herrührende Gegenstand „praktisch verkehrsunfähig“[75] gemacht wird. Um dies zu bewirken, muss zwar die freiwillige Teilnahme des Vortäters am geschäftlichen Verkehr unterbunden werden, nicht aber eine abgelistete oder abgenötigte Vermögensübertragung. Die Aussicht auf eine solche wird kaum einen Anreiz zur Begehung der Vortat schaffen, sodass eine Abschreckung insoweit auch nicht erforderlich ist.[76]

Selbst derart eingeschränkt interpretiert ist der Begriff des Verschaffens i.S.v. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB aber immer noch enorm weit. Gleiches gilt für das Verwahren i.S.v. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB, das bereits dann anzunehmen ist, wenn der Täter den bemakelten Gegenstand in Gewahrsam nimmt oder hält, um ihn für einen Dritten oder für die eigene spätere Verwendung zu erhalten.[77] Das Verwenden umfasst gar jeglichen bestimmungsgemäßen Gebrauch eines geldwäschetauglichen Gegenstands.[78] Angesichts der Zweckidentität der Isolierungstatbestandsvarianten fordern Rspr. und h.M. lediglich, dass auch das Verwahren und Verwenden ebenso wie das Verschaffen im Einvernehmen mit dem Inhaber der Verfügungsgewalt erfolgt.[79]

bb) Erfassung neutraler Alltagshandlungen und berufstypischer Verhaltensweisen

Aufgrund der beschriebenen sehr weiten Fassung der in § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4 StGB verankerten Tathandlungen erfassen gerade sie objektiv auch völlig sozialübliches und berufstypisches Verhalten.[80] Dies gilt zunächst für das Verschaffen i.S.v. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB, das dem umfassenden Isolierungszweck entsprechend letztlich jede Annahme illegaler Vermögenswerte und damit insbesondere auch jeden rechtsgeschäftlichen Erwerb solcher Vermögenswerte einschließt.[81] Jeder Ankauf einer Sache zur eigennützigen Verwendung oder Weiterveräußerung und jede Annahme von Geld zum Zwecke einer eigennützigen Investition oder auch durch Banken stellt objektiv ein Verschaffen im Sinne der Norm dar.[82] Ebenso viele neutrale Verhaltensweisen erfassen die Tathandlungsvarianten des Verwahrens und Verwendens i.S.v. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB, da die Ingewahrsamnahme und der bestimmungsgemäße Gebrauch von Gegenständen isoliert betrachtet von jedem täglich vorgenommene Verhaltensweisen sind.

Potenziert wird dieses schon seit der Einführung des Geldwäschetatbestandes bestehende Problem zum einen durch den nunmehrigen Wegfall des Vortatenkataloges unter gleichzeitiger Beibehaltung des Leichtfertigkeitstatbestandes[83] und zum anderen durch die Ausweitung der Kontamination bemakelter Gegenstände und insbesondere bemakelten Geldes auf legales Vermögen als Folge der Vermengung[84]. Legt man

2010, 53 (54).

[70] Für die h.M. siehe nur BVerfG, Urt. v. 30.3.2004 – 2 BvR 1520/01 = NJW 2004, 1305 (1306); BGH, Urt. v. 4.2.2010 – 1 StR 95/09 = BGHSt 55, 36; *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 81 f.; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 44. Aufl. 2021, Rn. 895; a.A. etwa *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 114 unter Berufung darauf, dass den übrigen von den Isolierungstatbestandsvarianten verfolgten Zwecken, namentlich der Gewinnabschöpfung und der Erhaltung der Papierschnur, auch ein Verschaffen gegen oder ohne den Willen des Inhabers zuwiderlaufen könne.

[71] BGH, Urt. v. 29.10.2009 – 4 StR 239/09 = NStZ-RR 2010, 53 (54).

[72] Siehe dazu *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 114.

[73] BGH, Urt. v. 4.2.2010 – 1 StR 95/09 = NJW 2010, 3730; *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 82; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 23 Rn. 28; a.A. *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 18; *Rübenstahl/Stapelberg*, NJW 2010, 3692 (3693 f.) primär hinsichtlich der Nötigungssituation; *Jahn* (Fn. 31), § 261 Rn. 52 ausschließlich im Hinblick auf die Nötigungssituation.

[74] BGH, Urt. v. 25.7.1996 – 4 StR 202/96 = NJW 1996, 2877 (2878); ein täuschungsbedingtes Einverständnis steht nach BGH, Urt. v. 10.10.2018 – 2 StR 564/17 = BGHSt 63, 274 = NJW 2019, 1540 (1541 f.) auch der Strafbarkeit wegen Hehlerei nicht entgegen.

[75] BT-Drs. 12/989, S. 27.

[76] Siehe *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 18; *Rübenstahl/Stapelberg*, NJW 2010, 3692 (3694).

[77] BGH, Beschl. v. 31.10.2018 – 2 StR 281/18 = NJW 2019, 1311 (1314).

[78] Vgl. BT-Drs. 12/3533, S. 13; *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 28.

[79] *El-Ghazi* (Fn. 26), StGB § 261 Rn. 100; *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 19; *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 28; vgl. BGH, Urt. v. 29.10.2009 – 4 StR 239/09 = NStZ-RR 2010, 53 (54); a.A. *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 117; BT-Drs. 12/3533, S. 13.

[80] Zu dieser allseits konstatierten Problematik siehe schon *Barton*, StV 1993, 156 ff.; mit speziellem Blick auf die Erfassung berufstypischer Verhaltensweisen eingehend *Gentzik*, Die Europäisierung des deutschen und englischen Geldwäschestrafrechts, 2002, S. 170 ff.

[81] *Gentzik* (Fn. 80), S. 170 f.

[82] Vgl. die Beispiele bei *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 112.

[83] Zu den insoweit bestehenden verfassungsrechtlichen Bedenken siehe nochmals II. 2 in Teil 1.

[84] Siehe dazu oben IV. 1. c) dd).

insoweit die Lehre von der Totalkontamination und die Ansicht des BGH zugrunde, dass eine Kontaminierung des Gesamtbestandes jedenfalls ab einem in ihn eingeflossenen Anteil bemakelter Gegenstände von 5,9 % anzunehmen ist,[85] genügt beispielsweise für die Infektion des gesamten Inhalts einer Supermarktkasse, dass der Kassierer aus einer rechtswidrigen Bagatelltat wie etwa einer einfachen Unterschlagung womöglich nur als Surrogat herrührendes Geld unter leichtfertiger Verkennung der rechtswidrigen Herkunft annimmt, in die Kasse legt und so mit dem restlichen Kasseninhalt vermischt, soweit das bemakelte Geld insgesamt 5,9 % des Gesamtkasseninhaltes ausmacht. Erhält nachfolgend ein Kunde Wechselgeld aus der Kasse und steckt es in sein Portemonnaie, wird auch der Gesamtinhalt des Portemonnaies infiziert, soweit das hineingesteckte Wechselgeld wiederum zumindest 5,9 % des Gesamtinhalts ausmacht und der Kunde das Herrühren des Wechselgeldes aus einer rechtswidrigen Tat leichtfertig verkannt hat. Für Letzteres soll bereits ausreichend sein, dass er aus Gleichgültigkeit die sich ihm aufdrängende Möglichkeit außer Acht lässt,[86] dass zumindest 5,9 % des Inhalts der Kasse, aus der er sein Wechselgeld erhält, aus einer rechtswidrigen (Bagatell-)Tat stammen.

Die Kontaminierungskette ließe sich beispielhaft fortführen.[87] Jedenfalls bei einem sehr weiten Verständnis der Leichtfertigkeit könnte die wortlautgetreue Anwendung des § 261 StGB damit theoretisch dazu führen, dass alle zirkulierenden Gelder kontaminiert und jeder, der in Kenntnis dieser Gefahrenlage Geld annimmt, zum Geldwäscher würde.[88] Dieses zugespitzte Szenario wird sich zwar schon angesichts dessen nicht realisieren, dass man nicht jedem juristischen Laien die Kenntnis der denkbar weiten objektiven Voraussetzungen des § 261 StGB und der Giral-Rechtsprechung des BGH[89] unterstellen können wird, die für eine flächendeckende Annahme von Leichtfertigkeit hinsichtlich des Verkennens der rechtswidrigen Herkunft im Rechtsverkehr angenommenen Geldes erforderlich wäre.[90] Es verdeutlicht aber das aufgeworfene Problem der potentiellen Lähmung des Wirtschaftsverkehrs durch die Inkriminierung berufstypischen und alltäglichen rechtsgeschäftlichen Verhaltens plakativ. Angelegt ist darin zugleich ein theoretischer Zwang zur völligen Entsozialisierung nunmehr auch des Kleinkriminellen oder Gelegenheitstäters. Wenn nämlich schon der Verkauf von Brötchen durch einen Bäcker oder die Heilbehandlung durch einen Arzt jeweils unter Annahme kontaminierten Geldes als Bezahlung die Geldwäschestrafbarkeit begründen können,[91] soweit die rechtswidrige Herkunft des Geldes zumindest leichtfertig verkannt wird, könnte jeder, der aus einer rechtswidrigen Tat Vermögenswerte erlangt hat, seine Grundbedürfnisse nicht mehr befriedigen und seinen notwendigen Lebensunterhalt nicht mehr bestreiten, ohne jeden, mit dem er zu diesen Zwecken in rechtsgeschäftlichen Kontakt tritt, der Gefahr der Geldwäschestrafbarkeit auszusetzen.[92]

cc) Restriktionsansätze auf objektiver Ebene

Angesichts des vorstehend beschriebenen Dilemmas, in das die Weite der Isolierungstatbestandsvarianten führt, werden verschiedenste Versuche unternommen, den Geldwäschetatbestand schon auf objektiver Ebene durch teleologische Reduktionen einzuschränken. Insbesondere wird gefordert, Geschäfte zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts bzw. des täglichen Lebensbedarfs[93] aus dem Tatbestand auszunehmen oder eine Bagatellgrenze einzuführen, unterhalb derer dem Wortlaut des Geldwäschetatbestandes grundsätzlich unterfallende Handlungen straflos bleiben sollen[94].

Gegen alle Restriktionsbemühungen[95] dieser Art auf der Ebene des objektiven Tatbestandes spricht selbst abgesehen von ihrer erheblichen begrifflichen Unbestimmtheit[96] der aus der Entstehungsgeschichte der Norm klar hervorgehende entgegenstehende Wille des Gesetzgebers. Dieser hat sich in Anbetracht dessen, dass Geldwäsche gerade typischerweise durch sozial unauffällige, alltägliche Verhaltensweisen verwirklicht wird[97] und eine umfassende Isolierung des Täters durch das ebenso umfassende Verbot des rechtsgeschäftlichen Kontaktes mit ihm erreicht werden soll,[98] gegen eine im ursprünglichen Gesetzesentwurf vorgesehene Ausnahmeregelung[99] entschieden, nach der Gegenleistungen für Sachen und Dienstleistungen des täglichen Bedarfs zwecks Bestreitens des notwendigen Lebensunterhaltes aus dem Tatbestand ausgenommen sein sollten.[100] Einschränkungsmöglichkeiten auf der Ebene des objektiven Tatbestandes bestehen deshalb nicht.

dd) Restriktionsansätze auf subjektiver Ebene

Um die tatbestandliche Erfassung als nicht strafwürdig empfundener sozialüblicher Alltagsgeschäfte und berufstypischer

[85] Siehe oben IV. 1. c) dd).
[86] Siehe unten IV. 2. c) dd).
[87] Dies erfolgt durch *Bittmann*, ZWH 2021, 157 (157 f.), der eingangs die genannten Beispiele bringt.
[88] *Bittmann*, ZWH 2021, 157 (157); vgl. *Gentzik* (Fn. 80), S. 171.
[89] Siehe oben IV. 1. c) dd).
[90] In diese Richtung aber *Bittmann*, ZWH 2021, 157 (158).
[91] Diese klassischen Beispiele nennen etwa *Barton*, StV 1993, 156 (156) und *Gentzik* (Fn. 80), S. 171.
[92] Siehe *Barton*, StV 1993, 156 (161 f.).
[93] Eingehend *Barton*, StV 1993, 156 (159 ff.).
[94] *Hund*, ZRP 1996, 163 (166 – Grenze zwischen 2.000 DM und 20.000 DM); vgl. *Barton*, StV 1993, 156 (162).
[95] Für die Restriktionen im objektiven Bereich gänzlich ablehnende h.M. siehe nur *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 43 m.w.N.; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 69. Aufl. 2022, § 261 Rn. 38, 40; *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 92; *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 23 m.w.N.; *Gentzik* (Fn. 80), S. 176 f.
[96] Siehe *Gentzik* (Fn. 80), S. 178, 179; *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 91; *Fischer* (Fn. 95), § 261 Rn. 40.
[97] *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 90; *Gentzik* (Fn. 80), S. 176.
[98] Siehe *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 23; *Gentzik* (Fn. 80), S. 177 („Der Isolierungsgedanke manifestiert sich geradezu in […] einer solchen allgemeinen Boykottpflicht.“).
[99] BT-Drs. 11/7663, S. 7 und S. 27, ablehnend sodann S. 50.
[100] *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 43; *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 23.

Verhaltensweisen durch den Geldwäschetatbestand letztlich doch auf subjektiver Ebene noch verhindern zu können, werden wiederum verschiedene Restriktionsansätze vorgeschlagen.

Kein gangbarer Weg ist es insoweit, dem von Abs. 1 S. 1 Nr. 4 aufgestellten Erfordernis der Kenntnis der illegalen Herkunft des Gegenstandes im Zeitpunkt seiner Erlangung unter Berufung auf den natürlichen Wortsinn von „Kenntnis" die Bedeutung zu unterlegen, dass hinsichtlich der rechtswidrigen Herkunft des Gegenstandes Wissen erforderlich sei.[101] Ein solches Verständnis führt aus systematischen Gründen zu Wertungswidersprüchen. Ist nämlich nach Abs. 6 für alle Tathandlungsvarianten unterschiedslos die Strafbarkeit schon bei leichtfertigem Verkennen der illegalen Herkunft des Gegenstandes begründet, muss eine auch im Hinblick auf diesen Aspekt bedingt vorsätzliche Begehung von sämtlichen Tathandlungsvarianten jedenfalls auch erfasst sein.[102] Dementsprechend fordert die h.M., die sich auch auf die Gesetzesbegründung berufen kann,[103] auch im Hinblick auf die illegale Herkunft des Gegenstandes im Zeitpunkt seiner Erlangung lediglich mindestens bedingten Vorsatz nach § 15 StGB.[104]

Weiterführender ist dagegen ein anderer Restriktionsansatz auf subjektiver Ebene, den ein bedeutender Teil der Literatur ins Feld führt. Danach sollen die für die sog. neutrale Beihilfe entwickelten Grundsätze[105] auch im Rahmen des Geldwäschetatbestandes auf sozialübliche und berufstypische Handlungen angewandt werden.[106] In einem übertragenen und am besonderen Schutzzweck des § 261 StGB orientierten Sinn kann auf dieser Grundlage Eventualvorsatz nur angenommen werden, wenn das erkannte Risiko, dass ein Gegenstand aus einer rechtswidrigen Tat herrührt, so groß ist, dass der Täter es sich mit der Annahme, dem Verwahren oder Verwenden dieses Gegenstandes angelegen sein lässt, zur Verschleierung seiner rechtswidrigen Herkunft beizutragen.[107] Ein solches schutzzweckorientiertes Vorsatzverständnis entspricht dem von der Rechtsprechung zur neutralen Beihilfe ins Spiel gebrachten Gedanken der Solidarisierung mit dem Haupttäter bzw. hier dem Vortäter, die jedenfalls die laienhafte Vorstellung voraussetzt, dass das eigene Verhalten den wiederum laienhaft nachvollzogenen Schutzzwecken des Geldwäschetatbestandes zuwiderläuft, und die damit die Strafwürdigkeit des Verhaltens begründet.

Um Kollisionen mit dem Leichtfertigkeitstatbestand[108] zu verhindern, müssen diese Gedanken sinngemäß auch auf § 261 Abs. 6 StGB angewandt werden. Grundsätzlich wird Leichtfertigkeit im Sinne der Norm bereits bejaht, wenn der Täter die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung aus besonderem Leichtsinn oder aus besonderer Gleichgültigkeit außer Acht lässt, obwohl sie sich ihm geradezu aufdrängt.[109] Derart interpretiert entspricht die Leichtfertigkeit weitgehend der groben Fahrlässigkeit im Zivilrecht, wobei allerdings individuelle Kenntnisse und Fähigkeiten des Täters berücksichtigt werden.[110] Bei Übertragung der im Hinblick auf neutrale Alltagshandlungen und berufstypische Verhaltensweisen entwickelten Grundsätze zum im gebotenen Maß restriktiven und schutzzweckorientierten Vorsatzverständnis kann Leichtfertigkeit dagegen erst dann angenommen werden, wenn die Erkennbarkeit des Risikos des Herrührens des Gegenstandes aus einer rechtswidrigen Tat derart hoch ist, dass das Außerachtlassen dieses Risikos einem Sich-Verschließen gegenüber der Möglichkeit gleichkommt, durch die Entgegennahme, das Verwahren oder Verwenden des Gegenstandes zur Verschleierung seiner rechtswidrigen Herkunft beizutragen.

Ein derartiges Verständnis von Vorsatz und Leichtfertigkeit läuft der klaren Entscheidung des Gesetzgebers für die grundsätzliche Erfassung auch unauffälliger Berufs- und Alltagshandlungen, wie sie für Geldwäsche gerade typisch sind,[111] nicht zuwider, sondern erschöpft sich in einer von Verfassungs wegen zur Gewährleistung der allgemeinen Handlungsfreiheit, zur Wahrung der Freiheitsrechte des Vortäters und in Anbetracht der grundgesetzlich geschützten Berufsfreiheit gebotenen restriktiven Tatbestandsauslegung. Bei einem derart restriktiven Verständnis dürften Vorsatz und Leichtfertigkeit bei alltäglichen und berufstypischen Verhaltensweisen selten anzunehmen sein.[112] Liegen die angemessen eng verstandenen Voraussetzungen von Vorsatz und Leichtfertigkeit aber vor und sind nachweisbar, ist auch das alltägliche Verhalten strafwürdig, weil es seinen Alltagscharakter verliert und zu einer bewussten oder besonderer Gleichgültigkeit geschuldeten Mitwirkung am Verwischen der Papierschnur und an der Erschwerung der Gewinnabschöpfung wird und sich zugleich als Förderung der Integration illegaler Vermögenswerte und des Täters der Vortat selbst in den legalen Geschäftsverkehr darstellt. Das von einer entsprechenden subjektiven Einstellung getragene Verhalten ist damit unter allen Schutzzweck-

[101] *Bottke*, wistra 1995, 121 (123); *Ambos*, JZ 2002, 70 (72).
[102] *El-Ghazi* (Fn. 26), StGB § 261 Rn. 101; *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 118; siehe auch insoweit *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 20.
[103] BT-Drs. 12/3533, S. 13; BT-Drs. 19/24180, S. 31.
[104] Für die h.M. siehe nur *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 118; *Kühl* (Fn. 8), § 261 Rn. 8; *El-Ghazi* (Fn. 26), StGB § 261 Rn. 101; *Rengier* (Fn. 73), § 23 Rn. 32.
[105] BGH, Urt. v. 8.3.2001 – 4 StR 453/00 = NJW 2001, 2409 (2410); siehe auch *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 27.
[106] *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 70), Rn. 975 m.w.N.; *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 23, 27.
[107] Ähnlich *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 27.
[108] Diese wendet *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 123 zu Recht gegen eine Anwendung des den Grundsätzen der neutralen Beihilfe entnommenen Solidarisierungskriteriums nur auf das Vorsatzerfordernis ein.
[109] Siehe nur exemplarisch BGH, Urt. v. 17.7.1997 – 1 StR 791/96 = NStZ 1998, 42 (44) = BGHSt 43, 158 (168); *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 108; BT-Drs. 12/989, S. 28.
[110] Siehe nur BGH, Urt. v. 24.1.2006 – 1 StR 357/05 = BGHSt 50, 347 (352) = NJW 2006, 1297 (1299); *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 108 m.w.N.; BT-Drs. 12/989, S. 28.
[111] Siehe nochmals *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 120 ff.; *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 90, 92; *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 43, jeweils m.w.N.; siehe oben IV. 2. c) bb).
[112] *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 23.

gesichtspunkten strafwürdiges Geldwäscheunrecht und somit völlig zu Recht vom Geldwäschetatbestand erfasst.

d) Verheimlichen oder Verschleiern (Abs. 2)

Der neue Abs. 2 des Geldwäschetatbestandes knüpft an den bisherigen Verschleierungstatbestand nach Abs. 1 S. 1 a.F. an.[113] Gegenüber der alten Rechtslage wird die Strafbarkeit dabei deutlich vorverlagert.[114] Während bisher die Herkunft eines aus einer Katalogtat herrührenden Gegenstands verschleiert werden musste, genügt es nach dem Wortlaut des § 261 Abs. 2 StGB für die Strafbarkeit nun bereits, dass der Täter Tatsachen, die für das Auffinden, die Einziehung oder die Ermittlung der Herkunft des Gegenstands von Bedeutung sein können, verheimlicht oder verschleiert. Was damit konkret gemeint sein soll, bleibt in vielerlei Hinsicht im Unklaren. Im Hinblick auf die Bestimmtheit des Tatbestandes ruft dies verfassungsrechtliche Bedenken hervor,[115] die neben die Zweifel an der Verhältnismäßigkeit aufgrund der weiten Vorverlagerung der Strafbarkeit[116] und der insgesamt erheblichen Strafbarkeitsausweitung[117] treten. Letztere scheint schon angesichts dessen nicht erforderlich, dass die erfassten Handlungen von der Beihilfestrafbarkeit und von § 257 StGB hinreichend abgedeckt sein dürften.[118] Auch die im Folgenden erörterten, wenig bestimmten Tatbestandsmerkmale des Abs. 2 sind deshalb möglichst restriktiv verfassungskonform auszulegen.

aa) Grundlegendes Verständnis nach der Gesetzesbegründung

Die Gesetzesbegründung fordert für das Verheimlichen und Verschleiern ein manipulatives Verhalten des Täters, das darauf abzielt und konkret geeignet ist, den Ermittlungsbehörden den Zugang zum kontaminierten Gegenstand oder dessen Einziehung zu erschweren.[119] Anders als es der Wortlaut[120] bzw. der natürliche Wortsinn[121] nahelegen, müssen die Bemühungen nach Rspr. und h.M. aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden nicht zum Erfolg geführt haben oder zwingend heimlich erfolgt sein.[122] Entscheidend sei, dass es sich um konkret irreführende und aktiv unterdrückende Machenschaften bezogen auf Tatsachen handele, die für die Ermittlungsbehörden bei den Ermittlungen und der Einziehung eine Rolle spielen können.[123]

bb) Mögliche Bedeutsamkeit verheimlichter oder verschleierter Tatsachen

Der Tatsachenbegriff ist nach der Gesetzesbegründung umfassend gemeint. Er lehne sich an den Tatsachenbegriff des § 263 Abs. 1 StGB an, sodass auf die dazu entwickelte Rechtsprechung zurückgegriffen werden könne.[124] Eine mögliche Bedeutsamkeit von so verstandenen Tatsachen für das Auffinden, die Einziehung oder die Ermittlung der Herkunft des Gegenstandes soll schon dann zu bejahen sein, wenn die Kenntnis dieser Tatsachen für die Ermittlungen und die Einziehung im Einzelfall hilfreich gewesen wäre.[125]

Nahe liegender als diese Betrachtung aus der ex post-Perspektive ist aufgrund der zukunftsgerichteten Wendung „von Bedeutung sein können“ allerdings, dass auch Tatsachen zu berücksichtigen sind, die zwar aus der ex ante-Sicht nützlich scheinen, sich im Nachhinein aber als bedeutungslos oder gar als schädlich für die Ermittlungen erweisen.[126] Die mögliche Bedeutung einer Tatsache für das Auffinden, die Einziehung oder die Herkunftsermittlung sollte dementsprechend aus der Perspektive eines objektiven Dritten in der Position des Täters ex ante und nicht der Strafverfolgungsbehörden ex post bestimmt werden, deren Einschätzung dem Rechtsanwender jedenfalls ex ante verborgen ist.[127]

cc) Verhältnis des Verheimlichens und Verschleierns zueinander

Unklar ist, wie sich die Tathandlungen des Verheimlichens und des Verschleierns zueinander verhalten.[128] Unter „Verschleiern“ werden alle irreführenden Machenschaften gefasst, die darauf abzielen, dem Tatobjekt den Anschein einer legalen Herkunft zu verleihen oder zumindest seine wahre Her-

---

[113] *El-Ghazi/Laustetter*, NZWiSt 2021, 209 (213); *Bülte* (Fn. 28), Rn. 91.
[114] *Bülte* (Fn. 28), Rn. 91.
[115] So z.B. auch *Bülte* (Fn. 28), Rn. 93; siehe *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045 (1049); *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (337).
[116] *Bülte* (Fn. 28), Rn. 93.
[117] Zu den Hintergründen siehe *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045 (1049).
[118] *Bülte* (Fn. 28), Rn. 94.
[119] BT-Drs. 24180, S. 33.
[120] *Jahn* (Fn. 31), § 261 Rn. 45.
[121] *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (337).
[122] BT-Drs. 19/24180, S. 33 mit Verweis auf BGH, Urt. v. 27.7.2016 – 2 StR 451/15 = NStZ 2017, 28 (29); für die h.M. siehe etwa *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 75; einen zumindest vorübergehenden Erfolg aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden fordern dagegen *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (337); *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 261 Rn. 20 (konkrete Anspruchsgefährdung); *Jahn* (Fn. 31), § 261 Rn. 45, letzterer angesichts des Wortlauts auch zweifelnd hinsichtlich der Verneinung des Erfordernisses von Heimlichkeit.
[123] BT-Drs. 24180, S. 33.
[124] BT-Drs. 24180, S. 33; etwa *Bülte* (Fn. 28), Rn. 92, und *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 32, hegen Zweifel an der Sinnhaftigkeit der Einbeziehung auch innerer Tatsachen in den Tatsachenbegriff des § 261 Abs. 2 StGB
[125] BT-Drs. 24180, S. 33.
[126] *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045 (1049).
[127] Vgl. *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045 (1049); *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 32.
[128] Ausführlich hierzu *Jahn*, Schriftliche Stellungnahme für die öffentliche Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche BT-Drs. 19/24180 am 9.12.2020, S. 25 ff.; siehe etwa auch *El-Ghazi/Laustetter*, NZWiSt 2021, 209 (213); *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (337 f.).

kunft zu verbergen.[129] Das Verheimlichen erfasst jedenfalls bei einem weiten Verständnis vom Wortsinn her auch schlichte Untätigkeit, was angesichts der Forderung „konkret irreführender und aktiv unterdrückender Machenschaften" in der Gesetzesbegründung[130] jedoch kaum intendiert sein kann[131] und zudem im Hinblick auf die Modalitätenäquivalenz fraglich scheint.[132] Damit bleibt jedoch für das Verheimlichen neben dem Verschleiern kein ersichtlicher Anwendungsbereich.[133]

3. Tatbestandsausschluss durch straflosen Vorerwerb eines Dritten, § 261 Abs. 1 S. 2 StGB

Ausgeschlossen ist der nach alledem enorm weite Geldwäschetatbestand in den Fällen § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4 StGB gem. § 261 Abs. 1 S. 2 StGB durch den straflosen Vorerwerb des aus einer rechtswidrigen Tat herrührenden Gegenstandes durch einen Dritten. Zwar dürfte die praktische Bedeutung dieses Ausnahmetatbestandes weiterhin sehr gering sein,[134] weil ein Verhalten, das ein Verschaffen, Verwahren oder Verwenden i.S.v. Abs. 1 S. 1 Nr. 3 oder Nr. 4 darstellt, sehr häufig auch die Voraussetzungen einer Tathandlung nach Abs. 1 S. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 erfüllt und sich die im Gesetzesentwurf ursprünglich vorgesehene Ausweitung des Tatbestandsausschlusses auf alle Tathandlungen nicht durchsetzen konnte.[135] Jedenfalls im Ansatz birgt die Ausschlussklausel jedoch ein Restriktionspotential.

a) Grundlegendes

Nach § 261 Abs. 1 S. 2 StGB erfüllt der Erwerber eines kontaminierten Gegenstandes in den Fällen des Verschaffens nach Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und des Verwahrens oder Verwendens nach Abs. 1 S. 1 Nr. 4 nicht den Tatbestand[136] der Geldwäsche, wenn zuvor ein Dritter den Gegenstand erlangt hat, ohne hierdurch eine rechtswidrige Tat zu begehen. Kauft etwa ein Bankräuber von den erbeuteten 10.000 € ein Auto bei einem gutgläubigen Autohändler, der erst nach dem Verkauf von der Herkunft des Geldes erfährt, es dennoch behält und damit bei einem eingeweihten Juwelier einen Ring kauft,[137] ist das Geld durch den straflosen Eigentumserwerb des Autohändlers gem. §§ 932, 935 Abs. 2 BGB „weiß gewaschen", sodass sich nachfolgend auch der bösgläubige Juwelier nicht mehr nach § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 oder Nr. 4 StGB strafbar machen kann. Entsprechendes würde auch dann gelten, wenn der Täter das Auto beim Händler nicht mit dem geraubten Geld zahlen, sondern einen gestohlenen Gebrauchtwagen gegen einen anderen eintauschen würde. Zwar könnte der Händler an dem gestohlenen Wagen gem. § 935 Abs. 1 BGB kein Eigentum erwerben. Auf die zivilrechtliche Wirksamkeit des Vorerwerbs des Dritten kommt es jedoch dem Wortlaut des § 261 Abs. 1 S. 2 StGB entsprechend nach allgemeiner Ansicht nicht an.[138] Infolge des Austauschs des Begriffs der „Straftat" durch den der „rechtswidrigen Tat" im Zuge der Neufassung des Geldwäschetatbestandes stellt der Wortlaut darüber hinaus nun aber auch eindeutig klar, dass es für die Dekontamination nicht ausreicht, wenn der Dritte durch das Erlangen des Gegenstandes nur keine Tat nach § 261 StGB verwirklicht hat, sondern dass vielmehr keinerlei rechtswidrige Tat verwirklicht worden sein darf.[139]

b) Banken als „legale Geldwaschanlagen"?

Streitig bleibt die Anwendbarkeit des § 261 Abs. 1 S. 2 StGB auf die praktisch relevante Spezialkonstellation, dass der Vortäter bemakeltes Geld bei einem gutgläubigen und nicht leichtfertigen Bankmitarbeiter auf sein Konto einzahlt, um es von dort aus an einen bösgläubigen Empfänger zu überweisen. Infolge der straflosen Besitzerlangung durch den Bankmitarbeiter ist das eingezahlte Bargeld nicht mehr geldwäschetauglich.[140] Der Betrag, den der Empfänger durch die Überweisung erhält, ist nach h.M. aber dennoch kontaminiert.[141] Durch die Einzahlung des bemakelten Bargeldes erlange der Vortäter gegenüber der Bank nämlich einen Anspruch darauf, dass die Bank als Zahlungsdienstleisterin seiner Anweisung

[129] BGH, Urt. v. 17.10.2019 – 3 StR 521/18 = NStZ 2020, 273 (276).
[130] BT-Drs. 19/24180, S. 33.
[131] *Jahn* (Fn. 128), S. 27; *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (337 f.); *Krötz/Burgert*, StraFo 2021, 453 (456); siehe *El-Ghazi/Laustetter*, NZWiSt 2021, 209 (213).
[132] Siehe *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (338); *El-Ghazi/Laustetter*, NZWiSt 2021, 209 (213).
[133] *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (338).
[134] *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1043); zur alten Rechtslage *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 89; *Jahn* (Fn. 31), § 261 Rn. 57; a.A.: *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 21; *Rengier* (Fn. 73), § 23 Rn. 17, jeweils m.w.N. (Verneinung der Anwendbarkeit auch des Abs. 1 a.F. bei einmal durch Dritten gutgläubig erworbenen Gegenständen); *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125 (127), hoffen auf eine präzisere Abgrenzungsmöglichkeit der Tatbestandsvarianten und einen dadurch erweiterten Anwendungsbereich des Ausnahmetatbestands infolge der präziseren Fassung der Tathandlungen.
[135] Siehe BT-Drs. 19/26602, S. 8.
[136] § 261 Abs. 1 S. 2 StGB ist nach einhelliger Ansicht als Tatbestandsausschluss konzipiert, siehe nur *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 34; *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 85, jeweils m.w.N.
[137] Beispielsfall nach *Rengier* (Fn. 73), § 23 Rn. 34.
[138] *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 21; *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 87; *Jahn* (Fn. 31), § 261 Rn. 58; *Kühl* (Fn. 8), § 261 Rn. 6; *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 87 Fn. 269; *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 34.
[139] Siehe nur *Jahn* (Fn. 31), § 261 Rn. 57; *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 34.1; zum Streitstand zur alten Rechtslage siehe nur beispielhaft *Jahn* (Fn. 31), § 261 Rn. 58 mit Nachweisen für beide Ansichten.
[140] Siehe etwa *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 21; *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 35.1.
[141] Für die h.M. und zur gesamten folgenden Argumentation siehe nur *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 88 und *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 21, jeweils m.w.N.; a.A. etwa *Jahn* (Fn. 31), § 261 Rn. 60 m.w.N., der zur Aufrechterhaltung der Kontaminationskette bei Überweisungen eine Forderungszession für erforderlich hält, die auf der Grundlage der §§ 675 ff. BGB nicht erfolgt.

entsprechend über den eingezahlten Geldbetrag verfügt. Dieser wirtschaftlich wertvolle Anspruch gegen die Bank rühre als Surrogat für das eingezahlte Geld aus der Vortat her und sei dementsprechend ebenfalls kontaminiert. Mit der Überweisung des Guthabens an den bösgläubigen Dritten mache der Vortäter von diesem bemakelten Verfügungsanspruch Gebrauch. Zivilrechtlich veranlasse er die Bank als Zahlungsdienstleisterin auf der Grundlage des mit ihr geschlossenen Zahlungsdienstleistungsrahmenvertrages i.S.v. § 675f Abs. 1 BGB dazu, dem Dritten den Betrag auszuzahlen bzw. ihn dessen Konto gutzuschreiben. Da die Bank damit den bemakelten Verfügungsanspruch des einzahlenden Vortäters erfülle, realisiere sich der Wert dieses Anspruchs bei wirtschaftlicher Betrachtung in der Gutschrift auf dem Konto des bösgläubigen Zahlungsempfängers, sodass der gutgeschriebene Betrag ebenfalls bemakelt und der Zahlungsempfänger nach § 261 Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar sei. Banken können damit auch dann nicht zum „Reinwaschen" kontaminierten Geldes benutzt werden, wenn ihre Mitarbeiter gutgläubig sind und ihnen auch keine Leichtfertigkeit zur Last gelegt werden kann.[142]

4. Subjektive Tatbestandsvoraussetzungen

Subjektiv setzt § 261 StGB Vorsatz bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale voraus, wobei jede Vorsatzform genügt.[143] Nur im Hinblick auf das Herrühren des Tatobjekts aus einer rechtswidrigen Tat reicht nach Abs. 6 S. 1 Leichtfertigkeit aus, die im dargelegten geboten restriktiven Sinn vorsatznah zu interpretieren ist.[144] Praktisch relevant werden dürfte der Leichtfertigkeitstatbestand allerdings nur im Hinblick auf die Isolierungstatbestandsvarianten des Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4,[145] da eine leichtfertige Verwirklichung der durch manipulative Tendenzen gekennzeichneten[146] Tathandlungen nach Abs. 1 S. 1 Nrn. 1, 2 und Abs. 2 kaum vorstellbar ist.[147]

Für den Vorsatz bzgl. des Vorliegens irgendeiner rechtswidrigen Vortat ist nicht erforderlich, dass der Täter die Person des Vortäters kennt oder die Art der Vortat in allen Einzelheiten erfasst.[148] Weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht wird eine genaue Vorstellung verlangt.[149] Vielmehr scheidet Vorsatz hinsichtlich der Vortat erst dann aus, wenn sich der Täter überhaupt keine klaren Vorstellungen von einem Sachverhalt macht, der den Tatbestand eines Strafgesetzes und damit die Anforderungen des § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB erfüllt.[150]

Als besondere subjektive Voraussetzung muss schließlich in den Fällen des Abs. 1 S. 1 Nr. 2 die Vereitelungsabsicht beachtet werden, die bereits im Zusammenhang mit den objektiven Voraussetzungen dieser Tatbestandsalternative erörtert worden ist.[151] Dem Erfordernis der Kenntnis der rechtswidrigen Herkunft des Gegenstandes im Zeitpunkt seiner Erlangung in den Fällen des Abs. 1 S. 1 Nr. 4 kann dagegen nach richtiger Ansicht aus den dargelegten Gründen keine über das allgemeine Vorsatzerfordernis hinausgehende Bedeutung beigemessen werden.[152]

5. Privilegierung in subjektiver Hinsicht (jedenfalls) für Strafverteidiger (Abs. 1 S. 3, Abs. 6 S. 2)

Explizit wird der nach der Neufassung objektiv uferlose[153] Geldwäschetatbestand in Abs. 1 S. 3 und Abs. 6 S. 2 nun zumindest durch die Kodifizierung des sog. „Strafverteidigerprivilegs"[154] eingeschränkt, welches das BVerfG bereits mit Urteil vom 19.11.2003 begründet hat[155] und dem somit schon bisher gem. § 31 Abs. 2 BVerfGG Gesetzeskraft zukam.

a) Das Strafverteidigerprivileg

§ 261 Abs. 1 S. 3 StGB normiert nun deklaratorisch explizit, dass die Honorarannahme durch einen Strafverteidiger in den Fällen des § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4 StGB nur dann als vorsätzlich gilt, wenn der Verteidiger zum Zeitpunkt der Annahme des Honorars sichere Kenntnis von dessen Herkunft hatte. Abs. 6 S. 2 schließt ergänzend für die Fälle des Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4 die Strafbarkeit des Strafverteidigers im Hinblick auf die Annahme von Honoraren bei nur leichtfertiger Unkenntnis deren illegaler Herkunft aus.

Damit trägt das Gesetz nun ausdrücklich dem Umstand Rechnung, dass der Geldwäschetatbestand in den nicht durch manipulative Tendenzen gekennzeichneten Tatbestandsvari-

[142] Siehe die zahlreichen Nachweise für diese Ansicht bei *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 88 Fn. 271.
[143] Siehe nur *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 50.
[144] Siehe II. 2. und II. 3. in Teil 1 sowie IV. 2. c) dd) in diesem Teil speziell zur Auslegung bei berufstypischem Verhalten und neutralen Alltagshandlungen.
[145] Siehe zur ähnlichen Problematik nach alter Rechtslage *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045 (1050); *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 138; vgl. *El-Ghazi* (Fn. 26), StGB § 261 Rn. 128; *Schröder/Blaue*, NZWiSt 2019, 161 (164 f.).
[146] Siehe oben IV. 2. a), b) und d); siehe nochmals BT-Drs. 19/24180, S. 30.
[147] *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045 (1050); *Jahn* (Fn. 128), S. 23 f.; *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (339); *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 55.1.
[148] BT-Drs. 19/24180, S. 37.
[149] BT-Drs. 19/24180, S. 37.
[150] BT-Drs. 19/24180, S. 37 f. mit Verweis auf OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.3.1964 – (1) Ss 57/64 = NJW 1964, 2123 zu § 257 StGB. Nach der Gesetzesbegründung sollen die zu §§ 257, 258 StGB entwickelten Grundsätze zum Vorsatz bzgl. einer rechtswidrigen Tat auch i.R.d. § 261 StGB herangezogen werden können.
[151] Siehe oben IV. 2. b).
[152] Siehe oben IV. 2. c) dd).
[153] Vgl. den Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche, S. 19, abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Geldwaesche_Bekaempfung.html (27.11.2022).
[154] *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 56.
[155] BVerfG, Urt. v. 30.3.2004 – 2 BvR 1520, 1521/01 = BVerfGE 110, 226 (245 ff.).

anten[156] in die Berufsausübungsfreiheit des Strafverteidigers eingreifen kann, weil für ihn das Risiko der Verwirklichung des Tatbestandes bei der Honorarannahme besonders hoch und geradezu berufstypisch ist. Zudem ist das Recht auf effektive Strafverteidigung gefährdet, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen Strafverteidiger und Mandant durch aufgrund des eigenen Strafbarkeitsrisikos des Verteidigers entstehende Interessenkollisionen und ggf. Ermittlungen gegen den Verteidiger gestört wird.[157]

b) Geltung des Privilegs für nicht strafrechtliche rechtsberatende Tätigkeiten von Rechtsanwälten und für andere rechtsberatende Berufsgeheimnisträger?

Die an sich durchweg begrüßte[158] ausdrückliche Regelung der Tatbestandslosigkeit der Honorarannahme gerade durch Strafverteidiger[159] bei fehlender sicherer Kenntnis von der illegalen Herkunft des Honorars wirft nun plakativ die schon bisher gestellte Frage auf, ob und inwieweit die Regelung auch auf zivil- und öffentlich-rechtliche Mandate von Rechtsanwälten sowie auf andere rechtsberatende Berufsgruppen wie Wirtschaftsprüfer, Steuerberater[160] oder Notare übertragen werden kann, deren Berufsgeheimnis ebenfalls durch § 53 StPO und § 43 Abs. 2 GwG geschützt wird und dessen Verletzung nach § 203 StGB mit Strafe bedroht ist.[161]

Im Hinblick auf zivilrechtliche Mandate eines Rechtsanwalts, die einen „untrennbaren sachlichen Zusammenhang mit einem geldwäscherelevanten Sachverhalt“ aufweisen oder „Mischkonstellationen“ darstellen, hat das Bundesverfassungsgericht die Frage der verfassungsrechtlichen Gebotenheit einer Privilegierung ausdrücklich offen gelassen.[162] Der BGH scheint einer solchen Privilegierung auch des zivilrechtlich tätigen Rechtsanwalts zuzuneigen.[163] Für sie führt er die grundsätzlich überzeugende Argumentation des Europäischen Gerichtshofs an,[164] der prinzipiell die Notwendigkeit einer Privilegierung von Angehörigen von Rechtsberufen bei ihrer Rechtsberatungstätigkeit mit Blick auf das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK hervorgehoben hat.[165]

In der Literatur sind die Ansichten zu der Gesamtproblematik geteilt.[166] Manche halten eine Übertragung des Strafverteidigerprivilegs im Wege einer teleologisch erweiternden Auslegung auf andere rechtsberatende Berufsgruppen und zivil- und öffentlich-rechtliche Mandate von Rechtsanwälten aufgrund des Wortlauts des § 261 Abs. 1 S. 3, Abs. 6 S. 2 StGB für ausgeschlossen, weil der Gesetzgeber ihn trotz Kenntnis der Problematik[167] klar auf Strafverteidiger beschränkt habe.[168] Andere stellen dennoch die sachlichen und insbesondere auch verfassungsrechtlichen Erwägungen in den Vordergrund, die für eine Übertragbarkeit des Strafverteidigerprivilegs streiten.[169] Neben der Berufsfreiheit[170] kommen die grundlegende Bedeutung des offenen Zugangs zur Rechtsberatung und des geschützten Vertrauensverhältnisses für die Gewährleistung eines fairen Verfahrens zum Tragen.[171] Zudem lässt sich für eine privilegierende Gleichstellung aller von § 2 Abs. 1 Nrn. 10, 12 GwG erfassten rechtsberatenden Berufsgruppen mit dem Strafverteidiger die Wertung des § 43 Abs. 2 S. 1 GwG anführen, wonach Informationen, welche die Mitglieder dieser Berufsgruppen im Rahmen von Tätigkeiten der Rechtsberatung oder Prozessvertretung erhalten haben, unterschiedslos grundsätzlich von der sonst bestehenden Geldwäscheverdachtsmeldepflicht ausgenommen wer-

[156] Zur Unangemessenheit der Ausdehnung des Strafverteidigerprivilegs auch auf die durch final manipulative Tendenzen gekennzeichneten Tathandlungsvarianten des § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB siehe BVerfG, Beschl. v. 28.7.2015 – 2 BvR 2558/14, 2 BvR 2571/14, 2 BvR 2573/14 = NJW 2015, 2949 (2953), sowie BT-Drs. 19/24180, S. 33 zu Abs. 1 S. 3 und S. 34 zu Abs. 6 S. 2.

[157] BVerfG, Urt. v. 30.3.2004 – 2 BvR 1520, 1521/01 = BVerfGE 110, 226 (254 ff.).

[158] Siehe z.B. *Bülte* (Fn. 28), Rn. 99; *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (338); *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1045).

[159] Die StPO verwendet den Begriff des „Verteidigers“. Weil dieser mit dem Begriff des „Strafverteidigers“ im Rahmen des StGB inhaltlich identisch sein dürfte, weist *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1045) darauf hin, dass § 261 Abs. 1 S. 3, Abs. 6 S. 2 StGB auch für Hochschullehrer als Verteidiger und für den Rechtsbeistand i.S.d. § 40 Abs. 1 IRG in Rechtshilfe- und Auslieferungsverfahren gelten müsse.

[160] Die Problematik stellt sich für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer nur, wenn sie nicht nach § 392 AO als Verteidiger gewählt sind.

[161] Fraglich ist darüber hinaus insbes. auch die Übertragbarkeit der Regelung auf Insolvenzverwalter, die ebenfalls einer besonderen Gefahr der Geldwäschestrafbarkeit ausgesetzt sind. Speziell zur Bedeutung der Neufassung des § 261 StGB für Sanierer und Verwalter siehe *Köllner*, NZI 2021, 316 (317).

[162] BVerfG, Beschl. v. 28.7.2015 – 2 BvR 2558/14, 2 BvR 2571/14, 2 BvR 2573/14 = NJW 2015, 2949 (2953 f.).

[163] Siehe BGH, Urt. v. 4.2.2010 – 1 StR 95/09 = NJW 2010, 3730 (3734 f.: „bedenkenswert“).

[164] EuGH, Urt. v. 26.6.2007 – C-305/05 (Ordre des barreaux francophones et germanophone u.a./Conseil des ministres u.a.), Rn. 31 ff. = NJW 2007, 2387 (2388 f.).

[165] BGH, Urt. v. 4.2.2010 – 1 StR 95/09 = NJW 2010, 3730 (3735).

[166] Für die Übertragbarkeit nach aktuellem Rechtsstand *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 41; *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1045 f.); *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (338); dagegen *Köllner*, NZI 2021, 316 (317 f.); Nachweise zum Meinungsstand vor der Neufassung bei *Neuheuser* (Fn. 1), Rn. 100 Fn. 295, der selbst die Übertragbarkeit ablehnt; für die Übertragbarkeit vor der Neufassung etwa *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 25.

[167] Vgl. *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (338).

[168] Siehe *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (338).

[169] *Jahn* (Fn. 128), S. 19 f.; *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (338); dafür auch *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 41; *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1045 f.).

[170] Siehe *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 25.

[171] *Bülte* (Fn. 28), Rn. 102; *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 41.

den.[172] Im Einklang mit dieser Regelung hebt schließlich auch Erwägungsgrund 10 der Richtlinie (EU) Nr. 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung die Notwendigkeit der Gleichbehandlung der Rechtsberatungsberufe hervor.[173]

6. Qualifikationstatbestand für Verpflichtete nach § 2 GwG (Abs. 4)

Wird der Geldwäschetatbestand von einem Verpflichteten nach § 2 GwG verwirklicht, greift der neue, als Sonderdelikt ausgestaltete Qualifikationstatbestand des § 261 Abs. 4 StGB.[174] Verpflichtete nach dem GwG und damit taugliche Täter sind unter anderem bestimmte Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute, Immobilienmakler, Güterhändler und Kunstvermittler, aber auch Steuerberater,[175] Notare und Rechtsanwälte. Insbesondere letztere haben die Pflichten nach dem GwG allerdings nur für den in § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG abschließend genannten Teil ihrer Tätigkeiten zu erfüllen. Verwirklichen sie den Geldwäschetatbestand im Rahmen einer Tätigkeit, die nicht unter den Katalog des § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG fällt, handeln sie deshalb nicht „als" Verpflichtete nach dem GwG i.S.v. § 261 Abs. 4 StGB.[176] Damit können Rechtsanwälte den Qualifikationstatbestand vor allem bei der ausschließlichen Rechtsberatung und Prozessvertretung[177] sowie der Strafverteidigung[178] nicht erfüllen, weil diese klassischen rechtsanwaltlichen Tätigkeiten dem Katalog des § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG nicht unterfallen.

Grundsätzlich nicht verwirklichen können den Qualifikationstatbestand Mitarbeiter von als solche nach dem Geldwäschegesetz verpflichteten Unternehmen.[179] Diese natürlichen Personen sind weder selbst nach dem GwG verpflichtet, noch kann ihnen ggf. die Unternehmensverpflichtung nach § 14 StGB zugeschrieben werden, weil § 14 StGB nur auf strafbarkeitsbegründende, nicht aber auf strafschärfende besondere persönliche Merkmale anwendbar ist.[180]

7. Persönlicher Strafaufhebungsgrund (Abs. 8)

§ 261 Abs. 8 Nr. 1 StGB sieht einen persönlichen Strafaufhebungsgrund für denjenigen vor, der die Tat freiwillig bei der zuständigen Behörde anzeigt oder freiwillig eine solche Anzeige veranlasst. Aufgehoben wird die Strafbarkeit aber auch in diesem Fall nur, wenn die Tat zum Zeitpunkt der Anzeige oder deren Veranlassung noch nicht ganz oder zum Teil entdeckt war und der Täter dies wusste oder damit rechnen musste. Ist die Geldwäschetat nicht nur leichtfertig i.S.v. Abs. 6, sondern vorsätzlich i.S.v. Abs. 1 oder Abs. 2 begangen worden, muss der Täter gem. Abs. 8 Nr. 2 zusätzlich die Sicherstellung des kontaminierten Gegenstandes gem. §§ 111b ff. StPO bewirken.

a) Voraussetzungen im Einzelnen

Das Merkmal der Freiwilligkeit wird ebenso bestimmt wie beim Rücktritt nach § 24 StGB,[181] der bei einer nur versuchten Geldwäsche ohne Weiteres möglich bleibt[182]. Auch Verpflichtete nach § 2 GwG können in diesem Sinn durchaus freiwillig eine Anzeige erstatten, weil ihre nach § 43 Abs. 1 Nr. 1 GwG bestehende Pflicht zur Anzeige von Geldwäscheverdachtsfällen gem. § 43 Abs. 4 S. 2 GwG der Freiwilligkeit der Anzeige nach § 261 Abs. 8 StGB nicht entgegensteht. Zur Entgegennahme der Anzeige zuständig sind entsprechend § 159 Abs. 1 StPO Staatsanwaltschaft, Polizei und Amtsgerichte.[183] Straflosigkeit erlangt aber nicht nur derjenige, der bei einer dieser Stellen selbst die Anzeige erstattet, sondern auch derjenige, der sie nur veranlasst. Zu denken ist insoweit beispielsweise an Angestellte, die verdächtige Transaktionen dem Geldwäschebeauftragten oder der Geschäftsleitung des Unternehmens melden.[184] Dabei darf die Verdachtsmeldung allerdings nicht rein intern bleiben. Vielmehr erfordert das strafbefreiende „Veranlassen" einer Anzeige, dass der Empfänger der Verdachtsmeldung die Anzeige auch tatsächlich bei den zuständigen Behörden erstattet[185] und die Meldung für diese Anzeigeerstattung jedenfalls mitursächlich ist.[186]

Inhaltlich müssen nur die Tatumstände der begangenen Geldwäschetat, nicht aber die der Vortat oder von mit der Geldwäschetat konkurrierenden Taten mitgeteilt werden.[187]

[172] *Jahn* (Fn. 128), S. 20; *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (338); *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 41; *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1046); siehe auch *Bülte* (Fn. 28), Rn. 103; für Insolvenzverwalter lässt sich dieses Argument allerdings nicht anführen, da sie jedenfalls keine Meldepflicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 12 GwG und mangels Mandats wohl auch nicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG trifft (siehe hierzu *Köllner*, NZI 2021, 316 [318]).

[173] *Bülte* (Fn. 28), Rn. 102; *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 41; *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1046).

[174] *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 46.

[175] Vgl. hierzu *Scaraggi/Kreitmayer*, DStR 2021, 885.

[176] *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (340); vgl. *Bülte* (Fn. 28), Rn. 107.

[177] *Bülte* (Fn. 28), Rn. 107.

[178] *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (340).

[179] *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125 (129); *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 47.

[180] *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 47; vgl. *Bülte* (Fn. 28), Rn. 105 zur Angemessenheit des Nichteingreifens von § 14 StGB.

[181] Vgl. *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 69 mit Verweis auf *Cornelius*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 3), § 24 Rn. 36 ff.

[182] Vgl. BGH, Urt. v. 19.03.1991 – 5 StR 516/90 = NStZ 1991, 338 (339 f.) zur parallelen Problematik hinsichtlich der Selbstanzeige bei Steuerhinterziehung gem. § 371 AO.

[183] BT-Drs. 12/989, S. 28.

[184] Vgl. BT-Drs. 12/989, S. 28.

[185] Für die ganz h.M. siehe nur *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 152; *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 125, jeweils m.w.N.; vgl. auch BT-Drs. 12/989, S. 28 („Bankangestellten, die den Verdacht eines strafbaren Geldwaschvorgangs der *dann Anzeige erstattenden* Geschäftsleitung mitteilen" [Hervorhebung durch die *Verf.*]).

[186] *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 70; *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 152.

[187] *El-Ghazi* (Fn. 26), StGB § 261 Rn. 154; *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 70.

Dementsprechend erstreckt sich die strafbefreiende Wirkung der Anzeige oder der zu ihr führenden Verdachtsmeldung an einen Dritten aber auch nur auf die Geldwäschetat als solche.[188] Aufgrund der Entdeckung der Tat ausgeschlossen ist diese strafbefreiende Wirkung dann, wenn eine Verurteilung nach Einschätzung der Strafverfolgungsorgane bei vorläufiger Tatbewertung wahrscheinlich ist.[189]

Schließlich erfordert das bei vorsätzlicher Geldwäsche von § 261 Abs. 8 Nr. 2 StGB zusätzlich verlangte Bewirken der Sicherstellung des bemakelten Gegenstandes sowohl nach dem Wortlaut als auch der Gesetzesbegründung,[190] dass der Gegenstand tatsächlich sichergestellt und die Anzeige hierfür mitursächlich wird.[191] Abs. 8 greift somit selbst dann nicht ein, wenn die Strafverfolgungsbehörden die Sicherstellung unterlassen, obwohl die Anzeige sie ihnen ermöglicht hätte.[192]

b) Anwendungsbereich

Ein freiwilliges Umkehrverhalten des Täters, das die vorgenannten Voraussetzungen des Abs. 8 erfüllt, führt jedenfalls dann zur Straflosigkeit, wenn es nach Vollendung der Tat an den Tag gelegt wird. Insoweit stehen klassische Fälle der tätigen Reue in Rede, die nach einhelliger Ansicht von § 261 Abs. 8 StGB erfasst werden.[193]

Ob darüber hinaus auch präventive Anzeigen zum Ausschluss der Strafbarkeit führen können, die ein potenzieller Täter erstattet, wenn er eine Transaktion durchführen will, die seiner Einschätzung nach einen bemakelten Vermögensgegenstand betreffen und den Geldwäschetatbestand erfüllen könnte, ist dagegen umstritten. Eine Minderheitsmeinung[194] bejaht dies mit Blick auf § 43 Abs. 4 S. 1 GwG. Danach gilt eine Geldwäscheverdachtsmeldung nach § 43 Abs. 1 Nr. 1 GwG zugleich als Selbstanzeige i.S.v. § 261 Abs. 8 StGB, wenn sie die hierfür erforderlichen Angaben enthält. Meldungen nach § 43 Abs. 1 GwG erfolgen aber regelmäßig noch vor der Durchführung einer Transaktion. Dementsprechend müssen nach der Minderheitsmeinung auch präventive Verdachtsmeldungen nach dem GwG als Selbstanzeigen i.S.d. § 261 Abs. 8 StGB gelten und die Strafbarkeit wegen Geldwäsche entfallen lassen, wenn der Meldende die Transaktion erst durchführt, nachdem die nach der Verdachtsmeldung einzuhaltende sog. Stillhaltefrist des § 46 GwG verstrichen ist.[195] Überzeugend entgegengehalten wird dieser sehr weitreichenden Interpretation zum einen in praktischer Hinsicht, dass sie eine enorme Überlastung der Behörden durch eine Flut von präventiven Verdachtsmeldungen befürchten lässt.[196] Insbesondere steht sie aber im systematischen Widerspruch zu § 261 Abs. 8 Nr. 2 StGB. Wie gesehen kann eine Strafbefreiung bei vorsätzlicher Geldwäsche danach nur erlangt werden, wenn die Anzeige für die tatsächlich erfolgte Sicherstellung des kontaminierten Gegenstandes jedenfalls mitursächlich geworden ist.[197] Dies setzt jedoch notwendig eine bereits durchgeführte Transaktion voraus.

c) Keine Strafbarkeit von Berufsgeheimnisträgern wegen Geheimnisverrats

Ob Berufsgeheimnisträger und insbesondere auch Rechtsanwälte von der Möglichkeit der Selbstanzeige Gebrauch machen und so eine Befreiung von der Geldwäschestrafbarkeit erlangen können, ohne zugleich Gefahr zu laufen, den Tatbestand des Geheimnisverrats nach § 203 StGB zu erfüllen, war bis zur Neufassung des § 48 GwG zum 1. August 2021[198] umstritten.[199] Nunmehr schließt § 48 GwG ausdrücklich eine Verantwortlichkeit wegen einer Geldwäscheverdachtsmeldung nach § 43 GwG auch nach strafrechtlichen Vorschriften aus.[200] Die im Rahmen einer solchen Verdachtsmeldung erfolgende Weitergabe von Berufsgeheimnissen kann damit jedenfalls nicht mehr als „unbefugt" i.S.v. § 203 StGB gewertet werden.

(Der Beitrag wird fortgesetzt.)

---

[188] Ganz h.M., siehe die Nachweise bei *Brodowski*, wistra 2021, 417 (421 f. Fn. 76).

[189] Siehe BGH, Urt. v. 13.05.1983 – 3 StR 82/83 = NStZ 1983, 415 zur parallelen Problematik hinsichtlich der Selbstanzeige bei Steuerhinterziehung gem. § 371 AO; siehe *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 154 m.w.N.

[190] BT-Drs. 12/989, S. 28: „kriminalpolitisch erwünschten *Erfolg*, nämlich die Sicherstellung des „bemakelten" Gegenstandes" (Hervorhebung durch die *Verf.*).

[191] *El-Ghazi* (Fn. 26), StGB § 261 Rn. 157; *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 155; a.A. *Brodowski*, wistra 2021, 417 (420).

[192] *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 155; *El-Ghazi* (Fn. 26), StGB § 261 Rn. 157 zieht in dieser Konstellation für den Regelfall eine Strafmilderung nach § 46b StGB aufgrund der geleisteten Aufklärungshilfe in Betracht.

[193] Siehe nur beispielhaft *Bülte* (Fn. 28), Rn. 125 zu § 261 Abs. 8 StGB-E; *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 68 zu § 261 Abs. 8 StGB n.F., sowie die Nachweise bei *Brodowski*, wistra 2021, 417 (420 Fn. 56) weitestgehend zu § 261 Abs. 9 StGB a.F.

[194] *Brodowski*, wistra 2021, 417 (420 f.).

[195] *Brodowski*, wistra 2021, 417 (421); siehe auch *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (334, 340).

[196] Vgl. *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (334, 340): „Wegen der Regelung in § 43 Abs. 4 S. 1 GWG […] wird hier durch die deutsche Wirtschaft massenhaft ein *safe harbour* gesucht werden."

[197] Siehe oben IV. 7. a).

[198] BGBl. I 2021, S. 2083.

[199] Siehe zum Streitstand *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 74, der allerdings die Änderung des § 48 GwG übersieht und den Streit immer noch für aktuell hält.

[200] Vgl. hierzu BT-Drs. 19/28164, S. 87.

Sinn und Zweck einer reduzierten Gutachtentechnik

Von Dr. **Jannik Weitbrecht**, Weimar*

Der Syllogismus der klassischen Logik kennt drei Schritte: Obersatz, Untersatz, Schlusssatz. Die Anwendung von Recht wird in Deutschland durch einen solchen syllogistischen Schluss dargestellt. Dennoch hat sich in der juristischen Ausbildung neben einer in drei Schritte gegliederten Gutachtentechnik aus den genannten drei Elementen auch eine (vermeintlich) in vier Schritte unterteilte Technik etabliert, die gerne mit Hypothesen und Einleitungssätzen im Konjunktiv arbeitet und diese gelegentlich als Obersätze bezeichnet (oder ihnen im Rahmen der Prüfung aber jedenfalls eine eigenständige Bedeutung zuspricht). Beide Darstellungsformen werden in den juristischen Examina ohne Weiteres akzeptiert, wenn sie sich eng am Gesetz bewegen und die konditionale Struktur der Prüfung von Rechtsnormen vollständig wiedergeben. Der Beitrag zeigt die Vorzüge einer möglichst nah an den Gesetzeswortlaut angelehnten (und deshalb) dreigliedrigen Gutachtentechnik auf.

I. Einführung

Im Rahmen einer eng am Gesetzeswortlaut orientierten dreigliedrigen Darstellung der Subsumtion ist ein Obersatz nur dann vollständig, wenn er das Eintreten einer Rechtsfolge an die Erfüllung von Bedingungen (Tatbestandsmerkmalen) knüpft.[1] Nur dann kann aus dem Vorliegen der Voraussetzungen des Obersatzes (Untersatz) durch einen syllogistischen Schluss logisch zwingend gefolgert werden, dass die geprüfte Rechtsfolge eingreift (Schlusssatz). Jede Rechtsnorm, die eine Rechtsfolge regelt – also nicht nur klarstellenden Charakter hat oder ein Gesetzesziel formuliert[2] – stellt aufgrund ihrer konditionalen Struktur[3] einen vollständigen Obersatz in diesem Sinn dar.[4] Die einfachste Art, im juristischen Gutachten Obersätze zu bilden, besteht deshalb darin, eine Rechtsnorm abzuschreiben und dahinter in Klammern oder durch ein Komma abgetrennt die abgeschriebene Norm zu zitieren.[5]

Im Folgenden wird erläutert, warum die Darstellung der Subsumtion in drei Schritten aus logischen und didaktischen Gesichtspunkten keiner Ergänzung durch vorangestellte Hypothesen oder andere Einleitungssätze[6] bedarf (II.) und welche Bedeutung diese Art der Darstellung für den Übergang vom Studierenden zur Assessorin[7] mit Befähigung zum Richteramt i.S.d. § 5 Abs. 1 DRiG hat (III.).

II. Verzichtbarkeit von Hypothesen im Gutachten

Wenn Studierenden einerseits erklärt wird, die Anwendung von Rechtsnormen orientiere sich am Syllogismus der aristotelischen Logik, ihnen aber andererseits gesagt wird, ein Einleitungssatz beziehungsweise eine bloße Hypothese sei ein Obersatz im Sinne des juristischen Syllogismus oder jedenfalls ein eigenständiger Schritt des Gutachtens, dann ist das für Studierende bestenfalls verwirrend. Die Gleichsetzung einer solchen Hypothese mit einem Obersatz verstellt jedoch zusätzlich den Blick auf das Wesentliche, nämlich die Bildung des Obersatzes als erste Prämisse des logischen Schlusses und damit auf die präzise Prüfung einer Rechtsnorm im juristischen Gutachten.

1. Hypothesen sind keine Obersätze

Nicht selten findet sich in der Ausbildungsliteratur die Aussage, ein Obersatz sei durch eine Hypothese gekennzeichnet (häufig im Konjunktiv formuliert)[8], beispielsweise die Formulierung „A könnte gegen B einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung aus § 433 Abs. 2 BGB haben." Weil dieser Satz keine Prämisse aufstellt, erfüllt er nicht die Anforderungen an einen Obersatz im Sinne des Syllogismus der klassischen Logik.[9] Er formuliert lediglich eine Hypothese, die nicht Teil des Syllogismus ist, sondern diesem vorangeht. Eine solche Hypothese erfüllt damit keine Funktion im Rahmen eines syllogistischen Schlusses. *Für sich gesehen* kann man weder allgemein im Rahmen eines logischen Schlusses noch im

* Der *Autor* ist Notarassessor des Freistaats Thüringen und freier Wiss. Mitarbeiter von Prof. *Dr. Heribert Heckschen* (Notare Prof. *Dr. Heckschen* & Prof. *Dr. van de Loo*, Dresden).

[1] Dazu *Weitbrecht*, ZJS 2022, 687 (688); ähnlich *Wieduwilt*, JuS 2010, 288 (291).

[2] Vgl. z.B. § 1 S. 1 InsO.

[3] Dazu *Bitter/Rauhut*, JuS 2009, 289 (290 f.).

[4] Das gilt auch für Definitionen, vgl. *Weitbrecht*, ZJS 2022, 687 (690).

[5] *Weitbrecht*, ZJS 2022, 687 (688); vgl. zur Obersatzbildung mit dem Gesetzeswortlaut auch *Bringewat*, Methodik der juristischen Fallbearbeitung, 4. Aufl. 2020, Rn. 133; Studierende (und Referendare), denen diese Technik neu ist, sollten dies einfach einmal anhand der von Ihnen bisher am häufigsten geprüften Normen ausprobieren, z.B. § 433 Abs. 1, Abs. 2 BGB, § 985 BGB, § 929 S. 1 BGB, § 142 Abs. 1 BGB, § 119 Abs. 1 BGB, § 439 Abs. 1, § 362 Abs. 1 BGB. Alle diese Normen ordnen Rechtsfolgen an, die für die Prüfung im Rahmen des Studiums und des Referendariats wichtig sind. Der Einstieg in die Prüfung kann hier immer über einen aus dem Gesetz abgeschriebenen Obersatz gefunden werden. Die Gliederung, die viele Studierende (teilweise etwas sklavisch) auswendig lernen, bildet die einzelnen Voraussetzungen der so gebildeten Obersätze ab (ergänzt um einige aus der Struktur des Gesetzes folgende Aspekte), dazu *Weitbrecht*, ZJS 2022, 687 (689 f.)

[6] Zu Einleitungssätzen als angeblicher „Schritt des Gutachtenstils" *Valerius*, Einführung in den Gutachtenstil, 4. Aufl. 2017, S. 17

[7] In diesem Beitrag wird neben dem generischen Femininum an manchen Stellen zur Vereinfachung das generische Maskulinum verwendet.

[8] *Bialluch/Wernert*, JuS 2018, 326 (327); auch *Putzke*, Juristische Arbeiten erfolgreich schreiben, 7. Aufl. 2021, Rn. 101 spricht von Hypothesen als Einleitung *jedes* Gutachtens, differenziert aber richtigerweise zum Obersatz als erster Prämisse des Syllogismus; a.A. *Wieduwilt*, JuS 2010, 288 (290, 291).

[9] I.E. auch *Wieduwilt*, JuS 2010, 288 (289).

Rahmen eines Gutachtens mit dem beschriebenen Satz etwas anfangen. Er ist daher für die Prüfung und Anwendung von Rechtsnormen jedenfalls entbehrlich. Gleichwohl werden solche verzichtbaren Formulierungen von Vertretern eines in vier Schritte gegliederten Gutachtenstils sogar teilweise als „Obersätze" bezeichnet.[10]

Aus der wichtigen Erkenntnis, dass Einleitungssätze keine Obersätze im Sinne des Syllogismus und damit im Rahmen der Prüfungslogik sind[11], wird teilweise eine etwas abgewandelte Prüfung in vier Schritten gefolgert: Einstieg (Hypothese), Obersatz, Untersatz, Schluss.[12] So wird auch vorgeschlagen, Einleitungssätze im Konjunktiv als „Einstieg" (nur) bei problematischen Stellen des Gutachtens zu begreifen.[13] Es wird aber insbesondere auch vor einem inflationären Gebrauch derartiger Sätze gewarnt.[14]

2. Effizienz und Fehlerquellen bei Fokussierung auf Hypothesen und Einleitungssätze

Wenn der unter (II. 1.) beschriebenen Hypothese der Satz „Der Verkäufer kann gem. § 433 Abs. 2 BGB vom Käufer Zahlung des Kaufpreises verlangen."[15] folgt, dann ist der Einstieg in eine Prüfung eng am Gesetz geglückt. Dann kann die Hypothese als (unter logischen Gesichtspunkten überflüssiger) Teil des Obersatzes des Syllogismus interpretiert werden. Das könnte gemeint sein, wenn der Prüfungsstruktur nach der Formulierung des „Obersatzes" ein zweiter Schritt „Voraussetzungen/Definition" angehängt wird.[16] Die zwei Elemente „Obersatz" und „Voraussetzung/Definition" würden dann gemeinsam den Obersatz des Syllogismus bilden. Wer diese gedankliche Struktur im Rahmen der Prüfung durchhält, wird für seine Darstellung im Examen nicht kritisiert werden. Es sollte allerdings beachtet werden, dass die Definition einer Tatbestandsvoraussetzung (als Bedingung des Obersatzes) ihrer Struktur nach ihrerseits ein Obersatz im Sinne des klassischen Syllogismus ist[17], daher nur bei fehlender Evidenz relevant wird und folglich nicht per se immer als eigenständiger Schritt der Subsumtion verstanden werden kann[18]. Die Definition unbestimmter Rechtsbegriffe ist keine Frage der Struktur der Subsumtion, sondern eine Frage der Darstellung im Rahmen eines Untersatzes.

Wer allerdings direkt mit einem Satz wie beispielsweise „Dazu muss/müsste ein Kaufvertrag bestehen." fortfährt, ignoriert den Gesetzeswortlaut von § 433 Abs. 2 BGB, aus dem sich die Prämisse ergibt und der von „Käufer" und „Verkäufer" spricht. Wenn Korrigierende guten Willens sind, können Sie beide Sätze gemeinsam als Obersatz interpretieren[19] und darüber hinwegsehen, dass hier streng genommen keine Prämisse aus dem Gesetz hergeleitet wurde. Den Obersatz „Der Verkäufer kann gem. § 433 Abs. 2 BGB vom Käufer Zahlung des Kaufpreises verlangen." als evident wegzulassen, wird man noch in das Ermessen der Begutachtenden/Prüflinge stellen können. Wenn sich diese Art zu prüfen (insbesondere bei komplexeren Normen als § 433 Abs. 2 BGB) fortsetzt, werden Korrigierende jedoch nicht darum herumkommen dürfen, einen Mangel an „Arbeit am Gesetz" zu kritisieren.[20] Daher dürfte ein zumindest vollständiger Einstieg in die Prüfung, der mit einer Hypothese im Konjunktiv arbeitet, nur in folgender (oder einer vergleichbaren) Formulierung zu sehen sein: „A könnte gegen B einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung aus § 433 Abs. 2 BGB haben. Der Verkäufer kann vom Käufer gem. § 433 Abs. 2 BGB Zahlung des Kaufpreises verlangen. Also muss zwischen A und B ein Kaufvertrag bestehen." Das Problem an dieser Obersatzkonstruktion besteht darin, dass sie unnötig lang ist, also die Rationalität und Effizienz der Darstellung leidet. Denn der erste Satz kann ersatzlos gestrichen werden, ohne dass der Obersatz an Stringenz einbüßt. Angenommen, der Prüfung von § 433 Abs. 2 BGB wurde ein Gliederungspunkt zugewiesen (z.B. „I. Kaufpreiszahlungsanspruch A gegen B aus § 433 Abs. 2 BGB") ist der erste Satz eine vollkommen unnötige leere Hülse. Der dritte Satz konkretisiert die Voraussetzungen des zweiten Satzes („Verkäufer" und „Käufer") und ist damit nach strengen Maßstäben bereits Teil des Untersatzes. Er kann aber jedenfalls durch die Überschrift „1. Kaufvertrag" oder „1. Kaufvertragsschluss" ersetzt werden. Der einzige Satz, der für sich gesehen die Anforderungen an einen Obersatz (beziehungsweise eine Prämisse) eines klassischen syllogistischen Schlusses erfüllt, ist der zweite Satz.[21] Denn er weist eine (direkt aus dem Gesetz abgeleitete) Wenn-Dann-Struktur auf. Diese Struktur gibt die weitere Prüfung vor. Der Rest ist evident und kann weggelassen werden.

---

[10] *Bialluch/Wernert*, JuS 2018, 326 (327).

[11] *Wieduwilt*, JuS 2010, 288 (289).

[12] *Wieduwilt*, JuS 2010, 288 (289); *Steinberg*, Angewandte juristische Methodenlehre für Anfänger, 2006, Rn. 12 spricht davon, dass beim Gutachtenstil das mögliche Ergebnis im Konjunktiv vorangestellt werde; *Schmalz*, Methodenlehre für das juristische Studium, 4. Aufl. 1998, Rn. 494 ff.; ähnlich *Putzke* (Fn. 8), Rn. 98 ff.

[13] *Wieduwilt*, JuS 2010, 288 (290).

[14] *Wieduwilt*, JuS 2010, 288 (290).

[15] Der für sich gesehen einen Obersatz im hier verstandenen Sinn darstellt, weil es sich um einen aus dem Gesetz abgeleiteten Konditionalsatz und damit um eine taugliche erste Prämisse des Syllogismus handelt, vgl. zur Herleitung von Obersätzen aus dem Gesetz *Weitbrecht*, ZJS 2022, 687 (688).

[16] Exemplarisch *Bialluch/Wernert*, JuS 2018, 326 (327).

[17] *Weitbrecht*, ZJS 2022, 687 (690); krit. zur Bewertung der Definition als eigenständigen „Schritt" des Gutachtens *Wieduwilt*, JuS 2010, 288 (290).

[18] *Valerius* (Fn. 6), S. 18 ist daher zu widersprechen; insoweit unklar *Bialluch/Wernert*, JuS 2018, 326 (327).

[19] Auch wenn der zweite Satz streng genommen bereits zum Untersatz der Prüfung von § 433 Abs. 2 BGB gehört und selbst einen Teil eines weiteren Obersatzes darstellt.

[20] Hinzu kommt, dass der Erfahrung vieler Korrigierenden nach diejenigen Prüflinge bessere Leistungen erbringen, die eng am Gesetz arbeiten. Diese Erfahrung sollte man sich als Prüfling zunutze machen und möglichst viel mit dem Gesetz arbeiten. Auf die damit einhergehenden selbstverstärkenden Effekte soll hier nicht weiter eingegangen werden.

[21] „Der Verkäufer kann vom Käufer gem. § 433 Abs. 2 BGB Zahlung des Kaufpreises verlangen."

Je besser Studierende darin werden, die Struktur von Gesetzen schnell zu verstehen, desto mehr werden sie merken, wie leicht sich Obersätze einfach aus dem Gesetz abschreiben lassen. Dadurch arbeitet man immer „eng am Gesetz“[22], das Gutachten liest sich besser und überzeugender. Die Argumentation ist rational und damit schlüssig. Und es werden erfahrungsgemäß weniger Fehler gemacht. Die enge Arbeit am Gesetz löst dadurch selbstverstärkende Effekte aus. Wer einmal Klausuren korrigiert hat, wird das bestätigen können. Je mehr Gesetzestext im Rahmen der Prüfung direkt abgeschrieben wird, desto besser werden die Lösungen, gerade auch dann, wenn die Prüflinge mit dem jeweiligen Problem noch nie konfrontiert waren. Wer sich in der Klausur in unnötigen Phrasen verliert, ohne eine stringente Argumentation eng am Gesetz zu liefern, schreibt häufig keine gute Klausurlösung. Denn dann wird die gedankliche Struktur der Subsumtion in der Lösung nicht erkennbar. Unter Zeitdruck können Prüflinge dazu neigen, lieber die (auswendig gelernten[23]) leeren Phrasen aufzuschreiben, als korrekte und präzise aus dem Gesetz entwickelte Obersätze, deren Untersätze sich dann wie von allein ergeben.

3. Sonderfall: Beginn der Ausbildung

Ausformuliert werden sollte eine Hypothese oder ein anderer Einleitungssatz aufgrund fehlender Bedeutung für den syllogistischen Schluss nur, wenn sie Studierenden dabei hilft, die Subsumtion richtig darzustellen. Das könnte insbesondere in den ersten Semestern hilfreich sein. Hypothesen und Einleitungssätze können gerade Studierenden in den ersten Semestern im Rahmen der Darstellung einer juristischen Subsumtion in einem Gutachten Halt geben.[24] Solange also Hypothesen und Einleitungssätze dabei helfen, eine richtige Subsumtion darzustellen, können sie natürlich verwendet werden. Die Schwerpunktsetzung, die bei Verwendung unnötiger Formulierungen immer leidet, wird erst dann ein bedeutsamer Faktor im Rahmen der Bewertung, wenn die Aufgabenstellung dazu zwingt. Das muss zu Beginn des Studiums nicht unbedingt der Fall sein. In den Examina ist die Schwerpunktsetzung dagegen ein wesentlicher Erfolgsfaktor, weil sie die Fähigkeit der Prüflinge zeigt, unter Zeitdruck das Wesentliche eines juristischen Falles zu erkennen und sich darauf zu fokussieren. Wer sich nicht auf das Wesentliche konzentriert, wird es aufgrund des massiven Zeitdrucks nicht schaffen, das Wesentliche des Falls auch vollständig darzustellen.

III. Reduzierte Obersätze und praktische Entscheidungen

Eine reduzierte Subsumtionstechnik, deren Obersätze sich streng am Gesetz orientieren und die auf Hypothesen und andere Einleitungssätze verzichtet, legt die Basis dafür, dass Referendare nach dem Studium und später Assessorinnen auf dem schnellsten Weg zu praktisch verwertbaren Entscheidungen gelangen. Entsprechendes gilt für anwaltliche Schriftsätze. Warum das so ist, wird im Folgenden dargelegt.

1. Das Rechtsgutachten als Vorbereitung praktischer Entscheidungen

Das juristische Gutachten ist keine wissenschaftliche Arbeit, deren Wert sich bereits aus sich selbst heraus ergeben kann, nämlich die wissenschaftliche Erkenntnis.[25] Der Sinn des juristischen Gutachtens besteht in der Praxis immer darin, eine Entscheidung vorzubereiten. Das gilt unabhängig von der Perspektive: Richterin, Staatsanwalt, Rechtsanwältin, Verwaltungsjurist. Jede dieser Praktikerinnen, oder ein von ihnen beauftragter Gutachter, bereitet durch die zumindest gedankliche Anfertigung eines Gutachtens eine praktische Entscheidung (Urteil, Beschluss, Bescheid, Einstellung des Strafverfahrens) oder einen Antrag in einem Verfahren vor. Studierende lernen die Anfertigung dieses Gutachtens zur Ermittlung der Rechtslage auf der Basis eines feststehenden Sachverhalts.[26] Das ist der erste Schritt der juristischen Ausbildung auf dem Weg zum Erwerb der Befähigung zum Richteramt i.S.d. § 5 Abs. 1 DRiG.

Hierauf aufbauend werden Referendare die Perspektive der oben beschriebenen Praktikerinnen einnehmen. Deshalb ändern sich zwei wesentliche Aspekte: Erstens wird meist eine unsichere Tatsachengrundlage bewertet. Die Ermittlung des (streitigen) Sachverhalts – der im Studium noch feststeht – ist dann Teil der Aufgabe. Zweitens muss auf der Grundlage eines (häufig nicht auszuformulierenden) Gutachtens eine praktisch verwertbare Lösung produziert werden, ein Urteil, Anträge, ein Schriftsatz und so weiter.

2. Ähnlichkeit durch Reduktion: Strukturelle Verwandtschaft von Gutachten und Urteil

Die Basis der praktischen Entscheidung ist also das Gutachten. Wie verhält sich nun das Gutachten beziehungsweise die Gutachtentechnik zum Urteilsstil, in dem jede praktische Entscheidung formuliert ist?[27] Der Veranschaulichung dient der folgende Auszug aus einem Revisionsurteil des BGH aus dem Jahr 2020[28] (Anmerkungen kursiv):

„[...]
Entscheidungsgründe:
Die Revision hat Erfolg. [= *Ergebnissatz*]
I. Das Berufungsgericht [...] hat ausgeführt, [...].

[22] Zum Vorwurf „mangelnder Arbeit am Gesetz“ *Bialluch/Wernert*, JuS 2018, 326 f.

[23] Vor einer Überbewertung des Auswendiglernens von Prüfungsschemata und Definitionen als eine Art „Hauptziel“ der Prüfungsvorbereitung muss gewarnt werden.

[24] Für diesen Hinweis danke ich der Studentin Frau *Justine Handrik*.

[25] Zur Bedeutung des Austauschs zwischen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis *Bitter*, WM 2020, 1764 (1774 f.).

[26] Auch wenn in der staatlichen Pflichtfachprüfung der Ersten Juristischen Prüfung einmal die Perspektive eines Rechtsanwalts eingenommen wird, ändert sich an der Aufgabenstruktur nichts.

[27] Streng genommen wäre daher die Bezeichnung „Entscheidungsstil“ präziser.

[28] BGH NJW-RR 20220, 1494.

> II. Das hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.[29] [= *Ergebnissatz*] Die Pensionsansprüche stellen keine wirtschaftlich einem Darlehen gleichstehende Forderung dar. [= *Ergebnissatz*] Es handelt sich um nicht nachrangige Insolvenzforderungen. [= *Ergebnissatz*]
> 1. Gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO sind nachrangige Verbindlichkeiten Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen. [= *Obersatz*]
> a) Ein Gesellschafterdarlehen liegt vor, wenn der Gesellschafter dem Schuldner einen Geldbetrag in einer vereinbarten Höhe zur Verfügung gestellt hat (§ 488 Abs. 1 Satz 1 BGB) und der Schuldner verpflichtet ist, das zur Verfügung gestellte Darlehen zurückzuzahlen (§ 488 Abs. 1 Satz 2 BGB). [= *Obersatz*] [...]
> b) Diesen Gesellschafterdarlehen stellt § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO in sachlicher Hinsicht Forderungen aus Rechtshandlungen gleich, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen. [= *Obersatz*] Maßgeblich ist, ob [...].
> 2. Nach diesen Maßstäben ist der Anspruch auf Altersruhegeld keine wirtschaftlich einem Darlehen gleichstehende Forderung [...].[30] [= *Ergebnissatz*]
> [...]." [*Jetzt folgt das, was im Gutachten der Untersatz ist. Das Gericht stellt das Ergebnis – im Gutachten der Schlusssatz – voran und begründet nun, warum nach dem gebildeten Maßstab, der zu entscheidende Lebenssachverhalt nicht die vom Kläger behaupteten Rechtsfolgen auslöst, also kein Anspruch besteht: Es liegt keine Gesellschafterdarlehensforderung vor und auch keine darlehensgleiche Forderung. Daher scheidet ein Anspruch aus §§ 143 Abs. 1, 135 InsO aus.*]

Wie sich anhand des Gliederungspunkts II. 1. dieses Urteils zeigt, sind Obersätze im hier beschriebenen Sinn[31] wie im Gutachten das Herz der Entscheidungsgründe[32] eines Urteils. Hypothesen und Einleitungssätze[33] finden sich dagegen in keiner (!) gerichtlichen (oder behördlichen) Entscheidung. Obersätze im Sinne des Syllogismus sind dagegen in jedem Urteil zu finden, *weil sie sich unmittelbar aus dem Gesetz ergeben*.

Die einzigen strukturellen Unterschiede zwischen dem vorstehenden Urteilstext und einem Gutachten nach der hier propagierten Technik bestehen darin, dass (1.) keine ausformulierten Gliederungspunkte verwendet werden und (2.) vor das gesamte „Gutachten" ein Ergebnissatz gestellt wird und erst dann die Begründung folgt – daher tauchen im Urteil häufig die Worte „denn" und „weil" als Überleitung zu einer Begründung auf[34]. Diese Darstellungsform soll insbesondere die unterlegene Partei davon überzeugen, die für sie bindende Entscheidung (ein Hoheitsakt[35]) zu akzeptieren[36] und sich gegen diese nicht mit einem Rechtsbehelf zu wehren. Sie soll damit weiteren Streit vermeiden und dient folglich dem Rechtsfrieden. Wie viele Zwischenergebnissätze jeweils den einzelnen Obersätzen voranstellt werden, ist Geschmackssache und hängt von der Komplexität des Falls ab.

3. Reduzierte Gutachtentechnik und Übergang vom Studium in die Praxis

Wenn Studierende davon ausgehen, sie müssten Prüfungsschritte mit Einleitungssätzen oder Hypothesen (oft im Konjunktiv) beginnen, die sie als Teil der Subsumtion verstehen, vergessen sie darüber häufig (oder es wurde ihnen nie erklärt), dass ihre Obersatzkonstruktion eine konditionale Struktur haben muss.[37] Sie gehen davon aus, dass Obersätze nichts als Hypothesen und Einleitungen sind und belassen es dann gerne dabei. Auf die Idee, Obersätze einfach aus dem Gesetz abzuschreiben, kommen sie häufig nicht. Das Problem ist nun, dass diese Studierenden, wenn sie Referendare sind, feststellen, dass in einem Urteil derartige „Obersätze" nicht vorkommen (siehe das Beispiel oben Ziff. 2). Sie denken dann, dass ein Urteil mit solchen Formulierungen „irgendwie nach Gutachten klingt" und das wollen sie unbedingt vermeiden.[38] Da sie aber vorher häufig nicht viel Wert darauf gelegt haben, zur Konstruktion von Obersätzen das Gesetz mit seiner konditionalen Struktur abzuschreiben, finden Sie ihre eigenen Formulierungen, die sie für charakteristisch für den „Gutachtenstil" halten, in keinem Urteil. Und dann stellt sich die für einen Juristen, der die Befähigung zum Richteramt anstrebt, elementare Frage: „Wie schreibe ich eigentlich ein Urteil?" Der Urteilsstil wirkt dann wie eine Technik, die komplett neu erlernt werden muss, so wie der Gutachtenstil am Anfang des Studiums. Das kann mühsam sein. Wer jedoch Obersätze im hier beschriebenen Sinn versteht, stellt fest, dass im Urteil exakt die gleichen Obersatzkonstruktionen vorkommen, wie im Gutachten. Das liegt daran, dass sie in beiden Fällen eins zu eins aus dem Gesetz abgeschrieben werden. Die „Sprache der Praktiker", deren Erlernen gerne als wichtiger Erfolgsfaktor im zweiten Examen genannt wird,

[29] Das bedeutet, dass die Rechtsanwendung auf den entschiedenen Sachverhalt durch das Berufungsgericht falsch ist. Die Revision kann gem. § 545 Abs. 1 ZPO nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht, dazu *Krüger*, in: Krüger/Rauscher (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 545 Rn. 3 ff.

[30] Im Gutachten wäre das der Ergebnissatz des Syllogismus, der in dem Beispielsurteil durch den Obersatz unter (1.) eingeleitet wurde.

[31] Ausf. *Weitbrecht*, ZJS 2022, 687.

[32] Daneben sind auch gerichtliche Leitsätze in aller Regel in der Obersatzstruktur formuliert.

[33] Im Stil von „Es müsste/muss [...] vorliegen.", oder „Es könnte ein Anspruch auf [...] bestehen."

[34] *Wieduwilt*, JuS 2010, 288 (290).

[35] *Wieduwilt*, Jus 2010, 288 (289).

[36] *Huber*, JuS 1987, 296 (297); *Stein*, JuS 2014, 320.

[37] Andernfalls taugt die Obersatzkonstruktion nicht für einen syllogistischen Schluss.

[38] Die Angst dürfte vergleichbar sein mit der studentischen Urangst vor Fehlern im Zusammenhang mit dem Trennungs- und dem Abstraktionsprinzip im Studium.

ist nicht selten schlicht die (knappe und auf das Wesentliche reduzierte) Sprache des Gesetzes.

Den Studierenden werden also unnötige Phrasen in ihrer späteren juristischen Ausbildung und Karriere behindern, weil sie Zeit kosten und spätestens im Referendariat ein Umdenken erfordern, weil sie in praktischen Entscheidungen niemals vorkommen. Richterinnen schreiben Obersätze aus dem Gesetz ab und verwenden keine Hypothesen und keinen Konjunktiv. Wenn Studierende Gutachten oder Syllogismen innerhalb des Gutachtens mit Formulierungen einleiten wie „Das Eigentum könnte nach § 929 S. 1 BGB übergegangen sein.“, „Es könnte ein Anspruch aus [...].“, „Dafür müsste [...].“ oder „Zu prüfen ist nun [...].“, gewöhnen sie sich daher etwas an, was nichts an der Überzeugungskraft der Argumentation ändert[39], unnötig Zeit kostet und ihnen spätestens dann im Weg steht, wenn sie auf der Basis von Gutachten praktische Entscheidungen entwerfen müssen. Wenn sie die unnötigen Phrasen und Formulierungen im Konjunktiv im Gutachten verwenden, müssen sie diese wieder streichen, wenn sie die Ergebnisse des Gutachtens in eine Entscheidung gießen. Wenn sie aber von Anfang an weggelassen werden, werden Referendare sehen, dass ihre Art zu denken, zu schreiben und Rechtsfolgen zu prüfen sich nicht besonders unterscheidet, ob sie nun ein Gutachten oder ein Urteil (oder sonstiger Entscheidungen) anfertigen. Dadurch kann wertvolle Zeit beim Entwerfen von Entscheidungen gespart werden, weil die Art des rechtsfolgenorientierten Denkens nicht geändert werden muss – außer das Ergebnis voranzustellen. Das Denken in der konditionalen Struktur des Gesetzes (wenn A, dann B) funktioniert gleich. Wer eine stringente und unmittelbar aus dem Gesetz abgeleitete Gutachtentechnik beherrscht, schreibt praktische Entscheidungen im Urteilsstil wie von allein.[40] Die Prüfung geht schneller, ohne einen Verlust an Überzeugungskraft und bei Steigerung der Präzision. Und es geht in Prüfung und Rechtspraxis meistens um Tempo. Das gilt in der auf Zeitdruck angelegten Examensklausur[41] genauso wie beispielsweise bei dem Versuch, als Staatsanwalt gegen die Aktenflut[42] anzukämpfen. Juristinnen sollten daher Zeit sparen, wo sie können.

Die vorstehenden Erkenntnisse können auch einen Erklärungsansatz dafür liefern, warum häufig davon gesprochen wird, Urteilsklausuren fielen im Zweiten Examen schlechter aus, als Anwaltsklausuren: Die Darstellungsform könnte vielen Referendaren aus den geschilderten Gründen schwerer fallen.

IV. „Gutachten“ in der zweiten juristischen Staatsprüfung

Im zweiten Examen werden ebenfalls „Gutachten“ gefordert, in der Regel als Vorbereitung eines ebenfalls anzufertigenden praktischen Teils (Entscheidung, Tenor, Antrag, Schriftsatz). Ob diese jedoch im Gutachtenstil (aus der vom Prüfungsamt stets beabsichtigten Zeitnot häufig über weite Teile als abgekürzter Feststellungsstil) oder im Urteilsstil geschrieben werden, ist den Korrigierenden oft relativ gleichgültig[43], solange die Prüfung strukturiert und auf das Wesentliche fokussiert erfolgt. Entscheidend ist, dass in der wenigen zur Verfügung stehenden Zeit ein überzeugendes und praktisch verwertbares Ergebnis produziert wird. Hier sollte aber von den örtlichen Gepflogenheiten ausgegangen und im Zweifel bei den zuständigen AG-Leitern nachgefragt werden. Wer sich eine gute Subsumtionstechnik angewöhnt hat, wird jedoch automatisch an den Stellen, an denen es kompliziert wird, auf den Syllogismus zurückgreifen und Obersätze direkt aus dem Gesetz abschreiben. Die Gutachtentechnik ist kein Selbstzweck, sondern führt automatisch zu einer strukturierten und rationalen Argumentation und in der Folge zu einem juristisch vertretbaren und bestenfalls sogar überzeugenden Ergebnis.

V. Fazit

Gesetze haben immer die konditionale Struktur von Obersätzen. Diese Struktur sollten sich Juristinnen und Juristen bei ihrer Arbeit in so weitem Umfang wie möglich zunutze machen. Daher sollten sie ihre Obersätze unmittelbar aus dem Gesetz herleiten. Eine möglichst auf ihren wesentlichen Kern reduzierte und streng am Gesetzeswortlaut orientierte Gutachtentechnik ist die beste Vorbereitung einer praktischen Entscheidung und damit die ideale Methode der Rechtsanwendung, weil Gutachten und gerichtliche (oder behördliche) Entscheidung (und auch anwaltliche Schriftsätze) sprachlich und logisch eine eng verwandte Struktur aufweisen. Alles was dem im Weg steht sollte grundsätzlich weggelassen werden.

Die vorstehend entwickelten Erkenntnisse weisen eine Parallele zu einer der vielleicht wichtigsten Fähigkeiten von Juristinnen und Juristen auf, nämlich dem Abstraktionsvermögen als Fähigkeit, durch Weglassen von Unnötigem das Wesentliche eines Sachverhalts zu ermitteln. Abstraktion ist jedenfalls in komplexen Fällen die Vorstufe zur Erbringung kognitiver Transferleistungen und der Anwendung von Recht durch eine überzeugende Prüfung von Rechtsfolgen. Wer sich das bewusst macht, dem wird (hoffentlich) auch die hier entwickelte These einleuchten, dass sich die Subsumtionstechnik als Handwerkszeug der Rechtsanwendung genau daran orientieren sollte: Sie sollte unter Weglassung des Unnötigen das Wesentliche zum Vorschein bringen („Wenn der Tatbestand erfüllt ist, dann greift die Rechtsfolge.“).

---

[39] Diese eher verwässert und durch eine kluge Gliederung, welche die Schritte der Prüfung veranschaulicht, obsolet wird. Dass innerhalb des Prüfungspunkts „Kaufvertrag“ geprüft wird, ob ein Kaufvertrag besteht, ist evident und bedarf keiner Klarstellung. Wer das hinter jeden Prüfungspunkt schreibt, verliert Zeit und das kann der Schwerpunktsetzung jedenfalls nicht förderlich sein.

[40] Das kann beispielsweise im Referendariat im Idealfall geschehen, indem der Referendar am PC ein Gutachten schreibt und anschließend einfach die Gliederung streicht und die Ergebnissätze verschiebt. Dann ist (natürlich vereinfacht formuliert) aus dem Gutachten strukturell betrachtet ein Urteil geworden.

[41] Zum typischen Zeitdruck in der Staatsanwaltsklausur *Rabe von Kühlewein*, JuS 2016, 436.

[42] Mir gegenüber äußerte ein Staatsanwalt einmal, seine Behörde arbeite ununterbrochen mit 80 % Personalbesetzung.

[43] So auch *Kaiser/Bracker*, Die Staatsanwaltsklausur im Assessorexamen, 7. Aufl. 2020, Rn. 21 ff.

Examensübungsklausur Arbeitsrecht: Unfairer Überraschungsbesuch

Von Akad. Oberrat Dr. **Thomas Klein**, Stud. iur. **Ferdinand Lentes**, Trier*

Das Individualarbeitsrecht gehört in allen Bundesländern zum zivilrechtlichen Prüfungsstoff der Ersten Juristischen Prüfung. Besondere Relevanz haben auf diesem Gebiet Fragen rund um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Diese bieten die Gelegenheit neben den Grundzügen der einschlägigen arbeitsrechtlichen Spezialgesetze auch Kenntnisse auf dem Gebiet des Allgemeinen Teils des BGB sowie des allgemeinen Schuldrechts zu prüfen. Ein lehrreiches Beispiel hierfür liefert ein Urteil des BAG v. 7.2.2019[1]*, welches die Grundlage für die nachfolgende Übungsklausur bildete. Der Fall kombiniert unterschiedliche Beendigungstatbestände mit typischen AT-Problemen und eignet sich deshalb hervorragend als Vorlage für eine Examensklausur. Außerdem brachte das Urteil eine wichtige Neuerung im Hinblick auf die Anforderungen an die Wirksamkeit von Aufhebungsverträgen, die wegen ihrer Aktualität bekannt sein sollte.*

Sachverhalt

K war seit dem 1.7.2020 bei der Unternehmerin B als Reinigungshilfe beschäftigt. Am 18.5.2021 erhielt sie von B einen handschriftlich unterschriebenen Brief. Darin erklärte B die Kündigung des Arbeitsverhältnisses „zum 22.6.2021, hilfsweise zum nächstzulässigen Termin". In einem weiteren an K gerichteten Schreiben vom 20.6.2021 teilte B mit, dass der Arbeitsvertrag bis zum 28.2.2022 „verlängert" werde. K setzte die Arbeit über den 22.6.2021 hinaus unverändert fort.

Am 15.2.2022 gegen 17 Uhr suchte L, der Lebenspartner von B, dem diese die tatsächliche Führung ihrer Geschäfte überlässt, die arbeitsunfähig erkrankte K in ihrer Wohnung auf. K lag zu diesem Zeitpunkt mit Fieber im Bett. Ihr Sohn ließ L herein und weckte sie. L hielt K mit der Bemerkung, dass er „ihre Faulheit nicht unterstützen" könne, einen von ihm vorbereiteten und bereits unterzeichneten Aufhebungsvertrag mit folgendem Inhalt hin:

> „Das zwischen B und K geschlossene Arbeitsverhältnis wird einvernehmlich zum 15.2.2022 ohne Zahlung einer Abfindung beendet."

K unterschrieb den Vertrag unter dem Einfluss des Schmerzmittels Paracetamol, um schnell wieder ins Bett zurückkehren und sich der unangenehmen Situation entziehen zu können. Die weitreichenden Folgen der Vertragsauflösung wurden ihr erst hinterher bewusst.

Mit Schreiben vom 17.2.2022 erklärte der von K beauftragte Rechtsanwalt R unter Vorlage der ihm erteilten Prozessvollmacht gegenüber B die Anfechtung des Aufhebungsvertrags wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und Drohung. Hilfsweise widerrief er die Zustimmung zum Vertragsschluss.

Mit Klage vom 17.3.2022 begehrt R die Feststellung, „dass das Arbeitsverhältnis zwischen K und B weder durch den Vertrag vom 15.2.2022 noch auf andere Weise aufgelöst wurde und über den 28.2.2022 hinaus fortbesteht". Der Klageschrift hat R als Anlage das Schreiben der B vom 20.6.2021 sowie den Aufhebungsvertrag vom 15.2.2022 beigefügt. In der Klagebegründung führt er unter anderem aus, dass L mit seinem „unfairen Überrumpelungstrick" seine „Fürsorgepflicht" gegenüber K verletzt habe. Außerdem habe K den Vertrag „geradezu im Fieberwahn" unterschrieben. Ferner benachteilige der von L vorbereitete Vertrag K unverhältnismäßig, da er keine Abfindung vorsehe.

Fallfrage

Hat die zulässige Klage Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitungshinweise

Die Fallfrage ist zu begutachten, wobei auf alle rechtlichen Aspekte – erforderlichenfalls in einem Hilfsgutachten – einzugehen ist. Bearbeitungszeitpunkt ist der 17.3.2022.

Bearbeitungsdauer: fünf Stunden

Hilfsmittel: Habersack, Deutsche Gesetze, Sammlung des Zivil-, Straf- und Verfahrensrechts, Stand: 188. EL., 1.2.2022

Arbeitsgesetze, dtv 5006, 100. Aufl. 2022.

Vorüberlegungen

Da nach den Erfolgsaussichten der *zulässigen* Klage gefragt ist, beschränkt sich die Aufgabenstellung auf die Prüfung der Begründetheit. Wer diesen Hinweis übersieht, sollte spätestens bei der ersten gedanklichen Prüfung stutzig werden, weil der Sachverhalt keine hinreichenden Informationen für eine Zulässigkeitsprüfung liefert.

Den Ausgangspunkt für die Entwicklung der Falllösung bildet der von R gestellte Klageantrag, dessen Erfolgsaussichten zu begutachten sind. Es handelt sich um einen für Beendigungsstreitigkeiten typischen Feststellungsantrag (vgl. dazu auch § 4 S. 1 KSchG sowie § 17 S. 1 TzBfG). Dies hat nicht nur Folgen für die hier nicht zu prüfende Zulässigkeit (§ 256 ZPO), sondern auch für den Prüfungsaufbau im Rahmen der Begründetheit. An die Stelle einer Prüfung entlang der Tatbestandsvoraussetzungen einer Anspruchsgrundlage (Anspruchsaufbau) tritt eine vom ursprünglichen Bestand des Arbeitsverhältnisses ausgehende Prüfung möglicher Beendigungstatbestände. Daraus ergeben sich zwei Schritte: Zuerst muss festgestellt werden, ob überhaupt ein Arbeitsverhältnis bestand, denn anderenfalls scheidet dessen Beendigung logisch aus. In diesem Schritt können etwa Probleme rund um den Vertragsschluss oder die Frage nach der rechtlichen Einordnung eines Vertragsverhältnisses relevant werden. Oft fällt dieser Prüfungspunkt jedoch – wie im vorliegenden Fall – kurz aus, weil ursprünglich unstreitig ein Arbeitsverhältnis bestand. Im zweiten Schritt sind dann ausgehend vom Bestand des Arbeitsverhältnisses mögliche Beendigungstatbestände zu prüfen. Die Reihenfolge dieser Prüfung wird durch die möglichen Beendigungstermine vorgegeben. Zu beginnen

* Der Autor *Klein* ist Wiss. Mitarbeiter im Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Union (IAAEU) in Trier und Lehrbeauftragter an der Universität Trier. Der Autor *Lentes* ist Stud. Hilfskraft am IAAEU.

[1] BAG, Urt. v. 7.2.2019 – 6 AZR 75/18 = NZA 2019, 688.

ist mit dem Beendigungstatbestand, der das Arbeitsverhältnis zum frühestmöglichen Zeitpunkt beenden könnte. Dies muss insbesondere bei mehreren Kündigungen nicht notwendig die zuerst erklärte Kündigung sein. Wurde beispielsweise zunächst eine Kündigung mit einer Frist von drei Monaten ausgesprochen und wenige Tage später nochmals außerordentlich fristlos gekündigt, ist mit der außerordentlichen Kündigung zu beginnen.

Für den vorliegenden Sachverhalt ergibt sich aus diesen Erkenntnissen, dass die Lösung keineswegs sofort auf die Wirksamkeit des Aufhebungsvertrags „springen" darf. Zwar steht nicht in Streit, dass seit dem 1.7.2020 ein Arbeitsverhältnis zwischen K und B bestand. Dieses Arbeitsverhältnis könnte jedoch nach den im Sachverhalt geschilderten Geschehnissen bereits durch die Kündigung vom 18.5.2021 beendet worden sein. Die Lösung ist daher ausgehend von dieser Kündigung entlang der weiteren Geschehnisse zu entwickeln.

Lösungsvorschlag

Die zulässige Klage hat Erfolg, wenn sie begründet ist. Dies setzt voraus, dass zwischen K und B ein Arbeitsverhältnis bestand, welches weder durch den Vertrag vom 15.2.2022 noch auf andere Weise aufgelöst wurde.

I. Begründung eines Arbeitsverhältnisses

Das Arbeitsverhältnis wurde am 1.7.2020 durch Abschluss eines Arbeitsvertrags (§ 611a Abs. 1 S. 1 BGB) zwischen K und B begründet.

II. Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung

Das auf unbestimmte Zeit geschlossene Arbeitsverhältnis könnte durch Kündigung vom 18.5.2021 gem. § 620 Abs. 2 BGB beendet worden sein.

1. Ordnungsgemäße Kündigungserklärung

Als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung muss die Kündigung zu ihrer Wirksamkeit durch den Kündigungsberechtigten oder seinen Vertreter erklärt werden, dem Empfänger zugegangen sein (§ 130 Abs. 1 BGB) und die Schriftform wahren (§ 623 BGB). Der von der Kündigungsberechtigten B unterschriebene Brief, in dem ihr Wille, das Arbeitsverhältnis zum 22.6.2021 bzw. zum nächstmöglichen Zeitpunkt zu beenden, für einen objektiven Empfänger (vgl. §§ 133, 157 BGB) eindeutig zum Ausdruck kommt, wahrt die Schriftform i.S.v. § 126 Abs. 1 BGB und ist der Kündigungsempfängerin K durch Übergabe am 18.5.2021 zugegangen. Eine ordnungsgemäße Kündigungserklärung liegt damit vor.

2. Wirksamkeit der Kündigung aufgrund Fiktionswirkung gem. § 7 KSchG i.V.m. § 4 S. 1 KSchG

Die Kündigung müsste, die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes (§§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 KSchG) vorausgesetzt,[2] sozial gerechtfertigt sein. Aus dem Sachverhalt gehen keinerlei Anhaltspunkte für eine soziale Rechtfertigung der Kündigung gem. § 1 Abs. 1 und 2 KSchG hervor. Allerdings könnte diese – ebenso wie die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes – dahinstehen, wenn die Klagefrist nach § 4 S. 1 KSchG nicht eingehalten wurde. Bei Nichteinhaltung dieser Frist gilt die Kündigung gem. § 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam. Zu prüfen ist daher, ob K innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage beim Arbeitsgericht erhoben hat (§ 4 S. 1 KSchG). Die Fristberechnung richtet sich gem. § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG i.V.m. § 222 Abs. 1 ZPO nach den §§ 187 ff. BGB. Demnach hätte K das Arbeitsgericht unter Zugrundelegung der §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB bis zum 8.6.2021 anrufen müssen. Diese Frist wurde mit der Klageerhebung des von K bevollmächtigten R am 17.3.2022 nicht gewahrt. Es kann daher dahinstehen, ob der von R gestellte Klageantrag, in dem die Kündigung vom 18.5.2021 nicht ausdrücklich genannt wird,[3] den Anforderungen des § 4 S. 1 KSchG genügt. Die Kündigung gilt nach § 7 KSchG als von Anfang an wirksam. Auf die soziale Rechtfertigung der Kündigung kommt es daher im Ergebnis nicht an.

3. Kündigungsfrist, § 622 BGB

Das Arbeitsverhältnis endet aufgrund der Kündigung gem. §§ 620 Abs. 2, 622 BGB nicht bereits mit Wirksamwerden der Kündigungserklärung, sondern erst mit Ablauf der Kündigungsfrist. Die Grundkündigungsfrist beträgt nach § 622 Abs. 1 BGB vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats. Wenn das Arbeitsverhältnis im Betrieb oder Unternehmen zwei Jahre oder länger bestanden hat, gelten für die Kündigung durch den Arbeitgeber gem. § 622 Abs. 2 BGB verlängerte Kündigungsfristen. Da K zum Zeitpunkt der Kündigung erst seit zehn Monaten bei B beschäftigt war, sind diese allerdings nicht einschlägig. Die Kündigung konnte folglich gem. § 622 Abs. 1 BGB mit einer Frist von vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats erklärt werden.

Mit der am 18.5.2021 erklärten Kündigung zum 22.6.2021 hat B zwar die Frist von vier Wochen gewahrt. Das in der Kündigung angegebene Datum stellt aber keinen nach § 622 Abs. 1 BGB zulässigen Kündigungstermin dar. Allerdings beinhaltete das Schreiben zusätzlich die Erklärung, dass B hilfsweise zum nächstzulässigen Termin kündigen möchte. Die Erklärung ist daher aus objektiver Empfängersicht gem. §§ 133, 157 BGB als Kündigung zum 30.6.2021 auszulegen.

[2] Die Anwendbarkeit lässt sich auf Grundlage der Sachverhaltsangaben nicht abschließend beurteilen. K war zum Zeitpunkt der Kündigung zwar zehn Monate bei B beschäftigt, so dass die nach § 1 Abs. 1 KSchG erforderliche Wartezeit von sechs Monaten erfüllt ist. Es fehlen jedoch Angaben zur Betriebsgröße, die für die Beurteilung des betrieblichen Geltungsbereichs gem. § 23 Abs. 1 KSchG erforderlich wären.

[3] Siehe dazu etwa *Kerwer*, in: Beck'scher Online-Kommentar ArbR, Stand: 1.6.2022, KSchG § 4 Rn. 33 ff.

4. Auswirkungen der „Verlängerung" des Arbeitsverhältnisses auf die Wirksamkeit der Kündigung

Fraglich ist, welche Auswirkungen die durch Schreiben der B vom 20.6.2021 erklärte Verlängerung des Arbeitsvertrags bis zum 28.2.2022 auf die Kündigung vom 18.5.2021 hat. Die Erklärung lässt sich gem. §§ 133, 157 BGB dahingehend verstehen, dass B nicht an der Kündigung zum nächstmöglichen Zeitpunkt festhalten möchte. Eine Rücknahme der einseitigen Willenserklärung ist nach deren Wirksamwerden (dazu bereits unter 1.) allerdings ausgeschlossen, wie sich aus § 130 Abs. 1 S. 2 BGB ergibt, wonach ein Widerruf spätestens gleichzeitig mit der Erklärung zugehen muss. In Betracht käme damit allenfalls noch eine Anfechtung, die nach § 142 Abs. 1 BGB eine anfängliche Nichtigkeit der Kündigung zur Folge hätte. Für eine solche ist jedoch kein Anfechtungsgrund ersichtlich. Die Erklärung der B vom 20.6.2021 hat auf die Wirksamkeit der Kündigung demnach keine Auswirkungen.

5. Ergebnis

Das Arbeitsverhältnis zwischen K und B wurde folglich aufgrund der Kündigung vom 18.5.2021 zum 30.6.2021 wirksam beendet.

III. Stillschweigende Verlängerung gem. § 625 BGB

Das Arbeitsverhältnis zwischen K und B könnte gem. § 625 BGB allerdings trotz der als von Anfang an wirksam geltenden Kündigung als auf unbestimmte Zeit verlängert gelten. Nach § 625 BGB wird eine solche Verlängerung kraft schlüssigen Verhaltens fingiert[4], wenn das Arbeitsverhältnis nach seinem Ablauf vom Arbeitnehmer mit Wissen und ohne unverzüglichen Widerspruch des Arbeitgebers fortgesetzt wird.

Da der speziellere § 15 Abs. 5 TzBfG a.F.[5] mangels Befristung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses nicht einschlägig ist, ist der Anwendungsbereich des § 625 BGB eröffnet.[6]

Weiterhin setzte K, wie von § 625 BGB gefordert, trotz Kündigung ihre Tätigkeit mit Wissen der B fort.

Allerdings könnte B der Fortsetzung auf unbestimmte Zeit durch ihr Schreiben vom 20.6.2021 widersprochen haben. Ein unverzüglicher Widerspruch liegt jedenfalls konkludent vor, wenn der Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung nur für einen befristeten Zeitraum vorsieht und dies der Arbeitnehmerin im zeitlichen Zusammenhang mit dem Ablauf der Vertragszeit mitteilt. Die im zeitlichen Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 30.6.2021 stehende Mitteilung der B vom 20.6.2021, dass der Arbeitsvertrag bis zum 28.2.2022 verlängert werde, ist demnach als konkludenter Widerspruch gegen eine unbefristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses anzusehen, so dass die Fiktionswirkung des § 625 BGB nicht greift.

IV. Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages

Die genannte Mitteilung vom 20.6.2021 hinsichtlich der „Verlängerung" des Arbeitsvertrags bis zum 28.2.2022 kann jedoch gem. §§ 133, 157 BGB als Antrag der B auf Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags ausgelegt werden. In der Weiterarbeit der K kann eine konkludente Annahme dieses Angebots gesehen werden. Fraglich ist, ob K das Angebot der B angesichts des für befristete Arbeitsverträge nach § 14 Abs. 4 TzBfG geltenden Schriftformerfordernisses konkludent annehmen konnte. Gem. § 14 Abs. 4 TzBfG bedarf jedoch nur die Befristung, d.h. die Befristungsabrede, zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Der von der Befristungsabrede zu trennende Abschluss des Arbeitsvertrags ist demnach weiterhin formlos möglich. § 14 Abs. 4 TzBfG steht daher der konkludenten Annahme des Vertragsangebots nicht entgegen. Somit ist durch Angebot und Annahme (§§ 145 ff. BGB) ein neuer Arbeitsvertrag zustande gekommen.

V. Beendigung des neubegründeten Arbeitsverhältnisses durch Aufhebungsvertrag

Das neu begründete Arbeitsverhältnis könnte aber durch Abschluss eines wirksamen Aufhebungsvertrags gem. § 311 Abs. 1 BGB zwischen K und B mit Wirkung zum 15.2.2022 beendet worden sein.

1. Zustandekommen eines Aufhebungsvertrages

Ein Aufhebungsvertrag setzt den übereinstimmenden Willen der Arbeitsvertragsparteien voraus, das Arbeitsverhältnis zu beenden.

L hat K am 15.2.2022 einen von ihm unterzeichneten Vertragsentwurf vorgelegt, der die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 15.2.2022 vorsah. Dieser Entwurf ist gem. §§ 133, 157 BGB als Angebot auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages mit Wirkung zum 15.2.2022 auszulegen. Dieses Angebot hat K durch ihre Unterschrift angenommen. Ein Aufhebungsvertrag ist damit zustande gekommen.

Dieser zwischen K und L geschlossene Vertrag konnte das zwischen K und B bestehende Arbeitsverhältnis allerdings nur auflösen, wenn die Willenserklärung des L gem. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB der B zugerechnet werden kann. Es ist daher zu prüfen, ob eine wirksame Stellvertretung vorlag. Eine solche setzt voraus, dass L innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen der B eine Willenserklärung abgegeben hat (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB).

---

[4] *Müller-Glöge*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. Aufl. 2022, BGB § 625 Rn. 1.

[5] § 15 Abs. 5 TzBfG a.F. findet sich infolge der Einfügung des § 15 Abs. 3 TzBfG n.F. durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1152 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union im Bereich des Zivilrechts und zur Übertragung von Aufgaben an die Sozialversicherung für Landwirtschaft, Forsten und Gartenbau v. 20.7.2022 (BGBl. I 2022, S. 1174) seit dem 1.8.2022 in § 15 Abs. 6 TzBfG wieder. Inhaltliche Änderungen sind mit der Verschiebung der Norm nicht verbunden.

[6] Zum Verhältnis zu § 15 Abs. 5 TzBfG und zum verbleibenden Anwendungsbereich des § 625 BGB siehe: BAG, Urt. v. 18.9.2003 – 2 AZR 498/02 = NZA 2004, 255, 256.

L handelte offenkundig im Namen der B mit eigenem Erklärungsspielraum und war nicht lediglich Bote der B. Seine Vertretungsmacht kann sich nur aus rechtsgeschäftlich erteilter Vertretungsmacht ergeben. Zur Erteilung einer solchen Vollmacht (§ 166 Abs. 2 S. 1 BGB) bedarf es gem. § 167 Abs. 1 BGB einer Erklärung des Vollmachtgebers gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll. Eine ausdrückliche Vollmachterteilung in Bezug auf das vorliegende Rechtsgeschäft liegt zwar nicht vor. Allerdings überließ B dem L die tatsächliche Führung ihrer Geschäfte, worin eine konkludente Bevollmächtigung zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags mit K gesehen werden kann.

Fraglich ist allerdings, ob die formlose Vollmachterteilung angesichts des § 623 BGB wirksam ist. Nach dieser Vorschrift bedarf ein Aufhebungsvertrag zu seiner Wirksamkeit der Schriftform (§ 126 BGB). § 167 Abs. 2 BGB stellt zwar klar, dass die Erklärung des Vertretenen nicht der Form des Rechtsgeschäfts bedarf, auf das sich die Vollmacht bezieht. Allerdings ist diese Norm nach h.M. teleologisch zu reduzieren, wenn anderenfalls die Warnfunktion von Schutzvorschriften zulasten des Vollmachtgebers unterlaufen würde oder wenn die Vollmacht unwiderruflich ist.[7] Nach Ansicht des BAG dient § 623 BGB jedoch vorrangig der Stärkung der Rechtssicherheit.[8] Die neben dieser Beweisfunktion bestehende Warnfunktion des Formerfordernisses sei nicht geeignet, eine Abweichung von der klaren Regelung des § 167 Abs. 2 BGB zu begründen.[9] Dieser Ansicht ist zumindest im Hinblick auf die Bevollmächtigung eines Vertreters durch den Arbeitgeber zu folgen. Für den Arbeitgeber hat die Warnfunktion des § 623 BGB regelmäßig eine geringere Bedeutung, da das Arbeitsverhältnis für ihn – anders als für den Arbeitnehmer – typischerweise keine existenzielle Bedeutung hat. § 623 BGB gebietet daher im vorliegenden Fall keine teleologische Reduktion. Die Vollmacht ist auch nicht entgegen des in § 168 S. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Grundsatzes unwiderruflich, weshalb auch insofern eine teleologische Reduktion des § 167 Abs. 2 BGB ausscheidet. Die Erteilung der Vollmacht bedurfte daher nicht der Schriftform, sondern konnte konkludent erfolgen. L handelte demzufolge innerhalb der ihm aufgrund der Vollmacht zustehenden Vertretungsmacht. Die von ihm abgegebene Willenserklärung ist folglich der B zuzurechnen.

Es bleibt daher festzuhalten, dass durch die Unterzeichnung des von L vorbereiteten Vertragsentwurfs ein Auflösungsvertrag zwischen B und K zustande gekommen ist.

[7] Zu den verschiedenen Fallgruppen, in denen eine teleologische Reduktion überwiegend befürwortet wird, siehe: *Schubert*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 167 Rn. 25 ff.

[8] BAG, Urt. v. 28.11.2007 – 6 AZR 1108/06 = NZA 2008, 348 (350 Rn. 23).

[9] BAG, Urt. v. 28.11.2007 – 6 AZR 1108/06 = NZA 2008, 348 (350 Rn. 23).

2. Formnichtigkeit gem. § 125 BGB

Da der Aufhebungsvertrag schriftlich fixiert und von L und K handschriftlich unterzeichnet wurde, genügt er der nach § 623 BGB zu wahrenden Schriftform i.S.v. § 126 BGB und ist folglich nicht gem. § 125 BGB nichtig.

3. Nichtigkeit wegen vorübergehender Störung der Geistestätigkeit (§ 105 Abs. 2 Alt. 2 BGB)

Die Willenserklärung der K könnte aber gem. § 105 Abs. 2 BGB nichtig sein. Nach § 105 Abs. 2 BGB ist eine Willenserklärung nichtig, wenn sie entweder im Zustand der Bewusstlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit abgegeben worden ist. Im vorliegenden Fall war B zwar bei Bewusstsein, sie litt aber an Fieber. Es könnte daher eine Störung der Geistestätigkeit gem. § 105 Abs. 2 Alt. 2 BGB vorliegen. Eine solche setzt allerdings voraus, dass die Geistestätigkeit derart gestört war, dass eine freie Willensbildung ausgeschlossen war. Demgegenüber reicht es nicht aus, dass die freie Willensbestimmung bei der Abgabe der Willenserklärung nur geschwächt oder gemindert war oder der Verhandlungspartner leicht beeinflussbar war.[10] Laut Sachverhalt hatte K zwar Fieber und stand unter dem Einfluss des Schmerzmittels Paracetamol. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass das Fieber oder das Schmerzmittel zu einer so erheblichen Störung ihrer geistigen Fähigkeiten führten, dass ihre freie Willensbildung ausgeschlossen oder erheblich beeinträchtigt gewesen wäre. Die Voraussetzungen des § 105 Abs. 2 Alt. 2 BGB liegen demnach nicht vor.

4. Nichtigkeit wegen Anfechtung gem. § 142 Abs. 1 BGB

Der Vertrag könnte jedoch infolge einer Anfechtung der K nach § 142 Abs. 1 BGB ex tunc nichtig sein. Dies setzt voraus, dass K die Anfechtung erklärt hat, die Anfechtungsfrist eingehalten wurde und ein Anfechtungsgrund vorlag.

a) Anfechtungserklärung

Zwar hat K selbst keine Anfechtungserklärung abgegeben. Das Schreiben des ordnungsgemäß bevollmächtigten R vom 17.2.2022, in dem die Anfechtung des Aufhebungsvertrags wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und Drohung erklärt wurde, kann ihr jedoch gem. § 164 Abs. 1 BGB zugerechnet werden. Die Anfechtungserklärung wurde gegenüber der B als Vertragspartnerin und damit gegenüber dem richtigen Anfechtungsgegner erklärt, § 143 Abs. 1, Abs. 2 BGB.

b) Anfechtungsfrist

Die Erklärung wurde ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 S. 1 BGB) zwei Tage nach möglicher Kenntnisnahme abgegeben. Damit wurde die gegenüber § 124 Abs. 1 BGB strengere Frist eingehalten, so dass die Anfechtungsfrist unabhängig vom konkreten Anfechtungsgrund in jedem Fall gewahrt ist.

[10] *Schneider*, in: Beck'scher Online-Grosskommentar BGB, Stand: 1.5.2022, § 105 Rn. 16.

c) Anfechtungsgrund

Fraglich ist allerdings, ob ein Anfechtungsgrund vorlag.

aa) Anfechtung wegen Inhalts- oder Erklärungsirrtums gem. § 119 Abs. 1 BGB

Ein Anfechtungsrecht wegen Irrtums könnte sich aus § 119 Abs. 1 BGB ergeben. Danach kann eine Willenserklärung wegen eines Inhalts- oder Erklärungsirrtums angefochten werden. Beim Inhaltsirrtum (§ 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB) irrt sich der Erklärende über die Bedeutung der von ihm (bewusst) abgegebenen Erklärung, die Vorstellungen des Erklärenden weichen also vom objektiven Sinn der Erklärung ab. Beim Erklärungsirrtum (§ 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB) weicht dagegen bereits die tatsächliche Erklärungshandlung von der beabsichtigten Erklärungshandlung des Erklärenden ab, er hat also eine andere Erklärung abgegeben, als er abgeben wollte, beispielsweise durch Versprechen, Verschreiben oder Vergreifen.[11]

K waren bei Abschluss des Vertrags die weitreichenden Folgen der Vertragsauflösung nicht bewusst. Der Irrtum bezog sich also nicht auf die Erklärungshandlung, so dass ein Erklärungsirrtum jedenfalls ausscheidet. Dass K bei Abgabe ihrer Erklärung nicht bewusst war, dass diese Erklärung zur Vertragsauflösung führt, ist ebenfalls nicht ersichtlich. Sie irrte sich vielmehr lediglich über die Folgen dieser Vertragsauflösung und damit über die rechtlichen Folgen ihrer Erklärung. Ein solcher Irrtum über die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung (Rechtsfolgenirrtum[12]) kann zwar unter § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB fallen. Dabei muss jedoch differenziert werden: Ein Inhaltsirrtum liegt nur vor, wenn das vorgenommene Rechtsgeschäft wesentlich andere als die beabsichtigten Wirkungen erzeugt.[13] Der nicht erkannte Eintritt zusätzlicher oder mittelbarer Rechtswirkungen stellt hingegen keinen Irrtum über den Inhalt der Erklärung mehr dar, sondern einen unbeachtlichen Motivirrtum.[14] Davon ausgehend ist der Irrtum der K unbeachtlich. K irrte sich lediglich über die Folgen der Vertragsauflösung und damit über mittelbare Auswirkungen ihrer Willenserklärung. Die Vertragsauflösung als unmittelbare Folge ihrer Willenserklärung war ihr hingegen bewusst. Eine Anfechtung gem. § 119 Abs. 1 BGB scheidet somit aus.

bb) Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB

Ein Anfechtungsgrund könnte sich ferner aus § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB ergeben. Diese Norm setzt voraus, dass K durch arglistige Täuschung zur Abgabe ihrer Willenserklärung bestimmt wurde. Erfasst sind vom Erklärungsempfänger sowie auch von einem Dritten verübte Täuschungen. Hat ein Dritter die Täuschung verübt, besteht das Anfechtungsrecht gem. § 123 Abs. 2 S. 1 BGB allerdings nur, wenn der Erklärungsempfänger die Täuschung kannte oder kennen musste. Dritter im Sinne dieser Norm ist jedoch nicht, wessen Verhalten dem Verhalten des Erklärungsempfängers gleichzusetzen ist.[15] Eine Täuschung durch seinen gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertreter muss der Erklärungsempfänger daher wie eine eigene Täuschung gegen sich gelten lassen.[16] Es kommt daher nicht darauf an, ob B Kenntnis von einer etwaigen Täuschung durch L hatte.

Allerdings ist bereits fraglich, ob überhaupt eine Täuschungshandlung vorliegt. Eine solche setzt die bewusste Vorspiegelung, Entstellung oder Unterdrückung von Tatsachen voraus. K wurden jedoch von L weder falsche Tatsachen vorgespielt noch wurden Tatsachen entstellt. Die Ausnutzung der Überrumpelungssituation stellt für sich noch keine Täuschungshandlung dar. Eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung scheidet also aus.

cc) Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung gem. § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB

In Betracht kommt schließlich eine Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung nach § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB. Eine Drohung im Sinne dieser Vorschrift setzt die Ankündigung eines künftigen Übels voraus, auf dessen Eintritt oder Nichteintritt der Drohende Einfluss hat oder zu haben behauptet.

Eine solche Drohung könnte in der Aussage liegen, dass L die „Faulheit der K nicht unterstützen werde“. Hierin ist jedoch zunächst nur eine Missbilligung und keine Androhung eines Übels zu sehen. Die Aussage könnte aber die versteckte Drohung[17] mit einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses enthalten. Eine solche Drohung wäre widerrechtlich, wenn ein verständiger Arbeitgeber eine solche Kündigung nicht ernsthaft in Erwägung ziehen durfte.[18] Hinsichtlich der Äußerung des L scheint es fraglich, ob K sie als versteckte Drohung mit einer Kündigung verstehen konnte. Diese Frage kann aber letztlich dahinstehen, da K den Aufhebungsvertrag jedenfalls nicht schloss, um eine Kündigung abzuwenden. Es fehlt daher zumindest an dem nach § 123 Abs. 1 BGB erforderlichen kausalen Zusammenhang zwischen Drohung und Abgabe der Willenserklärung. Daher scheidet auch eine Anfechtung nach § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB aus.

5. Unwirksamkeit der Beendigungsklausel gem. § 307 Abs. 1 BGB

Da der Aufhebungsvertrag von L aufgesetzt wurde, könnte die darin enthaltene Beendigungsklausel nach § 307 Abs. 1

[11] Zur Wiederholung der Anfechtungstatbestände im Einzelnen: *Musielak*, JuS 2014, 491 (493 ff.).

[12] Siehe dazu etwa: *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 20. Aufl. 2020, § 25 Rn. 36–37a.

[13] BGH, Urt. v. 29.6.2016 – IV ZR 387/15 = NJW 2016, 2954 (2955 Rn. 11) m.w.N.

[14] BGH, Urt. v. 29.6.2016 – IV ZR 387/15 = NJW 2016, 2954 (2955 Rn. 11) m.w.N.

[15] BGH, Urt. v. 20.11.1995 – II ZR 209/94 = NJW 1996, 1051 m.w.N.

[16] BGH, Urt. v. 20.11.1995 – II ZR 209/94 = NJW 1996, 1051 m.w.N.

[17] Zur Möglichkeit einer versteckten Drohung siehe: BGH, Urt. v. 7.6.1988 – IX ZR 245/86 = NJW 1988, 2599 (2601).

[18] BAG, Urt. v. 6.12.2001 – 2 AZR 396/00 = NJW 2002, 2196 (2197); vgl. auch BGH, Urt. v. 19.4.2005 – X ZR 15/04 = NJW 2005, 2766 (2771).

S. 1 BGB unwirksam sein.

a) Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB

Als Arbeitsverträge im weiteren Sinne[19] unterliegen Aufhebungsverträge nach § 310 Abs. 4 S. 2 BGB sachlich dem Anwendungsbereich der Vorschriften zur AGB-Kontrolle.

b) Vorliegen von AGB

Voraussetzung für eine gerichtliche Kontrolle am Maßstab des § 307 Abs. 1 BGB ist grundsätzlich, dass AGB i.S.v. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegen. Danach sind AGB für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die der Verwender bei Abschluss eines Vertrags stellt. Der von K unterzeichnete Aufhebungsvertrag wurde von L, der als Stellvertreter der B handelte, vorformuliert und gestellt. Der Vertrag war jedoch lediglich zur einmaligen Verwendung bestimmt und daher nicht „für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert". Es liegen daher keine AGB i.S.v. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB vor.

Bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (Verbraucherverträge) finden die §§ 305c Abs. 2, 306 und 307 bis 309 BGB auf vorformulierte Vertragsbedingungen allerdings auch dann Anwendung, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der Verbraucher aufgrund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB).

B schloss den Aufhebungsvertrag mit K im Rahmen ihrer unternehmerischen Tätigkeit und daher als Unternehmerin i.S.v. § 14 Abs. 1 BGB.

Verbraucher ist gem. § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. K hat den Aufhebungsvertrag im Rahmen ihrer abhängigen Tätigkeit als Arbeitnehmerin (vgl. § 611a Abs. 1 S. 1 BGB) abgeschlossen. Das Rechtsgeschäft ist daher keiner gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit zuzurechnen. K hat den Vertrag folglich als Verbraucherin i.S.v. § 13 BGB geschlossen.[20] Es handelt sich somit um einen Verbrauchervertrag i.S.v. § 310 Abs. 3 BGB.

Als weitere Voraussetzung des § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB ist zu prüfen, ob K aufgrund der Vorformulierung keinen Einfluss auf den Inhalt des Vertrags nehmen konnte. Davon ist auszugehen, wenn der Verwender den gesetzesfremden Kerngehalt der Klausel nicht ernsthaft zur Disposition gestellt und dem Verwendungsgegner nicht erkennbar Gestaltungsfreiheit zur Wahrung seiner Interessen eingeräumt hat.[21] L legte der K den von ihm vorformulierten und bereits unterzeichneten Vertrag mit der Bemerkung, dass er ihre Faulheit nicht unterstützen könne, zur Unterschrift vor. Er ließ mit diesem Verhalten erkennen, dass der Inhalt des Vertrags nicht zur Disposition steht. K konnte daher aufgrund der Vorformulierung keinen Einfluss auf den Inhalt des Vertrags nehmen, sondern sich lediglich für oder gegen eine Unterzeichnung des Vertrags entscheiden.

Demnach liegen die Voraussetzungen des § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB vor. § 307 BGB findet daher auch auf den zur einmaligen Verwendung vorformulierten Aufhebungsvertrag Anwendung.

c) Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 1 BGB

Der Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unterliegen gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB jedoch nur Klauseln, die von Rechtsvorschriften abweichen oder solche ergänzen. Die in dem von L aufgesetzten Vertragsentwurf enthaltene Klausel, nach der das Arbeitsverhältnis einvernehmlich beendet wird, weicht allerdings weder von gesetzlichen Vorschriften ab, noch ergänzt sie solche. Die Beendigungsvereinbarung stellt vielmehr ein selbständiges Rechtsgeschäft dar, bei dem die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewissermaßen die „Hauptleistung" ist.[22] Die Beendigungsabrede unterliegt daher wie eine Abrede über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung aus Gründen der Vertragsfreiheit keiner Inhaltskontrolle.[23] Eine Unwirksamkeit der Beendigungsklausel gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB scheidet somit von vornherein aus. Unberührt bleibt gem. § 307 Abs. 3 S. 2 BGB jedoch das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen dieses Verbot ergeben sich aus der Formulierung des Vertrags allerdings nicht.

d) Ergebnis

§ 307 Abs. 1 BGB steht der Wirksamkeit der Beendigungsvereinbarung folglich nicht entgegen.

6. Widerruf des Aufhebungsvertrages

Der Aufhebungsvertrag könnte jedoch von K widerrufen worden sein, mit der Folge, dass K und B gem. § 355 Abs. 1 S. 1 BGB nicht mehr an ihre auf den Abschluss des Vertrags gerichteten Willenserklärungen gebunden sind. Dies setzt voraus, dass K durch Gesetz ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB eingeräumt wird und sie von diesem fristgerecht durch Widerrufserklärung Gebrauch gemacht hat.

a) Widerrufserklärung

Die nach § 355 Abs. 1 S. 2–4 BGB notwendige Widerrufserklärung hat R als rechtsgeschäftlicher Vertreter der K (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB) mit Schreiben vom 17.2.2022 gegenüber der B abgegeben.

b) Widerrufsrecht gem. § 355 BGB

Ein gesetzliches Widerrufsrecht gem. § 355 BGB könnte sich aus § 312g BGB ergeben. Danach steht dem Verbraucher

[19] Siehe dazu: *Bauer*, NZA 2002, 169 (172).

[20] Grundlegend zur Verbrauchereigenschaft von Arbeitnehmern: BAG, Urt. v. 25.5.2005 – 5 AZR 572/04 = NZA 2005, 1111.

[21] BAG, Urt. v. 19.5.2010 – 5 AZR 253/09 = NJW 2010, 2827.

[22] BAG, Urt. v. 8.5.2008 – 6 AZR 517/07 = NZA 2008, 1148; BAG, Urt. v. 27.11.2003 – 2 AZR 135/03 = NZA 2004, 597 (604).

[23] BAG, Urt. v. 27.11.2003 – 2 AZR 135/03 = NZA 2004, 597 (603).

unter anderem bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen ein Widerrufrecht nach § 355 BGB zu. Nach § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB liegt ein solcher Vertrag vor, wenn der Vertragsschluss bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Verbrauchers und des Unternehmers an einem Ort, der kein Geschäftsraum des Unternehmers ist, stattfindet. Dies könnte man hier wegen des Vertragsschlusses in der Wohnung der K annehmen.

Allerdings ist fraglich, ob die §§ 312 ff. BGB überhaupt Anwendung finden. Gem. § 312 Abs. 1 BGB finden die Vorschriften nur auf Verbraucherverträgen Anwendung, bei denen sich der Verbraucher zur Zahlung eines Preises verpflichtet. Wie bereits im Rahmen der AGB-Kontrolle festgestellt,[24] handelt es sich bei dem zwischen K und B geschlossenen Aufhebungsvertrag um einen Verbrauchervertrag (§ 310 Abs. 3 BGB).

Problematisch aber ist das Erfordernis der „Zahlung eines Preises" durch den Verbraucher.[25] Dieses Merkmal erfasst neben der Zahlung eines Preises in Geld auch alle anderen Gegenleistungen, denen nach der Verkehrsauffassung oder der besonderen Vereinbarung der Parteien Zahlungsfunktion zukommt.[26] Vorliegend beinhaltet der Vertrag keine Leistung durch K, sondern lediglich die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Es ließe sich allenfalls argumentieren, dass die Einwilligung in die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und der damit verbundene Verzicht auf zukünftige Verdienstmöglichkeiten eine Leistung des Arbeitnehmers darstellt.[27] Eine Zahlungsfunktion ließe sich allerdings auch auf Grundlage dieser Argumentation nur annehmen, wenn der Einwilligung in die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Gegenleistung des Arbeitgebers, insbesondere die Zahlung einer Abfindung, gegenüberstünde. Da es im vorliegenden Fall an einer solchen Gegenleistung des Arbeitgebers fehlt, kann letztlich offenbleiben, ob die Einwilligung in die Beendigung des Arbeitsverhältnisses überhaupt als eine Leistung mit Zahlungsfunktion angesehen werden kann. Es fehlt mangels Gegenleistung in jedem Fall an einer Verpflichtung des Verbrauchers zur Zahlung eines Preises i.S.d. § 312 Abs. 1 BGB.

Denkbar wäre wegen der vergleichbaren Überrumpelungssituation allerdings eine analoge Anwendung des § 312g BGB i.V.m. § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB. Unter Berücksichtigung der systematischen Zusammenhänge, des klaren Wortlauts und der Gesetzeshistorie[28] ist eine planwidrige Regelungslücke jedoch nicht ersichtlich. Eine analoge Anwendung scheidet daher aus.

Der Anwendungsbereich der §§ 312b, 312g BGB ist demzufolge nicht eröffnet.

c) Ergebnis

Der von R erklärte Widerruf blieb daher mangels Widerrufsrechts ohne Folgen.

7. Verstoß gegen das Gebot fairen Verhandelns

Der Aufhebungsvertrag könnte allerdings wegen eines Verstoßes gegen das Gebot fairen Verhandelns unwirksam sein.

a) Rechtliche Grundlage

Bei diesem Gebot handelt es sich nach der Rechtsprechung des BAG um eine vorvertragliche Nebenpflicht i.S.v. § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB.[29] Dem wird teils entgegengehalten, dass ein solches Instrument neben dem gesetzlichen Anfechtungs- und Widerrufsrecht nicht existieren könne und eine unzulässige Umgehung der gesetzgeberischen Entscheidung gegen ein Widerrufsrecht darstelle. Teils wird auch darauf abgestellt, dass eine Lösung über § 138 Abs. 1 BGB dogmatisch sauberer und gesetzeskonformer sei.[30] Für die Ansicht des BAG spricht jedoch, dass § 241 Abs. 2 BGB mit den „Interessen" auch die Entscheidungsfreiheit des anderen Vertragspartners schützt.[31] Das Gebot fairen Verhandelns beruht daher auf einer klaren gesetzlichen Grundlage. Die §§ 105 ff., §§ 119 ff. und § 138 BGB schließen einen Schutz der Entscheidungsfreiheit bei Vertragsverhandlungen unterhalb der Schwelle der von diesen Normen erfassten Willensmängel aus anderen rechtlichen Gründen nicht aus. Auch die Entscheidung des Gesetzgebers gegen die Einbeziehung arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge in den Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB wird durch das Gebot fairen Verhandelns nicht in Frage gestellt, denn der Arbeitnehmer erhält aufgrund dessen kein Recht, sich innerhalb einer bestimmten Frist ohne Begründung durch einseitige Erklärung von dem geschlossenen Vertrag zu lösen. Der Rechtsprechung des BAG ist daher zu folgen.

b) Verstoß gegen das Gebot

Ein Verstoß gegen § 241 Abs. 2 BGB liegt bei Verhandlungen über den Abschluss eines Aufhebungsvertrags vor, wenn eine Verhandlungssituation herbeigeführt oder ausgenutzt

[24] Siehe oben unter V. 5. b).

[25] Das Merkmal „zu der Zahlung eines Preises verpflichtet" geht auf die zum 1.1.2022 in Kraft getretene Änderung des § 312 Abs. 1 BGB durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, S. 2123) zurück. Zu der Frage, ob bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Aufhebungsverträgen auf Grundlage der alten Rechtslage ein Widerrufsrecht bestand, siehe: BAG, Urt. v. 7.2.2019 – 6 AZR 75/18 = NZA 2019, 688; *Kamanabrou*, NZA 2016, 919.

[26] *Wendehorst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 312 Rn. 40.

[27] In diesem Sinne (allerdings auf Grundlage der alten Rechtslage): *Fischinger/Werthmüller*, NZA 2016, 193 (196).

[28] Nach der Gesetzesbegründung zur Vorgängerbestimmung sollte der Anwendungsbereich nur eröffnet sein, wenn sich der Unternehmer zur Lieferung einer Ware oder Erbringung einer Dienstleistung verpflichtet, BT-Drs. 17/12637, S. 45.

[29] BAG, Urt. v. 7.2.2019 – 6 AZR 75/18 = NZA 2019, 688 (691 Rn. 31).

[30] *Fischinger*, NZA 2019, 729 (730 f.); *Holler*, NJW 2019, 2206 (2210); *Sutschet*, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.5.2022, § 311 Rn. 61.

[31] BAG, Urt. v. 7.2.2019 – 6 AZR 75/18 = NZA 2019, 688 (691 Rn. 34).

wird, die eine unfaire Behandlung des Vertragspartners darstellt.[32] Davon ist auszugehen, wenn eine psychische Drucksituation geschaffen oder ausgenutzt wird, die eine freie und überlegte Entscheidung des Vertragspartners erheblich erschwert oder sogar unmöglich macht.[33] Nicht ausreichend ist indes die fehlende Einräumung einer Bedenkzeit oder eines Rücktritts- oder Widerrufsrechts oder die fehlende vorherige Ankündigung der Unterbreitung einer Aufhebungsvereinbarung.[34] Genügen soll aber die Schaffung besonders unangenehmer und ablenkender Rahmenbedingungen, die Ausnutzung einer objektiv erkennbaren Schwäche sowie die Nutzung eines Überraschungsmoments.[35]

Indem L die K trotz ihrer Erkrankung unangekündigt zu Hause aufsuchte, schaffte er eine Überrumpelungssituation zulasten K. Zudem nutzte er die für ihn erkennbare Schwäche der erkrankten und gerade erst aufgewachten K aus, indem er ihr unvermittelt und mit der Bemerkung, dass er „ihre Faulheit nicht unterstützen“ werde, den von ihm vorbereiteten und bereits unterzeichneten Aufhebungsvertrag zur Unterschrift vorlegte. Mit dieser Vorgehensweise schaffte L eine Situation, in der K eine freie und überlegte Entscheidung erheblich erschwert war. Der überfallartige Besuch des L musste bei K geradezu einen „Fluchtinstinkt“ hervorrufen und sie dazu veranlassen, den vorgelegten Vertrag sofort zu unterschreiben, um sich der Situation schnell wieder entziehen zu können. Das Verhalten des L stellt daher einen Verstoß gegen das Gebot fairen Verhandelns dar.

c) Rechtsfolgen des Verstoßes

Fraglich ist, welche Rechtsfolgen der Verstoß gegen das Gebot fairen Verhandelns auslöst. Einigkeit besteht insofern, dass die schuldhafte Verletzung der aus § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB folgenden Pflicht einen Schadensersatzanspruch (§ 280 Abs. 1 BGB) begründet. Der Schaden des Arbeitnehmers besteht im Verlust seines Arbeitsplatzes und der damit verbundenen Verdienstmöglichkeiten. Dieser Schaden ist gem. § 249 Abs. 1 BGB im Wege der Naturalrestitution zu ersetzen. Nach einer Ansicht soll die Missachtung des Gebots fairen Verhandelns die Wirksamkeit des Aufhebungsvertrags daher unberührt lassen. Der Arbeitnehmer erhalte gem. § 249 Abs. 1 BGB lediglich einen Anspruch auf Neuabschluss des Arbeitsvertrags zu den bisherigen Konditionen.[36] Nach einer anderen Ansicht, die insbesondere das BAG vertritt, führt der Verstoß hingegen unmittelbar zur Unwirksamkeit des Aufhebungsvertrags.[37] Begründet wird diese Sichtweise im Wesentlichen damit, dass die Naturalrestitution anderenfalls u.U. erst durch Abgabe einer nach § 894 ZPO fingierten Willenserklärung erreicht werden könnte. Da diese bloßen Praktikabilitätserwägungen jedoch nicht über die eindeutigen gesetzlichen Vorgaben hinweghelfen können, ist die erste Ansicht vorzugswürdig. Nach § 249 Abs. 1 BGB hat der Schadensersatzschuldner den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Das Gesetz weist dem Ersatzverpflichteten also eine aktive Rolle bei der Naturalrestitution zu. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die geschuldete Handlung in der Abgabe einer bestimmten Willenserklärung besteht. Wie sich aus § 894 ZPO ergibt, wird die Abgabe einer Willenserklärung nicht schon deshalb fingiert, weil der Schuldner zu ihrer Abgabe verpflichtet ist, sondern erst unter der Voraussetzung, dass der Schuldner zur Abgabe der Willenserklärung verurteilt wurde.

d) Zwischenergebnis

Nach alledem liegt zwar ein Verstoß gegen das Gebot fairen Verhandelns vor. Dieser führt allerdings nicht zur Unwirksamkeit des Aufhebungsvertrags, sondern begründet lediglich einen Anspruch auf Neuabschluss eines Arbeitsvertrags zu den bisherigen Bedingungen.

8. Zwischenergebnis

Der zwischen K und B geschlossene Aufhebungsvertrag hat das Arbeitsverhältnis folglich nach hier vertretener Auffassung mit Wirkung zum 15.2.2022 beendet.

VI. Ergebnis

Die Feststellungsklage der K ist somit nach hier vertretener Ansicht unbegründet.

K hat jedoch gegen B einen Anspruch auf Neuabschluss eines Arbeitsvertrags zu den bisherigen Bedingungen. Zur Abgabe der auf diesen Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung kann B aufgrund des von R im Namen der K gestellten Feststellungsantrags jedoch nicht verurteilt werden, da es dem Gericht nach § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. §§ 495, 308 Abs. 1 S. 1 ZPO verwehrt ist, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist.

VII. Hilfsgutachten: Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der vereinbarten Befristung

Wird entgegen der hier vertretenen Ansicht mit der Rechtsprechung des BAG davon ausgegangen, dass die Missachtung des Gebots fairen Verhandelns zur Unwirksamkeit des Aufhebungsvertrags führt, folgt daraus noch nicht, dass die Klage Aussicht auf Erfolg hat. Die Unwirksamkeit des Aufhebungsvertrags hat lediglich zur Folge, dass dieser das Arbeitsverhältnis nicht beenden kann. Der Arbeitsvertrag könnte allerdings durch Ablauf einer Befristung gem. § 15 Abs. 1 TzBfG am 28.2.2022 beendet worden sein. Dies setzt jedoch voraus, dass eine wirksame Befristung vereinbart wurde.

Die Erklärung der B in ihrem Schreiben vom 20.6.2021, dass der Arbeitsvertrag bis zum 28.2.2022 „verlängert“ werde, ist gem. §§ 133, 157 BGB als Angebot eines bis zum 28.2.

[32] BAG, Urt. v. 7.2.2019 – 6 AZR 75/18 = NZA 2019, 688 (691 Rn. 34).
[33] BAG, Urt. v. 7.2.2019 – 6 AZR 75/18 = NZA 2019, 688 (691 Rn. 34).
[34] BAG, Urt. v. 7.2.2019 – 6 AZR 75/18 = NZA 2019, 688 (691 Rn. 34).
[35] BAG, Urt. v. 7.2.2019 – 6 AZR 75/18 = NZA 2019, 688 (691 Rn. 34).
[36] *Kamanabrou*, RdA 2020, 201 (210); *Fischinger*, NZA 2019, 729 (733); *Holler*, NJW 2019, 2206 (2210).
[37] BAG, Urt. v. 7.2.2019 – 6 AZR 75/18 = NZA 2019, 688 (691 Rn. 35 ff.).

2022 befristeten Arbeitsvertrages auszulegen. Wie bereits oben festgestellt wurde,[38] hat K dieses Angebot durch Fortsetzung ihrer Tätigkeit konkludent angenommen. Es ist daher zu prüfen, ob die getroffene Befristungsvereinbarung wirksam ist.

1. Wirksamkeitsfiktion gem. § 17 S. 2 TzBfG i.V.m. § 7 KSchG

Auf die Wirksamkeit kommt es jedoch nur an, wenn die Befristung nicht gem. § 17 S. 2 TzBfG i.V.m. § 7 KSchG als von Anfang an wirksam gilt. Diese Wirksamkeitsfiktion tritt ein, wenn K nicht innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsvertrages Befristungskontrollklage beim Arbeitsgericht erhoben hat (§ 17 S. 1, S. 2 TzBfG). Für die Berechnung der Klagefrist gelten gem. § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. § 222 Abs. 1 ZPO die §§ 187 ff. BGB. Unklar ist angesichts der in § 17 S. 1 TzBfG enthaltenen Formulierung („drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsvertrages"), ob für den Fristbeginn im Falle einer kalendermäßigen Befristung § 187 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB maßgeblich ist.[39] Die Frage kann jedoch dahinstehen. In beiden Fällen endet die Frist gem. § 188 Abs. 2 BGB mit Ablauf des 21.3.2022, so dass sie mit der Klageerhebung am 17.3.2022 gewahrt wurde.

Fraglich ist allerdings, ob die von R im Namen der K erhobene Feststellungsklage den Anforderungen des § 17 S. 1 TzBfG entspricht. Nach § 17 S. 1 TzBfG muss der Arbeitnehmer Klage auf Feststellung erheben, „dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der Befristung nicht beendet ist". Einen solchen Feststellungsantrag hat R zumindest wörtlich nicht gestellt. Stattdessen hat er die Feststellung beantragt, „dass das Arbeitsverhältnis zwischen K und B weder durch den Vertrag vom 15.2.2022 noch auf andere Weise aufgelöst wurde und über den 28.2.2022 hinaus fortbesteht". Die abweichende Wortwahl schließt jedoch nicht aus, dass der Antrag als Befristungskontrollantrag i.S.d. § 17 S. 1 TzBfG auszulegen ist. Als Prozesshandlung ist die Klageerhebung ebenso auslegungsfähig und auslegungsbedürftig wie eine private Willenserklärung.[40] Maßgeblich ist daher nicht allein der Wortlaut des gestellten Antrags. Es kommt vielmehr darauf an, dass sich aus dem Antrag, der Begründung oder den sonstigen Umständen bei Klageerhebung erkennen lässt, dass der Kläger geltend machen will, sein Arbeitsverhältnis habe nicht durch die zu einem bestimmten Zeitpunkt vereinbarte Befristung zu dem in dieser Vereinbarung vorgesehenen Termin geendet.[41]

Der Klageantrag muss folglich analog §§ 133, 157 BGB ausgelegt werden. Wie sich aus der Formulierung des Antrags ergibt, sollte der Antrag nicht nur die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Aufhebungsvertrag vom 15.2. 2022 erfassen. Als eine Beendigung „auf andere Weise" kann vielmehr auch die Beendigung aufgrund einer Befristung zählen. Zu berücksichtigen ist ferner der letzte Teil des Klageantrags, wonach festgestellt werden soll, dass das Arbeitsverhältnis über den 28.2.2022 hinaus fortbesteht. Diese Formulierung lässt den Parteiwillen erkennen, dass mit der Klage geltend gemacht werden soll, dass das Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der auf den 28.2.2022 datierten Befristung enden soll. Diese Auslegung wird zudem durch das der Klageschrift als Anlage beigefügte Schreiben der B vom 20.6.2021 bestätigt, mit dessen Vorlage zum Ausdruck gebracht wird, dass ihm für das Verfahren zumindest aus Sicht der Klägerin Bedeutung zukommt. Angesichts dieser Umstände ist der Klageantrag dahingehend auszulegen, dass auch die Feststellung begehrt wird, dass das Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der vereinbarten Befristung geendet hat.

Im Ergebnis wurde somit fristgemäß Befristungskontrollklage gem. § 17 S. 1 TzBfG erhoben. Die Befristung gilt nicht nach § 17 S. 2 TzBfG i.V.m. § 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam.

2. Wirksamkeit der vereinbarten Befristung

Die Befristung des Arbeitsvertrags ist nur wirksam, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist (§ 14 Abs. 1 TzBfG) oder ausnahmsweise eine sachgrundlose Befristung zulässig ist (§ 14 Abs. 2 bis 3 TzBfG). Außerdem bedarf die Befristung gem. § 14 Abs. 4 TzBfG der Schriftform.

a) Zulässigkeit der Befristung gem. § 14 Abs. 1–3 TzBfG

Gem. § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG ist die Befristung eines Arbeitsvertrages zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG enthält eine beispielhafte („insbesondere") Aufzählung möglicher Sachgründe. Darüber hinaus sind eine Reihe weiterer (unbenannter) Sachgründe anerkannt. Der Sachverhalt liefert allerdings weder Anhaltspunkte für das Vorliegen eines der in § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG genannten Sachgründe, noch für das Vorliegen eines anderen Sachgrundes. Eine sachliche Rechtfertigung der Befristung ist daher nicht ersichtlich.

Nach § 14 Abs. 2–3 TzBfG kann eine Befristung des Arbeitsvertrags unter bestimmten Voraussetzungen auch ohne sachliche Rechtfertigung zulässig sein. In Betracht kommt vorliegend eine sachgrundlose Befristung des Arbeitsvertrages gem. § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG. Danach ist eine kalendermäßige Befristung des Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig. Die Möglichkeit einer sachgrundlosen Befristung nach § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG wird allerdings durch § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG eingeschränkt. Danach ist eine Befristung nach S. 1 nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat.[42] Im vorliegenden Fall war K bereits seit dem 1.7.2020 aufgrund eines unbefristeten Arbeitsvertrags als Reinigungshilfe

[38] Siehe oben unter III.

[39] Siehe dazu *Backhaus*, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 6. Aufl. 2021, TzBfG § 17 Rn. 50.

[40] BAG, Urt. v. 16.4.2003 – 7 AZR 119/02 = NZA 2004, 283 (284).

[41] BAG, Urt. v. 24.8.2011 – 7 AZR 228/10 = NZA 2012, 385 (390 Rn. 47).

[42] Zur Verfassungsmäßigkeit dieser Norm und den aus verfassungsrechtlichen Gründen gebotenen Einschränkungen siehe: *Klein/Lentes*, ZJS 2022, 14.

bei B beschäftigt.[43] Es bestand daher bereits vor Abschluss des befristeten Vertrags ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber. Eine sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG ist daher wegen § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG nicht mehr zulässig.

Die Befristung des Arbeitsvertrags ist daher bereits mangels Zulässigkeit einer Befristung unwirksam.

b) Wahrung der Schriftform gem. § 14 Abs. 4 TzBfG

Darüber hinaus wurde die nach § 14 Abs. 4 TzBfG erforderliche Schriftform nicht gewahrt. Zwar genügt das im Schreiben der B vom 20.6.2021 enthaltene Angebot den Anforderungen nach § 126 Abs. 1 BGB. K hat dieses Angebot ihrerseits allerdings nur konkludent angenommen.[44] Es fehlt also die nach § 126 Abs. 2 BGB erforderliche Unterzeichnung des Vertrags durch beide Parteien. Die Befristungsabrede ist daher auch gem. § 14 Abs. 4 TzBfG unwirksam.

3. Rechtsfolgen

Die Unwirksamkeit der Befristung führt entgegen der allgemeinen Regel des § 139 BGB nicht zur Gesamtnichtigkeit des Arbeitsvertrags. Der Arbeitsvertrag bleibt vielmehr ohne die unwirksame Befristungsabrede erhalten und gilt als auf unbestimmte Zeit geschlossen (§ 16 S. 1 TzBfG).

4. Ergebnis des Hilfsgutachtens

Das Arbeitsverhältnis endete folglich nicht aufgrund der Befristung zum 28.2.2022. Wird entgegen der hier vertretenen Ansicht angenommen, dass der Aufhebungsvertrag vom 15.2.2022 das Arbeitsverhältnis nicht beendet hat, besteht das Arbeitsverhältnis zwischen K und B demnach über den 28.2.2022 hinaus fort. Die Klage wäre daher begründet und hätte demnach Aussicht auf Erfolg.

[43] Siehe bereits oben unter I.
[44] Siehe bereits oben unter III.

Referendarexamensklausur: Zivilprozessrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht

Von Akad. Rat a.Z. Dr. **Johannes Meier**, Wiss. Mitarbeiter **Jannik Heine**, Marburg*

Sachverhalt

Anlässlich der Coronapandemie haben F, C und M eine OHG gegründet, welche sich auf das Anbieten von Antigen-Schnelltests spezialisiert hat. Im Gesellschaftsvertrag ist vereinbart, dass im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt wird. Noch bevor die Gesellschaft am 1.9.2020 in das Handelsregister eingetragen wird, mietet F am 15.8.2020 im Einverständnis mit den übrigen Gesellschaftern von V Räumlichkeiten in Marburg an, in denen die Tests angeboten werden sollen.

Das Geschäft läuft zunächst gut. Erst nachdem der Bundestag im April 2022 das Bestehen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nicht verlängert und einen Großteil der Einschränkungen aufgehoben hat, sinkt die Nachfrage nach Schnelltests massiv, sodass die OHG Schwierigkeiten hat, ihre Kosten zu decken. Zu allem Unglück erkrankt F dann noch schwer an Corona und verstirbt, ohne ein Testament verfasst zu haben. Er hinterlässt zwei Kinder: A und B. Doch der Tod von F hat noch eine weitere Konsequenz. C erfährt nämlich am 15.6.2022, dass F überzeugter „Querdenker" und dementsprechend ungeimpft war. Im Rahmen der Vertragsverhandlungen hatte F noch erklärt, er würde sich impfen lassen, sobald die Möglichkeit dafür bestehen würde, da C betont hat, wie wichtig ihm die Solidarität unter Menschen sei. Tatsächlich wusste er von Anfang an, dass er sich niemals impfen lassen würde. Hätte C von den wahren Ansichten von F gewusst, hätte er niemals eine Gesellschaft mit ihm gegründet. Daher erklärt er am 17.6.2022 gegenüber A, B und M, dass er den Gesellschaftsvertrag wegen der Täuschung von F nicht mehr als bindend ansieht.

Da die OHG ihre Verbindlichkeiten gegenüber V nicht mehr erfüllen kann und inzwischen Schulden von 20.000 € hat, erwirkt V einen Titel gegen die OHG und lässt den Inhalt der Geschäftsräume pfänden. Unter den gepfändeten Gegenständen ist auch ein gewerblich genutzter PKW im Wert von 4.000 €, der auf dem Parkplatz der OHG geparkt ist. Der PKW steht indes im Eigentum von A. Sie wendet sich daher an das Amtsgericht Marburg und beantragt, die Zwangsvollstreckung in das Auto zu untersagen. V erwidert, selbst wenn das Auto A gehören würde, müsste sie trotzdem die Vollstreckung dulden, da sie als Gesellschafterin für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften würde.

Frage

Wird die Klage von A gegen die Pfändung des PKW Erfolg haben?

Lösungsvorschlag

Die Klage von A hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Klage von A ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

I. Statthaftigkeit

Es müsste eine Klage statthaft sein.

1. Vollstreckungsabwehrklage

Die Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 Abs. 1 ZPO ist statthaft, wenn die Person, die im Vollstreckungstitel als Titelschuldner genannt ist, die Aufhebung des Titels wegen Einwendungen gegen den titulierten Anspruch begehrt.[1] Durch die Klage gegen den Vollstreckungsgläubiger soll nicht eine einzelne Vollstreckungsmaßnahme abgewehrt, sondern die Vollstreckbarkeit des Vollstreckungstitels beseitigt werden.[2] Der titulierte Anspruch richtet sich nicht gegen A, sondern gegen die OHG, sodass nur diese, und nicht etwa die Gesellschafter prozessführungsbefugt sind.[3] Es wäre zwar denkbar, dass A als (mögliche) Gesellschafterin der OHG für diese die Klage erhebt, da die aus ihrer Gesellschafterstellung folgende Vertretungsmacht nach § 125 HGB auch das Recht umfassen würde, diese vor Gericht zu vertreten. Die Vertretung hätte aber deutlich gemacht werden müssen. Hinzu kommt, dass sich A nicht gegen die Vollstreckung als Ganzes wendet, sondern lediglich die Pfändung des PKW verhindern möchte. Aus den genannten Gründen ist die Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 Abs. 1 ZPO nicht statthaft.

2. Drittwiderspruchsklage

Die Drittwiderspruchsklage nach § 771 Abs. 1 ZPO ist statthaft, wenn die klagende Person behauptet, dass ihr ein die Veräußerung hinderndes Recht (sog. Interventionsrecht) zusteht. Fraglich ist zunächst was unter einem die Veräußerung hindernden Recht zu verstehen ist, da selbst das Eigentum – als absolutes Recht – wegen der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb eine Veräußerung nicht zu verhindern vermag. Diese terminologische Ungenauigkeit lässt sich aber historisch begründen. Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der ZPO galt noch das preußische Landrecht, welches einen Erwerb vom Nichtberechtigten nicht zuließ.[4] Der Begriff des Interventionsrechts bedarf daher einer am Sinn und Zweck des Rechtsbehelfs orientierten Auslegung. Entscheidend ist, dass der Schuldner, würde er den Vollstreckungsgegenstand veräußern, widerrechtlich in den Rechtskreis des Dritten eingrei-

* Die *Autoren* sind Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bankrecht sowie Rechtsvergleichung von Prof. *Dr. Sebastian Omlor*, LL.M. (NYU), LL.M. Eur. an der Universität Marburg.

[1] *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2021, § 44 Rn. 37.
[2] *Brox/Walker* (Fn. 1), § 44 Rn. 1.
[3] BGH NZG 2016, 221 Rn. 22; *K. Schmidt/Brinkmann*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2020, § 767 Rn. 44; a.A. *Voit*, in: Musielak/Voit, Zivilprozessordnung, Kommentar, 19. Aufl. 2022, § 767 Rn. 21: Frage der Aktivlegitimation.
[4] *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, 14. Aufl. 2022, Rn. 46.4.

fen würde.[5] A begehrt hier die Untersagung der Vollstreckung in den PKW und begründet dies mit ihrem (unbedingten) Eigentum. Letzteres stellt ein Interventionsrecht dar.[6] Somit ist die Drittwiderspruchsklage nach § 771 Abs. 1 ZPO statthaft.

II. Zuständigkeit

Ausschließlich örtlich zuständig ist nach den §§ 771 Abs. 1, 802 ZPO das Gericht, in dessen Bezirk die Zwangsvollstreckung erfolgt. Örtlich zuständig ist damit das Gericht des Bezirks Marburg. § 771 Abs. 1 ZPO regelt nur die örtliche Zuständigkeit, der ausschließliche Gerichtsstand des § 802 ZPO gilt nicht für die sachliche Zuständigkeit.[7] Diese richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften, mithin nach dem Wert des Streitgegenstands, § 1 ZPO i.V.m. §§ 23, 71 GVG i.V.m. §§ 2 ff. ZPO. Nach § 6 S. 2 ZPO ist der Wert der gepfändeten Sache maßgeblich, sofern er geringer ist als der Wert der Forderung, wegen der vollstreckt wird. Mit einem Wert von 4.000 € liegt der Wert des Autos unter dem der Forderung und fällt nach § 23 Nr. 1 GVG in den Zuständigkeitsbereich des Amtsgerichts. Zuständig ist damit das Amtsgericht Marburg.

III. Rechtschutzbedürfnis

Die Zwangsvollstreckung hat bereits begonnen und ist noch nicht beendet, so dass auch das Rechtsschutzbedürfnis gegeben ist.[8]

IV. Zwischenergebnis

Die Klage von A ist damit zulässig.

B. Begründetheit

Die Klage ist begründet, wenn A tatsächlich ein Interventionsrecht zusteht und diesem kein Recht des Beklagten entgegensteht.[9] Der PKW steht tatsächlich im Eigentum der A, sodass ein Interventionsrecht gegeben ist. Die Berufung könnte hier wegen unzulässiger Rechtsausübung gem. § 242 BGB ausgeschlossen sein, weil A materiell-rechtlich für die titulierte Forderung haftet.[10] Es muss daher geklärt werden, ob A tatsächlich für die titulierte Forderung haftet. Anschließend kann erwogen werden, ob diese Haftung die Berufung auf das Eigentum von A ausschließt.

I. Persönliche Haftung von A

Die persönliche Haftung von A könnte aus §§ 130, 128 S. 1 HGB folgen. Dies setzt voraus, dass eine Verbindlichkeit der OHG bestand und A in die Gesellschaft eingetreten ist.

1. Bestehen einer OHG

a) Gesellschaftsvertrag

F und C haben sich über das Betreiben eines Gewerbes und damit über den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages geeinigt. C kann seine auf den Abschluss des Gesellschaftsvertrages gerichtete Erklärung aber angefochten haben, womit diese – und damit auch der Gesellschaftsvertrag nach § 142 Abs. 1 BGB – ex nunc nichtig wäre.

aa) Anfechtungsgrund

Ein Anfechtungsgrund würde sich aus § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB ergeben, sofern C arglistig getäuscht und damit zur Abgabe der Erklärung veranlasst worden wäre. F hat gegenüber C erklärt, dass er sich impfen lassen wolle, obwohl dies nicht der Wahrheit entsprach. Er hat also vorsätzlich falsche Tatsachen erklärt, um C zur Abgabe einer Erklärung zu veranlassen, die dieser bei Kenntnis der tatsächlichen Sachlage nicht abgegeben hätte.[11] Folglich wurde C arglistig getäuscht.

bb) Anfechtungserklärung

C hat gegenüber A und B erklärt, dass er infolge eines Willensmangels nicht länger an seine Erklärung gebunden sein möchte und hat damit eine Anfechtungserklärung i.S.v. § 143 Abs. 1 BGB abgegeben.[12]

Fraglich ist aber, ob die Erklärung gegenüber dem richtigen Empfänger abgegeben wurde. Richtiger Erklärungsempfänger ist nach § 143 Abs. 2 Hs. 1 BGB bei einer Erklärung, welche auf einen Vertragsschluss gerichtet war, diejenige Person, gegenüber der die ursprüngliche Erklärung abgegeben wurde. Dies wären M und F, der aber inzwischen verstorben ist. In einem solchen Fall muss die Erklärung gegenüber dem Gesamtrechtsnachfolger erklärt werden.[13] Mangels gewillkürter Erbfolge richtet sich diese nach den §§ 1924 ff. BGB. A und B waren als Kinder von F Erben erster Ordnung nach § 1924 Abs. 1 BGB. Sie waren damit gemeinsam mit M die richtigen Erklärungsempfänger.

cc) Anfechtungsfrist

Nach § 124 Abs. 1 BGB hat der Anfechtungsberechtigte ein Jahr Zeit, um die Anfechtung zu erklären. C hat am 15.6.2022 Kenntnis von der Täuschung des F erlangt. Fristbeginn war nach den §§ 124 Abs. 2, 187 Abs. 1 BGB damit der 16.6. 2022 um 00:00 Uhr. Nach § 188 Abs. 2 BGB wäre die Frist am 15.6.2023 um 24:00 Uhr abgelaufen. Somit erfolgte die

[5] BGH NJW 1971, 799 (800).
[6] Allg.M., vgl. nur BGHZ 20, 88 = NJW 1956, 665; *Baur/Stürner/Bruns* (Fn. 4), Rn. 46.5.
[7] OLG Frankfurt a.M. ZIP 1985, 316 zu § 797 Abs. 5 ZPO.
[8] *Voit* (Fn. 3), Rn. 9.
[9] *Brox/Walker* (Fn. 1), § 45 Rn. 16.
[10] BGHZ 80, 296 (303) = NJW 1981, 1835 (1836); BGHZ 118, 201 (207) = NJW 1992, 2014 (2015); RG JW 1921, 1246 (1247); RGZ 143, 275 (277); OLG Karlsruhe JW 1928, 2735 (2737); OLG Frankfurt a.M. JW 1929, 2899; OLG Hamburg MDR 1959, 580; *Henckel*, Prozessrecht und materielles Recht, 1970, S. 372 f.; kritisch *K. Schmidt/Brinkmann* (Rn. 3), § 771 Rn. 50.

[11] *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 14 ff.
[12] OLG Düsseldorf NJW-RR 2016, 1073 (1076 Rn. 36); *Roth*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 143 Rn. 2.
[13] *Ellenberger*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 81. Aufl. 2021, § 143 Rn. 5.

Erklärung am 17.6.2022 fristgerecht.

dd) Teleologische Reduktion

Die Voraussetzungen einer Anfechtung liegen damit grundsätzlich vor. Möglicherweise muss aber eine Ausnahme vom Grundsatz der rückwirkenden Nichtigkeit gemacht werden. Denn eine Vermögensgemeinschaft, die wie hier über Jahre bestanden hat, lässt sich nicht mehr praktikabel nach den §§ 812 ff., 179 und den 987 ff. BGB für die Vergangenheit abwickeln. Außerdem haben auch die Gläubiger ein schutzwürdiges Interesse daran, dass das vorhandene Gesellschaftsvermögen als Sondervermögen behandelt und ihnen nach dem Gedanken des § 733 BGB als Vollstreckungsmasse zur Verfügung steht. Andernfalls stünden neben den Gesellschaftern auch die Vertragspartner häufig mit leeren Händen dar, da sie nur die Gesellschafter analog § 179 BGB in Anspruch nehmen könnten[14]. Deshalb muss grundsätzlich, wenn der defizitäre Gesellschaftsvertrag derart in Vollzug gesetzt wurde, dass die Gesellschaft mit Dritten Rechtsgeschäfte abgeschlossen hat, dieser in teleologischer Reduktion der Nichtigkeitsvorschrift als wirksam angesehen werden, wenn nicht ausnahmsweise höherrangige Schutzinteressen bestehen. Die Gesellschaft muss dann nach den – für jede Gesellschaftsart eigenständigen – Regeln der Auflösung und Abwicklung behandelt werden.[15] Der Vollzug eines defizitären Gesellschaftsvertrages ist mit Anmietung der Räumlichkeiten zu bejahen. Fraglich ist lediglich, ob hier schutzwürdige Interessen entgegenstehen. Den Belangen der getäuschten Gesellschafter kann aber trotz Beschränkung der betroffenen Person auf das Recht zum Ausscheiden aus der Gesellschaft auch auf andere Weise (Schadensersatzansprüche gegen die an der Täuschung beteiligten Personen, Vertragsanpassung) Rechnung getragen werden.[16] § 142 Abs. 1 BGB ist also teleologisch zu reduzieren. C hätte eine Auflösungsklage nach § 133 HGB erheben müssen, welche die Haftung im Übrigen nicht tangiert hätte. Dies ist nicht geschehen, sodass eine wirksame Gesellschaft besteht.

b) Entstehungszeitpunkt

Nach § 123 Abs. 1, Abs. 2 HGB entsteht die Gesellschaft nach Abschluss des Gesellschaftsvertrages mit Eintragung in das Handelsregister oder mit Geschäftsbeginn. Die Eintragung erfolgte am 1.9.2020 und damit erst nach Abschluss des Mietvertrages. Der Abschluss des Mietvertrages muss daher als Geschäftsbeginn anzusehen sein. Hierfür bedarf es eines der Gesellschaft zurechenbaren Außenhandelns. Die Gesellschaft muss also wirksam vertreten bzw. ein rechtsgeschäftsähnliches Handeln nach Vertretungsregeln legitimiert worden sein.[17] Das Merkmal des Geschäftsbeginns stellt aber ein funktionales Äquivalent zur Eintragung dar. Letztere muss nach § 108 HGB von allen Gesellschaftern bewirkt werden. Geschäftsbeginn kann daher nur angenommen werden, wenn der Tätigung von Rechtsgeschäften im Namen der Gesellschaft von allen Gesellschaftern ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt wurde.[18] C, M und F haben vereinbart, dass F die Räumlichkeiten für die OHG anmieten soll. F hat als Gesellschafter gem. § 164 BGB, § 125 HGB die OHG wirksam vertreten. Diese ist daher mit Abschluss des Mietvertrages entstanden und konnte somit Partei des Vertrages werden.

II. Gesellschaftsverbindlichkeit

Zusätzlich muss eine Gesellschaftsverbindlichkeit bestehen. In Betracht kommt hier ein Anspruch aus § 535 Abs. 2 BGB. F hat im Namen der OHG Räumlichkeiten von M angemietet und dadurch einen Mietvertrag geschlossen. Folglich besteht eine Gesellschaftsverbindlichkeit gegenüber der OHG.

III. Eintritt von A

Schließlich muss A in die OHG eingetreten sein. Der Begriff des Eintritts ist weit zu fassen und umfasst jeden Fall, in dem ein neuer persönlich haftender Gesellschafter vorhanden ist.[19] Ursprünglich war F Gesellschafter der OHG, welcher aber verstorben ist.

1. Übergang auf C und M

Nach § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB führt der Tod eines Gesellschafters grundsätzlich zu dessen Ausscheiden aus der Gesellschaft. Der Gesellschaftsanteil fällt dann gem. § 105 Abs. 3 HGB i.V.m. § 738 Abs. 1 S. 1 BGB den übrigen Gesellschaftern entsprechend ihrer Beteiligung,[20] hier C und M zu. Im Gesellschaftsvertrag wurde aber vereinbart, dass im Falle des Todes eines Gesellschafters der Gesellschaftsanteil auf dessen Erben übergehen soll. Damit ist der Gesellschaftsanteil nicht auf C und M übergegangen.

2. Übergang auf A

Der Gesellschaftsanteil könnte aber nach § 1922 Abs. 1 BGB A zugefallen sein, da sie Erbin von F war. Problematisch ist jedoch, dass neben A auch noch deren Bruder B als gesetzlicher Erbe erster Ordnung vorhanden war. Im Falle mehrerer Erben geht der Nachlass grundsätzlich in seiner Gesamtheit auf die Erbengemeinschaft über, welche den Nachlass dann untereinander aufteilen müssen. Dieses Ergebnis stößt aber auf erhebliche Bedenken. Ginge man vom Grundsatz der

[14] Zur analogen Anwendung von § 179 BGB im Falle des Handelns für eine nicht existierende Gesellschaft siehe BGHZ 63, 45 (48) = NJW 1974, 1905; BGHZ 91, 148 (152) = NJW 1984, 2164; BGHZ 105, 283 (285) = NJW 1989, 894.

[15] BGHZ 3, 285 (291 f.) = NJW 1952, 97; *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 142 Rn. 19 ff.

[16] So BGHZ 63, 338 (345 f.) = NJW 1975, 1022; BGHZ 167, 239 (250) = NZG 2006, 501 (503). Anders noch BGHZ 13, 320 (323) = NJW 1954, 1562; BGHZ 26, 330 (335) = NJW 1958, 668; BGHZ 55, 5 (9) = NJW 1971, 375 für Fälle besonders schwerwiegender Drohungen.

[17] *Habersack*, in: Staub, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, 5. Aufl. 2008, § 123 Rn. 20.

[18] *Roth*, in: Hopt, Kommentar zum HGB, 41. Aufl. 2022, § 123 Rn. 12; *Habersack* (Fn. 17), § 123 Rn. 20.

[19] *Roth* (Fn. 18), § 130 Rn. 4.

[20] Zum Sonderfall, dass der vorletzte Gesellschafter ausscheidet, siehe BGH NJW 2018, 3310 (3311 Rn. 10) m.w.N.

Universalsukzession aus, würde die Gesellschafterstellung der Miterbengemeinschaft zur gesamten Hand zustehen, sodass auch das Stimmrecht der Gesamthand von dieser ausgeübt werden müsste. Dies kollidiert mit den Grundsätzen des Personengesellschaftsrechts. Die Erbengemeinschaft ist nicht auf Teilnahme am Wirtschaftsverkehr, sondern nur auf ihre Auseinandersetzung gerichtet. Die Schwerfälligkeit der Willensbildung und Vertretung der Erbengemeinschaft würde die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft lähmen. Außerdem lässt sich die Beschränkbarkeit der Erbenhaftung nach § 2059 BGB nicht mit der unbeschränkten persönlichen Haftung nach § 128 HGB vereinbaren. Neben diesen Praktikabilitätserwägungen ist aber entscheidend, dass § 139 Abs. 1 HGB davon ausgeht, dass jedem Erben eine eigenständige Gesellschafterstellung zufließen soll. Es findet daher eine Sonderrechtsnachfolge in den Gesellschaftsanteil von F durch A und B statt.[21] A ist also Gesellschafterin der OHG geworden.

3. Zwischenergebnis

Damit haftet A für die titulierte Forderung persönlich und unbeschränkt aus §§ 130, 128 S. 1 HGB.[22]

IV. Einwand der unzulässigen Rechtsausübung

Ungeklärt ist damit aber die Frage, ob diese Haftung auch die Berufung auf das Eigentum von A ausschließt. § 129 Abs. 4 HGB untersagt es eigentlich, aus einem gegen die OHG gerichteten Vollstreckungstitel gegen den Gesellschafter zu vollstrecken. M müsste daher, sofern nicht ausnahmsweise eine Titelumschreibung nach §§ 727 ff. ZPO möglich ist, seinerseits eine (Wider-)Klage auf Zahlung gegen A erheben. Dies ist aus prozessökonomischen Gründen aber nicht vertretbar, zumal sich der Rechtsschutz der intervenierenden Person nicht gegenüber einer direkt gegen sie gerichteten Leistungsklage verschlechtert. Das Gericht muss den Einwand der Mithaftung mit derselben Gründlichkeit und unter Wahrung derselben Beweisanforderungen prüfen wie bei einer Zahlungsklage gegen die intervenierende Person. Bei einer Mithaftung ist es daher geboten, dass die intervenierende Person die Vollstreckung in ihr Vermögen duldet.[23] Die Berufung auf das Eigentum ist A somit nach § 242 BGB verwehrt.

C. Ergebnis

Die Klage von A ist zwar zulässig, aber unbegründet und hat demnach keinen Erfolg.

[21] *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1/1, 2011, § 18 II 1; *Schäfer*, in: Staub, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, 5. Aufl. 2008, § 139 Rn. 9.

[22] Vgl. BGH NZG 2014, 696 (696 Rn. 7); BGH NJW 1982, 45.

[23] BGHZ 80, 296 (303) = NJW 1981, 1835 (1836); BGHZ 118, 201 (207) = NJW 1992, 2014 (2015); RG JW 1921, 1246 (1247); RGZ 143, 275 (277); OLG Karlsruhe JW 1928, 2735 (2737); OLG Frankfurt a.M. JW 1929, 2899; OLG Hamburg MDR 1959, 580; *Henckel* (Fn. 10), S. 372 f.

Fortgeschrittenenklausur: Ein Online-Shop und seine Tücken

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Sebastian Fernkorn**, Passau*

Die Klausur behandelt Schwerpunkte aus dem allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches und dem allgemeinen Schuldrecht. Es geht dabei um die Einordnung eines Vertrags, der ein aktuell gängiges Geschäftsmodell größerer Online-Shops (sog. curated shopping) abbildet. Zudem werden Probleme im Bereich des Rücktritts und des Widerrufs aufgeworfen.

Sachverhalt

Die Zeilon-GmbH (Z) betreibt einen Online-Shop, bei dem Kunden Kleidung und modische Accessoires erwerben können. Das Konzept der Z ist dabei aber ein ganz besonderes: Anders als bei üblichen Online-Shops muss hier der Kunde seine Outfits nicht selbst aussuchen. Stattdessen muss der Kunde nur angeben, was sein üblicher Kleidungsstil ist, welche Kleidergrößen er trägt und ob er individuelle Wünsche hat. Basierend auf diesem Profil sucht dann einer der Stylisten der Z Komponenten zusammen, um den jeweiligen Kunden einzukleiden. Der Kunde hat anschließend die Möglichkeit, sich die ausgesuchten Komponenten anzusehen und ggf. Stücke auszutauschen. Unabhängig davon, ob der Kunde diese Möglichkeit nutzt, erhält er im Anschluss die Artikel per Post zugeschickt und hat fünf Tage Zeit, diese zurückzusenden oder zu behalten. Behält er sie, ist er zur Zahlung des Preises für die Artikel verpflichtet. Die Zahlung muss dabei 30 Tage nach Erhalt der Artikel erfolgen. Zahlungsinformationen werden nicht abgefragt, der Kauf erfolgt „auf Rechnung". Behält der Kunde keinen der zugesandten Artikel, wird eine Servicepauschale von 9,95 € fällig. Z übernimmt dabei jegliche Hin- und Rücksendekosten.

Siegbert (S) erfährt durch Zufall vom Konzept der Z und ist begeistert. Da es ihm schon immer schwerfiel, sich beim Kauf von Kleidung zu entscheiden, nutzt er die Gelegenheit und bestellt gleich eine Box bei Z. Diese informiert ihn über die entsprechenden Zahlungsbedingungen, insbesondere über die Pflicht zur Zahlung der Servicepauschale, wenn S keinen Artikel behält. S stimmt dem zu. Zudem bestätigt S gegenüber Z, dass der Stylist der Z direkt mit dem Aussuchen der Ware beginnen darf und dass S sich bewusst ist, hierdurch sein Widerrufsrecht zu verlieren. Nach Abschluss aller Angaben betätigt S die Schaltfläche „zahlungspflichtig bestellen".

Der Stylist beginnt daraufhin, Ware für S herauszusuchen. S hat hierbei als Präferenzen angegeben, dass er gerne eher Freizeitkleidung trägt, oft auch einen sportlichen Look. Der Stylist der Z sieht dies anders und hat das Gefühl, S könnte sich durchaus mal schicker anziehen. Daher sucht er S acht Kleidungsstücke im Business-Casual-Look, insbesondere Hemden und Chino-Hosen, heraus. Allerdings enthält die Box auch zwei Teile, die eher dem Kleidungsstil des S entsprechen, nämlich eine beige Sportjacke und schicke Sneaker (Preis für beide Einzelartikel: 100 €). Als die Box fertig zusammengestellt ist, werden die Artikel S vorab per Mail angekündigt. Zwar hat S die Möglichkeit, sich die Artikel anzusehen und schon im Vorhinein abzulehnen oder auszuwechseln. Aus Zeitgründen nimmt S diese Möglichkeit jedoch nicht wahr. Daher erhält S schon zwei Tage später die Box mit der durch den Stylisten ausgewählten Kleidung zum Preis von 600 € zugesandt.

Leider hat S auch in der Folge nur wenig Freizeit. Daher öffnet er das Paket mit der Kleidung erst sieben Tage, nachdem ihm dieses zugestellt wurde. Er ist völlig entsetzt über die Auswahl der Kleidungsstücke. Ein Großteil der Kleidung entspreche nicht seinem Stil und sei weder sportlich noch Freizeitkleidung. Anders sei dies bei der Sportjacke und den Sneaker. Erstere gefalle ihm aber von der Farbe her nicht und die weißen Sneaker habe er schon, sogar von derselben Marke. Er möchte daher keines der Kleidungsstücke behalten und schickt die komplette Box wieder an Z zurück, wo die Box am nächsten Tag ankommt. Zusätzlich schreibt S eine Mail an Z, dass leider keines der Kleidungsstücke seinem Geschmack entspreche und er sich daher weigere, die Kleidung zu behalten oder zu zahlen. Auch die 9,95 € möchte S nicht zahlen, da der Stylist offensichtlich nicht seinen Anweisungen entsprechend gehandelt habe. Z erwidert, S solle sich nicht so anstellen. Zunächst einmal habe er lange genug Zeit gehabt, die Artikel zu prüfen. Zudem bringe die Auswahl von Kleidung durch einen Stylisten immer ein gewisses Risiko mit sich. Jedenfalls die 9,95 € müsste S zahlen, da der Stylist der Z ja tätig geworden sei.

Fallfrage

Kann Z von S Zahlung von 600 € oder jedenfalls von 9,95 € verlangen? Es ist davon auszugehen, dass Z alle erforderlichen Belehrungen vorgenommen hat.

Gliederung

I. Anspruch der Z auf Zahlung von 600 € aus § 433 Abs. 2 BGB

1. Anspruch entstanden
   a) Antrag der Z
      (P) Rechtsbindungswille der Z
      (P) Fehlen von essentialia negotii
      (P)Auslegung des Antrags als Kaufvertrag
   b) Annahme durch S
   c) Keine Nichtigkeit nach § 312j Abs. 4 BGB
   d) Ergebnis
2. Anspruch nicht erloschen
   a) Rücktritt des S
      aa) Rücktrittsrecht des S
         (1) Schuldverhältnis
         (2) Pflichtverletzung
            (P) Umfang der Leistungspflichten der Z
         (3) Fristsetzung
            (P) Entbehrlichkeit der Fristsetzung bei vorsätzlicher Pflichtverletzung

* Der *Autor* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Römisches Recht, Europäisches Privatrecht und Europäische Rechtsgeschichte an der Universität Passau.

(4) Kein Ausschluss nach § 323 Abs. 5 S. 1 BGB
(P) Auslegung des Gläubigerinteresses
(5) Ergebnis
bb) Rücktrittserklärung
cc) Ergebnis
b) Widerruf des S
aa) Widerrufsrecht
(1) Anwendbarkeit
(2) Vorliegen eines Fernabsatzvertrags
(3) Kein Ausschluss
(4) Kein Erlöschen des Widerrufsrechts
(P) § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB bei Schlechterfüllung
(5) Ergebnis
bb) Fristgemäße Widerrufserklärung
cc) Ergebnis
3. Ergebnis

II. Anspruch der Z gegen S auf Zahlung von 9,95 € aus § 631 Abs. 1 BGB

III. Gesamtergebnis

Lösungsvorschlag

I. Anspruch der Z auf Zahlung von 600 € aus § 433 Abs. 2 BGB

1. Anspruch entstanden

Ein Anspruch der nach § 13 Abs. 1 GmbHG rechtsfähigen Z-GmbH könnte sich aus § 433 Abs. 2 BGB ergeben, wenn zwischen Z und S ein wirksamer Kaufvertrag geschlossen wurde.

Ein Kaufvertrag erfordert zwei aufeinander bezogene Willenserklärungen, Antrag und Annahme (§§ 145, 147 Abs. 1 BGB).

a) Antrag der Z

Ein Antrag der Z könnte bereits im Zurverfügungstellen des Online-Portals zu sehen sein. Dazu müsste sich aus dem Online-Portal der unbedingte Wille der Z zum Vertragsschluss (Rechtsbindungswille) ergeben und zudem müsste das Angebot alle für die vertragliche Verpflichtung relevanten Informationen beinhalten (essentialia negotii).

Hier könnte schon der Rechtsbindungswille problematisch sein. Es ist zweifelhaft, ob Z wirklich mit jedem Besucher der Webseite einen verbindlichen Vertrag schließen will, ohne mögliche Risiken, insbesondere die Bonität des Kunden, prüfen zu können. Allerdings ist hier auf die Besonderheiten des Online-Shops der Z Rücksicht zu nehmen. Zunächst einmal geht Z beim Verkauf der Artikel sowieso in Vorleistung, der Kunde muss erst 30 Tage nach Erhalt der Artikel bezahlen. Dies bedeutet, dass Z sowieso das Insolvenzrisiko der jeweiligen Kunden trägt, ohne vorher eine Möglichkeit zu haben, deren Bonität zu prüfen. Insbesondere werden anfangs keine Zahlungsinformationen abgeprüft. Zudem findet sich am Ende des Bestellvorgangs der Button „zahlungspflichtig bestellen", was darauf hindeutet, dass Z mit der Zurverfügungstellung des Buttons bereits das Angebot abgibt, sich vertraglich zu binden. Auch bieten die Einstellungsmöglichkeiten des Online-Shops genug Möglichkeiten, sich gegen zahlungsunwillige Kunden zu schützen, indem man bestimmte Namen und Adressen vorab sperrt. Daher liegt bereits im Zurverfügungstellen des Online-Shops samt der Schaltfläche „jetzt zahlungspflichtig bestellen" ein Angebot der Z.

Hinweis: A.A. gut vertretbar, dann läge in der Betätigung der Schaltfläche ein Angebot des S, welches Z mit der Bestätigungsmail angenommen hat.

Dieses Angebot müsste aber auch alle essentialia negotii enthalten und insbesondere auch auf den Abschluss eines Kaufvertrags gerichtet sein. Essentialia negotii wären vorliegend Kaufsache, Kaufpreis und beide Vertragsparteien. Durch den Online-Shop steht jedenfalls Z als Vertragspartei fest. S steht als anderer Teil zwar nicht von vornherein fest – allerdings richtet sich die Webseite an alle potentiellen Kunden und bietet jedem den Vertragsschluss an, weshalb die jeweilige Vertragspartei jedenfalls bestimmbar ist (offerta ad incertas personas), was ausreichend ist.

Jedoch stehen zu dem Zeitpunkt, zu dem S die Möglichkeit hat, den Button zu klicken, weder Kaufsache noch Kaufpreis fest. Der Stylist der Z hat vielmehr die Möglichkeit, alle möglichen Artikel in die Box zu legen und auch der Preis kann quasi beliebig variieren. Die jeweiligen Artikel sind auch nicht objektiv bestimmbar, sondern werden vom Stylisten, der für Z als Vertragspartei handelt, nach seinem Willen ausgewählt. Allerdings hält das Gesetz in § 315 BGB Regelungen für den Fall vor, dass eine Partei nach vertraglicher Vereinbarung einseitig ein Leistungsbestimmungsrecht hat. § 316 BGB zeigt, dass ein solches Recht auch für die Gegenleistung, also den Kaufpreis, bestehen kann. Daher führt auch die fehlende Vereinbarung über Kaufsache und Kaufpreis nicht dazu, dass essentialia negotii im Antrag der Z fehlen, da auch die Bestimmung durch eine Partei genügt, sofern eindeutig ist, welche Partei die Leistung bestimmen darf. Dies ist hier gegeben, weshalb der Antrag der Z alle erforderlichen essentialia negotii enthält.[1]

Dieser Antrag müsste aber gerade auch auf den Abschluss eines Kaufvertrags gerichtet sein. Hier erhält S zwar die Möglichkeit, die Kleidung gegen Entgelt zu erwerben, was typische kaufvertragliche Pflichten darstellt (§ 433 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB). Jedoch enthält der Vertrag auch die Pflicht der Z, durch einen Stylisten passende Outfits für S auszusuchen, was keine kaufvertragliche, sondern eine werk- oder dienstvertragliche Komponente darstellt. Wie genau dieser Teil der Leistungspflicht zu qualifizieren ist, kann hier noch offenbleiben, jedenfalls liegt hierdurch kein reiner Kaufvertrag vor.

Wie mit Verträgen, die Komponenten mehrerer Vertragstypen beinhalten, umzugehen ist, richtet sich nach der Art des Vertragstyps.[2] Steht eine der Leistungspflichten zentral im Vordergrund, kommt in Betracht, den gesamten Vertrag nach

[1] A.A. für Fälle des sog. Curated Shopping *Rockenbach/Schaff*, VuR 2014, 376.

[2] *Emmerich*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 311 Rn. 29 ff. m.w.N.

der für diese Leistungspflicht typischen Vertragsform zu bestimmen (sog. Absorptionsmethode).[3] Bestehen hingegen Leistungspflichten nebeneinander, liegt ein typengemischter Vertrag vor, wobei jeweils die Regelungen zu dem Vertragstypen Anwendung finden, um dessen Pflichten es geht (sog. Kombinationsmethode)[4] – hier also die Regelungen des Kaufrechts, wenn es um Übergabe und Übereignung der Ware geht und die Regelungen des Werk- oder Dienstvertragsrechts, wenn es um die Tätigkeit des Stylisten geht. Vorliegend steht keine der Pflichten der Z zentral im Vordergrund – vielmehr bestehen die Pflicht, die Kleidung auszusuchen und die Pflicht, diese zu übergeben und zu übereignen, eigenständig nebeneinander. Daher ist hinsichtlich der Pflicht des S, den Preis für die Ware zu zahlen, Kaufrecht anwendbar und es gelten insoweit die §§ 433 ff. BGB, insbesondere § 433 Abs. 2 BGB.

Allerdings käme in Betracht, dass der kaufvertragliche Teil der geschuldeten Leistung unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung der Ware durch S steht, § 158 Abs. 1 BGB. Hier soll S die Ware von Z erhalten und innerhalb von fünf Tagen die ungewünschte Ware zurückschicken und den Rest behalten. Dies lässt sich als ein Kauf auf Probe[5] auslegen, bei der das Zustandekommen des Kaufvertrags im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung der Ware liegt, § 454 Abs. 1 S. 2 BGB. Insoweit gilt, dass die Billigung innerhalb einer vereinbarten Frist erfolgen muss. Diese wurde hier auf fünf Tage vereinbart. Da S als Käufer die Ware übergeben wurde, gilt hier sein Schweigen nach fünf Tagen bereits als Billigung, § 455 S. 2 BGB. Daher ist die aufschiebende Bedingung der Billigung der Ware eingetreten, § 158 Abs. 1 BGB.

Ein Antrag der Z, gerichtet auf Abschluss eines Kaufvertrags, liegt daher vor.

b) Annahme durch S

Diesen Antrag müsste S auch angenommen haben, § 147 Abs. 2 BGB. S hat das Angebot der Z durch das Klicken auf die Schaltfläche ohne Abänderungen angenommen.

c) Keine Nichtigkeit nach § 312j Abs. 4 BGB

Z hat S eine Schaltfläche zur Verfügung gestellt, die mit den Worten „jetzt zahlungspflichtig bestellen“[6] beschriftet war und daher seine Pflicht aus § 312j Abs. 3 S. 2, Abs. 1 BGB erfüllt, weshalb § 312j Abs. 4 BGB unabhängig davon, ob ein Vertrag i.S.d. § 312j Abs. 2 BGB vorliegt, dem Zustandekommen des Vertrags nicht entgegensteht.

d) Ergebnis

Der Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB ist entstanden.

2. Anspruch nicht erloschen

Der Anspruch könnte jedoch nach § 346 Abs. 1 BGB oder nach § 355 Abs. 1 S. 1 BGB erloschen sein, wenn S wirksam vom Vertrag zurückgetreten ist oder diesen wirksam widerrufen hat.

a) Rücktritt des S

Der Anspruch könnte nach § 346 Abs. 1 BGB erloschen sein, wenn S ein Rücktrittsrecht zustand und er den Rücktritt wirksam erklärt hat.

aa) Rücktrittsrecht des S

In Betracht käme ein gesetzliches Rücktrittsrecht des S aus §§ 323 Abs. 1, 634 Nr. 3 BGB.

(1) Gegenseitiger Vertrag

Dieses Rücktrittsrecht setzt zunächst einen gegenseitigen Vertrag voraus, der hier in Form eines typengemischten Vertrags bestand.

(2) Pflichtverletzung

Zudem müsste Z eine Pflicht aus diesem gegenseitigen Vertrag verletzt haben, wobei die Pflichtverletzung gem. § 323 Abs. 1 BGB in der Nicht- oder Schlechterfüllung einer fälligen und durchsetzbaren (arg. § 390 BGB) Leistungspflicht bestehen muss. Die gelieferte Ware selbst war frei von Fehlern und auch genau die Ware, die der Stylist entsprechend ausgewählt hat, weshalb ein Sachmangel als Pflichtverletzung nicht in Betracht kommt. Allerdings könnte die Auswahl der Artikel durch den Stylisten fehlerhaft erfolgt sein und hierdurch im werk- oder dienstvertraglichen Teil des Vertrags eine Leistungspflicht verletzt worden sein.

Hierzu ist durch Auslegung des Vertrags (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln, ob Z zu einer bloßen Tätigkeit (§ 611 Abs. 1 BGB) oder zur Herbeiführung eines Erfolges verpflichtet ist (§ 631 Abs. 1 BGB).[7]

Z und S haben hier einen Vertrag geschlossen, dessen Inhalt es unter anderem ist, dass S bestimmte Präferenzen hinsichtlich seines Kleidungsstils angibt und Stylisten der Z für S Outfits zusammenstellen, die diesem Kleidungsstil entsprechen. Aus Sicht eines objektiven Dritten ergibt sich insoweit, dass es für Kunden wie S gerade maßgeblich ist, dass die Outfits auch ihren Präferenzen entsprechend zusammengestellt werden. So wäre die Vorauswahl durch Z weitgehend sinnlos, wenn sich diese nicht an den Präferenzen und insbesondere auch an den Größen des Kunden orientieren würde. Dies gilt umso mehr, als dass die Vorauswahl entsprechend vergütet wird und der Kunde wohl regelmäßig kein Interesse daran hat, eine Vorauswahl zu bezahlen, die sich nicht an seinen genannten Präferenzen orientiert. Dass dies für den jeweiligen Kunden wichtig ist, ist für Z zumindest erkennbar, vielmehr noch basiert das gesamte Verkaufskonzept der Z hierauf. Daher ist hier nicht nur die Tätigkeit der Auswahl der

[3] *Emmerich* (Fn. 2), § 311 Rn. 29; *Herresthal*, in: Beck’scher Online-Großkommentar BGB, Stand: 15.9.2022, § 311 Rn. 91.
[4] *Emmerich* (Fn. 2), § 311 Rn. 29; *Herresthal* (Fn. 3), § 311 Rn. 91.
[5] Instruktiv *Bodenheimer*, in: Beck’scher Online-Großkommentar BGB, Stand: 1.8.2022, § 454 Rn. 1 ff.
[6] Die Anforderungen des § 312j Abs. 4 BGB sind denkbar streng, hierzu AG Köln BeckRS 2014, 10701.
[7] Zur Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag instruktiv *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, § 28 Rn. 3 ff.

Kleidung geschuldet, sondern auch, dass diese sich an den vom Kunden genannten Präferenzen orientiert. Es bestehen daher werkvertragliche Pflichten der Z (siehe insoweit auch § 631 Abs. 2 BGB), keine dienstvertraglichen.

> *Hinweis*: A.A. an dieser Stelle gut vertretbar, wenn man nur die Pflicht zum Tätigwerden unter gewissen Weisungen und damit einen Dienstvertrag annimmt. Dann läge aber insoweit eine Leistung außerhalb dieser Weisungen und insoweit eine Teil-Nichtleistung vor, weshalb § 323 Abs. 1 BGB direkt anwendbar wäre.

Daher könnte in der Auswahl der Kleidung ein Werkmangel liegen, § 633 Abs. 2 S. 1 BGB. Dann dürfte das von Z erbrachte Werk nicht der vereinbarten Beschaffenheit entsprechen. Vereinbart war hier, dass Z durch einen Stylisten für S Outfits aussuchen lässt, die den zuvor angegebenen Präferenzen des S entsprechen. Zwar mag es, wie auch hier, vorkommen, dass dem Kunden kein einziger der ausgewählten Artikel gefällt. Die zwischen S und Z vereinbarte Beschaffenheit des Werks geht auch nicht so weit, dass Z Artikel finden muss, die S gefallen – diese Zusage gibt Z S an keiner Stelle. Allerdings erfasst die vertragliche Werkleistung jedenfalls, dass die Auswahl der Artikel durch Z den Präferenzen des S entspricht. Hier hat der Stylist der Z acht Artikel im Business-Casual-Look ausgewählt. S hat als Präferenzen jedoch angegeben, dass er Freizeitkleidung und den sportlichen Look bevorzuge. Die Auswahl entspricht insoweit nicht seinen Präferenzen, so dass ein Werkmangel hinsichtlich der acht ausgesuchten Teile nach § 633 Abs. 2 S. 1 BGB gegeben ist. Hinsichtlich der beiden anderen Teile gilt, dass diese den zuvor angegebenen Präferenzen des S entsprechen, insoweit liegt daher kein Werkmangel vor. Das Rücktrittsrecht des S ergibt sich aus den §§ 634 Nr. 3, 323 Abs. 1 BGB.

(3) Fristsetzung

Zudem müsste S Z eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben. S hat Z hier keine Frist gesetzt. Die Fristsetzung könnte aber gem. § 323 Abs. 2 BGB entbehrlich sein. Hier käme zunächst eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung der Z gem. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB dadurch in Betracht, dass sie gesagt hat, S solle sich nicht so anstellen. Allerdings sind an eine solche Verweigerung hohe Hürden zu stellen[8] – es ist nicht ausreichend, dass Z auf ihren Zahlungsanspruch besteht, vielmehr ist für eine ernsthafte und endgültige Verweigerung erforderlich, dass die Aussage der Z als „letztes Wort" anzusehen ist, von dem Z nicht mehr bereit ist, abzurücken. Dafür ist bei der Aussage, S solle sich nicht so anstellen, nichts ersichtlich.

Allerdings könnte die Nacherfüllung gem. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB dadurch entbehrlich sein, dass besondere Umstände unter Abwägung der beiderseitigen Interessen einen sofortigen Rücktritt rechtfertigen. Diese besonderen Umstände könnten hier darin liegen, dass der Stylist der Z vorsätzlich von den Angaben des S abgewichen ist und somit bewusst ein mangelhaftes Werk erbracht hat. Z bedient sich dabei zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten aus dem gemischten Kauf- und Werkvertrag der Tätigkeit des Stylisten, weshalb ihr dessen vorsätzliches Handeln gem. § 278 S. 1 BGB zuzurechnen ist. Fraglich ist daher, ob vorsätzliches Handeln des Werkunternehmers einen besonderen Umstand darstellt, der den sofortigen Rücktritt vom Vertrag ermöglicht. Hierfür spricht die Wertung des § 634a Abs. 3 BGB, der eine längere Verjährung in Fällen anordnet, in denen der Unternehmer den Mangel arglistig verschweigt und somit zeigt, dass das Gesetz den arglistig Handelnden für nicht schutzwürdig erachtet. Ähnliches zeigt die Wertung des § 639 BGB, wonach der Unternehmer sich nicht auf einen Haftungsausschluss berufen kann, wenn er den Mangel arglistig verschweigt. Aber auch Sinn und Zweck des § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB sprechen dafür, im Falle von arglistigem Handeln keine Fristsetzung zu fordern: Das Fristsetzungserfordernis dient dazu, dem Werkunternehmer eine zweite Chance zur Leistung zu geben, wenn die erste Leistung mangelhaft erfolgt ist (Recht zur zweiten Andienung). Diese Chance ist für den Unternehmer aber dann nicht verdient, wenn er vorsätzlich dem Besteller ein fehlerhaftes Werk erbringt – insoweit fehlt es an der Schutzbedürftigkeit des Unternehmers.[9] Dem ließe sich im Fall hier entgegenhalten, dass der Besteller S die Ware ja direkt erhält und den Werkmangel bemerkt, also Z anders als im üblichen Fall einer arglistigen Täuschung nicht versucht, S ein mangelhaftes Werk als mangelfrei unterzuschieben. Allerdings ändert diese Tatsache weder etwas daran, dass Z als vorsätzlich handelnder Vertragspartner nicht schutzwürdig ist, noch daran, dass das Gesetz den vorsätzlich mangelhaft Leistenden nicht privilegiert. Daher ist hier wegen des vorsätzlichen Handelns der Z keine Fristsetzung erforderlich, § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB.

Ein gleiches Ergebnis ergibt sich aus der Anwendung des § 636 Var. 3 BGB.[10]

(4) Kein Ausschluss nach § 323 Abs. 5 S. 1 BGB

Der Rücktritt vom ganzen Vertrag könnte aber gem. § 323 Abs. 5 S. 1 BGB dadurch ausgeschlossen sein, dass Z eine Teilleistung bewirkt hat. Z hat hier die Werkleistung mangelhaft erbracht, die sich daran anschließenden Pflichten aus dem Kaufvertrag aber mangelfrei. Daher liegt hier eine Teilleistung vor, so dass für einen Rücktritt vom gesamten Vertrag S als Gläubiger an der Teilleistung kein Interesse gehabt haben dürfte. Hier hingen die werkvertragliche und die kaufvertragliche Pflicht der S aber dergestalt miteinander zusammen, dass die Werkleistung gerade in der Auswahl der Kaufgegenstände lag. Das führte dazu, dass Z Gegenstände ausgewählt hat, die überwiegend nicht dem Kleidungsstil des S entsprechen. Hinsichtlich dieser Kleidungsstücke hat S also jedenfalls kein Interesse an der Teilleistung.

[8] *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 323 Rn. 101.

[9] So auch BGH NJW 2007, 835 (836 f.); *Looschelders*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.11. 2022, § 323 Rn. 202; ebenso zu § 636 BGB *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 636 Rn. 23.

[10] Zum Verhältnis von § 323 Abs. 2 BGB und § 636 BGB *Busche* (Fn. 9), § 636 Rn. 11.

Etwas anderes könnte nur hinsichtlich der beigen Jacke und der Sneaker gelten. Diese entsprechen grundsätzlich dem Stil des S – dieser hat für die Teile allein deswegen keine Verwendung, weil die Farbe nicht stimmt bzw. er das Produkt bereits hat. Das Interesse i.S.d. § 323 Abs. 5 S. 1 BGB ist dabei nach dem Vertragszweck zu bestimmen, indem untersucht wird, ob das mit dem Vertrag bezweckte Ziel mit der Teilleistung jedenfalls teilweise erreicht wird oder ob das Gläubigerinteresse bei einem Teilrücktritt noch verletzt wäre.[11] Hier bestand der Vertragszweck darin, dass Z S Kleidung entsprechend seiner Präferenzen aussucht und dieser innerhalb einer vereinbarten Frist entscheidet, ob er diese Kleidung behalten möchte. Hinsichtlich der nach den Präferenzen des S ausgesuchten Kleidungsstücke wird aber genau dieser Vertragszweck verwirklicht – auch bei mangelfreier Leistung hätte Z S die Jacke und die Sneaker zugeschickt. Dass die den Präferenzen des S entsprechenden Teile diesem am Ende doch nicht gefallen, ist dem vertraglichen Risiko des S zuzuordnen – er hätte die Artikel innerhalb der Frist begutachten müssen. Daher wird hinsichtlich dieser beiden Artikel der Vertragszweck weiterhin verwirklicht – das Interesse des S wird durch den Teilrücktritt hinreichend gewahrt. Daher ist ein Rücktritt vom gesamten Vertrag hier ausgeschlossen, S ist nur ein Teilrücktritt hinsichtlich der anderen acht Artikel möglich.

(5) Ergebnis

S steht ein Teilrücktrittsrecht hinsichtlich der Werkleistung und der acht verkauften Artikel zum Preis von 500 € zu.

bb) Rücktrittserklärung

Zudem müsste S den Rücktritt auch erklärt haben, § 349 BGB. S hat gegenüber Z erklärt, dass er sich weigert, die Kleidung zu behalten oder zu zahlen, weil die Artikel nicht seinem Geschmack entsprächen. Dies ließe sich, da ohne Ausübung von Gestaltungsrechten eine Zahlungspflicht besteht, als Ausübung eines die Leistungspflicht erlöschen lassenden Gestaltungsrecht auslegen. Allerdings käme hier neben dem Rücktritt auch eine Auslegung als Widerruf in Betracht. Ob die Erklärung als Rücktritt oder Widerruf auszulegen ist, hängt davon ab, was dem Interesse des Erklärenden, hier S, mehr entspräche, §§ 133, 157 BGB.[12] Hier wäre nur ein Teilrücktritt möglich, weshalb im Folgenden zunächst zu prüfen ist, ob S auch ein Widerrufsrecht zustand und dann, welches Gestaltungsrecht dem objektiv erkennbaren Willen des S, möglichst vom ganzen Vertrag Abstand nehmen zu können, mehr entsprechen würde.

cc) Ergebnis

Der Anspruch der Z ist gem. § 346 Abs. 1 BGB zum Teil erloschen, vorbehaltlich einer Auslegung der Erklärung des S als Widerruf.

b) Widerruf des S

Der Vertrag könnte aber durch einen Widerruf des S nach § 355 Abs. 1 S. 1 BGB erloschen sein. Hierzu müsste S ein Widerrufsrecht haben und den Widerruf fristgemäß erklärt haben.

aa) Widerrufsrecht

S könnte hier gem. §§ 355 Abs. 1 S. 1, 312g Abs. 1 Var. 2 BGB ein Widerrufsrecht zustehen.

(1) Anwendbarkeit

Hierzu müsste § 312g Abs. 1 BGB zunächst nach § 312 BGB anwendbar sein. Dies erfordert gem. § 312 Abs. 1 BGB einen Verbrauchervertrag, bei dem sich der Verbraucher zur Zahlung eines Preises verpflichtet. Ein Verbrauchervertrag ist gem. § 310 Abs. 3 BGB ein Vertrag zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer. S kauft hier für den privaten Bedarf Kleidung und handelt daher als natürliche Person weder für seine gewerbliche noch für seine selbständige berufliche Tätigkeit und mithin als Verbraucher i.S.d. § 13 BGB. Z ist eine GmbH, deren Tätigkeit es gerade ist, Kleidung zu veräußern und die daher hier als Unternehmer i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB im Rahmen ihrer gewerblichen Tätigkeit handelt. Im Übrigen ist eine GmbH keine natürliche Person und kann daher ohnehin niemals als Verbraucherin handeln. Ein Verbrauchervertrag liegt daher vor. In diesem Rahmen verpflichtet sich S auch zur Zahlung eines Preises, nämlich des Kaufpreises. Dass diese Pflicht erst durch die Auswahl der Z konkretisiert wird, schadet insoweit nicht – eine Verpflichtung zur Zahlung eines Preises besteht gleichwohl schon durch die Eingehung des Vertrags. Ausschlussgründe nach § 312 Abs. 2–8 BGB sind nicht ersichtlich. § 312g Abs. 1 BGB ist daher anwendbar.

(2) Vorliegen eines Fernabsatzvertrags

Zudem müsste ein Fernabsatzvertrag gem. § 312c Abs. 1 BGB vorliegen. Hier haben S und Z den Vertrag nur über die Webseite der Z geschlossen, was ein Telemedium und damit ein Fernkommunikationsmittel i.S.d. § 312c Abs. 2 BGB darstellt. Für Vertragsverhandlungen und Vertragsschluss wurde auch ausschließlich die Webseite der Z genutzt. Diese dient auch gerade dem regelmäßigen Vertragsschluss mit Kunden und ist daher ein für den Fernabsatz organisiertes Dienstleistungssystem. Ein Fernabsatzvertrag liegt daher vor.

(3) Kein Ausschluss

Das Widerrufsrecht dürfte zudem nicht gem. § 312g Abs. 2, Abs. 3 BGB ausgeschlossen sein. Hier käme ein Ausschluss nach § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB in Betracht. Zwar werden die Artikel hier individuell durch den Verbraucher ausgewählt, allerdings sind die Kleidungsstücke vorgefertigte Massenware und die Auswahl durch den Verbraucher ist zudem nicht für deren Herstellung relevant, weshalb ein Ausschluss nach

[11] BGH NJW 1990, 3011 (3013); *Ernst* (Fn. 8), § 323 Rn. 205.
[12] Zu vergleichbaren Fällen der Kündigung BGH NJW-RR 2012, 1197 (1199 f.); zur Anfechtung BGH NJW 2007, 2110 (2111); allgemein *Mörsdorf*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.6.2022, § 355 Rn. 59.

§ 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht in Betracht kommt.[13] Weitere Ausschlussgründe sind nicht ersichtlich.

(4) Kein Erlöschen des Widerrufsrechts

Das Widerrufsrecht dürfte zudem nicht gem. § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB erloschen sein. Hierzu müsste ein Vertrag zur Erbringung von Dienstleistungen vorliegen. Vorliegend haben S und Z einen typengemischten Vertrag mit Elementen aus dem Werkvertragsrecht und solchen aus dem Kaufrecht geschlossen. In diesem Rahmen wird auch eine Dienstleistung erbracht, nämlich das Aussuchen der Kleidungsstücke durch Z.[14] Wie mit einem typengemischten Vertrag umzugehen ist, der auch eine Dienstleistung enthält, kann dabei ggf. offenbleiben, wenn schon die Dienstleistung selbst nicht vollständig erbracht worden ist. Hier wurde die Dienstleistung, Kleidungsstücke entsprechend der Präferenzen des S auszusuchen, mangelhaft erbracht. Dies könnte dazu führen, dass die Dienstleistung noch nicht vollständig erbracht wurde.

Dabei ist insbesondere der Schutzzweck des § 356 Abs. 4 BGB zu berücksichtigen. Dieser hat vor dem Hintergrund des Verbraucherschutzes eine harte Konsequenz, nämlich dem Verbraucher das ihn schützende Widerrufsrecht zu nehmen. Dies kann bei Dienstleistungen dadurch gerechtfertigt sein, dass ansonsten für die Erbringer von Dienstleistungen ein zu hohes Risiko besteht, nach vollständiger Vertragserfüllung mit einem Widerruf konfrontiert zu werden. Dem Verbraucher soll aber das Widerrufsrecht erst dann genommen werden, wenn der Unternehmer seine Verpflichtung vollständig erbracht hat – insbesondere also auch keine weiteren Pflichten wie die der Nacherfüllung noch bestehen. Nur in diesen Fällen ist der Verbraucher in einer Situation, in der ihm ein vorzeitiger Verlust des Widerrufsrechts zumutbar ist.[15] Daher liegt im Fall der mangelhaften Leistung hier noch keine vollständige Vertragserfüllung, weshalb das Widerrufsrecht nicht nach § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB erloschen ist.

> *Hinweis*: A.A. gut vertretbar. Dann muss der Bearbeiter sich noch damit auseinandersetzen, ob § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB auch auf typengemischte Verträge Anwendung findet und insbesondere, ob in diesem Fall der gesamte Vertrag widerrufen werden kann.

(5) Ergebnis

S hat ein Widerrufsrecht nach § 312g Abs. 1 Var. 2 BGB.

bb) Fristgemäße Widerrufserklärung

S müsste zudem den Widerruf fristgemäß erklärt haben. Die Erklärung des S ließe sich, wie zuvor dargestellt, als Widerruf oder Rücktritt auslegen, je nachdem, welche Rechtsfolgen dem Interesse des S mehr entsprechen. Ob sich der Fristbeginn bei dem typengemischten Vertrag hier nach § 355 Abs. 2 S. 2 BGB oder nach § 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. a BGB richtet, kann dahinstehen. Auch bei einem früheren Fristbeginn schon ab Vertragsschluss nach § 355 Abs. 2 S. 2 BGB hätte S den Widerruf neun Tage nach Vertragsschluss und damit innerhalb der vierzehntägigen Frist nach § 355 Abs. 2 S. 1 BGB erklärt. Eine mögliche Widerrufserklärung wäre daher fristgemäß gewesen.

Diese Widerrufsfrist wurde auch nicht durch die vertragliche Vereinbarung, dass S die Ware innerhalb von fünf Tagen prüfen muss, verkürzt. Eine solche Vereinbarung wäre jedenfalls nach § 361 Abs. 2 S. 1 BGB unwirksam.

Da die Erklärung also sowohl als Rücktritt als auch als Widerruf ausgelegt werden kann und beide Gestaltungsrechte S auch zustehen, ist durch Auslegung zu ermitteln, welches Recht dem Interesse des S mehr entspricht. Während ein Rücktritt nur von einem Teil des Vertrags möglich ist, Zahlungsansprüche gegen S aber i.H.v. 100 € bestehen bleiben, ist der Widerruf vom ganzen Vertrag möglich. S äußert in seiner Mail den Willen, die Kleidung gar nicht zu bezahlen, möchte also möglichst vom ganzen Vertrag Abstand nehmen. Daher entspricht es hier dem Interesse des S mehr, die Erklärung als Widerruf auszulegen.

cc) Ergebnis

Der Vertrag zwischen Z und S ist durch Widerruf nach § 355 Abs. 1 S. 1 BGB erloschen.

3. Ergebnis

Z hat gegen S keinen Anspruch auf Zahlung von 600 € aus § 433 Abs. 2 BGB.

II. Anspruch der Z gegen S auf Zahlung von 9,95 € aus § 631 Abs. 1 BGB

Auch der vertragliche Anspruch der Z für die erbrachte Werkleistung aus § 631 Abs. 1 BGB scheitert am vollständigen Widerruf des Vertrags durch S, § 355 Abs. 1 S. 1 BGB.

In Betracht käme noch, die Vereinbarung zur Zahlung von 9,95 € im Fall des Nicht-Behaltens der Artikel als eine Vertragsstrafe einzuordnen und so den Anspruch zu begründen, § 311 Abs. 1 BGB. Eine solche Abrede würde aber jedenfalls im Fall des Widerrufs hier gegen § 361 Abs. 1 BGB verstoßen und wäre daher nichtig.

III. Gesamtergebnis

Z kann von S weder Zahlung von 600 € noch Zahlung von 9,95 € verlangen.

[13] Zur allgemein sehr engen Auslegung dieses Ausschlussgrundes *Martens*, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.8.2022, § 312g Rn. 17 ff.

[14] Dienstleistung i.S.d. § 356 Abs. 4 BGB meint auch eine Werkleistung nach § 631 Abs. 1 BGB, *Fritsche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 356 Rn. 39; *Mörsdorf* (Fn. 12), § 356 Rn. 52; ebenso zum früheren § 312b Abs. 1 S. 1 BGB, BGH NJW-RR 2017, 368 (370 ff.).

[15] Ebenso *Fritsche* (Fn. 14), § 356 Rn. 40; *Mörsdorf* (Fn. 12), § 356 Rn. 55.

Hausarbeit: Das ungeliebte Nilpferd

Von Ref. iur. **Xaver Koneberg**, München*

Der Übungsfall wurde im Wintersemester 2021/2022 als Hausarbeit im Rahmen des Grundkurses zum BGB an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg gestellt. Im Mittelpunkt stehen Probleme aus dem Minderjährigenrecht und dem Stellvertretungsrecht. Die Lösung erfordert die genaue Arbeit mit dem Sachverhalt und dem Gesetz.

Sachverhalt

Korbinian (K) liegt mit seinen Nachbarn seit Jahren im Streit. Längst haben beide Seiten dabei den Pfad der Zivilisation verlassen. Nach einer weiteren verbalen Auseinandersetzung am 17.2.2022 zwischen K und dem 17-jährigen Nachbarsjungen Daniel (D) setzt D sich wutentbrannt an seinen PC. Er will K so richtig ärgern und sucht Inspiration. Im Internet stößt er auf die Webseite der in der gleichen Stadt wohnhaften Viviane (V), welche V mittels eines Homepage-Baukastens erstellt hat. Nach den Angaben auf der Webseite möchte V eine einjährige Weltreise unternehmen, nachdem ihre Kinder inzwischen aus dem Haus sind. Daher löse sie ihren Haushalt auf, den sie mittlerweile als Ballast empfinde. Innerhalb eines halben Jahres konnte V immerhin bereits 21 Artikel verkaufen, unter denen sich unter anderem Haushaltsgegenstände und Einrichtungsobjekte befanden. Unter den 23 noch eingestellten Artikeln befindet sich auch die lebensgroße Skulptur eines Nilpferdes aus mit Kunstrasen bespannter Kohlenstofffaser zum Preis von 9.995 €. Aufgrund der Größe der Skulptur bietet V an, sie innerhalb des Stadtgebiets mit ihrem Pick-Up zu liefern.

Als D die Nilpferdskulptur entdeckt, wird er sofort von diebischer Freude gepackt. Er möchte die Skulptur auf den Namen des K bestellen, um ihn so zur Weißglut zu treiben. D registriert sich sogleich auf der Homepage der V. Dabei gibt er allerdings nicht seinen eigenen Namen und seine Adresse an, sondern den Namen und die Adresse des K. Als Zahlungsart wählt er Rechnung aus. Anschließend drückt er auf den Bestellbutton, der mit „Zahlungspflichtig bestellen" beschriftet ist.

Als V die Bestellung wenig später bemerkt, ist sie erfreut, diese Skulptur loswerden zu können und macht sich am 18.2. 2022 mit der Skulptur auf der Ladefläche ihres Pick-Ups auf den Weg zum Haus des K. Dort trifft sie K an. Angesichts der Frage der V, wohin sie das Nilpferd denn stellen dürfe, ist K völlig außer sich. Er belehrt V, dass er solch eine „Monstrosität" nie bestellt habe und es sicherlich auch nie tun werde. V solle sich zusammen mit ihrem Nilpferd fortscheren. V besteht darauf, dass K die Skulptur geordert habe, es gebe ja schließlich die Bestellung über die Webseite. Sie wolle nun Geld sehen. Das Gespräch zwischen V und K wird durch das schallende Gelächter des D unterbrochen, der die Szene vom Gartentor aus beobachtet hat. D meint, V könne nun wieder fahren, sie und ihr Nilpferd hätten ihre Schuldigkeit getan. Er, D, habe die Bestellung nur getätigt, um K zu ärgern.

V findet das gar nicht lustig und beharrt darauf, dass „irgendwer" ihr nun das Nilpferd „bezahlen und abnehmen" müsse. D antwortet, das käme gar nicht in Frage. Er widerrufe den Vertrag hier und jetzt und sei daher zu gar nichts verpflichtet. K schüttelt nur den Kopf und beide ziehen sich in ihre jeweiligen Häuser zurück. V klingelt wutentbrannt erst bei K, dann bei D Sturm. Die Eltern des D öffnen schließlich und lassen sich die Lage schildern. Sie denken allerdings nicht im Traum daran, dass D irgendetwas bezahlen solle. Der Vater des D sagt daher zur V: „Geld sehen Sie von meinem Sohn nur über meine Leiche." Die Mutter nickt bekräftigend. V muss nunmehr die Aussichtslosigkeit ihrer Forderung anerkennen. Sie fährt zurück zu ihrem Geschäft. Durch die fruchtlosen Fahrten mit der Nilpferdskulptur sind ihr Kosten i.H.v. 30 € entstanden.

Frage 1

Kann V von K Bezahlung und Abnahme der Nilpferd-Skulptur verlangen?

Frage 2

Kann V von D Bezahlung und Abnahme der Nilpferd-Skulptur verlangen?

Frage 3

Kann V Erstattung der Fahrkosten i.H.v. 30 € von D verlangen?

Lösungsvorschlag

Frage 1: Anspruch der V gegen K auf Bezahlung und Abnahme der Skulptur

A. Anspruch entstanden

V könnte gegen K einen Anspruch auf Bezahlung und Abnahme der Nilpferdskulptur aus § 433 Abs. 2 BGB haben.

I. Einigung, §§ 145, 147 BGB

Dazu müssten sich V und K über den Abschluss eines Kaufvertrags nach § 433 BGB geeinigt haben.

1. Antrag, § 145 BGB

Zunächst müsste ein Antrag gem. § 145 BGB zum Abschluss eines Kaufvertrags vorliegen. Der Antrag ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die auf den Abschluss eines Vertrages gerichtet ist.[1] Sie muss die wesentlichen Vertragsinhalte enthalten und derart bestimmt sein, dass sie durch bloße Zustimmung angenommen werden kann.[2]

* Der *Autor* ist Rechtsreferendar im Gerichtsbezirk des OLG München. Besonderer Dank gilt Prof. *Dr. Frank Maschmann* für die wertvollen Anregungen während der Erstellung des Manuskripts.

[1] *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 145 Rn. 5.

[2] *Eckert*, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.8. 2022, § 145 Rn. 34.

a) Angebot durch V durch das Einstellen des Produkts auf ihrer Homepage

Möglicherweise hat V durch das Einstellen der Nilpferdskulptur auf ihrer Homepage ein Angebot abgegeben. Dazu müsste es sich bei dem Warenangebot auf der Homepage der V um eine wirksame Willenserklärung handeln, die die essentialia negotii beinhaltet.

aa) Essentialia negotii

Die essentialia negotii beim Kaufvertrag umfassen die Kaufsache, den Kaufpreis und die Kaufvertragsparteien. Der Kaufpreis und die Kaufsache sind hier mit dem Einstellen der Nilpferdskulptur zum Preis von 9.995 € hinreichend bestimmt. Allerdings stehen die Kaufvertragsparteien im Moment des Einstellens des Warenangebots noch nicht fest. Das wäre jedoch unschädlich, wenn es sich dabei um eine offerta ad incertas personas handelte. Ein solches Angebot an einen unbestimmten, jedoch bestimmbaren Personenkreis ist auf den Vertragsschluss mit jedem Annahmewilligen gerichtet.[3] In diesem Fall lägen die essentialia negotii vor.

bb) Willenserklärung

Bei dem Warenangebot auf der Homepage müsste es sich um eine Willenserklärung handeln. Die Willenserklärung ist eine private Willensäußerung, die einen rechtlichen Erfolg deshalb herbeiführen soll, weil dieser gewollt ist.[4] Fraglich ist jedoch, ob V mit Rechtsbindungswillen handelte. Dazu müsste aus Sicht eines verständigen Dritten der Wille erkennbar sein, eine rechtliche Bindung einzugehen.[5] Würde der Urheber der Angaben auf der Homepage jedoch mit jeder annahmewilligen Person einen Vertrag schließen, setzte er sich Schadensersatzansprüchen aus, wenn er seine Lieferverpflichtungen nicht erfüllen kann. Zudem möchte der Verkäufer in der Regel sichergehen, dass der Besteller seine Leistung erbringen kann. Daher ist bei einem Online-Warenangebot mangels Rechtsbindungswillens regelmäßig von einer bloßen invitatio ad offerendum auszugehen.[6] Hier bietet V jedoch nur eine Nilpferdskulptur an. Im Kontext der Haushaltsauflösung ist es erkennbar, dass V nur eine Skulptur anbieten kann und möchte, also nur ein Vertragspartner in Frage kommt. Diese für jedermann erkennbar begrenzte Verfügbarkeit könnte dafür sprechen, dass der Rechtsbindungswille vorliegt. Allerdings bietet V als Bezahlart die Bezahlung auf Rechnung an. Dass V in diesem Fall in Vorleistung geht, legt nahe, dass V sich im Vorfeld von der Leistungsfähigkeit des Käufers überzeugen möchte. Dies spricht entscheidend gegen den Rechtsbindungswillen bereits beim Einstellen des Artikels auf der Website. Eine Willenserklärung wollte V damit daher nicht abgeben.

cc) Zwischenergebnis

Das Warenangebot ist daher nicht als Angebot nach § 145 BGB einzuordnen.

b) Angebot des K

Ein eigenes Angebot des K liegt nicht vor.

c) Angebot mit Wirkung für den K durch das Bestellen mittels des Bestellbuttons

In der Bestellung mittels des Bestellbuttons am 17.2.2022 könnte ein Angebot zu sehen sein, das K verpflichtet. Allerdings hat K nicht selbst gehandelt. In Betracht kommt eine Verpflichtung des K durch Handeln des D. Diese Verpflichtung könnte sich aus einer Stellvertretung durch den D ergeben.

aa) Stellvertretung, § 164 Abs. 1 BGB

D könnte K nach § 164 Abs. 1 BGB vertreten haben, sodass die Willenserklärung des D für und gegen K wirken würde.

(1) Zulässigkeit der Stellvertretung

Bei höchstpersönlichen Geschäften ist eine Stellvertretung unzulässig.[7] Ein solches liegt hier allerdings nicht vor, die Stellvertretung ist also zulässig.

(2) Eigene Willenserklärung des Vertreters

Zunächst müsste D eine Willenserklärung abgegeben haben.

(a) Essentialia negotii

Die essentialia negotii müssten bestimmt worden sein. D betätigt den Button, der zur Bestellung der Nilpferdskulptur zum Preis von 9.995 € führt. Der Vertrag soll zwischen K und V geschlossen werden. Mit der Kaufsache, dem Kaufpreis und den Vertragsparteien sind damit die essentialia negotii enthalten.

(b) Tatbestand der Willenserklärung

Eine Willenserklärung gliedert sich sodann in den subjektiven und in den objektiven Tatbestand. Zum subjektiven Tatbestand gehören der Handlungswille, d.h. der Wille, überhaupt zu handeln, der Erklärungswille, d.h. der Wille, eine rechtserhebliche Erklärung abzugeben, und der Geschäftswille, d.h. der Wille, ein konkretes Geschäft abzuschließen.[8] Zum objektiven Tatbestand gehören das Erklärungszeichen und Anhaltspunkte für den Rechtsbindungswillen sowie den Rechtsfolgenwillen.[9]

D möchte mit seiner Bestellung den Anschein erwecken, dass K die Nilpferdskulptur kaufen will. Fraglich ist dennoch, ob D K nur einen bösartigen Streich spielen möchte und demnach Erklärungs- und Geschäftswille nicht vorliegen. § 116 S. 1 BGB bestimmt, dass ein geheimer Vorbehalt die Willens-

[3] *Eckert* (Fn. 2), § 145 Rn. 34.
[4] *Wendtland*, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.8.2022, § 133 Rn. 4.
[5] *Busche* (Fn. 1), § 145 Rn. 7.
[6] *Schiemann*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 7. Aufl. 2020, Rn. D 66; *Eckert* (Fn. 2), § 145 Rn. 41.
[7] *Schäfer*, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.8.2022, § 164 Rn. 4.
[8] Eingehend *Neuner*, JuS 2007, 881 (883 ff.).
[9] Eingehend *Neuner*, JuS 2007, 881 (882 ff.).

erklärung nicht nichtig werden lässt. Dies ist daher unerheblich.

Ein Erklärungszeichen liegt mit dem Drücken des Bestellbuttons vor. Zudem kann anhand einer Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont gem. §§ 133, 157 BGB davon ausgegangen werden, dass die Erklärung mit Rechtsbindungs- und Rechtsfolgenwillen abgegeben wurde.

(c) Wirksamwerden

Eine empfangsbedürftige Willenserklärung wird durch Abgabe und Zugang wirksam. Die Abgabe bedeutet das wissentliche und willentliche Inverkehrbringen, sodass bei ordnungsgemäßem Ablauf mit dem Zugang beim Empfänger zu rechnen ist.[10] Das ist bei einem wie hier ordnungsgemäß betätigten Bestellbutton der Fall.

Eine Willenserklärung ist zugegangen, wenn sie dergestalt in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass unter gewöhnlichen Umständen mit der Kenntnisnahme gerechnet werden kann.[11] Eine elektronische Nachricht gelangt in den Machtbereich, sobald sie abrufbar gespeichert wird.[12] Umstritten ist, wann bei einer elektronischen Empfangsvorrichtung unter gewöhnlichen Umständen Kenntnis von einer Nachricht genommen wird. Teils wird auf den Eingang der Willenserklärung abgestellt.[13] Dies differenziert jedoch nicht zwischen dem Gelangen in den Machtbereich und der Möglichkeit zur Kenntnisnahme.[14] Vorzugswürdig erscheint daher eine Orientierung an den allgemeinen Zugangsregeln, also ob die Nachricht während der üblichen Geschäftszeiten eingeht.[15]

Hier hat V jedenfalls tatsächlich Kenntnis von der Bestellung genommen, sodass die Nachricht spätestens zu diesem Zeitpunkt zugegangen ist.

(d) Wirksamkeitshindernis

Fraglich ist, ob D als beschränkt geschäftsfähiger Minderjähriger gem. §§ 2, 106 BGB als Stellvertreter auftreten kann. Das wird freilich durch § 165 BGB klargestellt: Auch beschränkt Geschäftsfähige können als Stellvertreter wirksame Willenserklärungen abgeben.

(3) In fremdem Namen

D müsste ausdrücklich oder konkludent in fremdem Namen gehandelt haben, § 164 Abs. 1 BGB. Das sog. Offenkundigkeitsprinzip fordert die Erkennbarkeit der Vertretung. Nach §§ 133, 157 BGB ist die Willenserklärung des Vertreters dahingehend auszulegen. Von Bedeutung sind der Wortlaut und alle Umstände, die Schlüsse auf den wahren Vertragspartner zulassen, etwa die erkennbare Interessenlage oder die organisatorische Einordnung des Handelnden.[16] Durch die Verwendung des Namens des K handelt D jedoch gerade nicht in fremdem Namen. Ein Hinweis auf das Tätigwerden des D für einen anderen liegt nicht vor. Das Offenkundigkeitsprinzip ist nicht gewahrt.

Eine Ausnahme vom Offenkundigkeitsprinzip gilt beim offenen Geschäft für den, den es angeht. Dazu wäre jedoch erforderlich, dass der Vertreter in eigenem Namen handelt.[17] D handelt hier jedoch unter dem Namen des K. Darüber hinaus wird überwiegend vorausgesetzt, dass objektiv Anhaltspunkte für eine Vertretung vorliegen.[18] Auch dies ist wegen des Handelns des D unter dem Namen des K nicht der Fall. Somit greift keine Ausnahme vom Offenkundigkeitsprinzip.

bb) Zwischenergebnis

Eine Stellvertretung nach § 164 Abs. 1 BGB liegt somit nicht vor.

cc) § 164 Abs. 1 BGB analog

Bei mangelnder Offenkundigkeit des Handelns für einen anderen können die §§ 164 ff. BGB nicht direkt angewendet werden. Beim Handeln unter fremdem Namen bleibt allenfalls Raum für eine analoge Anwendung der §§ 164 ff. BGB.[19]

(1) Handeln unter fremdem Namen

Beim Handeln unter fremdem Namen ist zwischen der Namens- und der Identitätstäuschung zu unterscheiden. Eine Namenstäuschung liegt vor, wenn der Handelnde einen falschen Namen verwendet, der Geschäftsgegner aber ungeachtet dessen mit dem Handelnden einen Vertrag schließen möchte. Die Falschbezeichnung des Handelnden schadet dem Vertragsschluss nicht. Häufig ist das der Fall bei Verträgen unter Anwesenden, die sofort abgewickelt werden.[20] Dabei handelt es sich um keinen Fall der Stellvertretung. Der Handelnde D bleibt aber im Dunkeln; es liegt keine bloße Namenstäuschung vor.

Anders ist es bei der Identitätstäuschung. Dabei soll aus Sicht des Geschäftsgegners gerade ein Geschäft mit dem Namensträger zustande kommen, da der Geschäftsgegner mit diesem eine bestimmte Vorstellung verknüpft. Dann kommt ein Vertretungsgeschäft nach § 164 Abs. 1 BGB analog in Betracht, da die Erklärung des Handelnden für den Geschäftspartner den Anschein erweckt, sie sei eine des Namensträgers.[21] Insbesondere ist an eine Identitätstäuschung zu denken, wenn bei einem Vertrag zwischen Abwesenden der Name das einzige Identifikationsmerkmal ist und dem Geschäfts-

[10] *Wendtland* (Fn. 4), § 130 Rn. 9; BGH NJW 2019, 2469 (2470).
[11] *Wendtland* (Fn. 4), § 130 Rn. 5 f.
[12] *Gomille*, in: Beck'scher Online-Großkommentar BGB, Stand: 1.4.2020, § 130 Rn. 59.
[13] Vgl. für E-Mails OLG München NZBau 2012, 460 (461).
[14] Vgl. *Gomille* (Fn. 12), § 130 Rn. 75.
[15] Vgl. *Gomille* (Fn. 12), § 130 Rn. 75 m.w.N.
[16] *Schubert*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 120 f.
[17] *Schubert* (Fn. 16), § 164 Rn. 142.
[18] Für alle *Schubert* (Fn. 16), § 164 Rn. 142; BGH NJW 1971, 241.
[19] *Schubert* (Fn. 16), § 164 Rn. 150.
[20] *Schubert* (Fn. 16), § 164 Rn. 151.
[21] *Schubert* (Fn. 16), § 164 Rn. 155; BGH NJW 2013, 1946 (1946 Rn. 7); OLG Hamm NJW 2007, 611 (612).

partner nicht egal ist, wer Vertragspartner wird.[22] Bei einer Identitätstäuschung sind die weiteren Voraussetzungen nach § 164 Abs. 1 BGB analog zu prüfen.[23]

Hier soll aus Sicht der V ein Vertrag mit K zustande kommen, da D unter dem Namen des K handelt. Durch die Kommunikation über die Homepage der V ist der Name das einzige Identifikationsmerkmal. V ist es auch nicht gleichgültig, wer ihr Vertragspartner wird, allein wegen möglicher weiterer Ansprüche im Rechtsverhältnis. V unterliegt einer Fehlvorstellung über die Identität des Handelnden. Somit liegt ein Fall der Identitätstäuschung vor. Damit sind die §§ 164 ff. BGB analog anwendbar.

(2) Willenserklärung

Die Bestellung des D müsste eine Willenserklärung darstellen. Dies ist der Fall.[24]

(3) Mit Vertretungsmacht

Die Willenserklärung müsste D mit Vertretungsmacht abgegeben haben.

(a) Rechtsgeschäftlich

Eine rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht ist nach § 167 Abs. 1 BGB analog eine Vollmacht. Sie kann ausdrücklich oder konkludent erteilt werden. Zwischen K und D ist nichts geschehen, was die Erteilung einer Vollmacht nach § 167 Abs. 1 BGB entsprechend nahelegen würde. Eine Vollmacht liegt somit nicht vor.

(b) Gesetzlich

Für eine gesetzliche Vertretungsmacht des D für K bestehen keine Anhaltspunkte.

(c) Rechtsschein

Die gesetzlich geregelten Rechtsscheinvollmachten in §§ 170–172 BGB verlangen einen Rechtsscheintatbestand, den der Geschäftsherr zurechenbar gesetzt haben muss. In den Fällen der §§ 170–172 BGB wird der Rechtsschein dadurch gesetzt, dass die Vertretungsmacht gegenüber Dritten begründet, kundgegeben oder nachgewiesen wird. Dies ist hier nicht der Fall. Die §§ 170–172 BGB kommen daher nicht in Frage.

Daneben gibt es anerkannte nicht gesetzlich geregelte Rechtsscheinvollmachten: die Duldungs- und die Anscheinsvollmacht. Beide erfordern einen dem Geschäftsherrn zurechenbaren Rechtsscheintatbestand. Die Duldungsvollmacht erfordert das wiederholte Auftreten des vollmachtlosen Vertreters sowie die Kenntnis des Vertretenen von dem Handeln.[25] An beidem fehlt es hier.

Für eine Anscheinsvollmacht ist erforderlich, dass jemand wiederholt und über einen längeren Zeitraum als Vertreter aufgetreten ist und der Vertretene das Verhalten zwar nicht kannte, aber hätte erkennen müssen und verhindern können.[26] Beides fehlt hier. Eine Rechtsscheinvollmacht liegt daher nicht vor.

(d) Zwischenergebnis

D handelte ohne Vertretungsmacht nach § 164 Abs. 1 BGB analog.

(4) Genehmigung durch K

K hätte das Geschäft analog § 177 Abs. 1 BGB genehmigen können. Nach den §§ 182 Abs. 1, 184 Abs. 1 BGB ist die Genehmigung die nachträgliche Zustimmung. K möchte die Nilpferdskulptur nicht annehmen und zieht sich in sein Haus zurück. Nach §§ 133, 157 BGB ist darin die Verweigerung der Genehmigung zu sehen.

(5) Zwischenergebnis

Das Angebot durch die Bestellung des D bei V kann K nicht analog § 164 Abs. 1 BGB zugerechnet werden.

dd) Zwischenergebnis

Ein Angebot mit Wirkung für K durch die Bestellung des D liegt nicht vor.

2. Zwischenergebnis

Damit liegt kein Antrag nach § 145 BGB vor.

II. Zwischenergebnis

Mangels eines Antrags nach § 145 BGB fand zwischen K und V kein Vertragsschluss statt.

B. Ergebnis

Da kein Vertragsschluss erfolgte, ist ein Anspruch der V gegen K auf Kaufpreiszahlung i.H.v. 9.995 € aus § 433 Abs. 2 BGB nicht entstanden.

Frage 2: Anspruch der V gegen D auf Bezahlung und Abnahme der Skulptur?

Fraglich ist, ob V gegen D einen Anspruch auf Bezahlung und Abnahme der Nilpferdskulptur hat.

A. § 433 Abs. 2 BGB

Ein solcher Anspruch könnte sich aus § 433 Abs. 2 BGB ergeben.

I. Anspruch entstanden

Der Anspruch müsste entstanden sein. Dazu müssten V und D sich hinsichtlich des Abschlusses eines Kaufvertrags geeinigt haben.

1. Einigung

Die Einigung zum Vertragsschluss besteht aus Antrag und

[22] *Schubert* (Fn. 16), § 164 Rn. 157 m.w.N.
[23] *Schäfer* (Fn. 7), § 164 Rn. 34 m.w.N; *Schubert* (Fn. 16), § 164 Rn. 155; BGH NJW-RR 2006, 701 (702).
[24] Vgl. oben Frage 1 A. I. 1. b) aa) (2) (b).
[25] *Schubert* (Fn. 16), § 167 Rn. 107; BGH NJW 2004, 2736 (2737).
[26] *Schubert* (Fn. 16), § 167 Rn. 112.

Annahme, §§ 145, 147 BGB.

a) Antrag

aa) Angebot durch V durch das Einstellen des Produkts auf der Homepage

V hat durch das Einstellen der Nilpferdskulptur auf der Homepage kein Angebot abgegeben, sondern nur eine invitatio ad offerendum.[27]

bb) Angebot durch D durch die Bestellung unter dem Namen des K

In der Bestellung des D unter dem Namen des K könnte ein Angebot zu sehen sein. Allerdings sind die essentialia negotii nicht dahingehend bestimmt. Nach dem Anschein, den die Bestellung im Zusammenspiel mit den Angaben bei der Registrierung erweckt, soll vielmehr K Vertragspartner der V werden. Daher kommt auch ein Eigengeschäft nach § 164 Abs. 2 BGB nicht in Frage.

b) Zwischenergebnis

Somit ist in der Bestellung unter dem Namen des K kein Angebot des D zu sehen.

2. Zwischenergebnis

Zwischen D und V ist es zu keiner Einigung gekommen.

II. Ergebnis

Damit ist ein Anspruch der V gegen D auf Kaufpreiszahlung aus § 433 Abs. 2 BGB nicht entstanden.

> *Anmerkung*: Daran würde die Rechtsfolge des § 179 Abs. 1 BGB nichts ändern. Wählt der Geschäftspartner die Erfüllung, wird der vollmachtlose Vertreter nicht Vertragspartner.[28]

B. § 179 Abs. 1 BGB

Somit kommt als Anspruchsgrundlage § 179 Abs. 1 BGB in Betracht. Wählt der Geschäftspartner Erfüllung, so entsteht ein gesetzliches Schuldverhältnis, dessen Inhalt dem des unwirksamen Vertrages entspricht.[29] D tritt jedoch nicht in fremdem Namen auf. Somit sind die §§ 164 ff. BGB nicht direkt anwendbar.

C. § 179 Abs. 1 BGB analog

Allerdings sind die §§ 164 ff. BGB beim Handeln unter fremdem Namen im Fall der Identitätstäuschung analog anwendbar.[30] Solch ein Fall ist hier gegeben.[31] § 179 Abs. 1 BGB führt nicht dazu, dass D Vertragspartner wird. Vielmehr entsteht ein gesetzliches Schuldverhältnis mit dem Inhalt des vollmachtlos abgeschlossenen Vertrags.[32] Diese Rechtsfolge ist auch für die analoge Anwendung des § 179 Abs. 1 BGB heranzuziehen.[33]

I. Anspruch entstanden

1. Vertragsschluss durch falschen Namensträger

D müsste unter fremdem Namen und ohne Vertretungsmacht einen Vertrag mit V geschlossen haben.

a) Angebot durch die Bestellung des D unter dem Namen des K

In der Bestellung des D unter dem Namen des K ist ein Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrags zu sehen.[34]

b) Annahme durch V

V müsste das Angebot angenommen haben, § 147 BGB. Die Annahme ist eine einseitige, grundsätzlich empfangsbedürftige Willenserklärung, die auf die Herbeiführung eines Vertragsschlusses gerichtet ist. Sie kann konkludent erklärt werden.[35] Ausdrücklich hat V die Annahme nicht erklärt. Eine konkludente Annahmeerklärung ist aber spätestens in der Lieferung der bestellten Sache am 18.2.2022 zu sehen. Wegen der zeitnahen Lieferung ist auch die Annahmefrist nach § 147 Abs. 2 BGB gewahrt. Der Zugang der Annahmeerklärung im Versandhandel ist regelmäßig entbehrlich.[36]

c) Zwischenergebnis

Eine Einigung liegt vor. Damit kam es grundsätzlich zu einem Vertragsschluss.

d) Wirksamkeit des Vertragsschlusses durch den falschen Namensträger

Der Wirksamkeit der Einigung könnte jedoch die rechtshindernde Einwendung des § 312j Abs. 4 BGB entgegenstehen. Die Vorschrift ist nur auf Verbraucherverträge im elektronischen Geschäftsverkehr anwendbar, die eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand haben. Sie verpflichtet den Unternehmer zu einer eindeutigen Beschriftung des Bestellbuttons, wenn er sich eines solchen bedient, § 312j Abs. 3 S. 1, Abs. 2 BGB. Der Verstoß gegen diese Pflicht zieht die Unwirksamkeit des Vertrages nach sich, § 312j Abs. 4 BGB. V nutzt auf ihrer Webseite einen Bestellbutton.

aa) Vertrag über eine entgeltliche Leistung im elektronischen Geschäftsverkehr

Der Vertrag müsste eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand haben und im elektronischen Geschäftsverkehr geschlossen worden sein. Die Entgeltlichkeit ist jedenfalls gegeben, wenn der Verbraucher einen Preis in Geld für die Gegenleis-

[27] Vgl. oben Frage 1 A. I. 1. a).
[28] *Schiemann* (Fn. 6), Rn. D 226.
[29] *Schubert* (Fn. 16), § 179 Rn. 39.
[30] *Schubert* (Fn. 16), § 164 Rn. 150.
[31] Vgl. oben Frage 1 A. I. 1. c) cc) (1).
[32] *Schäfer* (Fn. 7), § 179 Rn. 20; *Schubert* (Fn. 16), § 179 Rn. 39.
[33] *Schubert* (Fn. 16), § 179 Rn. 18.
[34] Vgl. oben Frage 1 A. I. 1. c).
[35] *Busche* (Fn. 1), § 147 Rn. 2.
[36] *Mansel*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 151 Rn. 1.

tung bezahlt. Gemeint ist mithin, dass es sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit des anderen Teils handeln muss.[37] Ein Kaufvertrag nach § 433 BGB verpflichtet den Verkäufer zur Lieferung der Kaufsache gegen ein Entgelt, mithin zu einer entgeltlichen Leistung. Ein Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr liegt vor, wenn er mithilfe der Telemedien geschlossen wird, § 312i Abs. 1 S. 1 BGB. Telemedien sind alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste mit Ausnahme von Telekommunikationsdiensten und Rundfunk, § 1 Abs. 1 S. 1 TMG. Zu den Telemedien gehören auch Online-Shops.[38] V bedient sich hier eines Online-Shops; ein Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr liegt vor.

bb) Verbrauchervertrag

Bei dem Kaufvertrag zwischen D und V müsste es sich um einen Verbrauchervertrag handeln. Diese sind nach § 310 Abs. 3 BGB Verträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher. Daher müssten D Verbraucher nach § 13 BGB und V Unternehmerin nach § 14 Abs. 1 BGB sein. Der Unternehmerbegriff des § 14 BGB entspricht den Anforderungen der Verbraucherrechte-Richtlinie[39], welche den §§ 312 ff. BGB zugrunde liegt.

> *Anmerkung*: Trotz Streichung des ausdrücklichen Verweises auf § 310 Abs. 3 BGB in § 312 Abs. 1 BGB bezieht sich der Begriff weiterhin auf die Legaldefinition in § 310 Abs. 3 BGB. Eine Rechtsänderung war nicht beabsichtigt; der Verweis wurde lediglich vom Gesetzgeber für nicht mehr erforderlich gehalten.[40]

(a) Verbrauchereigenschaft des D

Verbraucher nach § 13 BGB ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft weder zu gewerblichen noch selbständigen beruflichen Zwecken abschließt. D ist als Mensch eine natürliche Person. Zudem handelt er weder zu gewerblichen noch zu selbständig beruflichen Zwecken; das Geschäft ist vielmehr in seiner privaten Sphäre anzusiedeln. D ist daher Verbraucher nach § 13 BGB.

(b) Unternehmereigenschaft der V

Unternehmer nach § 14 Abs. 1 BGB ist, wer ein Rechtsgeschäft in Ausübung seiner gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit abschließt. Die selbständige berufliche Tätigkeit bezieht sich auf die Ausübung der Freien Berufe.[41] Einen solchen, zu denen etwa Arzt, Rechtsanwalt oder Apotheker gehören, übt V nicht aus. Für die gewerbliche Tätigkeit ist auf den Gewerbebegriff des § 1 Abs. 2 HGB zurückzugreifen.[42] Ein Gewerbe liegt vor, wenn eine planvolle, auf gewisse Dauer angelegte, selbstständige und wirtschaftliche Tätigkeit nach außen hervortretend ausgeübt wird.[43] Die Unternehmereigenschaft ist anhand einer Würdigung aller Indizien im Einzelfall zu ermitteln.[44] Indizien sind etwa Zahl und Häufigkeit der Verkäufe, die Natur der verkauften Waren, der Geschäftsumfang, der Umsatz, der Preis der Waren und ein professionell wirkender Auftritt.[45]

V nimmt am Markt teil; ihre Tätigkeit ist daher nach außen gerichtet.

Das planvolle, auf gewisse Dauer angelegte Tätigwerden erfordert einen gewissen organisatorischen Mindestaufwand.[46] Sie kann auch bei saisonalen, gelegentlichen oder anlassbezogenen Tätigkeiten vorliegen, setzt also keine ununterbrochene Tätigkeit voraus.[47] V betreibt ihre Webseite seit einem halben Jahr, in dem sie 21 Artikel verkauft hat. 23 weitere bietet sie noch an. Ob sich daraus ein in gewisser Weise systematisches Handeln ergibt, ist fraglich. Zudem ist die Tätigkeit erkennbar auf den Zeitraum begrenzt, der nötig ist, um den Haushalt aufzulösen. Für eine sich wiederholende Tätigkeit liegen keine Anhaltspunkte vor. Dies spricht gegen die Unternehmereigenschaft der V.

Das wirtschaftliche und selbständige Tätigwerden erfordert, dass die Tätigkeit der Erzielung von Einnahmen dient und in wirtschaftlicher Eigenverantwortung ausgeübt wird.[48] Bei der Haushaltsauflösung der V über ihre Webseite sind diese beiden Punkte zu bejahen. Besondere Aussagekraft haben sie in dieser isolierten Form jedoch nicht, da sie bereits bei dem Verkauf eines einzigen Artikels vorliegen können, dessen Eigentümer der Verkäufer ist. Eine über die Entgeltlichkeit hinausgehende Gewinnerzielungsabsicht ist im Übrigen nicht erforderlich.[49]

Für die Unternehmereigenschaft der V sprechen ergänzend ihr professionell wirkender Internetauftritt sowie der hohe Preis der Nilpferdskulptur. Dagegen sprechen die begrenzte Dauer der Tätigkeit, die verhältnismäßig geringe Anzahl der zu verkaufenden Artikel und der Umstand, dass die Artikel bereits gebraucht sind. Das Argument des professionell wirkenden Internetauftritts lässt sich damit entkräften, dass ein solcher mit einem entsprechenden Baukasten heutzutage jedermann möglich ist. Einen solchen verwendet V. Zudem schildert V den Kontext ihrer Tätigkeit: Sie möchte ihren Privathaushalt auflösen, um eine einjährige Weltreise unternehmen

[37] *Wendehorst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 312j Rn. 21, 13, § 312 Rn. 36.
[38] *Martiny*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, TMG § 1 Rn. 10.
[39] *Wendehorst* (Fn. 37), § 312j Rn. 21, 13, § 312 Rn. 15; *Fornasier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 310 Rn. 67.
[40] BT-Drs. 19/27653, S. 33; BR-Drs. 60/21, S. 34.
[41] *Micklitz*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 14 Rn. 31.
[42] *Micklitz* (Fn. 41), § 14 Rn. 19.
[43] *Micklitz* (Fn. 41), § 14 Rn. 19 m.w.N.
[44] OLG Hamburg WRP 2008, 522 (Ls. 1); *Micklitz* (Fn. 41), § 14 Rn. 28.
[45] *Micklitz* (Fn. 41), § 14 Rn. 28 m.w.N.; vgl. *Schmittmann*, VuR 2006, 223 (224).
[46] *Schmittmann*, VuR 2006, 223 (224); *Micklitz* (Fn. 41), § 14 Rn. 20.
[47] *Alexander*, in: Beck'scher Online-Großkommentar BGB, Stand: 1.5.2022, § 14 Rn 138.
[48] *Alexander* (Fn. 47), § 14 Rn 144 ff.
[49] BGH NJW 2006, 2250 (2251 Rn. 18); *Alexander* (Fn. 47), § 14 Rn. 144.

zu können. In der Gesamtschau sprechen die Umstände daher gegen die Unternehmereigenschaft. V ist nicht als Unternehmerin nach § 14 Abs. 1 BGB anzusehen.

(c) Zwischenergebnis

Mangels Unternehmereigenschaft der V liegt kein Verbrauchervertrag nach § 310 Abs. 3 BGB vor.

cc) Zwischenergebnis

Damit ist § 312j Abs. 4 BGB nicht anwendbar.

> *Anmerkung*: Die Unternehmereigenschaft der V ist kaum zu bejahen. Wenn sie dennoch angenommen wurde, muss die ordnungsgemäße Beschriftung des Buttons geprüft werden; da sie vorliegt, würde § 312j Abs. 4 BGB aber nicht zur Unwirksamkeit führen.
> Eine Anfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB ist hier fernliegend. Beim D liegt kein Irrtum hinsichtlich der Bedeutung seines Handelns oder in der Erklärungshandlung vor. § 108 Abs. 1 BGB ist hier nicht zu prüfen. Der Minderjährigenschutz wird über § 179 Abs. 3 S. 2 BGB gewährleistet.

e) Zwischenergebnis

Damit ist ein Vertrag mit V durch den falschen Namensträger D ohne Vertretungsmacht geschlossen worden.

f) Beseitigung des Vertrags durch Widerruf gem. § 355 Abs. 1 S. 1 BGB

Allerdings könnte der Vertrag ex nunc durch Widerruf nach § 355 Abs. 1 S. 1 BGB beseitigt worden sein.

aa) Erklärung des D

Der Widerruf müsste erklärt worden sein. D hat geäußert, dass er den Vertrag widerrufe. Damit hat er ausdrücklich den Widerruf nach § 355 Abs. 1 S. 1 BGB erklärt. Als beschränkt geschäftsfähiger Minderjähriger nach §§ 2, 106 BGB kann D einseitige Rechtsgeschäfte jedoch nur mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters vornehmen, § 111 S. 1 BGB. Einwilligung ist nach § 183 S. 1 BGB die vorherige Zustimmung gem. § 182 Abs. 1 BGB. Nach §§ 1626 Abs. 1 S. 1, 1629 Abs. 1 S. 1 BGB sind die Eltern gesetzliche Vertreter des minderjährigen Kindes. Die Eltern haben jedoch zum Zeitpunkt der Erklärung des D keine Kenntnis von seinem Handeln; eine Einwilligung in den Widerruf scheidet damit aus. Die Erklärung des D ist somit nach § 111 S. 1 BGB unwirksam.

bb) Erklärung der Eltern

Möglicherweise haben jedoch die Eltern als gesetzliche Vertreter den Widerruf mit Wirkung für D erklärt, § 164 Abs. 1 BGB.

(a) Zulässigkeit der Stellvertretung

Hier liegt kein höchstpersönliches Rechtsgeschäft des D vor, die Stellvertretung ist zulässig.

(b) Eigene Willenserklärung der Eltern

Die Eltern müssten den Widerruf für D erklärt haben. Nach § 355 Abs. 1 S. 3 BGB muss aus der Erklärung der Entschluss zum Widerruf des Vertrags eindeutig hervorgehen. Der Ausdruck „Widerruf“ muss allerdings nicht verwendet werden. Es muss sich lediglich eindeutig aus der Äußerung ergeben, dass sich der Widerrufende vom Vertrag lösen möchte.[50]

Ausdrücklich wurde der Widerruf durch die Eltern nicht erklärt. Der Vater des D sagt jedoch zur V, dass sie vom D auf gar keinen Fall Geld erhalten werde. Darin ist nach §§ 133, 157 BGB der Wille zur Loslösung des D vom Vertrag zu erblicken. Dies genügt als eindeutige Widerrufserklärung gegenüber V. Indem die Mutter zustimmend nickt, schließt sie sich dem nach §§ 133, 157 BGB an.

(c) In fremdem Namen

Die Eltern müssten ihre Willenserklärung im Namen des D abgegeben haben, § 164 Abs. 1 BGB. Dies ergibt sich hier jedenfalls aus den Umständen, was nach § 164 Abs. 1 S. 2 BGB zulässig ist.

(d) Mit Vertretungsmacht

Die Eltern müssten mit Vertretungsmacht für D gehandelt haben. In Betracht kommt hier gesetzliche Vertretungsmacht. Gesetzliche Vertreter des minderjährigen Kindes sind nach §§ 1626 Abs. 1 S. 1, 1629 Abs. 1 S. 1, S. 2 BGB die Eltern gemeinsam. Hier gibt der Vater die Erklärung ab, die Mutter nickt zustimmend. Nach §§ 133, 157 BGB haben die gesetzlichen Vertreter des D die Stellvertretung des minderjährigen Kindes somit gemeinsam vorgenommen.

(e) Zwischenergebnis

Die Eltern haben gegenüber V eine Widerrufserklärung mit Wirkung für und gegen D abgegeben.

cc) Widerrufsrecht

D müsste zudem ein Recht zum Widerruf nach §§ 355 Abs. 1 S. 1, 312g Abs. 1 BGB zustehen.[51]

(1) Anwendungsbereich

Nach § 312 Abs. 1 BGB sind die Vorschriften der §§ 312–312h BGB auf Verbraucherverträge anzuwenden, bei denen sich der Verbraucher zur Zahlung eines Preises verpflichtet. Ein Kaufvertrag verpflichtet den Käufer, hier D, nach § 433 Abs. 2 BGB zur Zahlung des Kaufpreises. Zudem müsste nach § 312g Abs. 1 BGB entweder ein außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag nach § 312b BGB oder ein Fernabsatzvertrag nach § 312c BGB vorliegen. In Be-

[50] BGH NJW 2007, 2110 (2111 Rn. 28); *Mörsdorf*, in: Beck'scher Online-Großkommentar BGB, Stand: 1.6.2022, § 355 Rn. 59.

[51] Nach *Hoffmann*, JZ 2012, 1156 (1163) ist für das Bestehen eines Widerrufsrechts auf die Person des Vertreters abzustellen, die h.M. stellt jedoch auf die Person des Vertretenen ab, *Mörsdorf* (Fn. 50), § 355 Rn. 46 m.w.N.

tracht kommt hier ein Fernabsatzvertrag. Das ist ein Vertrag, der zwischen Unternehmer und Verbraucher ausschließlich über Fernkommunikationsmittel geschlossen wurde, § 312c Abs. 1 BGB. Indem V und D den Vertrag ausschließlich über den Internetshop der V geschlossen haben, haben sie ausschließlich Fernkommunikationsmittel verwendet. Allerdings liegt mangels Unternehmereigenschaft der V kein Verbrauchervertrag vor.[52]

(2) Zwischenergebnis

Der Anwendungsbereich der §§ 312 Abs. 1, 312g Abs. 1 BGB ist nicht eröffnet.

dd) Zwischenergebnis

Ein Widerrufsrecht des D besteht daher nicht.

g) Zwischenergebnis

Die Eltern des D haben den Vertrag daher nicht durch Widerruf nach § 355 Abs. 1 S. 1 BGB mit Wirkung für D beseitigt.

> *Anmerkung*: Wenn oben § 312j Abs. 4 BGB nicht geprüft wurde, muss hier die Unternehmereigenschaft der V geprüft werden. Sie kann kaum angenommen werden. Wer die Unternehmereigenschaft der V bejaht, muss den Widerruf ebenfalls bejahen, da ein Widerrufsrecht nach § 312g Abs. 1 BGB bestehen würde. Die folgenden Punkte müssen dann hilfsgutachtlich geprüft werden.

2. Ohne Vertretungsmacht

D handelte ohne Vertretungsmacht.[53]

In Betracht kommt daher allenfalls eine Genehmigung des Geschäfts durch K nach § 177 Abs. 2 BGB analog. Die Genehmigung ist nach §§ 184 Abs. 1, 182 Abs. 1 BGB die nachträgliche Zustimmung. Hier ist K kopfschüttelnd in sein Haus gegangen, nachdem V auf Abnahme des Nilpferds bestand. Legt man dieses Verhalten aus Sicht eines objektiven Dritten gem. §§ 133, 157 BGB aus, so ist darin die Verweigerung der Genehmigung des Geschäfts zu sehen.

> *Anmerkung*: Die Bösgläubigkeit des D ist kein Tatbestandsmerkmal, sondern wäre innerhalb des Prüfungspunkts „Schaden“ anzusprechen, wenn V sich für Schadensersatz entschieden hätte.

3. Rechtsfolge: Wahlrecht

§ 179 Abs. 1 BGB analog spricht dem Geschäftsgegner ein Wahlrecht zwischen Erfüllung und Schadensersatz zu. §§ 262 ff. BGB gelten entsprechend.[54] Nach § 263 Abs. 1 BGB erfolgt die Erklärung gegenüber dem anderen Teil, hier also durch V gegenüber D. V hat in Gegenwart des D verlangt, dass ihr jemand das Nilpferd bezahlen und abnehmen müsse. Anhand einer Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont nach §§ 133, 157 BGB ist darin die Wahl der Erfüllung zu sehen.

Allerdings ist D als Minderjähriger nach §§ 2, 106 BGB in der Geschäftsfähigkeit beschränkt. Nach § 131 Abs. 2 S. 1, Abs. 1 BGB müssen Willenserklärungen, die dem Minderjährigen einen rechtlichen Nachteil bringen, dem gesetzlichen Vertreter zugehen, um wirksam zu werden. Die Ausübung des Wahlrechts hat ipso iure die Verpflichtung des anderen Teils zum Erbringen einer konkreten Leistung zur Folge, § 179 Abs. 1 BGB analog. Sie ist mithin für den anderen Teil rechtlich nachteilig. Daher musste die Willenserklärung dem gesetzlichen Vertreter des D zugehen. Nach §§ 1626 Abs. 1 S. 1, 1629 Abs. 1 S. 1 BGB sind die Eltern gesetzliche Vertreter des minderjährigen Kindes. V hat die Situation den Eltern des D gegenüber geschildert; in diesem Zeitpunkt ist die Ausübung des Wahlrechts durch die Erklärung gem. § 263 Abs. 1 BGB wirksam geworden.

4. Kein Ausschluss

Jedoch ist zu beachten, dass D gem. §§ 2, 106 BGB als Minderjähriger beschränkt geschäftsfähig ist. Somit haftet er gem. § 179 Abs. 3 S. 2 BGB analog nur dann, wenn er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat. Gesetzliche Vertreter des minderjährigen Kindes sind nach §§ 1626 Abs. 1 S. 1, 1629 Abs. 1 S. 1, S. 2 BGB die Eltern gemeinsam. Fraglich ist, ob die Eltern des D seinem Handeln zugestimmt haben. Die Zustimmung nach § 182 Abs. 1 BGB kann entweder im Voraus als Einwilligung, § 183 S. 1 BGB, erfolgen, oder nachträglich als Genehmigung, § 184 Abs. 1 BGB. Bis V an der Tür klingelte, wussten die Eltern des D nichts von dem Geschehen. Eine Einwilligung nach § 183 S. 1 BGB scheidet daher aus.

Sie könnten das Handeln des D allenfalls genehmigt haben, § 184 Abs. 1 BGB. Der Vater des D sagt jedoch zur V, dass sie vom D auf gar keinen Fall Geld erhalten werde. Darin ist nach §§ 133, 157 BGB nicht nur die Erklärung des Widerrufs für D, sondern auch die Verweigerung der Genehmigung zu erblicken. Indem die Mutter zustimmend nickt, verweigert auch sie nach §§ 133, 157 BGB die Genehmigung. Somit haben die gesetzlichen Vertreter des D die Stellvertretung des minderjährigen Kindes gemeinsam vorgenommen und die Genehmigung verweigert. Eine Haftung des D nach § 179 Abs. 1 BGB analog scheidet daher aus.

II. Ergebnis

V kann daher von D nicht die Abnahme und Bezahlung der Nilpferdskulptur nach § 179 Abs. 1 BGB analog verlangen.

D. Ergebnis

V kann von D nicht Abnahme und Bezahlung der Nilpferdskulptur verlangen.

Frage 3: Anspruch V gegen D auf Erstattung der Fahrkosten i.H.v. 30 €?

A. § 280 Abs. 1 BGB

V könnte gegen D einen Anspruch auf Erstattung der Fahrkosten aus § 280 Abs. 1 BGB haben.

[52] Vgl. oben Frage 2 C. I. 1. d) bb).
[53] Vgl. oben Frage 1 A. I. 1. c).
[54] *Schubert* (Fn. 16), § 179 Rn. 38.

I. Schuldverhältnis

Dazu müsste zunächst ein Schuldverhältnis zwischen V und D bestehen. Das Schuldverhältnis kann rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Natur sein.[55] Als Schuldverhältnis zwischen D und V käme allenfalls ein Schuldverhältnis nach § 179 Abs. 1 BGB analog in Betracht. Allerdings ist hier die Haftung des D nach § 179 Abs. 1 BGB analog gem. § 179 Abs. 3 S. 2 BGB analog ausgeschlossen.[56] Ein Schuldverhältnis besteht somit nicht.

II. Ergebnis

Ein Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB scheidet daher aus.

B. § 179 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch auf Ersatz der Fahrkosten könnte sich an sich aus § 179 Abs. 1 BGB ergeben. Dieser ist hier allerdings nicht direkt anwendbar.[57]

C. § 179 Abs. 1 BGB analog

Der Anspruch könnte sich stattdessen aus § 179 Abs. 1 BGB analog ergeben. Dessen Voraussetzungen liegen vor.[58] Allerdings ist hier die Haftung des D nach § 179 Abs. 3 S. 2 BGB analog ausgeschlossen. Im Übrigen hat V ihr Wahlrecht bereits zugunsten der Erfüllung ausgeübt.[59] An eine einmal getroffene Wahl ist man gebunden.[60] Ein Anspruch der V ergibt sich daher nicht.

D. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB

Ein Anspruch auf Ersatz der Fahrkosten könnte sich aus culpa in contrahendo ergeben. Fraglich ist jedoch, ob diese hier überhaupt anwendbar ist. Der falsus procurator haftet grundsätzlich nur nach § 179 BGB. Er ist kein geschäftlicher Kontakt i.S.d. § 311 Abs. 2 BGB. § 179 BGB schützt den anderen Teil ausreichend, daher besteht kein Bedürfnis, eine andere Wertung vorzunehmen.[61]

Beim Handeln unter fremdem Namen wird der Handelnde so angesehen, als sei er ein falsus procurator. Deshalb haftet er nach § 179 BGB analog.[62] Somit kann nach dem soeben Erwähnten auch beim Handeln unter fremdem Namen davon ausgegangen werden, dass der Handelnde wie ein falsus procurator kein geschäftlicher Kontakt i.S.d. § 311 Abs. 2 BGB ist. Damit scheidet eine Haftung aus culpa in contrahendo aus. Dafür spricht auch der Minderjährigenschutz, der mit § 179 Abs. 3 S. 2 BGB verwirklicht wird.[63]

E. § 823 Abs. 1 BGB

Eine Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB scheidet mangels eines verletzten geschützten Rechtsguts aus. § 823 Abs. 1 BGB schützt nicht unmittelbar das Vermögen.[64]

F. § 823 Abs. 2 BGB

§ 823 Abs. 2 BGB schützt zwar das Vermögen[65], allerdings ist hier keine Schutzgesetzverletzung ersichtlich.

> *Anmerkung*: Von den Bearbeitern ist keine Auseinandersetzung mit § 263 Abs. 1 StGB zu erwarten, insbesondere nicht in der Form des versuchten Eingehungsbetrugs. Ohnehin fehlt jedenfalls die Absicht der rechtswidrigen Verschaffung eines Vermögensvorteils. Eine absichtliche eigen- oder fremdnützige Bereicherung kommt hier nicht in Betracht.

G. § 826 BGB

Ein Anspruch auf Ersatz der Fahrkosten könnte sich unter dem Gesichtspunkt einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung der V durch D ergeben.

I. Schadenseintritt

Es müsste ein Schaden bei V eingetreten sein. Schaden ist jedes unfreiwillige Vermögensopfer.[66] Ob ein Schaden entstanden ist, ist nach der Differenzhypothese zu ermitteln. Dabei wird die Vermögenslage nach dem schädigenden Ereignis mit der hypothetischen Vermögenslage ohne das schädigende Ereignis verglichen.[67] Hätte D die Bestellung unter dem Namen des K unterlassen, hätte V die Fahrten nicht vorgenommen und ihr wären die Kosten i.H.v. 30 € nicht entstanden. Ein Schaden ist daher eingetreten.

II. Verursachung des Schadens durch ein Verhalten des Täters

Der Schaden müsste durch ein Verhalten des Täters verursacht worden sein. Hier liegt in der Bestellung des D unter dem Namen des K ein Tun vor, mithin ein Verhalten. Dieses ist kausal für den Schadenseintritt gewesen.

III. Sittenwidrigkeit des Verhaltens

Das Verhalten, das für die Schädigung ursächlich gewesen ist, müsste sittenwidrig gewesen sein. Sittenwidrigkeit liegt bei einer Handlung vor, die dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht.[68] Das Verhalten muss insbesondere wegen des angestrebten Zwecks oder des angewandten Mittels oder wegen der dabei gezeigten Gesinnung als verwerflich angesehen werden.[69] Es wird darauf abge-

[55] *Lorenz*, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.5.2022, § 280 Rn. 2.
[56] Vgl. oben Frage 2 C. I. 4.
[57] Vgl. oben Frage 2 B.
[58] Vgl. oben Frage 2 C. I.
[59] Vgl. oben Frage 2 C. I. 4.
[60] *Schubert* (Fn. 16), § 179 Rn. 38.
[61] *Herresthal*, in: Beck'scher Online-Großkommentar BGB, Stand: 1.4.2022, § 311 Rn. 277; *Schubert* (Fn. 16), § 179 Rn. 63.
[62] *Schiemann* (Fn. 6), Rn. D 208.
[63] Vgl. *Schäfer* (Fn. 7), § 179 Rn. 30.
[64] *Förster*, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.5.2022, § 823 Rn. 3.
[65] *Förster* (Fn. 64), § 823 Rn. 267.
[66] *Schäfer* (Fn. 7), § 670 Rn. 12.
[67] BGH NJW 2011, 1962 (1963) m.w.N.
[68] RGZ 48, 114 (124); BGHZ 10, 228 (232).
[69] BGH VersR 2001, 1431 (1432).

stellt, dass die Rechtswidrigkeit des Mittels im Hinblick auf den angestrebten Zweck maßgeblich für das Vorliegen der Sittenwidrigkeit ist.[70]

D missbraucht die Möglichkeit des Vertragsschlusses mit V, um K zu ärgern. Dabei kommt es D darauf an, dass K mit einer vermeintlichen, für ihn nachteiligen Verpflichtung konfrontiert wird, bei der es um eine erhebliche Summe geht. Er missbraucht also ein rechtlich erlaubtes Mittel, um einen sittlich verwerflichen Zweck zu verfolgen. Daher ist D hier sittenwidriges Verhalten zu attestieren.

IV. Vorsatz des Schädigers

D müsste vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz ist das Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung. Dabei genügt es, wenn der Schädiger die Schädigung billigend in Kauf nimmt.[71] Aufgrund der Angaben auf der Homepage der V wusste D, dass V die Nilpferdskulptur selbst mit ihrem Pick-Up anliefern würde. Damit wusste er auch, dass ein den Fahrkosten entsprechender Schaden bei der V eintreten würde. D handelte daher vorsätzlich.

V. Kein Ausschluss

Minderjährige sind nach § 828 BGB allerdings nur beschränkt deliktsfähig. Auf den 17-jährigen D ist § 828 Abs. 3 BGB anzuwenden. Danach machen sich Kinder ab dem siebenten Lebensjahr und Jugendliche nur haftbar, wenn sie bei Begehung der schädigenden Handlung die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht besitzen. Maßgeblich ist allein die Einsichtsfähigkeit.[72] Diese setzt einen Stand der geistlichen Entwicklung voraus, der es ermöglicht, das Unrecht der Handlung und die Verpflichtung zum Einstehen für die Folgen des Tuns zu erkennen.[73] Nach Ansicht mancher ist ein subjektiver Maßstab anzuwenden.[74] Die Rechtsprechung differenziert hinsichtlich der Einsichtsfähigkeit anhand von Altersgruppen.[75] Mangels anderer Anhaltspunkte ist von dem 17-jährigen D zu erwarten, dass er das Unrecht seines Tuns erkennt und mit der Verpflichtung zum Einstehen für die Folgen des Tuns rechnet. Damit schließt § 828 Abs. 3 BGB die Haftung des D nicht aus.

VI. Rechtsfolge: Schadensersatz

Der Umfang des Schadensersatzes richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 249 ff. BGB. Der Geschädigte hat nach dem Prinzip der Totalreparation Anspruch auf den Ausgleich sämtlicher Nachteile.[76] Somit sind V nach § 249 Abs. 1 BGB die Fahrkosten i.H.v. 30 € zu ersetzen.

VII. Ergebnis

V hat gegen D einen Anspruch auf Ersatz der Fahrkosten i.H.v. 30 € aus § 826 BGB.

Anmerkung: Wer den Widerruf nach § 355 Abs. 1 S. 1 BGB bejaht hat, muss sich mit § 361 Abs. 1 BGB auseinandersetzen. Dieser schließt jedoch die Anwendung des § 826 BGB nicht aus.[77]

H. Ergebnis

Nach den vorstehenden Ausführungen hat V gegen D einen Anspruch auf Ersatz der Fahrkosten i.H.v. 30 € aus § 826 BGB.

[70] BGH VersR 2001, 1431 (1432); *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 826 Rn. 9, 21.
[71] *Wagner* (Fn. 70), § 826 Rn. 28.
[72] *Wagner* (Fn. 70), § 828 Rn. 10.
[73] BGHZ 161, 181 (187).
[74] *Wagner* (Fn. 70), § 818 Rn. 13 m.w.N.
[75] BGH VersR 1987, 762 (763).
[76] *Wagner* (Fn. 70), § 823 Rn. 86.
[77] *Rosenkranz*, in: Beck'scher Online-Großkommentar BGB, Stand: 15.4.2022, § 361 Rn. 12 ff. m.w.N.

Fortgeschrittenenklausur: 2G+ im Deutschen Bundestag

Von Prof. Dr. **Patrick Hilbert**, Münster, Wiss. Mitarbeiter **Cederic Meier,** Göttingen*

Die Klausur basiert inhaltlich (und in manchen Formulierungen) auf unserem Beitrag zu 2G+ im Deutschen Bundestag (ZJS 2022, 162 ff.). Vom Schwierigkeitsgrad entspricht sie einer Fortgeschrittenen- bzw. Examensklausur.

Sachverhalt

Seit März 2020 ist die Welt von der COVID-19-Pandemie betroffen, deren Auslöser das neuartige Coronavirus SARS-CoV-2 ist. Das Virus wird vor allem über Aerosole übertragen. Mittlerweile gibt es verschiedene Virusvarianten sowie verschiedene Impfstoffe.

Im Januar 2022 nehmen die Infektionen mit der sog. Omikron-Variante des SARS-CoV-2 deutlich zu. Nach den aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnissen ist diese Variante deutlich ansteckender als ihre Vorgänger und führt auch bei Geimpften und Genesenen häufig zu Infektionen, die weitergegeben werden können. In Reaktion hierauf erlässt die Präsidentin des Deutschen Bundestages am 11.1.2022 eine ordnungsgemäß begründete Allgemeinverfügung, die vom 12.1. 2022 bis zum 13.3.2022 gelten soll. In dieser Allgemeinverfügung ist unter anderem die Pflicht zum Tragen einer FFP2-Maske im Plenarsaal des Deutschen Bundestages vorgeschrieben, wovon nur das Präsidium sowie die Abgeordneten während ihrer Redebeiträge befreit sind. Zudem sieht die Allgemeinverfügung in Ziff. 6 unter anderem vor:

> „6. 2G+-Regel für Plenarsitzungen
> Zu Plenarsitzungen des Deutschen Bundestages erhalten Zutritt zum Plenarsaal sowie zur Ost- und Westlobby einschließlich der Abgeordnetenlobby der Plenarebene des Reichstagsgebäudes nur geimpfte oder genesene Personen, die negativ getestet oder „geboostert" sind.
> Mitglieder des Bundestages, der Bundesregierung und des Bundesrates, die negativ getestet sind, erhalten Zutritt zu den hierfür vorgesehenen und entsprechend gekennzeichneten Plätzen auf den Tribünen. Die Plätze sind so anzuordnen, dass ein Abstand von mindestens 1,50 Metern eingehalten wird.
> […]"

Die Präsidentin stützte die Allgemeinverfügung auf Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG. Der Deutsche Bundestag hat über die Allgemeinverfügung der Präsidentin am 12.1.2022 in einer Plenarsitzung diskutiert und über die neuen Regelungen anschließend – nach Aufforderung der Präsidentin, über sie „als Teil unserer parlamentarischen Ordnung" abzustimmen – einen zusätzlichen Beschluss gefasst. Die Mehrheit der Abgeordneten stimmte für die Regelungen, die ab dem 12.1.2022 gelten.

Die Abgeordneten der A-Fraktion haben der Allgemeinverfügung nicht zugestimmt. Ein erheblicher Teil von ihnen ist – nach eigenen Angaben – ungeimpft. Sie sehen sich durch die neue Regelung in Ziff. 6 der Allgemeinverfügung („2G+-Regelung") in ihren Rechten als Abgeordnete verletzt, weil die Teilnahme an Plenarsitzungen im Plenarsaal essenziell sei, um ihrem Wählerauftrag nachzukommen. Zudem verletze die Regelung sie in ihrem Recht auf effektive Opposition aus Art. 20 Abs. 2, Abs. 3 GG und weiteren Vorschriften des GG. Außerdem könne eine so schwerwiegende Regelung nur durch Gesetz beschlossen werden. Die A-Fraktion und der ihr zugehörige Abgeordnete B, der nach eigenen Angaben nicht gegen COVID-19 geimpft ist, beantragen deshalb am 18.1. 2022 formgerecht beim Bundesverfassungsgericht, festzustellen, dass die Allgemeinverfügung der Präsidentin des Deutschen Bundestages und der Beschluss des Deutschen Bundestages durch die in Ziff. 6 vorgesehene Anordnung der 2G+-Regelung im Plenarsaal sie in ihren Rechten verletzt hat.

Die Präsidentin und der Deutsche Bundestag halten den Eingriff hingegen für gerechtfertigt. Es sei notwendig, die Anzahl der COVID-19-Ansteckungen im Umfeld des Deutschen Bundestages so weit wie möglich zu reduzieren, um dessen Arbeitsfähigkeit aufrechtzuerhalten. Denn erkannte Ansteckungen führten nach der geltenden Rechtslage – was zutrifft – zu einer Isolationspflicht, die es sowohl betroffenen Abgeordneten wie Verwaltungsmitarbeiterinnen und -mitarbeitern unmöglich mache, ihren Tätigkeiten nachzugehen. Dies gefährde die Arbeitsfähigkeit des Bundestages erheblich. Die 2G+-Regelung wirke einer solchen Situation wirksam entgegen. Durch Tests würden etwaig Infizierte vergleichsweise zuverlässig erkannt. Und nach einer dritten Impfung (sog. Booster-Impfung) sei nach der Angabe von Experten die Infektionswahrscheinlichkeit auch mit der Omikron-Variante deutlich geringer als nur nach zwei Impfungen, weshalb auch von Personen mit drei Impfungen nur eine moderate Verbreitungsgefahr ausgehe. Ein Gesetz sei zur Einführung der Regelungen nicht notwendig, da es dem Bundestag allein überlassen bleiben müsse, seine internen Angelegenheiten zu regeln.

Haben die Anträge Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitungsvermerk

Gehen Sie auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. hilfsgutachtlich – ein. Als maßgeblicher Zeitpunkt für die rechtliche Beurteilung ist Januar 2022 zugrunde zu legen. Gehen Sie davon aus, dass die 7-Tage-Inzidenz im Januar 2022 in der Gesamtbevölkerung auf bis zu 1.177 Fälle/100.000 Einwohner anstieg. Die Teilnahme der Abgeordneten an Ausschusssitzungen ist nicht zu thematisieren.

Lösungsvorschlag

Die Anträge haben Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet sind.

* Prof. *Dr. Patrick Hilbert* ist Professor für Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Verwaltungsrecht, Westfälische Wilhelms-Universität Münster). *Cederic Meier* ist Wiss. Mitarbeiter am Institut für Grundlagen des Rechts, Abteilung für Staatstheorie, Politische Wissenschaften und Vergleichendes Staatsrecht (Prof. *Dr. Florian Meinel*) an der Georg-August-Universität Göttingen.

A. Zulässigkeit

I. Statthafte Verfahrensart und Zuständigkeit des BVerfG

Zunächst müsste der A-Fraktion und dem Abgeordneten B überhaupt ein Rechtsbehelf zum BVerfG zu Gebote stehen. Insofern kommt jeweils ein Organstreitverfahren gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG in Betracht, mit dem die Antragsteller die Verletzung ihrer verfassungsmäßigen Rechte feststellen lassen können. Das Organstreitverfahren ist die statthafte Verfahrensart.

Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten, der gegen Allgemeinverfügungen (§ 35 S. 2 VwVfG) denkbar ist (vgl. § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO), ist gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO vorliegend nicht eröffnet, weil sowohl die Präsidentin des Bundestages und der Bundestag selbst sowie die A-Fraktion und der Abgeordnete B in dieser Funktion unmittelbar am Verfassungsleben Beteiligte sind, die hier über verfassungsrechtliche Rechte (namentlich aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG sowie Art. 20 Abs. 2, Abs. 3 GG) streiten, sodass eine sog. doppelte Verfassungsunmittelbarkeit vorliegt, weshalb keine „Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art“ (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO) gegeben ist.[1]

II. Parteifähigkeit

1. Antragsteller

Sowohl die A-Fraktion als auch B müssten parteifähig sein. Dies sind gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG alle obersten Bundesorgane sowie sonstigen Beteiligten, die durch das GG oder die Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit eigenen Rechten ausgestattet sind.

Der B ist als Abgeordneter jedenfalls durch Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG mit eigenen Rechten ausgestattet und deshalb grds. gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG als anderer Beteiligter parteifähig. Fraglich ist, ob an diesem Ergebnis § 63 BVerfGG etwas ändert. Dessen Wortlaut ist enger als der von Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG und spricht die Parteifähigkeit nur den dort ausdrücklich genannten obersten Bundesorganen oder mit eigenen Rechten ausgestatteten Teilen dieser Organe zu. Dabei wird der einzelne Abgeordnete verbreitet nicht als „Teil“ des Organs Bundestag angesehen. Dies ist aber vorliegend unerheblich, da im Ergebnis allgemein anerkannt ist, dass der einzelne Abgeordnete, jedenfalls soweit er eigene Rechte aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG geltend macht, als „anderer Beteiligter“ parteifähig ist, weil § 63 BVerfGG die verfassungsrechtliche Gewährleistung dieser Parteifähigkeit bei verfassungskonformer Auslegung nicht einschränkt.

> *Anmerkung*: Umstritten ist hingegen, ob der einzelne Abgeordnete in Prozessstandschaft auch Rechte des Bundestages geltend machen kann; dies ist aber eine Frage der Antragsbefugnis[2] und auf sie kommt es vorliegend nicht an, da B nur eigene Rechte aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG geltend macht.

Die A-Fraktion ist wie alle Fraktionen durch die GOBT mit eigenen Rechten ausgestattet (siehe z.B. § 57 Abs. 2 S. 1 GOBT) und deshalb parteifähig.

2. Antragsgegner

Auch die Antragsgegner, die Präsidentin des Bundestages und der Bundestag, müssten parteifähig sein, d.h. oberste Bundesorgane oder mit eigenen Rechten ausgestattete Teile dieser Organe sein. Der Bundestag ist ein oberstes Bundesorgan i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 63 BVerfGG. Die Präsidentin des Bundestages ist ein mit eigenen Rechten (vgl. Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG) ausgestattetes Teil dieses Organs, Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG; § 63 BVerfGG, sodass beide parteifähig sind.

III. Antragsgegenstand

Tauglicher Antragsgegenstand ist nach § 64 Abs. 1 BVerfGG jede konkrete Maßnahme oder Unterlassung der Antragsgegner, wobei die Maßnahme bzw. Unterlassung rechtserheblich sein muss.[3] Vorliegend kommen als Maßnahme sowohl der Erlass der Allgemeinverfügung durch die Präsidentin des Bundestages als auch die Zustimmung hierzu durch den Deutschen Bundestag in Betracht. Inwieweit beide zusammen für die Einführung der 2G+-Regelung notwendig sind, kann an dieser Stelle noch dahinstehen, da jedenfalls beide Maßnahmen für sich rechtserheblich sind, da sie – ggf. zusammen – die neue Regelung einführen und damit den Zutritt zum Plenarsaal in rechtserheblicher Weise regeln sollen. Taugliche Antragsgegenstände liegen mithin vor.

IV. Antragsbefugnis

Weiter müssten die Antragsteller antragsbefugt sein, was u.a. der Fall ist, wenn sie geltend machen können, durch die Maßnahmen in ihren durch das Grundgesetz übertragenen Rechten verletzt oder unmittelbar gefährdet zu sein, § 64 Abs. 1 BVerfGG, wobei es für die Zulässigkeit des Antrags ausreicht, wenn die Verletzung möglich erscheint.[4]

1. Antragsbefugnis des B

Zunächst müsste B antragsbefugt sein. Das freie Mandat des B aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG und der hiermit verbundene gleiche Abgeordnetenstatus umfassen auch das Recht, bei den Plenarsitzungen des Bundestages im Plenum anwesend zu sein.[5] Die angegriffenen Maßnahmen greifen in dieses Recht ein. B trägt weiterhin vor, nicht geimpft zu sein, sodass ihm ein Zugang zum Plenarsaal verwehrt ist und eine Verletzung seiner Abgeordnetenrechte als möglich erscheint. B ist damit antragsbefugt.

---

[1] Vgl. in Bezug auf die verfassungsrechtliche Relevanz auch BVerfGE 154, 354 (363); 108, 251 (271); a.A. *Linke*, NVwZ 2021, 1265 (1266).

[2] *Walter*, in: Walter/Grünewald (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar BVerfGG, Stand: 1.6.2022, § 63 Rn. 16; *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 5. Aufl. 2020, § 4 Rn. 443, 457 ff.

[3] Die Rechtserheblichkeit kann auch als Aspekt der Antragsbefugnis geprüft werden, vgl. *Hillgruber/Goos* (Fn. 2), § 4 Rn. 474 f.

[4] BVerfGE 152, 8 (21).

[5] BVerfGE 130, 318 (342).

2. Antragsbefugnis der A-Fraktion

Fraglich ist indes, ob auch die A-Fraktion antragsbefugt ist. Die angegriffenen Maßnahmen könnten die A-Fraktion in eigenen Rechten aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG betreffen. Dieser schützt zwar zunächst nur die Abgeordneten, doch haben die Fraktionen über ihre Mitglieder grundsätzlich mittelbar am Schutz von Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG Teil, etwa wenn eine Fraktion Antragsrechte ausüben will (vgl. auch § 76 Abs. 1 Var. 1 GOBT).[6] Das heißt allerdings nicht, dass Fraktionen sich in jedem Fall wie Abgeordnete auf Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG berufen können. Im vorliegenden Fall macht es gerade einen bedeutenden Unterschied, dass die A-Fraktion keine natürliche Person ist, weshalb sie selbst den Plenarsaal nicht betreten kann. Folglich können ihr durch Zugangsbeschränkungen keine eigenen Zugangsrechte beschnitten werden. Fraglich ist deshalb nur, ob die A die Zutrittsrechte der in ihr zusammengeschlossenen Abgeordneten (vgl. § 10 GOBT) prozessstandschaftlich geltend machen kann. I.R.v. § 64 Abs. 1 BVerfGG ist eine prozessstandschaftliche Geltendmachung von Rechten eines Verfassungsorgans durch Teile dieses Organs durchaus vorgesehen. In diesem Rahmen dürfen Fraktionen die Rechte des Bundestages als Ganzem im Organstreit geltend machen. Vorliegend geht es aber nicht um Rechte des Bundestages (der mit Mehrheit für die Zugangsbeschränkung gestimmt hat), sondern um die (Zutritts-)Rechte einzelner Abgeordneter. Diese Konstellation ist von § 64 Abs. 1 BVerfGG aber nicht erfasst. Es ist auch nicht notwendig, der Fraktion – etwa über eine analoge Anwendung der Norm – eine Antragsbefugnis zuzuerkennen, weil die betroffenen Abgeordneten selbst ein Organstreitverfahren anstrengen können. (Wie es der Abgeordnete B ja auch tut – und andere Abgeordnete könnten dem Verfahren beitreten, § 65 Abs. 1 BVerfGG.)

Fraglich ist jedoch, ob sich die A-Fraktion für die Antragsbefugnis auf den Grundsatz der effektiven Opposition berufen kann. Das BVerfG entnimmt dem GG einen solchen Grundsatz und sieht ihn insbesondere im Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1, 2, Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG) und der Ausgestaltung des Mehrheitsprinzips mit seinen Durchbrechungen (u.a. Art. 42 Abs. 2, 23a Abs. 1a S. 2, 39 Abs. 3 S. 3, 44 Abs. 1 S. 1, 45a Abs. 2 S. 2, 93 Abs. 1 Nr. 2 GG) sowie dem Rechtsstaatsprinzip und dem ihm zugeschriebenen Gedanken der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 3, 28 Abs. 1 S. 1 GG) verankert.[7] Dieser Grundsatz bewirkt zunächst einmal allerdings „nur", dass die im Grundgesetz (ausdrücklich) vorgesehenen Minderheitenrechte „auf Wirksamkeit hin ausgelegt werden".[8] Der Grundsatz begründet hingegen keine hiervon unabhängigen, spezifischen „Oppositions(fraktions)rechte",[9] sodass sich die A-Fraktion nicht freischwebend auf den Grundsatz der effektiven Opposition berufen kann.

Die A-Fraktion ist mithin nicht antragsbefugt.

Anmerkung: Hinsichtlich der Antragsbefugnis der A-Fraktion ist mit entsprechender Begründung eine a.A. vertretbar. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung über Oppositionsrechte die Antragsbefugnis einer Fraktion, u.a. mit Blick auf Art. 38 Abs. 1 GG, noch bejaht, weil es „nicht von vornherein ausgeschlossen" sei, dass die Fraktion in ihren Rechten verletzt ist.[10] Nachdem das BVerfG in dieser Entscheidung aber ungeschriebene „spezifische Oppositions(fraktions)rechte" aus dem GG nicht anerkannt hat,[11] spricht mehr dafür, dass in Zukunft bereits die Antragsbefugnis nicht besteht, weil nun geklärt ist, dass entsprechende Rechte nicht gegeben sind. In einer späteren Entscheidung, in der u.a. eine Verletzung des Rechts auf effektive Opposition gerügt wurde, ließ das BVerfG die Zulässigkeitsfrage (wegen offensichtlicher Unbegründetheit des Organstreits) dahinstehen.[12]

V. Form und Frist

Der Antrag wurde innerhalb der Sechs-Monats-Frist des § 64 Abs. 3 BVerfGG gestellt.

Laut Sachverhalt wurde der Antrag „formgerecht" gestellt, d.h. die Formvorgaben der §§ 23 Abs. 1, 64 Abs. 2 BVerfGG wurden gewahrt.

VI. Rechtsschutzbedürfnis

Das Vorliegen der Zulässigkeitsvoraussetzungen indiziert das Rechtsschutzbedürfnis. Für dessen Wegfall bietet der Sachverhalt keine Anhaltspunkte.

VII. Zwischenergebnis

Das von der A-Fraktion angestrengte Organstreitverfahren ist unzulässig. Das von B angestrengte Organstreitverfahren ist zulässig.

B. Begründetheit

Das Organstreitverfahren des B ist begründet, wenn die beanstandete Maßnahme gegen das Grundgesetz verstößt und den Antragsteller in einer von ihm geltend gemachten Vorschriften des Grundgesetzes verletzt, vgl. § 67 S. 1 BVerfGG. In diesem Zusammenhang ist zwischen der Zugangsbeschränkung zum Plenarsaal, die an den Impf- bzw. Genesenenstatus anknüpft (2G+-Pflicht im Plenarsaal), und der Testpflicht für alle nicht „geboosterten" Abgeordneten zu differenzieren.

I. Verstoß gegen Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG durch die 2G+-Pflicht im Plenarsaal?

Die Einführung der 2G+-Pflicht im Plenarsaal könnte gegen Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG verstoßen.

[6] Vgl. hierzu BVerfG, Beschl. v. 22.3.2022 – 2 BvE 9/20, Rn. 28 (Wahl eines Vizepräsidenten); *Austermann/Waldhoff*, Parlamentsrecht, 2020, Rn. 247; *Hilbert*, Die Informationsfunktion von Parlamenten, 2022, S. 173 f.

[7] BVerfGE 142, 25 (55 f.); *Austermann/Waldhoff* (Fn. 6), Rn. 464.

[8] BVerfGE 142, 25 (57).

[9] BVerfGE 142, 25 (57); *Austermann/Waldhoff* (Fn. 6), Rn. 465.

[10] BVerfGE 142, 25 (48 f.).

[11] BVerfGE 142, 25 (57 ff.).

[12] Hierzu BVerfG, Beschl. v. 22.3.2022 – 2 BvE 9/20, Rn. 23 (Wahl eines Vizepräsidenten).

1. Schutzgehalt

Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG garantiert den Abgeordneten des Deutschen Bundestages nicht nur das freie Mandat, sondern sichert ihnen auch die Gleichheit im Status als Abgeordnete zu.[13] Die Statusgewährleistung aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG umfasst es auch, zu jeder Zeit an der Arbeit und Entscheidungsfindung des Deutschen Bundestages mitzuwirken, was derzeit die Anwesenheit in den Plenarverhandlungen voraussetzt.[14] Insofern ist der Schutzgehalt des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG berührt.

2. Eingriff

Weiterhin müsste die Einführung der 2G+-Regelung während Plenarsitzungen einen Eingriff in die Abgeordnetenrechte aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG des B darstellen. Die ungeimpften bzw. nicht genesenen Abgeordneten – und somit auch B – dürfen nicht im Plenarsaal anwesend sein. Zwar wird auch ungeimpften bzw. nicht genesenen Abgeordneten die Teilnahme an den Plenarsitzungen, inklusive aller Mitwirkungsrechte (Abstimmungsrecht, Rederecht etc.), von der Zuschauertribüne aus ermöglicht, sofern sie getestet sind (vgl. hierzu unten II.). Allerdings liegt in dieser Form des Zugangs zur Plenarsitzung eine Ungleichbehandlung gegenüber dreifach geimpften bzw. doppelt geimpften und getesteten Abgeordneten, die im Plenarsaal anwesend sein dürfen. Zudem wird die Mandatsausübung insofern beeinträchtigt, als die Kommunikationsmöglichkeiten mit den im Plenarsaal befindlichen Abgeordneten während der Plenarsitzungen eingeschränkt sind. Schließlich wird auch die Möglichkeit, sich mit – geimpften – Abgeordneten als eine einheitliche Fraktion zu präsentieren („Selbstdarstellung"), beeinträchtigt. Ein Eingriff in die Abgeordnetenrechte des B aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG liegt somit vor.[15]

3. Rechtfertigung

Allerdings sind auch die Abgeordnetenrechte nicht schrankenlos gewährleistet. Sofern sie durch eine verfassungsmäßige Maßnahme eingeschränkt werden, können Eingriffe gerechtfertigt sein. Insofern müsste die 2G+-Regelung formell und materiell verfassungsgemäß sein.

Da sich B sowohl gegen die Allgemeinverfügung der Bundestagspräsidentin als auch gegen den Beschluss des Bundestages wendet, ist erneut zu differenzieren.

a) Allgemeinverfügung der Bundestagspräsidentin

Zunächst müsste daher die Allgemeinverfügung der Bundestagspräsidentin formell und materiell verfassungsgemäß sein.

aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit

In Bezug auf die formelle Verfassungsmäßigkeit der Allgemeinverfügung der Bundestagspräsidentin ist vor allem fraglich, ob die Bundestagspräsidentin für den Erlass einer solchen Regelung zuständig war. Laut Sachverhalt stützte die Präsidentin die Allgemeinverfügung auf Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG. Dieser umfasst das Hausrecht sowie die Polizeigewalt der Präsidentin des Deutschen Bundestages im Gebäude des Bundestages.

(1) Hausrecht der Bundestagspräsidentin

Beim Erlass der 2G+-Allgemeinverfügung könnte es sich um eine Regelung des Hausrechts der Bundestagspräsidentin handeln. Das Hausrecht stellt eine originäre Befugnis der Präsidentin des Deutschen Bundestages dar.[16] Umfasst ist hiervon auch die Regelung von Zutrittsrechten, allerdings müssen bestehende Zutrittsrechte, zu denen auch die der Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG gehören, gewahrt werden.[17] Ziffer 6 der Allgemeinverfügung beschränkt nach ihrem Wortlaut die Zutrittsrechte sowohl von Abgeordneten als auch von anderen Personen zum Plenarsaal während Plenarsitzungen.[18] Für den Antrag des B relevant ist allerdings allein die Beschränkung gegenüber Mitgliedern des Deutschen Bundestages (MdB).

Dabei ist es umstritten, ob das Hausrecht auch gegenüber Abgeordneten wirkt. Die Meinungen in der Literatur gehen an dieser Stelle auseinander. Ein Teil der Literatur erkennt die Wirkung des Hausrechts gegenüber Abgeordneten an,[19] während der andere Teil dies explizit ablehnt.[20] Dabei ist zu beachten, dass es B ausschließlich um die Teilnahme an Plenarsitzungen geht und das Hausrecht insofern nur für diesen konkreten Fall zu beurteilen ist. Primär dient das Hausrecht dazu, Störungen abzuwehren, die „von außen" auf das Parla-

[13] BVerfGE 130, 318 (LS 2, 342).

[14] *Butzer*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar GG, Stand: 15.5.2022, Art. 38 Rn. 139; *Klein/Schwarz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, Art. 38 Rn. 259; *Austermann/Waldhoff* (Fn. 6), Rn. 147.

[15] *Hilbert/Meier*, ZJS 2022, 162 (167); *Drossel/Weber*, NVwZ 2022, 365 (367 f.).

[16] *Günther*, Hausrecht und Polizeigewalt des Parlamentspräsidenten, 2013, S. 52 ff.; *Morlok*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 40 Rn. 35; *Dicke*, in: Umbach/Clemens, Grundgesetz, Kommentar, 2002, Art. 40 Rn. 51.

[17] Vgl. *Klein*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 14), Art. 40 Rn. 156 f.

[18] Zur Differenzierung vgl. allg. *Bücker*, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, 1989, § 34 Rn. 2 ff.; *Blum*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht, 2016, § 21 Rn. 24.

[19] So etwa *Klein* (Fn. 17), Art. 40 Rn. 164; *Günther* (Fn. 16), S. 75; *Magiera*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 40 Rn. 29; *Risse/Witt*, in: Hömig/Wolff, Grundgesetz, Kommentar, 13. Aufl. 2022, Art. 40 Rn. 4; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 1980, S. 85.

[20] So etwa *Brocker*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum GG, Art. 40 Rn. 285; *Achterberg*, in: Listl/Schrambeck (Hrsg.), Festschrift für Johannes Broermann, 1982, S. 317 (343 f.); *Schliesky*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 40 Rn. 26; *Groh*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 40 Rn. 29; *Dicke* (Fn. 16), Art. 40 Rn. 56.

ment zukommen,[21] wozu Handlungen von MdB auf den ersten Blick nicht zählen. Jedenfalls überzeugt der Rückgriff auf das Hausrecht umso weniger, je größer der Bezug des adressierten Verhaltens zu den Kernaufgaben der Parlamentarier besteht.[22] Die Wahrnehmung der Rechte aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG (Anwesenheitsrecht, Rederecht, Stimmrecht etc.) in Plenarsitzungen stellt jedoch gerade den Inbegriff dieser Kernaufgaben der Parlamentarier dar. Insofern erscheint es überzeugender, die 2G+-Regelung in Plenarsitzungen des Deutschen Bundestages nicht unter das Hausrecht der Präsidentin zu subsumieren. Aus dem Hausrecht der Bundestagspräsidentin ergibt sich daher keine Zuständigkeit.[23]

> *Anmerkung*: Eine a.A. ist mit der entsprechenden Literaturmeinung vertretbar.

(2) Polizeigewalt der Bundestagspräsidentin

Allerdings könnte es sich beim Erlass der 2G+-Allgemeinverfügung um eine Regelung der Polizeigewalt der Bundestagspräsidentin handeln. Diese stellt ebenfalls eine originäre Befugnis der Präsidentin des Deutschen Bundestages dar.[24] Über die Polizeigewalt werden der Präsidentin in den Räumlichkeiten des Bundestages die Aufgaben einer Polizeibehörde zugewiesen, womit ausschließlich sie für die präventive Gefahrenabwehr zuständig ist.[25]

Mit Blick auf Art. 40 Abs. 2 S. 1 Var. 2 GG ist jedoch umstritten, ob dieser selbst neben der Aufgabenzuweisung auch eine Befugnisnorm darstellt oder ob es einer einfachgesetzlichen Konkretisierung bedürfte, die derzeit nicht existiert. Die h.M. geht davon aus, dass Art. 40 Abs. 2 S. 1 Var. 2 GG selbst die Befugnisnorm ist, die unmittelbar zu weitreichenden Maßnahmen zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ermächtigt,[26] während die Gegenansicht eine einfachgesetzliche Konkretisierung der Befugnisse für notwendig erachtet.[27] Das BVerfG hat die Streitfrage bislang offengelassen.[28] Mit Blick auf die 2G+-Regel für Plenarsitzungen hat dieser Streit indes weniger Relevanz, als es auf den ersten Blick scheint. Denn die Diskussion um die Notwendigkeit einer einfachgesetzlichen Grundlage wird vor dem Hintergrund der Grundrechte diskutiert. Sofern in Grundrechte der Bürger (auf Grundlage der Polizeigewalt) eingegriffen wird, legen die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte und die Wesentlichkeitslehre es nahe, eine einfachgesetzliche Ermächtigung zu verlangen (bzw. verlangen nach einer Begründung, warum Art. 40 Abs. 2 S. 1 Var. 2 GG als verfassungsunmittelbare Eingriffsgrundlage ausreicht,[29] was nicht zwingend ausgeschlossen sein muss). Mit Blick auf den Eingriff in Rechte von Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ist diese Diskussion indes weniger drängend, weil der verfassungsrechtliche Hintergrund ein anderer ist. Die Abgeordnetenrechte aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG werden zwar vielfach grundrechtsähnlich behandelt. Sie unterliegen aber keinem allgemeinen Gesetzesvorbehalt, was sich auch daran zeigt, dass sie – unstrittig – durch Geschäftsordnungsrecht eingeschränkt werden können.[30] Abgeordnetenrechte sind zwar nicht „weniger wert" als Grundrechte, aber verfassungsrechtlich anders konzipiert, was sich auch in ihrer Sicherung zeigt. Während die Grundrechte vor allem durch Gesetzesvorbehalte gesichert werden, werden die Abgeordnetenrechte vor allem durch die Einschaltung des Parlaments selbst gesichert (vgl. z.B. die Aufhebung der Immunität gem. Art. 46 Abs. 3, Abs. 4 GG), wobei diese Sicherung auch auf die Präsidentin übertragen sein kann (vgl. z.B. Art. 40 Abs. 2 S. 2 GG). Vor diesem Hintergrund sind auf die Polizeigewalt gestützte Eingriffe in die Abgeordnetenrechte aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG auch ohne einfachgesetzliche Konkretisierung möglich.[31]

> *Anmerkung*: Selbst wenn man dies anders sähe, käme für die Anordnung der 2G+-Regel in Plenarsitzungen ein Rückgriff auf die einfachgesetzliche Konkretisierung aus den §§ 28 Abs. 1 S. 1, 28a Abs. 7 S. 1 Nr. 3 (Maskenpflicht), Nr. 4 (Pflicht, Impf- bzw. Testnachweise vorzulegen) IfSG i.V.m. § 28a Abs. 1 Nr. 4 (Bundestag als Einrichtung mit Publikumsverkehr) IfSG in Betracht, für die insbesondere keine Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite notwendig ist. Die Bundestagspräsidentin ist, aufgrund ihrer Polizeigewalt, insofern auch die zuständige Behörde, weil die Polizeigewalt die Zuständigkeit anderer Gefahrenabwehrbehörden vollumfänglich ausschließt.[32]

Weiterhin ist jedoch problematisch, ob die Polizeigewalt die 2G+-Regelung in Plenarsitzungen gegenüber Abgeordneten tatsächlich tatbestandlich trägt. Grundsätzlich handelt es sich bei dieser Regelung nur insoweit um klassische Gefahrenabwehr, als positiv auf COVID-19 getesteten Abgeordneten als Störer der Zutritt verweigert wird. Im Übrigen diffundieren die Maßnahmen immer mehr in den Bereich der Gefahrenvorsorge.[33] Allerdings kann auch die Gefahrenvorsorge zur polizeilichen Tätigkeit gerechnet werden.[34] Erneut ergibt sich für

[21] *Brocker* (Fn. 20), Art. 40 Rn. 285.
[22] Näher *Hilbert/Meier*, ZJS 2022, 162 (163 f.).
[23] *Drossel/Weber*, NVwZ 2022, 365 (369); *Hilbert/Meier*, ZJS 2022, 162 (163 f.).
[24] *Köhler*, DVBl. 1992, 1577 (1579); *Igel/Feldkamp*, ZParl 2013, 126 ff.; *Graulich*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. 2019, § 9 Rn. 14.
[25] *Blum* (Fn. 18), § 21 Rn. 35.
[26] *Brocker* (Fn. 20), Art. 40 Rn. 297; *Klein* (Fn. 17), Art. 40 Rn. 170 f.; *Schliesky* (Fn. 20), Art. 40 Rn. 27; *Lang*, in: Berliner Kommentar zum GG, Art. 40 Rn. 49; *Wilrich*, DÖV 2002, 152 (155).
[27] *Ramm*, NVwZ 2010, 1461 (1466); *Friehe*, DÖV 2016, 521.
[28] BVerfGE 154, 354 (367).
[29] Allgemein zur Diskussion um verfassungsunmittelbare Eingriffsgrundlagen *Hilbert* (Fn. 6), S. 206 m.w.N.
[30] *Friehe*, DÖV 2021, 213 (214).
[31] *Hilbert/Meier*, ZJS 2022, 162 (164 f.); tendenziell auch *Friehe*, DÖV 2021, 213 (214).
[32] *Brocker* (Fn. 20), Art. 40 Rn. 297 f.; *Schliesky* (Fn. 20), Art. 40 Rn. 27; *Morlok* (Fn. 16), Art. 40 Rn. 36.
[33] Allg. *Kießling*, JZ 2022, 53 (55 f.).
[34] *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. 2022,

den vorliegenden Fall – anders als im klassischen Gefahrenabwehrrecht – eine Sondersituation aufgrund der Einschränkung von Mandatsrechten. Anders als bei der Einschränkung von Grundrechten, erlaubt es der verfassungsrechtliche Hintergrund – wie bei der Frage nach der Ermächtigungsgrundlage – gestützt auf die „Generalklausel" des Art. 40 Abs. 2 S. 1 Var. 2 GG weiterreichende Anordnungen zuzulassen, die auch eine Gefahrenvorsorge umfassen. Insofern kann der Erlass der 2G+-Regelung auf die Polizeigewalt der Bundestagspräsidentin gestützt werden.

> *Anmerkung*: Auch hier ist eine a.A. gut vertretbar. Wird die Zuständigkeit der Bundestagspräsidentin vollständig abgelehnt, wären die materiell-rechtlichen Fragen in der Prüfung des Beschlusses des Bundestages (unten unter b) zu thematisieren.

(3) Zwischenergebnis

Gestützt auf ihre Polizeigewalt gem. Art. 40 Abs. 2 S. 1 Var. 2 GG war die Präsidentin des Bundestages für den Erlass der 2G+Regelung zuständig. Hinsichtlich des Verfahrens und der Form sind keine Probleme ersichtlich, sodass die Allgemeinverfügung formell verfassungsgemäß ergangen ist.

bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit

Die Allgemeinverfügung der Bundestagspräsidentin müsste weiterhin auch materiell verfassungsgemäß sein. Dies ist der Fall, wenn die Beschränkung der Rechte aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG durch die 2G+-Regelung anderen Rechtsgütern von Verfassungsrang dient und auch im Übrigen verhältnismäßig ist.[35]

(1) Rechtsgut von Verfassungsrang bzw. legitimer Zweck

Die Forderung einer Einschränkung (nur) zugunsten eines anderen Rechtsguts von Verfassungsrang, ist eine besondere Formulierung des „legitimen Zwecks" der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Ein zur Eingriffsrechtsfertigung heranziehbares Rechtsgut von Verfassungsrang stellt die Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Parlaments dar,[36] die auch mithilfe der Polizeigewalt geschützt werden kann.[37] Hinzu kommt der in Art. 2 Abs. 2 GG niedergelegte Gesundheitsschutz,[38] der auch zugunsten von Abgeordneten und Mitarbeitern des Bundestages zu verfolgen ist. Ein legitimer Zweck liegt somit vor.

(2) Geeignetheit

Weiterhin müsste die 2G+-Regelung zur Zweckerreichung auch geeignet sein. Eine Maßnahme ist geeignet, wenn sie den erstrebten Zweck zumindest fördert. Im Falle einer Infektion mit SARS-CoV-2 sind Abgeordnete selbst ansteckend und müssen sich in Isolation begeben. Die räumliche Trennung von vollständig geimpften bzw. genesenen Abgeordneten und nicht vollständig geimpften bzw. nicht genesenen Abgeordneten müsste daher die Wahrscheinlichkeit einer Infektion mit SARS-CoV-2 im Bundestag verringern. Insofern ist zu berücksichtigen, dass *erstens* auch vollständig geimpfte und genesene Personen sich insb. mit der sog. Omikron-Variante des SARS-CoV-2 infizieren können, die Impfung und insbesondere eine „Booster"-Impfung aber dennoch stärker vor einer Infektion schützt, und *zweitens* ein negativer Test unter Umständen falsch negativ sein kann, d.h. eine tatsächlich bestehende Infektion nicht in jedem Fall ausweist. Die räumliche Trennung der vollständig geimpften/genesenen Abgeordneten und der nicht-vollständig geimpften/nicht genesenen Abgeordneten, die durch den Zugang jener zum Plenarsaal und dieser (nur) zur Besuchertribüne erreicht wird, senkt also das Ansteckungsrisiko der im Plenarsaal befindlichen Abgeordneten. Dies fördert wiederum die Sicherung der Arbeitsfähigkeit des Parlaments, da durch das geringere Infektionsrisiko im Plenarsaal die Wahrscheinlichkeit sinkt, dass zu viele Abgeordnete in Isolation müssen. In diesem Zusammenhang steht der Präsidentin außerdem eine gewisse Einschätzungsprärogative zu. Die 2G+-Regelung ist zur Zweckerreichung daher geeignet.

(3) Erforderlichkeit

Die Regelung müsste weiterhin erforderlich sein. Eine Maßnahme ist erforderlich, wenn kein milderes, gleich effektives Mittel zur Zweckerreichung zur Verfügung steht. Eine FFP2-Maskenpflicht stellt zwar ein milderes Mittel dar, ist aber allein nicht ausreichend, um Ansteckungen mit SARS-CoV-2 zu verhindern. Die Masken bieten einerseits keinen hundertprozentigen Schutz und dürfen andererseits während Redebeiträgen ausgezogen werden. Weil beim Reden Aerosole ausgestoßen werden, diese der Hauptübertragungsweg von SARS-CoV-2 sind und in geschlossenen Räumen vergleichsweise lange in der Luft „stehen", besteht in Plenarsitzungen des Bundestages unabhängig von der FFP2-Maskenpflicht ein gewisses Ansteckungsrisiko. Auch Luftfilter können die Virusübertragung nicht gänzlich verhindern. Ein milderes, gleich effektives Mittel steht daher nicht zur Verfügung, sodass die 2G+-Regelung für Abgeordnete auch erforderlich ist.

(4) Angemessenheit

Die 2G+-Regelung müsste abschließend angemessen sein. Eine Maßnahme ist angemessen, wenn die mit ihr verbundenen Nachteile (Eingriff) nicht völlig außer Verhältnis zu den Vorteilen (legitimer Zweck) stehen, die sie bewirkt.

Die Funktions- und Arbeitsfähigkeit des Bundestages ist ein Rechtsgut von Verfassungsrang, dem ein hohes Gewicht

Rn. 10.

[35] Vgl. allg. BVerfGE 134, 141 (179, 181); 154, 354 (366); BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 52 (Vorschlagsrecht Vizepräsidentenwahl).

[36] BVerfGE 80, 188 (219); 84, 304 (321); 96, 264 (279); 112, 118 (140); 118, 277 (324); 134, 141 (179); 154, 354 (366); *Austermann/Waldhoff* (Fn. 6), Rn. 148 f.

[37] BVerfGE 108, 251 (276 f.).

[38] Vgl. dazu *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 16), Art. 2 Abs. 2 Rn. 47; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 20), Art. 2 Rn. 229.

zukommt.[39] Das Parlament als Kernstück der deutschen Demokratie muss zu jeder Zeit die wesentlichen politischen Entscheidungen von substanziellem Gewicht in der Bundesrepublik Deutschland treffen können. Verstärkt wird dieses Gewicht durch den verfassungsrechtlich garantierten Schutz der Gesundheit und des Lebens (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), dem die 2G+-Regeln sowohl mit Blick auf die Gesundheit (und das Leben) von Abgeordneten als auch auf die Mitarbeiter des Bundestages dienen.

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

Zwar darf nicht übersehen werden, dass durch die Teilnahme an der Plenarsitzung „nur" auf der Tribüne die direkte Kommunikation mit Fraktionskollegen, die die 2G+-Vorgaben erfüllen, erschwert werden kann. Sie muss es indes nicht, weil auch vollständig geimpfte/genesene Fraktionskollegen auf der Tribüne Platz nehmen dürften. Aber selbst im Fall einer erschwerten direkten Kommunikation in einer Fraktion resultiert hieraus kein deutlich höheres Eingriffsgewicht, weil die wichtigen Absprachen in der Fraktion ohnehin außerhalb des Plenums getroffen werden und es zudem mittlerweile genug Möglichkeiten gibt, auch über die Distanz zu kommunizieren.

Ein besonderes Gewicht des Eingriffs ergibt sich auch nicht aus einer vermeintlichen „stigmatisierenden" Wirkung der Teilnahme an Plenarsitzungen „nur" auf der Tribüne. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass ein Teil des Publikums bzw. der Wählerschaft die Teilnahme von MdB an Plenarsitzungen „nur" auf der Tribüne – gerade vor dem Hintergrund der dadurch ermöglichten Rückschlüsse auf den Impfstatus bzw. die politische Einstellung zur COVID-19-Pandemie – negativ bewertet. Es ist aber ebenso möglich, dass Teile des Publikums bzw. der Wählerschaft diese Stellung und vermeintliche Einstellung positiv bewerten. Die positive oder negative Bewertung – auch von Äußerlichkeiten – ist aber Teil des politischen Geschäfts, in dem sich alle MdB befinden und für das sie durch ihr Verhalten selbst Anlass geben.

Und schließlich ergibt sich auch kein besonders schweres Gewicht des Eingriffs aus dem Umstand, dass durch die 2G+-Regeln de facto (wohl) nur Mitglieder einer einzigen Fraktion für die Teilnahme an der Plenarsitzung auf der Tribüne optieren werden. Die Impfentscheidung ist individuell. Wenn sich nur aus einer Fraktion Abgeordnete gegen die Impfung entscheiden, ist dies eine Folge ihrer freien Willensentschlüsse und nicht Folge der generell-abstrakt gefassten 2G+-Regeln.[40] Selbst wenn de facto nur einer Fraktion durch die Regel ein „einheitliches" Auftreten als Fraktion im Plenarsaal erschwert werden sollte, begründet dies keinen schweren Eingriff, weil dies eben zum einen Folge der freien Willensentschlüsse einzelner Fraktionsmitglieder wäre und zum anderen gerade auch das „aufgeteilte" Auftreten der Fraktion politisch genutzt werden kann.

Aus diesen Gründen überwiegen der Schutz der Arbeitsfähigkeit des Parlaments und der Gesundheitsschutz der Abgeordneten und der im Bundestag Beschäftigten gegenüber dem vergleichsweise leichten Eingriff in die Rechte aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG. Die 2G+-Allgemeinverfügung der Bundestagspräsidentin ist somit auch angemessen.

(5) Zwischenergebnis

Die 2G+-Regelung ist verhältnismäßig.

cc) Zwischenergebnis

Die Allgemeinverfügung der Präsidentin des Bundestages ist formell und materiell verfassungsgemäß. Der Eingriff in Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG durch die Allgemeinverfügung ist damit gerechtfertigt.

b) Beschluss des Bundestages

Auch der Beschluss des Bundestages müsste formell und materiell verfassungsgemäß sein.

aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit

In der formellen Verfassungsmäßigkeit stellt sich erneut die Frage, ob auch der Bundestag – neben der Zuständigkeit der Bundestagspräsidentin über die Polizeigewalt – für den Erlass einer 2G+-Vorschrift für Abgeordnete im Plenarsaal zuständig ist. Als Ausfluss der Geschäftsordnungsautonomie gem. Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG kann der Bundestag die Modalitäten von Plenarsitzungen im Wege der parlamentarischen Selbstorganisation selbst ausgestalten.[41] Dies bezweckt den geordneten Ablauf der Plenarsitzungen.[42] Bei der Gestaltung der Geschäftsordnungsvorschriften hat das Parlament einen weiten Gestaltungsspielraum,[43] der zudem mit einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolldichte einhergeht.[44] Insofern ermöglicht die Geschäftsordnungsautonomie eine Einführung einer 2G+-Regelung gegenüber Abgeordneten in Plenarsitzungen. Der Bundestag war also ebenfalls – neben der Zuständigkeit der Präsidentin, die aus der Polizeigewalt folgt – für den Erlass des Beschlusses zuständig. Da der Bundestag explizit über die Regelungen als „Teil der parlamentarischen Ordnung" abgestimmt hat, handelt es sich auch um eine Geschäfts-

[39] BVerfGE 80, 188 (219); 84, 304 (321); 96, 264 (279); 112, 118 (140); 118, 277 (324); 134, 141 (179); 154, 354 (366); *Austermann/Waldhoff* (Fn. 6), Rn. 148 f.

[40] BVerfG, Beschl. v. 8.3.2022 – 2 BvE 1/22, Rn. 46 – Begriffe des „schweren Nachteils" und des „anderen wichtigen Grunds" i.S.v. § 32 Abs. 1 BVerfGG (2022).

[41] *Morlok* (Fn. 32), Art. 38 Rn. 6; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 38 Rn. 7.

[42] Zur Abgrenzung *Klein* (Fn. 17), Art. 40 Rn. 100 f.

[43] BVerfGE 80, 188 (220); 130, 318 (349).

[44] Vgl. BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 60 f.

ordnungsregelung,[45] für die es keine weiteren verfassungsrechtlichen Verfahrensvorgaben gibt. Für die Form ist anzumerken, dass weder ein Textänderungsgebot noch ein Grundsatz der Einheitlichkeit der Geschäftsordnungsurkunde existiert.[46] Auch der Beschluss des Bundestages ist daher formell verfassungsgemäß ergangen.

bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit

Da die durch den Beschluss des Bundestages entstandene 2G+-Vorschrift als Geschäftsordnungsregelung denselben Inhalt hat, wie die Allgemeinverfügung der Präsidentin des Bundestages, ergibt sich für die materielle Verfassungsmäßigkeit kein Unterschied, sodass auch der Beschluss des Bundestages als materiell verfassungsgemäß einzuordnen ist.

cc) Zwischenergebnis

Auch der Beschluss des Bundestages ist formell und materiell verfassungsgemäß. Der Eingriff in Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG durch den Beschluss ist damit ebenfalls gerechtfertigt.

c) Zwischenergebnis

Der Eingriff in die Abgeordnetenrechte des B aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG durch die Allgemeinverfügung sowie den Beschluss ist gerechtfertigt.

4. Zwischenergebnis

Die Einführung der 2G+-Pflicht im Plenarsaal verstößt nicht gegen Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG.

II. Verstoß gegen Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG durch die Testpflicht

Des Weiteren könnte ein Verstoß gegen Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG darin liegen, dass die 2G+-Regelung vorsieht, dass der Zugang zu Plenarsitzungen – und sei es nur auf der Tribüne – allen nicht „geboosterten" Personen nur gewährt wird, wenn sie negativ auf COVID-19 getestet wurden.

> *Anmerkung*: Diese Problematik wird im Sachverhalt nicht ausdrücklich angesprochen und kann nur von sehr guten Bearbeiter:innen erwartet werden.

1. Schutzgehalt

Wie bereits erwähnt, gewährleistet Art. 38 Abs. 1 S. 2. GG allen Abgeordneten das Recht, an der Arbeit des Bundestages teilzunehmen.

2. Eingriff

Die 2G+-Regeln der Bundestagspräsidentin und des Bundestages bestimmen, dass nicht „geboosterte" Abgeordnete an der Arbeit des Bundestages nur teilnehmen dürfen, sofern sie negativ auf COVID-19 getestet sind (die Geimpften/Genesenen im Plenarsaal, diejenigen ohne Impfnachweis auf der Tribüne). Das bedeutet, dass alle Abgeordneten, die nicht „geboostert" sind, sich nicht testen lassen wollen oder positiv auf COVID-19 getestet wurden, nicht an der Arbeit des Bundestages teilnehmen dürfen, worin ein Eingriff in Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG liegt.

3. Rechtfertigung

Eingriffe in das Statusrecht aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG sind aber – wie gesehen – zulässig, wenn sie durch verfassungsmäßige Maßnahmen eingeschränkt werden.

Bezüglich der formellen Verfassungsmäßigkeit der Allgemeinverfügung der Bundestagspräsidentin sowie des Beschlusses des Bundestages ergibt sich kein Unterschied zu oben.

In der materiellen Verfassungsmäßigkeit ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung als legitimer Zweck erneut die Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Parlaments sowie der in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG niedergelegte Gesundheitsschutz in Stellung zu bringen. Die aktuell verfügbaren Tests ermitteln vergleichsweise zuverlässig, ob eine Person infiziert ist oder nicht. Ein milderes Mittel ist nicht ersichtlich. Die Testpflicht ist damit auch geeignet und erforderlich. In der Angemessenheitsprüfung ist allerdings argumentativ zu differenzieren.

Im Fall von positiv auf COVID-19 getesteten Abgeordneten überwiegt die Funktionsfähigkeit des Bundestages zweifellos. Weil SARS-CoV-2 hochinfektiös ist und sich mit der Omikron-Variante auch Geimpfte anstecken können, ist bei der Teilnahme von positiv getesteten Abgeordneten an Plenarsitzungen des Bundestages die Arbeitsfähigkeit des Parlaments akut gefährdet.

Eine solche konkrete Gefahr liegt in den Fällen, in denen sich Abgeordnete lediglich nicht testen lassen wollen, nicht zwingend vor. In dieser Situation kann sie vorliegen, aber mangels Tests ist der Infektionsstatus der Abgeordneten unklar. Es besteht insofern nur ein Risiko.[47] Auch auf dieses darf aber zum Schutz der Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Bundestages reagiert werden, weil (und solange) es nicht unwahrscheinlich ist, dass – mangels Tests – unerkannt infizierte Abgeordnete in Plenarsitzungen des Bundestages andere Personen anstecken. Auch die Angemessenheit ist im Ergebnis zu bejahen: Der Eingriff, der in einem vollständigen Ausschluss der Mitwirkungsrechte aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG für nicht „geboosterte" Abgeordnete, die sich nicht testen lassen wollen, liegt, wiegt zwar durchaus schwer, weil ihnen die Wahrnehmung ihrer über Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG garantierten Rechte in diesem Fall vollständig versagt wird. Allerdings kann gerade dieser schwere Eingriff durch einen Test vermieden werden. Die persönliche Belastung durch das Testenlassen ist dabei marginal, da ein Schnelltest nicht weh tut, seinem Namen „Schnell"-Test tatsächlich auch gerecht wird und damit insgesamt jedem zumutbar ist. Vor diesem Hintergrund war das Verlangen eines Tests als Zugangsvoraussetzung angemessen.[48] Im Ergebnis überwiegt deshalb auch in diesen Fällen die Funktionsfähigkeit des Parlaments.

[45] *Hilbert/Meier*, ZJS 2022, 162 (165 ff.); tendenziell a.A. *Drossel/Weber*, NVwZ 2022, 365 (369 f.).
[46] Vgl. *Pietzcker*, in: Schneider/Zeh (Fn. 18), § 10 Rn. 19; *Cancik*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Fn. 18), § 9 Rn. 34.
[47] Allg. *Kießling*, JZ 2022, 53 (55 f.).
[48] Vgl. auch, wenngleich sehr weitgehend, LVerfG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 21.1.2022 – LVerfG 1/22, Rn. 42.

Auch der durch die Testpflicht bewirkte Eingriff ist deshalb gerechtfertigt.

III. Zwischenergebnis

Die 2G+-Regelungen für Abgeordnete im Plenarsaal des Bundestages verstoßen nicht gegen Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG. Der Antrag des B ist somit unbegründet.

C. Ergebnis

Der Organstreit des B ist zulässig, aber unbegründet. Der Organstreit der A-Fraktion ist bereits unzulässig. Beide haben deshalb keine Aussicht auf Erfolg.

Fortgeschrittenenklausur Europarecht: Wohnungsbestand in Bürgerhand?

Von Prof. Dr. **Jürgen Kühling**, LL. M. (Brüssel), Akad. Rat. a.Z. Dr. **Stefan Drechsler**, Regensburg*

Die Klausur wurde im Sommersemester 2022 als Abschlussklausur zur Fortgeschrittenenübung im Europarecht an der Universität Regensburg mit einer Bearbeitungszeit von 180 Minuten gestellt. Sie weist einen überdurchschnittlichen Schwierigkeitsgrad auf. Ausgehend von der Diskussion um die Vergesellschaftung großer Wohnungsunternehmen in Berlin setzt sie mit dem Vertragsverletzungsverfahren, der Kapitalverkehrsfreiheit und dem Eigentumsrecht drei eher ungewohnte Schwerpunkte im Rahmen des Pflichtfachwissens im Unionsrecht und erfordert die Fähigkeit zum Wissenstransfer.

Sachverhalt

Das deutsche Bundesland L ist ein Stadtstaat. In den zurückliegenden zehn Jahren haben sich die Kaltmieten für Wohnungen in L – bezogen auf den Quadratmeterpreis – im Durchschnitt aller Wohnungen annähernd verdoppelt. In dieser Zeit haben die Löhne und Gehälter von Geringverdie ner*innen in L hingegen kaum zugenommen. Da auf dem Wohnungsmarkt in L bedingt durch den Zuzug zahlungskräftiger Neubürger*innen ein erheblicher Nachfragedruck herrscht, kommt es zur Verdrängung weniger finanzstarker Bewohner*innen aus ihren bisherigen Wohnungen (sogenannte Gentrifizierung). Der Mietwohnungsmarkt in L ist zudem dadurch gekennzeichnet, dass sich insgesamt 70 % aller verfügbaren Mietwohnungen im Eigentum von zwei privaten Aktiengesellschaften befinden, der Mörtel Austria AG (M) und der Paradiso Inmobiliario SE (P). Diese haben ihren satzungsmäßigen Sitz in Wien bzw. Barcelona, ihre Aktionäre kommen aus Deutschland, dem EU-Ausland sowie aus Drittstaaten. M und P haben die Wohnungen als Anlageobjekte erworben und wickeln die Verwaltung der Wohnungen ohne feste Einrichtung in Deutschland durch Einsatz selbstständiger Dritter ab.

Die Landespolitik in L blickt zunehmend besorgt auf diese Entwicklung. Daher verabschiedet das Landesparlament von L in einem ordnungsgemäßen Verfahren nach hitzigen Diskussionen das „Gesetz zur Übertragung von Mietwohnungen in Bürgerhand“ (im Folgenden: Bürgerhandgesetz). Dieses sieht vor, dass privaten Kapitalgesellschaften, die Eigentümer von mehr als 4.000 Wohnungen in L sind, diese Wohnungen entzogen und auf eine noch zu gründende Anstalt des öffentlichen Rechts übertragen werden sollen. Diese verwaltet die Wohnungen gemeinnützig und ist gesetzlich dazu verpflichtet, eine deutlich geringere Miete als bisher zu erheben und sie künftig nur zum Ausgleich der Inflationsrate anzuheben. Die bisherigen Eigentümer*innen werden im Zeitpunkt des Eigentumsverlustes mit einer Summe entschädigt, die etwa zehn % des Marktwerts der Wohnungen ausmacht. Von dem Gesetz sind ausschließlich M und P betroffen, da sie die einzigen Kapitalgesellschaften sind, die in L mehr als 4.000 Wohnungen halten.

Die Europäische Kommission hält das Bürgerhandgesetz für unvereinbar mit den Europäischen Verträgen und fordert die Bundesregierung in ordnungsgemäßer Vertretung der Bundesrepublik Deutschland schriftlich zur Äußerung auf. Die Bundesregierung kann keine unionsrechtlichen Bedenken gegen das Bürgerhandgesetz erkennen. Weder die Verhinderung von Gentrifizierung noch die Bekämpfung der Konzentration von Marktmacht in den Händen einiger weniger Unternehmen seien illegitim. Denn M und P hätten durch gezielte Absprachen die Mietpreise in die Höhe getrieben und kaum neue Wohnungen gebaut, sondern allenfalls bestehende Wohnungen aufwendig saniert und so zu Luxusimmobilien umfunktioniert, die für Geringverdiener*innen aber nicht erschwinglich seien. Solchen Praktiken sei nunmehr effektiv ein Ende bereitet. Alternativen hätten L nicht zu Gebote gestanden: Ein verstärkter Neubau von Sozialwohnungen durch die öffentliche Hand in L würde mehrere Jahre in Anspruch nehmen, ehe solche Wohnungen in angemessener Zahl bezugsfertig seien. Außerdem sei so etwas angesichts der angespannten Haushaltslage in L viel zu teuer. Das gelte auch für eine höhere Entschädigung der Wohnungskonzerne: Zum Verkehrswert hätte sich L deren Wohnungen niemals leisten können. Dass die Entschädigungssumme derart weit unter dem Marktwert liege, hätten sich die Wohnungskonzerne durch ihr kollusives und eigennütziges Verhalten selbst zuzuschreiben.

Daraufhin gibt die Europäische Kommission eine Stellungnahme folgenden Inhalts ab: Das Bürgerhandgesetz sei weder mit den Grundfreiheiten des Binnenmarktes noch mit den Grundrechten vereinbar, wie sie sich aus der Grundrechtecharta (GRCh) ergäben. Es gehe ja nicht nur um die Wohnungsunternehmen selbst: Auch die grundrechtlich geschützten Gesellschaftsanteile der Aktionäre von M und P würden dadurch nämlich fast vollständig entwertet. Auf fiskalische Schwierigkeiten könne sich L zudem nicht berufen. Deshalb hätte L versuchen müssen, etwa durch die Ausübung von Vorkaufsrechten auf dem freien Markt die Wohnungen zum Marktpreis zu beschaffen. Vorrang vor einer „Enteignung“ hätten auch positive Anreizinstrumente. So könne man etwa durch gezielte Förderungen für einkommensschwache Mieter*innen wie einen staatlichen Zuschuss zur Miete eine Gentrifizierung ebenso effektiv verhindern.

Da innerhalb der von der Kommission in ihrer Stellungnahme gesetzten Frist zur Abhilfe weder die Bundesregierung noch das Land L reagieren, erhebt die Kommission vor dem Gerichtshof der Europäischen Union eine formal ordnungsgemäße Klage gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen des Bürgerhandgesetzes in L. In den im gerichtlichen Verfahren ausgetauschten Schriftsätzen wiederholen die Parteien ihre Argumente aus den vorgerichtlichen Äußerungen und Stellungnahmen.

* Der Autor *Kühling* ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Immobilienrecht, Infrastrukturrecht und Informationsrecht an der Universität Regensburg, der Autor *Drechsler* ist Akademischer Rat a.Z. ebenda.

Bearbeitungsvermerk

Prüfen Sie in einem umfassenden Rechtsgutachten, das auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. auch hilfsgutachtlich – eingeht, die Erfolgsaussichten der Klage der Kommission gegen Deutschland.

Auf die Art. 49–62 AEUV, Art. 101–109 AEUV und Art. 345 AEUV, auf Art. 52 Abs. 3 GRCh sowie Vorschriften des Sekundärrechts ist nicht einzugehen. Das tatsächliche Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ist der Bearbeitung als jeweils zutreffend zugrunde zu legen.

Lösungsvorschlag

Vorbemerkung: Während die prozessuale Situation des Vertragsverletzungsverfahrens keine überdurchschnittlichen Anforderungen an die Bearbeiter*innen stellt, handelt es sich bereits bei der Kapitalverkehrsfreiheit um einen eher unüblichen Prüfungsgegenstand. Um dies erfolgreich zu bewältigen, bedarf es einer sicheren Kenntnis der relevanten Definitionen (zum Beispiel zum geschützten Verhalten „Kapitalverkehr", zur unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung, zur Dassonville- und Cassis-Formel) und des Prüfungsaufbaus. Positiv bewertet wird zudem eine normative Verankerung der einzelnen Prüfungspunkte in den Art. 63 ff. AEUV – also die methodischen Grundlagen zum Umgang mit einer zwar eher am Rande des Pflichtfachstoffes liegenden, hierzu aber eben unzweifelhaft gehörenden Materie.
Auch nähere Kenntnisse zum Eigentumsrecht des Art. 17 Abs. 1 GRCh sind selbstverständlich nicht zu erwarten. Hier sollen vielmehr entscheidende methodische Kompetenzen abgeprüft werden:

- Kenntnis des Prüfungsschemas eines in der Grundrechtecharta verbürgten Unionsgrundrechts;
- Grundkenntnisse zu Art. 51 und 52 GRCh;
- Methodische Arbeit mit Art. 17 Abs. 1 GRCh als „unbekannter Norm" und Verknüpfung der dortigen Tatbestandsmerkmale mit dem allgemeinen Prüfungsschema der Unionsgrundrechte;
- Verwertung und Einfügung der Sachverhaltsinformationen in den Prüfungsaufbau und methodengerechte Argumentation;
- Insbesondere zur Erzielung einer „Spitzenleistung": Transfer von Grundkenntnissen zu Art. 14 GG ins Unionsrecht.

Im prozessualen Teil kann also die souveräne Beherrschung des „Schema F" auch von unterdurchschnittlichen Bearbeiter*innen erwartet werden. Dagegen müssen die Bearbeiter*innen im materiellen Recht stete Transferleistungen aus den ihnen erfahrungsgemäß besser bekannten übrigen Grundfreiheiten und aus dem Bereich der deutschen Grundrechtslehren erbringen, was entsprechend bei der Korrektur zu honorieren ist.

Die Klage der Europäischen Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland aufgrund des Bürgerhandgesetzes vor dem Gerichtshof der Europäischen Union wird erfolgreich sein, wenn sie zulässig (dazu A.) und soweit sie begründet ist (dazu B.). In Betracht kommt hier ein Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258, 260 AEUV.

A. Zulässigkeit der Klage

Die Klage ist dann zulässig, wenn der Gerichtshof der Europäischen Union hierfür zuständig ist und auch die übrigen Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

Hinweis: Die Prüfung der Zulässigkeit beinhaltet lediglich Standardprobleme. Ausführungen, die vertiefte systematische Kenntnisse erkennen lassen, sind aber auch in der Zulässigkeitsprüfung besonders positiv zu honorieren, sofern sie knapp und präzise gehalten sind.

I. Zuständigkeit des EuGH

Gem. Art. 258 Abs. 2 AEUV ist der Gerichtshof der Europäischen Union i.S.v. Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 EUV für die gerichtliche Entscheidung im Vertragsverletzungsverfahren zuständig. Art. 256 AEUV eröffnet eine (potentielle) Zuständigkeit des EuG lediglich für Direktklagen (Abs. 1), Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Fachgerichte (Abs. 2, derzeit gegenstandslos) und Vorabentscheidungsverfahren (Abs. 3, derzeit gegenstandslos). E contrario Art. 256 AEUV ist somit der EuGH für alle Klagen im Vertragsverletzungsverfahren zuständig.

Hinweis: Die Prüfung der Zuständigkeit kann auch knapper ausfallen. Wichtig ist es aber, zu erkennen, dass der in Art. 258 Abs. 2 AEUV verwandte Begriff des „Gerichtshofs der Europäischen Union" nicht gleichbedeutend ist mit dem EuGH als Spruchkörper.

II. Beteiligungsfähigkeit

1. Aktive Beteiligungsfähigkeit

Die Kommission ist im Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258 Abs. 1 und 2 AEUV aktiv beteiligungsfähig.

2. Passive Beteiligungsfähigkeit

Passiv beteiligungsfähig als Beklagte sind gem. Art. 258 Abs. 1 AEUV ausschließlich EU-Mitgliedstaaten. Hier geht es zwar um ein Gesetz des deutschen Bundeslandes L, das eigene (Glied-)Staatsqualität und damit eine eigenständige Rechtspersönlichkeit besitzt.[1] Der Begriff des Mitgliedstaats ist allerdings weit zu verstehen und umfasst gleichermaßen Legislative, Exekutive und Judikative und sowohl die Hoheitsgewalt des Mitgliedstaats selbst als auch seiner Gliedstaaten und aller Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts.[2] Daher ist die Klage auch bei einer möglichen Vertragsverletzung durch einen Gliedstaat wie hier gegen den Mitgliedstaat zu richten, so dass die Bundesrepublik Deutsch-

[1] Grundlegend hierzu BVerfGE 1, 14 (34) – Südweststaat.
[2] *Pechstein*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRCh/AEUV, 2. Aufl. 2023, AEUV Art. 258 Rn. 43.

land passiv beteiligungsfähig, mithin die richtige Beklagte, ist.

III. Klagegegenstand

Gem. Art. 258 Abs. 1 AEUV stellt ein Verstoß eines Mitgliedstaats gegen eine Verpflichtung „aus den Verträgen" einen tauglichen Klagegegenstand dar. Zu den Verpflichtungen „aus den Verträgen" rechnet der EuGH neben dem Primärrecht auch das Sekundärrecht sowie internationale Übereinkünfte der Union gem. Art. 216 AEUV.[3] Hier könnte das Bürgerhandgesetz des Landes L, das der Bundesrepublik Deutschland als Mitgliedstaat zuzurechnen ist, sowohl gegen die Kapitalverkehrsfreiheit der Art. 63 ff. AEUV als auch gegen die in Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Hs. 2 EUV i.V.m. Art. 17 Abs. 1 GRCh verbürgte Eigentumsfreiheit verstoßen, die gem. Art. 51 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GRCh auch die Mitgliedstaaten adressiert. Hierin liegt eine (mögliche) Verletzung des Primärrechts, mithin ein tauglicher Klagegegenstand im Vertragsverletzungsverfahren.

IV. Durchführung des Vorverfahrens, Art. 258 Abs. 1 AEUV

Aufgrund des zweistufigen Aufbaus des Vertragsverletzungsverfahrens war es zwingend erforderlich, dass die Kommission vor Erhebung der Aufsichtsklage das in Art. 258 Abs. 1 AEUV vorgesehene Vorverfahren fehlerfrei durchgeführt hat. Gem. Art. 258 Abs. 1 Hs. 2 AEUV war ein Mahnschreiben, das der Bundesrepublik die Gelegenheit zur Äußerung bot, erforderlich. Dies liegt ebenso vor wie die im Anschluss daran gem. Art. 258 Abs. 1 Hs. 1 AEUV notwendige, mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission. Die dort dem Mitgliedstaat gesetzte Frist zur Beendigung des vertragswidrigen Zustands ist ergebnislos verstrichen, so dass die Kommission gem. Art. 258 Abs. 2 AEUV Klage erheben durfte.

V. Rechtsschutzbedürfnis

Ein Rechtsschutzbedürfnis der Kommission als „Hüterin der Verträge" wird im Vertragsverletzungsverfahren, bei dem es sich um ein objektives Beanstandungsverfahren handelt, vermutet.[4]

VI. Form der Klageerhebung

Die Klageschrift der Kommission genügt schließlich den Formanforderungen der Art. 21 EuGH-Satzung und Art. 120 ff. VerfO EuGH, bezeichnet also insbesondere den Klagegegenstand und legt die geltend gemachten Klagegründe und Argumente dar.

> *Hinweis*: Da die Klageerhebung laut Sachverhalt formal ordnungsgemäß war, sind diese Normzitate nicht als notwendig anzusehen. Knappe Ausführungen im feststellenden Gutachtenstil wie hier sind allerdings positiv zu werten.

[3] *Pechstein* (Fn. 2), AEUV Art. 258 Rn. 33 f.
[4] *R. Streinz*, Europarecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 643.

VII. Zwischenergebnis

Somit ist die Klage der Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens zulässig.

B. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, soweit der von der Kommission behauptete und der Bundesrepublik Deutschland zurechenbare Vertragsverstoß tatsächlich vorliegt. Dies ist der Fall, soweit das Bürgerhandgesetz des Landes L gegen die Grundfreiheiten des AEUV oder die Unionsgrundrechte verstößt. Aufgrund des sogenannten normativen Beibringungsgrundsatzes beschränken sich die Unionsgerichte grundsätzlich auf die Prüfung der in der Klageschrift vorgebrachten Vertragsverstöße.[5]

I. Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit, Art. 63 ff. AEUV

Das Bürgerhandgesetz verstößt gegen die hier einzig in Betracht kommende Kapitalverkehrsfreiheit aus Art. 63 Abs. 1 AEUV, wenn eine Beschränkung (dazu 2.) ihres Anwendungsbereichs (dazu 1.) vorliegt, die nicht zu rechtfertigen ist (dazu 3.).

1. Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit

Der Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit müsste in sachlicher (dazu a) wie persönlicher Hinsicht (dazu b) eröffnet sein.

a) Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit ist eröffnet, wenn keine sekundärrechtliche Regelung vorliegt (dazu aa) und der Kapitalverkehr (dazu bb) in einem grenzüberschreitenden Sachverhalt (dazu cc) betroffen ist.

aa) Kein vorrangiges Sekundärrecht

Vorschriften des Sekundärrechts (Art. 288 AEUV), die als Maßnahmen positiver Integration Vorrang vor den lediglich eine negative Integration bewirkenden Grundfreiheiten des Binnenmarkts beanspruchen würden,[6] sind nicht zu prüfen.

bb) Geschützte Tätigkeit: Kapitalverkehr

Der gem. Art. 63 Abs. 1 AEUV geschützte freie Kapitalverkehr erfasst (im Unterschied zum freien Zahlungsverkehr gem.

[5] *Drechsler*, Die Unionsgrundrechte unter dem Einfluss des Prozessrechts, 2019, S. 46 f.; *Neumann*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 21 Rn. 5.
[6] *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 34–36 Rn. 18; eindrucksvoller Überblick über das derzeit vorhandene Sekundärrecht im Anwendungsbereich der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit bei *Ukrow/Ress*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, 76. Lfg., Stand: Mai 2022, AEUV Art. 63 Rn. 455 ff.

Art. 63 Abs. 2 AEUV) einseitige Übertragungen von Geld- oder Sachwerten, die zugleich eine Vermögensanlage darstellen und nicht primär eine Tätigkeit ermöglichen sollen, die dem Schutz einer anderen Grundfreiheit unterfällt.[7]

Zu den von Art. 63 Abs. 1 AEUV erfassten Sachwerten gehören sowohl Immobilien wie das hier in Rede stehende Wohnungseigentum[8] als auch die in Aktien ausgedrückten Anteile an Kapitalgesellschaften wie M und P.[9] Art. 63 Abs. 1 AEUV schützt dabei nicht nur den Erwerb und die Veräußerung, sondern umfassend auch den Bestand und die Nutzung dieses Kapitals.[10] Es ist nichts dafür ersichtlich, dass die Anteile der Aktionäre an Wohnungsgesellschaften wie M und P lediglich dienenden Charakter für eine eigenständige unternehmerische Tätigkeit hätten, die dann von den Art. 49 ff. oder Art. 56 ff. AEUV geschützt würde. Vielmehr wurden die Anteile lediglich zu Anlagezwecken erworben. Dasselbe ist auch für die Immobilien der Wohnungsgesellschaften anzunehmen, die lediglich zu Anlagezwecken erworben und gehalten werden und ohne feste Einrichtung von M und P in Deutschland durch selbstständige Dritte verwaltet werden.

> *Hinweis*: Schlösse der Bearbeitungsvermerk die Prüfung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit nicht aus, wäre hier eine vertiefte Abgrenzung der von den verschiedenen Grundfreiheiten geschützten Tätigkeiten erforderlich. Dann läge es auch nahe, Erwerb und Nutzung der Wohnungen in L durch M und P – je nach konkreter Gestaltung und in Abhängigkeit von der Existenz einer festen Einrichtung zum Geschäftsbetrieb in Deutschland[11] – der Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit zuzuordnen. Deuten Bearbeiter*innen diesen Problemkreis in der hier gebotenen Kürze an, ist dies äußerst positiv.

Somit unterfallen sowohl Erwerb als auch Besitz und Nutzung der Immobilien in Gestalt der Mietwohnungen und der Anteile an den Kapitalgesellschaften in Form der Aktien Art. 63 Abs. 1 AEUV.

> *Hinweis*: Bereits an dieser Stelle müssen die Bearbeiter*innen also zwischen den Immobilien von M und P und den Gesellschaftsanteilen der Aktionäre differenzieren.

cc) Grenzüberschreitender Sachverhalt

Auch die Kapitalverkehrsfreiheit erfordert einen grenzüberschreitenden Sachverhalt. Gem. Art. 63 Abs. 1 AEUV sind Kapitalflüsse von einem Mitgliedstaat in einen anderen, von einem Drittstaat in einen Mitgliedstaat und von einem Mitgliedstaat in einen Drittstaat erfasst.

Die hier betroffenen, im deutschen Bundesland L gelegenen Mietwohnungen wurden von zwei Kapitalgesellschaften erworben, die ihren satzungsmäßigen Sitz in Österreich bzw. Spanien haben, so dass hier Kapital zwischen den Mitgliedstaaten transferiert wurde. Die Anteile an diesen Gesellschaften werden zudem nicht ausschließlich von Inländern, sondern sowohl von EU-Ausländern als auch von Drittstaatsangehörigen gehalten, so dass sowohl der Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten als auch zwischen der EU und Drittstaaten betroffen ist.

Der notwendige grenzüberschreitende Sachverhalt liegt also vor.

> *Hinweis*: Konsequenterweise müssen auch hier sowohl die Immobilien als auch die Gesellschaftsanteile subsumiert werden.

dd) Keine Bereichsausnahme

Das Kapitel über den freien Kapital- und Zahlungsverkehr kennt keine analog Art. 51 Abs. 1 oder Art. 45 Abs. 4 AEUV strukturierte Bereichsausnahme.

ee) Zwischenergebnis

Der sachliche Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit ist somit eröffnet.

b) Persönlicher Anwendungsbereich

Die Kapitalverkehrsfreiheit stellt ebenso wie die Warenverkehrsfreiheit eine Faktorfreiheit dar, so dass sich hierauf gleichermaßen Unionsbürger (vgl. Art. 20 Abs. 1 S. 2 AEUV), Personenmehrheiten analog Art. 54 Abs. 1 und 2 AEUV und Drittstaatsangehörige berufen können.[12]

> *Hinweis*: Verneinen Bearbeiter*innen daher überhaupt die Existenz eines persönlichen Anwendungsbereichs der Kapitalverkehrsfreiheit, stellt dies eine gut vertretbare und gleichwertig anzuerkennende Rechtsauffassung dar.[13]

[7] *Korte*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 6), AEUV Art. 63 Rn. 27.

[8] Vgl. EuGH, Urt. v. 6.3.2018 – C-52/16, ECLI:EU:C:2018:157, Rn. 56 (SEGRO und Horváth) = EuZW 2018, 330 (333); EuGH, Urt. v. 21.5.2019 – C-235/17, ECLI:EU:C:2019:432, Rn. 54 (Kommission/Ungarn) = BeckRS 2019, 9091 Rn. 54; *Ukrow/Ress* (Fn. 6), AEUV Art. 63 Rn. 162.

[9] Vgl. *Wojcik*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Kommentar, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 63 Rn. 64.

[10] EuGH, Urt. v. 21.5.2019 – C-235/17, ECLI:EU:C:2019:432, Rn. 58 (Kommission/Ungarn) = BeckRS 2019, 9091 Rn. 58; *Korte* (Fn. 7), AEUV Art. 63 Rn. 30; *Ukrow/Ress* (Fn. 6), AEUV Art. 63 Rn. 162; so im hiesigen Kontext auch *Derksen*, EuZW 2022, 157 (161).

[11] Zu diesem Differenzierungskriterium zwischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit etwa *Kainer*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Fn. 2), AEUV Art. 49 Rn. 18.

[12] *Lübke*, in: Müller-Graff, Enzyklopädie Europarecht, Bd. 4, 2. Aufl. 2021, § 5 Rn. 24.

[13] Für die Berechtigung dieses Prüfungspunktes *Lübke* (Fn. 12), § 5 Rn. 24; *Sedlaczek/Züger*, in: R. Streinz, EUV/AEUV, Kommentar, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 63 Rn. 17; wohl auch EuGH, Urt. v. 21.5.2019 – C-235/17, ECLI:EU:C:2019:432, Rn. 57 (Kommission/Ungarn) = BeckRS 2019, 9091 Rn. 57; skeptisch dagegen *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. 2021, § 14 Rn. 171.

c) Zwischenergebnis

Der Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit ist daher eröffnet.

2. Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit

Es müsste darüber hinaus eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit vorliegen (dazu b), die von einer Stelle ausgeht, die an die Grundfreiheiten gebunden ist (dazu a).

a) L als Adressat der Kapitalverkehrsfreiheit

Das Land L als Urheber des hier in Rede stehenden Bürgerhandgesetzes müsste zunächst Adressat der Kapitalverkehrsfreiheit sein. Während nach wie vor im Einzelnen umstritten ist, inwiefern die Unionsorgane oder auch Privatpersonen an die Grundfreiheiten gebunden sind,[14] sind die Mitgliedstaaten unbestritten die vorrangigen Adressaten der Grundfreiheiten. Insoweit sind neben der Zentralgewalt des jeweiligen Mitgliedstaats selbst wegen der „Landesblindheit" des Unionsrechts auch die Gliedstaaten eines Mitgliedstaats, somit auch die deutschen Bundesländer wie L, umfasst. Durch diese funktionale Betrachtungsweise soll vermieden werden, dass sich die Mitgliedstaaten unter Hinweis auf einen föderalen Staatsaufbau aus ihrer Bindung an die Grundfreiheiten lösen können.[15] L ist somit an die Kapitalverkehrsfreiheit gebunden.

b) Erfasste Maßnahme

Art. 63 Abs. 1 AEUV verbietet „alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs". Hiervon sind sowohl Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit (dazu aa) als auch unter bestimmten Voraussetzungen nichtdiskriminierende Beschränkungen (dazu bb) erfasst.

> *Hinweis*: Auch an dieser Stelle ist wieder eine Prüfung angezeigt, die zwischen den Kapitalgesellschaften M und P sowie deren Aktionären differenziert.

aa) Diskriminierung im Hinblick auf M und P

Nachdem die Entziehung des Eigentums an den Wohnungen nicht formal an die Staatsangehörigkeit oder an den Sitz der Inhaber anknüpft, enthält das Bürgerhandgesetz keine unmittelbare (offene) Diskriminierung.[16] Allerdings könnte sich das Gesetz mittelbar (versteckt) diskriminierend auswirken, indem es an ein anderes Differenzierungsmerkmal als die Staatsangehörigkeit anknüpft, das allerdings im Ergebnis typischerweise EU-Ausländer gegenüber Inländern benachteiligt.[17] Der Rechtsprechung des EuGH liegt hierbei ein äußerst weites Diskriminierungskonzept zugrunde.

Das Bürgerhandgesetz knüpft an die Zahl der in L gehaltenen Wohnungen an. Allerdings überschreiten die dort vorgesehene Schwelle von 4.000 Wohnungen lediglich M und P und damit zwei Kapitalgesellschaften mit Sitz im EU-Ausland. Daher betrifft das Gesetz insofern im Ergebnis ausschließlich EU-ausländische juristische Personen und stellt sie gegenüber anderen Wohnungseigentümern in L schlechter. Daher handelt es sich hier um eine mittelbare (versteckte) Diskriminierung von M und P.

bb) Nichtdiskriminierende, reine Beschränkung im Hinblick auf die Aktionäre von M und P

Über M und P hinaus betrifft das Bürgerhandgesetz aber auch deren Aktionäre. Es handelt sich dabei zwar um eine nichtdiskriminierende Maßnahme, aber deren Anteilseigentum wird durch die Entziehung der Wohnungen im Eigentum von M und P bei einer weit unter dem Marktpreis der Wohnungen liegenden Entschädigung faktisch weitgehend entwertet. Äußerst fraglich ist aber, ob dies eine relevante, unterschiedslos anwendbare Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit darstellt.

(1) Ausgangspunkt: Dassonville-Formel

Nach der vom EuGH auch auf die Kapitalverkehrsfreiheit übertragenen Dassonville-Formel[18] verbietet Art. 63 Abs. 1 AEUV auch jede mitgliedstaatliche Regelung, die dazu geeignet ist, den Kapitalverkehr innerhalb der EU unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern. Durch den Entzug der im Eigentum von Kapitalgesellschaften stehenden Wohnungen in L wird mittelbar und jedenfalls potentiell der Erwerb von Beteiligungen an solchen Kapitalgesellschaften weniger attraktiv gemacht, da die Anteilseigner mit einer faktischen Entwertung ihrer Einlage durch eine weit unter Marktwert der Immobilien liegenden Entschädigung rechnen müssen. Nach der Dassonville-Formel liegt hier somit eine relevante Behinderung des Kapitalverkehrs vor.

(2) Einschränkung der Dassonville-Formel

Wegen der beinahe uferlosen Weite der Dassonville-Formel besteht Einigkeit darüber, dass sie der Einschränkung bedarf.

(a) Keck-Formel

Zu prüfen ist daher die entsprechende Anwendung der zur Warenverkehrsfreiheit vom EuGH entwickelten Keck-Formel. Demnach sind nichtdiskriminierende Beschränkungen der Grundfreiheiten insbesondere nur dann relevant, wenn eine mitgliedstaatliche Regelung eine produktbezogene Beschränkung enthält und nicht nur eine Verkaufsmodalität darstellt, die unterschiedslos einheimische und EU-ausländische Wa-

[14] Zum Stand der Diskussion lesenswert *Kingreen* (Fn. 6), AEUV Art. 34–36 Rn. 111–118.

[15] *Kingreen* (Fn. 6), AEUV Art. 34–36 Rn. 107.

[16] Vgl. zum Begriff der unmittelbaren Diskriminierung etwa *Fastenrath/Groh*, Europarecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 151 f.

[17] Zum Begriff der mittelbaren Diskriminierung grundlegend EuGH Slg. 1974, 153 (164 Rn. 11) – Sotgiu/Deutsche Bundespost; EuGH Slg. 1980, 3427 (3436 Rn. 9) – Boussac/Gerstenmeier.

[18] Grundlegend EuGH Slg. 1974, 837 (852 Rn. 5) – Dassonville = NJW 1975, 515, und seitdem st. Rspr.; im Kontext der Kapitalverkehrsfreiheit etwa auch EuGH, Urt. v. 8.5.2013 – C-197/11, ECLI:EU:C:2013:288, Rn. 50 ff. (Libert u.a.) = EuZW 2013, 507 (509 f.).

ren betrifft und sich rechtlich oder tatsächlich in gleicher Weise auf deren Absatz auswirkt.[19] Entscheidend kommt es darauf an, dass nur solche Maßnahmen, die ein Marktzugangshindernis für Unionswaren errichten, Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit darstellen. Auf die Kapitalverkehrsfreiheit übertragen wäre dementsprechend zu differenzieren, ob eine unterschiedslos wirkende Maßnahme einen Kapitalerwerb unter eine Genehmigungsvoraussetzung stellt oder sogar vollständig verbietet (≈ „produktbezogene Beschränkung") oder lediglich die Modalitäten des Kapitalverkehrs ohne Auswirkungen auf den grenzüberschreitenden Verkehr regelt (≈ „Verkaufsmodalität").[20]

Auf die Aktionäre von M und P wirkt sich das Bürgerhandgesetz – anders als auf die Gesellschaften selbst – keineswegs diskriminierend aus, indem sowohl in- als auch ausländische Aktionäre gleichermaßen betroffen sind. Somit ist die Keck-Formel anwendbar. Das Bürgerhandgesetz regelt aber nicht lediglich Modalitäten des freien Kapitalverkehrs, sondern errichtet eine Barriere zum durch eine Kapitalgesellschaft vermittelten Erwerb von Immobilien in L. Dies ähnelt bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise einem Erwerbsverbot und behindert so den Marktzugang.[21] Somit ist auch nach den Maßstäben der Keck-Formel eine von Art. 63 Abs. 1 AEUV erfasste Beschränkung des Kapitalverkehrs gegeben.

(b) Drei-Stufen-Test

Auch aufgrund des als Alternative zur Keck-Formel aus deren Grundgedanken vom EuGH entwickelten Drei-Stufen-Tests, wonach unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit, Verstöße gegen das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung (das auch sogenannte Herkunftslandprinzip) und Marktzugangshindernisse verbotene Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit darstellen,[22] ergibt sich hier ein Marktzugangshindernis (siehe soeben) und damit eine verbotene Beschränkung i.S.d. Art. 63 Abs. 1 AEUV.

> *Hinweis*: Auch hier muss wieder zwischen den Auswirkungen auf M und P einerseits und auf deren Aktionäre andererseits differenziert werden. Es ist sodann bei entsprechender Begründung gleichwertig vertretbar, wenn die Bearbeiter*innen 1. die Voraussetzungen der Dassonville-Formel verneinen (dann aber nur mit sehr guter Begründung), 2. die Anwendbarkeit der Keck-Formel wegen einer mittelbar diskriminierenden Maßnahme verneinen oder 3. ein Marktzugangshindernis verneinen.
> Eine kumulative Prüfung der Keck-Formel und des Drei-Stufen-Tests erscheint *nicht* erforderlich. Verlangt werden kann nur eine klare Definition und Subsumption unter eines der Konzepte. Da beide Konzepte alternativ nebeneinander stehen, wäre es auch möglich und dann positiv zu bewerten, wenn Bearbeiter*innen (auch im Hilfsgutachten) auf beides eingehen.

3. Rechtfertigung der Beschränkung

Diese Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs durch das Bürgerhandgesetz sind allerdings gerechtfertigt, wenn ihnen ein Rechtfertigungsgrund zur Seite steht (dazu a), sie mit den Unionsgrundrechten von M und P sowie denen ihrer Aktionäre (dazu b) und mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (dazu c) zu vereinbaren sind.

a) Rechtfertigungsgrund

Zwar ist kein in Art. 65 Abs. 1 AEUV geschriebener Rechtfertigungsgrund einschlägig, doch kommt nach der Cassis-Formel des EuGH[23] eine Rechtfertigung auch aus zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls in Betracht. Dies gilt sowohl für reine Beschränkungen als auch für mittelbar diskriminierende Maßnahmen, wie sie hier im Hinblick auf die Wohnungsgesellschaften vorliegen.[24] Bei der Definition solcher zwingenden Erfordernisse kommt den mitgliedstaatlichen Stellen ein gewisser Beurteilungsspielraum zu, der allerdings jedenfalls dann überschritten ist, wenn es sich um protektionistische Motive handelt, die Beschränkung also schlicht dem Schutz heimischer Marktteilnehmer dient.[25]

L versucht mit dem Bürgerhandgesetz, eine Verdrängung einkommensschwacher, bereits ortsansässiger Bevölkerungsteile künftig zu verhindern, wie sie durch den Zuzug finanzstärkerer Menschen in den vergangenen Jahren und die erheblichen Mietpreissteigerungen stattgefunden hat. Dabei handelt es sich um eine sozialpolitische Zielsetzung, die als zwingender Grund des Allgemeinwohls eingeordnet werden kann.[26]

---

[19] EuGH Slg. I 1993, 6097 (6131 Rn. 15 f.) – Keck und Mithouard = NJW 1994, 121.

[20] Dazu EuGH, Urt. v. 8.5.2013 – C-197/11, ECLI:EU:C:2013:288, Rn. 45 (Libert u.a.) = EuZW 2013, 507 (509).

[21] Vgl. EuGH, Urt. v. 8.5.2013 – C-197/11, ECLI:EU:C:2013:288, Rn. 44 (Libert u.a.) = EuZW 2013, 507 (509); EuGH, Urt. v. 6.3.2018 – C-52/16, ECLI:EU:C:2018:157, Rn. 65 (SEGRO und Horváth) = EuZW 2018, 330 (334); *Derksen*, EuZW 2022, 157 (161), der zusätzlich auf die Entwertung der früheren Investitionen abstellt.

[22] Vgl. grundlegend EuGH Slg. I 2009, 4273 (4314 Rn. 24) – Mickelsson und Roos = EuZW 2009, 617; siehe auch *Leible/Th. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 6), AEUV Art. 34 Rn. 85–87.

[23] St. Rspr. seit EuGH Slg. 1979, 649 (662 ff. Rn. 8 ff.) – Cassis de Dijon = NJW 1979, 1766; explizit im Kontext der Kapital-verkehrsfreiheit EuGH, Urt. v. 21.5.2019 – C-235/17, ECLI:
EU:C:2019:432, Rn. 59 (Kommission/Ungarn) = BeckRS 2019, 9091.

[24] Dazu EuGH, Urt. v. 6.3.2018 – C-52/16, ECLI:EU:C:2018:157, Rn. 76 (SEGRO und Horváth) = EuZW 2018, 330 (335); *Kingreen* (Fn. 6), AEUV Art. 34–36 Rn. 84.

[25] Siehe EuGH Slg. I 1998, 1831 (1855 Rn. 39) – Decker = NJW 1998, 1769 (1771); EuGH Slg. I 2007, 4071 (4123 Rn. 42) – Rosengren u.a. = EuZW 2007, 401 (403); EuGH, Urt. v. 21.12.2016 – C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972, Rn. 72 (AGET Iraklis) = NJW 2017, 1723 (1727).

[26] Vgl. EuGH, Urt. v. 8.5.2013 – C-197/11, ECLI:EU:C:2013:288, Rn. 50–52 (Libert u.a.) = EuZW 2013, 507 (509).

Auch das daneben verfolgte Ziel der Unterbindung einer Machtkonzentration in den Händen weniger marktmächtiger Unternehmen, die zum Nachteil der Mieter*innen eingesetzt werden kann, ist, wie auch die Wertung der Art. 101 ff. AEUV zeigt, als zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls anzuerkennen.

Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe für das Bürgerhandgesetz liegen somit vor.

Hinweis: Es ist besonderer Wert darauf zu legen, auf beide Zielsetzungen einzugehen. Die Begründung der Legitimität kann wegen des mitgliedstaatlichen Einschätzungsspielraums auch knapper ausfallen, da hier letztlich nur „negativ" protektionistische Zielsetzungen ausgeschieden werden. Eine Anknüpfung an die Art. 101 ff. AEUV legt der Vermerk für die Bearbeiter*innen gerade nicht nahe, um die Legitimität des Rechtfertigungsgrundes zu begründen, und ist deshalb keinesfalls zu verlangen.

b) Vereinbarkeit der Beschränkung mit den Unionsgrundrechten der von der Grundfreiheit Berechtigten

Äußerst fraglich ist aber, ob das Bürgerhandgesetz auch mit den Unionsgrundrechten der Kapitalgesellschaften M und P und ihrer Aktionäre als derjenigen Personen, die von der Beschränkung des freien Kapitalverkehrs betroffen sind, vereinbar ist. Ihr Eigentumsrecht aus Art. 17 Abs. 1 GRCh i.V.m. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 EUV ist nur dann gewahrt, wenn dessen Anwendungsbereich (dazu bb) nicht ungerechtfertigt (dazu dd) eingeschränkt wird (dazu cc).

Hinweis: Hier erfolgt die Verhältnismäßigkeitsprüfung vollständig im Rahmen der Inzidentprüfung des Art. 17 Abs. 1 GRCh. Dies hat den Vorteil, dass die Problematik rechtzeitiger und angemessener Entschädigung bruchlos und im Kontext erörtert werden kann. Gleichwertig vertretbar ist es aber auch, unter dem Prüfungspunkt b) lediglich die Anwendbarkeit der GRCh, die Eröffnung des Anwendungsbereichs und das Vorliegen einer Einschränkung zu prüfen und die Verhältnismäßigkeit „gemeinsam" für Grundrecht und Grundfreiheit unter c) zu prüfen. Dann muss dort oder in einem gesonderten Prüfungspunkt die Entschädigungsfrage behandelt werden.

aa) Anwendbarkeit der GRCh: Bindung von L an die Unionsgrundrechte

L ist als Ausprägung der mitgliedstaatlichen Hoheitsgewalt (siehe oben, A. II. 2.) nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GRCh nur bei der Durchführung des Unionsrechts an die Unionsgrundrechte gebunden. In einer Situation wie dieser, in der die Kapitalverkehrsfreiheit der Art. 63 ff. AEUV durch L beschränkt wird (sogenannte ERT-Situation[27]), ist L somit an die Unionsgrundrechte gebunden und die GRCh anwendbar.

bb) Eröffnung des Anwendungsbereichs des Eigentumsrechts

Der Anwendungsbereich des Eigentumsrechts muss in sachlicher und persönlicher Hinsicht eröffnet sein.

Hinweis: Zum Anwendungsbereich des Eigentumsrechts können lediglich ein Transfer von Kenntnissen aus dem Bereich der deutschen Grundrechte sowie eine argumentative Bewältigung der Probleme erwartet werden. Mit abweichenden Auffassungen sollte daher bei der Korrektur großzügig umgegangen werden. Entscheidend ist aber wiederum eine Differenzierung zwischen den Eigentumspositionen der Gesellschaften M und P einerseits und denen der Aktionäre andererseits.

(1) Sachlicher Anwendungsbereich: „Eigentum"

Das Eigentumsrecht schützt nach Art. 17 Abs. 1 S. 1 GRCh unter anderem Besitz, Nutzung und Verfügungsgewalt über das ursprünglich rechtmäßig erworbene Eigentumsrecht. Hierzu zählt einerseits das Eigentum an Immobilien[28] und somit auch das Eigentum von M und P an ihren Mietwohnungen in L. Darüber hinaus umfasst Art. 17 Abs. 1 S. 1 GRCh (wie auch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG[29]) andererseits auch das Anteilseigentum in Form von Aktien,[30] wie es hier im Hinblick auf die Aktionäre von M und P betroffen ist. Nachdem beide Eigentumspositionen ursprünglich rechtmäßig erworben wurden, ist der sachliche Anwendungsbereich des Eigentumsrechts eröffnet.

(2) Persönlicher Anwendungsbereich

Das Eigentumsrecht, das nach Art. 17 Abs. 1 S. 1 GRCh „jede Person" berechtigt, ist strukturell nicht ausschließlich auf natürliche Personen anwendbar und berechtigt Unionsbürger*innen bzw. Personenmehrheiten mit Sitz in der EU ebenso wie Drittstaatsangehörige bzw. Personenmehrheiten mit Sitz außerhalb der EU,[31] so dass der persönliche Anwendungsbereich ebenfalls eröffnet ist.

cc) Einschränkung des Eigentumsrechts

Art. 17 Abs. 1 S. 2 und S. 3 GRCh differenziert mit dem Eigentumsentzug (dazu (1) und der Regelung der Eigentumsnutzung (dazu (2) abschließend[32] zwischen zwei Formen der Einschränkung.

[27] Grundlegend EuGH Slg. I 1991, 2925 (2964 Rn. 43) – ERT = BeckRS 2004, 75777; siehe auch EuGH, Urt. v. 21.5. 2019 – C-235/17, ECLI:EU:C:2019:432, Rn. 64 f. (Kommission/Ungarn) = BeckRS 2019, 9091 Rn. 64 f.

[28] Vgl. implizit bereits EuGH Slg. 1979, 3727 (3745 ff. Rn. 17 ff.) – Hauer.

[29] Grundlegend hierzu BVerfGE 14, 263 (276 f.) – Feldmühle; siehe auch m.w.N. *Depenheuer/Froese*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 142 f.

[30] EuGH, Urt. v. 20.9.2016 – C-8/15, ECLI:EU:C:2016:701, Rn. 68 ff. (Ledra Advertising u.a./Kommission und EZB); EuGH, Urt. v. 16.7.2020 – C-686/18, ECLI:EU:C:2020:567, Rn. 84 ff. (Adusbef u.a.).

[31] Vgl. *Jarass*, GRCh, Kommentar, 4. Aufl. 2021, Art. 17 Rn. 16.

[32] Näher *Heselhaus*, in: Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2. Aufl. 2020, § 36 Rn. 32 f.

Hinweis: Hier wird erwartet, dass die Bearbeiter*innen ausgehend von den notwendigen Vorkenntnissen zu Art. 14 GG zwischen den verschiedenen Einschränkungsformen des Art. 17 Abs. 1 GRCh differenzieren und argumentativ zu einem eigenständigen, zwischen den beiden soeben identifizierten Eigentumspositionen differenzierenden Ergebnis gelangen. Im Hinblick auf den Eigentumsentzug kann die Begründung angesichts der Wortwahl des Sachverhalts knapp ausfallen.

(1) Entzug des Eigentums

Das Eigentum wird dann entzogen, wenn die Inhaber der Eigentumsposition dauerhaft und vollständig verlustig gehen.[33] Das Bürgerhandgesetz nimmt den betroffenen Kapitalgesellschaften dauerhaft die Inhaberschaft ihres Eigentums an den Mietwohnungen in L und stellt somit insofern einen Eigentumsentzug dar.

Hinweis: Damit sind die Anforderungen des Art. 17 Abs. 1 S. 2 GRCh erheblich niedriger als diejenigen des engen Enteignungsbegriffs des Bundesverfassungsgerichts, das nämlich neben dem Eigentumsentzug noch drei zusätzliche Erfordernisse verlangt, nämlich erstens eine hoheitliche Güterbeschaffung, zweitens das Vorliegen eines konkreten Vorhabens und drittens das Ziel, eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen.[34]

(2) Nutzungsregelung

Das Bürgerhandgesetz müsste darüber hinaus auch im Hinblick auf die Eigentumsposition der Aktionäre Einschränkungsqualität haben. Mangels dauerhaften Entzugs des Anteilseigentums oder seiner vollständigen[35] Entkernung durch vollständigen Entzug des ihm innewohnenden Werts kommt hier nur eine Nutzungsregelung in Betracht. Das Bürgerhandgesetz entzieht den Gesellschaften M und P, an denen das Anteilseigentum besteht, deren wesentliche Wertgegenstände. Dadurch ist mittelbar die Position der Aktionäre betroffen, indem der wirtschaftliche Aktionsradius der Gesellschaft massiv beschränkt und ihr Wert erheblich vermindert wird. Dadurch wird die Nutzungsmöglichkeit i.S.v. Art. 17 Abs. 1 S. 3 GRCh erheblich eingeschränkt.

Hinweis: Hier sind mit entsprechender Begründung in beide Richtungen abweichende Auffassungen vertretbar. Die Entziehung von 90 % des Werts der maßgeblichen Eigentumsobjekte von M und P bereits als vollständige Entkernung des Anteilseigentums und damit als De-facto-Enteignung einzuordnen, ist eine gleichwertig vertretbare Rechtsansicht. Mit sehr guter Begründung ist es auch gleichwertig vertretbar, bei mittelbaren Auswirkungen auf den Wert des Anteilseigentums wie hier die Einschränkungsqualität insgesamt zu verneinen.

(3) Zwischenergebnis

Das Bürgerhandgesetz entzieht M und P somit das Eigentum an den Mietwohnungen in L und regelt zugleich in belastender Weise die Nutzung des Anteilseigentums der Aktionäre.

dd) Rechtfertigung der Einschränkung

Die Voraussetzungen für die Rechtfertigung der Einschränkung ergeben sich aus Art. 52 Abs. 1 GRCh.

Hinweis: Es ist auch bei unterdurchschnittlichen Arbeiten zu erwarten, dass die Bearbeiter*innen Art. 17 Abs. 1 S. 2 und S. 3 GRCh i.V.m. Art. 52 Abs. 1 GRCh das folgende Prüfungsschema entnehmen. Art. 52 Abs. 1 GRCh muss neben Art. 17 Abs. 1 S. 2 und S. 3 GRCh nicht zwingend zitiert werden. Machen sich Bearbeiter*innen Gedanken zum Zusammenspiel beider Schrankenregime,[36] ist dies besonders positiv zu würdigen.

Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung ergeben sich gegenüber den aus dem deutschen Verfassungs- und Verwaltungsrecht bekannten Strukturen keine nennenswerten Besonderheiten. Ausführungen zur Wesensgehaltsgarantie sind nicht zwingend zu erwarten.

(1) Gesetzliche Grundlage der Einschränkung

Das Bürgerhandgesetz als Parlamentsgesetz wahrt ohne Weiteres das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage der Einschränkung gem. Art. 52 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GRCh i.V.m. Art. 17 Abs. 1 S. 2 und 3 GRCh.

(2) Wahrung des Wesensgehalts des Eigentumsrechts

Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass das Bürgerhandgesetz den Wesensgehalt des Eigentumsrechts nicht achtet.[37] Dies gilt insbesondere hinsichtlich des Anteilseigentums, bei dem lediglich dessen Nutzung geregelt wird.[38]

Hinweis: Nicht zuletzt weil hierzu noch vieles unklar und die EuGH-Judikatur alles andere als einheitlich ist, sind keinesfalls vertiefte Ausführungen erforderlich. Sie wären ohnehin im Hinblick auf die hierin liegende Detailtiefe der Dogmatik zu den Unionsgrundrechten nicht zu erwarten.

[33] *Heselhaus* (Fn. 32), § 36 Rn. 60; *Kühling*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Fn. 2), GRCh Art. 17 Rn. 24.

[34] Siehe BVerfGE 74, 264 (Boxberg); 104, 1 (10) – Baulandumlegung; 143, 246 (333–338 Rn. 245–257) – Atomausstieg.

[35] Zu diesem Erfordernis bei einer De-facto-Enteignung *Jarass* (Fn. 31), Art. 17 Rn. 18; *Kühling* (Fn. 33), GRCh Art. 17 Rn. 25.

[36] Dazu etwa EuGH, Urt. v. 21.5.2019 – C-235/17, ECLI:EU:C:2019:432, Rn. 87–89 (Kommission/Ungarn) = BeckRS 2019, 9091 Rn. 87 ff.

[37] Dazu eingehend *Kühling* (Fn. 33), GRCh Art. 17 Rn. 46.

[38] Darauf stellen die Unionsgerichte regelmäßig im Umkehrschluss ab; siehe etwa EuGH, Urt. v. 16.7.2020 – C-686/18, ECLI:EU:C:2020:567, Rn. 88 f. (Adusbef u.a.); EuGH, Urt. v. 13.6.2017 – C-258/14, ECLI:EU:C:2017:448, Rn. 55 (Florescu u.a.); EuGH, Urt. v. 26.4.2018 – T-190/16, ECLI:EU:T:2018:232, Rn. 58 (Azarov/Rat).

(3) Legitimes Ziel der Einschränkung

Die Verhinderung von Gentrifizierung und die Bekämpfung einer marktbeherrschenden Stellung sind „Gründe des öffentlichen Interesses" i.S.d. Art. 17 Abs. 1 S. 2 GRCh bzw. entsprechen dem „Wohl der Allgemeinheit" i.S.v. Art. 17 Abs. 1 S. 3 GRCh (siehe oben, B. I. 3. a).

(4) Verhältnismäßigkeit der Einschränkung

Die Einschränkung des Eigentumsrechts ist dann i.S.v. Art. 52 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GRCh verhältnismäßig, wenn sie zur Förderung ihrer Ziele geeignet (dazu (a) und erforderlich ist (dazu (b) und insgesamt angemessen ist, insbesondere eine rechtzeitige angemessene Entschädigung i.S.v. Art. 17 Abs. 1 S. 2 GRCh gewährt (dazu (c). Hierfür trägt die Bundesrepublik Deutschland die Darlegungs- und Beweislast.[39]

> *Hinweis*: Es ist notwendig, zwischen den beiden legitimen Zielsetzungen bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit zu differenzieren.

(a) Eignung

Das Bürgerhandgesetz ist geeignet, wenn es in kohärenter und systematischer Weise einen brauchbaren Beitrag dazu leistet, eine Verdrängung einkommensschwacher Bevölkerungskreise aus ihren Mietwohnungen in L zu verhindern und die Machtkonzentration marktbeherrschender Wohnungsunternehmen zu bekämpfen.[40] Die gemeinnützige Anstalt des öffentlichen Rechts, auf die das Eigentum an den Wohnungen übertragen wird, ist dazu gesetzlich verpflichtet, eine deutlich niedrigere als die bisherige Miete zu verlangen und sie auch nur zur Anpassung an die Inflationsrate in Zukunft anzuheben. Indem dies 70 % des Mietwohnungsbestandes in L betrifft, leistet das Gesetz somit einen systematischen und kohärenten Beitrag zur Verhinderung von Gentrifizierung.

Durch den vollständigen Entzug der Wohnungen wird die marktbeherrschende Stellung von M und P auf dem Mietwohnungsmarkt in L beseitigt, so dass das Bürgerhandgesetz auch insofern geeignet ist.

(b) Erforderlichkeit

Das Bürgerhandgesetz ist dann erforderlich, wenn es kein milderes Mittel gibt, mit dem die wohnungspolitischen Ziele des Landes L gleich wirksam verfolgt werden können.[41]

(aa) Sozialer Wohnungsbau

Als milderes Mittel, das das Eigentum von M und P an den Mietwohnungen sogar völlig unangetastet gelassen hätte, kommt der verstärkte Neubau von Sozialwohnungen durch die öffentliche Hand in Betracht. Dass dies für L deutlich teurer gewesen wäre und angesichts der angespannten Haushaltslage nur schwer im erforderlichen Ausmaß zu realisieren wäre, ist angesichts der Irrelevanz fiskalischer Argumente im Kontext der Beschränkung der Grundfreiheiten[42] nicht von Belang. Allerdings würde es mehrere Jahre dauern, bis die zur Verhinderung von Gentrifizierung erforderliche Wohnungszahl bezugsfertig ist. Daher wäre der Neubau von Sozialwohnungen nicht ebenso geeignet zur Verhinderung von Gentrifizierung wie der Entzug des Eigentums und scheidet daher als Alternative aus.

(bb) Ausübung von Vorkaufsrechten

Wegen der Abhängigkeit von Vorkaufsrechten davon, dass eine Wohnung auf dem freien Markt zum Verkauf angeboten wird (sogenannter Verkaufsfall),[43] was L wiederum nicht ohne Weiteres beeinflussen kann, stellt auch dies keine gleich geeignete Handlungsalternative zur Verhinderung von Gentrifizierung dar.

(cc) Anreizinstrumente

Als gleich geeignet zur Verhinderung von Gentrifizierung stellt sich jedoch die gezielte Förderung einkommensschwacher Mieter*innen, die allein von Gentrifizierung bedroht sind, etwa durch staatliche Zuschüsse zur Miete, heraus. Dass dies für L deutlich teurer wäre und die Realisierung bei der derzeitigen angespannten Haushaltslage fraglich erscheint, ist als rein fiskalisches Argument ohne Belang (siehe soeben). Dies schließt allerdings lediglich die Erforderlichkeit im Hinblick auf die Verhinderung von Gentrifizierung aus. Hinsichtlich der Bekämpfung der marktbeherrschenden Stellung von M und P sind hingegen keine gleich geeigneten, milderen Mittel zum Entzug des Eigentums durch L ersichtlich.

> *Hinweis*: Zu erwägen, inwiefern das Kartellrecht hier Abhilfe schaffen könnte, ist wegen des eindeutigen Vermerks für die Bearbeiter*innen nicht Gegenstand dieser Klausur.[44]

(dd) Zwischenergebnis

Zur Verhinderung von Gentrifizierung ist der Entzug der Mietwohnungen von M und P somit nicht erforderlich, allerdings durchaus zur Bekämpfung der marktbeherrschenden Stellung dieser Wohnungsunternehmen in L.

---

[39] EuGH, Urt. v. 6.3.2018 – C-52/16, ECLI:EU:C:2018:157, Rn. 85 (SEGRO und Horváth) = EuZW 2018, 330 (335); EuGH, Urt. v. 21.5.2019 – C-235/17, ECLI:EU:C:2019:432, Rn. 94 (Kommission/Ungarn) = BeckRS 2019, 9091 Rn. 94.

[40] Vgl. EuGH, Urt. v. 21.5.2019 – C-235/17, ECLI:EU:C:2019:432, Rn. 61 (Kommission/Ungarn) = BeckRS 2019, 9091 Rn. 61; *Kingreen* (Fn. 6), AEUV Art. 34–36 Rn. 94.

[41] Hier gelten für die Mitgliedstaaten dieselben Anforderungen wie bei der Beschränkung der Grundfreiheiten, vgl. dazu EuGH Slg. I 2007, 4071 (4123 Rn. 43) – Rosengren u.a.; EuGH, Urt. v. 23.12.2015 – C-333/14, ECLI:EU:C:2015:845 Rn. 41 (The Scotch Whisky Association u.a.).

[42] Siehe EuGH, Urt. v. 6.3.2018 – C-52/16, ECLI:EU:C:2018:157, Rn. 122 f. (SEGRO und Horváth) = EuZW 2018, 330 (339), explizit im Kontext der Erforderlichkeitsprüfung im Hinblick auf alternative Handlungsoptionen.

[43] Siehe etwa *Hageböke/Englich/Horst*, JuS 2020, 815 (816 f.).

[44] Dazu näher im Kontext des Art. 15 GG *Kühling/Litterst*, DVBl. 2022, 871 (878 f.).

Hinweis: Mit guter Argumentation sind abweichende Auffassungen im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung selbstverständlich vertretbar. Wichtig ist dabei, dass zwischen den legitimen Zielsetzungen des Bürgerhandgesetzes sauber differenziert wird. Lehnen Bearbeiter*innen die Erforderlichkeit insgesamt ab, ist im Hilfsgutachten weiterzuprüfen, da der Sachverhalt die Entschädigungsproblematik explizit aufwirft.

(c) Angemessenheit, insb. rechtzeitige und angemessene Entschädigung

Schließlich müssen die durch das Bürgerhandgesetz verursachten Nachteile in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen.[45] Dies erfordert eine Abwägung der widerstreitenden Interessen und Rechtspositionen.

Für die Angemessenheit der mit dem Bürgerhandgesetz verbundenen Einschränkungen des Eigentumsrechts spricht zunächst die Dimension des Gentrifizierungsproblems in L aufgrund des erheblichen Nachfragedrucks und der erheblich gestiegenen Kaltmieten innerhalb des zurückliegenden Jahrzehnts.

Hinweis: Die Zielsetzung der Gentrifizierungsbekämpfung wurde zwar bereits in der Prüfung der Erforderlichkeit ausgeschieden, sollte aber im Rahmen der hier gebotenen umfassenden Abwägung aller betroffenen Rechtsgüter und Interessen gleichwohl Berücksichtigung finden. Eine abweichende Vorgehensweise ist allerdings ohne Weiteres vertretbar.
Der Anstieg der Mietpreise ist zudem auf Absprachen zwischen den beiden marktmächtigen Wohnungsunternehmen zurückzuführen. Auch ist die bekämpfte marktbeherrschende Stellung von M und P mit einem 70%igen Marktanteil stark ausgeprägt. Neben dem Problem der Absprachen ist auch zu berücksichtigen, dass M und P kaum neue Wohnungen gebaut haben, sondern allenfalls bestehende Wohnungen aufwendig saniert und zu für Geringverdiener unerschwinglichen „Luxusimmobilien" umfunktioniert haben.

Hinweis: Hierbei ist auch von durchschnittlichen Bearbeiter*innen zu erwarten, dass sie die im Sachverhalt enthaltenen Argumente auffinden und verwerten. Es sollte bei der Bewertung gebührend honoriert werden, wenn Bearbeiter*innen weitere Argumente für und wider selbst entwickeln.

Nachdem das Bürgerhandgesetz (auch) einen Eigentumsentzug bedingt, ist allerdings in der Angemessenheitsprüfung auch zu berücksichtigen, dass Art. 17 Abs. 1 S. 2 GRCh eine rechtzeitige angemessene Entschädigung für den Eigentumsverlust erfordert. Diese Entschädigung ist zwingend.[46] Zwar gewährt das Bürgerhandgesetz eine Entschädigung im Zeitpunkt des Eigentumsentzugs, allerdings ist deren Angemessenheit zweifelhaft.

Hinweis: Viel spricht dafür, wie bei Art. 14 Abs. 3 S. 3 GG[47] die Entschädigung als vom Chartageber vorgegebenen Abwägungsgesichtspunkt im Rahmen der Angemessenheitsprüfung einzuordnen.[48] Als gleichwertig vertretbar ist es aber anzusehen, die angemessene Entschädigung in einem gesonderten Prüfungspunkt zu erörtern.[49] Entscheidend ist es, das Problem der Entschädigungshöhe zu erkennen und einer eigenständigen argumentativen Lösung zuführen. Ein von diesem Lösungsvorschlag abweichendes Ergebnis ist dann selbstverständlich zu akzeptieren. Eine Kenntnis der von der deutschsprachigen Literatur vorgeschlagenen Parameter für die Entschädigungshöhe (siehe sogleich) kann keinesfalls verlangt werden, zumal der EuGH sich bislang nur in Fällen völlig fehlender Entschädigung geäußert hat.[50]

Bei der Festsetzung der Entschädigungshöhe kommt der öffentlichen Hand grundsätzlich ein Einschätzungs- und Wertungsspielraum zu,[51] so dass abgestuft Entschädigungen vom vollen Marktwert des entzogenen Eigentums[52] über eine daran orientierte, aber geringere Entschädigung bis hin zu einer Entschädigung nicht weit unter Wert möglich sind.[53] Dabei hängen die Anforderungen an die Entschädigungshöhe vom Gewicht der legitimen Zielsetzung im Vergleich zur Schwere des Eigentumsentzugs ab. So erfordert ein in erster Linie auch durch private Interessen motivierter Eigentumsentzug eher eine volle Entschädigung als eine durch starke Allgemeinwohlgründe gedeckte Maßnahme. Weitere, auch in der Diskussion zu Art. 14 GG angeführte Aspekte[54] können die Höhe beeinflussen, so etwa der soziale Bezug des Eigentums, die eigene Leistung des Eigentümers oder dessen Vorverhalten.

Der soziale Bezug des als Wohnung vermieteten Immobilieneigentums wie hier ist sehr hoch zu veranschlagen. Die Bekämpfung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung hat ein erhebliches Gewicht, das durch die Verhinderung der Gentrifizierung als weiteres Ziel der Einschränkung noch verstärkt wird. Zudem fällt M und P eine zum Nachteil der Vermieter ausgenutzte marktbeherrschende Stellung in L zur Last. Daher erscheint eine deutlich unter dem

[45] Vgl. *Kingreen* (Fn. 6), GRCh Art. 52 Rn. 70.
[46] *Bernsdorff*, in: Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 5. Aufl. 2019, Art. 17 Rn. 19; *Ziniel*, in: Holoubek/Lienbacher, GRC, Kommentar, 2. Aufl. 2019, Art. 17 Rn. 45.
[47] Siehe etwa *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 38. Aufl. 2022, Rn. 1254.
[48] *Kühling* (Fn. 33), GRCh Art. 17 Rn. 31.
[49] So etwa *Jarass* (Fn. 31), Art. 17 Rn. 27 ff.
[50] Siehe namentlich EuGH, Urt. v. 21.5.2019 – C-235/17, ECLI:EU:C:2019:432, Rn. 125–128 (Kommission/Ungarn).
[51] EuGH Slg. I 2008, 6513 (6609 Rn. 181) – FIAMM u.a./Rat und Kommission.
[52] So für die Enteignung von Grundstücken auch der EGMR, Urt. v. 29. 3. 2006 – 36813/97 (Scordino/Italien) = NJW 2007, 1259 Rn. 96.
[53] *Ziniel* (Fn. 46), Art. 17 Rn. 47.
[54] Ausführlich dazu m.w.N. *Kühling/Litterst*, gif Policy Paper 1/2022, 24–27.

Marktwert der Wohnungen liegende Entschädigung grundsätzlich noch als angemessen. Hier wird allerdings der Marktwert um 90 % unterschritten und nähert sich somit stark der von Art. 17 Abs. 1 S. 2 GRCh verbotenen Entschädigungslosigkeit, so dass die im Bürgerhandgesetz vorgesehene Entschädigung der Wohnungsunternehmen nicht mehr angemessen ist.

ee) Zwischenergebnis

Mangels angemessener Entschädigungsregelung ist das Bürgerhandgesetz unverhältnismäßig und der damit verbundene Eigentumsentzug nicht zu rechtfertigen.

> *Hinweis*: Ein abweichendes Ergebnis zur Angemessenheit von Entschädigung und Eigentumsentzug ist selbstverständlich mit entsprechender Argumentation gleichwertig vertretbar. Dann ändern sich zwar die folgenden Ergebnissätze, weitergehende inhaltliche Prüfungen sind dann allerdings ebenfalls nicht angezeigt.

c) Zwischenergebnis

Somit ist die Eigentumsfreiheit jedenfalls der Wohnungsunternehmen M und P selbst verletzt und die damit verbundene Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit nicht zu rechtfertigen.

4. Zwischenergebnis

L hat somit mit dem Bürgerhandgesetz die Kapitalverkehrsfreiheit der Art. 63 ff. AEUV verletzt.

II. Verstoß gegen das Eigentumsrecht

Damit ist zugleich gegen das in Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 EUV i.V.m. Art. 17 Abs. 1 GRCh verbürgte Eigentumsrecht verstoßen worden (siehe oben, B. I. 3. b).

III. Zwischenergebnis

Wegen Verletzung der aus den Art. 63 ff. AEUV und Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 EUV i.V.m. Art. 17 Abs. 1 GRCh folgenden Verpflichtungen durch L ist die Klage der Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland begründet.

C. Gesamtergebnis; Entscheidungsinhalt

Die Klage im Vertragsverletzungsverfahren wird erfolgreich sein. Daher wird der EuGH gem. Art. 260 AEUV feststellen, dass die Bundesrepublik Deutschland ihre Verpflichtung aus den Art. 63 ff. AEUV und Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 EUV i.V.m. Art. 17 Abs. 1 GRCh verletzt hat.

> *Hinweis*: Ausführungen zum Entscheidungsinhalt im Vertragsverletzungsverfahren sind nicht erforderlich, bei der Bewertung aber zu honorieren.

Fortgeschrittenenklausur: „Hängt die Orangenen!“

Von PD Dr. **Nils Grosche**, Dipl.-Jur. **Sven Wedemeyer**, Göttingen*

Der vorliegende Fall wurde in Anlehnung an den Beschluss des OVG Bautzen v. 21.9.2021 – 6 B 360/21[1] *konzipiert. Er war Gegenstand einer Klausur, die im Sommersemester 2022 an der Georg-August-Universität im Zuge der Fortgeschrittenenübung im Öffentlichen Recht von PD Dr. Nils Grosche angeboten wurde.*

Sachverhalt

Im Stadtgebiet der niedersächsischen Stadt G hat die Partei „Nationaler Aufbruch“ (N-Partei) am 14.9.2021 zur Bundestagswahl am 26.9.2021 mehrere Wahlplakate in der Farbe Orange aufgehängt. Die N-Partei, deren Parteifarbe Orange ist, ist als Partei zur Bundestagswahl zugelassen. Dabei hat sie bislang keine nennenswerten Erfolge bei Wahlen auf Bundes- oder Landesebene erzielen können. Dies ist anders bei der Partei „Die Orangenen“, die bei Bundes- und Landtagswahlen regelmäßig erfolgreich ist und für Ziele streitet, die denen der Partei „Nationaler Aufbruch“ entgegenstehen. In der breiten Öffentlichkeit wird die Farbe Orange politisch allein mit der Partei „Die Orangenen“ assoziiert.

Die Plakate der N-Partei sind wie folgt gestaltet: Die obere Hälfte des Plakats wird von der Aufschrift „HÄNGT DIE ORANGENEN!“ ausgefüllt. Der gesamte Hintergrund ist Orange. Die untere Hälfte bestimmt zunächst ein kleinerer Schriftzug mit dem Wortlaut „Wählt Deutsch!“ neben einem Kreuz für eine Stimmenabgabe. Ganz unten in kleineren Buchstaben findet sich der Satz: „Macht unsere nationalrevolutionäre Bewegung durch Plakatwerbung in unseren Parteifarben in Stadt und Land bekannt.“ Hier findet sich auch ein Verweis auf die Homepage von N.

In einem Telefonat am 15.9.2021 und nach Anhörung verfügte die Ordnungsbehörde der Stadt gegenüber Y, dem Vorsitzenden der N-Partei, dass die Wahlplakate mit dem Aufdruck „HÄNGT DIE ORANGENEN!“ unverzüglich an allen Standorten in der Stadt zu entfernen sind. Zudem ordnete die Stadtverwaltung gleichzeitig die sofortige Vollziehung an und drohte die Ersatzvornahme an, wobei die Kosten der Ersatzvornahme vorläufig auf 250 € beziffert wurden. Y verlangt noch im Telefongespräch, dass der Vorgang „verschriftlicht“ werde.

In der Begründung der die Verfügung bestätigenden E-Mail führte die Stadtverwaltung von G aus, dass der Versuch, hier Mehrdeutigkeiten zu kreieren, um sich den Schutz der Kommunikationsgrundrechte zu erschleichen, allzu durchschaubar sei. Hier werde klar zum Hass gegen Anhänger einer politischen Richtung aufgestachelt und damit strafrechtlich relevant gehetzt (§ 130 StGB). Auch werde das Billigkeitsgefühl der anständigen Bevölkerung schwer missachtet. Nach Auffassung der G bestand keine andere Wahl, als gegen die Plakate einzuschreiten.

Die N-Partei ist notorisch schlecht bei Kasse, da sie aufgrund einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 21 Abs. 3 S. 1 GG von der Parteienfinanzierung ausgeschlossen, nicht aber verboten wurde. Daher und weil Y der Auffassung ist, dass die zusätzliche Aufmerksamkeit durch den Vorwurf der „Zensur“ eher nützt als schadet, beschließt er, die Plakate von Parteimitgliedern unverzüglich abhängen zu lassen.

Nachdem die Bundestagswahl für die N-Partei aber nicht erfolgreich gelaufen ist, will sie den „Skandal vor die Gerichte“ bringen. Sie ist der Auffassung, ihre Wahlchancen seien durch das Plakatverbot zunichte gemacht worden, und sieht sowohl in der Abhängpflicht als auch in der Androhung der Ersatzvornahme eine „antinationale Schikane“. Meinungsfreiheit stehe nur auf dem Papier, wenn der Staat Äußerungen einen boshaften Sinn einfach willkürlich unterstellen dürfe. Sie will die Rechtmäßigkeit klären lassen und erhebt am 10.10.2021 Klage beim zuständigen Verwaltungsgericht.

Aufgabe

Wird die Klage Erfolg haben? Gehen Sie auf die aufgeworfenen Rechtsfragen ein.

Bearbeitungsvermerk

Es ist davon auszugehen, dass ein Aufruf zum Hängen politischer Anhänger einer Partei den objektiven Tatbestand des § 130 Abs. 1 StGB erfüllen würde. Unabhängig hiervon ist die Frage zu beantworten, ob die Verwaltung die Aussage auf dem Plakat in tatsächlicher Hinsicht so verstehen durfte.

Lösungsvorschlag

Die Klage der N-Partei wird Erfolg haben, wenn sie zulässig (A.) und soweit sie begründet ist (B.).

A. Zulässigkeit der Klagen

Die Klage ist zulässig, wenn alle Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

> *Hinweis*: Die Abhängpflicht und die Androhung der Ersatzvornahme stellen zwei selbstständige Streitgegenstände dar. Es liegen zwei Klagen vor, deren Zulässigkeitsprüfungen in diesem Lösungsvorschlag gemeinsam erfolgen. Aufbautechnisch können auch die Zulässigkeit einer Klage gegen die Abhängpflicht und die Androhung der Ersatzvornahme separat geprüft werden.

I. Verwaltungsrechtsweg

Eine aufdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich, sodass sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO bestimmt.

Zunächst müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen. Eine solche Streitigkeit liegt vor, wenn die Streitigkeit

* Der Verf. *Nils Grosche* vertritt den Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht an der Georg-August-Universität Göttingen. Der Verf. *Sven Wedemeyer* ist Wiss. Mitarbeiter am Institut für Völkerrecht und Europarecht, Abteilung Europarecht an der Georg-August-Universität Göttingen.

[1] OVG Bautzen NVwZ 2021, 1717.

nach öffentlich-rechtlichen Normen zu entscheiden ist.

Die Parteien streiten über die Rechtmäßigkeit der Abhängpflicht und der Androhung der Ersatzvornahme als polizeiliche Maßnahmen im Gefahrenabwehrecht. Streitentscheidend sind die Ermächtigungen der §§ 11, 70 Abs. 1 NPOG[2]. Die Vorschriften berechtigen die Ordnungsbehörden gerade in ihrer Funktion als Trägerinnen hoheitlicher Gewalt, einseitig Maßnahmen zur Abwehr einer Gefahr zu ergreifen bzw. Zwangsmittel anzudrohen. Nach Maßgabe der sog. modifizierten Subjektstheorie handelt es sich daher um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit.

Die Stadtverwaltung ist kein Verfassungsrechtssubjekt, sodass die doppelte Verfassungsunmittelbarkeit fehlt. Die Streitigkeit ist nichtverfassungsrechtlicher Art. Eine abdrängende Sonderzuweisung liegt nicht vor.

> *Hinweis*: Bei Gefahrenabwehr- und Ordnungsmaßnahmen der Polizei wäre eine Abgrenzung zwischen präventiven und repressiven Maßnahmen entsprechend der Differenzierung der abdrängenden Sonderzuweisung des § 23 Abs. 1 S. 1 EGGVG erforderlich. Bei Maßnahmen der Ordnungsbehörde stellt sich die Abgrenzungsfrage nicht.

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren, vgl. §§ 88, 122 Abs. 1 VwGO. Die N-Partei möchte gerichtlich gegen die für rechtswidrig empfundene Abhängpflicht sowie die Androhung der Ersatzvornahme vorgehen.

1. Anfechtungsklage

Auf die Aufhebung eines Verwaltungsakts ist die Anfechtungsklage bezogen, § 42 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 VwGO, vgl. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO, Art. 19 Abs. 4 GG. Bei den Maßnahmen müsste es sich zunächst um Verwaltungsakte nach der Legaldefinition des § 35 S. 1 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 NVwVfG[3] handeln. Beide streitgegenständlichen Maßnahmen sind einseitige Maßnahmen der Stadtverwaltung als Behörde, § 1 Abs. 4 NVwVfG[4], die auf Ermächtigungsgrundlagen des öffentlichen Rechts ergangen sind. Bei der Regelungswirkung der beiden streitgegenständlichen Maßnahmen ist zu differenzieren. Die Abhängpflicht regelt eine Handlungspflicht der N-Partei, die Androhung legt den Fortgang des Verwaltungsvollstreckungsverfahrens in spezifischer Weise fest. Die Androhung ist zumindest in Ansehung der Festsetzung eines konkreten Zwangsmittels unabdingbare Voraussetzung für den Übergang in den folgenden Abschnitt des Vollstreckungsverfahrens, sodass ihr selbst ein regelnder Charakter anhaftet.[5] Es liegen zwei belastende Verwaltungsakte vor.

Da die Anfechtungsklage auf die Gestaltung durch Aufhebung zielt, könnte es der Statthaftigkeit der Anfechtungsklage entgegenstehen, wenn sich der Verwaltungsakt i.S.v. § 43 Abs. 2 VwVfG in anderer Weise erledigt hat. Eine Aufhebung des Verwaltungsakts durch das Gericht ginge ins Leere, § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO, § 42 Abs. 2 VwVfG.[6] Die belastenden Regelungswirkungen sind spätestens nach der Bundestagswahl entfallen, sodass die N-Partei nicht länger beschwert ist.

2. Fortsetzungsfeststellungsklage

In Betracht kommt eine Fortsetzungsfeststellungsklage, § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO. Danach kann das Gericht die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts zumindest feststellen, wenn sich dieser nach Klageerhebung erledigt hat. Hier hat sich der angegriffene Verwaltungsakt bereits vor der Klageerhebung durch die N-Partei erledigt. Einer direkten Anwendung des § 113 Abs. 1 S 4 VwGO steht der Wortlaut entgegen.

Möglich ist eine analoge Anwendung des § 113 Abs. 1 S 4 VwGO. Neben einer planwidrigen Regelungslücke setzt dies eine vergleichbare Interessenlage voraus.[7]

a) Planwidrige Regelungslücke

An einer planwidrigen Regelungslücke fehlt es, sofern die subsidiäre Feststellungsklage als statthafte Klageart eine Rechtsschutzmöglichkeit bietet, § 43 VwGO. Der weite Anwendungsbereich, der sich unter dem Begriff des Rechtsverhältnisses eröffnet, schließt die Feststellung des Bestehens eines rechtswidrigen Rechtsverhältnisses anhand der Regelungswirkungen der in Rede stehenden Verwaltungsakte nicht von vornherein aus.[8]

Die VwGO unterscheidet bei den Klagearten allerdings grundsätzlich dahingehend, ob die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts in Streit steht und hat hier in § 42 Abs. 1 VwGO

[2] Beim § 11 NPOG handelt es sich um die polizei- und ordnungsrechtliche Generalklausel, vgl. Art. 11 BayPAG; §§ 1, 3 BWPolG; § 8 Abs. 1 PolG NRW; § 14 OBG NRW. § 70 Abs. 1 NPOG betrifft die Ermächtigung zur Ergreifung einer Vollstreckungsmaßnahme im gestreckten Verfahren, vgl. Art. 53 Abs. 1 BayPAG; § 18 BWVwVG; § 50 Abs. 1 PolG NRW, § 55 Abs. 1 NRWVwVG.

[3] § 1 Abs. 1 NVwVfG verweist bis auf wenige Ausnahmen pauschal auf das Bundes-VwVfG. Als einziges Landesverwaltungsverfahrensgesetz verweist der niedersächsische Gesetzgeber nicht dynamisch, sondern statisch. Damit muss der Landesgesetzgeber bei jeder Änderung des Bundes-VwVfG „nachziehen“, vgl. *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 5 Rn. 19. Im weiteren Verlauf des Gutachtens wird bei der Zitation der Vorschriften des Bundes-VwVfG auf die landesrechtliche Verweisungsvorschrift des § 1 Abs. 1 NVwVfG verzichtet.

[4] Eine Verweisung auf den identischen § 1 Abs. 4 VwVfG findet nicht statt, da § 1 Abs. 1 NVwVfG den § 1 VwVfG von der Verweisung ausnimmt.

[5] BVerwG NVwZ-RR 1989, 337 (337).

[6] *Riese*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Bände zur VwGO, 33. Lfg., Stand: Juni 2017, § 113 Rn. 11.

[7] Vgl. paradigmatisch die ständige Rechtsprechungslinie des Bundesverwaltungsgerichts, BVerwGE 87, 23 (25).

[8] *Glaser*, NJW 2009, 1043 (1044); ähnlich *Wolff*, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 113 Rn. 262.

besondere Klagearten geschaffen, die in § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO zu Ende gedacht werden. Es ist wenig überzeugend, dass der zufällige Zeitpunkt der Erledigung den entscheidenden Unterschied für die statthafte Klageart machen soll.[9] Zudem spricht der Wortlaut des § 43 Abs. 1 VwGO hiergegen. Neben dem Rechtsverhältnis erfasst Var. 3 auch den Verwaltungsakt als tauglichen Verfahrensgegenstand und zwar nur, wenn es um die Feststellung seiner Nichtigkeit geht – ein Fall, der ebenfalls unter Rechtsverhältnis hätte subsumiert werden können. Für die Feststellung der Rechtswidrigkeit sieht die VwGO die Fortsetzungsfeststellungsklage vor, sodass die Begrenzung der Feststellung auf die Nichtigkeit des Verwaltungsakts als abschließend zu verstehen ist. Insoweit besteht im Hinblick auf die vorliegende Situation der Erledigung vor Klageerhebung eine planwidrige Regelungslücke,[10] § 43 Abs. 1 Var. 3 VwGO e contrario.[11]

b) Vergleichbare Interessenlage

Aus der Sicht eines Klägers tritt die Erledigung zufällig ein, sodass die Interessenslagen bei Erledigung sowohl vor als auch nach Klageerhebung gleichartig gelagert sind.

3. Zwischenergebnis

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist statthaft, § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog.

III. Klagebefugnis

Die N-Partei müsste klagebefugt sein, § 42 Abs. 2 VwGO analog.

Die Klagebefugnis ist zwar ausdrücklich eine besondere Sachentscheidungsvoraussetzung nur für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen. Die Voraussetzung drückt jedoch zwei übergreifende Grundsätze des Rechtsschutzsystems der VwGO aus. Die Klagebefugnis schließt erstens durch das Erfordernis subjektiver Betroffenheit des Adressaten Popularklagen aus[12] und zweitens ist der verwaltungsprozessrechtliche Rechtsschutz repressiv ausgerichtet und steht einem vorbeugenden Rechtsschutz entgegen.[13] Daher findet die Klagebefugnis auf alle Klagearten der VwGO ggf. analog Anwendung.

Die N-Partei ist klagebefugt, wenn sie geltend macht, möglicherweise durch die Maßnahmen in ihren subjektiven Rechten verletzt zu sein. Es genügt bereits die Möglichkeit, sodass die subjektive Rechtsverletzung der Klägerin durch die Verwaltungsakte nicht offensichtlich ausgeschlossen sein darf.[14] Im Fall der Fortsetzungsfeststellungklage geht es um die Möglichkeit einer in der Vergangenheit liegenden Verletzung.

Als Adressatin der belastenden Verfügungen kann die N-Partei potenzielle Verletzungen ihrer Betätigungsfreiheit und Chancengleichheit aus Art. 21 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 38 Abs. 1 und 2, Art. 3 Abs. 1 GG geltend machen. Zudem erscheint eine Verletzung der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen.

Jedoch könnte eine Rechtsverletzung der N-Partei, insbesondere aus Art. 21 Abs. 1 GG, dadurch ausgeschlossen sein, dass ihre Verfassungsfeindlichkeit vom BVerfG festgestellt und sie von der Parteienfinanzierung ausgeschlossen wurde. Art. 21 Abs. 3 GG hat die Verfassungsfeindlichkeit allerdings als einen Ausnahmetatbestand ausgestaltet. Darauf aufbauend darf gegen eine Partei ausschließlich das Sanktionsinstrument des Ausschlusses von der staatlichen Finanzierung ergriffen werden. Im Übrigen ist die Unterscheidung zwischen verfassungswidrigen und verfassungsgemäßen Parteien und damit verbunden das Gebot, dass ein weiterreichendes administratives Einschreiten gegen den Bestand einer politischen Partei schlechthin ausgeschlossen ist, erhalten geblieben.[15] Eine andere Auslegung würde zudem die hohen Anforderungen an ein Parteiverbot, die das Grundgesetz, aber auch die EMRK stellt, umgehen. Eine verfassungsfeindliche Partei darf zwar politisch bekämpft werden, aber auch sie soll – abgesehen von dem nunmehr möglichen Ausschluss von der staatlichen Parteienfinanzierung – in ihrer politischen Aktivität von jeder Behinderung frei sein, sodass der Verwaltung Grenzen gesetzt werden.[16] Die Geltendmachung von Verletzungen subjektiver Rechte der N-Partei bleibt daher möglich.

> *Hinweis*: Dieser Punkt kann auch in der Begründetheit angesprochen werden.

IV. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Als besondere Sachentscheidungsvoraussetzung der Fortsetzungsfeststellungsklage wird verlangt, dass die Klägerin ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit hat. Es genügt jedes schützenswerte Interesse rechtlicher, ideeller oder wirtschaftlicher Art.[17] Aus dieser allgemeinen Maßgabe heraus haben sich für die Fortsetzungsfeststellungsklage im Laufe der Zeit mit erstens der Wiederholungsgefahr, zweitens dem Rehabilitierungsinteresse, drittens dem Präjudizinteresse und viertens der besonders schweren, anders nicht gerichtlich überprüfbaren Grundrechtsverletzung verschiedene Fallgruppen herausgebildet.[18]

Mit Blick auf die Abhängpflicht kommt das Rehabilitierungsinteresse in Betracht. Ein derartiges Interesse besteht, wenn sich aus der angegriffenen Maßnahme eine Stigmatisierung des Betroffenen ergibt, die geeignet ist, sein Ansehen in der Öffentlichkeit oder im sozialen Umfeld herabzusetzen. Diese Stigmatisierung muss Außenwirkung erlangt haben und noch in der Gegenwart andauern.[19] Hier wird die Pflicht zum

[9] OVG Koblenz NJW 1982, 1301 (1302); *Sodan*, in: Sodan/Ziekow (Fn. 8), § 43 Rn. 141.
[10] Vgl. *Schenke*, NVwZ 2000, 1255 (1257).
[11] *Happ*, in: Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 16. Aufl. 2022, § 43 Rn. 16.
[12] BVerwGE 121, 57 (59).
[13] *Frenz*, Öffentliches Recht, 8. Aufl. 2019, Rn. 1045.
[14] BVerwGE 117, 93 (95 f.).
[15] BVerfGE 144, 20 (201); 164, 1 (12).
[16] BVerfGE 144, 20 (201); 164, 1 (13).
[17] BVerwGE 26, 161 (168).
[18] BVerwGE 151, 179 (181); *Götz/Geis*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 17. Aufl. 2022, § 25 Rn. 21.
[19] BVerwGE 146, 303 (309).

Abhängen damit begründet, es lägen strafbare Inhalte vor. Es handelt sich auch um einen Vorgang, der für die Öffentlichkeit erkennbar ist, weil er im öffentlichen Raum stattfindet. Dies ist gegenüber N stigmatisierend. Insoweit hat N ein berechtigtes Interesse an der Klärung.

Hinweis: Daneben kann auch die Fallgruppe der schwerwiegenden Grundrechtseingriff, namentlich Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG, herangezogen werden. Hingegen dürfte eine Wiederholungsgefahr mangels Anzeichen ausscheiden.

Die Androhung der Ersatzvornahme als Teil der Vollstreckung des Grundverwaltungsakts hat dagegen keinen eigenständigen herabsetzenden Charakter und vertieft auch nicht eine etwaige Grundrechtsbeeinträchtigung. Bei der Androhung fehlt daher ein berechtigtes Interesse an einer Feststellung.

V. Vorverfahren

Die Frage, ob auch bei der Fortsetzungsfeststellungsklage in analoger Anwendung ein Vorverfahren durchzuführen ist, muss grundsätzlich anhand der Sinnhaftigkeit in Ansehung der Schutzzwecke dieses Verfahrens beurteilt werden.

Die Auseinandersetzung mit dieser Frage könnte in diesem Fall ausnahmsweise entfallen, sofern das Vorverfahren ohnehin unstatthaft ist. Der Bundesgesetzgeber hat die Möglichkeit eröffnet, Abweichungen per Gesetz von dem regelmäßig vor Klage vorgesehenen Vorverfahren zuzulassen, § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO.[20] Das Land Niedersachsen hat hiervon Gebrauch gemacht, § 80 Abs. 1 NJG. Dabei formuliert das Gesetz einen umgekehrten Regel-Ausnahme-Mechanismus zur VwGO.[21] Grundsätzlich findet ein Vorverfahren vor Erhebung der Anfechtungsklage nicht statt. Für polizei- und ordnungsrechtliche Maßnahmen werden keine Ausnahmen in § 80 Abs. 2 NJG formuliert, sodass ein Vorverfahren entbehrlich ist.

VI. Klagefrist

Ob im Falle einer analogen Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO die Klagefrist aus § 74 VwGO zu beachten ist, erscheint zweifelhaft. Der rechtsstaatliche Grundsatz der Rechtssicherheit hinsichtlich der Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes, der sich hinter einem Fristerfordernis verbirgt, liefe im Falle der Erledigung ins Leere. Auch sonstige aus der Rechtsstaatlichkeit hergeleitete Gesichtspunkte würden bei fehlender Regelungswirkung nicht greifen.[22] Einer Entscheidung bedarf es in diesem Fall jedoch nicht. Die N-Partei hat am 10.10. 2021 innerhalb der möglicherweise geltenden Monatsfrist aus § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO die Klage erhoben.

VII. Klagegegnerin

Die richtige Klagegegnerin ist nach Maßgabe des in § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO kodifizierten Rechtsträgerprinzips die Stadt G als Gebietskörperschaft. Die Ausnahme des § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m. § 79 Abs. 2 NJG gilt in Niedersachsen nur für landesunmittelbare Behörden.[23]

VIII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Die Beteiligten- und Prozessfähigkeit der N-Partei folgt aus § 61 Nr. 2 VwGO i.V.m. § 3 S. 2 PartG und § 62 Abs. 3 VwGO. Im Prozess wird sie durch den Vorsitzenden Y als gesetzlicher Vertreter vertreten.

Die Stadt ist als Gebietskörperschaft eine juristische Person des öffentlichen Rechts, § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO. Im Prozess ist sie fähig zur Vornahme von Verfahrenshandlungen, sofern sie durch den Hauptverwaltungsbeamten vertreten wird, § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 86 Abs. 1 S. 2 NKomVG.

IX. Ergebnis zur Zulässigkeit

Die Klage ist mit Blick auf die Abhängpflicht zulässig. In Bezug auf die Androhung der Ersatzvornahme ist sie mangels Fortsetzungsfeststellungsinteresses jedoch unzulässig.

B. Begründetheit der Klage (Abhängpflicht)

Die Klage ist begründet, soweit die Abhängpflicht rechtswidrig gewesen ist (I.) und die N-Partei in ihren Rechten verletzt hat (II.), § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog.

I. Rechtmäßigkeit der Abhängpflicht

Die Rechtmäßigkeit beurteilt sich danach, ob die Abhängpflicht auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage beruht (1.), von der formell (2.) und materiell rechtmäßig (3.) Gebrauch gemacht wurde.

1. Ermächtigungsgrundlage

Belastende Maßnahmen bedürfen nach Maßgabe des Vorbehalts des Gesetzes zwingend einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage. Eine spezielle Regelung ist nicht ersichtlich, sodass allein die polizei- und ordnungsrechtliche Generalklausel (§ 11 NPOG) in Betracht kommt.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Abhängpflicht müsste in formell rechtmäßiger Weise erlassen worden sein.

§ 11 NPOG erklärt die Polizei und die Ordnungsverwaltungsbehörden sachlich für zuständig. Dass bei der Verhütung von Straftaten nach § 1 Abs. 1 S. 3 NPOG[24] die Polizei nicht subsidiär zuständig ist, schließt die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden nicht aus, § 97 Abs. 1 NPOG.[25] Die örtliche

[20] Übersicht zu den einzelnen ausdifferenzierten landesrechtlichen Ausnahmen, siehe *Dolde/Posch*, in: Schoch/Schneider (Fn. 6), 27. Lfg., Stand: Oktober 2014, Rn. 14 f.
[21] *Jochum*, in: Hartmann/Mann/Mehde, Landesrecht Niedersachsen, Studienbuch, 3. Aufl. 2020, § 3 Rn. 19 f.
[22] *Hufen*, JuS 2000, 720 (720).
[23] Übersicht über landesunmittelbare Behörden des Landes Niedersachen, *Jochum* (Fn. 21), Rn. 22.
[24] § 1 Abs. 1 S. 2 PolG NRW.
[25] *Weiner*, in: Möstl/Weiner, Beck'scher Online-Kommentar Polizei- und Ordnungsrecht Niedersachsen, Stand: 1.8.2022, NPOG § 97 Rn. 4.

Zuständigkeit trifft die Behörde, in deren Bezirk die zu schützende Interessen verletzt oder gefährdet werden, § 100 Abs. 1 S. 2 NPOG. Die Ordnungsbehörde der Stadt G ist daher sachlich und örtlich zuständig.

Etwaige Verfahrensfehler sind nicht ersichtlich. Insbesondere hat telefonisch eine Anhörung stattgefunden, § 28 Abs. 1 VwVfG.

Ein Verwaltungsakt ergeht grundsätzlich formfrei, § 37 Abs. 2 S. 1 VwVfG, sodass ein mündlicher Erlass möglich ist. Hier wurde der mündliche Verwaltungsakt elektronisch via E-Mail bestätigt, nachdem Y im Gespräch verlangt hat, der Vorgang müsse „verschriftlicht“ werden, § 37 Abs. 2 S. 2 VwVfG. Ein elektronischer Verwaltungsakt ist auf unverzügliches Verlangen schriftlich zu bestätigen, sofern ein Interesse an der Bestätigung besteht, § 37 Abs. 2 S. 3 VwVfG. Hier hat aber Y nach Erhalt der E-Mail nicht unverzüglich eine schriftliche Bestätigung verlangt. Das Verlangen nach Verschriftlichung im Anschluss an das Telefonat kann zudem auch nicht als Verlangen *nur* nach Schriftform gedeutet werden. Vielmehr lässt es sich nach Maßgabe eines objektiven Empfängerhorizonts in erster Linie als Aufforderung verstehen, eine verschriftlichte Fassung der Verfügung zu erhalten, die auch elektronisch übermittelt werden kann. Schließlich wurde die Verfügung mit einer entsprechenden Begründung versehen. Insofern liegen auch keine Formfehler vor.

Die nach § 39 Abs. 1 S. 1 VwVfG auch bei einem elektronisch bestätigten Verwaltungsakt erforderliche Begründung liegt vor.

Die Abhängpflicht erging in formell rechtmäßiger Weise.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Abhängpflicht ist in materiell rechtmäßiger Weise erlassen worden, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage vorliegen und von der vorgesehenen Rechtsfolge fehlerfrei Gebrauch gemacht wurde.

a) Tatbestand

Nach der Generalklausel können die Polizei- und die Ordnungsbehörden die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren.

aa) Gefahr

Die Gefahr bedeutet eine Sachlage, bei der im einzelnen Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung eintreten wird, § 2 Nr. 1 NPOG.[26]

bb) Öffentliche Sicherheit

Öffentliche Sicherheit umfasst den Schutz zentraler Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, Eigentum und das Vermögen des Einzelnen sowie die Unversehrtheit der Rechtsordnung und der staatlichen Einrichtungen.[27] In Betracht kommt hier die Unversehrtheit der Rechtsordnung, namentlich ein Verstoß gegen die Strafrechtsbestimmung des § 130 StGB.

> *Hinweis*: Daneben kann auch der Straftatbestand des Öffentlichen Aufforderns zu Straftaten in Betracht nach § 111 StGB, vgl. OVG Bautzen NVwZ 2021, 1717 (1718).

Fraglich ist zunächst mit Blick auf die Meinungsfreiheit der N-Partei aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG, ob der Sinn der Äußerung auf dem Plakat seitens der Stadtverwaltung zutreffend erfasst wurde.[28] Nach der Rechtsprechung des BVerfG umfasst die Meinungsfreiheit auch überspitzte und polemische Formen der Kritik und findet ihre Grenze allein in den allgemeinen Gesetzen, insbesondere den Strafgesetzen, die keine Meinung als solche verbieten, sondern dem Rechtsgüterschutz dienen.[29] Die Maßnahmen der Stadtverwaltung gegen die N-Partei betreffen Verbote der Verbreitung der Plakate. Das Verbot knüpft an den Inhalt an und berührt daher die Meinungsfreiheit.

Die Stadtverwaltung legt ihrer Entscheidung die Deutung zugrunde, dass das Wahlplakat den Tod von Anhängern einer bestimmten politischen Richtung fordere. Dabei verlangt die Meinungsfreiheit nicht, bei der Deutung einer Aussage, die subjektive Absicht des Äußernden oder Betroffenen zugrunde zu legen. Vielmehr geht es um den objektiven Sinn, den die Äußerung bei einem unvoreingenommenen und verständigen Publikum hat.[30] Sofern es sich um eine nach diesem Maßstab mehrdeutige Äußerung handelt, darf der Äußerung eine sanktionierte Bedeutung nur dann beigemessen werden, wenn zuvor alle in Betracht kommenden sanktionslosen Bedeutungen mit schlüssigen Gründen ausgeschlossen wurden.[31]

Die Deutung der Stadtverwaltung muss aus der Sicht eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums anhand der Gesamtheit der vorliegenden Umstände des Einzelfalls als eindeutig qualifiziert werden. Dies ist der Fall, wenn Umstände, die für einen eindeutigen Sinngehalt sprechen, jene Umstände, die die Annahme eines mehrdeutigen Sinngehalts rechtfertigen, in den Hintergrund drängen.

Für die Mehrdeutigkeit des auf dem Plakat enthaltenen Sinngehalts könnte sprechen, dass die Parteien unter der gleichen Farbe identifiziert werden. Zudem findet sich am unteren Ende des Plakats der Hinweis, dass es um das Aufhängen von Plakaten der N-Partei gehe.[32]

Für die Eindeutigkeit des von der Stadtverwaltung zugrunde gelegten Sinngehalts spricht dagegen, dass die überwiegende Mehrheit den kleinen Schriftzug zum Aufhängen der Plakate der N-Partei wegen der Größe nicht wahrnehmen wird. Das Format des Plakats wird vom Beobachter gerade

[26] Das Land Niedersachsen hat die unterschiedlichen Gefahrenbegriffe aus der Rechtsprechung per Legaldefinition in den Gesetzestext aufgenommen.

[27] OVG Bautzen NVwZ 2021, 1717 (1718).
[28] Vgl. zur Maßgabe BVerfGE 94, 1 (9).
[29] BVerfG NJW 2009, 3505 (3505).
[30] BVerfGE 93, 266 (295).
[31] OVG Bautzen NVwZ 2021, 1717 (1719).
[32] OVG Bautzen NVwZ 2021, 1717 (1719).

nicht detailgetreu studiert, sondern nur flüchtig gelesen.[33] Es ist anzunehmen, dass der überwiegende Teil aus dem Kreis der Beobachter das Plakat lediglich anhand des dominierenden Schriftzugs „HÄNGT DIE ORANGENEN“ deuten wird. Der durchschnittliche Plakatbetrachter wird den Schriftzug nur auf die Mitglieder der wesentlich bekannteren Partei „Die Orangenen“, nicht aber auf weitere orange eingefärbte Plakate der N-Partei selbst beziehen. Die Aufforderung zum Aufhängen von Plakaten ist ohne die kleingedruckte Erläuterung als Mittel des Wahlkampfes nicht naheliegend.[34] Typischerweise wird das Anbringen von Wahlplakaten regelmäßig als „Plakate kleben“ oder „Plakate aufhängen“ bezeichnet, dagegen nicht als „hängen“ und in Verbindung mit einer Farbbezeichnung verwendet.[35] Die Formulierung, jemanden „zu hängen“, versteht sich bei verständiger Beobachtung, jemanden aufzuhängen oder in einem übertragenen Sinn die betroffene Person in sonstiger Weise zu schädigen oder herabzuwürdigen.[36]

Bessere Gründe sprechen für den von der Stadtverwaltung zugrunde gelegten Sinn, der den Tod von Anhängern einer bestimmten Richtung fordert. Damit erfüllen die Plakate den objektiven Tatbestand des § 130 Abs. 1 StGB. Eines Vorsatzes oder einer Schuld bedarf es im Gegensatz zum Strafrecht im präventiv ausgerichteten Polizeirecht nicht.

Eine Verletzung der öffentlichen Sicherheit liegt vor.

cc) Öffentliche Ordnung

Fraglich ist, ob auch ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung angeführt werden kann, um Meinungsinhalte oder Äußerungen im politischen Wettbewerb zu beschränken.

Die öffentliche Ordnung umfasst die Gesamtheit ungeschriebener Regeln, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden und mit dem Wertgehalt des Grundgesetzes zu vereinbarenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens innerhalb eines bestimmten Gebiets angesehen wird.[37] Das Grundrecht der Meinungsfreiheit ist dagegen ein Recht, das auch auf den Schutz von Minderheiten gerichtet ist. Diese zentrale Stoßrichtung des Schutzbereichs würde vollständig unterlaufen werden, wenn die Ausübung dieses Grundrechts unter den Vorbehalt gestellt wird, dass die geäußerten Meinungsinhalte herrschenden sozialen oder ethischen Auffassungen nicht widersprechen.[38]

Eine Beschränkung der Meinungsfreiheit kann nicht tatbestandlich auf den Verstoß gegen die öffentliche Ordnung gestützt werden.

b) Störerauswahl

Die N-Partei ist als Verhaltensstörerin i.S.d. § 6 NPOG[39] richtige Adressatin.

c) Rechtsfolge

§ 11 NPOG stellt ein Handeln der Verwaltungsbehörde grundsätzlich in ihr Ermessen. Der Maßstab der gerichtlichen Nachprüfung reduziert sich auf die gesetzlichen Grenzen des Ermessens, sog. Ermessensfehler, § 114 S. 1 VwGO.[40]

Zu differenzieren ist zunächst zwischen den Ebenen der Entschließung und der Auswahl.[41]

Fraglich ist, ob hier das Ermessen in Bezug auf die Entschließung zu einem Einschreiten ermessensfehlerhaft war. Die Stadtverwaltung war der Auffassung, dass sie keine andere Wahl hatte, als einzuschreiten. In Betracht kommt der Fehlertypus eines Ermessensnichtgebrauchs (Ermessensausfalls). Die Ausübung des Ermessens stellt eine Pflicht der Behörde dar. Verkennt die Behörde ihren Ermessensspielraum, indem sie überhaupt keine Ermessenserwägungen anstellt, handelt sie grundsätzlich rechtswidrig.[42]

Der Ermessensnichtgebrauch wäre ausnahmsweise ausgeschlossen, wenn die Behörde in rechtlicher Hinsicht wirklich keine andere Wahl hatte. Das Ermessen kann im Einzelfall auf null reduziert sein, sodass nur das konkrete Einschreiten sich als rechtmäßig herausstellt.[43] Ob eine solche Ermessensreduzierung vorliegt, ist anhand einer Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls und des Zwecks der Ermessen einräumenden Vorschrift im Wege einer umfassenden Wertung zu ermitteln.[44]

Kriterien können hierbei im Ordnungsrecht die Wertigkeit des bedrohten Rechtsguts, die Intensität der Gefahr und die Folgen eines behördlichen Einschreitens, aber auch die Ausgestaltung des jeweiligen Rechtsgebiets sein.[45] Hier hat sich die Gefahr für die öffentliche Sicherheit bereits realisiert. Mit Blick auf den Straftatbestand der Volksverhetzung geht es um einen Verstoß gegen ein Rechtsgut von erheblichem Gewicht, der weiterhin andauert. Hinzu tritt die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates gegenüber den Anhängern der Partei „Die Orangenen“ als betroffenes Rechtsgut, die hier zugunsten eines Einschreitens streitet. Diese Erwägungen erbringen in diesem Einzelfall die Rechtfertigung zur Annahme des Ausnahmetatbestandes der Ermessensreduzierung auf null.

Hinweis: Wertungsfragen in öffentlich-rechtlichen Klausuren verlangen bei der Bearbeitung eine Argumentation,

[33] OVG Bautzen NVwZ 2021, 1717 (1719).
[34] OVG Bautzen NVwZ 2021, 1717 (1719).
[35] OVG Bautzen NVwZ 2021, 1717 (1719).
[36] OVG Bautzen NVwZ 2021, 1717 (1719).
[37] BVerfGE 69, 315 (352).
[38] BVerfGE 111, 147 (156). Insofern besteht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wertungsmäßig eine Parallele zur Einschränkungsmöglichkeit der Versammlungsfreiheit durch den Verstoß gegen die öffentliche Ordnung, vgl. BVerfGE 69, 315 (353); *Schröder*, GRZ 2021, 12 (13).
[39] Art. 7 BayPAG; § 6 BWPolG; § 4 PolG NRW; § 17 OBG NRW.
[40] *Wolff* (Fn. 8), § 114, Rn. 80 ff.
[41] *Götz/Geis* (Fn. 18), § 16, Rn. 6.
[42] *Schübel-Pfister*, in: Eyermann (Fn. 11), § 114 Rn. 17.
[43] OVG Lüneburg, Beschl. v. 15.2.2022 – 1 LA 153/20, Rn. 18 f.
[44] *Schwarz*, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2021, VwGO § 114 Rn. 21; vgl. bereits BVerwGE 11, 95 (97).
[45] *Götz/Geis* (Fn. 18), § 16 Rn. 6.

> die plausibel und im Ansatz auf die Angaben im Sachverhalt zurückführbar ist. Sie sind in der Regel ergebnisoffen ausgestaltet, sodass eine andere Auffassung vertretbar ist. Beim Vorliegen eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses ist zu beachten, dass die Anforderungen zur Durchbrechung des Regelfalls hoch sind und deshalb ein entsprechender Begründungsaufwand im Gutachten erforderlich wird.[46]

Fehler auf der Ebene der Ermessensauswahl sind im Hinblick auf die Mittel zur Gefahrenabwehr und der Störer dagegen nicht ersichtlich. Insbesondere erscheint eine Vorgabe, die bloß eine Veränderung der äußerlichen Gestaltung der aufgehängten Plakate verlangt, angesichts der das gesamte Plakat betreffenden Gestaltung nicht in gleicher Weise unkompliziert umsetzbar. Auch im Übrigen sind keine Anzeichen für einen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus § 4 NPOG[47] erkennbar. Eine Ermessensüberschreitung lag somit nicht vor.

4. Zwischenergebnis

Die Abhängpflicht war rechtmäßig.

II. Subjektive Rechtsverletzung

Der Eingriff in die subjektiven Rechte der N-Partei durch die Abhängpflicht war gerechtfertigt, sodass die N-Partei nicht in ihren Rechten verletzt wurde.

C. Endergebnis

Die Klage ist teilweise zulässig, aber insoweit nicht begründet. Daher wird sie insgesamt keinen Erfolg haben.

D. (Hilfsweise) Begründetheit im Hinblick auf die Androhung der Ersatzvornahme

Es ist möglich, die Voraussetzungen der Androhung der Ersatzvornahme im Wege eines Hilfsgutachtens zu prüfen. Die Schriftlichkeit der Androhung, § 70 Abs. 1 S. 1 NPOG, hat nur „möglichst“ zu erfolgen, sodass ihr Fehlen nicht zur Rechtswidrigkeit führen dürfte.[48] Im Übrigen sind im Sachverhalt keine weiteren Anhaltspunkte niedergelegt, die an der Rechtmäßigkeit der Androhung zweifeln lassen.[49] Da gerade der Sachverhalt die weiteren Fragen nicht aufwirft, kann auf ein Hilfsgutachten verzichtet werden.

[46] Vgl. *Schwarz* (Fn. 44), VwGO § 114 Rn. 21.
[47] Art. 4 BayPAG; § 5 BWPolG; § 2 PolG NRW; § 15 OBG NRW.
[48] *Heinemann*, in: Möstl/Weiner (Fn. 25), NPOG § 70 Rn. 2.
[49] Vgl. die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen, angemessene Frist (§ 70 Abs. 1 S. 2 NPOG), Verbindung mit dem Verwaltungsakt (§ 70 Abs. 2 NPOG).

Examensübungsklausur Strafrecht: Nur Bares ist Wahres!

Von Akad. Rätin a.Z. Dr. **Nina Schrott**, München*

Die Klausur beschäftigt sich mit den Anforderungen an einen tauglichen Nötigungserfolg i.R.d. §§ 253, 255 StGB sowie insbesondere mit der Erpressungs- bzw. Nötigungsabsicht und dem erforderlichen zeitlich-funktionalen Zusammenhang beim erpresserischen Menschenraub und der Geiselnahme im Hinblick auf ein vom Opfer abgegebenes „Zahlungsehrenwort". Daneben behandelt sie allgemeine Fragestellungen im Bereich des § 16 StGB sowie der Körperverletzungsdelikte. Mit der Einordnung einer Schreckschusspistole als Waffe bzw. als anderes gefährliches Werkzeug beinhaltet sie zudem ein klassisches BT-„Standardproblem". Der strafprozessuale Zusatzteil (Teil II) fragt danach, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen eine wirksame Strafantragstellung über eine sog. polizeiliche „Onlinewache" möglich ist. Der materielle Teil der Klausur ist angelehnt an BGH, Beschl. v. 3.2.2021 – 2 StR 279/20 = NStZ 2022, 41; die strafprozessuale Zusatzfrage ist AG Auerbach, Beschl. v. 26.1.2021 – 3 Cs 500 Js 24368/20 = BeckRS 2021, 5624 nachempfunden.

Sachverhalt

Teil 1

Oskar (O) hat wieder einmal seine Arbeit verloren und ist aktuell ohne Vermögen, Einkommen und Wohnung. Nachdem er sich über mehrere Monate von seiner Lebensgefährtin Lisa (L) hat aushalten lassen, lernt er eines Abends in seiner Stammkneipe „Alte Wirtin" Ali (A) kennen und berichtet ihm von seinen Geldsorgen. A lässt sich daraufhin von O überreden, ihm ein Darlehen i.H.v. 5.000 € zu gewähren, rückzahlbar zum übernächsten Monatsersten. Das verschafft O zwar erstmal etwas Luft, leider wird er jedoch von L – die nun endgültig von O „die Nase voll hat" – noch am selben Tag aus ihrer Wohnung geworfen. Über ein Datingportal im Internet lernt O bereits kurze Zeit später die einsame Erika (E) kennen. Weil E an O Gefallen findet und auf eine gemeinsame Zukunft hofft, lässt sie ihn schon bald darauf bei sich einziehen und überhäuft ihn mit teuren Geschenken. O denkt jedoch überhaupt nicht an ein gemeinsames Liebesglück und sucht bereits nach wenigen Wochen – als die Geschenke beginnen auszubleiben – wieder das Weite.

Wie es der Zufall will, kommen E und A ein halbes Jahr später in der „Alten Wirtin" miteinander ins Gespräch und stellen zu ihrer beider Überraschung fest, dass sie einen gemeinsamen Bekannten, den O, haben. E und A sind sich einig, dass O ein ausgemachter „Schmarotzer" sei, den man nicht so einfach davonkommen lassen dürfe. Schließlich habe er (O) dem A die geliehenen 5.000 € noch immer nicht zurückgezahlt und außerdem die Gutmütigkeit der E schamlos ausgenutzt und sich bei ihr „wie die Made im Speck" eingenistet. Sie vereinbaren daher, O in einen Hinterhalt zu locken und ordentlich – auch unter Einsatz von (Waffen-)Gewalt – in die Mangel zu nehmen. Hierdurch wollen sie dem notorisch blanken O ein Zahlungsversprechen für die Zukunft abringen, bevor er ihnen dann „ihr" Geld in einzelnen – leichter zu beschaffenden – Tranchen in bar übergeben soll.

Bereits am nächsten Tag vereinbaren A und E unter einem Vorwand ein Treffen mit O und locken ihn auf einen entlegenen Parkplatz. Dort angekommen schlägt A dem O plötzlich mit der Faust gegen die Brust, sodass dieser zu Boden geht. Daraufhin zückt E – wie mit A vereinbart – eine mitgebrachte, täuschend echt aussehende Schreckschusspistole, bei der der Explosionsdruck nach vorn aus dem Lauf austritt, lädt diese durch und hält sie O an den Kopf. Anschließend fesseln A und E den O, verbringen ihn in einen bereitstehenden Transporter und fahren damit zu As Schrebergartenhäuschen. Dort schlagen sie weiter auf O ein und drücken brennende Zigaretten in seinem Gesicht aus, sodass dieser Blutergüsse und Brandwunden davonträgt. Auf Os verzweifelte Frage, was denn eigentlich los sei, antwortet A, während E die durchgeladene Schreckschusspistole an Os Kopf hält, er (O) schulde ihm (A) noch 5.000 € wegen des Darlehens und der E für sein „Schmarotzertum" nochmals „mindestens dieselbe Summe". So könne man doch nicht mit einem anderen Menschen umgehen, es sei ihm (A) daher ein persönliches Anliegen, dass E entsprechend „entschädigt" werde. A und E halten es dabei für möglich, dass E mit ihrer „Entschädigungs"-Forderung zwar nicht unbedingt „vor Gericht" Erfolg haben würde, fühlen sich aber beide moralisch „im Recht". Eine erste Rate von 4.000 € solle er (O) bereits am nächsten Tag an A und E übergeben, die restlichen 6.000 € dann zwei Wochen später. O, dem der Angstschweiß in Strömen über die Stirn rinnt und der um sein Leben fürchtet, erklärt sich hierzu bereit und gibt sein „Ehrenwort", die Zahlungen entsprechend zu leisten. E und A, die sich sicher sind, dass O wie besprochen zahlen wird, lösen daraufhin dessen Fesseln und E steckt die Schreckschusspistole wieder ein. Dann lassen E und A den O – wie von Anfang an geplant – noch am selben Tag wieder frei. Zu einer Geldübergabe kommt es in der Folgezeit nicht.

Teil 2

Der noch immer arbeitslose O ist auf Jobsuche. Als ein Mitarbeiter des Jobcenters[1], Martin (M), bei einem Arbeitsvermittlungsgespräch seine – Os Meinung nach – herausragenden Führungsqualitäten wieder einmal nicht anerkennt, reißt ihm die Hutschnur. Er brüllt M an, er solle „sein dreckiges Maul halten" und dass er sowieso „ein totaler Versager" sei. Die Dienstvorgesetzte des M, Dagmar (D), findet, dass man so etwas nicht einfach auf sich sitzen lassen könne und stellt noch am selben Tag Strafantrag per Onlineanzeige. Hierzu

* Die *Autorin* ist Akad. Rätin a. Z. und Habilitandin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie von Prof. *Dr. Armin Engländer* an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

[1] Mit dem Begriff Jobcenter werden die gemeinsamen Einrichtungen der Bundesagentur für Arbeit und eines kommunalen Trägers (z.B. einer Stadt) bezeichnet. Das Jobcenter ist unter anderem zuständig für die Arbeitsvermittlung, Qualifizierung und Grundsicherung für Arbeitsuchende („Hartz IV") nach dem SGB II.

bedient sie sich der „Onlinewache“[2] der Polizei Bayern – einer Internetseite zur Anzeigeerstattung bei der Bayerischen Polizei[3] – und beantwortet – nach einer ausführlichen Sachverhaltsschilderung – die in dem Onlineformular gestellte Frage „Stellen Sie Strafantrag?“ durch Klicken mit „Ja“. Anschließend macht D umfassende Angaben zu ihrer Person und der des M. Dann schickt D den Onlineantrag ab. M selbst stellt keinen Strafantrag.

Ein halbes Jahr später trifft M den O zufällig auf der Straße wieder. M fragt O, ob ihm die „Post von der Staatsanwaltschaft“ denn „geschmeckt“ hätte. O schaut M zunächst fragend an, entgegnet dann aber vergnügt, die habe ihm durchaus gefallen. Daraufhin zieht O einen schon etwas zerknitterten, einige Tage alten Einstellungsbescheid nach § 170 Abs. 2 StPO der zuständigen Staatsanwaltschaft aus seiner Jackentasche und hält ihn M unter die Nase. Dieser ist außer sich und versteht beim besten Willen nicht, warum O mit seinem unsäglichen Verhalten nun offenbar „so einfach davonkommt“. Unwillig schüttelt M den Kopf, murmelt etwas von „völlig unfähiger Staatsanwaltschaft“ und macht sich wütend auf den Weg zurück zum Jobcenter.

Bearbeitungsvermerk

Sämtliche Teile der Aufgabe sind zu bearbeiten. In einem Gutachten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, sind in der vorgegebenen Reihenfolge folgende Fragen zu beantworten:

Zu Teil 1: Wie haben sich A und E nach dem Strafgesetzbuch (StGB) strafbar gemacht? Ggf. erforderliche Strafanträge sind gestellt. § 138 StGB ist nicht zu prüfen.

Zu Teil 2: Hat die zuständige Staatsanwaltschaft das Verfahren zu Recht nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt? Erläutern und begründen Sie Ihre Antwort. Es ist davon auszugehen, dass die angezeigte Tat dem O nach Ansicht der Staatsanwaltschaft mit hinreichender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden kann. Von einer ordnungsgemäßen Benachrichtigung der Beteiligten über die Verfahrenseinstellung ist auszugehen.

§ 44b SGB II: Gemeinsame Einrichtung („Jobcenter“)

(1) [1]Zur einheitlichen Durchführung der Grundsicherung für Arbeitsuchende bilden die Träger im Gebiet jedes kommunalen Trägers nach § 6 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 eine gemeinsame Einrichtung. [2]Die gemeinsame Einrichtung nimmt die Aufgaben der Träger nach diesem Buch wahr; die Trägerschaft nach § 6 sowie nach den §§ 6a und 6b bleibt unberührt. [3]Die gemeinsame Einrichtung ist befugt, Verwaltungsakte und Widerspruchsbescheide zu erlassen. [4]Die Aufgaben werden von Beamtinnen und Beamten sowie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern wahrgenommen, denen entsprechende Tätigkeiten zugewiesen worden sind.

[…]

Teil 1: Materielles Strafrecht

A. Strafbarkeit von A und E

I. §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Abs. 2 Nr. 1, Nr. 3 lit. a, 25 Abs. 2 StGB (Zahlungsversprechen)

A und E könnten sich wegen gemeinschaftlich begangener besonders schwerer räuberischer Erpressung strafbar gemacht haben, indem sie O unter Vorhalten einer Schreckschusspistole dazu brachten, ihnen sein „Zahlungsehrenwort“ i.H.v. 10.000 € zu geben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels

Indem E dem O eine Schreckschusspistole an den Kopf hielt, könnten A und E Gewalt gegen eine Person angewendet oder mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben gedroht haben. Gewalt gegen eine Person ist jeder körperlich wirkende Zwang, um geleisteten oder erwarteten Widerstand zu brechen.[4] Drohen meint das Inaussichtstellen eines künftigen Übels, auf das der Drohende Einfluss zu haben vorgibt. Entscheidend ist dabei, dass der Bedrohte die Ausführung der Drohung für möglich hält. Die Gefahr ist jedenfalls dann gegenwärtig, wenn der Eintritt des Schadens nach dem Inhalt der Drohung mit Sicherheit oder höchstwahrscheinlich unmittelbar bevorsteht.[5]

Das Vorhalten der täuschend echt aussehenden Schreckschusspistole führte bei O zu Schweißausbrüchen und extremem Angstgefühl und damit zu gewissen körperlichen Reaktionen. Es könnte daher Gewalt im Sinne körperlich wirkenden Zwangs vorliegen. Wollte man allerdings bereits sämtliche psychosomatische Nebenfolgen, die allein durch die Erwartung eines noch ausstehenden Übels hervorgerufen werden, und damit letztlich mit fast jeder Drohung einhergehen, als Gewalt i.S.d. § 240 StGB (bzw. der §§ 253, 255 StGB) qualifizieren, wäre eine sinnvolle Abgrenzung zwischen Gewalt und Drohung als Nötigungsmittel nicht mehr möglich. Rein „erwartungsbezogene“ psychosomatische Nebenfolgen – wie sie die Schweißausbrüche und Angstgefühle des O hier darstellen – dürfen daher nicht dazu „missbraucht“ werden, aus der primär verübten Drohung eine gegenwärtige Übelzufügung durch Gewalt zu machen.[6]

Das Vorhalten der Pistole durch E stellt aber eine (konkludente) Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben des O dar, da konkludent die Erschießung des O in Aussicht gestellt wird, sollte dieser nicht unmittelbar auf

[2] Sog. polizeiliche „Onlinewachen“ existieren heute – über das Internet ansteuerbar – in allen 16 Bundesländern.

[3] Abrufbar unter https://formularserver.bayern.de/intelliform/forms/rzsued/polizei/polizei/anzeigeerstattung/index (28.11.2022).

[4] BGH NStZ 1986, 218; *Wittig*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck’scher Online-Kommentar StGB, Stand: 1.11.2022, § 249 Rn. 6.

[5] *Wittig* (Fn. 4), § 249 Rn. 9.1.

[6] Ähnlich *Zöller/Fornoff/Gries*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2008, S. 155.

die Forderung von A (und E) eingehen. Unerheblich ist, dass es sich bei der Pistole „nur“ um eine Schreckschusspistole handelt. Denn einerseits kann bereits das Abfeuern einer Schreckschusspistole, bei der der Explosionsdruck – wie hier – nach vorn aus dem Lauf austritt, insbesondere wenn gegen den Kopf gerichtet, allein durch diese Druckausbreitung zu erheblichen Verletzungen und u.U. sogar zum Tod des Opfers führen.[7] Andererseits ist es ohnehin unerheblich, ob der Täter die Drohung wirklich realisieren will oder kann.[8] Entscheidend ist allein, ob sie objektiv als ernstlich erscheint.[9] Da O aufgrund der täuschend echten Optik davon ausgehen musste und auch davon ausging, es werde ihm eine „echte“ Schusswaffe an den Kopf gehalten und ggf. auch von ihr Gebrauch gemacht, ist dies zu bejahen.

Der Einsatz der Schreckschusspistole als qualifiziertes Nötigungsmittel durch E ist dem A auch als Mittäter gem. § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen, da beide aufgrund eines gemeinsamen Tatplans die Tat gemeinschaftlich ausführten; darüber hinaus handelten beide auch mit Täterwillen (animus auctoris).[10]

bb) Nötigungserfolg

Durch die Drohung müsste O zu einer unmittelbar vermögensmindernden Handlung, Duldung oder Unterlassung genötigt worden sein. Zu einer tatsächlichen Geldzahlung ist es nicht gekommen. Allerdings hat O aus Angst um sein Leben unter Waffenvorhalt A und E versprochen, die verlangten Zahlungen i.H.v. insgesamt 10.000 € entsprechend den geforderten Zahlungsmodalitäten zu leisten. Die Zahlungszusage erfolgte daher gerade aufgrund der Drohung.

Fraglich ist, ob diesem Zahlungsversprechen des O unmittelbar vermögensmindernde Wirkung zukommt. O verspricht, die geforderte Zahlung i.H.v. 10.000 € an A und E zu leisten und gibt darauf sein „Ehrenwort“. Allerdings handelt es sich insofern lediglich um eine formlose Zahlungszusage ohne tatsächliche Vermögensrelevanz.[11] Denn anders als etwa bei einem notariell beglaubigten Schuldanerkenntnis oder der Ausstellung eines Schuldscheins für nicht bestehende Ansprüche fehlt es in diesen Fällen bereits an einer (ggf. „rechtsvermittelten“) tatsächlichen Einwirkung auf das Vermögen des O. Mit anderen Worten: Nur weil O (formlos und unter Zwang) zugesagt hat, zu bezahlen, heißt das nicht, dass er dies dann auch tatsächlich tut oder in irgendeiner Form tun muss. Es ist auch nicht davon auszugehen, dass O sich nach Beendigung der Zwangslage seinem („abgepressten“) Versprechen in einem solchen Maße verpflichtet fühlt (bzw. fühlen muss), dass dies sein Vermögen zum Zeitpunkt der Zusage bereits unmittelbar schmälert. A und E können daher aus der Zahlungszusage des O weder rechtliche noch tatsächliche vermögenswerte Vorteile ziehen; umgekehrt hat das Zahlungsehrenwort des O auf sein Vermögen weder rechtliche noch tatsächliche Auswirkungen. Hieran ändert auch nichts, dass A und E „sicher“ davon ausgehen, dass O wie besprochen bezahlen werde. Denn einerseits kommt es an dieser Stelle ohnehin allein auf eine objektive Betrachtungsweise an; andererseits ließe sich die Annahme „sicherer“ Bezahlung in der Zukunft nicht gleichsetzen mit der (bei A und E nicht vorhandenen) Annahme, bereits der Ausspruch des Zahlungsversprechens habe unmittelbar vermögensmindernde Wirkung.

Mangels (irgendeiner) Vermögensrelevanz wirkt Os Zahlungszusage daher bereits nicht (unmittelbar) vermögensmindernd.

> *Hinweis*: Auf die Streitfrage, ob i.R.d. §§ 253, 255 StGB grundsätzlich jedes vermögensmindernde Verhalten des Nötigungsopfers genügt (so die Rspr. und Teile der Literatur)[12] oder ob das abgenötigte Verhalten eine Vermögensverfügung, also ein Verhalten des Genötigten, durch das dieser willentlich – wenn auch nicht notwendigerweise „wirklich“ freiwillig – auf das betroffene Vermögen unmittelbar vermögensmindernd einwirkt, darstellen muss (so die h.L.)[13], kommt es daher gar nicht an, da es jedenfalls an der nach beiden Ansichten erforderlichen (unmittelbar) vermögensmindernden Wirkung des abgenötigten Verhaltens (Zahlungsversprechen) fehlt. Der Streit muss daher in der Klausur nicht angesprochen werden.

Der objektive Tatbestand der §§ 253 Abs. 1, 255 StGB ist nicht erfüllt.

> *Hinweis*: Darüber hinaus liegt auf Seiten des O auch kein Vermögensnachteil i.S.d. §§ 253 Abs. 1, 255 StGB vor; insbesondere begründet die Zahlungszusage des O mangels (irgendeiner) Vermögensrelevanz keinen Gefährdungsschaden.

2. Ergebnis

A und E haben sich nicht wegen vollendeter gemeinschaftlich begangener besonders schwerer räuberischer Erpressung strafbar gemacht, indem sie O unter Vorhalten einer Schreckschusspistole eine Zahlungszusage i.H.v. 10.000 € abnötigten.

---

[7] Ausführlich hierzu *Rothschild*, NStZ 2001, 406 (407), der zwischen *absoluten*, d.h. direkt aufgesetzten, und *relativen* Nahschüssen, d.h. Schüssen aus geringer Entfernung, unterscheidet.

[8] Vgl. BGHSt 23, 294 (295 f.).

[9] BGHSt 26, 309 (310); *Valerius*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 4), § 240 Rn. 35.

[10] Angesichts des erheblichen (emotionalen) Eigeninteresses des A an der Tat, des Umfangs seines Tatbeitrags sowie seiner (funktionalen) Tatherrschaft ist nicht davon auszugehen, dass A hier nur Beihilfe zur Tat der E leisten wollte.

[11] Vgl. BGH NStZ 2022, 41.

[12] So z.B. BGHSt 41, 123 (125); *Vogel*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, Vor. §§ 249 ff. Rn. 62 ff.; zum Streitstand *Sander*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 253 Rn. 13.

[13] *Sander* (Fn. 12), § 253 Rn. 13; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar 29. Aufl. 2018, § 253 Rn. 3; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 253 Rn. 8.

Hinweis: Eine Versuchsstrafbarkeit im Hinblick auf die Abnötigung des Zahlungsversprechens scheidet ebenfalls aus, da A und E zu keinem Zeitpunkt Tatentschluss hinsichtlich einer unmittelbar vermögensmindernden Wirkung von Os Zahlungsversprechen hatten (siehe oben).

II. §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Abs. 2 Nr. 1, Nr. 3 lit. a, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB (Geldübergabe)

A und E könnten sich aber wegen versuchter gemeinschaftlich begangener besonders schwerer räuberischer Erpressung strafbar gemacht haben, indem sie O unter Vorhalten einer Schreckschusspistole dazu bringen wollten, ihnen in der Folgezeit 10.000 € zu übergeben.

1. Vorprüfung

Das Delikt ist nicht vollendet, da kein tauglicher Nötigungserfolg eingetreten ist. Die 10.000 € wurden nicht an A und E übergeben. Das abgenötigte Zahlungsversprechen i.H.v. 10.000 € stellt keinen hinreichenden Nötigungserfolg i.S.d. §§ 253 Abs. 1, 255 StGB dar (siehe oben). Darüber hinaus fehlt es diesbzgl. am erforderlichen Vermögensnachteil (siehe oben).

Die Strafbarkeit des Versuchs folgt aus den §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 1, Abs. 2 StGB i.V.m. §§ 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB. Der Versuch eines Verbrechens ist stets strafbar, vgl. § 23 Abs. 1 StGB.

2. Tatbestand

a) Tatentschluss

A und E müssten mit unbedingtem Tatentschluss gehandelt haben. Dieser umfasst den auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale gerichteten Vorsatz sowie die sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale.

aa) Vorsatz bzgl. des Einsatzes eines qualifizierten Nötigungsmittels

A und E wussten und wollten, dass E dem O eine (durch-) geladene Schreckschusspistole an den Kopf halten und ihn hierdurch (konkludent) mit dem Tod bedrohen würde, sollte er (O) nicht auf ihre Forderungen eingehen. Der Einsatz der Schreckschusspistole ist A auch gem. § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen, da er dem gemeinsamen Tatplan von A und E entsprach (siehe oben). Diesbezüglicher Vorsatz seitens des A liegt vor.

bb) Vorsatz bzgl. Nötigungserfolg

A und E müssten vorsätzlich im Hinblick auf den Eintritt eines tauglichen Nötigungserfolgs gehandelt haben. A und E wollten – zumindest langfristig – die Herausgabe von 10.000 € an sie durch O erreichen. Dies (d.h. die beabsichtigte Geldübergabe als solche, nicht das abgenötigte Zahlungsversprechen, siehe oben) stellt ein unmittelbar vermögensminderndes Tun dar, welches sich auch nach dem äußeren Erscheinungsbild als „Geben" des O und nicht als „Nehmen" durch A und E präsentiert.

Hinweis: In diesem Zusammenhang ist allein auf die beabsichtigte Geldübergabe (und den dahingehenden Tatentschluss von A und E) abzustellen, welche unmittelbar zu einer Vermögensminderung in Höhe des übergebenen Geldes führt.

Daneben ist eine solche Übergabehandlung auch als Vermögensverfügung im Sinne einer willentlichen Herausgabe zu werten und genügt damit auch den strengeren Anforderungen der h.L. an einen tauglichen Nötigungserfolg i.R.d. §§ 253 Abs. 1, 255 StGB.

Dieser Nötigungserfolg sollte nach der Vorstellung von A und E auch gerade dadurch bewirkt werden („hierdurch"), dass O durch das An-den-Kopf-Halten der geladenen Schreckschusspistole in Todesangst versetzt und aus diesem Gefühl heraus zunächst das Zahlungsversprechen, dann aber auch die tatsächliche Zahlung (Geldübergabe) an A und E leisten würde. A und E ging es daher gerade darum, den O unter Anwendung von Drohungen mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben zu einer – wenngleich erst einige Zeit später erfolgenden – unmittelbar vermögensrelevanten Handlung zu nötigen.

cc) Vorsatz bzgl. Vermögensnachteil

A und E müssten vorsätzlich im Hinblick auf den Eintritt eines Vermögensnachteils gehandelt haben. Auch hier ist darauf abzustellen, dass A und E (langfristig) die Herausgabe von 10.000 € an sie durch O erreichen wollten (siehe oben).

Dabei ist zu differenzieren: Hinsichtlich der Zahlung der 5.000 €, die A von O verlangt, fehlt es an einem Vermögensnachteil, da O hierdurch als gleichwertige Kompensation die (unmittelbare) Befreiung von der (fälligen und durchsetzbaren) Rückzahlungsverbindlichkeit aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB in derselben Höhe gegenüber A erlangt.[14] Ein Vergleich des Vermögens des O vor und nach der Geldzahlung an A ergäbe daher keine negative Differenz. A und E wussten auch, dass A gegen O einen fälligen, durchsetzbaren Anspruch auf Rückzahlung der Darlehenssumme i.H.v. 5.000 € hat.

Fraglich ist, ob die Zahlung der von E geforderten 5.000 € zu einem Vermögensnachteil auf Seiten des O führen würde. Dies wäre dann nicht der Fall, wenn E gegen O ebenfalls einen (fälligen, durchsetzbaren) Anspruch auf Zahlung dieser Summe hätte. O sollte die Zahlung letztlich leisten, um E für sein „Schmarotzertum" zu „entschädigen". Wenngleich der Sachverhalt hier durchaus nahelegt, dass O die E tatsächlich nur ausnutzen wollte, so finden sich doch keine hinreichend stichhaltigen Anknüpfungspunkte für einen dahingehenden (rechtsverbindlichen) zivilrechtlichen („Entschädigungs"-)Anspruch der E gegen O – zudem auch noch gerade in der geforderten Höhe von 5.000 €. Insbesondere hat E den O aus freien Stücken bei sich beherbergt und mit Geschenken überhäuft.

Zwar mögen diese „Leistungen" allein bzw. weit überwiegend mit Blick darauf erbracht worden sein, dass E und O ihre Zukunft gemeinsam (als Paar) verbringen. Doch selbst wenn O von vornherein vorhatte, die E lediglich „auszuneh-

[14] Vgl. BGH NStZ-RR 2018, 316; *Wittig* (Fn. 4), § 253 Rn. 14.

men“ und entsprechend zu keinem Zeitpunkt eine dauerhafte Beziehung mit ihr in Erwägung zog, ließen sich daraus keine konkreten Zahlungsansprüche herleiten. Wenn überhaupt begründet die (innere) Erwartung der E lediglich einen einseitigen und damit im Rechtsverkehr grundsätzlich unbeachtlichen Motivirrtum.[15]

Damit hat E gegen O keinen fälligen, durchsetzbaren Anspruch auf 5.000 €. Eine entsprechende Zahlung durch O an A und E würde daher zu einem Vermögensschaden in dieser Höhe bei O führen. Dies nahmen A und E jedenfalls billigend in Kauf, da sie es zumindest für möglich hielten, dass E ihre Forderung nicht gerichtlich würde durchsetzen können.

dd) Vorsatz bzgl. Qualifikationstatbestand, § 250 StGB

(1) § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB

A und E müssten mit Tatentschluss im Hinblick auf die Verwendung einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs bei der Tat gehandelt haben, indem sie O die Schreckschusspistole an den Kopf hielten, § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB.

> *Hinweis*: Da § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB jedenfalls auf Konkurrenzebene hinter § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB zurücktritt, kann hier sogleich mit Abs. 2 begonnen werden.

(a) Schreckschusspistole als Waffe (Rspr.)

Der Begriff der Waffe ist technisch zu bestimmen und erfasst daher nur solche Gegenstände, die objektiv gefährlich und ihrer Art und Bestimmung nach zur Herbeiführung erheblicher Verletzungen generell geeignet sind (sog. Waffen im technischen Sinne).[16] Damit sind insbesondere „klassische“ Schuss-, Hieb-, Stoß- und Stichwaffen gemeint. Es fragt sich, ob die (durchgeladene) Schreckschusspistole der E, bei der der Explosionsdruck nach vorn aus dem Lauf tritt, eine solche Waffe im technischen Sinn darstellt.

Jedenfalls die Rechtsprechung bejaht dies: So stuft der BGH seit BGHSt 48, 197[17] geladene (nicht notwendig durchgeladene)[18] Schreckschusspistolen, sofern der Explosionsdruck – wie hier – nach vorn aus dem Lauf austritt, stets als Waffen i.S.d. § 250 StGB ein. Begründet wird dies damit, dass auch die geladene Schreckschusswaffe, bei der beim Abfeuern der Explosionsdruck nach vorn aus dem Lauf austritt, nach ihrer Beschaffenheit geeignet sei, erhebliche Verletzungen hervorzurufen.[19] Damit stünden (geladene) Schreckschusswaffen in ihrer objektiven Gefährlichkeit jedenfalls nicht erheblich hinter Gaswaffen zurück, die unstreitig und seit jeher als Waffen im technischen Sinn qualifiziert würden.[20] Darüber hinaus spräche für eine Qualifizierung der (geladenen) Schreckschusspistole als Waffe ihre waffenrechtliche Einordnung nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 WaffG.[21]

(b) Schreckschusspistole als anderes gefährliches Werkzeug (h.L.)

Hiergegen wendet sich die herrschende Ansicht in der Literatur, die grundsätzlich eine Einordnung der (durch-)geladenen Schreckschusspistole als anderes gefährliches Werkzeug befürwortet. Nach ganz h.M. wird der Begriff des gefährlichen Werkzeugs dabei in § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB – anders als in § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB – ähnlich definiert wie in § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Ein gefährliches Werkzeug ist danach jeder körperliche Gegenstand, der nach seiner Beschaffenheit und der konkreten Verwendung im Einzelfall dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.[22] Eine (durch-)geladene Schreckschusspistole ist ein körperlicher Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit als (nah-)schusstaugliches Schießgerät sowie der konkreten Art seiner Verwendung als an den Kopf des Opfers gehaltenes Drohmittel dazu geeignet ist, bei diesem erhebliche Verletzungen durch etwaige relative bzw. absolute Nahschüsse herbeizuführen und damit nach Ansicht der h.L. ein anderes gefährliches Werkzeug i.S.d. § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB.

(c) Streitentscheid

Für eine Einordnung der Schreckschusspistole als Waffe spricht eine gewisse (äußerliche) Nähe zur Gaspistole.

Jedoch lassen sich gegen diese Ansicht der Rechtsprechung gewichtige Argumente ins Feld führen: So sind Schreckschusswaffen – im Unterschied zu Gaswaffen – gerade nicht zu Angriffs- oder Verteidigungszwecken bestimmt. Vielmehr dienen sie lediglich der „Erzeugung eines Schussknalls“[23]. Sie lassen sich daher auch nicht, jedenfalls nicht widerspruchsfrei, unter den – von der Rechtsprechung grundsätzlich nicht aufgegebenen – strafrechtlichen Waffenbegriff subsumieren (siehe oben):[24] So gibt die Rechtsprechung durch die pauschale Waffen-Einordnung einer geladenen Schreckschusspistole mit Druckaustritt nach vorn das Erfordernis der bestimmungsmäßigen generellen Eignung zur Verletzung letztlich auf und stellt stattdessen allein auf die Verletzungsgeeignetheit bei bestimmungswidrigem Gebrauch ab.[25] Damit wiederum ändert sie aber den Inhalt des strafrechtlichen Waffen-

[15] Vgl. *Mansel*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 119 Rn. 17. Für die Annahme einer arglistigen Täuschung nach § 123 Abs. 1 BGB durch O gegenüber E fehlt es an Hinweisen im Sachverhalt.

[16] BGHSt 45, 92; 52, 257; *Wittig* (Fn. 4), § 244 Rn. 3 m.w.N.

[17] BGHSt 48, 197 (GrS) = NStZ 2003, 606; bestätigt von BGH NStZ 2012, 445; BGH NStZ-RR 2015, 111 mit Bespr. *Baier*, JA 2004, 12, abl. u.a. *Erb*, JuS 2004, 653 (655) und *Fischer*, NStZ 2003, 569.

[18] Vgl. BGH NStZ 2010, 390.

[19] BGH NStZ 2003, 606 (606 f.).

[20] BGH NStZ 2003, 606 unter Verweis auf BGHSt 45, 92 (93) m.w.N.

[21] BGH NStZ 2003, 606 (607); vertiefend *Deutscher*, StRR 2015, 149.

[22] *Hecker*, JuS 2018, 393.

[23] So der BGH selbst in BGHSt 48, 197.

[24] Vgl. *Sander* (Fn. 12), § 250 Rn. 11; *Vogel* (Fn. 12), § 250 Rn. 38; kritisch auch *Fischer*, NStZ 2003, 569 (572 ff.); *Baier*, JA 2004, 12 (15); *Erb*, JuS 2004, 653.

[25] *Wittig* (Fn. 4), § 244 Rn. 5.3.

begriffs unter Missachtung der Strafrechtsautonomie.[26] In der Folge ist dann insgesamt keine klare Abgrenzung zwischen Waffen einerseits und sonstigen gefährlichen Werkzeugen andererseits mehr möglich, kann doch ein systematischer Begriff wie der der „Waffe" nicht – jedenfalls nicht ohne Systembruch – nur für den Einzelfall[27] aufgeben werden. Im Ergebnis vermag die (pauschale) Einordnung der geladenen Schreckschusspistole als Waffe durch die Rechtsprechung daher nicht zu überzeugen.[28] Es ist mit der Ansicht der Literatur davon auszugehen, dass Es Schreckschusspistole ein anderes gefährliches Werkzeug i.S.d. § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB darstellt.

Hinweis: A.A. vertretbar. Der Streitentscheid kann auch kürzer ausfallen.

(d) Verwendung bei der Tat

Indem E dem O die durchgeladene Schreckschusspistole an den Kopf hielt, während A die Zahlung von insgesamt 10.000 € verlangte, hat E diese auch als Drohmittel zweckgerichtet eingesetzt, mithin verwendet gem. § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB. Diese Verwendung ist A auch gem. § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen. Diesbezüglicher Vorsatz als unbedingter Tatentschluss liegt vor.

(2) § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB

Fraglich ist, ob A und E vorsätzlich im Hinblick auf eine schwere körperliche Misshandlung des O handelten, § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB.

Eine solche liegt vor, wenn die körperliche Integrität des Opfers gravierend, d.h. mit erheblichen Folgen für die Gesundheit, oder in einer Weise, die mit erheblichen Schmerzen verbunden ist, beeinträchtigt wird.[29] Eine rohe Misshandlung gem. § 225 Abs. 1 StGB oder gar eine „einfache" körperliche Misshandlung i.S.d. § 223 StGB genügen nicht. Dagegen ist der Eintritt einer schweren Folge nach § 226 StGB bzw. einer schweren Gesundheitsschädigung gem. § 239 Abs. 3 Nr. 2 StGB nicht zwingend erforderlich.[30] Die mangels anderweitiger Angaben nicht heftigen Schläge gegen die Brust des O reichen als „einfache" körperliche Misshandlungen nicht aus. Etwas anderes könnte jedoch mit Blick auf die durch die brennenden Zigaretten verursachten Brandwunden im Gesicht des O gelten. Wenngleich anzunehmen ist, dass das Ausdrücken von brennenden Zigaretten auf der (gegenüber sonstigen Körperregionen empfindlicheren) Gesichtshaut mit nicht unerheblichen Schmerzen verbunden ist, so ist doch nicht davon auszugehen, dass hieraus erhebliche Folgen für die Gesundheit des O resultieren. Im Übrigen ist der Tatbestand angesichts des massiv erhöhten Strafrahmens grundsätzlich restriktiv auszulegen.[31]

Hinweis: A.A. mit entsprechender Begründung aber vertretbar.

A und E handelten daher nicht mit unbedingtem Tatentschluss im Hinblick auf die Herbeiführung einer schweren körperlichen Misshandlung bei der Tat.

ee) Bereicherungsabsicht

(1) Eigen- bzw. fremdnützige Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

A und E müssten jeweils die eigen- bzw. fremdnützige Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung aufweisen, d.h. es müsste ihnen gerade auf die Erlangung eines rechtswidrigen und stoffgleichen Vermögensvorteils für sich oder einen Dritten als Zwischen- oder Endziel ankommen. Rechtswidrig ist ein Vermögensvorteil immer dann, wenn kein fälliger, durchsetzbarer Anspruch auf ihn besteht.

Als rechtswidriger Vermögensvorteil kommt allein die Zahlung des „Entschädigungsgeldes" an E i.H.v. 5.000 € in Betracht. Dagegen hat A gegen O – wie E und A wissen – einen Anspruch auf Rückzahlung der „anderen" geforderten 5.000 € aus dem Darlehensvertrag. Dieser fällige und einredefreie Anspruch des A gegen O aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB wird insbesondere auch nicht dadurch rechtswidrig, dass er mittels einer Nötigung bzw. mit sonstigen unerlaubten Mitteln durchgesetzt werden soll.[32] Dagegen hat E auf „ihre" 5.000 € gerade keinen Anspruch (siehe oben), sodass eine entsprechende Bereicherung rechtswidrig wäre. Diesbezügliche Stoffgleichheit läge vor, da das geforderte „Entschädigungsgeld" – der erstrebte Vorteil – die Kehrseite des Schadens bei O bildet. Dies wussten A und E auch.

E handelte hinsichtlich der 5.000 € „Entschädigungsgeld" mit Eigenbereicherungsabsicht, da es ihr gerade darauf ankam, von O für sein „Schmarotzertum" finanziell „entschädigt" zu werden. Dagegen war es A „ein persönliches Anliegen", dass E entsprechend „entschädigt" werde; er handelte daher mit Fremdbereicherungsabsicht zugunsten der E.

(2) Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der beabsichtigen Eigen-/Fremdbereicherung

A und E müssten jedoch auch Vorsatz im Hinblick auf die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Eigen- bzw. Fremdbereicherung aufweisen.

Dies könnte hier deshalb problematisch sein, weil A und E offensichtlich von einer der E jedenfalls „moralisch" zustehenden „Entschädigungszahlung" ausgingen. Wären E und A hier tatsächlich der Ansicht, dass E gegen O einen fälligen, durchsetzbaren Anspruch auf Zahlung von 5.000 € hat, unter-

[26] *Wittig* (Fn. 4), § 244 Rn. 5.3.

[27] Gemeint ist damit der Einzelfall der (durch-)geladenen Schreckschusspistole, bei der der Druck nach vorn aus dem Lauf austritt.

[28] Vgl. zu diesem Argument *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 69. Aufl. 2022, § 250 Rn. 5c ff. m.w.N.

[29] *Sander* (Fn. 12), § 250 Rn. 66; *Wittig* (Fn. 4), § 250 Rn. 18 m.w.N.

[30] *Sander* (Fn. 12), § 250 Rn. 66.

[31] Vgl. *Wittig* (Fn. 4), § 250 Rn. 18.

[32] BGH NStZ-RR 2004, 45; BGH NStZ 2009, 386; BGH NStZ 2010, 391.

lägen beide einem, den jeweiligen Vorsatz ausschließenden, Tatbestandsirrtum nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, da sie sich dann über die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung irrten.[33] Allerdings genügt es jedenfalls für den bedingten Vorsatz bzgl. der rechtswidrigen Bereicherung, wenn es der Täter für möglich hält und billigend in Kauf nimmt, dass die Forderung nicht oder nicht in vollem Umfang besteht bzw. von der Rechtsordnung nicht geschützt ist.[34] Entsprechend fehlt es am Bewusstsein rechtswidriger Bereicherung nur dann, wenn der Täter klare Vorstellungen über Grund und Höhe des geltend gemachten Anspruchs hat; vage Vorstellungen reichen dagegen nicht aus.[35]

A und E haben jedoch bereits keine genaue Vorstellung von der exakten Anspruchshöhe und dem spezifischen Anspruchsgrund. Jedenfalls ist nur allgemein von einer Summe von „mindestens 5.000 €“ die Rede. Hinsichtlich eines möglichen Anspruchsgrundes wird lediglich darauf verwiesen, dass O die E ausgenutzt und sich bei ihr „wie die Made im Speck“ eingenistet habe. Konkrete Zahlungsansprüche stehen dagegen nicht im Raum und werden von A und E auch so nicht – auch nicht laienhaft umschrieben – benannt.[36] Stattdessen verbleiben E und A mit ihrer Forderung nach „Entschädigung“ stets im vagen Bereich „gefühlten“ Rechts. Dies reicht für die Annahme von (jedenfalls) dolus eventualis hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Bereicherung aus. Darauf, dass sich A und E (nur) moralisch „im Recht“ fühlen, kommt es nicht an.

Hinweis: A.A. kaum vertretbar.

b) Unmittelbares Ansetzen

Spätestens indem E dem O die durchgeladene Schreckschusspistole an den Kopf hielt, während A von ihm die Zahlung von 10.000 € an sie beide verlangte, haben A und E subjektiv die Schwelle zum „Jetzt geht’s los“ überschritten und objektiv die von den §§ 253, 255 StGB zumindest mitgeschützte Willensbetätigungs- und -entschließungsfreiheit[37] des O bereits konkret gefährdet, indem sie auf dessen (Zahlungs-)Willen unmittelbar Einfluss nehmen wollten. Dem steht nicht entgegen, dass die erstrebte Geldübergabe – und damit der letztendlich beabsichtigte Nötigungserfolg – erst einige Zeit später und nach Entlassen des O aus ihrem Einwirkungsbereich eintreten sollte. Denn für den Versuch der (räuberischen) Erpressung genügt es, wenn der Täter zum *nötigenden* Verhalten (hier also dem Vorhalten der Schreckschusspistole) unmittelbar i.S.d. § 22 StGB ansetzt,[38] da bereits dann die persönliche Entschließungsfreiheit des Opfers als (mit-)geschütztes Rechtsgut unmittelbar, d.h. ohne dass weitere, relevante Zwischenschritte erforderlich würden, in Gefahr gerät.[39]

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Mangels Rechtfertigungs-, Schuldausschließungs- und/oder Entschuldigungsgründen handelten A und E auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

A und E haben sich wegen versuchter gemeinschaftlich begangener besonders schwerer räuberischer Erpressung strafbar gemacht, indem sie O unter Waffenvorhalt dazu bringen wollten, ihnen in der Folgezeit 10.000 € zu übergeben.

III. §§ 239a Abs. 1 Alt. 1, 25 Abs. 2 StGB (Zahlungsversprechen bzw. Geldübergabe)

A und E könnten sich durch ihr Verhalten auch wegen gemeinschaftlich begangenen erpresserischen Menschenraubs gem. §§ 239a Abs. 1 Alt. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie O fesselten, bedrohten und in das Schrebergartenhäuschen des A verbrachten, um ihn zur Abgabe eines Zahlungsversprechens bzw. zur Zahlung von 10.000 € zu bewegen.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Entführen bzw. Sich-Bemächtigen

Dazu müssten sie einen Menschen entführt bzw. sich eines Menschen bemächtigt haben.

Entführen meint das Verbringen eines anderen Menschen an einen anderen Ort, an dem er dem uneingeschränkten Einfluss des Täters ausgesetzt ist.[40] Damit ist neben einer Ortsveränderung auch die Begründung physischer Herrschaftsgewalt des Täters über das Opfer erforderlich.[41] Die Ortsver-

[33] Die Rechtswidrigkeit der angestrebten Bereicherung ist normatives Tatbestandsmerkmal, auf das sich der Vorsatz beziehen muss; st. Rspr., z.B. BGHSt 48, 322 (328) = NJW 2003, 3283 (3285); BGH NJW 1986, 1623.

[34] BGH NStZ 2017, 465 (467); *Wittig* (Fn. 4), § 253 Rn. 18.

[35] BGH NStZ-RR 1999, 6; BGH BeckRS 2012, 10847; *Wittig* (Fn. 4), § 253 Rn. 18. Inwieweit es auf die gerichtliche Durchsetzbarkeit des Anspruchs ankommt, ist umstritten. Allein auf die materielle Rechtlage abstellend BGH NStZ-RR 2009, 17 (18); BGH BeckRS 2020, 23344 = NStZ-RR 2020, 356 (Ls.); *Wittig* (Fn. 4), § 253 Rn. 17.2; für das grundsätzliche Erfordernis zivilgerichtlicher Durchsetzbarkeit BGHSt 48, 322 (329) = NJW 2003, 3283; BGH NJW 2021, 1966 (1967) m. Anm. *Brand*, wobei es allerdings auch danach maßgeblich auf die Vorstellung des Täters von der materiellen Rechtslage ankommen soll.

[36] Die Nennung spezifischer Anspruchsgrundlagen wäre selbstverständlich nicht notwendig.

[37] Neben dem Rechtsgut Vermögen ist nach ganz h.M. auch die Freiheit zur Willensbetätigung und -entschließung geschützt, vgl. nur *Sander* (Fn. 12), § 253 Rn. 1 m.w.N.

[38] Weiteres Beispiel: Die Absendung eines Drohbriefs.

[39] So jedenfalls i.E. die h.M., vgl. nur *Sander* (Fn. 12), § 253 Rn. 41; *Bosch* (Fn. 13), § 253 Rn. 23–27; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, § 18 Rn. 763.

[40] BGHSt 40, 350 (359) = NJW 1995, 471 (472); BGH NStZ 2003, 604; *Sonnen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 239a Rn. 18.

[41] BGHSt 22, 178 (179) = NJW 1968, 1885; *Fischer* (Fn. 28),

änderung kann durch Drohung oder Gewalt, aber auch durch List oder Täuschung bewirkt werden. Schließlich muss die Entführung auch gegen oder ohne den Willen des Opfers geschehen. A und E haben O geschlagen und gefesselt und ihn sodann unter Vorhalten einer Schreckschusspistole mittels eines Transporters in das Schrebergartenhäuschen des A verbracht, wo sie diesen weiter misshandelten und bedrohten. Das Vorhalten der Schreckschusspistole durch E ist dem A als Mittäter auch gem. § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen (siehe oben). Damit haben sie O mittels Gewalt an einen anderen Ort verbracht und sich seiner physisch bemächtigt, indem O während des gesamten Geschehens dem uneingeschränkten Willen von A und E ausgesetzt war. Dies geschah auch ohne bzw. gegen den Willen des O. A und E haben O entführt.

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz

A und E handelten hinsichtlich der Entführung des O auch mit Wissen und Wollen und damit vorsätzlich i.S.d. § 15 StGB. Es kam ihnen gerade darauf an, sich des O zu bemächtigen (dolus directus 1. Grades).

bb) Erpressungsabsicht

Darüber hinaus müssten A und E zum Zeitpunkt des Entführens mit Erpressungsabsicht gehandelt haben. Erpressungsabsicht meint die Absicht – im Sinne eines zielgerichteten Wollens –, die Sorge des Opfers (oder eines Dritten) zu einer Erpressung i.S.d. § 253 StGB auszunutzen. Maßgeblich ist dabei allein die Vorstellung von A und E, sämtliche Voraussetzungen des § 253 StGB (bzw. § 255 StGB) zu erfüllen. Ob es im weiteren Verlauf tatsächlich zu einer (versuchten oder vollendeten) Erpressung kommt, ist für die Erfüllung des Tatbestands des § 239a Abs. 1 Alt. 1 StGB ohne Belang.[42]

A und E haben O entführt, um ihn durch die geschaffene Bemächtigungslage (gewaltsames Verbringen in das Schrebergartenhäuschen des A) – (jedenfalls) in der Folgezeit – zu einer unmittelbar vermögensmindernden Vermögensverfügung („willentliche" Übergabe von 10.000 € an A und E) – unter Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben (siehe oben) – zu nötigen. Dies sollte nach Ansicht von A und E auch zu einem Vermögensschaden jedenfalls i.H.v. 5.000 € bei O führen, da A und E es zumindest billigend in Kauf nahmen, dass E auf diese Summe keinen Anspruch hatte (siehe oben). Diesbezüglich wiesen A und E auch die erforderliche Eigen- (E) bzw. Fremdbereicherungsabsicht (A) auf (siehe oben). Dagegen fehlt es im Hinblick auf die für A geforderten 5.000 € an einer Erpressungsabsicht i.S.d. § 239a Abs. 1 Alt. 1 StGB, da A und E wussten, dass hierauf ein (fälliger und durchsetzbarer) Anspruch seitens des A bestand (siehe oben).

cc) Zeitlich-funktionaler Zusammenhang

(1) „Stabile Zwischenlage"

Wird die Sorge des Opfers – wie hier – um sein eigenes Wohl ausgenutzt (sog. Zwei-Personen-Verhältnis), erscheint die hohe Strafdrohung der Vorschrift problematisch, da für das gegenüber „klassischen" Erpressungs- bzw. Nötigungsfällen deutlich erhöhte Strafmaß der §§ 239a, 239b StGB (Mindestfreiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren!) die Betroffenheit verschiedener Personen (wie im Drei-Personen-Verhältnis) gerade nicht (mehr) ins Feld geführt werden kann.[43] Daneben „verfrachtet" man „klassische" Erpressungsfälle hinter § 239a StGB gleichsam „in die zweite Reihe" und Rücktritte bzgl. §§ 253, 255, 22, 23 Abs. 1 StGB drohen im Hinblick auf den frühen Vollendungszeitpunkt des § 239a StGB ins Leere zu laufen.[44] Erforderlich ist daher eine restriktive Auslegung der Vorschrift. Danach muss nach ganz überwiegender Ansicht die Bemächtigungssituation gegenüber der beabsichtigten Erpressung eine eigenständige Bedeutung aufweisen, was eine „gewisse Stabilisierung" voraussetzt.[45] Fraglich ist, ob eine solche „stabile Zwischenlage" hier vorliegt.

Diese ist immer dann anzunehmen, wenn sich über die durch die Entführung bzw. das Sich-Bemächtigen geschaffene Beherrschungssituation hinaus eine weitergehende Druckwirkung aus der stabilisierten Bemächtigungslage ergibt und der Täter dabei beabsichtigt, diese Lage für sein weiteres erpresserisches Vorgehen auszunutzen.[46] Dagegen fehlt es an einer eigenständigen Bedeutung, wenn Bemächtigungs- und Nötigungsmittel in eins zusammenfallen.[47] A und E haben O zunächst geschlagen, mit einer durchgeladenen Schreckschusspistole bedroht und schließlich gefesselt, um ihn dann mittels eines Transporters in das Schrebergartenhäuschen des A zu verbringen. Bereits durch die auch mit einer gewissen zeitlichen Ausdehnung des Geschehens verbundene Ortsveränderung kam es hier zu einer „gewissen Stabilisierung" der Bemächtigungssituation im Sinne einer „stabilen Zwischenlage". Denn denkt man sich den Erpressungsakt – das (zweite) Vorhalten der Schreckschusspistole an den Kopf des O, um diesen zur Zahlung von 10.000 € an A und E zu bewegen (siehe oben) – hinweg, dann bleibt die Bemächtigungslage als solche bestehen, da der im Schrebergartenhäuschen gefesselte O auch ohne diesen Nötigungsakt dem uneingeschränkten Willen von A und E ausgesetzt war und blieb. Die Entführung des O ist daher *funktional selbstständig* im Hinblick auf die (beabsichtigte) Erpressung; Bemächtigungs- und Nötigungs-

§ 239a Rn. 4a.

[42] BGHSt 26, 309; BGH NStZ 1993, 39; *Renzikowski*, in: Erb/Schäfer (Fn. 12), § 239a Rn. 43.

[43] *Valerius* (Fn. 9), § 239a Rn. 1.1 f. m.w.N.

[44] *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 23. Aufl. 2022, § 24 Rn. 17.

[45] *Rengier* (Fn. 44), § 24 Rn. 21 m.w.N.

[46] BGH NStZ 2006, 449; BGH NStZ 2007, 32; BGH NStZ-RR 2007, 77; BGH NStZ-RR 2015, 336 (337); BGH StV 2019, 98; BGH NStZ-RR 2021, 140; *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 13), § 239a Rn. 13b.

[47] BGHSt 40, 350 (359) = NJW 1995, 471; ebenso zuvor BGH NStZ 1994, 283; vgl. auch BGH StraFo 2012, 153 (154); *Valerius* (Fn. 9), § 239a Rn. 13.

mittel fallen nicht in eins zusammen. Eine hinreichend stabilisierte Zwischenlage liegt vor.

(2) Zeitlicher Zusammenhang

Darüber hinaus müsste zwischen der Bemächtigungslage und der beabsichtigten Erpressung ein zeitlicher Zusammenhang dahingehend bestehen, dass A und E den O noch während der Dauer der Zwangslage erpressen wollen.[48] Sieht der Tatplan dagegen vor, dass die Leistung, die der Täter zu erpressen beabsichtigt, erst zu einem Zeitpunkt erfolgen soll, zu dem die Bemächtigungslage bereits beendet ist, fehlt es an der Absicht des Ausnutzens der Bemächtigungslage gerade *zur* Begehung einer Erpressung.[49] Soll die abgenötigte vermögensrelevante Handlung also erst nach Beendigung der Entführungs- bzw. Bemächtigungssituation erfolgen, ist der Tatbestand grundsätzlich nicht erfüllt.[50]

Die Geldübergabe an A und E – der letztendlich beabsichtigte Nötigungserfolg – soll hier erst am Folgetag bzw. zwei Wochen später und damit zu einem Zeitpunkt nach Ende der Bemächtigungslage, die noch für den Tag der Entführung geplant ist, stattfinden. Dies reicht grundsätzlich nicht aus, um den erforderlichen zeitlichen Zusammenhang zwischen der beabsichtigten Erpressung und der geschaffenen Bemächtigungslage bejahen zu können.

Jedoch wurde von A und E zumindest ein Zahlungsversprechen des O i.H.v. 10.000 € noch im Schrebergartenhäuschen und damit noch während der Dauer der Zwangslage angestrebt (und auch tatsächlich erwirkt). Dies könnte für die Annahme des erforderlichen zeitlichen Zusammenhangs genügen. Voraussetzung hierfür wäre, dass die Abgabe des Zahlungsversprechens eine vermögensrelevante Handlung darstellt. Wie jedoch bereits im Rahmen der Erpressungsprüfung (siehe oben) erörtert, kommt der bloß formlosen Zahlungszusage des O bereits keine (unmittelbar) vermögensmindernde Wirkung zu. Denn anders als etwa bei einem notariell beglaubigten Schuldanerkenntnis[51] oder der Ausstellung eines Schuldscheins für nicht bestehende Ansprüche fehlt es in diesen Fällen bereits an einer tatsächlichen Einwirkung auf das Vermögen des O. Mangels (irgendeiner) Vermögensrelevanz reicht die bloß formlose Zahlungszusage des O daher nicht aus, den erforderlichen zeitlichen Zusammenhang zwischen der Bemächtigungslage und der beabsichtigten Erpressung zu begründen.[52] Dass A und E hier – fälschlicherweise – davon ausgingen, O werde „sicher" bezahlen, ändert hieran nichts.[53]

2. Ergebnis

A und E haben sich daher nicht wegen gemeinschaftlich begangenen erpresserischen Menschenraubs strafbar gemacht, indem sie O fesselten, bedrohten und in das Schrebergartenhäuschen des A verbrachten, um ihn zur Abgabe eines Zahlungsversprechens bzw. zur Zahlung von 10.000 € zu bewegen.

> *Hinweis*: Eine Strafbarkeit wegen *versuchten* gemeinschaftlich begangenen erpresserischen Menschenraubs gem. §§ 239a Abs. 1 Alt. 1, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB scheitert jedenfalls am fehlenden Tatentschluss von A und E.

IV. §§ 239b Abs. 1 Alt. 1, 25 Abs. 2 StGB (Zahlungsversprechen)

Durch dieselbe Handlung könnten sich A und E aber wegen gemeinschaftlich begangener Geiselnahme gem. §§ 239b Abs. 1 Alt. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

A und E haben O – einen Menschen – entführt (siehe oben). Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz

A und E handelten hinsichtlich der Entführung des O auch mit Wissen und Wollen und damit vorsätzlich i.S.d. § 15 StGB. Es kam ihnen gerade darauf an, sich des O zu bemächtigen (dolus directus 1. Grades).

bb) Qualifizierte Nötigungsabsicht

Darüber hinaus müssten A und E Absicht im Sinne von dolus directus 1. Grades im Hinblick auf die Nötigung durch eine *qualifizierte* Drohung, mithin die Drohung mit dem Tod oder mit einer schweren Körperverletzung (§ 226 StGB) des O, aufweisen. Dabei ist nicht erforderlich, dass die Drohung ausdrücklich ausgesprochen wird; stattdessen kann sie auch konkludent erfolgen oder sich aus den tatsächlichen Umständen der Tat ergeben.

E hat durch das Halten der Schreckschusspistole an den Kopf des O, während A die Zahlungsforderungen stellte, konkludent damit gedroht, O jedenfalls bei Nichteingehen auf diese zu erschießen (siehe oben). Eine (konkludente) Todesdrohung liegt vor. Dass es sich bei der Pistole „nur" um eine Schreckschusspistole handelt, ist unerheblich (siehe oben). Der Einsatz der Schreckschusspistole als Mittel zur qualifizierten Drohung durch E ist dem A auch angesichts des gemeinsamen Tatplans und der gemeinschaftlichen Tatausführung gem. § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen.

A und E müssten beabsichtigt haben, O durch die Drohung mit dessen Tod zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung zu nötigen. Beabsichtigter Nötigungserfolg kann dabei jedes beliebige Tun, Dulden oder Unterlassen sein; eine diesbezügliche Vermögensrelevanz ist – im Unterschied zu § 239a

[48] Vgl. *Rengier* (Fn. 44), § 24 Rn. 14; vgl. auch BGHSt 40, 350 = NJW 1995, 71: „während der Entführung".
[49] Vgl. BGH NJW 1997, 1082; BGH NStZ 2008, 569 (570); BGH NStZ-RR 2008, 109 (110); BGH NStZ 2022, 41.
[50] *Rengier* (Fn. 44), § 24 Rn. 14.
[51] Vgl. BGH NStZ 2014, 316.
[52] Vgl. BGH NStZ 2022, 41.
[53] Vgl. BGH NStZ 2022, 41. Das Ausgehen von einer „sicher" zu einem späteren Zeitpunkt erfolgenden Zahlung ist nicht gleichzusetzen mit der – bei A und E nicht vorhandenen – Annahme, die Zahlungszusage des O habe unmittelbar vermögensmindernde Wirkung „qua Ausspruchs" (siehe oben).

StGB – nicht erforderlich.[54] Denn die Geiselnahme unterscheidet sich vom erpresserischen Menschenraub durch ein größeres Gewicht der qualifizierten Nötigungshandlung. Daher kann der angestrebte Nötigungserfolg i.S.d. § 239b StGB gegenüber demjenigen des § 239a StGB von geringerem Unrechtsgehalt sein und dennoch einen gleich hohen Strafrahmen rechtfertigen.[55] Dabei genügt auch das Erstreben eines Teilerfolges, wenn dieser eine eigenständige Bedeutung gegenüber dem Enderfolg haben soll.[56] So reicht es in diesem Zusammenhang aus, wenn der Täter mehrere Verhaltensweisen des Opfers erstrebt, die er zwar nicht sämtlich schon während der Bemächtigungslage realisieren will, von denen er aber zumindest eine Handlung des Opfers in dieser Phase herbeiführt, wenn darin aus seiner Sicht eine bedeutende und eigenständige Vorstufe zum angestrebten Erpressungserfolg zu sehen ist.[57]

A und E wollten O (jedenfalls) zur Abgabe eines „Zahlungsehrenwortes" nötigen, wobei dieses auch tatsächlich erwirkt wurde. Die Abgabe eines Zahlungsversprechens stellt als (beliebige) Handlung grundsätzlich einen tauglichen beabsichtigten Nötigungserfolg i.S.d. § 239b Abs. 1 Alt. 1 StGB dar. Auf eine Vermögensrelevanz dieses „Zahlungsehrenwortes" kommt es nicht an (siehe oben).[58] Dem steht auch nicht entgegen, dass es A und E – jedenfalls im Ergebnis – vorrangig auf die tatsächliche Zahlung der „versprochenen" 10.000 € angekommen sein dürfte, die allerdings erst nach Ende der Zwangslage erfolgen sollte. Denn angesichts dessen, dass sich A und E sicher waren, dass O wie verlangt bezahlen werde und damit der Zahlungszusage eine gewisse „Bindungswirkung" hinsichtlich O zubilligten, stellte für A und E bereits die beabsichtigte Abnötigung der Zahlungszusage eine bedeutende und eigenständige Vorstufe zum eigentlich angestrebten Erpressungserfolg (Geldübergabe) dar.[59] Damit lag aus Sicht von A und E bereits in der angestrebten (und erreichten) Erlangung des aus ihrer Sicht „verbindlichen" Zahlungsversprechens ein selbstständig bedeutsamer Teilerfolg.

cc) Zeitlich-funktionaler Zusammenhang

Allerdings ist auch i.R.d. § 239b Abs. 1 Alt. 1 StGB – insbesondere mit Blick auf Zwei-Personen-Verhältnisse – zwischen der Entführung und der beabsichtigten Nötigung ein zeitlicher Zusammenhang dahingehend erforderlich, dass die erstrebte Handlung, Duldung oder Unterlassung noch während der Zwangslage vorgenommen werden soll.[60] Hinsichtlich der als „Enderfolg" beabsichtigten Geldübergabe ist ein solcher Zusammenhang zu verneinen, da diese erst nach Ende der Zwangslage erfolgen soll (siehe oben). Dagegen soll das Zahlungsversprechen des O als tauglicher beabsichtigter Nötigungserfolg noch im Schrebergartenhäuschen und damit noch während der Dauer der Bemächtigungssituation erlangt werden. Damit ist der erforderliche zeitliche Zusammenhang im Hinblick auf das erstrebte Zahlungsversprechen gegeben.

Die Bemächtigungslage hat sich insbesondere durch die Ortsveränderung auch hinreichend stabilisiert, sodass dieser eine gegenüber der beabsichtigten Nötigung eigenständige Bedeutung zukommt. Insbesondere fallen Bemächtigungs- und Nötigungsmittel nicht in eins zusammen. Damit liegt der erforderliche funktionale Zusammenhang zwischen der Entführung des O und der beabsichtigten Nötigung mittels qualifizierter Drohung ebenfalls vor.

dd) Zwischenergebnis

Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Mangels Rechtfertigungs-, Schuldausschließungs- und/oder Entschuldigungsgründen handelten A und E auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

A und E sind strafbar gem. §§ 239b Abs. 1 Alt. 1, 25 Abs. 2 StGB.

Die ebenfalls verwirklichten §§ 239 Abs. 1, 240 Abs. 1 und Abs. 2 StGB treten hinter § 239b StGB als subsidiär zurück, da sie sich in der Begründung und Aufrechterhaltung der Gewalt von A und E über O erschöpfen.[61] Die (ebenfalls verwirklichte) Bedrohung gem. § 241 Abs. 1 und Abs. 2 StGB wird wegen Spezialität verdrängt.[62]

> *Hinweis*: Die (verwirklichte) Verbrechensverabredung von A und E nach § 30 Abs. 2 StGB tritt wegen der Spezialität des Verbrechens auf Konkurrenzebene ebenfalls zurück.

V. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 3, Nr. 4, Nr. 5, 25 Abs. 2 StGB

A und E könnte sich wegen gemeinschaftlich begangener gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1

[54] BGH NStZ 2022, 41 (42); vgl. auch BGH NStZ 2006, 36 (37); BGH NStZ 2014, 38 m. Anm. *Krehl* und *Fahl*, JZ 2014, 582.
[55] BGH NJW 1997, 1082.
[56] BGH NJW 1997, 1082; BGH NStZ 2006, 37; BGH StV 2015, 765 (766 f.); *Eisele* (Fn. 46), § 239b Rn. 9.
[57] BGH NStZ 2022, 41 (42); siehe auch BGH NStZ-RR 2017, 176; BGH NStZ 2020, 667 (668).
[58] Vgl. BGH NStZ 2022, 41 (42); siehe auch BGH NJW 1997, 1082.
[59] Vgl. BGH NStZ 2022, 41 (42). Das Ausgehen von einer gewissen Bindungswirkung bzw. „Verbindlichkeit" der Zusage ist (ebenfalls) nicht gleichzusetzen mit der (nicht vorhandenen) Annahme, diese zeitige mit Abgabe unmittelbar vermögensmindernde Wirkung (vgl. oben).
[60] BGH NStZ 2022, 41 (42); BGH StV 1997, 303; BGH NStZ 2006, 36 (37) m. Anm. *Jahn/Kudlich*, NStZ 2006, 340; BGH NStZ-RR 2007, 343; BGH NStZ 2008, 279 (280); BGH StV 2014, 218; BGH StV 2015, 765 (766); BGH StV 2019, 101 (102); *Eisele* (Fn. 46), § 239b Rn. 9; *Valerius* (Fn. 9), § 239b Rn. 7; *Heger*, in: Lackner/Kühl (Fn. 13), § 239b Rn. 2.
[61] Vgl. BGH NStZ 1994, 284; BGH NStZ 2001, 248; *Fischer* (Fn. 28), § 239b Rn. 11.
[62] *Renzikowski* (Fn. 42), § 239b Rn. 39.

Nr. 2 Alt. 2, Nr. 3, Nr. 4, Nr. 5, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie O auf einen entlegenen Parkplatz lockten, ihn dort schlugen und anschließend brennende Zigaretten in seinem Gesicht ausdrückten.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Grundtatbestand, § 223 Abs. 1 StGB

A und E müssten O körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben, § 223 Abs. 1 StGB. Eine körperliche Misshandlung meint jede üble, unangemessene Behandlung des Körpers des Opfers, durch die dessen körperliches Wohlbefinden bzw. dessen körperliche Unversehrtheit mehr als nur unerheblich beeinträchtigt wird. Eine Gesundheitsschädigung ist jedes Aufrechterhalten oder Steigern eines pathologischen, d.h. negativ vom Normalzustand abweichenden Gesundheitszustands.

Indem A und E den O schlugen und Zigaretten in seinem Gesicht ausdrückten, was (beides) nach lebensnaher Sachverhaltsauslegung mit erheblichen Schmerzen verbunden ist, erfuhr dieser eine üble und unangemessene Behandlung seines Körpers, wodurch sowohl sein körperliches Wohlbefinden als auch seine körperliche Unversehrtheit mehr als nur unerheblich beeinträchtigt wurden. Eine körperliche Misshandlung liegt vor. Daneben stellen die Blutergüsse und Brandwunden auch einen negativ vom Normalzustand abweichenden und damit pathologischen Gesundheitszustand dar, sodass auch eine Gesundheitsschädigung zu bejahen ist.

> *Hinweis*: Dagegen überschreiten die durch das (dem A gem. § 25 Abs. 2 StGB zurechenbare, siehe oben) Vorhalten der Schreckschusspistole ausgelösten Schweißausbrüche des O wohl nicht die Erheblichkeitsschwelle des § 223 Abs. 1 Alt. 1 StGB, da sie insbesondere nur vorübergehender Natur sind.[63] Dies gilt wohl auch im Hinblick auf eine Gesundheitsschädigung.[64] Hinsichtlich des Fesselns fehlt es an konkreten Hinweisen im Sachverhalt, dass O hierdurch Schmerzen erlitten bzw. körperlich objektivierbare Zustände (etwa Striemen/Fesselmale) davongetragen hat. A.A. aber jeweils noch vertretbar.

bb) Qualifikationstatbestand, § 224 Abs. 1 StGB

(1) § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB

Durch das Ausdrücken der brennenden Zigaretten in Os Gesicht könnten A und E auch den Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB verwirklicht haben. Dazu müssten die brennenden Zigaretten ein anderes gefährliches Werkzeug im Sinne der Norm darstellen.

Ein anderes gefährliches Werkzeug gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB ist jeder körperliche Gegenstand, der, als Mittel zur Herbeiführung einer Körperverletzung eingesetzt, nach seiner objektiven Beschaffenheit sowie der konkreten Art seiner Verwendung dazu geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen.[65] Eine brennende Zigarette, die auf der Haut ausgedrückt wird, führt regelmäßig zu schmerzhaften Brandverletzungen, die vielfach auch mit Narbenbildungen verbunden sind; auch noch darüber hinausgehende Komplikationen sind „niemals auszuschließen“[66]. Wird sie – wie hier – auf der Gesichtshaut des Opfers ausgedrückt, besteht wegen der nicht „auszuschließenden Möglichkeit schmerzbedingt unkontrollierter Bewegungen sogar die Gefahr einer Augenverletzung“[67]. Damit sind die brennenden Zigaretten von A und E sowohl hinsichtlich ihrer objektiven Beschaffenheit als „Brandträger“/„Brandmittel“ als auch im Hinblick auf ihre konkrete Verwendung – Ausdrücken im Gesicht des O – geeignet, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen. Die Körperverletzung wurde daher auch mittels eines anderen gefährlichen Werkzeugs begangen.

(2) § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Fraglich ist, ob ein hinterlistiger Überfall i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB vorliegt. Ein Überfall ist ein plötzlicher unerwarteter Angriff auf einen Ahnungslosen, mithin auf jemanden, der den Angriff nicht erwartet und unvorbereitet ist.[68] Hier kommt allein die Angriffshandlung auf dem Parkplatz in Betracht, da O im weiteren Geschehensverlauf, d.h. während der Bemächtigungslage, stets mit (weiteren) Körperverletzungshandlungen rechnen musste (und wohl auch rechnete).

Dagegen versah sich O auf dem Parkplatz zu Beginn des Treffens mit A und E mangels irgendwelcher Anhaltspunkte keines Angriffs von A und E und war daher hinsichtlich des „plötzlichen“ – der E angesichts der gemeinschaftlichen Tatausführung und des gemeinsamen Tatplans auch gem. § 25 Abs. 2 StGB zurechenbaren – Schlags durch A ahnungslos und unvorbereitet. Ein Überfall liegt vor.

Dieser müsste auch hinterlistig erfolgt sein. Dazu müssten A und E planmäßig in einer auf Verdeckung ihrer wahren Absichten berechneten Weise vorgegangen sein, um dem O die Abwehr des nicht erwarteten Angriffs zu erschweren und die Vorbereitung auf seine Verteidigung nach Möglichkeit auszuschließen.[69] Das bloße Ausnutzen eines Überraschungsmoments reicht hingegen nicht aus. Zwar erfolgte der unmittelbare Schlag durch A hier nicht hinterrücks „aus dem Hinterhalt“, sondern gewissermaßen „offen“ auf dem Parkplatz. Allerdings haben A und E den O hier unter einem Vorwand auf einen entlegenen Parkplatz gelockt, um sich seiner dort – auch unter der Beibringung von Körperverletzungen – zu

[63] Vgl. *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 13), § 223 Rn. 4a; vgl. auch *Paeffgen/Böse*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 223 Rn. 11a.

[64] Vgl. die Aufzählung bei *Hardtung*, in: Erb/Schäfer (Fn. 12), § 223 Rn. 58.

[65] BGH NStZ 2008, 95; BGH NStZ-RR 2009, 50; BGH NStZ 2010, 512 (513); BGH NStZ-RR 2021, 211 (212); *Eschelbach*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 4), § 224 Rn. 28.

[66] So ausdrücklich BGH NStZ 2002, 30.

[67] So ausdrücklich BGH NStZ 2002, 30.

[68] BGH GA 1989, 132; *Sternberg-Lieben* (Fn. 63), § 224 Rn. 10.

[69] BGH NStZ-RR 2020, 42 (43); *Eschelbach* (Fn. 65), § 224 Rn. 35.

bemächtigen. Durch die planmäßige Wahl der Örtlichkeit, die einen Wegfall evtl. schutzbereiter Dritter bezweckte, sowie die dortige physische Übermacht von A und E sollten O auch die Angriffsabwehr erschwert und eine Vorbereitung auf seine Verteidigung möglichst ausgeschlossen werden. Das Locken des O in die „Parkplatz-Falle" von A und E stellt damit einen hinterlistigen Überfall i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB dar.[70] Angesichts der Planmäßigkeit des Vorgehens handelt es sich um mehr als das bloße Ausnutzen eines Überraschungsmoments.

Hinweis: A.A. mit guter Begründung vertretbar.

(3) § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB

Die Körperverletzung wurde auch mittels eines anderen Beteiligten begangen, da A und E am Tatort bewusst (als Mittäter) zusammenwirkten, § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB.

(4) § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

Fraglich ist, ob die Körperverletzung auch mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen wurde. Während eine Ansicht für § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB eine konkrete Lebensgefahr für das Opfer verlangt, genügt es nach ganz überwiegender Meinung, dass die Art der Behandlung nach den Umständen des Einzelfalls dazu generell geeignet ist, mithin eine jedenfalls abstrakte Lebensgefährlichkeit vorliegt.[71] Das Leben des O war weder infolge der Schläge (gegen seine Brust) noch durch das Ausdrücken der Zigaretten in Os Gesicht konkret gefährdet, da es nicht nur noch vom Zufall abhing, dass O überlebte. Mangels erhöhter Eingriffsintensität und gezielter Platzierung begründen diese Misshandlungen – anders als etwa Schläge gegen den Kopf[72] – jedoch auch keine abstrakte Lebensgefahr für O, sodass beide Ansichten zum selben Ergebnis gelangen. Ein Streitentscheid kann folglich unterbleiben. Es liegt kein Fall des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB vor.

b) Subjektiver Tatbestand

A und E handelten mit Wissen und Wollen, d.h. vorsätzlich im Hinblick auf den Körperverletzungserfolg des § 223 Abs. 1 StGB sowie hinsichtlich der Qualifikationsmerkmale der § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 3 und Nr. 4 StGB, da sie O gerade auf einen entlegenen Parkplatz lockten, um ihn anschließend gemeinsam mit Schlägen und brennenden Zigaretten zu misshandeln.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Mangels Rechtfertigungs-, Schuldausschließungs- und/oder Entschuldigungsgründen handelten A und E auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

A und E haben sich wegen gemeinschaftlich begangener gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 3, Nr. 4, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: Im Hinblick auf eine dauernde Entstellung durch (ggf. dauerhafte) Brandnarben im Gesicht des O gem. §§ 226 Abs. 1 Nr. 3 Var. 1, 25 Abs. 2 StGB fehlt es an hinreichend spezifischen Anhaltspunkten im Sachverhalt. Hinsichtlich eines Versuchs nach §§ 211, 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB fehlt es am Tatentschluss von A und E.

VI. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

A und E haben sich wegen gemeinschaftlich begangener Geiselnahme in Tateinheit mit versuchter gemeinschaftlich begangener besonders schwerer räuberischer Erpressung und gemeinschaftlich begangener gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht, §§ 239b Abs. 1 Alt. 1, 25 Abs. 2 StGB – § 52 StGB – §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB – § 52 StGB – §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 3, Nr. 4, 25 Abs. 2 StGB.

§ 250 Abs. 1 Nr. 1a Alt. 2 StGB tritt hinter § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB zurück.

Teil 2: Strafprozessuale Zusatzfrage

Fraglich ist, ob die zuständige Staatsanwaltschaft das Verfahren gegen O zu Recht nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt hat. Dies wäre dann der Fall, wenn kein hinreichender Tatverdacht im Sinne der Norm vorläge. Hinreichend ist der Tatverdacht dann, wenn eine Verurteilung mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten, d.h. wahrscheinlicher als ein Freispruch ist.[73]

Ein hinreichender Tatverdacht kann einerseits aus tatsächlichen, andererseits aus rechtlichen Gründen fehlen. Dann ist das Verfahren zwingend einzustellen. Aus tatsächlichen Gründen fehlt es an einem hinreichenden Tatverdacht, wenn nach dem Ergebnis der Ermittlungen der Nachweis eines strafbaren Verhaltens – z.B. mangels verwertbarer Beweise – nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit geführt werden kann. Aus rechtlichen Gründen ist ein hinreichender Tatverdacht zu verneinen, wenn Rechtfertigungs-, Entschuldigungs-, Schuldausschließungs- oder Strafausschließungsgründe sowie nicht behebbare Verfahrenshindernisse vorliegen.[74]

Laut Bearbeitungsvermerk ist davon auszugehen, dass die angezeigte Tat O nach Ansicht der Staatsanwaltschaft mit hinreichender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden kann. In Betracht kommt daher nur eine Einstellung aus rechtlichen Gründen.

Fraglich ist, ob Rechtfertigungs-, Entschuldigungs-, Schuldausschließungs- oder Strafausschließungsgründe einschlägig sind: O hat M mit den Worten, er solle „sein dreckiges Maul halten", bedacht und ihn als „totalen Versager" bezeichnet.

[70] Vgl. BGH NStZ-RR 2011, 337; *Sternberg-Lieben* (Fn. 63), § 224 Rn. 10; *Eschelbach* (Fn. 65), § 224 Rn. 35.
[71] Zum Ganzen *Fischer* (Fn. 28), § 224 Rn. 27.
[72] Vgl. hierzu BGH BeckRS 2007, 10873; BGH NStZ-RR 2012, 340.
[73] *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 10. Aufl. 2021, § 12 Rn. 4.
[74] *Gorf*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra, Stand: 1.10.2022, § 170 Rn. 15.

Damit hat O gegenüber M seine (Os) Missachtung der Person des M kundgetan, mithin den M beleidigt, § 185 Alt. 1 StGB. Dies geschah mit Wissen und Wollen, also vorsätzlich. Allgemeine Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Es könnte jedoch eine Rechtfertigung nach § 193 StGB in Betracht kommen. Wertet man die Äußerungen des O nicht ohnehin als Schmähkritik bzw. als Formalbeleidigung mit der Folge, dass die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG in diesen Fällen gleichsam „automatisch" hinter den Ehrenschutz zurücktreten würde, ohne dass es hierfür einer Einzelfallabwägung bedürfte,[75] so ist an dieser Stelle eine abwägende Gewichtung der Beeinträchtigungen, die der persönlichen Ehre auf der einen und der Meinungsfreiheit auf der anderen Seite drohen, vorzunehmen.[76] Für ein Überwiegen der Meinungsfreiheit des O spricht einerseits deren konstituierende Bedeutung für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung, andererseits der Umstand, dass M hier als Behördenvertreter agiert und die – vergleichsweise harmlosen – Äußerungen des O jedenfalls nicht gänzlich ohne Sachbezug zur beruflichen Tätigkeit des M stehen. So gehört das Recht, Maßnahmen der öffentlichen Gewalt, wozu auch Verwaltungshandeln zählt, ohne Furcht vor staatlichen Sanktionen zu kritisieren, gerade zum Kernbereich des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung.[77] Nichtsdestotrotz lassen sich gewichtige Gründe dafür anführen, dass die Meinungsfreiheit des O hier dennoch hinter den Ehrschutz des M zurücktreten muss: So handelt es sich bei Os Äußerung weder um einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage[78] noch wird hierdurch ein konkretes (berufliches) Fehlverhalten des M adressiert – Führungsqualitäten lassen sich kaum objektiv-angreifbar einschätzen; zudem verbleibt stets ein eigener Beurteilungsspielraum des Erklärenden. Stattdessen steht für O ersichtlich die persönliche Herabsetzung des M – wenngleich in seiner Eigenschaft als Behördenvertreter – im Mittelpunkt, um seiner gekränkten Eitelkeit „Luft" zu verschaffen. Daneben mögen Os Äußerungen im Vergleich zu manch anderen Ausdrucksweisen noch als vergleichsweise harmlos erscheinen, dennoch bedient sich O einer äußerst ordinären Wortwahl („dreckiges Maul") und zielt mit seinen Bemerkungen unmittelbar auf die Person des M ab, dem er sämtliche (beruflichen) Fähigkeiten abspricht („totaler Versager"). Damit gehen Os Äußerungen weit über (grundsätzlich hinzunehmende) kritisch-flapsige Bemerkungen hinaus. In einer Gegenüberstellung der betroffenen Rechtsgüter muss daher insbesondere angesichts des Fehlens eines nachvollziehbaren, hinreichend gewichtigen Anlasses sowie mit Blick auf die persönlich-herabsetzende Stoßrichtung der Äußerung ohne wirklichen (reaktiven) Sachbezug die Meinungsfreiheit des O hinter das allgemeine Persönlichkeitsrecht und den Ehrschutz in Bezug auf M zurücktreten. O ist daher nicht nach § 193 StGB gerechtfertigt.

Hinweis: A.A. nur mit sehr guter Argumentation noch vertretbar und klausurtaktisch jedenfalls nicht empfehlenswert. Die Abwägung kann auch etwas kürzer ausfallen.

Entschuldigungs-, Schuldausschließungs- oder Strafausschließungsgründe liegen nicht vor.

Es könnte jedoch ein dauerndes Verfahrenshindernis aufgrund eines fehlenden, weil nicht wirksam gestellten Strafantrags vorliegen. Wäre dies der Fall, müsste das Verfahren zwingend eingestellt werden. Die Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO wäre dann zu Recht erfolgt.

I. Erfordernis eines Strafantrags: § 185 StGB als absolutes Antragsdelikt

Zunächst müsste im Verfahren gegen O überhaupt ein zwingendes Strafantragserfordernis bestehen. Bei der Beleidigung nach § 185 StGB handelt es sich um ein sog. absolutes Antragsdelikt, vgl. § 194 Abs. 1 S. 1 StGB. Der Strafantrag (§§ 77 ff. StGB, § 158 StPO) kann daher insbesondere nicht dadurch ersetzt werden, dass die Staatsanwaltschaft ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung bejaht. Bei dem Strafantrag handelt es sich daher um eine Prozessvoraussetzung, bei deren Fehlen das Verfahren grundsätzlich einzustellen ist.

II. Wirksame Antragstellung durch D?

Fraglich ist, ob der durch D noch am Tattag per Onlineanzeige gestellte Strafantrag wirksam ist.

1. Antragstellung (nur) durch die Dienstvorgesetzte D

Dies könnte zunächst deshalb problematisch sein, weil die Dienstvorgesetzte D den Antrag gestellt hat und nicht der Verletzte der Beleidigung, der M. Gem. §§ 77 Abs. 1 StGB ist bei absoluten Antragsdelikten grundsätzlich (nur) der Verletzte selbst antragsberechtigt – außer das Gesetz bestimmt etwas anderes. Eine solche anderweitige gesetzliche Bestimmung könnte hier in § 194 Abs. 3 S. 1 StGB zu sehen sein. Diese Norm gewährt dem Dienstvorgesetzten des Verletzten ein selbstständiges (und vom Betroffenen unabhängiges) Antragsrecht, wenn die Beleidigung gegen einen Amtsträger (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB) bzw. einen für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten (§ 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB) während der Ausübung seines Dienstes oder in Beziehung auf seinen Dienst begangen wurde.

a) Amtsträgereigenschaft des M

M könnte Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB sein. Dazu müsste er – ohne bereits durch § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a und Nr. 2 lit. b StGB erfasst zu werden – dazu bestellt sein, bei einer Behörde Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen, § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB. M ist weder Beamter noch Richter noch steht er in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis.

[75] St. Rspr., vgl. BVerfGE 82, 43 (51); 85, 1 (16); 93, 266 (293 f.); 99, 185 (196); BVerfG NJW 2020, 2622.
[76] St. Rspr., vgl. nur BVerfGE 7, 198 (212); 85, 1 (16); 93, 266 (293); BVerfG NJW 2020, 2622.
[77] Vgl. OLG Brandenburg BeckRS 2016, 117860 (Durchsuchung der Wäsche eines Strafgefangenen durch eine Justizvollzugsangestellte).
[78] Vgl. BVerfGE 7, 198 (208, 212); 93, 266 (294 f.); BVerfG NJW 2020, 2622 (2623).

Dem Begriff der öffentlichen Verwaltung sind alle Tätigkeiten zuzuordnen, die aus der Staatsgewalt abgeleitet sind und staatlichen Zwecken dienen.[79] Dies schließt sowohl die Aufgaben der staatlichen Anordnungs- und Zwangsgewalt als auch das Tätigwerden des Staates im Bereich der Leistungsverwaltung und Daseinsvorsorge ein. Maßgeblich für die Zuordnung zur öffentlichen Verwaltung ist der materielle Gehalt der konkreten Tätigkeit.[80] Eine Behörde (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 7 StGB) ist eine „in den Organismus der Staatsverwaltung eingeordnete, organisatorische Einheit von Personen und sächlichen Mitteln, die mit einer gewissen Selbstständigkeit ausgestattet dazu berufen ist, unter öffentlicher Autorität für die Erreichung der Zwecke des Staates oder von ihm geförderter Zwecke tätig zu sein“[81].

M ist als Mitarbeiter im Jobcenter tätig. Das Jobcenter müsste eine Behörde sein. Als Jobcenter werden die gemeinsamen Einrichtungen der Bundesagentur für Arbeit und eines kommunalen Trägers (z.B. einer Stadt) bezeichnet. Das Jobcenter ist unter anderem zuständig für die Arbeitsvermittlung, Qualifizierung und Grundsicherung für Arbeitsuchende („Hartz IV“) nach dem SGB II, vgl. § 44b Abs. 1 S. 1 SGB II. In seiner organisatorischen Struktur und Ausgestaltung ist es als eine in den Organismus der Staatsverwaltung eingeordnete organisatorische Einheit von Personen- und Sachmitteln zu qualifizieren. Als „gemeinschaftliche Verwaltungseinrichtung“ der Bundesagentur für Arbeit und der kommunalen Träger zum Vollzug der Grundsicherung für Arbeitsuchende konstituiert sich das Jobcenter als selbständige Organisationseinheit und genießt daher auch eine gewisse rechtliche Selbstständigkeit, vgl. Art. 91e Abs. 1 GG.[82] Ebenfalls für eine Behördeneigenschaft des Jobcenters spricht, dass das Jobcenter befugt ist, Verwaltungsakte und Widerspruchsbescheide zu erlassen, vgl. § 44b Abs. 1 S. 3 SGB II.[83] Indem M als Mitarbeiter beim Jobcenter angestellt und damit u.a. für die Arbeitsvermittlung und Gewährung der Grundsicherung für Arbeitssuchende als Teil der staatlichen Leistungsverwaltung zuständig ist, übt er auch eine Tätigkeit aus, die unmittelbar aus der Staatsgewalt abgeleitet ist und staatlichen Zwecken (Sozialfürsorge, Grundsicherung) dient. Diese Aufgabe wurde ihm auch durch einen (grundsätzlich formfreien) konstituierenden Bestellungsakt übertragen, indem die Heranziehung (wohl im Wege einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung) zu einer organisatorischen Eingliederung des M in die Behördenstruktur des Jobcenters führte.[84]

M ist daher Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c Var. 1 StGB.

> *Hinweis*: Selbstverständlich sind an dieser Stelle keine derart vertieften Kenntnisse bzgl. der rechtlichen Organisationsform von „Jobcentern“ erforderlich. Es sollten jedoch die Hinweise aus dem Sachverhalt sowie die Implikationen des (abgedruckten) § 44b SGB II zielführend verwertet werden.

b) Beleidigung während der Ausübung des Dienstes bzw. in Beziehung auf den Dienst

O beleidigte M während eines Arbeitsvermittlungsgesprächs. Die Beleidigung traf damit mit der Dienstausübung des M räumlich und zeitlich zusammen und erfolgte somit während der Ausübung seines Dienstes.[85]

c) Zwischenergebnis

Der Dienstvorgesetzen D steht daher grundsätzlich ein selbstständiges Antragsrecht zu, §§ 194 Abs. 3 S. 1, 77 Abs. 1, 77a Abs. 1 StGB.

2. Wirksame Antragstellung durch Onlineverfahren

Fraglich ist jedoch, ob die Antragsstellung per „Onlinewache“ durch D wirksam war. Dies könnte deshalb problematisch sein, weil bei der Beleidigung als absolutem Antragsdelikt die Formvorschrift des § 158 Abs. 2 StPO greift. Danach muss der Antrag bei einer (Polizei-)Behörde schriftlich gestellt werden. Es fragt sich, ob der „Onlineantrag“ dieses Formerfordernis erfüllt.

Die Schriftform ist jedenfalls dann gewahrt, wenn der Strafantrag der Formvorschrift des § 126 BGB genügt.[86] Danach muss die Urkunde eigenhändig zumindest durch Namensunterschrift unterzeichnet werden. Insgesamt werden aber keine allzu hohen Anforderungen in diesem Zusammenhang gestellt. So genügt es, wenn der Strafantragsteller gegenüber der Polizei seinen Verfolgungswillen unmissverständlich und schriftlich zum Ausdruck bringt.[87] Dementsprechend kann auch im Rahmen der schriftlichen Strafanzeige konkludent der Strafantrag enthalten sein. Auch wird das Merkmal „schriftlich“ im Allgemeinen weit, d.h. über die Grenzen des § 126 BGB hinaus, ausgelegt.[88] „Schriftlich“ wird danach als „schriftlich niedergelegt“, nicht aber zwingend als „unter-

[79] *v. Heintschel-Heinegg*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 4), § 11 Rn. 16.
[80] *v. Heintschel-Heinegg* (Fn. 79), § 11 Rn. 16; BGH NStZ 2019, 652 m. Anm. *Hecker*, JuS 2020, 178; krit. *Gumnior*, HRRS 2019, 296.
[81] BVerfGE 10, 20 (48).
[82] BVerfGE 119, 331 (368 Rn. 163); *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 91e Rn. 10.
[83] Dahingehend auch SG Karlsruhe BeckRS 2015, 71272. Ein eigenständiger strafrechtlicher Behördenbegriff existiert nicht. Es ist daher grundsätzlich auf den staats- bzw. verwaltungsrechtlichen Behördenbegriff abzustellen, *Radtke*, in: Erb/Schäfer (Fn. 12), § 11 Rn. 149.
[84] BGHSt 43, 96; BGH NJW 1998, 2373; BGH NJW 2001, 3062; BGH NJW 2004, 693; KG NStZ-RR 2008, 198; *v. Heintschel-Heinegg* (Fn. 79), § 11 Rn. 20.
[85] *Valerius* (Fn. 9), § 194 Rn. 20.
[86] Hierzu und zum Folgenden AG Auerbach BeckRS 2021, 5624.
[87] Vgl. BGH NStZ 1995, 353.
[88] Noch deutlicher *Jahn*, JuS 2021, 564 (565): „Auf die Formerfordernisse des § 126 BGB kommt es im Strafprozessrecht nicht an.“

schrieben“ verstanden.[89] Entscheidend ist demnach, dass der Zweck der Formvorschrift, nämlich die Sicherstellung der Identität des Erklärenden und des Inhalts der Erklärung, gewahrt wird.[90] Es muss daher in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise ersichtlich sein, von wem die Erklärung herrührt.[91]

Fraglich ist, ob der Onlineantrag der D diesem Formerfordernis genügt.

Man könnte hier argumentieren, dass auch dieser über die „Onlinewache“ der bayerischen Polizeiverwaltung eingereichte Strafantrag dem Formerfordernis des § 158 Abs. 2 StPO genügt, da angesichts der umfassenden Angaben zur Person der D als Antragstellerin und der des M als Verletztem sowie aufgrund der (grundsätzlich) erfassten IP-Adresse des Absende-Computers eine zweifelsfreie Feststellung der Identität des Erklärenden (hier der D) gewährleistet ist.[92] Danach läge ein wirksamer Strafantrag vor. Die Verfahrenseinstellung erfolgte zu Unrecht.

Nach der Gegenmeinung ist fraglich, ob tatsächlich allein durch die im Rahmen der Onlineanzeige getätigten Angaben die Hauptfunktion des Schriftformerfordernisses, die zweifelsfreie Zuordnung der Erklärung zum Antragsteller als Basis für weitere Ermittlungen, hinreichend gewahrt wird. So bleibt die Nutzung der „Onlinewache“ im Kern ein anonymer Vorgang.[93] Selbst wenn dabei die IP-Adresse erfasst wird, lässt sich damit allenfalls der genutzte Computer, nicht aber der konkrete Nutzer identifizieren.[94] Hieran ändert auch nichts, dass D im Rahmen des Onlineverfahrens umfassende Angaben zu ihrer Person als Antragstellerin (und der des M als Geschädigtem) gemacht hat. Denn bei der Onlineanzeige findet gerade kein persönlicher Kontakt zwischen Polizei und Antragsteller statt, der weitere konkrete Überprüfungsmöglichkeiten im Verfahren, insbesondere durch Befragen des aufnehmenden Polizeibeamten, ermöglicht.[95] Damit bleiben die zur Person bzw. Identität des Erklärenden gemachten Angaben – hier die der D – letztlich unüberprüfbar und ermöglichen folglich keine zweifelsfreie Feststellung der Identität des Erklärenden. Danach fehlte es an einem (form-)wirksamen Strafantrag.

Da beide Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist ein Streitentscheid erforderlich:

Für letztgenannte Ansicht spricht, dass das Schriftformerfordernis des § 158 Abs. 2 StPO nicht nur dem Schutz des Erklärungsempfängers, sondern auch dem des Erklärenden dient.[96] Er soll vor den Folgen einer weitreichenden, aber überhastet abgegebenen Erklärung geschützt werden. Denn in der Regel geht mit der Abgabe einer schriftlichen Erklärung auch das Bewusstsein einher, eine Erklärung von erheblicher Tragweite abzugeben. Für den Strafantrag gilt diese Schutzfunktion aus zweierlei Gründen: Zum einen betreffen die reinen Antragsdelikte i.S.d. § 158 Abs. 2 StPO häufig Straftatbestände, die im engen persönlichen Umfeld des Antragstellers verwirklicht wurden. Mit dem Erfordernis des Strafantrags hat der Gesetzgeber in den §§ 194 (und 247) StGB ausdrücklich dem Geschädigten die Wahl gelassen, ob eine staatliche Einmischung in diese engen persönlichen Verhältnisse durch die Strafverfolgung erfolgen soll oder nicht. Zum anderen zieht ein gestellter Strafantrag für den Fall der Rücknahme auch immer die (z.T. nicht unerhebliche) Kostenfolge des § 470 StPO nach sich. Gerade vor diesen persönlichen und wirtschaftlichen Folgen eines gegebenenfalls überhastet und unüberlegt gestellten Strafantrags soll das Schriftformerfordernis des § 158 Abs. 2 StPO schützen. Diese Schutzfunktion der Schriftform würde jedoch völlig aufgegeben, folgte man der Auffassung, auch einen nur online gestellten Strafantrag für § 158 Abs. 2 StPO genügen zu lassen.[97]

Der Onlineantrag der D genügt daher nicht dem Schriftformerfordernis des § 158 Abs. 2 StPO.

Hinweis: I.E. sind hier beide Ansichten vertretbar; entscheidend ist allein die entsprechende Begründung.

III. Rechtsfolgen und Ergebnis

Damit fehlt es im Verfahren gegen O an einem wirksamen, d.h. formgemäßen Strafantrag gem. §§ 194 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1, 77 Abs. 1, 77a Abs. 1 StGB i.V.m. § 158 Abs. 2 StPO. Dieser kann auch nicht mehr nachgeholt werden, da die dreimonatige Strafantragsfrist des § 77b Abs. 1 S. 1 StGB inzwischen abgelaufen ist. Damit liegt ein dauerndes Verfahrenshindernis vor. Das Verfahren gegen O ist daher zwingend nach § 170 Abs. 2 StPO einzustellen. Die Einstellung durch die zuständige Staatsanwaltschaft erfolgte folglich zu Recht.[98]

[89] So wurde es z.B. als ausreichend angesehen, dass ein Antragsteller im Rahmen seiner polizeilichen Zeugenvernehmung selbst auf Tonband den Strafantrag aufspricht und dieser dann durch die Polizei in ein schriftliches Protokoll umgesetzt wird, vgl. BayObLG NStZ 1997, 453.

[90] AG Auerbach BeckRS 2021, 5624 Rn. 4.

[91] BGH NStZ 2002, 558; *Griesbaum*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 158 Rn. 45.

[92] Dahingehend *Jesse*, DRiZ 2018, 28; *Goers*, in: Graf (Fn. 74), § 158 Rn. 46.

[93] AG Auerbach BeckRS 2021, 5624.

[94] AG Auerbach BeckRS 2021, 5624.

[95] AG Auerbach BeckRS 2021, 5624.

[96] Hierzu und zum Folgenden AG Auerbach BeckRS 2021, 5624.

[97] AG Auerbach BeckRS 2021, 5624; zustimmend *Jahn*, JuS 2021, 564 und *Dießner*, FD-StrafR 2021, 438457.

[98] Hinweis: In der Praxis müsste die StA aber wohl darauf hinwirken, dass ein (formwirksamer) Strafantrag gestellt wird, vgl. Nr. 6 Abs. 2 RiStBV, siehe *Jahn*, JuS 2021, 564.

Fortgeschrittenenklausur: Ein Handwerker auf Superspartour

Von Wiss. Mitarbeiter **Jonas C. Schulz**, Augsburg*

Angesichts der Rekordpreise für Benzin und Diesel im Jahr 2022 häufen sich in zunehmendem Maße wieder Medienberichte über das „Zapfen ohne zu bezahlen" und den „Sprit-Klau" an deutschen Tankstellen. Doch wie sind solche Sachverhalte strafrechtlich zu behandeln? Der Übungsfall für Fortgeschrittene (Bearbeitungszeit: drei Stunden) widmet sich der bisher in den Ausbildungszeitschriften wenig diskutierten Fallkonstellation, in der sich der Täter erst nach dem Tankvorgang dazu entschließt, nicht zu bezahlen.[1] *Die Klausur wurde in leicht veränderter Form (ohne den Sachverhaltskomplex 3) an der Universität Augsburg im Sommersemester 2021 als Vorlesungsabschlussklausur im Grundkurs Strafrecht II gestellt. Der Notenschnitt betrug 5,45 Punkte. Die Durchfallquote lag bei 28 %. Problemschwerpunkte umfassen das tatbestandsausschließende Einverständnis beim Diebstahl, die schadensgleiche Vermögensgefährdung beim Forderungsbetrug, die Eigenschaft eines Schraubendrehers als gefährliches Werkzeug sowie das Erfordernis einer subjektiven Verdachtsbildung beim räuberischen Diebstahl.*

Sachverhalt

Handwerker Alfred (A) ist mit seinem Pkw nach Feierabend auf dem Heimweg. Dabei trägt er seine Arbeitshose, in deren Tasche sich wie immer ein 25 cm langer, spitz zulaufender Schraubendreher befindet. Während der Fahrt bemerkt A, dass die Tankanzeige des Autos aufleuchtet. Mit den letzten Tropfen Benzin im Tank erreicht er die Selbstbedienungstankstelle der Betreiberin Bertha (B). An der Zapfsäule ist der Hinweis angebracht, dass der Eigentumsübergang an den Kraftstoffen unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Bezahlung steht. A tankt seinen insgesamt 60 l fassenden Benzintank für 120 € voll.

Auf dem Weg zum Tankstellengebäude fällt ihm auf, dass die Zapfsäulen nicht videoüberwacht sind. A beschließt, diesen Umstand auszunutzen und „heute einmal zu sparen". Um seine Anwesenheit im Kassenraum nicht merkwürdig erscheinen zu lassen, nimmt er ein Eis aus der Kühltruhe und legt dieses zur Bezahlung auf den Tresen. B kassiert daraufhin nur das Eis ab. Aufgrund der zur Feierabendzeit regen Frequentierung der Tankstelle bemerkte B nicht, dass A getankt hatte.

Kurz vor dem Ausgang entdeckt der begeisterte Hobbyflieger A im Zeitschriftenregal noch seine 6,50 € teure Lieblingszeitschrift „Flugzeug Revue". Er beschließt, diese „kostenlos" mitzunehmen und für sich zu behalten. Deshalb schiebt er die Zeitschrift unter seine enganliegende Jacke und verlässt das Gebäude.

In diesem Moment fällt B auf, dass A sein Wechselgeld auf dem Tresen liegen gelassen hat. Sie eilt ihm daher hinterher. Als A wieder losfahren will, stellt sich B vor sein Auto und wedelt mit den Wechselgeldscheinen in der Luft herum. A glaubt nun, B habe alles durchschaut und missversteht die Geste als Aufforderung, das Benzin und die Zeitschrift zu bezahlen. Um dies zu vermeiden und die Zeitschrift nicht wieder herausrücken zu müssen, gibt A Gas und fährt auf B zu. Diese springt – wie von A beabsichtigt – aus Angst, angefahren zu werden, im letzten Moment zur Seite. A rast vom Tankstellengelände fort, von dem B ihm verdutzt nachschaut.

Bearbeitungsvermerk

Wie hat sich A nach dem StGB strafbar gemacht? Etwaige erforderliche Strafanträge wurden gestellt. Die §§ 123, 211 f., 223 f., 265a und 315b f. StGB sind nicht zu prüfen. Unterstellen Sie, dass B Eigentümerin des Kraftstoffs und der Waren im Tankstellen-Shop ist. Nehmen Sie ferner an, dass zwischen A und B mit dem Einfüllen des Benzins ein Kaufvertrag gem. § 433 BGB zustande gekommen ist.

Lösungsvorschlag

Sachverhaltskomplex 1: Das Betanken

I. § 242 Abs. 1 StGB

Indem A seinen Wagen mit 60 l Benzin volltankte, könnte er sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Bewegliche Sache

Bei dem Benzin handelte es sich um eine bewegliche Sache.

b) Fremdheit

Diese müsste für A fremd gewesen sein. Fremd ist eine Sache, wenn sie zumindest auch im Eigentum einer anderen Person steht.[2]

aa) H.M.: Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens entscheidend

Nach h.M. kommt es für die Beurteilung der Eigentumsverhältnisse auf den Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens (§ 22 StGB) zur Wegnahme an.[3] Das Benzin stand im Zeitpunkt des Ansetzens zum Tanken im Eigentum der B und war daher für A zu diesem Zeitpunkt jedenfalls noch fremd.

---

* Der *Autor* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Medizin- und Wirtschaftsstrafrecht (Prof. *Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel*) an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg. Er dankt dem Lehrstuhlinhaber sowie Herrn Akad. Rat a.Z. *Dr. Sven Großmann* für wertvolle Kritik und Anregungen.

[1] Vgl. zu den verschiedenen Konstellationen instruktiv *Rebler*, JA 2013, 179 ff.

[2] Vgl. *Schmitz*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2021, Bd. 4, § 242 Rn. 31 m.w.N; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 12.

[3] *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 242 Rn. 17; *Schmitz* (Fn. 2), § 242 Rn. 43; *Kudlich/Noltensmeier*, JA 2007, 863 (866); *Streng*, JuS 2002, 454 f.

bb) A.A: Gesamter Vorgang der Wegnahme entscheidend

Eine Mindermeinung verneint jedoch bereits die Fremdheit der Sache, wenn der Täter durch die Wegnahme zugleich Eigentum erwirbt.[4]

(1) Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb

Ein rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb[5] an der Zapfsäule scheidet aufgrund des dort angebrachten Hinweises aus. Bei diesem handelt es sich um eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung, mithin um eine allgemeine Geschäftsbedingung i.S.d. §§ 305 ff. BGB, die einen Eigentumsvorbehalt zum Gegenstand hat. Nach diesem erfolgt die Einigung über die Eigentumsübertragung (§ 929 S. 1 BGB) unter der aufschiebenden Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) der vollständigen Kaufpreiszahlung.[6] Da der Kaufpreis an der SB-Tankstelle der B aber erst zeitlich später im Tankstellengebäude entrichtet wird, konnte zum Zeitpunkt des Tankens noch kein Eigentum an dem Benzin übergehen.

(2) Gesetzlicher Eigentumserwerb

Ein gesetzlicher Eigentumserwerb durch Vermischung erfolgte ebenfalls nicht. A erreichte die Tankstelle mit den letzten Tropfen Sprit. Sofern man annimmt, dass sich noch eine letzte kleine Menge im Tank befunden hat, ist A gem. § 948 Abs. 1 BGB i.V.m. § 947 Abs. 1 Hs. 1 BGB zwar Miteigentümer an dem Benzin geworden. Fremdes Miteigentum (hier der B) ist aber für die Annahme der Fremdheit einer Sache ausreichend.[7] Vertretbar wäre es aber auch, aufgrund der überragend großen Menge des neu eingefüllten Benzins der B, über § 948 Abs. 1 BGB i.V.m. § 947 Abs. 2 BGB eine Alleineigentümerstellung der B anzunehmen.[8]

(3) Zwischenergebnis

A hat durch den Tankvorgang weder rechtsgeschäftlich noch gesetzlich Eigentum erworben. Beide Auffassungen kommen somit zur Fremdheit des Benzins. Ein Streitentscheid ist daher entbehrlich. Gleichwohl überzeugt die Mindermeinung nicht. Denn sie hat zur Konsequenz, dass die weniger intensive Form der Verletzung des Rechtsguts Eigentum, bei der das Opfer lediglich seine faktische Ausübungsmöglichkeit nach § 903 BGB über die Sache verliert, strafbar wäre, nicht jedoch die weit intensivere Form in Gestalt des völligen Verlusts der Eigentümerstellung.[9]

> *Hinweis*: Aus diesem Grund wurde es von den Bearbeiter:innen nicht erwartet, die Mindermeinung zu erörtern und ausschweifende zivilrechtliche Analysen zur Eigentumslage anzustellen. Ausreichend war es, mit der h.M. von der Fremdheit des Benzins auszugehen.

c) Wegnahme

Weiterhin müsste A das Benzin weggenommen haben. Unter einer Wegnahme versteht man den Bruch fremden Gewahrsams und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams.[10] Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaftsmacht.[11] Die Gewahrsamsverhältnisse über eine Sache bestimmen sich nach der allgemeinen Verkehrsauffassung.[12] Nach dieser ist anzunehmen, dass zunächst B als Tankstellenbetreiberin Gewahrsamsinhaberin an dem Benzin gewesen ist. Nach dem Tanken hatte A die Herrschaft über das Benzin so erlangt, dass er sie ohne Behinderung durch B ausüben konnte. Diese konnte ihrerseits nicht mehr über die Sache verfügen, ohne die Verfügungsmacht des A zu beseitigen. Somit ist von einer Begründung neuen Gewahrsams durch A auszugehen. Fraglich ist jedoch, ob sich diese Gewahrsamsbegründung auch als Gewahrsamsbruch bezeichnen lässt. Dazu müsste sie gegen oder ohne den Willen der B erfolgt sein.[13]

aa) Bedingtes Einverständnis

Zunächst könnte man sich unter Rekurs auf die Lehre vom bedingten Einverständnis[14] auf den Standpunkt stellen, dass

[4] Vgl. *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 3. Aufl. 2015, S. 9 m.w.N.; *Wittig*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, Stand: 1.8.2022, § 242 Rn. 8 f.

[5] Nach zutreffender Auffassung ist in der Freischaltung der Zapfsäule zivilrechtlich nicht nur ein Angebot ad incertas personas auf Abschluss eines Kaufvertrages gem. § 433 BGB zu erblicken, das die Kunden durch Einfüllen der Kraftstoffe annehmen (*Lorenz*, LMK 2011, 319864; *Conrad/Bisenius*, JA 2011, 740 [743]; vgl. auch *Armbrüster*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 145 Rn. 10). Vielmehr ist in der Freischaltung auch ein Übereignungsangebot nach § 929 S. 1 BGB zu sehen, das ebenfalls durch das Einfüllen der Kraftstoffe angenommen wird (vgl. LG Traunstein BeckRS 2011, 14960). Ob dieses Übereignungsangebot grds. unter der Bedingung der Kaufpreiszahlung steht, ist str. (vgl. *Beckmann*, in: Martinek [Hrsg.], Juris-PraxisKommentar BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2020, § 929 Rn. 36), hier jedoch unproblematisch, da ein Eigentumsvorbehalt durch den Hinweis (AGB) ausdrücklich vereinbart wurde.

[6] Vgl. *Wellenhofer*, Sachenrecht, 37. Aufl. 2022, § 14 Rn. 1; *Vieweg/Lorz*, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 11 Rn. 3; *Lorenz*, JuS 2011, 199.

[7] *Schmitz* (Fn. 2), Rn. 32; *Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 242 Rn. 15.

[8] Vgl. *Lange/Trost,* JuS 2003, 961 (964); krit. aber *Faust*, JuS 2011, 929 (931).

[9] *Hoyer* (Fn. 3), § 242 Rn. 19; *Schmitz* (Fn. 2), § 242 Rn. 44.

[10] *Schmitz* (Fn. 2), § 242 Rn. 49; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 44. Aufl. 2021, Rn. 87.

[11] *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 69. Aufl. 2022, § 242 Rn. 11; *Zopfs*, ZJS 2009, 506 (507).

[12] BGH NJW 1961, 2266; *Schmitz* (Fn. 2), § 242 Rn. 55.

[13] *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 2 Rn. 64.

[14] Dazu ausführlich *Rönnau*, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Bd. 1, 2011, S. 487 ff.

Betreiber von SB-Tankstellen die Kraftstoffe nur an zahlungswillige Kunden abgeben wollen.[15]

bb) Generelles Einverständnis

Die h.M. geht hingegen von einem generellen tatbestandsausschließenden Einverständnis aus, sofern die Zapfsäule ordnungsgemäß bedient wird.[16] Ein Streitentscheid kann hier dahinstehen. A hat ordnungsgemäß getankt und war zum Zeitpunkt der Gewahrsamsbegründung noch zahlungsbereit, sodass ein tatbestandsausschließendes Einverständnis nach beiden Meinungen anzunehmen ist.

> *Hinweis*: Ein Großteil der Bearbeiter:innen nahm aufgrund des Eigentumsvorbehalts ein tatbestandsausschließendes Einverständnis nur unter der Bedingung der vollständigen nachträglichen Kaufpreiszahlung an.[17] Es ist jedoch strikt zwischen dem Eigentumsübergang und dem Gewahrsamsübergang zu unterscheiden. Insbesondere begrenzt die Erklärung eines Eigentumsvorbehalts nicht das generelle Einverständnis zu dem Gewahrsamswechsel an den Kraftstoffen.[18]

d) Zwischenergebnis

A hat somit bereits den objektiven Tatbestand des § 242 StGB nicht verwirklicht.

> *Hinweis*: Ein (versuchter) Betrug durch das Tanken scheitert daran, dass A das Benzin anfänglich noch bezahlen wollte. Eine Täuschung über seine Zahlungswilligkeit (ein innerer Zustand der Gegenwart und somit eine Tatsache) kommt daher nicht in Betracht. Eine Unterschlagung durch den Tankvorgang scheitert daran, dass in dem sozialadäquaten Vorgang des Betankens bereits objektiv keine Manifestation eines Zueignungswillens erblickt werden kann.[19] Denn eine solche erfordert nach der in der Literatur herrschenden engen Manifestationstheorie ein Verhalten des Täters, das für einen objektiven Betrachter zuverlässig und unzweideutig den Zueignungswillen des Täters dokumentiert.[20] Das Betanken gibt aber keinen Aufschluss darüber, ob der Täter das Benzin durch sofortiges Wegfahren wirtschaftlich sinnvoll durch Verbrauch nutzen will (Aneignungswille) oder damit wie ein Fremdbesitzer – unter Respektierung der Eigentümerposition des Tankstellenbetreibers – bis zur Entrichtung des Kaufpreises und dem damit einhergehenden Eigentumsübergang (Herbeiführung des Bedingungseintritts gem. § 158 Abs. 1 BGB) warten will.[21]

2. Zwischenergebnis

A hat sich nicht wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, indem er seinen Wagen mit 60 l Benzin volltankte.

II. Zwischenergebnis

A hat sich im Sachverhaltskomplex 1 nicht strafbar gemacht.

Sachverhaltskomplex 2: Im Kassenraum

I. § 263 Abs. 1 StGB

A könnte sich jedoch durch das Vorlegen des Eises wegen eines Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zum Nachteil von B strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung

Dies setzt voraus, dass A die B über eine Tatsache getäuscht hat. Eine Täuschung ist das bewusst irreführende Einwirken auf das Vorstellungsbild eines anderen über Tatsachen.[22] Tatsachen sind dem Beweis zugängliche konkrete äußere oder innere Geschehnisse oder Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart.[23] Als täuschungsrelevante Tatsache kommt der Tankvorgang – ein beweisbares äußeres Geschehnis der Vergangenheit – in Betracht. Darüber hat A aber keine ausdrückliche Aussage (Täuschung expressis verbis) getroffen. Allerdings könnte in dem Vorlegen des Eises eine konkludente Täuschung zu erblicken sein. Ob einem Kommunikationsakt ein konkludenter Aussagewert zukommt, ist durch Auslegung aus der Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers zu ermitteln.[24] An einer SB-Tankstelle wird in der Regel so bezahlt, dass der Kunde an der Kasse die Nummer der von ihm benutzten Zapfsäule nennt. Legt der Kunde hingegen Waren aus dem Tankstellen-Shop – ohne die Nennung einer Zapfsäulennummer – vor, muss ein objektiver Beobachter des Geschehens davon ausgehen, dass der Kunde die Tankstelle nur zum Einkaufen, nicht aber zum Tanken aufgesucht hat. Dafür spricht auch der Umstand, dass das Tankstellenpersonal – teils regelmäßig, teils nur bei Zweifeln – nachfragt, ob auch getankt wurde oder die vorgelegte Ware „Alles“ sei. Auch Kunden, die nur Getränke, Süßigkeiten oder Zigaretten kaufen, sonst aber schweigen, kommunizieren daher aktiv, dass nicht getankt wurde. A hat durch sein Verhalten somit den

[15] Vgl. *Mitsch* (Fn. 4), S. 155.
[16] *Schmitz* (Fn. 2), § 242 Rn. 111; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 242 Rn. 14.
[17] Kritisch dazu *Seier*, JA 1982, 518.
[18] *Schmitz* (Fn. 2), § 242 Rn. 111; vgl. auch *Ast*, NStZ 2013, 305 f.
[19] *v. Heintschel-Heinegg*, JA 2012, 305 (307); *Ast*, NStZ 2013, 305 (309).
[20] *Kretschmer*, in: *Leipold/Tsambikakis/Zöller* (Hrsg.), Anwalt-Kommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 246 Rn. 7; *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 254; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 10), Rn. 324.
[21] A.A. aber *Ernst*, Jura 2013, 454 (456); *Lange/Trost*, JuS 2003, 961 (963).
[22] *Fischer* (Fn. 11), § 263 Rn. 14; *Rengier* (Fn. 13), § 13 Rn. 9 i.V.m. Rn. 4.
[23] *Küper/Zopfs*, Strafrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl. 2018, Rn. 492; *Mitsch* (Fn. 4), S. 260.
[24] *Rengier* (Fn. 13), § 13 Rn. 11; ausführlich *Becker*, JuS 2014, 307 ff.

Eindruck erweckt, ein Tankvorgang seinerseits habe nicht stattgefunden. Mithin hat A über eine Tatsache getäuscht.

Hinweis: Teilweise haben die Bearbeiter:innen eine Täuschung durch Unterlassen geprüft. Diesbezüglich fehlt es aber an einer Garantenpflicht des A i.S.d. § 13 StGB. Insbesondere ergibt sich weder allgemein aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) noch speziell aus dem Kaufvertrag als gewöhnlichem Austauschgeschäft des täglichen Lebens eine Pflicht, das Tankstellenpersonal über den Tankvorgang aufzuklären.[25]

b) Irrtum

Die Täuschung müsste zu einem Irrtum, also zu einer positiven Fehlvorstellung über die Wirklichkeit[26] bei B geführt haben. Diese hatte sich nach Vorlage des Eises wohl keine näheren Gedanken dazu gemacht, ob A auch getankt hatte. Allerdings hat sich bei dem Massengeschäft des Selbstbedienungstankens das oben beschriebene Verhaltensmuster herausgebildet, nach dem man im Falle des Tankens die Nummer der Zapfsäule nennt. B durfte demnach wie selbstverständlich davon ausgehen, dass A nicht getankt hatte, als er nur das Eis auf den Tresen legte (sog. sachgedankliches Mitbewusstsein)[27]. Ein Irrtum ist daher zu bejahen.

c)Vermögensverfügung

Infolge des Irrtums müsste B über ihr Vermögen verfügt haben. Unter einer Vermögensverfügung versteht man jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, welches das Vermögen unmittelbar wirtschaftlich mindert.[28]

Hinweis: In Anlehnung an *Rengier*, der treffend davon spricht, dass „Fragen der Vermögensminderung und des Vermögensschadens ineinander über[greifen]“[29] wird im Folgenden die Frage nach einer vermögensrelevanten Minderung beim Prüfungspunkt „Vermögensverfügung“ erörtert, während dem Prüfungspunkt „Vermögensschaden“ die Funktion zukommt, nach einer etwaigen Saldierung dieses Vermögensabflusses zu fragen.[30]

Zwischen A und B ist mit dem Einfüllen des Benzins ein Kaufvertrag gem. § 433 BGB zustande gekommen.[31] B hat folglich die ihr aus § 433 Abs. 2 BGB zustehende Kaufpreisforderung nicht alsbald geltend gemacht, sodass ein Unterlassen vorliegt.[32] Dadurch wurde die Realisierung des Anspruchs wesentlich erschwert. B war die Identität des A nicht bekannt. Zudem waren die Zapfsäulen nicht videoüberwacht, sodass eine Identifizierung über dessen Kennzeichen ausschied. Die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines endgültigen Vermögensschadens war damit so groß, dass das Vermögen der B nach der Nichtgeltendmachung des Anspruchs bereits unmittelbar eine Minderung erfahren hatte (schadensgleiche Vermögensgefährdung)[33]. Hätte B von dem Tankvorgang gewusst, hätte sie die Forderung zudem mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit geltend gemacht, sodass die Kausalität zwischen Irrtum und Vermögensverfügung gegeben ist. Im Übrigen ist anzunehmen, dass sie vermögenssichernde Maßnahmen wie z.B. die Aufnahme der Personalien oder die sofortige Einschaltung der Polizei ergriffen hätte, sodass auch ein Kausalzusammenhang zwischen der Nichtgeltendmachung des Anspruchs und der Vermögensminderung zu bejahen ist.

Ein Verfügungsbewusstsein (Wissen um den vermögensrelevanten Charakter der Verfügung) ist beim Forderungsbetrug nach h.M. nicht erforderlich,[34] da es einen Forderungsdiebstahl nicht gibt und das Kriterium damit seine Abgrenzungsrelevanz nicht entfalten kann.

d) Vermögensschaden

Eine saldierte Betrachtung der Vermögenslagen vor und nach der Verfügung ergibt, dass die Vermögensminderung nicht durch einen Vermögenszufluss kompensiert wurde. Es liegt somit eine nachteilige Vermögensdifferenz und mithin ein Vermögensschaden i.H.v. 120 € vor.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

A handelte in Kenntnis aller objektiven Tatumstände und mit dem Willen zur Tatbestandsverwirklichung, also vorsätzlich i.S.d. § 15 StGB.

b) Bereicherungsabsicht

Zudem kam es ihm auch gerade darauf an, den Kaufpreis nicht zu zahlen. Der ersparte Kaufpreis ist die Kehrseite des

[25] *Deutscher*, NStZ 1983, 505 (507); *Charalambakis*, MDR 1985, 975 f.
[26] *Fischer* (Fn. 11), § 263 Rn. 54; *Kühl* (Fn. 16), § 263 Rn. 18.
[27] Vgl. *Hefendehl*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 338; *Schramm*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, § 7 Rn. 54.
[28] *Fischer* (Fn. 11), § 263 Rn. 70; *Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 7), § 263 Rn. 108; *Rengier* (Fn. 13), § 13 Rn. 63.
[29] *Rengier* (Fn. 13), § 13 Rn. 73.
[30] Vgl. *Rengier* (Fn. 13), § 13 Rn. 72.
[31] Dass der Kaufvertragsschluss bereits an der Tanksäule zustande kommt, entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGH NJW 2011, 2871 [2871 Rn. 13]). Vgl. auch oben Fn. 5.
[32] Vgl. *Hefendehl* (Fn. 27), Rn. 428; *Mitsch* (Fn. 4), S. 296.
[33] Vgl. dazu instruktiv *Becker/Rönnau*, JuS 2017, 499 ff.; ferner *Fischer* (Fn. 11), § 263 Rn. 156 ff.; *Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 7), § 263 Rn. 189 ff.
[34] *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 263 Rn. 60; *Rengier* (Fn. 13), § 13 Rn. 64 f.; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 10), Rn. 546; a.A. z.B. *Hefendehl* (Fn. 27), § 263 Rn. 411, der hier wohl aber auch eine Vermögensverfügung annehmen würde, da nach seinem Ansatz „dem Getäuschten nicht einmal die Vermögensrelevanz seiner Handlung bekannt gewesen sein [muss]“ (Rn. 414) und es ausreicht, dass das Opfer dazu gebracht wird, „sich anders als üblicherweise zu verhalten“ (Rn. 415).

Vermögensschadens der B, sodass A auch in der Absicht handelte, sich stoffgleich zu bereichern.[35]

3. Objektive Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung und entsprechender Vorsatz

Ferner müsste die erstrebte Bereicherung objektiv rechtswidrig gewesen sein. Dies ist der Fall, wenn dem Täter ein fälliger und einredefreier Anspruch auf Entziehung des Vermögensgutes zusteht oder er einen unbegründeten Anspruch abwehren will.[36] A wollte die Geltendmachung eines Anspruchs gegen sich abwehren. Der Anspruch der B gegen A auf Kaufpreiszahlung war jedoch nicht unbegründet, sondern nach § 271 Abs. 1 BGB mit Abschluss des Kaufvertrags durch den Tankvorgang fällig[37] und durchsetzbar. Insbesondere konnte sich A nicht mehr auf die Einrede des nichterfüllten Vertrags (§ 320 Abs. 1 S. 1 BGB) berufen, da B mit Übergabe und bedingter Übereignung des Benzins die Gegenleistung bereits bewirkt hatte.[38] Die erstrebte Bereicherung war mithin rechtswidrig.

4. Rechtswidrigkeit, Schuld und Ergebnis

Die Tat war rechtswidrig und A handelte schuldhaft. Er hat sich somit gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. § 246 Abs. 1 StGB

Fraglich ist, ob sich A durch das Vorlegen des Eises wegen Unterschlagung des Benzins gem. § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht hat. Dann müsste darin die Manifestation des Willens zu erblicken sein, sich das Benzin rechtswidrig zueignen zu wollen.[39] Dies erscheint zweifelhaft, kann aber im Ergebnis dahinstehen. Denn A hat durch dieselbe natürliche Handlung i.S.d. § 52 StGB bereits einen Betrug begangen, sodass die Unterschlagung bereits nach der insoweit engeren Meinung,[40] die eine Koinzidenz mit einem Delikt gleicher oder ähnlicher Schutzrichtung verlangt, nach § 246 Abs. 1 StGB a.E. formell subsidiär ist.

> *Hinweis*: Der BGH nimmt eine Subsidiarität hingegen bereits dann an, wenn die Unterschlagung mit irgendeinem Delikt mit höherer Strafdrohung tateinheitlich zusammentrifft.[41]

III. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB

Durch das Verbergen der Zeitschrift „Flugzeug Revue“ unter der Jacke unter Mitführung eines Schraubendrehers könnte sich A des Weiteren wegen Diebstahls mit einem gefährlichen Werkzeug gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Fremde bewegliche Sache

Bei der Zeitschrift handelt es sich um eine fremde bewegliche Sache.

b) Wegnahme

Tankstelleninhaberin B ist nach der Verkehrsauffassung die Gewahrsamsinhaberin bzgl. der Waren im Tankstellen-Shop. A befand sich zum Zeitpunkt des Einsteckens der Zeitschrift noch im räumlichen Machtbereich der B. A hat die Zeitschrift jedoch so eng an seinen Körper verbracht, dass B, wollte sie den Gegenstand wiedererlangen, in einen fremden Tabubereich eindringen und hierbei mit besonderen Widerständen des A rechnen müsste. A hat daher eine sog. Gewahrsamsenklave[42] geschaffen und dadurch neuen Gewahrsam begründet. Dies erfolgte auch ohne den Willen der B. A hat die Zeitschrift somit bereits im Tankstellengebäude weggenommen und dadurch den objektiven Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB vollendet.

c) Objektiver Qualifikationstatbestand

Darüber hinaus könnte A mit dem Schraubendreher ein gefährliches Werkzeug bei sich geführt haben. Welche Gegenstände gefährliche Werkzeuge sind, ist umstritten. Dies liegt daran, dass der Gesetzgeber der Meinung war, die Gefährlichkeit eines Werkzeugs lasse sich wie bei § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB bestimmen.[43] Diese Grundsätze lassen sich aber nicht unbesehen übertragen, da die Gefährlichkeit bei § 224 StGB maßgeblich anhand der Verwendung im konkreten Einzelfall bestimmt wird.[44] Bei § 244 StGB reicht es hingegen aus, das Werkzeug bei sich zu führen; auf die Verwendung im konkreten Fall kommt es also gerade nicht an.

aa) Rein abstrakt-objektive Betrachtungsweise

Nach der sog. rein abstrakt-objektiven Betrachtungsweise ist ein gefährliches Werkzeug ein Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen beizubringen.[45] Dies ist bei dem Schraubenzieher des A anzunehmen. Denn dieser war 25 cm lang und spitz zulaufend, sodass er sich als Stichwerkzeug eignete. Manche Urteile korrigieren die Weite dieses Ansatzes über den Vorsatz bzgl. des Beisichführens und verlangen ein reflektiertes Bewusstsein des Täters, den Gegenstand bei sich zu führen.[46] Dies ist hier zu verneinen, da A während der Wegnahme der Zeitschrift wohl nicht an den Schraubendreher gedacht hat.

---

[35] Vgl. *Rengier* (Fn. 13), § 13 Rn. 313.
[36] *Hefendehl* (Fn. 27), § 263 Rn. 1157; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 10), Rn. 615 f.
[37] Vgl. BGH NJW 2011, 2871 (2871 Rn. 17).
[38] Vgl. *Faust*, JuS 2011, 929 (932).
[39] Vgl. *Jäger*, Examens-Repetitorium Strafrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl. 2021, Rn. 283.
[40] *Rengier* (Fn. 13), § 5 Rn. 66; *Hoyer*, JR 2002, 517 f.; *Küpper*, JZ 2002, 1115 f.
[41] Vgl. BGH NJW 2002, 2188.
[42] Vgl. *Kudlich*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 5, 2020, § 29 Rn. 47; *Rengier* (Fn. 13), § 2 Rn. 47; *Fischer* (Fn. 11), § 242 Rn. 20.
[43] BT-Drs. 13/9064, S. 17 i.V.m. S. 18.
[44] *Joecks/Jäger*, Studienkommentar StGB, 13. Aufl. 2020, § 224 Rn. 19.
[45] BGH NStZ 2011, 158 (158 Rn. 6); BGH NStZ 2012, 571 f.
[46] BGH NStZ-RR 2003, 12 (13); BGH NStZ-RR 2005, 340.

bb) Situationsbezogene abstrakt-objektive Betrachtungsweise

Die situationsbezogene abstrakt-objektive Betrachtungsweise fordert darüber hinaus, dass das Beisichführen – aus der objektiven Perspektive eines Dritten – keinen anderen Schluss zulässt, als dass der Täter den Gegenstand zu Verletzungszwecken einsetzen will.[47] Es ist jedoch sozialadäquat, dass ein Handwerker einen Schraubendreher mit sich führt, sodass nach diesem Ansatz kein gefährliches Werkzeug vorliegt.

cc) Konkret-subjektive Betrachtungsweise

Nach konkret-subjektiven Ansätzen muss zum objektiven Gefährlichkeitskriterium der Vorbehalt hinzutreten, den Gegenstand erforderlichenfalls zur Herbeiführung erheblicher Körperverletzungen zu verwenden.[48] Einen solchen Verwendungsvorbehalt hatte A jedoch nicht.

dd) Streitentscheid

Die Entscheidungen, die die rein abstrakt-objektive Betrachtungsweise über den Vorsatz bzgl. des Beisichführens einschränken, überzeugen nicht. Sie lassen unbeachtet, dass nach der allgemeinen Vorsatzlehre ein sachgedankliches Mitbewusstsein grds. ausreichend ist.[49] Ohne eine Korrektur führt die rein abstrakt-objektive Betrachtungsweise aber regelmäßig zu ausufernden Ergebnissen. Es ist kaum ein Gegenstand denkbar, dem nicht eine gewisse abstrakte Gefährlichkeit inhärent ist, mehr als nur unerhebliche Verletzungen zu verursachen.[50] Diese weite Auffassung ist daher insgesamt abzulehnen. A hat mithin kein gefährliches Werkzeug bei sich geführt.

> *Hinweis*: Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „gefährliches Werkzeug" ist eine der umstrittensten Fragen des Besonderen Teils des StGB.[51] Der Meinungsstand ist in seinen einzelnen Nuancen kaum mehr zu überblicken. Es wurde daher von den Bearbeiter:innen nicht erwartet, die einzelnen Meinungen detailliert nachzuzeichnen. Ausreichend war es, die groben Strömungen zu erwähnen. An dieser Stelle ist jede Meinung vertretbar, es kommt allein auf die Schlüssigkeit der Argumentation an.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte bzgl. der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache vorsätzlich. Indem er die Zeitschrift „kostenlos" mitnehmen und für sich behalten wollte, nahm er es wenigstens billigend in Kauf, B dauerhaft aus ihrer Herrschaftsposition über die Sache zu verdrängen. Zugleich wollte er sich dadurch zumindest vorübergehend in die faktische Eigentümerposition versetzen. Daher wies er auch die erforderliche Zueignungsabsicht auf.[52]

3. Objektive Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung und entsprechender Vorsatz

Weiterhin hatte A keinen fälligen, einredefreien Anspruch auf die Sache, was er auch wusste.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

Die Tat war rechtswidrig und schuldhaft.

5. Zwischenergebnis und Strafantrag

A hat sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Bei der 6,50 € teuren Zeitschrift handelte es sich zudem um eine geringwertige Sache. Die obere Grenze schwankt in der Rechtsprechung zwischen 25 € und 50 €.[53] Der gem. § 248a StGB erforderliche Strafantrag wurde gestellt.

Sachverhaltskomplex 3: Das Wegfahren

I. § 252 StGB

Indem A auf B zugefahren ist, könnte er sich wegen räuberischen Diebstahls gem. § 252 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Vortat: Diebstahl zwischen Vollendung und Beendigung

A hat einen vollendeten Diebstahl begangen (siehe oben). Dieser dürfte noch nicht beendet gewesen sein.[54] Ein Diebstahl ist beendet, wenn der Täter den Gewahrsam an der gestohlenen Sache nach den Umständen des Einzelfalls ausreichend gefestigt und gesichert hat.[55] Zwar hatte A die Zeitschrift bereits in sein Auto verbracht und der B so den Zugriff darauf erschwert. Das Auto befand sich aber noch auf dem Tankstellengelände, also im unmittelbaren räumlichen Herrschaftsbereich der B. Diese hatte noch die Möglichkeit, den A durch Versperren des Wegs zur Aufgabe des Gewahrsams an der Zeitschrift zu bewegen. Eine ausreichende Gewahrsamssicherung lag daher noch nicht vor.

b) Frische der Tat

A wurde von B zudem in Tatortnähe alsbald nach der Tatausführung gestellt, sodass die Tat noch frisch war.

c) Betreffen

Problematisch ist aber, ob B den A überhaupt i.S.d. § 252 StGB „betroffen" hat. Denn B erkannte nicht, dass A einen Diebstahl begangen hatte. Es stellt sich somit die Frage, ob das Tatbestandsmerkmal „Betreffen" voraussetzt, dass das Opfer den Dieb gerade in seiner Eigenschaft als Täter bzw. Tatverdächtigen wahrnimmt oder aber die bloße Wahrnehmung der Person ausreichend ist.

---

[47] *Bosch* (Fn. 2), § 244 Rn. 5a; *Schmitz* (Fn. 2), § 244 Rn. 17.
[48] *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 10), Rn. 285; *Küper/Zopfs* (Fn. 23), Rn. 789; *Kühl* (Fn. 16), § 244 Rn. 3.
[49] *Rengier* (Fn. 13), § 4 Rn. 28a.
[50] *Kudlich*, JA 2012, 792 (793).
[51] *Rengier* (Fn. 13), § 4 Rn. 7.
[52] Vgl. dazu *Rengier* (Fn. 13), § 2 Rn. 89 ff.
[53] Vgl. *Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 7), § 248a Rn. 2; *Fischer* (Fn. 11), § 248a Rn. 3a; *Wittig* (Fn. 4), § 248a Rn. 5; jeweils m.w.N.
[54] Vgl. BGH NJW 1979, 726 (727); *Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 7), § 252 Rn. 10.
[55] BGH NStZ 2008, 152; BGH NStZ 2001, 88 (89); *Fischer* (Fn. 11), § 242 Rn. 54.

aa) Weite Auslegung

Für Letzteres spricht, dass „Betreffen" dem natürlichen Wortsinn nach nicht unbedingt „Ertappen" – d.h. „das Geschehen richtig als strafbares Tun, namentlich als Diebstahl erkenn[en]"[56] – bedeutet. Vielmehr kann es auch als bloßes „Antreffen" verstanden werden.[57] Folgt man dieser Ansicht, wäre ein „Betreffen" demnach zu bejahen.

bb) Enge Auslegung

Eine andere Auffassung macht hingegen geltend, die sprachliche Verknüpfung zwischen dem Wort „Diebstahl" und dem Merkmal „Betreffen" impliziere, dass keine beliebige Person, sondern der Täter als solcher bemerkt werden müsse.[58]

cc) Streitentscheid

Überzeugend ist dies nicht. Denn die Verknüpfung „*bei* einem Diebstahl" beschreibt nur die objektive Tatsituation, in welcher der Täter („Wer") betroffen werden muss.[59] Dass der Täter *als* Vortäter eines Diebstahls wahrgenommen werden muss, lässt sich der Formulierung aber gerade nicht entnehmen. Darüber hinaus findet nach verbreiteter Auffassung die Gleichstellung des räuberischen Diebstahls mit dem Raub ihren Grund in der erhöhten Gefährlichkeit des in einer psychischen Bedrängungssituation ertappten Diebs.[60] Diesem erhöhten Gefährdungspotential sind aber auch ahnungslose Opfer ausgesetzt, weil der Betroffene deren Motive oftmals nicht erkennt und deshalb aus Furcht, eine Entdeckung stünde kurz bevor, vorbeugend Raubmittel anwendet.[61]

d) Anwendung qualifizierter Nötigungsmittel

Überdies müsste A gegen eine Person Gewalt verübt oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben angewendet haben. Unter Gewalt versteht man nach einer klassischen Definition, die bereits der Rspr. des RG zugrunde lag, das Aufwenden körperlicher Kraft, die unmittelbar auf den Körper des Opfers wirkt und seitens des Täters subjektiv mit dem Willen geleistet wird, erwarteten oder geleisteten Widerstand zu überwinden oder von vornherein zu unterdrücken.[62] A hat durch das Betätigen des Gaspedals (wenn auch nur geringe) körperliche Kraft aufgewendet. Dies tat er auch in dem Willen, B zum Ausweichen zu bewegen (sog. vis compulsiva)[63]. Touchiert hat A die B mit seinem Pkw aber nicht. Diese ist vorher, aus Angst angefahren zu werden, zur Seite gesprungen. Damit fehlt es an einer unmittelbaren körperlichen Einwirkung. Der BGH hat aber auch *psychische* Zwangswirkungen ausreichen lassen, sofern das Opfer diese als *physischen* Zwang empfindet.[64] Das BVerfG hat insoweit entschieden, dass eine bedrängende Fahrweise im Straßenverkehr Gewalt sein könne, sofern deren Auswirkungen (Intensität und Dauer des Auffahrens, Geschwindigkeit, Verkehrssituation etc.) zu einer physisch merkbaren *Angstreaktion* des Opfers führen.[65] B ist aus Angst, angefahren zu werden, zur Seite gesprungen. Unter Zugrundelegung der weiten BGH-Rechtsprechung wäre das Zufahren des A auf B – auch gemessen an verfassungsrechtlichen Maßstäben – daher wohl noch als Gewalt anzusehen. Überzeugend ist diese Rechtsprechung allerdings nicht, da sie zu einer Verschleifung[66] des Gewaltmerkmals und der Drohungsalternative führt.[67] Überzeugender ist es daher, in den Fällen des Zufahrens auf eine Person mit einem Kraftfahrzeug grds. von einer Drohung, die Person im Falle des Stehenbleibens anzufahren, auszugehen.[68] Ein solches Übel hat A konkludent in Aussicht gestellt und damit eine gegenwärtige Gefahr für Leib (und Leben) der B angedroht. Dass er es gerade beabsichtigte, dass B zur Seite springt, ist unerheblich, da es aufgrund des instrumenta-

[56] *Sander*, in: Erb/Schäfer (Fn. 2), § 252 Rn. 9.

[57] Vgl. Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 9. Aufl. 2019, S. 311; BGH NJW 1979, 726 (727); vgl. auch *Kühl* (Fn. 16), § 252 Rn. 4.

[58] Vgl. *Schnarr*, JR 1979, 314 (315); so auch *Lask*, Das Verbrechen des räuberischen Diebstahls (§ 252 StGB), 1999, S. 120 f. i.V.m. S. 113.

[59] Vgl. *Schwarzer*, ZJS 2008, 265 (268).

[60] Vgl. *Vogel*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Aufl. 2010, Bd. 8, § 252 Rn. 3; in diese Richtung auch *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 10), Rn. 413; *Rengier* (Fn. 13), § 10 Rn. 1.

[61] Vgl. *Vogel* (Fn. 60), § 252 Rn. 29.

[62] Vgl. *Geppert*, Jura 2006, 31 (33) mit Verweis auf RGSt 45, 153 (156).

[63] A.A. *Effer-Uhe*, JA 2012, 613 (618): (Langsames) Zufahren auf eine Person bereits vis absoluta; ebenso *Rengier*, JuS 1981, 654 (658); wie hier: *Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 7), Vor §§ 232–241a Rn. 18; *Joecks/Jäger* (Fn. 44), Vor § 232 Rn. 19; *Voigt*, in: Hofmann-Holland (Hrsg.), Strafrecht, Besonderer Teil, 2015, Rn. 253.

[64] Vgl. BGHSt 23, 126 (127) – Bedrohen mit einer entsicherten Schusswaffe; BGH GA 1962, 145 – Abgabe von Warnschüssen; BGHSt 19, 263 (265) – Drängeln auf der Autobahn unter ständigem Hupen und Blinken.

[65] BVerfG NJW 2007, 1669 (1670 Rn. 20).

[66] Von einer Verschleifung spricht man, wenn „Tatbestandsmerkmale […] so weit ausgelegt werden, dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig mit diesen mitverwirklicht werden". (BVerfG NJW 2010, 3209 (3211 Rn. 79); instruktiv dazu *Kuhlen*, in: Saliger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 943 ff.

[67] Sehr kritisch auch *Jakobs*, in: Baumann (Hrsg.), Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, 1974, S. 69 (77); *ders.*, in: Pawlik (Hrsg.), Strafrechtswissenschaftliche Beiträge, Zu den Grundlagen des Strafrechts und zur Zurechnungslehre, 2017, S. 300 (307): „durch geradezu groteske Amateurphysiologie („Nervenerregung") teils kaschierte […] Tendenz zum Übergriff in den Drohungsbereich"; kritisch auch *Sommer*, NJW 1985, 769 ff.

[68] BayObLG NJW 1995, 2646; *Heger*, JA 2001, 833 (834): Gewalt nur, wenn Zufahren zur „Beseitigung" des Opfers führen könne; vgl. auch die Lösung eines Aktenvortrags bei *Effer-Uhe*, JA 2012, 613 (618).

lisierenden Charakters einer Drohung keine Rolle spielt, ob der Drohende das Übel tatsächlich zufügen will[69].

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich sowie in Besitzerhaltungsabsicht.

3. Rechtswidrigkeit

Fraglich ist, ob die Tat des A nach § 32 Abs. 1 StGB gerechtfertigt ist. Denn in dem Versperren des Weges durch B ist ein gegenwärtiger Angriff auf die von Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Fortbewegungsfreiheit des A zu erblicken.[70]

> *Hinweis*: Ob es sich bei dem Verstellen des Wegs um Gewalt i.S.d. § 240 StGB handelt, muss an dieser Stelle nicht erörtert werden, da ein Angriff i.S.d. § 32 StGB nach h.M.[71] nicht die Verwirklichung eines Straftatbestands erfordert. Vertretbar ist es jedoch – unter Rekurs auf die Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB[72] – bereits einen Angriff aufgrund der Sozialadäquanz des von B verfolgten Ziels, dem A sein Wechselgeld zurückzugeben, zu verneinen.

Dieser Angriff müsste aber auch rechtswidrig gewesen sein. Dies ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn sich der Angreifer seinerseits auf einen Rechtfertigungsgrund berufen kann.[73] Der Diebstahl des A war noch nicht beendet (siehe oben), womit sein Angriff auf das Eigentum der B andauerte und damit noch gegenwärtig i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB war. Somit bestand bereits für B eine objektive Notwehrlage, zu deren Abwehr ihre Handlung erforderlich und geboten war. Dass sie davon keine Kenntnis hatte (fehlendes subjektives Rechtfertigungselement) ist unschädlich, da die Rechtswidrigkeit des Angriffs der B im Rahmen der Prüfung der Notwehrvoraussetzungen des A bereits dann entfällt, wenn das Erfolgsunrecht des Angriffs der B vollständig kompensiert wurde.[74]

> *Hinweis*: Davon ist die Frage zu unterscheiden, wie sich das fehlende subjektive Rechtfertigungselement auf eine (hier nicht gefragte) Strafbarkeit der B auswirkt.[75] Insoweit wird einerseits vertreten, nur wegen Versuchs zu bestrafen. Andere wollen demgegenüber aus dem vollendeten Delikt bestrafen. Unabhängig davon hätte sich B aber nicht wegen (versuchter) Nötigung strafbar gemacht, weil ihr sozialadäquates Verhalten (siehe oben) nicht verwerflich i.S.d. § 240 Abs. 2 StGB ist.

Dies lässt sich mit einer Parallele zum untauglichen Versuch (Beispiel: Der Täter denkt, er schießt mit einer scharfen Waffe, die in Wirklichkeit nur mit Platzpatronen geladen ist) erklären. Gegen einen solchen wird die Ausübung von Notwehr im Allgemeinen für unzulässig gehalten, weil das Selbstschutzprinzip mangels tatsächlich drohender Rechtsgutsverletzung nicht zur Geltung gelangt.[76] Das Gleiche muss aber auch für die Situation gelten, in der zwar ein Rechtsgut (wie hier die Fortbewegungsfreiheit des A) verletzt wird, diese Verletzung aber objektiv gerechtfertigt ist. Denn insoweit kommt zwar das Selbstschutzprinzip zur Geltung, nicht aber das der Notwehr als zweite Säule zugrundeliegende Rechtsbewährungsprinzip, weil ein (Gegen-)Angriff gegen ein objektiv gerechtfertigtes Verhalten gerade nicht auf die Verteidigung der Rechtsordnung, sondern vielmehr auf die Beseitigung eines rechtmäßigen Zustands gerichtet ist. Folglich war der „Angriff" der B rechtmäßig. Dagegen durfte A keine Notwehr üben. Die Tat war rechtswidrig.

4. Schuld

A handelte schuldhaft.

5. Zwischenergebnis

A hat sich somit wegen räuberischen Diebstahls gem. § 252 StGB strafbar gemacht, der den einfachen Diebstahl im Wege der Spezialität verdrängt.

II. § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB

A könnte sich durch die Verwendung des Pkw darüber hinaus wegen schweren räuberischen Diebstahls gem. § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben. Dazu müsste A ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet haben.

Dies lässt sich unter Zugrundelegung der Rechtsprechung bejahen. Denn diese bestimmt die Gefährlichkeit eines Werkzeugs i.R.d. § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB wie bei § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB.[77] Entscheidend ist demnach, ob der Gegenstand nach seiner objektiven Beschaffenheit und seiner konkreten Verwendung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche

[69] So treffend *Sinn*, in: Erb/Schäfer (Fn. 2), § 240 Rn. 69.
[70] Vgl. dazu AG Torgau BeckRS 2021, 7973 Rn. 19 m. Anm. *Kudlich*, JA 2021, 692 ff.
[71] Vgl. *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 15 Rn. 20a; *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 7 Rn. 59; *Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 7), § 32 Rn. 22; *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 32 Rn. 19/20.
[72] So der überzeugende Ansatz von *Rönnau/Hohn*, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, § 32 Rn. 88 f.
[73] *Kühl* (Fn. 71), § 7 Rn. 60; *Erb*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 49.
[74] Vgl. *Rönnau/Hohn* (Fn. 72), § 32 Rn. 112; *Roxin/Greco* (Fn. 71), § 14 Rn. 96; *Erb* (Fn. 73), § 32 Rn. 62; *Kühl* (Fn. 71), § 7 Rn. 64.
[75] Vgl. zu diesem Problem und dem im Einzelnen vertretenen Meinungen *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2017, S. 32 ff. (4. Problem).
[76] *Roxin/Greco* (Fn. 71), § 15 Rn. 1, 9; *Mitsch*, in: Baumann u.a., Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 15 Rn. 15, § 22 Fn. 180; *Rönnau/Hohn* (Fn. 72), § 32 Rn. 95; *Erb* (Fn. 73), § 32 Rn. 64.
[77] BGH BeckRS 2015, 6119 m. Anm. *Kudlich*, JA 2015, 471 ff.

Verletzungen herbeizuführen.[78] Das Zufahren auf B barg ein solches erhebliches Verletzungspotential.

Gegen eine solche Sichtweise lässt sich aber ein systematisches Argument ins Feld führen. So spricht der erhöhte Strafrahmen des § 250 Abs. 2 StGB (nicht unter fünf Jahren) gegenüber dem § 250 Abs. 1 StGB (nicht unter drei Jahren) dafür, in ersterem eine weitere Qualifikation des letzteren zu sehen. Somit setzt die Anwendbarkeit des § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB die Erfüllung des „Grundtatbestands" des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB, mithin auch das Beisichführen des verwendeten gefährlichen Werkzeugs, voraus[79]. Ein Pkw kann aber sprachlich nicht *bei sich* geführt werden[80]. Eine solche Auslegung würde die Wortlautgrenze überschreiten und wäre im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 StGB eine verfassungswidrige Analogie zu Lasten des Täters. Selbst das Gesetz spricht in den §§ 315c Abs. 1 Nr. 1, 316 Abs. 1 StGB von *führen* und nicht von *bei sich* führen eines Fahrzeugs. A hat sich daher nicht wegen schweren räuberischen Diebstahls strafbar gemacht.

III. § 240 Abs. 1 StGB

Die durch das Zufahren auf B ebenfalls verwirklichte Nötigung tritt im Wege der Spezialität hinter den räuberischen Diebstahl zurück.[81]

IV. §§ 253 Abs. 1, 255 StGB

A könnte sich durch das Zufahren auf B noch wegen einer räuberischen (Sicherungs-)Erpressung strafbar gemacht haben. Dies setzt nach der h.L. voraus, dass die Anwendung des Nötigungsmittels zu einer Vermögensverfügung des Opfers geführt hat.[82] Eine solche könnte wiederum in einer mit dem Ausweichen verbundenen Nichtgeltendmachung der Kaufpreisforderung zu sehen sein, sofern man wie beim Forderungsbetrug ein Verfügungsbewusstsein nicht voraussetzt. Allerdings fehlt es dann an der Kausalität zwischen Gewaltanwendung und Vermögensverfügung. Wäre A nicht auf B zugefahren, hätte diese die Forderung gleichwohl nicht geltend gemacht, da sie A nur das Wechselgeld bringen wollte.

V. §§ 253 Abs. 1, 255, 22, 23 Abs. 1 StGB

In Betracht kommt daher nur eine versuchte räuberische Erpressung, da A dachte, B verlange die Bezahlung des Benzins. Dann müsste sich A aber auch einen Umstand vorgestellt haben, der – wäre er objektiv gegeben – einen Vermögensschaden begründet hätte. Zwar könnte man argumentieren, A habe zumindest im Sinne einer Parallelwertung in der Laiensphäre reflektiert, dass durch die erneute Nichtgeltendmachung der Forderung die Wahrscheinlichkeit des endgültigen Schadenseintritts (Nichtdurchsetzung der Forderung innerhalb der zehnjährigen Höchstverjährungsfrist gem. § 199 Abs. 4 BGB) weiter erhöht werde. Indessen entstand dieser Gefährdungsschaden bereits unmittelbar durch die Nichtgeltendmachung an der Kasse. Bei diesem handelt es sich bereits um einen vollwertigen Vermögensschaden i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB.[83] A hat sich somit nur die quantitative Vertiefung eines bereits entstandenen Vermögensschadens, nicht aber eine qualitative Schadensvertiefung durch die Entstehung eines neuen weiteren Vermögensschadens vorgestellt. Eine versuchte räuberische Erpressung scheidet daher aus.

VI. § 246 Abs. 1 StGB

A hat sich durch das Wegfahren zudem wegen Unterschlagung strafbar gemacht. Indem er den Kaufpreis an der Kasse nicht entrichtete, trat die Bedingung gem. § 158 Abs. 1 BGB nicht ein und das Benzin blieb für ihn eine fremde bewegliche Sache. Ein gesetzlicher Eigentumserwerb hat ebenfalls nicht stattgefunden bzw. nur zu einer Miteigentümerstellung des A geführt (siehe oben). As Zueignungswille manifestierte sich objektiv unzweideutig durch den Verbrauch des Kraftstoffs.

Ob hierin eine wiederholte tatbestandslose Zueignung zu sehen ist, hängt davon ab, ob sich A das Benzin bereits durch das Vorlegen des Eises zugeeignet hat (siehe oben).

Die Unterschlagung durch das Wegfahren wird aber jedenfalls bereits durch das Betrugsunrecht abgegolten und tritt deshalb im Wege der Konsumtion als mitbestrafte Nachtat zurück.

Gesamtergebnis

A hat sich mithin gem. §§ 263 Abs. 1, 252 Abs. 1, 53 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

---

[78] *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 250 Rn. 18.

[79] Vgl. *Rengier* (Fn. 13), § 8 Rn. 17 f.

[80] Offen gelassen von BVerfG NJW 2008, 3627 (3629).

[81] Zu den Konkurrenzen im Allgemeinen *Niehaus*, Ad Legendum 2014, 151 ff.; *Geppert*, Jura 2000, 598 ff., 651 ff.

[82] Vgl. *Joecks/Jäger* (Fn. 44), § 255 Rn. 5 m.w.N.

[83] *Becker/Rönnau*, JuS 2017, 499 (500).

E n t s c h e i d u n g s b e s p r e c h u n g

Kein Transportkostenvorschuss bei Abholbereitschaft des Verkäufers

1. Ein taugliches Nacherfüllungsverlangen des Käufers setzt die Zurverfügungstellung der Kaufsache am Erfüllungsort der Nacherfüllung voraus (im Anschluss an Senatsurteile vom 13. April 2011 – VIII ZR 220/10, BGHZ 189, 196 Rn. 13 ff.; vom 19. Juli 2017 – VIII ZR 278/16, NJW 2017, 2758 Rn. 21, 27 und vom 30. Oktober 2019 – VIII ZR 69/18, NJW 2020, 389 Rn. 37).
2. Erfordert die Nacherfüllung hiernach eine Verbringung der Kaufsache an einen entfernt liegenden Nacherfüllungsort und fallen beim Käufer hierfür Transportkosten an, kann er im Falle eines Verbrauchsgüterkaufs grundsätzlich schon vorab einen (abrechenbaren) Vorschuss zur Abdeckung dieser Kosten verlangen (jetzt: § 475 Abs. 4 BGB; im Anschluss an Senatsurteile vom 13. April 2011 – VIII ZR 220/10, BGHZ 189, 196 Rn. 37 und vom 19. Juli 2017 – VIII ZR 278/16, NJW 2017, 2758 Rn. 29).
3. Ein solcher Anspruch auf Zahlung eines (abrechenbaren) Transportkostenvorschusses steht dem Verbraucher grundsätzlich nicht zu, wenn der Verkäufer zu einer für den Verbraucher unentgeltlichen Abholung der Kaufsache und deren Verbringung zum Erfüllungsort bereit ist.
(Amtliche Leitsätze)

BGB §§ 437, 323, 440, 434 Abs. 1 S. 1 a.F., 90a S. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1, 284, 286, 325, 346 ff.
Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie Art. 3

BGH, Urt. v. 30.3.2022 – VIII ZR 109/20[1]

I. Einleitung

Mit dem hier besprochenen Urteil hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass einem Käufer im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufes kein Anspruch auf Zahlung eines Transportkostenvorschusses für die Verbringung der Kaufsache an den Nacherfüllungsort zusteht, wenn der Verkäufer bereit ist, die Kaufsache unentgeltlich abzuholen. In diesem Zuge hat der Bundesgerichtshof zugleich seine bisherige Rechtsprechung zu der Frage bestätigt, unter welchen Voraussetzungen ein taugliches Nacherfüllungsverlangen des Käufers anzunehmen ist. Ein solches setzt voraus, dass der Käufer dem Verkäufer eine Gelegenheit zur Nacherfüllung ermöglicht, also insbesondere die Kaufsache am Erfüllungsort der Nacherfüllung zur Verfügung stellt, wobei der Käufer für die etwaigen Transportkosten grundsätzlich von dem Verkäufer einen Vorschuss zur Abdeckung dieser Kosten verlangen kann.

Zu beachten bleibt bei der Lektüre des Urteils, dass der Fall, welcher der Entscheidung zugrunde liegt, nach dem Kaufrecht in der Fassung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 15.6.2017 zu entscheiden war. Inzwischen haben sich einige Änderungen der relevanten gesetzlichen Vorschriften ereignet: Zum einen hat der nationale Gesetzgeber mit Wirkung zum 1.1.2018[2] unter anderem das Recht der kaufrechtlichen Mängelhaftung an die Vorgaben des EuGH angepasst, die dieser in den verbundenen Rechtssachen C-65/09 und C-87/09 („Weber-Putz-Entscheidung“[3]) für eine Nacherfüllung im Rahmen von Verbrauchsgüterkäufen aufgestellt hatte[4], sowie weitere Details gesetzlich kodifiziert, die sich in der Rechtsprechung des BGH[5] zum Inhalt des Nacherfüllungsanspruches aus § 439 BGB herausgebildet hatten (so insbesondere der Vorschussanspruch für Nacherfüllungskosten). Zum anderen hat der deutsche Gesetzgeber zum 1.1.2022 die Warenkauf-Richtlinie[6] in die nationale Rechtsordnung umgesetzt[7], wodurch es ebenfalls zu (kleineren) Veränderungen derjenigen Vorschriften gekommen ist, die zur Lösung des hiesigen Falles nunmehr heranzuziehen wären, wenn der Kaufvertrag nach dem 1.1.2022 abgeschlossen worden wäre (vgl. Art. 229, § 58 EGBGB). Einen Unterschied macht dies im Ergebnis jedoch nicht, denn auch bei Zugrundelegung der neuen (aktuellen) Rechtslage, wäre der Fall vom Ergebnis her betrachtet genauso zu lösen gewesen.

II. Der Sachverhalt

Die Klägerin, eine Verbraucherin, kaufte am 15.6.2017 von dem Beklagten zu einem Preis von 12.000 € einen fünf Jahre alten Wallach. Ab August 2017 rügte sie gegenüber dem Be-

[1] Der Volltext der Entscheidung ist abrufbar unter: https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=cd73a4a5eb036dd0d1de7b4c13c3da85&nr=129160&pos=0&anz=1 (15.11.2022).

[2] Vgl. das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren v. 28.4. 2017, BGBl. I 2017, S. 969; ausführlich zu den Änderungen im Kaufrecht zum 1.1.2018 *Isikay*, ZJS 2018, 1 ff.

[3] EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-65/09, C-87/09 = NJW 2011, 2269.

[4] Der BGH hatte diese Vorgaben bis zur Umsetzung der Vorgaben des EuGH durch den deutschen Gesetzgeber im Wege richtlinienkonformer Auslegung bzw. Rechtsfortbildung „umgesetzt“ (siehe etwa BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08 m. Bespr. *Gsell*, ZJS 2012, 369 ff.).

[5] Siehe etwa zum Transportkostenvorschuss BGH, Urt. v. 19.7.2017 – VIII ZR 278/16 = NJW 2017, 2758 m. Bespr. *Chatard/Kleine-Wortmann*, ZJS 2017, 713 ff.

[6] Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, ABl. EU 2019 Nr. L 136, S. 28.

[7] Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags vom 25.6. 2021, BGBl. I 2021, S. 2133; siehe hierzu etwa *Staudinger/Artz*, Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte, 2022. Zu Änderungen im Zusammenhang mit dem kaufrechtlichen Sachmangelbegriff *Deutschmann*, NJ 2022, 14 ff.

klagten mehrmals ein „Zungenstrecken“[8] des Pferds und forderte ihn jeweils unter Fristsetzung zur Mangelbeseitigung auf. Der Beklagte erklärte sich (mehrfach) zur Nachbesserung bereit und bot an, das Pferd hierzu am Belegenheitsort abzuholen. Die Klägerin lehnte eine Herausgabe des Pferds an den Beklagten ab. Stattdessen forderte sie von ihm die Zahlung eines Transportkostenvorschusses i.H.v. 1.200 €, um den Transport des Pferds zum Beklagten selbst durchzuführen. Der Beklagte zahlte den geforderten Vorschuss nicht.

Nach fruchtlosem Ablauf der zur Nachbesserung – und zur Zahlung des Vorschusses – gesetzten Frist erklärte die Klägerin mit Schreiben vom 4.9.2019 den Rücktritt vom Kaufvertrag. Mit Schreiben vom 2.12.2019 wiederholte sie die Rücktrittserklärung und vertrat die Auffassung, eine Fristsetzung sei wegen endgültiger und ernsthafter Erfüllungsverweigerung entbehrlich. In der Folge erhob die Käuferin gegen den Verkäufer eine auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 12.000 €, auf Erstattung von Aufwendungen in einer Gesamthöhe von 5.261,59 € (Stallmiete, Sattelmiete, Reitausrüstung, Kosten für eine osteopathische Behandlung, Kosten einer Haftpflicht- und Operationsversicherung, einer Trense sowie Tierarztkosten) jeweils nebst Zinsen, Zug um Zug gegen Rückgabe des Pferds, auf Feststellung des Annahmeverzugs des Beklagten und der Pflicht zur Erstattung weiterer notwendiger Aufwendungen sowie auf Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten gerichtete Klage.

III. Die Entscheidung

Die Klage der Käuferin blieb in allen drei Instanzen erfolglos, denn der Klägerin steht weder ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen den Verkäufer noch auf Erstattung vergeblicher Aufwendungen zu.

1. Kein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises

Als Anspruchsgrundlage für den Anspruch auf Kaufpreisrückzahlung kommt allein §§ 437 Nr. 2, 323, 346 Abs. 1 BGB in Betracht. Ein solcher Anspruch würde voraussetzen, dass die klagende Käuferin wirksam von dem (unstreitig geschlossenen) Kaufvertrag über den Wallach zurückgetreten ist.

a) Nicht vertragsgemäße Leistung

Der BGH hat zugunsten der Klägerin (ohne nähere Begründung) unterstellt, dass der Zungenfehler des Pferds einen Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. darstellt und dieser sowohl bei Übergabe als auch noch im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung vorlag. Damit hat der Verkäufer eine fällige und durchsetzbare Leistung aus einem gegenseitigen Vertrag nicht vertragsgemäß erbracht.

b) Erfolgloser Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung

Allerdings erfordern §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 Fall 2 BGB daneben grundsätzlich auch – und da liegt das Problem dieses Falles –, dass der Käufer dem Verkäufer zuvor erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung (§ 439 BGB) bestimmt hat und diese Frist fruchtlos abgelaufen ist, bevor er zurücktreten kann.

aa) Keine Entbehrlichkeit der Fristsetzung

Zunächst stellt der BGH kurz fest, dass eine Fristsetzung vorliegend nicht entbehrlich war. Eine Entbehrlichkeit der Fristsetzung könne sich zwar hier aus §§ 323 Abs. 2, 440 BGB[9] ergeben, doch setze dies jeweils voraus, dass ein taugliches, d.h. den Anforderungen der §§ 323 Abs. 1, 439 Abs. 1 BGB entsprechendes Nacherfüllungsverlangen der Klägerin vorliegt. Dies hat der BGH im Vorgriff auf seine nachfolgenden Ausführungen bereits an dieser Stelle verneint. Damit hätte die Käuferin dem Verkäufer zunächst eine Nacherfüllungsfrist setzen müssen, bevor sie zurücktreten konnte.

bb) Kein Ingangsetzen der Nacherfüllungsfrist mangels tauglichen Nacherfüllungsverlangens

Weiter führt der BGH aus, dass die Käuferin die Nacherfüllungsfrist nicht wirksam in Gang gesetzt hat, weil ein taugliches Nacherfüllungsverlangen der Käuferin nicht festzustellen sei. Ein taugliches Nacherfüllungsverlangen des Käufers setze unter anderem die Bereitschaft des Käufers voraus, dem Verkäufer die Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen am rechten Ort, nämlich dem Erfüllungsort der Nacherfüllung, für eine entsprechende Untersuchung zur Verfügung zu stellen. Hierdurch solle es diesem ermöglicht werden, die verkaufte Sache darauf zu überprüfen, ob der behauptete Mangel besteht, ob er bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen hat, auf welcher Ursache er beruht sowie ob und auf welche Weise er beseitigt werden kann. Dementsprechend sei der Verkäufer grundsätzlich nicht verpflichtet, sich auf ein Nacherfüllungsverlangen des Käufers einzulassen, bevor dieser ihm die Gelegenheit zu einer solchen Untersuchung der Kaufsache gegeben hat.

Im hiesigen Fall liege der Nacherfüllungsort am Wohnsitz des Beklagten.[10] Die Klägerin sei aber nicht ihrer Obliegen-

[8] Nach den tatrichterlichen und damit nur sehr beschränkt reversiblen Feststellungen soll es sich bei dem vorliegend gegebenem „Zungenstrecken“ um einen im Wege der Nachbesserung behebbaren (Sach-)Mangel i.S.v. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. i.V.m. § 90a BGB handeln.

[9] In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass nach der seit dem 1.1.2022 geltenden Rechtslage bei Verbrauchsgüterkäufen, sowohl der § 440 BGB als auch der § 323 Abs. 2 BGB durch die Sonderregelung des § 475d Abs. 1 BGB verdrängt wird.

[10] In Ermangelung abweichender Umstände des konkreten Einzelfalls ist der Nacherfüllungsort letztlich unter Rückgriff auf § 269 Abs. 2 BGB an dem Ort anzusiedeln, an welchem der Verkäufer zum Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hatte (siehe nur BGH, Urt. v. 30.10.2019 – VIII ZR 69/18 = NJW 2020, 389 [391 Rn. 37] m.w.N.; zu den europarechtlichen Vorgaben zur Bestimmung des Nacherfüllungs-

heit nachgekommen, dem Verkäufer die Kaufsache am Ort der Nacherfüllung zur Verfügung zu stellen, weil sie die gebotene Verbringung des Pferds zum Beklagten selbst ausführen wollte und diese von der Zahlung eines Transportkostenvorschusses abhängig gemacht hat, obgleich der Beklagte von Anfang an bereit war, das Pferd auf seine Kosten bei der Klägerin bzw. an dessen Standort abzuholen.

Zwar habe ein Verbraucher unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf Zahlung eines Transportkostenvorschusses gegen den Verkäufer, doch liegen diese Voraussetzungen hier nicht vor. Ein solcher Anspruch könne vorliegend zwar nicht aus § 475 Abs. 6 BGB a.F. (jetzt: § 475 Abs. 4 BGB) hergeleitet werden, da die Norm insoweit auf den zu entscheidenden Fall in zeitlicher Hinsicht nicht anwendbar sei, doch entsprach es schon vor Einführung des § 475 Abs. 6 BGB a.F. ständiger Rechtsprechung des *Senats*, dass ein solcher Vorschussanspruch aus der Vorschrift des § 439 Abs. 2 BGB folge, wonach ein Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen hat. Dabei handele es sich um eine Kostentragungsregelung mit Anspruchscharakter, welche die von Art. 3 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie geforderte Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung gewährleisten solle. Dies begründe in Fällen, in denen eine Nacherfüllung die Verbringung des Kaufgegenstands an einen entfernt liegenden Nacherfüllungsort erfordert und bei dem Käufer deshalb Transportkosten zwecks Überführung der Kaufsache an diesen Ort anfallen, aber nicht nur einen Erstattungsanspruch gegen den Verkäufer. Vielmehr könne der Käufer in solchen Fällen nach dem Schutzzweck des Unentgeltlichkeitsgebots grundsätzlich schon vorab einen (abrechenbaren) Vorschuss zur Abdeckung dieser Kosten beanspruchen. Denn die dem Verkäufer auferlegte Verpflichtung, die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der Kaufsache unentgeltlich zu bewirken, solle den Verbraucher vor drohenden finanziellen Belastungen schützen, die ihn in Ermangelung eines solchen Schutzes davon abhalten könnten, solche Ansprüche geltend zu machen. Ein solcher Hinderungsgrund könne sich auch daraus ergeben, dass der Verbraucher mit entstehenden Transportkosten in Vorleistung treten muss. Für ein taugliches Nacherfüllungsbegehren reiche es daher aus, wenn der Käufer zeitnah einen – nicht ersichtlich unangemessenen –Transportkostenvorschuss vom Verkäufer anfordert und alternativ bereit ist, dem Verkäufer selbst die Durchführung des Transports zu überlassen.

Bei Zugrundelegung dieser Grundsätze hat der BGH – im Anschluss an das Berufungsgericht – einen Anspruch der Klägerin auf die Zahlung eines Transportkostenvorschusses jedoch verneint, da der Beklagte sich zu einer für die Klägerin kostenfreien Abholung des Pferds bereit erklärt habe. Dies folge aus dem Sinn und Zweck des Anspruches auf Zahlung eines Transportkostenvorschusses, der lediglich verhindern wolle, dass der verbraucherische Käufer in Vorleistung treten müsse und hierdurch in der Weise finanziell belastet werde, dass er von der Geltendmachung seiner Ansprüche auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes absehen könnte. Da hier aber der Verkäufer die Kaufsache selbst abholen wolle, sei es von vornherein ausgeschlossen, dass dem Käufer Transportkosten zu seinen Lasten entstehen.

Der Versagung eines Transportkostenvorschusses in Fällen wie dem vorliegenden stünden auch die Vorgaben der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie nicht entgegen. Denn der Schutzzweck des Unentgeltlichkeitsgebots aus Art. 3 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie verlange gerade nicht, dass der Verkäufer für die Transportkosten „systematisch in Vorkasse“ treten müsste, sondern gebiete vielmehr einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen des Verbrauchers und denjenigen des Verkäufers. Dabei seien nicht nur die Interessen des Verbrauchers zu wahren, indem ihm ein umfassender und wirksamer Schutz dagegen gewährt werde, dass der Verkäufer seine vertraglichen Verpflichtungen schlecht erfüllt, sondern es sei auch ein gerechter Ausgleich mit den vom Verkäufer angeführten wirtschaftlichen Überlegungen zu gewährleisten. Hiernach sei dem zur Nachbesserung verpflichteten Verkäufer das für ihn im Einzelfall wirtschaftlich günstigere Abholen der Kaufsache zu gestatten, wodurch hier die Unentgeltlichkeit der Nachbesserung für den Käufer im Ergebnis gewahrt werde.

Etwas anderes ergebe sich – so der BGH – auch nicht aus Art. 3 Abs. 3 S. 3 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, wonach die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung für den Verbraucher ohne erhebliche Unannehmlichkeiten erfolgen muss. Zwar sei die Beurteilung der erheblichen Unannehmlichkeit für den Verbraucher nicht allein auf finanzielle Aspekte beschränkt, doch stelle nicht jeglicher Aufwand des Käufers im Zuge der Nacherfüllung eine erhebliche Belastung für ihn dar. Der Verbraucher müsse nicht vor sämtlichen Unannehmlichkeiten geschützt werden; vielmehr sei ihm ein gewisses Maß an Unannehmlichkeiten zumutbar. Eine Belastung, die geeignet wäre, einen durchschnittlichen Verbraucher von der Geltendmachung seiner Ansprüche abzuhalten, sei vorliegend nicht ersichtlich.

c) Ergebnis des BGH

Schließlich hält der BGH im Ergebnis fest, dass ein taugliches Nacherfüllungsverlangen der Klägerin nicht vorliegt, somit die hier nicht entbehrliche Nacherfüllungsfrist nicht wirksam in Gang gesetzt wurde und damit der erfolglose Ablauf der Nacherfüllungsfrist, der Voraussetzung für das Rücktrittsrecht aus §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 Fall 2 BGB ist, nicht gegeben ist. Da der Käuferin somit kein Rücktrittsrecht zustand, konnte sie nicht wirksam vom Kaufvertrag zurücktreten und kann folglich auch keinen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gem. §§ 437 Nr. 2, 90a S. 3, 323, 346 Abs. 1 BGB (Zug-um-Zug gegen Rückgabe des Pferds, vgl. §§ 348, 320 BGB) geltend machen.

2. Kein Anspruch auf Ersatz frustrierter Aufwendungen; keine sonstigen Nebenforderungen

Demgemäß hat der BGH auch die klageweise geltend gemachten Ansprüche auf Ersatz entstandener bzw. künftiger vergeblicher Aufwendungen und notwendiger Verwendungen (§ 437 Nr. 3 BGB, § 434 Abs. 1 S. 1 BGB a.F., §§ 90a S. 3,

ortes siehe EuGH, Urt. v. 23.5.2019 – C-52/18 = NJW 2019, 2007 m. Bespr. *Deutschmann*, ZJS 2019, 421 ff.).

280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1, 284, 325, 347 Abs. 2 S. 1 BGB), auf Feststellung des Annahmeverzugs (§ 293 BGB) sowie auf Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten (§§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286, 288 Abs. 4 BGB) verneint.

IV. Anmerkung

Die Entscheidung des BGH ist freilich wenig spektakulär, denn sie beruht auf schlichter Gesetzesanwendung bzw. auf – wegen der intertemporalen Anwendbarkeit des „alten" Rechtes – der konsequenten Befolgung derjenigen Grundsätze, die der EuGH und auch der BGH in ihrer Judikatur an die Anforderungen von tauglichen Nacherfüllungsverlangen im Rahmen von Verbrauchsgüterkäufen entwickelt hatten. Zwar hatte diese den Wortlaut des nationalen Rechtes teils sehr überspannende Rechtsprechung zum Teil harsche Kritik erfahren,[11] doch dürfte diese für Fälle, die nach neuer Rechtslage zu entscheiden sind, nicht mehr aufrechterhalten werden können. Infolge der umfassenden Änderungen durch den nationalen Gesetzgeber sind Fälle, wie der vorliegende, zukünftig auf methodisch gesicherter Gesetzesgrundlage zu lösen. Der Anspruch auf Transportkostenvorschuss ist seit dem 1.1.2022 in § 475 Abs. 4 BGB geregelt und die Erwägung, dass die Nacherfüllung dem Käufer keine „erheblichen Unannehmlichkeiten" bereiten darf, ist nunmehr direkt in § 475 Abs. 5 BGB normiert. Ebenfalls inzwischen gesetzlich kodifiziert ist, dass der Käufer dem Verkäufer die Kaufsache zum Zwecke der Nacherfüllung zur Verfügung zu stellen hat (vgl. § 439 Abs. 5 BGB). Fraglich ist in diesem Zusammenhang, welchen Einfluss diese Kodifikation auf das Prüfprogramm haben wird. Einerseits könnte man davon ausgehen, dass § 439 Abs. 5 BGB n.F. nur eine Obliegenheit des Käufers statuiert, die mangelhafte Sache am Erfüllungsort der Nacherfüllungsverpflichtung zur Untersuchung zur Verfügung zu stellen.[12] Ein Verstoß gegen diese Obliegenheit würde bloß dazu führen, dass kein ordnungsgemäßes Nacherfüllungsverlangen vorliegt und der Käufer folglich auch keine sekundären Mangelrechtsbehelfe geltend machen kann.

Andererseits könnte man auch erwägen, dass es sich hierbei um eine klagbare Rechtspflicht des Käufers handelt.[13] Folge dessen wäre, dass der Verkäufer dem Nacherfüllungsanspruch die Einrede aus § 273 Abs. 1 BGB entgegenhalten könnte, wenn der Käufer seine Rechtspflicht verletzt und die Kaufsache dem Verkäufer nicht ordnungsgemäß zur Verfügung stellt. Da hier sodann der Nacherfüllungsanspruch nicht durchsetzbar wäre, käme der Verkäufer nicht in (Schuldner-) Verzug und eine etwaig vom Käufer gesetzte Nachfrist könnte nicht *erfolglos* ablaufen, sodass er auch keine sekundären Mangelrechtsbehelfe erhalten würde.

Da allerdings dasselbe Ergebnis sich dadurch erreichen lässt, indem man eine bloße Obliegenheit des Käufers annimmt, die mangelhafte Sache am Erfüllungsort der Nacherfüllungsverpflichtung zur Untersuchung zur Verfügung zu stellen, ist der Mehrwert derjenigen Ansicht, die eine klagbare Rechtspflicht des Käufers annimmt, nicht ganz klar. Angesichts dessen, dass ein Interesse des Verkäufers, einen klagbaren Anspruch gegen den Käufer auf Zurverfügungstellung der Kaufsache zum Zwecke der Untersuchung und Nacherfüllung zu erhalten, praktisch nicht besteht, sollte meines Erachtens trotz der Einführung des neuen § 439 Abs. 5 BGB weiterhin von einer bloßen Obliegenheit ausgegangen werden, zumal die Warenkauf-Richtlinie hierzu keine näheren Vorgaben enthält.

Unabhängig von diesen (Detail-)Fragen, welche die neue Rechtslage aufwirft und daher vom BGH vorliegend nicht zu klären waren, ist im Ergebnis dem BGH voll und ganz zuzustimmen: Entstehen einem Käufer keine Aufwendungen, weil der zur Nacherfüllung verpflichtete Verkäufer die Kaufsache zum Zwecke der Nachbesserung selbst abholt bzw. abholen will und dies auch darf, kann der Verkäufer (selbstverfreilich) auch keinen Transportkostenvorschuss verlangen.

*Stud. iur. Lennart Deutschmann, Hagen**

[11] Siehe bloß *Gsell*, ZJS 2012, 369 ff.

[12] Hierfür etwa *Lorenz*, NJW 2021, 2065 (2067 Rn. 15); *Faust*, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.5.2022, § 439 Rn. 51 m.w.N.

[13] Hierfür spricht vor allem die Gesetzesbegründung: BT-Drs. 19/27424, S. 26 f.

* Der *Autor* ist studentischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Gewerblichen Rechtsschutz, Urheberrecht und Zivilprozessrecht (Prof. *Dr. Barbara Völzmann-Stickelbrock*) an der FernUniversität in Hagen.

Entscheidungsbesprechung

Keine Datenhehlerei bei Verwendung „geleakter" Informationen von Whistleblowern

§ 202d Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StGB bezweckt einen weiten Ausschluss journalistischer Tätigkeiten vom Tatbestand der Datenhehlerei.
(Leitsatz der *Verf.*)

GG Art. 2 Abs. 1, 3 Abs. 3, 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 2, 12 Abs. 1, 103 Abs. 2
StGB § 202d Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 S. 2 Nr. 2
StPO § 97 Abs. 2

BVerfG, Beschl. v. 30.3.2022 – 1 BvR 2821/16[1]

I. Einführung

Der Anglizismus „Whistleblower" wird in den letzten Jahren besonders häufig verwendet, nicht zuletzt aufgrund der Hinweisgeberrichtlinie (EU) 2019/1937, geändert durch die Verordnung (EU) 2020/1503, die den unternehmerischen Alltag auf europäischer Ebene neu – und strenger – gestalten will. In Deutschland findet eine kontroverse Diskussion über die Figur des Whistleblowers spätestens seit der „Liechtenstein-Affäre" statt[2], die den seinerzeit größten Steuerskandal der Geschichte der Republik offenbarte.[3] Erst am 27.7.2022 wurde zur Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben durch die Bundesregierung der Entwurf des „Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (Hinweisgeberschutzgesetz – HinSchG)" publiziert. In § 1 Abs. 1 HinSchG-E wird der Begriff „hinweisgebende Person" legaldefiniert: Es handelt sich dabei um natürliche Personen, die im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit oder im Vorfeld einer beruflichen Tätigkeit Informationen über Verstöße erlangt haben und diese an die nach diesem Gesetz vorgesehenen Meldestellen melden oder offenlegen.

Für das juristische Studium kann das Whistleblowing insofern relevant und ebenso spannend werden, als interessante, geheimnisvolle Sachverhalte aufgedeckt werden, wozu auch verschiedene strafbare Verhaltensweisen gehören. So hatten etwa die berühmten „Panama Papers" die wahren Inhaber von hunderttausenden Briefkastenfirmen sowie Herkunft und Verwendungszweck ihres Vermögens offenbart – in solchen Konstellationen ist stets eine Strafbarkeit sowohl auf der „enthüllten" als auch auf der „enthüllenden" Seite zu prüfen.[4] In Bezug auf die „enthüllende" Seite (bei den „Panama Papers" war es „John Doe") stellt sich die Frage, ob und wie sich der Hinweisgeber („Whistleblower") selbst strafbar macht. Neben anderen Strafbestimmungen des StGB (oder von sog. Nebengesetzen) kommt grundsätzlich aus dem Bereich der Cyberkriminalität das Ausspähen von Daten nach § 202a StGB in Betracht.[5] Als Daten gelten in diesem Zusammenhang solche, die nicht unmittelbar wahrnehmbar sind.[6]

Machen sich aber auch investigative Journalisten (im Fall der „Panama Papers" kämen die Journalisten der Süddeutschen Zeitung als Tatsubjekt in Betracht[7]) bei Verwendung „geleakter" Informationen von Whistleblowern wegen Datenhehlerei nach § 202d StGB strafbar? Die Antwort ist negativ. So hat sich (im Ergebnis) auch die 2. Kammer des *Ersten Senats* des Bundesverfassungsgerichts mit Beschluss vom 30.3.2022 geäußert. Im Folgenden wird diese hochaktuelle Entscheidung präsentiert. Sie ist sowohl für den staatlichen Teil der Ersten Juristischen Prüfung[8] als auch insbesondere für moderne Schwerpunktbereiche, die sich mit der Digitalisierung und mithin auch mit Cybercrime befassen[9], von grundlegender Bedeutung und sollte insofern zur Kenntnis genommen werden.

II. Sachverhalt und Argumentation der Beschwerdeführer

Im zugrundeliegenden Sachverhalt[10] haben natürliche Personen und Vereine, die sich selbst oder unterstützend mit investigativem Journalismus befassen und dabei zwangsläufig mit vertraulichen Datenleaks in Berührung kommen, Verfassungsbeschwerde[11] gegen den Straftatbestand der Datenhehlerei nach § 202d StGB sowie gegen die daraus folgende Einschränkung des Beschlagnahmeverbots nach § 97 Abs. 2 S. 2 StPO erhoben.[12] Für die Beschwerdeführer ging es grundsätz-

[1] Die Entscheidung ist abrufbar unter http://www.bverfg.de/e/rk20220330_1bvr282116.html sowie veröffentlicht in MMR 2022, 657 = AfP 2022, 333 = K&R 2022, 514 = BeckRS 2022, 13689.
[2] Zum Sachverhalt vgl. *Jahn*, in: Jahn/Kudlich/Streng (Hrsg.), Festschrift für Heinz Stöckel zum 70. Geburtstag, 2010, S. 259 (260).
[3] Aus der damaligen inzwischen digitalisierten Presse siehe nur unter https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/steuerhinterziehung-skandal-gigantischen-ausmasses-1.272873 (28.11.2022).
[4] Hierzu siehe *Papathanasiou*, JA 2017, 88.
[5] *Papathanasiou*, JA 2017, 88 (92).
[6] BT-Drs. 18/5088, S. 45.
[7] Siehe nur unter https://panamapapers.sueddeutsche.de/ (25.11.2022).
[8] Anders als im Rahmen einer Grundrechte-Klausur ist dies mit Blick auf die strafrechtliche Materie eine Ausnahme; siehe etwa für Hessen die Regelung in § 7 Nr. 3 lit. b JAG. In Nordrhein-Westfalen ist nach § 11 Nr. 7 lit. b JAG nur das Ausspähen von Daten (§ 202a StGB) Prüfungsstoff. Ansonsten lassen die Bundesländer den fünfzehnten Abschnitt des StGB zumeist gänzlich aus dem Pflichtfachstoff heraus.
[9] Nennenswert sind auch moderne Masterstudiengänge wie der von der *Autorin* konzipierte und im deutschsprachigen Raum einzigartige Executive Master of Laws (LL.M.) im Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Liechtenstein (näher unter www.uni.li/llm-wirtschaftsstrafrecht [25.11.2022]).
[10] BVerfG, Beschl. v. 30.3.2022 – 1 BvR 2821/16, Rn. 1 f.
[11] Zur Verfassungsbeschwerde in Strafsachen vgl. *Badura/Kranz*, ZJS 2009, 382; im Allgemeinen siehe *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 38. Aufl. 2022, Rn. 1465 ff.
[12] Die in § 97 Abs. 1 StPO geregelten Beschlagnahmeverbote

lich darum, dass durch die Einführung der besagten Regelungen nicht für einen erforderlichen Schutz der Presse gesorgt worden sei. Sie rügten deswegen eine fünffache Grundrechtsverletzung: erstens der Presse- und Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG); zweitens der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG); drittens des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG); viertens der Freiheit der Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG); und fünftens des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG).[13]

Die Zulässigkeit und Begründetheit der Verfassungsbeschwerde ergibt sich für die Beschwerdeführer daraus, dass ihre berufliche Tätigkeit zu einem strafbewehrten Verhalten geworden sei, dass mit Strafermittlungsverfahren zu rechnen sei, und dass selbst Dritte abgeschreckt würden, was eine Bedrohung für den investigativen Journalismus darstelle.[14] Zur Exemplifizierung ihrer Angst vor dem erheblichen Risiko, sich bei Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit nach § 202d StGB strafbar zu machen, nannten die Beschwerdeführer die im Jahr 2015 stattgefundene investigative Arbeit rund um ein Onlineportal zur Partnersuche: Dank eines ihnen anvertrauten 50 Gigabyte großen Archivs mit geleakten Daten ließ sich herausstellen, „dass die Kommunikation mit angeblich auf Partnersuche befindlichen Personen über die App erst nach Zahlung eines Betrags möglich gewesen sei und dass spezielle Computerprogramme gezielt dazu verwendet worden seien, Nutzerinnen der Plattform zu simulieren und somit Nutzer systematisch dazu zu verleiten, gegen Zahlung von Geldbeträgen mit den vermeintlich real existierenden Frauen zu kommunizieren".[15]

Im Rahmen der Erläuterung der Zulässigkeit wiesen die Beschwerdeführer auf die mögliche Verwirklichung des Straftatbestandes des § 202d StGB hin: Weil die zugespielten Daten für sie eindeutig erkennbar rechtswidrig erlangt worden waren und nicht direkt von der den Datenleak betreffenden Stelle stammten, sei das tatbestandsmäßig erforderliche Dreiecksverhältnis gegeben. Und weil die geleakten Daten noch an zusätzliche Personen zwecks Kooperation und Unterstützung weitergeleitet werden müssten, liege ein Verbreiten oder Zugänglichmachen vor. Auch der subjektive Tatbestand sei erfüllt, da die Beschwerdeführer angesichts der gewünschten Aufdeckung von Missständen zwingend mit Schädigungsabsicht handelten. Mit Blick auf den gleichzeitigen Wunsch der Steigerung des Absatzes durch Veröffentlichungen der Medien, für die sie tätig waren, sei noch Drittbereicherungsabsicht gegeben. Auf die mögliche Anwendung des gerade für Journalisten geltenden Tatbestandsausschlusses nach § 202d Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StGB i.V.m. § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO wollten sich die Beschwerdeführer nicht verlassen.[16]

Im Rahmen der Erläuterung zur Begründetheit (angebliche Verletzung der Presse- und Rundfunkfreiheit) setzten die Beschwerdeführer ihre Ausführungen zur möglichen Verwirklichung des Straftatbestandes des § 202d StGB fort: Der objektive Tatbestand der Datenhehlerei sei derart weit gefasst, dass selbst der Umgang mit nicht allgemein zugänglichen Daten sanktioniert werde, „die zu einem früheren Zeitpunkt einmal Gegenstand irgendeiner Straftat gewesen seien".[17] Auch der subjektive Tatbestand sei zu weit und werde durch typische journalistische Tätigkeiten erfüllt; je nach vertraglicher Vereinbarung (Honorar oder Anstellung) liege ferner stets die erforderliche überschießende Innentendenz (Bereicherungsabsicht oder Drittbereicherungsabsicht) vor. Dabei reiche sogar das notwendige, jedoch vom Täter nicht zwingend erstrebte Zwischenziel der Reputationsschädigung aus.[18] Dagegen sei der Tatbestandsausschluss nach § 202d Abs. 3 StGB aufgrund des Bezugs zur Berufsmäßigkeit einer Tätigkeit nicht weit genug, um den der Pressefreiheit gebührenden Schutz zu gewährleisten. Nicht erfasst von der Reichweite seien beispielsweise punktuell vorgenommene investigative Tätigkeiten[19], Hintergrundrecherchen sowie im Vorfeld einer Publikation durchgeführte Informationsüberprüfungen[20] oder schließlich (auch) private Zwecke verfolgende Tätigkeiten.[21]

beziehen sich auf die Zeugnisverweigerungsrechte nach §§ 52, 53 und 53a StPO. Bei der Regelung des § 97 Abs. 2 S. 2 StPO handelt es sich konkreter um die Einschränkung des Beschlagnahmeverbots wegen strafrechtlicher Verstrickung des Zeugen/der Zeugin. Insbesondere ist dies beim Vorliegen bestimmter Tatsachen der Fall, die den einfachen Verdacht begründen, „dass die zeugnisverweigerungsberechtigte Person an der Tat oder an einer Datenhehlerei, Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei beteiligt ist, oder wenn es sich um Gegenstände handelt, die durch eine Straftat hervorgebracht oder zur Begehung einer Straftat gebraucht oder bestimmt sind oder die aus einer Straftat herrühren". Vgl. auch *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 15. Aufl. 2020, Rn. 385 f.; *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, 5. Aufl. 2019, Rn. 138 ff.; *Hauschild*, in: Hannich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 97 Rn. 56 ff.; *Greven*, in: Kudlich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 97 Rn. 35 ff.

[13] BVerfG, Beschl. v. 30.3.2022 – 1 BvR 2821/16, Rn. 1.

[14] BVerfG, Beschl. v. 30.3.2022 – 1 BvR 2821/16, Rn. 4.

[15] BVerfG, Beschl. v. 30.3.2022 – 1 BvR 2821/16, Rn. 5.

[16] BVerfG, Beschl. v. 30.3.2022 – 1 BvR 2821/16, Rn. 7. Der Tatbestandsausschluss nach § 202d Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StGB erfasst die journalistische Sorgfaltspflicht, sodass nicht nur ein vollzeitbeschäftigter und vom Chefredakteur einen einschlägigen Auftrag erhaltender Journalist in Betracht kommt, sondern jeder haupt-, neben-, freiberuflich oder sogar ehrenamtlich tätige Journalist. Dem Gesetzesentwurf zufolge (BT-Drs. 18/5088, S. 48) kommt es insgesamt „nicht darauf an, ob diese Tätigkeiten von dritter Seite auferlegt wurden, so dass auch die freie Entscheidung des Journalisten im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit erfasst wird". Vgl. auch *Altenhain*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 202d Rn. 12 m.w.N. Krit. *Dix/Kipker/Schaar*, ZD 2015, 300; *Singelnstein*, ZIS 2016, 432.

[17] BVerfG, Beschl. v. 30.3.2022 – 1 BvR 2821/16, Rn. 9.

[18] BVerfG, Beschl. v. 30.3.2022 – 1 BvR 2821/16, Rn. 9.

[19] BVerfG, Beschl. v. 30.3.2022 – 1 BvR 2821/16, Rn. 10.

[20] BVerfG, Beschl. v. 30.3.2022 – 1 BvR 2821/16, Rn. 11.

[21] BVerfG, Beschl. v. 30.3.2022 – 1 BvR 2821/16, Rn. 12.

III. Die Entscheidung des BVerfG

Die Verfassungsbeschwerde wurde berechtigterweise als unzulässig abgelehnt, da eine hinreichend substantiierte Darlegung der Möglichkeit einer Verletzung von Grundrechten durch die angegriffenen Regelungen fehlte.[22] Die 2. Kammer des *Ersten Senats* des Bundesverfassungsgerichts äußerte sich allerdings explizit dazu, dass in den vorgetragenen Fallkonstellationen tatsächlich der Tatbestand der Datenhehlerei überhaupt nicht verwirklicht wird.

Vorab sei an dieser Stelle der Verständlichkeit halber bemerkt, dass Schutzzweck der §§ 202a ff. StGB das formelle Geheimhaltungsinteresse des Verfügungsberechtigten ist.[23] Die *formelle Verfügungsbefugnis* besagt, dass nur derjenige über das Ob und Wie der Zugänglichmachung von Daten entscheiden darf, der aufgrund seines Rechts an dem gedanklichen Inhalt und mithin unabhängig von Eigentumsverhältnissen am Datenträger „Herr" dieser Daten ist.[24] Die Geheimhaltung der Daten soll zugleich durch besondere Sicherungsvorkehrungen gewährleistet werden.[25] Dem Wortlaut des § 202d Abs. 1 StGB nach könnte außerdem jede beliebige rechtswidrige Tat i.S.d. § 11 Nr. 5 StGB als Vortat bezüglich der Herkunft der Daten in Betracht kommen. Jedoch ist eine teleologische Reduktion erforderlich: Nur solche Vortaten sind tatbestandsmäßig, die als Schutzrichtung (auch) das Recht auf Geheimhaltung von Daten aufweisen, d.h. sofern „sie sich im Einzelfall auch gegen die formelle Verfügungsbefugnis des Berechtigten richten und der Täter dadurch Daten erlangt hat".[26]

So hat die Kammer richtigerweise ausgeführt, dass es zunächst an der erforderlichen Vortat fehlt, zumal der Whistleblower auf die zugespielten Daten regelmäßig zugreifen konnte.[27] Selbst wenn der objektive Tatbestand erfüllt sei, liege kein Vorsatz der Beschwerdeführer in Bezug auf eine rechtswidrige Vortat vor. Denn die reine Kenntnis über die Herkunft der Daten aus irgendeiner rechtswidrigen Tat genüge nicht; und umso weniger die Annahme, dass eine solche Herkunft nicht ausgeschlossen werden könne.[28] Jedenfalls fehle es an einer (Dritt-)Bereicherungsabsicht. Wie der Gesetzesentwurf diesbezüglich klarstellt, liegt nämlich eine solche Absicht dann vor, „wenn nach der Vorstellung des Täters die Tat auf die Erlangung eines Vermögensvorteils für sich selbst oder einen Dritten gerichtet ist, wobei hinsichtlich der Bereicherung dolus directus 1. Grades erforderlich ist".[29] Sofern es also – wie die Kammer bemerkt – dem Täter auf die Aufklärung von Missständen ankommt, richte sich auch seine Absicht hierauf, nicht auf die Schädigung bzw. den Vorteil.[30]

Darüber hinaus bezweckt nach dem BVerfG die Regelung des Tatbestandsausschlusses sehr wohl einen umfassenden Schutz journalistischer Tätigkeiten: Er führt nämlich auch dann zur Straffreiheit, wenn Recherchen gegebenenfalls unergiebig bleiben oder es im Ergebnis nicht zu einer Veröffentlichung kommt; entscheidend ist dabei nach der 2. Kammer des *Ersten Senats* „die Vorstellung des jeweiligen Journalisten, dass seine Handlung[] in eine konkrete Veröffentlichung münden kann".[31] Die Verfolgung auch privater Zwecke ist zu Recht ebenfalls inbegriffen; aus Wortlaut und Systematik des Ausschlusses ergebe sich, dass die Verwendung lediglich einen objektiv funktionalen Zusammenhang zur – hier journalistischen – Aufgabenerfüllung aufweisen müsse.[32]

Nicht unbeantwortet blieb schließlich der Einwand der Abschreckung. Insbesondere in Bezug auf Hilfspersonen hat die 2. Kammer des *Ersten Senats* Folgendes ausgeführt: Erhielten nur punktuell herangezogene Hilfspersonen der Journalisten (wie etwa IT-Spezialisten) Daten zur Bearbeitung, so fehle es aufgrund des Tatbestandsausschlusses zugunsten der Journalisten bereits an einer rechtswidrigen Vortat i.S.d. § 202d StGB mit Blick auf diese Hilfspersonen.[33]

IV. Bewertung und Fazit

Das BVerfG hat formal die Verfassungsbeschwerde nicht angenommen, aber deutlich herausgearbeitet, dass sich Investigativjournalisten nicht gem. § 202d StGB strafbar machen, falls sie Daten von Whistleblowern für ihre Recherche nutzen.[34] Der Tatbestandsausschluss ist zugunsten der Journalisten weit auszulegen.[35] Insofern liegt der Kerngedanke darin, weiterhin die Pressefreiheit in umfänglicher Weise sicherzustellen. Nach dem Nichtannahmebeschluss des BVerfG vom 30.3.2022 ist der Straftatbestand der Datenhehlerei nicht erfüllt, wenn investigative Journalisten rechtswidrig „geleakte" Daten verarbeiten. Die Ausführungen der 2. Kammer des *Ersten Senats* und die dadurch deutliche Konkretisierung der Regelung ist vollumfänglich zu begrüßen. Die Kammer hat

[22] Für die an diesem verfassungsrechtlichen Teil Interessierten sei die Lektüre von BVerfG, Beschl. v. 30.3.2022 – 1 BvR 2821/16, Rn. 13–20 empfohlen.

[23] Siehe bereits BT-Drs. 18/5088, S. 26. Vgl. auch OLG Stuttgart GRUR 2019, 422 (424).

[24] *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 202a Rn. 1a. Vgl. auch *Altenhain* (Fn. 16), § 202a Rn. 1; *Heger*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 202a Rn. 1; *Reinbacher*, in: Leitner/Rosenau (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2022, StGB § 202a Rn. 4.

[25] Vgl. zuletzt BGH NStZ-RR 2020, 278 (281) m.w.N.

[26] BT-Drs. 18/5088, S. 46 mit Auflistung in Betracht kommender Vortaten. Vgl. auch OLG Stuttgart GRUR 2019, 422 (424); *Brodowski/Marnau*, NStZ 2017, 377 (381).

[27] BVerfG, Beschl. v. 30.3.2022 – 1 BvR 2821/16, Rn. 21. Vgl. auch bereits *Brodowski/Marnau*, NStZ 2017, 377 (383).

[28] BVerfG, Beschl. v. 30.3.2022 – 1 BvR 2821/16, Rn. 22.

[29] Vgl. BT-Drs. 18/5088, S. 47.

[30] BVerfG, Beschl. v. 30.3.2022 – 1 BvR 2821/16, Rn. 23. Vgl. auch bereits *Wybitul/Reuling*, CR 2010, 829 (831).

[31] BVerfG, Beschl. v. 30.3.2022 – 1 BvR 2821/16, Rn. 24. Vgl. bereits BT-Drs. 18/5088, S. 48: „[Hier] kommt es nicht darauf an, ob diese Tätigkeiten von dritter Seite auferlegt wurden, so dass auch die freie Entscheidung des Journalisten im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit erfasst wird."

[32] BVerfG, Beschl. v. 30.3.2022 – 1 BvR 2821/16, Rn. 25.

[33] BVerfG, Beschl. v. 30.3.2022 – 1 BvR 2821/16, Rn. 27.

[34] Eine Strafbarkeit nach anderen Vorschriften (z.B. datenschutzrechtlicher Natur) ist jedoch durchaus denkbar.

[35] Vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.3.2022 – 1 BvR 2821/16, Rn. 25.

zur Beantwortung zahlreicher bisher noch offener Fragen beigetragen.

Für die im Zuge der fortschreitenden Digitalisierung vermehrt aufkommenden investigativen Recherchen außerhalb von großen klassischen Verlagshäusern, etwa von publizistischen Laien (wie Blogger oder YouTuber), stellt sich zugleich die Anschlussfrage, ob diese auch als „Hobby-Journalisten" bei der Datenhehlerei differenziert zu betrachten sind. Der Pressebegriff i.S.d. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG gilt anerkanntermaßen als entwicklungsoffen und ist weit und formal auszulegen, weshalb er losgelöst von jedweder Bewertung des Druckerzeugnisses bleibt.[36] Erfasst werden vom Schutzbereich der Pressefreiheit nicht nur Angebote von Nachrichtenagenturen oder die Online-Fassung klassischer Presse-Produkte, sondern auch sämtliche Informationsangebote im Internet, die originär erst durch diesen neuen Publikationsweg zur Verfügung gestellt werden.[37] Die Pressefreiheit wird unabhängig davon gewährleistet, ob die Pressetätigkeit beruflich ausgeübt wird; somit fallen in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG selbst anonyme Leserbriefe, Blogs, Berichte etc.[38]

Der hiesigen Entscheidung zufolge findet im Ergebnis aufgrund der in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommenden Zielsetzung „journalistische Tätigkeiten umfassend zu schützen" ebenso wenig eine Unterscheidung statt[39] und mithin ist auch hier auf die thematisierten typischen Punkte der Tatbestandsstruktur (rechtswidrige Vortat eines anderen[40]; Vorliegen bedingten Vorsatzes inkl. Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht des Journalisten; umfassender Tatbestandsausschluss) hinzuweisen.

§ 202d StGB, der das formelle Datengeheimnis schützt[41], kann heutzutage auch neue Formen von Journalismus (wie Podcasts) erfassen. Die praktische Anwendung der Vorschrift der Datenhehlerei ist eigentlich sehr gering (kaum Ermittlungsverfahren sind registriert) und ihre Einführung wurde von Anfang an stark kritisiert.[42] Ob sie noch lange im StGB bleibt, kann dahinstehen. Sicher ist, dass die einschlägige Thematik aktueller denn je ist, auch und gerade angesichts der eingangs erwähnten EU-Richtlinie und EU-Verordnung.

Anhang: Prüfungsschema des § 202d StGB[43]

Datenhehlerei, § 202d Abs. 1 StGB

I. Tatbestand
  1. Objektiver Tatbestand
    a) Nicht allgemein zugängliche Daten i.S.d. § 202a Abs. 2 StGB als Tatobjekt[44]
    b) Erlangung der Daten durch eine (vollendete[45]) rechtswidrige Vortat
    c) Tathandlung[46]: Sich/einem Dritten Verschaffen; Überlassen; Verbreiten; Zugänglichmachen
  2. Subjektiver Tatbestand
    a) Vorsatz (§ 15 StGB) bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale
    b) Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht (dolus directus 1. Grades)
  3. Tatbestandausschluss nach § 202d Abs. 3 StGB

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

IV. Strafantrag (§ 205 Abs. 1 S. 2 StGB)

*Prof. Dr. Konstantina Papathanasiou, LL.M., Vaduz**

[36] So bereits BVerfG NJW 1984, 1741 (1742) zum Schutz der Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit durch die Pressefreiheit anlässlich des Wallraff-Falls.

[37] Vgl. *Jarass/Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Rn. 110 ff.; *Sachs*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Art. 5 Rn. 65 ff.; *Schemmer*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, Stand: 15.8. 2022, Rn. 42 ff.

[38] Siehe nur BVerfG NJW 1997, 386 (387) betreffend Werkszeitungen. Vgl. auch *Jarass/Pieroth* (Fn. 37), Rn. 38; *Schemmer* (Fn. 37), Art. 5 Rn. 44.

[39] Siehe bereits BT-Drs. 18/5088, S. 48. Vgl. auch *Altenhain*, (Fn. 16), § 202d Rn. 12; *Graf*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 202d Rn. 33; *Singelnstein*, ZIS 2016, 432 (436); *Stam*, StV 2017, 488 (491).

[40] Als Vortat genügt etwa der Diebstahl des Datenträgers – siehe hierzu nur OLG Stuttgart WRP 2019, 387. Vgl. auch *Eisele* (Fn. 24), § 202d Rn. 8; *Graf* (Fn. 39), § 202d Rn. 8.

[41] BR-Drs. 249/15, S. 49.

[42] Vgl. *Brodowski/Marnau*, NStZ 2017, 377; *Golla/v. zur Mühlen*, JZ 2014, 668; *Singelnstein*, ZIS 2016, 432; *Stam*, StV 2017, 488; *Stuckenberg*, ZIS 2016, 526.

[43] Zur aufbaumäßigen Gegenüberstellung mit der „üblichen" Hehlerei nach § 259 StGB siehe *Berghäuser*, JA 2017, 244 (246).

[44] Vgl. hierzu *Altenhain* (Fn. 16), § 202d Rn. 8; *Gercke*, in: Esser u.a. (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, Kommentar, 2017, StGB § 202d Rn. 7 ff.

[45] Siehe BT-Drs. 18/5088, S. 46. Vgl. auch *Beck*, in: Schuster/Grützmacher (Hrsg.), IT-Recht, Kommentar, 2020, StGB § 202d Rn. 16; *Gercke* (Fn. 44), StGB § 202d Rn. 11.

[46] Vgl. hierzu *Altenhain* (Fn. 16), § 202d Rn. 9 f.; *Gercke* (Fn. 44), StGB § 202d Rn. 15–17.

* Die *Verf.* ist Inhaberin des Lehrstuhls für Wirtschaftsstrafrecht, Compliance und Digitalisierung an der Universität Liechtenstein.

Entscheidungsbesprechung

Rechtfertigung aus Klimaschutzgründen

1. Es ist zweifelhaft, ob aus den Grundrechten des Täters unmittelbar eine Rechtfertigung oder ein Entschuldigungsgrund hergeleitet werden kann.
2. Ein effektiver Protest gegen die Enteignungen im Zusammenhang mit der Ausdehnung des Tagebaugebiets Garzweiler wäre auch ohne Betreten des Tagebaugeländes, also bei rechtmäßigem Handeln, möglich gewesen.
3. Es besteht kein Anspruch auf die selbstdefinierte effektivste Grundrechtsausübung.
(Leitsätze der *Verf.*)

StGB §§ 34, 123
GG Art. 4, 5 Abs. 1, 8

OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.9.2022 – 4 RVs 48/22 (AG Mönchengladbach-Rheydt)[1]

I. Einführung

Klima-Proteste haben in den letzten Jahren zugenommen und sind auch stärker in den Fokus der Öffentlichkeit gerückt. Zu nennen sind etwa die Besetzung des Dorfes Lützerath, das wegen Braunkohletagebaus umgesiedelt werden soll,[2] das Bewerfen von Kunstwerken mit Kartoffelbrei[3] oder die Protestaktionen der „Letzten Generation", bei der sich Mitglieder der Gruppierung auf der Autobahn festgeklebt haben[4]. Aus strafrechtlicher Sicht sind solche Fälle von Relevanz, weil die Aktivisten häufig den Tatbestand von Straftatbeständen verwirklichen. So kommt etwa eine Strafbarkeit wegen Hausfriedensbruchs[5], Sachbeschädigung[6], Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte oder Nötigung[7] in Betracht. Damit stellt sich die Frage, ob das von den Aktivisten verfolgte Klimaschutzinteresse solche Straftaten rechtfertigen kann. Diese bildet den Gegenstand des hier besprochenen Urteils des OLG Düsseldorf, das sich mit einer Sprungrevision gegen ein Urteil des AG Mönchengladbach-Rheydt befasst.[8]

II. Sachverhalt

Die Entscheidung betrifft eine Protestaktion im Tagebaugebiet Garzweiler in NRW.[9] Das erstinstanzliche Urteil fasst den Sachverhalt wie folgt zusammen:

> „Der Angeklagte und weitere Personen hatten sich als ‚Aktion Lebenslaute' zusammengeschlossen, um gemeinsam unter anderem für Klimaschutz und in concreto gegen den vor diesem Hintergrund abgelehnten Braunkohletagebau zu demonstrieren. In Ausübung dessen betraten der Angeklagte und seine gesondert verfolgten 52 Mittäter(innen) am frühen Morgen […] das Tagebaugelände H der S Q AG, indem sie über die ‚Rampe X' den Erdwall, der das Tagebaugelände umgab, überwandten. Auf dem Tagebaugelände musizierten der Angeklagte und seine Mittäter(innen) gemeinsam vor einem mitgeführten ‚Anti-Kohle'-Banner. Kurz darauf trafen Polizeibeamte ein. Deren Aufforderung, sich auszuweisen und das Tagebaugelände zu verlassen, entsprachen der Angeklagte und seine Mittäter(innen) widerstandslos."[10]

Die Staatsanwaltschaft hatte zunächst den Erlass eines Strafbefehls wegen Hausfriedensbruchs beantragt, woraufhin das AG Mönchengladbach-Rheydt Hauptverhandlungstermine anordnete.[11]

III. Entscheidung

Das AG Mönchengladbach-Rheydt sieht den objektiven Tatbestand des Hausfriedensbruchs zwar als gegeben an, allerdings sei die Tat nicht „widerrechtlich" bzw. „ohne Befugnis" erfolgt. Vielmehr sei der Hausfriedensbruch gerechtfertigt. In Ausnahmefällen könne sich die strafrechtliche Rechtfertigung direkt aus den Grundrechten ergeben, nämlich dann, wenn eine Bestrafung zu einem nicht tragbaren Ergebnis führe.[12] Im Fall des Angeklagten überwögen nach Abwägung seine Interessen das Strafverfolgungsinteresse. Dies liege zum einen daran, dass es sich bei § 123 StGB allgemein um ein minder schweres Delikt handele.[13] Zum anderen handele es sich konkret um einen minder schweren Fall des Hausfriedensbruchs, weil das Tagebaugelände keinen erhöhten Privatsphärenschutz biete und nur durch einen leicht zu

[1] Die Entscheidung ist abrufbar unter https://openjur.de/u/2454411.html sowie veröffentlicht in BeckRS 2022, 29889.
[2] Siehe z.B. *Wenkert*, Klimacamp am Braunkohletagebau Garzweiler II, WDR v. 25.8.2022, abrufbar unter https://www1.wdr.de/nachrichten/rheinland/start-des-klimacamps-in-erk-luetzerath-100.html (29.11.2022).
[3] *Zinsmeister*, Klima-Aktivisten bewerfen Monet-Gemälde mit Kartoffelbrei – Polizei nimmt sie in Gewahrsam, Merkur v. 24.10.2022, abrufbar unter https://www.merkur.de/deutschland/barberini-museum-monet-gemaelde-klima-aktivisten-kartoffelbrei-wurf-potsdam-protestaktion-zr-91869894.html (29.11.2022).
[4] *Nietfeld/Salmen*, Hände auf der Straße festgeklebt: Klimaaktivisten blockieren erneut Autobahn-Zufahrten in Berlin, Tagesspiegel v. 26.1.2022, abrufbar unter https://www.tagesspiegel.de/berlin/klimaaktivisten-blockieren-erneut-autobahn-zufahrten-in-berlin-5417899.html (29.11.2022).
[5] AG Mönchengladbach-Rheydt BeckRS 2022, 4182.
[6] OLG Celle BeckRS 2022, 21494.
[7] Siehe AG Tiergarten, Beschl. v. 5.10.2022 – (303 Cs) 237 Js 2450/22 (202/22) – nicht veröffentlicht.
[8] OLG Düsseldorf BeckRS 2022, 29889; AG Mönchengladbach-Rheydt BeckRS 2022, 4182.
[9] Eine Zusammenfassung zum Geschehen findet sich auf der Internetseite der Aktivisten unter https://www.lebenslaute.net/?page_id=4588 (30.11.2022).
[10] AG Mönchengladbach-Rheydt BeckRS 2022, 4182 Rn. 1 ff.
[11] Siehe OLG Düsseldorf BeckRS 2022, 29889 Rn. 2.
[12] AG Mönchengladbach-Rheydt BeckRS 2022, 4182 Rn. 12.
[13] AG Mönchengladbach-Rheydt BeckRS 2022, 4182 Rn. 16.

überwindenden Erdwall abgetrennt sei.[14]

Entscheidend ist nach Ansicht des Gerichts aber, dass die Tätigkeit des Angeklagten von seinen Grundrechten auf Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG), Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG) und Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 3 GG, sic[15]) geschützt ist.[16] Kurzfristige Behinderungen ohne relevante Beeinträchtigungen seien im Lichte der Versammlungsfreiheit hinzunehmen, weshalb die friedliche Demonstration durch Gesang hier legitim sei. Darüber hinaus handele es sich aber um eine Meinungsäußerung zu einer Gewissensentscheidung, die dem Schutz von Art. 4 Abs. 3, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG unterliege. Hierzu führt das Gericht aus:

> „Der Klimawandel und der gesellschaftliche Einfluss darauf sind Themen von herausragender Bedeutung. Die politische Entscheidung, den als klimaschädlich erkannten Braunkohleabbau einerseits zu unterbinden, andererseits den Zeitpunkt dazu erst Jahre nach der Entscheidung festzusetzen, ist unabhängig von ihrer Richtigkeit geeignet, den einzelnen je nach persönlicher Überzeugung in die Gewissensnot zu versetzen, dagegen protestieren zu wollen. Da die Motivation der Aktivisten darin bestand, mit ihrer Aktion pointiert auf den menschengemachten Klimawandel hinzuweisen, kommt eine Rechtfertigung aus Art. 4 Abs. 3 GG zumindest in Betracht. Jedenfalls aber ist die genannte politische Entscheidung geeigneter Hintergrund der Ausprägung eines vielfältigen Meinungsspektrums. Der Angeklagte handelte ersichtlich aus seiner Gewissens- und Meinungshaltung gegenüber der Fortsetzung des Braunkohletagebaus heraus.“[17]

Eine effektive Kundgabe dieser Meinung sei, so das Gericht, nur durch die Aktion auf dem Tagebaugelände möglich gewesen.[18] In die Abwägung sei außerdem eingeflossen, dass zur Ausweitung des Braunkohletagebaus in den letzten Jahren ganze Dörfer enteignet worden seien, was der S Q AG zugutekomme. Es sei daher nur angemessen, ihr einen verhältnismäßig milden Eingriff in ihr Eigentum abzuverlangen.[19]

Auf die von der Staatsanwaltschaft eingelegte Revision hob das OLG Düsseldorf das Urteil des AG Mönchengladbach-Rheydt auf und wies die Sachen zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurück. Es könne offen bleiben, ob eine Rechtfertigung oder ein Entschuldigungsgrund überhaupt unmittelbar aus den Grundrechten abgeleitet werden könne.[20] Jedenfalls wäre eine effektive Grundrechtsausübung auch vor dem Tagebaugelände, d.h. ohne Begehung eines Hausfriedensbruchs, möglich gewesen.[21] Hiergegen könne nicht eingewendet werden, dass eine Demonstration vor dem Tagebaugelände nicht so effektiv sei, da „das Grundgesetz keinen Anspruch auf die selbstdefinierte effektivste Grundrechtsausübung [gewährleiste]“.[22] Auf die Frage, ob – wenn überhaupt – eine Rechtfertigung aus Klimaschutzgründen in Betracht komme, ging das OLG Düsseldorf nicht weiter ein.

IV. Bewertung

Die Entscheidung des AG Mönchengladbach-Rheydt birgt mit ihrer Bewertung des Klimaschutzinteresses politischen Sprengstoff. Sie reiht sich ein in eine Reihe von Entscheidungen im In- und Ausland, in denen es um Rechtfertigung der Begehung von Straftaten aus Gründen des Klimaschutzes geht.[23] Insoweit wirft sie eine Vielzahl grundlegender juristischer Fragen auf, die durch die Revision nur unzureichend geklärt sind.

1. Widerrechtliches Eindringen

Zunächst einmal ist klarzustellen, dass nach dem vom AG festgestellten Sachverhalt nur ein Fall des widerrechtlichen Eindringens in ein befriedetes Besitztum nach § 123 Abs. 1 Var. 1 StGB vorliegt, da sich die Täter auf Aufforderung widerstandslos entfernt haben. Das Eindringen setzt schon begrifflich voraus, dass es gegen den Willen des Berechtigten geschieht, so dass ein Einverständnis des Haurechtsinhabers bereits den Tatbestand ausschließt.[24] „Widerrechtlich“ soll dagegen nach h.M. nur ein Hinweis auf die allgemeinen Rechtfertigungsgründe sein, die nach Feststellung des Tatbestands zu prüfen sind.[25] Begründen lässt sich diese Differenzierung mit der Überlegung, dass das Betreten eines Raumes oder befriedeten Besitztums grds. als Ausprägung der allgemeinen Handlungsfreiheit erlaubt ist und nur durch den entgegenstehenden Willen des Hausrechtsinhabers verboten wird, während eine darüberhinausgehende Rechtfertigung dieser Verhaltenspflichtverletzung nur in Ausnahmefällen in Betracht kommt. Die praktischen Auswirkungen der Unterscheidung von Tatbestandsausschluss- und Rechtfertigungsgründen sind gering und zeigen sich nur im Fall eines Irrtums über das tatsächliche Geschehen: Während bei Tatbestandsausschlussgründen unstreitig ein Tatumstandsirrtum vorliegt, der gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zum Vorsatzausschluss führt, ist bei einem Erlaubnistatumstandsirrtum umstritten, ob die Rechtsfolge des § 16 Abs. 1 oder § 17 StGB Anwendung findet.[26]

[14] AG Mönchengladbach-Rheydt BeckRS 2022, 4182 Rn. 19.
[15] Die Berufung auf Art. 4 Abs. 3 GG ist offensichtlich falsch, da es hier nicht um Kriegsdienstverweigerung geht. Einschlägig ist die Gewissensfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 GG.
[16] AG Mönchengladbach-Rheydt BeckRS 2022, 4182 Rn. 22.
[17] AG Mönchengladbach-Rheydt BeckRS 2022, 4182 Rn. 26 f.
[18] AG Mönchengladbach-Rheydt BeckRS 2022, 4182 Rn. 28.
[19] AG Mönchengladbach-Rheydt BeckRS 2022, 4182 Rn. 30.
[20] OLG Düsseldorf BeckRS 2022, 29889 Rn. 6.
[21] OLG Düsseldorf BeckRS 2022, 29889 Rn. 7.
[22] OLG Düsseldorf BeckRS 2022, 29889 Rn. 7.
[23] Siehe OLG Celle BeckRS 2022, 21494; AG Tiergarten, Beschl. v. 5.10.2022 – (303 Cs) 237 Js 2450/22 (202/22) – nicht veröffentlicht. Siehe auch die Beispiele zum Schweizer Recht bei *Payer*, sui-generis 2020, 226 (228).
[24] Siehe nur *Feilcke*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2022, § 123 Rn. 27.
[25] *Kuhli*, JuS 2013, 211 (214); *Feilcke* (Fn. 24), § 123 Rn. 48.
[26] Zu diesem Standardstreit etwa *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, Kap. 14 Rn. 29 ff.; *Christoph*, JA 2016, 32; *Momsen/Rackow*, JA 2006, 550 und JA 2006, 654.

Nur, wenn man mit der strengen Schuldtheorie Letzteres annimmt, spielt die Differenzierung in der Fallbearbeitung eine Rolle.

2. Grundrechte als Rechtfertigungsgründe?

Folgt man mit dem AG Mönchengladbach-Rheydt und der h.M. der Ansicht, dass „widerrechtlich" nur einen Hinweis auf die Rechtfertigungsebene darstellt, ist auf dieser zu prüfen, ob das Eindringen in das Tagebaugebiet ausnahmsweise gerechtfertigt ist. Das Strafrecht kennt verschiedene Rechtfertigungsgründe, unter anderem § 32 StGB (Notwehr) und § 34 StGB (Notstand). Das AG Mönchengladbach-Rheydt hält sich indes nicht mit der Prüfung dieser Rechtfertigungsgründe auf, sondern nimmt direkt Bezug auf die Grundrechte.[27] Das OLG Düsseldorf hat im Ergebnis offengelassen, ob Grundrechte direkt zur Rechtfertigung herangezogen werden können, allerdings diesbezüglich Zweifel geäußert.[28] Für die Fallbearbeitung stellt sich daher die Frage, ob bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit unmittelbar auf die Grundrechte zurückgegriffen werden kann. Dies wird kontrovers diskutiert.

Für die Berücksichtigung einzelner Grundrechte auf Rechtfertigungsebene spricht, dass nicht nur das Strafgesetz als solches, sondern auch die Bestrafung eines Individuums einen Grundrechtseingriff darstellt, der verhältnismäßig sein muss.[29] Insoweit liegt es nahe, jede Bestrafungsmaßnahme an den Grundrechten zu messen. Dabei ist eine Berücksichtigung der Grundrechte auf Rechtfertigungsebene nicht zwingend.[30] Auch durch eine verfassungskonforme Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale kann ein Eingriff in die Grundrechte verhindert werden.[31] Der Prüfungspunkt der Rechtswidrigkeit bietet sich allerdings an, weil die sich bei einer Rechtfertigung durch Grundrechte stellenden Abwägungsfragen typischerweise auf Rechtfertigungsebene diskutiert werden.[32] Dies liegt daran, dass es in diesen Fällen wie in klassischen Fällen der Rechtfertigung um die Frage geht, ob ein an sich verbotenes tatbestandsmäßiges Verhalten ausnahmsweise als erlaubt anzusehen ist.

Gegen die Berücksichtigung der Grundrechte als Rechtfertigungsgründe lässt sich einwenden, dass der Gesetzgeber mit der Entscheidung für eine Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens und mit der Normierung von Rechtfertigungsgründen bereits eine Abwägung vorgenommen hat, aus der sich ergibt, in welchen Fällen eine Rechtfertigung in Betracht kommt.[33] § 34 StGB sieht sogar explizit eine Interessenabwägung vor, in deren Rahmen Grundrechte berücksichtigt werden können.[34] Eine Rechtfertigung unmittelbar aus den Grundrechten unterläuft nach dieser Ansicht die vom Gesetzgeber getroffene Wertung, z.B. eine Notstandsrechtfertigung nur unter bestimmten Voraussetzungen zu gestatten. So gebe es bei grundrechtssensiblen Straftaten wie § 240 StGB oder § 185 StGB Öffnungsklauseln (Verwerflichkeit, § 240 Abs. 2 StGB) und besondere Rechtfertigungsgründe (§ 193 StGB), die der erhöhten Grundrechtssensibilität Rechnung tragen sollten.

Der ersten Ansicht ist zuzugestehen, dass die Strafgerichte wie andere Gerichte auch verpflichtet sind, das Recht verfassungskonform anzuwenden. Bei einer Strafverurteilung sind daher auch die Grundrechte des Angeklagten zu berücksichtigen, in die durch das Urteil eingegriffen wird. Auch sind die im StGB geregelten Rechtfertigungsgründe nicht abschließend, wie sich z.B. an der Anerkennung der Einwilligung als ungeschriebenem Rechtfertigungsgrund zeigt.[35] Die Gegenansicht hat jedoch insoweit Recht, als der Gesetzgeber in vielen Fällen bereits eine Vorentscheidung darüber getroffen hat, wann ein Grundrechtseingriff durch entgegenstehende (Grund-)Rechte gerechtfertigt wird. So ist gem. § 32 StGB nach h.M. auch eine Tötung zur Verteidigung mäßig wertvoller Sachwerte gerechtfertigt.[36] Ob dieses Ergebnis bei einer Einzelfallabwägung der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 14 GG im Wege praktischer Konkordanz erreicht worden wäre, darf bezweifelt werden. Das geschriebene Recht gibt daher wichtige inhaltliche Orientierungen und dient somit dem Bestimmtheitsgrundsatz.[37] Diese sollten nicht ohne Not unterwandert werden.

Für die Falllösung folgt daraus, dass vorrangig die im Strafrecht anerkannten Rechtfertigungsgründe geprüft und ggf. verfassungskonform ausgelegt werden sollten.[38] Ein Rückgriff auf eine aus Grundrechten unmittelbar folgende Rechtfertigung kommt nur dann in Betracht, wenn die allgemeinen Rechtfertigungsgründe insoweit nicht weiterhelfen.[39] Dann ist dieser allerdings auch zulässig, wobei hier die sich aus dem Gesetz ergebenden Wertungen eine Orientierung geben können.

3. Rechtfertigung gem. § 34 StGB

Das AG Mönchengladbach-Rheydt hätte sich daher zunächst mit einer möglichen Rechtfertigung gem. § 34 StGB befassen müssen. Dies ist auch in Klausuren und Hausarbeiten anzuraten, in denen es um Proteste aus Gründen des Klimaschutzes geht. Die Prüfung des § 34 StGB ist indes nicht einfach, da nahezu alle Merkmale Probleme aufweisen, die an dieser

[27] AG Mönchengladbach-Rheydt BeckRS 2022, 4182 Rn. 7 ff.
[28] OLG Düsseldorf BeckRS 2022, 29889 Rn. 7.
[29] *Reichert-Hammer*, Politische Fernziele und Unrecht, 1991, S. 121 f.; *Brand/Winter*, JuS 2021, 113 (115 f.) m.w.N.
[30] *Radtke*, GA 2000, 19 (27).
[31] Siehe etwa zum sog. vergeistigten Gewaltbegriff bei § 240 StGB BVerfGE 92, 1 (14 ff.).
[32] Näher *Reichert-Hammer* (Fn. 29), S. 119; *Brand/Winter*, JuS 2021, 113 (115). Siehe auch *Radtke*, GA 2000, 19 (28).
[33] Vgl. OLG Stuttgart NStZ 1983, 121 (122): keine analoge Anwendung von § 193 StGB. Siehe auch *Böse*, ZStW 2000, 40 (42 f.).
[34] *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 9 Rn. 112.
[35] Allgemeine Ansicht, siehe nur *Frister* (Fn. 26), Kap. 13 Rn. 1; *Kühl* (Fn. 34), § 9 Rn. 20.
[36] Zur Mindermeinung *Frister* (Fn. 26), Kap. 16 Rn. 28 f.
[37] *Böse*, ZStW 2000, 40 (62).
[38] So auch *Kühl* (Fn. 34), § 9 Rn. 110; *Böse*, ZStW 2000, 40 (42 f.); *Rönnau*, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, vor § 32 Rn. 139.
[39] Ebenso *Rönnau* (Fn. 37), vor § 32 Rn. 139 m.w.N. A.A. *Böse*, ZStW 2000, 40 (62 ff.).

Stelle nur angedeutet werden können.[40] So ist bereits fraglich, ob im drohenden Klimawandel eine gegenwärtige Gefahr i.S.d. § 34 StGB gesehen werden kann.[41] Unterstellt man, dass eine solche Gefahr vorliegt, stellt sich allerdings die Folgefrage nach der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Handlung der Aktivisten.[42]

a) Eignung zur Gefahrabwendung

Gem. § 34 StGB darf die Gefahr auch nicht anders als durch das strafbare Verhalten abwendbar sein, d.h. das strafbare Verhalten muss das mildeste aller Mittel mit gleicher Eignung sein.[43] Dafür muss es zunächst überhaupt geeignet sein, die Gefahr abzuwenden. Problematisch ist hierbei, dass durch eine Protestaktion als solche der CO_2-Ausstoß der Menschheit nicht vermindert wird. Selbst wenn in einem hypothetischen Szenario Klimaaktivisten ein Kohlekraftwerk sprengen würden, damit dieses kein CO_2 mehr ausstoßen kann, wäre dadurch nicht sichergestellt, dass nicht an anderer Stelle mehr CO_2 produziert wird. Die Klimaerwärmung kann nicht durch eine Einzelperson aufgehalten werden.[44] Das OLG Celle lehnte in einem vergleichbaren Fall die Eignung der Sachbeschädigung durch Bemalen eines Universitätsgebäudes mit einer Klimaschutzparole ab:

> „Denn die Beschädigung der Fassade […] ist nicht in der Lage, dem Klimawandel entgegen zu wirken. Soweit die Revision hierzu sinngemäß der Auffassung ist, eine derartige einzelne Handlung könne zwar allein die Abwehr der Gefahr nicht herbeiführen, wohl aber eine Vielzahl einzelner Bemühungen, so dass die Geeignetheit dieser Vielzahl der Bemühungen auch für jede einzelne Handlung angenommen werden müsse, geht dies fehl. Denn es ist offenkundig, dass auch eine Vielzahl von Beschädigungen der Fassade von Universitätsgebäuden ebenso wenig wie eine einzelne Beschädigung durch den Angeklagten Auswirkungen auf den Klimawandel haben können. Es handelt sich stattdessen bei dem Verhalten des Angeklagten jeweils um rein politisch motivierte Symboltaten. Zudem ist schließlich auch nicht ersichtlich, dass die Gefahr eines Klimawandels nicht anders als durch die Begehung die Begehung von Straftaten abgewendet werden könnte."[45]

Dem ist insoweit zuzustimmen, als das Bemalen von Wänden ebenso wenig wie das Betreten eines fremden Geländes geeignet ist, den unumkehrbaren Klimawandel aufzuhalten. Das Ziel der Klimaaktivisten im hier besprochenen Fall war aber auch nicht, durch ihre Aktion die Emissionen durch Garzweiler zu verringern. Vielmehr sollte durch die Protestaktion Druck auf die Politik aufgebaut werden, damit diese Regelungen zum (stärkeren) Klimaschutz erlassen und durchsetzen. Das Protestverhalten sollte daher nur mittelbar die Klimaerwärmung verringern.[46] Dieser Zusammenhang ist für politische Proteste typisch. Gleichzeitig erklärt das Eignungskriterium auch, warum Aktionen gegen Einzelne wie das Zerstechen von Autoreifen, um den Nachbarn zur Nutzung des ÖPNV zu bewegen, nicht durch Klimanotstand gerechtfertigt werden können. Ob diese mittelbare Eignung zum Verringern der Klimaerwärmung den Anforderungen des § 34 StGB genügt, wird unterschiedlich beurteilt.[47] Dafür spricht, dass unser demokratisches System auf dem Gedanken aufbaut, dass eine Änderung der Gesetze durch friedlichen Protest und entsprechende Einflussnahme erreicht werden soll.[48] Spräche man politischer Einflussnahme die Eignung zu einer Klimarettung ab, würde dies die Aktivisten stets zu eingriffsintensiveren aktiven Widerstandsmaßnahmen treiben.[49] Wer eine Eignung zur Gefahrabwendung dennoch ablehnt, müsste nach dem hier vertretenen Stufenverhältnis dann eine Rechtfertigung direkt auf Basis der Grundrechte prüfen.

b) Mildestes Mittel

Geht man von der grundsätzlichen Eignung des Verhaltens zur Änderung der Klimapolitik und damit Schutz des Klimas aus, muss es sich auch um das mildeste der den Aktivisten zur Verfügung stehenden Mittel handeln. Dies ist der Punkt, den das OLG Düsseldorf zum Anlass nimmt, die Entscheidung des AG aufzuheben. Während das AG Mönchengladbach-Rheydt ausführt, ein Protest vor dem Gelände sei weniger effektiv, stellt sich das OLG Düsseldorf auf den Standpunkt, der Protest vor dem Gelände, also ohne Verletzung des Hausrechts, wäre gleich effektiv gewesen.[50]

Diese Wertung des OLG Düsseldorf überzeugt nicht. Es verkennt die Bedeutung von Art. 8 GG, der hier unstreitig einschlägig ist. Dieser gestattet es den Demonstranten unter anderem, den Ort der Versammlung so zu wählen, dass sie hierdurch bereits ihren Standpunkt beziehen und Stellung

[40] Ausführlich *Bönte*, HRRS 2021, 164 (164 ff.); *Reichert-Hammer* (Fn. 29), S. 175 ff. Siehe hierzu auch *Payer*, sui-generis 2020, 226 (231 ff.).

[41] Bejahend *Bönte*, HRRS 2021, 164 (164 ff.); *Payer*, sui-generis 2020, 226 (233); *Reichert-Hammer* (Fn. 29), S. 185; offenbar auch OLG Celle BeckRS 2022, 21494 Rn. 6; *Bayer*, Auto fahren oder Klima retten?, Verfassungsblog v. 6.10.2022, abrufbar unter https://verfassungsblog.de/auto-fahren-oder-klima-retten/ (30.11.2022).

[42] Auf die ebenfalls problematische Frage der Angemessenheit wird an dieser Stelle nicht näher eingegangen.

[43] Allgemeine Ansicht, siehe nur *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 19 Rn. 20.

[44] *Wagner*, NJW 2021, 2256 (2257 Rn. 9).

[45] OLG Celle BeckRS 2022, 21494 Rn. 6, 7.

[46] *Reichert-Hammer* (Fn. 29), S. 187.

[47] Bejahend etwa *Bönte*, HRRS 2021, 164 (168 f.); *Reichert-Hammer* (Fn. 29), S. 188 f.; ablehnend etwa *Payer*, sui-generis 2020, 226 (334 f.); *Radtke*, GA 2000, 19 (29 f.).

[48] Vgl. BVerfGE 69, 315 (346). Siehe auch *Reichert-Hammer* (Fn. 29), S. 188 f.

[49] Vgl. OLG Celle BeckRS 2022, 21494 Rn. 11.

[50] OLG Düsseldorf BeckRS 2022, 29889 Rn. 7.

nehmen.[51] Dabei spielt mediale Aufmerksamkeit mit Blick auf das Ziel, eine Änderung der Politik zu erreichen, eine große Rolle. Hätten die Demonstranten das Gelände nicht betreten, wäre es nicht zu einem Polizeieinsatz und zu Strafverfahren gekommen und die Aktion wäre weniger bekannt gewesen.[52] Da für die Frage, ob mildere, gleich effektive Mittel zur Verfügung standen, der In-dubio-pro-reo-Grundsatz gilt, hätte das Gericht erläutern müssen, warum die Protestaktion in gleich effektiver Art und Weise vor dem Gelände hätte erfolgen können. Das OLG Düsseldorf hat dies nicht getan und scheint es auch gar nicht für notwendig zu halten, dass eine mildere Alternativmaßnahme gleicher Effektivität vorliegen muss. So führt es aus:

> „Diesbezüglich kann seitens der Angeklagten auch nicht eingewandt werden, dass die Demonstration vor dem Gelände von RWE nicht so effektiv gewesen wäre, [sic] wie die Demonstration auf dem Tagebaugelände, da das Grundgesetz keinen Anspruch auf die selbstdefinierte effektivste Grundrechtsausübung gewährleistet."[53]

Hier offenbart sich das Risiko einer von strafrechtlichen Maßstäben losgelösten Grundrechtsprüfung im Rahmen der Rechtfertigung. Mit Blick auf das Grundgesetz mag die Behauptung, dass es keinen Anspruch auf die aus Sicht des Betroffenen effektivste Grundrechtsausübung gebe, richtig sein. Im Rahmen des § 34 StGB ist aber anerkannt, dass der Täter sich grds. nicht auf weniger effektive Gefahrabwendungsmöglichkeiten verweisen lassen muss.[54] Insoweit ist der Einwand, ein Protest vor dem Gelände sei weniger effektiv gewesen, durchaus relevant und hätte vom OLG Düsseldorf ernstgenommen werden müssen.

c) Interessenabwägung und Verhältnismäßigkeit

Ob der Einwand im Ergebnis greift, ist eine Frage der Interessenabwägung. § 34 StGB setzt voraus, dass das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Hier ist ein naheliegendes Einfallstor für grundrechtliche Wertungen, wie sie vom AG Mönchengladbach-Rheydt angestellt wurden und wie sie das Grundgesetz mit Blick auf die Verhältnismäßigkeit der Einzelmaßnahme fordert. Sofern man § 34 StGB entgegen der hier vertretenen Ansicht, etwa mangels gegenwärtiger Gefahr, für nicht einschlägig hält, müsste man ähnliche Erwägungen im Rahmen einer Grundrechtsprüfung anstellen.[55]

In einer vor kurzem ergangenen Entscheidung zu den Protesten der „Letzten Generation" durch Festkleben auf Autobahnen führt das AG Tiergarten, unter Verweis auf die einschlägige Rechtsprechung des BVerfG, zur Verwerflichkeit dieses Verhaltens i.S.d. § 240 Abs. 2 StGB aus:

> „Bei dieser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierten Zweck-Mittel-Relation sind insbesondere die Art und das Maß der Auswirkungen auf betroffene Dritte und deren Grundrechte zu berücksichtigen. Wichtige Abwägungselemente sind hierbei die Dauer und die Intensität der Aktion (a), deren vorherige Bekanntgabe (b), Ausweichmöglichkeiten über andere Zufahrten (c), die Dringlichkeit des blockierten Transports (d), aber auch der Sachbezug zwischen den in ihrer Fortbewegungsfreiheit beeinträchtigten Personen und dem Protestgegenstand (e). Das Gewicht solcher demonstrationsspezifischer Umstände ist mit Blick auf das kommunikative Anliegen der Versammlung zu bestimmen, ohne dass dem Strafgericht eine Bewertung zusteht, ob es dieses Anliegen als nützlich und wertvoll einschätzt oder es missbilligt. Stehen die äußere Gestaltung und die durch sie ausgelösten Behinderungen in einem Zusammenhang mit dem Versammlungsthema oder betrifft das Anliegen auch die von der Demonstration nachteilig Betroffenen, kann die Beeinträchtigung ihrer Freiheitsrechte unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände möglicherweise eher sozial erträglich und dann in größerem Maße hinzunehmen sein, als wenn dies nicht der Fall ist (f). Demgemäß ist im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen, ob und wie weit die Wahl des Versammlungsortes und die konkrete Ausgestaltung der Versammlung sowie die von ihr betroffenen Personen einen auf die Feststellung der Verwerflichkeit einwirkenden Bezug zum Versammlungsthema haben (vgl. BVerfGE 104, 92, 112)."[56]

Das AG Tiergarten hielt die Proteste der „Letzten Generation" auf Basis dieser Kriterien im Ergebnis für nicht verwerflich und lehnte daher den Erlass eines Strafbefehls gegen die Demonstranten ab.

Zieht man die vom AG zusammengefassten Kriterien für die Abwägung der Grundrechte des Hausrechtsinhabers (Art. 14 GG) und der Klimaaktivisten (Art. 8 Abs. 1, 4 Abs. 1 GG) heran, spricht einiges dafür, dass das Verhalten der Aktivisten auf dem Tagebaugelände Garzweiler ebenfalls noch nicht die Schwelle der Rechtswidrigkeit überschreitet.[57] So geht das AG Mönchengladbach-Rheydt davon aus, es handele sich um eine Beeinträchtigung von geringer Intensität. Zwar sei das Hausrecht des Betreibers des Tagebaugeländes verletzt worden, allerdings sei die Beeinträchtigung nur von kurzer Dauer gewesen und es gebe keine Anhaltspunkte da-

[51] Siehe AG Tiergarten, Beschl. v. 5.10.2022 – (303 Cs) 237 Js 2450/22 (202/22) – nicht veröffentlicht – mit Verweis auf BVerfGE 69, 315 (345).

[52] Die *Verf.* dieser Anmerkung hatte bis zur Entscheidung des AG Mönchengladbach-Rheydt zumindest nichts von dieser Protestaktion gehört.

[53] OLG Düsseldorf BeckRS 2022, 29889 Rn. 7.

[54] *Rengier* (Fn. 42), § 19 Rn. 20.

[55] So OLG Düsseldorf BeckRS 2022, 29889 Rn. 7.

[56] AG Tiergarten, Beschl. v. 5.10.2022 – (303 Cs) 237 Js 2450/22 (202/22) – nicht veröffentlicht.

[57] Vgl. auch AG Flensburg, Urt. v. 7.11.2022, mit dem die Besetzer eines im Privateigentum stehenden Waldes vom Vorwurf des Hausfriedensbruchs freigesprochen wurden, https://www.ndr.de/nachrichten/schleswig-holstein/Freispruch-fuer-Baumbesetzer-vom-Flensburger-Bahnhofswald,bahnhofswald174.html (29.11.2022).

für, dass der Betrieb beeinträchtigt worden wäre.[58] Ob die Beeinträchtigung tatsächlich so gering war, ließe sich diskutieren. Der Hausfriedensbruch fand an einem Sonntag kurz vor 6 Uhr morgens statt und dauerte ca. vier Stunden, wobei die Polizei recht schnell vor Ort war und die eigentliche Blockade durch das Konzert kürzer war. Das Konzert war nach Angaben der Aktivisten aber bewusst auf die Zeit des Schichtwechsels gelegt worden und es wurden auch zwei Förderbänder gestoppt.[59] Dennoch ist dem AG Mönchengladbach-Rheydt darin zuzustimmen, dass es sich um eine minder schwere Form des Hausfriedensbruchs handelt. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass es sich um ein Geschäftsgelände handelt, das keinen erhöhten Privatsphärenschutz bietet, so dass nur Art. 14 GG, nicht aber das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der Betreiber des Tagebaugeländes in die Abwägung einzustellen ist.[60] Für ein Überwiegen der Interessen der Aktivisten spricht auch der enge Zusammenhang zwischen gewähltem Ort und Gegenstand der Demonstration.[61] Da die Aktion gerade gegen eine Erweiterung des Tagebaugebietes gerichtet war, war mit der Wahl des Tagebaugebiets als Protestort eine Stellungnahme verbunden, die an einem anderen Ort in dieser Form nicht möglich gewesen wäre.

Neben der Sache liegt allerdings der Hinweis des AG auf die im Zusammenhang mit dem Tagebau Garzweiler II verbundenen Enteignungen.[62] Dass der S Q AG ein Ausbau des Braunkohletagebaus durch rechtmäßige Enteignungen ermöglicht wurde, führt nicht dazu, dass ihr Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG einen geringeren Stellenwert hätte und ihr daher stärkere Eingriffe zuzumuten wären. Die Sozialbindung des Eigentums aus Art. 14 Abs. 2 S. 1 GG besteht auch, wenn man selbst nicht von Enteignungen zum Wohl der Allgemeinheit profitiert hat.

Man muss allerdings diskutieren, ob die Sozialbindung wirklich so weit reicht, dass das Eindringen von Aktivisten in das eigene befriedete Besitztum erduldet werden muss. Bei Privatgrundstücken, die zu Wohnzwecken genutzt werden, wäre dies wegen der Verstärkung durch den Privatsphärenschutz sicher abzulehnen. Auch bei Geschäftsgrundstücken kann man die vom AG Mönchengladbach-Rheydt gezogene Wertung in Zweifel ziehen, wenn man dem Hausrecht einen höheren Stellenwert zuweist. Denn anders als im Fall des Festklebens auf der Autobahn durch Mitglieder der „Letzten Generation", über den das AG Tiergarten zu entscheiden hatte, sind hier Individualrechte betroffen, d.h. es wird dem Hausrechtsinhaber ein Sonderopfer abverlangt.

In diese Richtung gehen die Ausführungen des OLG Celle, das eine Rechtfertigung der Sachbeschädigung mit dem Argument ablehnt, niemand sei berechtigt, in Rechte anderer einzugreifen, um auf diese Weise mediale Aufmerksamkeit zu erlangen.[63] Weiter heißt es beim OLG Celle:

> „Würde die Rechtsordnung insoweit einen Rechtfertigungsgrund akzeptieren, der allein auf der Überzeugung des Handelnden von der Überlegenheit seiner eigenen Ansicht beruht, so liefe dies auf eine grundsätzliche Legalisierung von Straftaten zur Erreichung politischer Ziele hinaus, wodurch eine Selbstaufgabe von Demokratie und Rechtsfrieden durch die Rechtsordnung selbst verbunden wäre und die mit den Grundsätzen der freiheitlichen demokratischen Rechtsordnung schlechthin unverträglich ist […]"[64].

Das letztgenannte Problem stellt sich allerdings nicht, wenn man – anders als das OLG Celle – den Straftaten eine Eignung zur Gefahrabwehr zuspricht. Die grundsätzliche Frage, ob die Interessen der Aktivisten an medialer Aufmerksamkeit die der Individualbetroffenen überwiegen, stellt sich aber regelmäßig in solchen Fällen und ist stets zu diskutieren.

Dass die Rechte des Hausrechtsinhabers in der Abwägung nicht ausreichend berücksichtigt worden seien, wäre somit ein legitimer Einwand gewesen. Das BVerfG hat noch nicht entschieden, wie solche Kollisionen aufzulösen sind, scheint aber ein (zumindest partielles) Zurücktreten der Privatinteressen zu befürworten, wenn die Privaten die Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst übernehmen und sich somit staatsähnlich verhalten.[65] Das ist bei dem Tagebaugelände allerdings nicht der Fall, da dies nur von Berechtigten betreten werden sollte. Insoweit hätte man auch diskutieren müssen, ob mit Blick auf die Verletzung des Hausrechts im konkreten Fall eine weniger effektive Form des Protests für die Demonstranten hinnehmbar gewesen wäre.[66] Möglicherweise ist es das, was das OLG Düsseldorf gemeint hat, wenn es meint, es bestehe kein Anspruch auf die selbstdefiniert effektivste Grundrechtsbindung. Diese bloße Feststellung wird der Komplexität der Frage allerdings nicht gerecht.

V. Fazit und Ausblick

Das OLG Düsseldorf befasst sich als eines der ersten Obergerichte mit einer möglichen Rechtfertigung von Straftaten aus Klimaschutzgründen, nachdem das AG Mönchengladbach-

[58] AG Mönchengladbach-Rheydt BeckRS 2022, 4182 Rn. 14 ff.
[59] Siehe die Seite der Aktion Lebenslaute, abrufbar unter https://www.lebenslaute.net/?page_id=4588 (28.11.2022).
[60] Siehe AG Mönchengladbach-Rheydt BeckRS 2022, 4182 Rn. 19.
[61] AG Mönchengladbach-Rheydt BeckRS 2022, 4182 Rn. 24.
[62] AG Mönchengladbach-Rheydt BeckRS 2022, 4182 Rn. 30.
[63] OLG Celle BeckRS 2022, 21494 Rn. 11.
[64] OLG Celle BeckRS 2022, 21494 Rn. 12. Ebenso *Payer*, suigeneris 2020, 226 (238 f.).
[65] BVerfG NJW 2015, 2485 (2485 Rn. 6). Näher *Wendt*, NVwZ 2012, 606. Vgl. dazu auch die Regelung in § 21 VersG NRW n.F., die bei Versammlungen auf Grundstücken in Privateigentum, die dem allgemeinen Publikum zum kommunikativen Verkehr geöffnet sind, Anwendung findet und Vorgaben zur Interessenabwägung macht.
[66] Siehe BVerfG, NJW 1993, 2432, wo eine Rechtfertigung von Straftaten in entsprechenden Fällen abgelehnt wird. Ebenso z.B. *Radtke*, GA 2000, 19 (34); *Rönnau* (Fn. 37), vor § 32 Rn. 142; *Brand/Winter*, JuS 2021, 113 (117); *Reichert-Hammer* (Fn. 29), S. 148 f.

Rheydt die Täter, die eine Protestaktion auf dem Tagebaugelände Garzweiler durchgeführt hatten, freigesprochen hatte. Der kurze Beschluss wird der ausführlichen Begründung im amtsgerichtlichen Urteil allerdings nicht gerecht und lässt wesentliche Fragen offen.[67] Er gibt den Amtsgerichten daher keine Kriterien für die Handhabung vergleichbarer Fälle. Es ist deshalb anzunehmen, dass es zu etlichen weiteren Revisionsverfahren kommen wird. So dürfte auch die Entscheidung zum Nichterlass eines Strafbefehls wegen des Festklebens auf der Autobahn vom AG Tiergarten[68] mit der Sprungrevision vor dem KG angegriffen werden. In Nordrhein-Westfalen wird das OLG Düsseldorf vermutlich spätestens dann ein weiteres Mal mit entsprechenden Fragen befasst werden, wenn – was zu befürchten ist – Straftaten bei der geplanten Räumung des Dorfes Lützerath Anfang 2023 begangen werden. Es bleibt abzuwarten, ob die obergerichtliche Rechtsprechung eine klare Linie zum Umgang mit solchen Fällen entwickeln wird.

*Prof. Dr. Anne Schneider, LL.M., Düsseldorf**

[67] Auch die Angemessenheit der Notstandshandlung ist in Fällen des Klimanotstands problematisch, siehe *Brand/Winter*, JuS 2021, 113 (117).

[68] AG Tiergarten, Beschl. v. 5.10.2022 – (303 Cs) 237 Js 2450/22 (202/22) – nicht veröffentlicht.

* Die *Verf.* ist Inhaberin des Lehrstuhls Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

B u c h r e z e n s i o n

Grigoleit, Hans Christoph/Herresthal, Carsten, BGB, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., C.H. Beck, München 2021, 320 S., 29,80 €.

I. Einleitung

Der allgemeine Teil der Privatrechtskodifikation des BGB begleitet die Studierenden der Rechtswissenschaft seit dem ersten Semester, über die Zwischenprüfungen, die Großen Übungen im Bürgerlichen Recht, die Examensvorbereitung bis hin zur Ersten Juristischen Prüfung. In jeder dieser Phasen sind drei Dinge von wesentlicher Bedeutung: Grundlagenwissen, Systemverständnis und nicht zuletzt die Fähigkeit, das „verstandene Wissen" in der Falllösung an der richtigen Stelle anwenden zu können. Unerlässlich für die Erlangung dieser Fähigkeiten, ist die Auswahl der richtigen Ausbildungsliteratur.

Das große hellrote DIN A4-Buch aus der Reihe Beck'sches Examinatorium Zivilrecht von *Grigoleit* und *Herresthal* sollte hierbei vor allem bei Studierenden in den fortgeschrittenen Semestern Beachtung finden.

II. Zum Inhalt

Die Reihe „Beck'sches Examinatorium Zivilrecht" basiert auf den Materialien, die aus dem Examinatorium Zivilrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München hervorgegangen sind, und wird vornehmlich von den ehemaligen akademischen Schülerinnen und Schülern von *Claus-Wilhelm Canaris* fortgeführt.[1] Das vorliegende Lehrbuch setzt sich aus fünf immer gleich aufgebauten Kapiteln zusammen. Jedes Kapitel beginnt mit einer zwischen etwa 15 bis 30 Seiten langen systematischen Darstellung des „Lernstoffs".[2] Sodann folgen ein bis drei ausführlich bearbeitete Fälle auf Examensniveau, deren Lösung durch die *Verf.* stets das vorab vermittelte Wissen sowie auch weiteres – zum Teil rechtshistorisches – „Zusatzwissen" beinhalten. Paradigmatisch werden innerhalb der Bearbeitung des ersten Falles „Die Schwarzfahrt" neben der Möglichkeit, einen konkludenten Vertragsschluss zwischen „Schwarzfahrer" und S-Bahn-Unternehmen anzunehmen – weil sich der „Schwarzfahrer" zumindest in der Laiensphäre bewusst ist, durch das Einsteigen einen rechtsgeschäftlichen Kontakt zu begründen, und mithin kein fehlendes Erklärungsbewusstsein anzunehmen ist –, auch alternative Vertragsschlussmodelle vorgeschlagen; so beispielsweise durch den Gedanken der „protestatio facto contraria", eine analoge Anwendung der §§ 612 Abs.1, 632 Abs. 1 BGB oder die „Lehre vom sozialtypischen Verhalten". Nach den Fallbearbeitungen folgt stets eine kurze Zusammenfassung der aktuellen Rechtsprechung zu dem jeweiligen Teilgebiet des Allgemeinen Teils – ein Merkmal, das dieses Lehrbuch von vielen anderen abhebt und besonders für diejenigen von großer Bedeutung ist, die sich in der Examensvorbereitung befinden. Zuletzt werden einige Leseempfehlungen gegeben, die entweder der Vertiefung des bereits Gelesenen dienen oder ein nicht bearbeitetes Thema betreffen[3].

Die *Verf.* beginnen im ersten Kapitel mit einer überschaubaren Darstellung zu den Elementen der Willenserklärung und dem Vertragsschluss. Hierbei finden sich ausführliche Ausführungen zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Willenserklärung, insbesondere dem objektiven und subjektiven Erklärungstatbestand einer Willenserklärung.

Das zweite Kapitel handelt von den Willensmängeln und deren Rechtsfolgen. In diesem Kapitel wird deutlich, weshalb jenes Lehrbuch nicht „bloß" Grundlagenwissen umfasst, sondern auch das Anliegen verfolgt, den Studierenden ein Verständnis vom System des BGB zu vermitteln, indem stets die Konkurrenzen zwischen den jeweiligen Ansprüchen ausführlich erläutert werden. So wird paradigmatisch darauf hingewiesen, dass arglistige Täuschungen und widerrechtliche Drohungen zwar regelmäßig auch gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen und mithin sittenwidrig sind, jedoch § 123 BGB aus teleologischen Gründen dem § 138 BGB vorrangig ist und sich nur in Ausnahmefällen ein eigenständiger Anwendungsbereich des § 138 BGB ergibt. Fernerhin wird das Konkurrenzverhältnis zu den §§ 119, 142 f. BGB sowie zu den Leistungsstörungsrechten, Schadensersatzansprüchen aus Deliktsrecht und den culpa in contrahendo (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) dargelegt.

Im dritten Kapitel werden die Hindernisse für die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts respektive einer Willenserklärung sowie auch die Anforderungen an Allgemeine Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB) dargestellt.

Das vierte Kapitel beschäftigt sich sehr fallorientiert vor allem mit den Regeln zur Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB) und darüber hinaus mit kaufmännischen Vollmachten (vgl. §§ 48–56 HGB), was spätestens für die Examensvorbereitung unausweichlich ist.

Das fünfte und letzte Kapitel setzt sich dann noch mit dem Verjährungsrecht des BGB (§§ 194 ff. BGB) auseinander und gibt eine exemplarische Einführung in das Berechnen von Fristen anhand der §§ 188 ff. BGB.

Zu erwähnen ist zudem, dass sich die Falllösungen stets nicht ausschließlich mit der einzelnen Thematik auseinandersetzen, sondern das gesamte Norm- und Anspruchssystem des BGB nutzen, um realistische Fälle auf Examensniveau vor- und darzustellen, die im Kern Probleme des Allgemeinen Teils des BGB betreffen, aber das große Ganze nicht aus den Augen verlieren.

[1] Siehe etwa auch *Neuner*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020; *Grigoleit/Auer/Kochendörfer*, Schuldrecht III, Bereicherungsrecht, 3. Aufl. 2022; *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV, Delikts- und Schadensrecht, 3. Aufl. 2022.

[2] An dieser Stelle sei an das DIN A4-Format des Lehrbuchs erinnert.

[3] So etwa der Verweis auf *Paulus*, JuS 2019, 960 ff., wenngleich ein darüberhinausgehender Verweis für Zurechnungsansätze bzgl. künstlich-intelligenter Agenten wünschenswert gewesen wäre; siehe hierzu *Maatz*, ZJS 2022, 301 ff.

III. Fazit

Es handelt sich um ein Lehrbuch, welches dem Anspruch einer „Spitzendogmatik“[4] im Sinne *Claus-Wilhelm Canaris*' gerecht wird. Es verbindet Privatrechtsdogmatik, anschaulich-nachvollziehbare Beispielsfälle und aktuelle Rechtsprechung miteinander und empfiehlt sich mithin zu einem Kanon an Ausbildungsliteratur, mit welchem die Examensvorbereitung oder die Vorbereitung auf anderweitige Klausuren angegangen werden kann. Den *Verf.* gelingt es, an manchen Stellen kurz und knapp das nötige Wissen zu vermitteln, jedoch auch an geeigneten Stellen die entsprechende Tiefe und Ausführlichkeit aufzubringen, die es den Studierenden ermöglicht zu erkennen, wo Schwerpunkte innerhalb einer Klausur liegen könnten, auf welche mit dem erlangten Wissen eingegangen werden kann. Es wird zur Lektüre empfohlen.

Stud. iur. Jann Maatz, Gießen

[4] *Auer*, JZ 2022, 629 (630).

* Der *Verf.* ist Stud. Hilfskraft am Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie (Prof. *Dr. Marietta Auer* MA, LL.M., SJD [Harvard]).

Tagungsbericht: Frau.Macht.Recht.

Tagung zur Hundertjahrfeier der Zulassung von Frauen zu juristischen Berufen am 15.7.2022 in Heidelberg

Von Dr. **Daniel Kaiser**, Heidelberg*

Erst vor 100 Jahren wurden Frauen zu juristischen Berufen zugelassen. Die wenigen Frauen, die sich ab der Jahrhundertwende zum 20. Jahrhundert an den juristischen Fakultäten des Deutschen Reichs einschreiben konnten, studierten zunächst noch ohne die Möglichkeit, Richterin oder Anwältin zu werden. Das Jubiläum bot die Möglichkeit einer exemplarischen Bestandsaufnahme des erreichten „Gleichstellungsniveaus" in der deutschen Rechtsordnung. An der von wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg initiierten und organisierten und von der Heinrich-Böll-Stiftung Baden-Württemberg unterstützten Tagung nahmen 200 Personen teil, vor allem Studierende und Mitarbeiterinnen sowie Mitarbeiter unterschiedlicher Universitäten und Fakultäten, die meisten davon waren in Präsenz anwesend. Die Vorträge und Diskussionen beschränkten sich allerdings nicht auf typische „Frauenrechte", sondern erweiterten den Blick deutlich auf andere, verbundene Gerechtigkeits- und Machtfragen.

I. Frauen im Recht – ein historischer Rückblick

Im geschichtlichen Teil der Tagung wurden die Forschungsergebnisse zu zwei bisher kaum bekannten Aspekten der Frauenrechtsgeschichte präsentiert.

1. Der Heidelberger Juristinnenkreis 1933 bis 1936 – Selbstorganisation von Jurastudentinnen im NS-Staat

Bereits im ersten Beitrag gelang es, die eingeschränkte Sicht auf Frauen in der Rechtsgeschichte als ausschließlich dem männlich dominierten Recht unterworfene „Rechtsobjekte" zu erweitern und die Rolle von Frauen als Akteurinnen im Recht darzustellen. *Dr. Fabian Michl*, Juniorprofessor für Staats- und Verwaltungsrecht mit Schwerpunkt Recht der Politik an der Juristenfakultät[1] der Universität Leipzig berichtete von einem weitgehend unbekannten Kapitel des Frauenstudiums in den ersten Jahren der nationalsozialistischen Diktatur, dem „Heidelberger Juristinnenkreis". Hierbei habe es sich um eine freie Gruppe von Studentinnen der Rechtswissenschaft gehandelt, um eine Form der Selbstorganisation, der Selbstbehauptung und der Anpassung mit dem Ziel, die eigenen Karrierechancen zu erhalten.

Die nationalsozialistischen Machthaber seien in einer ersten Phase nicht generell gegen Frauen in juristischen Berufen vorgegangen, sondern zunächst nur gegen politische Gegner. Schon im Sommersemester 1933 habe allerdings der Heidelberger „Studentenführer" *Gustav Adolf Scheel*[2] ein Immatrikulationsverbot für Frauen gefordert, dies ohne gesetzliche Grundlage. Es sei zu Polemiken gegen Frauen und misogynen Aktionen gekommen, wobei der Beweggrund hierfür wohl ökonomische Interessen gewesen seien, der Versuch der Verdrängung von Frauen aus dem akademischen Arbeitsmarkt. Die Zahl der Jurastudentinnen sei in den 1930er Jahren deutlich zurückgegangen. *Michl* stellte die Strategien der Mitglieder des Kreises in den ersten Jahren des „Dritten Reichs" und zum Teil innerhalb der nationalsozialistischen Ideologie dar und beleuchtete auch die späteren Karrieren von *Anna Kottenhoff*, *Wiltraut von Brünneck*, *Anneliese Cüny*, *Marie Luise Hilger* und *Helga Einsele*. Von einem eigentlichen Widerstand gegen die Ideologie könne keine Rede sein, vielmehr sei es den Studentinnen eher um eine stärkere Integration der Frauen gegangen, um eine Stärkung des Gemeinschaftsgefühls und letztlich um die Wahrung der eigenen Berufs- und Lebensplanung, welche die Studentinnen bedroht gesehen hätten. Die Verteidigung der Stellung als angehende Juristinnen sei daher argumentativ innerhalb eines „völkischen Aufgabendualismus" erfolgt, der eine Tätigkeit von Juristinnen in Rechtsbereichen wie dem Familienrecht, in Tätigkeiten wie der sozialen Schulverwaltung, der Gefängnisverwaltung oder der Führung nationalsozialistischer Frauenverbände ermöglichen sollte. Einige der Gruppenmitglieder machten NS-Karrieren (v.a. *Anna Kottenhoff*[3]), andere reagierten auf den Zugangsstopp und dem Ausschluss von Frauen aus der Rechtsanwaltschaft zunächst durch Studienabbruch und konnten das Examen erst nach Kriegsende absolvieren.

Die Mitglieder des insgesamt nur wenige Semester lang bestehenden Heidelberger Juristinnenkreises hätten nach dem Krieg ein typisches Verhalten an den Tag gelegt, sich im Zuge der Entnazifizierung gegenseitig zu entlasten, zudem habe eine gewisse Legendenbildung eingesetzt, indem etwa behauptet wurde, man habe sich vor allem für die Erhaltung des Frauenstudiums eingesetzt und versucht, das System von innen heraus zu verändern, so etwa die spätere Richterin des Bundesarbeitsgerichts *Marie Luise Hilger*. Eine glaubhafte Entwicklung zu Demokratinnen auf Grund der politischen Sozialisation in der frühen Bundesrepublik hielt *Michl* aber dennoch bei einigen Juristinnen für möglich[4].

---

* Der *Verf.* ist Leiter des Prüfungsamts der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

[1] Eine umstrittene Bezeichnung: *Buschmann*, Die kleine Advokatin Nr. 3 (2021), S. 23f., abrufbar unter https://www.jura.uni-leipzig.de/fileadmin/Fakult%C3%A4t_Juristen/Die_kleine_Advokatin/Ausgaben/Ausgabe_3/dka_003_web.pdf (27.10.2022).

[2] Zum „Scharfmacher" *Scheel* in seiner Zeit als Heidelberger Studentenführer: *Haase*, in: Proske (Hrsg.), Täter Helfer Trittbrettfahrer, NS-Belastete aus dem Norden des heutigen Baden-Württemberg, 2018, S. 295 (299 ff.).

[3] *Grüttner*, Biographisches Lexikon zur nationalsozialistischen Wissenschaftspolitik. 2004, S. 97.

[4] Ebenso *Misselwitz*, (Marie Luise Hilger, Zum Leben und Wirken einer Arbeitsrechtlerin im 20. Jahrhundert, 2016, S. 692), die von einer „gewisse Bereitschaft zur Anpassung" spricht, und pauschale moralische Urteile über Funktions-

2. Vom Runden Tisch zur Gemeinsamen Verfassungskomission? Beitrag ostdeutscher Frauen zur „vereinigungsbedingten Erneuerung" des Art. 3 Abs. 2 GG

Der zweite Beitrag des geschichtlichen Teils beleuchtete ein Kapitel der neueren Verfassungsgeschichte, die Ergänzung des Art. 3 Abs. 2 GG um den Satz „Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin."[5] *Johanna Mittrop*, wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Juniorprofessur für Staats- und Verwaltungsrecht mit Schwerpunkt Recht der Politik, Universität Leipzig, besprach verschiedene Verfassungs(änderungs)entwürfe[6] und stellte die These auf, dass der Anfang des Gleichstellungsauftrags noch in der DDR liege.

Als Ersatz für die in Art. 146 GG a.F. eigentlich vorgesehene Abstimmung über eine gesamtdeutsche Verfassung wurde die Gemeinsame Verfassungskommission ins Leben gerufen, die Art. 3 des Grundgesetzes eine eigene Sitzung widmete. Diesem Gremium gehörte zwar keine einzige ostdeutsche Frau an, dennoch wurden ostdeutsche Entwürfe ebenso wie die aus der westdeutschen Zivilgesellschaft stammenden Diskussionsbeiträge eingebracht. Die Unterrepräsentanz der Frauen aus Ostdeutschland könnte, so *Mittrop*, auf drei Gründe zurückzuführen sein: 1. Frauen in der DDR hätten verschiedene Probleme westdeutscher Frauen als „historisch längst überholt" wahrgenommen, ihre Prioritäten hätten daher eher auf der politischen Arbeit vor Ort gelegen. 2. Ostdeutsche Frauen seien nur in geringem Umfang in westdeutsche Initiativen eingebunden gewesen, es habe gegenseitige Fremdheit geherrscht, eine „Verschwesterung" habe nicht stattgefunden. 3. Um das geltende Verfassungsrecht einer kritischen Überprüfung zuzuführen, seien solide verfassungsrechtliche Kenntnisse vonnöten gewesen, die bei Juristinnen in der DDR nicht vorhanden gewesen seien.

Der seit 1994 geltende Verfassungsauftrag sei damit keine gemeinsame Erfolgsgeschichte ost- und westdeutscher Frauen. Die Entstehungsgeschichte der Ergänzung des geschlechtsspezifischen Gleichheitsrechts könne daher leider nicht auf eine Legitimität durch ein Verfahren des Aushandelns zurückgeführt werden, sondern sei eine „kontextbedingte Erneuerung", angestoßen u.a. durch die „Nachtarbeitsentscheidung" des BVerfG[7], wonach sich das Gleichbehandlungsgebot auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt und daher faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, durch begünstigende Regelungen ausgeglichen werden können.

II. Frauen im Recht heute

Der zweite Themenkomplex der Tagung widmete sich einer Standortbestimmung in der Gegenwart. Auch hier beschränkten sich die Themen notwendigerweise auf einzelne Aspekte, die aber hinreichend vertieft werden konnten.

1. Gleicher Abschluss – gleiche Chancen? Ungleichheiten von Männern und Frauen in juristischen Berufen

Gesche Brandt, wissenschaftliche Mitarbeiterin in der Abteilung Bildungsverläufe und Beschäftigung am Deutschen Zentrum für Hochschul- und Wissenschaftsforschung in Hannover, stellte eine auf die Absolventinnen und Absolventen der Rechtswissenschaft bezogene Auswertung des DZHW-Absolventenpanels[8] vor. Sie unterschied hierbei objektive Berufsmerkmale (prekäre oder sichere Beschäftigung, Qualifikationsangemessenheit, berufliche Position, Einkommen) von subjektiven Merkmalen (der Zufriedenheit mit Arbeitsplatzsicherheit, Qualifikationsangemessenheit, beruflicher Position, Einkommen, Arbeitszeit und Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben). Aus den Daten konnte hergeleitet werden, dass Geschlechterungleichheiten maßgeblich von der Familiengründung beeinflusst werden.

Im Gegensatz zu anderen Akademikern sei die Teilzeitarbeit bei Juristinnen und Juristen seltener anzutreffen, die Adäquanz, also die ausbildungsangemessene Beschäftigung sei hoch. Juristen seien ungefähr doppelt so häufig in Führungspositionen (gekennzeichnet durch Personal- und Budgetverantwortung) wie Juristinnen, was aber wohl an der unterschiedlichen Beschäftigungssituation liege: Männer seien häufiger selbständig, Frauen größerenteils im Angestelltenverhältnis, wo allerdings auch der „Gender-Pay-Gap" geringer ausgeprägt sei. Die Zufriedenheit mit Aufstiegsmöglichkeiten sei bei Juristinnen geringer.

Der durchschnittliche Bruttolohn liege für Juristen bei 5.330 €, für Juristinnen bei 4.530 €, ein Unterscheid von 15 %, der jedoch kleiner sei als bei anderen Fächern (20 %). Die Zufriedenheit mit dem Einkommen sei bei Juristinnen trotzdem nicht geringer, wohl deshalb, weil man sich nur mit anderen Frauen vergleiche. Die Beschäftigung in Teilzeit sei ausschließlich von der Elternschaft abhängig, die bei Frauen etwas früher und insgesamt häufiger gegeben sei als bei Männern: zehn Jahre nach dem Berufsabschluss seien 57 % der Absolventinnen Mutter geworden, 50 % der Absolventen Vater. Die Elternzeit betrage bei Frauen durchschnittlich 16 bis 17 Monate, bei Männern fünf bis sechs Monate. Dies sei ein insgesamt kürzerer Berufsausstieg als bei Absolventinnen und Absolventen anderer Fächer, was der stärkeren Berufsorientierung der Juristen entspreche.

träger der NS-Zeit ebenso ablehnt wie entsprechende Rechtfertigungen.

[5] Zur Chronologie: *Limbach/Eckertz-Höfer*, in: Limbach/Eckertz-Höfer (Hrsg.), Frauenrechte im Grundgesetz des geeinten Deutschland, Diskussion in der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat und der Bundesratskommission Verfassungsreform – Dokumentation, S. 293 ff.

[6] Arbeitsgruppe „Neue Verfassung der DDR" des Runden Tisches, Entwurf Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik, Berlin April 1990; *Hering/v. Paczensky/Sadrozinski*, STREIT 4/1990, 158 f.; *Gerhard u.a.*, Feministische Studien 1991 extra, 107 ff.; Kuratorium für einen demokratisch verfaßten Bund deutscher Länder, Entwurf einer Verfassung für den Bund deutscher Länder, Vom Grundgesetz zur deutschen Verfassung, 1991, S. 65 ff.

[7] BVerfG, Urt. V. 28.1.1992 – I 1025/84.

[8] https://www.dzhw.eu/forschung/projekt?pr_id=467 (27.10.2022).

Als Fazit formulierte *Brandt*, dass mit der Wahl des Studienfachs Jura offenbar größere berufliche Ambitionen verbunden seien. Auch bei Juristinnen und Juristen gebe es Ungleichheiten. Wie bei anderen Akademikerinnen sei die Erwerbstätigkeit von Juristinnen vor allem durch Elternzeit und Teilzeitphasen bestimmt. Grundsätzlich sei der Wunsch nach Vereinbarkeit von Familie und Beruf bei Juristinnen stärker ausgeprägt. In der Diskussion wurden noch wichtige Aspekte wie die geringere Selbstständigenquote bei Frauen sowie der praktisch nicht vorhandene Mutterschutz in diesem Bereich ergänzt.

2. Justizneutralitätsgesetze als Exklusionsmechanismen

Aqilah Sandhu, Akademische Rätin a.Z. am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht sowie Gesetzgebungslehre der Universität Augsburg, analysierte die sogenannten „Justizneutralitätsgesetze“[9], die es Amtsträgerinnen, also Richterinnen und Referendarinnen untersagt, im Gerichtssaal religiöse Zeichen oder religiös motivierte Kleidung zu tragen. *Sandhu* war Klägerin eines 2016 vom VG Augsburg entschiedenen Verfahrens[10]. In Ermangelung einer gesetzlichen Grundlage war die Anordnung des Dienstherrn, bei Tragen des muslimischen Kopftuchs auf gerichtliche Tätigkeiten zu verzichten, für verfassungswidrig erklärt worden.

Sandhu berichtete zunächst über die ersten Fälle, in denen Muslima, die als Referendarinnen oder Beamtinnen das Kopftuch nicht ablegen wollten, mit fragwürdigen Mitteln wie öffentlich-rechtlichen Verträgen oder informell von bestimmten Tätigkeiten abgehalten worden seien, wonach seit einigen Jahren „Justizneutralitätsgesetze“ mit unterschiedlicher Systematik und Bezeichnung[11] verabschiedet worden seien. Das BVerfG habe diese Gesetze für verfassungsgemäß erklärt, was einer eingehenderen rechtlichen Überprüfung nicht standhalte. Erstaunlicherweise zweifele das BVerfG im Beschluss vom 14.1.2020 (2 BvR 1333/17) gerade nicht daran, dass Richterinnen, Staatsanwältinnen oder Referendarinnen, die ein muslimisches Kopftuch tragen, ihr Amt unparteiisch und gerecht ausüben könnten, wie § 33 Abs. 1 BeamtStG dies fordere. Vielmehr gehe es um einen Kompromiss zwischen der Religionsausübung der Amtsträgerinnen und einer (gedachten) Beeinträchtigung des Ansehens der Justiz als neutraler Instanz. Dies sei ein fiktives Kriterium, das als Beurteilungsmaßstab im grundrechtssensiblen Bereich auf eine bewusste Ausgrenzung und Misstrauen setze, womit sich das BVerfG selbst einen vorurteilsbehafteten Blick zu eigen gemacht habe. Es würden fiktive Mehrheitsvorstellungen und Akzeptanzschwellen angenommen[12] und damit eine gesellschaftliche Realität unterstellt, die so gar nicht existiere. Letztlich führe dies zur Perpetuierung der Vorurteile eines Teils der Gesellschaft. Das behauptete Ziel der Gesetze, die Akzeptanz der Justiz in der Öffentlichkeit[13] zu stärken, werde so gerade nicht erreicht. Offenkundig bestehe ein Widerspruch darin, das Aufhängen von Kreuzen in Gerichtssälen vorzuschreiben[14], zugleich aber muslimische Kleidung zu verbieten. Zudem werde in der Diskussion die „intersektionale Dimension“[15], die Diskriminierung muslimischer Frauen, meist ignoriert.[16]

Sandhus Vortrag war ein engagiertes Plädoyer gegen eine „Diskriminierung im Namen der Neutralität“. Abschließend äußerte sie die wenig optimistische Einschätzung, dass die Rechtschutzmöglichkeiten nach der Entscheidung des BVerfG sehr begrenzt seien und eine Änderung der „Justizneutralitätsgesetze“ nicht wahrscheinlich sei, solange parlamentarische Mehrheiten unterschiedlicher parteipolitischer Couleur diese Gesetze unterstützten.

III. Das Recht als politisches Herrschafts- und Steuerungsinstrument im Geschlechterkontext

Im dritten Teil wurden zwei juristische Referate präsentiert, in denen es um Recht und Politik ging.

1. Der Vorwurf des Politischen in der Rechtswissenschaft

Pola Marie Brünger, Institut für Öffentliches Recht der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, widmete sich dem oft latent vorhandenen, bisweilen offen formulierten Vorwurf, Diskurse oder Wissenschaftstheorien seien „poli-

[9] Hierzu auch *Sandhu*, BDVR-Rundschreiben 1/2017, 9 (online abrufbar unter: https://www.bdvr.de/index.php/id-20162017.html?file=files/bdvr-site/content/rundschreiben/BDVR_01-2017_online.pdf [27.11.2022]).

[10] VG Augsburg, Urt. v. 30.6.2016 – Au 2 K 15.457; VGH München, Urt. v. 7.3.2018 – 3 BV 16.2040; BVerwG, Urt. v. 12.11.2020 – 2 C 5.19.

[11] Berlin: Gesetz zu Artikel 29 der Verfassung von Berlin v. 27.1.2005, BerlGVBl. 2005, S. 92; in den Beamtengesetzen (§ 61 Abs. 2 BBG und § 34 Abs. 2 BeamtenStG) auf Grund des Gesetzes zur Regelung des Erscheinungsbildes von Beamtinnen und Beamten sowie zur Änderung weiterer dienstrechtlicher Vorschriften v. 28.6.2021 (BGBl. I 2021, S. 2250), in Baden-Württemberg in § 6a Abs. 3 AGVwGO.

[12] So formuliert beispielsweise von *Wolf*, Recht und Politik 53 (2017), 66 (66): „Insbesondere das Kopftuch wird von vielen Menschen als ein Symbol der religiösen Zugehörigkeit und damit der Parteilichkeit verstanden.“.

[13] *Payandeh* betont (DÖV 2018, 482 [488]), dass das Vertrauen von Migrant/-innen in die Justiz durch die Repräsentanz von Richter/-innen mit Migrationshintergrund gestärkt werden könne.

[14] Vgl. § 28 Allgemeine Geschäftsordnung für die Behörden des Freistaates Bayern v. 12.12.2000 (GVBl. S. 873) i.d.F. v. 24.4.2018 (GVBl. S. 281).

[15] Hierzu *Röhner*, Ungleichheit und Verfassung, Vorschlag für eine relationale Rechtsanalyse, 2019, S. 229 ff.

[16] *Tomerius*, NVwZ 2022, 212 (218), die in dem vergleichbaren Fall der Polizistinnen mindestens von einer mittelbaren Diskriminierung muslimischer Frauen ausgeht und argumentiert, dass es demokratiestärkend sei, das Tragen von religiösen oder weltanschaulichen Zeichen zu ermöglichen. Ebenso kritisiert *Classen* (JZ 2020, 417 [418]) die getrennte Prüfung der Religionsfreiheit und des Aspekts der Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts, obwohl das muslimische (und damit weibliche) Kopftuch die gesetzliche Regelung veranlasst habe.

tisch“, ein schwerwiegender Vorwurf, fast ein „Totschlagargument“, wenn es eigentlich um Rechtswissenschaft und Rechtsanwendung gehe. Sie stellte die These auf, dass die Unterscheidung von Recht und Politik weiterhin wichtig sei, zugleich aber der Versuch, eigene Vorverständnisse[17] auszublenden, zum Scheitern verurteilt und es daher besser sei, konstruktiv hiermit umzugehen. Der Vorwurf des Politischen sei Instrument systematischer Diskursverengung, dagegen bereicherten Kontextualisierung und Methodenpluralismus die Rechtswissenschaft.

Die Einwirkung von subjektiven Wertungen auf das Recht sei nicht eliminierbar. Diese flössen nicht nur bei subjektiven Wertungen ein, sondern auch bei Tatsachenfeststellungen und Beobachtungen sowie bei der grundsätzlichen Frage, was ein „Missstand“ sei, auf den (auch rechtlich) reagiert werden müsse. *Brünger* sprach von einer Außenseiterposition der feministischen Rechtswissenschaft als Wissenschaftsdisziplin, die allerdings nicht gleichzusetzen sei mit „Frauenrechtsaktivismus“. Auch der Konservatismus habe ein bestimmtes Vorverständnis, das grundsätzliche Misstrauen gegenüber Neuerungen. Oftmals lägen der Interpretation eines Geschehens stereotype Vorstellungen zu Grunde. Einschätzungen der Gesellschaft beeinflussten Rechtswissenschaft und Rechtsprechung, vor allem bei gleichheitsrechtlichen Fragestellungen. Der Gleichheitssatz hingegen verlange eine präzise Wahrnehmung der Realität, die auch die faktischen Auswirkungen vermeintlich neutraler Gesetze umfasse. Sie formulierte daher drei Vorschläge: 1. Die Forderung des transparenten Umgangs mit dem eigenen Vorverständnis[18]. 2. Die Förderung kritischen Forschens schon in der Juristenausbildung. 3. Ein Methodenpluralismus und eine stärkere Kontextualisierung in der Verfassungsdogmatik.

Letztlich verstehe sich die Rechtswissenschaft zu einseitig als Zuarbeiterin der Justiz, die selbstverständlich neutral sein müsse. Damit leide die Jurisprudenz unter einer „Neutralitätsideologie“, die das eigene Vorverständnis in Methoden und Argumenten verschleiere. Das Offenlegen von Prämissen, von rechtlichen und politischen Grundannahmen, könne beispielsweise in Forschungsarbeiten Anwendung finden.

2. Parität und demokratische Gleichheit: Eine intersektionale Analyse

Lea Rabe, Westfälische Wilhelms-Universität Münster, unterschied zwischen formaler (abstrakt-symmetrisch) und materialer (konkret-asymmetrisch) Gleichheit und trug vor, dass ein materiales Gleichheitsverständnis Paritätsgesetze ermögliche, welche Diskriminierungsstrukturen in der Politik verhindern und die demokratische Gleichheit stärken könnten. Die Wahlfreiheit würde dadurch nicht eingeschränkt, sondern erhöht, was sich beispielsweise darin realisieren könnte, dass auch enby-Personen wählbar würden.

Rabe bezeichnete den „Wahlprüfungsbeschluss“ des BVerfG (BVerfGE 156, 224) vom 15.12.2020 als „Bastelanleitung“[19] für eine Paritätsgesetzgebung, die Frauen und anderen marginalisierten Gruppen höhere Mandatschancen einräumen könnte. Der öffentliche Raum sei ein männlicher Raum, der „sexual contract“ definiere Staatsbürgerlichkeit als Männlichkeit. Da Frauen weniger Macht eingeräumt werde als Männern, sei für Gleichheit ein materiales Kriterium heranzuziehen. Zugleich liege bereits eine Konstruktionsleistung des Rechts darin, Frauen als Gruppe zu definieren, was nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG (BVerfGE 147, 1 „Dritte Option“) aber einer „konkreten Wirklichkeitsbetrachtung“ unterzogen werden müsse. Das Konzept der Intersektionalität nach *Kimberlé Crenshaw* erweitere die Gleichheitsbetrachtung deutlich. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG könne als Rechtsgrundlage für positive Maßnahmen herangezogen werden, da es sich hierbei letztlich nicht (bloß) um ein formales Differenzierungsverbot, sondern um ein materiales Hierarchisierungsverbot handele.

Hierzu regte sich deutlicher Widerspruch aus dem Publikum: Eine Gruppenbildung sei nicht erforderlich und auch nicht möglich, da alle Abgeordneten nur ihrem Gewissen unterworfen und Vertreterinnen und Vertreter des ganzen Volkes seien. So könne es auch keine (rechtlich verbindliche) Fraktionsdisziplin geben. *Rabe* war sich bewusst, mit der Rechtfertigung einer paritätischen Repräsentation eine Minderheitenposition einzunehmen. Ebenso wie die Rechtsprechung[20] vertritt die Wissenschaft mehrheitlich die Auffassung, wonach eine Vorgabe der (proportionalen) Repräsentanz von Bevölkerungsgruppen in den Parlamenten dem Prinzip der Gesamtrepräsentation und dem Demokratieprinzip widerspreche sowie die Gleichheit und Freiheit der Wahl und das Recht auf Chancengleichheit und Programmfreiheit der Parteien verfassungswidrig einschränken würde.[21] Anders beispielsweise *Cara Röhner*[22], die argumentiert, dass das „unitäre Repräsentationsverständnis“ und die „formale Wahlrechtsgleichheit“ als Ergebnis der bürgerlichen Revolutionen „historisiert und kontextualisiert“ werden müsse, die formale Perspektive aber nicht den Anforderungen genüge, „die sich in einer demokratischen aber ungleichen Gesellschaft für die Gleichheit im Staat ergeben“.

IV. Podiumsdiskussion mit Susanne Baer

Den Höhepunkt der Tagung bildeten die Ausführungen der Bundesverfassungsrichterin *Susanne Baer* zu verschiedenen Themen, auf höchstem Niveau unterhaltsam und anregend. Zu den Pionierinnen in Rechtspraxis und Lehre führte *Baer*, nach eigenem Bekunden „weltweit erste nicht lügende lesbische Verfassungsrichterin“, aus, sie selbst habe keine Vorbilder gehabt, allerdings immer sehr von Begegnungen mit unterschiedlichen Menschen profitiert. Eine Fixierung auf

[17] Hierzu auch: *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, S. 154.
[18] So auch schon *Sacksofsky* (Fn. 17), S. 188.
[19] So *Mangold*, Twitter v. 2.2.2021, abrufbar unter https://twitter.com/feministconlaw/status/1356537074401345537 (27.10.2022).
[20] BayVfGH NVWZ-RR 2018, 457 ff.; Thür VerfGH NVwZ 2020, 1266; VfGBbG NVwZ 2021, 59.
[21] So *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hennecke, Grundgesetz, Kommentar, 15. Aufl. 2021, Einleitung Rn. 253.
[22] *Röhner*, DÖV 2022, 103 (110).

Vorbilder lehne sie ohnehin ab, zumal sich ein feministischer Ansatz in Rechtswissenschaft und Rechtsprechung dem Vorwurf des Biografischen stellen müsse. Oft werde vermutet, dass nur Identitätspolitik betrieben werden solle oder Argumente „sehr soziologisch" seien, was am BVerfG doppelt problematisch sei, da dieses ohnehin immer auch als politischer Akteur wahrgenommen werde.

Ein weiter Begriff des Feminismus gehe nicht mehr wie in der Vergangenheit unmittelbar von der Frau in ihrer Differenz zum Mann aus, sondern decke Hierarchien auf. Man müsse immer über Macht und Privilegierung nachdenken. *Baer* plädierte für eine Einbindung „explorativen Lernens" in die Studienpläne der juristischen Fakultäten. Fragen nach Diskriminierungs*modi* sowie „Postkolonialismus", das Angebot der „kritischen Rechtswissenschaft", seien zunächst (aber nicht nur) in Grundlagenveranstaltungen und Seminaren zu thematisieren. Auch in den Kernfächern könnten und sollten diese Fragen immer mit behandelt werden, da es sich letzten Endes um Gerechtigkeitsfragen handele. Man müsse zudem wegkommen vom „Gruppismus"[23] und stärker einzelne Menschen in Lebenslagen und Ungleichheitslagen betrachten, die zu strukturellen Diskriminierungen führten.

Den Zustand des Gleichstellungsrechts beurteilte *Baer* ambivalent: Einerseits sei unverkennbar viel erreicht worden, andererseits sei dieses gefährdet wie beispielweise durch den Austritt der Türkei aus der „Istanbul-Konvention"[24]. Strukturell müsse bedacht werden, dass Gleichheitsfragen und die Unrechtserfahrungen von Minderheiten typischerweise nicht im Mehrheitsinteresse stünden, noch nicht einmal beim Gender Pay Gap sei dies der Fall. Danach gefragt, ob es in hundert Jahren einen Anlass geben könne, eine entsprechende Tagung zu wiederholen, antwortete *Baer* in dreifacher Weise: mit der Befürchtung, dass in Anbetracht des Klimawandels unserer Gesellschaft so viel Zeit nicht mehr bleibe, mit der Hoffnung, dass Geschlechterfragen dann nur noch Gegenstand historischer Forschung seien und mit der optimistischen Prognose, dass man in der Zukunft vielleicht mehr darüber wisse, wie Geschlechterdifferenzen produktiv genutzt werden könnten.

V. Relevanz im juristischen Studium

Die Tagung hat gezeigt, dass die Beschäftigung mit Fragen des Geschlechts und der Macht kein Sonderinteresse politisch engagierter Studentinnen darstellen sollte, sondern in den Kernbereich der Jurisprudenz führt. Die Referate, die zusammen mit weiteren Beiträgen in einem Tagungsband[25] veröffentlicht werden, konnten naturgemäß nur einige Aspekte des Themenkomplexes beleuchten. Der in der Tagung häufig gefallene Begriff der „feministischen Rechtswissenschaft"[26] ist heute daher nur *ein* Aspekt einer breiter angelegten und mehrdimensionalen Beschäftigung mit Recht und Gerechtigkeit.

Zugleich sind die angesprochenen Themen zum Teil sehr prüfungs- und examensrelevant, namentlich alle Fragen rund um Art. 3, 4, 12 und 33 GG, die Wahlrechtsgrundsätze und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz. Begriffe wie „Intersektionalität" und „Gruppismus" sollten zumindest einmal gehört worden und in das Problembewusstsein angehender Juristinnen und Juristen eingeflossen sein, auch wenn es eine für die „Falllösung" verwendbare Systematik bis dato nicht oder nur in Ansätzen[27] gibt. Noch wichtiger ist es jedoch, dem wissenschaftlichen Anspruch der Juristenausbildung gerecht zu werden, indem bereits im Jurastudium Kompetenzen entwickelt werden, die Juristinnen und Juristen in die Lage versetzen, in Wissenschaft und Praxis Beiträge zu Zukunftsfragen der Gesellschaft zu liefern.

„Die Politik alleine kann es nicht richten.", so die baden-württembergische Wissenschaftsministerin *Theresia Bauer* in ihrem Grußwort zu Beginn der Tagung: Das – nach *Baer* – „schlafende Recht" müsse mobilisiert werden, müsse immer wieder neu interpretiert und konkretisiert werden, nötigenfalls auch erstritten werden, in „vielen, vielen Gesprächen". Hierzu leistete die Tagung „Frau.Macht.Recht." einen überzeugenden Beitrag.

[23] So bezeichnet von *Brubaker*, Ethnizität ohne Gruppen, 2007, S. 11: „kritisiere ich den allgegenwärtigen ‚Gruppismus' (groupism), nämlich die Tendenz, abgegrenzte Gruppen als fundamentale Analyseeinheiten (und grundlegende Konstituenten der gesellschaftlichen Welt) zu benutzen."

[24] Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt.

[25] Reihe „Schriften zur Gleichstellung" des Nomos-Verlags.

[26] Hierzu einführend: *Foljanty/Lembke*, Feministische Rechtswissenschaft, Ein Studienbuch, 2. Aufl. 2012.

[27] Z.B. bei *Zinsmeister*, Mehrdimensionale Diskriminierung, Das Recht behinderter Frauen auf Gleichberechtigung und seine Gewährleistung durch Art. 3 GG und das einfache Recht, 2007, S. 132 f.